

Leitsatz

1. Der Arbeitgeber ist berechtigt, einen bestreikten Betrieb oder Betriebsteil für die Dauer des Streiks ganz stillzulegen mit der Folge, daß auch arbeitswillige Arbeitnehmer ihren Lohnanspruch verlieren (Bestätigung des Senatsurteils vom 22. März 1994 - [1 AZR 550/93](#) - AP Nr 130 zu Art 9 GG Arbeitskampf, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts vorgesehen).

2. Die Regelung der Modalitäten eines arbeitskampfbedingten Notdienstes ist - zumindest zunächst - gemeinsame Aufgabe des Arbeitgebers und der streikführenden Gewerkschaft. Dies gilt in den Grenzen des allgemeinen Willkürverbots auch für die Auswahl der zum Notdienst heranzuziehenden Arbeitnehmer. Ein Arbeitnehmer hat nicht allein deshalb einen Anspruch auf Einsatz im Notdienst, weil er sich nicht am Streik beteiligen will.

▪ Fundstellen ...

▪ Verfahrensgang ...

▪ Diese Entscheidung wird zitiert ...

▪ Diese Entscheidung zitiert ...

Tatbestand

1

Die Parteien streiten über die Vergütung der Klägerin für Tage, an denen sie nicht beschäftigt wurde, weil ihre Arbeitsstätte wegen eines Streiks geschlossen war.

2

Die 1955 geborene Klägerin ist seit dem 7. Juli 1981 bei der beklagten Stadt als Kinderpflegerin beschäftigt. Sie ist eingesetzt in der Kindertagesstätte M . Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden die Bestimmungen des Bundes-Angestelltentarifvertrages (BAT) Anwendung, weil der Arbeitsvertrag auf sie verweist. Die Klägerin ist eingruppiert in VergGr. V c BAT. Sie ist nicht Mitglied einer Gewerkschaft.

3

Im Frühjahr 1992 fand im öffentlichen Dienst ein Arbeitskampf statt. Ab dem 28. April 1992 wurden alle 27 Kindertagesstätten der Beklagten bestreikt. Diese waren am 28. und 29. April sowie am 4., 5., 6. und 7. Mai 1992 geschlossen. Ca. 80 % der Belegschaft nahmen aktiv am Streik teil. Die Klägerin erschien am 28. und 29. April in der Kindertagesstätte M . Da eine

Arbeit dort nicht möglich war, bot sie ihre Arbeitsleistung vergeblich bei der Verwaltung der Städtischen Kliniken und ab dem 4. Mai fernmündlich im Rathaus der Beklagten an.

4

Die Beklagte vereinbarte mit der örtlichen Streikleitung ab dem 4. Mai die Einrichtung eines Notdienstes für diejenigen Kinder, deren Unterbringung anders nicht gesichert war. Dieser Notdienst wurde an vier Kindertagesstätten durchgeführt, zu denen die Kindertagesstätte M nicht gehörte. Beschäftigt wurden Arbeitnehmerinnen, die die Streikleitung auf einer Liste benannt hatte. Die Klägerin war nicht darunter.

5

Die Beklagte zog der Klägerin von der Vergütung für zwei Arbeitstage im April 264,24 DM brutto und für vier Arbeitstage im Mai 538,64 DM brutto ab. Mit ihrer Klage hat die Klägerin die Zahlung von 802,88 DM brutto begehrt. Sie hat die Auffassung vertreten, ihr stehe die Vergütung für die ausgefallene Arbeitszeit zu, weil sie die Beklagte in Annahmeverzug versetzt habe. Der Arbeitnehmer habe bei einem Arbeitskampf das Lohnrisiko nur zu tragen, wenn andernfalls das Kräfteverhältnis der kampfführenden Parteien beeinflusst werde. Dies sei in ihrem Fall nicht anzunehmen. Der Beklagten wäre ihre Beschäftigung möglich gewesen, zumindest im Rahmen des Notdienstes. Sie sei bereit gewesen, auch in anderen Kindertagesstätten oder an anderen Arbeitsplätzen zu arbeiten.

