

Aktenzeichen: 1 AZR 265/80

Bundesarbeitsgericht 1. Senat

Urteil vom 30. März 1982

Az. 1 AZR 265/80

I. Arbeitsgericht Freiburg

Urteil vom 16. August 1979

Az. 6 Ca 219/79

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 30. Januar 1980

Baden-Württemberg

Az. 2 Sa 150/79

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf

Gesetz: GG Art. 9 Arbeitskampf; BetrVG § 87 Betriebs-
buße; BGB § 611 Fürsorgepflicht

Leitsatz: Erhaltungsarbeiten, die auch während eines Arbeitskampfes zu leisten sind, sind diejenigen Arbeiten, die erforderlich sind, um die Anlagen und Betriebsmittel während des Arbeitskampfes so zu erhalten, daß nach Beendigung des Kampfes die Arbeit fortgesetzt werden kann.

Dazu können auch aufgrund öffentlich-rechtlicher Verpflichtung zu leistende Arbeiten gehören, wenn diese Verpflichtung an das Vorhandensein sächlicher Betriebsmittel oder an die Leistung - anderer - Erhaltungsarbeiten anknüpft. Arbeiten, die lediglich die Weiterbeschäftigung arbeitswilliger Arbeitnehmer ermöglichen, sind keine Erhaltungsarbeiten.

Die Frage, wer Träger der Erhaltungsarbeiten ist, diese also bestimmt und leitet, bleibt unentschieden.



1 AZR 265/80

2 Sa 150/79 Baden-Württemberg

Verkündet am
30. März 1982

Ude,
Angestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 30. März 1982 durch den Präsidenten Dr. Kissel, die Richter Dr. Seidensticker und Matthes sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Rust und Musa für Recht erkannt:

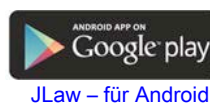
Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 30. Januar 1980 - 2 Sa 150/79 - aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Freiburg, Kammer Villingen-Schwenningen, vom 16. August 1979 - 6 Ca 219/79 - wird zurückgewiesen.

- 2 -



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



- 2 -

Die Kosten der Berufung und der Revision trägt
die Beklagte.

V o n R e c h t s w e g e n !

Tatbestand:

Die Beklagte betreibt u.a. in Rottweil ein Warenhaus und beschäftigt hier rund 230 Arbeitnehmer. Bei ihr ist die Klägerin seit 1978 als Sachbearbeiterin für den Betriebschutz tätig, wobei ihr insbesondere die Diebstahlsüberwachung obliegt und sie - in streitigem Umfang - zu Erste Hilfe-Leistungen herangezogen wird.

Nachdem gegenüber dem Einzelhandelsverband Baden-Württemberg Urlaubsbestimmungen des Manteltarifvertrages sowie der Gehalts- und Lohntarifvertrag von den Gewerkschaften HBV und DAG zum 31. Dezember 1978 bzw. zum 31. März 1979 gekündigt worden waren, fanden zwischen den Tarifvertragsparteien Tarifverhandlungen statt, die am 11. April 1979 zu einer Einigung zwischen dem Einzelhandelsverband und der DAG führten, während die Verhandlungen mit der HBV am 24. April 1979 fortgesetzt werden sollten.

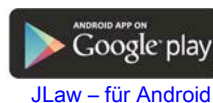
Seit dem 10. April 1979 fanden gegen verschiedene Mitgliedsfirmen des Einzelhandelsverbandes Warnstreiks statt. Aufgrund dieser Warnstreiks bestellte die Beklagte am 14. April 1979 32 ihrer Mitarbeiter sowie alle Abteilungsleiter mit im wesentlichen gleichlautenden Schreiben zu einem Notdienst. Diese Bestellung sah die folgenden Notdienste vor:

Hausinspektion	3 Personen
Pförtner	3 Personen
Warenannahme	2 Personen
Warenannahme Supermarkt	3 Personen
Hausfeuerwehr	6 Personen

- 3 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 3 -

Erste Hilfe	2 Personen
Ausbildung	1 Person
Sekretariat	1 Person
Personalbüro	1 Person
Kundendienst	1 Person
Kantine	1 Person
Kassen im Lebensmittelbereich	6 Personen
POS-Kassen	2 Personen

sowie alle Abteilungsleiter des Hauses.

Auch die Klägerin wurde zum Notdienst bestellt. An sie schrieb die Beklagte wie folgt:

Unsere Firma wird voraussichtlich demnächst bestreikt. Damit unnötige Schäden an Einrichtungen und Eigentum des Betriebes vermieden werden, durch die die Arbeitsaufnahme nach Beendigung des Arbeitskampfes erschwert würde, sieht sich die Geschäftsleitung veranlaßt, einen Notdienst einzurichten, zu dem Sie hiermit berufen werden.

Ihre Aufgabe: Erste Hilfe.

Melden Sie sich bitte

Wir dürfen darauf hinweisen, daß es Ihre arbeitsvertragliche Pflicht ist, den Notdienst zu leisten. Sie werden hierdurch mithelfen, die Einrichtungen des Betriebes wie auch die Arbeitsplätze vor einer unnützen Gefährdung zu bewahren.

