

Für das Nachschlagewerk!      Ja  
Für die Fachpresse!            Ja  
Für die Amtliche Sammlung!    Nein

---

Gesetz:      LohnFG § 2 Abs. 1 Satz 1; EStG 1975 § 3 b Abs. 2;  
              BetrVG 1952 § 37 Abs. 2, § 53; ArbGG § 64 Abs. 1,  
              § 72 Abs. 1 Satz 5

- Leitsätze:    1. Das vom Arbeitgeber während der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeiters fortzuzahlende Arbeitsentgelt (§ 2 Abs. 1 Satz 1 LohnFG) ist vorbehaltlich günstigerer Abreden als Bruttolohn zu zahlen. Von Lohnbestandteilen, die nur bei tatsächlicher Arbeitsleistung nicht der Lohnsteuer unterliegen, die aber im Fall der Krankheit zu versteuern sind – hier Nachtzuschläge –, hat der Arbeitgeber Lohnsteuer einzubehalten und abzuführen. Das Lohnfortzahlungsgesetz gewährt dem Arbeiter keinen Ausgleich für das auf steuerrechtlichen Bestimmungen beruhende Absinken des Nettolohnes.
2. Die Parteien können vereinbaren, daß der Lohn unbeschadet der steuerrechtlichen Behandlung stets als Nettolohn in gleicher Höhe auszu zahlen ist. Eine solche Vereinbarung muß klar und unmißverständlich getroffen werden; die Vereinbarung eines "steuerfreien" Nachtzuschlages reicht nicht aus.

Aktenzeichen: 5 AZR 116/77

Urteil des BAG vom 31. Mai 1978

LAG Hamm



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 116/77

2 Sa 1322/76 Hamm

Verkündet am  
31. Mai 1978

gez. Schartel,  
Angestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 31. Mai 1978 durch den Richter Dr. Heither als Vorsitzenden, die Richter Dr. Fenge und Dr. Thomas sowie die ehrenamtlichen Richter Krebs und Nitsche für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 21. Januar 1977 - 2 Sa 1322/76 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

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:

Die Parteien streiten darüber, ob ein dem Kläger für die Dauer der Krankheit weitergezahlter Nachtzuschlag brutto oder netto auszus zahlen ist.

Der Kläger war vom 1. September 1973 bis 30. Juni 1976 bei der Beklagten, die mehrere Gaststätten betreibt, als Diskjockey tätig. Dem Arbeitsverhältnis lag ein schriftlicher Arbeitsvertrag mit folgender Lohnabrede zugrunde:

"Bruttolohn: 1.309,16 DM  
zzgl. steuerfr.  
Nachtzuschlag: 523,66 DM."

Zuletzt arbeitete der Kläger in der Tanzgaststätte "W T " täglich von 19.00 Uhr abends bis 1.00 Uhr früh bei einem freien Tag je Woche.

In der Zeit vom 3. Mai bis 1. Juni 1976 war der Kläger arbeitsunfähig krank. Die Beklagte wurde durch Urteil des Arbeitsgerichts Münster vom 29. Oktober 1976 verurteilt, dem Kläger für diese Zeit 1.221,08 DM Lohn und 488,75 DM Nachtzuschlag zu zahlen; dieses Urteil ist insoweit rechtskräftig geworden.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte sei verpflichtet, ihm für die Dauer seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit den Nachtzuschlag steuerfrei, also "netto" zu zahlen. Er müsse für die Dauer der Krankheit so gestellt werden, wie er stünde, wenn er tatsächlich gearbeitet hätte. Er hat Nettoauszahlung verlangt.

Die Beklagte hat geltend gemacht, sie sei zum Steuerabzug und zur Einbehaltung der Sozialabgaben verpflichtet. Die Vereinbarung eines steuerfreien Nachtzuschlages habe erkennbar nur den Sinn gehabt, dem Kläger für Nachtarbeit entsprechend den steuerrechtlichen Bestimmungen so lange einen Ausgleich zu gewähren, wie er tatsächlich Nachtarbeit leisten müsse.

