

Der gemeinsame Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung – Ziel eines zulässigen Streiks?*

PROF. DR. WOLFGANG DÄUBLER, UNIVERSITÄT BREMEN

ZUSAMMENFASSUNG Der Rückgang der Tarifbindung veranlasst Gewerkschaften dazu, sich verstärkt um eine Allgemeinverbindlicherklärung zu bemühen. Da diese auch von der Arbeitgeberseite beantragt werden muss, will die Gewerkschaft ver.di diese zu einer entsprechenden tariflichen Zusage verpflichten. Ob für eine solche Forderung auch gestreikt werden darf, wird bestritten und ist deshalb Gegenstand des folgenden Beitrags.

ABSTRACT Due to the decline in collective bargaining coverage, unions are increasingly seeking to have collective agreements declared generally binding. Since this must also be requested by employers, the ver.di union wants to oblige them to make a corresponding collective bargaining commitment. Whether such a demand can be enforced by strike action is disputed and is therefore the subject of the following article.

I. Einführung

1. Die gewerkschaftliche Forderung nach gemeinsamer Antragstellung

Das Tarifautonomiestärkungsgesetz vom 11. August 2014¹ wollte die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen erleichtern, um so die Zahl der tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse zu vergrößern. Zu diesem Zweck wurden die inhaltlichen Anforderungen dem Wortlaut nach abgesenkt, da das vorher geltende 50 %-Quorum beseitigt wurde. Auf der anderen Seite sah der Gesetzgeber jedoch vor, dass in Abweichung vom bisherigen Recht ein Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung nur von beiden Tarifparteien gemeinsam gestellt werden kann. Im Bereich des Groß- und Einzelhandels erhob die zuständige Gewerkschaft in der Tarifrunde 2023 ua. die Forderung, die Arbeitgeberseite möge gemeinsam mit ihr einen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) des abzuschließenden Tarifvertrags stellen. Eine entsprechende Forderung war schon bei früheren Tarifauseinandersetzungen geltend gemacht worden. Sie blieb jedoch mehr oder weniger im Hintergrund, so dass auch keine juristischen Argumente ausgetauscht wurden. Anlass für die Forderung war, dass zahlreiche Handelsunternehmen keinem Verband angehören, und dass die Arbeitgeberseite – anders als etwa in der Bauwirtschaft – nicht bereit war, von sich aus an einer AVE mitzuwirken.

2. Die rechtliche Auseinandersetzung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes

In der Tarifrunde 2023 äußerte eine Reihe von Unternehmen erstmals rechtliche Bedenken. Sie vertraten den Standpunkt, die tarifliche Verpflichtung, einen Antrag auf AVE zu stellen, könne nicht zu einer Tarifforderung gemacht werden. Es gehe dabei um eine Entscheidung der Arbeitgeberseite, die in ihrem freien

Ermessen liege. Das schließe es aus, dass bei einem »Nein« der Ausbruch eines Streiks oder seine Fortsetzung drohe. Sie stütze sich dabei auf eine Stimme in der Literatur,² die allerdings keine Unterstützung durch andere Autoren erfahren hatte. Ein Streik, der eine Pflicht zur Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG erzwingen wolle, sei folglich rechtswidrig. Daran ändere sich nichts, wenn auch andere Forderungen, etwa auf Lohnerhöhungen, erhoben würden. Nach der Rechtsprechung des BAG sei der Streik insgesamt rechtswidrig, wenn auch nur eine der erhobenen Forderungen nicht mit der Rechtsordnung in Einklang stehe.³

Einzelne Unternehmen versuchten deshalb, die Streiks im Wege der einstweiligen Verfügung verbieten zu lassen. Sie stützten sich zusätzlich auf die Überlegung, die Pflicht zur Antragstellung könne allenfalls im obligatorischen Teil vereinbart werden, doch könne dieser nicht Gegenstand eines Streiks sein. Die Arbeitsgerichte Köln und Stuttgart wiesen die Anträge auf Verbot von Streiks mit diesem Ziel zurück, weil sie die Bedenken der Arbeitgeberseite nicht teilten.⁴ Auch die Arbeitsgerichte Würzburg⁵ und Bayreuth⁶ kamen zu diesem Ergebnis. Abweichend entschied lediglich eine Kammer des ArbG Nürnberg in zwei Verfahren,⁷ doch wurden diese Entscheidungen durch ein eingehend begründetes Urteil des LAG Nürnberg⁸ aufgehoben, das zugleich die ablehnenden Entscheidungen der Arbeitsgerichte Würzburg und Bayreuth bestätigte.

3. Schadensersatzklagen

Die recht einheitliche Antwort der Arbeitsgerichte hielt die Arbeitgeberseite nicht davon ab, ihre Interessen weiter auf dem

* Der Beitrag beruht auf Überlegungen, die der Verfasser im Rahmen eines Gutachtenauftrags für »ver.di – Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft« entwickelt hat.

¹ BGBl. 2014 I, S. 1348.

² Löwisch/Rieble, Kommentar zum TVG, 4. Aufl., München 2017, § 5 TVG Rn. 258.

³ BAG, 25.8.2015 – 1 AZR 754/13 – NZA 2016, 47 ff.

⁴ ArbG Köln, 6.6.2023 – 17 Ga 27/23 – NZA-RR 2023, 428; ArbG Stuttgart, 9.6.2023 – 15 Ga 41/23 – BeckRS 2023, 13988.

⁵ ArbG Würzburg, 12.7.2023 – 9 Ga 5/23 – BeckRS 2023, 21719.

⁶ ArbG Bayreuth, 17.7.2023 – 1 Ga 2/23 – BeckRS 2023, 21713.

⁷ ArbG Nürnberg, 13.7.2023 – 3 Ga 24/23 – BeckRS 2023, 21696 und ArbG Nürnberg, 13.7.2023 – 3 Ga 23/23 – BeckRS 2023, 21705.

⁸ LAG Nürnberg, 20.7.2023 – 3 SaGa 6/23 – NZA-RR 2023, 539 ff.

Rechtsweg zu verfolgen. Zwei Unternehmen machten in Würzburg bzw. in Köln Schadensersatzansprüche gegen die Gewerkschaft geltend. Diese erreichten bemerkenswerte Höhen: Im Würzburger Verfahren wurde vorgebracht, es sei pro Streiktag mit einem Schaden von 66.000 Euro zu rechnen; insgesamt gehe es um einen Gesamtschaden von über 13 Mio. Euro; zunächst wurde jedoch nur auf Feststellung der Schadensersatzpflicht geklagt. Im Kölner Verfahren wurde eine genau bezifferte Forderung in Höhe von 301.686,21 Euro eingeklagt.

Die Arbeitgeberseite vertiefte und erweiterte ihr Vorbringen aus den Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes: Sie solle gezwungen werden, eine Erklärung zu Lasten Dritter abzugeben. Auch sei das klagende Unternehmen im Vergleich zu anderen branchenangehörigen Unternehmen unverhältnismäßig oft bestreikt worden, was gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen habe. Auch sei keine Urabstimmung durchgeführt worden. Ein aus allen diesen Gründen rechtswidriger Streik verpflichte zum Schadensersatz. Dass verschiedene Arbeitsgerichte und das LAG Nürnberg den Erlass einer einstweiligen Verfügung abgelehnt hätten, sei dafür ohne Bedeutung: Sie hätten nur die »offenkundige Rechtswidrigkeit« geprüft, nicht aber die (einfache) Rechtswidrigkeit als solche.

Alle Schadensersatzklagen blieben bisher ohne Erfolg. Das gilt für die erstinstanzliche Entscheidung des ArbG Würzburg⁹ und für das Berufungsurteil des LAG Nürnberg¹⁰ genauso wie für die Entscheidung des ArbG Köln¹¹ und das Urteil des LAG Köln.¹² Gegen beide LAG-Urteile ist Revision eingelegt worden, über die der Erste Senat des BAG entscheiden wird.¹³

4. Der Diskussionsstand in der Literatur

Seit den Versuchen, die Streiks im Wege der einstweiligen Verfügung verbieten zu lassen, sind drei wissenschaftliche Beiträge erschienen, die übereinstimmend zu dem Ergebnis kamen, ein gemeinsamer Antrag nach § 5 Abs. 1 TVG könne nicht Gegenstand einer Streikforderung sein.¹⁴ Damit stimmt die Dissertation von Prokop überein.¹⁵ Diese Veröffentlichungen verdienen kritische Aufmerksamkeit.

Aus ihrer Existenz kann jedoch nicht auf eine neue »herrschende Meinung« geschlossen werden. Zum einen gibt es seit langem eine festgefügte Auffassung, wonach die Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG einer vertraglichen Bindung zugänglich ist, die auch im obligatorischen Teil des Tarifvertrags enthalten sein kann. Zum andern sind in jüngster Zeit verschiedene Beiträge erschienen, die sich explizit der Auffassung der Arbeitsgerichte, insbesondere des LAG Nürnberg, angeschlossen haben. Dies gilt etwa für die zustimmenden Anmerkungen von Stach zur einschlägigen Entscheidung des Arbeitsgerichts Köln¹⁶ und zum Urteil des LAG Nürnberg im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes.¹⁷ Diesem hat auch Nielebock eine zustimmende

Anmerkung gewidmet.¹⁸ Weitere Beiträge bejahten die Erkämpfbarkeit der gemeinsamen Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG.¹⁹ Dazu kommt eine Veröffentlichung von Deinert, die ohne Bezugnahme auf die konkreten Auseinandersetzungen im Handel gleichfalls die tarifliche Regelbarkeit und die Möglichkeit eines Arbeitskampfes bejaht.²⁰

Die plötzlich entstandene Breite der Diskussion und das Fehlen einer höchstrichterlichen Entscheidung legen es nahe, dem Thema einige Aufmerksamkeit zu widmen und die gewechselten (und weitere) Argumente einer kritischen Analyse zu unterziehen.

In einem ersten Abschnitt soll es um die Frage gehen, ob die Verpflichtung der Arbeitgeberseite, einen Antrag nach § 5 Abs. 1 TVG zu stellen, überhaupt tauglicher Gegenstand eines Tarifvertrags sein kann (unten II.). Da eine normative Regelung nicht in Betracht kommen dürfte, stellt sich die Frage, ob Bestimmungen des obligatorischen Teils erstreikbar sind (unten III.). Ist dies grundsätzlich zu bejahen, ergibt sich das Problem, ob mit Rücksicht auf die zahlreichen Argumente, die eine »volle Autonomie« der Arbeitgeberseite begründen wollen, für einen Antrag nach § 5 Abs. 1 TVG eine Ausnahme zu gelten hat (unten IV.). Weiter bedarf die These einer Auseinandersetzung, in der Tarifrunde 2023/2024 sei bei den Streiks das Verhältnismäßigkeitsprinzip verletzt worden (unten V.). Als Hilferwägung soll schließlich die Frage des Schadenersatzes thematisiert werden, wobei insbesondere das Verschulden der Gewerkschaft näherer Untersuchung bedarf (unten VI.). Am Ende steht eine Zusammenfassung der Ergebnisse (unten VII.).

