



Universität  
Bremen

**Gemeinsame Beantragung einer AVE – ein zulässiges Streikziel?**

Gutachterliche Stellungnahme

Juli 2023

von

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen

## Inhalt

Inhalt.....	2
A. Sachverhalt und Fragestellung .....	3
I. Der Sachverhalt.....	3
II. Die rechtlichen Fragestellungen.....	4
B. Rechtliche Stellungnahme.....	5
I. Die Pflicht zur Antragstellung als Teil eines Tarifvertrags?.....	5
II. Streik für eine Bestimmung im obligatorischen Teil des Tarifvertrags? .....	10
1. Die Grundsatzfrage .....	11
2. Spezielle Einwände aus § 5 Abs. 1 TVG .....	14
a. Unabdingbare Freiwilligkeit? .....	14
b. Regelung der Arbeitsbedingungen von Außenseitern?.....	17
III. Vollständige Klärung der Rechtslage im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes? .....	19
1. Die Ausgangssituation.....	19
2. Erlass einer einstweiligen Verfügung nur bei offenkundiger Rechtswidrigkeit? .....	21
IV. Zusammenfassung .....	25
C. Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen .....	26
I. Die aktuelle Entwicklung .....	26
II. Rechtliche Würdigung.....	27
1. Streikziel gemeinsamer Antrag nach § 5 Abs. 1 TVG .....	27
2. Unterstützungstreik.....	27
a. Historische Entwicklung .....	28
b. Aktuelle Rechtslage .....	29
D. Aussichtslose und unzumutbare Allgemeinverbindlicherklärung?.....	30
I. Die Argumente der Arbeitgeberseite .....	30
II. Aussichtslose Allgemeinverbindlicherklärung?.....	31
III. Schutz der OT-Mitglieder?.....	33

Kontakt: [daeubler@uni-bremen.de](mailto:daeubler@uni-bremen.de)

## A. Sachverhalt und Fragestellung

### I. Der Sachverhalt

In der Tarifrunde 2023 hat die Gewerkschaft ver.di für die Beschäftigten des Einzel- und Großhandels in Deutschland eine Reihe von Forderungen erhoben. Dazu zählt u.a. die Anhebung der Löhne und Gehälter um 2,50 Euro pro Stunde sowie für die unteren Lohngruppen ein „rentenfestes Stundenentgelt“ von 13,50 Euro. Darüber hinaus heißt es z. B. in dem an den Handelsverband NRW gerichteten ver.di-Schreiben vom 22. März 2023 „fordern wir die gemeinsame Beantragung, die Tarifverträge des Einzelhandels wieder für allgemeinverbindlich erklären zu lassen.“ Ein Schreiben gleichen Inhalts ging an die entsprechenden Adressaten im Großhandel. In den an die Belegschaften einzelner Unternehmen gerichteten Streikaufrufen heißt es auch im Bereich Groß- und Einzelhandel, dass die Gewerkschaft ver.di „die gemeinsame Beantragung der Allgemeinverbindlichkeit der Tarifverträge“ verlange. Eine entsprechende Forderung wurde bereits in früheren Tarifrunden so z. B. 2019 und 2021 erhoben, aber nicht durchgesetzt. Eine rechtliche Beanstandung durch die Arbeitgeberseite erfolgte nicht; beim Arbeitsgericht wurden keinerlei Anträge gestellt.

Die Verhandlungen haben bisher zu keinem Erfolg geführt, so dass die Gewerkschaft zu Arbeitskampfmaßnahmen auf Basis der entsprechenden Streikbeschlüsse und der gegenüber der Arbeitgeberseite erfolgten Bekanntmachungen übergegangen ist.

Einzelne Unternehmen haben den Standpunkt vertreten, die Frage der Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG könne nicht tariflich geregelt und schon gar nicht erstreikt werden. Eine auf die Erreichung eines solchen Ziels gerichtete Arbeitsniederlegung sei deshalb rechtswidrig. Nach der Rechtsprechung des BAG genüge es, dass *eine* erhobene Forderung rechtswidrig sei, um den ganzen Streik rechtswidrig zu machen (sog. Rührei-Theorie). Verschiedene Unternehmen des Groß- und Einzelhandels haben daher bei den zuständigen Arbeitsgerichten den Antrag gestellt, den gegen ihr Unternehmen gerichteten Streik im Wege der einstweiligen Verfügung für unzulässig zu erklären. Aufgrund einer in diesem Kontext erfolgten mündlichen Verhandlung vom 6. Juni 2023 hat z. B. das ArbG Köln den entsprechenden Antrag mangels offenkundiger Rechtswidrigkeit des Streiks zurückgewiesen (Aktenzeichen: 17 Ga

27/23). Die dagegen eingelegte Berufung wurde im Wege eines Vergleichs erledigt, der die eigentliche Streitfrage – die Erstreikbarkeit der gemeinsamen Antragstellung – jedoch nicht ansprach. In gleichem Sinne entschied das ArbG Stuttgart am 9. Juni 2023 (Aktenzeichen: 15 Ga 41/23) wegen Dringlichkeit der Sache ohne mündliche Verhandlung und wies den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurück. Auch hier ging es der Antragstellerin um die Frage, dass die Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG nicht tariflich regelbar sei. Das Gericht bezweifelte im Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR, ob die These des BAG, schon die Rechtswidrigkeit einer Forderung mache den ganzen Streik rechtswidrig, zutreffe. Jedenfalls liege keine „offenkundige Rechtswidrigkeit“ der Streikforderungen vor. Auch sei kein ausreichender Verfügungsgrund dargetan.

Mittlerweile liegen weitere Gerichtsentscheidungen aus einstweiligen Verfügungsverfahren vor, die ebenfalls davon ausgehen, dass der Streik zulässig und die Forderung der gemeinsamen Beantragung der AVE nicht offensichtlich rechtswidrig ist (ArbG Würzburg 13.7.2023 -9 Ga 5/23).

## **II. Die rechtlichen Fragestellungen**

Die Forderung, gemeinsam mit der Gewerkschaft einen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung des abgeschlossenen Tarifvertrags zu stellen, lässt sich ersichtlich nicht über eine Bestimmung im normativen Teil des Tarifvertrags realisieren. In Rede stehen keine Regelungen für die Arbeitsverhältnisse der tarifgebundenen Parteien; vielmehr geht es ausschließlich um das Verhalten der anderen Tarifpartei, die zu einem bestimmten Tun verpflichtet werden soll.

Dabei stellt sich als erstes die Frage, ob die Verpflichtung zur Antragstellung Gegenstand des obligatorischen Teils des Tarifvertrags sein kann. Dies hängt davon ab, ob dieser lediglich eine Art Hilfsfunktion in Bezug auf den normativen Teil besitzt oder ob er sich auf alle Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen erstrecken kann, die keiner normativen Regelung zugänglich sind. Dazu unten B I.

Unterstellt, die Antragstellung sei tauglicher Gegenstand des obligatorischen Teils des Tarifvertrags, ist es dann zulässig, auch für eine solche Abmachung zu streiken? Dies wirft die allgemeine Frage auf, ob Bestimmungen im obligatorischen Teil in gleicher Weise wie solche im normativen Teil erstreikt werden können. Außerdem kann die Frage gestellt werden, ob es sich bei dem Recht auf Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG nicht um ein unverzichtbares Recht handelt, das keine vertraglichen Bindungen verträgt. Auch hat der Bezug auf die Arbeitsbedingungen von Nichtorganisierten auf Arbeitgeberseite Bedenken hervorgerufen. Dazu unten B II.

Schließlich bedarf es der Prüfung, inwieweit rechtliche Zweifelsfragen im Verfahren der einstweiligen Verfügung geklärt werden können oder ob es insoweit eines Hauptverfahrens bedarf. Dies kann im vorliegenden Fall, aber auch bei anderen Fragen des Arbeitskampfrechts relevant werden. Dazu unter B III.

Zudem ist zu klären, ob die seitens der Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände in der laufenden Tarifrunde mittlerweile behaupteten Schadensersatzansprüche bestehen. Darüber hinaus ist der nachgeschobenen Behauptung der Arbeitgeberseite nachzugehen, die Streiks seien rechtswidrig, weil die geforderte gemeinsame Beantragung der AVE ein aussichtsloses bzw. aufgrund angebotener OT-Mitgliedschaften unzumutbares Verhalten zum Gegenstand habe - dazu siehe unten Kapitel C und D.

## **B. Rechtliche Stellungnahme**

### **I. Die Pflicht zur Antragstellung als Teil eines Tarifvertrags?**

Nach § 1 Abs. 1 TVG regelt der Tarifvertrag „die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien und enthält Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können.“ Mit dieser Formulierung ist von Anfang an deutlich gemacht, dass der Tarifvertrag im Regelfall zwei Teile hat: Einen obligatorischen, auch „schuldrechtlich“ genannten Teil und einen normativen, der die mit ihren potentiellen Gegenstandsbereichen aufgezählten „Rechtsnormen“ enthält. Im vorliegenden Zusammenhang geht es ersichtlich um die Frage, ob zu den im Gesetzestext genann-

ten Pflichten der Arbeitgeberseite auch die Pflicht zur Antragstellung nach § 5 Abs.1 TVG gehört bzw. gehören kann. Kann sie tauglicher Gegenstand des obligatorischen Teils des Tarifvertrags sein?