6

Die Klägerin hat beantragt,

7

8

9

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die Klägerin müsse nach den Grundsätzen des Arbeitskampfrisikos ihren Lohnausfall selbst tragen. Ein Einsatz sei nicht möglich gewesen. Dies gelte auch für den Notdienst. Die zum Notdienst eingeteilten Arbeitnehmerinnen seien von der Streikleitung ausgewählt worden. Auf diese Auswahl habe sie keinen Einfluß gehabt.

10

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag weiter.

- [zum Seitenanfang](#)

Entscheidungsgründe

11

Die Revision ist unbegründet. Der Klägerin steht der geltend gemachte Vergütungsanspruch nicht zu, da die Beklagte während des Streiks nicht in Annahmeverzug gekommen ist. Dies gilt für den 28. und 29. April 1992 (I) ebenso wie für die Zeit vom 4. bis 7. Mai 1992, während derer ein Notdienst eingerichtet war (II).

12

I. Die Beklagte war nicht verpflichtet, die an den beiden ersten Streiktagen (28. und 29. April 1992) angebotene Arbeitsleistung der Klägerin anzunehmen.

13

1. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung auf die Rechtsprechung des Senats zur Tragung des Arbeitskampfrisikos gestützt. Danach muß der Arbeitgeber bei Störungen, die in einem nicht bestreikten Betrieb auftreten und auf den Fernwirkungen des Arbeitskampfs in einem bestreikten Betrieb beruhen, Arbeitnehmern, die er nicht beschäftigt, nur dann und insoweit Lohn zahlen, als deren Beschäftigung möglich und wirtschaftlich zumutbar wäre. Ist das nicht der Fall, tragen die betroffenen Arbeitnehmer das Lohnrisiko (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 22. März 1994 - [1 AZR 622/93](#) - AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, daß diese für die Beurteilung von Fernwirkungen eines Arbeitskampfs entwickelten Grundsätze auch dann anzuwenden seien, wenn die Störung durch einen Arbeitskampf in dem Beschäftigungsbetrieb selbst verursacht wird (so auch noch Senatsurteil vom 14. Dezember 1993 - [1 AZR 550/93](#) - AP Nr. 129 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). Es hat festgestellt, daß die Beschäftigung der Klägerin nicht möglich gewesen sei, da die Kindertagesstätten wegen der aktiven Streikbeteiligung des überwiegenden Teils der Belegschaft nicht mehr hätten betrieben werden können. Diese tatsächliche Feststellung ist von der Revision mit Verfahrensrügen nicht angegriffen worden. Für den 28. und 29. April war auch noch kein Notdienst eingerichtet, so daß ein Einsatz der Klägerin in dessen Rahmen ausschied.

14

2. Das Landesarbeitsgericht hat den Anspruch der Klägerin zwar im Ergebnis zutreffend verneint, es hat aber tatsächliche Feststellungen für erforderlich gehalten, auf die es nicht ankommt, so daß auch die hiergegen erhobene Kritik der Revision letztlich nicht entscheidungserheblich ist. Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 22. März 1994 (- [1 AZR 622/93](#) - AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = [AuR 1995, 36](#), m. zust. Anm. v. Buschmann) klargestellt, daß die Grundsätze des Arbeitskampfrisikos nicht anwendbar sind, wenn in dem bestreikten Betrieb oder Betriebsteil selbst arbeitswillige Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung anbieten. Dem bestreikten Arbeitgeber steht es vielmehr frei, wie er auf die kampfbedingte Lage reagieren will. Er kann den unmittelbar kampfbetroffenen Betrieb oder Betriebsteil während des Streiks stilllegen und damit seine Beschäftigungs- und Lohnzahlungspflicht auch gegenüber arbeitswilligen Arbeitnehmern suspendieren.

