

Bundesarbeitsgericht

Beschluss

§ 615 BGB, §§87 Abs 1 Nr 2, Nr 3 BetrVG, Art 9 Abs 3 GG

- 1. Der Arbeitgeber trägt grundsätzlich das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko, sodaß er den Lohn auch dann zahlen muß, wenn er die Belegschaft ohne sein Verschulden aus betriebstechnischen Gründen nicht beschäftigen kann (Betriebsrisiko) oder wenn die Fortsetzung des Betriebes wegen Auftrags- oder Absatzmangels wirtschaftlich sinnlos wird (Wirtschaftsrisiko).**
- 2. Die Sphärentheorie, nach der das Lohnverweigerungsrecht bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen ursprünglich begründet wurde, ist nicht geeignet, die Grundlagen des Arbeitskampfrisikos überzeugend zu kennzeichnen.**
- 3. Sind die Fernwirkungen eines Streikes geeignet, das Kräfteverhältnis der kampf führenden Parteien zu beeinflussen, tragen beide Seiten das Arbeitskampfrisiko und die betroffenen Arbeitnehmer haben für die Dauer der Störung keine Vergütungsansprüche.**

BAG, Beschluss vom 22.12.1980 Az. : 1 ABR 2/79

Gründe:

1

A. Der Antragsteller ist der Betriebsrat eines Zweigwerkes der Antragsgegnerin in I. Dort werden 90 Arbeitnehmer beschäftigt, teils in der Fünf-Tage-Woche, teils im Drei-Schichten-Betrieb. Die Antragsgegnerin ist ein Unternehmen der Kunststoffverarbeitung und stellt vor allem Spritzgußteile für den Automobilbau her. Sie ist Mitglied des örtlichen Arbeitgeberverbandes der metallverarbeitenden Industrie. Sie ist an den Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmer in der Eisen-, Metall-, Elektro- und Zentralheizungsindustrie in Nordrhein-Westfalen vom 23. Januar 1975 (MTV) gebunden. Dieser Tarifvertrag enthält Regelungen für die Einführung von Kurzarbeit (§ 6 MTV) und für die Rechtsfolgen bei Arbeitsausfällen (§ 8 MTV). In § 18 MTV ist das Verfahren und die Zusammensetzung der Einigungsstelle geregelt, die in betriebsverfassungsrechtlichen Fragen des MTV zusammentreten soll. Die Vorschriften lauten auszugsweise wie folgt:

2

"§ 6 MTV

3

Kurzarbeit

4

1. Aus dringenden betrieblichen Gründen, z.B. zur Vermeidung von Entlassungen oder vorübergehenden Stilllegungen, kann der Arbeitgeber nach

Abschluß einer Betriebsvereinbarung für die gesamte Belegschaft oder für einen Teil (nicht einzelne Arbeitnehmer) eine kürzere als die regelmäßige Arbeitszeit einführen.

5

2. Die Betriebsvereinbarung muß u.a. folgendes regeln:

6

a) Beginn und Dauer der Kurzarbeit; zwischen dem Abschluß der Betriebsvereinbarung und dem Beginn der Kurzarbeit muß ein Zeitraum von einer Woche liegen;

7

b) Lage und Verteilung;

8

c) Personenkreis.

9

3. -- 5. ...

10

§ 8 MTV

11

Arbeitsausfall

12

1. Muß die Arbeit aus Gründen ruhen, die der Arbeitgeber zu vertreten hat, so ist dem Arbeitnehmer für die ausgefallenen Arbeitsstunden der regelmäßige Arbeitsverdienst weiterzuzahlen (§ 15).

13

Ist eine Schicht oder sind mehrere Schichten durch einen Beauftragten des Arbeitgebers so rechtzeitig abgesagt, daß der Arbeitnehmer vor Antritt des Weges zur Arbeitsstelle weiß, daß die Schicht nicht verfahren wird, so besteht Anspruch auf Bezahlung, wenn nicht Gelegenheit gegeben wird, die Ausfallstunden nachzuarbeiten. Der Zeitpunkt für das Nachholen der Schicht ist mit dem Betriebsrat zu vereinbaren. Diese Nachholschichten gelten als Mehrarbeit.

14

2. Muß die Arbeit aus Gründen ruhen, die weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer zu vertreten haben, z. B. Naturkatastrophen, außerbetriebliche Energiestörungen (Gas, Wasser, Strom), so ist die begonnene Schicht zu vergüten, es sei denn, daß die Ausfallstunden unverzüglich -- möglichst innerhalb zwei Wochen -- nach Beendigung der Arbeitsunterbrechung nachgearbeitet werden können; diese an Werktagen verfahrenen Arbeitsstunden sind zuschlagfrei.

15

3. Muß die Arbeit aus Gründen ruhen, die der Arbeitnehmer zu vertreten hat, so entfällt die Bezahlung.

16

4. -- 9. ...

17

§ 18 MTV

18

Einigungsstelle

19

In allen Fällen, in denen dieser Vertrag eine Einigung einschließlich Betriebsvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat vorsieht und eine solche nicht zustande kommt, sind die Vertreter der vertragschließenden Parteien hinzuzuziehen. Gelingt auch dann eine Übereinstimmung nicht, so ist die

Angelegenheit einer Einigungsstelle vorzutragen, die aus je zwei von den Tarifvertragsparteien zu benennenden Beisitzern und einem unparteiischen Vorsitzenden besteht, auf den sich die Parteien einigen sollen.

20

Kommt eine Einigung über die Person des Vorsitzenden nicht zustande, so entscheidet unter den Vorschlägen das Los.

21

Die Einigungsstelle regelt den Streitfall verbindlich."

22

Zu den Hauptabnehmern der Antragsgegnerin gehörten Automobilwerke der Firmen BMW, Daimler-Benz und Hanomag-Henschel. Diese waren von einem Arbeitskampf betroffen, der vom 15. März bis 10. April 1978 in der Metallindustrie von Nordwürttemberg-Nordbaden stattfand. Die Abnahme der im Zweigwerk I hergestellten Spritzgußteile wurde erheblich eingeschränkt. Aus diesem Grunde teilte die Antragsgegnerin dem Antragsteller am 17. März 1978 mit, daß sie gezwungen sei, für die Abteilung Daimler-Benz ab 28. März 1978 und möglicherweise für den restlichen Betrieb ab 3. April 1978 Kurzarbeit einzuführen. Der Antragsteller beschloß in einer Sitzung vom gleichen Tage, der Kurzarbeit nicht zuzustimmen, "da die angegebenen Gründe sich nur auf Tarifbewegungen beziehen und den Bestimmungen des MTV ... nicht entsprechen". Dennoch ließ die Antragsgegnerin in der Abteilung Daimler-Benz ab 28. März 1978 und in den übrigen Abteilungen des Zweigbetriebes ab 3. April 1978 die gesamte Wochenarbeitszeit ausfallen. Das Arbeitsamt zahlte den betroffenen Arbeitnehmern Kurzarbeitergeld.

23

Der Antragsteller ist der Ansicht, die Antragsgegnerin habe sein Mitbestimmungsrecht nach § 6 MTV und nach § 87 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BetrVG verletzt. Sie sei nicht berechtigt gewesen, die regelmäßige Arbeitszeit ohne Zustimmung des Betriebsrats zu verkürzen. Daran ändere auch die Tatsache nichts, daß sie Absatzschwierigkeiten gehabt habe, die auf einem Arbeitskampf in einem anderen Tarifgebiet beruhten. Dadurch könnten allenfalls die Lohnansprüche einzelner Arbeitnehmer, nicht aber das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats berührt werden.

24

Der Antragsteller hat zunächst den Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragt, durch die der Antragsgegnerin die Einführung der genannten Kurzarbeit untersagt und die Fortführung der Vollarbeit aufgegeben werden sollte. Das Arbeitsgericht hat dem Antrag durch Beschluß vom 28. März 1978 stattgegeben, diese einstweilige Verfügung aber auf den Widerspruch der Antragsgegnerin mit Beschluß vom 6. April 1978 wieder aufgehoben.

25

Im vorliegenden Hauptverfahren erstrebt der Antragsteller weiterhin die Klärung seines Mitbestimmungsrechts. Er hat beantragt

26

festzustellen, daß die von der Antragsgegnerin einseitig getroffene Anordnung zur Einführung von Kurzarbeit in der Abteilung Daimler-Benz und die Anordnung zur Einführung von Kurzarbeit ab dem 3. April 1978 im gesamten Betrieb rechtsunwirksam war.