Eine höchstrichterliche Entscheidung, die diese Frage beantworten würde, existiert nicht. In der älteren Literatur wurde allerdings die Auffassung vertreten, dass der obligatorische Teil ausschließlich „dienenden“ Charakter gegenüber dem normativen Teil habe. Nur soweit ein unmittelbarer Bezug zu diesem vorhanden sei, könnten Verpflichtungen Gegenstand eines Tarifvertrags werden. Wichtigste Anwendungsfälle wären danach die Friedens- und die Durchführungspflicht.

Koller ZfA 1978, 45, 65 f.; Mayer-Maly BB 1965, 829, 833; Reuter ZfA 1990, 535, 548; Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968, S. 202. Weitere Nachweise bei Giesen, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, Tübingen 2002, S. 515 Fn.49. Die Bezugnahme auf Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II/1, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1967, § 17 III ist allerdings missverständlich, da dort lediglich ausgeführt ist, der Effekt rechtswidriger normativer Regelungen dürfe nicht im Wege schuldrechtlicher Vereinbarungen erreicht werden. Hier geht es aber um die ganz andere Frage einer eigenständigen Regelung bestimmter Fragen.

Die aktuelle Literatur geht demgegenüber davon aus, dass im obligatorischen Teil auch andere Gegenstände als im normativen Teil geregelt werden können. Diese müssten sich lediglich im Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG bewegen. Wäre dieser Bereich überschritten, weil die Gewerkschaft beispielsweise ein Grundstück vom Arbeitgeberverband kauft, so könnte eine solche Abmachung nicht Inhalt eines Tarifvertrags sein. Sie wäre vielmehr ein gewöhnlicher schuldrechtlicher Vertrag, der sich nach den §§ 241 ff. BGB richten würde.

Für eigenständige Regelungen im schuldrechtlichen Teil haben sich ausgesprochen: Ahrendt, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, § 1 Rn.1189; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, München 1997, S. 625 (§ 15 X); Hensche, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, Art. 9 GG Rn.82; Hexel, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag. Handbuch für das gesamte Tarifrecht, 2. Aufl., Köln 2016, Teil 4 Rn. 128; Krause, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., München 2013, § 1 Rn.46; Linsenmaier, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl., München 2023, Art. 9 GG Rn.55 (im Folgenden zitiert als ErfK-Linsenmaier); Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., München 2017, § 1 Rn.1283 ff., 1293; Thüsing, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 8. Aufl., München 2019, § 1 Rn.929; Wankel, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 7. Aufl., Frankfurt/Main 2021, § 1 TVG Rn.397; Zeibig/Zachert, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2014, § 1 Rn.939

Die Rechtsprechung vertritt gleichfalls den heute in der Literatur vorherrschenden Standpunkt. So hat das BAG eine Tarifklausel als wirksam betrachtet, die ein Verbot des Outsourcings enthielt und Ausnahmen nur für den Fall zuließ, dass es zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen „zwingend erforderlich“ war und die Gewerkschaft zustimmte.

So der Fall BAG 26.1.2011 – 4 AZR 159/09, NZA 2011, 808. Ebenso LAG Schleswig-Holstein 15.1.2009 – 4 Sa 269/08, juris, als Vorinstanz

In derselben Entscheidung wurde festgestellt, dass eine Regelung als Betriebsnorm nicht in Betracht kam. In anderem Zusammenhang betonte das BAG, die Tarifparteien könnten im Rahmen ihrer verfassungsrechtlich gewährleisteten Koalitionsbetätigungsfreiheit auch schuldrechtliche Koalitionsverträge schließen.

BAG 21.5.2014 – 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115, 119 (Tz. 31)

Dies bedeutet, dass sie in gleichem Umfang auch vom obligatorischen Teil eines Tarifvertrags Gebrauch machen könnten, was nicht zuletzt an der zustimmenden Bezugnahme auf die Outsourcing-Entscheidung deutlich wurde. Noch klarer ist eine Aussage des Gerichts aus dem Jahre 2020, wo es heißt:

BAG 15.7.2020 – 10 AZR 573/18, NZA 2020, 1644 Leitsatz: „Die tarifliche Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien ist im Hinblick auf die Errichtung und Ausgestaltung von gemeinsamen Einrichtungen im Sinne von § 4 Abs. 2 TVG durch Art. 9 Abs. 3 GG begrenzt. Sie ist nicht auf die Regelungsmaterien des § 1 Abs. 1 TVG beschränkt.“

Erwähnenswert sind weiter Ausführungen des LAG Niedersachsen, das ebenfalls eine über den normativen Teil inhaltlich hinausgehende schuldrechtliche Regelung im Tarifvertrag gebilligt hatte:

LAG Niedersachsen 18.5.2011 – 17 SaGa 1939/10, AiB 2011, 481 Tz. 32: „Schuldrechtliche Bestimmungen in Tarifverträgen, in denen Standortzusagen und beschäftigungssichernde Maßnahmen vereinbart werden, schaffen keine Rechtsnormen, sondern begründen zunächst ausschließlich Rechte und Pflichten für die Vertragsparteien. Zumindest solche freiwilligen – zeitlich begrenzten – Vereinbarungen sind auch nach Art. 9 Abs. 3 GG unbedenklich zulässig.“

Der in Rechtsprechung und Literatur herrschenden Auffassung ist zuzustimmen. Seinem Wortlaut nach nennt § 1 Abs. 1 TVG den obligatorischen und den normativen Teil auf gleicher Ebene. Dass der obligatorische Teil nur dienende Funktion gegenüber dem normativen Teil haben könnte, wird in keiner Weise angedeutet; die Tatsache, dass er als erster genannt wird, spricht eher für das Gegenteil.



S. statt aller Hütter-Brungs, Tarifautonomie und unternehmerische Freiheit, Tübingen 2020, S. 149

Bestätigung findet diese Auffassung durch das BVerfG. Seine Aussage, dass sich die spezifisch koalitionsmäßige Betätigung auf den gesamten Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen erstreckt,

BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352, 357

ist in keiner Stelle auch nur andeutungsweise mit der Einschränkung versehen worden, dass dies nicht für die Handlungsform „Abschluss von Tarifverträgen“ gelte. Diese wird vielmehr nicht anders als sonstige Betätigungsmöglichkeiten wie z.B. die Werbung neuer Mitglieder oder die Darstellung der eigenen Interessen im politischen Raum als spezifischer Garantieinhalt des Art. 9 Abs. 3 GG bezeichnet, dem sogar eine besonders hohe Bedeutung zukomme. So heißt es etwa in der Entscheidung vom 27.4.1999:

BVerfG 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93, 1 BvR 897/95, BVerfGE 100, 271, 282: „Der Schutz (der Koalition) ist nicht von vornherein auf einen Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigung beschränkt. Er erstreckt sich vielmehr auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen und umfasst insbesondere auch die Tarifautonomie, die im Zentrum der den Koalitionen eingeräumten Möglichkeiten zur Verfolgung ihrer Zwecke steht.“

Damit sind die Dinge ausreichend klargestellt.

Was die konkrete Abmachung über die Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG betrifft, so war sie zwar bis in die jüngste Zeit kein Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung. In der Literatur haben sich jedoch zahlreiche Autoren dafür ausgesprochen, dass im obligatorischen Teil eines Tarifvertrags auch Abreden über die Stellung

eines Antrags auf Allgemeinverbindlicherklärung zulässig sind. Dies geschah meist in Form kurzer Bemerkungen, da ersichtlich kein Rechtsproblem erkennbar war.

Ahrendt, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, a.a.O., § 1 Rn.1193; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, a.a.O., S. 626 (§ 15); Klumpp, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 3, 5. Aufl., München 2022, § 257 Rn.52; Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, a.a.O., § 5 TVG Rn.257; Thüsing, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, a.a.O., § 1 Rn.928

In der aktuellen Auseinandersetzung hat sich das Arbeitsgericht Köln dieser Auffassung angeschlossen

ArbG Köln, Urteil v. 6.6.2023 – 17 Ga 27/23

und auch das ArbG Stuttgart legte dies zugrunde; Gleiches gilt für die jüngste Entscheidung des ArbG Würzburg.

ArbG Stuttgart, Beschluss v. 9.6.2023 – 15 Ga 41/23;

ArbG Würzburg, Urteil v. 13.7.2023 - 9 Ga 5/23.

## **II. Streik für eine Bestimmung im obligatorischen Teil des Tarifvertrags?**

Ob die hier im Mittelpunkt stehende Klausel zulässiges Ziel eines Arbeitskampfes sein kann, setzt die Beantwortung von zwei Fragen voraus. Zum einen geht es darum, ob der obligatorische Teil des Tarifvertrags überhaupt Gegenstand eines legalen Streiks sein kann (unten 1). Zum zweiten stellt sich die Frage, ob die Stellung eines Antrags nach § 5 Abs. 1 TVG der freien Entscheidung der einzelnen Tarifpartei überlassen bleiben muss und ob in der „Förderung“ der Allgemeinverbindlicherklärung ein unzulässiges „Übergreifen“ auf die Arbeitsbedingungen der Nicht- oder Andersorganisierten liegen könnte (unten 2).

