

5 Sa 666/09
2 Ca 4113/09
(Arbeitsgericht Nürnberg)

Verkündet am: 20.07.2010

G...
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht Nürnberg

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

H... E...

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt W...-R... Sch...

gegen

Firma V... Ve...-Aktiengesellschaft

gesetzlich vertreten durch den Vorstand

dieser bestehend aus H... D... (Vorsitzender), J... H..., Dr. R... M..., K...-H... P...

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Assessor Z... und Kollegen

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 8. Juli 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Malkmus und die ehrenamtlichen Richter Arlt und Nickel

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 21.10.2009, Az. 2 Ca 4113/09, in Ziffern 1 und 2 abgeändert.
2. Die Klage wird abgewiesen.
3. Der Kläger trägt die Kosten beider Instanzen.
4. Die Revision wird für den Kläger zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über den Anspruch des Klägers auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall während eines Streiktages in Höhe von € 40,02 netto nebst Zinsen.

Der Kläger ist bei der Beklagten - einem öffentlichen N....betrieb - seit 01.01.1988 als Omnibusfahrer im Bereich „Fahrdienst“ beschäftigt; er befindet sich in Altersteilzeit. Am 27.02.2009 fand im Betrieb der Beklagten ein Warnstreik statt. Der Kläger war an diesem Tag krankheitsbedingt arbeitsunfähig, er wäre für den 27.02.2009 für den Fahrdienst eingeteilt gewesen.

Die Vergütung für den Monat Februar 2009 kürzte die Beklagte in Höhe des streitgegenständlichen Betrages.

Der Kläger ist der Meinung, er habe einen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von € 40,02 netto als Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für den 27.02.2009, da er sich am Arbeitskampf nicht beteiligt habe. Der Betrieb der Beklagten sei nicht komplett stillgelegt worden.

Die Beklagte ist der Auffassung, ein Entgeltfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall sei für den 27.02.2009 nicht gegeben. Der Betrieb sei am 27.02.2009 teilweise stillgelegt worden. Die Fahrer seien über die Betriebshöfe in Kenntnis gesetzt worden, dass am Streiktag keine Beschäftigung möglich sein werde. Aufgrund dieser Betriebsstilllegung entfalle der Entgeltfortzahlungsanspruch. Die Beschäftigtengruppe, welcher der Kläger angehöre, habe nicht vertragsgemäß im Betrieb der Beklagten eingesetzt werden können.

Das Arbeitsgericht hat der Klage mit der Begründung stattgegeben, die Beklagte habe nicht substantiiert unter Beweisantritt vorgetragen, dass eine Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger am 27.02.2009 bei Arbeitsfähigkeit des Klägers nicht gegeben gewesen wäre. Auf den Inhalt des arbeitsgerichtlichen Urteils wird, auch hinsichtlich des erstinstanzlichen Parteivorbringens im Einzelnen, Bezug genommen.

Zur Begründung ihrer dagegen gerichteten Berufung lässt die Beklagte vorbringen, der Kläger sei als Omnibusfahrer im Bereich „Fahrdienst“ beschäftigt; für eine Beschäftigung im Bereich „Fahrpersonal und Service“ sei allein die Qualifikation als Busfahrer nicht ausreichend, es seien zusätzliche Schulungsmaßnahmen zum Thema Fahrscheinkontrollen und erhöhtes Beförderungsentgelt oder andere Qualifikationen notwendig. Nachdem die Beklagte von der Streikabsicht erfahren habe, habe der Vorstand der Beklagten entschieden, dass am Streiktag der Bus-, Straßenbahn- und U-Bahnbetrieb eingestellt werde. Ein Busnotnetz habe durch private Busunternehmen bedient werden sollen. Über die vollständige Einstellung des eigenen Busbetriebes am 27.02.2009 sei die Öffentlichkeit mit einer Presseinformation vom 24.02.2009 informiert worden. Mit den Gewerkschaften ver.di und GDL sei eine Notdienstvereinbarung getroffen worden; die Aufgaben dieses Notdienstes hätte der Kläger aufgrund seiner Qualifikation nicht ausüben können. Für

Notdiensttätigkeiten seien 47 Mitarbeiter aus dem Bereich „Personal und Service“ eingeteilt gewesen. Aus dem Bereich „Fahrdienst“ sei kein Busfahrer an dem Warnstreiktag mit Tätigkeiten betraut worden. Aufgrund der Stilllegung des Betriebsteils „Fahrdienst Bus N...“ wäre eine Beschäftigung des Klägers am 27.02.2009 nicht möglich gewesen. Auch für einen Einsatz im Bereich „Werkstatt“ hätte es im Falle des Klägers an der hierfür erforderlichen mehrmonatigen Unterweisung gefehlt, welche der Kläger nicht erhalten habe. Eine Beschäftigung des Klägers im Rahmen der Weiterbildung oder eines Unterrichts wäre schon daran gescheitert, dass am 27.02.2009 solche Maßnahmen nicht stattgefunden hätten.

