

Arbeitsschutz

Arbeitseinstellung wegen Asbestemission?

Unter welchen Voraussetzungen können Arbeitnehmer die Arbeit einstellen, wenn sie unter gesundheitsgefährdenden Bedingungen arbeiten müssen?

In welcher Form ist ein solches Recht auf Arbeitsverweigerung gegebenenfalls auszuüben?

Bleibt der Lohnanspruch für die Dauer der Arbeitsverweigerung bestehen?

Diesen Fragen geht Prof. Wolfgang Däubler in einem für die RFFU Verband Deutsche Welle Anfang 1989 erstatteten Gutachten nach. Dem nachstehend abgedruckten Text lag, knapp gesagt, folgender Sachverhalt zugrunde:

Bei den 1976 und 1979 errichteten Hochhäusern der Deutsche Welle in Köln waren die dichtgesetzten Stahlträger mit Spritzasbest als Feuerschutz ummantelt.

Auf Drängen des Personalrats wurden nach dem Bezug immer wieder Messungen der Asbestfaser-Konzentration in den Arbeitsräumen vorgenommen. Insbesondere nach Reparaturarbeiten im Jahre 1988 wurden erhebliche Faserkonzentrationen (bis zu 850 000 Fasern pro Kubikmeter Luft) festgestellt.

Nach Abschluß der Arbeiten ging die Belastung wieder zurück (400 Fasern pro Kubikmeter).

In einem Gutachten wurde jedoch festgestellt, daß jede Reparaturarbeit, bei der mit Asbestzement ummantelte Träger freigelegt werden, zu hohen Belastungen führt. Die Dauerbelastung würde auch unabhängig davon voraussichtlich wegen der zunehmenden Versprödung des Materials zunehmen. Mit solchen Abnutzungsprozessen sei schon 10 bis 15 Jahre nach der Verarbeitung zu rechnen.

In einem Gutachten des TÜV Rheinland wurde die Sanierung des gesamten Gebäudes als „dringend erforderlich“ bezeichnet. Der Asbest müsse durch ein anderes Feuerschutzmaterial ersetzt werden.

Der Personalrat erwog nun, da finanzielle Aspekte eine durchschlagende Sa-

nierung auf unabsehbare Zeit zu verzögern schienen, die Möglichkeit einer Arbeitsverweigerung durch die gefährdeten Beschäftigten.

Zu dieser Frage nahm Prof. Wolfgang Däubler Stellung:

Folgen einer Asbestfaser-Exposition

Asbest gehört seit langem zu denjenigen Stoffen, deren krebserzeugende Wirkung unbestritten ist. In der Gefahrstoffverordnung vom 26. August 1986 (BGBl I, 1470) ist Asbest in seinen einzelnen Erscheinungsformen im Anhang II als „krebserzeugender Gefahrstoff“ aufgeführt. Je nach Faserkonzentration erfolgte bis Ende 1988 eine Einordnung in die Gruppe II (stark gefährdend) bzw. III (gefährdend). Am 22. Juni 1988 hat der Ausschuß für Gefahrstoffe beim Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung die Einstufung in die Gruppe I (sehr stark gefährdend) beschlossen, sofern bestimmte Mindestkonzentrationen überschritten sind. In der Begründung wird darauf verwiesen, seit 1979 seien neue Erkenntnisse sowohl auf arbeitsmedizinisch-epidemiologischem als auch auf toxikologischem Gebiet gewonnen worden.¹⁾

Hervorzuheben ist, daß die Zahl der asbestbedingten Todesfälle auf jährlich 1000 bis 1350 beziffert wird. Dazu gehören ca. 350 bis 400 Mesotheliom-Fälle (bösartiger Tumor des Brust- oder Bauchfells), die vorwiegend nach Asbestexpositionen auftreten, sowie 700 bis 800 Fälle von Bronchialkrebs. Die Latenzzeit beträgt zwischen 10 und 50 Jahren, so daß sich auch Schutzmaßnahmen erst in längeren zeitlichen Abständen positiv in der Mortalitätsstatistik niederschlagen.²⁾

Der Ausschuß für Gefahrstoffe vertritt den Standpunkt, es gebe aus toxikologischen Gründen keine Schwellendosis für die krebserzeugende Wirkung von Asbestfasern. Auch der TÜV Rheinland ist davon ausgegangen, daß es keine „unschädliche“ Menge von Asbestfasern gebe.^{3) 4)}

Die Fragestellung: Recht zur Arbeitsverweigerung?

Die RFFU Verband Deutsche Welle möchte Auskunft zu der Frage, ob die Beschäftigten der Deutschen Welle unter den gegebenen Umständen das Recht besitzen, bis zu einer Sanierung die weitere Arbeit in den beiden Gebäuden zu verweigern. Auch der Personalrat hat in seinem an den Intendanten gerichteten Schreiben vom 9. 11. 1988 darauf hingewiesen, einige Beschäftigte würden sich bereits die Frage stellen, „ob sie nur auf individualrechtlichem Wege eine weitere Gefährdung ihrer Gesundheit ausschließen können“. In dem an die Belegschaft verteilten Info 15/88 vom 10. 11. 1988 kündigte der Personalrat weiter eine Prüfung an, „ob die Deutsche Welle den Kollegen und Kolleginnen einen weiteren Verbleib im Hause zumuten darf und welche Möglichkeiten die einzelnen haben, sich gegen die Gefährdung ihrer Gesundheit zur Wehr zu setzen“.