## 1. Die Grundsatzfrage

Ob ein Arbeitskampf auch um eine obligatorische Tarifbestimmung geführt werden darf, ist in der Literatur umstritten. Einige Autoren lehnen dies ab und behaupten, nur der normative Teil diene der „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“.

So in jüngerer Zeit Greiner NZA 2008, 1274, 1277; ebenso früher Mayer-Maly BB 1965, 829, 833; Beuthien ZfA 1983, 141, 159 ff.; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Stuttgart 1982, Rn.269. In diese Richtung tendierend auch Frieling, in: Frieling/Jacobs/Krois (Hrsg.), Arbeitskampfrecht. Handbuch für Wissenschaft und Praxis, München 2021, § 4 Rn. 44 ff.

Die große Mehrheit der Autoren lehnt diese Position jedoch ab und lässt auch die Erkämpfbarkeit von Bestimmungen des obligatorischen Teils zu. Was tariflich regelbar ist, sei auch erstreikbar.

Ahrendt, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, a.a.O., § 1 Rn.1128; Däubler in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, a.a.O., § 13 Rn.10; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, a.a.O., S. 1070; Hensche, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), a.a.O., Art. 9 GG Rn.113; Hergenröder, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht. Kommentar, 10. Aufl., Köln 2022, Art. 9 GG Rn.280; Jacobs, ZTR 2001, 249, 252; ErfK-Linsenmaier, Art. 9 GG Rn.114; Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, a.a.O., § 1 Rn. 1314 (aber Einschränkungen in Grundl. Rn.510 f.); Ricken, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, a.a.O., § 272 Rn.40; Treber, in: Schaub (Begr.) Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl., München 2021, § 192 Rn.4; Wankel, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), a.a.O., Teil 4: Arbeitskampfrecht, Rn.24; Zeibig/Zachert, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, a.a.O., § 1 Rn.997; in der Sache auch Poscher RdA 2017, 235 ff. und Münder RdA 2020, 340 ff.; für Beurteilung nach dem Einzelfall Krause, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, a.a.O. § 1 Rn. 50 a. E.

Auch das BAG hat sich dieser Auffassung angeschlossen, indem es ausschließlich von „Streiks um Tarifverträge“ spricht, ohne auch nur ansatzweise nach normativem und obligatorischem Teil zu differenzieren.

BAG 12.9.1984 – 1 AZR 342/83, DB 1984, 2563: „Zum verfassungsrechtlich geschützten Bereich einer koalitionsmäßigen Betätigung gehört auch das Recht, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch Tarifverträge zu regeln. Dieses Recht schließt die Befugnis ein, den Abschluss eines Tarifvertrags mit einem bestimmten Inhalt abzulehnen ... Dieses Recht wird aber nicht verletzt, wenn der tarifliche Gegenspieler durch Arbeitskampfmaßnahmen oder nur durch die Androhung solcher Maßnahmen Druck auf den Arbeitgeberverband ausübt, um dessen Entscheidung zu beeinflussen. Das Tarifvertragssystem, in dessen Rahmen sich die koalitionsmäßige Betätigung des Arbeitgeberverbands entfalten kann, geht davon aus, dass Tarifverträge letztlich nur unter dem Druck zumindest möglicher Arbeitskämpfe zustande kommen. Es gibt daher kein "druckfreies Verhandeln" und kein Recht einer Koalition, frei von Druck verhandeln zu dürfen. In der Androhung oder Führung von Arbeitskämpfen liegt daher keine Beeinträchtigung des jeweils gegnerischen Rechts auf koalitionsmäßige Betätigung.“

Angesichts dieser generellen Aussage verwundert es, wenn Frieling (a.a.O., § 4 Rn.47) das Fehlen einer höchstrichterlichen Rechtsprechung beklagt. Die von ihm herangezogene Entscheidung v. 21.5.2014 (4 AZR 50/13, NZA 2015,115) wird überdies in einer Weise interpretiert, die sehr stark am Wortlaut haftet.

So heißt es etwa in Tz. 31 der Entscheidung: „Tarifvertragsparteien sind nicht gehalten, Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge zu vereinbaren. Sie können im Rahmen der verfassungsrechtlich gewährleisteten Koalitionsbetätigungsfreiheit...auch schuldrechtliche (Koalitions-)Verträge schließen...So kann sich ein Arbeitgeber durch eine schuldrechtliche Vereinbarung mit einer Gewerkschaft beispielsweise verpflichten, bei einer „Outsourcing-Maßnahme“ deren Zustimmung einzuholen.“

Bei isolierter Betrachtung kommt dabei nur das Wahlrecht der Sozialpartner zwischen verschiedenen Vertragstypen zum Ausdruck. Die ganzen vorausgehenden Ausführungen kreisen jedoch um die Feststellung, dass bei Tarifabschlüssen anders als im Arbeitsverhältnis ein annäherndes Gleichgewicht besteht. Dieses beruht aller Erfahrung nach auf der Möglichkeit zum Streik. Wird nur die schuldrechtliche Vereinbarung als Äquivalent behandelt, so ist die Möglichkeit zum Druck durch Arbeitsniederlegung mitgedacht.

Auch Instanzgerichte haben sich für die Erstreikbarkeit von Bestimmungen des obligatorischen Teils ausgesprochen.

LAG Baden-Württemberg 20.2.2019 – 4 Sa 40/18, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 114 Tz. 148; LAG Bremen, 5.5.1998 – 2 Sa 127/98, AiB 1998, 537 Leitsatz 4: „Schuldrechtliche Verpflichtungen im Tarifvertrag sind durch Arbeitskampf erzwingbar.“ Ebenso das ArbG Köln (6.6.2023 – 17 Ga 27/23) und der Sache nach auch ArbG Stuttgart (9.6.2023 – 15 Ga 41/23) in der aktuellen Auseinandersetzung

Für das Ergebnis der Rechtsprechung sprechen noch eine Reihe weiterer Gesichtspunkte.

Das geltende Recht unterscheidet an keiner Stelle zwischen erkämpfbaren und nicht erkämpfbaren Teilen eines Tarifvertrags. Der schuldrechtliche Teil steht vielmehr gleichrangig neben dem normativ wirkenden; auf unterschiedliche Arten des Zustandekommens wird an keiner Stelle Bezug genommen. Weiter sind normative und schuldrechtliche Regelungen in vielen Fällen austauschbar; bei Beginn eines Arbeitskampfes steht oft noch gar nicht fest, ob es im Ergebnis zu einer normativen oder einer schuldrechtlichen Fixierung des Ergebnisses kommen wird. Wollte man den obligatorischen Teil von vorne herein aus dem Arbeitskampf ausklammern, hätten die Tarifverhandlungen viel von ihrer Flexibilität verloren. Auch ist nicht zu übersehen, dass normativer und obligatorischer Teil innerlich zusammenhängen, was nicht zuletzt an der Friedens- und der Durchführungspflicht deutlich wird. Wollte man nun den obligatorischen Teil aus den Verhandlungen entfernen, wäre weder eine Modifikation der Friedenspflicht noch z. B. ein Schlichtungsverfahren erzwingbar.

Entscheidend fällt aber ins Gewicht, dass sich die Herausnahme schuldrechtlicher Regelungen aus den zulässigen Streikzielen nicht mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbaren lässt: Sie würde nämlich darauf hinauslaufen, einen Teil der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen „streikfrei“ zu stellen und so bei ihnen einen Ausgleich der beiderseitigen Interessen auf der Ebene relativer Gleichrangigkeit unmöglich zu machen. Bei bestimmten Gegenständen käme nur das sprichwörtliche „kollektive Betteln“ zum Einsatz.

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass auch Bestimmungen im obligatorischen Teil des Tarifvertrags zulässige Streikziele sein können.

## **2. Spezielle Einwände aus § 5 Abs. 1 TVG**

### **a. Unabdingbare Freiwilligkeit?**

Im Zusammenantrag mit dem Versuch, den Streik im Wege der einstweiligen Verfügung durch das Arbeitsgericht verbieten zu lassen, stützte sich die Arbeitgeberseite darauf, der Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung müsse freiwillig erfolgen, andernfalls hänge die Einleitung des Verfahrens entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers nur noch vom Willen einer Seite ab. Dabei wird auf Löwisch/Rieble (§ 5 Rn.258) Bezug genommen, wo es heißt: „Das im Antragsrecht liegende Vetorecht darf nicht durch Arbeitskampf gebeugt werden.“

Die Argumentation von Löwisch/Rieble verkennt, dass jede Entscheidung, die die Arbeitgeberseite in Tarifverhandlungen trifft, in der Regel eine rechtlich freiwillige ist: Auf die Erhöhung der Vergütung oder die Verkürzung der Arbeitszeit besteht seitens der Gewerkschaft oder der einzelnen Arbeitnehmer in aller Regel kein Anspruch. Vielmehr geht es um eine vertragliche Bindung, die nicht im Widerspruch zur „Freiwilligkeit“ der Entscheidung steht. In Wahrheit sind solche Bindungen in einem Bereich, der zur Disposition des Einzelnen steht, eine normale und in der Marktwirtschaft selbstverständliche Form des Verhaltens.

