

**Streik im Handel:**

**Neue Bedenken, Drohung mit Schadensersatz**

**Gutachterliche Stellungnahme**

von

**Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen**

**September/OkttoberDezember 2023**

## A. Der Sachverhalt

Die EDEKA Handelsgesellschaft Nordbayern-Sachsen-Thüringen mbH hat wegen des Streiks im Handel mit Schriftsatz vom 7. August 2023 Klage gegen die Gewerkschaft ver.di erhoben. Anlass sind Streikaufrufe in ihren Niederlassungen in 97469 Gochsheim, 93623 Sachsen bei Ansbach, 91122 Schwabach und 95615 Marktrechwitz. Beantragt werden insgesamt drei Feststellungen:

- Die Gewerkschaft sei verpflichtet, der Klägerin sämtliche Schäden zu ersetzen, die durch die Streikaufrufe entstanden seien,
- Es möge festgestellt werden, dass die Streiks mit dem Ziel „gemeinsame Initiative zur Allgemeinverbindlichkeit des Entgelttarifvertrages im Großhandel“ rechtswidrig seien
- Es möge festgestellt werden, dass die Streiks unverhältnismäßig und damit rechtswidrig sind.

Zum Verhältnis dieser Anträge untereinander macht die Klage keine Ausführungen; auch werden behauptete Schäden nicht beziffert.

Zur Begründung bezieht sich die Klägerin einmal auf Argumente, die gegen eine tarifliche Regelung der Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG sprechen sollen: Bei dem Antragsrecht handle es sich um eine „gesetzlich verliehene unverzichtbare Eigenschaft“, was es ausschließe, dass eine solche Erklärung unter Zwang oder Streikdruck abgegeben werde. Da die Klägerin ihre Beschäftigten alle nach Tarif bezahle, entfalte eine Allgemeinverbindlicherklärung insoweit keine Wirkung. Vielmehr gehe es um eine Erklärung zu Lasten Dritter, also der nicht dem Verband angehörenden Unternehmen. Dritte sollten zu einer Tarifierstellung gezwungen werden (S. 17).

Die Klägerin macht ohne nähere Belege weiter geltend, bis zum 6. August 2023 seien bereits 209 Streiktage angefallen. Überschlägig berechnet, würde sich pro Streiktag ein Schaden von 66.000,00 Euro ergeben, so dass sich der bisher entstandene Gesamtschaden auf über 13 Mio. Euro belaufe. Allein die Klägerin werde mit derart massiven

Streikaktionen unter Druck gesetzt. Von den Verbandsmitgliedern, die zugleich der Tarifkommission angehörten, seien sechs nicht einen einzigen Tag bestreikt worden. Ein größeres Unternehmen sei an zwei, ein anderes an drei Tagen bestreikt worden. Weitere Unternehmen wurden 9 bzw. 15 Tage bestreikt, was in keinem Verhältnis zu den gegen die Klägerin gerichteten Kampfmaßnahmen stehe. Schließlich gebe es ein Unternehmen mit 50 Streiktagen, doch müsse man dabei beachten, dass dort jeweils nur fünf bis sechs Beschäftigte dem Streikaufruf gefolgt seien. Ohne sachlichen Grund sei die Klägerin in besonderer Weise belastet worden, was gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoße.

Die Streikmaßnahmen seien im Übrigen auch deshalb rechtswidrig, weil Aktionen dieses Umfangs nicht ohne Urabstimmung durchgeführt werden dürften (S. 17). Dies entspreche auch den Vorgaben der ver.di-Satzung, da lediglich bei Warnstreiks die Urabstimmung entfallen könne, hier aber die Grenze zum Erzwingungsstreik überschritten sei.

Ein rechtswidriger Streik verpflichte zum Schadensersatz. Dass verschiedene Arbeitsgerichte den Erlass eines Streikverbots im Wege einer einstweiligen Verfügung abgelehnt hätten, sei ohne Bedeutung: Die Gerichte hätten nur die „offenkundige Rechtswidrigkeit“ geprüft, nicht aber die Rechtswidrigkeit als solche. Die Gewerkschaft sei auch in den einstweiligen Verfügungsverfahren auf die Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit des Streiks hingewiesen worden, doch hätte sie in allen Fällen das rechtswidrige Streikziel aufrechterhalten. Sie treffe daher ein Verschuldensvorwurf, weshalb sie für die gesamten Streikschiiden hafte. Diese seien im Augenblick noch nicht ausreichend bezifferbar, weshalb lediglich eine Feststellung der Ersatzpflicht begehrt werde.

## **B. Rechtliche Stellungnahme**

### **I. Die Forderung, die Arbeitgeberseite möge zusammen mit der Gewerkschaft die Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags beantragen**

Die Behauptung der Klägerin, die Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG sei keiner vertraglichen Bindung zugänglich, ist schon an anderer Stelle widerlegt worden. Die ganz herrschende Meinung in der Literatur geht dahin, dass auch insoweit Verträge geschlossen werden können und dass eine entsprechende Regelung auch im obligatorischen Teil eines Tarifvertrags zulässig sei.

Einzelheiten bei Däubler, Gemeinsame Beantragung einer AVE – ein zulässiges Streikziel? Juli 2023, S. 13 ff. Ebenso z. B. auch LAG Nürnberg, 20.7.2023 – 3 SaGa 6/23, NZA-RR 2023, 539

Der weitere Einwand, es gehe um eine Regelung zu Lasten Dritter, greift ebenfalls nicht durch: Auch ein gemeinsamer Antrag führt nicht automatisch zu einer Allgemeinverbindlicherklärung. Weiter hat die Erstreckung von Tarifverträgen auf nichtorganisierte Arbeitgeber und Arbeitnehmer lediglich zur Folge, dass ihnen die Einhaltung eines Mindeststandards zugemutet wird, wie dies auch zahlreiche arbeitsrechtliche Gesetze tun: Eine vertragliche Verbesserung bleibt immer möglich. Ein Eingriff liegt nur insoweit vor, dass ein „Wettbewerbsvorteil“ durch die Bereitschaft, zu besonders geringer Entlohnung oder zu besonders schlechten Arbeitsbedingungen zu arbeiten, nicht mehr möglich ist: Dies entspricht sozialstaatlicher Tradition und sorgt überdies dafür, dass die Tarifautonomie nicht durch sog. Schmutzkonkurrenz unterlaufen oder gar funktionsunfähig gemacht wird.

Näheres auch insoweit bei Däubler, a.a.O., S. 16 ff. So auch LAG Nürnberg, 20.7.2023 – 3 SaGa 6/23, NZA-RR 2023, 539

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.

Die Erstreckung von Tarifverträgen auf nicht organisierte Arbeitgeber oder auf Arbeitgeber mit OT-Status im Wege der AVE erzeugt deshalb auch nach Auffassung des EGMR keinen unzulässigen Beitrittsdruck

EGMR 2.6.2016, 23646/09, NZA 2016, 1519 (1520) Rn.57.

