

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

Gesetz: BGB § 616 Abs. 2; BAT § 37

Leitsatz:

Erfüllt ein teilweise arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer in der Zeit, in der er kraft Gesetzes, Tarifvertrages oder Vertrages Anspruch auf Fortzahlung seines Gehalts/Lohnes hat, seine Arbeitspflicht mit Zustimmung seines Arbeitgebers nur zum Teil, dann hat er grundsätzlich Anspruch auf den um das Entgelt für die erbrachte Arbeitsleistung verminderten "Krankenlohn"

Aktenzeichen: 5 AZR 141/73

Urteil des BAG vom 25. Oktober 1973

LAG Baden-Württemberg



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 141/73

4 Sa 80/72 Baden-
Württemberg

Verkündet am
25. Oktober 1973

gez. Möckel,
Angestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. Oktober 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Schröder, die Richter Siara und Bichler sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Sohler und Heidenreich für Recht erkannt:

Die Revision des beklagten Landes gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 25. Januar 1973 - 4 Sa 80/72 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

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:

Der Kläger ist seit dem 1. März 1969 bei dem beklagten Land bis zur Fertigstellung der Pädagogischen Hochschule in E als technischer Angestellter für Aufgaben von begrenzter Dauer tätig. Das Arbeitsverhältnis unterliegt dem BAT.

In der Zeit vom 3. März 1972 bis 21. April 1972 war der Kläger wegen einer Rippenfellentzündung von seinem behandelnden Arzt arbeitsunfähig krank geschrieben worden. Nachdem er seinen Arzt gebeten hatte, eine ihm dies gestattende Bescheinigung auszustellen, nahm der Kläger auf seinen Wunsch hin vom 10. April bis 21. April 1972 die Arbeit halbtags wieder auf. Die ärztliche Bescheinigung vom 11. April 1972 lautet:

"Herr J D ist wieder arbeitsfähig,
aber nur halbtags bei späterem Dienstbeginn
(ca. 10.00 Uhr vormittags)."

Eine weitere, dem beklagten Land ebenfalls vorgelegte ärztliche Bescheinigung vom 13. April 1972 hat folgenden Wortlaut:

"Herr J. D hat seine Arbeit unbedingt wieder aufnehmen wollen. Daher wurde ihm nahegelegt, vorläufig nur halbtags zu arbeiten. Eine Befristung wurde mit 2 bis 3 Wochen angenommen."

Am 8. September 1972 teilte der behandelnde Arzt auf Anfrage des Arbeitsgerichts mit, der Kläger sei in der Zeit vom 10. April bis 21. April 1972 arbeitsunfähig im Sinne der RVO gewesen. Es sei ihm deshalb angeraten worden, wenn er schon seine Mitarbeiter entlasten und seine Sorgen um die liegengebliebene Arbeit verringern wollte, höchstens halbtags an seinen Arbeitsplatz zu gehen, denn eine volle Arbeitsfähigkeit habe in keinem Fall vorgelegen.

Das beklagte Land hat der teilweisen Arbeitsaufnahme zugestimmt. Es zahlte dem Kläger für diese Zeit gemäß einem Erlaß des baden-württembergischen Finanzministeriums vom 12. Juli 1971 nur die Hälfte seines zuvor bezogenen Gehalts

- 3 -



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

- 3 -

in Höhe von 673,- DM brutto. Das Land hat ihn auf diese mit der Halbtagsstätigkeit verbundene Gehaltskürzung vor Aufnahme der Teilzeitarbeit nicht hingewiesen, obwohl eine entsprechende Verpflichtung aufgrund einer im Zusammenhang mit dem erwähnten Erlaß herausgegebenen Verwaltungsanweisung der Oberfinanzdirektion Stuttgart bestanden hat, wonach die Angestellten vor Annahme des Angebots zur teilweisen Arbeitsleistung auf diese Rechtsfolge hinzuweisen sind.

Der Kläger hat vorgetragen, er habe in dem fraglichen Zeitraum seine Arbeit im Interesse seines Dienstherrn halbtags wieder aufgenommen. Es sei notwendig gewesen, daß er trotz seiner vom 3. März 1972 bis 21. April 1972 dauernder Krankheit nach seiner Arbeit sah und diese voranbrachte. Er ist der Auffassung, ihm stehe für die Zeit vom 10. April bis 21. April 1972, während der er weiter arbeitsunfähig krank gewesen sei, das volle Gehalt zu.