- 3 -



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



- 3 -

Das Arbeitsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 488,75 DM netto verurteilt. Das Berufungsgericht hat dieses Urteil abgeändert und dem Kläger nur einen Bruttolohnanspruch zugebilligt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch auf Nettoauszahlung weiter, während die Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

### Entscheidungsgründe:

I. Die Revision hat nicht schon deshalb Erfolg, weil die Berufung der Beklagten nicht statthaft gewesen wäre. Sie war bei dem vom Arbeitsgericht auf 789,75 DM festgesetzten Streitwert zulässig (§ 64 Abs. 1 ArbGG). Entgegen der Ansicht der Revision kommt es nur auf den vom Arbeitsgericht festgesetzten Wert des Streitgegenstandes an, nicht auf den Beschwerdewert. Die Beklagte konnte dieses Urteil deshalb auch dann anfechten, wenn sie nur hinsichtlich eines unter 300,-- DM bleibenden Teiles Abänderung des Urteils verlangte (Grunsky, ArbGG, 2. Aufl., § 64 RdNr. 6).

Der Beschluß des Bundesarbeitsgerichts vom 24. September 1976 (AP Nr. 29 zu § 72 ArbGG Streitwertrevision) steht nicht entgegen. Dieser Beschluß bezieht sich auf die Statthaftigkeit einer Revision. Revision ist in Fällen, in denen mit einer Klage mehrere Ansprüche verfolgt werden, Revision jedoch nur wegen eines Anspruchs eingelegt wird, dessen Streitwert sich unschwer ermitteln läßt, nur statthaft, wenn der Streitwert für diesen einzelnen Anspruch 6.000,-- DM übersteigt. Es bestehen Bedenken, diese Grundsätze auf die Berufungsinstanz zu übertragen. Anders als die Berufung hängt die Statthaftigkeit der Revision bei Zahlungsansprüchen nicht nur vom Streitwert sondern auch vom Beschwerdewert ab (§ 72 Abs. 1 Satz 5



- 4 -

ArbGG). Die Möglichkeit, Revision einzulegen, soll damit weiter eingeschränkt werden (BAG 25, 18 [22] = AP Nr. 23 zu § 72 ArbGG Streitwertrevision [zu c der Gründe]). Eine vergleichbare Regelung enthält § 64 Abs. 1 ArbGG im Hinblick auf die Rechtsmittelklarheit gerade nicht. Jedenfalls scheitert eine Anwendung dieser Grundsätze daran, daß das Arbeitsgericht, anders als das Berufungsgericht, in der erwähnten Entscheidung des Dritten Senats im vorliegenden Fall einen einheitlichen Streitwert festgesetzt hat, der nicht erkennen läßt, welcher Teil auf den Streit darüber, ob Brutto- oder Nettovergütung zu zahlen ist, entfällt.

II. Auch in der Sache selbst hat die Revision des Klägers keinen Erfolg. Ihm steht nur ein Bruttolohn zu.

1. Das vom Arbeitgeber während der Arbeitsunfähigkeit fortzuzahlende Arbeitsentgelt ist vorbehaltlich günstigerer Abreden als Bruttolohn zu zahlen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 LohnFG). Das gilt auch für Nachtarbeitszuschläge.

a) Für diese Lohnbestandteile wirft allerdings die steuerrechtliche Behandlung dieser Nachtarbeitszuschläge besondere Probleme auf. Die Parteien gehen mit Recht davon aus, daß diese Nachtarbeitszuschläge - ähnliches gilt auch für Sonntags- und Feiertagszuschläge - nur dann steuerfrei sind, wenn sie für tatsächlich geleistete Arbeit gezahlt werden. Für den hier maßgebenden Zeitraum folgt das aus § 3 b Abs. 2 EStG 1975 (in der Fassung vom 5. September 1974 - BGBl. I, 2165; zum früheren § 34 a EStG vgl. BFH Urteil vom 14. Juni 1967 - VI R 226/66 - BStBl. 1967 III 609 [610]). Wird wie im Fall der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit tatsächlich keine Nachtarbeit geleistet, unterliegen diese Lohnzuschläge der Steuerpflicht. Für das Lohnfortzahlungsrecht gilt insoweit dasselbe wie etwa für Zu-