Ob die Klägerin der Notdienstbestellung widersprochen hat, ist unter den Parteien streitig.

Am Samstag, dem 21. April 1979, einem sogenannten kurzen Samstag, führte die HBV einen Warnstreik gegen den Betrieb der Beklagten. Dieser begann mit der Öffnung des Geschäftes um 8.00 Uhr und endete um 10.50 Uhr. Über die Art und Weise, wie dieser Warnstreik geführt wurde, insbesondere ob und wie arbeitswillige Arbeitnehmer und Kunden am Betreten des Kaufhauses gehindert wurden, herrscht unter den Parteien Streit. Die am Warnstreik teilnehmenden Arbeitnehmer der

- 4 -



- 4 -

Beklagten hielten sich jedenfalls außerhalb des Warenhauses auf und begaben sich zum großen Teil zwischen 9.00 Uhr und 10.45 Uhr in das Streiklokal.

Von den 132 Arbeitnehmern, die an diesem Samstag Dienst hatten, nahmen nur 35 die Arbeit auf. Mit Rücksicht darauf wurde das Warenhaus der Beklagten erst um 9.45 Uhr geöffnet. Nach der Behauptung der Beklagten ist ihr durch den Warnstreik ein Umsatzausfall von 20.000,-- DM bis 30.000,-- DM entstanden.

Die Klägerin hat sich am Warnstreik beteiligt. Mit Rücksicht darauf ist sie von der Beklagten am 25. April 1979 schriftlich wie folgt abgemahnt worden:

Grund der Abmahnung: Teilnahme am Warnstreik
Hergang und Sachverhalt:

....

Mit Schreiben vom 14. April 1979 sind Sie in den Notdienst der Erste Hilfe-Leistung durch uns verpflichtet worden. Sie haben dieser Verpflichtung bis zum 21. April 1979 nicht widersprochen.

Dennoch haben Sie am 21. April 1979 am Warnstreik der Gewerkschaft HBV teilgenommen. Dadurch war die Sicherheit unseres Hauses erheblich gefährdet. Sie wissen selbst, daß Ihre Funktion als Erste Hilfeleistende für die Sicherheit unseres Hauses unbedingt erforderlich ist. Ihr Verhalten stellt somit einen groben Verstoß gegen Ihre arbeitsvertraglichen Pflichten dar. Aus diesem Grunde erteilen wir Ihnen hiermit eine Abmahnung.

Vorschläge zur Abstellung der kritisierten Punkte:

Wir weisen darauf hin, daß im Wiederholungsfalle mit einer fristlosen Entlassung gerechnet werden muß.

Die Abmahnung ist von der Beklagten zur Personalakte der Klägerin genommen worden.

Die Klägerin hält die Verwarnung für unzulässig und begehrt deren Entfernung aus der Personalakte. Der gegen die Beklagte geführte Warnstreik sei zulässig gewesen. Die

- 5 -



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Beklagte habe sie nicht einseitig zum Notdienst bestellen können, zumal sie dafür mangels entsprechender Ausbildung nicht qualifiziert gewesen sei, worauf sie die Beklagte auch hingewiesen habe. Für die Dauer des kurzen Warnstreiks habe es einer Notdienstbestellung überhaupt nicht bedurft, zumindest sei ihr Einsatz nicht erforderlich gewesen.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, den von
ihr verfaßten Vermerk vom 25. April 1979
aus ihrer, der Klägerin, Personalakte zu
entfernen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hält die Abmahnung für berechtigt. Die Klägerin habe ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt. Einmal sei der von der Gewerkschaft HBV geführte Warnstreik rechtswidrig gewesen, zum anderen sei die Klägerin wirksam zum Notdienst bestellt worden. Zumindest im Falle eines Warnstreiks sei der Arbeitgeber berechtigt, Arbeitnehmer für einen Notdienst zu bestellen. Das gelte jedenfalls dann, wenn die betreffenden Notdienstarbeiten durch öffentlich-rechtliche Vorschriften gefordert würden. Das sei hinsichtlich der Bestellung der Klägerin zu Erste Hilfe-Leistungen der Fall. Die Unfallverhütungsvorschrift Erste Hilfe (VBG 109), in Kraft seit dem 1. April 1979, schreibe in § 8 vor, daß Ersthelfer in bestimmter Anzahl zur Verfügung stehen müßten.

§ 8 VBG 109 hat folgenden Wortlaut:

- (1) Der Unternehmer hat dafür zu sorgen,
daß für die Erste Hilfe-Leistung Ersthelfer mindestens in folgender Zahl zur Verfügung stehen:
1. Bei bis zu 20 anwesenden Versicherten 1 Ersthelfer,
 2. bei mehr als 20 anwesenden Versicherten

- 6 -

- | | |
|---|------|
| a) in Verwaltungs- und Handelsbetrieben | 5 % |
| b) bei sonstigen Betrieben | 10 % |

.....