Der Kläger hat deshalb beantragt,

das beklagte Land zur Zahlung von 673,- DM brutto an ihn zu verurteilen.

Das beklagte Land hat Klageabweisung beantragt.

Es meint - unter Berufung auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 22. Oktober 1968 (AP Nr. 9 zu § 50 BAT) und den darauf beruhenden Erlaß des Finanzministeriums von Baden-Württemberg vom 12. Juli 1971 - dem Kläger stehe für seine teilweise geleistete Arbeit auch nur das anteilige Gehalt zu. Das Land hat erstmals in der Berufungsinstanz behauptet, der Kläger habe seine Arbeit nicht im Interesse des Bauamtes, sondern deshalb vorzeitig aufgenommen, weil der Amtsvorstand mit seiner bisherigen Leistung nicht zufrieden gewesen sei und der Kläger diesen negativen Eindruck habe ausgleichen wollen. Einen Beweis für die streitig gebliebene Behauptung hat das Land nicht angetreten.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des beklagten Landes blieb erfolglos. Das Landesarbeitsgericht hat den Kläger, obwohl er seine Arbeit

- 4 -



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



- 4 -

teilweise verrichtet hat, als arbeitsunfähig krank im Sinne der §§ 37 BAT, 616 BGB angesehen und deshalb einen Anspruch auf volle Krankenbezüge nach diesen Bestimmungen bejaht. Aber selbst wenn dem Kläger für die streitige Zeit aus dem ursprünglichen oder dem vorübergehend abgeänderten Arbeitsvertrag an sich nur die halbe Arbeitsvergütung zugestanden hätte, wäre dem Kläger nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts die andere Hälfte des Gehalts als Schadenersatz zuzusprechen, da das beklagte Land den Kläger kraft seiner allgemeinen Fürsorgepflicht über die Gehaltskürzung bei der Halbtagsstätigkeit hätte aufklären müssen. Der Kläger hätte bei einem solchen Hinweis seine teilweise Arbeit nicht aufgenommen. Die in der Berufungsinstanz erhobene Behauptung des beklagten Landes, der Kläger hätte trotz einer entsprechenden Aufklärung die Halbtagsarbeit aufgenommen, um einen bei seiner Beschäftigungsbehörde entstandenen negativen Eindruck auszugleichen, hat das Landesarbeitsgericht gemäß § 67 ArbGG in Verb. mit § 529 ZPO als verspätet außer Acht gelassen.

Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt das beklagte Land sein Ziel der Klageabweisung weiter. Der Kläger beantragt demgegenüber, die Revision des beklagten Landes zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des beklagten Landes ist nicht begründet. Der Senat tritt der angefochtenen Entscheidung als der vom Ergebnis her einzig möglichen bei.

1. Der Grundsatz, daß ohne Arbeit kein Lohn zu zahlen ist, wird während der Fristen der §§ 616 BGB, 37 BAT durchbrochen. Soweit diese Bestimmungen gelten, ist § 323 BGB deshalb nicht anwendbar. Fraglich ist, ob die §§ 616 BGB, 37 BAT auch anstelle des § 323 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB gelten,