II. Die Pflicht der Arbeitgeberseite zur Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG als tauglicher Gegenstand eines Tarifvertrags

Vorauszuschicken ist zunächst, dass der in § 5 Abs. 1 TVG vorausgesetzte »gemeinsame Antrag« nicht in der Weise gestellt werden muss, dass beide Tarifparteien ein einheitliches Dokument unterzeichnen. Nach der Rechtsprechung und in der Praxis der Arbeitsministerien genügt es vielmehr, dass beide Seiten je einen Antrag auf AVE stellen, der sich auf denselben Tarifvertrag bezieht.²¹ Die tarifliche Verpflichtung der Arbeitgeberseite richtet sich deshalb darauf, dass sie einen entsprechenden Antrag stellt; der parallel dazu einzureichende gewerkschaftliche Antrag wird als selbstverständlich vorausgesetzt.

1. Normativer oder obligatorischer Teil?

Die Pflicht, einen Antrag auf AVE zu stellen, kann beim Flächentarifvertrag ersichtlich nur im obligatorischen Teil eines Tarifvertrags vereinbart werden. Ob beim Firmentarif eine andere Regelung denkbar wäre, die eine etwaige Antragspflicht des Arbeitgebers zu einer Inhaltsnorm, dh. einer arbeitsvertraglichen Nebenpflicht des Arbeitgebers machen würde, bedarf hier keiner Entscheidung, da die bisherigen Auseinandersetzungen ausschließlich um Flächentarife gingen. Auch könnte die AVE eines Firmentarifs nur die nicht der tarifschießenden Gewerk-

9 ArbG Würzburg/Kammer Schweinfurt, 25.7.2024 – 9 Ca 681/23 – BeckRS 2024, 49747.

10 LAG Nürnberg, 8.4.2025 – 7 SLa 213/24 – BB 2025, 2419 (Leitsätze).

11 ArbG Köln, 31.10.2024 – 12 Ca 479/24.

12 LAG Köln, 10.7.2025 – 8 SLa 582/24 – juris.

13 Az. 1 AZR 118/25 (Revision gegen LAG Nürnberg); Az. 1 AZR 139/25 (Revision gegen LAG Köln).

14 Frank, ZESAR 2024, 217–227; Ueber/v. Grundherr, ZfA 2024, 264–295; Giesen, ZfA 2025, 30–49.

15 Prokop, Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG: Eine verfassungsrechtliche Untersuchung der Änderungen durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz 2014, Baden-Baden 2017 (zugl. München, Univ. Diss. 2017).

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

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

18 Nielebock, in: Düwell/Bepler (Hrsg.), jurisPR-ArbR 6/2024 Anm. 4.

19 Berg, AuR 2024, 67 ff.; Göpfert/Lohmann, DB 2024, 530; Rödl, NZA 2025, 1603; Stach, DB 2025, 1756 ff.

20 Deinert, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, HSI-Schriftenreihe Bd. 53, Frankfurt aM. 2024, S. 43 f.

21 BAG, 21.3.2018 – 10 ABR 62/16 – AP Nr. 40 zu § 5 TVG Rn. 89.

schaft angehörenden Arbeitnehmer erfassen, nicht aber Arbeitgeber-Außenseiter, bei denen sich heute in erster Linie das Problem der Tarifunterbietung stellt.

2. Gegenstände des obligatorischen Teils

Was Gegenstand des obligatorischen Teils sein kann, ist in der Literatur breit erörtert, doch gibt es auch Aussagen des BAG und des BVerfG, die zumindest Rückschlüsse zulassen. Die Pflicht zur Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG stand dabei nicht im Mittelpunkt, doch gibt es mittlerweile im Schrifttum eine Reihe von Äußerungen, die auch solche Abmachungen ausdrücklich einbeziehen.

a) Der Gesamtbereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen?

Die aktuelle Literatur geht weit überwiegend 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.²² Wäre dieser Bereich überschritten, weil die Gewerkschaft beispielsweise eine politische Abrede mit dem Arbeitgeberverband zur Bekämpfung des Rechtsradikalismus trifft, 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 (und der auch nicht Gegenstand eines Arbeitskampfes sein könnte).

b) Nur Ergänzung des normativen Teils?

Insbesondere in der älteren Literatur existierte allerdings auch die Auffassung, dass der obligatorische Teil ausschließlich »dienenden« Charakter gegenüber dem normativen 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.²³

In der aktuellen Auseinandersetzung ist diese Position wiederbelebt worden. So vertritt etwa Frank den Standpunkt, die tariflich regelbaren Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien würden sich auf die Durchsetzung und Durchführung

des (normativen Teils) des Tarifvertrags beschränken; sie spricht insoweit von »Flankennormen«.²⁴ Andere Autoren halten zwar die Verpflichtung zur Antragstellung für einen tauglichen Gegenstand des obligatorischen Teils, lehnen aber eine Erkämpfbarkeit durch Streik ab.²⁵ Darauf wird unter III. zurückzukommen sein.

c) Die Position der Rechtsprechung

Ohne dass sie dies zum Thema machen würde, setzt sich diese Auffassung in Widerspruch zu der einheitlichen Rechtsprechung des BAG, die durch Aussagen des BVerfG bestätigt wird. So hat das BAG eine Tarifklausel als wirksam betrachtet, die ein Verbot des Outsourcings enthielt und Ausnahmen nur für den Fall zuließ, dass eine solche Maßnahme zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen »zwingend erforderlich« war und die Gewerkschaft zustimmte.²⁶ Damit war der Bereich des normativen Regelbaren eindeutig verlassen. In der Entscheidung wurde zudem ausdrücklich festgestellt, dass eine Regelung als Betriebsnorm nicht in Betracht gekommen sei und eine eigenständige Regelung im obligatorischen Teil erfolgt war. In anderem Zusammenhang betonte das BAG, die Tarifparteien könnten im Rahmen ihrer verfassungsrechtlich gewährleisteten Koalitionsbetätigungsfreiheit auch schuldrechtliche Koalitionsverträge schließen.²⁷ Dies bedeutet, dass sie in gleichem Umfang auch vom obligatorischen Teil eines Tarifvertrags Gebrauch machen können, 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:²⁸

»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.«

Dem entspricht es, dass das BAG in der Entscheidung vom 20. November 2018²⁹ das Streikrecht ganz generell auf den Abschluss von Tarifverträgen bezog und dort in Rn. 28 betonte:

»Das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG ist in erster Linie ein Freiheitsrecht auf spezifisch koalitionsgemäße Betätigung. Es gewährleistet dem Einzelnen die Freiheit, Vereinigungen zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu bilden und diesen Zweck gemeinsam zu verfolgen. Soweit das Recht der Koalitionen selbst betroffen ist, die von Art. 9 Abs. 3 GG genannten Zwecke zu verfolgen, entscheiden sie im Rahmen ihrer Interessenwahrnehmung selbst über die einzusetzenden Mittel. [...] Zu den geschützten Mitteln zählen Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind. Sie unterfallen jedenfalls insoweit der Koalitionsfreiheit, als sie allgemein erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen. Der Arbeitskampf ist funktional auf die Tarifautonomie bezogen und insoweit grundrechtlich geschützt.«

22 Für eigenständige Regelungen im schuldrechtlichen Teil haben sich ua. ausgesprochen: Ahrendt, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, § 1 Rn. 1189; Däubler, Tarifvertragsrecht. Ein Handbuch, 3. Aufl., Baden-Baden 1993, Rn. 175 ff.; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, 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; Hergenröder, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht. Kommentar, 11. Aufl., Köln 2024, Art. 9 GG Rn. 280; 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/Gallner/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl., München 2025 (im Folgenden: ErfK), Art. 9 GG Rn. 55; Löwisch/Rieble (Fn. 2), § 1 Rn. 1283 ff., 1293; Stach, DB 2025, 1756 ff.; Thüsing, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 9. Aufl., München 2023, § 1 Rn. 914 ff., 928; Wankel/Garloff, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 8. Aufl., Frankfurt a.M. 2025, § 1 TVG Rn. 397; Zeibig/Zachert, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Frankfurt a.M. 2014, § 1 Rn. 939.

23 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, Bd. II/1, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 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 Gegenstände.

24 Frank, ZESAR 2024, 217, 222, auch zum Folgenden.

25 So Prokop (Fn. 15), S. 81 ff.; Ueber/v. Grundherr, ZfA 2024, 264, 284.

26 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.

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

28 BAG, 15.7.2020 – 10 AZR 573/18 – NZA 2020, 1644 Leitsatz.

29 BAG, 20.11.2018 – 1 AZR 189/17 – NZA 2019, 402.

Erwähnenswert sind weiter Ausführungen des LAG Niedersachsen,³⁰ das ebenfalls eine über den normativen Teil inhaltlich hinausgehende schuldrechtliche Regelung im Tarifvertrag gebilligt hat:

- »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.«

d) Eigene Stellungnahme

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.³¹

Bestätigung findet diese Auffassung durch das BVerfG. Seine Aussage, dass sich die spezifisch koalitionsmäßige Betätigung auf den gesamten Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen erstreckt,³² ist an keiner Stelle auch nur andeutungsweise mit der Einschränkung versehen, dass dies nicht für die Handlungsform »Abschluss von Tarifverträgen« gelte. Diese wird vielmehr nicht anders als sonstige Betätigungsmöglichkeiten wie zB 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. April 1999.³³

- »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.

e) Bestätigung für die Verpflichtung zur Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG

Was eine 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 AVE zulässig sind. Dies geschah meist in Form kurzer Bemerkungen, da kein Rechtspro-

blem erkennbar war.³⁴ Auch wird verschiedentlich berichtet, Abreden über die Stellung eines Antrags auf AVE seien schon in der Vergangenheit häufig vorgekommen.³⁵ Dies stellt zumindest ein Indiz dafür dar, dass es sich um einen zulässigen tariflichen Gegenstand handelt. Auch bewegt sich eine Gewerkschaft wie ein Arbeitgeberverband im Rahmen der »Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen«, wenn sie einen Antrag nach § 5 Abs. 1 TVG stellen. Dies wird nicht zuletzt daran deutlich, dass das BVerfG ausdrücklich auch solche Tarifverträge von Art. 9 Abs. 3 GG erfasst ansieht, die von vornherein auf eine AVE hin angelegt sind.³⁶ Ohne Bedeutung ist, dass der Antrag ein öffentlich-rechtliches Verfahren in Gang setzt.

In der Auseinandersetzung um ein Streikverbot durch einstweilige Verfügung hat sich das Arbeitsgericht Köln³⁷ der dargelegten Auffassung angeschlossen, und auch das Arbeitsgericht Stuttgart³⁸ sowie das LAG Nürnberg³⁹ legten sie zugrunde. Dasselbe geschah in den Schadensersatzverfahren durch das LAG Nürnberg⁴⁰ und das LAG Köln.⁴¹

Auch die Literatur, die sich auf die einschlägige Rechtsprechung bezog, sieht die Pflicht zur Antragstellung nach § 5 TVG als rechtlich unbedenklichen Bestandteil des obligatorischen Teils eines Tarifvertrags.⁴²

Damit ist die erste Frage zu bejahen. Die Verpflichtung der Arbeitgeberseite, einen Antrag nach § 5 Abs. 1 TVG zu stellen, ist ein tauglicher Gegenstand des obligatorischen Teils eines Tarifvertrags.

