

Aktenzeichen: 1 AZR 147/91
Bundesarbeitsgericht 1. Senat

Urteil vom 01. Oktober 1991
- 1 AZR 147/91 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 25. September 1990
- 17 Ca 66/90 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 29. Januar 1991
- 10 Sa 97/90 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Nein



Entscheidungsstichwort:

Gehalt bei Arbeitsunfähigkeit während eines Streiks

Gesetz:

GG Art. 9 Abs. 3 Arbeitskampf; BGB § 616; BAT § 37 Abs. 1

Leitsatz:

Eine Arbeitnehmerin, die während eines Urlaubs, der vor Beginn eines Streiks gewährt wird, arbeitsunfähig erkrankt, behält ihren Anspruch auf Entgelt, solange sie sich nicht am Streik beteiligt.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1 AZR 147/91

10 Sa 97/90 Berlin

Verkündet am
1. Oktober 1991

Zeuner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 20. August 1991 durch den Präsidenten Professor Dr. Kissel, die Richter Matthes und Professor Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Janzen und Heisler für Recht erkannt:



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

V o n R e c h t s w e g e n !

Das beklagte Land, das zunächst das volle Gehalt für die Monate Januar und Februar 1990 gezahlt hatte, zog die für die Zeit

der Arbeitsunfähigkeit und des Streiks gezahlten Beträge von den Gehältern der Folgemonate wieder ab.

Mit der vorliegenden Klage wendet sich die Klägerin gegen den Gehaltsabzug für die Zeit ihrer Arbeitsunfähigkeit vom 29. Januar bis 23. Februar 1990 und begehrt Zahlung des für diese Zeit abgezogenen Betrages in der unstreitigen Höhe von 2.808,69 DM brutto, auf die sie sich erhaltenes Krankengeld in Höhe von 1.302,25 DM netto anrechnen läßt.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, sie habe sich schon wegen ihrer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit nicht am Streik beteiligen können und auch nicht vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit eine Streikteilnahme ausdrücklich oder konkludent erklärt. Aus diesem Grunde stehe ihr der Betrag zu.

Die Klägerin hat beantragt,

das beklagte Land zu verurteilen, an sie
2.808,69 DM brutto abzüglich 1.302,25 DM netto
nebst 4 % Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden
Nettobetrag seit dem 16. Juli 1990 zu zahlen.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Zur Begründung hat es vorgetragen, die Klägerin habe keinen Anspruch auf Krankenvergütung gehabt, da aus ihrem Verhalten vor und nach der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit sich ihre Streikwilligkeit ergebe, so daß sie sich, wäre sie nicht arbeitsunfähig krank geworden, am Streik beteiligt hätte.



Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und der Klage stattgegeben. Mit der Revision erstrebt die Beklagte nach wie vor die Klageabweisung, während die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision des beklagten Landes ist nicht begründet.

I. Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht davon aus, daß ein Anspruch auf Krankenbezüge nach § 37 Abs. 1 BAT ebenso wie nach § 616 BGB voraussetzt, daß der Angestellte ohne die Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Bezüge hätte. Es gilt insofern das sogenannte Lohnausfallprinzip. Danach besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nur dann, wenn der arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmer ohne die Arbeitsunfähigkeit einen Vergütungsanspruch gehabt hätte. Die Arbeitsunfähigkeit muß die alleinige Ursache für den Ausfall der Arbeitsleistung sein (BAGE 43, 1, 2 f. = AP Nr. 53 zu § 1 LohnFG, zu 1 der Gründe, m.w.N. und BAG Urteil vom 20. März 1985 - 5 AZR 229/83 - AP Nr. 64 zu § 1 LohnFG, zu II 1 der Gründe, m.w.N.).

