

Aktenzeichen: 5 AZR 301/88

Bundesarbeitsgericht 5. Senat Urteil vom 26. Juli 1989
- 5 AZR 301/88 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 25. Juni 1987
Berlin - 43 Ca 105/87 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 29. März 1988
Berlin - 8 Sa 72/87 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Ja, jedoch ohne III. 2. d. EGr.
Für das Bundesarchiv: Nein



Entscheidungsstichwort:

Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle

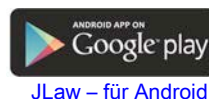
Gesetz: LFZG § 1; BGB § 616; HGB § 63; GewO § 133 c; GG Art. 3
Abs. 1

Leitsatz:

Ob ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert ist, ist nach objektiven medizinischen Kriterien zu beurteilen. Die subjektive Beurteilung der Arbeitsvertragsparteien ist dafür nicht maßgeblich. Es kommt für das Vorliegen der Arbeitsunfähigkeit auch nicht auf die Kenntnis der Arbeitsvertragsparteien an.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 301/88

8 Sa 72/87 Berlin

Verkündet am
26. Juli 1989

Clobes,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. Juli 1989 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Thomas, die Richter Dr. Gehring und Dr. Wittek sowie die ehrenamtlichen Richter Halberstadt und Dr. Schönherr für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 29. März 1988 - 8 Sa 72/87 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur anderweiten 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 !

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte dem Kläger Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle schuldet.

Der am 4. November 1945 geborene Kläger ist gelernter Kellner und hat immer in diesem Beruf gearbeitet, bis er am 29. Januar 1987 bei der Beklagten eine Tätigkeit als Büfettier gegen einen Monatslohn von 2.000,-- DM brutto aufnahm. Zu seinen Aufgaben gehörte es, Kisten mit gefüllten Getränkeflaschen, deren Gewicht etwa 15 bis 20 kg betrug, aus dem Keller nach oben zu



tragen. Bei einem solchen Arbeitsgang verspürte der Kläger plötzlich Schmerzen und hatte den Eindruck, sich verhoben zu haben. Ob dies schon am 29. Januar oder erst am nächsten oder übernächsten Tag war, ist zwischen den Parteien streitig. Der Kläger versah seinen Dienst noch bis zum 1. Februar 1987. An diesem Tag hatte er ab 10.00 Uhr Frühschicht und mußte wiederum das Büfett auffüllen. Wegen starker Schmerzen verließ er gegen 14.30 Uhr seinen Arbeitsplatz und begab sich ins Krankenhaus. Dort wurde ein Leisten- und Nabelbruch festgestellt. Der Kläger wurde operiert, blieb noch bis zum 13. Februar 1987 in stationärer Behandlung und war bis Ende Februar 1987 arbeitsunfähig.

Die Innungskrankenkasse der Gastwirte-Innung zu Berlin lehnte mit Bescheid vom 25. März 1987 gegenüber dem Kläger ihre Einstandspflicht mit der Begründung ab, ein Versicherungsverhältnis sei nicht zustande gekommen, da der Kläger aufgrund seines Gesundheitszustandes von vornherein nicht in der Lage gewesen sei, die ihm zugedachte Arbeit auszuführen, mithin ein Fall des sogenannten mißglückten Arbeitsversuches vorgelegen habe.

Gegen diesen Bescheid hat der Kläger Klage vor dem Sozialgericht erhoben. Der Ausgang des Rechtsstreits ist nicht bekannt. Im Verfahren vor dem Sozialgericht wurde ein Gutachten des Leitenden Medizinaldirektors Dr. H. . . . eingeholt. Darin wird ausgeführt, im Fall des Klägers habe es sich um eine große Leistenhernie gehandelt. Derartige Schwachstellen entwickelten



sich nicht akut, sie bestünden immer schon seit längerer Zeit, wenn nicht sogar seit langer Zeit. Letzteres sei hier anzunehmen. Eine akute Situation entwickle sich erst dann, wenn durch übermäßige Belastung, wie z. B. durch Tragen schwerer Lasten, der Druck auf den Innenbauch derart groß werde, daß durch den verbreiterten Leistenkanal Darmteile in den bereits zuvor bestandenen Bruchsack hineinträten. Weiter heißt es in dem Gutachten zu dem Aufgabengebiet des Klägers auszugsweise wie folgt:

"Für diese Tätigkeit hier, in welcher sicher häufiger schwere Kisten dieser Art zu tragen waren von ca. 15 kg, muß bei der bestehenden Anlage mit akuten Ereignissen gerechnet werden, wie das auch hier eingetreten ist. Bei Aufnahme der Arbeit am 29. Januar 1987 ist daher mit absoluter Sicherheit davon auszugehen, daß bereits ein Bruchsack bestanden hat mit einem erweiterten Bruchkanal. Für eine Tätigkeit wie hier, war Herr L. sicher nicht geeignet."

