

# BUNDEARBEITSGERICHT



1 AZR 495/10  
5 Sa 666/09  
Landesarbeitsgericht  
Nürnberg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
13. Dezember 2011

## URTEIL

Klapp, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. Dezember 2011 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Linck und

Prof. Dr. Koch sowie den ehrenamtlichen Richter Frischholz und die ehrenamtliche Richterin Seyboth für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 20. Juli 2010 - 5 Sa 666/09 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über Entgeltfortzahlungsansprüche während eines Arbeitskampfes. 1

Der Kläger ist bei der Beklagten als Omnibusfahrer im Bereich „Fahrdienst“ beschäftigt. Im Rahmen von Tarifvertragsverhandlungen um den Abschluss eines Verbandstarifvertrags riefen die Gewerkschaften ver.di und GDL die bei der Beklagten beschäftigten Arbeitnehmer im Zeitraum vom 27. Februar 2009 4.00 Uhr bis zum 28. Februar 2009 4.00 Uhr zu einem Warnstreik auf. Als Reaktion auf den Streikaufruf beschloss der Vorstand der Beklagten, in diesem Zeitraum den U-Bahn-, Bus- und Straßenbahnverkehr mit eigenen Fahrzeugen einzustellen. Die Buslinien der Beklagten wurden am 27. Februar 2009 im Rahmen eines Ersatzverkehrs teilweise von privaten Busunternehmen bedient. 2

Die Beklagte informierte die Öffentlichkeit über die Einschränkungen ihres Bus- und Schienenverkehrs durch eine Presseinformation am 24. Februar 2009. Die Führungskräfte wurden über den am 27. Februar 2009 geplanten Warnstreik und die vom Vorstand getroffenen betrieblichen Maßnahmen durch eine E-Mail in Kenntnis gesetzt, die in den Organisationseinheiten durch Aushang bekannt gegeben wurde. Darüber hinaus informierte die Beklagte teilweise die Busfahrer telefonisch darüber, dass am 27. Februar 2009 kein Busverkehr stattfindet. Der Kläger, der an diesem Tag arbeitsunfähig erkrankt war, 3

wurde von der Beklagten über die Einstellung des Busverkehrs nicht unterrichtet.

Die Beklagte kürzte für den Monat Februar 2009 die Vergütung des Klägers um den auf den 27. Februar 2009 entfallenden Betrag für die Entgeltfortzahlung iHv. 73,14 Euro brutto, dies entspricht 40,02 Euro netto. 4

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe ihn im Fall seiner Arbeitsfähigkeit mit anderen Tätigkeiten beschäftigen können. Seinen Entgeltfortzahlungsanspruch habe er nicht aufgrund des Arbeitskampfes verloren, weil er von der Beklagten nicht über die Einstellung des Busverkehrs in Kenntnis gesetzt worden sei. 5

Der Kläger hat beantragt, 6

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 40,02 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. März 2009 zu zahlen,

hilfsweise,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 73,14 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. März 2009 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. 7

Das Arbeitsgericht hat dem Hauptantrag entsprochen. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage auf die Berufung der Beklagten abgewiesen. Mit der Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, wobei er in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat das Verhältnis seiner Anträge umgekehrt hat. 8

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Klageanträge zu Recht abgewiesen. Der Kläger kann für die am 27. Februar 2009 ausgefallene Arbeitszeit keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall verlangen. 9

