

Europäische Hochschulschriften

---



Rechtswissenschaft

Ann-Christin Weißleder

## **Erhaltungs- und Notstandsarbeiten im Streik**

## § 1 Gegenstand und Gang der Untersuchung

Abhängige Arbeit ist in der Marktwirtschaft mit kollektiven Konflikten verbunden, bei denen die Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerseite auf die jeweils andere durch Störung der vertragsgemäßen Abwicklung der Arbeitsverhältnisse Druck ausübt, um dadurch ein bestimmtes Ziel zu erreichen<sup>1</sup>. Während es auf der Arbeitgeberseite genügt, wenn ein einzelner Arbeitgeber in die Auseinandersetzung involviert ist, ist auf der Seite der abhängigen Arbeit stets eine Gruppe von Personen betroffen.<sup>2</sup> Erst der bewusste Zusammenschluss versetzt die abhängig Beschäftigten in die Lage, spürbaren Druck auf den oder die Arbeitgeber auszuüben,<sup>3</sup> was in der Regel durch Einstellung der ordnungsgemäßen Erfüllung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung erfolgt. Hingegen kann der einzelne Arbeitgeber einen oder mehrere Arbeitnehmer unter Verweigerung der Lohnfortzahlungen aussperren oder ihnen mit der zeitweiligen Stilllegung des Betriebes oder eines Betriebsteils,<sup>4</sup> aber auch mit dessen endgültigen Schließung und/oder Verlagerung drohen<sup>5</sup>. Das Druckpotential entsteht für beide Seiten dadurch, dass sowohl die Einstellung der vertragsgemäßen Arbeit als auch die Ausschließung von der Arbeit den Gegner schädigen. Sie bedeuten zugleich aber auch eine Selbstschädigung. Die Arbeitnehmer verlieren Beschäftigung und Entgelt,<sup>6</sup> die Arbeitgeber erleiden Produktions- und Umsatzausfälle, längerfristig

---

1 Brox/Rüthers-Brox, Arbeitskampfrecht 1982, Rn. 17; *Bepler*, FS Wissmann, S. 97, (98).

2 *Müller RdA* 1951, 247 (247); *Däubler-Däubler*, Arbeitskampfrecht 2011, § 8 Rn. 2.

3 Siehe hierzu *Wendeling-Schröder*, FS Wissmann, S. 174 (174 ff.); *Weiss AuR* 1984, 97 (97 f.).

4 BAGE 76, 196 (201); 79, 152 (154 f.); 80, 265 (270 f.); EK-*Dieterich* Art. 9 GG Rn. 217 ff. (220).

5 Siehe zur Frage nach dem Arbeitskampfcharakter der Ankündigung einer Standortverlagerung *Jacobs*, Zukunft des Arbeitskampfes 2005 S. 91 ff. (insbesondere 107); *Franzen ZfA* 2005, 315 (318 ff.; insbesondere 324); *Picker ZfA* 2011, 443 (515 ff., zum Meinungsstand Fn. 496).

6 siehe hierzu BAGE 33, 140 (167 f.): „Lohn ist die Lebensgrundlage des Arbeitnehmers. Sein Verlust ist nur kurze Zeit durchzuhalten und die dafür erforderliche Opferbereitschaft nur sehr schwer erreichbar.“; *Lipinski/Reinhardt* BB 2008, 2234 (2239): Die Streikunterstützung der Gewerkschaft kann den Wegfall der Lebensgrundlage „Lohn“ nur teilweise kompensieren.; siehe zur Höhe der Streikunterstützung § 11 Nr. 5 ver.di-Arbeitskampfrichtlinien, beschlossen durch den Gewerkschaftsrat am 30.09.2010 sowie <http://streikgeldrechner.verdi.de>; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht 2006, § 14 Rn. 31 ff., wonach die IG Metall bei einem Bruttomonatsverdienst von 2.000 €, wöchentlich 240 - 280 € bzw. monatlich 960 - 1.120 € zahlt; B/P/S/U-AKR Rn. 277; *Brox JA* 1981, 74 (75); *Bertelsmann*, Aussperrung 1979, S. 261 ff., dem zufolge im Allge-

