trag" sprechen[12], ist diese Selbstreform seit langem eingeleitet. Wir hatten und haben eine Fülle von Beispielen, die von Öffnungen über Arbeitszeitverkürzung und Beschäftigungssicherung („VW-Modell"), Arbeitszeitkonten bis hin sogar zu Lohnpausen gegen Arbeitsplatzsicherung reichen (Textilindustrie). Das ist aus meiner Sicht grundsätzlich zu begrüßen, jedoch zugleich nicht ohne Ambivalenzen. Denn nicht nur die Funktion des Tarifvertrages, die Konkurrenzbedingungen bei den Arbeitsbedingungen anzugleichen, sondern vor allem die kollektive Schutzfunktion gegenüber den ArbN könnte an Wirkung und Überzeugungskraft verlieren.

Soll die Dialektik zwischen dem TV auf der Fläche und der betrieblichen Partizipation vor Ort –, einer der seltenen Glücksfälle in der deutschen Arbeitsrechtsgeschichte –, cum grano salis weiterhin in produktiver Weise fortbestehen, so erscheint deshalb unverzichtbar, daß der Flächentarifvertrag selbst substantielle Vorgaben macht und nicht zu einer Hülse ohne Inhalt degeneriert. Dann wäre die Tarifautonomie nicht frontal, sondern von der Flanke her zerstört. Dies zu verhindern, scheint mir nicht nur ein Gebot tarifpolitischer Vernunft. Vielmehr sind hier auch rechtliche Anforderungen zu beachten. Das *BAG* hat 1982 im Zusammenhang mit Verweisungsklauseln im TV betont: Die Koalitionsbetätigung sei nicht nur gegen Eingriffe von außen geschützt. Sie dürfe auch nicht von innen durch die Tarifparteien selbst aus der Hand gegeben werden[13]. Auf diesem nicht leicht auszumachenden Pfad: legitime und notwendige Bedürfnisse der Differenzierung einerseits und Gefahr einer Auflösung und Parzellierung von Arbeitsrechtsstrukturen andererseits müssen sich die Tarifparteien bewegen. Hoffentlich haben sie das Augenmaß, hoffentlich besitzen sie die Orientierung, und hoffentlich bleibt ihnen genügend Zeit.

Der rechtliche Instrumentenkasten für notwendige Anpassungen ist gut gefüllt, was ich versucht habe, zumindest in groben Zügen noch einmal deutlich zu machen. Weniger gut sieht es bekanntlich im Hinblick auf die Optionen der Tarifparteien aus, verfahrensmäßige Regelungen in Tarifverträgen zu treffen[14] und vor allem in bezug auf die prozessualen Möglichkeiten abgeschlossenen Tarifverträgen auch den nötigen Respekt zu verschaffen[15]. Da aber jedenfalls zum letzten Aspekt jüngst von höchster Stelle Nachdenken signalisiert wird[16], hat auch insoweit das Prinzip Hoffnung eine gewisse Chance.

12 *Rüthers*, Die Offene Arbeitsgesellschaft, 1985 S. 36.

13 *BAG* v. 10. 11. 82, AP Nr. 8 zu § 1 TVG.

14 Zur begrenzten Effektivklausel: *BAG* v. 14. 2. 68, AP Nr. 7 zu § 4 TVG Effektivklausel; a.A. LAG *Hamburg* v. 12. 7. 90, AiB 1991 S. 63; zu Differenzierungsklauseln: *BAG GS* v. 29.11. 67, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG; a.A. LAG *Hamm* v. 11. 1. 94 wiedergegeben bei *Zachert*, „Renaissance der tariflichen Differenzierungsklausel?", DB 1995 S. 322.

15 Vgl. *Gamillscheg*, „Durchsetzungsschwächen des Tarifvertrages", ArbuR 1996 S. 354 ff.; *BAG* v. 18. 8. 87, AP Nr. 6 zu § 81 ArbGG 1979.

16 *BVerfG* v. 29.6. 93, NZA 1994, S. 34; *Schaub*, „Probleme der Tarif- und Betriebsautonomie in der Rspr. des Bundesarbeitsgerichts", BB 1996 S. 2298, 2302.

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

Aktuelle Grenzen des Streikrechts*

Tier- und Umweltschutzrecht, Schadensersatzrisiken des Arbeitgebers

A. Sachverhalt und Fragestellung

Im Zusammenhang mit Arbeitsniederlegungen in Molkereien und Schlachthöfen sind eine Reihe praktischer Fragen aufgetreten, die insbes. das Verhältnis zum Umwelt- und zum Tierschutzrecht betreffen.

I. Die Problematik in Molkereien

1. Der arbeitstechnische Rahmen

Anders als bei sonstigen Produkten und Dienstleistungen kann die Herstellung von Milch nicht gestoppt werden; Kühe müssen jeden Tag gemolken werden. Fallen die Molkereien aus, ist nur eine beschränkte Lagerkapazität vorhanden. Bei den Bauern reicht sie i.d.R. nur für die Produktion von 2 Tagen aus, in den Molkereien selbst beläuft sie sich auf die übliche Produktion von ein bis maximal 4 Tagen.

Die darüber hinaus produzierte Milch kann nicht in die Kanalisation gegossen werden. Vielmehr muß mit ihr entspr. dem Tierkörperbeseitigungsgesetz[1] verfahren werden. Es bestimmt in § 1 Abs. 1 Nr. 3 ausdrücklich, daß zu den von ihm erfaßten tierischen Erzeugnissen auch „Fleisch, Eier und Milch" gehören. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes sind tierische Erzeugnisse so zu beseitigen, daß Gewässer nicht durch toxische Stoffe verunreinigt werden. Nach § 7 des Gesetzes hat die Beseitigung von Erzeugnissen in „Tierkörperbeseitigungsanstalten" zu erfolgen, die entweder von der öffentlichen Hand oder von Privaten betrieben werden. Die in den Molkereien „gelagerte" Milch muß innerhalb von 72 Std. nach Abnahme weiterverarbeitet werden. Unterbleibt dies, darf sie nur noch als Futtermilch für Schweine- und Kälbermästereien verwendet werden.

2. Probleme

Die Rechtmäßigkeit des Streiks in Molkereien könnte mit dem Argument bestritten werden, die Arbeitsniederlegung führe zu einem Verlust wirtschaftlicher Werte. Weiter sind insofern Probleme denkbar, als bestimmte Personen, insbes. Kleinkinder, zwingend auf die Versorgung mit Milch

* Überarbeitetes Rechtsgutachten für die Gewerkschaft NGG.

1 Abgedruckt unter anderem bei *Kloepfer*, Sammlung umweltrechtlicher Gesetze, unter Nr. 360, und bei *Schiwy*, Deutsche Tierschutzgesetze, Kommentar, Loseblatt, Nr. 12/7.

angewiesen sein könnten, die ihnen durch den Streik ggf. entzogen würde.

II. Arbeitsniederlegungen in Schlachthöfen und Geflügelschlachtereien

1. Arbeitsorganisatorischer Ablauf

Die Belieferung von Schlachthöfen mit Tieren beruht typischerweise auf einem ausgeklügelten Just-in-Time-System. Bis zum Nachmittag eines Tages werden die für die nächsten Tag vorgesehenen Transporte disponiert. Entspr. Möglichkeiten sind mit den Erzeugern vertraglich vereinbart. Wegen der stundengenauen Anforderung von Rindern, Kälbern, Schweinen und Geflügel ist nur noch wenig „Zwischenlagerkapazität" vorhanden. So wird etwa berichtet, daß der Schlachthof Hamm eine Kapazität von 3 500 Schweineschlachtungen pro Tag besitzt, jedoch nur Stellplätze für maximal 400 Tiere „vorhält".

Dies hat zur Folge, daß bei Störungen nach kurzer Zeit eine „Annahme" der Transporte nicht mehr möglich ist. Ein Verbleiben der Tiere in den Fahrzeugen ist aus tierschutzrechtlichen Gründen nicht beliebig lange möglich. In Einzelfällen kann ein Weitertransport zu einem anderen Schlachthof in Betracht kommen. Im Regelfall ist nur ein Rücktransport zu den Züchtern möglich. Auch er kann sich als problematisch erweisen, wenn wegen des Zustands der Tiere oder wegen Überschreitung einer zeitlichen Höchstgrenze eine weitere Beförderung nicht in Betracht kommt. Letzteres dürfte in naher Zukunft bedeutsamer werden, da die EG-Richtlinie v. 29. 6. 95 (ABl. v. 30. 6. 95 Nr. L 148/52) die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Dauer des Tiertransports auf 8 Stunden zu beschränken, sofern nicht bestimmte Spezialfahrzeuge benutzt werden. Bei Geflügel kann überdies die Schwierigkeit auftreten, daß die Stallungen bereits durch die nächste „Generation" besetzt sind. Der Züchter ist in diesem Fall gehalten, andere Unterbringungsmöglichkeiten zu schaffen.