- I. Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, hat er Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen (*§ 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG*). Ein Entgeltfortzahlungsanspruch besteht nur, wenn die Arbeitsunfähigkeit die alleinige Ursache für den Ausfall der Arbeitsleistung ist. Der Anspruch auf Arbeitsentgelt darf nicht bereits aufgrund anderer Ursachen entfallen. Demzufolge setzt der Entgeltfortzahlungsanspruch voraus, dass der erkrankte Arbeitnehmer ohne die Arbeitsunfähigkeit einen Vergütungsanspruch gehabt hätte (*BAG 24. März 2004 - 5 AZR 355/03 - zu I 3 a der Gründe, AP EntgeltFG § 3 Nr. 22*). 10
- II. Für den Vergütungsanspruch während eines Arbeitskampfes gelten Besonderheiten. 11
1. Grundsätzlich trägt der Arbeitgeber das sog. Betriebs- oder Wirtschaftsrisiko. Er ist zur Zahlung der Vergütung auch dann verpflichtet, wenn er den Arbeitnehmer ohne sein Verschulden aus betriebstechnischen Gründen nicht beschäftigen kann (*Betriebsrisiko*) oder wenn die Fortsetzung des Betriebes wegen Auftrags- oder Absatzmangels wirtschaftlich sinnlos wird (*Wirtschaftsrisiko*). 12
2. Diese Risikoverteilung gilt nicht bei einer Betriebsstörung durch einen rechtmäßigen Arbeitskampf (*Arbeitskampfrisiko*). 13
- a) Können Arbeitnehmer während eines Arbeitskampfs nicht beschäftigt werden, beurteilt sich die Vergütungspflicht des Arbeitgebers nach den Grundsätzen der arbeitskampfrechtlichen Parität. Störungen des Betriebsablaufs, die auf Streiks oder Aussperrungen beruhen und die Fortsetzung des Betriebs ganz oder teilweise unmöglich oder für den Arbeitgeber wirtschaftlich unzumutbar machen, führen dazu, dass jede Seite das auf sie entfallende Kampfrisiko zu tragen hat. Die vom Arbeitskampf betroffenen Arbeitnehmer verlieren unter diesen Voraussetzungen für die Dauer der arbeitskampfbedingten Störung ihre Beschäftigungs- und Vergütungsansprüche (*BAG 12. November 1996 - 1 AZR* 14

364/96 - zu II 2 b, c der Gründe, BAGE 84, 302). Diese grundsätzliche Risikoverteilung gilt nicht nur bei Auftreten von Betriebsstörungen aufgrund der Fernwirkung in einem am unmittelbaren Kampfgeschehen nicht beteiligten Betrieb, sondern auch bei einer Betriebsstörung, die auf einem Arbeitskampf im selben Betrieb beruht (BAG 15. Dezember 1998 - 1 AZR 289/98 - zu I 2 a der Gründe, BAGE 90, 280; 27. Juni 1995 - 1 AZR 1016/94 - zu II der Gründe, BAGE 80, 213). Andernfalls hätte der unmittelbar kampfbetroffene Arbeitgeber nicht nur das Risiko der arbeitskampfbedingten Betriebsstörung durch den gegen ihn gerichteten Streik, sondern zusätzlich das Risiko der Lohnfortzahlung an die nicht am Streik beteiligten Arbeitnehmer zu tragen, die infolge der Streikauswirkungen nicht beschäftigt werden können. Durch eine solche Risikoverteilung der gewerkschaftlichen Kampfmaßnahme würde das Kräfteverhältnis der kampfführenden Parteien gestört (BAG 14. Dezember 1993 - 1 AZR 550/93 - zu I 2 der Gründe, BAGE 75, 186).

b) Nach der Senatsrechtsprechung muss der Arbeitgeber allerdings die Folgen einer gegen ihn gerichteten streikbedingten Arbeitsniederlegung nicht widerstandslos hinzunehmen. Er kann vielmehr - abgesehen von Aussperungsmaßnahmen - versuchen, durch betriebsorganisatorische Gegenmaßnahmen die Folgen der streikbedingten Betriebsstörung zu begrenzen. Solche Maßnahmen sind durch die Arbeitsniederlegung bedingt und Teil des Systems von Druck und Gegendruck, das den Arbeitskampf kennzeichnet. Dass in derartigen Fällen die Nichtbeschäftigung der Arbeitnehmer des bestreikten Betriebs durch Gegenmaßnahmen des Arbeitgebers mitverursacht ist, steht einer Anwendung der Grundsätze des Arbeitskampftrisikos nicht entgegen (BAG 12. November 1996 - 1 AZR 364/96 - zu II 3 b aa der Gründe, BAGE 84, 302). Die arbeitswilligen Arbeitnehmer behalten ihren Vergütungsanspruch, wenn deren Beschäftigung dem Arbeitgeber rechtlich möglich und wirtschaftlich zumutbar ist (BAG 11. Juli 1995 - 1 AZR 161/95 - zu III 1 der Gründe, BAGE 80, 277).

