

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 33

Rechtsgrundlage und Reichweite
der Betriebsrisikolehre

Von

Dr. Heinz-Jürgen Kalb



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

HEINZ-JÜRGEN KALB

**Rechtsgrundlage und Reichweite
der Betriebsrisikolehre**

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 33

Rechtsgrundlage und Reichweite der Betriebsrisikolehre

Von

Dr. Heinz-Jürgen Kalb



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1977 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1977 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 04003 1

*Dem Andenken
an meinen lieben Vater*

Vorwort

Die Arbeit hat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Köln im Wintersemester 1976/77 als Dissertation vorgelegen. Das Manuskript wurde zwar im Oktober 1976 abgeschlossen, einschlägige Neuerscheinungen sind jedoch bis Juni 1977 zumindest in den Fußnoten berücksichtigt.

Herr Professor Dr. *Manfred Lieb* hat die Arbeit angeregt und bis zu ihrer Drucklegung umfassend gefördert, nicht zuletzt dadurch, daß er mir während meiner Assistententätigkeit bei ihm in großzügiger Weise Zeit für ihre Anfertigung ließ. Dafür sage ich ihm an dieser Stelle herzlichen Dank.

Herrn Ministerialrat a. D. Prof. Dr. *J. Broermann* danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe des Verlages Duncker & Humblot.

Efferen/Köln, im Juni 1977

Heinz-Jürgen Kalb

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
-------------------	-----------

Erster Teil

Die bisherige Verteilung des Betriebsrisikos

A. Entstehungsprozeß der Betriebsrisikolehre	18
I. Die Ausgangsproblematik	18
II. Zivilrechtliche Lösungsversuche der älteren Literatur	20
III. Die arbeitsrechtliche Entwicklung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Reichsarbeitsgerichts	22
1. Die grundlegende Entscheidung des Reichsgerichts zum Kieler Straßenbahnerstreik vom 6. 2. 1923	22
a) Darstellung des wesentlichen Inhalts	22
b) Methodenkritische Betrachtung	24
2. Die wichtige Folgeentscheidung des Reichsarbeitsgerichts vom 20. 6. 1928	25
a) Inhaltsübersicht	25
b) Urteilsanalyse	26
3. Die Zeit des Nationalsozialismus	29
a) Der zeitbedingte Wandel in der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts	29
b) Die weitgehende praktische als auch theoretische Kontinuität	31
4. Zusammenfassung	32
IV. Die einzelfallorientierte Nachkriegsrechtsprechung der Arbeits- und Landesarbeitsgerichte	32
B. Die gegenwärtige Rechtslage nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	33
I. Das Urteil vom 8. 2. 1957	33
II. Das Urteil vom 25. 7. 1957	35
III. Zusammenfassende Übersicht	36
IV. Vergleichende Begründungsanalyse	38
C. Alternativen zur Reichweite der Betriebsrisikolehre	40
I. Die einheitliche Belastung der Arbeitnehmer mit dem arbeitskampfbedingten Lohnrisiko („Risikoteilungsprinzip“)	40

1. Darstellung	41
2. Analyse	42
II. Die Lehre von der Aussperrungsobliegenheit des Arbeitgebers ..	43
1. Darstellung	43
2. Analyse	44
III. Die ausnahmslose Belastung des Arbeitgebers mit dem Betriebs- und Wirtschaftsrisiko	45
1. Darstellung	45
2. Einordnung	46
D. Ergebnis der Begründungsanalysen	47