Soweit Hühner nicht innerhalb der optimalen Schlachtzeit (38–42 Tage) geschlachtet werden, leidet ihre Verkäuflichkeit und damit ihr Wert. Auch führen Wartezeiten zu einem Gewichtsverlust, der seinerseits einen Einnahmeausfall zur Folge hat. Ähnliche Konsequenzen ergeben sich für Schweinehälften und Rinderviertel, die sich im Kühlhaus befinden; bei längerem Verbleib leidet die Verarbeitungsfähigkeit, auch hier ergibt sich ein Gewichtsverlust.

Schwierigkeiten können sich für Schlachthöfe nicht nur im Verhältnis zu ihren Lieferanten ergeben. Möglich ist auch, daß Abnehmer, insbes. große Fleischproduzenten, eine Produktionsstörung zum Anlaß nehmen, um Schadensersatz zu verlangen oder den bestehenden Vertrag fristlos zu kündigen. Dies kann im Extremfall für den Inhaber des Schlachthofs existentielle Bedeutung besitzen, wenn er im wesentlichen nur für ein bis zwei Abnehmer tätig ist.

2. Probleme

Die Rechtmäßigkeit des Streiks könnte auch hier mit dem Argument bestritten werden, vorhandene wirtschaftliche Werte würden effektiv vernichtet. Weiter fragt sich, ob aus Gründen des Tierschutzrechts die angelieferten Sendungen noch angenommen und geschlachtet werden müssen. Muß man den Streik vorher ankündigen, damit der Arbgeb. die Transporte für den folgenden Tag kurzfristig absagen kann? Was, wenn der Arbgeb. von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch macht?

Die streikführende Gewerkschaft hat im Regelfall keinen Einfluß darauf, wie die Verträge mit den Lieferanten und Abnehmern des Schlachtshofs gestaltet sind. Dürften Verträge so ausgestaltet werden, daß eine Kollision zwischen Streikrecht und Tierschutz unabwendbar ist, weil beispielsweise keine Stornierung von Lieferungen möglich ist? Ist es rechtlich zulässig, für den Fall einer streikbedingten Produktionsstörung vertragliche Konsequenzen vorzusehen, die die wirtschaftliche Existenz des Arbgeb. gefährden, wenn nicht vernichten können?

B. Rechtliche Stellungnahme

I. Das Problem der Streikschäden

Seiner Natur nach soll der Streik auf den Arbgeb. wirtschaftlichen Druck ausüben, um ihn auf diese Weise zu Verhandlungen und zu einem Kompromiß zu veranlassen. Ohne ein solches Mittel wären Tarifverhandlungen nichts anderes als „kollektives Betteln"[2].

Das *BVerfG* betrachtet deshalb auch den Streik als in den Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG fallend und damit verfassungsrechtlich garantiert. So heißt es etwa in der Entscheidung v. 26. 6. 91 unter C 1 a der Gründe (ArbuR 1992 S. 30):

„Ein wesentlicher Zweck der von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionen ist der Abschluß von Tarifverträgen. Darin sollen die Vereinigungen nach dem Willen des GG frei sein . . . Die Wahl der Mittel, die sie zur Erreichung dieses Zwecks für geeignet halten, überläßt Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich den Koalitionen . . . Soweit die Verfolgung des Vereinigungszwecks von dem Einsatz bestimmter Mittel abhängt, werden daher auch diese vom Schutz des Grundrechts umfaßt.

Zu den geschützten Mitteln zählen auch Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluß von TV gerichtet sind. Sie werden jedenfalls insoweit von der Koalitionsfreiheit erfaßt, als sie allgemein erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen. Dafür spricht auch Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG."

In der Entscheidung v. 4. 7. 95 (DB 1995 S. 1464) wurde dies unter C I 1 a der Gründe ausdrücklich bestätigt.

Auch in der Lit. besteht Einigkeit, daß der Streik ein Druckmittel darstellt, weil er dem Arbgeb. wirtschaftliche Nachteile zufügt[3]. Wie hoch der durch eine Arbeitsniederlegung dem Arbgeb. entstehende Schaden ist, spielt grundsätzlich keine Rolle[4]. Wollte man anders entscheiden, müßte man notwendigerweise eine Relation zwischen Tarifzielen und den durch den Arbeitskampf bewirkten Nachteilen herstellen, was der Sache nach auf eine allgemein abgelehnte gerichtliche „Tarifzensur" hinausliefe.

Rspr. und Lit. schränken dieses allgemein anerkannte Prinzip durch 3 verschiedene Ausnahmen ein.

2 So *BAG*, AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter B II 2 a der Gründe.

3 Vgl. statt aller *Löwisch-Rieble*, in: *Löwisch* (Hrsg.), Schlichtungs- und Arbeitskampfrecht, Wiesbaden 1989, Rn. 223; *Zöllner-Loritz*, Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 1992, § 39 V 1 c, die auch auf den psychologischen Druck hinweisen, der durch eine Arbeitsniederlegung ausgeübt wird.

(1) Ein Streik ist nur dann rechtmäßig, wenn für die sog. Erhaltungsarbeiten gesorgt ist, also die Tätigkeiten, die erforderlich sind, um eine Wiederaufnahme der Arbeit nach Abschluß des Arbeitskampfes zu ermöglichen[5]. Die Produktionsanlagen als solche dürfen durch den Arbeitskampf nicht beeinträchtigt werden. Man hat deshalb darauf verwiesen, daß sich die Streikgrenze der Erhaltungsarbeiten mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG rechtfertigen lasse[6].

Möglich wäre allerdings auch eine funktionale Betrachtung, wonach der Arbeitskampf als eine vorübergehende Erscheinung nicht dazu führen darf, daß die Arbeit auch noch dann unmöglich ist, wenn er seinen Zweck erreicht und einen Tarifkompromiß herbeigeführt hat.

Zu den zu erhaltenden Produktionsanlagen gehören die in der Verarbeitung befindlichen oder ab Beginn des Streiks angelieferten Waren nicht. Gerade ihre Nichtbearbeitung macht häufig den eigentlichen Inhalt des Streiks aus. Daran ändert sich auch dadurch nichts, daß die Waren verderben; auch dies liegt in der „Sachlogik" des Streiks[7].

Mit Recht hat *Otto* darauf hingewiesen, daß es keinen Unterschied machen kann, ob dem Arbgeb. nur ein Vermögensschaden in Form von entgangenem Gewinn oder ob ihm auch durch Verderben einzelner Waren ein Sachschaden entsteht[8]. Eine Ausnahme müßte nur dann gelten, wenn das Verderben der Waren Rückwirkungen auch auf den eigentlichen Produktionsapparat hätte und dadurch die Wiederaufnahme der Arbeit nach Ende der Auseinandersetzung beeinträchtigt würde.

(2) Von einigen Autoren wird der Standpunkt vertreten, daß ein Streik rechtswidrig sei, wenn er einen „unverhältnismäßigen" Schaden hervorrufe. Dabei ist ersichtlich an Extremfälle gedacht. So wird etwa von *Brox* (in: *Brox-Rüthers,* a.a.O., Rn. 292) davon gesprochen, der Schaden müsse „ganz unverhältnismäßig" und „ganz unerträglich" sein, während *Löwisch-Rieble* (a.a.O. Rn. 391) als Beispiel den Fall nennen, daß die gesamte Jahresernte eines bestreikten landwirtschaftlichen Betriebs zu verderben droht. In der Rspr. sind bisher solche Fälle nicht aufgetaucht; soweit ersichtlich, haben sie auch in der Praxis keine Rolle gespielt. Das *BAG* hat sich mit der Aussage begnügt, der Umfang eines Notdienstes könne nicht im Hinblick auf zu befürchtende unverhältnismäßig hohe Schäden bestimmt werden[9] – eine Aussage, die gleichfalls den Schluß zuläßt, daß hier an höchst hypothetische Fälle einer völlig unverständlichen, schikanösen Schädigung des Arbgeb. gedacht ist.

(3) Nach der Rspr. des *BAG* ist ein Arbeitskampf rechtswidrig, wenn er auf die Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Arbgeb. abzielt[10]. Soweit ersichtlich, wird dem in der Lit. allgemein zugestimmt[11]. Zum Teil wird dem der Fall gleichgestellt, daß die Existenzvernichtung nicht bewußt herbeigeführt, wohl aber in Kauf genommen wird[12]. Ob auch die objektiv eintretende Existenzvernichtung Rückwirkungen auf die Zulässigkeit des Arbeitskampfes hat, ist str. Das *BAG* hat die Existenzgefährdung nicht als Grundlage für eine Ausdehnung der Erhaltungsarbeiten anerkannt[13].