III. Erkämpfbarkeit von Bestimmungen des obligatorischen Teils?

Die Antwort auf die Frage, ob ein Streik um die tarifliche Pflicht zur Antragstellung nach § 5 TVG zulässig ist, hängt davon ab, ob der obligatorische Teil des Tarifvertrags überhaupt ein tauglicher Gegenstand eines Arbeitskampfes sein kann.

1. Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung

Ob ein Arbeitskampf auch um eine obligatorische Tarifbestimmung geführt werden darf, ist in der Literatur umstritten. Einige Autoren lehnen dies ab und verweisen darauf, nur der normative Teil diene der »Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen«.⁴³ Die große Mehrheit lehnt diese Position jedoch ab und lässt auch die Erkämpfbarkeit von Bestimmun-

34 S. etwa Däubler-Ahrendt (Fn. 22), § 1 Rn. 1193; Gamillscheg (Fn. 22), S. 626 (§ 15); Klumpp, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., München 2022, § 257 Rn. 52; Löwisch/Rieble (Fn. 2), § 5 TVG Rn. 257; Thüsing, in: Wiedemann (Hrsg.) (Fn. 22), § 1 Rn. 928.

35 Frank, ZESAR 2024, 217 mit Beispielen in Fn. 9; Erk-Franzen (Fn. 22), § 5 TVG Rn. 20.

36 BVerfG, 10.1.2020 – 1 BvR 4/17 – NZA 2020, 253 Orientierungssatz 1.

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

38 ArbG Stuttgart, 9.6.2023 – 15 Ga 41/23 – BeckRS 2023, 13988.

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

40 LAG Nürnberg, 8.4.2025 – 7 SLa 213/24 – BB 2025, 2419 (Leitsätze).

41 LAG Köln, 10.7.2025 – 8 SLa 582/24 – juris.

42 Göpfert/Lohmann, DB 2024, 530; Nielebock, jurisPR-ArbR 6/2024 Anm. 4 (Fn. 18); Stach, NZA-RR 2023, 428 (ArbG Köln) bzw. Stach, NZA-RR 2023, 543; ebenso Deinert (Fn. 20), S. 43/44; Stach, DB 2025, 1756 ff.

43 So in jüngerer Zeit Giesen, Streikrecht, München 2022, § 6 Rn. 6; Greiner, NZA 2008, 1274, 1277; Ueber/v. Grundherr, ZfA 2024, 265, 283; ebenso früher Mayer-Maly, BB 1965, 829, 833; Beuthien, ZfA 1983, 141, 159 ff. In diese Richtung tendierend auch Frieling, in: Frieling/Jacobs/Krois (Hrsg.), Arbeitskampfrecht. Handbuch für Wissenschaft und Praxis, München 2021, § 4 Rn. 44 ff.

30 LAG Niedersachsen, 18.5.2011 – 17 SaGa 1939/10 – AiB 2011, 481 Rn. 32.

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

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

33 BVerfG, 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93, 1 BvR 897/95 – BVerfGE 100, 271, 282.

gen des obligatorischen Teils zu.⁴⁴ 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.⁴⁵ So heißt es etwa:

»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 Arbeitskämpfmaßnahmen 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*⁴⁶ das Fehlen einer höchstrichterlichen Rechtsprechung beklagt. Die von ihm herangezogene BAG-Entscheidung vom 21. Mai 2014⁴⁷ wird überdies in wenig überzeugender Weise interpretiert.

So heißt es etwa in Rn. 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 dieser Passage bringt sie nur das Wahlrecht der Sozialpartner zwischen verschiedenen Vertragstypen zum Ausdruck; das Arbeitskämpfrecht wird gar nicht angesprochen. Die vorausgehenden Ausführungen kreisen jedoch um die

Feststellung, dass bei Tarifabschlüssen anders als im Arbeitsverhältnis ein annäherndes Gleichgewicht zwischen der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite bestehe. Dieses beruht – was mittlerweile Konsens ist – auf der Möglichkeit zum Streik. Wird die schuldrechtliche Vereinbarung als Äquivalent zum Tarifvertrag behandelt, so ist die Möglichkeit zum Druck durch Arbeitsniederlegung mitgedacht.

Auch Instanzgerichte haben sich für die Erstreckbarkeit von Bestimmungen des obligatorischen Teils ausgesprochen. So führt etwa das LAG Nürnberg⁴⁸ aus, beim Streik gebe es keine Bindung an die Normtypik des TVG, der Schutzbereich der Art. 9 Abs. 3 GG gehe darüber hinaus. Deshalb sei auch ein Arbeitskampf zur Durchsetzung schuldrechtlicher Kollektivverträge legitim. Das LAG Köln⁴⁹ hat betont, das TVG stelle der obligatorischen Teil gleichrangig neben den normativen, ohne irgendwelche Andeutungen über eine unterschiedliche Art der Zustandekommens zu machen. Würde man den obligatorischen Teil »streikfrei« stellen, so wäre bei einem Teil der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ein Ausgleich der beiderseitigen Interessen nicht mehr möglich. Dies widerspräche dem Sinn der Art. 9 Abs. 3 GG. Auch zuvor hatten Landesarbeitsgerichte bereits in diesem Sinne entschieden.⁵⁰

2. Die abweichende Sicht von Giesen

Eine völlig andere Herangehensweise findet sich in dem Beitrag von *Giesen*.⁵¹ Nach seiner Auffassung werde zu Recht »überwiegend« die Meinung vertreten, dass lediglich dasjenige an Regelungen in Arbeitskämpfen durchgesetzt werden könne, was in Tarifnormen geregelt werden kann. »Es gilt also die Beschränkung des Arbeitskamps auf in Tarifnormen regelbare Ziele.«⁵² Deutlich mache dies *Hergenröder*, wo es heiße: »Fest steht [...], dass jedenfalls solche Regelungen, die als Tarifnormer unzulässig wären, nicht über den Umweg über den schuldrechtlichen Teil faktisch erzwungen werden dürfen.«⁵³

Wie man angesichts der Sichtung der Literatur⁵⁴ von einem »Überwiegen« der Meinung sprechen kann, Gegenstände des obligatorischen Teils eines Tarifvertrags könnten nicht erstreikt werden, erschließt sich dem Betrachter nicht. Zahlreiche Vertreter der Gegenmeinung wie zB. *Rüthers*, *Seiter*, *Wankel/Garloff*, und *Zeibig/Zachert* werden schlicht nicht zur Kenntnis genommen. Dasselbe gilt für die differenzierenden Stellungnahmen von *Löwisch/Rieble* und *Höpfner*, die als Autoren zwar erwähnt aber in vergrößernder Weise der eigenen Position zugerechnet werden. Völlig an der Sache vorbei geht schließlich der Hinweis auf *Hergenröder*: Dass der obligatorische Teil nicht dazu verwendet werden darf, einzelne Bestimmungen, die im normativen Teil zB. wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz verboten sind über den obligatorischen Teil doch zu vereinbaren, liegt auf der Hand und wird allgemein geteilt.⁵⁵ Dies hat aber nicht das Gerinreste mit der hier interessierenden Frage zu tun, ob Bestim

44 Ahrendt, in: Däubler (Fn. 22), § 1 Rn. 1128; Däubler, in: Däubler (Hrsg.), *Arbeitskämpfrecht*, 4. Aufl., Baden-Baden 2018, § 13 Rn. 10; Deinert (Fn. 20), S. 44; Gamillscheg (Fn. 22), S. 1070; Hensche, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Fn. 22), Art. 9 GG Rn. 113; Hergenröder, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 22), Art. 9 GG Rn. 280; Jacobs, ZTR 2001, 249, 252; ErfK-Linsenmaier (Fn. 22), Art. 9 GG Rn. 114; Löwisch/Rieble (Fn. 2), § 1 Rn. 1314 (aber weitgehende Einschränkungen in Grundl. Rn. 510 f.); Otto, *Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht*, München 2006, § 5 Rn. 19; Prokop (Fn. 15), S. 83; Ricken, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (Fn. 34), § 272 Rn. 40; Rödl, NZA 2025, 1603, 1606 f.; Rüthers, in: Brox/Rüthers (Hrsg.), *Arbeitskämpfrecht*, 2. Aufl., Stuttgart ua. 1982, Rn. 260; Seiter, *Streikrecht und Ausspernungsrecht*, Tübingen 1975 (zugl. Tübingen, Univ., Habil. 1973/74), S. 488 ff.; Stach, DB 2025, 1756 ff.; Treber, in: Schaub (Begr.), *Arbeitsrechts-Handbuch*, 21. Aufl., München 2025, § 192 Rn. 4; Wankel/Garloff, in: Berg/Kocher/Schumann (Fn. 22), Teil 4: *Arbeitskämpfrecht*, Rn. 24; Zeibig/Zachert, in: Kempen/Zachert (Fn. 22.), § 1 Rn. 997; ebenso Frank, ZESAR 2024, 217, 222 (die allerdings die möglichen Inhalte des obligatorischen Teils sehr eng bestimmt); in der Sache auch Poscher, RdA 2017, 235 ff. und Münder, RdA 2020, 340 ff. Höpfner (RdA 2020, 129, 140) hält schuldrechtliche Regelungen dann für erkämpfbar, wenn sie auch Gegenstand des normativen Teils sein könnten oder diesen flankieren; für Beurteilung nach dem Einzelfall Krause, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert (Fn. 22), § 1 Rn. 50 aE.

45 BAG, 12.9.1984 – 1 AZR 342/83 – DB 1984, 2563.

46 Frieling, in: Frieling/Jacobs/Krois (Fn. 43), § 4 Rn. 47.

47 BAG, 21.5.2014 – 4 AZR 50/13 – NZA 2015, 115.

48 LAG Nürnberg, 20.7.2023 – 3 SaGa 6/23 – NZA-RR 2023, 539 Rn. 44.

49 LAG Köln, 10.7.2025 – 8 SLa 582/24 – juris.

50 LAG Baden-Württemberg, 20.2.2019 – 4 Sa 40/18 – LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 114 Rn. 148; LAG Bremen, 5.5.1998 – 2 Sa 127/98 – AiB 1998, 537 Leitsatz 4 »Schuldrechtliche Verpflichtungen im Tarifvertrag sind durch Arbeitskampf erzwingbar.«

51 Giesen, ZfA 2025, 30 ff.

52 Giesen, ZfA 2025, 30, 40.

53 Hergenröder, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 22), Art. 9 GG Rn. 280.

54 Oben Fn. 43 und 44.

55 Hergenröder, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 22), Art. 9 GG Rn. 280; Treber, in: Schaub (Fn. 44), § 192 Rn. 4.

mungen im obligatorischen Teil generell erstreikt werden können oder nicht.