15

Im Streitfall geht es um Auswirkungen des Arbeitskampfs in einem bestreikten Betrieb. Selbst wenn die teilweise Öffnung der bestreikten Tagesstätten möglich oder zumutbar

gewesen wäre, durfte die Beklagte dennoch auf diese Möglichkeit verzichten mit der Folge, daß die Klägerin ihren Anspruch auf Beschäftigung und Vergütungszahlung verlor. Die Frage, ob der in einem bestreikten Betriebsteil beschäftigte arbeitswillige Arbeitnehmer einen Anspruch auf Beschäftigung in einem nicht bestreikten Betriebsteil hat, stellt sich schon deshalb nicht, weil nach Schließung aller 27 Kindertagesstätten für die Klägerin als Kinderpflegerin keine Beschäftigungsmöglichkeit existierte. Eine Verpflichtung der Beklagten, sie mit arbeitsvertragsfremden Tätigkeiten - soweit solche überhaupt vorhanden waren - zu beschäftigen, bestand nicht. Daraus folgt, daß die Klägerin die Beklagte nicht in Annahmeverzug versetzen konnte.

16

II. Dies gilt im Ergebnis auch für die Ausfalltage vom 4. bis zum 7. Mai 1992, als die Beklagte an vier Kindertagesstätten einen Notdienst betrieb.

17

1. Die Notwendigkeit der Durchführung von Notstands- und Erhaltungsarbeiten während eines Arbeitskampfs wird von den Sozialpartnern ebenso wie von Rechtsprechung und Lehre anerkannt (vgl. zuletzt Senatsentscheidung vom 14. Dezember 1993 - [1 AZR 550/93](#) - AP Nr. 129 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, zu I 4 b der Gründe, m.w.N.). Unter Erhaltungsarbeiten sind nach der Senatsrechtsprechung die Arbeiten zu verstehen, die erforderlich sind, um das Unbrauchbarwerden der sächlichen Betriebsmittel zu verhindern. Notstandsarbeiten sind die Arbeiten, die die Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Diensten und Gütern während eines Arbeitskampfs sicherstellen sollen (vgl. Senatsurteil vom 30. März 1982 - [1 AZR 265/80](#) -, [BAGE 38, 207](#) = AP Nr. 74 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; s. auch MünchArbR/Otto, § 278 Rz 139 ff.).

18

Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts haben sich die Beklagte und die örtliche Streikleitung der streikführenden Gewerkschaft geeinigt, daß ein Notdienst durchgeführt wird, ferner, mit welchem Inhalt und Umfang das geschehen soll. Damit ist der während des Streiks durchgeführte Notdienst als Notstandsarbeit im arbeitskampfrechtlichen Sinne zu werten. Ob die Kinderbetreuung in dem vereinbarten Umfang zur Sicherung der Versorgung der Bevölkerung erforderlich war, hatten in erster Linie die den Arbeitskampf führenden Parteien zu beurteilen, die auch seinen Umfang bestimmen. Vereinbarungen über die Einrichtung und den Umfang von Notdienstarbeiten sind angesichts des Fehlens jeglicher gesetzlicher Regelung nicht nur zulässig, sondern auch wünschenswert und vorrangig von den Arbeitskampfparteien anzustreben (vgl. zum Vorrang von Regelungen der Arbeitskampfparteien grundsätzlich schon [BAG, Großer Senat, Beschluß vom 21. April 1971 - GS 1/68](#) -, [BAGE 23, 292](#), 307 = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, zu III A 3 der Gründe; zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Notdienstvereinbarungen zuletzt Senatsurteile vom 14. Dezember 1993 - [1 AZR 550/93](#) - AP Nr. 129 zu Art. 9 GG Arbeitskampf und vom 22. März 1994 - [1 AZR 622/93](#) - AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = [AuR 1995, 36](#)).

19

Dahingestellt bleiben kann, ob Art und Umfang von Notdienst- und Erhaltungsarbeiten beliebig bestimmt werden können oder ob es Grenzen gibt, die nicht zu Lasten der Ansprüche arbeitswilliger Arbeitnehmer überschritten werden dürfen. Den Arbeitskampfparteien ist jedenfalls ein weiter Beurteilungsspielraum zuzugestehen. Die eingeschränkte Öffnung von Kindertagesstätten für Fälle, in denen eine anderweitige Betreuung der Kinder nicht gesichert ist (nach den vorgelegten Pressemitteilungen war

gedacht an "Alleinerziehende, die unbedingt arbeiten müssen und nicht wissen, wohin mit dem Kind, oder bei Krankheitsfällen der Eltern"), läßt sich zwanglos als Maßnahme der Aufrechterhaltung eines für die Bevölkerung notwendigen Dienstes verstehen (zurückhaltend bei rechtzeitiger Ankündigung des Streiks: Ohnesorg, [PersR 1992, 342, 346](#)). Auch vom Umfang her gibt ein Notdienst an vier von 27 Tagesstätten keinen Anlaß für Bedenken. Eine Verkennung des Begriffs des Notdienstes ist nicht ersichtlich.