- 5 -



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

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

- 5 -

wenn der Angestellte teilweise arbeitsunfähig krank ist. Das Landesarbeitsgericht hat aufgrund der Bescheinigungen und der schriftlichen Zeugenaussage des behandelnden Arztes ungerügt festgestellt, daß der Kläger in dem streitigen Zeitraum teilweise arbeitsunfähig war. Die genannten Vorschriften erwähnen den Fall der verminderten Arbeitsfähigkeit nicht ausdrücklich. Hieraus kann man aber, entgegen der Meinung der Revision nicht ohne weiteres den Schluß ziehen, daß es im Falle der eingeschränkten Arbeitsfähigkeit bei der allgemeinen Regelung des § 323 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB verbleibt und deshalb für die teilweise Dienstleistung auch nur das anteilige Entgelt zu gewähren sei. Vielmehr ist zunächst im Wege der Auslegung zu ermitteln, ob auch eine die Arbeitsfähigkeit beschränkende Erkrankung als Krankheit im Sinne dieser Vorschriften anzusehen ist. Das hat das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen. Auszugehen ist nämlich davon, daß die vorerwähnten Bestimmungen einen arbeitsrechtlichen Begriff der Krankheit zugrunde legen. Dieser ist mit dem medizinischen Begriff nicht identisch. Denn eine medizinisch vom Arzt festgestellte Krankheit wird arbeitsrechtlich erst bedeutsam, wenn die Krankheit den Arbeitnehmer daran hindert, die von ihm vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Letzteres bedeutet einmal, daß Krankheitsbefunde, durch die der Arbeitnehmer nicht verhindert wird, seine Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag zu erfüllen, arbeitsrechtlich nicht relevant sind. Zum anderen heißt das aber auch, daß die Arbeitsfähigkeit nicht losgelöst von ihrem jeweiligen Träger und der von ihm zu verrichtenden Tätigkeit bestimmt werden kann. Gerade der Bezug zur vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung ist wesentlich. Deshalb kann arbeitsrechtlich das Vorliegen einer Krankheit immer nur im Verhältnis zu den vom Arbeitnehmer vertraglich übernommenen Verpflichtungen beurteilt werden. Die durch Krankheit bedingte Arbeitsunfähigkeit wird deshalb nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Arbeitnehmer seine geschuldeten

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

- 6 -



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



- 6 -

Vertragspflichten anstatt voll nur teilweise erbringt. Arbeitsrechtlich ist es deshalb gleichbedeutend, ob der Arbeitnehmer durch die Krankheit ganz oder teilweise arbeitsunfähig wird. Auch der vermindert Arbeitsfähige ist arbeitsunfähig krank im Sinne der §§ 616 Abs. 2 BGB, 37 BAT, da er seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht voll erfüllen kann (vgl. Gros, AR-Blattei, Krankheit des Arbeitnehmers, D I A 3; Hessel, Krankheit im Arbeitsrecht, 3. Aufl., S. 15 ff.; Höhne-Marienhagen, Betrieblicher Krankengeldzuschuß für Arbeiter, 2. Aufl., S. 31; Schelp-Trieschmann, Das Arbeitsverhältnis im Krankheitsfalle, S. 4 f.; Böhm-Spiertz, BAT, § 37 Anm. 1, (6); Brecht, Lohnfortzahlung für Arbeiter, § 1 Anm. 3, 3; Kehrman-Pelikan, LohnFG, § 1 RdNr. 37; Maus, LohnFG, § 1 Anm. VI, 1; Schmatz-Fischwasser, Vergütung der Arbeitnehmer bei Krankheit und Mutterschaft, C 111). Für den vorliegenden Fall bedeutet das an sich, daß der Kläger arbeitsunfähig krank im Sinne der §§ 616 BGB, 37 BAT war, obwohl er halbtags arbeiten konnte und er deshalb seinen Anspruch auf das Gehalt jedenfalls insoweit nicht verloren hat.

2. Der Kläger hat daher Anspruch auf Zahlung der vollen Bezüge, sofern die Parteien nicht einverständlich den ursprünglichen, unter Zugrundelegung der tariflichen Arbeitszeit abgeschlossenen Arbeitsvertrag (vorübergehend) in einen solchen mit verkürzter Arbeitszeit umgewandelt haben. Das Landesarbeitsgericht hat das Vorliegen eines Abänderungsvertrages verneint. Es hat den Vorschlag des Klägers an seine Arbeitgeberin, halbtags zu arbeiten, nicht als ein entsprechendes (konkludentes) Angebot gewertet. Der Vorderrichter meint, das beklagte Land habe aus dem Verhalten des Klägers redlicherweise nicht den Schluß ziehen können, daß der Kläger seinen bisherigen Arbeitsvertrag habe suspendieren und sich während der Zeit seiner Halbtagsstätigkeit mit der Hälfte seiner Bezüge habe zufrieden geben wollen. An diese Auslegung einer

