

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

## Der Notdienst im Arbeitskampfrecht\*

### I. Die Problemstellung

Notdienste gehören zum normalen Erscheinungsbild vieler Arbeitskämpfe. Daß Hochöfen nicht schwer beschädigt, Bergwerke nicht absaufen und Dampfkessel nicht explodieren dürfen, erscheint als so evidente Selbstverständlichkeit, daß man darüber weder in der Praxis noch in der juristischen Diskussion viele Worte verloren hat. Soweit empirische Aussagen vorliegen, stimmen sie darin überein, daß es zwar im Einzelfall Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich des Umfangs der Notdienste gibt, daß dann aber sehr schnell eine Einigung, zumindest eine klaglose Hin- und Rücknahme der von der jeweils stärkeren Seite ergriffenen Maßnahmen erfolgte<sup>1</sup>. Einig war und ist man sich auch bei der Frage, welchen Zwecken Notdienste dienen: Sie sollen die Betriebsanlagen und damit die Arbeitsplätze erhalten sowie gegebenenfalls jenes Minimum an Produktion aufrechterhalten, das zur Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Gütern erforderlich ist<sup>2</sup>. Im ersten Fall

spricht man üblicherweise von Erhaltungs-, im zweiten von Notstandsarbeiten.

Der Zustand relativer Harmonie ist in letzter Zeit verschiedentlich in Frage gestellt worden. Aus dem Bereich der Gewerkschaft Handel, Banken und Versicherungen wird berichtet, daß insbesondere dort, wo zum ersten Mal ein Streik stattfand, zahlreiche Kontroversen entstanden, die zu gerichtlichen Auseinandersetzungen führten<sup>3</sup>. Die Folge war eine ziemlich reichhaltige Rechtsprechung der Instanzgerichte<sup>4</sup>. Eine der grundsätzlichen und wichtigsten Entscheidungen stellt dabei das hier besprochene Urteil des LAG Niedersachsen v. 1. 2. 1980 dar<sup>5</sup>. Unsicherheiten tauchen auch in anderen Bereichen auf, wo keine oder wenig Streikerfahrung besteht. So war etwa vor dem in letzter Minute vom LAG München<sup>6</sup> untersagten Demonstrationstreik der Rundfunk-Fernseh-Film-Union (RFFU) unklar, inwieweit etwa Verkehrsdurchsagen auch während des Streiks möglich bleiben mußten („Geisterfahrerproblem“); auch stellte sich die Frage, ob die Entwicklung von Fernsehfilmen selbst dann unterbrochen werden durfte, wenn dies zu einer Vernichtung der Aufnahmen führen würde. Der bisher bestehende Konsens ist weiter dann bedroht, wenn die Auseinandersetzungen an Härte zunehmen und so auch das verbleibende Minimum an Kooperation in Frage gestellt wird. In diesen Zusammenhang gehört etwa der Streit um die Verpflichtung zur Herausgabe von „Notzeitungen“, um so die angeblich zwingend gebotene pressemäßige Information der Bevölkerung sicherzustellen<sup>7</sup>. Vieles spricht dafür, daß angesichts der wirtschaftlichen Situation auch in anderen Bereichen mit möglichst harten Bandagen gekämpft werden wird. Existenz, Umfang und Organisation des Notdienstes gewinnen so neue Aktualität.

Die bisher vorliegende Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* zu den Erhaltungs- und den Notstandsarbeiten bietet nur relativ wenige Anhaltspunkte. In seiner ersten Grundsatzentscheidung zum Arbeitskampf wies der *Große Senat* des *Bundesarbeitsgerichts* darauf hin, die mit Erhal-

\* Zugleich Besprechung der Entsch. des LAG Niedersachsen v. 1. 2. 80, teilweise abgedruckt in diesem Heft S. 285.

1 Vgl. insbes. Apfel, Die Sicherung und Erhaltung des Betriebes bei Arbeitskämpfen – Notdienst und Notstandsarbeiten (1970), S. 97–116 sowie in bezug auf die Arbeitskämpfe der letzten Jahre Dzielak u. a., Den Besitzstand sichern! Der Tarifkonflikt 1978 in der Metallindustrie Baden-Württembergs (1979), S. 109; vgl. auch Dzielak u. a., Arbeitskampf um Arbeitsplätze – Der Tarifkonflikt 1978/79 in der Stahlindustrie (1981), S. 159 ff.; Knoche/Krüger, Presse im Druckerstreik (1978), S. 37.

2 Vgl. etwa LAG Frankfurt v. 22. 4. 69, AP Nr. 40 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = ArbuR 1970 S. 349 mit Anm. v. Herschel; LAG Baden-Württemberg v. 30. 1. 80, DB 1980 S. 2042; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 4. Aufl., S. 1014.

3 Vgl. Buschmann, „Notdienstmaßnahmen im Arbeitskampf“, ArbuR 1980 S. 230.

4 Zahlreiche unveröffentlichte Entsch. sind wiedergegeben und ausgewertet von Buschmann (Fußnote 3) S. 231.

5 Vgl. LAG Niedersachsen v. 1. 2. 80 (Fußnote \*).

6 Vgl. LAG München v. 19. 12. 79, NJW 1980 S. 957.

7 Vgl. Hernekamp, „Der Schutz des allgemeinen Informationsbedürfnisses bei presserelevanten Arbeitskämpfen“, BB 1976 S. 1329.

tungsarbeiten beschäftigten Arbeitnehmer würden „eben gerade nicht ausgesperrt“, so daß sich insoweit kein Argument gegen die Aussperrung gewinnen ließe<sup>8</sup>. Meist sei es auch so, daß diese Arbeitnehmer von vornherein gar nicht am Streik teilnahmen; ihre Zahl sei auch in Großbetrieben relativ klein. Die zweite Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1971 lag auf derselben Linie; hier wurde ausdrücklich betont, die mit Erhaltungsarbeiten betrauten Arbeitnehmer könnten „höchstens“ suspendierend ausgesperrt werden<sup>9</sup>. Zu den Erhaltungsmaßnahmen bei Streiks wurde keine ausdrückliche Aussage gemacht. Der *Große Senat* beschränkte sich auf die Feststellung, ein Arbeitskampf dürfe nicht auf die Vernichtung des Gegners abstellen; (freiwillig zu vereinbarenden) Arbeitskampfgeregeln könnten unter anderem Bestimmungen darüber enthalten, wie die Erhaltungsmaßnahmen für bestreikte Betriebe zu gewährleisten seien, ob und welche für die Allgemeinheit lebensnotwendigen Betriebe vom Arbeitskampf ausgenommen würden und ob und in welchem Umfang Vorsorge getroffen werde, daß Anwartschaften oder Versicherungen nicht verfielen<sup>10</sup>.

Trotz des immensen Fleißes, den die Arbeitsrechtswissenschaft in den letzten Jahren bei der Erörterung von Streik und Aussperrung entwickelt hat, ist der Notdienst nur gelegentlich angesprochen und nicht in ein Gesamtkonzept des Arbeitskampfrechts eingebaut worden<sup>11</sup>. Fraglich ist deshalb schon die Rechtsgrundlage: Gibt es wirklich die vom LAG *Niedersachsen*<sup>12</sup> angenommene Rechtspflicht, sich mit dem sozialen Gegenspieler zu verständigen? (dazu unten II) Inwieweit ist die Arbeitskampschranke des Notdienstes aus Art. 9 Abs. 3 GG oder anderen Vorschriften ableitbar? (dazu unten III) Gelten insoweit für Streiks und die von der Rechtsprechung noch immer zugelassene Aussperrung dieselben Grundsätze? (dazu unten IV) Wer entscheidet über die Zahl und die Auswahl der Personen, die mit dem Notdienst betraut werden? Wer übt beim Notdienst selbst das Direktionsrecht aus? (dazu unten V) Welche rechtliche Qualität hat eine etwaige Einigung beider Seiten über strittige Fragen des Notdienstes? (dazu unten VI) Schließlich stellt sich die Frage, was geschieht, wenn von den vorher entwickelten Notdienstregeln abgewichen wird. Kann etwa das Streikrecht in einem solchen Fall dasselbe Maß an rechtlichem Schutz wie beispielsweise das Sacheigentum und das Recht am Gewerbebetrieb beanspruchen? (dazu unten VII)

## II. Das Modell der Zwangseinigung

Das LAG *Niedersachsen*<sup>13</sup> geht – ähnlich wie schon vor ihm das LAG *Frankfurt*<sup>14</sup> – davon aus, daß die sozialen Gegenspieler den Notdienst gemeinsam organisieren müssen. Angesichts der langjährigen Praxis scheint dies ein plausibler Ausgangspunkt zu sein. Hierbei ergeben sich jedoch Probleme, wenn man an den Fall der Nichteinigung denkt. Das LAG *Frankfurt* läßt in einem solchen Fall das Recht zur Organisation des Notdienstes auf den Arbeitgeber übergehen<sup>15</sup>. Das LAG *Niedersachsen* zieht dies als eine Möglichkeit in Betracht, verweist aber gegen Ende seiner Entscheidung dann ausdrücklich auf eine Konfliktlösung durch die Arbeitsgerichte, die bis zur Aufstellung von Notdienstplänen reichen könne. Für die juristische Erörterung ist angesichts der neueren Entwicklung gerade diese zweite Variante von Interesse<sup>16</sup>.

