

10. Juni 1960

121

Für das Nachschlagewerk! ja
Für die Fachpresse! ja
Für die Sammlung! ja

Gesetz: ArbkrankhG §§ 1, 2

Leitsatz:

Bei der Berechnung des durchschnittlichen
Arbeitsverdienstes gemäß § 2 ArbkrankhG
bleiben Kalendertage unberücksichtigt, an
denen der Arbeiter innerhalb des Berechnungs-
zeitraumes ausnahmsweise unbezahlten Urlaub
hatte.

Aktenzeichen: 2 AZR 422/59

Urteil des BAG vom 10. Juni 1960

LAG Hamm/Westf.



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



2 AZR 422/59

4 Sa 345/59 Hamm/Westf.

Urteilsformel zugestellt
am 10. Juni 1960

gez. Hoffmann,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

107
104

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß
§ 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 9. Juni 1960 durch
die Bundesrichter Schilgen, Dr. Meier-Scherling und
Dr. Joachim sowie die Bundesarbeitsrichter Hense und
v. Lossau für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil der
4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Hamm/Westf.
vom 14. August 1959 – 4 Sa 345/59 – wird auf
Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger ist seit 1949 bei der Beklagten als Labor-gehilfe im Akkordlohn beschäftigt. Vom 18. August bis zum 21. Oktober 1958 war er arbeitsunfähig krank; er erhielt von der Krankenkasse ein tägliches Krankengeld von 6,54 DM.

Vom 23. Juni bis zum 5. Juli 1958 hatte der Kläger bezahlten Urlaub; daran anschließend hatte er bis zum 19. Juli 1958 unbezahlten Urlaub. An den weiteren Arbeitstagen vom 21. bis 31. Juli 1958 erzielte er ein Nettoarbeitsentgelt von 193,63 DM.

Der Kläger begehrt von der Beklagten einen Krankengeldzuschuß gemäß § 1 ArbKrankhG, dessen Höhe er auf 144,90 DM berechnet, wobei er das im Juli erzielte Entgelt auf 17 Kalendarstage verteilt wissen möchte.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Nach ihrer Auffassung kommt eine Anwendung des oben genannten Divisors 17 nicht in Betracht, weil die durch unbezahlten Urlaub entstandenen Fehltage nicht abzuziehen seien. Die Beklagte will den Divisor 31 anwenden. Ein Anspruch auf einen Krankengeldzuschuß (KGZ) bestehe nach dieser Berechnung nicht.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, Fehltage im Berechnungszeitraum, die in die Sphäre des Arbeitnehmers fallen, könnten nicht bei der Teilungszahl abgezogen werden. Der Kläger habe, indem er unbezahlten Urlaub nahm, bewußt auf die Einkünfte verzichtet.

Auf die Berufung des Klägers hat das angefochtene Urteil dem Klagantrag entsprochen. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision konnte keinen Erfolg haben, weil dem angefochtenen Urteil im Ergebnis beizutreten ist.

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

I.) Über das Vorliegen der Regelvoraussetzungen des § 1 ArbKrankhG besteht zwischen den Parteien kein Streit. Für diesen Fall hat der Senat im Urteil vom 20. Mai 1959 (BAG 8, 1) ausgesprochen, daß ein Anspruch auf KGZ gemäß § 1 ArbKrankhG gegeben ist. Die Auslegung des § 2 könne grundsätzlich nicht dazu führen, daß der Anspruch versagt werden muß. Nach der Systematik des Gesetzes erschöpfe sich die Bedeutung des § 2 ArbKrankhG in der Berechnung des in § 1 begründeten Anspruchs.

Die Revision hält diese (als "Anspruchstheorie" bezeichneten) Ausführungen des Senats im oben genannten Urteil für unzutreffend. Sie meint, es gebe auf den verschiedensten Rechtsgebieten Bestimmungen, die den Grund eines Anspruchs, und solche, die die Höhe eines Anspruchs behandeln. Im Schadensersatzrecht sei es zum Beispiel nichts Ungewöhnliches, daß die Berechnung des Anspruchs zu seiner Versagung führt, wenn nämlich zwar der Grund, nicht aber der Schaden nachgewiesen sei. Es seien durchaus Fälle denkbar, in denen § 2 ArbKrankhG zu einer Versagung des KGZ führen muß, so z.B. wenn bei geringer Arbeitszeit oder bei schlechten Akkord- oder Prämienenergebnissen der Arbeitsverdienst im Berechnungszeitraum ungewöhnlich niedrig sei; dann könne das Krankengeld unter Umständen bereits 90 Prozent des Nettoarbeitsentgelts erreichen, so daß die Berechnung des Krankengeldzuschusses zu keinem positiven Ergebnis führt. Auch widerlege das Bundesarbeitsgericht seine Begründung selbst, wenn es im gleichen Urteil ausgeführt habe, daß Bummeltage und sonstige verschuldete Fehltage im Berechnungszeitraum anspruchsmindernd seien. Zumindest in diesen Fällen könne ein Arbeiter, dessen Anspruch dem Grunde nach besteht, leer ausgehen, weil die Berechnung zu keinem positiven Ergebnis führt.