## **II. Verstoß des Streiks gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip?**

Die Klägerin sieht einen Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip in zwei Punkten: Zum einen würde sie ohne sachlichen Grund mit einer Vielzahl von Streiks überzogen, während andere Verbandsmitglieder mehr oder weniger ungeschoren davonkommen würden. Weiter bedürfe ein Streik dieses Ausmaßes einer Urabstimmung, die nicht stattgefunden habe.

### **1. Schlechterstellung der Klägerin im Vergleich zu anderen organisierten Unternehmen**

Die Klägerin macht insbesondere geltend, sie sei viel mehr als alle anderen dem Verband angehörenden Unternehmen mit Streiks überzogen worden. Dies betrifft in der Sache nicht den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sondern stellt eine Frage der Anwendung oder Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dar. Dieser findet jedoch nur Anwendung, wenn der Arbeitgeber ein eigenes Regelwerk oder eine eigene Ordnung schafft, von der er dann ohne sachlichen Grund abweicht. Der Gleichbehandlungsgrundsatz setzt daher eine Ungleichgewichtslage voraus, wie sie zwischen Arbeitgeber und einzelner Arbeitnehmer besteht.

So ausdrücklich BAG 21.5.2014 – 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115, auch zum Folgenden

Diese Situation besteht nicht im Verhältnis zwischen Gewerkschaften und der Arbeitgeberseite; hier stehen sich – zumindest dem Anspruch nach – zwei gleich starke Partner gegenüber, weshalb das BAG den Gleichbehandlungsgrundsatz generell auf

Abmachungen zwischen einer Gewerkschaft und der Arbeitgeberseite nicht angewandt hat.

Im konkreten Fall (BAG a.a.O.) war es nicht um einen normativ wirkenden Tarifvertrag, sondern um einen sog. Koalitionsvertrag gegangen, der keine normative Wirkung entfaltet und nur die Vertragsparteien bindet.

Auch der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG greift im vorliegenden Fall nicht ein. Dem steht das aus Art. 9 Abs. 3 GG als Sondernorm abgeleitete Prinzip des freien Einsatzes von Kampfmitteln durch die Gewerkschaft entgegen. Diese kann von sich aus entscheiden, ob sie nur einen (oder mehrere) kurze Warnstreiks von einem halben Tag oder einen auf längere Dauer angelegten Erzwingungsstreik durchführen will, ob und wann sie gegen bestimmte Unternehmen streikt und andere verschont, von welcher Aktion sie sich größere oder nur kleinere Vorteile verspricht. Ihr steht auch das Recht zu, statt eines Streiks zu anderen Kampfmitteln zu greifen, z. B. systematisch Flashmobs einzusetzen. Man spricht insoweit von „Kampfmittelfreiheit“.

Zur Freiheit der Kampfmittelwahl s. etwa die Nachweise bei Linsenmaier, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl., München 2024, Art. 9 GG Rn.271 ff. (im Folgenden: ErfK-Bearbeiter); Wroblewski, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskämpfrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2018, § 17 Rn.2 ff.; Rehder/Deinert/Callsen, Arbeitskämpfmittelfreiheit und atypische Kampfformen, HSI-Schriftenreihe Band 1, 2012. Aus der Rechtsprechung s. insbesondere BAG 22.9.2009 – 1 ABR 972/08, NZA 2009, 1347 Tz. 34, bestätigt durch BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493 Tz.23.

Aus welchen Gründen wie vorgegangen wird, ob beispielsweise der gewerkschaftliche Organisationsgrad eine Rolle spielt oder ein als besonders unsozial empfundenes Verhalten der Geschäftsleitung, das alles ist rechtlich ohne Bedeutung. Eine Grenze kann sich nur daraus ergeben, dass ein Streik rechtswidrig wird, soweit er die Existenzvernichtung des bestreikten Unternehmens zum Ziel hat.

So auch im hier vorliegenden Zusammenhang LAG Nürnberg, 20.7.2023 – 3 SaGa 6/23, NZA-RR 2023, 539, 543 Tz. 60, wo es wörtlich heißt: „Dass die

Verfügungsbeklagte gerade Betriebe der Verfügungsklägerin bestreikt, ist durch die Freiheit der Kampfmittelwahl gedeckt. Anhaltspunkte dafür, dass der Streik auf die Existenzvernichtung der Verfügungsklägerin abzielt, liegen nicht vor.“

Dass die Existenz der Klägerin auf dem Spiel stehen sollte, hat sie selbst nicht behauptet.

Die Freiheit, die Art und Dauer eines Streiks und die bestreikten Betriebe innerhalb der genannten Grenze frei zu bestimmen, schließt auch einer Qualifizierung der Streiks gegen die Klägerin als „unverhältnismäßig“ aus, was nur dann von Bedeutung ist, wenn man dieses Prinzip im vorliegenden Zusammenhang für anwendbar hält.

Ebenso LAG Nürnberg, 20.7.2023 – 3 SaGa 6/23, NZA-RR 2023, 539, 543 Tz. 60

Die Klägerin, die EDEKA Handelsgesellschaft Nordbayern-Sachsen-Thüringen mbH besitzt Betriebe des Groß- wie des Einzelhandels. Die Gewerkschaft ver.di strebt in beiden Bereichen eine Allgemeinverbindlichkeit der abzuschließenden Tarifverträge an. Die Klägerin steht im Eigentum und unter maßgeblichem Einfluss sog. privater Einzelhändler. Diese stehen einer Tarifbindung meist ablehnend gegenüber. Die Anteilseigner der EDEKA Handelsgesellschaft Bayern-Sachsen-Thüringen haben daher ein ureigenes Interesse daran, die Erstreikbarkeit einer gemeinsamen Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG mit allen Mittel zu verhindern - ein Interesse, das weit über das normale Arbeitgeberinteresse an einem möglichst geringe Kosten verursachenden Tarifaabschluss hinausgeht. Darin dürfte das eigentliche Motiv für die vehemente Ablehnung von Tarifverträgen liegen, die auch die Einzelhändler erfassen würden. Die Arbeitnehmer haben ihrerseits kein Interesse an einem Unterbietungswettbewerb. Dass OT-Mitglieder keinen Einfluss auf das Verhalten des Arbeitgeberverbands in Tarifverhandlungen und Arbeitskämpfen nehmen dürfen,

BAG 22.4.2009 – 4 AZR 111/08 -NZA 2010. 105, bestätigt durch BVerfG 1.12.2010 – 1 BvR 2593/09 - NZA 2011, 60; BAG 21.1.2015 – 4 AZR 797/13 - NZA 2015, 1521

dürfte als Sicherung schwerlich ausreichen, da auch die „Vollmitglieder“ ein Interesse haben, Verbandsaustritte der OT-Firmen zu vermeiden.

## 2. Das behauptete Erfordernis einer Urabstimmung

In den Gewerkschaftssatzungen finden sich zur Frage der Durchführung einer Urabstimmung unterschiedliche Regelungen.