3. Ergänzende Erwägungen

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

Das geltende Recht unterscheidet an keiner Stelle zwischen erkämpfbaren und nicht erkämpfbaren Teilen von Tarifverträgen. 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 vornherein aus dem Arbeitskampf ausklammern, hätten die Tarifparteien viel von ihrer Flexibilität und ihrer freien Gestaltungsmacht 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 als nicht erkämpfbar ansehen, wäre weder eine Modifikation der Friedenspflicht noch zB. ein Schlichtungsverfahren erzwingbar. Entscheidend fällt aber ins Gewicht, dass sich die Herausnahme schuldrechtlicher Regelungen aus den zulässigen Streikzielen nicht mit der von Art. 9 Abs. 3 GG gewollten Tarifautonomie vereinbaren lässt: Sie würde darauf hinauslaufen, den nicht normativ regelbaren Teil der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen »streikfrei« zu stellen und insoweit Verhandlungen auf Augenhöhe unmöglich zu machen. Hier käme nur noch das sprichwörtliche »kollektive Betteln« in Frage. Ergänzend sei noch darauf verwiesen, dass die Erwähnung des obligatorischen Teils in § 1 Abs. 1 TVG und seine eingehende Behandlung in der Literatur überflüssig wären, könnte um ihn kein Arbeitskampf geführt werden: Eine freiwillige Vereinbarung wäre schon aufgrund der allgemeinen schuldrechtlichen Vertragsfreiheit möglich und bedürfte keiner Erwähnung im Gesetz.

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

IV. Eine Ausnahme für den Antrag auf AVE nach § 5 Abs. 1 TVG?

1. Entscheidung ohne Einfluss der Gegenseite?

a) Die These

Im Zusammenantrag mit dem Versuch, die Streiks im Wege der einstweiligen Verfügung durch die Arbeitsgerichte verbieten zu lassen, stützte sich die Arbeitgeberseite darauf, der Antrag auf AVE müsse »freiwillig« erfolgen. Andernfalls hänge die Einleitung des Verfahrens entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers nur noch vom Willen einer Seite, dh. der Gewerkschaften, ab. Dabei wird auf Löwisch/Rieble⁵⁶ Bezug genommen, wo es wörtlich heißt: »Das im Antragsrecht liegende Vetorecht darf nicht durch Arbeitskampf gebeugt werden.«

In jüngster Zeit ist dieser Gedanke von Giesen erneut aufgegriffen worden.⁵⁷ Aus der Entstehungsgeschichte des Tarifautonomiestärkungsgesetzes vom 11. August 2014⁵⁸ ergebe sich der Wille des Gesetzgebers, dass die Allgemeinverbindlichkeit »aus Sicht sämtlicher Parteien des Tarifvertrags« angestrebt werden müsse. Die Entscheidung, ob ein solcher Antrag gestellt werde, sei Teil der verbandlichen Selbstbestimmung. Jede Seite müsse berechtigt sein, auf den Antrag zu verzichten, wenn sie von einer AVE schädliche Konsequenzen für sich befürchte. So habe die Gewerkschaft einerseits ein Interesse daran, ihrem Tarifvertrag umfassende Geltung zu verschaffen; auf der anderen Seite würde die AVE auch einen Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt beseitigen. Auf der Arbeitgeberseite seien ebenfalls unterschiedliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen, wie etwa der, dass Arbeitgeberaußenseiter durch die Tarifbindung von Auseinandersetzungen befreit würden, die bei nicht tarifgebundenen Unternehmen auftauchen können. Auf der anderen Seite verliere die OT-Mitgliedschaft viel von ihrer Attraktivität, so dass Unternehmen ggf. den Arbeitgeberverband insgesamt verlassen würden.⁵⁹ Unterstützt wird auf die kurzen Bemerkungen von Prokop⁶⁰ sowie auf den Beitrag von Ubber/v. Grundherr⁶¹ verwiesen. Nach ihrer Auffassung habe sich der Gesetzgeber für eine »zweiseitige Einschätzungsprärogative« entschieden; lasse man den Streik um den AVE-Antrag zu, sei letztlich nur noch die Einschätzung einer Tarifpartei maßgebend.⁶²

b) Kritik

Ohne es ausdrücklich zu sagen, betrachtet diese Auffassung die Arbeitsniederlegung pauschal als ein Mittel, um der Arbeitgeberseite jede erwünschte Regelung aufzuzwingen. Der Streik »beuge« den Arbeitgeberwillen, maßgebend sei nur noch, was die den Streik tragende Gewerkschaft wolle. Dies wird der Realität in keiner Weise gerecht. Der Streik hat lediglich die Funktion, das Ungleichgewicht zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite abzumildern und im besten Falle Verhandlungen »auf Augenhöhe« zu ermöglichen. Bei ihnen entscheidet jede Seite, wie ihre »roten Linien« beschaffen sind, ob sie bestimmte Konzessionen machen oder eine Verlängerung der Auseinandersetzung in Kauf nehmen will. Die Normalbedingungen von Vertragsverhandlungen zwischen Gleichberechtigten werden so wiederhergestellt. Die Arbeitgeberseite behält unter diesen Umständen sehr wohl ihre Einschätzungsprärogative, ob sie einer AVE nähertreten will oder nicht. Dies wird nicht zuletzt daran deutlich, dass am Ende der Tarifrunde 2023/2024 keine Pflicht zur Antragstellung vereinbart wurde. Der Unterschied zu einer einseitigen Entscheidung besteht lediglich darin, dass sich die Arbeitgeberseite mit ihrem Gegenüber verständigen muss und dies ggf. Konzessionen in anderen Punkten, zB. bei Lohnerhöhungen, notwendig macht. Überdies ist das »Druckpotential« der Arbeitnehmerseite insoweit begrenzt, als sie die wirtschaftliche Belastbarkeit der einzelnen Unternehmen beachten muss, sollen nicht die Arbeitsplätze der Beschäftigten in Gefahr geraten. Streiks haben daher sehr fühlbare Grenzen. Die Tarif- und Arbeitskampfpraxis in Deutschland zeigt, dass dieser Rahmen immer beachtet wurde,

57 Giesen, ZfA 2025, 30, 36 ff.

58 BGBl. 2014 I, S. 1348.

59 Giesen, ZfA 2025, 30, 37.

60 Prokop (Fn. 15), S. 83.

61 Ubber/v. Grundherr, ZfA 2024, 264, 268 ff.

62 Ubber/v. Grundherr, ZfA 2024, 264, 269 ff.

so dass die Arbeitgeberseite keineswegs einem »Zwang« ausgesetzt war, der ihre Entscheidungsfreiheit beseitigt hätte.

Auch die Komplexität der Entscheidungssituation verlangt nicht, dass die Antragstellung frei von jedem Einfluss der Gegenseite erfolgen müsse. Eine vergleichbare Komplexität ist auch bei dem »alltäglichen« Konflikt um Entgelterhöhungen gegeben: Werden sie dazu führen, dass einzelne Unternehmen aus dem Verband austreten? Werden sie zur Folge haben, dass Außenseiter-Unternehmen einen noch größeren Wettbewerbsvorteil gewinnen, weil die Differenz zu den Tariflöhnen noch größer wird? Dies sind »verbandspolitische« Folgen, die als selbstverständlich im Tarifsysteem mitgedacht sind und die keineswegs dazu führen, dass der Arbeitgeberseite eine Sphäre absolut autonomer Entscheidung über die Lohnhöhe zugebilligt wird. Auch ergeben sich in fast jeder Tarifrunde weitere, schwer entscheidbare Fragen: Wird es auch in anderen Branchen Entgelterhöhungen geben, die zu einem Steigen der gesamtwirtschaftlichen Nachfrage führen, was zusätzliche Absatzchancen schaffen kann? Werden politische Einflüsse das Kaufverhalten der Kunden in negativem Sinne beeinflussen, weil eine verbreitete »Katastrophenstimmung« dazu führt, dass die Einzelnen ihr Geld auf dem Konto lassen und nur die nötigsten Käufe tätigen? Zu allen diesen Fragen sind bestenfalls Prognosen möglich. Die Frage, ob man eine AVE beantragen will oder nicht, ist deshalb keineswegs anders geartet oder von mehr Imponderabilien abhängig als die Frage nach der »Unternehmensverträglichkeit« und »Verbandsverträglichkeit« einer Lohnerhöhung.

Zutreffend ist, dass die OT-Mitgliedschaft nur noch bei solchen Tarifverträgen Bedeutung hat, die nicht für allgemeinverbindlich erklärt sind. Dies wird voraussichtlich auch in Zukunft, dh. trotz der Möglichkeit zum Streik für einen Antrag nach § 5 Abs. 1 TVG, die große Mehrheit der Tarifverträge bleiben. Im Übrigen ist die Praxis der OT-Mitgliedschaft von den Arbeitgeberverbänden trotz eines gesetzlichen Rahmens ins Leben gerufen worden, zu dem seit jeher auch § 5 Abs. 1 TVG gehörte: Das Risiko, dass es zu einer Allgemeinverbindlichkeit kommen könnte, was die OT-Mitgliedschaft »uninteressant« macht, war allen Beteiligten von Anfang an bekannt. Sie war außerdem vor 2015 eher größer, da damals jede Seite für sich allein zu einer Antragstellung befugt war. Auch insoweit besteht kein Anlass, eine Sphäre unantastbarer Entscheidungsautonomie zu schaffen. Durch die Beibehaltung des geltenden Rechts wird die positive Koalitionsfreiheit des Arbeitgeberverbands und der einzelnen Arbeitgeber nicht verletzt.

Die Herausnahme einer Entscheidung aus Vertragsverhandlungen auf individueller oder kollektiver Ebene stellt außerdem in unserer Rechtsordnung eine seltene Ausnahme dar. So ist zB nach § 2302 BGB ein Vertrag nichtig, durch den sich jemand verpflichtet, ein Testament zu errichten oder ein bestehendes zu widerrufen. Fälle dieser Art betreffen höchstpersönliche Entscheidungen, die wegen ihres Persönlichkeitsbezugs gegen jede vertragliche Bindung immunisiert sind. So zeigt das Beispiel der Knebelungsverträge, dass der Einzelne auf seine wirtschaftliche Betätigungsfreiheit nicht völlig verzichten oder diese ganz entscheidend einschränken kann.⁶³ Es bleibt zwingend ein Stück Eigenentscheidung erhalten. Erfasst sind damit Extremsituationen, die mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar sind.

63 Zur Kasuistik s. die Nachweise bei *Ellenberger*, in: *Grüneberg* (Hrsg.), *BGB*, 84. Aufl., München 2025, § 138 BGB Rn. 39.