Schon der Ausgangspunkt dieses Modells gibt zu Bedenken Anlaß. Das geltende Arbeitskampf- und Tarifvertragsrecht kennt – im Gegensatz etwa zum Arbeitsrecht der USA<sup>17</sup> – keine Verhandlungspflicht. Daß sich die sozialen Gegenspieler an einen Tisch setzen, ist nicht rechtlich, sondern nur mit Mitteln des Arguments und notfalls des Arbeitskampfes zu erzwingen. Konsequenterweise hat deshalb das *Bundesarbeitsgericht* einen Verhandlungsanspruch bei Tarifauseinandersetzungen abgelehnt<sup>18</sup>. Dem liegt die Konzeption der Koalitionsfreiheit als „gesellschaftlicher Freiheit“ zugrunde, deren Ausübung von der Entscheidung des jeweiligen Inhabers abhängt<sup>19</sup>. Anderes anzunehmen würde bedeuten, die Koalitionsfreiheit und die einzelnen auf sie gestützten Handlungsformen zu „funktionalisieren“, d. h., auf ein staatlicherseits vorgegebenes Ziel hin auszurichten. Im Betriebsverfassungsrecht ist dies durch die Grundentscheidungen der §§ 2 Abs. 1 und 74 Abs. 2 BetrVG geschehen. Deshalb verpflichtet § 74 Abs. 1 BetrVG folgerichtig beide Seiten zu Verhandlungen. Eine entsprechende Norm gibt es im Tarifvertrags- und Arbeitskampfrecht nicht<sup>20</sup>.

Problematisch sind weiter die vom LAG *Niedersachsen*<sup>21</sup> angenommenen Rechtsfolgen bei fehlender Einigung. Läßt man das Organisationsrecht auf den Arbeitgeber übergehen, so zerstört man von vornherein jedes Druckpotential der Arbeitnehmerseite: Wer weiß, daß der andere in letzter Instanz doch machen kann was er will, wird allenfalls Randkorrekturen fordern und durchsetzen können. Als Parallele mag man die Abstimmungsvorgänge in Aufsichtsräten nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 heranziehen – das Zweitstimmrecht des Vorsitzenden läßt gleichgewichtige Verhandlungen nicht zur Entstehung kommen. Dem Arbeitgeber im Ergebnis ein Alleinbestimmungsrecht einzuräumen, verstößt zudem gegen die eigene

8 Vgl. BAG (GS) v. 28. 1. 55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = ArbuR 1955 S. 218.

9 Vgl. BAG (GS) v. 21. 4. 71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = ArbuR 1971 S. 384 mit Anm. v. Reuß.

10 Vgl. BAG (GS) v. 21. 4. 71 (Fußnote 9).

11 Die Tatsache, das Recht der Notdienste sei ein „unterentwickeltes Gebiet“, wird beklagt von Rühers, „Die Sicherung und Erhaltung des Betriebes bei Arbeitskämpfen – Notdienst und Notstandsarbeiten“, ZfA 1973 S. 125 ff. Die durch (mangelnde) Rspr. und Literatur geschaffene Rechtsunsicherheit kritisiert zu Recht Bertelsmann, Aussperrung (1979), S. 194 f.

12 Vgl. LAG *Niedersachsen* v. 1. 2. 80 (Fußnote \*).

13 Vgl. LAG *Niedersachsen* v. 1. 2. 80 (Fußnote \*).

14 Vgl. LAG *Frankfurt* v. 22. 4. 69 (Fußnote 2) mit dem Begriff der „Mitwirkungspflicht“.

15 Vgl. LAG *Frankfurt* v. 22. 4. 69 (Fußnote 2); ähnlich auch Fenn, SAE 1970 S. 191 und Schaub (Fußnote 2) S. 1015.

16 Vgl. auch Löwisch/Mikosch, „Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf“, ZfA 1978 S. 153, 156.

17 Vgl. schon Biedenkopf, Unternehmer und Gewerkschaften im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika (1961), S. 51 ff.

18 Vgl. BAG v. 2. 8. 63, AP Nr. 5 zu Art. 9 GG = ArbuR 1964 S. 61; ebenso Erich Frey, „Das Schicksal des Tarifvertrages und seiner Auswirkungen bei Wegfall einer Tarifvertragspartei“, RdA 1965 S. 363 ff.

A. A. Wiedemann/Stumpf, TVG, 5. Aufl., § 1 Anm. 80.

19 So auch BVerfG v. 1. 3. 79, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG.

20 Näher zum Konzept der Koalitionsfreiheit als gesellschaftlicher Freiheit Däubler/Hege, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., S. 16 f.

21 Vgl. LAG *Niedersachsen* v. 1. 2. 80 (Fußnote \*).

(und berechnete) These des LAG *Niedersachsen*, daß auf diese Weise das Streikrecht ausgehöhlt werden könnte<sup>22</sup>.

Auch wenn man ausschließlich die zweite Sanktion, d. h. die Regelung durch die Arbeitsgerichte, in Betracht zieht, kann dieses Modell nicht befriedigen. Zum einen können sich praktisch-organisatorische Probleme ergeben, da aus Zeitgründen nur ein Verfahren der einstweiligen Verfügung in Betracht kommen wird und es dem Gericht unter Umständen schwer fallen kann, sich in der zur Verfügung stehenden kurzen Zeit das gebotene umfassende Bild von den betrieblichen Notwendigkeiten zu machen<sup>23</sup>. Zum zweiten verstößt es gegen Grundprinzipien des geltenden Tarifvertrags- und Arbeitskampfrechts, einen Regelungsstreit durch die Arbeitsgerichte entscheiden zu lassen<sup>24</sup>. Gerade wenn man wie das LAG *Niedersachsen*<sup>25</sup> den Umfang des Notdienstes zum Gegenstand von Verhandlungen macht und nicht etwa als reinen Subsumtionsakt unter vorgegebene Rechtsnormen versteht, läuft eine gerichtliche Entscheidung auf eine Art Zwangsschlichtung hinaus. Nicht einmal im Betriebsverfassungsrecht wird eine solche Lösung erwogen; denn das Arbeitsgericht kann fehlerhafte Sprüche der Einigungsstelle nur aufheben, nicht aber durch eine eigene Entscheidung in der Sache ersetzen<sup>26</sup>. Auch aus diesem Grund muß das Modell der „Zwangseinigung“ ausscheiden.

### III. Der Notdienst als Streikschränke

Versucht man statt dessen, im Rahmen der Prinzipien des geltenden Arbeitskampfrechts eine Lösung zu finden, so stellt sich zunächst die Frage nach ihrer normativen Verankerung. Durch die jüngste Aussperrungsrechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* ist sie ein Stück vorangebracht, wenn auch nicht umfassend geklärt worden. Danach stellt das Streikrecht „einen notwendigen Bestandteil der freiheitlichen Kampf- und Ausgleichsordnung dar, die durch Art. 9 Abs. 3 GG im Kern gewährleistet ist“; ohne das

Druckmittel des Streiks könne die Tarifautonomie nicht wirksam werden<sup>27</sup>. Konkrete Normen für den Arbeitskampf zu entwickeln, bleibt danach mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung und entsprechender Abmachungen der sozialen Gegenspieler Sache der Arbeitsgerichte. Diese stützen sich dabei zum einen auf das vom *Bundesarbeitsgericht* aus Art. 9 Abs. 3 GG abgeleitete Prinzip „tarifbezogener“ Parität, das verhindern soll, daß die eine Seite der anderen ihren Willen aufzwingt und Tarifverhandlungen so zu einem einseitigen Diktat macht<sup>28</sup>. Weiter hat der Richter alle jene Normen zu beachten, die den Regelungsbereich „Arbeitskampf“ mittelbar betreffen; das an den Betriebsrat als Gremium gerichtete Arbeitskampfverbot des § 74 Abs. 2 Satz 1 BetrVG ist daher z. B. bei der Entwicklung von Einzelnormen zu beachten, es sei denn, es wäre als Eingriff in den Kernbereich des Streikrechts zu bewerten<sup>29</sup>. Schließlich hat der Richter andere verfassungsrechtliche oder gesetzliche Generalklauseln in seine Betrachtung einzubeziehen. Anders als bei präzisen Einzelnormen nach dem Modell des § 74 Abs. 2 Satz 1 BetrVG liegt insoweit allerdings keine eindeutige, sondern eine ihrerseits konkretisierungsbedürftige „Vorgabe“ vor. Dies führt im Ergebnis dazu, daß eine Interessenabwägung zu erfolgen hat, die ihre Rationalität primär durch die umfassende Aufklärung der beteiligten Interessen und weniger durch das Ergebnis als solches findet. Versuchen wir, dies am Beispiel der Erhaltungs- und der Notstandsarbeiten zu konkretisieren.