1. Das Lohnausfallprinzip bedeutet aber nicht, daß auch hypothetische Ursachen zu berücksichtigen sind, das Gericht also fragen müßte, was denn der Arbeitnehmer möglicherweise gemacht hätte, wenn er nicht arbeitsunfähig gewesen wäre. Der für Lohnfortzahlungsfragen zuständige Fünfte Senat hat in ständiger Rechtsprechung darauf abgestellt, ob die Arbeitsunfähigkeit die ein-



zige Ursache für den Ausfall der Arbeitsleistung gewesen ist oder ob bereits aufgrund anderer - bestehender - Ursachen ein Anspruch auf Arbeitsentgelt entfällt. So hat der Fünfte Senat in der Entscheidung BAGE 59, 62, 64 = AP Nr. 1 zu § 15 BErzGG (zu I 1 der Gründe) einen Anspruch auf Lohnfortzahlung abgelehnt, weil die Arbeitnehmerin sich im Erziehungsurlaub befand, der die beiderseitigen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis suspendiert, als sie arbeitsunfähig erkrankte. In dem der Entscheidung BAGE 43, 1 = AP Nr. 53 zu § 1 LohnFG zugrundeliegenden Falle war dem Arbeitnehmer unbezahlter Sonderurlaub gewährt worden. Während dieses Sonderurlaubs trat die Arbeitsunfähigkeit ein. Der Fünfte Senat hat den Anspruch auf Krankenbezüge verneint, weil auch ohne die Arbeitsunfähigkeit wegen der unbezahlten Freistellung von der Dienstleistung kein Vergütungsanspruch bestanden hat. Dagegen hat der Fünfte Senat im Urteil vom 17. Oktober 1990 (- 5 AZR 10/90 - EzA § 16 BErzGG Nr. 5) entschieden, daß für den Fall der Erklärung der Arbeitnehmerin, sie trete den Erziehungsurlaub erst nach Ende der Arbeitsunfähigkeit an, die Arbeitsunfähigkeit ursächlich für den Arbeitsausfall ist und daher ein Anspruch auf Krankenvergütung besteht, auch wenn möglicherweise oder sogar höchstwahrscheinlich die Arbeitnehmerin ohne die Arbeitsunfähigkeit den Erziehungsurlaub sofort angetreten hätte.

2. Das Landesarbeitsgericht geht zutreffend davon aus, daß die Teilnahme an einem rechtmäßigen Streik zur Suspendierung der Arbeitsverhältnisse führt. Ebenso hat es berücksichtigt, daß auch arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmer am Streik teilnehmen können (Löwisch/Rieble, Schlichtungs- und Arbeitskampfrecht, Rz 435; Däubler/Colnéric, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Rz 572; Brox/Rü-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



thers, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Rz 663; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 300 ff.). Für den Fall der Streikteilnahme trotz krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit entfällt ebenso wie bei allen anderen Arbeitnehmern der Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts.

3. Dagegen hat ein arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer, der sich nicht am Streik beteiligt, einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung, sofern seine Beschäftigung trotz des Streiks möglich wäre.

Dementsprechend hat der Senat mit Urteil vom 24. Februar 1961 (- 1 AZR 17/59 - AP Nr. 31 zu § 1 ArbKrankhG) ausgesprochen, daß ein bereits vor Streikbeginn erkrankter Arbeiter seinen Anspruch auf den Arbeitgeberzuschuß zum Krankengeld behält, wenn er - wäre er nicht krank gewesen - im Betrieb trotz des Streiks hätte arbeiten können. Nur für den Fall, daß der Streik zur Stilllegung des Betriebes führt, hat der Fünfte Senat entschieden, daß durch die Tage der streikbedingten Stilllegung des Betriebes der Zeitraum von sechs Wochen für den Anspruch auf Lohnfortzahlung nicht verlängert wird (Urteil vom 8. März 1973 - 5 AZR 491/72 - AP Nr. 29 zu § 1 LohnFG). Entscheidungen über Ansprüche nach dem Lohnfortzahlungsgesetz und § 616 BGB sind für den Fall, daß trotz eines Streiks im Betrieb weitergearbeitet worden ist, so daß auch der erkrankte Arbeitnehmer ohne seine Erkrankung hätte arbeiten können, bisher nicht ergangen. Für den Urlaub hat der Senat jedoch ausgesprochen, daß ein bewilligter Urlaub nicht dadurch unterbrochen wird, daß während des Urlaubs der Betrieb bestreikt wird (Urteil vom 9. Februar 1982 - 1 AZR 567/79 - AP



