

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die amtliche Sammlung! Ja

30. APR. 1970

Gesetz: MuSchG § 14; ArbKrankhG §§ 1, 2; BGB § 611 Anwesenheitsprämie, Gratifikation, § 616; LohnfortzG §§ 1, 2; 2. VermBG §§ 8, 12, 13; HausarbTagsG Nordrh.-Westfalen § 1

Leitsätze:

1. Der Dritte Senat will die Rechtsansicht vertreten, daß eine sog. Anwesenheitsprämie zum Arbeitsentgelt im Sinne des § 14 Abs. 1 des Mutterschutzgesetzes (MuSchG) gehört.
2. Mit dieser Rechtsansicht würde der Dritte Senat von folgenden Entscheidungen des Zweiten und des Fünften Senats des Bundesarbeitsgerichts abweichen:
 - a) Urteil des Zweiten Senats vom 21. Januar 1963 - 2 AZR 373/62 - BAG 14, 38 [39 ff.] = AP Nr. 16 zu § 2 ArbKrankhG,
 - b) Urteil des Fünften Senats vom 30. März 1967 - 5 AZR 359/66 - BAG 19, 300 [302 f.] = AP Nr. 58 zu § 611 BGB Gratifikation [zu 2.].
3. Wegen dieser Abweichung fragt der Dritte Senat gemäß § 7 Abs. 2 Satz 2 der Geschäftsordnung des Bundesarbeitsgerichts in der Fassung vom 8. April 1960 (BANz. Nr. 76 S. 3) beim Zweiten und Fünften Senat an, ob sie der Abweichung zustimmen.

Aktenzeichen: 3 AZR 97/69

Beschluß des BAG vom 30. April 1970

LAG Niedersachsen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

B e s c h l u ß

In Sachen

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts durch den Senatspräsidenten Professor Dr. Stumpf, die Bundesrichterin Professorin Dr. Hilger, den Bundesrichter Dr. Gröninger sowie die Bundesarbeitsrichter Hartmann und Gnade am 30. April 1970 beschlossen:

1. Der Dritte Senat will die Rechtsansicht vertreten, daß eine sog. Anwesenheitsprämie zum Arbeitsentgelt im Sinne des § 14 Abs. 1 des Mutterschutzgesetzes (MuSchG) in der Fassung vom 18. April 1968 (BGBI. I, 315) gehört.
2. Mit dieser Rechtsansicht würde der Dritte Senat von folgenden Entscheidungen des Zweiten und des Fünften Senats des Bundesarbeitsgerichts abweichen:
 - a) Urteil des Zweiten Senats vom 21. Januar 1963 - 2 AZR 373/62 - BAG 14, 38 [39 ff.] = AP Nr. 16 zu § 2 ArbKrankhG,
 - b) Urteil des Fünften Senats vom 30. März 1967 - 5 AZR 359/66 - BAG 19, 300 [302 f.]

- 2 -



= AP Nr. 58 zu § 611 BGB Gratifikation [zu 2].

3. Wegen dieser Abweichung fragt der Dritte Senat gemäß § 7 Abs. 2 Satz 2 der Geschäftsordnung des Bundesarbeitsgerichts in der Fassung vom 8. April 1960 (BANz. Nr. 76 S. 3) beim Zweiten und Fünften Senat an, ob sie der Abweichung zustimmen.

G r ü n d e :

I. Die Klägerin, die als Büroangestellte bei der Beklagten beschäftigt war, hat mit der Klage den in § 14 Abs. 1 MuSchG geregelten Zuschuß zum Mutterschaftsgeld von der Beklagten gefordert. Die Anspruchsvoraussetzungen sind erfüllt. Die Parteien streiten nur um die Höhe des Zuschusses.

Die Beklagte hatte der Klägerin Gehalt zugesagt sowie eine "Produktionsanwesenheitsprämie, die den Charakter der freiwilligen Zahlung trägt, während entschuldigter und unentschuldigter Fehlers nicht gezahlt wird und deren Höhe, vom Produktionszugang abhängig, monatlich ca. DM 80,-- bis DM 100,-- beträgt". In den für die Berechnung des Zuschusses nach § 14 Abs. 1 Satz 3 MuSchG maßgebenden drei Kalendermonaten vor Beginn der Schutzfrist des § 3 Abs. 2 MuSchG, nämlich im Dezember 1967 sowie im Januar und Februar 1968, hatte die Klägerin "Produktions-Anwesenheitsprämien" von brutto 118,-- DM, 114,-- DM und 112,-- DM bezogen.