Beispiele bei Reinfelder, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, a.a.O., § 15 Rn.36  
Fn.128

Auch die Gewerkschaft ver.di lässt sich in § 70 ihrer Satzung alle Möglichkeiten offen.  
Der Bundesvorstand entscheidet über die Durchführung von Streiks und die  
Arbeitskampfaktik, von einer Pflicht zur Urabstimmung ist entgegen der Behauptung der  
Klägerin nirgends die Rede.

Die Satzung ist abrufbar unter [https://www.verdi.de/++file++5e18559be5d86dc42e06ebef/download/2019\\_Satzung\\_Stand%20September.pdf](https://www.verdi.de/++file++5e18559be5d86dc42e06ebef/download/2019_Satzung_Stand%20September.pdf)

Die Arbeitskampfrichtlinie bestätigt dies. In ihrem § 4 heißt es unter der Überschrift  
„Urabstimmung und Mitgliederbefragung“:

„Über die Durchführung und über die Beendigung eines Erzwingungsstreiks kann eine  
Urabstimmung durchgeführt werden.

Die Urabstimmung ist durch den Bundesvorstand zu beschließen.“, abrufbar unter:  
<https://www.grundeinkommen.de/wp-content/uploads/2016/02/Arbeitskampfrichtlinie-gultig-ab-1.-Januar-2011.pdf> Die aktuelle Fassung aus dem Jahr 2022 hat diese  
Formulierung übernommen.

Auch bei Erzwingungsstreiks liegt die Durchführung einer Urabstimmung daher im  
Ermessen des Bundesvorstands.

Das staatliche, durch die Arbeitsgerichtsbarkeit geschaffene Arbeitskampfrecht kennt  
keine Verpflichtung zur Durchführung einer Urabstimmung – weder vor einem Streik  
noch zur „Ratifikation“ des Verhandlungsergebnisses. Dies ist - bis auf eine Ausnahme in  
der Literatur – allgemein anerkannt. Selbst dann, wenn die Gewerkschaftssatzung  
zwingend eine Urabstimmung vorschreiben würde, hat dies nur verbandsinterne



Bedeutung. Es tritt keine Wirkung nach außen hin ein, wenn eine Satzungsbestimmung nicht beachtet wird; die Rechtmäßigkeit des Streiks würde dadurch nicht berührt.

LAG Hessen 9.8.2011 – 9 SaGa 1147/11 Tz. 31 – juris; BAG 17.12.1976 – 1 AZR 605/75, AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Tz. 22 (für den Warnstreik); aus der Literatur Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, München 1997, § 24 III 4 (1); Kalb, Arbeitskampfrecht, Neuwied und Darmstadt 1986, Rn.125; Kissel, Arbeitskampfrecht, München 2002, § 40 Rn.19; Linsenmaier, in: Erfurter Kommentar, a.a.O., Art. 9 GG Rn.137; Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 7 Rn.31, 35; Reinfelder, in: Däubler (Hrsg.) Arbeitskampfrecht, a.a.O., § 15 Rn.36 ff.; Ricken, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 3, 5. Aufl., München 2022, § 272 Rn.34; Schlüter, in: Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Stuttgart u.a. 1982, Rn.486; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, Tübingen 1975, S. 509 ff.; Treber, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl., München 2021, § 192 Rn.37; ebenso auch Däubler, Arbeitsrecht 1, 16. Aufl., Reinbek 2006, Rn.533 unter Hinweis auf ein Urteil des ArbG Düsseldorf; anders nur Rieble, Festschrift Canaris, München 2007, S. 1439 ff.

Mit dem pauschalen Hinweis, ein größerer Streik sei ohne Urabstimmung unverhältnismäßig, lässt sich diese seit vielen Jahren anerkannte Auffassung nicht ernsthaft in Zweifel ziehen. Der Kläger hat sich überdies nicht mit den Argumenten auseinandergesetzt, die die herrschende Meinung ins Feld führt: Bei der Frage, ob und wann eine Urabstimmung erfolgt, geht es nur um einen das Innenverhältnis der Mitglieder zu ihrer Organisation betreffenden Vorgang, der deshalb keinerlei Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit des von der Gewerkschaft getragenen Streiks hat.

Die Klägerin erkennt damit auch Inhalt und Umfang des Selbstorganisationsrechts der tarifschließenden Verbände sowie deren Bedeutung im Innen- wie im Außenverhältnis. Die Gewerkschaft ver.di hat im Außenverhältnis (wie im Übrigen auch im Innenverhältnis) satzungs- und rechtskonform zu Arbeitskampfmaßnahmen aufgerufen.

### **III. Die Frage des Schadensersatzes**

Auf der Grundlage ihrer Rechtsauffassung begnügt sich die Klägerin nicht damit, die von ihr angenommene Rechtswidrigkeit der Streiks gerichtlich feststellen zu lassen. Vielmehr kündigt sie auch Schadensersatzansprüche in beträchtlicher Höhe an, sobald der Schaden mit einiger Sicherheit beziffert werden kann.

Eine Auseinandersetzung damit ist nur möglich, wenn man entgegen dem oben Ausgeführten und entgegen dem oben (S. 4) genannten Gutachten den Standpunkt vertritt, die Streikforderung nach einem gemeinsamen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung sei im Ergebnis doch rechtswidrig.

Dabei kommt ein Schadensersatzanspruch gegen die streikführende Gewerkschaft von vorne herein nur dann in Betracht, wenn diese rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat. Dabei muss eines der in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter verletzt sein. Nach herkömmlicher Auffassung verletzt ein rechtswidriger Streik das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

BAG 12.9.1984 – 1 AZR 342/83, NZA 1984, 393 Tz. 141; BAG 9.4.1991 – 1 AZR 332/90, NZA 1991, 815; BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, NZA 2016, 1543 Tz.25.  
Aus der Literatur ErfK-Linsenmaier Art. 9 GG Rn.225; Malorny, in:  
Frieling/Jacobs/Krois (Hrsg.), Arbeitskampfrecht. Handbuch für Wissenschaft und Praxis, München, 2021, § 10 Rn.39 u.a.

Eine Verletzung vertraglicher Pflichten, etwa eine Nichtbeachtung der Friedenspflicht, kommt im vorliegenden Zusammenhang von vorne herein nicht in Betracht.

Für eine Haftung auf Schadensersatz ist Verschulden erforderlich. Daran fehlt es, wenn die Gewerkschaft die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ beachtet hat. Dies ist dann der Fall, wenn sie die herrschende Rechtsprechung beachtet (unten 1) oder wenn sie sich zuvor durch Auskünfte sachkundiger Personen über die bestehende Rechtslage informiert hat (unten 2). Fehlt es an einer entgegenstehenden Rechtsprechung und haben auch die allermeisten Stimmen in der Literatur keine Bedenken, so liegt ein unverschuldeter Rechtsirrtum vor, der den Fahrlässigkeitsvorwurf ohne Rücksicht darauf ausschließt, wie ein Gericht die objektive Rechtmäßigkeit beurteilt. Als arbeitskampfrechtliche

Besonderheit ist weiter zu beachten, dass bei neuen Tarifforderungen, zu denen keine Rechtsprechung existiert, besondere Grundsätze gelten, die ein übergroßes Risiko der Gewerkschaft vermeiden (unten 3).