Im folgenden soll es um das Problem gehen, ob der Arbeitgeber seiner aus § 618 BGB folgenden Fürsorgepflicht dadurch zuwidergehandelt hat und weiter zuwiderhandelt, daß er die Beschäftigten der Deutschen Welle in den bisherigen Gebäuden arbeiten läßt. Ist dies der Fall, können diese ihre Arbeitsleistung grundsätzlich solange zurückhalten, bis dieser rechtswidrige Zustand beseitigt ist. Wie dieses Zurückbehaltungsrecht im einzelnen beschaffen ist, welche Grenzen es besitzt und in welcher Form es ausgeübt werden kann, ist dann im einzelnen zu untersuchen.

1) Die Begründung ist abgedruckt in BARbBl 9/1988, S. 84 ff.

2) Weitere Ausführungen in BARbBl 9/1988, S. 84 ff.

3) A.a.O., S. 4: „Asbeststaub, gleich welcher Konzentration, ist gesundheitsschädlich, wenn er über die Atemwege in die Lunge gerät.“

4) A.a.O., S. 11: „Bei der Anwesenheit von Asbestfasern in der Atemluft gibt es kein Nullrisiko, es ist aber wahrscheinlich, daß das Auftreten eines Gesundheitsschadens mit abnehmender Konzentration gering wird.“

Rechtliche Würdigung

Vorliegen einer Pflichtverletzung des Arbeitgebers

Prüfungsmaßstab Gefahrstoff-VO

Nach § 618 Abs. 1 BGB hat der Arbeitgeber Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften so einzurichten und zu unterhalten, daß der Arbeitnehmer gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet. Diese Generalklausel wird nach allgemeiner Auffassung durch die Normen des Arbeitsschutzrechtes konkretisiert: Auch wenn diese primär das Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und staatlichen Aufsichtsbehörden regeln, gestalten sie doch gleichzeitig auch die Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Beachtet der Arbeitgeber daher beispielsweise die Arbeitsstättenverordnung oder Unfallverhütungsvorschriften nicht, so verletzt er zugleich seine Fürsorgepflicht nach § 618 BGB.⁵⁾

Zu den von der Deutschen Welle zu beachtenden Vorschriften gehört auch die Gefahrstoffverordnung vom 26. August 1986 (BGBl. I, 1410). Da sie anders als etwa die Arbeitsstättenverordnung nicht auf § 120e Gewerbeordnung sondern im wesentlichen auf das Chemikaliengesetz gestützt ist, erfaßt sie jedes Inverkehrbringen und jeden Umgang mit Gefahrstoffen ohne Rücksicht darauf, ob es sich um einen öffentlichen oder einen privaten Arbeitgeber handelt.⁶⁾

Umgang mit Gefahrstoffen

Ihrem Gegenstandsbereich nach regelt die Gefahrstoffverordnung neben dem (hier nicht weiter interessierenden) Inverkehrbringen den sog. Umgang mit Gefahrstoffen. § 15 Abs. 2 Gefahrstoffverordnung gibt insoweit eine ausdrückliche Definition: Unter „Umgang“ ist das Herstellen oder Verwenden im Sinne des § 3 Nr. 5 und 8 des Chemikaliengesetzes zu verstehen. Während § 3 Ziffer 5 des Chemikaliengesetzes das Herstellen (fast tautologisch) mit „herstellen oder gewinnen“ umschreibt, gibt § 3 Nr. 8 des Chemikaliengesetzes eine eingehende Definition des „Verwendens“. Erfaßt ist danach das „Gebrauchen, Verbrauchen, Lagern, Aufbewahren, Bè- und Verarbeiten, Abfüllen, Umfüllen, Mischen, Vernichten und innerbetriebliche Befördern“.

Legt man diese Aussagen zugrunde, so stellt wohl die Vornahme von Reparaturarbeiten ebenso wie die Entsorgung einen Umgang im Rechtssinne dar. Die bloße Bürotätigkeit in Räumen, die wegen der Beschaffenheit des Gebäudes asbestgefährdet oder asbestverseucht sind, ist schwerlich erfaßt.

Der denkbare Rückschluß, damit sei die Anwendung der Gefahrstoffverordnung auf das hier in erster Linie interessierende Problem ausgeschlossen, wäre jedoch verfrüht. § 14 Abs. 1 bezieht den ganzen Dritten Abschnitt der Verordnung (§§ 14–36) auf den „Umgang mit Gefahrstoffen einschließlich Tätigkeiten in deren Gefahrenbereich“, beschränkt sich also in Wirklichkeit nicht auf die engeren Definitionen des Chemikaliengesetzes. Was Tätigkeiten „im Gefahrenbereich“ sind, wird nicht ausdrücklich gesagt, doch enthielt § 11 Abs. 1 Satz 2 der Arbeitsstoffverordnung insoweit eine eindeutige Aussage. Dort war ausdrücklich bestimmt:

„Ein Gefahrenbereich ist bei ... krebserzeugenden Arbeitsstoffen insoweit gegeben, als die Arbeitnehmer den Einwirkungen dieser Arbeitsstoffe ausgesetzt sind.“

Entscheidend kommt es also auf die potentielle Wirkung, nicht etwa auf die räumliche Nähe zu Arbeitsvorgängen an, die einen „Umgang“ im engeren Sinne darstellen. Allein eine solche Auslegung vermeidet sachwidrige Differenzierungen, wonach bei gleichen oder gleichartigen Gefahren unterschiedliche Regelungen (einmal Gefahrstoffverordnung, einmal nur die Generalklausel des § 618 BGB) eingreifen würden. Hinzu kommt, daß die Gefahrstoffverordnung gegenüber der Arbeitsstoffverordnung eine Verbesserung, jedoch keinen Rückschritt bringen wollte.⁷⁾