Der Kläger lässt vortragen, er sei von der Beklagten nicht telefonisch vom Streiktag informiert worden. Am 27.02.2009 wäre für ihn im Falle seiner Arbeitsfähigkeit eine Beschäftigungsmöglichkeit bei der Information von Fahrgästen sowie der Fahrscheinkontrollen im Bereich „Fahrpersonal und Service“ gegeben gewesen. Außerdem hätte er an Weiterbildungsmaßnahmen sowie an einem theoretischen Unterricht für neu eingestellte Busfahrer teilnehmen können. Ferner wäre ein Einsatz im Werkstattbereich möglich gewesen.

Wegen des weiteren Berufungsvorbringens der Parteien im Einzelnen wird auf den Inhalt der im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze sowie auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die vom Arbeitsgericht zugelassene und auch ansonsten zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg. Dem Kläger steht für den 27.02.2009 kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG zu.

Der Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 EFZG setzt voraus, dass die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit die alleinige Ursache dafür ist, dass der Arbeitnehmer seine Arbeits-

leistung nicht erbringt (vgl. BAG vom 24.03.2004, AP Nr. 22 zu § 3 EntgeltFG; HaKo-EFZR/Feichtinger, 2. Aufl., § 3 EFZG Rd.Nr. 59). Nimmt ein Arbeitnehmer trotz krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit an einem Streik teil, ist die Arbeitsunfähigkeit nicht alleinige Ursache für den Arbeitsausfall, so dass der Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts nach § 3 EFZG entfällt. Beteiligt sich ein arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer nicht am Streik, so besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung, sofern seine Beschäftigung trotz des Streiks möglich wäre (BAG vom 01.10.1991, AP Nr. 121 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; ErfK/Dörner, 10. Aufl., § 3 EFZG Rd.Nr. 16). Unmöglich in diesem Sinne kann eine Beschäftigung auch dann sein, wenn der Arbeitgeber den Betrieb als Reaktion auf den Streik ganz oder teilweise ruhen lässt (BAG vom 01.10.1991, a.a.O., Schmitt, EFZG, AAG, 6. Aufl., § 3 EFZG Rd.Nr. 85; HaKo-EFZR/Feichtinger, § 3 EFZG Rd.Nr. 61).

Die Beklagte hat auch mit hinreichender Deutlichkeit die den Fahrdienst betreffende Teilbetriebsstilllegung erklärt (zu diesem Erfordernis vgl. BAG vom 11.07.1995, AP Nr. 139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). Eine solche Erklärung ist in der Pressemitteilung vom 24.02.2009, mit der die Öffentlichkeit über die Einstellung des Busbetriebes mit eigenen Bussen informiert wurde, sowie in der Inkenntnissetzung der Fahrer der Beklagten über die Betriebshöfe zu sehen, dass am Streiktag keine Beschäftigung möglich sein werde. Für die Stilllegungserklärung gegenüber den dem Fahrdienst zuzurechnenden Fahrer bedurfte es nicht der individuellen - im Falle des Klägers der telefonischen - Information jedes einzelnen Fahrers.

Für den Kläger hätte am 27.02.2009 eine Beschäftigungsmöglichkeit für den Fall seiner Arbeitsfähigkeit nicht bestanden. Ein Einsatz als Busfahrer wäre aufgrund der Einstellung des die eigenen Busse der Beklagten betreffenden Busbetriebes nicht in Frage gekommen. Soweit der Kläger einen Einsatz im Bereich „Fahrpersonal und Service“ und „Werkstatt“ am 27.02.2009 für möglich gehalten hätte, hat die Beklagte vortragen lassen, ein solcher Einsatz wäre aufgrund des Fehlens der hierfür erforderlichen Voraussetzungen für den Kläger nicht in Betracht gekommen. Der Kläger habe nicht an den hierfür erforderlichen Schulungen teilgenommen, um die im Bereich „Fahrpersonal und Service“ geforderten Tätigkeiten vollumfänglich ausüben zu können. Auch für einen Einsatz im Bereich „Werkstatt“ fehle es dem Kläger an der notwendigen Qualifikation. Soweit Fahrdienstun-