- 7 -



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



- 7 -

Willenserklärung ist das Revisionsgericht gebunden. Die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Auslegung ist jedenfalls möglich und verstößt deshalb weder gegen Denkgesetze noch allgemeine Erfahrungssätze; denn ein Arbeitnehmer, der ohnehin Anspruch auf volles Gehalt in der Form der Krankenbezüge hat, kann seine Arbeitsleistung halbtags anbieten, ohne damit notwendig gleichzeitig zum Ausdruck zu bringen, er wolle auch nur diese Dienste vergütet erhalten. Das Landesarbeitsgericht hat auch keinen rechtserheblichen Tatsachenstoff außer Acht gelassen. Den einzigen Umstand, der – wenn auch nur ganz entfernt – gegen diese Auslegung sprechen könnte, nämlich die ohne Beweisantritt gebliebene, erstmals in der Berufungsinstanz erhobene Behauptung des beklagten Landes, der Kläger habe die vorzeitige Aufnahme der Arbeit nur deshalb verlangt, weil er einen bereits entstandenen negativen Eindruck habe ausgleichen wollen, hat das Landesarbeitsgericht zu Recht gemäß § 67 ArbGG in Verb. mit § 529 ZPO nicht berücksichtigt.

3. Der vom Landesarbeitsgericht vorgenommenen Auslegung steht die Entscheidung des Ersten Senats vom 16. Januar 1968 (AP Nr. 8 zu § 50 BAT) nicht entgegen. Einmal war das Bundesarbeitsgericht auch im dortigen Fall aus revisionsrechtlichen Gründen an die Auslegung einer ähnlichen Ab-sprache durch das Berufungsgericht, die dort zum entgegengesetzten Ergebnis führte, gebunden. Zum anderen lag der damaligen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ein in wesentlichen Punkten anders gelagerter Sachverhalt zugrunde. In jenem Fall hatten die Parteien die Halbtags-tätigkeit ab einem Zeitpunkt vereinbart, zu dem die Fristen des § 37 Abs. 2 BAT während derer dem Angestellten das Gehalt weiter zu zahlen war, längst abgelaufen waren und der Angestellte deshalb ohnehin keinen Anspruch mehr auf Krankenbezüge hatte. Auch wurde dort das ursprüngliche Arbeitsverhältnis nicht nur vorübergehend für eine von vornherein feststehende, verhältnismäßig kurze Zeit suspendiert, sondern jener Angestellte konnte seine bisherige Arbeit auf Dauer

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

- 8 -



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

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

- 8 -

nicht voll ausüben. Eine abweichende Entscheidung war im dortigen Fall aufgrund dieser besonderen Umstände deshalb gerechtfertigt. Im übrigen geht das Landesarbeitsgericht zu Recht davon aus, daß eine solche Abmachung hier wegen Verstoßes gegen § 4 Abs. 1 TVG unwirksam wäre. Zwar läge im vorliegenden Fall, wie die Revision zutreffend ausführt, keine (unwirksame) Abmachung vor, die die aus § 37 BAT resultierenden Ansprüche für den Fall einer Erkrankung während dieses umgewandelten Arbeitsverhältnisses ausschließen soll. Im zu entscheidenden Fall hätte der Kläger jedoch für den fraglichen Zeitraum zumindest Anspruch auf volle Krankenbezüge gehabt, wenn er gar nicht gearbeitet hätte. Es wäre zwar mit § 4 Abs. 1 und 3 TVG vereinbar, wenn die Parteien den ursprünglichen Arbeitsvertrag noch während dieser Periode einverständlich auf die Dauer aufgehoben bzw. abgeändert hätten. Wenn aber - folgt man der Auffassung des beklagten Landes - der Arbeitsvertrag nur vorübergehend suspendiert werden sollte für eine Zeit, in dem die tarifliche Entlohnung (in Form der Krankenbezüge) auch ohne Arbeitsleistung garantiert ist, liegt ein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 und 3 TVG vor. Denn die Parteien würden dann davon ausgegangen sein, daß der Vertrag in seiner bisherigen Gestalt nach Ende der Krankheit wieder aufleben sollte. Wie wenig sinnvoll die gegenteilige Annahme wäre, zeigt sich, wenn der Kläger während seiner Halbtagsstätigkeit erneut voll arbeitsunfähig geworden wäre. Er hätte dann - würde man eine vorübergehende (wirksame) Abänderung des Arbeitsvertrages bejahen - nur Anspruch auf Krankenbezüge entsprechend seiner zur Hälfte geleisteten Arbeit, obwohl nur wieder der Zustand eingetreten wäre, der ihn zuvor zum Bezug des vollen Krankengeldes berechtigt hatte.