Das „Ausgesetztsein“ ist deshalb wie ein „Umgang“ zu behandeln.⁸⁾

Spezialnormen für Asbest

Nach dem somit eingreifenden Dritten Abschnitt der Gefahrstoffverordnung trifft den Arbeitgeber nach § 17 Abs. 1 eine allgemeine Schutzpflicht. Dort ist bestimmt:

„Der Arbeitgeber, der mit Gefahrstoffen umgeht, hat die zum Schutz des menschlichen Lebens, der menschlichen Gesundheit und der Umwelt erforderlichen Maßnahmen nach den allgemeinen und besonderen Vorschriften dieser Verordnung einschließlich ihrer Anhänge ... zu treffen.“

Anhang II enthält eine Reihe „besonderer Vorschriften“ zum Schutz der Beschäftigten gegen krebserzeugende Substanzen. Das dort ausdrücklich genannte Asbest war bisher (und ist immer noch)

der Gefährdungsgruppe II und III zugeordnet; in Zukunft soll es — wie erwähnt — auch in der Gefährdungsgruppe I aufgeführt werden⁹⁾, was eine formale Änderung der Gefahrstoffverordnung voraussetzt.

a) Bisherige Rechtslage

Legt man zunächst die bisher bestehende Rechtslage zugrunde, so greifen jedenfalls die allgemeinen Verhaltensnormen ein, die in Ziffer 1.3.1 des Anhangs II zur Gefahrstoffverordnung in bezug auf Asbest bestehen. Danach verlangt Ziffer 1.3.1.3 vom Arbeitgeber bestimmte Vorsorgemaßnahmen. Abs. 1 dieser Vorschrift bestimmt:

„Die Anzahl der Arbeitnehmer, die Asbeststaub oder asbesthaltigem Staub ausgesetzt sein können, ist soweit wie möglich zu beschränken.“

Bemerkenswert an dieser Vorschrift sind zwei Dinge:

Zum einen stellt der Verordnungsgeber nicht darauf ab, ob bestimmte Beschäftigte asbesthaltigem Staub „ausgesetzt sind“. Vielmehr setzen die Pflichten des Arbeitgebers bereits dann ein, wenn die Möglichkeit einer Exposition („Ausgesetzt sein können“) besteht. Mit Recht wird nicht gewartet, bis eine konkrete Belastung nachweisbar ist. Schon angesichts der Tatsache, daß es keinen unteren Schwellenwert für eine gesundheitlich völlig unbedenkliche Menge gibt, geht es primär um Prävention, d. h. darum, von vornherein jeden Kontakt mit Asbest zu vermeiden. Zum zweiten soll die Zahl der gleichwohl mit Asbest in Be-

5) Vgl. statt aller Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 6. Aufl., München 1987, § 152 I 2; Wlotzke, Öffentlich-rechtliche Arbeitsschutznormen und privatrechtliche Rechte und Pflichten des einzelnen Arbeitnehmers, Festschrift für Hilger und Stumpf, München 1983, S. 723.

6) Dies ist offensichtlich auch unter den Beteiligten unstreitig. Aus der Literatur s. etwa Heilmann AiB 1987, 82.

7) Morich NZA 1987, 266. Vgl. auch Horst Peter Weber, Recht der gefährlichen Arbeitsstoffe, Kommentar zur Arbeitsstoffverordnung, Loseblatt, Stand: März 1982, § 11 Anmerkung 2, wo ausdrücklich auf das Beispiel des Auftretens von Asbeststaub beim Abbruch von Gebäuden hingewiesen wird.

8) Vgl. Morich NZA 1987, 268.

9) Kritisch zu dieser langen Schonzeit für Asbest Beyersmann, Krebserzeugende Arbeitsstoffe, in: Elsner (Hrsg.), Handbuch Arbeitsmedizin, Hamburg 1988, S. 104 f.

rührung kommenden Personen möglichst gering gehalten werden. Aus diesem Gebot zur Minimierung der persönlichen Betroffenheit folgt notwendig der Grundsatz, daß jede Asbestexposition zu vermeiden ist, wenn dies im Rahmen des Möglichen liegt.^{9a)}

Fraglich kann unter diesen Umständen nur sein, wie der Vorbehalt „soweit wie möglich“ zu verstehen ist. Erfasst sind damit mit Sicherheit jene Fälle, in denen eine Exposition aus technischen Gründen nicht vermeidbar ist, weil Asbest im Arbeitsprozeß verwendet werden muß und perfekte Schutzmaßnahmen nicht zur Verfügung stehen. Ob auch der finanzielle Aufwand Vorsorgemaßnahmen „unmöglich“ machen kann, erscheint zweifelhaft. Immerhin wäre es denkbar, daß das Minimierungsgebot der Ziffer 1.3.1.3 Abs. 1 nicht zu einer Existenzgefährdung des Arbeitgebers führen darf.¹⁰⁾

Im vorliegenden Zusammenhang spielen diese Überlegungen jedoch von vornherein keine Rolle. Eine „technische Unmöglichkeit“, die Belastung mit Asbestfasern zu verhindern, ist ersichtlich nicht vorhanden und von niemandem behauptet worden: Die Gebäude können saniert werden. Von „wirtschaftlicher Unmöglichkeit“ kann gleichfalls nicht die Rede sein, wenn man bedenkt, daß das Anmieten von Räumen für 1 bis 1 1/2 Jahre, verglichen mit den Baukosten und dem jährlichen Gesamtaufwand für den Sender sicherlich nicht alle Dimensionen sprengt. Niemand würde vermutlich ernsthaft daran zweifeln, einem Privatunternehmer, der ein Verwaltungsgebäude für fast 500 Mio. errichtet hat, Sanierungsmaßnahmen in Höhe von ca. 30 Mio. und Mietkosten in Höhe von einigen weiteren Mio. zuzumuten. Die öffentliche Hand kann insoweit für sich keinen Sonderschutz auf Kosten ihrer Beschäftigten beanspruchen.