Diese Ausführungen der Revision beruhen zum Teil auf einem Mißverstehen des oben genannten Urteils, zum anderen Teil sind sie dogmatisch nicht haltbar.

Die Revision verquickt nämlich in unrichtiger Weise die Berechnung des KGZ nach § 1 Abs. 1 Satz 2 mit der in



- 4 -

§ 2 ArbKrankhG vorgeschriebenen Berechnung des durchschnittlichen Arbeitsverdienstes. Der Senat hat im oben genannten Urteil nicht aussprechen wollen und auch nicht ausgesprochen, daß jeder schuldlos erkrankte Arbeiter nach vierwöchiger Dauer des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber auf jeden Fall einen Geldbetrag erhalten müsse, wenn er Anspruch auf Krankengeld hat. Das steht nicht in § 1 ArbKrankhG. Vielmehr ist dort bestimmt, daß der Arbeiter, wenn die genannten Regelvoraussetzungen gegeben sind, einen Anspruch darauf hat, vom Arbeitgeber im Wege des Zuschusses zum Krankengeld zu 90 Prozent so gestellt zu werden, wie er vor der Erkrankung infolge Erzielung von Arbeitsverdienst gestanden hatte. Sinn und Zweck des Gesetzes ist es, dem Arbeiter in kranken Tagen 90 Prozent desjenigen Normal-Lebensstandards zu gewähren, den er in gesunden Tagen durch seine Arbeitskraft sich selbst zu verschaffen pflegt. Ergibt sich bei einer auf diesen Sinn des Gesetzes Bedacht nehmenden fairen Berechnung des durchschnittlichen Arbeitsverdienstes, daß 90 Prozent des normalen Lebensstandards des Arbeiters ausnahmsweise bereits durch das Krankengeld gedeckt sind, so entfällt schon gemäß § 1 ArbKrankhG eine Zuschußpflicht des Arbeitgebers. Das beruht dann aber nicht auf der Anwendung des § 2 ArbKrankhG.

Andererseits - und darauf kam es dem Senat im oben genannten Urteil entscheidend an - haben sich die Anwendung und Auslegung des § 2 ArbKrankhG dem in § 1 normierten Grundsatz, daß der Arbeiter in kranken Tagen 90 Prozent seines Normal-Lebensstandards behalten muß, unterzuordnen und anzupassen. Jede Anwendung des § 2 ArbKrankhG ist fehlerhaft, die nicht dazu führt, den Normal-Lebensstandard des Arbeiters, wie er sich durch Erzielung von Arbeitsentgelt zu gestalten pflegt, in einer mit der allgemeinen Anschauung des Arbeitslebens übereinstimmenden Weise festzustellen. Jede Anwendung des § 2 ArbKrankhG, die sich darauf beschränkt, schematisch das arithmetische Mittel aus einem zufälligen, außergewöhnlichen Zustand, wie er im Berechnungszeitraum herrschte, zu ziehen, verletzt den

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



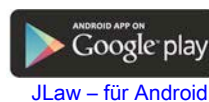
in § 1 normierten Grundgedanken des Gesetzes. Von der Ansicht abzuweichen, daß § 1 ArbKrankhG zugleich einen Auslegungsmaßstab für § 2 ArbKrankhG enthält, besteht kein Anlaß.