#### 1. Erhaltungsarbeiten

##### a) Gewohnheitsrechtssatz?

Zunächst könnte man die Frage stellen, ob nicht eine gewohnheitsrechtliche Norm des Inhalts besteht, daß Produktionsanlagen auf Grund von Arbeitskämpfen nicht beschädigt werden dürfen<sup>30</sup>. Dafür könnte die oben<sup>31</sup> skizzierte langjährige Praxis sowie die Tatsache sprechen, daß die sozialen Gegenspieler die Leistung von Erhaltungsarbeiten ausdrücklich in ihre Arbeitskampfrichtlinien aufgenommen haben<sup>32</sup>. Auf der anderen Seite machen die jüngste Rechtsprechung sowie die Arbeitskampfrichtlinien selbst deutlich, daß die Übereinstimmung nur in bezug auf das Grundprinzip, nicht jedoch im Hinblick auf den Umfang der zu leistenden Arbeiten und die Zuständigkeit für die Organisation des Notdienstes besteht. Wie zweifelhaft selbst eine solche „Prinzipien-“ oder „Kernbereichsgarantie“ ist, zeigt sich daran, daß die Arbeitnehmerseite nach den Arbeitskampfrichtlinien des Deutschen Gewerkschaftsbundes im Falle der Aussperrung praktisch jeden Notdienst zurückziehen kann<sup>33</sup>. Selbst wenn man also ein Gewohnheitsrecht des Inhalts annimmt, daß Notdienste als solche nicht ganz ausgeschlossen werden können, so bewegt man sich noch immer auf völlig ungesichertem Terrain.

##### b) Zweck des Arbeitskampfes?

Die Mehrzahl der Autoren stützen sich denn auch nicht auf die angebliche Existenz eines Gewohnheitsrechts, sondern leiten die Notwendigkeit von Erhaltungsarbeiten aus dem Zweck des Arbeitskampfes ab: Da es nur darum gehe, durch vorübergehende Unterbrechung der Arbeit bessere Bedingungen zu erreichen, liege eine Beschädigung oder Zerstörung von Produktionsanlagen außerhalb des eigent-

22 Richtig insoweit *Säcker*, „Zu den rechtspolitischen Grundlagen der Arbeitskampf-Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichtes vom 21. April und 26. Oktober 1971“, *GewerKMh* 1972 S. 287, 292.

23 Vgl. *Dzielak u. a.*, *Arbeitskampf um Arbeitsplätze – Der Tarifkonflikt 1978/79 in der Stahlindustrie* (1981), S. 159, die berichten, daß es einige Probleme mit der Organisation des Notdienstes gegeben habe, die u. a. auf mangelnde Kenntnis (der Gewerkschaften) von der Produktionsstruktur zurückgegangen seien.

24 Richtig *Buschmann* (Fußnote 3) S. 234.

25 Vgl. LAG *Niedersachsen* v. 1. 2. 80 (Fußnote \*).

26 Vgl. die Nachweise bei *Fitting/Auffarth/Kaiser*, *BetrVG*, 13. Aufl., § 76 Anm. 33.

27 Vgl. *BAG* v. 10. 6. 80 – 1 AZR 822/79, *ArbuK* 1980 S. 249 = *DB* 1980 S. 1266.

28 Zur Kritik dieser Paritätskonzeption vgl. etwa *Däubler*, *Das Arbeitsrecht* 1, 3. Aufl., S. 189 ff. und *Zachert/Metzke/Hamer*, *Die Aussperrung* (1978), S. 118 ff.

29 Vgl. *Säcker*, *Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit* (1970), S. 124 ff., der von „mittelbar grundrechtsprägenden Normen“ spricht.

30 Dafür etwa *Hoeniger*, „Einige Gedanken zum Recht des Arbeitskampfes“, *RdA* 1953 S. 204, 206; ablehnend *Buschmann* (Fußnote 3) S. 234.

31 Vgl. *meine* Ausführungen unter I.

32 Vgl. etwa die Angaben bei *Löwisch/Mikosch* (Fußnote 16) S. 153 ff.

33 Vgl. § 8 Abs. 3 und 4 der Arbeitskampfrichtlinien des DGB, *ArbuR* 1974 S. 272 f.; *Kehrmann/Rose*, „Die neuen Arbeitskampfrichtlinien des DGB“, *ArbuR* 1974 S. 321, 325; vgl. auch die Polemik von *Rüthers* in *FAZ* v. 21. 9. 74.

lich Gewollten<sup>34</sup>. Dem verwandt ist das Argument, die Schädigung der Produktionsanlagen sei zur Erreichung des Kampfziels nicht erforderlich und verstoße deshalb gegen das Übermaßverbot<sup>35</sup>.

Das Abstellen auf den Zweck hat ähnlich wie das bekannte Wesens-Argument<sup>36</sup> den Nachteil, daß der Interpret den Zweck vorgibt und ihn dabei so bestimmt, daß das Resultat notwendigerweise vorprogrammiert ist. So ist keineswegs ausgemacht, daß der Streik immer und unter allen Umständen zu einer Fortsetzung der Arbeitsverhältnisse führt; das dem einzelnen Arbeitnehmer bei suspendierender Aussperrung eingeräumte „Abkehrrecht“ sowie die früher von der Rechtsprechung zugelassene lösende Aussperrung lassen sich jedenfalls mit einer solchen Annahme nicht vereinbaren. Hinzu kommt, daß – vom Fall des Gewohnheitsrechts einmal abgesehen – die im empirischen Normalfall bestehende Intention nicht notwendig Grundlage für eine bestimmte Verhaltensnorm werden muß. Daß beides sehr wohl auseinanderfallen kann, zeigt das Beispiel des Sacheigentums: In der sozialen Realität werden Gebrauchsgüter so gut wie immer „bestimmungsgemäß“ verwendet, zum Verkauf oder Weiterverkauf bestimmte Gegenstände auch tatsächlich auf den Markt gebracht. Dennoch garantiert § 903 BGB so gut wie beliebigen Umgang mit der Sache, also auch ein völlig dysfunktionales Verhalten. Hinzu kommt ein weiteres Argument. Wenn der Arbeitskampf notwendigerweise die betrieblichen Rahmenbedingungen der Arbeit unangetastet lassen muß, so ist überhaupt nicht einzusehen, warum es auf der anderen Seite unbestrittenermaßen „Grenzbetriebe“ geben kann, die die in einem Verbandstarif vereinbarten Lohnerhöhungen nicht mehr verkraften können und deshalb Konkurs anmelden müssen<sup>37</sup>. Warum soll ein solcher Fall weniger Bedenken erwecken als beispielsweise das Unbrauchbarwerden einer Maschine, die für 100 000 DM kurzfristig neu beschafft werden kann? Daß beide Fälle wegen des Eigeninteresses der Arbeitnehmer an der Erhaltung ihrer Arbeitsplätze in der Praxis nicht vorkommen, enthebt uns nicht der Notwendigkeit, gleiche rechtliche Maßstäbe anzulegen. Da die Problematik des Grenzbetriebes aber schwerlich anders als im Sinne der bisher herrschenden Auffassung behandelt werden kann, können auch Erhaltungsarbeiten nicht mit dem Gesichtspunkt des Übermaßverbots begründet werden.

#### c) Pflicht zur Rücksichtnahme?

Ein weiterer Konstruktionsversuch geht dahin, die Erhaltungsarbeiten als Ausdruck einer „fortdauernden Pflicht zur Rücksichtnahme“ zu deuten<sup>38</sup>. Für eine solche „nachwirkende Friedenspflicht“ fehlt jede Rechtsgrundlage. Sie geht davon aus, daß Arbeitgeber und Gewerkschaften auch in Konfrontationssituationen zu partieller wechselseitiger Unterstützung verpflichtet sind. Dies widerspricht dem bisherigen Verständnis ihrer Beziehungen und müßte beispielsweise auch dazu führen, daß die Arbeitgeberseite rechtlich verpflichtet wäre, den Gewerkschaften alle für Tarifverhandlungen notwendigen Informationen, insbesondere über den Geschäftsgang der einzelnen Unternehmen zu liefern<sup>39</sup>. Zudem wäre es dann inkonsequent, auch in Zukunft einen Verhandlungsanspruch abzulehnen.

#### d) Schutz des Arbeitgebereigentums nach Art. 14 GG?

Weiter könnte man versuchen, die Erhaltung der Produktionsanlagen als eine aus Art. 14 GG folgende Grenze des

Streikrechts zu sehen<sup>40</sup>. Ohne hier auf die problematische Frage der Bindung an Arbeitgebergrundrechte eingehen zu wollen<sup>41</sup>, wäre dies nur dann möglich, wenn aus Art. 14 GG ein verstärkter Schutz des Sacheigentums im Vergleich zum Schutz anderer Vermögenspositionen herzuleiten wäre. Nur dann wäre es nämlich überzeugend, daß man auf der einen Seite keine grundsätzlichen Bedenken dagegen hat, daß wegen eines Arbeitskampfes ein lukrativer Auslandsauftrag über 10 Mill. DM verlorengeht, während schon ein 50 000 DM-Schaden an einer temperaturempfindlichen Computeranlage einen Rechtsverstoß darstellen würde. Einen solchen verstärkten Schutz des Sacheigentums gibt es in Teilen des einfachen Gesetzesrechts. So ist der vorsätzliche Eingriff in fremde Sachen nach § 242 StGB (Diebstahl) und § 303 StGB (Sachbeschädigung) immer strafbar, während die Vermögensschädigung nur dann diesem Verdikt unterliegt, wenn bestimmte Begleiterscheinungen wie Täuschung (Betrug nach § 263 StGB) oder Mißbrauch von Verfügungsbefugnissen (Untreue nach § 266 StGB) hinzutreten. Ähnliches gilt im Zivilrecht: Das Sacheigentum fällt in vollen Umfang unter § 823 Abs. 1 BGB, während allein das gewerbliche, nicht das private Vermögen über das Recht am Gewerbebetrieb einem vergleichbaren Schutz unterstellt wird<sup>42</sup>. Das Verfassungsrecht hat dieses Schutzprivileg grundsätzlich nicht übernommen. Art. 14 Abs. 1 GG erfaßt grundsätzlich jedes vermögenswerte Recht<sup>43</sup>. Dies ist insofern eine berechtigte Entscheidung, als die Sonderstellung des Sacheigentums – grob gesprochen – auf eine Gesellschaft bezogen ist, die im wesentlichen von der Landwirtschaft und kleinen Produktionsbetrieben lebt, während in der Gegenwart nicht nur der Großbetrieb, sondern auch die Erbringung von Dienstleistungen immer mehr im Vordergrund steht. Mit Recht hat deshalb das *Bundesverfassungsgericht* den Eigentumsschutz nach der „Persönlichkeitsnähe“ der Ge-