- 5 -

schläge, die freigestellten Betriebsratsmitgliedern nach § 37 Abs. 2 BetrVG 1972 weitergezahlt werden müssen (BFH, Urteil vom 3. Mai 1974 - VI R 211/71 - BStBl. 1974 II 646), und für die Lohnbestandteile, die in die Berechnung des Urlaubsentgelts eingehen (BFH, Urteil vom 28. Juni 1957 - VI 84/56 U - BStBl. 1957 III 302 [303] - zum Krankenlohn vgl. aus steuerrechtlicher Sicht: Oeftering-Görbing, Das gesamte Lohnsteuerrecht, Teil C, § 3 b RdNr. 19; Blümich-Falk, EStG, 11. Aufl., § 3 b Anm. 5; Benner-Bals, BB 1976, Beilage 4 "Nachtarbeitszuschläge"). Die dem Kläger für die Dauer der Erkrankung weiterzuzahlenden Nachtzuschläge müssen daher versteuert werden.

b) Die steuerrechtliche Behandlung hat keine Auswirkungen auf den Inhalt der arbeitsrechtlichen Lohnzahlungspflicht. Der Arbeitgeber schuldet - sieht man von günstigeren Vereinbarungen ab - einen Bruttolohn, von dem Steuern zu zahlen sind, evtl. in unterschiedlicher Höhe. Zwar führt diese unterschiedliche steuerrechtliche Behandlung des Lohnes bei tatsächlicher Arbeitsleistung und bei Krankheit dazu, daß der Nettoverdienst des Arbeiters während der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit geringer ist als in den Zeiten, in denen der Arbeiter tatsächlich arbeitet. Dieser Nachteil beruht aber allein auf den steuerrechtlichen Bestimmungen. Der Steuergesetzgeber verlangt die unterschiedliche Behandlung. Das Lohnfortzahlungsgesetz kann dem Arbeiter für diese steuerliche Behandlung keinen Ausgleich bieten. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, dem Arbeiter während der Dauer der Krankheit einen höheren Bruttolohn zu zahlen, nur damit der Nettoverdienst für die Dauer der Krankheit nicht absinkt (vgl. Becher, LohnFG, § 2 RdNr. 22; Doetsch-Schnabel-Paulsdorff, LohnFG, 4. Aufl., § 2 RdNr. 8; Jäger, Krankheit des Arbeitnehmers, 5. Aufl., § 7 RdNr. 16).