27

Die Antragsgegnerin hat die Abweisung des Antrages verlangt und die Ansicht vertreten, sie habe die Rechte des Antragstellers nicht verletzt. Mitbestimmungspflichtige Kurzarbeit im Sinne des § 6 MTV sei nur dann anzunehmen, wenn kein Lohnverweigerungsrecht nach § 8 MTV eingreife. Das sei jedoch im vorliegenden Fall gegeben, weil der Arbeitsausfall auf einen Arbeitskampf zurückzuführen sei. Eine solche Betriebsstörung sei von den Arbeitnehmern zu vertreten, jedenfalls aber nicht vom Arbeitgeber. Weder § 6 MTV noch § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG seien anwendbar. Ganz allgemein seien Mitbestimmungsrechte immer dann ausgeschlossen, wenn der Betriebsrat mit ihrer Hilfe in einen Arbeitskampf eingreifen könne, an dessen Ausgang die vertretene Belegschaft unmittelbar oder aufgrund der zu erwartenden Signalwirkung interessiert sei. Bei einer solchen Fallgestaltung ergebe sich eine Konfrontation, die zur Funktionsunfähigkeit des Betriebsrats führen müsse.

28

Das Arbeitsgericht hat den Antrag als unbegründet abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihm stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Betriebsrat habe zwar kein Mitbestimmungsrecht, soweit sich der Arbeitgeber auf ein Lohnverweigerungsrecht berufen könne. Das sei jedoch im vorliegenden Fall nicht anzunehmen, weil der ursächliche Arbeitskampf in Nordwürttemberg-Nordbaden nicht im Interesse der Arbeitnehmer von Nordrhein-Westfalen geführt worden sei. Das ergebe sich schon aus der Tatsache, daß die Bundesanstalt für Arbeit nicht gemäß § 116 AFG an der Gewährung von Kurzarbeitergeld gehindert war. Bei einer solchen Sachlage könnten auch die Lohnzahlung der Antragsgegnerin und die Mitbestimmung des Antragstellers nicht zu einer Störung der Kampfparität führen.

29

Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde wehrt sich die Antragsgegnerin weiterhin gegen das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, während dieser beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

30

B. Prozessuale Hindernisse stehen einer Sachentscheidung nicht entgegen.

31

1. Der Streit der Parteien ist im Beschlußverfahren zu klären. Der Betriebsrat wünscht zwar die Feststellung, daß eine in der Form einer Arbeitgeberweisung ausgeübte Maßnahme der Antragsgegnerin unwirksam sei, er stützt diesen Antrag jedoch ausschließlich auf betriebsverfassungsrechtliche Gründe. Die Rechtsunwirksamkeit der Maßnahme soll sich aus der Verletzung des Mitbestimmungsrechts ergeben. Diese Frage steht nach dem beiderseitigen Vorbringen allein in Rede, andere Gründe für eine etwaige Unwirksamkeit werden nicht angeführt. Damit ist der Verfahrensgegenstand von den Betroffenen eindeutig bestimmt. Jedenfalls bei einer solchen Fallgestaltung handelt es sich um eine Angelegenheit aus dem Betriebsverfassungsgesetz im Sinne des § 2 a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG, für die gemäß § 80 Abs. 1 ArbGG das Beschlußverfahren Platz greift. Daß der Antragsteller auch auf Regelungen des MTV abhebt, ändert hieran nichts. Diese Tarifbestimmungen haben betriebsverfassungsrechtlichen Inhalt. Mit "Angelegenheiten aus dem BetrVG" sind alle betriebsverfassungsrechtlichen Materien gemeint. Anderenfalls würden rechtlich zusammengehörige Materien sachwidrig getrennt und in unterschiedlichen Verfahren behandelt.

32

2. Dem Antrag fehlt auch nicht das Rechtsschutzinteresse. Zwar wurde im Betrieb der Antragsgegnerin in I schon bei der Eröffnung des vorliegenden Beschlußverfahrens wieder voll gearbeitet, damit war jedoch der Streit der Beteiligten nicht erledigt. Der erkennende Senat hat wiederholt entschieden, daß das Rechtsschutzinteresse im Beschlußverfahren nicht schon dann entfällt, wenn der konkrete Vorgang, der den Streit ausgelöst hat, in der Vergangenheit liegt und bereits abgeschlossen ist. Es genügt eine nur geringe Wahrscheinlichkeit, daß sich ein gleichartiger Vorgang in der Zukunft wiederholen wird (u.a. BAG 18, 41 (47) = AP Nr. 5 zu § 16 BetrVG (zu 3 der Gründe); AP Nr. 15 zu § 37 BetrVG 1972). Das liegt im vorliegenden Fall auf der Hand. Darüber hinaus können sich aus der Unwirksamkeit der umstrittenen Maßnahme für die betroffenen Arbeitnehmer rückständige Vergütungsansprüche ergeben, die im Blick auf seine allgemeine Aufgabe ebenfalls das Interesse des Betriebsrats begründen, die Verletzung seines Mitbestimmungsrechts nachträglich klären zu lassen.

33

3. Bei der mündlichen Erörterung der Rechtsbeschwerde hat der Antragsteller vortragen lassen, daß möglicherweise die IG Metall als notwendige Beteiligte beizuziehen gewesen wäre, weil sie im Betrieb der Antragsgegnerin vertreten ist und in ihren Rechten betroffen sein könnte. Für diese Annahme fehlt jedoch jeder Anhaltspunkt. Die Beteiligungsbefugnis bestimmt sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts für das Beschlußverfahren nach materiellem Recht. Entscheidend ist, ob durch das konkrete Verfahren die betriebsverfassungsrechtliche Stellung unmittelbar berührt wird (vgl. etwa BAG 25, 415 (417) = AP Nr. 4 zu § 40 BetrVG 1972 sowie die Nachweise bei Auffarth/Schönherr, ArbGG, § 83 -- 03/1 ff.). Im vorliegenden Fall ist das für die IG Metall nicht anzunehmen. Es geht nur um eine Kompetenzabgrenzung zwischen den Befugnissen des Arbeitgebers und des Betriebsrats. Daß dabei etwa Tarifrecht und Arbeitskampfrecht zu beachten sind, reicht nicht aus, um eine Beteiligungs- und Antragsbefugnis interessierter Gewerkschaften zu begründen (BAG AP Nr. 63 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (zu B I 2 der Gründe), auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).

34

C. In der Sache mußte die Rechtsbeschwerde Erfolg haben.

35

Der Betriebsrat hat ein Mitbestimmungsrecht bei allen betrieblichen Regelungen der Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BetrVG). Der Regelungsspielraum wird jedoch begrenzt durch die arbeitskampfrechtlichen Grundsätze über das Beschäftigungs- und Lohnrisiko bei Fernwirkungen von Streiks und Aussperrungen. Über diese Risikoverteilung muß der Arbeitgeber keine Einigung mit dem Betriebsrat erzielen. Damit sind aber nicht alle Fragen entschieden, die sich bei der Einführung von Kurzarbeit aus Anlaß eines Arbeitskampfes stellen können. Die Übertragung der genannten Risikogrundsätze auf den konkreten Betriebsablauf und die betroffenen Arbeitsverhältnisse bleibt an die Mitbestimmung des Betriebsrats gebunden, soweit ein Regelungsspielraum besteht. Das ist normalerweise und auch im vorliegenden Fall anzunehmen. Daraus folgt, daß die Antragsgegnerin das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers insoweit verletzt hat. Diese Verletzung des Mitbestimmungsrechts führt jedoch für die zurückliegende Zeit nicht zur Unwirksamkeit der getroffenen Maßnahmen.

36

I. Das Landesarbeitsgericht hat die Problematik des Rechtsstreits schon im Ansatz abweichend beurteilt. Es hat angenommen, daß im vorliegenden Fall

arbeitskampfrechtliche Grundsätze nicht eingreifen können. Der Arbeitgeber trage hier wie in der Regel das Risiko der Beschäftigungs- und Lohnzahlungspflicht. Deshalb müsse er eine abweichende Kurzarbeitsregelung, die zur Beschränkung der Beschäftigungs- und Vergütungsansprüche führen könnte, mit dem Betriebsrat aushandeln. Der Senat kann dem angefochtenen Beschluß insoweit nicht folgen.