34 So etwa *Bertele*, Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Aussperrung (1960), S. 108; *Bertelsmann* (Fußnote 11) S. 381; *Schaub* (Fußnote 2) S. 1015; *Scheuner*, „Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte zu der Fortbildung des Arbeitskampfrechts im Beschluß des Großen Senats vom 21. April 1971“, RdA 1971 S. 327, 332; *Tomandl*, Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes (1965), S. 391.

35 Vgl. *Löwisch/Mikosch* (Fußnote 16) S. 158.

36 Dazu schon *Scheuerle*, „Das Wesen des Wesens“, AcP, Bd. 163 (1964), S. 429 ff.

37 Daß diese Konstellation den Streik nicht rechtswidrig macht, ist unbestritten; vgl. statt aller *Seiter*, Arbeitskampfpatriot und Übermaßverbot unter besonderer Berücksichtigung des „Boykotts“ in der deutschen Seeschifffahrt (1979), S. 102 sowie *Reuter*, „Zulässigkeit und Grenzen tarifvertraglicher Besetzungsregelungen“, ZfA 1978 S. 1, 42. Umstritten ist lediglich der Fall, daß die Streiks Schäden als solche das Unternehmen in den Ruin treiben.

38 Es wird die Auffassung vertreten, daß der Träger des Arbeitskampfes auch mit entsprechenden Pflichten belastet sei; so *Seiter* (Fußnote 37) S. 99; ähnlich *Bertele* (Fußnote 34) S. 109. A. A. *Buschmann* (Fußnote 3) S. 234.

39 So im Prinzip jedoch *Wiedemann/Stumpf* (Fußnote 18) § 1 Anm. 81.

40 So *Scholz/Konzen*, Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht (1980), S. 164 für den Fall des „ruinösen“ Arbeitskampfes.

41 Vgl. dazu zuletzt *Berg/Wendeling-Schröder/Wolter*, „Die Zulässigkeit tarifvertraglicher Besetzungsregelungen“, RdA 1980 S. 299, 309 ff.

42 Einzelheiten bei *Däubler*, Alternativkommentar zum BGB (1979), § 823 Anm. 32 ff. mit weit. Nachweisen.

43 Vgl. *BVerfG* v. 7. 7. 71, AP Nr. 22 zu Art. 14 GG; *BVerfG* v. 15. 1. 74, BVerfGE 36, 281 (290); weit. Nachweise bei *Leibholz/Rinck*, GG, 6. Aufl., Art. 14 Anm. 1.

genstände differenziert<sup>44</sup> – ein Gesichtspunkt, der hier allerdings nicht unmittelbar weiterführt, da er zwar Eingriffe in das Arbeitgebervermögen mit Rücksicht auf das Angewiesensein der Arbeitnehmer auf die Produktionsmittel zuläßt, jedoch nichts darüber aussagt, was passiert, wenn die Arbeitsplatzinhaber ihre eigenen Arbeitsplätze vernichten.

#### e) Erhaltungsarbeiten und Paritätsprinzip

Die von verschiedenen Autoren gezogene Konsequenz, Notdienste müßten überhaupt nur dann geleistet werden, wenn eine entsprechende freiwillige Vereinbarung vorliegt<sup>45</sup>, ist in sich schlüssig; sie bedarf jedoch dann einer Korrektur, wenn man wie das *Bundesarbeitsgericht* die Parität als Rechtsprinzip anerkennt<sup>46</sup>. Die damit notwendigerweise vorausgesetzten „gleichen Durchsetzungschancen“ sind nämlich dann nicht mehr gegeben, wenn die eine Seite der anderen mit der Vernichtung ihrer wirtschaftlichen Existenz drohen kann. Insoweit gilt dasselbe, wie bei der durch die Entscheidungen v. 10. 6. 1980 obsolet gewordenen lösenden Aussperrung<sup>47</sup>; den Gegenspieler zu schädigen ist legal, ihn mit der Existenzvernichtung zu

konfrontieren, schränkt seine Willensfreiheit in unerträglicher Weise ein. Dagegen spricht auch nicht die Erwägung, daß es „schon nicht dazu kommen“ werde: Natürlich ist bisher kein Fall bekannt, daß Arbeitnehmer durch Verweigerung von Notdienstleistungen ihre eigenen Arbeitsplätze auch nur gefährdet hätten, doch hat die lösende Aussperrung jedenfalls bei Verbandsarbeitskämpfen bisher gleichfalls keine praktische Bedeutung erlangt. Der Sache nach geht es also darum, die Drohung mit dem Existenzverlust von vornherein als zulässiges Argument aus den Tarifverhandlungen zu verbannen, auch wenn schon wirklich singuläre Konstellationen vorliegen müßten, damit die Drohung Wirklichkeit würde<sup>48</sup>. Die Pflicht zu Erhaltungsarbeiten stellt daher nichts anderes als einen konkreten Anwendungsfall des Verbots existenzvernichtender Arbeitskämpfe dar<sup>49</sup>.

Legt man dies zugrunde, so hängt alles von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. Werden Teile des Produktionsapparates beschädigt oder zerstört, so ist dies nur dann relevant, wenn dadurch die Existenz des Unternehmens zumindest gefährdet wird<sup>50</sup>. Werden schlichte Abwicklungsarbeiten nicht erledigt, wird z. B. verderbliches Material nicht verarbeitet, so ist dies nicht anders als der Fall eines entgangenen Auftrags zu behandeln<sup>51</sup>. Erst recht wäre es abwegig, auch die Erhaltung des „Kundenstamms“ einzubeziehen<sup>52</sup>, oder gar alles das zu verlangen, was den „guten Ruf“ des Unternehmens erhält<sup>53</sup>. Auch wird es an einer Existenzgefährdung dann fehlen, wenn sich der Unternehmer anderweitig behelfen, etwa die Anlage durch eine andere Firma warten oder Arbeitswillige heranziehen kann<sup>54</sup>. Dennoch werden einige Fälle übrig bleiben, in denen Produktionsanlagen gefährdet oder zerstört werden könnten, ohne daß deshalb eine Existenzgefährdung des Unternehmens eintritt. Ihnen ist mit kollektivvertraglichen Regelungen zu begegnen, die angesichts der meist übereinstimmenden Interessenlage unschwer zustande kommen werden<sup>55</sup>.

#### f) Rechtsfolgen

Werden Erhaltungsarbeiten im hier skizzierten Umfang nicht geleistet, so macht dies den Streik rechtswidrig. Von den in Betracht kommenden Sanktionen ist insbesondere die Schadensersatzpflicht der Gewerkschaft relevant<sup>56</sup>.

#### 2. Notstandsarbeiten

Zweiter, von der Frage der Erhaltung des Unternehmens völlig unabhängiger Grund für einen Notdienst ist die Erwägung, daß Dritte durch den Streik nicht übermäßig geschädigt werden dürfen<sup>57</sup>. Soweit ersichtlich sind in diesem Rahmen noch kaum praktische Probleme aufgetaucht<sup>58</sup>, da die deutsche Gewerkschaftsbewegung auch hier ein hohes Maß an Verantwortungsbewußtsein zeigte<sup>59</sup>. Die juristische Diskussion konzentriert sich sehr stark auf den Streik im öffentlichen Dienst und die dort besonders deutlich werdenden Grenzen<sup>60</sup>.

Angesichts fehlender gesetzlicher Regelungen können (richterrechtliche) Grundsätze zu den Notstandsarbeiten nur durch Abwägung zwischen dem durch Art. 9 Abs. 3 GG im Kern garantierten Streikrecht einerseits und sonstigen Grundrechten und Verfassungsprinzipien andererseits entwickelt werden<sup>61</sup>. Einig ist man sich darüber,

44 Vgl. *BVerfG* v. 1. 3. 79 (Fußnote 19).

45 Vgl. *Buschmann* (Fußnote 3) S. 234; *Säcker* (Fußnote 20) S. 293.

46 Vgl. *BAG* v. 10. 6. 80 (Fußnote 27); *BAG* v. 22. 12. 80, *ArbUR* 1981 S. 90 = *DB* 1981 S. 321, 325 ff.

47 Ebenso wird das *BAG* interpretiert von *Konzen/Scholz*, „Die begrenzte Aussperrung“, *DB* 1980 S. 1593, 1596.

48 Denkbar wäre folgendes Beispiel: Der Arbeitgeber will sein Gewerbe aufgeben und sperrt deshalb lösend aus; die Belegschaft besteht praktisch nur aus gesuchten Spezialisten, die bereits günstige Angebote vom großen ortsansässigen Konkurrenten erhalten haben.