- 6 -

c) Dem steht auch nicht die Entscheidung des Ersten Senats des Bundesarbeitsgerichts (BAG 22, 57 = AP Nr. 12 zu § 37 BetrVG 1952) zur Frage, wie im Fall eines freigestellten Betriebsratsmitglieds zu verfahren ist, entgegen. Auch der Erste Senat geht davon aus, daß sich die Lohnforderung des Betriebsratsmitglieds durch die Freistellung nicht ändert. Der Arbeitgeber soll aber verpflichtet sein, die Beträge, die er an Lohnsteuern für Sonntags- und Nachtzuschläge einbehalten und an das Finanzamt abzuführen hat, zusätzlich an den Arbeitnehmer auszuzahlen. Dies hat der Erste Senat vor allem damit begründet, daß der Lebensstandard eines Betriebsratsmitglieds durch die Übernahme dieser Tätigkeit nicht beeinträchtigt werden dürfe. Die Bereitschaft zur Übernahme eines Betriebsratsamtes solle nicht dadurch gefährdet werden, daß dem möglichen Betriebsratsmitglied fühlbare Nachteile zugemutet würden. Dem stehe auch § 53 BetrVG 1952 (jetzt § 78 Satz 2 BetrVG 1972 - Benachteiligungsverbot) entgegen. Auf diese Gesichtspunkte kann sich ein kranker Arbeitnehmer nicht berufen. Sein Lebensstandard wird nicht ernsthaft dadurch gefährdet, daß der Nettoverdienst für die kurze Zeit der Erkrankung absinkt. Es geht auch nicht um den Schutz einer Entschließungsfreiheit. Schließlich kann der kranke Arbeitnehmer auch keine Benachteiligung gegenüber anderen Arbeitnehmern geltend machen. Für die Dauer der Erkrankung fallen im Gegenteil die besonderen Belastungen und Erschwernisse weg, die es rechtfertigen, diese Lohnbestandteile nicht dem steuerpflichtigen Verdienst zuzurechnen (vgl. hierzu das bereits erwähnte Urteil des BFH vom 3. Mai 1974 - BStBl. 1974 II 646 [647]). Das freigestellte Betriebsratsmitglied ist ein Sonderfall; eine entsprechende Anwendung der für diesen Fall entwickelten Grundsätze auf die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall ist nicht angebracht.

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

- 7 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 7 -

2. Auch nach der hier vorliegenden besonderen vertraglichen Lohnabrede war die Beklagte nicht verpflichtet, dem Kläger im Fall der Krankheit die Nachtzulage steuerfrei auszus zahlen.

Das Berufungsgericht hat die Lohnabrede - gestützt auf den Wortlaut des Vertrages - insgesamt als Vereinbarung eines Bruttolohnes angesehen. Die Vereinbarung eines steuerfreien Nachzuschlages habe nur die Bedeutung eines Hinweises auf den seinerzeit geltenden § 34 a Abs. 2 EStG (entspricht heute § 3 b Abs. 2 EStG 1975) gehabt. Bezeichnend sei auch, daß das Wort "netto" nicht gebraucht werde.

Diese Auslegung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. In der Regel wird jeder Arbeitgeber nur einen Bruttolohn zusagen. Falls ein Nettolohn vereinbart werden soll, muß dies unmißverständlich deutlich gemacht werden (vgl. BAG 15, 168 [172] = AP Nr. 15 zu § 670 BGB [zu 4 der Gründe] für Sachbezüge; BAG AP Nr. 19 zu § 670 BGB [zu 2 der Gründe] zum Fall einer Auslösung). Das ist hier nicht geschehen. Die Parteien sind zwar davon ausgegangen, daß dieser Lohnbestandteil nicht der Steuerpflicht unterliegt. Ihre Annahme traf zu, solange der Kläger tatsächlich arbeitete. Insoweit handelt es sich nur um einen Hinweis auf die steuerrechtlichen Bestimmungen. Die Annahme trifft aber nicht zu, soweit es um den Krankenlohn geht. Das hat aber nur zur Folge, daß die gesetzlichen Bestimmungen eingreifen, wonach der Arbeitnehmer die anfallende Lohnsteuer zu tragen hat. Nur wenn unmißverständlich abgesprochen wäre, daß der Arbeitgeber das Risiko tragen solle, ob und in welchem Umfange Lohnbestandteile einer Steuerpflicht unterliegen, könnte der Kläger auch im Fall der Krankheit einen ungekürzten Nettolohn verlangen. Dafür gibt es hier keine Anhaltspunkte.

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



- 8 -

3. Der Kläger kann mithin nicht beanspruchen, daß ihm der Nachtzuschlag netto ausbezahlt wird. Vielmehr ist die Beklagte verpflichtet, Lohnsteuer einzubehalten. Die Revision ist deshalb unbegründet.

gez.: Dr. Heither

Dr. Fenge

Dr. Thomas

Krebs

Nitsche