Zweiter Teil

Kritik der tragenden Begründungselemente

A. Die Sphärentheorie und das Solidaritätsprinzip	48
I. Inhalt und Grenze des Sphärenprinzips	49
1. Seine positivrechtliche Ausformung	49
2. Insbesondere § 645 I 1 BGB	51
3. Konkretisierung und haftungssystematische Einordnung	53
4. Zusammenfassung	53
II. Die Zurechenbarkeit des allgemeinen Betriebsrisikos	54
III. Die Zurechenbarkeit des arbeitskampfbedingten Betriebsrisikos zur Individualsphäre der Betroffenen	56
1. Die Individualsphäre des Arbeitnehmers	56
2. Die Individualsphäre des Arbeitgebers	58
3. Zusammenfassung	58
IV. Kollektivsphäre und Solidarhaft des Gruppenmitglieds bei ar- beitskampfbedingten Störungen	59
1. Zur Sphärenverantwortlichkeit der Arbeitnehmerschaft	59
a) Der Kausalitätsaspekt	60
b) Das Kriterium des Kampfbeginns	61
2. Die Solidaritätsthese	64
a) Begriff der Solidarität und ihre Erscheinungsformen im Arbeitsleben	64
b) Zur juristischen Relevanz des Solidaritätsgedankens	70
c) Zusammenfassung	72
V. Ergebnis	73
B. Die Risikoverteilung nach dem Prinzip der Kampfparität	73
I. Herkunft und Inhalt des Paritätsprinzips	74
II. Kritik der herrschenden Lehre	77

	Inhaltsverzeichnis	9
III.	Kritik des Risikoteilungsprinzips	78
IV.	Kritik der Lehre von der Aussperrungsobliegenheit des Arbeitgebers	79
C.	Der Gemeinschaftsgedanke als Grundlage für eine (Mit-) Haftung des Arbeitnehmers?	82
	I. Zur sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft	83
	1. Risikotragung und Betriebsverfassung	84
	2. Risikotragung und Unternehmensmitbestimmung	85
	3. Ergebnis: Keine Verlustgemeinschaft von Arbeitgeber und Belegschaft	86
	II. Zum Gemeinschaftsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer	86
	III. Zusammenfassung	89
D.	Ergebnis: Unbrauchbarkeit der tragenden Begründungselemente	89

Dritter Teil

Die Rechtsgrundlage der Lohnfortzahlungsregel

A.	Zur Notwendigkeit der Grundlagenbestimmung	90
B.	Die (Teil-)Unmöglichkeit der Arbeitsleistung	91
	I. Der Betriebsrisikotatbestand als Primärzweckvereitelung im Sinne der neueren Schuldrechtsdogmatik	91
	II. Unmöglichkeit, Annahmeverzug oder Leistungsstörung sui generis	91
	1. Der Leistungsbegriff des bürgerlichen Schuldrechts	92
	2. Primärzweckvereitelung als Unmöglichkeit der Leistung	93
	III. Besonderheiten der Primärzweckvereitelung im Arbeitsverhältnis	94
	1. Die Koinzidenz von Leistungshandlung und Leistungserfolg ..	94
	2. Die Zeitgebundenheit der Arbeitsleistung	94
	IV. Ergebnis	95
C.	Das Fortbestehen der Vergütungspflicht des Arbeitgebers	95
	I. Die Rechtsfolgen der Leistungsunmöglichkeit nach dem BGB	95
	1. Das Verhältnis von § 275 BGB und § 323 I BGB	96
	2. Zur Anwendbarkeit des § 324 I BGB	96
	II. Die verdeckte Regelungslücke in § 323 I BGB	97
	1. Der Normaltatbestand des § 323 I BGB	97
	2. Das Atypische bei der Primärzweckvereitelung	98
	3. Die ganz besondere Situation im Arbeitsverhältnis	98
	4. Ergebnis	99

III. Die Lückenausfüllung gemäß dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip	99
1. Notwendigkeit und Rechtfertigung des Arbeitnehmerschutzes	100
2. Kraft Gesetzes bestehende Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei sonstigem Arbeitsausfall	101
3. Gesamtanalogie und Ergebnis	102
D. Exkurs: Die grundsätzliche Behandlung des Wirtschaftsrisikos	103
I. Das Begründungsdefizit	103
II. Die schuldrechtsdogmatische Einordnung	104
III. Das Verwendungsrisiko des Arbeitgebers bezüglich der weiterhin möglichen Arbeitsleistung	105
IV. Zur Anwendbarkeit des § 626 BGB	105
V. Abschließende Würdigung	106