49 Zu diesem Verbot vgl. insbes. *Krejci*, Aussperrung – Verfassungs- und Privatrechtsfragen nach deutschem Recht (1980), S. 82 ff.; *Scholz/Konzen* (Fußnote 40) S. 164; *Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht (1975), S. 533 ff.; ähnlich wie hier *Bertelsmann* (Fußnote 11) S. 383.

50 Für die Einbeziehung von Gefährdungstatbeständen sprechen sich auch *Löwisch/Mikosch* (Fußnote 16) S. 161 aus.

51 Gegen die Einbeziehung der Abwicklungs- in die Erhaltungsarbeiten sind grundsätzlich *Löwisch/Mikosch* (Fußnote 16) S. 162 und *Schaub* (Fußnote 2) S. 1014; dafür jedoch *Fenn* (Fußnote 15) S. 190; vgl. auch die Beispiele bei *Apfel* (Fußnote 1) S. 111 f.

52 So richtig *Säcker* (Fußnote 22) S. 292.

53 Ebenso *Löwisch/Mikosch* (Fußnote 16) S. 154.

54 Vgl. *Säcker* (Fußnote 22) S. 293.

55 Vgl. dazu im einzelnen *meine* Ausführungen unter VI.

56 Vgl. näher dazu *Löwisch/Mikosch* (Fußnote 16) S. 169 ff.

57 So etwa *LAG Frankfurt* v. 22. 4. 69 (Fußnote 2); vom Verbot, Dritte „unmäßig“ zu schädigen, spricht das *LAG Baden-Württemberg* in der *Entsch.* v. 30. 1. 80 (Fußnote 2).

58 So *LAG Frankfurt* v. 22. 4. 64 (Fußnote 2).

59 Zur Illustration sei auf den Aufruf zum Generalstreik anlässlich des Kapp-Putsches verwiesen, wo es u. a. hieß: „Alle Betriebe müssen stillgelegt werden. Ausgenommen sind nur die Wasserwerke, Krankenhäuser und Krankenkassen. Die örtlichen zuständigen Vertretungen der Arbeitnehmerschaft werden darüber entscheiden, in welchen sonstigen lebensnotwendigen Betrieben die Arbeit fortgesetzt werden darf.“ – zitiert nach *Fritz Krause*, *Arbeitereinheit rettet die Republik – Dokumente und Materialien zur Niederschlagung des Kapp-Putsches im März 1920* (1970), S. 57.

60 Vgl. dazu insbes. *Benz*, *Beamtenverhältnis und Arbeitsverhältnis* (1969), S. 133 ff.; *Däubler*, *Der Streik im öffentlichen Dienst*, 2. Aufl., S. 232; *Ramm*, *Das Koalitions- und Streikrecht der Beamten* (1970), S. 130 ff.; alle Arbeitskämpfe in „gemeinnützigen Betrieben“ behandelt jedoch *Seiter* (Fußnote 49) S. 546 ff.

61 So auch *Buschmann* (Fußnote 3) S. 234; ähnlich *Seiter* (Fußnote 49) S. 549 ff.

daß das in Art. 2 Abs. 2 GG garantierte Grundrecht auf Leben und Gesundheit den Vorrang besitzt: Patienten müssen in dringenden Fällen behandelt, Unfallverhütungs- und Sicherheitsvorschriften weiter beachtet werden<sup>62</sup>. Dies bedeutet jedoch nicht, daß etwa der gesamte Krankenhausbetrieb aufrechterhalten werden müßte und Ärzte sowie Pflegepersonal damit im Ergebnis ohne Streikrecht wären. Ist jede Gefährdung von Patienten ausgeschlossen und werden nur die nicht akuten Fälle (sowie Verwaltungsarbeiten) betroffen, so bestehen keine rechtlichen Bedenken gegen eine Arbeitsniederlegung<sup>63</sup>. Daraus folgt, daß in einem Unfallkrankenhaus ein recht umfassender, gegebenenfalls 80–90 v. H. der normalen Arbeiten ausmachender Notdienst erforderlich ist, während eine Privatklinik, die sich auf Schönheitsoperationen konzentriert hat, keine neuen Patienten mehr aufzunehmen braucht, so daß der Betrieb nach und nach zum Erliegen kommen kann. In jedem Einzelfall ist daher danach zu fragen, ob durch einen „Totalausfall“ der bisher erbrachten Leistungen eine konkrete Gesundheitsgefährdung eintreten kann.

Einig ist man sich weiter darüber, daß die Menschenwürde Dritter nicht verletzt werden darf<sup>64</sup>. Dabei ist allerdings Bedacht darauf zu nehmen, daß man die inhaltliche Tragweite des Art. 1 Abs. 1 GG nach denselben Maßstäben wie in anderen Fällen bestimmt. So wirkt es alles andere als überzeugend, wenn *Seiter* meint, Dritte dürften durch den Entzug von Versorgungsleistungen nicht in Mitleidenschaft gezogen werden<sup>65</sup>: Niemand wird im Ernst behaupten wollen, jede Versorgungsleistung sei durch Art. 1 Abs. 1 GG geboten<sup>66</sup>. Ausgeschlossen ist daher lediglich ein sich über mehrere Tage erstreckender Entzug von Wasser und sämtlicher Energie, aber auch die Nichtauszahlung von Renten oder von Sozialhilfe<sup>67</sup>. Öffentliche Verkehrsmittel können dagegen in vollem Umfang bestreikt werden; erst recht sind die wirtschaftlichen Interessen von Geschäftspartnern nicht als vorrangiges Drittinteresse anzusehen<sup>68</sup>.

Bei Streiks in Presseunternehmen kann zwar die durch Art. 5 Abs. 1 GG garantierte Informationsfreiheit des Bürgers betroffen sein, wenn – wie dies bei Nachrichten lokalen Charakters der Fall ist – Rundfunk und Fernsehen keinen ausreichenden Ersatz bieten<sup>69</sup>. Auch hier ist jedoch zu warnen, den Rechten Dritter im Streikfall ein Maß an rechtlichem Schutz zu verleihen, das sie sonst überhaupt nicht besitzen: Solange man lokale Pressemonopole zuläßt, die zur (beabsichtigten oder versehentlichen) Unterdrückung von Nachrichten führen können, ist es nicht einzusehen, weshalb eine vorübergehende streikweise Aussetzung des Nachrichtenflusses gegen Art. 5 Abs. 1 GG verstoßen soll<sup>70</sup>.

Werden die hier dargestellten Notstandsarbeiten im Einzelfall nicht geleistet, so macht dies den Streik rechtswidrig; insofern gilt nichts anderes als bei der Verweigerung notwendiger Erhaltungsarbeiten.

#### IV. Notdienst im Fall der Aussperrung

Hält man trotz aller berechtigten Kritik die Aussperrung in dem vom *Bundesarbeitsgericht* bestimmten Rahmen für zulässig<sup>71</sup>, so ergibt sich auch hier die Frage der Aufrechterhaltung bestimmter Minimalfunktionen. Daß Notstandsarbeiten im eben skizzierten Sinne auch durch eine Aus-

sperrung nicht verhindert werden dürfen, liegt auf der Hand. Zweifeln könnte man jedoch bei den Erhaltungsarbeiten; denn der Eigentümer ist nach traditioneller, in § 903 BGB zum Ausdruck gekommener Auffassung auch berechtigt, seine Sache gegebenenfalls verrotten zu lassen<sup>72</sup>. Darin muß nicht notwendigerweise ein „pathologisches“ Unternehmerverhalten liegen; so kann es „sinnvoll“ sein, eine sowieso beabsichtigte Stilllegung auf diese Weise vorzuziehen und die Kosten für einen Sozialplan zu sparen<sup>73</sup>. Die Zulässigkeit einer derartigen „Totalaussperrung“ ist auf dem Boden der vom *Bundesarbeitsgericht* entwickelten Paritätskonzeption zu verneinen: Der Sache nach geht es auch hier um die Drohung mit dem Existenzverlust. Für die Betroffenen macht es keinen Unterschied, ob sie ohne Wiedereinstellungsanspruch lösend ausgesperrt werden, oder ob der Arbeitgeber seinen Hochofen unbrauchbar macht und sie deshalb ihre Arbeitsplätze verlieren. Im Ergebnis bedeutet dies, daß die Erhaltungsarbeiten im Falle der Aussperrung einen größeren Umfang als im Falle des Streiks annehmen, weil jede Maßnahme ausgeschlossen ist, die zum Wegfall eines Arbeitsplatzes führen könnte. Dies ist jedoch eine notwendige Folge der Tatsache, daß die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers sehr viel „verletzbarer“ als die des Arbeitgebers ist. Dieselbe Konsequenz folgt im übrigen auch aus der den §§ 111 ff. BetrVG zugrundeliegenden Wertung, wonach der Arbeitgeber zwar das Recht zur Betriebsschließung behält, dabei jedoch ein bestimmtes Verfahren einhalten und gegebenenfalls im Rahmen des Sozialplans Nachteile ausgleichen oder mildern muß.