15

c) Zu den Gegenmaßnahmen des Arbeitgebers gehört auch die Befugnis, die vom Streik betroffene betriebliche Einheit für die Dauer des Streiks ganz

16

oder teilweise stillzulegen. Dies gilt auch, wenn ihm deren teilweise Aufrechterhaltung technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar wäre. Eine suspendierende Stilllegung hat zur Folge, dass auch arbeitswillige Arbeitnehmer ihren Lohnanspruch verlieren (*BAG 27. Juni 1995 - 1 AZR 1016/94 - zu III 1 der Gründe, BAGE 80, 213; 31. Januar 1995 - 1 AZR 142/94 - zu I 2 der Gründe, BAGE 79, 152; 22. März 1994 - 1 AZR 622/93 - zu II 3 b und c der Gründe, BAGE 76, 196*). Zudem werden vom Streikaufruf erfasste, aber arbeitswillige Außenseiter in die Risikogemeinschaft der Arbeitnehmer im Streikgeschehen einbezogen (*BAG 22. September 2009 - 1 AZR 972/08 - Rn. 60, BAGE 132, 140*). Eine solche Maßnahme ist allerdings nur innerhalb des Rahmens möglich, den der Streikaufruf in gegenständlicher und zeitlicher Hinsicht gesetzt hat (*BAG 27. Juni 1995 - 1 AZR 1016/94 - aaO*). Die vorübergehende Betriebsstilllegung setzt voraus, dass die Geschäftstätigkeit des Arbeitgebers während des Arbeitskampfes weder von diesem selbst oder einem von ihm beauftragten Dritten ausgeführt wird.

Der Arbeitgeber kann sich gegenüber einem den gesamten Betrieb erfassenden Streikaufruf auch darauf beschränken, nicht den gesamten Betrieb, sondern organisatorisch abgegrenzte betriebliche Einheiten stillzulegen. Auch eine solche Entscheidung stellt sich wegen der Einbeziehung der davon betroffenen Außenseiter als Gegenmaßnahme gegenüber dem von der Gewerkschaft geführten Arbeitskampf dar. Dem entspricht es, dass auch deren Arbeitskampfmaßnahmen auf Teile eines Betriebs beschränkt werden können (*Wißmann JbArbR Bd. 35 S. 115, 120*).

17

d) Die Stilllegung des Betriebs oder einer organisatorisch abgrenzbaren betrieblichen Einheit setzt aus Gründen der Rechtsklarheit eine darauf gerichtete Erklärung des Arbeitgebers an die Arbeitnehmer voraus. Die Einstellung der Beschäftigung allein ist nicht eindeutig. Die Erklärung ist an die betroffenen Arbeitnehmer zu richten, deren Arbeitsverhältnisse dadurch suspendiert werden (*BAG 11. Juli 1995 - 1 AZR 161/95 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 80, 277*). Sie muss in einer Form erfolgen, die nach dem gewöhnlichen Verlauf erwarten lässt, dass die vom Stilllegungsentschluss erfassten Arbeitnehmer von ihr

18

Kenntnis erlangen. Dazu ist es ausreichend, wenn die Bekanntgabe in einer im Betrieb üblichen Kommunikationsform erfolgt. Der Arbeitgeber kann davon ausgehen, dass sich seine Stilllegungsabsicht unter den Arbeitnehmern des Betriebs herumspricht. Die Wirksamkeit der vorübergehenden Stilllegung ist nicht von einer individuellen Unterrichtung aller betriebsangehörigen Arbeitnehmer abhängig. Eine solche Informationspflicht würde die Eignung der vorübergehenden Betriebsstilllegung als Kampfmittel in Frage stellen.

III.       Danach hätte der Kläger im Fall seiner Arbeitsfähigkeit am 27. Februar 2009 keinen Anspruch auf eine Vergütung aus § 615 Satz 1, § 611 Abs. 1 BGB gehabt, zu deren Fortzahlung die Beklagte nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG verpflichtet gewesen wäre. 19