Diese Zahlungen will die Beklagte bei der Berechnung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld außer Ansatz lassen, weil die Prämie, wie sie meint, nicht zum "durchschnittlichen Arbeitsentgelt" im Sinne des § 14 Abs. 1 MuSchG gehöre. Die Klägerin ist der gegenteiligen Ansicht und hat auf Zahlung des entsprechenden Mehrbetrages in unstreitiger Höhe von 220,13 DM netto geklagt.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben der Klage den Erfolg versagt und sich zur Begründung auf das in Nr. 2 a der Beschlußformel genannte Urteil des Zweiten

Senats des Bundesarbeitsgerichts gestützt. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin.

II. Der Dritte Senat will die Rechtsansicht vertreten, daß die hier streitige "Produktions-Anwesenheitsprämie" Arbeitsentgelt im Sinne des § 14 Abs. 1 MuSchG darstellt und bei der Berechnung der fortzuzahlenden Vergütung zu berücksichtigen ist. Daran sieht sich der Senat durch die in der Beschlußformel bezeichneten Urteile gehindert.

Der Zweite Senat hat für einen gleichgearteten Sachverhalt einen entgegengesetzten Standpunkt eingenommen: Für die Berechnung des Arbeitgeberzuschusses zum Krankengeld gemäß §§ 1, 2 des Gesetzes zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle (ArbKrankhG) in der Fassung vom 12. Juli 1961 (BGBl. I, 913) wird nach § 2 ArbKrankhG - ebenso wie nach § 14 Abs. 1 MuSchG - für die Berechnung der Arbeitgeberleistung auf das "Arbeitsentgelt" (im Sinne des Nettoarbeitsentgelts) einer vorangegangenen Bezugszeit abgestellt; hierzu hat der Zweite Senat die Ansicht vertreten, eine sog. "Anwesenheits- und Pünktlichkeitsprämie" (die damals, 1961, wöchentlich 11,-- DM betrug) sei kein "Arbeitsentgelt" im Sinne des § 2 ArbKrankhG. Dieser Entscheidung des Zweiten Senats ist der Fünfte Senat, der über einen dem vorliegenden nicht ohne weiteres vergleichbaren Sachverhalt zu entscheiden hatte, in seinem in der Beschlußformel bezeichneten Urteil uneingeschränkt beigetreten (vgl. den Leitsatz Nr. 1 und Ziff. 2 der Entscheidungsgründe dieses Urteils).

III. Der Dritte Senat läßt sich bei seiner abweichenden Rechtsansicht von folgenden Überlegungen leiten:

1. Es macht rechtlich keinen Unterschied, daß im vorliegenden Fall § 14 Abs. 1 MuSchG anzuwenden ist, während der Zweite Senat § 2 ArbKrankhG anzuwenden hatte. In beiden Fällen geht es um den Begriff des Arbeitsentgelts für einen Zeitraum, in dem Arbeit geleistet worden ist; aus diesem Arbeitsentgelt ist nach dem Gesetz der Betrag zu berechnen,



der als Arbeitgeberleistung für einen Zeitraum weiterzuzahlen ist, in dem (wegen Krankheit im einen und wegen Mutterschaft im anderen Fall) nicht gearbeitet wird. Die praktischen Bedürfnisse des Arbeitslebens erfordern es, daß nicht zwei verschiedene Entgeltbegriffe verwendet werden.

2. Die Anfrage des Senats erübrigt sich auch nicht deshalb, weil das Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle am 31. Dezember 1969 außer Kraft getreten ist (Art. 4 § 9 Abs. 2 des Gesetzes über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle und über Änderungen des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung vom 27. Juli 1969 [BGBl. I, 946]). Der Zweite Senat hat Anwesenheitsprämien generell nicht als Arbeitsentgelt angesehen und damit dem Begriff des Arbeitsentgelts über den damaligen Fall hinaus eine Auslegung gegeben, die im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts für gleichliegende Sachverhalte - wie z.B. den vorliegenden Fall - ihre die anderen Senate bindende Bedeutung behalten hat (vgl. § 7 Abs. 2 Satz 2 der Geschäftsordnung des Bundesarbeitsgerichts in Verbindung mit § 45 Abs. 2 Satz 1 ArbGG).