37

1. a) Richtig ist, daß der Arbeitgeber grundsätzlich das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko trägt. Das bedeutet, daß er den Lohn auch dann zahlen muß, wenn er die Belegschaft ohne sein Verschulden aus betriebstechnischen Gründen nicht beschäftigen kann (Betriebsrisiko) oder wenn die Fortsetzung des Betriebes wegen Auftrags- oder Absatzmangels wirtschaftlich sinnlos wird (Wirtschaftsrisiko). Daß wirtschaftliche Schwierigkeiten nicht von der Erfüllung vertraglicher Pflichten entbinden, versteht sich im Grunde von selbst (Söllner, Arbeitsrecht, 6. Auflage, § 32 Abschn. 5, S. 225). Aber auch für die technischen Betriebsstörungen kommt die herrschende Lehre mit unterschiedlicher Begründung zum gleichen Ergebnis (vgl. zum älteren Schrifttum Hueck bei Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. I, § 44 IV 2 und 3, S. 349 ff.; aus neuerer Zeit Kalb, Rechtsgrundlage und Reichweite der Betriebsrisikolehre, 1977, S. 90 ff.; Picker, JZ 1979, 285 ff.). Auch das Bundesarbeitsgericht ist im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts stets von diesen Grundsätzen ausgegangen (grundlegend vor allem: BAG 3, 346 (348) = AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko und BAG 24, 446 (448/449) = AP Nr. 28 zu § 615 BGB Betriebsrisiko). Daran ist jedenfalls im Ergebnis festzuhalten.

38

b) Die Last des Betriebs- und des Wirtschaftsrisikos läßt sich mit den Mitteln des Betriebsverfassungsrechts und des Arbeitsförderungsgesetzes abmildern. Der Arbeitgeber kann durch eine Betriebsvereinbarung die betriebsübliche Arbeitszeit vorübergehend abkürzen. Das kann auch in der Weise geschehen, daß ganze Schichten, Wochentage oder Wochen ausfallen (BAG AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit). Eine solche Regelung, die die Beschäftigungs- und Lohnzahlungspflicht unmittelbar einschränkt, setzt zwar die Mitwirkung des Betriebsrats voraus, dessen Zustimmung wird jedoch zu erreichen und ggf. durch den Spruch der Einigungsstelle zu ersetzen sein, wenn dadurch vorübergehende Schwierigkeiten überwunden und im Ergebnis Arbeitsplätze erhalten werden können.

39

Betriebliche Kurzarbeitsregelungen werden durch das Arbeitsförderungsgesetz erheblich erleichtert. Nach § 63 AFG wird den Arbeitnehmern bei vorübergehendem Arbeitsausfall Kurzarbeitergeld gewährt, wenn zu erwarten ist, daß dadurch Arbeitsplätze erhalten werden können. Der Anspruch ist allerdings an verschiedene betriebliche und persönliche Voraussetzungen geknüpft. So muß der Arbeitsausfall einen bestimmten Teil der Belegschaft erfassen und darf festgesetzte Fristen nicht unter- oder überschreiten. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, erhalten die Arbeitnehmer 68 % ihres regelmäßigen Nettoverdienstes (§ 68 Abs. 4 AFG). Die Regelung verfolgt arbeitsmarktpolitische Ziele, bewirkt jedoch gleichzeitig, daß dem Arbeitgeber das Lohnrisiko bei einer besonders häufig auftretenden Fallgestaltung durch die Bundesanstalt für Arbeit abgenommen wird. Der Betriebsrat hat insbesondere unter diesen Voraussetzungen normalerweise wohl keinen Anlaß, einer betrieblichen Kurzarbeitsregelung zu widersprechen.

40

c) Diese Grundsätze für die Verteilung des Betriebs- und des Wirtschaftsrisikos und für entsprechende betriebliche Regelungen spiegeln sich auch in den maßgebenden

Bestimmungen des MTV. Die §§ 6 und 8 MTV modifizieren die gesetzliche Regelung nur geringfügig.

41

§ 8 MTV regelt die Lohnzahlungspflicht und differenziert danach, ob der Arbeitsausfall vom Arbeitgeber, vom Arbeitnehmer oder von keiner der beiden Vertragsparteien zu vertreten ist. Damit knüpft der Manteltarifvertrag an die Begriffsbildung des BGB an. Unter Vertretenmüssen ist jede Form der haftungsrechtlichen Zurechnung zu verstehen, nicht nur das Verschulden im Sinne von § 276 BGB, wie Ehmann irrtümlich meint (Betriebsrisikolehre und Kurzarbeit, 1979, S. 76). Das Zivilrecht kennt die unterschiedlichsten Zurechnungskriterien (vgl. § 279 BGB). An der Zurechnung durch die Betriebsrisikogrundsätze wollten die Tarifvertragsparteien für den Regelfall nichts ändern; nur die in § 8 Nr. 2 MTV genannten Ausnahmefälle werden einer Sonderregelung zugeführt (überzeugend Ziepke, Handkommentar zum Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmer in der Eisen-, Metall-, Elektro- und Zentralheizungsindustrie NRW vom 23. Januar 1975, § 8 Anm. 1 und 8).

42

Auch bei der Regelung von Kurzarbeit in § 6 MTV lehnt sich der Tarifvertrag eng an die gesetzliche Regelung an, nämlich an § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, wobei sogar die Rechtsprechung des erkennenden Senats berücksichtigt wird (zutreffend Ziepke, aaO, § 6 Anm. 2). Die Voraussetzungen der Einführung von Kurzarbeit werden nur generalklauselartig dahin umschrieben, daß es sich um "dringende betriebliche Gründe" handeln muß. Als Beispiele werden die Vermeidung von Entlassungen oder vorübergehenden Stilllegungen genannt, woraus Ehmann (aaO, S. 75) in einer überspitzten Wortinterpretation schließen will, daß Fragen der arbeitskampfbedingten Kurzarbeit nicht gemeint sein könnten. In Wahrheit handelt es sich nur um eine beispielhafte Konkretisierung, durch die verhindert werden soll, daß schon aus geringfügigem Anlaß Kurzarbeit eingeführt wird. Eine Abweichung vom geltenden Betriebsverfassungsrecht enthält die tarifliche Regelung lediglich insofern, als sie eine förmliche Betriebsvereinbarung mit einem bestimmten Mindestinhalt zwingend vorschreibt und darüber hinaus verlangt, daß zwischen dem Abschluß der Betriebsvereinbarung und dem Beginn der Kurzarbeit eine Ankündigungsfrist von einer Woche liegen muß (§ 6 Nr. 2 Buchst. a MTV). Hingegen bieten die Regelungen keinen Anhaltspunkt, daß für arbeitskampfbedingte Betriebsstörungen Besonderheiten oder Einschränkungen gelten sollen.

43

2. Vom allgemeinen Betriebs- und Wirtschaftsrisiko im Grundsatz scharf zu unterscheiden ist das besondere Risiko, das legitime Arbeitskämpfe darstellen (Arbeitskampfisiko). Obwohl Streiks und Aussperrungen regelmäßig auf Teile eines Betriebes oder Tarifgebietes beschränkt werden, führen sie zwangsläufig zu Störungen auch bei solchen Unternehmen, die nicht unmittelbar vom Arbeitskampf betroffen sind, aber mit solchen kampfbetroffenen Unternehmen eng zusammenarbeiten. So können betriebsnotwendige Materialien oder Halbfertigprodukte ausbleiben oder der Absatz in einem so starken Umfange stocken, daß die weitere Produktion unmöglich oder sinnlos wird. Für dieses Arbeitskampfisiko müssen andere Grundsätze gelten als für das allgemeine Betriebs- und Wirtschaftsrisiko. Die Last der Beschäftigungs- und Lohnzahlungspflicht kann bei legitimen Streiks den mittelbar betroffenen Arbeitgebern nicht uneingeschränkt aufgebürdet werden. Die Ursachen und Folgen der Fernwirkungen von Arbeitskämpfen, insbesondere soweit sie kampftaktisch bestimmt sind, müssen bei der Risikoverteilung berücksichtigt werden. Das entspricht seit dem grundlegenden Kieler Teilstreik-Urteil des Reichsgerichts vom 6.

Februar 1923 (RGZ 106, 272 ff.) der ständigen Rechtsprechung, der sich auch das Bundesarbeitsgericht angeschlossen hat (BAG 3, 346 = AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; AP Nr. 3 und 4 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; BAG 23, 512 = AP Nr. 45 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 27, 311 = AP Nr. 30 zu § 615 BGB Betriebsrisiko). Der Senat hat diese Erkenntnis erst in jüngster Zeit in seinen Aussperrungs-Urteilen vom 10. Juni 1980 bekräftigt (vgl. 1 AZR 168/79 zu A V 3 b der Gründe, (demnächst) AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Daran ist festzuhalten.

44

a) Dem Landesarbeitsgericht ist jedoch zuzugeben, daß das Arbeitskampfrisiko schon in seiner Begründung lebhaft umstritten und weitgehend ungeklärt ist.

