

9. April 1960

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

69

Gesetz: HGB § 63; ZPO § 554 Abs. 3 Nr. 2 b

Leitsätze:

1. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß eine Erkrankung des Arbeitnehmers auf dessen eigenem Verschulden beruht, trifft den Arbeitgeber.
2. Die Fälligkeit des Anspruchs auf Entgeltsfortzahlung an erkrankte Handlungsgehilfen (§ 63 HGB) kann nicht einzelvertraglich von der Vorlegung eines ärztlichen Attestes abhängig gemacht werden.
3. Der Einwand des Rechtsmißbrauchs steht einem auf § 63 HGB gestützten Anspruch nicht schon deshalb entgegen, weil der Handlungsgehilfe seiner Vertragspflicht, die Tatsache der Erkrankung dem Arbeitgeber unverzüglich zu melden und gegebenenfalls durch ärztliches Attest nachzuweisen, nicht nachgekommen ist. Der Einwand ist aber begründet, wenn der Handlungsgehilfe sich einer so schweren Vertragsverletzung schuldig gemacht hat, daß der Arbeitgeber zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt gewesen wäre und der Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses des erkrankten Handlungsgehilfen nur auf der Tatsache beruht, daß der Arbeitgeber entweder aus Rücksichtnahme oder aus Unkenntnis die Kündigung unterließ.

Aktenzeichen: 2 AZR 457/57

Urteil des BAG vom 9. April 1960

LAG Baden-Württemberg  
(Stuttgart)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2. AZR 457/57

V Sa 16/57 Baden-Württemberg  
(Stuttgart)

69

Urteilsformel  
zugestellt  
am 9. April 1960  
gez. Hoffmann,  
Angestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

# Im Namen des Volkes!

## Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 7. April 1960 durch den Senatspräsidenten Dr. Müller, die Bundesrichter Dr. Meier-Scherling und Dr. Joachim sowie die Bundesarbeitsrichter Dr. Jüttner und Kottenhahn für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg, Außenkammern Stuttgart, vom 15. Juli 1957 – V Sa 16/57 – aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n   R e c h t s   w e g e n !

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin war aufgrund eines Anstellungsvertrages vom 1. November 1955 bei der Beklagten als Bezieherwerberin im Angestelltenverhältnis gegen Abschlußprovision tätig. Ihr wöchentliches Durchschnittseinkommen betrug 70.-- DM brutto. In dem Anstellungsvertrag ist u.a. folgendes festgelegt:

Nr. 4 Abs. 5:

"Gehalts- und Provisionsreklamationen (einschl. Krankheitsentgelt, Urlaubsentgelt, Prämien, Zulagen usw.) können nur mit einer Ausschußfrist von 3 Monaten geltend gemacht werden. Für die Provision läuft die Ausschußfrist vom Tage der Gutschrift, für sonstige Zahlungen vom Tage der Fälligkeit."

Nr. 7 Abs. 2:

"Die Krankheitsvergütung ist nur fällig, wenn unaufgefordert der Nachweis der Arbeitsunfähigkeit erbracht und die ärztliche Bescheinigung hierüber im Betrieb innerhalb 3 Tagen vorgelegt wird."

Im Januar 1956 war die Klägerin nur am 12. Januar für die Beklagte tätig. Mit Schreiben vom 24. Januar 1956 forderte die Beklagte die Klägerin auf, ihren Vertragspflichten nachzukommen. Darauf ging die Klägerin am 26. Januar 1956 zu ihrem Arzt, Dr. Sch., der ihr an diesem Tage bestätigte, daß sie seit dem 18. Januar 1956 wegen einer katarrhalischen Racheninfektion arbeitsunfähig sei. Sie gab dieses Attest am gleichen Tage bei der Beklagten ab. Die Klägerin war bis zum 22. Februar 1956 krankgeschrieben.

Am 7. Februar 1956 schrieb sie der Beklagten:

"Die mir zustehende Entschädigung bitte ich .... überweisen zu lassen. Das Geld würde ich dringend benötigen, da ich ja schon etliche Zeit erkrankt bin. Entschuldigen Sie bitte, daß ich Ihnen die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung etwas verspätet habe zukommen lassen. Die Gründe habe ich Ihnen ja erläutert. Heute gehe ich zum Arzt und hoffe, daß ich bald wieder soweit hergestellt bin, um tätig zu sein. Den Zeitpunkt werde ich Ihnen mitteilen."