Schon nach der bisher geltenden Rechtslage war daher der Arbeitgeber verpflichtet, Ersatzräume anzumieten und so jede weitere Belastung der Beschäftigten durch Asbest auszuschließen.

b) Neue Rechtslage

Nach der künftigen Rechtslage greift zusätzlich noch Ziffer 1.2.3.2 des Anhangs II zur Gefahrstoffverordnung ein, wo in Abs. 1 bestimmt ist:

„Arbeitnehmer dürfen krebserzeugenden Gefahrstoffen, die sowohl in Gruppe I als auch in Gruppe II und III aufgeführt sind, nicht ausgesetzt sein. Die zuständige Behörde kann im Einzelfall eine Ausnahme zulassen, wenn nach dem Stand der Technik

die Einhaltung des Gebotes nach Satz 1 nicht möglich ist.“

Das generelle Expositionsverbot geht insofern weiter als die Minimierungsvorschrift der Ziffer 1.3.1.3, als es keinen Vorbehalt zugunsten technischer oder wirtschaftlicher (Un-)Möglichkeiten enthält. Eine Ausnahme, d. h. ein Umgang mit diesem Stoff bzw. ein Ausgesetztsein ist nur noch dann zulässig, wenn eine behördliche Zustimmung vorliegt und wenn es nach dem Stand der Technik keine Alternative gibt. Wirtschaftliche Unzuträglichkeiten, auch schwere Nachteile sind in diesem Fall nicht in der Lage, eine Ausnahme zu rechtfertigen.

In bezug auf die hier zu erörternde Situation ergeben sich keine wesentlichen Unterschiede. Dies rührt daher, daß das vorhandene Asbest im Grunde nur eine unerwünschte „Rahmenbedingung“ des Arbeitsprozesses ist, die ohne übergroße Schwierigkeiten beseitigt werden kann. Anders verhält es sich bei Arbeitsvorgängen, die sich direkt auf Asbest beziehen: Die Entfernung der Asbestummantelung von den Stahlträgern und ihre Ersetzung durch einen anderen Stoff bedarf behördlicher Genehmigung, wäre jedoch nach Ziffer 1.3.1.3 bislang ohne eine solche zulässig gewesen.¹¹⁾

Nach künftigem Recht ist der Arbeitgeber erst recht verpflichtet, jede potentielle Asbestexposition zu verhindern. Da andere Möglichkeiten nicht ersichtlich sind, kommt hierfür nur die Anmietung neuer Räume in Betracht.

Der Zeitfaktor: Bestehen eines fälligen Anspruchs

Besondere Probleme wirft der Zeitfaktor auf. Dies zeigt sich bereits beim Fortgang der Reinigungsarbeiten, durch die die Folgen der Umrüstung der Klimaanlage und der Erneuerung der Feuer-schutzklappen beseitigt werden sollen. Genügt der Hinweis darauf, daß keine ausreichenden Finanzmittel zur Verfügung stehen, um den Reinigungsprozeß des Büroturmes über zwei Monate hinweg zu erstrecken und um den Studioturm vorläufig im bisherigen Zustand zu belassen? Erst recht erscheint die Frage kontrovers, ob mit der Sanierung sofort begonnen werden muß oder ob die Räumung der Gebäude ein halbes oder ein Jahr Zeit hat.

Die oben erwähnten Regeln der Anlage II zur Gefahrstoffverordnung enthalten keinerlei Vorbehalt in der Richtung, daß nicht sofort, sondern beispielsweise binnen angemessener Frist gehandelt werden müsse. Sie unterscheiden sich insoweit von der allgemeinen Vorschrift

des § 17 Gefahrstoffverordnung, wo in Abs. 2 die Rede davon ist, Maßnahmen zur Abwehr unmittelbarer Gefahren seien „unverzüglich“ zu treffen. Bei krebserzeugenden Substanzen gelten ersichtlich andere Grundsätze¹²⁾, was damit zusammenhängt, daß angesichts fehlender unterer Schwellenwerte die Differenzierung zwischen unmittelbarer und weiter entfernt liegender Gefahr nicht sinnvoll ist. Auch die Tatsache, daß Ziffer 1.3.1.3 Abs. 1 bereits die Möglichkeit zur Exposition als Anlaß für eine Regelung nimmt, macht deutlich, daß es hier nicht nur um die Bekämpfung manifest gewordener Gefahren geht. Der Anhang II kennt auch an keiner anderen Stelle Vorschriften über einen „Aufschub“. Einziges zeitliches Korrektiv ist der Möglichkeits-Vorbehalt in Ziffer 1.3.1.3: Er gilt selbstredend auch in zeitlicher Hinsicht, so daß einige Tage für den Umzug sicherlich nicht zu beanstanden sind.

Den von Asbestemissionen potentiell betroffenen Arbeitnehmern der Deutschen Welle steht unter diesen Umständen ein fälliger Anspruch darauf zu, nicht mehr unter den bisherigen räumlichen Bedingungen arbeiten zu müssen.