## **1. Verhalten der Gewerkschaft entsprechend der bisherigen Rechtsprechung**

Bei Beginn der Tarifrunde gab es noch keine Rechtsprechung zu der Frage, ob auch die gemeinsame Antragstellung in Bezug auf eine Allgemeinverbindlicherklärung ein zulässiges Streikziel sein kann. In früheren Tarifrunden war dieselbe Forderung schon wiederholt erhoben worden, doch führte dies zu keinen juristischen Auseinandersetzungen, weder zu Anträgen auf ein Verbot der Streiks noch zu Klagen auf Schadensersatz.

Inzwischen hat sich aber angesichts der langen Dauer der Tarifrunde die Situation geändert. Zahlreiche Versuche der Arbeitgeberseite, einzelne Streiks verbieten zu lassen führten zu gerichtlichen Entscheidungen, die im Ergebnis einer einheitlichen „Linie“ folgen. Es erscheint angemessen, zunächst einen Blick auf diese Entscheidungen zu werfen, die insbesondere für das künftige Verhalten der Gewerkschaft maßgebend sind, die aber auch Rückschlüsse auf die rechtliche Beurteilung der vorher liegenden Vorgänge zulassen.

Dass die Frage nach dem Vorliegen einer Schadensersatzpflicht in hohem Maß hypothetische Bedeutung hat, wird erneut dadurch bestätigt, dass sämtliche Versuche, die Streiks im Einzel- und Großhandel durch einstweilige Verfügung verbieten zu lassen, im Ergebnis gescheitert sind. Dies zeigt ein Überblick über die vorhandenen gerichtlichen Entscheidungen.

ArbG Köln, 6.6.2023 – 17 Ga 27/23, NZA-RR 2023, 428 mit zustimmender Anm.

Stach; ArbG Stuttgart 9.6.2023 – 15 Ga 41/23; ArbG Würzburg – Kammer

Schweinfurt - 13.7.2023 – 9 Ga 5/23; ArbG Bayreuth – Kammer Hof - 17.7.2023 – 1

Ga 2/23; LAG Nürnberg, 20.7.2023 – 3 SaGa 6/23, NZA-RR 2023, 539 ff.

(Aufhebung von ArbG Nürnberg vom 13.7.2023 – 3 Ga 24/23) mit zust. Anm. Stach;

LAG Nürnberg, 20.7.2023 - 3 SaGa 7/23 (Aufhebung von ArbG Nürnberg vom 13.7.2023 – 3 Ga 23/23); LAG Nürnberg 20.7.2023 – 3 SaGa 8/23 (Bestätigung von ArbG Bayreuth – Kammer Hof -; LAG Nürnberg, 20.7.2023 – 3 SaGa 9/23 (Bestätigung von ArbG Würzburg – Kammer Schweinfurt - ).

Dabei haben die meisten Arbeitsgerichte zwar ihrem eigenen Bekunden nach nur die „offenkundige Rechtswidrigkeit“ des Streikziels „gemeinsame Antragstellung“ geprüft, doch zeigt eine nähere Lektüre, dass eine sehr detaillierte Auseinandersetzung mit allen Fragen erfolgte, die bei der Diskussion um die Rechtmäßigkeit des Streikziels eine Rolle spielen. Faktisch war die Prüfung der Rechtmäßigkeit nicht weniger intensiv als bei einem Hauptsacheverfahren. Als wichtigste Beispiele sollen die Entscheidungen des ArbG Köln (a.a.O.) und des LAG Nürnberg (a.a.O.) herangezogen werden, die beide in einer Zeitschrift veröffentlicht sind, so dass eine Überprüfung jederzeit möglich ist.

Das **ArbG Köln** (a.a.O.) geht zunächst von der Feststellung aus, dass nach der Rechtsprechung des BAG schon die Rechtswidrigkeit einer Streikforderung die ganze Arbeitsniederlegung unzulässig macht; dies gelte jedenfalls, wenn es sich wie bei dem Ziel „gemeinsame Beantragung der Allgemeinverbindlicherklärung“ um eine Hauptforderung handle (Tz. 24). Außerdem dürften Arbeitskämpfe nur zur Durchsetzung tariflich regelbarer Ziele geführt werden (Tz. 25). In der Sache selbst wird dann ausgeführt (Tz. 28 - 32):

„Nach Auffassung der Kammer kann auch unabhängig von der fehlenden diesbezüglichen Rechtsprechung oder Literaturmeinung nicht angenommen werden, dass die Forderung nach Abgabe eines Antrags auf AVE nicht zum Ziel eines Arbeitskampfes gemacht werden könnte.

Entgegen der Auffassung der Kl. folgt dies nicht daraus, dass es sich hierbei um eine schuldrechtliche Forderung, d. h. um eine Regelung im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags handelt. Es ist nicht herrschende Auffassung, dass schuldrechtliche Regelungen nicht durch Streik erkämpfbar wären. Vielmehr geht, soweit erkennbar, die überwiegende Meinung in der Literatur davon aus, dass dies möglich ist und auch schuldrechtliche Vereinbarungen erkämpfbar sind, jedenfalls, wenn sie - wie vorliegend unzweifelhaft – zum Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen

zählen (vgl. Henssler/Willemsen/Kalb/Hergenröder GG Art. 9 Rn.280; ErfK/Linsenmaier GG Art. 9 Rn.114 u. 116).

Auch ein Verstoß gegen die durch Art. 9 GG geschützte (insbesondere) negative Koalitionsfreiheit ist nicht ohne Weiteres durch die Antragstellung auf AVE bzw. deren Erzwingung erkennbar. Zu Recht weist die Bekl. insoweit darauf hin, dass allein die Antragstellung noch nicht zur Allgemeinverbindlichkeitserklärung führt. Vielmehr setzt die Antragstellung lediglich einen Mechanismus in Gang, nach welchem das Bundesministerium für Arbeit und Soziales nach Anhörung sämtlicher Beteiligter und Betroffener eine entsprechende Entscheidung trifft. ...Sie erfolgt jedoch vom Bundesministerium auf Grundlage einer parlamentarischen gesetzlichen Regelung und gerade nicht (direkt) aufgrund der Erzwingung durch die Gewerkschaft. Herren des entsprechenden Verfahrens sind daher nicht wie die Kl. ausführt die Tarifvertragsparteien, sondern das Bundesministerium...“