Nach dem entgegengesetzten Standpunkt sollte die Wiederaufnahme der Arbeit nach Ende des Streiks nicht nur durch ein Verbot der technischen Zerstörung (von Teilen) des Produktionsapparats, sondern auch dadurch sichergestellt werden, daß das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit erhalten bleibt[14]. Allerdings ist davor zu warnen, vorschnell eine Existenzgefährdung anzunehmen, da ihr wichtigster Anlaß, potentielle Schadensersatzansprüche und Kündigungen durch Vertragspartner, nach neuerer Auffassung ausscheidet[15].

(4) Wendet man die hier dargestellten Grundsätze auf den Streik in Molkereien und Schlachthöfen an, so ergeben sich keine grundsätzlichen Bedenken gegen seine Rechtmäßigkeit. Das Verderben von Milch und ihre „Entsorgung" nach dem Tierkörperbeseitigungsgesetz ist ein Sachschaden, der nicht den Produktionsapparat als solchen, sondern die verarbeiteten Güter betrifft. Auch liegt kein extrem hoher Schaden in dem unter (2) beschriebenen Umfang vor, da lediglich für die Dauer des Streiks ein Einnahmeausfall entsteht.

Bei den Schlachthöfen ist die Situation gleich. Daß vorübergehend nicht geschlachtet und weiterverarbeitet werden kann, ist eine durchaus normale Streikfolge; insoweit bestehen keine Unterschiede zu einem Metallbetrieb oder einer Textilfabrik. Auch der Einnahmeausfall durch Wartezeiten oder die Unterbrechung des Verarbeitungsprozesses ist ohne Bedeutung, da es sich gleichfalls nicht um einen Vorgang handelt, der den Produktionsapparat als solchen in Mitleidenschaft ziehen würde. Von „unerträglichen" oder existenzgefährdenden Schäden kann gleichfalls nicht die Rede sein; auch hier ist allerdings zu berücksichtigen, daß sich die Beziehungen zu Lieferanten und Abnehmern in einer Weise gestalten (müssen), die die Ausübung von Kampfrechten nicht in unzumutbarem Umfang beeinträchtigt[16].

II. Versorgung mit Milch und Fleisch als Streikgrenze?

Nach allgemeiner Auffassung wird das Streikrecht nicht nur durch die genannten Erhaltungs-, sondern auch durch sog. Notstandsarbeiten beschränkt. Dabei handelt es sich um solche Aktivitäten, die für die Aufrechterhaltung einer Mindestversorgung der Bevölkerung z.B. mit Elektrizität,

4 *BAG* BB 1983 S. 767; ebenso in der Lit. *Kreissl* JZ 1995, S. 699; *Schumann,* in: *Däubler* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 1987, Rn. 225.

5 *BAG* BB 1983 S. 767; ebenso in der Lit. *Brox,* in: *Brox-Rüthers,* Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Stuttgart u.a. 1982, Rn. 292; *Otto,* in: *Richardi-Wlotzke* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 3 München 1993, § 278 Rn. 141 (im folgenden zitiert als: MünchArbR-*Otto*).

6 So *Kalb,* Arbeitskampfrecht, Neuwied und Darmstadt 1986, Rn. 80.

7 So *Löwisch-Mikosch* ZfA 1978 S. 162; ebenso *Buschmann* ArbuR 1980 S. 230, 235; *Schumann,* in: *Däubler* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, a.a.O., Rn. 225.

8 MünchArbR-*Otto* § 278 Rn. 143.

9 *BAG,* BB 1983 S. 767 unter III 3 der Gründe.

10 *BAG GS* AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter III A 2 b der Gründe.

11 S. die Nachweise bei *Löwisch-Rieble,* a.a.O., Rn. 397; s. weiter MünchArbR-*Otto* § 278 Rn. 155.

12 So *Seiter,* Streikrecht und Aussperrungsrecht, Tübingen 1975 S. 534.

13 *BAG,* BB 1983 S. 767 unter III 3 der Gründe.

14 *Däubler,* ArbuR 1981 S. 257, 261.

15 Dazu unten IV.

16 Dazu unten IV.

Nahrung usw. erforderlich sind[17]. Inhaltlich rechtfertigt sich diese Streikschranke allein damit, daß die Arbeitsniederlegung vorrangige Rechtsgüter Dritter wie z.B. das Grundrecht auf Leben und Gesundheit nach Art. 2 Abs. 2 GG nicht beeinträchtigen darf[18].

Wie schon die Bezeichnung „Mindestversorgung" deutlich macht, geht es ersichtlich nicht darum, genau das bisherige Angebot an Waren aufrechtzuerhalten. So würde es beispielsweise einen Streik keineswegs rechtswidrig machen, wenn die Versorgung mit *Bier oder Spaghetti* in einer bestimmten Region für 14 Tage oder 3 Wochen ausfallen würde. Der vorübergehende Ausfall von Milch oder Fleisch ist grundsätzlich in gleicher Weise als allgemeines Lebensrisiko hinzunehmen, nicht anders als wenn aufgrund von Smogalarm oder Naturkatastrophen vorgesehene Lieferungen für einige Zeit ausbleiben.

Eine abweichende Situation ergibt sich nur dann, wenn einzelne Personen aus medizinischen Gründen auf ein bestimmtes Nahrungsmittel angewiesen sind. Läßt sich dieses nicht durch ein völlig gleichwertiges Mittel substituieren, muß die Produktion in dem Umfang fortgeführt werden, der zur Versorgung dieses (kleinen) Personenkreises notwendig ist. In der Praxis werden derartige Fragen allerdings keine Rolle spielen. Zum einen sind die Distributionssysteme heute so weit entwickelt und so flexibel, daß der Ausfall eines Produkts in einer Region spätestens innerhalb von 2 bis 3 Tagen durch entsprechende Waren aus einer anderen Region oder dem Ausland aufgefangen werden kann. Zum zweiten liegt es in der Tradition der deutschen Gewerkschaftsbewegung, Streiks sehr sorgfältig dosiert zu organisieren und dabei auf Dritte möglichst Rücksicht zu nehmen; daß medizinisch Gebotenes wegen eines Streiks nicht hergestellt oder zur Verfügung gestellt wird, kann daher faktisch ausgeschlossen werden.

III. Tierschutzgesetz als Streikgrenze?

1. Der Grundsatz: Vorrang des Tierschutzes

Aufgrund eines Streiks kann ein Zustand eintreten, der mit dem Tierschutzgesetz nicht vereinbar ist. Denkbar wäre z.B., daß angelieferte Tiere bewegt oder gefüttert werden müßten, dies jedoch den Umständen nach nicht möglich ist. Weiter ist der Fall zu berücksichtigen, daß wegen des Rücktransports zum Erzeuger bzw. Züchter überlange Transportzeiten entstehen, die nicht mit § 2a Tierschutzgesetz vereinbar sind. Durch Tötung und „Weiterverarbeitung" der Tiere würde dieser Zustand beseitigt (wobei uns der Wertungswiderspruch nicht interessieren soll, daß zwar das Umbringen des „Mitgeschöpfes Tier", nicht aber seine sonstige schlechte Behandlung erlaubt ist). Muß deshalb die Arbeit in den Schlachthöfen fortgesetzt werden, um so die Verstöße gegen das Tierschutzrecht aus der Welt zu schaffen? Soweit ersichtlich, ist die Kollisionslage Tierschutz–Streikrecht in der juristischen Lit. nirgends ausdrücklich erörtert. Das *BAG* vertritt jedoch den Standpunkt, auch während eines Streiks seien öffentlich-rechtliche Verpflichtungen des Unternehmens zu befolgen, da andernfalls eine Schließung drohen könne[19]. So sollen etwa Vorschriften zur Vermeidung von unzulässigen Immissionen weiter zu beachten sein[20]. Auch in der Lit. ist man sich im wesentlichen einig darüber, daß während des Arbeitskampfes Tätigkeiten verrichtet werden müssen, die allein der Gefahrenabwehr dienen[21]. Als Beispiel wird etwa die Wartung chemischer Fabriken genannt[22]. Zu den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen in diesem Sinne zählt auch das Tierschutzrecht. Seine Bestimmungen sind – was den öffentlich-rechtlichen Charakter unterstreicht – i.d.R. als Straftatbestände oder Tatbestände von Ordnungswidrigkeiten ausgestaltet. Verstöße gegen das Tierschutzgesetz könnten das Arbeitgeberunternehmen daher genauso in Schwierigkeiten bringen wie solche gegen das Bundesimmissionsschutzgesetz oder gegen das Chemikaliengesetz. Der Vorrang des Tierschutzrechts ist solange unproblematisch, als dadurch lediglich der Streikbeginn um einige Stunden verzögert wird oder nur ganz wenige der sonst erbrachten Arbeiten zu leisten sind.