Soweit es um eine durch Streik unterstützte Auseinandersetzung geht, ändert sich daran nichts. Der Streik führt nicht etwa zum Diktat einer Seite, sondern hat lediglich zur Folge, dass auf der Basis eines relativen Machtgleichgewichts verhandelt wird, das bei Verhandlungen zwischen Arbeitgeber und einzelner Arbeitnehmer fehlt. Die

Vorstellung, dass der Wille der Arbeitgeberseite „gebeugt“ werde, liegt neben der Sache. Vielmehr entscheiden beide Tarifpartner frei, wie im Einzelnen ein Kompromiss beschaffen sein soll. Die rechtliche Freiheit, den Antrag zu stellen oder nicht zu stellen, bleibt also erhalten.

Neben diesen allgemeinen Grundsätzen sprechen auch Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Zweck des § 5 Abs. 1 TVG gegen die Position von Löwisch/Rieble, die – soweit ersichtlich – sonst von niemandem vertreten wird. Auch der Verweis auf BT-Drs. 18/1558 S. 48 überzeugt nicht.

(1) Die Annahme eines vom Arbeitskampf ausgenommenen Vetorechts findet im Gesetzeswortlaut keine Grundlage. Allein die Tarifparteien entscheiden in ihren Verhandlungen, worauf sie sich einigen wollen. Dass die gemeinsame Antragstellung nicht Gegenstand von Tarifverhandlungen und Arbeitskampf sein darf, ist aus dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 TVG nicht ersichtlich.

(2) Im Jahr 2014 wollte der Gesetzgeber mit der Einführung der gemeinsamen Antragstellung die tarifliche Normsetzung stärken. „Die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Instrument, das die von Artikel 9 Absatz 3 des Grundgesetzes intendierte autonome Ordnung des Arbeitslebens durch die Koalitionen abstützen soll, indem die Allgemeinverbindlicherklärung den Normen der Tarifverträge zu größerer Durchsetzungskraft verhilft (BVerfG vom 24. Mai 1977, 2 BvL 11/74). (...) Gerade in Zeiten abnehmender Tarifbindung bedarf es eines funktionierenden Instruments zur Stützung der tariflichen Ordnung“ (BT Drs.18/1558, 48). Normzweck war gerade nicht, die Arbeitgeberseite als Tarifvertragspartei vor der Durchsetzung einer schuldrechtlichen Tarifnorm mit den Mitteln des Arbeitskampfes zu schützen. Das hätte das Gegenteil bewirkt, nämlich die tarifliche Normsetzung geschwächt.

(3) Die amtliche Begründung in BT-Drs. 18/1558, 48 verweist auf die Rechtsprechung des BVerfG zur Sicherungs- und Gewährleistungsfunktion der AVE für die Effektivität der tariflichen Normsetzung.

BVerfG 24.5.1973, 2 BvL 11/74, Rn. 61: Durch die AVE „wird die Effektivität der tarifvertraglichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlent-

wicklungen gesichert. Die antragsabhängige Allgemeinverbindlicherklärung erweist sich in dieser Beziehung als ein Instrument, das die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte autonome Ordnung des Arbeitslebens durch die Koalitionen abstützen soll, indem sie den Normen der Tarifverträge zu größerer Durchsetzungskraft verhilft.“

Sämtliche Autoren, die sich mit der Frage der tariflichen Regelung des Antragsrechts nach § 5 Abs. 1 TVG befasst haben, bejahen ohne irgendwelche Bedenken die Bindungsmöglichkeit.

Ahrendt, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz, a.a.O., § 1 Rn.1193: „Absprachen über die Beantragung einer AVE“; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, a.a.O., S. 626: Stichworte zum schuldrechtlichen Teil „Gemeinsame Beantragung der Allgemeinverbindlicherklärung“. Eingehend Klumpp, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, a.a.O., § 257 Rn.52: „Die Tarifparteien können im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags auch Vereinbarungen über die Einleitung eines Verfahrens zur staatlichen Tarifnormerstreckung treffen. Dies betrifft die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit und die Einleitung eines Verfahrens nach §§ 7, 7a AEntG. In beiden Fällen ist der Antrag beider Tarifvertragsparteien notwendig. Eine Verpflichtung, diesen Antrag gemeinsam oder in Bezug aufeinander zu stellen, kann im Tarifvertrag vereinbart werden.“; Löwisch/Rieble, a.a.O., § 5 Rn. 257: „Über die Ausübung des Antragsrechts können die Tarifvertragsparteien im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags Vereinbarungen treffen.“; Thüsing, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, a.a.O., § 1 Rn.928: „Die Parteien können auch andere Verfahrenspflichten im Zusammenhang mit der tariflichen Normsetzung übernehmen; z.B. die Verpflichtung, einen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung zu stellen oder bei einem derartigen Antrag mitzuwirken. Eine gegenseitige Verpflichtung der Tarifvertragsparteien, eine Allgemeinverbindlicherklärung nicht zu beantragen, hat Wirkung nur im Innenverhältnis zwischen den Parteien selbst; das Antragsrecht als solches ist unverzichtbar.“

In singulären Fällen ist eine vertragliche Bindung ausgeschlossen, doch bedarf es dazu einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung. So ist z. B. nach § 2302 BGB ein



Vertrag nichtig, durch den sich jemand verpflichtet, ein Testament zu errichten oder ein bestehendes zu widerrufen. Dabei handelt es sich um höchstpersönliche Entscheidungen, die auch gegen eine vertragliche Bindung immunisiert sind. Ein solcher Fall liegt aber hier nicht vor. Vielmehr geht es allein um eine normale vertragliche Bindung, die auf der Basis gleicher Verhandlungschancen eingegangen wird. Zutreffend hat auch das ArbG Köln in seiner Entscheidung vom 6.6.2023 auf S. 9 ausgeführt:

„Zuletzt ist auch nicht hinreichend offensichtlich, dass allein die Freiwilligkeit der Abgabe eines Antrags auf AVE deren Durchsetzbarkeit durch Arbeitskampfmaßnahmen rechtswidrig macht. Eine solche Freiwilligkeit ist vielmehr einer Vielzahl von unproblematisch tariflich regelbaren Sachverhalten ebenfalls immanent.“

#### **b. Regelung der Arbeitsbedingungen von Außenseitern?**

Ein weiterer Einwand der Arbeitgeberseite bestand darin, die Tarifparteien würden durch die angestrebte Regelung ihre Regelungsbefugnis überschreiten. Diese beschränke sich auf die Mitglieder und könne nicht auf Außenseiter erstreckt werden. Zu der ihnen zustehenden negativen Koalitionsfreiheit gehöre auch die sog. negative Tarifvertragsfreiheit, das heißt das Recht, von einem fremden Tarifvertrag verschont zu bleiben.

Auch diese Überlegung ist von plausibler Argumentation weit entfernt. Sie wäre in gewissem Umfang vertretbar, wenn der gemeinsame Antrag der Tarifparteien auf Allgemeinverbindlicherklärung automatisch zu einer Erstreckung des Tarifvertrags auf alle nicht zum tarifschließenden Verband gehörenden Arbeitgeber und alle Nicht-Gewerkschaftsmitglieder führen würde. Dem ist aber nicht so. Der gemeinsame Antrag führt lediglich zu einem Verfahren vor dem zuständigen Arbeitsministerium. Dabei werden zunächst zahlreiche Personen und Organisationen angehört. Weiter ist vorausgesetzt, dass eine Allgemeinverbindlicherklärung nur dann zustande kommt, wenn der paritätisch besetzte Tarifausschuss zustimmt. Das „Nein“ einer Seite beendet das Verfahren. Eine Allgemeinverbindlicherklärung kommt zudem nur zustande, wenn der Tarifausschuss zustimmt. Wichtigste Rahmenbedingung ist, dass der Arbeitsminister oder der an seiner Stelle entscheidende Staatssekretär die Allgemein-

verbindlichkeit nicht nach Gutdünken aussprechen oder verweigern darf. Vielmehr müssen für eine positive Entscheidung die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 1 oder der Nr. 2 TVG vorliegen. Dies ist sorgfältig zu prüfen, wie nicht zuletzt das BAG betont hat.

z.B BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15

Die Verpflichtung, an einem gemeinsamen Antrag mitzuwirken, kann daher in keiner Weise mit einer Gestaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen der Außenseiter gleichgesetzt werden.