(Die Kl. hatte sich weiter auf die Rechtsprechung des BAG berufen, wonach durch Tarifvertrag und Streik nicht die Aufnahme bestimmter Klauseln in die Arbeitsverträge erreicht werden könne) Das ArbG meinte, die Übertragung dieser Rechtsprechung sei „keinesfalls zwingend“ und fährt fort: „Denn bei einem Antrag auf AVE handelt es sich gerade nicht um eine Überschreitung der tariflichen Regelungsmacht durch unzulässige Einwirkung in die privatautonome Arbeitsvertragsgestaltung, sondern um einen Antrag auf Erstreckung von unzweifelhaft tariflich regelbaren und geregelten Ergebnissen auf Dritte, die sich gerade im Rahmen des Tarifvertragsgesetzes und der dort gegebenen Möglichkeiten hält. Entsprechende Regelungen sind zudem in zahlreichen Tarifverträgen zu finden und daher durchaus üblich.“

Weiter führt das ArbG Köln aus: „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.“

Die Ausführungen des ArbG Köln behandeln alle Gesichtspunkte, die im Zusammenhang mit der Erstreikbarkeit einer Verpflichtung zur Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG

möglicherweise eine Rolle spielen: Die Behandlung obligatorischer Tarifbestimmungen im Arbeitskampfrecht, die Auswirkungen auf Dritte, die Freiwilligkeit der Entscheidung. Daneben setzt sich das Gericht noch mit dem eher fernliegenden Argument auseinander, die Rechtsprechung des BAG zur Einbeziehung von Tarifnormen in die Arbeitsverträge sei hierher übertragbar, und kommt mit Recht zu einem ablehnenden Ergebnis. An keiner Stelle wird irgendein Gesichtspunkt genannt, der nach Auffassung des Gerichts im Ergebnis gegen die Rechtmäßigkeit sprechen könnte. In einem Hauptsacheverfahren würde die Auseinandersetzung vergleichbar intensiv ausfallen – es ist nichts ersichtlich, was bei einer „vollen“ Prüfung als möglicher Einwand gegen die Rechtmäßigkeit einzubeziehen wäre. Die Auseinandersetzung mit den Argumenten der Arbeitgeberseite ließ keine Lücken oder Unklarheiten.

Auch das **LAG Nürnberg** (20.7.2023 - 3 SaGa 6/23 – NZA-RR 2023,539 ff.) geht von der Auffassung aus, Arbeitskämpfe seien nur rechtmäßig, wenn sie um ein tariflich regelbares Ziel geführt werden (Rn.37) und untermauert dies mit zahlreichen Nachweisen. Es kommt dann zu folgenden Feststellungen (Rn.44):

„Es ist grundsätzlich möglich, auch obligatorische Tarifnormen, die sich im Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG bewegen, zu erstreiken. Auch im streikrechtlichen Zusammenhang handelt es sich bei den Rechten und Pflichten der Tarifvertragsparteien, die ein Tarifvertrag nach § 1 Abs. 1 1. Alt. TVG enthält, um tariflich regelbare Ziele, die als solche auch erstreikbar sind (BAG, Urteil vom 20. November 2018 – 1 AZR 189/17 -, BAGE 164, 187 – 200, Rn.28). Beim Streik gibt es keine zwingende Bindung an die Normtypik des Tarifvertragsgesetzes. Der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG geht darüber hinaus. Deshalb ist auch ein Arbeitskampf zur Durchsetzung schuldrechtlicher Kollektivverträge legitim (Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, Kommentar, 10. Aufl., Köln 2022, Art. 9 GG Rn.280; ErfK-Linsenmaier, a.a.O., Rn.114).“

Weiter widmet sich das LAG Nürnberg dem Gesichtspunkt, dass Dritte in ihrer negativen Koalitionsfreiheit geschützt seien, und führt aus (Rn.45):

„Auch ein Verstoß gegen die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte negative Koalitionsfreiheit ist durch die Erzwingung der gemeinsamen Antragstellung nicht

erkennbar. Allein die Antragstellung führt noch nicht zur Allgemeinverbindlichkeitserklärung, sondern setzt zunächst ein eigenständiges Verfahren in Gang. Die möglicherweise erfolgende Allgemeinverbindlichkeitserklärung durch Entscheidung des Bundesministeriums erfolgt dann aber aufgrund der gesetzlichen Regelung und nicht aufgrund der Erzwingung durch die Gewerkschaft. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die negative Koalitionsfreiheit nicht berührt, wenn die Tarifwirkung im Wege der Allgemeinverbindlicherklärung auf Außenseiter erstreckt wird (BVerfG, Beschluss vom 15. Juli 1980 – 1 BvR 24/74 -, BVerfGE 55, 7-28).“

Auch die Frage einer notwendig „freien“ Entscheidung über die Antragstellung wird erörtert. Das Gesicht sagt dazu (Rn.51):

„Die Annahme eines nicht durch Streik zu beeinflussenden Vetorechts ist dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen. Auch aus der Geschichte der Norm kann dieses nicht entnommen werden. Aus der Begründung in BT Drs. 18/1558, 48 (unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts) ergibt sich, dass der Normgeber mit der antragsabhängigen Allgemeinverbindlicherklärung ein Instrument schaffen wollte, das die von Art. 9 Abs. 3 intendierte autonome Ordnung des Arbeitslebens durch die Koalitionen abstützen soll, indem sie den Normen der Tarifverträge zu größerer Durchsetzungskraft verhilft. Der Begründung ist demgegenüber nicht zu entnehmen, dass Arbeitgeber davor geschützt werden sollten, von Tarifverträgen nicht erfasst zu werden....

(Rn.53): Zu Recht weist die Verfügungsbeklagte darauf hin, dass jede Entscheidung, die die Arbeitgeberseite in Tarifverhandlungen trifft, in der Regel eine rechtlich freiwillige ist. Der Streik ist allerdings gerade dazu bestimmt, auf die Willensbildung des Arbeitgebers einzuwirken. Dennoch bleibt die rechtliche Freiheit, den Antrag zu stellen oder nicht zu stellen ebenso erhalten wie die Freiheit, das Entgelt zu erhöhen. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, die die freie, unbeeinflusste Willensbildung im Falle des § 5 Abs. 1 TVG schützt, existiert nicht.“

Auch hier ist wiederum eine volle inhaltliche Prüfung der Rechtslage erfolgt. In der Tat sind keine anderen Gesichtspunkte ersichtlich, die gegen die Rechtmäßigkeit des Streiks

sprechen könnten. Solche sind an keiner Stelle des Urteils auch nur angedeutet. Die rechtliche Prüfung erfolgt mit derselben Gründlichkeit, die auch in einem Hauptsacheverfahren praktiziert würde, obwohl es nur um die „offensichtliche“ Rechtswidrigkeit geht. Das Gericht ist insoweit tiefer in die Problematik eingedrungen, als es die Beurteilung am Maßstab einer „offenkundigen“ Rechtswidrigkeit verlangt hätte. Das ArbG Bayreuth (17.7.2023 – 1 Ga 2/23) hatte sogar ausdrücklich auch die „einfache“ Rechtswidrigkeit verneint und betont, Abreden über die gemeinsame Stellung eines Antrags auf Allgemeinverbindlicherklärung seien „unzweifelhaft“ tariflich regelbar.

