

**L 6 Ar 557/94**

Land  
Hessen  
Sozialgericht  
Hessisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
6

1. Instanz  
SG Fulda (HES)  
Aktenzeichen  
S 1c Ar 501/93

Datum  
10.03.1994

2. Instanz  
Hessisches LSG  
Aktenzeichen  
L 6 Ar 557/94

Datum  
16.10.1996

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

Werkpoliere und Baumaschinenfachmeister haben auch bei witterungsbedingtem Arbeitsausfall Anspruch auf Lohn nach dem BRTV und damit keinen Anspruch auf Schlechtwettergeld. Werden Arbeitnehmer, die nach den Tätigkeitsmerkmalen als Baumaschinenführer oder Facharbeiter beschäftigt werden, von dem Arbeitgeber in die Tarifgruppe der Werkpoliere und Baumaschinenfachmeister höhergestuft, wird diese Tarifgruppe Inhalt des Arbeitsvertrags. Durch die Höherstufung erwirbt der Arbeitnehmer nicht nur den höheren Lohnanspruch, sondern auch einen Lohnanspruch bei witterungsbedingtem Arbeitsausfall und verliert dadurch einen Anspruch auf Schlechtwettergeld.  
I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Fulda vom 10. März 1994 wird zurückgewiesen.

II. Die Beteiligten haben einander keine Kosten zu erstatten.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Es geht in dem Rechtsstreit um die Gewährung von Schlechtwettergeld für die Monate November 1992 bis Februar 1993 und dabei um die Berücksichtigung von Arbeitnehmern, die nach Tarifgruppe M1 bzw. I bezahlt wurden.

Mit Bescheid vom 24. Mai 1993 bewilligte die Beklagte der Klägerin für November und Dezember 1992 Schlechtwettergeld in Höhe von DM 43.922,68, Wintergeld in Höhe von DM 61.796,00 und Rentenversicherungs-Beitragszuschuß in Höhe von DM 3.887,16 = DM 109.605,84.

Hiergegen hat die Klägerin am 24. Juni 1993 Widerspruch erhoben und zur Begründung u.a. vorgetragen, die Beklagte habe verschiedene Arbeitnehmer als Werkpoliere gekürzt, die nachweislich Baumaschinenführer seien und zwar im November 1992:

lfd. Nr.

53 -  
126 -  
158 -

im Dezember 1992:

194 -  
198 -  
231 -  
265 -  
269 -  
289 -

Mit Widerspruchsbescheid vom 18. August 1993 hat die Beklagte den Widerspruch zurückgewiesen und zur Begründung im wesentlichen ausgeführt, nach teilweiser Stattgabe sei nur noch streitig, ob die Versagung des Schlechtwettergeldes für den Personenkreis der als Baumaschinenfachmeister Beschäftigten zu Recht erfolgt sei. Nach der durch das Arbeitsamt vorgenommenen betrieblichen Prüfung stehe

nicht im Zweifel, daß die genannten Arbeitnehmer als Baumaschinenfachmeister beschäftigt würden. Die Klägerin habe sie der Berufsgruppe M1 – Anhang zum BRTV-Bau – zugeordnet. Zwar seien Baumaschinenfachmeister gewerbliche Arbeitnehmer und nähmen als solche auch am Lohnausgleichsverfahren teil, da sie aber tarifvertraglich für den Fall des Ruhens der Arbeit den Polieren und Schachtmeistern gleichgestellt seien, entfalle bei ihnen die in § 85 Abs. 1 Nr. 2 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) normierte Anspruchsvoraussetzung.

Mit Bescheid vom 20. Juli 1993 bewilligte die Beklagte für Januar 1993 Schlechtwettergeld, Wintergeld und Rentenversicherungs-Beitragszuschuß, mit Bescheid vom 19. Juli 1993 für Februar 1993, wobei wiederum Leistungen für die oben angegebene Personengruppe nicht enthalten waren.

Hiergegen hat die Klägerin Widerspruch erhoben und zur Begründung u.a. vorgetragen, im Januar 1993 seien die laufenden Nummern 90, 99, 137, 174, 190, 194, 220, 221, 226, 230, 258, 262, 267 und 285 in der Annahme gekürzt worden, es handele sich um Baumaschinen-Fachmeister; nachweislich seien diese jedoch nur Baumaschinenführer; im Februar gelte dies für die laufenden Nummern 90, 93, 175, 191, 195, 221, 226, 230, 258, 263 und 281. Im Februar 1993 seien die Spezialbaufacharbeiter (Nr. 207) und (Nr. 221) in der Annahme gekürzt worden, es handele sich um Werkpoliere.