45

(1) Ursprünglich wurde das Lohnverweigerungsrecht bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen mit der sog. "Sphärentheorie" begründet. Diese Begründung geht auf das Reichsgericht zurück (RGZ 106, 272 ff.) und beruht auf der Vorstellung, daß der einzelne Arbeitnehmer als Glied der gesamten Arbeitnehmerschaft solidarisch für alle Störungen eintreten muß, die sich auf die Sphäre der Arbeitnehmerschaft zurückführen lassen (vgl. die Übersichten bei Hueck/Nipperdey, aaO, Bd. I, § 44 IV 2 c, S. 350 f. und Biedenkopf, Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung, 1970, S. 2 ff.). Heute wird diese Auffassung, die lange Zeit vorherrschte, nahezu einhellig abgelehnt und nirgends verteidigt (vgl. Bertelsmann, Aussperrung, 1979, S. 169 ff.; Biedenkopf, aaO, S. 14 ff.; Ehmman, Betriebsrisikolehre und Kurzarbeit, 1979, S. 49 ff. und S. 112; Kalb, Rechtsgrundlage und Reichweite der Betriebsrisikolehre, 1977, S. 64 ff.; Scholz/Konzen, Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, 1980, S. 209; Schwerdtner, Arbeitsrecht I, 1976, S. 95; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 310; Weiß, AuR 1974, 37, 40). Auch der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in seiner jüngsten Entscheidung zum Arbeitskampfrisiko Zweifel geäußert, ob sich die Lohnverweigerung in "Drittbetrieben" aus der Solidarität der Arbeitnehmer ableiten lasse (BAG 27, 311 (313 f.) = AP Nr. 30 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (zu 3 der Gründe)).

46

In der Tat ist die Sphärentheorie nicht geeignet, die Grundlagen des Arbeitskampfrisikos überzeugend zu kennzeichnen. Die Vorstellung der Solidarität aller Arbeitnehmer, unabhängig von der Gruppenzugehörigkeit und jeder Interessenverschiedenheit, läuft auf eine reine Fiktion hinaus. Wiedemann (RdA 1969, 321, 326) hat zutreffend darauf hingewiesen, daß der Gedanke einer Solidarität der Arbeitnehmer viel zu unscharf ist und "in die Nähe klassenkämpferischen Denkens" führt, wenn man sie über konkrete nachweisbare Gruppeninteressen hinaus auf die gesamte Arbeitnehmerschaft erstreckt. Ein solches Zurechnungsprinzip wäre außerdem nicht auf das Arbeitskampfrecht begrenzt; sämtliche Betriebsstörungen, die von einem (einzigem) Arbeitnehmer verursacht werden, könnten mit dem gleichen Recht allen mittelbar und unmittelbar betroffenen Kollegen angelastet werden (Seiter, aaO, S. 310). Die spezifisch arbeitskampfrechtliche Problematik würde dadurch verdeckt.

47

(2) Auch das Landesarbeitsgericht will der Sphärentheorie nicht folgen, sondern das Arbeitskampfrisiko stattdessen mit der Einflußmöglichkeit oder der potentiellen Begünstigung der mittelbar betroffenen Arbeitnehmer begründen (ähnlich vor allem Kalb, aaO, S. 115 ff.; Ansätze aber auch schon bei Fabricius, Leistungsstörungen im

Arbeitsverhältnis, 1970, S. 92 ff.; Mayer-Maly/Nipperdey, Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben, 1965, S. 39).

48

Dieser Ansatz trifft ebenfalls nicht den Kern des Problems. Es geht zwar in der Tat um Vorteile und Einflußmöglichkeiten, dabei kommt es jedoch nicht entscheidend auf die mittelbar betroffenen Arbeitnehmer an. Diese haben jedenfalls dann kaum Einfluß auf den Ablauf des Arbeitskampfes, wenn sie außerhalb des Tarifgebietes tätig sind und/oder sogar nicht einmal einer Gewerkschaft angehören (Weiß, AuR 1974, 37, 42). Auch die Vorteile eines Arbeitskampfes sind, von bestimmt gelagerten Situationen abgesehen, außerhalb des umkämpften Tarifgebietes nur schwer nachweisbar und von vielen Zufälligkeiten abhängig (vgl. Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 313; Weiß, aaO). Das rechtfertigt jedoch nicht den Umkehrschluß des Landesarbeitsgerichts (im Anschluß an Kalb), daß das Arbeitskämpfrisiko auf das Kampfgebiet beschränkt sein müsse. Vielmehr hat die Rechtsordnung auch auf die Fernwirkungen eines Arbeitskampfes außerhalb des Kampfgebietes angemessen zu reagieren.

49

(3) Maßgebend ist der in der Tarifautonomie wurzelnde Grundsatz der Kampfparität, der sich nicht nur auf die Ausgestaltung der Kampfmittel selbst, sondern auch auf das Recht der Leistungsstörungen auswirkt (so schon BAG 3, 346 (349 f.) = AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 2 R) und zuletzt Urteil vom 10. Juni 1980 -- 1 AZR 168/79 -- (zu A V 3 b) (demnächst) AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt; ebenso die herrschende Auffassung im Schrifttum: vgl. Hueck/Nipperdey (Säcker), Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. II 2, § 47 VI 3 a, S. 946 f.; Bertelsmann, Aussperrung, 1979, S. 208; Dütz, DB 1979, Beilage Nr. 14, S. 10 ff.; Löwisch, Streik und Aussperrung im Ausland, 1980, S. 35; Mayer-Maly, BB 1979, 1305, 1309; Schmid, JuS 1977, 92 f.; Scholz/Konzen, aaO, S. 214 ff.; Seiter, aaO, S. 307 ff.; a. A. vor allem Ehmman und Kalb, aaO).

50

Arbeitskämpfe haben den Zweck, die Voraussetzungen für den Abschluß von Tarifverträgen zu schaffen. Das bedeutet, daß die Rechtsordnung keiner Seite so starke Kampfmittel zur Verfügung stellen darf, daß dem sozialen Gegenspieler keine gleichwertige Verhandlungschance bleibt. Entscheidend ist der Druck, der durch die beiderseitigen Kampffolgen auf den jeweiligen Verhandlungsgegner ausgeübt wird. Dabei wirken sich nicht nur die Schäden aus, die in den unmittelbar kampfbetroffenen Betrieben für die Arbeitnehmer und die Gewerkschaften einerseits wie auch für die Arbeitgeber und ihre Verbände andererseits entstehen. Auch die Fernwirkungen in "Drittbetrieben" können das Verhandlungsgleichgewicht wesentlich beeinflussen. Sie sind weitgehend vorhersehbar und beim Einsatz der beiderseitigen Kampfmittel bis zu einem gewissen Grade kalkulierbar. Deshalb ist es verständlich, daß die Gewerkschaften von "kalten Aussperrungen" sprechen. Aber mit dem gleichen Recht können sich die mittelbar betroffenen Arbeitgeber als Opfer von "kalten Streiks" fühlen. Soweit die Fernwirkungen eines Streiks für die kämpfenden Parteien Bedeutung gewinnen, weil sie deren Verhandlungsstärke beeinflussen, müssen sie im Arbeitskampfrecht berücksichtigt werden. Insoweit kann den betroffenen Arbeitgebern das Beschäftigungs- und Lohnrisiko nicht aufgebürdet werden, weil sie sonst stärker belastet würden als die unmittelbar bestreikten Arbeitgeber. Insgesamt ergäbe sich ein wesentlicher kampfaktischer Vorteil für die Gewerkschaften. Diese könnten sich darauf beschränken, besonders wichtige Schlüsselbetriebe oder kleine Funktionseliten in einen Teilstreik zu führen, ohne die erheblichen Fernwirkungen einer solchen Kampfaktik mit Lohneinbußen

erkaufen zu müssen; gleichzeitig stünden die bestreikten Arbeitgeber u. U. unter dem latenten oder sogar realen Druck der mittelbar betroffenen Arbeitgeber, den Forderungen der Gewerkschaft nachzugeben.

51

b) Während über die Verteilung des Arbeitskampftrisikos als Grundsatz weitgehende Einigkeit besteht, gehen die Meinungen über dessen Abgrenzung vom allgemeinen Betriebs- und Wirtschaftsrisiko weit auseinander. Sie reichen von der strikten Beschränkung auf den räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages bis zur unbegrenzten Ausdehnung auf alle kampfbedingten Betriebsstörungen, gleichgültig wo und wann sie sich ereignen. Nach der Überzeugung des Senats gebieten jedoch die Grundsätze der tarifgebundenen materiellen Parität eine differenzierende Lösung.