auch Marktanteilseinbußen<sup>7</sup>. Trotz dieser Belastungen sorgen vor allem die Arbeitnehmer immer wieder für „Unruhe im Ausgleichsmechanismus einer sozialen Marktwirtschaft“<sup>8</sup>. Regelmäßig suchen sie in freiwilligem Zusammenschluss in Gewerkschaften die Konfrontation mit der Arbeitgeberseite um eine Verbesserung der Bedingungen zu erreichen, unter denen abhängige Arbeit geleistet und eine sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens ermöglicht wird<sup>9</sup>. Die Gestaltung der Löhne und der sonstigen Arbeitsbedingungen, wie beispielsweise Arbeitszeit und Urlaub, erfolgt durch zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen frei gebildete Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmervereinigungen (Koalitionen)<sup>10</sup> „in eigener Verantwortung und im Wesentlichen ohne staatliche Einflussnahme“ (Tarifautonomie) durch Vereinbarung (Tarifvertrag)<sup>11</sup>, vgl. Art 9 Abs. 3 GG. Auf diesem Wege soll eine Austauschgerechtigkeit von Lohn und Leistung hergestellt, d.h. einem Unterbietungswettbewerb zulasten der zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts „auf den Verkauf der Arbeitskraft angewiesenen“ und damit der Arbeitgeberseite strukturell unterlegenen Arbeitnehmer vorgebeugt werden.<sup>12</sup> Dass die sog. Sozialpartner oder sozialen Gegenspieler und nicht der Staat mit der für ihn schwierigen Aufgabe des Ausgleichs gegenläufiger Interessen belastet wird,<sup>13</sup> ist auf die Erkenntnis zurückzuführen, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer als die unmittelbar Beteiligten die besonderen Verhältnisse und Bedürfnisse einzelner Arbeitszweige wesentlich angemessener und vor allem in zeitlicher Hinsicht wesentlich flexibler regeln können, als dass ein demokratisch gewählter Gesetzgeber dies tun könne, der pauschalisieren und generalisieren muss.<sup>14</sup> Von ihnen getroffene Regelungen sind für die davon Betroffenen leichter zu ertragen.<sup>15</sup>

Damit den Interessenwiderstreit ausgleichende Regelungen zustande kommen, ist es mitunter erforderlich, dass die Arbeitnehmer oder der einzelner Arbeitgeber oder dieser in Verbundenheit mit einem Arbeitgeberverband Nachteile

---

meinen etwa 2/3 des von Überstunden, Prämien, Zuschlägen u.a. bereinigten Bruttoverdienstes gezahlt werden.

7 EK-Dieterich Art. 9 GG Rn. 100.

8 EK-Dieterich Art. 9 GG Rn. 101.

9 Siehe hierzu BVerfGE 38, 281 (305 f.); BAGE 33, 140 (150 f.); Dütz JA 1987, 405 (410); Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, 1997, S. 219 ff..

10 Kissel, Arbeitskampfrecht 2002, § 4 Rn. 7, 10 ff.; GG-Kannengießer Art. 9 Rn. 22.

11 BVerfGE 38, 281 (305 f.); 44, 322 (340 f.); 50, 290 (367); 94, 268 (283).

12 Wendeling-Schröder, FS Wissmann, S. 174 (175 f.); siehe auch BVerfGE 84, 212 (229); 92, 365 (395); Kissel § 8 Rn. 13 m.w.N.; Gamillscheg S. 3.

13 Scheuner RdA 1971, 327 (331).

14 Bulla, FS Nipperdey, Band 2, 79 (81); siehe auch BVerfGE 100, 271 (283 f.); 88, 103 (114 f.); 34, 307 (316 f.).

15 Bulla, FS Nipperdey, Band 2, 79 (81).

mit sich bringende Maßnahmen zur Beeinträchtigung der Entschließungsfreiheit des Gegenübers ergreifen; dann spricht man von einem „Arbeitskampf“.<sup>16</sup>