Überdies ist das Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle nicht ersatzlos weggefallen. An seine Stelle ist das Gesetz über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle (Lohnfortzahlungsgesetz) vom 27. Juli 1969 (BGBl. I, 946) getreten. In dessen § 2 spielt der Begriff des Arbeitsentgelts für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle weiterhin eine Rolle, auch wenn es nach der Neuregelung nicht auf das Arbeitsentgelt eines zurückliegenden Bezugszeitraums, sondern im Sinne des Lohnausfallprinzips auf das Arbeitsentgelt ankommt, das dem Arbeiter, wenn er nicht arbeitsunfähig krank gewesen wäre, in der Zeit der Krankheit zugestanden hätte. Die heutige Gesetzeslage zeigt, daß die in dem früheren Urteil



des Zweiten Senats behandelte Frage unter den gleichen Tatbestandsmerkmalen, also für den Fall der Krankheit, wiederum zur gerichtlichen Entscheidung kommen kann und auch aus diesem Grund die frühere Entscheidung nach wie vor ihre Bedeutung hat.

3. Der Begriff des Arbeitsentgelts war weder in § 2 ArbKrankhG noch ist er in § 14 Abs. 1 MuSchG derart abgegrenzt, daß daraus Schlüsse auf den Entgeltcharakter der Anwesenheitsprämie gezogen werden können. Dagegen ergibt die Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 1 Satz 2 LohnfortzG einen wesentlichen Anhaltspunkt für den Begriff des Arbeitsentgelts, dem allgemeine Bedeutung zukommt. An dieser Stelle wird ausdrücklich bestimmt, daß zum fortzuzahlenden Arbeitsentgelt nicht gehören "Auslösungen, Schmutzzulagen und ähnliche Leistungen, soweit der Anspruch auf sie im Falle der Arbeitsfähigkeit davon abhängig ist, ob und in welchem Umfang dem Arbeiter Aufwendungen, die durch diese Leistungen abgegolten werden sollen, tatsächlich entstanden sind, und dem Arbeiter solche Aufwendungen während der Arbeitsunfähigkeit nicht entstehen".

Damit wird klargestellt, daß zum "Arbeitsentgelt" alles das gehört, was dem Arbeitnehmer aufgrund seines Arbeitsvertrages als Gegenleistung dafür zufließt, daß er arbeitet. Dagegen gelten die Bezüge des Arbeitnehmers für einen bestimmten Mehraufwand, der sog. Aufwenderersatz, bei der Entgeltfortzahlung ohne Arbeitsleistung nicht als Arbeitsentgelt (ebenso Schelp, Anm. AP Nr. 16 zu § 2 ArbKrankhG). Diese Unterscheidung zwischen "Entgelt" und "Ersatz von Aufwendungen" wird, wie der Zweite Senat im Jahre 1959 erkannt hat (vgl. BAG AP Nr. 9 zu § 2 ArbKrankhG [zu 1]), allgemein im Privatrecht durchgeführt (vgl. §§ 662, 670 BGB; §§ 690, 693 BGB; §§ 598, 601 Abs. 2 Satz 1 BGB; §§ 87, 87 d HGB).

Daraus ist für die "Anwesenheitsprämie" zu folgern, daß sie - jedenfalls im Sinne des § 2 LohnfortzG - zum



Arbeitsentgelt gehört, da sie nicht unter den Begriff des Aufwendungsersatzes zu bringen ist. Daraus dürfte sich auch erklären, daß die "Anwesenheitsprämie" als steuerpflichtiger Arbeitslohn und als Entgelt im Sinne der Sozialversicherung behandelt wird (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 1 der Lohnsteuer-Durchführungsverordnung i.d.F. vom 28. Juli 1969 [EGBI. I, 1033]; Gemeinsamer Erlass des Reichsfinanzministers und des Reichsarbeitsministers vom 10. September 1944 RArbBl. II, 281)).