Inhaltlich geht es hier um eine normale vertragliche Bindung, die auf der Basis tendenziell gleicher Verhandlungsschancen eingegangen wird.

c) Bestätigung durch das LAG Nürnberg

Schon im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes hat das LAG Nürnberg alle wesentlichen Argumente aufgenommen, die gegen die Annahme einer besonderen Autonomiesphäre bei einem Antrag nach § 5 Abs. 1 TVG sprechen.⁶⁴

Ausdrücklich betont das Gericht, die Annahme eines nicht durch Streik zu beeinflussenden Vetorechts sei dem Gesetzswortlaut des § 5 Abs. 1 TVG nicht zu entnehmen. Auch aus der Geschichte der Norm könne dies nicht abgeleitet werden. Bei der Neufassung des Antragsrechts nach § 5 Abs. 1 TVG sei um die Abstützung der von Art. 9 Abs. 3 GG intendierten autonomen Ordnung des Arbeitslebens gegangen, indem den Tarifnormen zu größerer Durchsetzungskraft verholfen werden sollte.⁶⁵

Weiter verwies das LAG Nürnberg darauf, dass es nach der Rechtsprechung des BVerfG⁶⁶ zwar keinen Anspruch auf AVE gebe, doch bedeute dies nicht, dass das Streikziel rechtswirrig sei. Dieses beziehe sich lediglich auf den Antrag nach § 5 Abs. 1 TVG, nicht etwa auf die Allgemeinverbindlichkeit als solche, über die staatliche Instanzen zu entscheiden hätten. Weit stelle das BVerfG erneut klar, dass Art. 9 Abs. 3 GG auch der Abschluss von solchen Tarifverträgen ermögliche, die von vorn herein auf die Einbeziehung von Außenseitern zielen würden.

Obwohl der Streik dazu bestimmt sei, auf die Willensbindung der Arbeitgeberseite einzuwirken, bleibe dieser die rechtliche Freiheit zur Stellung oder Nicht-Stellung des Antrags erhalten. Es gelte dasselbe wie bei der Freiheit, in einer Tarifrunde das Entgelt nicht, nur sehr maßvoll oder in deutlicher Weise zu erhöhen.⁶⁸

Damit sind die entscheidenden Gesichtspunkte genannt, die für die Zulässigkeit einer erstreikbaren Verpflichtung zur Stellung des Antrags auf AVE sprechen.

d) Bestätigung durch die Literatur

Zahlreiche Stimmen in der neueren Literatur sind zum selben Ergebnis wie das LAG Nürnberg gekommen. Auch sie bejahen ohne erkennbare Bedenken die Bindungsmöglichkeit. Während *Ahrendt*⁶⁹ und *Gamillscheg*⁷⁰ sich generell für (auch tariflich) Absprachen über die gemeinsame Antragstellung aussprechen, gibt *Klumpp*⁷¹ eine eingehende Begründung und betont: »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.« Auch *Thüsing*⁷² nimmt

64 LAG Nürnberg, 20.7.2023 – 3 SaGa 6/23 – NZA-RR 2023, 539 Rn. 51 ff., auch zum Fgenden.

65 LAG Nürnberg, 20.7.2023 – 3 SaGa 6/23 – NZA-RR 2023, 539 Rn. 51.

66 BVerfG, 10.1.2020 – 1 BvR 4/17 – NZA 2020, 209 mit Anm. *Wienbracke*.

67 BVerfG, 10.1.2020 – 1 BvR 4/17 – NZA 2020, 209 mit Anm. *Wienbracke* Rn. 52.

68 BVerfG, 10.1.2020 – 1 BvR 4/17 – NZA 2020, 209 mit Anm. *Wienbracke* Rn. 53.

69 *Ahrendt*, in: *Däubler* (Fn. 22), § 1 Rn. 1193.

70 *Gamillscheg* (Fn. 22), S. 626 – Stichworte zum schuldrechtlichen Teil.

71 *Klumpp*, in: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht* (Fn. 34), § 257 Rn. 52.

72 *Thüsing*, in: *Wiedemann* (Fn. 22), § 1 Rn. 928.

eindeutig in dieser Weise Stellung: »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.« Rödl⁷³ arbeitet überzeugend heraus, dass auch die Entstehungsgeschichte der Norm in keiner Weise für eine »Streikimmunsierung« spricht. Dies ist umso bedeutsamer, als die genannten Autoren zugleich den Standpunkt vertreten, auch der obligatorische Teil eines Tarifvertrags könne Gegenstand eines Arbeitskampfes sein.

2. Regelung der Arbeitsbedingungen von Außenseitern?

a) Die These: Nur Repräsentation von Mitgliederinteressen

Ein weiterer Einwand der Arbeitgeberseite in den gerichtlichen Verfahren bestand (und besteht) darin, die Tarifparteien würden durch die angestrebte Bestimmung ihre Regelungsbefugnis überschreiten. Diese beschränke sich auf ihre Mitglieder und könne nicht auf Außenseiter erstreckt werden. Zu der diesen zustehenden negativen Koalitionsfreiheit gehöre auch die sog. negative Tarifvertragsfreiheit, dh. das Recht, von einem fremden Tarifvertrag verschont zu bleiben.

b) Wer regelt die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Außenseiter?

Auch diese Überlegung ist wenig einleuchtend. Sie wäre allenfalls in gewissem Umfang vertretbar, wenn der gemeinsame Antrag der Tarifparteien automatisch zu einer AVE und damit zu einer Erstreckung des Tarifvertrags auf alle nicht dem tarifschließenden Verband angehörenden Arbeitgeber und alle Nicht-Gewerkschaftsmitglieder führen würde, soweit sie in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen. Dem ist aber nicht so. Der gemeinsame Antrag hat lediglich zur Folge, dass es zu einem Verfahren vor dem zuständigen Arbeitsministerium kommt. Dieses hört zunächst zahlreiche Personen und Organisationen an. Weiter ist im Gesetz vorausgesetzt, dass eine AVE nur dann zustande kommt, wenn der paritätisch besetzte Tarifausschuss zugestimmt hat. Das »Nein« einer Seite in diesem Gremium verhindert eine positive Entscheidung und beendet damit das Verfahren. Wichtigste Rahmenbedingung ist, dass der Arbeitsminister oder der an seiner Stelle handelnde Staatssekretär die Allgemeinverbindlichkeit nicht nach Gutdünken aussprechen oder verweigern darf. Vielmehr müssen für eine positive Entscheidung die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 TVG vorliegen. Dies ist in jedem einzelnen Verfahren sorgfältig zu prüfen.⁷⁴

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

c) Beschränkung der Gewerkschaft auf die Wahrung von Mitgliederinteressen?

Selbst wenn man davon einmal absieht, bestehen Bedenken, weil die Prämisse der Argumentation höchst angreifbar ist. Es trifft nämlich nicht zu, dass die Gewerkschaften ausschließlich die Interessen ihrer Mitglieder vertreten dürfen und ihnen deshalb jede Einwirkung auf die Arbeitsbedingungen anderer Personen verwehrt wäre. Zu erinnern ist dabei etwa an § 3 Abs. 2 TVG, wonach betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Tarifnormen 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 auch solche Streikende schützt, die sich als Nichtmitglieder an einer gewerkschaftlichen Arbeitsniederlegung beteiligt haben. Schließlich lässt die Rechtsprechung innerhalb bestimmter Grenzen auch den Solidaritätsstreik zu,⁷⁵ was gleichfalls über die Wahrung reiner Mitgliederinteressen hinausführt.

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

d) Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit?

Auch die negative Koalitionsfreiheit der Nichtmitglieder ist nicht verletzt. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist diese gar nicht berührt, wenn die Tarifwirkung im Wege der AVE auf Außenseiter erstreckt wird: Sie schützt nur vor einer Zwangsgliederschaft, nicht aber vor der Erstreckung eines Tarifvertrags.⁷⁶ Insoweit gibt es nach der Rechtsprechung auch keine »negative Tarifvertragsfreiheit.«⁷⁷

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

3. Entsprechende Anwendung der Grundsätze über die Zulässigkeit eines Unterstützungsstreiks?

a) Die These

Denselben Gedanken einer unzulässigen Einwirkung auf Dritte greift Giesen in seinem Beitrag unter dem Titel »unzulässige Arbeitskampfführung gegen Dritte« auf.⁷⁸

Der Gewerkschaft gehe es in erster Linie darum, die Außenseiter-Unternehmen dem Tarifvertrag zu unterwerfen. Statt diese direkt wegen eines Anschlusstarifs zu bestreiken, würden stattdessen die organisierten Arbeitgeber unter Druck gesetzt, um die Arbeitsverhältnisse Außenstehender, insbesondere die nichtorganisierten Arbeitgeber unter den Tarif zu zwingen. Die Mitglieder des (bestreikten) Arbeitgeberverbands seien in gleicher Weise »Drittbetroffene« wie dies diejenigen Arbeitgeber

73 Rödl, NZA 2025, 1603, 1607.

74 Zu den Voraussetzungen im Einzelnen Braun, in: Thüsing/Braun (Hrsg.), Tarifrecht. Handbuch, 2. Aufl., München 2016, 6. Kap. Rn. 74.

75 BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; dazu Rödl, in: Däubler (Fn. 44), § 17 Rn. 94 ff.

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

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

78 Giesen, ZfA 2025, 30, 44 ff., auch zum Folgenden.

sind, die mit einem Unterstützungstreik überzogen werden: Auch da gehe es nur um die Interessen anderer, dh. der im Hauptarbeitskampf befindlichen Arbeitgeber. Deshalb müssten für einen Streik um die Verpflichtung zur Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG dieselben Voraussetzungen gelten wie für einen Unterstützungstreik. Da dieser nur bei einer engen Nähebeziehung zwischen dem durch den Hauptstreik und dem durch den Unterstützungstreik betroffenen Unternehmen zulässig sei, bei der AVE aber diese Nähebeziehung fehle, sei der Streik um eine Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG unzulässig.

b) Kritik

Die Gemeinsamkeiten von AVE-Antrag und Unterstützungstreik erschöpfen sich in dem Drittbezug der Streikziele. Daneben bestehen aber gravierende Unterschiede.

Bei der AVE ist die Einwirkung auf die Arbeitsverhältnisse Dritter nicht nur von der autonomen Entscheidung der sozialen Gegenspieler abhängig. Vielmehr muss ein anspruchsvolles staatliches Verfahren durchlaufen werden, an dem auch die Spitzenverbände der Sozialpartner maßgeblich beteiligt sind. Damit ist für eine »Richtigkeitsgewähr« gesorgt in dem Sinne, dass den Außenseiterunternehmen in der Praxis keine unzumutbaren Belastungen auferlegt werden. Entsprechende Vorkehrungen fehlen bei einem Unterstützungstreik. Für diesen existieren keine gesetzlichen Regelungen, sondern nur richterrechtliche Grundsätze. Diese lassen es zu – und das ist der entscheidende Punkt –, dass allein die Arbeitnehmerseite über den Einsatz dieses Mittels entscheidet. Dabei muss sie enge Grenzen wahren, die schon wegen der Zwischenschaltung einer staatlichen Instanz im vorliegenden Fall überflüssig sind.

Bereits dieser Unterschied verbietet es, die für den Unterstützungstreik entwickelten Grundsätze auf einen Streik um die Einleitung eines AVE-Verfahrens zu erstrecken.