1.       Es kann dahinstehen, ob die Beklagte als Reaktion auf die angekündigten Streikmaßnahmen ihren Busbetrieb am 27./28. Februar 2009 tatsächlich stillgelegt hat, wovon das Landesarbeitsgericht offenbar ausgegangen ist. Zwar hat die Beklagte während des Warnstreiks den Busverkehr nicht mit eigenen Bussen durchgeführt. An ihrer Stelle haben jedoch private Busunternehmen ein eingeschränktes Verkehrsangebot aufrechterhalten. Diesen Umstand durfte das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung nicht unberücksichtigt lassen. Die Durchführung eines Ersatzverkehrs stünde der Annahme einer arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung entgegen, weil diese voraussetzt, dass die betriebliche Tätigkeit des Arbeitgebers weder von diesem selbst noch von einem von ihm beauftragten Drittunternehmen ausgeführt wird. Ansonsten liegt keine suspendierende Betriebsstilllegung, sondern eine Fremdvergabe der betrieblichen Arbeiten vor, die ebenso wie der Einsatz von arbeitswilligen Betriebsangehörigen oder von Fremdpersonal die Aufrechterhaltung der vom Unternehmen verfolgten Geschäftstätigkeit zum Ziel hat. Mit einer solchen Maßnahme beugt sich der Arbeitgeber nicht dem gegen ihn geführten Arbeitskampf, sondern versucht, dessen wirtschaftliche Auswirkungen durch organisatorische Gegenmaßnahmen möglichst gering zu halten. Die Beauftragung eines Dritten steht der Annahme einer suspendierenden Betriebsstilllegung nur dann nicht 20

entgegen, wenn es sich bei den Tätigkeiten, die diesem übertragen werden, um Erhaltungs- oder Notstandsarbeiten handelt.

2. Einer Zurückverweisung zur Aufklärung des Umfangs des am 27. Februar 2009 durchgeführten Ersatzverkehrs bedarf es indes nicht. Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht nicht. Die Beklagte ist weder nach den Grundsätzen über die Verteilung des Lohnrisikos im Arbeitskampf noch nach denen, die für die suspendierende Betriebsstilllegung gelten, in Annahmeverzug geraten. 21
- a) Nach den Grundsätzen über die Verteilung des Lohnrisikos im Arbeitskampf bestünde für die Beklagte nur dann eine Vergütungspflicht, wenn sie den Kläger während des Arbeitskampfes vertragsgemäß einsetzen konnte und ihr diese Beschäftigung wirtschaftlich zumutbar war (*BAG 11. Juli 1995 - 1 AZR 63/95 - zu II 3 der Gründe, BAGE 80, 265*). Eine solche Beschäftigungsmöglichkeit hat der Kläger nicht dargetan. 22
- aa) Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass während des Warnstreiks eine Beschäftigungsmöglichkeit in der bisher ausgeübten Tätigkeit als Busfahrer bei der Beklagten nicht bestanden hat. 23
- bb) Für das Bestehen einer Beschäftigungsmöglichkeit in anderen Unternehmensbereichen hat der insoweit darlegungspflichtige Kläger keinen ausreichenden Vortrag gehalten. 24
- (1) Dabei gilt eine abgestufte Darlegungslast. Der Arbeitnehmer hat zunächst die Tätigkeiten anzuführen, mit denen er während des Arbeitskampfes hätte beschäftigt werden können. Dazu muss er auch darlegen, dass ein solcher Einsatz ohne Vertragsänderung im Rahmen des Direktionsrechts rechtlich zulässig gewesen wäre. Der Arbeitgeber darf einem arbeitswilligen Arbeitnehmer auch während eines Arbeitskampfes nur solche Tätigkeiten zuweisen, zu deren Übernahme er arbeitsvertraglich verpflichtet ist (*vgl. BAG 14. Dezember 1993 - 1 AZR 550/93 - zu I 3 b der Gründe, BAGE 75, 186*). Erst nach einer schlüssigen Darlegung einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit durch 25



den Arbeitnehmer ist es Sache des Arbeitgebers anzugeben, aus welchem Grund ihm die aufgezeigte Beschäftigung wirtschaftlich nicht zumutbar ist.