Für die Arbeitgeberseite ist dieses Resultat alles andere als unbillig. Schon bei der Errichtung der beiden Gebäude wurde deutlich, daß die Verwendung von Spritzasbest einen „Problempunkt“ darstellte, daß sich Architekt und verantwortliche Instanzen des Bundes bestenfalls in der Grauzone des gerade noch Tolerierbaren bewegten. Der Eingriff der Gewerbeaufsicht, der zum Verzicht auf Asbest ab dem 14. Stock des Studioturms führte, stellte eine reichlich ungewöhnliche Maßnahme dar. Unter solchen Umständen muß ein Bauherr damit rechnen, daß auch in Zukunft ein Asbestproblem auf ihn zukommen wird. Dies insb. angesichts der Tatsache, daß in der Fachwelt Einigkeit darüber besteht, nach 10 bis 15 Jahren könne es wegen der Verrottung des Materials zur Abscheidung ei-

9a) Zum generellen Minimierungsgebot im Gefahrstoffrecht s. Kalberlah-Stegemann AiB 1987, 281 ff.

10) Zur parallelen Fragestellung im Umweltrecht s. Sandler, UPR 1983, 3 ff.; Däubler, Rechtliche Aspekte des Umweltschutzes, Jahrbuch Arbeit und Technik in Nordrhein-Westfalen, Bonn 1988, S. 24.

11) Zur neuen Rechtslage s. auch Beyersmann, a.a.O. sowie Klein-Streffer DB 1987, 2311.

12) Für systematischen Vorrang der Sonderregeln ausdrücklich auch Klein-Streffer DB 1987, 2307.

ner erheblichen Zahl von Asbestfasern kommen. Schließlich ist zu bedenken, daß spätestens seit dem 7. 9. 1988 zwischen den Belegschaftsvertretern und der Intendanz über Maßnahmen zur Bewältigung der anstehenden Fragen verhandelt wird. Unter solchen Umständen ist keinerlei Gesichtspunkt ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, dem Arbeitgeber eine weitere Auslauf- und Übergangsfrist zuzubilligen — ganz abgesehen davon, daß eine gesetzliche Grundlage hierfür nirgendwo vorhanden wäre.

Das Bestehen eines Zurückbehaltungsrechts

Der Grundsatz

Verletzt der Arbeitgeber seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, so ist der Arbeitnehmer nach § 273 Abs. 1 BGB berechtigt, seinerseits die Leistung zu verweigern, bis der Arbeitgeber zu einem vertragsgemäßen Verhalten zurückgekehrt ist. In der Rechtsprechung des BAG ist dies für Lohnrückstände¹³⁾, aber auch für die Verletzung von Arbeitsschutzvorschriften anerkannt.¹⁴⁾

Weiter dürfen Verletzungen des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers ausreichen¹⁵⁾, während lediglich die Verletzung betriebsverfassungsrechtlicher Vorschriften Anlaß zu Zweifeln bot.¹⁶⁾

Auch in der Literatur hat diese Auffassung mittlerweile allgemeine Anerkennung gefunden; die Jahrzehnten vertretene Thesen, der Fixschuldencharakter der Arbeitsleistung stehe der Gewährung eines Zurückbehaltungsrechts entgegen, ist mittlerweile überwunden.¹⁷⁾

Das ausdrückliche, in § 21 Abs. 6 Satz 2 Gefahrstoffverordnung gewährte Zurückbehaltungsrecht hat insoweit nichts Neues gebracht, sondern den bestehenden Rechtszustand „speziell unterstreichen“.¹⁸⁾

Wem steht das Zurückbehaltungsrecht zu?

Seinem arbeitsvertragsrechtlichen Ursprung nach steht das Zurückbehaltungsrecht nicht jedem Belegschaftsangehörigen, sondern nur denjenigen Personen zu, die von der Rechtsverletzung des Arbeitgebers betroffen sind.¹⁹⁾ Zur Arbeitseinstellung berechtigt sind daher alle Arbeitnehmer, die in Räumen sitzen, bei denen Asbestbelastung auftreten kann. Dies betrifft den gesamten Büro-

turm sowie den Studioturm bis zur 14. Etage. Dasselbe gilt erst recht für Mitarbeiter der Haustechnik, die ggfs. unmittelbar mit Asbest in Berührung kommen.

Schranken des Zurückbehaltungsrechts

Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts darf nach allgemeiner Auffassung nicht im Einzelfall gegen Treu und Glauben verstoßen.²⁰⁾

Im einzelnen wird dies in verschiedenen typischen Fallkonstellationen angenommen.

— Gegen Treu und Glauben verstößt es, wenn wegen einer verhältnismäßig geringfügigen Restforderung die ganze eigene Leistung zurückgehalten wird.²¹⁾

Diese auf Geldforderungen bezogene Grenze läßt sich nicht auf den hier vorliegenden Fall einer Gesundheitsgefährdung übertragen. Der Höherwertigkeit der menschlichen Gesundheit wegen kann es schwerlich treuwidrig sein, auch erhebliche wirtschaftliche Nachteile zu verursachen, wenn andernfalls dauerhafte Schäden an der eigenen Gesundheit drohen.

Davon abgesehen hat der Gesetzgeber mit der Regelung in Anhang II zur Gefahrstoffverordnung deutlich gemacht, daß er bei Asbestexposition den Schutz sehr früh ansetzen will; diese Wertentscheidung würde relativiert, wenn nicht aufgehoben, wollte man etwa mit dem Argument, eine nur mögliche Asbestbelastung müsse hinter den wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers zurücktreten, dem Zurückbehaltungsrecht die Anerkennung versagen.