Wird in einem Unternehmen ausgesperrt, ohne daß die hier beschriebenen Notstands- und Erhaltungsarbeiten gesichert sind, so ist die Aussperrung insoweit rechtswidrig.

#### V. Die Organisierung des Notdienstes

Mit der Feststellung, daß die Sicherstellung eines Notdienstes Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit von Streiks und

62 Insoweit zutreffend *LAG Baden-Württemberg v. 30. 1. 80* (Fußnote 2).

63 So richtig *Reuß*, „Arbeitskampf im Bereich der öffentlichen Verwaltung“, DVBl. 1968 S. 57, 59; ähnlich *Zöllner*, „Die Zulässigkeit neuer Arbeitskampfformen“ in *Festschrift für Böttcher* (1969), S. 427, 437.

64 Vgl. *Seiter* (Fußnote 49) S. 551.

65 Vgl. *Seiter* (Fußnote 49) S. 553.

66 Unberechtigt ist deshalb auch der Vorwurf *Seiters* (Fußnote 49) S. 551 Fußn. 41, die von *mir* vertretene Konzeption gerade in Widerspruch zu ihrer eigenen Prämisse, d. h. der Herleitung des Streiks aus der Menschenwürde.

67 So auch *Schaub* (Fußnote 2) S. 1014.

68 Aus diesem Grund hat das *LAG Baden-Württemberg* in der *Entsch. v. 30. 1. 80* (DB 1980 S. 932) zutreffend einen Lageristen nicht zum Notdienstpersonal gerechnet.

69 Vgl. *Hernekamp* (Fußnote 7) S. 1329.

70 Gegen die Pflicht zur Herausgabe von „Notzeitungen“ auch *Schaub* (Fußnote 2) S. 1014; anders dürfte in dem eingangs erwähnten Fall des vernichteten Fernsehfilms zu entscheiden sein, sofern er unter die Kunstgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG fällt, da ein definitiver Schaden zu Lasten eines Grundrechtsträgers droht.

71 Vgl. *BAG v. 10. 6. 80* (Fußnote 27).

72 So in der *Tat Bertele* (Fußnote 34) S. 108.

73 Vgl. etwa die Mitteilung bei *Dziolak u. a.* (Fußnote 23) S. 160, wonach im Werk Oberhausen der Thyssen-Niederrhein der Notdienst trotz Aussperrung in dem Bewußtsein übernommen wurde, auf diese Weise die Stilllegung des letzten Hochofens zu verhindern.

Aussperrungen ist, ist noch nichts darüber ausgesagt, wer im Einzelfall die Zahl der „Notdienstarbeiter“ bestimmt, wer die betroffenen Personen im einzelnen auswählt und wer ihre Arbeit leitet. Auch insoweit ist wiederum zwischen Streik und Aussperrung zu unterscheiden.

### 1. Streik

Will die Gewerkschaft die Voraussetzungen einer rechtmäßigen Arbeitsniederlegung erfüllen, so muß sie notwendigerweise diejenigen Arbeitnehmer aus ihrem Streikaufruf ausnehmen, die für Notdienstarbeiten zur Verfügung stehen<sup>74</sup>. Sie kann dies in der Weise tun, daß sie diejenigen, die bisher die nunmehr den „Notdienst“ darstellenden Funktionen ausübten, ausklammert; sie kann aber auch so vorgehen, daß sie andere geeignete Personen für diesen Bereich einteilt. Der zweite Weg hat den Vorzug, niemanden von vornherein von der aktiven Teilnahme am Streik auszuschließen. Praktisch wird er allerdings wohl nur dann gegangen, wenn die mit bestimmten Aufgaben wie der Wartung gefährlicher oder temperaturempfindlicher Maschinen Betrauten zugleich Mitglieder der Streikleitung sind oder auf andere Weise eine wesentliche Rolle bei der Organisation des Streiks spielen. Was die Zulässigkeit der Arbeitsniederlegung angeht, so sind beide Vorgehensweisen gleichzubehandeln. Im Ergebnis bedeutet dies, daß die Gewerkschaft die Mitglieder der Notdienstmannschaft bestimmt – eine zwingende Konsequenz der Tatsache, daß es die Gewerkschaft selbst in der Hand haben muß, ohne Mitwirkung des Arbeitgebers alle Bedingungen eines rechtmäßigen Streiks zu erfüllen.

Auch die Tatsache, daß sich sowohl am Streik als auch gegebenenfalls am Notdienst Nicht- oder Andersorganisierte beteiligen, ändert an dieser Beurteilung nichts. Zwar kann die Gewerkschaft das Verhalten der Außenseiter nicht durch mitgliedschaftliche Verpflichtungen steuern, doch ist dies auch nicht erforderlich. Sie hat sich schon dann korrekt verhalten, wenn sie die für den Notdienst vorgesehenen von der Aufforderung zur Arbeitsniederlegung ausnimmt, ohne daß es auf die Organisationszugehör-

rigkeit ankäme. Außenseiter können sich zwar einem gewerkschaftlich geführten Streik anschließen<sup>75</sup>, was sich rechtsdogmatisch am ehesten als eine vorübergehende Ausübung der positiven Koalitionsfreiheit – vergleichbar der Mitwirkung an einer ad-hoc-Koalition – erklären läßt<sup>76</sup>. Sie können dies jedoch nur im Rahmen des gewerkschaftlichen Streikaufrufs tun. Von daher besteht keine Gefahr, daß die zum Notdienst eingeteilten Nicht- oder Andersorganisierten sich der Arbeitsniederlegung anschließen<sup>77</sup>.

Die für den Notdienst Eingeteilten erfüllen ihre normale arbeitsvertragliche Pflicht, da der Suspendierungsgrund „Streik“ bei ihnen nicht eingreift. Dies bedeutet weiter, daß insoweit das Direktionsrecht des Arbeitgebers unangestastet bleibt; über den konkreten Einsatz kann er entscheiden<sup>78</sup>.

### 2. Aussperrung

Der aussperrende Arbeitgeber muß – will er rechtswidriges Verhalten vermeiden – die von ihm vorgesehene Notdienstmannschaft ausnehmen<sup>79</sup>. Daß er dies kann, ist nicht nur zweimal vom *Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts*<sup>80</sup>, sondern der Sache nach auch vom *1. Senat des Bundesarbeitsgerichts* bestätigt worden, der in seiner Entscheidung zur selektiven Aussperrung ausdrücklich davon ausging, jeder sachliche, nicht koalitionsbezogene Grund genüge für die Einbeziehung oder Ausklammerung einer bestimmten Arbeitnehmergruppe<sup>81</sup>. Es dürfte schwerfallen, die Mitwirkung am Notdienst nicht als „sachlichen Grund“ anzuerkennen. Die einseitige Festlegung des Notdienstes, seines Umfangs wie der beteiligten Personen, durch den Arbeitgeber verletzt auch nicht das Streikrecht oder andere rechtlich geschützte Interessen der Arbeitnehmerseite; selbst ein „Übermaß“ an Notdienst würde lediglich die negativen Auswirkungen der Aussperrung in Grenzen halten.

Fraglich ist, ob die Gewerkschaft das Recht hat, auf eine Aussperrung mit einer „Zurückziehung der Notdienste“ zu antworten, d. h., auch die für den Notdienst eingeteilten Arbeitnehmer zum Streik aufzurufen. Eine Rechtsgrundlage hierfür ist jedenfalls auf der Basis der Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* nicht ersichtlich; ein solches Verhalten würde im Gegenteil die durch die Aussperrung gerade erst erreichte „Parität“ wieder stören. Soweit ersichtlich, ist bisher ein „Aussetzen“ des Notdienstes auch nie praktiziert worden<sup>82</sup>. Die Gewerkschaft hat lediglich die Möglichkeit, den Streik auf die bisher nur von der Aussperrung betroffenen Betriebe auszudehnen und damit den Notdienst auf das beim Streik erforderliche Maß zu reduzieren. Praktische Bedeutung hat dies insoweit, als dann Abwicklungsarbeiten nicht mehr erbracht werden und so dem Arbeitgeber gegebenenfalls ein beträchtlicher Vermögensnachteil entsteht.

## VI. Notdienstvereinbarungen

### 1. Tarifvertrag oder sonstiger Kollektivvertrag?

Um Meinungsverschiedenheiten, insbesondere aber um das Risiko illegaler Aktionen mit allen sich daran knüpfenden Folgen zu vermeiden, empfiehlt sich der Abschluß von Notdienstvereinbarungen. Daß sie Teil tariflicher Arbeitskampfordnungen sein können, hat der *Große Senat* des

74 Ebenso *Buschmann* (Fußnote 3) S. 233; *Löwisch/Mikosch* (Fußnote 16) S. 165 f.

75 Vgl. *BAG* v. 10. 6. 80 – 1 AZR 331/79, *ArbuR* 1980 S. 249 = *DB* 1980 S. 1355.

76 Für grundsätzliche Einbeziehung der ad-hoc-Koalition in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG *BAG* v. 28. 4. 66, AP Nr. 37 zu Art. 9 GG *Arbeitskampf* = *ArbuR* 1967 S. 76; vgl. auch *BAG* v. 15. 3. 77, AP Nr. 24 zu Art. 9 GG = *ArbuR* 1977 S. 281 mit Anm. v. *Däubler*.