Mit Widerspruchsbescheid vom 16. September 1993 hat die Beklagte den Widerspruch zurückgewiesen und zur Begründung im wesentlichen ausgeführt, Schlechtwettergeld dürfe nicht für Tage gewährt werden, für die ein Anspruch auf Arbeitsentgelt bestehe, z.B. die Ansprüche der Werkpoliere und Baumaschinenfachmeister nach § 11 Nr. 1 BRTV-Bau. Im übrigen wiederholte die Beklagte ihre vorhergehende Begründung.

Gegen den Widerspruchsbescheid vom 18. August 1993 hat die Klägerin am 9. September 1993 (S-1c/Ar-464/93), gegen den Widerspruchsbescheid vom 16. September 1993 am 8. Oktober 1993 (S-1c/Ar-501/93) Klage erhoben, jedoch ohne diese wesentlich zu begründen. Die Beklagte hat vorgetragen, daß es ausweislich der betrieblichen Stundenlohnliste i.V. mit den in den maßgeblichen Abrechnungsunterlagen enthaltenen Angaben zum Stundenlohn nicht im Zweifel stehe, daß die im Widerspruchsbescheid namentlich bezeichneten Arbeitnehmer eine Eingruppierung i.S. der Berufsgruppe 1 bzw. M1 BRTV-Bau erfahren hätten. Es könne daher dahingestellt bleiben, welche Arbeiten die Klägerin im Rahmen ihres Direktionsrechts den Arbeitnehmern zuweise, so lange damit keine tarifliche Herabgruppierung verbunden sei.

Mit Urteil vom 10. März 1994 hat das Sozialgericht Fulda die verbundenen Klagen im wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, da die als Baumaschinenfachmeister in die Tarifgruppe M1 eingestuften Personen gegen die Klägerin auch während der Schlechtwettergeldzeit Anspruch auf Arbeitsentgelt gehabt hätten, sei Schlechtwettergeld für sie nicht zu zahlen. Nach dem Rahmentarifvertrag für die Poliere des Baugewerbes vom 12. Juni 1978 in der Fassung vom 29. April 1988, § 6 Abs. 1.3, der nach § 11 BRTV-Bau für die Werkpoliere und Baumaschinenfachmeister entsprechend gelte, sei vorgesehen, daß dem Polier andere Arbeiten unter Fortzahlung seines Gehaltes übertragen würden, falls ihm keine oder nicht ausreichende Arbeit als Polier zugewiesen werden könne. Bei völlig ruhender Arbeit sei das Gehalt für die erste Woche weiter zu zahlen. Für die weitere Zeit könne das Gehalt auf 7/10 gekürzt werden. Poliere, denen aus vorstehenden Gründen gekündigt werde, erhielten während der Kündigungsfrist das volle Gehalt. Die Baumaschinenführer, die die Klägerin fälschlich in M1 eingestuft habe, hätten wie Poliere Anspruch auf Fortzahlung ihres Entgelts auch im Falle von witterungsbedingtem Arbeitsausfall. Die Einstufung in M1 gebe den Arbeitnehmern trotz des Verstoßes gegen den Tarifvertrag den entsprechenden Lohnanspruch, der wiederum einen Anspruch auf Schlechtwettergeld ausschließe.

Gegen das ihr am 9. Mai 1994 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 9. Juni 1994 Berufung eingelegt. Die Klägerin trägt vor, es handele sich bei den betroffenen Arbeitnehmern um Baumaschinenführer, die aufgrund guter Leistungen Zulagen erhielten. Die gezahlte Vergütung entspreche zwar betragsmäßig dem Lohn der Berufsgruppe M1, die Arbeitnehmer verrichteten jedoch nach wie vor Tätigkeiten, die keine Einstufung in die Berufsgruppe M1 zuließen. Sie seien weder Poliere noch Baumaschinenfachmeister. Diese Arbeitnehmer seien sämtlich als Baumaschinenführer eingestellt worden und auch nicht in die Gruppe M1 umgruppiert bzw. höhergruppiert worden. Dies zeige sich an den Lohnabrechnungen der betroffenen Arbeitnehmer hinsichtlich der Versicherungsmerkmale i.V. mit der Schlüsselübersicht der Tiefbau-BG. Demgegenüber würden die Versicherungsmerkmale bei Schachtmeistern und Polieren mit abweichenden Kennziffern versehen. Auch würden die gewerblichen Arbeitnehmer unter Lohnart 100 abgerechnet, Poliere unter Lohnart 110. Aus der Stellungnahme des Beigeladenen vom 8. November 1994 ergäben sich die tatsächlichen Aufgaben der zwölf fraglichen Arbeitnehmer. Diese könnten auch als Zeugen hierzu geladen werden. Die Äußerung des Vertreters der Klägerin vor dem Sozialgericht Fulda sei dahingehend gemeint und zu verstehen, daß die Vergütung betragsmäßig dem Lohn der Berufsgruppe M1 entspreche, sich rechnerisch aus dem Lohn der Berufsgruppe M2 und einer Zulage zusammensetze, die aber in der Lohnabrechnung nicht separat ausgewiesen sei. Die Bezeichnung als "Einstufung" im Termin sei juristisch untechnisch gewesen. Die betreffenden Maschinisten hätten keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Falle eines witterungsbedingten Arbeitsausfalles.