4. Der Zweite Senat hat aus der Zweckbestimmung der "Anwesenheitsprämie" hergeleitet, daß sie kein Arbeitsentgelt sei. Gegen diese Annahme sprechen mehrere Gründe:
a) Die "Anwesenheitsprämie" ist kein Prämienlohn im eigentlichen Sinne, der unter den Oberbegriff des Leistungslohns fällt. Mit der "Anwesenheitsprämie" soll nicht eine besondere Leistung des Arbeitnehmers, sondern die tatsächliche (und pünktliche) Anwesenheit am Arbeitsplatz belohnt werden.

Damit zeigt sich aber eine starke Ähnlichkeit dieser Prämie mit der im grafischen Gewerbe tariflich geregelten sog. Antrittsgebühr, die der Arbeitnehmer allein dafür erhält, daß er pünktlich am Arbeitsplatz erscheint (vgl. § 6 Nr. 5 a des Manteltarifvertrages für die gewerblichen Arbeitnehmer der Druckindustrie im Gebiet der Bundesrepublik vom 13. Februar 1969, der auf inhaltsgleiche frühere Tarifbestimmungen zurückgeht). Dazu hat der Zweite Senat entschieden, daß die Antrittsgebühr "Arbeitsentgelt" im Sinne des § 2 ArbKrankhG sei (BAG AP Nr. 9 zu § 2 ArbKrankhG); sie werde für das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft gezahlt, wozu das Erscheinen am Arbeitsplatz genüge. Wenn man sie zutreffend als "Zuverlässigkeitsprämie" kennzeichne, werde klar, daß sie einen finanziellen Anreiz gewähren wolle, um eine Beeinträchtigung des Arbeitsablaufs durch Fehlen der Arbeitnehmer zu vermeiden. Dann stelle die Antrittsgebühr jedenfalls keine Zahlung ohne jeden Entgeltcharakter dar.

Diese Überlegungen, die der Dritte Senat voll und ganz teilt, sind in dem in der Beschlußformel genannten Urteil des Zweiten Senats nicht angestellt worden. Sie haben aber für die Bestimmung des Entgeltbegriffs wesentliche Bedeutung.

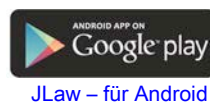
b) Für den Entgeltcharakter der Anwesenheitsprämie spricht ferner, daß der Arbeitgeber mit ihrer Zahlung den Arbeitnehmer dafür belohnen will, daß er durch seine Arbeitsleistung während der vollen für ihn geltenden Arbeitszeit zum betrieblichen Erfolg beiträgt. Die Beklagte hat das auch ausdrücklich durch den Hinweis zum Ausdruck gebracht, die Höhe der Prämie sei vom Produktionszugang abhängig. Dann aber stellt die Anwesenheitsprämie eine Art der Ergebnisbeteiligung dar, wie sie in § 8 Abs. 1 des Zweiten Vermögensbildungsgesetzes in der Fassung vom 1. Oktober 1969 (EGBI. I, 1853) näher umschrieben ist. Nach dieser Bestimmung wird darunter die "vereinbarte Beteiligung der Arbeitnehmer an dem durch ihre Mitarbeit erzielten Leistungserfolg des Betriebes, zum Beispiel auf Grund von ... Verminderung ... der Fehlzeiten" verstanden. Eine solche Ergebnisbeteiligung ist eine besondere Form der Entlohnung und damit Arbeitsentgelt (Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. I, § 42 III 5, S. 304 f.). Auch der Gesetzgeber geht in §§ 12, 13 des 2. VermBG davon aus.

c) Der Zweite Senat rechtfertigt seine Ansicht auch aus der Überlegung, daß es dem Arbeitgeber nicht oder nur sehr schwer möglich sei, "Kranke und Simulanten, Bummelanten und berechtigt Fehlende voneinander zu sondern"; die Anwesenheitsprämie schütze den Arbeitgeber in gewissem Umfang vor einer mißbräuchlichen Inanspruchnahme von Krankengeldzuschüssen. Sie habe den Zweck, Fehlzeiten jeder Art weitgehend dadurch auszuschalten, daß das unberechtigte wie das berechtigte Fehlen zum Anspruchsverlust führe. Die Benachteiligung des unverschuldet Kranken werde mit in Kauf genommen, um das "Krankfeiern" von Gesunden einzudämmen.