52

(1) Die engste Begrenzung arbeitskampfrechtlicher Risikogrundsätze findet sich bei Dütz (DB 1979, Beilage Nr. 14, S. 10 ff.). Dieser hält die Lohnverweigerung für ein Kampfmittel wie die Aussperrung und will sie deshalb nur den Arbeitgebern des umkämpften Tarifgebiets zubilligen. Den Einwand, daß Fernwirkungen außerhalb des umkämpften Tarifgebiets zu einer Störung der Kampfparität führen könnten, hält er für unbegründet. Solche Störungen könnten die Unternehmen durch eine sinnvolle Vorratshaltung und Vorlaufproduktion weitgehend vermeiden. Außerdem sei es möglich, das Lohnrisiko durch Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen für die Fälle arbeitskampfbedingter Beschäftigungsunmöglichkeit auf die Arbeitnehmer abzuwälzen. Notfalls sei an Massentlassungen zu denken.

53

Diese Argumentation ist schon im Ansatz ungenau, weil sie die Lohnverweigerung bei Betriebsstörungen mit einer Aussperrung völlig gleichsetzt, so als ob die betroffenen Arbeitgeber einen kampftaktischen Entscheidungsspielraum hätten. In Wahrheit geht es aber nur um die Reaktion der Rechtsordnung auf streikbedingte Störungen, die wenigstens zum Teil mit gleichem Recht als Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmer gewertet werden könnten. Die kampftaktischen Möglichkeiten der angreifenden Gewerkschaft werden von Dütz vernachlässigt. Ebensowenig überzeugen die Vorschläge von Dütz, wie die betroffenen Arbeitgeber einer Störung der Kampfparität vorbeugen sollen. Ihre Realisierung ist entweder kostspielig (Lagerhaltung) oder langfristig mit Nachteilen für beide Seiten verbunden (Massentlassungen). Kollektivvertragliche Risikoverschiebungen sind kaum zu realisieren. Sie setzen ein entsprechendes Nachgeben der Betriebs- oder Tarifpartner voraus, das nicht ohne weiteres zu erwarten ist.

54

(2) Das Landesarbeitsgericht kommt im angefochtenen Beschluß zu einer ähnlich engen Begrenzung des Arbeitskampftrisikos wie Dütz. Es meint, im Rahmen der Kampfparität sei nur entscheidend, in wessen Interesse ein Arbeitskampf geführt werde. Ob und inwieweit auch mittelbar betroffene Arbeitnehmer als Begünstigte eines Arbeitskampfes gelten, werde positivrechtlich durch § 116 AFG und § 4 der Neutralitätsanordnung der Bundesanstalt für Arbeit vom 22. März 1973 (ANBA S. 365) geregelt. Nach diesen Vorschriften entfällt der Anspruch auf Arbeitslosengeld und Kurzarbeitergeld nur dann, wenn die Fernwirkungen eines Arbeitskampfes im Tarifgebiet des umkämpften Tarifvertrages auftreten oder sich auf solche Tarifgebiete erstrecken, in denen die gleichen Tarifvertragsparteien die gleichen Forderungen stellen. Da aber die Kampfparität in der gesamten Rechtsordnung nur einheitlich beurteilt werden könne, meint das Landesarbeitsgericht folgern zu müssen, daß für das Lohnverweigerungsrecht des Arbeitgebers die gleichen Grenzen gelten wie für die

Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit (ähnlich Kalb, Rechtsgrundlage und Reichweite der Betriebsrisikolehre, 1977, S. 136 ff. und Richardi, NJW 1978, 2057, 2065).

55

Mit dieser Begründung wird die Funktion des Paritätsprinzips verkannt. Für das Kampfgleichgewicht kommt es nicht nur darauf an, welche Arbeitnehmer durch den Arbeitskampf begünstigt werden. Die entscheidende Frage lautet vielmehr, wie die Position der im Kampf befindlichen sozialen Gegenspieler beeinflusst wird. Das hängt wesentlich davon ab, welche unmittelbaren oder mittelbaren Kampfschäden bei dem Tarifkonflikt zu erwarten und zu berücksichtigen sind. Bei dieser Fragestellung können Lohnzahlungspflichten der kampf betroffenen Arbeitgeber nicht ohne weiteres mit den Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit gleichgesetzt werden. Die Bundesanstalt ist nämlich nicht selbst als sozialer Gegenspieler kampf betroffen; sie muß lediglich auf ihre Neutralität bedacht sein, also darauf achten, daß nicht eine Seite durch ihre Leistungen begünstigt wird. Hingegen können die mittelbar betroffenen Arbeitgeber selbst potentielle Kampfgegner sein, und vor allem kann sich ihre Belastung für die angreifende Gewerkschaft als erwünschte Kampffolge darstellen. Deshalb müssen die Vergütungsansprüche und die Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit keineswegs in gleicher Weise begrenzt werden. Vielmehr ist es mit dem Paritätsprinzip vereinbar, daß zwar den Arbeitnehmern das Lohnrisiko teilweise abgenommen wird, daß dies jedoch nicht auf Kosten der kampf betroffenen Arbeitgeber geschieht (vgl. Seiter, Anm. EzA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 6 (zu II 3 der Anm.); Scholz/Konzen, Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, 1980, S. 218; ähnlich Meyer-Maly, BB 1979, 1305, 1309; Ehmann, Betriebsrisikolehre und Kurzarbeit, 1979, S. 102 ff.).

56

(3) Andererseits geht die Gegenmeinung aber erheblich zu weit, wenn sie die Grundsätze des Arbeitskampfrisikos stets und ohne Rücksicht darauf anwenden will, wie sich die Fernwirkungen eines Arbeitskampfes auf die Verhandlungsstärke der kampf führenden Verbände auswirken. So hat die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bis zu den Aussperrungs-Urteilen vom 10. Juni 1980 nicht näher geprüft, welche Zusammenhänge zwischen den unmittelbaren und den mittelbaren Kampffolgen im Einzelfall bestanden (vgl. die Nachweise vorstehend zu C I 2 vor a). Auch im Schrifttum überwiegt die Auffassung, daß die Beschäftigungs- und Lohnansprüche der Arbeitnehmer immer dann entfallen, wenn Fernwirkungen eines Arbeitskampfes (Streiks) zu vorübergehenden Betriebseinschränkungen oder -stilllegungen führen, und zwar gleichgültig, ob sich ein tarifpolitischer Zusammenhang feststellen läßt oder nicht (vgl. vor allem Hueck/ Nipperdey (Säcker), Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. II 2, § 47 VI 3, S. 946 f.; Mayer-Maly, BB 1979, 1305, 1309; Mayer-Maly/Nipperdey, Risikoverteilung in unmittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben, 1965, S. 37 f.; Scholz/Konzen, Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, 1980, S. 219; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 313).

57

Demgegenüber ist auf die Grundsätze hinzuweisen, die der Senat in seinen Aussperrungs-Urteilen vom 10. Juni 1980 zur tarifbezogenen Kampfparität entwickelt hat (vgl. 1 AZR 168/79 zu A V der Gründe (demnächst) AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Nicht jede irgendwie gartete Folge eines Arbeitskampfes ist in die Paritätsbetrachtung einzubeziehen. Maßgebend sind nur diejenigen Belastungen, die sich auf die Kampf- und Verhandlungschancen der beiden Seiten nachteilig oder vorteilhaft auswirken. Das muß auch für die Abgrenzung des Arbeitskampfrisikos

gelten. Eine Durchbrechung des allgemeinen Betriebs- und Wirtschaftsrisikos zugunsten kampfrechtlicher Grundsätze ist nur insoweit gerechtfertigt, wie die Fernwirkungen eines Arbeitskampfes unmittelbar oder mittelbar zu einer Störung des Kräfteverhältnisses führen können. Dafür genügt die bloß abstrakte Möglichkeit einer Beeinflussung nicht. Die Bedeutung der Fernwirkungen für den Kampfverlauf muß (bei einer im Interesse der Rechtssicherheit typisierenden Betrachtung) feststellbar sein.

58

Die Einwirkung der mittelbaren Störungen auf den Verlauf des Arbeitskampfes kann sich aus den unterschiedlichsten Interessenverbindungen ergeben. In Betracht kommen wirtschaftliche Abhängigkeiten (z. B. im Konzern) ebenso wie koalitionspolitische Verbindungen. Hingegen sind denkbare Schadenersatzansprüche ohne Bedeutung. Die gegenteilige Auffassung von Löwisch, wonach sich eine Verbindung zwischen den unmittelbar und den mittelbar betroffenen Betrieben regelmäßig schon allein daraus ergeben soll, daß die unmittelbar kampfbetroffenen Unternehmen wegen Übernahmeverschuldens, Vorsorgeverschuldens oder Abwendungsverschuldens haftbar gemacht werden können (Streik und Aussperrung im Ausland, 1980, S. 36 f.), vermischt die Zurechnungskriterien in unzulässiger Weise. Wenn ein bestreikter Arbeitgeber zum Schadenersatz verpflichtet wird, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen hat, so handelt es sich nicht um eine Folge des Arbeitskampfrechts, sondern um eine Reaktion der Rechtsordnung auf fehlerhaftes Verhalten.