Die Klägerin hat eine Stellungnahme des Beigeladenen, eine Zusammenstellung der betroffenen Personen hinsichtlich Einstellungsdaten, Tätigkeit, Einstufung und Stundenlohn bei Einstellung und Stundenlohn zur Zeit, Arbeitsverträge, soweit schriftlich vorhanden, sowie Lohnabrechnungen vorgelegt.

Die Klägerin und der Beigeladene beantragen, das Urteil des Sozialgerichts Fulda vom 10. März 1994 aufzuheben und die Beklagte unter Änderung des Bescheides vom 24. Mai 1993 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18. August 1993 sowie der Bescheide vom 20. Juli 1993 und vom 19. Juli 1993 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. September 1993 zu verurteilen, antragsgemäß weiteres Schlechtwettergeld in Höhe von DM 46.301,- nebst 4 % Zinsen in gesetzlicher Höhe zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen,  
hilfsweise,  
die Revision zuzulassen.

Die Beklagte trägt im wesentlichen vor, die Einstufung in die Tariflohngruppe M1 gebe den Arbeitnehmern – trotz des Verstoßes gegen den Tarifvertrag – die Position der richtig eingestuftten Werkpoliere und Baumaschinenfachmeister, die bei Arbeitsausfall in der Schlechtwetterzeit ihren Lohn einklagen könnten und damit nach § 85 Abs. 1 Nr. 2 AFG vom Bezug von Schlechtwettergeld ausgeschlossen seien.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Verwaltungsakten der Beklagten sowie der Gerichtsakten ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt, [§ 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG). Die Berufung ist auch zulässig. Die Berufung ist jedoch unbegründet. Das angefochtene Urteil des Sozialgerichts Fulda vom 10. März 1994 ist nicht zu beanstanden.

Die Beklagte hat mit den angefochtenen Bescheiden zu Recht für die als Baumaschinen-Fachmeister bzw. Werkpoliere eingestuftten Arbeitnehmer die Gewährung von Schlechtwettergeld abgelehnt. Denn diese Arbeitnehmer haben für die fraglichen Schlechtwettertage keinen Ausfall von Arbeitsentgelt auf der Grundlage von witterungsbedingtem Arbeitsausfall gehabt. Nach dem bis zum 31. Dezember 1995 geltenden § 85 Abs. 1 Satz 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) hat Anspruch auf Schlechtwettergeld, wer

- 1) bei Beginn des Arbeitsausfalles auf einem witterungsabhängigen Arbeitsplatz als Arbeiter in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung (§ 168 Abs. 1) steht,
- 2) infolge des Arbeitsausfalles für die Ausfallstunden kein Arbeitsentgelt bezieht.

Dabei kommt es nicht auf das tatsächliche Beziehen von Arbeitsentgelt für die Ausfallstunden, sondern vielmehr darauf an, ob ein entsprechender Anspruch besteht. Dem Sinn des Schlechtwettergeldes würde es widersprechen, wenn es auch dann gezahlt werden müßte, wenn für Ausfallstunden ein Anspruch auf Arbeitsentgelt bestünde, jedoch aus besonderen Gründen dieser Anspruch (noch) nicht zu realisieren wäre (vgl. Hennig/Kühl/Heuer/Henke, AFG, Loseblattkommentar, Stand: Oktober 1996, § 85 Rdnr. 9).

Die betroffenen, durch die Anträge der Klägerin und die angefochtenen Bescheide gekennzeichneten, Arbeitnehmer hatten gegen die Klägerin einen Anspruch auf Weiterzahlung des Arbeitsentgeltes auch für die Tage, an denen witterungsbedingt die Arbeit ausfiel, § 11 Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe vom 3. Februar 1981 i.d.F. v. 19. Mai 1992 (BRTV). Hinsichtlich der Begründung im einzelnen wird auf das angefochtene Urteil des Sozialgerichts Fulda Bezug genommen, [§ 153 Abs. 2 SGG](#). Zur Ergänzung ist auszuführen, daß durch die Höherstufung in eine unzutreffende Tarifgruppe nicht nur die entsprechende Lohnhöhe, sondern auch alle aus der Tarifgruppe folgenden Regelungen Inhalt des Arbeitsvertrages wurden (vgl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 7. Aufl., § 67, II, 1 c). Dabei spielt es keine Rolle, ob die entsprechende Vereinbarung schriftlich, mündlich oder nur konkludent erfolgt.