Dazu Stach, Entscheidungsanmerkung, NZA-RR 2023, 544 rechte Spalte

Für die Gewerkschaft bedeutet dies, dass sie damit rechnen kann, dass ihre Aktionen in Zukunft keinen rechtlichen Zweifeln mehr ausgesetzt sind. Sich so zu verhalten, wie es vier Arbeitsgerichte (Köln, Stuttgart, Würzburg und Bayreuth) und in vier Entscheidungen ein Landesarbeitsgericht (Nürnberg) in der aktuellen Tarifrunde für rechtmäßig erklärt haben, kann schlechterdings nicht vorwerfbar sein. Mehr an verbindlichen „Rechtsauskünften“ kann eine Gewerkschaft schwerlich erhalten. Selbst in dem extrem hypothetischen Fall, dass eine künftige Rechtsprechung zu einem anderen Ergebnis gelangen und die Streiks für rechtswidrig halten würde, müsste eine Haftung auf Schadensersatz wegen fehlenden Verschuldens ausscheiden. Es läge ein unverschuldeter Rechtsirrtum vor.

## 2. Einholen von Rechtsrat

Wenn eine Gewerkschaft einen Streik beginnt, prüft sie zunächst eingehend und umfassend mit hervorragender erfahrenen eigenen Juristen, aber auch im Austausch mit externen Juristen, ob der Arbeitsniederlegung rechtliche Hindernisse entgegenstehen. Gerade eine große Organisation wie die Gewerkschaft ver.di verfügt über zahlreiche eigene Juristen mit anerkannter ausgezeichneter Qualifikation und über hervorragende juristische Berater, die im Arbeitskampfrecht sachkundig sind.

S. auch Jacobs/Holle, FS Preis, S. 501, 511: Gewerkschaft muss personell und finanziell in der Lage sein, die Rechtmäßigkeit der erhobenen Forderungen zu überprüfen.



Sie wurden auch im vorliegenden Zusammenhang mehrfach und intensiv eingeschaltet und hatten – wie bei früheren Tarifrunden keine rechtlichen Bedenken dagegen, für einen gemeinsamen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung zu streiken.

Im vorliegenden Fall hat die Gewerkschaft außerdem ein Rechtsgutachten von einem anerkannten Hochschullehrer eingeholt, dessen Veröffentlichungen in weiten Teilen des Arbeitsrechts sehr häufig von der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte, aber auch von anderen Gerichtsbarkeiten herangezogen werden. ~~Über die konkreten Zahlen (Häufigkeit der Nennungen im Vergleich zu anderen arbeitsrechtlichen Autoren) informiert die in der Anlage beigefügte Aufstellung.~~ Auch dieses Gutachten kam zu dem Ergebnis, dass gegen einen Streik um eine gemeinsame Antragstellung keine rechtlichen Bedenken bestehen. Es arbeitete dabei heraus, dass es zwar noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung zu dem fraglichen Thema gibt, dass aber mit einer Ausnahme alle Autoren in der Literatur die Auffassung vertreten, gegen den hier in Frage stehenden Streik bestünden keine rechtlichen Bedenken. Es liegt nicht etwa der Fall vor, dass ein einzelner Autor seine Auffassung darlegt und begründet; vielmehr machte auch das Gutachten deutlich, dass die ganz überwiegende Meinung in der Literatur die Rechtmäßigkeit befürwortet (was im Anschluss dann auch in den Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bestätigt wurde).

Weiter hat die Gewerkschaft ver.di ein zweites Rechtsgutachten eingeholt, das von dem renommierten Hochschullehrer Prof. Dr. Florian Rödl von der Freien Universität Berlin stammt. Auch dieses Gutachten bestätigte uneingeschränkt die Zulässigkeit eines Streiks für die Forderung, gemeinsam mit der Arbeitgeberseite einen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung zu stellen.

Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung als zulässiges Streikziel. Gutachten zur Rechtmäßigkeit eines Streiks für eine tarifvertragliche Verpflichtung zu einer gemeinsamen Antragstellung nach § 5 Abs. 1 S. 1 TVG auf Allgemeinverbindlicherklärung, im Auftrag der Gewerkschaft ver.di vorgelegt am 19. Juli 2023.

Auch insoweit hat die Gewerkschaft alles Zumutbare getan und jede Sorgfalt aufgewandt, um eine Klärung der Rechtslage herbeizuführen. Für den denkbar unwahrscheinlichen

Fall, dass in späteren Auseinandersetzungen die Gerichte zu einem anderen Ergebnis kommen würden, läge auch aus diesem Grund ein unvermeidbarer Rechtsirrtum vor, der ein Verschulden ausschließt.

Zur Unvermeidbarkeit eines Rechtsirrtums s. weiter Malorny, a.a.O., § 10 Rn.47

Ergänzend kann auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts verwiesen werden, die fehlendes Verschulden bereits dann annahm, wenn keine einschlägige, d. h. das konkrete Problem behandelnde höchstrichterliche Rechtsprechung vorlag und die Behörde sich einer in der Literatur vertretenen Auffassung anschloss.

BVerwG, 15.11.2022 – 2 C 4/21 – NVwZ 2023, 609 ff. Im konkreten Fall ging es um einen Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Reaktivierung eines zunächst dienstunfähigen Beamten, der am fehlenden Verschulden der Behörde scheiterte.

Im Vergleich dazu hat sich die Gewerkschaft ver.di ungleich stärker um eine Klärung der Rechtslage bemüht.

### **3. Die Frage des Verschuldens bei neuartigen Forderungen**

#### **a) Die Rechtsprechung des BAG**

Die autonome Festlegung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch die Tarifparteien bringt es mit sich, dass bisweilen neuartige Forderungen erhoben werden, deren Rechtmäßigkeit noch nicht geklärt ist. Dies kann eine Reaktion der Gewerkschaft auf neu auftauchende Fragen sein, doch kann sie auch versuchen, bekannte Probleme mit neuen Mitteln zu lösen. Würde man ihr das volle Risiko einer Schadensersatzpflicht aufbürden, könnte und würde in vielen Fällen die Tarifpraxis keine Weiterentwicklung erfahren: Angesichts des ggf. sehr hohen finanziellen Risikos würde die Gewerkschaft auf neuartige Forderungen verzichten. Dies ist nach Auffassung des BAG für die Gewerkschaft nicht zumutbar und liegt auch nicht im Interesse einer funktionsfähigen Tarifautonomie.