Eine solche Zwecksetzung ist wegen der zwingenden Regelungen des Gesetzes in § 14 Abs. 1 MuSchG, § 1 Abs. 1 LohnfortzG, § 616 Abs. 2 BGB unzulässig. Die Prämie darf nur dazu dienen, unberechtigte Fehlzeiten zu vermeiden. Dagegen darf sie nicht dazu bestimmt sein, den Arbeitnehmer zur Arbeit in einer Zeit anzuhalten, in der er von Rechts wegen der Arbeit fernbleiben darf und trotzdem sein Arbeitsentgelt zu beanspruchen hat, so insbesondere während der Schutzfristen vor und nach der Entbindung, der mit Arbeitsunfähigkeit verbundenen Krankheitszeiten, während des Urlaubs und des Hausarbeitstages (vgl. dazu BAG AP Nr. 24 zu § 1 HausarbTagsG Nordrh.-Westfalen). Wollte man die Dinge anders sehen, dann würde der Anreiz der Prämie darin liegen, den Arbeitnehmer zu veranlassen, einen solchen berechtigten Anspruch auf Freistellung von der Arbeit nicht geltend zu machen, der ihm nicht nur in seinem persönlichen Interesse, sondern auch im Interesse der sozialen Ordnung und damit der Allgemeinheit vom Gesetz zugebilligt worden ist. In solchen Fällen würde somit der zwingende Charakter einer wichtigen und unentbehrlichen sozialen Schutzgesetzgebung mißachtet.

IV. Die Ansicht des Dritten Senats stimmt überein mit der des Fünften Senats in seinem Urteil vom 28. März 1963 (AP Nr. 24 zu § 1 HausarbTagsG Nordrh.-Westfalen). Die in der Beschl Bformel genannten Urteile des Zweiten und Fünften Senats haben im Schrifttum dagegen zwar nicht uneingeschränkt, aber doch im großen und ganzen Zustimmung gefunden. Insoweit sei verwiesen auf Schelp (Anm. 17 Nr. 16 zu § 2 ArbKrankhG), Gotzen (Anm. SAE 1963, 103) und Wlotzke (BABl. 1963, 693 [695, 696]) zum Urteil des Zweiten Senats, Kraft (Anm. SAE 1967, 264) und Trieschmann (Anm. ArbUR 1968, 220) zum Urteil des Fünften Senats. Mayer-Maly (AP Nr. 58 zu § 611 BGB Gratifikation) äußert gewisse Bedenken. Die Kommentare zum neuen Mutterschutzgesetz haben teilweise die Ansicht des Zweiten Senats, jedoch ohne eigene Begründung, übernommen (vgl. Bulla, 3. Aufl., § 11 Anm. 46, § 14 Anm. 52; Meisel-Hiersemann, § 11 Anm. 48; Schmatz-Zmarzlik, 2. Aufl., § 11 Anm. 16; a.A.: Gröninger-Thomas, § 13 Anm. 15 zu b, ff., § 14 Anm. 4 zu c). Das vermag den Dritten Senat von der in dem voranliegenden Beschluß vertretenen Ansicht nicht abzubringen.



Daß gerade in der heutigen Zeit der fortschreitenden sozialen Sicherung des Arbeitnehmers Bedenken gegen die in der Beschlußformel genannte Rechtsprechung des Zweiten und Fünften Senats zu erheben sind, zeigen die Ausführungen von Dolheid und Schreven (RdA 1970, 10). Die Urteile des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 19. März 1970 - 4 Sa 10/70 - DB 1970, 837 - sowie des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf [Köln] vom 3. Februar 1970 - 8 Sa 440/69 - DB 1970, 691 - lassen erkennen, welche rechtlichen Zweifel das in der Beschlußformel genannte Urteil des Zweiten Senats in der Praxis hervorgerufen hat.

gez. Dr. Stumpf

Hilger

Dr. Gröninger

Hartmann

Gnade

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)