- (2) Diesen Anforderungen genügt das Vorbringen des Klägers nicht. 26  
Zwischen den Parteien ist in der Berufungsinstanz unstreitig geworden, dass am 27. Februar 2009 weder Weiterbildungsmaßnahmen stattgefunden haben noch theoretischer Unterricht durchgeführt wurde, an dem der Kläger hätte teilnehmen können. Soweit der Kläger geltend macht, er hätte während des Arbeitskampfes im Bereich Fahrpersonal und Service oder in der Werkstatt eingesetzt werden können, fehlt es an Vortrag zur Zulässigkeit einer solchen Umsetzung. Es ist weder offenkundig noch vom Kläger vorgetragen, dass die Beklagte aufgrund ihres Direktionsrechts berechtigt gewesen wäre, ihm Tätigkeiten in diesen Unternehmensbereichen zu übertragen.
- (3) Auf die in diesem Zusammenhang vom Kläger erhobene Verfahrensrüge, mit der dieser geltend macht, das Landesarbeitsgericht habe das Bestreiten des Beklagtenvorbringens aus dem Schriftsatz vom 3. Mai 2010 zu Unrecht als verspätet ausgeschlossen, kommt es aufgrund der fehlenden Entscheidungserheblichkeit des behaupteten Verfahrensfehlers nicht an. Da der Kläger zu den anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten keinen ausreichenden Tatsachenvortrag gehalten hat, war die Klage ohnehin un schlüssig und abweisungsreif. 27
- cc) Danach bedarf es auch keiner weiteren Sachaufklärung zu der Frage, ob es sich bei dem von Dritten durchgeführten Busverkehr um Notstandsarbeiten gehandelt hat. Ebenso muss der Senat nicht darüber befinden, ob es für die vom Kläger geltend gemachte anderweitige Beschäftigung eines tatsächlichen oder wörtlichen Angebots (§§ 294, 295 BGB) bedurft hätte, an dem es vorliegend fehlt. 28
- b) Ein Anspruch auf Annahmeverzug hat auch dann nicht bestanden, wenn die Beklagte ihren Unternehmensbereich Bus- und Schienenverkehr während des Warnstreiks stillgelegt hätte. 29

- aa) Die vom Vorstand der Beklagten beschlossene suspendierende Teilbetriebsstilllegung hielt sich in den Grenzen des gewerkschaftlichen Streikaufrufs. 30
- Die Beklagte hat den Bus- und Schienenverkehr mit eigenen Fahrzeugen am 27. Februar 2009 als Reaktion auf den von ver.di und der GDL ausgerufenen Warnstreik stillgelegt. Der Streikaufruf umfasste alle Unternehmensbereiche der Beklagten für den Zeitraum vom 27. Februar 2009 4.00 Uhr bis zum 28. Februar 2009 4.00 Uhr. 31
- bb) Das Arbeitsverhältnis des Klägers war von der vorübergehenden Stilllegung des Bus- und Schienenverkehrs erfasst. 32
- Zu dem Bereich Busverkehr gehörte der Betriebshof S, bei dem der Kläger zu diesem Zeitpunkt eingesetzt war. Der Kläger hätte am 27. Februar 2009 zwischen 5.04 Uhr und 13.16 Uhr einen Bus führen müssen. 33
- cc) Die Beklagte hat die suspendierende Betriebsstilllegung ausreichend bekannt gegeben. 34
- Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Beklagte nicht nur die Öffentlichkeit durch eine Pressemitteilung über die Einstellung des Schienen- und Busverkehrs in Kenntnis gesetzt, sondern auch die an den Betriebshöfen eingesetzten Fahrer durch einen Aushang über die fehlende Beschäftigungsmöglichkeit informiert. Damit lag eine betriebsübliche Bekanntmachung der suspendierenden Betriebsstilllegung vor. Einer besonderen Benachrichtigung des vor dem Streikbeginn arbeitsunfähig erkrankten Klägers bedurfte es daneben nicht. 35
- dd) Mit der Stilllegungserklärung der Beklagten sind die Hauptpflichten aus den Arbeitsverhältnissen suspendiert worden, die den betroffenen Bereichen zugeordnet sind. Anders als bei einer Betriebsfortführung ist der Arbeitgeber bei einer suspendierenden Stilllegung nicht verpflichtet, die Arbeitnehmer anderweitig einzusetzen. Seine Gegenmaßnahme ist gerade darauf gerichtet, durch Stilllegung des gesamten Betriebs oder einzelner Betriebsbereiche die Beschäftigungs- und Vergütungsansprüche der Außenseiter durch deren Einbeziehung 36

in den Arbeitskampf zu beseitigen, um auf diese Weise die kampfführende Gewerkschaft unter Druck zu setzen. Dieses Arbeitskampfziel würde unterlaufen, wenn der Arbeitgeber die von der Stilllegung betroffenen Arbeitnehmer in anderen Unternehmensbereichen einsetzen müsste, um ihnen den Vergütungsanspruch zu erhalten.

Schmidt

Linck

Koch

Frischholz

M. Seyboth