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Nr. 16 zu § 11 BUrLG). Für den vergleichbaren Fall, daß ein Arbeitnehmer, der vor Beginn eines Arbeitskampfes für einen festliegenden Zeitraum für eine Schulungsveranstaltung für Betriebsratsmitglieder von seiner Arbeitspflicht unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts befreit war, hat der Senat am 15. Januar 1991 (- 1 AZR 178/90 - zur Veröffentlichung vorgesehen) entschieden, der Arbeitnehmer verliere den Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts nicht allein dadurch, daß während dieser Zeit der Betrieb bestreikt werde. Unerheblich sei, ob der Arbeitnehmer sich am Streik beteiligt hätte, wenn er für diese Zeit nicht von seiner Arbeitspflicht befreit gewesen wäre, solange er nicht seine Teilnahme am Streik trotz der Arbeitsbefreiung erklärt oder sich tatsächlich am Streikgeschehen beteiligt habe. Ebenso wird im Schrifttum durchweg die Annahme vertreten, der erkrankte Arbeitnehmer habe während eines Streiks Anspruch auf Lohnfortzahlung, wenn er sich nicht am Streik beteilige (Brox/Rüthers, aaO, Rz 663; Däubler/Colnéric, aaO, Rz 571, 572; Löwisch/Krauß, Schlichtungs- und Arbeitskampfrecht, Rz 515).

II. Wie der Senat in seinen Entscheidungen vom 31. Mai 1988 (BAGE 58, 320 = AP Nr. 56 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsG) und vom 15. Januar 1991 (- 1 AZR 178/90 - zur Veröffentlichung vorgesehen) im einzelnen ausgeführt hat, ist beim Streik zwischen dem Aufruf der Gewerkschaft zum Streik und der Streikteilnahme des einzelnen Arbeitnehmers zu unterscheiden.

1. Es ist Sache des einzelnen Arbeitnehmers, konkludent oder ausdrücklich gegenüber dem Arbeitgeber zu erklären, daß er sich am Streik beteilige und deshalb seine Arbeitspflicht suspendiere.



Ebenso kann ein streikender Arbeitnehmer seine Streikteilnahme nur durch Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber beenden (BAGE 58, 320 = AP Nr. 56 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsG). Die Streikteilnahmeerklärung erfolgt in der Regel konkludent durch Niederlegung der Arbeit im Anschluß an einen Aufruf der Gewerkschaft zum Streik. Der betroffene Arbeitgeber kann im Regelfall davon ausgehen, daß die Arbeitnehmer, die nach einem gewerkschaftlichen Streikaufruf nicht zur Arbeit erscheinen, von ihrem Streikrecht Gebrauch machen und damit ihre Arbeitspflicht suspendieren. Der Arbeitgeber kann aber nicht ohne weiteres davon ausgehen, daß alle Arbeitnehmer, die bei Streikbeginn nicht zur Arbeit erscheinen, Streikteilnehmer sind. Das ist jedenfalls eindeutig nicht der Fall bei Arbeitnehmern, die schon vor Streikbeginn von der Arbeit befreit waren. Dementsprechend hat der Senat schon in seiner Entscheidung vom 9. Februar 1982 (- 1 AZR 567/79 - AP Nr. 16 zu § 611 BUrtLG) entschieden, daß es einem Arbeitnehmer freistehe, sich nicht an einem Streik zu beteiligen, sondern trotz eines Streiks im Betrieb einen bewilligten Urlaub anzutreten oder während des Streiks fortzusetzen. Daß der Arbeitnehmer sich als Mitglied der den Streik tragenden Gewerkschaft an diesem Streik beteiligt hätte, wenn er sich nicht im Urlaub befunden hätte, sei unerheblich.