— Im Bereich von Lohnzahlungen hat das BAG weiter einen Verstoß gegen Treu und Glauben dann angenommen, wenn nur eine „kurzfristige Verzögerung“ zu erwarten war.²²⁾

Auch dazu besteht hier keine Parallele. Zum einen spielt die Zeitdimension im Rahmen der Belastung durch Asbest eine ganz andere Rolle als im normalen Wirtschaftsverkehr: Verspätete Zahlung führt schlimmstenfalls zu einem Verzugschaden in Höhe banküblicher Kreditzinsen, zwei Monate zusätzlicher Asbestexposition können angesichts eines fehlenden unteren Schwellenwertes existentielle Konsequenzen haben. Zum zweiten wäre eine Verzögerung des Umzugs bis Mitte 1989 angesichts der Vorgeschichte und der seit Anfang September 1988 laufenden Verhandlungen keine „kurzfristige“ mehr.

— Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts darf weiter nicht zur Unzeit erfolgen, damit dem Arbeitgeber kein

unverhältnismäßig hoher Schaden entsteht.²³⁾

Auch eine solche Konstellation ist hier nicht ersichtlich. Durch die Verweigerung der Arbeitsleistung droht dem Arbeitgeber mit Rücksicht auf die Natur der von ihm erbrachten Dienstleistungen kein materieller Schaden. Die immateriellen Nachteile, die aus einer Ausdünnung von Sendungen (nur Musik statt redaktioneller Beiträge) oder aus einem Ausfall folgen könnten, sind nicht so gravierend, daß sie die Ausübung von Rechten der Beschäftigten irgendwie in Frage stellen könnten. Ob in Betrieben lebenswichtiger Daseinsvorsorge insofern anderes gilt und notdienstähnliche Maßnahmen getroffen werden müßten²⁴⁾,

13) So der Fall BAG NZA 1985, 355.

14) So ausdrücklich BAG AP Nr. 58 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 4 R.

15) So BAG AP Nr. 28 zu § 615 BGB Bl. 3 für den Fall beleidigender Unterstellungen.

16) Dazu BAG AP Nr. 58 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

17) So zutreffend BAG NZA 1985, 355 rechte Spalte; aus der Literatur s. insbes. Böttcher, Gemeinsame Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts, Frankfurt/M. 1986 S. 21 ff.; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Stuttgart—Berlin—Köln—Mainz 1982, Rn 596 ff.; Söllner AuR 1985, 323; Schaub, a.a.O., § 152 I 2, § 50; Schwerdtner, Münchner Kommentar zum BGB, 2. Aufl., Bd. 3, 1. Halbband, München 1988, § 626 Rn. 139; Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 4. Aufl., Reinbek 1986, S. 216.

18) So Kaufmann DB 1986, 2229; ebenso Böttcher AiB 1987, 34, 37; Heilmann AiB 1987, 85.

19) Weitergehend und die Einbeziehung sich solidarisierender Nichtbetroffener bejahend Moll RdA 1976, 104 mwN.

20) Esser-Schmidt, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6 Aufl., Heidelberg 1984, § 16 II 1; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, § 16, 6.

21) So etwa Larenz, a.a.O., sowie BAG NZA 1985, 355.

22) So BAG NZA 1985, 355.

23) So BAG NZA 1985, 356.

24) Vgl. hierzu Brox-Rüthers, a.a.O., Rn. 607; Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 1987, Rn. 1427; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, a.a.O., S. 437.

kann hier dahingestellt bleiben: Die Sendungen der Deutschen Welle können schwerlich zur „lebenswichtigen Daseinsvorsorge“ gerechnet werden; auch steht ersichtlich nicht die vorübergehende Einstellung des gesamten Sendebetriebs zur Debatte.

In der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte und in der Literatur sind weitere Grenzen für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts entwickelt worden. So wird etwa der Standpunkt vertreten, § 242 BGB könne verletzt sein, wenn die zurückgehaltene Leistung für den Gläubiger von existentieller Bedeutung sei und der Schuldner sich auf Gegenrechte berufe, die erst im Verlauf eines langwierigen Rechtsstreits geklärt werden könnten.²⁵⁾

Auch insoweit bestehen keine Parallelen zum vorliegenden Fall. Ob von existentiell Angewiesensein auch bei juristischen Personen und der öffentlichen Hand die Rede sein kann, erscheint zweifelhaft, braucht hier jedoch nicht vertieft zu werden. Anders als in den erwähnten Fällen ist der Gegenanspruch nicht unklar oder nur in einem langwierigen Verfahren zu bestimmen: Über die Notwendigkeit der Sanierung des Gebäudes besteht im Grundsatz Einverständnis, lediglich bezüglich des Zeitpunkts existiert im Moment noch keine volle Klarheit.

Schließlich ist ein Zurückbehaltungsrecht davon abhängig gemacht worden, daß — ähnlich wie bei Tarifverhandlungen — zunächst auf anderem Wege eine Einigung versucht wurde. Hier soll das sog. Ultima-ratio-Prinzip gelten.²⁶⁾

Die Grundsatzfrage, ob das Ultima-ratio-Prinzip überhaupt für die gemeinsame Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts gilt, kann gleichfalls dahinstehen.²⁷⁾

Angesichts der seit der ersten Septemberhälfte 1988 laufenden Gespräche, Verhandlungen und Auseinandersetzungen kann jedenfalls nicht die Rede davon sein, man habe den Versuch unterlassen, mit einem milderen Mittel als einer Arbeitsverweigerung zum Ziel zu kommen. Dennoch kann es sich weniger aus rechtlichen als aus innerbetrieblichen Gründen empfehlen, vor einer Ausübung des Zurückbehaltungsrechts noch einmal nachdrücklich auf dieses Recht hinzuweisen, um so der Arbeitgeberseite die Möglichkeit zu eröffnen, den vorhandenen rechtswidrigen Zustand zu beseitigen.