Klassisches Kampfmittel der Arbeitnehmerseite ist der Streik, also die „gemeinsame und planmäßig durchgeführte Arbeitsniederlegung einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern innerhalb eines Berufes oder Betriebes zu einem Kampfpurpose mit dem Willen zur Fortsetzung der Arbeit nach Erreichen des Kampfzieles und Beendigung des Arbeitskampfes.“<sup>17</sup> Dem bestreikten Arbeitgeber wird die Arbeitskraft vorenthalten, so dass deren wirtschaftlicher Nutzen entfällt.<sup>18</sup> Grundsätzlich gilt: Je größer das Ausmaß der Arbeitsniederlegung, desto stärker ist der damit bewirkte Druck.<sup>19</sup>

Trotzdem wird stets in einem gewissen Umfang weitergearbeitet.<sup>20</sup> Dargestellt werden kann das an den klassischen Beispielen der Hochofenanlage eines Hüttenwerks, in der aus Eisenerz, Koks und Zuschlägen Eisen erschmolzen wird, des Konverters, in dem sich die Stahlschmelze vollzieht und der Wärmeöfen in Gießereien, in denen der Rohstahl wiedererwärmt wird, um ihn anschließend walzen oder schmieden zu können. Diese Anlagen können nicht stillgelegt, sondern müssen auf bestimmter Temperatur gehalten, d.h. beschickt und unter Feuerung gehalten werden, um ein Erstarren des Schmelzgutes und Beschädigungen der Anlagen zu vermeiden.<sup>21</sup> Eine Unterbrechung der Energie- und Wasser- und Windversorgung führt zu Rissen in den Ofenwänden. Sie müssen - einmal erkaltet - neu ausgemauert werden.<sup>22</sup> Aufgrund langwieriger und kostenaufwändiger Reparaturen muss die Produktion in dem Betrieb(-steil) zumindest zeitweise eingestellt werden.<sup>23</sup> Das gilt ebenso für die Wetterführung, Belüftung und Entwässerung von Bergwerken, denn wenn Schächte „absaufen“ oder Gruben einstürzen sind Arbeits- und Produktionsfortgang ausgeschlossen.<sup>24</sup> Das Bergwerk wird unbrauchbar, die noch lagernden Rohstoffe können nicht mehr erschlossen und abgebaut werden.<sup>25</sup>

16 BAGE 6, 321 (353); *Kissel* § 13 Rn. 2; EK-*Dieterich* Art. 9 Rn. 94.

17 BAGE 14, 52 (55).

18 BAG AuR 1983, 251 (252).

19 *Czerweny von Arland*, Die Arbeitskampfmittel der Gewerkschaften und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 1993, S. 127.

20 *Fenn* DB 1982, 430 (430).

21 *Apfel*, Die Sicherung und Erhaltung des Betriebs bei Arbeitskämpfen 1970, S. 39; *Löwisch/Mikosch* ZfA 1978, 153 (161); *Kraus*, Erhaltungsarbeiten im Streik 2000, S. 2.

22 *Apfel* S. 39, 123; *Schiffer*, Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf 1975, S. 23; *Heckelmann*, Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf 1984, S. 7; *Otto* § 8 Rn. 27; *Kissel* § 43 Rn. 2.

23 *Apfel* S. 39, 123; *Schiffer* S. 23; *Heckelmann* S. 7.

24 *Apfel* S. 34 f.; *Schiffer* S. 23; *Heckelmann* S. 7.

25 *Kraus* S. 4.

Dass die Betriebsanlagen infolge unzureichender Wartung Schaden nehmen, zeigt sich auch am Beispiel eines landwirtschaftlichen Betriebes, in dem Tiere verenden, wenn sie nicht gefüttert, getränkt sowie medizinisch versorgt und Ställe über einen längeren Zeitraum nicht sauber gehalten werden. Zu denken ist in diesem Zusammenhang auch an Kühe, die jeden Tag gemolken werden müssen.<sup>26</sup>

Werden die Betriebsanlagen während eines Streiks nicht betreut und überwacht, kann dies auch zu einer Notsituation der Bevölkerung führen, etwa wenn in diesen Anlagen weiterlaufende Prozesse und chemische Reaktionen zu deren Zerstörung führen mit der Folge, dass gesundheits- und umweltgefährdende Emissionen freigesetzt werden.<sup>27</sup>