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht sie abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des arbeitsgerichtlichen Urteils, während die Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

Die der Klägerin gegenüber ausgesprochene Abmahnung ist nicht gerechtfertigt. Die Beklagte konnte die Klägerin nicht zum Notdienst bestellen. Ihre Teilnahme am Warnstreik stellt keine Verletzung ihrer vertraglichen Pflichten dar.

I.1. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Berechtigung einer Abmahnung arbeitsvertragswidrigen Verhaltens durch den Arbeitgeber vom Arbeitnehmer einer gerichtlichen Überprüfung unterbreitet werden kann, wenn die mißbilligende Äußerung des Arbeitgebers nach Form und Inhalt geeignet ist, den Arbeitnehmer in seiner Rechtsstellung zu beeinträchtigen. Formelle, zu den Personalakten genommene schriftliche Abmahnungen gehören zu den Handlungen, die die Rechtsstellung des Arbeitnehmers nachhaltig beeinflussen können. Es ist nicht auszuschließen, daß derartige Beanstandungen später die Grundlage für eine Beurteilung des Arbeitnehmers abgeben und für sein berufliches Fortkommen von Bedeutung sind. Ist die Abmahnung zu Unrecht erfolgt, kann sie zu einer falschen Beurteilung des Arbeitnehmers und damit zu nicht gerechtfertigten Nachteilen bei seinem beruflichen Fortkommen oder zu anderen, seine Rechtsstellung

- 7 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

beeinträchtigenden Maßnahmen führen. Der Arbeitnehmer kann daher die Entfernung einer nicht gerechtfertigten Abmahnung aus seiner Personalakte verlangen (BAG Urteil vom 30. Januar 1979 - 1 AZR 342/76 - AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebsbuße; vom 7. November 1979 - 5 AZR 962/77 - AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebsbuße).

Für die Frage, ob eine Abmahnung zu Recht erfolgt ist, kommt es allein darauf an, ob der erhobene Vorwurf objektiv gerechtfertigt ist, nicht aber, ob das beanstandete Verhalten dem Arbeitnehmer auch subjektiv vorgeworfen werden kann (BAG Urteil vom 7. November 1979, aaO, zu II 2 b der Gründe). Da eine Abmahnung nicht der Mitbestimmung des Betriebsrates unterliegt (BAG Urteil vom 30. Januar 1979, aaO, zu I 1 b der Gründe), kommt es für die Entscheidung des Rechtsstreites allein darauf an, ob die Klägerin gegen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen hat, als sie am Warnstreik trotz ihrer Bestellung zum Notdienst durch die Beklagte teilgenommen hat.

2. Der Senat hat hier nicht die Frage zu entscheiden, ob der von der HBV gegen die Beklagte geführte Warnstreik rechtmäßig war. Zwar trifft die Annahme der Beklagten zu, daß die Arbeitspflicht der Klägerin durch die Teilnahme an einer rechtswidrigen Arbeitsk Kampfmaßnahme nicht suspendiert worden, die Klägerin der Arbeit also zu Unrecht ferngeblieben wäre; die Teilnahme der Klägerin am Warnstreik als solchem ist jedoch nicht Gegenstand der Abmahnung.

Die Beklagte macht der Klägerin nicht zum Vorwurf, daß diese überhaupt an dem von ihr für unzulässig gehaltenen Warnstreik teilgenommen hat. Sie wirft ihr vielmehr nur vor, daß sie sich am Warnstreik beteiligte, obwohl sie zuvor zum Notdienst eingeteilt worden war. Weder aus der Abmahnung selbst noch aus der Notdienstbestellung vom 14. April ergibt sich, daß die Beklagte den befürchteten Warnstreik für unzulässig hielt und jede Beteiligung an diesem Warnstreik als Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten werten wollte. Ge-



gegenstand des Vorwurfes und damit der von der Klägerin angegriffenen Abmahnung ist daher nur die Zuwiderhandlung der Klägerin gegen die Notdienstbestellung der Beklagten. Nur um die Berechtigung dieses Vorwurfes geht es im vorliegenden Rechtsstreit. Daß sowohl die Zuwiderhandlung gegen die Notdienstbestellung durch die Beklagte - deren Rechtmäßigkeit unterstellt - als auch die Teilnahme an einem unzulässigen Warnstreik sich rechtlich als Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten qualifiziert, läßt den der Klägerin allein gemachten Vorwurf unberührt. Dieser geht dahin, daß die Klägerin den angeordneten Notdienst nicht versehen hat. Das ist auch bei einem unzulässigen Streik ein anderer und schwererer Vorwurf als der, an einem unzulässigen Warnstreik teilgenommen zu haben. Daß auch die Beklagte nur diese erschwerte Vertragsverletzung rügen wollte, folgt auch daraus, daß sie die nicht zum Notdienst bestellten Arbeitnehmer, die sich am Warnstreik beteiligt haben, nicht abgemahnt hat.