Selbst wenn man davon einmal absieht, ist auch die Prämisse des Arbeitgeberarguments höchst angreifbar. Es trifft nämlich nicht zu, dass die Gewerkschaften ausschließlich die Interessen ihrer Mitglieder vertreten müssen und ihnen jede Einwirkung auf die Arbeitsbedingungen anderer Personen verwehrt wäre. Zu erinnern ist in erster Linie an § 3 Abs. 2 TVG, wonach betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen in einem Tarifvertrag gegenüber allen im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern wirken, sofern nur der Arbeitgeber tarifgebunden ist. Daneben ist es unbestritten zulässig, im obligatorischen Teil des Tarifvertrags auch Drittbegünstigungen vorzusehen, also einen Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB abzuschließen. Als Beispiel kann eine Maßregelungsklausel dienen, die Streikende schützt, die sich als Nichtmitglieder an einer gewerkschaftlichen Arbeitsniederlegung beteiligt haben. Schließlich lässt die Rechtsprechung innerhalb bestimmter Grenzen auch den Solidaritätsstreik zu,

BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; dazu Rödl, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, a.a.O., § 17 Rn.94 ff.

was gleichfalls über die Wahrung reiner Mitgliederinteressen hinausführt.

Im Vergleich dazu enthält die Allgemeinverbindlicherklärung sehr viel höhere Schwellen für die Einwirkung auf die Arbeitsverhältnisse von Außenseitern, da anders als bei § 3 Abs. 2 TVG, beim Vertrag zugunsten Dritter oder beim Solidaritätsstreik ein eingehendes staatliches Verfahren dazwischengeschaltet ist.

Nur ergänzend sei vermerkt, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die negative Koalitionsfreiheit gar nicht berührt ist, wenn die Tarifwirkung im Wege der Allgemeinverbindlicherklärung auf Außenseiter erstreckt wird: Sie schützt nur vor einer Zwangsmitgliedschaft, nicht aber vor der Erstreckung eines Tarifvertrags.

BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 340; BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 und 1 BvR 439/79, BVerfGE 55, 7, 20

Insoweit gibt es nach der Rechtsprechung auch keine „negative Tarifvertragsfreiheit“.

Dazu überzeugend C. Schubert, RdA 2001, 199, 207

Dies hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bestätigt, wonach die (positive wie die negative) Koalitionsfreiheit des Art. 11 EMRK nicht berührt ist, wenn Außenseiter auf Arbeitgeber- wie auf Arbeitnehmerseite durch Tarifvertrag zu Beiträgen für eine Gemeinsame Einrichtung herangezogen werden.

EGMR 2.6.2016 – 23646/09, NZA 2016, 1519 Leitsatz 4

Festzuhalten bleibt, dass auch der „Drittbezug“ auf die Arbeitsverhältnisse Nichtorganisierter die Zulässigkeit einer Bindung in Bezug auf die Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG nicht in Frage stellen kann.

### **III. Vollständige Klärung der Rechtslage im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes?**

#### **1. Die Ausgangssituation**

Wird im Zusammenhang mit einem Arbeitskampf eine einstweilige Verfügung beantragt, so entsteht in aller Regel für das Gericht, aber auch für alle übrigen Beteiligten ein enormes Maß an Zeitdruck. Wird – wie in der Regel – das Verbot eines Streiks beantragt, so muss ggf. innerhalb von Stunden eine Entscheidung getroffen werden. Dies kann auch am Wochenende geschehen.

Innerhalb dieser sehr knappen Zeit stellen sich häufig komplizierte Rechtsfragen. Da das Arbeitskampfrecht nicht kodifiziert ist, muss ausschließlich auf Richterrecht zurückgegriffen werden. Dieses kann uneindeutig, im Einzelfall sogar widersprüchlich sein. Dazu kommt, dass sich Streiks und andere Kampfmaßnahmen nicht immer innerhalb gewohnter Bahnen bewegen; die Auseinandersetzung um den Flashmob als Kampfmaßnahme hat gezeigt, wie groß die Variationsbreite sein kann.

Für Rechtmäßigkeit des Flashmobs in BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347, bestätigt durch BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493

Dies hat zur Folge, dass immer wieder neue Rechtsprobleme auftauchen können, zu denen keinerlei Präjudizien vorhanden sind. Die hier behandelte Problematik ist ein Beispiel dafür, weil Abmachungen über die Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG zwar in der Literatur verschiedentlich erwähnt, aber bislang nie zu einem kontroversen, vor Gericht gebrachten Punkt geworden sind.

Ein weiteres Problem liegt darin, dass ein Streik häufig nicht zu einem späteren Zeitpunkt wiederholt oder nachgeholt werden kann. Wegen innerbetrieblicher oder branchenweiter Konflikte ist die Bereitschaft zur Arbeitsniederlegung „jetzt“ vorhanden, nicht aber in drei oder sechs Monaten, wenn die Entscheidung in der Hauptsache ergangen ist. Dies wird in Rechtsprechung und Literatur verschiedentlich mit dem Bild umschrieben, ein Streik lasse sich nicht beliebig „an- und ausknipsen wie eine Taschenlampe“.

So LAG Hamm 16.1.2007 – 8 Sa 74/07, NZA-RR 2007, 250, 253 (Tz. 40). Ebenso in der Literatur Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, a.a.O., S. 1293; Bertzbach/Kloppenburger, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, a.a.O., § 24 Rn.3; Kissel, Arbeitskampfrecht. Ein Leitfaden, München 2002, § 65 Rn.16; ErfK-Linsenmaier Art. 9 Rn.228; Treber SR 2013, 140, 144

Dies hat zur Folge, dass der Erlass einer einstweiligen Verfügung zu einem definitiven Rechtsverlust führt; faktisch wird die Hauptsache vorweggenommen. Auf der anderen Seite hat ein durchgeführter Streik ggf. erhebliche wirtschaftliche Nachteile zur

Folge, die sich im Dienstleistungssektor (anders als in weiten Teilen der Produktion) nicht durch spätere Überstunden und Sonderschichten wieder ausgleichen lassen.

Angesichts dieser schwierigen Situation haben sich in Literatur und Rechtsprechung verschiedene Auffassungen zur Intensität der rechtlichen Prüfung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes herausgebildet, die nunmehr darzustellen und zu diskutieren sind.

## **2. Erlass einer einstweiligen Verfügung nur bei offenkundiger Rechtswidrigkeit?**

Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes endet der Instanzenzug beim Landesarbeitsgericht. Divergierende Entscheidungen bleiben bestehen, weil es keinen Mechanismus zur Ausräumung solcher Meinungsverschiedenheiten gibt. Die (richterrechtlich geprägte) Landschaft mag insoweit einem Flickenteppich ähneln, wie man ihn in ähnlicher Weise bei der Frage findet, ob eine geplante Betriebsänderung so lange unterbleiben muss, bis eine Einigung über den Interessenausgleich zustande gekommen oder endgültig gescheitert ist.

Überblick über den Stand der Rechtsprechung bei Däubler, in: Däubler/Klebe/Wedde (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz. Kommentar, 18. Aufl., Frankfurt/Main 2022, §§ 112, 112a Rn.53 mit Nacheisen in Fn.230

Die Mehrzahl der Landesarbeitsgerichte hat sich dafür entschieden, ein Streikverbot durch einstweilige Verfügung nur dann zu erlassen, wenn die Arbeitsniederlegung „offensichtlich“ rechtswidrig ist.

LAG Baden-Württemberg 3.8.2016 – 4 SaGa 2/16, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 107; LAG Baden-Württemberg 24.2.2016 – 2 SaGa 1/15, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 103 = ZTR 2016, 527; LAG Sachsen 2.11.2007 – 7 SaGa 19/07, NZA 2008, 59 Leitsatz 1; LAG Köln 12.12.2005 – 2 Ta 457/05, NZA 2006, 62 (verlangt „eindeutige“ Rechtswidrigkeit, die im Laufe der Ausführungen mit „offenkundiger“ Rechtswidrigkeit gleichgestellt wird); LAG Köln 19.3.2007 – 12 Ta 41/07, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 77 (spricht von „eindeutiger“ Rechtswidrigkeit); LAG Frankfurt/Main 2.5.2003 – 9 SaGa

637/03, juris („eindeutig“ rechtswidrig). Auf dieses zuletzt genannte Urteil bezieht sich zustimmend LAG Frankfurt/Main 22.7.2004 – 9 SaGa 593/04, NZA-RR 2005, 262, das aber nur von „Rechtswidrigkeit“ spricht

Vom Wortlaut her weniger weit geht eine zweite Auffassung, wonach „schwierige, höchstrichterlich nicht entschiedene Rechtsfragen einer Entscheidung im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht zugänglich sind“. In solchen Fällen wird keine einstweilige Verfügung erlassen. Im Ergebnis macht dies so gut wie keinen Unterschied zum Abstellen auf eine „offenkundige Rechtswidrigkeit“ aus, da sich dann, wenn die Rechtswidrigkeit nicht von vorne herein ersichtlich ist, so gut wie immer „schwierige, höchstrichterlich nicht entschiedene Rechtsfragen“ stellen.

Für diese zweite Position LAG Frankfurt/Main 6.11.2019 – 16 SaGa 1304/19, juris, Tz. 18; LAG Frankfurt/Main 22.11.2016 – 16 SaGa 1459/16, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 109 Tz. 55 (beide mit dem Zusatz, dass die Rechtswidrigkeit „gegebenenfalls sogar greifbar oder offenkundig“ sein müsse); LAG Frankfurt/Main 7.11.2014 – 9 SaGa 1496/14, NZA-RR 2015, 441 Tz. 229

Kein inhaltlicher Unterschied ergibt sich, wenn man verlangt, dass die Rechtswidrigkeit des Streiks „ohne rechtsfortbildende Überlegungen“ feststellbar sein muss.