Die Gefahr, dass in der arbeitsteiligen Gesellschaft durch die streikbedingte Arbeitsniederlegung Dritte gefährdet oder gar geschädigt werden können, besteht vor allem in der Daseinsvorsorge. Hier hat der Staat weite Bereiche, wie die Versorgung mit Wasser und Energie, die Entsorgung von Schad- und Reststoffen sowie den für die Berufsausübung der Pendler in Großstädten unerlässlichen Bus- und Bahnverkehr, an sich gezogen;<sup>28</sup> Bereiche, in denen wichtige Bedürfnisse aus eigener Kraft nicht befriedigt werden können. Niemand ist mehr in der Lage für seinen eigenen täglichen Lebensbedarf und damit für seine physische Existenz vollständig selbst sorgen zu können.<sup>29</sup> Jeder Bürger ist vielmehr darauf angewiesen, dass lebensnotwendige Leistungen ununterbrochen erbracht und lebensnotwendige Güter ununterbrochen bereit gestellt werden.

Hingewiesen sei auch auf die Konsequenzen einer nicht vorhandenen Einsatzbereitschaft von Feuerwehr und Polizei sowie einer ausbleibenden Versorgung von Kranken und Pflegebedürftigen. Operationen sowie die Gabe von Medikamenten zur Aufrechterhaltung bzw. Wiederherstellung der Gesundheit dulden regelmäßig keinen Aufschub.<sup>30</sup>

Die Darstellung verdeutlicht, dass während eines Streiks eine Vielzahl von Tätigkeiten durchgeführt werden muss, wenn im Betrieb über den Produktions- und Umsatzausfall hinausgehende Schäden vermieden werden sollen. Ebenso müssen bestimmte Güter bereit gestellt und bestimmte Dienste erbracht werden,

---

26 *Apfel* S. 33; *Däubler* AuR 1997, 13 (13); *Grote*, *Der Streik, Taktik und Strategie* 1952, S. 85.

27 BAG AuR 1983, 251 (253); *Fenn* DB 1982, 430 (432); *EK-Dieterich* Art. 9 Rn. 185; *Otto* § 8 Rn. 27.

28 *Scherer*, *Grenzen des Streikrechts in den Arbeitsbereichen der Daseinsvorsorge* 2000, S. 14; siehe hierzu auch *Gamillscheg* S. 1177 ff.; *Rudkowski*, *Der Streik in der Daseinsvorsorge* 2010, S. 33 ff..

29 *Scherer* S. 14.

30 *Scherer* S. 14.

um eine die Bevölkerung betreffende Notsituation nicht entstehen zu lassen.<sup>31</sup> Dieses Phänomen wird als Erhaltungs- und Notstandsarbeiten bezeichnet.

Je nachdem, ob durch die während eines Streiks verrichteten Tätigkeiten primär der bestreikte Betrieb oder am Streik unbeteiligte Dritte geschützt werden, handelt es sich entweder um Erhaltungs- oder Notstandsarbeiten,<sup>32</sup> d.h. um verschiedene Vorgänge, die unter dem Oberbegriff „Notarbeit“ zusammengefasst werden können<sup>33</sup>.

Notarbeiten sind Gegenstand einer stetig fortdauernden und nie beendeten Diskussion. Diskussionsbedarf besteht vor allem hinsichtlich der Art und des Umfangs dieser Arbeiten.<sup>34</sup> Da es bei Notarbeiten um die Erbringung von Arbeitsleistung während eines Arbeitskampfes geht, können sie sich auf die Druckwirkung des eingesetzten Kampfmittels und damit auf das Zustandekommen und die inhaltliche Sachgerechtigkeit von Tarifvereinbarungen auswirken.<sup>35</sup> Dass auch während einer streikbedingten Arbeitsniederlegung unter dem Aspekt der Notarbeit bestimmte Tätigkeiten verrichtet werden müssen, erkennen zwar nicht nur der/die Arbeitgeber<sup>36</sup>, sondern auch die Gewerkschaften<sup>37</sup> an, unstritten ist allerdings, welche Tätigkeiten noch Notarbeit oder bereits Streikarbeit darstellen.<sup>38</sup> Während es bei Streikarbeit gerade darum geht, die infolge eines Streiks auf Arbeitgeberseite eintretende Schädigung zu kompensieren und diesen damit letztlich zu unterlaufen,<sup>39</sup> sollen Notarbeiten den Kampfmiteinsatz weder fördern noch hindern.<sup>40</sup> Gleichwohl können sie zum Bestandteil der