20

2. Die Klägerin hatte keinen Anspruch auf Beschäftigung im Rahmen dieses Notdienstes.

21

a) Die Frage, wer die zum Notdienst heranzuziehenden Arbeitnehmer letztlich auszuwählen hat, war vom Bundesarbeitsgericht bisher nicht zu entscheiden. In seinem Urteil vom 30. März 1982 (- [1 AZR 265/80](#) -, [BAGE 38, 207](#) = AP Nr. 74 zu Art. 9 GG Arbeitskampf) hat der Senat den Meinungsstand dargestellt. Träger der Notdienstarbeiten ist nach einer Auffassung der Arbeitgeber, nach einer anderen ist es die den Streik führende Gewerkschaft, nach einer dritten Auffassung muß eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaft getroffen werden (vgl. Urteil vom 30. März 1982, aaO, zu II der Gründe, mit ausführlichen Nachweisen; vgl. weiter für die grundsätzliche Trägerschaft der Gewerkschaft Buschmann, [AuR 1983, 254](#); Däubler/Schumann, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Rz 226; Hirschberg, [RdA 1986, 355](#); Löwisch/Rieble, AR-Blattei SD 170.2 Rz 225; Oetker, Die Durchführung von Not- und Erhaltungsarbeiten bei Arbeitskämpfen, 1984, S. 68 ff.; für die grundsätzliche Trägerschaft des Arbeitgebers Heckelmann, Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf, 1984, S. 21 ff.; vorrangig für eine Vereinbarung, allerdings mit einer Notkompetenz des Arbeitgebers, MünchArbR/Otto, § 278 Rz 148 ff.; ähnlich auch [LAG Niedersachsen Urteil vom 1. Februar 1980 - 10 Sa 110/79](#) - AP Nr. 69 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = [AuR 1981, 285](#)). Einer näheren Prüfung und Entscheidung bedarf es auch im vorliegenden Fall nicht. Einigkeit besteht jedenfalls darin, daß eine Vereinbarung der den Arbeitskampf führenden Parteien zulässig ist. Es ist sogar die Aufgabe der Arbeitskampfparteien, sich um eine Regelung des Notdienstes zu bemühen. Kommt eine Verständigung zustande, ist diese als maßgebliche Grundlage des Notdienstes zu beachten. Das gilt auch im vorliegenden Fall, in dem sich die am Arbeitskampf Beteiligten über die Durchführung der Notdienstarbeiten verständigt haben.

22

Die Beklagte hat die von der örtlichen Streikleitung vorgelegte Liste derjenigen Arbeitnehmer, die für den Notdienst vorgesehen waren, ihrem Einsatzplan zugrundegelegt. Damit ist eine Übereinkunft hinsichtlich der heranzuziehenden Arbeitnehmer zustande gekommen. Sollte die Beklagte davon ausgegangen sein, daß der Gewerkschaft ein Auswahlrecht zustehe, berührte das nur ihre Motivation, änderte aber nichts daran, daß sie die vorgelegte Liste akzeptierte, eine Verständigung also insoweit zustande kam. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Auswahl der Arbeitnehmer nicht isoliert zu betrachten ist. Die Verständigung betraf vor allem die Vorfrage, ob überhaupt ein Notdienst eingerichtet werden sollte. Die Beklagte hat der Einführung des Notdienstes zugestimmt und dabei auch der Vorschlagsliste nicht widersprochen. Sie hat damit das "Gesamtpaket" angenommen und auf diese Weise die für eine Notdienstvereinbarung erforderliche Verständigung erzielt.