59

(4) Der Senat hat keine Veranlassung, einen vollständigen Katalog derjenigen Merkmale zu entwickeln, aus denen sich nennenswerte Einflüsse von Fernwirkungen eines Arbeitskampfes auf das Kräfteverhältnis der sozialen Gegenspieler ergeben können. Solche Einflußmöglichkeiten liegen nämlich im vorliegenden Fall offen zutage, sind aber vom Landesarbeitsgericht nicht berücksichtigt worden. Sie ergeben sich aus den koalitionspolitischen Verbindungen beider Seiten.

60

Der mittelbar betroffene Betrieb gehört zu derselben Branche wie der umstrittene Tarifvertrag. Die mittelbar betroffene Belegschaft wird von derselben Gewerkschaft vertreten, die auch den Arbeitskampf führt. Die Antragsgegnerin ist zwar Mitglied eines örtlichen Arbeitgeberverbandes, dieser ist aber im Gesamtverband der metallindustriellen Arbeitgeberverbände organisiert, dem auch der unmittelbar kampfbeteiligte Arbeitgeberverband angehört, und der die Kampfpolitik und die Verhandlungspolitik innerhalb der Metallindustrie koordiniert. Daraus ergibt sich eine deutliche Interessenverbindung. Bei der gebotenen typisierenden Betrachtung ist davon auszugehen, daß die kampfführende Gewerkschaft die entstandenen Fernwirkungen kampftaktisch nutzen kann. Die mittelbar betroffenen Arbeitgeber müssen nämlich an einer schnellen Beendigung des Arbeitskampfes interessiert sein. Deshalb ist davon auszugehen, daß sie ihre Einflußmöglichkeiten auf den Willensbildungsprozeß im Verband nutzen und eine Berücksichtigung der mittelbaren Schäden verlangen werden. Bei dieser Sachlage hätte das Landesarbeitsgericht die Störungen im Betrieb der Antragsgegnerin nicht ohne weiteres dem allgemeinen Betriebs- oder Wirtschaftsrisiko zurechnen dürfen; es hätte sie als Teil des Arbeitskampfes mit den Maßstäben des Arbeitskampfrisikos bewerten müssen.

61

c) Damit stellt sich eine weitere Frage, die das Landesarbeitsgericht von seinem Standpunkt aus nicht beantworten mußte. Eine Verlagerung des Lohnrisikos auf die

Arbeitnehmer aus arbeitskampfrechtlichen Gründen kommt nur dann in Betracht, wenn nicht die eigentliche Ursache in einer unternehmerischen Fehldisposition zu finden ist. Das Arbeitskampfrecht darf nicht dazu dienen, dem Arbeitgeber vorübergehend das wirtschaftliche Marktrisiko abzunehmen. Das wird besonders deutlich, wenn nicht betriebstechnische Störungen ursächlich sind, sondern lediglich -- wie im vorliegenden Fall -- Absatzschwierigkeiten auftreten.

62

Die Lösung dieses Abgrenzungsproblems ist in Rechtsprechung und Schrifttum lebhaft umstritten und bisher ungeklärt. Am weitesten geht der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts, der in seinem Rohrleger-Urteil den Ausgleich der mittelbaren Kampffolgen "durch eine vernünftige vorausschauende Planung" und "eine große Beweglichkeit der Betriebsführung" verlangt (BAG 27, 311 (314 f.) = AP Nr. 30 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (zu 3 und 4 a)). Dagegen ist mit beachtlichen Gründen eingewandt worden, das Erfordernis einer vorausschauenden Planung liefere keinen praktikablen Abgrenzungsmaßstab; je nach den Vorstellungen des Betrachters und den Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast könne nahezu jede Störung als vermeidbar angesehen und in das allgemeine Betriebs- und Wirtschaftsrisiko verwiesen werden (vgl. Löwisch, SAE 1976, 250 ff.; Lieb, "25 Jahre Bundesarbeitsgericht", S. 327, 332 f.). Andere Vorschläge wollen stattdessen auf die Störintensität (Schmidt, JuS 1977, 92, 95 f.) oder auf die "causa proxima" abstellen (Ehmann, Betriebsrisikolehre und Kurzarbeit, 1979, S. 138 ff.).

63

Im vorliegenden Fall ist eine unternehmerische Fehldisposition nicht feststellbar, gleichgültig welcher Maßstab anzulegen sein mag. Obwohl die Rechtsprechung des Fünften Senats bekannt war und zitiert wurde, hat der Antragsteller keinerlei Zweifel daran geäußert, daß die Absatzschwierigkeiten der Antragsgegnerin schwerwiegend und unvermeidbar waren. Der hochspezialisierte Betrieb fand unstreitig für den überwiegenden Teil seiner Produktion keine Abnehmer. Eine Vorlaufproduktion kam offenbar nicht in Betracht. In der Beschwerdeschrift läßt der Antragsteller zwar vortragen, daß "Alternativen ohne weiteres möglich" gewesen seien (Bl. 34 VA), damit sollte aber nicht gesagt werden, daß die Betriebsstörung insgesamt vermeidbar war. An der zitierten Stelle will der Antragsteller nur geltend machen, daß ein Regelungsspielraum für die Ausgestaltung der Kurzarbeit bestand. Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, daß eine arbeitskampfbedingte Betriebsstörung vorlag, für die der Arbeitgeber nicht das Lohnrisiko tragen mußte. Insoweit hat die Antragsgegnerin im Ergebnis Recht.

64

3. Falsch ist hingegen die Vorstellung der Antragsgegnerin, die dargestellte Risikoverschiebung führe ohne weiteres zu einem Lohnverweigerungsrecht gegenüber allen Arbeitnehmern, für die sie wegen der kampfbedingten Absatzschwierigkeiten keine sinnvolle Beschäftigungsmöglichkeit sieht; nachdem die Rechtsfrage entschieden sei, daß das Lohnrisiko von den betroffenen Arbeitnehmern zu tragen ist, bleibe für betriebliche Regelungsfragen kein Raum. In Wahrheit wird durch die Grundsätze des Arbeitskampfrisikos nur ein Rahmen vorgegeben, innerhalb dessen die Arbeitszeit verkürzt werden darf. Der Arbeitskräftebedarf, der für eine absehbare Zeit innerhalb eines bestimmten betrieblichen Rahmens wegfällt, darf ohne Kostenbelastung eingespart werden. Aber wie diese Vorgabe in den betrieblichen Ablauf umzusetzen ist und welche Arbeitnehmer dadurch im Ergebnis betroffen werden, ist eine Regelungsfrage, die je nach den betrieblichen Besonderheiten zahlreiche Lösungen zuläßt und von erheblicher praktischer Bedeutung sein kann.

65

In der Praxis mag vielfach so verfahren werden, daß bis zur Erschöpfung der Vorräte oder zur Grenze der Lagerkapazität voll gearbeitet wird und danach diejenigen Arbeitnehmer auf Beschäftigung und Lohn verzichten müssen, die gerade auf den vorübergehend funktionslosen Arbeitsplätzen tätig waren. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß ein solches Vorgehen vielfach nicht durch Sachzwänge geboten ist. Wenn die Betriebsstörung mit ausreichender Sicherheit vorhersehbar ist, muß nicht voll weitergearbeitet werden, sondern es kann der zu erwartende Arbeitskräfteüberhang durch Arbeitsstreckung ausgeglichen werden. Ferner läßt sich durch Umsetzung innerhalb der Belegschaft die Last des Arbeitskampsrisikos gleichmäßiger oder sozialer verteilen. Das liegt besonders nahe, wenn in anderen Abteilungen Überstunden geleistet werden. In besonderen Fällen, wie z. B. bei der Störung der Stromversorgung oder schnellverderblichen Rohstoffen und Produkten, bei sehr kleinen oder besonders abhängigen Betrieben usw., können sich allerdings betriebliche Störungen oder wirtschaftliche Schwierigkeiten so unvermittelt und stark auswirken, daß jeglicher Regelungsspielraum entfällt.

66

II. Soweit ein Regelungsspielraum besteht, hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BetrVG i. Verb. mit § 6 MTV. Dieses Mitbestimmungsrecht hat die Antragsgegnerin verletzt.