II.1. Die Frage, wer bei einem Arbeitskampf einen Notdienst für den bestreikten Betrieb einzurichten oder zu gewährleisten hat und damit die dafür erforderlichen Arbeitnehmer zu einem Notdienst bestellen kann, wird in der Rechtslehre unterschiedlich beantwortet und ist vom Bundesarbeitsgericht noch nicht entschieden worden. Ausführungen des Großen Senats zum Problem des Notdienstes in seinen Beschlüssen vom 28. Januar 1955 (BAG I, 291 = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, zu II 3 der Gründe) und vom 21. April 1971 (BAG 23, 292 = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, zu II C 6 der Gründe) sind nur beiläufiger Natur und enthalten keine Entscheidung der im Zusammenhang mit Notdienstarbeiten auftretenden Rechtsfragen. Auch das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 19. Februar 1975 (BVerfGE 38, 386 = AP Nr. 50 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, zu II 1 der Gründe) nur darauf verwiesen, daß die Funktionsfähigkeit des Betriebsrates während eines Arbeitskampfes Regelungen über die Durchführung erforderlicher Erhaltungsarbeiten erleichtere, nicht aber zu der Frage Stellung genommen, wer diese zu bestimmen habe.



In der Rechtslehre besteht allgemein Einigkeit darüber, daß während eines Arbeitskampfes Notdienst- bzw. Erhaltungsarbeiten zu leisten sind (vgl. Löwisch/Mikosch, Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf, ZFA 1978, 153, 156 mit weiteren Nachweisen). Davon geht auch der Senat aus. Unterschiedliche Auffassungen bestehen hingegen hinsichtlich der Frage, woraus sich die Verpflichtung, Erhaltungsarbeiten während eines Arbeitskampfes zu leisten, ergibt, wer Träger dieser Erhaltungsarbeiten ist und demgemäß diese bestimmt, organisiert und leitet und schließlich, welche Arbeiten überhaupt zu den Erhaltungsarbeiten gehören. Hinsichtlich der Trägerschaft der Erhaltungsarbeiten werden im wesentlichen drei verschiedene Ansichten vertreten.

2. Nach der einen Ansicht ist Träger der Erhaltungsarbeiten der Arbeitgeber (Schell, Notdienstarbeiten im Streik, BB 1969, 1179, 1180; Fenn, Zur Problematik der Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf, DB 1982, 430, 432; Herschel, Anm. zu LAG Frankfurt in AP Nr. 40 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Schiffer, Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf, Diss. 1975, S. 48; Apfel, Die Sicherung und Erhaltung des Betriebes bei Arbeitskämpfen, Diss. 1970, S. 131). Diese Ansicht setzt voraus, daß entweder der Arbeitnehmer schon aufgrund seines Arbeitsvertrages zur Leistung von erforderlichen Erhaltungsarbeiten verpflichtet ist oder daß der Arbeitgeber befugt ist, durch einseitige Erklärung für den betreffenden Arbeitnehmer die Pflicht zur Leistung von Erhaltungsarbeiten zu begründen. Im ersteren Falle würde die Pflicht zur Leistung von Erhaltungsarbeiten auch durch eine Teilnahme am Arbeitskampf nicht suspendiert werden können. Die Bestellung des Arbeitnehmers zum Notdienst durch den Arbeitgeber stellte lediglich die klarstellende Aktualisierung dieser Verpflichtung dar. Das Risiko, durch eine Teilnahme am Streik die Pflicht zur Leistung von Notdienstarbeiten und damit seine Arbeitspflicht zu verletzen, trüge der Arbeitnehmer. Im zweiten Fall wird geltend gemacht, die Befugnis des Arbeitgebers, die Pflicht zur Leistung von Erhaltungsarbeiten zu begründen, bedeute im Ergebnis, daß der Arbeitgeber darüber bestimme, welcher Arbeitnehmer am Streik teilnimmt; das Streikrecht



der Arbeitnehmer würde damit zur Disposition des Arbeitgebers gestellt (Bieback, Arbeitsrecht und Beamtenrecht im öffentlichen Dienst analysiert am Problem der Streikarbeit von Beamten, in: Recht auf Streik im öffentlichen Dienst 1982, S. 26). Der Arbeitgeber würde deren kollektiv-rechtlich verbürgte Teilnahme am Arbeitskampf aufheben (so Fenn, aaO, DB 1982, 433). Träfe das zu, würde daran auch nichts die Einschränkung ändern, daß der Arbeitgeber nach § 315 BGB gehalten wäre, das Streikrecht nicht über Gebühr einzuschränken und nur die tatsächlich für Erhaltungsarbeiten benötigten Arbeitnehmer zu bestimmen. Das Risiko, ob der Arbeitgeber von seinem Bestimmungsrecht einen zutreffenden Gebrauch gemacht hat, trüge auch in diesem Falle der Arbeitnehmer. Dieses Risiko ließe sich möglicherweise auf ein vertretbares Maß herabsetzen. Würde der Arbeitgeber verpflichtet, seinen "Notdienstplan" der den Streik führenden Gewerkschaft vorzulegen, könnte diese die Erforderlichkeit des vom Arbeitgeber geplanten Notdienstes überprüfen. Ihrer Ansicht nach nicht erforderliche Notdienstarbeiter könnte sie gleichwohl zum Streik aufrufen. Folgt der Arbeitnehmer diesem Aufruf, wird ihm vielfach kein Schuldvorwurf gemacht werden können, auch wenn seine Heranziehung zum Notdienst durch den Arbeitgeber objektiv gerechtfertigt war. Das Risiko einer Fehlbeurteilung läge in diesem Falle bei der Gewerkschaft.