Vierter Teil

Das bestandsgefährdende Betriebsrisiko

A. Risikobeteiligung der Arbeitnehmer aus Bestandsschutzgründen?	108
I. Zur ökonomischen Relevanz des Lohnentzuges	109
II. Die Relativität des Arbeitsplatzschutzes	110
III. Ergebnis	110
B. Stundung des Lohnanspruchs?	110
I. Die Wirkungsweise der Lohnstundung	111
II. Der Wertungswiderspruch zum gesetzlichen Arbeitnehmerschutz bei Unternehmenskrisen	111
1. Die Regelung des Betriebsverfassungsgesetzes bei Betriebsänderungen	111
2. Die Sicherung des Lohnanspruchs im Konkurs des Arbeitgebers	112
3. Schlußfolgerungen	113
C. Ergebnis: Uneingeschränkte Lohnfortzahlung	113

Fünfter Teil

Die Reichweite der Betriebsrisikolehre im Arbeitskampf

A. Der Lösungsansatz	115
I. Zum Verhältnis von staatlichem Arbeitnehmerschutz und kollektiver Selbsthilfe	115

Inhaltsverzeichnis	11
II. Einfluß der Schutzmodellkonkurrenz auf die Risikoverteilung	116
III. Ergebnis	117
B. Die individuelle Zurechenbarkeit der kollektiven Interessenvertretung (Gleichgewichtslage)	118
I. Arbeitswillige Gewerkschaftsmitglieder	118
II. Das Außenseiterproblem	119
1. Die Handlungsbefugnis der Gewerkschaft hinsichtlich der Außenseiter ihres Zuständigkeitsbereiches	119
a) Zur Bedeutung der Gesamtrepräsentationsfunktion	119
b) Die Ordnungsaufgabe der Berufsverbände als Rechtsgrund für die Befugnis zur mitgliederüberschreitenden Interessen- wahrnehmung	120
c) Die Gewerkschaften als repräsentative Berufsorgane	122
2. Risikoteilnahme des Außenseiters und negative Koalitions- freiheit	123
a) Kein unzulässiger Druck zum Gewerkschaftsbeitritt	124
b) Kein absoluter Schutz vor Auswirkungen der Koalitions- tätigkeit	124
c) Ergebnis	126
III. Arbeitswillige Andersorganisierte	126
IV. Der rechtswidrige Verbandsarbeitskampf	127
V. Der „wilde“ Streik als Risikoursache	129
VI. Zusammenfassung	130
C. Das Erfordernis konkreter Regelungsbetroffenheit	131
I. Die Arbeitsverhältnisse im räumlichen und fachlichen Geltungs- bereich des umkämpften Tarifvertrages	132
II. Die Arbeitnehmer in fachlich gleichen Tarifgebieten außerhalb des Kampfbezirkes (Modellregelung)	132
1. Die beispielhaften Geschehnisse der Tarifrunde des Jahres 1971 in der Metallindustrie	133
2. Rechtliche Konsequenzen	134
III. Der Sachzusammenhang mit § 116 III AFG und der Neutralitäts- Anordnung der Bundesanstalt für Arbeit vom 22. 3. 1973	136
IV. Ergebnis	141
D. Das arbeitskampfbedingte Wirtschaftsrisiko	142
E. Folgeaspekte	143
I. Lohnzahlungspflicht und Sympathieaussperrung	143
II. Einführung von Kurzarbeit in kampfbetroffenen Drittbetrieben	144