Wollte man dies gleichwohl tun, würde man ohne jede gesetzliche Grundlage für die AVE eine Art Zwei-Schranken-Lehre aufstellen: Sie müsste nicht nur den Anforderungen des § 5 TVG genügen. In den Fällen einer tariflichen Verpflichtung müsste sich die Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG vielmehr auch auf Unternehmen beschränken, zu denen eine »Nähebeziehung« besteht. Dies wäre eine schwer praktikable, ungerechtfertigte Gesetzeskorrektur, die bisher niemand erwogen hat. Auch wäre es verwunderlich, wenn die Reichweite der AVE bei freiwilliger oder durch Streik erreichter tariflicher Verpflichtung sehr viel enger wäre, als wenn ein Antrag nach § 5 Abs. 1 TVG aus freien Stücken gestellt würde.

Von diesen Ungereimtheiten einmal abgesehen: Unklar bleibt, wie diese »zweite Grenze« im Einzelnen zu bestimmen wäre. Die Zugehörigkeit zum selben Konzern würde sicherlich genügen, doch bleibt beispielsweise offen, ob auch schon enge Geschäftsbeziehungen ausreichen würden. Da bis heute keine Einigkeit über die Grenzen eines Unterstützungstreiks besteht, müsste mit erheblicher Rechtsunsicherheit gerechnet werden. Nach der Rechtsprechung des BAG wird keineswegs allein auf eine Nähebeziehung abgestellt. Vielmehr muss der Unterstützungstreik primär dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Rechnung tragen, was ggf. auch andere Rechtfertigungsmöglichkeiten er-

öffnet. Dies hat das BAG hinreichend deutlich gemacht.⁷⁹ Insbesondere nennt das BAG nur zu berücksichtigende Gesichtspunkte, gibt aber keine exakten Abgrenzungsmerkmale. In der Nähe oder Ferne »ist von Bedeutung«, die konzernrechtliche Verbindung »kann eine Rolle spielen«, ob beide Streiks von derselben Gewerkschaft getragen werden, »kann einen Unterschied ausmachen.« So bleibt – um ein theoretisches Beispiel zu nennen – unklar, ob ein von ver.di getragener Unterstützungstreik von Busfahrern zugunsten eines Eisenbahnerstreiks der GdV noch rechtmäßig wäre oder nicht. Diese Rechtsunsicherheit hinnehmbar, weil es in der Praxis nur sehr selten zu einem Unterstützungstreik kommt.

Zusammenfassend lässt sich die Feststellung treffen, dass die »Drittbenefizienz« bei der AVE nicht mit der Drittbenefizienz beim Solidaritätstreik verglichen oder gar in eins gesetzt werden kann. Während es im ersten Fall um die Einleitung eines staatlichen Verfahrens geht, steht im zweiten Fall der Arbeitnehmerseite ein Kampfmittel zur Verfügung, von dem sie nach eigener Einschätzung Gebrauch machen darf. § 5 TVG enthält außerdem keinerlei Anhaltspunkte für die Entwicklung einer zweiten Schranke. Zudem würde die Übernahme der Grenzen des Unterstützungstreiks zu einer außerordentlich hohen Rechtsunsicherheit führen.

V. Ein weiterer Einwand: Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip?

Die Arbeitgeberseite sah im Rahmen der gerichtlichen Auseinandersetzungen neben allen anderen Bedenken auch ein Verstoß der Streiks gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Zu den Punkten wurden genannt. Zum einen machte das klagende Unternehmen geltend, es würde ohne sachlichen Grund mit einer Vielzahl von Streiks überzogen, während andere Verbandsglieder mehr oder weniger ungeschoren davonkommen würden. Zum zweiten bedürfe ein Streik der vorliegenden Größenordnung einer Urabstimmung, die nicht stattgefunden habe.

1. Schlechterstellung der Klägerin im Vergleich zu anderen organisierten Unternehmen?

Ein klagendes Unternehmen machte geltend, es sei sehr viel mehr als alle anderen Verbandsmitglieder Angriffsziel von Streiks gewesen, was gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoße. In der Sache ist jedoch nicht dieses betroffen, vielmehr stellt sich eine Frage der Anwendung oder Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Dieser findet keine Anwendung, wenn der Arbeitgeber ein eigenes Regelwerk oder eine eigene Ordnung schafft, von der er dann ohne sachlichen Grund abweicht. Der Gleichbehandlungsgrundsatz setzt eine Ungleichgewichtslage voraus, wie sie zwischen Arbeitgeber und

⁷⁹ BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – NZA 2007, 355 Orientierungssatz 9: »Die Angemessenheit (Proportionalität) eines Unterstützungstreiks kann nicht generell bejaht oder verneint werden. Regelmäßig unangemessen ist ein Unterstützungstreik, wenn der Hauptstreik rechtswidrig ist. Im Übrigen ist für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit die Nähe oder Ferne des Unterstützungstreiks gegenüber dem Hauptarbeitskampf von Bedeutung. Dabei kann insbesondere eine Rolle spielen, ob die Hauptarbeitskampf- und vom Unterstützungskampf betroffenen Arbeitgeber in einer konzernrechtlichen Verbindung stehen. Einen Unterschied kann es auch ausmachen, ob eine Gewerkschaft durch den Unterstützungstreik einen eigenen oder einen fremden Hauptstreik fördern will. Unangemessen kann ein Unterstützungstreik sein, wenn sich der Schwerpunkt des Arbeitskampfs auf den Unterstützungstreik verlagert und dieser seinen Charakter als bloßer Unterstützungstreik verliert.«

einzelnen Arbeitnehmer besteht.⁸⁰ Diese besteht jedoch nicht im Verhältnis zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern, wo sich – zumindest dem Anspruch nach – zwei gleich starke Partner gegenüberstehen. Das BAG hat deshalb die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Abmachungen zwischen einer Gewerkschaft und der Arbeitgeberseite generell abgelehnt.

Auch der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG greift im vorliegenden Fall nicht ein. Dem steht schon 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 führen 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, zB. systematisch Flashmobs einzusetzen. Man spricht insoweit von »Kampfmittelfreiheit«.⁸¹

Aus welchen Gründen wie vorgegangen wird, ob beispielsweise der gewerkschaftliche Organisationsgrad eine Rolle spielt oder ein als besonders unsozial empfundenen Verhalten der Geschäftsleitung, das alles ist rechtlich ohne Bedeutung. Eine Grenze kann sich nur daraus ergeben, dass ein Streik rechtswidrig wird, wenn er die Existenzvernichtung des bestreikten Unternehmens zum Ziel hat.⁸² Davon konnte aber im Rahmen der Auseinandersetzung im Handel nicht die Rede sein.

Die Freiheit, die Art und Dauer eines Streiks und die bestreikten Betriebe innerhalb der allgemeinen Grenzen frei zu bestimmen, schließt eine Qualifizierung der Streiks gegen das klagende Unternehmen als »unverhältnismäßig« aus.⁸³

2. Das behauptete Erfordernis einer Urabstimmung

In den Gewerkschaftssatzungen finden sich zur Frage der Durchführung einer Urabstimmung unterschiedliche Regelungen.⁸⁴ Auch die Gewerkschaft ver.di lässt sich in § 70 ihrer Satzung alle Möglichkeiten offen. Der Bundesvorstand entscheidet über die Durchführung von Streiks und die Arbeitskampftaktik, von einer Pflicht zur Urabstimmung ist entgegen der Behauptung der Arbeitgeberseite nirgends die Rede.⁸⁵

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.«⁸⁶

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, hätte dies nur verbandsinterne Bedeutung: Wird eine Satzungsbestimmung nicht beachtet, würde die Rechtmäßigkeit des Streiks nicht berührt.⁸⁷

Mit dem pauschalen Hinweis, ein größerer Streik sei ohne Urabstimmung unverhältnismäßig, lässt sich diese seit Jahrzehnten anerkannte Auffassung nicht ernsthaft in Zweifel ziehen. Das klagende Unternehmen hatte 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. Damit werden zugleich Inhalt und Umfang des Selbstorganisationsrechts der tarifschließenden Verbände sowie deren Bedeutung im Innen- wie im Außenverhältnis verkannt.

VI. Die Frage des Schadensersatzes

Auf der Grundlage ihrer Rechtsauffassung begnügt sich die Arbeitgeberseite nicht damit, die von ihr angenommene Rechtswidrigkeit der Streiks gerichtlich feststellen zu lassen. Vielmehr kündigte sie auch Schadensersatzansprüche in beträchtlicher Höhe an, sobald der Schaden mit einiger Sicherheit beziffert werden könne. In einem der Verfahren wurde dieser auch (teilweise) mit gut 300.000 Euro als Leistungsantrag geltend gemacht.

Eine Auseinandersetzung damit setzt notwendigerweise voraus, dass die Streikforderung für einen gemeinsamen Antrag auf AVE als rechtswidrig intergestellt werden. Insoweit handelt es sich im Folgenden um eine reine Hilferwägung.

Ein Schadensersatzanspruch gegen die streikführende Gewerkschaft kommt von vornherein 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.⁸⁸ Eine Verletzung vertraglicher Pflichten, etwa eine Nichtbeachtung der Friedenspflicht, kam im vorliegenden Zusammenhang von vornherein 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

⁸⁰ So ausdrücklich BAG, 21.5.2014 – 4 AZR 50/13 – NZA 2015, 115, auch zum Folgenden.

⁸¹ Zur Freiheit der Kampfmittelwahl s. etwa die Nachweise bei ErfK-Linsenmaier (Fn. 22), Art. 9 GG Rn. 271 ff.; Wroblewski, in: Däubler (Fn. 44.), § 17 Rn. 2 ff.; Rehder/Deinert/Calsen, Arbeitskammittelfreiheit und atypische Kampfmethoden, HSI-Schriftenreihe Bd. 1, Frankfurt a.M. 2012. Aus der Rechtsprechung s. insbesondere BAG, 22.9.2009 – 1 ABR 972/08 – NZA 2009, 1347 Rn. 34, bestätigt durch BVerfG, 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09 – NZA 2014, 493 Rn. 23.

⁸² So auch im hier vorliegenden Zusammenhang LAG Nürnberg, 20.7.2023 – 3 SaGa 6/23 – NZA-RR 2023, 539, 543 Rn. 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.«

⁸³ Ebenso LAG Nürnberg, 20.7.2023 – 3 SaGa 6/23 – NZA-RR 2023, 539, 543 Rn. 60.

⁸⁴ Beispiele bei Reinfelder, in: Däubler (Fn. 44.), § 15 Rn. 36 Fn. 128.

⁸⁵ https://www.verdi.de/++file++6786632893f3168d0e3c3ff34/download/ver.di-Satzung_aktuell.pdf (18.11.2025).

⁸⁶ <https://www.grundeinkommen.de/wp-content/uploads/2016/02/Arbeitskampfrichtlinie-gultig-ab-1.-januar-2011.pdf> (18.11.2025).