3. Nach einer anderen Ansicht ist Träger der Erhaltungsarbeiten die den Streik führende Gewerkschaft (Löwisch/Mikosch, aaO, S. 165 f.; Däubler, Der Notdienst im Arbeitskampf, AuR 1981, 257, 263; Lauschke, Die Notarbeiten im Arbeitskampf als kollektiv-rechtliche Maßnahme, DB 1970, 1175, 1176; Grothe, Der Streik - Taktik und Strategie - 1952, S. 177; Bieback, aaO, S. 26). Das entspricht auch dem Selbstverständnis der Gewerkschaften (vgl. § 8 der Arbeitskampfrichtlinien des DGB).

Kern dieser Meinung ist es, daß die Gewerkschaft die für erforderliche Erhaltungsarbeiten benötigten Arbeitnehmer vom Streikaufruf ausnimmt. Diese können sich dann am Arbeitskampf nicht beteiligen, ihre arbeitsvertraglich begründete



Arbeitspflicht wird nicht suspendiert, sie leisten ihre bisherige Arbeit als Erhaltungsarbeit unter dem Direktionsrecht des Arbeitgebers weiter. Auch hier kann die Herausnahme der erforderlichen Erhaltungsarbeiten aus dem Streikaufruf sich entweder nur als Anerkenntnis einer ohnehin bestehenden arbeitsvertraglichen Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung von Erhaltungsarbeiten darstellen mit der Folge, daß auch ein vom Streikaufruf nicht ausgenommener Arbeitnehmer gegebenenfalls zur Leistung von Erhaltungsarbeiten verpflichtet bliebe. Oder aber die Gewerkschaft bestimmt durch den Umfang des Streikaufrufes allein über den Umfang der zu leistenden Erhaltungsarbeiten mit der Folge, daß jeder zum Streik aufgerufene Arbeitnehmer sich rechtmäßig am Arbeitskampf beteiligen kann und das Risiko, daß erforderliche Erhaltungsarbeiten nicht oder nicht ausreichend ausgeführt werden, bei der den Arbeitskampf führenden Gewerkschaft liegt. Dieser Umstand kann zur Rechtswidrigkeit des Streiks insgesamt oder des gegen den betreffenden Betrieb gerichteten Streiks führen, jedenfalls aber verpflichtet er die Gewerkschaft zum Ersatz desjenigen Schadens, der dadurch entsteht, daß erforderliche Erhaltungsarbeiten nicht geleistet wurden.

Für diese Ansicht in der zuletzt genannten Alternative spricht, daß sie die Verpflichtung des Arbeitnehmers, Erhaltungsarbeiten zu leisten, aus dem nicht suspendierten Arbeitsverhältnis herleiten kann, und daß sie die Entscheidung, welche Arbeitsverhältnisse durch den Arbeitskampf suspendiert werden sollen, der Gewerkschaft zuweist, die auch sonst als Träger des Streiks den Umfang des Arbeitskampfes bestimmt. Sie begegnet praktischen Bedenken, soweit sie darauf aufbaut, daß die Gewerkschaft tatsächlich in der Lage ist, für die einzelnen bestreikten Betriebe zu erkennen, welche Erhaltungsarbeiten während des Arbeitskampfes erforderlich sind. Sie muß Antwort geben auf die Frage, was gelten soll, wenn mehrere konkurrierende Gewerkschaften am Arbeitskampf beteiligt sind.

4. Eine dritte Meinung geht davon aus, daß Umfang, Organisation und Durchführung der Erhaltungsarbeiten von Arbeitgeber-

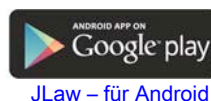


ber und Gewerkschaft zu vereinbaren seien (Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. II S. 949; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht 1965, S. 147; Steinert, Notstands- und Streikarbeit bei Arbeitskämpfen, in: Schriftenreihe der Landesvereinigung der industriellen Arbeitgeberverbände Nordrhein-Westfalen Nr. 26, S. 75; Müller, Der Einsatz von Beamten auf Arbeitnehmerplätzen bei einem legitimen Teilstreik im öffentlichen Dienst, in: Recht auf Streik im öffentlichen Dienst 1982, S. 43 f.; wohl auch Buschmann, Notdienstmaßnahmen im Arbeitskampf, AuR 1980, 230 und die Rechtsprechung der dort zitierten Instanzgerichte).

Diese Ansicht vermag keine Antwort auf die Frage zu geben, was geschieht, wenn es zu einer Einigung zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaft nicht kommt. Soweit darauf verwiesen wird, daß in einem solchen Falle das Arbeitsgericht zu entscheiden habe, wird übersehen, daß die Frage, ob und in welchem Umfange Erhaltungsarbeiten zu leisten sind, nach dieser Ansicht sich gerade erst aus der Einigung zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaft beantwortet. Solange eine solche Einigung nicht erfolgt ist, ist die Frage, ob und in welchem Umfange und unter welcher Trägerschaft Erhaltungsarbeiten ausgeführt werden müssen, danach keine Rechtsfrage, sondern eine Regulationsfrage, die von den Arbeitsgerichten nicht zu entscheiden ist.