2. Reduzierung des Konflikts durch Ankündigung?

Wird dem Arbgeb. der Beginn des Streiks rechtzeitig vorher mitgeteilt, kann er die nötigen Dispositionen treffen, insbes. alle Transporte für die Streikzeit absagen, so daß kein Konflikt mit dem Tierschutz auftritt. Nach geltendem Recht ist die Gewerkschaft nicht verpflichtet, einen von ihr geplanten und durchgeführten Streik vorher anzukündigen[23]. Dies rechtfertigt sich mit der Erwägung, daß die Art und Weise des Einsatzes legaler Kampfmittel der autonomen Entscheidung der sozialen Gegenspieler überlassen ist[24]. Auch hat schon das *RG* darauf hingewiesen, daß die vorherige Ankündigung die tatsächliche Durchführung einer Kampfmaßnahme erheblich erschweren, wenn nicht unmöglich machen kann[25]. Die fehlende Ankündigungspflicht schließt es nicht aus, daß die Gewerkschaft freiwillig und aus eigenem Entschluß den Arbgeb. davon in Kenntnis setzt, daß sie ab einem bestimmten Zeitpunkt seinen Betrieb bestreiken will. Trifft dann der Arbgeb. die notwendigen Dispositionen, verringert sich der Umfang der aus tierschutzrechtlichen Gründen zu leistenden Erhaltungsarbeiten. Bei entsprechendem zeitlichen Vorlauf ist überhaupt keine Kollision mehr zu erwarten. Mit Recht ist in der Lit. darauf verwiesen worden, in solchen Fällen sei die Ankündigung des Streiks eine **„Obliegenheit": Die Gewerkschaft ist zu ihr zwar nicht verpflichtet, doch muß sie den Nachteil erweiterter Erhaltungsarbeiten tragen, wenn sie den Arbgeb. nicht vorher von ihren Plänen in Kenntnis gesetzt hatte und dieser deshalb keine Vorkehrungen treffen konnte**[26]. Inso-

17 Dazu *Löwisch-Rieble,* a.a.O., Rn. 411; *Oetker,* Die Durchführung von Not- und Erhaltungsarbeiten bei Arbeitskämpfen, Heidelberg 1984, S. 38 ff.; MünchArbR-*Otto* § 278 Rn. 140; *Schumann,* in: *Däubler* (Hrsg.), a.a.O., Rn. 225a.

18 *Schumann,* a.a.O., Rn. 225a.

19 *BAG,* BB 1983 S. 767 unter III 2 der Gründe.

20 *BAG,* a.a.O.

21 *Brox,* in: *Brox-Rüthers,* a.a.O., Rn. 292; *Löwisch-Rieble,* a.a.O., Rn. 388.

22 So MünchArbR-*Otto* § 278 Rn. 141.

23 So LAG *Niedersachsen,* AP Nr. 69 zu Art. 9 GG Arbeitskampf a. E.; *Löwisch-Krauß,* in: *Löwisch* (Hrsg.), Schlichtungs- und Arbeitskampfrecht, a.a.O., Rn. 508; MünchArbR-*Otto* § 278 Rn. 126; sogar verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Ankündigungspflicht äußert *G. Müller,* DB 1989 S. 424.

24 Dazu *Seiter,* Streikrecht und Aussperrungsrecht, a.a.O., S. 140 ff.; *Bieback,* in: *Däubler* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn. 313 ff. m.w.N..

25 RGZ 111, 105, 110 (für die Arbeitgeberseite).

26 MünchArbR-*Otto* § 378 Rn. 143, 144.

weit ist die freie Wahl der Kampfmittel in vollem Umfang gewahrt.

3. Vergrößerung des Konflikts durch den Arbeitgeber?

Als eine zumindest theoretische Möglichkeit ist weiter der Fall zu prüfen, daß der Arbgeb. von seinen vertraglichen Möglichkeiten, Lieferungen kurzfristig abzusagen, keinen Gebrauch macht. Insbes. in einer besonders verhärteten Verhandlungssituation könnte er sich auf den Standpunkt stellen, die Transporte einfach weiterlaufen zu lassen und darauf zu vertrauen, die ArbN würden angesichts der absehbaren Qualen für die Tiere ihre Arbeit weiter verrichten. Im Ergebnis könnte der Arbgeb. den Streik gegenstandslos machen, würde man auch in solchen Fällen eine Pflicht zur Leistung von Erhaltungsansprüchen annehmen. Mit einer derartigen Maßnahme ginge der Arbgeb. jedoch über die Möglichkeiten hinaus, die ihm das geltende Recht zur Abwehr von Streiks einräumt:

– Nach der Rspr. des *BAG* steht dem Arbgeb. unter bestimmten Voraussetzungen das Recht zur Aussperrung zu. Wird um einen Firmentarif verhandelt, kann der Arbgeb. als Antwort auf einen (Teil-)Streik die gesamte Belegschaft aussperren, muß dabei jedoch das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Hinblick auf die Dauer der Kampfmaßnahme beachten[27]. Geht es um den Abschluß eines Verbandstarifs, so ist eine Aussperrung im Rahmen der vom *BAG* entwickelten sogenannten Aussperrungsarithmetik zulässig[28].

– Der Arbgeb. kann, zum zweiten alle Vorschläge der Gewerkschaft ablehnen und darauf setzen, daß ein längerer Streik die ArbN und ihre Organisation sehr viel stärker belastet als ihn selbst.

– Nach der neuesten Rspr. des *BAG* steht dem bestreikten Arbgeb. zum dritten das Recht zu, den Betrieb insgesamt zu schließen und auch die Arbeitsverhältnisse der Arbeitswilligen zu suspendieren[29]. Damit vermeidet er mögliche Streitigkeiten mit Arbeitswilligen, deren Weiterbeschäftigung eventuell möglich wäre.

– Streikt nur ein Teil der Belegschaft, kann der Arbgeb. schließlich darauf setzen, den Betrieb mit verringerter Personalstärke fortzuführen; nach der Rspr. ist er sogar zur befristeten Einstellung von Streikbrechern befugt[30]. Ob er die Arbeitswilligen durch Gewährung von „Streikprämien" zu besonderem Einsatz animieren darf, ist noch nicht endgültig entschieden[31].

Art. 9 Abs. 3 GG wäre jedoch verletzt, würde man dem Arbgeb. darüber hinaus auch das Recht einräumen, die Entstehung eines Streiks – und damit ein Stück Grundrechtsausübung der ArbN – von vornherein präventiv zu verhindern. Mit Recht hat deshalb beispielsweise das LAG *Hamburg* einem Arbgeb. durch einstweilige Verfügung verboten, von sich aus eine „Urabstimmung" über von ihm formulierte Fragen im Betrieb durchführen zu lassen[32]. Schließlich hat *Seiter* mit Recht darauf hingewiesen, es könne nicht zulässig sein, daß ein Arbgeb. durch Eingehung riskanter vertraglicher Bindungen eine Situation schaffe, die jeden Streik zur existentiellen Katastrophe für das Unternehmen mache[33]. Vergleichbares muß hier gelten: Die Schaffung eines vermeidbaren Bedarfs an „Erhaltungsarbeiten" ist unzulässig und löst keine Pflicht der Belegschaft zur Weiterarbeit aus. **Im Ernstfall wäre allein der Arbgeb. für die Verstöße gegen das Tierschutzrecht verantwortlich.**

IV. Auswirkungen des Arbeitskampfrechts auf die vertraglichen Beziehungen des bestreikten Arbeitgebers

1. Ein reines Juristenproblem?

Die Frage, ob und ggf. in welchem Umfang der bestreikte Arbgeb. in Annahmeverzug gerät oder Schadensersatz leisten muß, ist für die Auswirkungen eines Streiks von ganz entscheidender Bedeutung. Die Grenze der Existenzgefährdung könnte sehr schnell erreicht sein, wenn der Arbgeb. seinen Abnehmern oder gar auch deren Abnehmern alle Nachteile zu ersetzen hätte, die durch die arbeitskampfbedingte Nichtlieferung entstehen.