Dem widerspricht es auch nicht, wenn der Senat unter Ziffer 6 der Entscheidungsgründe des oben genannten Urteils ausgesprochen hat, vom Arbeiter selbst verschuldete Fehl- tage (Bummeltage) könnten bei der Berechnung des durchschnittlichen Arbeitsverdienstes nicht unberücksichtigt bleiben. Der Senat hat deutlich zum Ausdruck gebracht, daß es sich insoweit weder um ein Problem der Berechnung des Durchschnittsverdienstes, noch um ein Problem der Berechnung des Krankengeldzuschusses, sondern allein darum handelt, daß es mit den Grundsätzen von Treu und Glauben im Rechtsverkehr nicht vereinbar ist, aus einer durch Vertragsuntreue gewonnenen Rechtsposition Vorteile für sich abzuleiten. Es handelt sich in einem solchen Fall um eine Beschränkung des aus § 1 ArbKrankhG fließenden Anspruchs durch den das ganze Rechtsleben beherrschenden § 242 BGB. Hiervon abgesehen kann aber bei Bummeltagen, die nicht nur einmalig innerhalb des Berechnungszeitraumes vorgekommen sind und somit in ständiger Wiederkehr den Normal-Lebensstandard des Arbeiters prägten, die schematische Anwendung des § 2 ArbKrankhG bei der Errechnung des arithmetischen Mittels durchaus zu einer mit dem Grundgedanken des § 1 ArbKrankhG zu vereinbarenden Versagung des Krankengeldzuschusses führen. Auch von diesem Gesichtspunkt aus ist ein Widerspruch zu den Ausführungen des Senats im oben genannten Urteil nicht erkennbar.

II.) Fordert man aber eine Anwendung des § 2 ArbKrankhG, die dem in § 1 normierten Grundgedanken, wie er oben unter I.) ausgesprochen ist, entspricht, so kommt man notwendigerweise zu dem Ergebnis, daß mit der reinen Wortlautanwendung des § 2 eine gerechte Ermittlung des Normal-Lebensstandards eines Arbeiters nur in denjenigen Fällen möglich ist, in denen der Berechnungszeitraum frei ist von Ereignissen, die aus dem normalen Rahmen des Beschäftigungs-



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



- 6 -

bildes herausfallen (Extremfälle). § 2 denkt nur an den Normalfall. Eine solche Vorschrift lediglich ihrem Wortlaut nach auch auf Ausnahmefälle anzuwenden, für die sie nicht paßt, ist insbesondere im Arbeitsrecht nicht an­gängig. Man kann im Arbeitsrecht nicht von einer gesetz­lichen Bestimmung verlangen, daß sie jeden im vielfältigen praktischen Leben denkbaren Fall ausdrücklich regelt. Wei­te Gebiete des Arbeitsrechts sind entweder überhaupt nicht (Betriebsrisiko, Grenzen des Arbeitskampfes) oder nur unvollkommen (Tarifrecht, Fürsorge- und Treuepflicht) geregelt. Perfektionistische Normen sind im Arbeitsrecht nicht üblich und auch im Hinblick auf die Vielfältigkeit der Formen des Arbeitslebens und deren Fortschritt nicht angebracht. Vielmehr begnügt sich der Gesetzgeber gerade im Arbeitsrecht häufig mit der Normierung des Regelfalles. Dann ist es Aufgabe der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die auf den Normalfall zugeschnittenen Normen sinngemäß anzu­wenden, wenn Extremfälle eintreten. Im Streitfalle muß der Richter dafür sorgen, daß dem Sinn des Gesetzes ent­sprechend verfahren wird. Wenn, wie die Beklagte in ihrer Klagerwiderung vom 19. Januar 1959 zugibt, die von ihr angewendete Berechnung des durchschnittlichen Arbeitsent­gelts im Einzelfall zu harten und unsinnigen Ergebnissen führt, so spricht schon dies dafür, daß sie das Gesetz eben nicht so ausgelegt hat, wie dies in einem sozialen Rechtsstaat allgemein bei der Anwendung eines Gesetzes geboten ist, besonders aber bei der Anwendung eines Ge­setzes, welches den erkrankten Arbeiter wirtschaftlich in die Lage versetzen soll, eine Krankheit wirklich aus­heilen zu können und seine Gesundheit und Arbeitskraft wieder herzustellen.

Aus diesem Grunde ist an dem Grundsatz, daß Fehl­tage im Berechnungszeitraum bei der Berechnung des durch­schnittlichen Arbeitsverdienstes nicht berücksichtigt wer­den dürfen, festzuhalten.