III. Der Senat braucht im vorliegenden Falle nicht zu entscheiden, welcher der genannten Ansichten zu folgen ist. Er kann zugunsten der Beklagten unterstellen, daß der Arbeitgeber zur Bestellung eines Notdienstes und damit zur Verpflichtung einzelner Arbeitnehmer, Notdienstarbeiten zu leisten, berechtigt ist: Denn auch von diesem Ausgangspunkt her erweist sich die Klage als berechtigt. Die Bestellung der Klägerin zu Erste Hilfe-Leistungen würde hier von dieser Befugnis nicht gedeckt.

1. Sinn eines Streikes ist es, durch Vorenthaltung der Arbeit Druck auf den Kampfgegner auszuüben. Dieser Druck wird bewirkt durch diejenigen Schäden, die dem Kampfgegner



dadurch entstehen, daß er die vorenthaltene Arbeitskraft nicht unter Fortführung des Betriebes wirtschaftlich nutzen kann. Auf die Höhe des Schadens kommt es dabei grundsätzlich nicht an.

Diesen Schäden stehen gegenüber diejenigen Schäden, die bei Vorenthaltung der Arbeitskraft dadurch entstehen, daß Anlagen, Rohstoffe oder Produkte, also die sächlichen Betriebsmittel, selbst in ihrer Substanz geschädigt werden. Tritt ein solcher Schaden an den sächlichen Betriebsmitteln ein, so kann die Arbeit nach Beendigung des Arbeitskampfes nicht an der Stelle wieder aufgenommen werden, an der sie bei Beginn des Kampfes unterbrochen worden ist. Das zu verhindern, ist Sinn der sogenannten Notdienstarbeiten, die der Senat zutreffender als Erhaltungsarbeiten bezeichnet und damit sprachlich auch von den sogenannten Notstandsarbeiten abgrenzen will, die die Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Diensten und Gütern während eines Arbeitskampfes sicherstellen sollen.

Erhaltungsarbeiten sind daher diejenigen Arbeiten, die erforderlich sind, um für die Dauer des Arbeitskampfes die sächlichen Betriebsmittel in dem Zustand zu erhalten, in dem sie sich bei Beginn des Arbeitskampfes befanden.

Mit dieser Betrachtungsweise wird der Tatsache Rechnung getragen, daß der Arbeitskampf etwas Vorübergehendes ist. Er ist eine Unterbrechung des betrieblichen Geschehens, der Produktion von Gütern und Dienstleistungen und deren wirtschaftlicher Nutzung. Er ist nicht auf eine Veränderung des Betriebes gerichtet, dieser soll vielmehr nach Beendigung des Arbeitskampfes fortgesetzt werden. Dann ist es nur folgerichtig, die sächlichen Voraussetzungen für diese von vornherein beabsichtigte Fortführung des Betriebes und der Arbeit unverändert zu lassen.

Dem entspricht es auch, daß in der Literatur die Erhaltungsarbeiten überwiegend dahin definiert werden, daß es



sich um Arbeiten handelt, die die Betriebsanlagen und Arbeitsplätze erhalten sollen (Däubler, aaO, S. 277), die der Erhaltung der Produktionsmittel und der Arbeitsplätze dienen (Hueck/Nipperdey, aaO, S. 948), die zur Erhaltung der Anlagen erforderlich sind (Löwisch/Krauss, AR-Blattei Arbeitskampf II B II 1 b: bb), die der Sicherung der Betriebseinrichtungen dienen (Leinemann, Erhaltungsarbeiten nach Beginn eines Arbeitskampfes und Arbeitsverhältnis, DB 1971, 2309), die den Produktionsapparat erhalten sollen (Brox/Rüthers, aaO, S. 146), die die technische Existenzvernichtung des Betriebes vermeiden sollen (Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 533; Löwisch/Mikosch, aaO, S. 158).

Erhaltungsarbeiten in diesem Sinne sind auch diejenigen Arbeiten, die zwar eine, gegebenenfalls eingeschränkte, Fortsetzung der Produktion zum Gegenstand haben, die aber - wie etwa bei Hochöfen oder bei chemischen Prozessen - aus technischen Gründen erforderlich sind, um die Anlagen vor Schäden zu bewahren oder um diese ohne Schaden stillzulegen. Auch solche Arbeiten sind letztlich erforderlich, um die sächlichen Betriebsmittel vor Schaden an der Substanz zu bewahren. Dazu mögen auch solche Abwicklungsarbeiten gehören, die erforderlich sind, um den endgültigen Verderb von Halb- oder Fertigerzeugnissen zu verhindern.