Als Zwischenergebnis bleibt daher festzuhalten: Die durch Asbestemissionen gefährdeten Arbeitnehmer der Deutschen Welle besitzen das Recht, die Leistung ihrer Arbeit im bisherigen Gebäude zu verweigern. Die dem Zurückbehaltungsrecht gezogenen Grenzen greifen im vorliegenden Fall nicht ein.

Formen der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts

Formen der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts

Kollektive Ausübung

Das Recht, die Arbeitsleistung zurückzuhalten, kann von Arbeitnehmern auch kollektiv ausgeübt werden. Dies ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt und folgt aus der einfachen Erwägung, daß ein Individualrecht nicht dadurch verloren geht, daß andere von ihren entsprechenden Befugnissen gleichzeitig Gebrauch machen; auch eine insoweit getroffene Absprache ist nach allgemeiner Auffassung unschädlich.²⁸⁾

Kennzeichnung als „Zurückbehaltungsrecht“

Das BAG verlangt als weitere Voraussetzung, die Arbeitnehmer müßten den Arbeitgeber „in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise“ davon in Kenntnis setzen, daß sie ein Zurückbehaltungsrecht ausüben und nicht etwa streiken wollen.²⁹⁾

In einer späteren Entscheidung wurde dies durch die Formulierung relativiert, „jedenfalls nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats wäre (das Zurückbehaltungsrecht) zudem ausdrücklich von den Arbeitnehmern als solches zu bezeichnen“; „zumindest“ müsse die Ausübung „stets deutlich erkennbar sein“.³⁰⁾

In einer neueren Entscheidung heißt es, der Arbeitgeber müsse wissen, daß der Arbeitgeber ein Zurückbehaltungsrecht zur Sicherung eines bestimmten Individualanspruchs ausübe.³¹⁾

Die Literatur hat dem nachhaltig widersprochen und darauf hingewiesen, der juristische Laie sei mit einer derartigen Qualifikationspflicht überfordert.³²⁾

Dem läßt sich die Erwägung hinzufügen, daß eine derartige Kennzeichnungspflicht völlig systemfremd ist. So hat weder das BAG noch die Arbeitsrechtswissenschaft jemals daran gezweifelt, daß es völlig unbeachtlich ist, wenn die Arbeitsvertragsparteien ihre Abmachung als „Werkvertrag“ bezeichnen³³⁾ oder wenn dasselbe mit einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag geschieht.³⁴⁾

Auch im Geschäftsverkehr würde es völlig ausreichen, auf den Anlaß hinzu-

weisen, der der eigenen Leistungsverweigerung zugrunde liegt — mehr kann man beim besten Willen auch nicht von Arbeitnehmern verlangen.

Gleichwohl ist den Beteiligten zu raten, eine eventuelle Arbeitsverweigerung ausdrücklich als Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts zu bezeichnen. Auf diese Weise werden Unklarheiten und rechtliche Risiken ausgeschlossen, die andernfalls angesichts der Rechtsprechung des BAG entstehen könnten.

Organisierung durch Gewerkschaften und Betriebsrat

Die gemeinsame Ausübung von Zurückbehaltungsrechten kann von einer Gewerkschaft organisiert werden. Diese bewegt sich im Rahmen der „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG, wenn sie die Arbeitnehmer über ihre Rechte aufklärt und sie bei deren außergerichtlicher Durchsetzung unterstützt. § 11 ArbGG, wonach die Gewerkschaft zur Prozeßvertretung vor den

25) Vgl. BGHZ 91, 83; Esser-Schmidt, a.a.O., § 16 II 1.

26) So etwa Brox-Rüthers, a.a.O., Rn. 607; a.A. Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 436 f.

27) Dagegen spricht, daß es im BGB einen derartigen Grundsatz nicht gibt und daß es nicht Sinn des Arbeitskampfrechts ist, nach allgemeinem Zivilrecht bestehende Befugnisse zu verkürzen.

28) BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG NZA 1985, 355; Brox-Rüthers, a.a.O., Rn. 594; Däubler (Hrsg.) Arbeitskampfrecht, a.a.O., Rn. 1418 mwN.

29) So BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 7 R.

30) So BAG AP Nr. 58 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 4 R.

31) BAG NZA 1985, 356 II. Sp.

32) Brox-Rüthers, a.a.O., Rn. 606; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Berlin—München 1970, § 47 A II 3 (S. 882); Moll RdA 1976, 102; Söllner ZfA 1973, 21; zum Ganzen nunmehr Inge Böttcher a.a.O., S. 38 f.

33) So BAG AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

34) BAG AuR 1984, 348.

Arbeitsgerichten ermächtigt ist, hat keine exklusive Bedeutung derart, daß andere Formen der Rechtsdurchsetzung damit ausgeschlossen sein sollten. Auch die Friedenspflicht ist nicht verletzt, da sie den Tarifpartner auf Arbeitgeberseite nur davor schützen soll, daß der Inhalt des Tarifvertrages während seiner Laufzeit in Frage gestellt wird; gerade darum geht es aber nicht.³⁵⁾

Auch der Betriebsrat bzw. der Personalrat ist berechtigt, die Arbeitnehmer bei der Durchsetzung ihrer Rechte zu unterstützen. Nach § 80 Abs. 1 Ziffer 1 BetrVG bzw. § 68 Abs. 1 Ziffer 2 BPersVG hat er über die Einhaltung der Gesetze, Verordnungen, Tarifverträge, Unfallverhütungsvorschriften usw. zu wachen, nach § 75 Abs. 1 BetrVG bzw. § 67 Abs. 1 BPersVG hat er „darüber zu wachen, daß alle im Betrieb tätigen Personen bzw. alle Angehörigen der Dienststelle nach Recht und Billigkeit behandelt werden“. Beides umfaßt auch das Recht, Arbeitnehmer bei der Ausübung von Individualrechten zu beraten. Das Arbeitskampfvorbot des § 74 Abs. 2 BetrVG bzw. § 66 Abs. 2 BPersVG steht nicht entgegen, da es nicht um einen Streik, sondern um die gebündelte Ausübung von Individualrechten geht.³⁷⁾

Durch die organisierte Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts kann auch sichergestellt werden, daß der Kennzeichnungspflicht (oben 2) Rechnung getragen wird.