77 Wie hier im Ergebnis *Buschmann* (Fußnote 3) S. 233; *Löwisch/Mikosch* (Fußnote 16) S. 166.

78 Ebenso *Löwisch/Mikosch* (Fußnote 16) S. 165.

79 So ausdrücklich *Richardi*, *SAE* 1972 S. 14; ähnlich *Löwisch*, „Das Übermaßverbot im Arbeitskämpfrecht“, *ZfA* 1971 S. 330. A. A. *Bertels* (Fußnote 34) S. 111.

80 Vgl. *BAG (GS)* v. 28. 1. 55 (Fußnote 8); *BAG (GS)* v. 21. 4. 71 (Fußnote 9).

81 Vgl. *BAG* v. 10. 6. 80 (Fußnote 75).

82 Nach der Aussperrung in der Metallindustrie Nordwürttemberg-Nordbadens 1963 kündigte die Bezirksleitung der IG Metall die Einstellung der Notdienstarbeiten an, doch wurde diese Entscheidung wenige Stunden später vom Vorstand der IG Metall korrigiert; so berichten *Apfel* (Fußnote 1) S. 108 und *Neß*, *Gebändiger Klassenkampf – Tarifautonomie in der BRD* (1970), S. 180 Fußn. 89. Wie hier im Ergebnis *Bertelsmann* (Fußnote 11) S. 383.

*Bundesarbeitsgerichts* bereits 1971 ausdrücklich hervorgehoben<sup>83</sup>; der *1. Senat des Bundesarbeitsgerichts* hat in seinen Aussperrungsentscheidungen die Möglichkeit solcher Abmachungen nochmals unterstrichen<sup>84</sup>. Mit diesen – durchaus beifallswerten – Aussagen ist die Praxis der Notdienstvereinbarungen allerdings noch nicht ausreichend erfaßt. Wie sich aus verschiedenen empirischen Untersuchungen ergibt, werden Absprachen normalerweise auf betrieblicher Ebene, d. h. zwischen Streikleitung oder Betriebsrat auf der einen und Geschäftsleitung auf der anderen Seite getroffen<sup>85</sup>. Dies kann in der Weise erfolgen, daß die eine Seite einen „Notdienstplan“ sowie eine Liste der zum Notdienst eingeteilten Arbeitnehmer vorlegt und die andere Seite schriftlich oder mündlich zustimmt<sup>86</sup>. Abreden dieser Art als Tarifverträge zu qualifizieren, erscheint äußerst fragwürdig. Meist wird schon die Formvorschrift des § 1 Abs. 2 TVG nicht erfüllt sein, da es an der beiderseitigen Unterschrift unter einen verbindlichen Text fehlt<sup>87</sup>. Dazu kommt, daß die Beteiligten in der Regel wohl gar nicht die Absicht haben, einen Tarifvertrag abzuschließen; zumindest auf Arbeitnehmerseite wäre dies nach den Gewerkschaftssatzungen nur mit ausdrücklicher Vollmacht des Hauptvorstandes und gegebenenfalls nach Einschaltung der Tarifkommission möglich. Ein weiteres Indiz ist die Tatsache, daß in der Regel von „Vereinbarungen“ gesprochen wird<sup>88</sup>, während Tarifverträge üblicherweise auch als solche bezeichnet werden. Die Konsequenzen sind ungewöhnlich, aber unabweisbar: Bei den Notdienstvereinbarungen handelt es sich um nicht unter das Tarifvertragsgesetz fallende, „sonstige“ Kollektivverträge, deren Verbindlichkeit auf Grund langjähriger Praxis feststeht. Eine gewisse Parallele findet sich in der Abstufung zwischen förmlicher Betriebsvereinbarung und formloser Betriebsabsprache, die gleichfalls auf der Grundlage praktischer Bedürfnisse entstanden ist<sup>89</sup>. Daß bisher derartige ad-hoc-Vereinbarungen der Gewerkschaften relativ selten sind, hängt damit zusammen, daß bei betrieblichen Konflikten vorwiegend der Betriebsrat zuständig ist und die Gewerkschaft sich auf die überbetriebliche (und damit notwendigerweise an allgemeine Regeln gebundene) Interessenvertretung konzentriert. Soweit die Gewerkschaft als solche ihrerseits auf den einzelnen Betrieb bezogene Aktivitäten entfaltet, tritt auch prompt das Bedürfnis nach einer informellen Abrede auf<sup>90</sup>.

Keine Ausweichmöglichkeit stellen Abmachungen mit dem Betriebsrat dar. Da es beim legalen Streik um die Wahrnehmung gewerkschaftlicher Rechte geht, fehlt ihm mit Rücksicht auf die §§ 2 Abs. 3 und 74 Abs. 2 Satz 1 BetrVG jede Regelungskompetenz<sup>91</sup>. Genau wie bei der gewerkschaftlichen Werbung und Information ist er deshalb nicht in der Lage, die aus Art. 9 Abs. 3 GG folgenden Rechte einzuschränken oder zu erweitern<sup>92</sup>.

## 2. Möglicher Inhalt von Notdienstvereinbarungen

Was den möglichen Umfang des Notdienstes angeht, so wird bei Erhaltungsarbeiten ein größerer Spielraum bestehen als bei den im Interesse Dritter gebotenen Notstandsarbeiten. So ist es etwa möglich, auch einen Teil der Abwicklungsarbeiten in den Notdienst aufzunehmen, sofern dadurch nicht die „Druckwirkung“ des Streiks verlorengeht<sup>93</sup>. Eine Reduzierung der Erhaltungsarbeiten kommt von dem hier vertretenen Ausgangspunkt her nicht

in Betracht, da die „Gestattung“ der Existenzvernichtung gegen die guten Sitten verstoßen würde. Wichtig ist, daß die Auswahl der für den Notdienst zur Verfügung stehenden Arbeitnehmer abgesprochen werden kann; auch von daher kann es die Gewerkschaft verhindern, daß besonders aktive Mitglieder durch Einreihung in die Notdienstmannschaft „kaltgestellt“ werden.

Die Rechtswirkungen von Notdienstvereinbarungen ergeben sich im Zusammenhang mit dem (gleichfalls nicht näher rechtlich ausgestalteten) Streikaufruf der Gewerkschaft: Dieser klammert stillschweigend oder ausdrücklich die vereinbarungsgemäß für den Notdienst vorgesehenen aus. Insofern kann die Frage dahinstehen, ob das Tarifvertragsgesetz auf einen derartigen Kollektivvertrag entsprechende Anwendung findet<sup>94</sup>. Prinzipiell wird man derartige Abmachungen auch als erkämpfbar ansehen können, da andernfalls kein Verhandlungsgleichgewicht bestehen würde<sup>95</sup>. Praktisch wird man sich angesichts der partiellen Übereinstimmung der Interessen allerdings meist vorher einigen; denn sonst würde man genau die Risiken in Kauf nehmen, die man durch die Vereinbarung ausschließen wollte.

## VII. Sanktionen bei Verletzung der Regeln über den Notdienst

Die Tatsache, daß die Nicht-Erbringung des Notdienstes den Streik bzw. die Aussperrung rechtswidrig macht, ist zwar eine wichtige, aber keineswegs in allen Fällen ausreichende Konsequenz. Zwei Konstellationen werfen besondere Probleme auf.

83 Vgl. *BAG (GS)* v. 21. 4. 71 (Fußnote 9).

84 Vgl. *BAG* v. 10. 6. 80 (Fußnote 27); vgl. auch *Reuß*, „Autonome Arbeitskämpfordnungen“, *ArbuR* 1975 S. 1, 10.

85 Vgl. die eingehende Darstellung bei *Apfel* (Fußnote 1) S. 99 ff. sowie aus neuerer Zeit *Dzielak u. a.* (Fußnote 23) S. 159.

86 Vgl. die Praxis im schleswig-holsteinischen Metallarbeiterstreik (wiedergegeben bei *Apfel* [Fußnote 1] S. 103 ff.), wo die Streikleitung den vorgeschlagenen Notdienst „genehmigte“.

87 Näher zu den aus § 1 Abs. 2 TVG folgenden Anforderungen *Däubler/Hege* (Fußnote 21) S. 33; *Wiedemann/Stumpf* (Fußnote 18) § 1 Anm. 98 ff.

88 Vgl. auch das bei *Hernkamp* (Arbeitskampf [1974], S. 205) abgedruckte Beispiel einer Notdienstvereinbarung zwischen der Flughafen-Hamburg-GmbH und der Gewerkschaft ÖTV.