Die Beklagte erwiderte ihr am 13. Februar 1956 wie folgt:

"Bei Ihren verschiedenen Besuchen machten wir Sie darauf aufmerksam, daß Sie trotz wiederholter Aufforderung uns keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, wie vorgeschrieben, spätestens am dritten Tag eingereicht hatten. Sie haben vom 2.1.1956 bis 11.1.1956

gefehlt, ohne hierüber einen Krankheitsnachweis beigebracht zu haben. Am 12.1. haben Sie gearbeitet, um ab 13.1. wiederum Ihrer Arbeit fernzubleiben. Am 26.1.1956 brachten Sie uns dann erstmalig ein Rezept des Arztes mit der Erklärung, daß Sie ab 18.1. arbeitsunfähig seien, die offizielle Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung reichten Sie uns dann am 2.2.1956 herein.

Nach den vertraglichen bzw. tariflichen Bestimmungen haben Sie durch Ihr Versäumnis den Anspruch auf Krankengeld bei uns verwirkt, so daß unsererseits eine Zahlungsverpflichtung nicht besteht.

Sie hatten uns mehrfach erklärt, wieder zum Arzt zu gehen, um sich gesundschreiben zu lassen, damit Sie die Tätigkeit wieder aufnehmen könnten.

Bei Wiederaufnahme Ihrer Tätigkeit wollen wir uns bereit erklären, Ihnen evtl. eine einmalige Zahlung für die Krankheitszeit zu gewähren, deren Höhe dann gegenseitig vereinbart werden kann."

Darauf teilte die Klägerin durch Karte vom 24. Februar 1956 folgendes mit:

"Da ich kein Interesse an einer weiteren Tätigkeit bei Ihrer Firma habe, bitte ich um Übersendung meiner Arbeitspapiere ..... Wie Sie mir mündlich zusagten, sollte mir Krankengeld zukommen, was Sie im Anschluß mit Ihrem Schreiben vom 26.1. widerrufen haben."

Die Beklagte beharrte auf ihrem Standpunkt, daß sie der Klägerin kein Krankheitsentgelt schulde, und zahlte ihr lediglich 25,-- DM aus.

Mit ihrer am 5. Februar 1957 beim Arbeitsgericht Stuttgart eingegangenen Klage hat die Klägerin 420,-- DM Gehaltsfortzahlung für sechs Wochen zuzüglich 10,-- DM für den 12. Januar 1956 gefordert.

Das Arbeitsgericht hat der Klägerin für eine Krankheitsdauer von fünfeinhalb Wochen Gehaltsfortzahlung in Höhe von 385,-- DM zugesprochen. Die gezahlten 25,-- DM hat das Arbeitsgericht als "Billigkeitszuwendung" angesehen und außer Betracht gelassen.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt und vorgetragen: Die Klägerin habe sich erstmals am 26. Januar 1956 zum Arzt begeben. Bis dahin habe sie, ohne krankgeschrieben zu sein, nicht gearbeitet. Dieses Verhalten habe hinreichend Grund zur fristlosen Entlassung gegeben. Die Beklagte habe von ihrem Recht zur fristlosen Entlassung entgegenkommenderweise keinen Gebrauch gemacht. Hätte sie der



- 4 -

Klägerin fristlos gekündigt, so hätte ~~die~~<sup>sie</sup> auch keinen Anspruch auf Krankheitsentgelt. Im übrigen stände dem Anspruch die vertraglich vereinbarte Ausschußfrist entgegen. Auch sei die Nichtanrechnung der gezahlten 25,-- DM auf das zugesprochene Krankheitsentgelt zu beanstanden.

Die Klägerin hat im Wege der Anschlußberufung die Zahlung der Summe von 420,-- DM begehrt mit der Begründung, das Krankheitsentgelt stehe ihr nicht nur für fünfeinhalb, sondern für sechs Wochen zu. Insgesamt sei sie sogar länger als sechs Wochen krank gewesen.

Das Landesarbeitsgericht hat nach Vernehmung des behandelnden Arztes Dr. Sch. und des Organisationsleiters der Beklagten, Herrn R., die Beklagte zur Zahlung von 336,60 DM Krankheitsentgelt verurteilt. Es hat für bewiesen angesehen, daß die Klägerin in der Zeit vom 18. Januar bis 22. Februar 1956 arbeitsunfähig krank war, so daß der Klägerin die Fortzahlung des Krankheitsentgelts für fünf Wochen und einen Tag unter Anrechnung der gezahlten 25,-- DM zustehe. Von der Klägerin sei dagegen nicht bewiesen worden, daß sie schon vor dem 18. Januar 1956 krank war.

Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihr Klagabweisungsbegehren weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

### Entscheidungsgründe:

Dem angefochtenen Urteil ist insoweit zu folgen, als es ausgesprochen hat, daß die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Fortzahlung des Entgelts gemäß § 63 HGB erfüllt sind. Die Klägerin war als Bezieherwerberin zur Leistung kaufmännischer Dienste angestellt (vgl. RAG in ARS 29, 237; BAG in AP Nr. 4 zu § 63 HGB). Zwar enthält das angefochtene Urteil keine ausdrückliche Feststellung darüber, daß die Klägerin, wie dies in §§ 59, 63 HGB vorausgesetzt wird, auch in einem Handelsgewerbe angestellt war. Lesezirkel fallen nicht unter § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB, weil ihre Geschäfte nicht auf Weiterveräußerung, mit anderen Worten nicht auf Eigentumsübertragung, gerichtet sind (RGRK, HGB, 2. Aufl., § 1 Anm. 22; Schlegelberger, Komm. z. HGB, 3. Aufl., § 1 Anm. 1). Sie fallen auch nicht unter § 1 Abs. 2 Nr. 2 HGB.



(vgl. RGRK aaO § 1 Anm. 49 unter Bezugnahme auf ROHG 23, 401; Schlegelberger aaO § 1 Anm. 55). Lesezirkel können somit nur Kaufleute nach § 2 HGB sein. Da jedoch beide Parteien übereinstimmend von der Anwendbarkeit des § 63 HGB auf den vorliegenden Fall ausgegangen sind, enthält die Äußerung dieser Rechtsansicht zugleich den beiderseitigen Sachvortrag, die Beklagte sei als Soll-Kaufmann in das Handelsregister eingetragen gewesen.

Die Klägerin war auch in der Zeit vom 18. Januar bis 22. Februar 1956 durch ein Unglück, nämlich durch Krankheit, an der Leistung der Dienste verhindert. Daß die Klägerin in diesem Zeitraum arbeitsunfähig krank war, ist vom angefochtenen Urteil für die Revisionsinstanz bindend festgestellt worden, ohne daß insoweit Revisionsrügen erhoben worden sind.

Die Beklagte trägt nun in der Revisionsbegründung vor, die Klägerin habe diesen Krankheitszustand schuldhaft dadurch hervorgerufen bzw. verlängert, daß sie erst am 26. Januar 1956 den Arzt aufgesucht habe. Mit diesem Sachvortrag ist jedoch die Beklagte in der Revisionsinstanz ausgeschlossen. In den Tatsacheninstanzen hat sie weder zu behaupten vermocht, die Klägerin habe sich selbst gegenüber (vgl. BAG 5, 307) nicht die erforderliche Sorgfalt beachtet noch im einzelnen dargelegt, daß eine schuldhafte Handlungsweise der Klägerin zu einer Verschlimmerung oder Verlängerung ihrer Krankheit beigetragen habe. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß jedenfalls eine Krankheit auf Verschulden des Arbeitnehmers, hier des Handlungsgehilfen, beruht, trifft den Arbeitgeber (siehe auch BAG AP Nr. 1 zu § 2 ArbKrankhG). Die schuldhafte Herbeiführung der Erkrankung durch den Arbeitnehmer selbst ist erfahrungsgemäß ein Einzelfall. Ein allgemeiner dahingehender Verdacht gegenüber den Angehörigen der Arbeitnehmerschaft, eine Erkrankung derselben gehe auf eigenes Verschulden zurück, wäre insbesondere auch mit der Menschenwürde nicht vereinbar.

Schließlich stellt auch die Revision zu Unrecht in Abrede, daß die Klägerin "durch" diese Krankheit an der Leistung ihrer Dienste verhindert war. Das Landesarbeitsgericht hat nämlich mit auch insoweit für das Revisionsgericht bindender Wirkung festgestellt, daß die Klägerin allein oder doch mindestens



- 6 -

Überwiegend infolge ihrer Krankheit in der Zeit vom 18. Januar bis 22. Februar 1956 an ihrer Dienstleistung gehindert war. Wollte die Revision diese Tatsachenfeststellung angreifen, so hätte sie dies nur mit einer Rüge der Verletzung von Verfahrensvorschriften tun können. Eine solche Rüge mußte gemäß § 554 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO ausdrücklich unter Bezeichnung der Tatsachen, die den Verfahrensmangel ergeben, erhoben werden. Die Revisionsbegründung rügt jedoch ausdrücklich nur die Verletzung materiellen Rechts und nicht die Verletzung formellen Rechts. Letzteres geschieht nur in einem anderen - hier nicht interessierenden - Sachzusammenhang in Bezug auf § 139 ZPO.