So ErfK-Linsenmaier, a.a.O., Art. 9 GG Rn. 229 m.w.N.

Verwandt mit dieser Position, aber nicht mit ihr identisch ist die Auffassung, bei „schwieriger und ungeklärter Rechtslage“ seien höhere Anforderungen an den Verfügungsgrund zu stellen: Bei der dort vorzunehmenden Abwägung der Interessen beider Seiten habe in solchen Fällen das grundrechtlich geschützte Interesse der Arbeitnehmer höheres Gewicht.

LAG Köln 14.6.1996 – 4 Sa 177/96, NZA 1997, 327

Relativ selten findet sich die Auffassung, auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes müsse eine volle Klärung der Rechtslage erfolgen; ergebe sie die

Rechtswidrigkeit des Streiks, müsse dieser – einen Verfügungsgrund unterstellt – verboten werden.

LAG Hamm 31.5.2000 – 18 Sa 858/00, NZA-RR 2000, 535: Es ging um einen Streik gegen eine Verlagerung. Das Gericht nahm eine umfassende Abwägung zwischen den durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Arbeitnehmerinteressen und der in Art. 12 GG geschützten unternehmerischen Freiheit vor. Die gegebene Rechtslage sei zwar „schwierig und nicht höchstrichterlich geklärt“, doch sei davon auszugehen, dass der klagende Arbeitgeber das Hauptverfahren gewinnen werde (?); für volle inhaltliche Überprüfung auch LAG Schleswig-Holstein 25.11.1999 – 4 Sa 584/99, NZA-RR 2000, 143. Beide Entscheidungen werden vom LAG Hessen (2.5.2003- 9 Sa 637/03, juris Tz. 31) irrtümlich für die Auffassung „eindeutig rechtswidrig“ zitiert.

Der herrschenden Rechtsprechung ist zuzustimmen. Das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist in der Tat nicht geeignet, komplexe Rechtsfragen in einer Weise zu lösen, die mit hoher Wahrscheinlichkeit auch bei höheren Instanzen Bestand hat. Mit Rücksicht auf den Zeitdruck und die beschränkteren Möglichkeiten zur Sachaufklärung hat das Verfahren eine geringere „Richtigkeitsgewähr“. Diese Überlegung ist umso gewichtiger, als auf Arbeitnehmerseite ein definitiver Grundrechtsverlust droht, weil der Streik später in aller Regel nicht mehr nachgeholt werden kann.

Dazu oben 1 und insbesondere ErfK-Linsenmaier, Art. 9 Rn. 228

Dazu kommt ein weiterer Gesichtspunkt. Tarifrunden bringen es mit sich, dass Gewerkschaften nicht selten tarifpolitisches Neuland betreten, was häufig eine Reaktion auf neu entstandene Probleme darstellt. Die hier im Mittelpunkt stehende Forderung nach einer Antragstellung durch die Arbeitgeberseite nach § 5 Abs. 1 TVG ist ein Beispiel hierfür. Solche Schritte dürfen nicht mit einem erheblichen Rechtsrisiko verbunden sein, da dieses dazu führen würde, auf sinnvolle Innovationen in Tarifverhandlungen schon mit Rücksicht auf drohende Schadensersatzansprüche zu verzichten.

So insbesondere Treber, SR 2013, 140, 144

Schließlich ist zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des BAG eine Vermutung dafür besteht, dass ein von der Gewerkschaft geführter Streik um die Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen rechtmäßig ist.

BAG 19.6.1973 – 1 AZR 521/72, AP Nr. 47 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

Die Vermutung bezieht sich auf alle Tatsachen, aus denen möglicherweise die Rechtswidrigkeit des Streiks folgen könnte.

BAG 29.11.1983 – 1 AZR 469/82, NZA 1984, 34

Die ein Streikverbot beantragende Partei muss also die für die Rechtmäßigkeit des Streiks sprechende Vermutung widerlegen; bleiben Zweifel, kann die einstweilige Verfügung nicht erlassen werden.

So auch Bertzbach/Kloppenburger, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, a.a.O., § 24 Rn. 56

Eine Ausnahme vom Prinzip der offenkundigen Rechtswidrigkeit ist allenfalls dann denkbar, wenn die Durchführung des Streiks zu einer Existenzgefährdung des Arbeitgebers oder zu Gefahren für Leib und Leben Dritter führen würde, doch ist dies eine Ausnahme, die in der Praxis bisher keine Rolle gespielt hat und die voraussichtlich auch in der Zukunft keine Rolle spielen wird. Bei dieser Gelegenheit sei auch noch daran erinnert, dass vor längerer Zeit auch die Auffassung vertreten wurde, ohne Rücksicht auf die rechtliche Beurteilung der Arbeitsniederlegung, also bei ungeklärter Rechtslage, komme ein Streikverbot durch einstweilige Verfügung überhaupt nur in Betracht, wenn andernfalls die Existenz des Arbeitgebers gefährdet wäre.

LAG Baden-Württemberg, 8.8.1973 – 4 Sa 29/73, AuR 1974, 316

Die Literatur ist eher bereit, die „einfache“ (nicht offenkundige) Rechtswidrigkeit genügen zu lassen,

S. die Nachweise bei Horcher, in: Frieling/Jacobs/Krois (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, a.a.O., § 11 Rn.35 Fn. 129



nimmt allerdings meist Korrekturen vor, die zumindest eine Annäherung an die hier vertretene Position darstellen. So heißt es etwa bei Horcher (a.a.O., § 11 Rn.39):

„Der Richter muss die juristische Subsumtion...vollständig durchführen oder zumindest danach streben. Dabei sind Einschränkungen in zweierlei Hinsicht angebracht: Eine Grenze besteht erstens darin, dass dem Gericht für Arbeits-sachen typischerweise in zeitlicher Hinsicht nur eine beschränkte Vorberei-tungsmöglichkeit zur Verfügung steht. Kann das Gericht innerhalb dieser Zeit nicht zur Überzeugung nach § 286 Abs. 1 ZPO gelangen, dass der Eilantrag auf Untersagung oder Beschränkung des Streiks begründet ist, so ist es rich-tig, diesen abzuweisen. Dies gilt zweitens auch, soweit es um die Beurteilung höchstrichterlich noch nicht entschiedener juristisch schwieriger Fragestellun-gen geht.“

Im Ergebnis wird so ein Streikverbot nur ausgesprochen, wenn die Rechtswidrigkeit offenkundig ist.

#### **IV. Zusammenfassung**

Die Verpflichtung der Arbeitgeberseite, zusammen mit der Gewerkschaft einen An-trag auf Allgemeinverbindlicherklärung zu stellen, kann im obligatorischen Teil des Tarifvertrags vereinbart werden. Eine solche Abmachung kann auch Gegenstand ei-nes Arbeitskampfes sein. Das Recht zur Antragstellung ist kein „höchstpersönliches“ Recht, das keine vertraglichen Bindungen vertragen würde. Auch wird durch eine entsprechende Abmachung nicht in die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse Nicht- oder Andersorganisierter eingegriffen.

Ein Streik kann nur dann durch einstweilige Verfügung verboten werden, wenn er offensichtlich rechtswidrig ist. Dies entspricht ganz herrschender Rechtsprechung, die sich zum Teil unterschiedlicher Begrifflichkeiten bedient, die aber keinen inhaltli-chen Unterschied ausmachen.

## **C. Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen**

### **I. Die aktuelle Entwicklung**

Seit Mitte Juni 2023 verweist die Arbeitgeberseite in wachsendem Umfang darauf, einzelne bestreikte Unternehmen könnten Schadensersatzansprüche in beträchtlicher Höhe gegen die Gewerkschaft ver.di geltend machen.

Am 16. Juni wandten sich zB der Handelsverband Nord und der Handelsverband Mitteldeutschland an die zuständigen Landesbezirke von ver.di und betonten übereinstimmend, das Streikziel „gemeinsamer Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung“ sei rechtswidrig, deshalb sei nach der Rechtsprechung des BAG auch der Streik als solcher unzulässig. Rechtswidrige Arbeitsk Kampfmaßnahmen hätten einen Schadensersatzanspruch gegenüber der kampfführenden Gewerkschaft zur Folge. Beide Verbände erklärten in ihren Schreiben wörtlich übereinstimmend, sie würden ihre Mitgliedsfirmen in dem Sinne beraten, dass diese im Fall eines Streiks Schadensersatzansprüche prüfen sollten. Ein Schreiben mit gleichem Inhalt sandte am 16.6.2023 auch der Einzelhandelsverband Bayern an ver.di. Weitere Schreiben ähnlichen Inhalts folgten. Mittlerweile sind auch konkrete außergerichtliche Schadensersatzforderungen einzelner Unternehmen unter Berufung auf die vermeintlich rechtswidrige Forderung der gemeinsamen Beantragung der AVE an ver.di herangetragen wurden. Im Fall einer Firma war die Argumentation dieselbe wie die der Verbände, doch wurden auch Aussagen zur Schadenshöhe gemacht. Im Fall einer anderen Firma handelte es sich um ein nicht dem Arbeitgeberverband angehörendes Unternehmen, das auch nicht mit Hilfe eines Anschlussstarifs an den Flächentarifvertrag gebunden war. Die Belegschaft war deshalb zu einem Unterstützungstreik aufgerufen worden. Dessen Rechtmäßigkeit wurde mit dem Argument einer übermäßig großen „Ferne“ zum Hauptarbeitskampf bestritten: Da das fragliche Unternehmen auf das Endkundengeschäft ausgerichtet war, der Hauptarbeitskampf sich jedoch im Groß- und Außenhandel abgespielt hatte, sei der Unterstützungstreik rechtswidrig gewesen, weshalb auch aus diesem Grund eine Schadensersatzpflicht bestehe.