Die Frage schien lange Zeit nur von rein theoretischer Bedeutung. Aus der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg ist kein Gerichtsverfahren bekannt, in dem ein Vertragspartner einen bestreikten Arbgeb. wegen arbeitskampfbedingter Nachteile in Anspruch genommen hätte[34]. Soweit keine Freizeichnungsklauseln vereinbart waren, sah man im Kulanzwege von der Geltendmachung etwaiger Ansprüche ab. Aus der Rspr. ist lediglich eine Verbandsklage nach § 13 AGB-Gesetz bekannt, auf die hin der *BGH* feststellte, es verstoße gegen § 10 Nr. 3 AGB-Gesetz, wenn ein Unternehmer für den Fall seiner arbeitskampfbedingten Leistungsunfähigkeit nicht nur ein Hinausschieben der Leistungspflicht, sondern darüber hinaus ein Recht zur Lösung vom Vertrag vorsehe[35].

Ansonsten ist lediglich auf eine Entscheidung des LG *Frankfurt/Main* zu verweisen, wonach sich der Reisepreis, den deutsche Touristen an ein deutsches Reisebüro zu zahlen hatten, auf rund die Hälfte ermäßigte, weil während des Urlaubs auf Teneriffa die Hotelbediensteten in den Streik getreten waren[36]. An dieser Situation der „Konfliktfreiheit" wird sich in Zukunft voraussichtlich einiges ändern.

Zum einen hat die Regelung über Freizeichnungsklauseln und insbes. der kulanzbedingte Verzicht zur Voraussetzung, daß auch auf Arbeitgeberseite im Arbeitskampf Solidarität praktiziert wird. Dies ist solange unproblematisch, wie die meisten Unternehmen in einem Arbeitgeberverband organisiert sind, der nicht nur für ein einheitliches Verhalten sorgt, sondern ggf. auch finanzielle Unterstüt-

27 *BAG*, NZA 1993 S. 39.

28 Grundlegend *BAG*, DB 1980 S. 1266 ff. Zur weiteren Entwicklung s. *Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, 14. Aufl., Reinbek 1995, Rn. 609 f.

29 *BAG* v. 22. 3. 94, ArbuR 1995 S. 36 in Abweichung von *BAG* v. 14. 12. 93, ArbuR 1995 S. 35 mit gemeinsamer Anm. *Buschmann*.

30 *BAG*, DB 1995 S. 101.

31 *BAG*, DB 1994 S. 148 neigt ersichtlich dazu, die Frage zu bejahen. Wird ein Maßregelungsverbot vereinbart, ist er allerdings verpflichtet, auch an die Streikenden entsprechende Prämien zu bezahlen (*BAG*, AP Nr. 88 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *BAG*, DB 1994 S. 148).

32 ArbG *Hamburg* (14 GA 8/78), bestätigt durch LAG *Hamburg* (6 Sa 33/78); ebenso *Löwisch*, RdA 1987 S. 222; *Däubler*, Arbeitsrecht 1, Rn. 597.

33 *Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, a.a.O., S. 535/536.

34 Näher *Colneric*, in: *Däubler* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, a.a.O., Rn. 834 f.

35 *BGH*, DB 1985 S. 1283, 1285 = NJW 1985 S. 854, 856.

36 LG *Frankfurt/Main*, NJW 1980 S. 1696.

zung im Streikfalle gewährt[37]. In der Gegenwart sind jedoch die Arbeitgeberverbände einem eindeutigen Erosionsprozeß ausgesetzt[38]. Fehlt die „Klammer" des Arbeitgeberverbands und wird in einem verstärkten weltweiten Wettbewerb erbittert um Marktanteile gekämpft, ist es sehr viel eher denkbar, daß rechtliche Möglichkeiten ausgeschöpft werden, um einen wegen Streiks nicht liefernden Geschäftspartner auf finanzielle Kompensation in Anspruch zu nehmen.

Dazu kommt ein zweites. Die immer häufigere Just-in-Time-Produktion macht die einzelnen Glieder in der „logistischen Kette" immer verletzbarer: Wegen der stundengenauen Lieferung verzichtet man auf Lagerkapazitäten, mit denen größere Störungen einigermaßen aufgefangen werden könnten[39]. Zu dieser besonderen „Schadensanfälligkeit" kommt nun hinzu, daß an einer logistischen Kette keineswegs stets gleichstarke Unternehmen beteiligt sind. Typisch ist vielmehr ein Hauptproduzent, der seinen Zulieferern im wesentlichen die Bedingungen diktieren kann; diese ihrerseits haben Unter-Zulieferer, die ihnen gegenüber ähnlich abhängig sind. Der Grad der Abhängigkeit ist allerdings verschieden je nach den „Komponenten", die zum Gesamtprodukt beigesteuert werden: Soweit relativ komplexe Systeme geliefert werden, entsteht häufig eine langfristige enge Zusammenarbeit, während umgekehrt bei „Massenware" jederzeit eine Ersetzung durch billigere in- oder ausländische Anbieter möglich ist[40]. Gerade im letzten Fall (aber nicht nur in diesem) kann es für ein Unternehmen verheerende Konsequenzen haben, wenn der Hauptproduzent mit Rücksicht auf eine arbeitskampfbedingte Lieferstörung das Vertragsverhältnis insgesamt beendet. Eine entsprechende Klausel durchzusetzen, wird dem Hauptproduzenten kaum Schwierigkeiten bereiten.

2. *Rechtslage bei Anwendung der Regeln des BGB*

Wird ein Arbgeb. wie z.B. eine Molkerei oder ein Schlachthof bestreikt, so kann der Inhaber die von den Züchtern angebotenen Tiere nicht mehr abnehmen. Er gerät deshalb in Annahmeverzug nach §§ 297 ff. BGB. Auf ein etwaiges Verschulden kommt es nicht an.

Der Annahmeverzug kann zu erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen führen. Die Bereitstellung bestimmter Exemplare für einen Transport hat zur Folge, daß sich die Leistungsverpflichtung des Schuldners darauf konkretisiert. Da der die Lieferung schuldende Züchter nach § 300 Abs. 1 BGB nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet, kann der Arbgeb. keine Leistung mehr verlangen, wenn die Tiere etwa infolge höherer Gewalt oder auch leichter Fahrlässigkeit des Züchters zugrunde gehen. Gleichzeitig muß er jedoch in einem solchen Fall nach § 324 Abs. 2 BGB die vereinbarte Gegenleistung erbringen. Auch wenn ein solches nicht eben alltägliches Geschehen ausbleibt, sind die Nachteile beträchtlich. Der Gläubiger, d.h. der bestreikte Arbgeb., muß nach § 304 BGB den Züchtern alle Mehraufwendungen ersetzen. Sie sind außerdem befugt, die Tiere nach § 383 BGB zu versteigern oder sie nach § 385 BGB freihändig zu verkaufen. Der Erlös ist bei Gericht zu hinterlegen; erreicht er den vereinbarten Abnahmepreis nicht, geht dies zu Lasten des bestreikten Arbeitgebers.

Im Verhältnis zu seinen Abnehmern bleibt der Arbgeb. trotz Arbeitskampfes zur Leistung verpflichtet, wenn eine reine Gattungsschuld vorliegt, er also nicht den Vorbehalt machte (oder machen konnte), lediglich aus eigener Produktion liefern zu brauchen. Dies ergibt sich zwingend aus § 279 BGB[41]. Soweit er nicht zur Leistung in der Lage ist, kann sein Vertragspartner nach Fristsetzung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten (§ 326 BGB).

Handelt es sich um eine sog. beschränkte Gattungsschuld (Leistung aus der eigenen Produktion) oder um eine auf einen bestimmten Gegenstand bezogene sog. Stückschuld, so macht der Streik die Leistung vorübergehend unmöglich. Ob dies rechtlich Verzug oder Unmöglichkeit ist, hängt davon ab, ob es nach dem Vertragsinhalt entscheidend auf den Zeitpunkt der Lieferung ankommt. **Im Rahmen von Just-in-Time-Produktion liegen durchweg absolute Fixgeschäfte vor,** so daß von Unmöglichkeit auszugehen ist. Entscheidend ist in diesem Fall, ob der Arbgeb. die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Dies ist dann der Fall, wenn er den Arbeitskampf hätte vermeiden können, ihm beispielsweise ein Nachgeben gegenüber den Forderungen der Arbeitnehmerseite zumutbar gewesen wäre. In vielen Fällen wird man dies bejahen müssen[42]. Umstritten ist schließlich, ob der Arbgeb. nicht für seine streikenden ArbN nach § 278 BGB einstehen muß und schon deshalb zum Schadensersatz verpflichtet ist[43]. Da die Regeln des BGB über die Behandlung von Leistungsstörungen dispositiv sind, kann grundsätzlich auch vereinbart werden, daß das arbeitskampfbedingte Ausscheren aus der logistischen Kette die Geschäftspartner zur fristlosen Kündigung berechtigt.