So zuerst BAG 21.3.1978 – 1 AZR 11/76, NJW 1978, 2114 Leitsatz 3. Ebenso Jacobs/Holle, Streiken unter dem Damoklesschwert einer Schadensersatzhaftung, in: FS Preis, München 2021, S. 501, 502

Auch wäre das Streikrecht in der Sache erheblich eingeschränkt. In dem damals vom BAG entschiedenen Fall war es darum gegangen, dass die Gewerkschaft Textil Bekleidung von einem Unternehmen einen Tarifvertrag gefordert hatte, der einen Teil des Urlaubsgeldes von der Gewerkschaftsmitgliedschaft abhängig machte und diese Regelung durch eine sog. Spannenklausel absicherte: Sollten Nichtorganisierte dasselbe Urlaubsgeld wie Organisierte erhalten, würde sich deren Anspruch entsprechend erhöhen. Zu beachten ist, dass der Streik um diesen Tarifvertrag im Jahre 1965, also vor der Entscheidung des Großen Senats stattfand, der derartige Klauseln für illegal erklärte, die Entscheidung über den Schadensersatzanspruch aber später erging. Im Einzelnen führte das BAG (a.a.O., Tz. 50) aus:

„Bei dem hier zu beurteilenden Streik ging es um die Einführung einer neuartigen tariflichen Urlaubsgeldregelung, wobei die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des zu ihrer Durchsetzung ausgerufenen Streiks allein davon abhing, ob die darin vorgesehene Differenzierung der Höhe des Urlaubsgeldes nach der Gewerkschaftszugehörigkeit und ihre Absicherung durch eine Spannenklausel vor der Rechtsordnung Bestand haben würden, ob also ein Tarifvertrag mit einem solchen Inhalt rechtsgültig abgeschlossen werden könnte. Bei der Prüfung dieser Rechtsfrage konnte die Beklagte sich weder an einer höchstrichterlichen Rechtsprechung orientieren noch hatte sich in der Rechtswissenschaft hierzu eine eindeutig herrschende Meinung gebildet, so dass es ihr trotz größter Sorgfalt nicht möglich war, die Rechtslage einigermaßen zuverlässig zu beurteilen. Das Risiko einer Fehlbeurteilung war erheblich. Die Entwicklung des sozialen Lebens im Bereich der abhängigen Arbeit wäre jedoch unangemessen behindert und gehemmt, wollte man jede Risikoübernahme auf diesem Gebiet als Schuld werten und dadurch mit erheblichen Haftungsfolgen belasten. Ihre ihnen gerade von der Verfassung in Artikel 9 Abs. 3 GG zugewiesene Aufgabe, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu wahren und zu fördern, können die Koalitionen nur dann möglichst umfassend erfüllen, wenn sie auch neue, rechtlich noch nicht endgültig abgesicherte tarifliche Gestaltungsmöglichkeiten ins Auge fassen und sie in die Wirklichkeit umzusetzen

versuchen, ohne dabei übermäßigen Haftungsrisiken ausgesetzt zu sein. Es kann deshalb einer Gewerkschaft nicht ohne weiteres zugemutet werden, auf eine von ihr angestrebte tarifliche Regelung, über deren rechtliche Zulässigkeit noch keine höchstrichterlichen Erkenntnisse vorliegen und zu der auch von namhaften Rechtswissenschaftlern unterschiedliche Auffassungen mit jeweils guten Gründen vertreten werden, allein deswegen von vornherein zu verzichten, weil die Gefahr besteht, dass die Gerichte später einen von ihrer Rechtsansicht abweichenden Rechtsstandpunkt einnehmen. Ist es aber demjenigen, der bei zweifelhafter Rechtslage in ein fremdes Recht eingreifen will, bei umfassender Sicht, die hier eben auch den Blick auf die Verfassung und deren Wertung verlangt, nicht zumutbar, trotz des damit verbundenen Risikos eines Rechtsirrtums den Eingriff zu unterlassen, so bleibt sein Handeln bei einer Rechtswidrigkeit des angestrebten Zieles von der Rechtsordnung insgesamt her zwar rechtswidrig; es kann ihm sein Handeln aber nicht zum Vorwurf gemacht werden (vgl. auch BGHZ 17, 266 (295/296)). Die Rechtsordnung verlangt nichts Unzumutbares.“

In einer solchen Situation muss „von dem äußersten Mittel des Streiks nur in maßvollem Rahmen und vor allem auch nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn für die Zulässigkeit der tariflichen Regelung sehr beachtliche Gründe sprechen und des Weiteren eine endgültige Klärung der Rechtslage anders nicht zu erreichen ist.“

BAG, a.a.O., Tz. 51

Auch diese Voraussetzung wurde im damaligen Fall bejaht, da das fragliche Unternehmen zwar unbefristet bestreikt wurde, angesichts seiner strikt ablehnenden Haltung ein befristeter Streik aber nicht ausgereicht hätte. Auch hätte das betroffene Unternehmen die Möglichkeit gehabt, den Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Beendigung des Streiks zu beantragen, doch hatte es von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht.

BAG, a.a.O., Tz. 54

Diese Rechtsprechung wurde vom BAG bis in die jüngere Zeit immer wieder bestätigt.

Ausdrückliche Bezugnahme auf die Entscheidung vom 21.3.1978 in BAG 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, NZA 2003, 734 Tz. 53. Hierauf verwies wiederum BAG 19.6.2012 – 1 AZR 775/10, NZA 2012, 1372 Tz. 52, eine Textstelle, die ihrerseits von BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, NZA 2016, 1543 Tz. 58 in Bezug genommen wurde.

Auch in der Literatur sind keine durchgreifenden Einwände erkennbar.

S. statt aller Malorny, a.a.O., § 10 Rn.75; Nitsche, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, a.a.O., § 22 Rn. 117; ErfK-Linsenmaier, a.a.O., Art. 9 GG Rn.225

## **b) Anwendung auf den konkreten Fall**

Unterstellen wir entgegen allen realistischen Erwartungen erneut, dass sich aus welchen Gründen auch immer die Forderung auf gemeinsame Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG zu einem späteren Zeitpunkt als rechtswidrig herausstellen sollte, so würde sich die Frage ergeben, ob eine Haftung der Gewerkschaft mit Rücksicht auf die referierte BAG-Rechtsprechung ausgeschlossen wäre.

Es müsste sich zunächst um eine höchststrichterlich noch nicht entschiedene Frage handeln. Diese Voraussetzung ist ersichtlich zu bejahen, da keine einschlägige BAG-Entscheidung vorhanden ist. Zwar dürfte es in der Vergangenheit nicht selten Abmachungen zwischen den Tarifparteien gegeben haben, gemeinsam einen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung zu stellen, doch war ein solches Vorgehen ersichtlich bisher nicht Gegenstand eines Arbeitskampfes. Zum ersten Mal wurden in diesem Sommer Anträge gestellt, Streiks um eine derartige Forderung zu untersagen, wie die oben unter 1 referierte Rechtsprechung dokumentiert. Insoweit kann von „Neuland“ die Rede sein, dessen Betreten mit Rechtsunsicherheiten belastet ist.

Angesichts der erheblichen Verbreitung von OT-Mitgliedschaften ist es für die Gewerkschaft auch nicht zumutbar, auf eine entsprechende Forderung zu verzichten und die bisherige Situation fortzuschreiben.

Außerdem hat die Gewerkschaft die vorhandenen Erkenntnismittel ausgeschöpft, zwei Rechtsgutachten in Auftrag gegeben und sich mit den Anträgen auf einstweilige

Verfügung umfassend auseinandergesetzt; dabei hat sie jeweils eine Bestätigung ihres Rechtsstandpunkts erhalten.