Volle, teilweise oder selektive Ausübung?

Das Recht, die eigene Arbeitsleistung vorübergehend zurückzuhalten, ist ein Recht, keine Pflicht. Es steht dem einzelnen Arbeitnehmer frei, von den ihm offenstehenden Möglichkeiten keinen Gebrauch zu machen. Dies kann aus unterschiedlichen Gründen geschehen; so ist es möglich, daß der Betreffende die gesundheitlichen Risiken nicht zur Kenntnis nimmt oder daß er sie zwar durchaus sieht, jedoch im Interesse des Arbeitgebers oder wegen seines eigenen Ansehens bei Vorgesetzten in Kauf nimmt. Die Rechtmäßigkeit einer gemeinsamen Ausübung des Zurückbehaltungsrechts wird jedenfalls nicht dadurch beeinträchtigt, daß 10, 20 oder 80 % der Betroffenen weiterarbeiten.

Möglich und zulässig ist es weiter, daß nur diejenigen von ihrem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch machen, die sich an besonders gefährdeten Positionen befinden. Dies gilt etwa für Mitarbeiter in den Etagen, in denen die Umrüstungsarbeiten an der Klimaanlage vorgenommen

wurden, sowie für Wartungstechniker und sonstige Beschäftigte, die unmittelbar mit asbestführenden Teilen in Berührung kommen.

Unbedenklich zulässig ist auch eine befristete Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts. So können sich etwa die Beschäftigten damit begnügen, beispielsweise zunächst nur einen Tag die Arbeit zu verweigern. Dies bietet sich insbes. dann an, wenn zu erwarten ist, daß der Arbeitgeber in einem solchen Fall umgehend die notwendigen Maßnahmen treffen wird. Die Weiterarbeit nach dem einen Tag der Arbeitsunterbrechung stellt keinen Verzicht auf die künftige Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts dar, es sei denn, die Beteiligten würden von vornherein erklären, in Zukunft unter allen denkbaren Bedingungen weiterarbeiten zu wollen.³⁸⁾

Rechtsfolgen

Machen Arbeitnehmer von den ihnen zustehenden Zurückbehaltungsrechten Gebrauch, so wird ihre Leistungspflicht solange suspendiert, bis der Arbeitgeber die ihm obliegenden Pflichten wieder in vollem Umfang erfüllt. Der Lohnanspruch bleibt während dieser Zeit nach allgemeiner Auffassung erhalten.³⁹⁾

Der in § 615 BGB vorausgesetzte Annahmeverzug des Arbeitgebers kommt bei der rechtswidrigen Unterlassung von Schutzmaßnahmen nach § 295 Satz 1 zweiter Halbsatz BGB zustande.⁴⁰⁾

In der Praxis sollte die Lohnfortzahlung auch effektiv geltend gemacht werden, da ein stillschweigender „Verzicht“ vom BAG als Indiz dafür gewertet wird, die Arbeitnehmer hätten in Wirklichkeit streiken wollen.⁴¹⁾

Zusammenfassung

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Beschäftigten der Deutschen Welle vor jeder Form von Asbestemissionen zu schützen.

Diese Pflicht ist sofort zu erfüllen; noch länger zu warten, würde die Situation nur verschlimmern.

Solange der Arbeitgeber seiner Pflicht nicht nachkommt, können die Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung gem. § 273 Abs. 1 BGB zurückhalten.

Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts kann auch gemeinsam erfolgen

und sollte ausdrücklich als solche bezeichnet werden. Personalrat und Gewerkschaft können die gemeinsame Ausübung organisieren.

Zulässig ist, die vorhandenen rechtlichen Möglichkeiten nur teilweise auszu-schöpfen; die Arbeitseinstellung kann auf einige Stunden oder einen Arbeitstag befristet oder auf solche Beschäftigte beschränkt werden, die in besonderer Weise gefährdet sind.

Prof. Dr. Wolfgang Däubler
Universität Bremen

35) Ebenso Böttcher, a.a.O., S. 86; Brox-Rüthers Rn. 608; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 434 f.m.N. auch für die Gegenmeinung.

37) Ebenso Böttcher, a.a.O., S. 88; Kreutz BfStR 1972, 60; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 435; a.A. Brox-Rüthers Rn. 609.

38) Vgl. für den parallel liegenden Fall eines Verzichts auf die fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer wegen dauernder Verstöße des Arbeitgebers gegen die AZO BAG AP Nr. 62 zu § 626 BGB.

39) BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 7; Brox-Rüthers, a.a.O., Rn. 602; Hueck-Nipperdey, Bd. 1, § 34 V (S. 222) Münchner Kommentar — Lorenz § 618 Rn. 68; Schaub § 50, 5; Söllner ZfA 1973, 9.

40) Ebenso Schaub § 50, 5; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 432.

41) So BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 8.