*Sechster Teil***Zur Dispositivität der Lohnfortzahlungsregel**

A. Die mangelnde Dispositionsbefugnis der Arbeitsvertragspartner	148
I. Die rechtsquellentheoretische Ausgangslage	148
1. Gesetzgeberähnliche Gestaltungsfreiheit des Richters in bezug auf die Geltungsanordnung?	148
2. Kritik	149
II. Der zwingende Normgehalt der Betriebsrisikolehre	150
1. Risikoverteilung als dispositives Schuldvertragsrecht?	150
2. Die Lohnfortzahlungsregel als zwingende Arbeitnehmerschutznorm	151
B. Die Unzulässigkeit einer abweichenden Betriebsvereinbarung	152
C. Zur Dispositionsbefugnis der Tarifvertragspartner	152
I. Die Lehre von der Normsetzungsprärogative der Tarifvertragsparteien (Biedenkopf, Säcker, u. a.)	153
1. Darstellung	154
2. Kritik	155
3. Nichtzugehörigkeit der Betriebsrisikofrage zum Kernbereich koalitiver Vorrangkompetenz	156
II. Die Lehre von der beschränkten richterlichen Überprüfbarkeit des Tarifvertrages (Garnillscheg, Richardi, Vossen)	157
1. Darstellung	157
2. Kritik	158
III. Die Lehre von der unantastbaren Dignität richterlicher Schutzrechtssätze (Lieb)	159
1. Darstellung	159
2. Kritik	160
IV. Die vorzugswürdige Lehre von der Unterscheidung zwischen dem tarifzwingenden Grundgedanken der Schutznorm und ihrer tarifdispositiven rechtstechnischen Einkleidung (Canaris)	161
1. Die Systematik des tarifdispositiven Gesetzesrechts	161
2. Die beschränkte Tarifdispositivität im Lichte der Grundprinzipien des Arbeitsrechts	162
V. Ergebnis: Die sehr beschränkte Tarifdispositivität der Betriebsrisikoregelung	162
 Zusammenfassung in Thesen	 165
 Literaturverzeichnis	 169

Die in dieser Arbeit verwendeten Abkürzungen entsprechen den Vorschlägen von *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl., Berlin 1968.

Einleitung

Das Betriebsrisikoproblem besitzt arbeitsrechtliche Tradition. Es geht um die Fälle, in denen der Arbeitnehmer zur Arbeit fähig und bereit ist, der Arbeitgeber ihn aber aus tatsächlichen oder zwingenden rechtlichen Gründen nicht beschäftigen kann, ohne daß hieran eine Vertragspartei ein Verschulden trifft¹. Ob der Arbeitgeber gleichwohl abweichend von dem Schlagwort „ohne Arbeit kein Lohn“ dem arbeitswilligen Arbeitnehmer gegenüber zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist, beantwortet sich seit nunmehr einem halben Jahrhundert nicht mehr nach den angeblich lückenhaften Vorschriften des BGB, sondern nach der eigens dafür entwickelten sog. Betriebsrisikolehre².

Danach trägt grundsätzlich der Arbeitgeber das Betriebsrisiko, so daß er den Lohn fortzuzahlen hat³. Dieser Grundsatz soll nach der sog. Sphärentheorie dann keine Anwendung finden, wenn die Betriebsstörung auf ein Verhalten der Arbeitnehmer, insbesondere auf einen Streik zurückzuführen ist. Wegen der Solidarität der Arbeitnehmer untereinander entfalle hier der Lohnanspruch ohne Rücksicht auf die Organisationszugehörigkeit und darauf, ob der Streik in einem fremden Betrieb statfinde. Eine zweite Ausnahme soll dann gelten, wenn das die Betriebsstörung herbeiführende Ereignis den Betrieb so schwer trifft, daß bei Lohnfortzahlung seine Existenz gefährdet würde.

Nach einer Phase trügerischen Akzeptierens dieser im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung aufgestellten Regeln ist die Betriebsrisikolehre in letzter Zeit stark angegriffen worden⁴. Die Kritik rich-

¹ Der Sache nach handelt es sich um eine klassische Problemstellung, mit der sich schon die römischen Juristen im Recht der *locatio conductio operarum*, also im Recht der „freien“ Lohnarbeiter, befaßt haben. Sie entwickelten dabei eine Art Betriebsrisikolehre, wie etwa die folgende berühmte Gefahrtragungsregel belegt: „*Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet.*“ Oder noch deutlicher: „*Advocati quoque, si per eos non steterit, quo minus agant, honoraria reddere non debent.*“ (Paulus D 19. 2. 38 pr.) Vgl. dazu RGZ 3, 179, 182 m. w. N.; ferner Kaser, *Römisches Privatrecht* (5. Aufl.), S. 170; Mayer-Maly, RdA 1967, S. 281, 285; mit Bezug auf die heutige Rechtslage Söllner, AcP 167 (1967), S. 132, 143; Erman / Küchenhoff, § 615 Rdnr. 10.