Die Konsequenzen eines solchen Modells sind völlig unangemessen. Soweit nicht durch Freizeichnungsklauseln Abhilfe geschaffen wird, gerät der bestreikte Arbgeb. sehr schnell in existentielle Schwierigkeiten. Dazu kommen Unsicherheiten in der Beurteilung. So ist es eine oft nur schwer zu klärende Auslegungsfrage, ob eine auf die eigene Produktion beschränkte oder eine unbeschränkte Gattungsschuld vorliegt[44]. Außerdem fehlen klare Maßstäbe, um die Zumutbarkeit eines Nachgebens im Arbeitskampf zu beurteilen[46]. War der Arbgeb. nicht stark genug, um sich mit Hilfe einer Freizeichnungsklausel abzusichern, hat er i.d.R. auch keine Möglichkeit, das ausfallende Produkt woanders zu kaufen oder sich gegen streikbedingte Risiken zu einem angemessenen Entgelt zu versichern[46].

3. *Die traditionelle Lösung: Beteiligung am Arbeitskampf als Rechtfertigungsgrund*

In der Lit. besteht im Grunde Einvernehmen darüber, daß die hier skizzierte schematische Anwendung der BGB-

37 Dazu *Hendriks,* ZHR 141 (1977), S. 1–17.

38 Dazu *Buchner,* NZA 1994 S. 2; *Däubler,* ZTR 1994 S. 448 ff.; *Müller-Jentsch,* WSI-Mitt 1993 S. 501.

39 Näher *Lehmann* BB 1990 S. 1849 ff.; *Däubler,* in: *Staehle-Sydow* (Hrsg.), Managementforschung 3, Berlin-New York 1993 S. 1 ff.

40 Dazu *Nagel,* DB 1991 S. 319 ff.

41 Ebenso *Schlüter,* in: *Brox-Rüthers,* a.a.O., Rn. 380; *Hueck-Nipperdey,* Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II/2, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt/M. 1970, § 47 VII 1 (S. 955).

42 Vgl. *Schlüter,* in: *Brox-Rüthers,* a.a.O., Rn. 383.

43 Dazu *Kreissl,* JZ 1995 S. 695.

44 Ebenso *Schlüter,* in: *Brox-Rüthers,* a.a.O., Rn. 381.

45 Ebenso *Schlüter,* a.a.O., Rn. 384.

46 Ebenso *Kreissl,* JZ 1995 S. 696.

Regeln zu untragbaren Resultaten führt. Korrekturen werden deshalb auf zwei Wegen versucht.

Die eine Auffassung hält das BGB-System der Leistungsstörungen weiterhin für anwendbar, modifiziert es jedoch in der Weise, daß dem Arbgeb. niemals vorgehalten werden kann, sich Streikforderungen nicht gebeugt[47] oder eine Aussperrung verhängt zu haben[48]. Eine andere Auffassung stützt sich auf die Kollision zwischen arbeitskampfrechtlichen und bürgerlichrechtlichen Wertungen. Was das Arbeitskampfrecht erlaube, könne man nicht im Rahmen des Rechts der Schuldverhältnisse als zu vertretendes vorwerfbares Verhalten qualifizieren[49]. Die arbeitskampfbedingte Unmöglichkeit der Leistung sei nicht durch rechtswidriges, sondern durch rechtmäßiges Handeln bedingt, so daß das „Vertreten-Müssen" überhaupt nicht als Problem auftrete[50]. *Löwisch-Rieble* verweisen zusätzlich darauf, durch die Annahme einer schuldrechtlichen Pflicht zum Nachgeben gegenüber den Forderungen der Gegenseite würde Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG verletzt, da dies eine Maßnahme darstelle, die gegen die Koalitionsfreiheit gerichtet sei[51]. Im Ergebnis stimmt damit weithin auch *Otto* überein, der einen Schadensersatzanspruch der Abnehmer an fehlendem Verschulden des bestreikten Arbgeb. scheitern lassen will[52]. Die Rechtfertigung bzw. Entschuldigung ist allerdings auf die reine Kampfbeteiligung beschränkt. Ist dem Arbgeb. ein sonstiger Sorgfaltspflichtverstoß vorzuwerfen, bleibt es bei der Haftung. Dies gilt beispielsweise dann, wenn er einen Auftrag übernommen hat, obwohl er voraussehen mußte, daß er diesen wegen des absehbaren Arbeitskampfes nicht würde erfüllen können[53]. Dasselbe gilt, wenn es der Arbgeb. in vorwerfbarer Weise unterlassen hat, anderweitige Vorsorge zu treffen, etwa rechtzeitig Vorräte anzulegen oder andere Liefermöglichkeiten zu eröffnen[54]. Bei Just-in-Time-Produktion ist er jedoch nicht zur Schaffung zusätzlicher Lagerkapazitäten verpflichtet[55]. Schließlich kann der Arbgeb. dann haften, wenn er (z.B. durch rechtswidriges Verhalten), den Streik provoziert hat[56].

Auch diese beiden Auffassungen sind unbefriedigend: Die Nachteile, die mit dem Eintritt des Annahmeverzugs verbunden sind, werden überhaupt nicht problematisiert. Da dieser kein rechtswidriges Verhalten voraussetzt, wird der bestreikte Arbgeb. wie ein anderer Gläubiger behandelt, der wegen unglücklicher Umstände oder schlechter Organisation vereinbarte Leistungen nicht abnehmen kann. Recht pauschal wird darauf verwiesen, daß die Rechtsfolgen des Annahmeverzugs „mit dem Wirkungsmechanismus des Arbeitskampfes durchaus vereinbar seien"[57]. Dadurch wird dem Arbgeb. nicht nur ein erhebliches zusätzliches Risiko auferlegt; es wird auch nicht beachtet, daß er insbes. bei kontinuierlichen Lieferungen (die für Just-in-Time-Produktion typisch sind) häufig überhaupt kein Interesse haben wird, auch für die Streikzeit eine Lieferung zu erhalten, da ihm für ein „Nacharbeiten" die Kapazitäten fehlen[58]. Im Verhältnis zu den Abnehmern ist die gefundene Regelung sehr viel eher interessengerecht, doch besteht das Problem, daß der Vorrang arbeitskampfrechtlicher Wertungen als **dispositiv** bezeichnet wird[59]. Dies hat zur Folge, daß beispielsweise auch Garantieverträge des Inhalts zulässig sind, daß trotz Arbeitskampfes geleistet und notfalls Schadensersatz bezahlt werden muß[60]. Konkret bedeutet dies, daß ein wichtiger Großabnehmer einem Schlachthof durchaus die Verpflichtung auferlegen könnte, bei arbeitskampfbedingter Nichtlieferung Schadensersatz zu bezahlen und/oder eine Auflösung des Vertragsverhältnisses in Kauf zu nehmen.

4. Der neuere Ansatz: Rückgriff auf das Paritätsprinzip

Wegen der hier skizzierten Defizite wurde in der jüngsten Lit. das traditionelle System der Leistungsstörungen für den Fall des Arbeitskampfes einer generellen Revision unterzogen: Die Vorschriften des BGB sollen ganz generell nur noch insoweit eingreifen, als dadurch nicht das arbeitskampfrechtliche Paritätsprinzip verletzt ist[61]. Dies hat zur Folge, daß der Arbgeb. lediglich solche Belastungen hinzunehmen hat, die mit dem Wegfall der Arbeitsleistung als solchem verbunden sind. Eingriffe in die Unternehmenssubstanz müsse er – wie nicht zuletzt das Gebot der Erhaltungsarbeiten belege – nicht hinnehmen. Ein entsprechender Effekt würde jedoch eintreten, wäre er wegen arbeitskampfbedingter Leistungsstörung wirtschaftlichen Nachteilen im Verhältnis zu seinen Geschäftspartnern ausgesetzt: Zahlungen könnten – da im Streik und in der Aussperrung nichts mehr verdient werde – nur aus der Unternehmenssubstanz geleistet werden. Dies gelte insbes. auch dann, wenn der bestreikte Arbgeb. Leistungen abnehmen müsse, für die er keine Verwendung habe[62]. Im Ergebnis müsse jedes Unternehmen arbeitskampfbedingte Schäden selbst tragen. Derartiges gehöre zum allgemeinen „Lebensrisiko" in einer freiheitlichen Gesellschaft, die aus guten Gründen Tarifautonomie und Streik anerkenne.