Selbst wenn aber die Ausführungen in der Revisionsbegründung, das Landesarbeitsgericht habe bei seiner Würdigung nicht hinreichend beachtet, daß die Klägerin den Beweis für ihre Krankheit im Zeitraum bis zum 17. Januar 1956 einschließlich schuldig geblieben sei und auch später durch ihre Kündigung mangelnden Arbeitswillen zum Ausdruck gebracht habe, als formgerechte Rüge der Verletzung des § 286 ZPO angesehen werden könnten, wäre diese Rüge nicht begründet. Ist ein Arbeitnehmer arbeitsunfähig krank, so muß bei dem Gewicht einer derartigen Erkrankung und nach aller Erfahrung, wenn nichts Gegenteiliges vom Arbeitgeber substantiiert dargelegt wird, davon ausgegangen werden, daß allein, mindestens aber überwiegend, diese Krankheit die objektive und subjektive Ursache für das Fernbleiben von der Arbeit bildete. Die lediglich allgemeine Behauptung einer Simulation, die noch zudem vor der Beweisaufnahme über die Frage, ob Krankheit vorlag oder nicht, angebracht worden war, braucht den Tatrichter nicht mehr zu weiteren Erörterungen über Kausalitätsfragen im Hinblick auf den vorhandenen oder fehlenden Arbeitswillen zu veranlassen, wenn die Krankheit bewiesen ist.

Darüber hinaus sind beide Indizien, aus denen die Beklagte auf den fehlenden Arbeitswillen der Klägerin schließt, nicht geeignet, einen solchen Schluß zu rechtfertigen. Es steht nämlich nicht fest, daß die Klägerin mit und bei ihrem Fernbleiben in der Zeit vor dem 18. Januar 1956 wirklich



eine Krankheit simulierte und in Wirklichkeit arbeitsfähig war. Selbst wenn aber die Klägerin in der Zeit bis zum 17. Januar 1956 nicht arbeitsunfähig krank war und somit der Arbeit grundlos fernblieb, ist es nach der Lebenserfahrung nicht ausgeschlossen, daß am 18. Januar 1956 ein solcher Zustand eintrat, daß sich für die Klägerin die Frage, ob sie arbeiten wollte oder nicht, überhaupt nicht mehr stellte. In noch höherem Maße ist es unangebracht, aus der arbeitnehmerseitigen Kündigung, die zeitlich unmittelbar der Versagung des Krankheitsentgelts seitens der Beklagten folgte, den Schluß auf fehlenden Arbeitswillen zu ziehen.

Dem angefochtenen Urteil ist auch darin zu folgen, daß die einzelvertraglich vereinbarte Ausschlußfrist auf jeden Fall durch die schriftliche Geltendmachung des Krankheitsentgelts mit Brief vom 7. Februar 1956 gewahrt worden ist. Unter diesen Umständen bedarf es keiner Erörterung der Rechtsfrage, ob eine solche Ausschlußfrist wirksam vereinbart werden konnte oder nicht.

Schließlich beruft sich die Beklagte auch zu Unrecht auf die in Nr. 7 Abs. 2 des Anstellungsvertrages vereinbarte Bestimmung, daß die Krankheitsvergütung nur fällig werde, wenn der Arbeitnehmer unaufgefordert den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit erbracht und die ärztliche Bescheinigung hierüber innerhalb von drei Tagen im Betrieb vorgelegt habe. Diese Vertragsabrede ist nämlich mit der Unabdingbarkeit des Anspruchs aus § 63 HGB nicht vereinbar. § 63 Abs. 1 Satz 2 HGB führt dazu, alle Abreden als unwirksam anzusehen, die auch nur auf eine sachliche oder zeitliche Beschränkung des unabdingbaren Anspruchs hinauslaufen oder den Anspruch an eine weitere zusätzliche Voraussetzung knüpfen (Schlegelberger aaO § 63 Anm. 9; RGRK aaO § 63 Anm. 6). § 63 HGB macht den Anspruch nur von der Tatsache eines unverschuldeten Unglücks, nicht aber von der Tatsache der Anzeige dieses Zustandes abhängig.

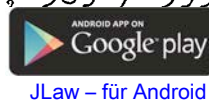
Wenn die Revision demgegenüber meint, der Arbeitnehmer habe es ja in der Hand, durch rechtzeitige Beibringung des Attestes die Fortzahlung des Entgelts auszulösen, so übersieht sie, daß der Handlungsgehilfe unter Umständen schon



einmal schuldlos gehindert sein kann, sich ein Attest zu beschaffen. Außerdem ist es bei kurzen Erkrankungen von ein bis zwei Tagen Dauer dem Handlungsgehilfen wenigstens in der Regel nicht zumutbar, überhaupt einen Arzt aufzusuchen. Vor allem aber gilt, daß jede derartige Vertragsabrede mit dem in § 63 Abs. 1 Satz 2 HGB normierten Gedanken der unbedingten Hilfe des Prinzipals für schuldlos durch Unglück verhinderte Handlungsgehilfen von vornherein schlechterdings unvereinbar ist.