---

31 *Lauschke*, Die Notarbeiten im Arbeitskampf 1967, S. 1.

32 Zur Abgrenzung anhand der möglichen Schadensrichtungen siehe auch *Apfel* S. 25 f.; *Schiffer* S. 24 f.; *Kraus* S. 5; Professorenentwurf 1988, S. 54 f..

33 So auch *Lauschke* DB 1970, 1175 (1175); *derselbe* S. 1 f.; *Oetker*, Die Durchführung von Not- und Erhaltungsarbeiten bei Arbeitskämpfen 1984, S. 1; den Begriff „Notdienst“ verwendend *Däubler* AuR 1981, 257 (257); *Buschmann* AuR 1980, 230 (230); Anm. v. *Hromadka* SAE 1983, 59 (61). Die Terminologie ist uneinheitlich, inhaltliche Unterschiede ergeben sich daraus aber nicht, vgl. *Rudkowski* S. 116 Fn. 657.

34 *Bauer/Haußmann* DB 1996, 881 (881); *Buschmann* AuR 1980, 230 (234).

35 So auch *Fenn* DB 1982, 430 (430); *Buschmann* AuR 1980, 230 (232 f.); *Hirschberg* RdA 1986, 355 (358); *Kissel* § 43 Rn. 2.

36 Siehe Arbeitskampfrichtlinien Gesamtmetall 2006, S. 12 ff.; BAGE 79, 152 (155); *Oetker* S. 3 m.w.N. in Fn. 7; *Heckelmann* S. 8; *Löwisch/Mikosch* ZfA 1978, 153 (156).

37 Siehe Arbeitskampfrichtlinien des DGB vom 5.05.1974, abgedruckt in AuR 1974, 272 (272); BAGE 79, 152 (155); *Oetker* S. 3 m.w.N. in Fn. 8; *Heckelmann* S. 8; *Löwisch/Mikosch* ZfA 1978, 153 (156).

38 *Oetker* S. 3.

39 *Buschmann* AuR 1980, 230 (232); *Kraus* S. 8 f..

40 *Fenn* DB 1982, 430 (431); *Oetker* S. 29.

Kampfstrategie werden.<sup>41</sup> So könnte der bestreikte Arbeitgeber versuchen, unter dem Deckmantel der Notarbeiten den Betrieb gewinnbringend fortzuführen, während die streikführende Gewerkschaft dazu neigen könnte, ihren Forderungen dadurch Nachdruck zu verleihen, dass sie deren Durchführung verweigert.<sup>42</sup> Dass die Sorge, Notarbeiten könnten zu einem „verkappten Arbeitskämpfungsmittel“ umfunktioniert werden,<sup>43</sup> berechtigt ist, wird eindrucksvoll belegt durch einen dem Landesarbeitsgericht Frankfurt im Jahre 1969 zur Entscheidung vorgelegten Fall: Bei einer Belegschaft von 3000 Arbeitnehmern hielt der Arbeitgeber 1170 Arbeitnehmer für die Ausführung der Erhaltungsarbeiten für erforderlich, die streikführende Gewerkschaft demgegenüber nur 64 Arbeitnehmer.<sup>44</sup>

Angesichts dessen verwundert nicht, dass sowohl die Arbeitgeber als auch die Gewerkschaften jeweils für sich das Recht in Anspruch nehmen, die Auswahl der Arbeitnehmer zu treffen, die Notarbeiten leisten sollen.<sup>45</sup> Wie die Art der Notarbeiten ist auch die Entscheidung über die Anzahl der Notarbeiter „kampftaktisch von nicht unerheblicher Bedeutung“.<sup>46</sup>