Dieser neuen Auffassung ist zumindest im Ergebnis zuzustimmen. In der Tat würde eine (realisierte!) Belastung des bestreikten Arbgeb. mit Zahlungsansprüchen seiner Geschäftspartner einen inakzeptablen Zustand schaffen.

Denkbar ist zum einen, daß die drohenden Schäden den Arbgeb. veranlassen, schon vor Ausbruch des Streiks eine Abmachung zu treffen, die im wesentlichen die Forderungen der Arbeitnehmerseite übernimmt; dies läuft darauf hinaus, daß aufgrund einer „Außensteuerung" sein Recht auf koalitionsmäßige Betätigung praktisch nur noch auf dem Papier existiert. Eine solche Situation ist insbes. dann

47 So *Colneric*, in: *Däubler* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, a.a.O., Rn. 838.

48 So *Richardi*, RdA 1986 S. 155.

49 So insbes. *Hueck-Nipperdey*, a.a.O., § 47 VII 1 (S. 954); *Löwisch-Rieble*, a.a.O., Rn. 1060; *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 8. Aufl., München 1996. § 194 VIII 2 a; *Schlüter*, in: *Brox-Rüthers*, a.a.O., Rn. 384.

50 So *Hueck-Nipperdey*, a.a.O., § 47 VII 2 (S. 956); *Schlüter*, in: *Brox-Rüthers*, a.a.O., Rn. 385.

51 *Löwisch-Rieble*, a.a.O., Rn. 1060.

52 MünchArbR-*Otto* § 283 Rn. 149.

53 *Schlüter*, in: *Brox-Rüthers* Rn. 388.

54 Ebenso *Schlüter*, a.a.O., Rn. 389.

55 So MünchArbR-*Otto* § 283 Rn. 155.

56 Vgl. *Hueck-Nipperdey* § 47 VII 2 b (S. 958).

57 So *Löwisch-Rieble*, a.a.O., Rn. 1080; ebenso MünchArbR-*Otto* § 283 Rn. 168; *Schaub*, a.a.O., § 194 VIII 2 c.

58 Ebenso im Ergebnis *Kreissl*, JZ 1995 S. 697.

59 *Hueck-Nipperdey* § 47 VII 2 a (S. 957).

60 Für Zulässigkeit eines Garantievertrages *Schlüter*, in: *Brox-Rüthers* Rn. 392.

61 So mit eingehender Begründung *Kreissl*, JZ 1995 S. 698 ff.

62 *Kreissl*, JZ 1995 S. 699, 700.

zu erwarten, wenn der Streik schwere Schäden verursachen, den Fortbestand des Unternehmens und damit der Arbeitsplätze aber nicht gefährden würde.

Zum zweiten ist – was in der Lit. nicht bedacht wurde – auch der Fall zu berücksichtigen, daß die Existenzgefährdung des Unternehmens durch Ersatzansprüche oder drohende Vertragskündigungen so groß ist, daß das Streikrecht der ArbN gleichfalls nur noch fiktiven Charakter besitzen würde. Dabei kommt es gar nicht auf die oben unter I erörterte Frage an, inwieweit eine drohende Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Arbeitgeberunternehmens einen Streik rechtswidrig macht: Schon um die eigenen Arbeitsplätze nicht zu gefährden, werden in einer solchen Situation ArbN von vornherein auf einen Streik verzichten und damit ihrerseits sich mit dem Status quo oder äußerst bescheidenen Verbesserungen zufrieden geben müssen. Betroffen ist daher nicht nur die Arbeitgeberseite; ihre Schwäche schlägt vielmehr auf die Arbeitnehmerseite durch, der die Führung eines Arbeitskampfes von vornherein unmöglich gemacht wird.

Wollte man daher die BGB-Regeln in ihrer ursprünglichen Form oder in der heute von der Lit. vertretenen modifizierten Form anwenden, wäre nicht allein das Paritätsprinzip, sondern unmittelbar die Koalitionsfreiheit der Arbeitgeber- wie der Arbeitnehmerseite verletzt. Wie Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG deutlich macht, darf aber einfaches Gesetzesrecht nicht so interpretiert oder gehandhabt werden, daß dadurch verfassungsrechtlich gewährleistete Institutionen funktionsunfähig gemacht werden. Der Verfassung kommt insoweit der Vorrang zu.

Gegenüber der in der Lit. herrschenden Auffassung (oben 3) ergibt sich insofern eine Erweiterung, als das Handeln im Rahmen eines (rechtmäßigen) Arbeitskampfes nicht nur keine Vertragsverletzung darstellt, sondern auch andere Rechtsfolgen ausschließt, die die Ausübung des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG einschränken oder unmöglich machen würden. Die Belastung der Unternehmenssubstanz ist in der Tat geeignet, einen solchen Zustand herbeizuführen. Der Vorrang des Arbeitskampfrechts führt daher nicht nur zu einem neuen Rechtfertigungsgrund, sondern stellt den vom Arbeitskampf betroffenen Arbgeb. vorübergehend von vertraglichen Pflichten frei: Ihn trifft auch keine Obliegenheit mehr, eine ihm angebotene Leistung anzunehmen, der Tatbestand des Gläubigerverzugs tritt nicht ein[63].

Die hier vertretene Auffassung schließt sich an bereits anerkannte Rechtsfiguren an. Das *BAG* vertritt den Standpunkt, mittelbar von Arbeitskämpfen betroffene Arbgeb. dürften die Lohnzahlung verweigern, soweit sie ihre ArbN nicht mehr weiterbeschäftigen können. Tragendes Argument dafür ist das Paritätsprinzip, so daß das Leistungsverweigerungsrecht nur dann besteht, wenn die Zahlungspflicht Rückwirkungen auf die Verhandlungsposition der Arbeitgeberseite im umkämpften Tarifgebiet hätte[64]. Hier wird ausdrücklich anerkannt, daß die in allen anderen Fällen geltenden Regeln über das Betriebs- und das Wirtschaftsrisiko[65] dann nicht eingreifen, wenn dies zu einem paritätswidrigen Zustand führen würde[66]. Auf derselben Linie liegt es, andere Normen des Leistungsstörungsrechts dann nicht anzuwenden, wenn sie gleichfalls zu einer nachhaltigen Beeinträchtigung der paritätischen Verhandlungssituation oder gar dazu führen, daß wegen der beide Seiten treffenden Existenzbedrohung überhaupt nicht mehr verhandelt werden kann. Nirgends ist ein Anlaß dafür ersichtlich, weshalb nur bei der Lohnfortzahlung in mittelbar kampfbetroffenen Betrieben ein Vorrang arbeitskampfrechtlicher Grundsätze anzuerkennen wäre, während eine mindestens gleich wirksame „Störung" durch Ansprüche von Geschäftspartnern widerspruchslos hinzunehmen sein soll[67]. Auch sollte nicht vergessen werden, daß das *BVerfG* in seiner jüngsten Entscheidung ausdrücklich betonte, Art. 9 Abs. 3 GG sei verletzt, wenn die „Verhandlungsfähigkeit" einer Partei nicht mehr gewährleistet sei[68]. Als Ergebnis bleibt deshalb festzuhalten, daß der Arbeitskampf vertragliche Pflichten suspendiert. Damit sind nicht nur Schadensersatzansprüche, sondern auch die Nachteile ausgeschlossen, die mit einem Annahmeverzug verbunden sind. Außerdem dürfen wegen arbeitskampfbedingter Produktionsstörungen die vertraglichen Beziehungen nicht gekündigt werden.

5. *Vertragliche Abweichungen vom arbeitskampfrechtlich modifizierten Leistungsstörungsrecht?*

Wie oben unter 3 im einzelnen ausgeführt, sind die in der Lit. entwickelten Grundsätze über die Haftung bei Arbeitskämpfen nach verbreiteter Auffassung dispositiv. Eine Inhaltskontrolle ergibt sich nur, soweit bestimmte Klauseln gegen das AGB-Gesetz oder andere Normen verstoßen. So wurde bereits erwähnt, daß der bestreikte Arbgeb. kein Lösungsrecht vereinbaren darf, wenn eine Verschiebung der Leistungsverpflichtung seinen Interessen ausreichend Rechnung tragen würde[69], doch gilt die zugrundeliegende Vorschrift des § 10 Nr. 3 AGB-Gesetz nicht für Dauerschuldverhältnisse; bei ihnen kann daher durchaus ein Kündigungsrecht vereinbart werden. Unzulässig ist dagegen eine weitere, den Abnehmer belastende Abrede: Vereinbart der Arbgeb. mit diesem, daß auch bei arbeitskampfbedingter Nichtlieferung die Gegenleistung zu erbringen ist, so verstößt dies gegen die Wertung des § 323 BGB[70]. Einen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG stellt es schließlich dar, wenn sich der potentiell bestreikte Arbgeb. dazu verpflichtet, auch im Falle eines Arbeitskampfes zu liefern[71].