Wenn die Revision demgegenüber darauf hinweist, nach Zeiten hoher Überstunden sei eine auffällige Steigerung



der Krankheitsfälle festzustellen, die Gewerkschaften weigerten sich in diesen Fällen jedoch, eine einschränkende Auslegung des Gesetzes anzuerkennen, so spricht dies nicht gegen die hier vertretenen Grundsätze für die Anwendung des § 2 ArbKrankhG. Der Senat braucht sich zu diesen Fällen hier nicht zu äußern. Es sei aber darauf hingewiesen, daß das ArbKrankhG einen Anspruch auf KGZ nicht in Fällen einer vorgeschützten Krankheit, sondern nur in Fällen einer tatsächlichen Arbeitsunfähigkeit gewährt, daß nach der Lebenserfahrung eine echte Krankheit häufig die Folge übermäßiger Anstrengung ist, und daß schließlich, wenn im Berechnungszeitraum wirklich extrem hohe Verdienste angefallen sind, die - auf längere Sicht gesehen - in keinem angemessenen Verhältnis zum Normal-Lebensstandard des Arbeiters stehen (so daß unsinnig hohe Krankengeldzuschüsse anfallen würden), eine einschränkende Anwendung des § 2 ArbKrankhG im Streitfall von den Gerichten in Arbeitssachen durchaus möglich ist.

Wenn schließlich die Revision darauf hinweist, daß eine ergänzende Auslegung des Gesetzes dann auch für die Fälle eines ungewöhnlich niedrigen Verdienstes während der Krankheitszeit (z.B. bei Kurzarbeit) erforderlich erscheine, verkennt sie, daß das Gesetz, wie der Senat bereits wiederholt ausgeführt hat (BAG 7, 136; 8,1), nicht das Lohnausfallprinzip verwirklichen will, es demnach auf die Frage, welcher Betrag vom Arbeiter verdient worden wäre, wenn er nicht erkrankt wäre, bei der Anwendung des Gesetzes nicht ankommen kann.

III.) In tatsächlicher Hinsicht muß im vorliegenden Fall davon ausgegangen werden, daß der Kläger nur innerhalb des Berechnungszeitraumes, nicht aber in regelmäßiger Wiederkehr um unbezahlten Urlaub nachgesucht hat. Denn unbezahlter Urlaub ist bei einem ständigen Arbeitsverhältnis eine Ausnahmeerscheinung. Daß der Kläger regelmäßig oder öfter unbezahlten Zusatzurlaub genommen hat, hat die Beklagte nicht behauptet. Deshalb braucht die Frage, ob der in § 2 ArbKrankhG genannte Berechnungszeitraum von vier Wochen oder einem Monat zur Gewinnung eines



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

vernünftigen Ergebnisses bei der Feststellung des Durchschnittsverdienstes ausgedehnt werden muß, nicht entschieden zu werden. Ausgeschlossen erscheint nämlich eine solche Ausdehnung (auf einen Zeitraum von 13 Wochen etwa) im Ausnahmefall nicht. Die Wahl des verhältnismäßig kurzen Berechnungszeitraumes erfolgte naturgemäß nicht deshalb, um die Höhe des KGZ von Zufälligkeiten abhängig zu machen. Im Gegenteil: Sinn und Zweck des Gesetzes, welches seinerseits vor dem Zufall der schuldlosen Erkrankung Schutz gewähren will, gebieten es, solche Zufälligkeiten auszuschalten. Demnach kann der verhältnismäßig kurze Berechnungszeitraum des § 2 ArbKrankhG nur deshalb gewählt worden sein, um die Anwendung des Gesetzes zu erleichtern und ein umfangreiches Rechenwerk zu ersparen. Eine solche Ausdehnung des Berechnungszeitraumes wäre aber nur dann geboten, wenn nicht eindeutig und auf den ersten Blick festgestellt werden kann, ob der innerhalb des kurzen Berechnungszeitraumes vom Arbeiter erzielte Verdienst wesentlich von seinem Normalverdienst abweicht.

Hier jedoch ist auf den ersten Blick – in Anbetracht des Ausnahmecharakters eines zweiwöchigen unbezahlten Urlaubes – zu erkennen, daß die im Berechnungszeitraum vom Kläger erzielten 193,63 DM netto von seinem Normalverdienst, der unstreitig 2,10 DM je Stunde betrug, wesentlich abwich. Dann aber entspricht es dem Erfordernis der Praktikabilität des Gesetzes (wie der Senat bereits im oben genannten Urteil ausgeführt hat), von einer umständlichen Rückrechnung abzusehen, sondern vom Normaldivisor, der übrigens in Anlehnung an § 180 RVO (BAG 5, 291 [2957]) nicht – wie beide Parteien meinen – 31, sondern 30 beträgt, die Fehltage abzusetzen.