2. Auch solche Arbeiten, deren Sicherstellung dem Arbeitgeber durch öffentlich-rechtliche Vorschriften, etwa des Gewerberechts, des Arbeits- und Gesundheitsschutzes aufgegeben sind, können Erhaltungsarbeiten sein. Solche Vorschriften knüpfen entweder an das schlichte Bestehen einer betrieblichen Anlage oder an das Betreiben einer Anlage oder an die Beschäftigung von Arbeitnehmern an.

Verlangen öffentlich-rechtliche Vorschriften allein im Hinblick auf das Vorhandensein einer betrieblichen Anlage



oder von Rohstoffen, Materialien oder Produkten, die Vornahme bestimmter Arbeiten - etwa zur Vermeidung unzulässiger Immissionen -, so sind auch diese Arbeiten solche, die zur Erhaltung der sächlichen Betriebsmittel erforderlich sind. Werden diese Arbeiten nicht verrichtet, sind entweder Schäden für die sächlichen Betriebsmittel selbst zu besorgen, die ohnehin durch Erhaltungsarbeiten vermieden werden müssen, oder aber der rechtliche Bestand des Betriebes ist gefährdet, weil die Nichtbefolgung dieser Vorschriften zur Schließung des Betriebes führen kann. Auch vor dieser Gefahr muß der Betrieb bewahrt werden, wenn die Arbeit nach Abschluß des Arbeitskampfes wieder aufgenommen werden soll.

Soweit Erhaltungsarbeiten auch die - beschränkte - Fortführung der betrieblichen Tätigkeit selbst zum Gegenstand haben und dabei öffentlich-rechtliche Vorschriften beachtet werden müssen, gehören denknotwendig auch die für die Beachtung dieser Vorschriften erforderlichen Arbeiten zu den Erhaltungsarbeiten. Die erforderliche - beschränkte - Fortführung des Betriebes ist ohne Beachtung der dafür geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht möglich.

Soweit schließlich für Erhaltungsarbeiten Arbeitnehmer beschäftigt werden und dafür andere Arbeiten im Rahmen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften erbracht werden müssen, gehören auch diese zu den Erhaltungsarbeiten. Das mag etwa für die Bereitstellung eines Unfalldienstes oder für die Aufrechterhaltung bestimmter Arbeitsbedingungen der Fall sein.

3. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß es darauf, welcher Schaden beim Unterlassen bestimmter Arbeiten im Einzelfall entstehen würde, nicht ankommen kann. Insbesondere kann nicht maßgebend für die Abgrenzung sein, daß das Unterlassen bestimmter Arbeiten zu einer Vernichtung der Existenz des Betriebes überhaupt führen würde (so aber Däubler, aaO, S. 261). Welcher Schaden durch das Unterlassen bestimmter Arbeiten entstehen kann und ob dieser schließlich sich als unver-



hältnismäßiger Schaden herausstellt, ist im voraus verlässlich nicht zu beurteilen. Auch die Vermeidung unverhältnismäßiger Schäden kann Erhaltungsarbeiten im dargelegten Sinne nicht erforderlich machen (so aber Löwisch/Mikosch, aaO, S. 160). Eine unverhältnismäßige Schädigung des Kampfgegners mag als Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz den Arbeitskampf rechtswidrig machen, sie kann aber nicht zur Abgrenzung der Erhaltungsarbeiten herangezogen werden. Die Frage, welche Erhaltungsarbeiten erforderlich sind, ist aufgrund der allgemeinen industriellen und speziell-betrieblichen Gegebenheiten für jeden einzelnen Betrieb zu beantworten (Fenn, aaO, DB 1982, 431; Herschel, aaO, S. 352). Sie ist eine Rechtsfrage. Ihre Beantwortung ist nur möglich, wenn allein auf die Notwendigkeit zur Erhaltung der sächlichen Betriebsmittel für die Dauer des Arbeitskampfes abgestellt wird.

4. Keine Erhaltungsarbeiten sind danach solche Arbeiten, die nur deswegen erforderlich werden, weil nicht-streikende, arbeitswillige Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden sollen (Buschmann, aaO, S. 235), mögen sie für diesen Fall auch aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften vorzunehmen sein. Erhaltungsarbeiten dienen nicht dazu, die Fortführung des Betriebes mit arbeitswilligen Arbeitnehmern zu ermöglichen. Ist deren Weiterbeschäftigung infolge des arbeitskampfbedingten Wegfalles anderer Arbeitsleistungen nicht möglich, greifen die Grundsätze zum Betriebs- bzw. Arbeitskampfisiko ein. Der Arbeitgeber, der arbeitswillige Arbeitnehmer nicht beschäftigen kann, weil arbeitskampfbedingt Vorarbeiten ausfallen oder öffentlich-rechtliche Voraussetzungen für eine Weiterbeschäftigung arbeitswilliger Arbeitnehmer nicht geschaffen werden können, wird von der Verpflichtung zur Lohnzahlung frei. Er kann die Voraussetzungen für die Weiterbeschäftigung nicht dadurch schaffen, daß er - seine Befugnis dazu unterstellt - die erforderlichen Arbeitnehmer in einen "Notdienst" beruft.

IV. Die Beklagte ist, als sie 32 Arbeitnehmer und alle Abteilungsleiter zum Notdienst bestellte, weit über das hinausge-



gangen, was für Erhaltungsarbeiten in diesem Sinne erforderlich war.