Dies sind sicherlich beifallswerte Korrekturen, doch sind sie weithin unanwendbar, wenn im Einzelfall keine allgemeinen Geschäftsbedingungen zugrundegelegt werden, sondern Individualabreden erfolgen[72]. Soweit die dem

63 Vgl. auch *Löwisch-Rieble,* a.a.O., Rn. 1060, wonach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG verletzt wäre, wenn der Arbgeb. verpflichtet wäre, im Interesse der Erfüllung seiner Leistungspflichten im Rahmen des Arbeitskampfes nachzugeben. Dasselbe gilt dann, wenn ihm sonstige Nachteile (wie beim Annahmeverzug) drohen.

64 *BAG,* DB 1981 S. 323, 324 linke Spalte.

65 Dazu *Däubler,* Arbeitsrecht 2, 10. Aufl., Reinbek 1995 S. 451 ff.

66 Dies anerkennt ausdrücklich auch *Richardi,* RdA 1986 S. 156.

67 Insoweit inkonsequent *Richardi,* RdA 1986 S. 156.

68 *BVerfG,* DB 1995 S. 1464.

69 *BGH,* DB 1985 S. 1283, 1285 = NJW 1985 S. 854, 856.

70 *Löwisch-Rieble,* a.a.O., Rn. 1094; MünchArbR-*Otto* § 283 Rn. 177.

71 *Löwisch-Rieble,* a.a.O., Rn. 1098.

72 Nach *Lehmann,* BB 1990 S. 1851 werden im Rahmen von Zulieferverträgen i.d.R. AGB zugrundegelegt, doch kann sich dies sehr schnell ändern, wenn dadurch den Hauptproduzenten zusätzliche spezifische rechtliche Risiken entstehen. Beim hier vertretenen Ansatz kommt eine vertragliche Veränderung grundsätzlich nicht in Betracht.

Arbgeb. auferlegten Risiken und Belastungen zu einer Störung der paritätischen Verhandlungssituation führen, wäre eine solche Abmachung nur dann zulässig, wenn das Paritätsprinzip seinerseits dispositiven Charakter hat. Dies ist nach dem bisherigen Stand der Rspr. nicht anzunehmen.

Das *BAG* hat in seiner Rspr. zum Arbeitskampf den Grundsatz aufgestellt, durch TV könnten das Paritätsprinzip und das Übermaßverbot „konkretisiert" werden[73]. Dies bedeutet, daß selbst der mit erhöhter Richtigkeitsgewähr ausgestattete TV nur Modifikationen vornehmen, nicht aber das Paritätsprinzip insgesamt aufheben kann. Nach Auffassung des *BVerfG* ist dieses im Grundsatz auch für den Gesetzgeber unantastbar; ihm steht lediglich die Möglichkeit offen, solche Maßnahmen zu ergreifen, die nach seiner politischen Einschätzung der Herstellung einer gleichgewichtigen Verhandlungssituation dienen[74].

Damit erscheint es ausgeschlossen, daß durch schlichte einzelvertragliche Vereinbarung von den Vorgaben abgewichen werden kann, die aus dem Paritätsprinzip folgen: Der Einzelvertrag, insbes. der zwischen einer stärkeren und einer schwächeren Partei geschlossene, hat eine erheblich geringere Richtigkeitsgewähr als ein TV oder ein Gesetz. Dies bedeutet, daß „Garantieverträge" unwirksam sind, durch die sich der potentiell bestreikte Arbgeb. verpflichtet, bestimmte Lieferungen auf alle Fälle abzunehmen oder seinerseits trotz Arbeitskampfes bestimmte Waren zu liefern, soweit diese nicht ohne Schwierigkeiten auf dem Markt käuflich zu erwerben sind. Dasselbe gilt für ein auf den Fall arbeitskampfbedingter Leistungsstörungen erstrecktes Kündigungsrecht.

Die Suspendierung der vertraglichen Pflichten führt im vorliegenden Zusammenhang dazu, daß angekündigte Transporte von Schlachttieren auch dann mit sofortiger Wirkung storniert werden können, wenn keine entsprechende vertragliche Befugnis vorgesehen ist. Führt die Belastung des Arbgeb. dazu, daß von vornherein überhaupt keine echten Tarifverhandlungen möglich sind, liegt ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG vor, der die einen solchen Zustand herbeiführenden Abmachungen unwirksam macht[75]. Insoweit spielt es im Ergebnis keine Rolle, ob (nur) der erste Fall vorliegt, wonach der Arbgeb. zum sofortigen Nachgeben gezwungen ist, oder ob auch die weitergehende zweite Konstellation erfüllt ist, wonach wegen der Gefährdung des Unternehmens und daher der Arbeitsplätze von vornherein Streiks ausscheiden.

73 *BAG*, DB 1980 S. 1266 Leitsatz 5.

74 *BVerfG*, DB 1995 S. 1464.

75 Ebenso im Ansatz *Löwisch-Rieble*, a. a. O., Rn. 1098.

V. Zusammenfassung

Arbeitsniederlegungen in Molkereien und Schlachthöfen/Geflügelschlachtereien sind zulässig. Wenn dabei einzelne Produkte (Milch) verderben oder in ihrem Wert vermindert werden (Gewichtsverlust bei Fleisch), so ist dies ohne rechtliche Bedeutung.

Eine Grenze findet das Streikrecht nur insoweit, als sog. Erhaltungsarbeiten geleistet werden müssen. Zu ihnen zählen alle Maßnahmen, die notwendig sind, damit nach Ende des Arbeitskampfes mit einem intakten Produktionsapparat weitergearbeitet werden kann.

Der Streik darf weiter nicht dazu führen, daß elementare Versorgungsinteressen der Bevölkerung mißachtet werden. Praktische Bedeutung hat dies für die Fälle, in denen bestimmte Personen aufgrund ärztlicher Erkenntnisse Milch benötigen.

Eine Arbeitsniederlegung darf nicht dazu führen, daß gegen das Tierschutzgesetz verstoßen wird. Angelieferte Sendungen sind daher noch zu verarbeiten. Der Gewerkschaft steht es frei, den Arbgeb. so rechtzeitig von dem geplanten Arbeitskampf zu unterrichten, daß er die vorgesehenen Lieferungen stornieren kann. Die Gewerkschaft hat also die Wahl zwischen einem überraschenden Streik mit umfangreicheren Erhaltungsarbeiten und einem angekündigten Streik, bei dem keine (nennenswerte) Fortsetzung der Produktion erfolgt. Macht der Arbgeb. von seinen Möglichkeiten zur Stornierung von Lieferungen keinen Gebrauch, gehen Verstöße gegen das Tierschutzgesetz allein zu seinen Lasten.

Der Streik darf von Geschäftspartnern des Arbgeb. nicht zum Anlaß genommen werden, ihn mit Schadensersatz- oder solchen Ansprüchen zu überziehen, die Folge eines Annahmeverzuges sind. Weiter darf der Streik nicht zum Anlaß für eine Kündigung genommen werden. Von diesen Grundsätzen kann auch nicht durch Vertrag abgewichen werden, da sie sich aus zwingendem Arbeitskampfrecht ergeben.

Ralf Pieper, Dortmund

Verordnung zur Umsetzung von EG-Arbeitsschutz-Richtlinien*

Die Bundesregierung hat am 21. 11. 96 die VO zur Umsetzung von EG-Einzelrichtlinien zur EG-Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz mit den Maßgaben des Bundesrates beschlossen[1]. Die VO ist am 20. 12. 96 in Kraft getreten.

Die VO stützt sich auf § 19 des Arbeitsschutzgesetzes (ArbSchG) v. 7. 8. 96 (BGBl. I, S. 1246), der die Ermächtigungsgrundlage u. a. für die Umsetzung von Rechtsakten der EG auf dem Gebiet der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes für die Beschäftigten bei der Arbeit bildet. Seit 1989 hat der Europäische Rat mehr als 20 Richtlinien (RL) bzw. ÄnderungsRL auf der Rechtsgrundlage des

* Vgl. auch *Pieper*, „Das Arbeitsschutzgesetz", ArbuR 1996 S. 465. Dort (S. 468, 3. Abs.) ist im Drucksatz eine mißverständliche Veränderung aufgetreten. Vom Beschäftigtenbegriff sind nur Heimarbeiter und gleichgestellte Personen ausgenommen.

1 BGBl. I S. 1841; der Regierungsentwurf und die -begründung finden sich in der BR-Drucks 656/96 v. 5. 9. 96.