## **II. Rechtliche Würdigung**

### **1. Streikziel gemeinsamer Antrag nach § 5 Abs. 1 TVG**

Richtigerweise wurden diese Forderungen von ver.di abgelehnt, da die Streiks rechtmäßig sind; für Schadenersatzansprüche fehlt es zudem auch an einem Verschulden von ver.di.

Die Schreiben der Arbeitgeberseite enthalten keine neuen rechtlichen Argumente zur angeblichen Unzulässigkeit des Streiks. Aus der Literatur wird lediglich die eine Stelle bei Löwisch/Rieble (§ 5 Rn. 258) zitiert. Alle anderen Autoren, die eine vertragliche Bindung der Arbeitgeberseite bejahen, finden keine Erwähnung.

S. die Darstellung oben B II 2a

Dies grenzt an einen Versuch der Täuschung und soll vermutlich rechtsunkundige Menschen einschüchtern und von weiteren Streiks abhalten.

Selbst für den denkbar unwahrscheinlichen Fall, dass sich ein Arbeitsgericht der Minderheitsmeinung von Löwisch/Rieble anschließen würde, wäre die Gewerkschaft nicht zu Schadensersatz verpflichtet. Sie hat sich bemüht, durch das vorliegende Rechtsgutachten einen möglichst umfassenden Kenntnisstand über die Rechtslage zu gewinnen. Sie hat weiter dieselbe Forderung schon in früheren Tarifrunden aufgestellt, ohne dass diese im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes oder auf anderen Wegen gerichtlich in Frage gestellt worden wäre. Drei Arbeitsgerichte (ArbG Köln, ArbG Stuttgart, ArbG Würzburg) haben einen Antrag auf Verbot des Streiks im Wege der einstweiligen Verfügung zurückgewiesen, weil sie keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken finden konnten, die gegen die Streikforderung gesprochen hätten. Wenn eine Gewerkschaft in einer solchen Situation weiter für das bisherige Ziel streikt, ist ihr kein Schuldvorwurf zu machen, der Voraussetzung für jede Haftung auf Schadensersatz wäre.

### **2. Unterstützungstreik**

Die Zulässigkeit des Unterstützungstreiks ist bisher nur in einem einzigen Fall praktisch relevant geworden.

### **a. Historische Entwicklung**

Die Zulässigkeit des Unterstützungstreiks blickt auf eine wechselvolle Geschichte zurück.

Arbeitsniederlegungen, die ausschließlich das Ziel haben, Forderungen und Aktionen anderer Arbeitnehmer zu unterstützen, wurden lange Zeit von der herrschenden Meinung in Übereinstimmung mit der Weimarer Rechtslage für zulässig gehalten.

Nachweise bei Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl. Band II/2, 1970, S. 1009

Das BAG hat sich zum Solidaritätstreik lange nicht geäußert

BAG 20.12.1963 – 1 AZR 157/63, AP Nr. 34 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 4 ließ seine Zulässigkeit dahinstehen

und seine Zulässigkeit auch in den Aussperrungsurteilen vom 10.6.1980 dahinstehen lassen,

BAG 10.6.1980 – 1 AZR 168/79, DB 1980, 1275 rechte Spalte

Doch hatte es an anderer Stelle gravierende Indizien für eine positive Entscheidung gesetzt. So wurde 1955 in einer Nebenbemerkung die Sympathieaussperrung für rechtmäßig erklärt

BAG 28.1.1955 – GS 1/54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 9 R

und 1976 ein Boykottaufruf unbeanstandet gelassen, der ausländische Hafentarbeiter dazu motivieren sollte, die Schiffe bestimmter tarifunwilliger deutscher Reeder nicht mehr abzufertigen.

BAG 19.10.1976 – 1 AZR 611/75, AP Nr. 6 zu § 1 TVG Form

Auch BGH und BSG hatten den Unterstützungstreik als zulässig behandelt.

BGH 19.1.1978 – II ZR 192/76, AP Nr. 56 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl.2 R;  
BSG 9.9.1975 – 7 RAr 5/73, AP Nr. 1 zu § 116 AFG Bl.8R

Als anlässlich des Stahlarbeiterstreiks 1978/79 zahlreiche Arbeitnehmer anderer Branchen für einige Stunden die Arbeit niederlegten und an Demonstrationen teilnahmen, wurde diese Rechtsauffassung noch einmal durch das LAG Düsseldorf und mit eingehender Begründung durch das LAG Hamm bestätigt.

LAG Düsseldorf DB 1979, 167 und LAG Hamm 24.4.1980 – 8 Sa 1259/79, DB 1980, 2345

Entgegen dieser langjährigen Praxis hat das BAG am 5.3.1985 Solidaritätsstreiks grundsätzlich für rechtswidrig erklärt,

BAG 5.3.1985 – 1 AZR 468/83, DB 1985, 1695

doch sollte es unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen geben. Dies war insbesondere dann anzunehmen, wenn der betroffene Arbeitgeber nicht mehr „außenstehender Dritter“ war, weil wie im Konzern eine wirtschaftliche Verflechtung mit einem im „Kampf“ befindlichen Unternehmen bestand oder weil er Aufträge aus dem Arbeitskampfgebiet übernommen hatte. In solchen Konstellationen „ließe sich ein Sympathiestreik rechtfertigen.“

So BAG 5,3,1985 – 1 AZR 468/83, DB 1985, 1695, 1697 rechte Spalte (unter II 4 der Gründe)

## **b. Aktuelle Rechtslage**

Im Jahre 2007 hat das BAG diese Grenzen erheblich gelockert. Der Solidaritätsstreik gehörte nach Aufgabe der Kernbereichslehre durch das Bundesverfassungsgericht auch nach Auffassung des BAG ganz generell zu den gewerkschaftlichen Betätigungsformen, die den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG genießen. Eine Grenze finden sie nur in Grundrechten des Arbeitgebers. Für den Fall des Solidaritätsstreiks bedeutete

dies, dass der von einem Unterstützungstreik betroffene Arbeitgeber nicht in unangemessener Weise beeinträchtigt sein durfte.

BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055

Dies bedeutete, dass der Solidaritätstreik in sehr viel weiterem Umfang als zuvor zugelassen war und bis heute zugelassen ist.

Wie weit der Bereich des Zulässigen reicht, ist im vorliegenden Zusammenhang ohne größere Relevanz. Das einzige Außenseiterunternehmen, bei dem die Frage des Unterstützungs- oder Solidaritätstreiks eine Rolle spielte, gehört zu einem Unternehmensverbund, der mit anderen Teilen unmittelbar in den Arbeitskampf einbezogen ist. Ein Solidaritätstreik wäre daher sogar nach der älteren BAG-Rechtsprechung aus dem Jahr 1985 zulässig gewesen, da ein zum selben Konzern gehörendes Unternehmen kein „außenstehender Dritter“ mehr ist. Dies gilt auch dann, wenn der Konzern bzw. Unternehmensverbund sowohl im Groß- als auch im Einzelhandel aktiv ist. Die Zulässigkeit des Solidaritätstreiks lässt sich also nicht mit dem Argument bestreiten, der Schwerpunkt der Auseinandersetzungen habe im Großhandel gelegen, wenn derselbe Konzern oder Unternehmensverbund betroffen ist. Dies ist in der Stellungnahme der Arbeitgeberseite nicht berücksichtigt worden.

## **D. Aussichtslose und unzumutbare Allgemeinverbindlicherklärung?**

### **I. Die Argumente der Arbeitgeberseite**

Mit Schreiben vom 27. Juni 2023 hat der Handelsverband Niedersachsen-Bremen seine Argumentation ergänzt und zwei weitere Bedenken vorgebracht.

Zum einen könne der Arbeitgeberverband nicht zu einer Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG gezwungen werden, weil die sachlichen Voraussetzungen für eine Allgemeinverbindlichkeit nicht vorlägen. Angesichts des „Zwei-Verbände-Modells“ in Niedersachsen seien so viele Unternehmen von vorne herein von dem potentiellen Tarifvertrag gar nicht erfasst, dass dieser niemals „überwiegende Bedeutung“ im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG erlangen könne. Außerdem seien die Voraussetzungen von § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TVG „eindeutig“ nicht gegeben.