Soweit die Klägerin im Berufungsverfahren behauptet hat, es habe sich nicht um eine echte Höherstufung in eine unzutreffende Tarifgruppe, sondern inhaltlich lediglich um einen übertariflichen Lohnzuschlag gehandelt, hat die Beweisaufnahme dies nicht bestätigt. Dabei geht auch der erkennende Senat davon aus, daß die entsprechenden Arbeitnehmer von der verrichteten Arbeit (den Tätigkeitsmerkmalen) her gesehen nicht als Baumaschinen-Fachmeister bzw. Werkpoliere hätten eingestuft werden können. Dies ergibt sich sowohl aus der Stellungnahme des Beigeladenen vom 8. November 1994 (vor erfolgter Beiladung) als auch aus den Angaben des Zeugen im Termin am 16. Oktober 1996 und wird auch von den Beteiligten übereinstimmend so bewertet. Eine Vernehmung der von der Klägerin benannten Arbeitnehmer als Zeugen brauchte deshalb nicht zu erfolgen, da die in ihr Wissen gestellten Tatsachen vom erkennenden Senat als wahr unterstellt werden. Diese Arbeitnehmer waren auch sämtlich nicht als Baumaschinen-Fachmeister bzw. Werkpoliere eingestellt worden, sondern in einer Lohngruppe, bei der nach § 4 Nr. 5.1 BRTV ein Lohnanspruch bei Arbeitsausfall infolge ungünstiger Witterung entfallen wäre. Zur Überzeugung des erkennenden Senats steht ferner fest, daß die entsprechenden Arbeitnehmer mit allen Rechtsfolgen bewußt in die Lohngruppen M1 (Baumaschinen-Fachmeister) bzw. I (Werkpoliere) höhergestuft wurden. Auszugehen ist von der besonderen Konkurrenzlage sowie von Spitzenleistungen dieser Arbeitnehmer (regelmäßig in quantitativer Hinsicht), die dazu geführt haben, daß sie aus dem Feld der übrigen Baumaschinenführer (bzw. Spezialbaufacharbeiter) herausgehoben werden sollten, die dieselben Tätigkeitsmerkmale erfüllten und damit tariflich gleich einzustufen gewesen wären. Der Zeuge spricht von einem Arbeitnehmermarkt zu der damaligen Zeit und bezeichnet die betroffenen Arbeitnehmer als Spitzenkräfte, denen ein konkurrenzfähiger Lohn habe angeboten werden müssen. Soweit der Zeuge von einer Zulage wie M1 spricht und die Klägerin auf die abweichende Kennzeichnung in den Lohnabrechnungen hinweist, hat der erkennende Senat dem keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen, sondern als den Versuch gewertet, die tatsächliche Vertragsgestaltung einer Höherstufung mit allen Folgen abweichend zu interpretieren. Zum einen hat die Klägerin selbst in ihrem erstinstanzlichen Klageantrag von "als Baumaschinenfachmeister eingestuftten Baumaschinenführer" gesprochen, zum anderen hat der Zeuge deutlich gemacht, daß bei neuen Arbeitsverträgen mittlerweile eine Zulage gesondert bezeichnet und berechnet wird und nicht nach einer Zuweisung zu einer Lohnstufe erfolgt. Besonders deutlich wird die arbeitsvertragliche Vereinbarung und Bindung der Klägerin hinsichtlich der Lohngruppe M1 (bzw. I) bei den betroffenen Arbeitnehmern dadurch, daß trotz der Erkenntnisse aus dem laufenden Rechtsstreit die Verfahrensweise bei diesen Arbeitnehmern nicht geändert wurde. Der erkennende Senat sieht darin die eigene Überzeugung der Klägerin, daß eine entsprechende vertragliche Vereinbarung über die Höherstufung vorliegt. Dies wird bestätigt durch die Aussage des Zeugen, daß die Klägerin bei den entsprechenden Arbeitnehmern zu einer arbeitsvertraglichen Änderung kommen müsse. Eine arbeitsvertragliche Änderung ist jedoch nur erforderlich, wenn eine arbeitsvertragliche Vereinbarung im oben beschriebenen Umfang vorliegt.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Die Revision ist vom Senat wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen worden, [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#), zumal auch § 83 Abs. 1 Nr. 2 AFG in der seit 1. Januar 1996 geltenden Fassung (geändert durch das 2. Gesetz zur Änderung des Arbeitsförderungsgesetzes im Bereich des Baugewerbes vom 15. Dezember 1995, [BGBl. I, S. 1809](#)) eine entsprechende Regelung enthält.

Rechtskraft

Aus

Login

HES  
Saved  
2007-09-27