Im Urteil vom 15. Januar 1991 (aaO) hat der Senat näher begründet, daß bei Beginn des Streiks bereits feststehende Zeiten einer Arbeitsbefreiung unter Entgeltfortzahlung ebenso zu behandeln sind wie ein bereits bewilligter oder angetretener Urlaub. Aus diesem Grunde hat er einen Anspruch eines Arbeitnehmers auf Weiterzahlung der Vergütung bejaht, der bereits vor Beginn des



Streiks für eine Schulungsveranstaltung für Betriebsratsmitglieder befreit war und an dieser auch teilnahm, obwohl diese Betriebsratsschulung dann mit einem Streik zusammenfiel.

2. Vorliegend hatte der Senat eine Fallgestaltung zu entscheiden, die den beiden bereits entschiedenen Fällen der vorher gewährten Freistellung nahekommt: Der Klägerin war Urlaub gewährt worden, den sie auch angetreten hat. Am vorletzten Tage ihres Urlaubs erlitt sie einen Ski-Unfall, aufgrund dessen sie dann von Montag, dem 29. Januar, bis zum 23. Februar 1990 arbeitsunfähig krank gewesen ist.

a) Den seit längerer Zeit genehmigten Urlaub hatte die Klägerin vor Beginn des Streiks am 8. Januar angetreten. Der Streik begann erst am 15. Januar 1990. Die Klägerin hatte also einen Anspruch auf Bezahlung des Urlaubs vom 8. bis 26. Januar 1990. Während dieser Zeit erlitt sie den Ski-Unfall, aufgrund dessen sie für die Zeit vom 29. Januar bis 23. Februar 1990 arbeitsunfähig krank geschrieben wurde.

b) Die Klägerin hat nach Beendigung des Urlaubs nicht mitgestreikt, etwa indem sie Streikposten gestanden hätte. Sie hat vielmehr ihre Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen regelmäßig übersandt und nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts auch nicht auf andere Weise deutlich gemacht, daß sie sich am Streik beteilige. Die Beklagte ist darlegungs- und beweispflichtig für die Tatsachen, aus denen sich ergeben soll, daß die Arbeitsunfähigkeit nicht die alleinige Ursache für den Ausfall der Arbeitsleistung gewesen sein soll. Entsprechende Tat-



sachen hat das beklagte Land aber nicht vorgetragen. Es hat sich darauf beschränkt, aus der Gewerkschaftszugehörigkeit der Klägerin und deren Teilnahme am Streik im Anschluß an ihre Arbeitsunfähigkeit zu schließen, daß sie an dem Streik vom ersten Tage ihrer Arbeitsunfähigkeit teilgenommen hätte, wenn sie nicht arbeitsunfähig krank geworden wäre. Dieser hypothetische Kausalverlauf ist aber – wie oben dargelegt – unbeachtlich. Hiervon gehen als selbstverständlich auch die Autoren aus, die der Ansicht sind, ein streikender Arbeitnehmer, der arbeitsunfähig erkrankte, könne seine Streikteilnahme durch eine entsprechende Erklärung beenden (so Löwisch/Krauß, aaO, Rz 515; Seiter, aaO, S. 299 ff.; Däubler/Colnéric, aaO, Rz 572; Brox/Rüthers, aaO, Rz 663; a.A.: Buchner, DB 1966, 110, 111).

Da nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts die Klägerin während ihrer Arbeitsunfähigkeit nicht am Streik teilgenommen hat, und es eine Arbeitsmöglichkeit für alle arbeitswilligen Erzieherinnen gab, hat das Landesarbeitsgericht der Klage zu Recht stattgegeben, so daß die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen war.

Dr. Kissel

Matthes

Dr. Weller

K.H. Janzen

Heisler



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)