23

b) Die Klägerin gehörte nicht zu den für den Notdienst bestimmten Arbeitnehmern. Sie hatte, wie das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen hat, keinen Anspruch darauf, im Notdienst berücksichtigt zu werden. Da der Arbeitgeber in der Entscheidung frei ist, den

bestreikten Betrieb oder Betriebsteil auch zu Lasten arbeitswilliger Arbeitnehmer ganz zu schließen, greift eine Notdienstvereinbarung grundsätzlich nicht in bestehende Rechte ein (Senatsurteil vom 22. März 1994 - [1 AZR 622/93](#) - AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). Notdienst- und Erhaltungsarbeiten sind Teil des arbeitskampfrechtlichen Geschehens. Sie beschränken den Umfang des Arbeitskampfs aus Gründen, die sich entweder aus den Interessen des Betriebes selbst oder aus den Interessen Dritter ergeben. Hingegen dienen sie nicht der Schaffung von Beschäftigungsmöglichkeiten für arbeitswillige Arbeitnehmer (so schon Senatsurteil vom 30. März 1982 - [1 AZR 265/80](#) -, [BAGE 38, 207](#) = AP Nr. 74 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). Allein der Umstand, daß die Klägerin arbeitswillig war, ließ also die Beschäftigungspflicht der Beklagten nicht wiederaufleben, nur weil inzwischen ein Notdienst eingerichtet worden war.

24

c) Die unterbliebene Berücksichtigung der Klägerin bei den zum Notdienst herangezogenen Arbeitnehmern ist auch aus sonstigen Gründen nicht zu beanstanden. Zwar ist davon auszugehen, daß Arbeitgeber und Gewerkschaft bei der einvernehmlichen Auswahl der Arbeitnehmer nicht völlig frei sind, sondern das allgemeine Willkürverbot zu beachten haben. Bedenklich wäre insoweit etwa eine Auswahlentscheidung, die ausschließlich auf das Kriterium der Gewerkschaftszugehörigkeit abstellte und dabei sachliche Gesichtspunkte, die sich aus dem Zweck und der Eigenart des Notdienstes ergeben können, außer acht ließe. Anhaltspunkte für eine derartige Überschreitung des Gestaltungsfreiraums, der den Beteiligten zuzubilligen ist, sind jedoch nicht dargetan.

25

Welche Arbeitnehmer zum Notdienst herangezogen wurden, hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. Die Beklagte hat zwar vorgetragen, die örtliche Streikleitung habe nur organisierte Arbeitnehmer benannt, das genügt aber nicht, um auf eine willkürliche Auswahlentscheidung schließen zu lassen. Es ist nicht ersichtlich, daß die fehlende Gewerkschaftszugehörigkeit das alleinige Kriterium war, gerade die Klägerin auszunehmen. An der Kindertagesstätte M war ein Notdienst nicht eingerichtet. Damit war der Betriebsteil, an dem die Klägerin ihre Arbeit zu erbringen hatte, während des ganzen Arbeitskampfs stillgelegt. Ihr Einsatz wäre also nur nach einer zeitweiligen Umsetzung möglich gewesen. Schon das spricht gegen die Annahme, alleiniger Grund für den unterbliebenen Einsatz der Klägerin sei ihre fehlende Gewerkschaftszugehörigkeit gewesen. Die Klägerin hat im übrigen nicht einmal vorgetragen, daß in den am Notdienst beteiligten Tagesstätten überhaupt noch eine Kinderpflegerin benötigt wurde. Das hat das Landesarbeitsgericht zu Recht hervorgehoben.

26

Es fehlt ferner an jeglichen Anhaltspunkten für die Vermutung, die Auswahl der vier Kindertagesstätten, an denen der Notdienst eingerichtet war, sei unter dem Gesichtspunkt erfolgt, möglichst nur Gewerkschaftsmitglieder einzusetzen - oder anders gewendet: Die Kindertagesstätte M sei nur deshalb nicht zum Notdienst bestimmt worden, weil man den Einsatz nichtorganisierter und arbeitswilliger Arbeitnehmer verhindern wollte. Wegen des bekannt hohen Organisationsgrades der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst liegt ein solcher Verdacht nicht nahe.

27