⁸⁷ LAG Hessen, 9.8.2011 – 9 SaGa 1147/11 – Rn. 31 – juris; BAG, 17.12.1976 – 1 AZR 605/75 – AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskmpf Rn. 22 (für den Warnstreik); aus der Literatur Gamillscheg (Fn. 22), § 24 III 4 (1); Kalb, Arbeitskmpfrecht, Neuwied und Darmstadt 1986, Rn. 125; Kissel, Arbeitskmpfrecht, München 2002, § 40 Rn. 19; ErfK-Linsenmaier (Fn. 22), Art. 9 GG Rn. 137; Otto (Fn. 44.), § 7 Rn. 31, 35; Reinfelder, in: Däubler (Fn. 44.), § 15 Rn. 36 ff.; Ricken, in: Kiel/Lunk/Oetker (Fn. 34), § 272 Rn. 34; Schlüter, in: Brox/Rüthers (Fn. 44.), Rn. 486; Seiter (Fn. 44.), S. 509 ff.; Treber, in: Schaub (Fn. 44.), § 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, FS Canaris, 2007, S. 1439 ff.

⁸⁸ BAG, 12.9.1984 – 1 AZR 342/83 – NZA 1984, 393 Rn. 141; BAG, 9.4.1991 – 1 AZR 332/90 – NZA 1991, 815; BAG, 26.7.2016 – 1 AZR 160/14 – NZA 2016, 1543 Rn. 25. Aus der Literatur ErfK-Linsenmaier (Fn. 22), Art. 9 GG Rn. 225; Malorny, in: Frieling/Jacobs/Krois (Fn. 43), § 10 Rn. 39 ua.

wenn sie sich bei Fehlen entsprechender Gerichtsentscheidungen 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 selbst bei einem im Ergebnis für rechtswidrig erklärten Streik ein Rechtsirrtum vor, der den Fahrlässigkeitsvorwurf ausschließt. 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 wollen (unten 3). Soweit die Gewerkschaft auf dieser Grundlage auf Schadensersatz haftet, stellt sich in vielen Fällen das Problem, ob nicht ein rechtmäßiges Alternativverhalten besteht, das eine Haftung ausschließt (unten 4).

1. Verhalten der Gewerkschaft entsprechend der bisherigen Rechtsprechung

Bei Beginn der Tarifrunde im Handel gab es noch keine Rechtsprechung zu der Frage, ob auch die gemeinsame Antragstellung in Bezug auf eine AVE 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 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« folgten und die Streiks unangetastet ließen. 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. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.⁸⁹ Was die »Orientierungsfunktion« dieser Entscheidungen angeht, so ist Folgendes zu berücksichtigen:

Die meisten Arbeitsgerichte haben 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 gespielt haben. Faktisch war die Prüfung der Rechtmäßigkeit nicht weniger intensiv als bei einem Hauptsacheverfahren. Als wichtigste Beispiele sollen die Entscheidungen des Arbeitsgerichts Köln⁹⁰ und des LAG Nürnberg⁹¹ herangezogen werden, die beide in einer Zeitschrift veröffentlicht sind, so dass eine Überprüfung jederzeit möglich ist.

Das Arbeitsgericht Köln geht zunächst von der Feststellung aus, dass nach der Rechtsprechung des BAG schon die Rechtswidrigkeit einer Streikforderung die ganze Arbeitsniederlegung unzulässig mache. Dies gelte jedenfalls, wenn es sich wie bei dem Ziel »gemeinsame Beantragung der Allgemeinverbindlicherklärung« um eine Hauptforderung handle (Rn. 24). Außerdem dürften Arbeitskämpfe nur zur Durchsetzung tariflich regelbarer

Ziele geführt werden (Rn. 25). In der Sache selbst wird durchgeführt (Rn. 28–32):

»Nach Auffassung der Kammer kann auch unabhängig von fehlenden diesbezüglichen Rechtsprechung oder Literatur nicht angenommen werden, dass die Forderung nachgabe eines Antrags auf AVE nicht zum Ziel eines Arbeitskamps gemacht werden könnte.

Entgegen der Auffassung der Kl. folgt dies nicht daraus, dass sich hierbei um eine schuldrechtliche Forderung, d. h. um eine Regelung im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags handelt, ist nicht herrschende Auffassung, dass schuldrechtliche Regelungen nicht durch Streik erkämpfbar wären. Vielmehr geht, so erkennbar, die überwiegende Meinung in der Literatur davon aus, dass dies möglich ist und auch schuldrechtliche Vereinbarungen erkämpfbar sind, jedenfalls, wenn sie – wie vorliegend unzulässig – zum Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zählen (vgl. Henssler/Willemsen/Kalb/Hergenröder GG A 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 Allgemeinverbindlicherklärung führt. Vielmehr setzt die Antragstellung lediglich einen Mechanismus in Gang, nach welchem das Bundesministerium für Arbeit und Soziales nach Anhörung sämtlicher Beteiligter und Betrachter eine entsprechende Entscheidung trifft. [...] Sie erfolgt nicht 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. ausführend die Tarifvertragsparteien, sondern das Bundesministerium [...]«

Das klagende Unternehmen 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.⁹² Das Arbeitsgericht Köln meinte, die Übertragung dieser Rechtsprechung sei »keinesfalls zwingend« und fuhr 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 Erreichung von unzweifelhaft tariflich regelbaren und geregelten Ergebnissen auf Dritte, die sich gerade im Rahmen des Tarifvertragsgesetzes und der dort gegebenen Möglichkeiten handeln. Entsprechende Regelungen sind zudem in zahlreichen Tarifverträgen zu finden und daher durchaus üblich.«

Weiter führte das Arbeitsgericht 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.«

Das Arbeitsgericht Köln behandelte in seiner Entscheidung alle Gesichtspunkte, die zum damaligen Zeitpunkt im Zusammenhang mit der Erstreikbarkeit einer Verpflichtung:

⁸⁹ Oben I.2.

⁹⁰ ArbG Köln, 6.6.2023 – 17 Ga 27/23 – NZA-RR 2023, 428.

⁹¹ LAG Nürnberg, 20.7.2023 – 3 SaGa 6/23 – NZA-RR 2023, 539 ff.

⁹² BAG, 10.12.2002 – 1 AZR 96/02 – NZA 2003, 734, 740.

Antragstellung nach § 5 Abs. 1 TVG in der Literatur eine Rolle spielten: Die Behandlung obligatorischer Tarifbestimmungen im Arbeitskämpfrecht, 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.

Das LAG Nürnberg⁹³ ging gleichfalls von der Auffassung aus, Arbeitskämpfe seien nur rechtmäßig, wenn sie um ein tariflich regelbares Ziel geführt werden (Rn. 37) und untermauerte 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 Allgemeinverbindlichkeitserklärung 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 Gericht 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 Allgemeinverbindlichkeitserklärung 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 jedenfalls aus damaliger Sicht keine anderen Gesichtspunkte ersichtlich, die gegen die Rechtmäßigkeit des Streiks hätten sprechen können. Die rechtliche Prüfung erfolgt mit derselben Gründlichkeit, die auch in einem Hauptsacheverfahren praktiziert würde, obwohl es nur um die »offensichtliche« Rechtswidrigkeit ging. Das Gericht ist insoweit tiefer in die Problematik eingedrungen, als es die Beurteilung am Maßstab einer »offenkundigen« Rechtswidrigkeit verlangt hätte. Das Arbeitsgericht Bayreuth⁹⁴ hatte sogar ausdrücklich auch die »einfache« Rechtswidrigkeit verneint und betont, Abreden über die gemeinsame Stellung eines Antrags auf AVE seien »unzweifelhaft« tariflich regelbar.⁹⁵

Für die Gewerkschaft bedeutet dies, dass sie damit rechnen konnte, dass ihre Aktionen in Zukunft keinen rechtlichen Zweifeln mehr ausgesetzt sein würden. Sich so zu verhalten, wie es vier Arbeitsgerichte (Köln, Stuttgart, Würzburg und Bayreuth) und in vier Entscheidungen ein Landesarbeitsgericht (Nürnberg) in der konkreten Tarifrunde für rechtmäßig erklärt hatten, kann schlechterdings nicht vorwerfbar sein. Dies insbesondere deshalb, weil keineswegs nur eine summarische Prüfung der Rechtslage vorgenommen wurde. 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.

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

94 ArbG Bayreuth, 17.7.2023 – 1 Ga 2/23 – BeckRS 2023, 21713.

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

2. Einholen von Rechtsrat

Bevor eine Gewerkschaft einen Streik beginnt, prüft sie zu nächst eingehend, ob der Arbeitsniederlegung rechtliche Hindernisse entgegenstehen. Gerade eine große Organisation wie die Gewerkschaft ver.di verfügt über zahlreiche eigene Juristen mit anerkannter Qualifikation und über hervorragende juristische Berater, die im Arbeitskampfrecht sachkundig sind.⁹⁶ Sie wurden auch im vorliegenden Zusammenhang mehrfach und intensiv eingeschaltet und hatten wie bei früheren Tarifrunden keine rechtlichen Bedenken dagegen, dass für einen gemeinsamen Antrag auf AVE gestreikt wurde.

Im vorliegenden Fall hatte 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. Dies lässt sich über eine Abfrage bei juris ermitteln. Auch dieses Gutachten kam zu dem Ergebnis, dass gegen einen Streik um eine gemeinsame Antragstellung keine rechtlichen Bedenken bestanden. Dabei wurde herausgearbeitet, dass es zwar noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung zu dem fraglichen Thema gab, dass aber (damals) mit einer Ausnahme alle Autoren in der Literatur die Auffassung vertraten, gegen den hier in Frage stehenden Streik bestünden keine rechtlichen Bedenken.

Weiter hat die Gewerkschaft ver.di ein zweites Rechtsgutachten eingeholt, das ebenfalls von einem renommierten Hochschullehrer stammt. Auch dieses bestätigte uneingeschränkt die Zulässigkeit eines Streiks für die Forderung, gemeinsam mit der Arbeitgeberseite einen Antrag auf AVE zu stellen.

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.⁹⁷

Ergänzend kann auf eine Entscheidung des BVerwG verwiesen werden, die fehlendes Verschulden bereits dann annahm, wenn keine einschlägige, dh. das konkrete Problem behandelnde höchstrichterliche Rechtsprechung vorlag und die Behörde sich einer in der Literatur vertretenen Auffassung anschloss.⁹⁸ 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.

⁹⁶ S. auch *Jacobs/Holle*, FS Preis, 2021, S. 501, 511: Gewerkschaft muss personell und finanziell in der Lage sein, die Rechtmäßigkeit der erhobenen Forderungen zu überprüfen.

⁹⁷ Zur Unvermeidbarkeit eines Rechtsirrtums s. weiter *Malorny*, in: *Frieling/Jacobs/Krois* (Fn. 43), § 10 Rn. 47.

⁹⁸ *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.