1. Es erscheint schon fraglich, ob im Betrieb der Beklagten während eines auf wenige Stunden beschränkten Arbeitskampfes - und nur ein solcher stand zu erwarten - Erhaltungsarbeiten erforderlich waren. Der Betrieb der Beklagten bedarf während der Zeiten der Geschäftsruhe nicht oder nur in äußerst beschränktem Umfang der Beschäftigung von Arbeitnehmern. Die Erhaltung des Betriebes und der Betriebsmittel macht daher die Notwendigkeit von Erhaltungsarbeiten kaum wahrscheinlich. Wenn solche Arbeiten zur Überwachung technischer Anlagen und zur Erfüllung von Sicherheitsvorschriften dann notwendig werden, wenn der Betrieb geöffnet ist, so folgt die Notwendigkeit dieser Arbeiten nicht aus dem Erhaltungs- und Sicherungsbedürfnis der Anlagen und Betriebsmittel unmittelbar, sondern erst aus dem Umstand, daß der Betrieb geöffnet und in ihm gearbeitet wird. Die aus einer Öffnung des Betriebes und aus einer teilweisen Fortführung der Verkaufstätigkeit folgende Notwendigkeit, bestimmte begleitende Arbeiten vornehmen zu lassen, macht diese Arbeiten noch nicht zu Erhaltungsarbeiten, deren Ausführung auch während eines Arbeitskampfes gewährleistet bleiben muß.

Der Senat verkennt nicht, daß die betriebliche Lage während eines Warnstreiks anders sein kann als während der Geschäftsruhe, etwa zu Nachtzeiten oder an Sonn- und Feiertagen. Das Landesarbeitsgericht hat dazu keine Feststellungen getroffen. Zugunsten der Beklagten kann der Senat davon ausgehen, daß Erhaltungsarbeiten in bestimmtem Umfang erforderlich waren. Würden etwa in Unkenntnis des Warnstreiks Waren angeliefert, die durch Einlagerung im Kühlhaus vor ihrem Verderb geschützt werden müssen, wären die dafür erforderlichen Arbeiten Erhaltungsarbeiten. Auch können Sicherungs- und Überwachungsarbeiten dann erforderlich werden, wenn zu Beginn des Warnstreiks Kunden oder Arbeitnehmer sich schon in den Geschäftsräumen befinden, was deren Sicherung und die Beachtung öffentlich-rechtlicher Vorschriften erforderlich machen kann.



2. Der Senat kann daher zugunsten der Beklagten auch davon ausgehen, daß nach § 8 der VBG 109 auch die Bereitstellung eines Erste Hilfe-Dienstes erforderlich war. Dessen Umfang bestimmt sich nach Abs. 1 der genannten Vorschrift nach der Zahl der anwesenden Versicherten, wobei nach dem Gesagten nur solche Versicherten berücksichtigt werden können, die ihrerseits Erhaltungsarbeiten leisten. An den Aufenthalt von Kunden in den Geschäftsräumen knüpft die Verpflichtung zur Bereitstellung eines Erste Hilfe-Dienstes nicht an.

Geht man davon aus, so war allenfalls ein Ersthelfer erforderlich. Der Warnstreik begann vor der üblichen Öffnung des Warenhauses; Kunden befanden sich somit nicht in den Räumen der Beklagten. Von daher war die Besetzung der Kassen, die Aufrechterhaltung des Kantinen- und Kundendienstes nicht geboten. Die Tätigkeit des Personalbüros, im Sekretariat und in der Ausbildung kommen als Vornahme von Erhaltungsarbeiten nicht in Betracht. Dann waren aber weniger als 20 Versicherte anwesend, so daß ein Ersthelfer ausreichte.

Die Beklagte hat zum Ersthelfer die Klägerin und einen weiteren Arbeitnehmer, Herrn W , eingeteilt. Daß dieser der Bestellung ebenfalls nicht nachgekommen ist und sich am Warnstreik beteiligt hat, hat die Beklagte nicht vorgetragen, während auf der anderen Seite die Klägerin wiederholt darauf hingewiesen hat, daß jedenfalls ihre Bestellung als Ersthelferin nicht erforderlich gewesen sei. War damit in der Person des Herrn W ein Ersthelfer vorhanden, so war die Bestellung der Klägerin nicht erforderlich. Zu nicht erforderlichen Erhaltungsarbeiten konnte die Beklagte die Klägerin auch dann nicht bestellen, wenn sie sonst - wie zu ihren Gunsten unterstellt - zur Einrichtung eines Notdienstes befugt war.

Damit war die Klägerin während des Warnstreiks zu einer Arbeit als Ersthelferin nicht verpflichtet. Die ihr gegenüber ausgesprochene Abmahnung ist daher nicht gerechtfertigt. Das mußte zur Wiederherstellung des arbeitsgerichtlichen Urteils führen.



Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

Dr. Kissel

Dr. Seidensticker

Matthes

Dr. Rust

für den durch
Urlaub verhin-
derten Richter Musa:

Dr. Kissel