² Zum Entstehungsprozeß der Betriebsrisikolehre sogleich im 1. Teil unter A.

³ Vgl. nur BAG AP Nr. 2, 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; dazu im einzelnen unten 1. Teil, B. I. II.

⁴ Vgl. Mayer-Maly / Nipperdey, Risikoverteilung in mittelbar von recht-

tet sich nicht gegen den jedenfalls im Ergebnis unstreitigen Lohnfortzahlungsgrundsatz, sondern gegen die erwähnten Ausnahmen und hier vor allem gegen die derzeitige Lohnrisikoverteilung im Arbeitskampf.

Daß die geltende Fassung der Betriebsrisikolehre insoweit eine überzeugende Lösung bietet, muß in der Tat ernstlich bezweifelt werden. Wie gerade die neuere Diskussion zeigt, gehört die Frage nach der gerechten Verteilung des arbeitskampfbedingten Lohnrisikos „zu den rechtspolitisch und rechtsdogmatisch umstrittensten und ungeklärtesten Problemen des deutschen Arbeitsrechts überhaupt“⁵. Ein besonders schwerwiegender Vorwurf gegen die herrschende Lehre besagt etwa, die Sphärentheorie und der ihr zugrunde liegende Gedanke der Solidarität aller Arbeitnehmer beruhe auf dem Kommunistischen Manifest und habe keine rechtliche Grundlage⁶. Einem anderen Einwand zufolge wirkt die Unterscheidung von Streiks und Aussperrungen als Ursache von Betriebsstörungen verwickelte Kausalitätsprobleme und heillose Beweisfragen auf⁷. Ferner sei die hergebrachte Unterscheidung zwischen Wirtschafts- und Betriebsrisiko nicht gerechtfertigt, weil es vom Zufall abhängt, ob ein Unternehmen als Zulieferer oder Abnehmer der Kampfbetriebe zur Arbeitseinstellung gezwungen werde⁸. Schon diese kleine Auswahl aus der Argumentationspalette der Kritiker läßt die Fragwürdigkeit der überkommenen Regelung deutlich zutage treten⁹.

Die im Spannungsfeld von Individual- und Kollektivarbeitsrecht angesiedelte Problematik gewinnt zusätzlich an Komplexität durch den Grundsatz der staatlichen Neutralität im Arbeitskampf, wie er in dem neugefaßten § 116 AFG und der dazu ergangenen sog. Neutralitäts-Anordnung der Bundesanstalt für Arbeit seinen Niederschlag gefunden hat. Ganz gleich, wie man diesen Zusammenhang im einzelnen sehen mag¹⁰, gilt es Wertungswidersprüche zwischen Risikoverteilung und Neutralitätsregelung auf jeden Fall zu vermeiden. So darf der Arbeitgeber sicherlich nicht in den Fällen zur Lohnfortzahlung ver-

mäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben, 1965; *Biedenkopf*, Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung, 1970; *Krasnitzky*, Die Lehre vom Betriebsrisiko, Diss. 1971; *Danz*, Die Verteilung des Lohnrisikos in kampfbetroffenen Drittbetrieben, Diss. 1972; *Ehmann*, DB 1973, S. 1946 ff., 1994; *Weiss*, AuR 1974, S. 37 ff.

⁵ *Säcker*, Gruppenparität und Staatsneutralität als verfassungsrechtliche Grundprinzipien des Arbeitskampfrechts (1974), S. 71.