Zum zweiten könne der Arbeitgeberverband nicht gezwungen werden, eine Allgemeinverbindlicherklärung zu Lasten solcher seiner Mitglieder zu beantragen, die sich bewusst gegen eine Tarifbindung entschieden hätten. Er müsste genau das Gegenteil dessen tun, was dem Willen dieser Mitglieder entspreche das – so muss man schließen – würde als unzumutbar empfunden.

Zu beiden Argumenten soll kurz Stellung genommen werden.

## **II. Aussichtslose Allgemeinverbindlicherklärung?**

Die Allgemeinverbindlicherklärung setzt nach der seit 2014 geltenden Fassung des § 5 Abs. 1 TVG lediglich voraus, dass sie „im öffentlichen Interesse geboten erscheint.“ Diese Voraussetzung liege „in der Regel“ vor, wenn (Nr. 1) der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen „überwiegende Bedeutung“ erlangt habe oder wenn (Nr. 2) eine Allgemeinverbindlichkeit notwendig sei, um die Wirksamkeit der tariflichen Normsetzung gegen die Folgen einer wirtschaftlichen Fehlentwicklung abzusichern.

Sowohl Nr. 1 als auch Nr. 2 sind lediglich Beispiele, die verdeutlichen sollen, wann ein öffentliches Interesse gegeben ist.

BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, AP Nr. 40 zu § 5 TVG: Konkretisierung des öffentlichen Interesses durch „Regelbeispiele“. Ebenso Kocher, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 7. Aufl. 2021, § 5 TVG Rn.17; Lakies/Rödl, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsrecht, 5. Aufl. 2022, § 5 Rn.108 ff.; Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 5 Rn.162 ff.

Dies bedeutet, dass die Argumentation der Arbeitgeberseite, die sich ausschließlich an den Regelbeispielen festmacht, unschlüssig ist: Sie übersieht, dass auch ohne Erfüllung eines der beiden Regelbeispiele die Allgemeinverbindlicherklärung im öffentlichen Interesse geboten sein kann. So könnte man sich beispielsweise unschwer vorstellen, dass der Arbeitsminister ein öffentliches Interesse auch dann bejaht, wenn sich die Mehrheit der Unternehmen in die OT-Mitgliedschaft geflüchtet und so das Funktionieren des Tarifsystems gravierend erschwert, wenn nicht unmöglich gemacht

hat. Hier wären ggf. weder Nr. 1 noch (was allerdings eher unwahrscheinlich ist) Nr. 2 erfüllt; dennoch wäre ein öffentliches Interesse zu bejahen. Weitere Konstellationen sind denkbar, dem Minister steht insoweit ein „außerordentlich weiter Beurteilungsspielraum“ zu.

So BAG 28.3.1990 – 4 AZR 536/89, NZA 1990, 781 = AP Nr. 25 zu § 5 TVG Tz. 18; Wank, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 8. Aufl. 2019, § 5 Rn.115

Aber auch die These, die beiden Regelbeispiele seien nicht erfüllt, erscheint allzu voreilig. So ist etwa durch die Reform 2014 die Basis der Tarifverträge erweitert worden. Während früher ausschließlich die Arbeitsverhältnisse Berücksichtigung fanden, bei denen eine mitgliedschaftliche Tarifbindung gegeben war, sind nunmehr alle Arbeitsverhältnisse mitzuzählen, die tarifgemäß ausgestaltet sind. Dazu zählen neben Arbeitnehmern, die durch Anschlussstarife erfasst sind, insbesondere auch solche, in deren Arbeitsvertrag sich eine Bezugnahme Klausel befindet. Gleichgestellt sind nach der amtlichen Begründung solche Arbeitsverhältnisse, die sich auf andere Weise – etwa durch freiwillige Praxis des Arbeitgebers – an dem Tarifvertrag orientieren.

BT-Drucksache 18/1558 S. 48; näher Lakies/Rödl, a.a.O., § 5 Rn.110

Ob man auf dieser erweiterten Basis gleichfalls zu dem Ergebnis kommt, der Tarifvertrag habe keine „überwiegende Bedeutung“, scheint alles andere als ausgemacht. Auch kann die verbreitete These, „überwiegende Bedeutung“ bedeute, dass die Mehrheit im Geltungsbereich des Tarifvertrags in dem beschriebenen Sinne von der Wirkung des Tarifvertrags erfasst sein müsse, keineswegs als gesichert angesehen werden, da der Gesetzgeber ja bewusst von der bis 2014 geltenden 50 % - Voraussetzung abweichen wollte.

Das Regelbeispiel von § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TVG mildert bewusst die alte Fassung ab, die von einem „sozialen Notstand“ sprach. Die amtliche Begründung beschreibt die dadurch erfassten Fälle in einer Weise, die zumindest Ähnlichkeiten mit den Verhältnissen im Einzel- und im Groß- und Außenhandel hat. So ist etwa von Wirtschaftszweigen die Rede, in denen die Verbreitung von Tarifverträgen gering ist und wo deshalb ein besonderes Bedürfnis bestehe, eine „bedrängte tarifliche Ordnung zu



stützen und damit in diesen Bereichen angemessene Arbeitsbedingungen zu gewährleisten“.

BT-Drucksache 18/1558 S. 49, auch zum Folgenden

Von der in der gesetzlichen Formulierung geforderten „wirtschaftlichen Fehlentwicklung“ könne insbesondere dann ausgegangen werden, wenn die Aushöhlung der tariflichen Ordnung den Arbeitsfrieden gefährde. Die Erhaltung einer funktionsfähigen Tarifordnung liege auch im öffentlichen Interesse.

Sollten die Voraussetzungen des Regelbeispiels der Nr. 1 nicht gegeben sein, so würden jedenfalls die Voraussetzungen der Nr. 2 vorliegen.

Es besteht also keine Gefahr, dass die Arbeitgeberseite zur Stellung eines aussichtslosen Antrags auf Allgemeinverbindlicherklärung veranlasst werden soll.

### **III. Schutz der OT-Mitglieder?**

Würde die Allgemeinverbindlicherklärung ausgesprochen, so wären in der Tat alle in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Unternehmen tarifgebunden. Dies trifft auch für solche Unternehmen zu, die sich bewusst gegen eine Tarifbindung entschieden haben und die deshalb keinem Arbeitgeberverband beigetreten sind oder dort eine OT-Mitgliedschaft gewählt haben. Dass auch sie und nicht nur solche Unternehmen erfasst werden, die einer Mitgliedschaft indifferent gegenüberstehen, ist eine mit der Allgemeinverbindlichkeit verbundene Selbstverständlichkeit. Dabei geht es nicht nur um Unternehmen, die derzeit schon OT-Mitglieder eines Arbeitgeberverbands sind. Vielmehr führt die Allgemeinverbindlicherklärung auch dazu, dass Unternehmen künftig keine Möglichkeit mehr haben, einem Arbeitgeberverband beizutreten und dort in eine OT-Mitgliedschaft überzuwechseln. Dies mag für die einzelnen Unternehmen und den Verband erträglicher erscheinen als der Verlust eines bestehenden OT-Status, doch wird insoweit kein rechtlich relevanter Unterschied gemacht.

Die Rechtsprechung des BAG zur OT-Mitgliedschaft verlangt außerdem, dass die OT-Mitglieder weder direkt noch indirekt Einfluss auf die Tarifpolitik und auf Arbeitskampfmaßnahmen des Verbandes nehmen können.

BAG 4.6.2008 – 4 AZR 419/07, AP Nr. 38 zu § 3 TVG; BAG 22.4.2009 – 4 AZR 111/08, AP Nr. 26 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit; BAG 21.11.2012 – 4 AZR 27/11, AP Nr. 16 zu § 3 TVG Verbandsaustritt

Deshalb müssen die Befugnisse von Mitgliedern mit und solchen ohne Tarifbindung in der Satzung klar und eindeutig getrennt sein.

BAG 21.11.2012 – 4 AZR 27/11, AP Nr. 16 zu § 3 TVG Verbandsaustritt

Mit diesem Grundsatz verträgt es sich nicht, dass der Arbeitgeberverband im vorliegenden Fall in einer tarifpolitischen Auseinandersetzung die Interessen und Bedürfnisse seiner OT-Mitglieder in den Vordergrund stellt und daraus die Unzumutbarkeit einer erhobenen Tarifforderung ableitet. Gerade in der Tarifpolitik müssen beide Mitgliedergruppen getrennt bleiben, so dass die Wünsche und Interessen der OT-Mitglieder im Zusammenhang mit einem Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung keine Rolle spielen dürfen.

Auch aus Art. 11 EMRK leitet sich kein Recht ab, von Tarifverträgen verschont zu bleiben

EGMR 25.4.1996, 15573/89, BeckRS 2016, 19714 Rn. 52.

Diese Grundsätze sind auf Außenseiter übertragbar. Denn die Erstreckung von Tarifverträgen auf nicht organisierte Arbeitgeber im Wege der AVE erzeugt auch nach Auffassung des EGMR keinen unzulässigen Beitrittsdruck - EGMR 2.6.2016, 23646/09, NZA 2016, 1519 (1520) Rn. 57.

Bremen, den 14.07.2023

Prof. Dr. Wolfgang Däubler