Von ihrem Streikrecht hat sie außerdem einen zurückhaltenden Gebrauch gemacht. Dies zeigt ein Vergleich mit dem Sachverhalt der BAG-Entscheidung vom 21.3.1978, wo sich die Arbeitgeberseite einem unbefristeten Streik gegenüber sah, den das BAG mit ihrer „strikt“ ablehnenden Haltung rechtfertigte. Auch im vorliegenden Fall liegt eine strikte Ablehnung vor, ohne dass irgendwelche Kompromissmöglichkeiten angedeutet würden. Allerdings kann von einem unbefristeten Streik im klassischen Sinne, der alle Filialen betrifft und der ohne Unterbrechungen und auf unbestimmte Zeit fort dauert, nicht die Rede sein. Dazu kommt, dass die Arbeitgeberseite - anders als im BAG-Fall - versucht hat, den Streik durch einstweilige Verfügung verbieten zu lassen, damit aber bisher immer gescheitert ist; dies kann schlechterdings nicht zu Lasten der Gewerkschaft gehen. Auch das Erfordernis eines „zurückhaltenden Gebrauchs“ ist somit erfüllt. Der Gewerkschaft kann unter diesen Umständen kein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden.

#### **4. Zusammenfassung**

Auch wenn man den denkbar unwahrscheinlichen Fall unterstellt, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung in Zukunft einen Streik mit dem Ziel einer gemeinsamen Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG für unzulässig erklärt, besteht für die Gewerkschaft kein Risiko, auf Schadensersatz zu haften:

Die Gewerkschaft ver.di hat alles unternommen, um die Rechtslage aufzuklären. In den Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes wurde die Forderung nach gemeinsamer Antragstellung intensiv inhaltlich geprüft; in der Sache gingen die Gerichte über die Prüfung einer „offensichtlichen Rechtswidrigkeit“ hinaus. Übereinstimmend bejahten sie die Rechtmäßigkeit. Auf die Stellungnahmen der Literatur wie der Rechtsprechung konnte sich die Gewerkschaft verlassen.

Auch wenn man davon absieht: Mit Streik eine gemeinsame Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG durchzusetzen, ist ein neuartiges Vorgehen, in Bezug auf das keine höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt. Insoweit ist die BAG-Rechtsprechung einschlägig, die der Gewerkschaft das Recht einräumt, trotz rechtlicher Risiken den

Versuch zu unternehmen, ihre Forderung durch Streik durchzusetzen. Die dabei zu beachtende Zurückhaltung war im vorliegenden Fall gewahrt.

## 5. Ergänzende Überlegungen

Die oben unter 1 wiedergegebenen Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz legten bis auf eine erstinstanzliche Ausnahme die Rechtsprechung des BAG zugrunde, wonach schon die Rechtswidrigkeit einer einzelnen Streikforderung (von vielen) den Streik rechtswidrig mache und wonach es nicht darauf ankomme, welchen Stellenwert die rechtswidrige Forderung innerhalb eines „Bündels“ erhobener Forderungen habe.

BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14 – NZA 2016, 1543, 1549 (Rn. 53 ff.)

In seiner früheren Rechtsprechung hatte das BAG noch die Auffassung vertreten, dies gelte nur bei einer rechtswidrigen Hauptforderung, während die Frage, ob auch die Rechtswidrigkeit einer „untergeordneten“ Forderung den ganzen Streik rechtswidrig mache, dahingestellt blieb.

BAG 10.12.2002 – 1 AZR 96/02 – NZA 2003, 734, 741 (unter I 4 der Gründe)

Gegen diese neuere Rechtsprechung wandte sich das ArbG Stuttgart mit dem Argument, die Entscheidung des BAG stehe im Widerspruch zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR).

ArbG Stuttgart 9.6.2023 – 15 Ga 41/23 unter II 2 der Gründe im Abschluss an Bram, AuR 2017, 242

Der EGMR hatte im Fall einer kroatischen Gewerkschaft entschieden, es verstoße gegen die Koalitionsfreiheit des Art. 11 EMRK, wenn eine neben zwei rechtswidrigen Forderungen hilfsweise erhobene Streikforderung von den Gerichten nicht auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft und stattdessen der Streik im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes verboten wurde.

EGMR 27.11.2014 – 36701/09 – AuR 2015, 146 ff.

Dies wurde in der Literatur generell auch auf den Fall erstreckt, dass die Forderung nicht nur „hilfsweise“, sondern zusammen mit den anderen erhoben wurde.

Bram, AuR 2017, 242, 244; Buschmann, AuR 2016, 436; Däubler, AuR 2017, 232, 234; Jacobs/Schmitt, EuZA 2016, 82, 95; Lörcher, AuR 2015, 126, 127. In diese Richtung auch Jacobs/Holle, FS Preis, S. 505 Fn.26; sie räumen der Gewerkschaft insbesondere den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens ein (S. 508).

Das BAG hat sich damit nicht in der Sache auseinandergesetzt und die wenig überzeugende Auffassung vertreten, es handle sich um einen anders gelagerten Fall.

Dazu kritisch Bram AuR 2017, 242, 244

Die unterlassene Prüfung der hilfsweise erhobenen Forderung kann nur dann Grundlage für einen Verstoß gegen Art. 11 EMRK sein, wenn ihre Rechtmäßigkeit den Streik insgesamt rechtmäßig gemacht hätte. Wenn selbst zwei primär geltend gemachte und von den nationalen Gerichten als rechtswidrig eingestufte Forderungen den Streik nicht insgesamt und automatisch rechtswidrig machen, kann dies – wie in dem BAG-Fall – für zwei Einzelforderungen aus einem großen Paket erst recht nicht der Fall sein. Das BAG war gehalten, die EMRK und die darauf bezogene Rechtsprechung des EGMR bei der Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG zu berücksichtigen, da nach der Rechtsprechung des BVerfG auch bei der Interpretation grundgesetzlicher Vorschriften eine „EMRK-freundliche“ Auslegung geboten ist.

BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – NJW 2004, 3407 – Görgülü; BVerfG 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08 u.a. – NJW 2011, 1931; BVerfG 18.8.2013 – 2 BvR 1380/08 – NJW 2013, 3714

Dabei sind sogar Aussagen zu berücksichtigen, die nicht unmittelbar den Streitgegenstand des (arbeitsgerichtlichen) Verfahrens betreffen.



Gegen die Rechtsprechung des BAG, wonach schon die Rechtswidrigkeit einer Forderung den ganzen Streik rechtswidrig macht, bestehen daher durchgreifende Bedenken. Wer eine Gewerkschaft allein wegen *einer* angeblich zu beanstandenden Forderung auf Schadensersatz in Anspruch nehmen will, wird sich in Zukunft auch mit der Rechtsprechung des EGMR auseinandersetzen müssen. Im Ergebnis ist zumindest mittelfristig mit einer Revision der hier zugrunde gelegten BAG-Rechtsprechung zu rechnen.