89 Vgl. *Fiting/Auffarth/Kaiser* (Fußnote 26) § 77 Anm. 68 f. mit weit. Nachweisen.

90 Vgl. *Däubler*, *Gewerkschaftsrechte im Betrieb*, 2. Aufl., S. 142, 189 ff.

91 Ebenso *LAG Niedersachsen* v. 1. 2. 80 (Fußnote \*); *Buschmann* (Fußnote 3) S. 233; *Leinemann*, „Erhaltungsarbeiten nach Beginn eines Arbeitskampfes und Arbeitsverhältnis“, *DB* 1971 S. 2309, 2315; *Löwisch/Mikosch* (Fußnote 16) S. 174 f. *A. A.* *LAG Frankfurt* v. 22. 4. 69 (Fußnote 2); *Eberhard Schmidt*, „Mitwirkungspflicht des Betriebsrats bei der Notdienstbestellung vor Arbeitskampf?“ *DB* 1978 S. 1278.

92 Vgl. *BAG* v. 14. 2. 67, *AP* Nr. 10 zu Art. 9 GG = *ArbuR* 1967 S. 158.

93 Richtig *Löwisch/Mikosch* (Fußnote 16) S. 172.

94 Einige Überlegungen zu den (auch in anderen Zusammenhängen relevanten) „sonstigen Kollektivverträgen“ finden sich bei *Däubler/Hege* (Fußnote 21) S. 276 f.

95 Für Erkämpfbarkeit tariflicher Notdienstvereinbarungen sprechen sich *Löwisch/Mikosch* (Fußnote 16) S. 174 aus.

## 1. Arbeitgebermaßnahmen als Eingriff in das subjektive Recht auf Streik

Denkbar und in der Praxis nicht selten ist der Fall, daß der Arbeitgeber von sich aus den Umfang des Notdienstes bestimmt und die erforderlichen Arbeitskräfte auswählt. Verfährt er dabei „großzügig“, werden etwa, wie in einem vom LAG Frankfurt entschiedenen Fall, von etwas über 3 000 Beschäftigten 264 zu „Erhaltungsarbeiten“ und 906 zu „Abwicklungsarbeiten“ eingeteilt<sup>96</sup>, so kommt dies einer Aushöhlung des Streikrechts zumindest nahe. Mit Recht hat das LAG Niedersachsen<sup>97</sup> der Gewerkschaft insoweit einen Abwehranspruch eingeräumt, da ein solches Verhalten des Arbeitgebers in das subjektive Recht auf Streik des einzelnen Arbeitnehmers wie der Gewerkschaft eingreife<sup>98</sup>. Rechtsfolge ist einmal die Unwirksamkeit der Einteilung zum Notdienst<sup>99</sup>, daneben aber auch das Recht der Gewerkschaft wie des einzelnen Arbeitnehmers, vom Arbeitgeber eine Rücknahme seiner Maßnahme zu verlan-

96 Vgl. LAG Frankfurt v. 22. 4. 69 (Fußnote 2).

97 Vgl. LAG Niedersachsen v. 1. 2. 80 (Fußnote \*).

98 Ebenso ArbG Berlin v. 6. 7. 79 – 2 Ga 8/79 und ArbG Hannover v. 6. 6. 79 – 6 Ga 5/79 (beide Entsch. soweit ersichtlich unveröffentlicht), zitiert bei Buschmann (Fußnote 3) S. 231.

99 Ebenso LAG Baden-Württemberg v. 30. 1. 80 (Fußnote 68); LAG Berlin v. 8. 5. 79 – 4 Sa 132/78 und ArbG Freiburg v. 16. 8. 79 – 6 Ga 220/79 (die beide letzteren Entsch. soweit ersichtlich unveröffentlicht), zitiert nach Buschmann (Fußnote 3) S. 231.

100 Vgl. die in Fußnote 98 zitierten Entsch.

101 So schon LAG Frankfurt v. 22. 4. 69 (Fußnote 2).

102 Vgl. Seiter (Fußnote 49) S. 47 ff., 182 ff., 227 ff.; Ote, Das subjektive Arbeitskampfrecht als Grundlage einer Neuorientierung im Recht des Streiks und der Aussperrung (1970); vgl. neuerdings Kazakos, Die Suspendierung von Hauptpflichten – Unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitskampfrechts (1980), S. 71 ff.

103 Einige Überlegungen über diese Frage finden sich bei Däubler (Fußnote 28) S. 182 ff.

104 Vgl. etwa Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem (1971) sowie Blanke, „Der Beamtenstreik im demokratischen Rechtsstaat“, KJ 1980 S. 237.

105 Vgl. die Entsch. des ArbG Hamburg v. 9. 3. 78 – 14 Ga 8/78, bestätigt durch LAG Hamburg v. 20. 6. 78 – 6 Sa 33/78 (beide Entsch. soweit ersichtlich unveröffentlicht).

106 Vgl. Lorenz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., S. 183 ff.

107 Zur Herausbildung neuer Rechtsformen als juristischer Verarbeitung wachsender Vergesellschaftung und veränderter Herrschaftsverhältnisse vgl. Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht (1979), S. 80 ff.; zur entsprechenden Problematik beim Tarifvertrag vgl. Däubler/Hege (Fußnote 21) S. 11 f.; dies., Koalitionsfreiheit (1976), S. 21 f.

108 Vgl. dazu etwa LAG Frankfurt v. 23. 5. 69, ArbUR 1970 S. 218; LAG Baden-Württemberg v. 8. 8. 73, ArbUR 1974 S. 316 mit Anm. v. Birk; LAG Düsseldorf v. 11. 12. 78, ArbUR 1979 S. 60 = DB 1979 S. 167; unangemessen großzügig in der Zuerkennung einer einstweiligen Verfügung LAG München v. 19. 12. 79 (Fußnote 6).

109 Weitergehend Löwisch/Mikosch (Fußnote 16) S. 159 f., die bei Aussperrungen der Gewerkschaft immer das Recht einräumen wollen, den Notdienst zu organisieren.

gen<sup>100</sup>. Dieses Recht kann auch im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden<sup>101</sup>.

Bemerkenswert an dieser Rechtsprechung ist der recht unvoreingenommene Umgang mit einem „subjektiven Recht auf Streik“. Dieses hat bisher allenfalls von seiner rechtskonstruktiven Seite her einige Erörterung erfahren<sup>102</sup>, doch blieb die Frage weitgehend ausgeklammert, inwieweit auch die tatsächlichen Voraussetzungen zur Ausübung dieses Rechts in seinen Schutzbereich einbezogen sind<sup>103</sup>. Ausgangspunkt könnte die Feststellung sein, daß das Streikrecht anders als das liberale Eigentumsrecht kein „Ausgrenzungsrecht“ eines Individuums ist, sondern auf die reale Situation des einzelnen bezogene Handlungsmöglichkeiten sichern will. Es ist ein Kommunikationsgrundrecht<sup>104</sup>, das erst dann in vollem Umfang realisierbar ist, wenn die Verständigung zwischen den Beteiligten ohne Störung von außen vorstatten gehen kann. Das bedeutet, daß nicht nur die einseitige Festlegung eines Notdienstes durch den Arbeitgeber, sondern beispielsweise auch eine von ihm veranstaltete „Urabstimmung“ als Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG zu qualifizieren ist; beide Maßnahmen können deshalb gegebenenfalls im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt werden<sup>105</sup>. Weiter läßt sich daraus das Recht ableiten, im Betriebsgelände Flugblätter zu verteilen und gegebenenfalls dort auch eine Streikversammlung durchzuführen. Die Einordnung eines solchen Kommunikationsrechts in das System subjektiver Rechte ist bisher noch nicht geglückt<sup>106</sup>, was damit zusammenhängen mag, daß es sich um eine neue, im liberalen Rechtssystem nicht vorkommende Kategorie handelt<sup>107</sup>.

## 2. Erzwingung eines Notdienstes?

Organisiert die Gewerkschaft keinen Notdienst oder erscheinen die eingeteilten Arbeitnehmer nicht zur Arbeit, so nützt es dem Arbeitgeber und den durch den Ausfall von Notstandsarbeiten betroffenen Dritten wenig, daß der Streik als solcher rechtswidrig ist. Dasselbe gilt, wenn der Arbeitgeber bei der Aussperrung Produktionsanlagen verrotten läßt. Da eine Existenzvernichtung bzw. ein Schaden für Leben, Gesundheit oder Menschenwürde Dritter droht, kommt als Regelungsmittel eine einstweilige Verfügung in Betracht. Sie richtet sich im Falle des Streiks gegen die Gewerkschaft; sie darf jedoch den Streik als solchen nicht verbieten<sup>108</sup>, sondern muß die Gewerkschaft zunächst verpflichten, für den erforderlichen Notdienst zu sorgen. Erst wenn dies erfolglos bleibt, kommt ein vorläufiges Streikverbot in Betracht. Im Falle der Aussperrung liegt jedenfalls bei der Leistung von Erhaltungsarbeiten ein Eingriff in das gewerkschaftliche Betätigungsrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG vor; er kann dadurch abgewehrt werden, daß man den Arbeitgeber verpflichtet, die Organisation eines Notdienstes durch die Gewerkschaft zu gestatten<sup>109</sup>.

Professor Dr. Dr. h. c. Wilhelm Herschel, Bonn/Köln

## Kernbereichslehre und Kodifikationsprinzip in der Tarifautonomie

Verglichen mit der sozial-, wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Bedeutung der Materie ist das Tarifvertragsge-

setz ein kleines, fast zierliches Gesetz. Bei erster Betrachtung könnte man vermuten, es enthalte nicht viele juristi-