67

1. Nach § 87 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BetrVG muß der Betriebsrat bei allen betrieblichen Arbeitszeitregelungen mitbestimmen. Während der Tatbestand der Nr. 2 des § 87 Abs. 1 BetrVG nur die Lage der Arbeitszeit betrifft, wird in der folgenden Vorschrift, der Nr. 3 des § 87 Abs. 1 BetrVG, auch die vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit von der Mitbestimmung des Betriebsrats abhängig gemacht. Der wichtigste Anwendungsfall ist die Einführung von Kurzarbeit. Auf die Form und die Ursachen der Arbeitseinschränkung kommt es nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht an (Simitis/Weiß, DB 1973, 1240, 1244; Farthmann, RdA 1974, 65, 70; Schwerdtner, Arbeitsrecht I, 1976, S. 99; Borrmann, DB 1978, 1978 ff.; wohl auch Dütz, DB 1979, Beilage Nr. 14, S. 13).

68

Demgegenüber berufen sich Ehmann (Betriebsrisikolehre und Kurzarbeit, 1979, S. 58 ff.) und Seiter (RdA 1979, S. 393, 394 f.) auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Aus der amtlichen Begründung ergebe sich, daß der Gesetzgeber nur den bereits bekannten Streit um die Mitbestimmung bei der Einführung von Kurzarbeit habe entscheiden wollen. Dabei sei allein die vertragliche oder auf einem Vertrag beruhende Verkürzung der Arbeitszeit erörtert worden, während man das Betriebs- und Arbeitskampsrisiko entsprechend der damaligen Lehre nur als Problem der Leistungsstörung habe betrachten können. Deshalb sei es ausgeschlossen, daß die entsprechenden Fragen der Mitbestimmung des Betriebsrats unterstellt werden sollten. Diese rein historische Begründung ist jedoch wenig überzeugend. Bei der Schaffung des Betriebsverfassungsgesetzes ist mit Sicherheit nicht an Einzelheiten des Arbeitskampsrechts gedacht worden. Die Rechtslage war im Fluß und ist es bis heute. Dem Gesetzgeber ging es bei der weitgehaltenen Fassung der Vorschrift darum, den Betriebsrat an allen Regelungsfragen hinsichtlich der betrieblichen Arbeitszeit zu beteiligen. Soweit solche Regelungsfragen im Zusammenhang mit Leistungsstörungen auftreten und keine Vorschrift der materiellen Parität eintritt, kann somit grundsätzlich nichts anderes gelten.

69

2. Einige Autoren bestreiten, daß sich im Zusammenhang mit dem Arbeitskampfrisiko überhaupt Regelungsfragen stellen können. So meint Ehmann, daß es um eine reine Subsumtions-Entscheidung gehe (aaO, S. 65). Auch Lieb sieht nur den Streit über die Voraussetzungen der Lohnverweigerung, der sich von der normalen Kurzarbeitsregelung so wesentlich unterscheidet, daß § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nach seinem Sinngehalt nicht angewendet werden könne ("25 Jahre Bundesarbeitsgericht", S. 327, 348). Zum gleichen Ergebnis kommen diejenigen Autoren, die die Grundsätze des Arbeitskampfrisikos als gesetzliche Regelung nach dem Eingangshalbsatz des § 87 Abs. 1 BetrVG auffassen und daneben keinen Raum für eine mitbestimmungspflichtige Regelung des Betriebsrats erkennen (Hanau, BB 1972, 499, 500; Dietz/Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 87 Rdnr. 178; Kammann/Hess/Schlochauer, BetrVG, § 87 Rdnr. 82).

70

Der berechnete Kern dieser Auffassung besteht in der Erkenntnis, daß die arbeitskampfrechtlichen Risikogrundsätze den Betriebspartnern rechtlich vorgegeben sind, also nicht mit dem Betriebsrat ausgehandelt werden müssen. Der Arbeitgeber kann sich auch dann auf sie berufen, wenn der Betriebsrat widerspricht. Bei einem Streit über die Voraussetzungen oder den Umfang ihrer Anwendung im konkreten Fall sind die Gerichte zur Entscheidung berufen, weil es sich um Rechtsfragen handelt. Aber aus solchen Entscheidungen ergibt sich noch keine Arbeitszeitregelung im Sinne des § 87 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BetrVG. Innerhalb der arbeitskampfrechtlich geprägten Risikogrundsätze bleibt in der Betriebspraxis ein Ermessensspielraum. Wie die Arbeitszeitregelung aussehen soll, die den Fernwirkungen des Arbeitskampfes Rechnung trägt, richtet sich nicht nach Rechtsgrundsätzen, sondern nach Maßstäben der betrieblichen Zweckmäßigkeit und der sozialen Angemessenheit. Darüber müssen die Betriebspartner gemeinsam bestimmen (zutreffend Borrmann, DB 1978, 1978, 1980; Dütz, DB 1979, Beilage Nr. 14, S. 13; GK-Wiese, BetrVG, § 87 Rdnr. 82 c; Schwerdtner, Arbeitsrecht I, 1976, S. 99).

71

Das bedeutet nicht, daß der Betriebsrat von der allgemeinen Richtigkeitskontrolle ausgeschlossen wäre, die einen wesentlichen Teil seiner Aufgaben bildet (vgl. Löwisch, Streik und Aussperrung im Ausland, 1980, 42; Lieb, aaO, S. 348 f.). Wenn der Betriebsrat davon überzeugt ist, daß die behaupteten Fernwirkungen eines Arbeitskampfes in Wahrheit nicht vorliegen oder doch jedenfalls eine Arbeitszeitverkürzung in dem vom Arbeitgeber gewünschten Umfang nicht rechtfertigen, so kann er eine gerichtliche Entscheidung dieser Rechtsfrage herbeiführen. Er kann u. U. eine einstweilige Verfügung erwirken, die dem Arbeitgeber die Einführung von Kurzarbeit aus Rechtsgründen verbietet. Hingegen ist er nicht berechnigt, seine Mitwirkung nur deshalb zu verweigern, weil er die rechtlichen Voraussetzungen der geplanten Maßnahme bestreitet. Vielmehr muß er über die Modalitäten der Kurzarbeit, ggf. unter dem Vorbehalt ihrer Rechtmäßigkeit, mitbestimmen. Meinungsverschiedenheiten, die bei der Lage und der Verteilung der Arbeitszeitverkürzung auftreten, betreffen Regelungsfragen und müssen in dem dafür vorgesehenen Einigungsverfahren geklärt werden.

72

3. Die Antragsgegnerin wendet sich gegen das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers mit dem Einwand, im Arbeitskampf könne ein Betriebsrat nicht die gebotene Neutralität aufbringen. Das gelte besonders bei kampfbedingter Kurzarbeit. Auch Löwisch hält ein Mitbestimmungsrecht bei solchen Regelungsfragen für unvereinbar mit dem Rechtsgedanken des § 74 BetrVG (Galperin/Löwisch, BetrVG,

5. Aufl., § 74 Anm. 13). Diese Argumentation betrifft zwar ein schwieriges Problem, paßt aber nicht bei der vorliegenden Fallgestaltung.

73

a) Der erkennende Senat hat sich wiederholt mit der Frage befaßt, inwieweit Mitwirkungsrechte des Betriebsrats durch Grundsätze des Arbeitskampfrechts verdrängt werden. Er hat entschieden, daß das Amt des Betriebsrats durch den Arbeitskampf nicht berührt wird, daß der Betriebsrat aber gehindert ist, einzelne Beteiligungsrechte auszuüben, wenn es um personelle Maßnahmen des Arbeitgebers geht, die durch das Kampfgeschehen bedingt sind und auf dieses einwirken (BAG 23, 484 (504) = AP Nr. 44 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (zu A III 1 der Gründe); AP Nr. 57 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (zu 3 der Gründe) und AP Nr. 58 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (zu 7 der Gründe), beide zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Seine Rechtsprechung hat der Senat auch auf die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten übertragen, und zwar in einem Fall, in dem es um die Anordnung von Überstunden aus Anlaß eines Arbeitskampfes ging (AP Nr. 63 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (zu B II 2 der Gründe), auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). In allen diesen Fällen wurde der betreffende Betrieb selbst bestreikt. Das führte nach Ansicht des Senats zu einer Konfrontation zwischen der Belegschaft und dem Arbeitgeber mit der Folge einer Konfliktsituation, die vom Betriebsrat kaum oder nur schwer zu bewältigen sei. Es bestehe die Gefahr, daß der Betriebsrat eine sonst mögliche "Abwehrmaßnahme" vereitere und dadurch zum Nachteil des Arbeitgebers in das Kampfgeschehen eingreife. Dadurch würde die materielle Parität gestört, die gegenüber dem Betriebsverfassungsrecht Vorrang beanspruche.