taugliche Busfahrer vereinzelt in der Werkstatt beschäftigt würden, erführen sie dort vor Beginn ihrer Tätigkeit eine ausführliche, mehrmonatige Unterweisung, welche der Kläger nicht erhalten habe. Auch die Beschäftigung im Rahmen einer Weiterbildungsmaßnahme wäre nicht in Betracht gekommen, da solche Veranstaltungen am 27.02.2009 nicht stattgefunden hätten; Gleiches gelte für den Unterricht durch Fahrlehrer in der Fahrschule für neu eingestellte Busfahrer.

Vorstehendem Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 03.05.2010 zu der fehlenden Beschäftigungsmöglichkeit ist der Kläger konkret erstmals in der Berufungsverhandlung vom 08.07.2010 - und damit verspätet - entgegengetreten. Das Vorbringen der Beklagten gilt damit als zugestanden.

Im Übrigen kann es für die Frage einer relevanten Beschäftigungsmöglichkeit am 27.02.2009 nicht darauf ankommen, ob es für den Kläger lediglich eine theoretische Möglichkeit der Beschäftigung gegeben hätte. Eine Pflicht zur Beschäftigung muss dem Arbeitgeber auch zumutbar sein (vgl. BAG vom 11.07.1995, AP Nr. 139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; ErfK/Dörner, 10. Aufl., § 3 EFZG Rd.Nr. 16). Für das Vorhandensein einer solchen Beschäftigungsmöglichkeit würde sprechen, wenn der Arbeitgeber trotz der Betriebsruhe mit dem Kläger vergleichbare Arbeitnehmer tatsächlich beschäftigt hat (vgl. Schmitt, EFZG, AAG, 6. Aufl., § 3 EFZG Rd.Nr. 86).

Für das tatsächliche Bestehen einer der Beklagten zumutbaren Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger am 27.02.2009 trotz des Warnstreiks und der teilweisen Betriebsruhe sind jedoch keinerlei Anhaltspunkte vorhanden. Gegen eine solche Beschäftigung sprechen vielmehr folgende Gesichtspunkte:

Der von der Beklagten am 27.02.2009 organisierte eingeschränkte Busverkehr wurde ausschließlich durch den Einsatz privater Busunternehmen bewerkstelligt (vgl. Presseinformation der Beklagten vom 24.02.2009). Der Kläger hat in seiner Klageschrift selbst darauf hinweisen lassen, dass am 27.02.2009 ein Warnstreik stattgefunden habe, der zu einer fast kompletten Stilllegung des Betriebes der Beklagten geführt habe. Zwischen der Beklagten und den den Warnstreik organisierenden Gewerkschaften wurde eine Notdienstvereinbarung getroffen; zur Erbringung der darin beschriebenen Arbeiten wurden von der Beklagten nach ihrem vom Kläger letztlich nicht bestrittenen Vorbringen keine

Busfahrer aus dem Fahrdienst eingesetzt. Der Kläger vermochte auch selbst keine Busfahrer aus dem Fahrdienst zu benennen, die am 27.02.2009 von der Beklagten beschäftigt worden sind. Die Einrichtung eines Notdienstes dient auch nicht der Schaffung einer Beschäftigungsmöglichkeit für arbeitswillige Arbeitnehmer. Ein Arbeitnehmer hat nicht allein deshalb einen Anspruch auf Einsatz im Notdienst, weil er sich nicht am Streik beteiligen will (BAG vom 31.01.1995, AP Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskampf).

Nach alledem ist davon auszugehen, dass für den Kläger am 27.02.2009 jedenfalls keine der Beklagten zumutbare Beschäftigungsmöglichkeit bestanden hätte, so dass die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers nicht alleinige Ursache des Arbeitsausfalls für diesen Tag war.

Die Kostenfolge ergibt sich aus § 91 Abs. 1 ZPO.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann der Kläger Revision einlegen.

Für die Beklagte ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

- 8 -

Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>

Malkmus
Vorsitzender Richter
am Landesarbeitsgericht

Arlt
ehrenamtlicher Richter

Nickel
ehrenamtlicher Richter