⁶ Vgl. *Biedenkopf*, Betriebsrisikolehre, S. 18.

⁷ Vgl. *Mayer-Maly / Nipperdey*, S. 17 ff.

⁸ Vgl. *Brox / Rütters*, Arbeitskampfrecht (1965), S. 268.

⁹ Vgl. zu den einzelnen Alternativkonzepten unten, 1. Teil, C.

¹⁰ Dazu unten 5. Teil, C. III.

pflichtet sein, in denen sogar die Arbeitslosen- bzw. Kurzarbeitergeldansprüche nach Maßgabe der Neutralitäts-Anordnung ruhen würden. Eine solche Situation könnte aber bei aussperrenden Arbeitsunterbrechungen, die nach der Sphärentheorie in die Risikosphäre des Arbeitgebers fallen, durchaus entstehen¹¹. Insoweit ist die Korrekturbedürftigkeit der herrschenden Lehre evident.

Besondere Rechtsunsicherheit ist eingetreten, seitdem das Arbeitsgericht Kassel in einem aufsehenerregenden Urteil vom 17. 4. 1972¹² die Anwendung der Sphärentheorie nach eingehender Kritik abgelehnt hat und eigene Wege gegangen ist. Nach der rechtskräftigen Entscheidung sollen die Arbeitnehmer das Lohnrisiko nur dann tragen, „wenn der Streik von einer für ihren Betrieb zuständigen Gewerkschaft auch in ihrem Interesse geführt wird“.

Einen neuen Lösungsansatz scheint nun auch das BAG zu suchen, wenn es in seinem neuesten einschlägigen Urteil¹³ ausdrücklich dahinstehen läßt, ob die Lohnverweigerung gegenüber Arbeitnehmern in kampfbetroffenen Drittbetrieben mit der über ihren Betrieb hinausreichenden Solidarität aller Arbeitnehmer begründet werden kann. Noch bemerkenswerter ist die Tatsache, daß entgegen hergebrachten Grundsätzen dem bekl. Arbeitgeber das *streikbedingte* Betriebsrisiko auferlegt wird. In der Begründung dazu findet sich der ziemlich vage Hinweis, das Lohnrisiko dürfe nur in solchen Fällen den Arbeitnehmer treffen, in denen der vom Arbeitskampf mittelbar betroffene Betrieb seines Arbeitgebers sich in einer der Lage im Kampfbetrieb vergleichbaren Situation befinde und der Arbeitgeber daher mit einem entsprechenden Risiko belastet sei¹⁴. Mit der darin zum Ausdruck kommenden restriktiven Tendenz setzt sich der 5. Senat in deutlichen Widerspruch zu der bisher vom 1. Senat geprägten Rechtsprechung des BAG, wonach das streikbedingte Betriebsrisiko den Arbeitnehmern ohne jeden Vorbehalt zugewiesen wird¹⁵. Trotz aller Besonderheiten des Falles, die sogar im Leitsatz des Urteils¹⁶ herausgestellt werden, signalisiert das Gericht damit in ihrem Ausmaß freilich noch nicht abzu-

¹¹ Vgl. *Ehmann*, DB 1973, S. 1946, 1950.

¹² ArbG Kassel, DB 1972, S. 1121 ff.

¹³ BAG DB 1976, S. 776 = BB 1976, S. 511 = NJW 1976, S. 990 = AP Nr. 30 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (*Seiter*); vgl. dazu neuerdings auch *Schmid*, JuS 1977, S. 92 ff.

¹⁴ BAG, a.a.O., unter 3. der Gründe in Anlehnung an *Hueck / Nipperdey II*, 2, S. 946.

¹⁵ Vgl. insb. BAG AP Nr. 2 und 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

¹⁶ „Ein Unternehmen des Rohrleitungs- und Heizungsbaus trägt das Lohnrisiko, wenn es seinen angestellten Monteur deshalb nicht beschäftigen kann, weil der Betrieb bestreikt wird, in dem das Rohrleitungsunternehmen eine Rohrverlegungsarbeit ausführt.“