74

Diese Grundsätze können im vorliegenden Fall nicht zu einer Beschränkung des Mitbestimmungsrechts führen. Es fehlt schon an der arbeitskampftypischen Konfrontation zwischen Belegschaft und Arbeitgeber. Der Streik, um dessen Fernwirkungen es geht, betrifft andere Unternehmen und sogar ein anderes Tarifgebiet. Eine andere Sicht würde letztlich wieder auf die Grundgedanken der Sphärentheorie hinauslaufen. Außerdem ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, das sich nur auf die Modalitäten und nicht auf den Umfang der Arbeitszeitverkürzung erstreckt, objektiv nicht geeignet, die Maßnahmen des Arbeitgebers zu vereiteln. Die bloße "Mangelverwaltung" (Dütz) gibt dem Betriebsrat nicht die Möglichkeit, auf den Verlauf des Arbeitskampfes Einfluß zu nehmen. Deshalb kann die Ausübung des Mitbestimmungsrechts nicht zu einer Störung der Kampfparität führen.

75

b) Anders ist es nur dann, wenn der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht mißbraucht. So hat die Antragsgegnerin den Verdacht geäußert, ein Betriebsrat werde versucht sein, den Arbeitskampf durch eine Verzögerung der Kurzarbeitsregelung zu unterstützen. Auch Seiter meint, der Betriebsrat könne "durch sein Veto zum Wie die mitbestimmungsfreie Entscheidung über das Ob blockieren und damit die gleiche Wirkung erzielen wie bei einem vollen Mitbestimmungsrecht" (RdA 1979, 393, 400 (zu V 2 b)). Solche Überlegungen finden in der Tat einen gewissen Anhalt im Schulungsmaterial der Gewerkschaften (Weigand/Wohlgemuth, Arbeitskampf, Streik und Aussperrung in der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 51). Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß ein Veto oder eine sachfremde Verzögerung rechtswidrig wären und mit den Mitteln des Rechts bekämpft werden müßten. Wie das im einzelnen geschehen könnte, muß der Senat im vorliegenden Fall nicht weiter klären.

76

Nur zur Abrundung des Bildes ist auf folgendes hinzuweisen: Das Interesse an einer schnellen Regelung liegt nicht notwendigerweise nur auf der Seite des Arbeitgebers. Wenn eine betriebstechnische Störung bevorsteht, die den Betrieb zum Erliegen bringen wird (z. B. wegen des Fehlens von Material oder Energie, also ein Fall des Risikos), so wird mit der ablaufenden Zeit der auch hier gegebene Regelungsspielraum zunehmend kleiner, bis schließlich nur noch die Stilllegung der betroffenen Betriebsteile möglich bleibt. Bei einer solchen Fallgestaltung kommt eine Verzögerung durch den Betriebsrat praktisch nicht in Betracht, während unter Umständen der Arbeitgeber die Dinge bewußt treiben läßt, um etwa geforderte Ausweichlösungen zu vereiteln. Hier könnte u. U. dadurch geholfen werden, daß man dem verspäteten Spruch der Einigungsstelle rückwirkende Kraft zubilligt (etwa bis zum Tag der Anrufung) und dadurch Lohnansprüche derjenigen Arbeitnehmer begründet, die bei einer rechtzeitigen Regelung nicht verkürzt gearbeitet hätten. Ganz anders stellt sich die Interessenlage dar, wenn die betriebliche Tätigkeit unvermindert möglich bleibt, jedoch wirtschaftlich sinnlos wird. Bei einer solchen Fallgestaltung könnte der Betriebsrat tatsächlich in die Versuchung kommen, die notwendigen Verhandlungen unnötig zu erschweren und dadurch den Termin der Arbeitszeitverkürzung hinauszuschieben. Ob dem durch ein besonders beschleunigtes Einigungsverfahren Rechnung getragen werden kann, oder ob darüber hinaus dem Arbeitgeber wegen eines "Notfalles" eine vorläufige Regelungsbefugnis eingeräumt werden muß, läßt sich ohne konkrete Streitfälle zur Zeit nicht zuverlässig beurteilen.

77

c) Schließlich meint die Antragsgegnerin, daß sich die Unhaltbarkeit eines Mitbestimmungsrechts des Antragstellers schon allein aus der tariflichen Regelung in § 18 MTV ergebe. Danach sind nämlich die tarifschließenden Verbände an dem betriebsverfassungsrechtlichen Einigungsverfahren zu beteiligen, wenn es um Fragen geht, die im maßgebenden Manteltarifvertrag geregelt werden. Das müsse dann folgerichtig auch für die arbeitskampfbedingte Kurzarbeit gelten und bewirke, daß die am Arbeitskampf beteiligte Gewerkschaft unmittelbar Einblick in die betrieblichen Belange erhalte und eine kampfnegrale Regelung verhindern könne.

78

Daran ist richtig, daß die enge Beteiligung der tarifschließenden Verbände am betriebsverfassungsrechtlichen Einigungsverfahren jedenfalls dann zu Interessenkonflikten führen muß, wenn es um die Fernwirkungen eines Arbeitskampfes geht und eine Tarifvertragspartei am Arbeitskampf unmittelbar beteiligt ist. Die Auslegung des Tarifvertrages ergibt jedoch, daß eine solche Fallgestaltung nicht geregelt und die entsprechende Interessenkollision nicht herbeigeführt werden sollte. Wie bereits ausgeführt wurde (vgl. vorstehend C I 1 c), haben die Tarifvertragsparteien bei der Regelung der Kurzarbeit in § 6 MTV nur an den Normalfall gedacht und sich auf eine Konkretisierung des Mitbestimmungstatbestandes in § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG beschränkt. Darauf baut die Verfahrensvorschrift des § 18 MTV auf, ohne daß die besondere Interessenlage bei arbeitskampfbedingter Kurzarbeit erkannt worden wäre. Infolgedessen besteht eine Regelungslücke, die so zu schließen ist, wie es dem mutmaßlichen Willen der Tarifvertragsparteien entsprochen hätte. Die enge Anlehnung der Regelung an § 87 Abs. 1 BetrVG zeigt, daß die Tarifvertragsparteien bei Kenntnis der arbeitskampfrechtlichen Problematik keine verfahrensrechtliche Sonderstellung der Verbände vorgesehen hätten, sondern von den normalen Verfahrensvorschriften ausgegangen wären. Jedenfalls ist der umgekehrte Schluß nicht möglich, daß ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nur deshalb nicht in Betracht kommen

könne, weil das in § 18 MTV vorgesehene Einigungsverfahren unangemessen erscheint. Weitere und grundsätzliche Überlegungen sind hier nicht erforderlich.

79

III. Dennoch kann der Antrag im Ergebnis keinen Erfolg haben. Er betrifft nämlich nicht nur das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, sondern zielt darüber hinaus auf die Feststellung, daß die Arbeitszeitregelung der Antragsgegnerin im konkreten Fall unwirksam sei. Eine so weitgehende Rechtsfolge läßt sich für die zurückliegende Zeit nicht rechtfertigen.

80

Grundsätzlich ist allerdings die Zustimmung des Betriebsrats als Wirksamkeitsvoraussetzung aller mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen anzusehen (vgl. für die weit überwiegende Rechtsprechung und Lehre die Nachweise bei Galperin/Löwisch, BetrVG, 5. Aufl., § 87 Anm. 16 ff. und GK-Wiese, BetrVG, § 87 Anm. 33 ff.; a. A. Dietz/Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 87 Anm. 34 ff.). Das setzt jedoch voraus, daß dem Arbeitgeber möglich und zumutbar ist, vor der zu treffenden Maßnahme eine Entscheidung des Betriebsrats herbeizuführen. Im vorliegenden Fall ist das nicht anzunehmen, weil die betriebsverfassungsrechtliche Lage während der Arbeitskämpfe des Jahres 1978 weitgehend ungeklärt war. Höchstrichterliche Entscheidungen lagen nicht vor und auch im Schrifttum prallten allein die gegensätzlichen Auffassungen unversöhnlich aufeinander, die dann auch die beiden Beteiligten im vorliegenden Verfahren jeweils geltend gemacht haben. Ein auf die Modalitäten der Arbeitszeitverkürzung beschränktes Mitbestimmungsrecht wurde, soweit ersichtlich, überhaupt nicht vertreten. Die Antragsgegnerin stand jedoch unter dem Druck der Ereignisse. Sie konnte ihre Produktion, die wirtschaftlich sinnlos wurde, nicht beliebig fortsetzen. Andererseits verweigerte der Antragsteller von seinem Standpunkt aus konsequent die Mitwirkung an einer Arbeitszeitverkürzung. In dieser ungewöhnlichen Zwangslage blieb der Antragsgegnerin keine andere Wahl, als irgendeine Entscheidung einseitig zu treffen. Deshalb kann die getroffene Regelung nicht nachträglich für unwirksam erklärt werden. ZPO.