Würde man ihr das volle Risiko einer Schadensersatzpflicht aufbürden, könnte und würde in vielen Fällen die Tarif keine Weiterentwicklung erfahren: Die Gewerkschaft würde sich dem ggf. sehr hohen finanziellen Risiko auf neue Forderungen verzichten. Dies ist nach Auffassung des BAG nicht zumutbar und liegt auch nicht im Interesse einer tionsfähigen Tarifautonomie.⁹⁹ 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 Mitgliedschaft abhängig machte und diese Regelung durch eine sog. Spannenklausel absicherte: Sollten Nichtmitglieder dasselbe Urlaubsgeld wie Organisierte erhalten, so würde sich der Anspruch der Organisierten entsprechend erhöhen. Zu beachten ist, dass der Streik um diesen Tarifvertrag im Jahr 1965, also vor der Entscheidung des Großen Senats¹⁰⁰ statt der solche Klauseln für illegal erklärte. Die Entscheidung des BAG zum Schadensersatzanspruch erging jedoch sehr viel später als der für die Beschäftigten negative BAG-Beschluss. Im Einzelnen führte das Gericht¹⁰¹ aus:

»Bei dem hier zu beurteilenden Streik ging es um die Einführung einer neuartigen tariflichen Urlaubsgeldregelung, die 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 Absicht 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 die 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 je nach dem Ausgang der Entscheidung unangemessen behindert und gehemmt, wollte man jede Risikoprüfung auf diesem Gebiet als Schuldverletzung werten und damit erheblichen Haftungsfolgen belasten. Ihre ihnen gerade durch die 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 diese die Wirklichkeit umzusetzen versuchen, ohne dabei übermäßige Haftungsrisiken ausgesetzt zu sein. Es kann deshalb nicht verlangt werden, dass die Gewerkschaft nicht ohne weiteres zugemutet werden, auf von ihr angestrebte tarifliche Regelungen, 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, wenn die Gefahr besteht, dass die Gerichte später einen von ihrer Rechtsansicht abweichenden Rechtsstandpunkt einnehmen. Ist es

⁹⁹ So zuerst *BAG*, 21.3.1978 – 1 AZR 11/76 – NJW 1978, 2114 Leitsatz 3. Ebenso *Jacobs/Holle*, FS Preis, 2021, S. 501, 502.

¹⁰⁰ *BAG*, 29.11.1967 – GS 1/67 – AP Nr. 13 zu Art. 9 GG.

¹⁰¹ *BAG*, 21.3.1978 – 1 AZR 11/76 – NJW 1978, 2114 Rn. 50.

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.«¹⁰² 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.¹⁰³

Diese Rechtsprechung wurde vom BAG bis in die jüngere Zeit immer wieder bestätigt.¹⁰⁴ Auch in der Literatur sind keine durchgreifenden Einwände erkennbar.¹⁰⁵

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 höchstrichterlich noch nicht entschiedene Frage handeln. Diese Voraussetzung ist ersichtlich gegeben, 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 AVE zu stellen, doch war ein solches Vorgehen ersichtlich bisher nicht Gegenstand eines Arbeitskampfes. Zum ersten Mal wurden im Sommer 2023 Anträge gestellt, Streiks um eine derartige Forderung zu untersagen, wie die oben unter I.2. referierte Rechtsprechung dokumentiert. Insofern kann von »Neuland« die Rede sein, dessen Betreten mit Rechtsunsicherheiten belastet ist.

Angesichts der erheblichen Verbreitung von OT-Mitgliedschaften und des allgemein bekannten Rückgangs der Tarifabdeckung ist es für die Gewerkschaft auch nicht zumutbar, auf eine entsprechende Forderung zu verzichten und sich von vornherein damit zu begnügen, 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. März 1978, wo sich die Arbeitgeberseite einem unbefristeten Streik gegenüber sah, den das BAG mit ihrer »strikt« ablehnenden Haltung rechtfertigte. Auch im vorliegenden Fall lag eine strikte Ablehnung vor, ohne dass irgendwelche Kompromissmöglichkeiten angedeutet worden wären. Allerdings kann von einem unbefristeten Streik im klassischen Sinne, der alle Filialen betrifft und der ohne Unterbrechungen und auf unbestimmte Zeit fort dauert, auch nicht entfernt 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 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. Die Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten

Macht man eine weitere Unterstellung, dass nicht nur der Streik rechtswidrig war, sondern entgegen dem eben Gesagten die Gewerkschaft auch auf Schadensersatz haftete, so ergibt sich das Problem, ob die Rechtswidrigkeit einer einzelnen Forderung (hier: auf gemeinsamen Antrag nach § 5 Abs. 1 TVG) überhaupt einen Schadensersatzanspruch zur Folge hat, da die Gewerkschaft in rechtlich unangreifbarer Weise Streiks in demselben Umfang allein für die durchaus im Vordergrund stehenden Entgeltforderungen geführt hätte. Man spricht insoweit von einem »rechtmäßigen Alternativverhalten«.

Nach der Rechtsprechung des BGH entfällt eine Haftung, wenn ein solches Alternativverhalten nicht nur theoretisch möglich gewesen wäre, sondern auch effektiv vorgenommen worden wäre.¹⁰⁶ Die bloße Möglichkeit dazu genügt nicht.¹⁰⁷ Ausnahmsweise scheidet die Berücksichtigung des rechtmäßigen Alternativverhaltens aus, wenn dies der Schutzzweck der verletzten Norm verlangt.¹⁰⁸

Im konkreten Fall hätte die Gewerkschaft Streiks im selben Umfang auch dann durchgeführt, wenn es ausschließlich um Entgelterhöhungen gegangen wäre. Diese standen bei den Streikforderungen im Vordergrund und entsprachen den Erwartungen der Mitglieder: Nach Kündigung der bisherigen Entgelttarifverträge findet in aller Regel eine Tarifrunde statt, in der es primär um höhere Löhne geht. Der gemeinsame Antrag auf AVE war eine zusätzliche Forderung, deren Realisierung eine unerwünschte Unterbietungskonkurrenz durch niedrigere Löhne definitiv verhindert hätte. Die Tarifrunde samt Streiks hätte aber auch stattgefunden, wenn es nur um das Entgelt gegangen wäre. Zum selben Ergebnis kam das LAG Köln,¹⁰⁹ das in einer Hilfserwägung die Schadensersatzhaftung der Gewerkschaft verneinte,

¹⁰² BAG, 21.3.1978 – 1 AZR 11/76 – NJW 1978, 2114 Rn. 51.

¹⁰³ BAG, 21.3.1978 – 1 AZR 11/76 – NJW 1978, 2114 Rn. 54.

¹⁰⁴ Ausdrückliche Bezugnahme auf die Entscheidung vom 21.3.1978 in BAG, 10.12.2002 – 1 AZR 96/02 – NZA 2003, 734 Rn. 53. Hierauf verwies wiederum BAG, 19.6.2012 – 1 AZR 775/10 – NZA 2012, 1372 Rn. 52, eine Textstelle, die ihrerseits von BAG, 26.7.2016 – 1 AZR 160/14 – NZA 2016, 1543 Rn. 58 in Bezug genommen wurde.

¹⁰⁵ S. statt aller Malorny, in: Frieling/Jacobs/Krois (Fn. 43), § 10 Rn. 75; Nitsche, in: Däubler (Fn. 44), § 22 Rn. 117; ErfK-Linsenmaier (Fn. 22), Art. 9 GG Rn. 225.

¹⁰⁶ BGH, 9.3.2012 – V ZR 156/11 – NJW 2012, 2022; BGH, 2.11.2016 – XII ZR 153/15 – NJW 2017, 1104.

¹⁰⁷ Grüneberg-Grüneberg (Fn. 63), Vorbem. vor § 249 Rn. 64; Däubler, BGB kompakt, 3. Aufl., München 2008, Kap. 30 Rn. 38.

¹⁰⁸ Beispiele bei Grüneberg-Grüneberg (Fn. 63), Vorbem. vor § 249 BGB Rn. 65.

¹⁰⁹ LAG Köln, 10.7.2025 – 8 SLa 582/24 – juris.

weil sie ein rechtmäßiges Alternativverhalten mit gleichen Folgen praktiziert hätte, wäre die Forderung auf gemeinsame Antragstellung von ihr aufgegeben oder gerichtlich verboten worden. Dies steht nur auf den ersten Blick im Widerspruch zu einer Entscheidung des BAG,¹¹⁰ das in seinem Leitsatz 2 den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens generell als unbeachtlich qualifiziert hatte. Bei näherem Hinsehen wird jedoch deutlich, dass sich diese Aussage ausschließlich auf einen friedenspflichtwidrigen Streik bezog.¹¹¹ Gegen ihn soll es mit Rücksicht auf das entstandene Vertrauen des Arbeitgebers einen absoluten Schutz geben, während es bei sonstigen »Fehlgriffen« bei den allgemeinen Grundsätzen bleiben kann.

VII. Zusammenfassung

- 1) Die Verpflichtung der Arbeitgeberseite, einen Antrag nach § 5 Abs. 1 TVG zu stellen, ist tauglicher Gegenstand des obligatorischen Teils des Tarifvertrags.
- 2) Soweit der obligatorische Teil des Tarifvertrags Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zum Gegenstand hat, kann er genau wie der normative Teil Gegenstand eines Arbeitskampfes sein.
- 3) Auch für einen Antrag nach § 5 Abs. 1 TVG gilt keine Ausnahme. Verbandspolitische Überlegungen können keine Immunsierung gegen Streiks rechtfertigen: Letztere stellen nur ein normales Verhandlungsgleichgewicht her, entfalten aber keine Zwangswirkung. Auch im Hinblick auf den Schutz der Außenseiter erweckt ein Antrag nach § 5 Abs. 1 TVG keine Bedenken. Auch wenn es bei dem Antrag primär um die Einbeziehung der nichtorganisier-

- ten Arbeitgeber und Arbeitnehmer (und damit »Dritter«) geht, können die Grundsätze über den Solidaritätsstreik nicht entsprechend angewandt werden.
- 4) Wird ein verbandsangehöriges Unternehmen häufiger als andere bestreikt, liegt weder ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz noch ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip vor.
- 5) Auch längere Streiks hängen in ihrer Rechtmäßigkeit nicht vom Vorliegen einer Urabstimmung ab.
- 6) Eine Schadensersatzpflicht der Gewerkschaft würde auch dann ausscheiden, wenn der Streik rechtswidrig wäre. In diesem Fall läge ein unvermeidbarer Rechtsirrtum vor, da die Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz in der Regel eine volle rechtliche Prüfung vorgenommen haben so dass die Gewerkschaft sich ihre Rechtsauffassung zu eigen machen konnte. Außerdem hatte sie zahlreiche Bemühungen zur Klärung der Rechtslage unternommen.
- 7) Bei neuartigen Tarifforderungen scheidet eine Schadensersatzhaftung der Gewerkschaft jedenfalls dann aus, wenn ernsthafte Gründe für die Zulässigkeit sprechen und ein Verzicht auf die Forderung nicht zumutbar ist. Auch muss vom Streikrecht ein zurückhaltender Gebrauch gemacht werden.
- 8) Auch ohne die Forderung nach dem gemeinsamen Antrag nach § 5 Abs. 1 TVG hätte die Gewerkschaft die Streiks als Teil einer normalen Tarifrunde durchgeführt. Angesichts dieses rechtmäßigen Alternativverhaltens haftet sie nicht auf Schadensersatz. Eine Ausnahme würde nur gelten, wenn ein Verstoß gegen die Friedenspflicht vorliegen würde.

110 BAG, 26.7.2016 – 1 AZR 160/14 – NZA 2016, 1543 Rn. 72.
 111 So auch LAG Köln, 10.7.2025 – 8 SLa 582/24 – juris.