IV.) Die Revision glaubt nun, aus den Ausführungen des Senats im Urteil BAG 8, 16 entnehmen zu können, daß hier die Fehltage vom Normaldivisor deshalb nicht abzusetzen seien, weil – im Gegensatz zu jenem Fall, in welchem der Arbeiter sich zu einem Lehrgang der Gewerkschaft hatte beurlauben lassen – der Kläger hier für seinen unbezahlten



Urlaub keinen besonderen Grund hatte als eben den, seinen gesetzlichen Urlaub mit Zustimmung des Arbeitgebers zu verlängern.

Indes ist dieser von der Revision gezogene Umkehrschluß deshalb nicht gerechtfertigt, weil der Senat in seinem Urteil vom 20. Mai 1959 den Fall einer schlichten Werksbeurlaubung nicht zu entscheiden brauchte und bewußt offen gelassen hat. In negativer Abgrenzung hatte der Senat mit der Inbezugnahme des Urteils AP Nr. 1 zu § 2 ArbKrankhG vom gleichen Tage lediglich aussprechen wollen, daß Fehltage, die "der Arbeiter selbst verschuldet hat oder für die er sonst eintreten muß", nicht unberücksichtigt bleiben können, wobei insoweit der Gesichtspunkt der durch Vertragsuntreue gewonnenen Rechtsposition maßgeblich für die Entscheidung war.

Jede Werksbeurlaubung bedeutet normalerweise für den Arbeitgeber betriebswirtschaftlich einen Verlust, weil ein leerstehender Arbeitsplatz sich nicht amortisiert. Aus diesem Grunde ist der Arbeitgeber im allgemeinen nur dann bereit, einem Antrag auf unbezahlten Urlaub zuzustimmen, wenn er davon überzeugt ist, daß für diesen Urlaub dringende oder mindestens berechnigte, verständliche und vernünftige Gründe vorliegen. So können insbesondere gesteigerte Erholungsbedürftigkeit oder Erfüllung familiärer Pflichten als typische Gründe für eine Verlängerung des regelmäßigen Urlaubs angesehen werden. Demnach wird der unbezahlte Urlaub normalerweise nicht als ein Fall der mutwilligen, niemals aber als ein Fall der einseitigen Senkung des Lebensstandards angesehen werden können. Dann aber ist nicht einzusehen, weshalb der Arbeiter im Falle der unvorhersehbaren Erkrankung sich mit einem gegenüber dem in § 1 ArbKrankhG genannten, empfindlich gesenkten Lebensstandard in kranken Tagen soll begnügen müssen. Eine andere Beurteilung käme nur dann in Betracht, wenn ein Arbeiter in Ausnutzung des gegenwärtigen Mangels an Arbeitskräften einen unbezahlten Urlaub in ständiger Wiederkehr - auch außerhalb des Berechnungszeitraumes - erzwingt.



- 10 -

Daß ein solcher Fall hier gegeben sei, ist aber, wie schon gesagt, von der Beklagten nicht vorgetragen worden.

In allen anderen Fällen ist daher bei der Behandlung von Fehltagen darauf abzustellen, ob der Arbeiter der Arbeit berechtigt fernblieb. Dieser - vom Schuldement gelöste - Begriff, der auch im Urlaubsrecht verwendet wird (BAG 3, 99), ist in der betrieblichen Praxis auch nicht schwierig zu handhaben.

Dem angefochtenen Urteil war daher im wesentlichen zuzustimmen. Dem Kläger steht ein KGZ in folgender Höhe zu:

Nettoverdienst im Juli		193,63 DM
Normaldivisor	30	
abzüglich unbezahlte		
Urlaubstage	<u>14</u>	
Divisor hier	<u>16</u>	
Kalendertäglicher Nettoverdienst		
(193,63 : 16)		12,10 DM
90% hiervon		10,89 DM
Krankengeld		<u>6,54 DM</u>
Differenzbetrag		4,35 DM
KGZ für 42 Tage (4,35 x 42)		182,70 DM.

Da der Kläger nur 144,90 DM geltend gemacht hat, konnte ihm auch nur dieser Betrag zugesprochen werden.

gez. Schilgen Dr. Meier-Scherling Dr. Joachim

Hense

v. Lossau



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)