Zutreffend rügt dagegen die Revision die Verletzung des § 242 BGB. Es kann gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn jemand eigene Vertragspflichten verletzt, aber trotzdem von seinem Vertragspartner die Erfüllung des Vertrages verlangt (vgl. BAG in AP Nr. 8 zu § 242 Ruhegehalt). Die eigene Vertragspflichtverletzung kann aber auch dazu führen, daß sogar einem nicht auf Vertrag, sondern, hinsichtlich der näheren Ausgestaltung eines Vertrages, auf zwingendem Gesetz beruhenden Anspruch der Einwand des Rechtsmißbrauchs entgegensteht. Für den Urlaubsanspruch ist das sowohl vom Ersten Senat (BAG 3,77) wie vom Vierten Senat (AP Nr. 1 zu Art. 7 UrlGes. Bayern) ausgesprochen. Hierbei ist wegen des zwingenden Charakters des Anspruchs allerdings äusserste Zurückhaltung am Platze (vgl. die Anmerkungen von Dersch zu AP Nr. 9 zu § 611 BGB Urlaubsrecht und zum letztgenannten Urteil). An den Einwand des Rechtsmißbrauchs müssen insoweit ähnlich strenge Anforderungen gestellt werden wie gegenüber einem – ebenfalls unabdingbaren – Tarifanspruch (BAG 4,59). Der Einwand kann nur in besonders krassen Fällen durchgreifen.

Die Klägerin hat nach ihrem eigenen Vortrag ihre mit dem Wesen eines Arbeitsverhältnisses gegebene und, auch ohne besondere schriftliche Formulierung im Anstellungsvertrag, bestehende Vertragspflicht, im Falle der Erkrankung den Arbeitgeber unverzüglich zu benachrichtigen und bei längerer Erkrankung diese auch nachzuweisen, verletzt. Die Verletzung einer solchen Vertragspflicht führt zwar nicht unmittelbar zum Verlust des Anspruchs aus § 63 HGB, da die Arbeitsverhinderung selbst durch das unverschuldete Unglück der Erkrankung hervorgerufen wurde, womit der Fortzahlungsanspruch als solcher entsteht (BAG in ARS 41, 389 / 393 mit zust.



Anm. von Hueck; Schelp-Trieschmann, Das Arbeitsverhältnis im Krankheitsfall, S. 19 und S. 77, mit zahlreichen Nachweisen in Fußnote 27; Sommer in ARBlattei "Krankheit des Arbeitnehmers II"). Sie kann unter Umständen aber den Arbeitgeber zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen. In einem solchen Falle wird der Gedanke des Rechtsmißbrauches in der oben dargelegten Weise bedeutsam.

Wenn das Landesarbeitsgericht ausführt, ein solches Kündigungsrecht berühre den Anspruch solange nicht, als von ihm nicht Gebrauch gemacht würde, kann dem nämlich nicht beigetreten werden. Beruht der Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses des erkrankten Arbeitnehmers nur darauf, daß das Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung entweder aus sozialem Entgegenkommen oder aus Unwissenheit nicht ausgeübt wurde, verstößt es gegen die Grundsätze von Treu und Glauben im Rechtsverkehr, nunmehr aus dem Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses Rechte für sich herzuleiten. Das Landesarbeitsgericht hätte somit in eine Erörterung und gegebenenfalls in eine weitere Sachaufklärung eintreten müssen über die Frage, ob unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die unterlassene Anzeige ihrer Erkrankung die Beklagte zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des Anstellungsvertrages berechtigt hätte und aus welchen Gründen die Beklagte von diesem Recht ggfs. keinen Gebrauch machte. Ergibt sich, daß ein solches Recht bestanden hätte und daß die Beklagte es aus sozialer Rücksichtnahme oder aus Unkenntnis nicht geltend machte, so würde dem Anspruch aus § 63 HGB der Einwand des Rechtsmißbrauchs entgegenstehen. Da die einschlägigen tatsächlichen Feststellungen - schon bei der Prüfung der fraglichen Kündigungsberechtigung spielen sie eine Rolle - von dem Revisionsgericht nicht getroffen werden können, mußte das Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden.

ges. Dr. Müller    Dr. Meier-Scherling    Dr. Joachim  
Dr. Hans Jüttner    Kottenhahn



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)