4. Das vom Landesarbeitsgericht und der Revision zitierte Urteil des Ersten Senats vom 22. Oktober 1968 (AP Nr. 9 zu § 50 BAT) steht der Rechtsfindung des

- 9 -



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



- 9 -

erkennenden Senats ebenfalls nicht entgegen. Der Erste Senat hat dort unter Nr. 2 der Gründe zwar ausgeführt, daß der Angestellten, die ebenfalls während des Laufs der Frist des § 37 Abs. 2 BAT ihre Arbeit halbtags wieder aufgenommen hatte, "demzufolge ein Rechtsanspruch auf Zahlung des halben Gehalts" zugestanden habe. Die Frage aber, ob sie nicht die andere Hälfte gemäß § 37 BAT als "Krankenlohn" beanspruchen konnte, hat der Erste Senat (zumindest unter Nr. 2 der Gründe) weder ausdrücklich noch inzidenter entschieden.

Dagegen hat der Erste Senat in Nr. 3 der Gründe des Urteils vom 22. Oktober 1968 die Meinung vertreten, daß der beklagte Arbeitgeber rechtlich nicht verpflichtet gewesen sei, der halbtags arbeitenden Angestellten, die jedenfalls bei voller Arbeitsunfähigkeit noch Anspruch auf Krankenbezüge gemäß § 37 Abs. 2 BAT gehabt hätte, das (tatsächliche gewährte) volle Gehalt zu zahlen. Diese Auffassung hat der Erste Senat dort nicht weiter begründet. Es wird nicht ersichtlich, ob er den Fall der teilweisen Arbeitsunfähigkeit nach dem Grundsatz des § 323 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB behandelt wissen oder ob er darauf abstellen wollte, daß durch Aufnahme einer Halbtagsstätigkeit der ursprüngliche Arbeitsvertrag grundsätzlich mit der Folge einer Gehaltsminderung abgeändert wird. Für das Vorliegen einer dahingehenden konkreten, vom Landesarbeitsgericht festgestellten Absprache der Arbeitsvertragspartner geben jedenfalls weder der Tatbestand noch die sonstigen Entscheidungsgründe einen Anhaltspunkt. Die Entscheidung vom 22. Oktober 1968 beruht insoweit letztlich auch nicht auf dieser Ansicht. Denn da die Aufrechnung mit den nach Meinung des Senats überbezahlten Bezügen aus verschiedenen Rechtsgründen ohnehin nicht durchgriff, kam es nicht entscheidungserheblich darauf an, ob eine Verpflichtung zur Zahlung des vollen Gehalts bestanden hatte oder nicht. Das Ergebnis der Entscheidung wäre in beiden Fällen gleich gewesen.

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

- 10 -



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



- 10 -

In Übereinstimmung mit Thiele (Anm. zu AP Nr. 9 zu § 50 BAT), Crisolli-Tiedtke (Anm. 14 a zu § 37 BAT) und dem vorinstanzlichen Urteil hält auch der erkennende Senat die - dort allerdings nicht tragend gewordene - Auffassung des Ersten Senats für bedenklich. Sie würde bedeuten, daß sich ein Angestellter im Falle vollständiger Arbeitsunfähigkeit finanziell besser steht, als wenn er gesundheitlich immerhin noch in der Lage ist, halbtags zu arbeiten. Die teilweise Arbeitsfähigkeit bzw. -leistung würde ihm also zum Nachteil gereichen. Einer Anrufung des Großen Senats bedarf es jedenfalls nicht, da der Fünfte Senat nunmehr für Lohnfortzahlungsansprüche im Krankheitsfall allein zuständig ist.

Mithin ist die Klage gemäß § 37 BAT, § 616 Abs. 2 BGB begründet, die Revision daher - ohne daß auf die Hilfsbegründung des Landesarbeitsgerichts noch einzugehen wäre - mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

gez. Dr. Schröder

Siara

Bichler

Dr. Sohler

Heidenreich

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