Auch wenn in Bereichen der Daseinsvorsorge gestreikt wird, stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls welche Einschränkungen seitens der Bevölkerung hinzunehmen sind. Wendungen wie „Sicherstellung der Mindestversorgung der Bevölkerung“, „Gewährleistung des Existenzminimums“ oder „Vorrang der Wahrung elementarer Rechtsgüter“<sup>47</sup> drücken aus, worum es bei Notstandsarbeiten in etwa geht, treffen jedoch keine konkrete Aussage über deren sachlichen wie personellen Umfang,<sup>48</sup> geschweige denn darüber, wem die Auswahl der sie leistenden Arbeitnehmer obliegt.

Um Notarbeit von Streikarbeit abgrenzen zu können, ist es erforderlich sich näher damit zu befassen, aus welchem Grunde diese Arbeiten während eines Streiks überhaupt erbracht werden müssen bzw. woraus sich die Pflicht der Arbeitskämpfparteien zu deren Erbringung ergibt und welche Tätigkeiten zu erbringen sind (§ 2).

41 *Fenn* DB 1982, 430 (432 ff.); *Heckelmann* S. 9, 25 spricht von einem „Tummelfeld der Kampfstrategie“.

42 *Fenn* DB 1982, 430 (430); *Söllner* AuR 1982, 233 (238); *Kissel* § 43 Rn. 17; *Hirschberg* RdA 1986, 355 (358); *Buschmann* AuR 1980, 230 (233); *Otto* § 8 Rn. 36.

43 *Buschmann* AuR 1980, 230 (233); siehe aber Notarbeiten als Kampfmaßnahme bezeichnend *Lauschke* DB 1970, 1175 (1176).

44 LAG Frankfurt a.M. SAE 1970, 185 (186); Darstellung auch bei *Heckelmann* S. 9.

45 Siehe hierzu *Leinemann* DB 1971, 2309 (2314); *Löwisch/Mikosch* ZfA 1978, 153 (156); *Däubler* AuR 1981, 257 (259); *Heckelmann* S. 11; BAG AuR 1983, 251 (252); *Däubler-Reinfelder* § 15 Rn. 46 m.w.N. in Fn. 156.

46 *Kissel* § 43 Rn. 82.

47 *Gamillscheg* S. 1176.

48 So auch *Gamillscheg* S. 1176.

Allerdings ist damit noch nicht die Frage beantwortet, auf welcher Grundlage Arbeitnehmer, deren Arbeitsleistungspflicht bei Teilnahme am Streik suspendiert ist, zur Verrichtung von Notarbeiten herangezogen werden können. Es ist festzustellen, woraus sich die Arbeitsleistungspflicht des einzelnen Arbeitnehmers ergibt und wem gegenüber sie besteht. Daran schließt sich die Überlegung an, welche Seite, Arbeitgeber oder Gewerkschaft, berechtigt ist, die zur Durchführung der Notarbeiten benötigten Arbeitnehmer auszuwählen und ob und in welchem Maße der Betriebsrat daran zu beteiligen ist (§ 3).

Im Anschluss daran stellt sich die Frage, welche Ansprüche die nicht zur Auswahl berechnete Kampfpartei hat und wie diese durchzusetzen sind (§ 4).

Schließlich ist zu prüfen, inwieweit die Sozialpartner Regelungen über die Organisation und Durchführung der Notarbeiten treffen können. Die häufig zwischen Arbeitgeber und örtlicher Streikleitung abgeschlossenen Notarbeitsvereinbarungen sind auf ihre Rechtsqualität hin zu überprüfen, wobei zwischen Tarifverträgen, kollektiven Vereinbarungen sui generis und rein schuldrechtlichen Absprachen sowie Betriebsvereinbarungen zu unterscheiden ist (§ 5). Weiter ist zu überlegen, ob und wie im Fall der Nichteinigung eine Regelung der Modalitäten der Notarbeiten herbeigeführt werden kann (§ 6).

Abschließend sind die gefundenen Ergebnisse zusammenzufassen (§ 7).