Der Kläger hat vorgetragen, er habe erst am Sonnabend, dem 31. Januar 1987, plötzliche Schmerzen beim Kistentragen bemerkt. Da er seine Beschäftigung pünktlich angetreten habe und die Arbeitsunfähigkeit erst nach Aufnahme der Arbeit eingetreten sei, sei die Beklagte zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle verpflichtet.

Der Kläger hat daher beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn
2.000,-- DM brutto zuzüglich 4 % Zinsen
seit dem 12. März 1987 zu zahlen.



Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, zur Lohnfortzahlung nicht verpflichtet zu sein, da beim Kläger ein Fall des mißglückten Arbeitsversuches vorgelegen habe.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision, mit der die Beklagte ihr Ziel der Klageabweisung weiterverfolgt.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist begründet. Es kann gegenwärtig noch nicht abschließend beurteilt werden, ob dem Kläger ein Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle zusteht oder nicht. Die Sache bedarf vielmehr noch der Aufklärung dahin, ob der Kläger bereits bei Abschluß des Arbeitsvertrages arbeitsunfähig krank gewesen ist.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger sei bei Beschäftigungsbeginn nicht arbeitsunfähig gewesen. Arbeitsunfähigkeit liege vor, wenn der Arbeitnehmer krankheitsbedingt verhindert sei, die geschuldete Tätigkeit zu erbringen. Es komme folglich entscheidend auf die Anforderungen an, welche diese Tätigkeit stelle. Arbeitsunfähigkeit sei daher nicht erst dann zu bejahen, wenn ein Krankheitsgeschehen den Arbeiter außer Stand setze, die ihm vertraglich obliegende Arbeit zu verrichten, sondern bereits dann, wenn er die Arbeit nur unter der Gefahr verrichten oder fortsetzen könne, in absehbar naher Zeit seinen Zu-



stand zu verschlimmern. Die letztgenannte Art der Arbeitsunfähigkeit setze aber subjektiv in der Person des Arbeitnehmers das Bewußtsein der Verschlimmerungsgefahr voraus, denn es handele sich hierbei um eine aus Krankheitsgründen unzumutbare Arbeitsleistung, die der Verhinderung infolge Krankheit gleichzustellen sei. Unzumutbarkeit in diesem Sinne lasse sich aber nur dann annehmen, wenn dem Arbeitnehmer entweder die Verschlimmerungsgefahr unmittelbar bewußt sei oder wenn er doch zumindest Kenntnis von den Umständen habe, aus denen ärztlicherseits auf eine solche Verschlimmerungsgefahr geschlossen werden könne. Dies besage im Umkehrschluß, daß ein Arbeitnehmer jedenfalls dann, wenn er weder äußere Anhaltspunkte für eine Erkrankung noch subjektiv irgendwelche Beschwerden habe, nicht aus Gründen der Unzumutbarkeit als arbeitsunfähig angesehen werden könne. So liege der Fall hier.

Dieser Begründung kann nicht gefolgt werden.

II.1. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 LFZG behält ein Arbeiter, der nach Beginn der Beschäftigung durch Arbeitsunfähigkeit infolge unverschuldeter Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert wird, den Anspruch auf Arbeitsentgelt für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen. Danach kann ein Anspruch auf Lohnfortzahlung nur entstehen, wenn der Arbeiter krank ist und infolge dieser Krankheit arbeitsunfähig wird. Krankheit allein löst noch keinen Lohnfortzahlungsanspruch aus, vielmehr muß die weitere Voraussetzung erfüllt sein, daß die Krankheit zur Arbeitsunfähigkeit geführt hat.



Krankheit im medizinischen Sinne ist jeder regelwidrige körperliche oder geistige Zustand (BAGE 10, 183, 184 = AP Nr. 21 zu § 63 HGB, zu 2 a der Gründe; BAGE 43, 54, 57 = AP Nr. 52 zu § 1 LohnFG, zu I 2 der Gründe; aus neuerer Zeit: BAGE 48, 1, 3 = AP Nr. 62 zu § 1 LohnFG, zu 1 der Gründe; Kaiser/Dunkl, Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle, 2. Aufl., I. Teil, § 1 Rz 74; Schmatz/Fischwasser/Geyer/Knorr, Vergütung der Arbeitnehmer bei Krankheit und Mutterschaft, 6. Aufl., Stand August 1989, zu § 1 LFZG Rz 40). Von diesem medizinischen Begriff der Krankheit ist auch bei Anwendung des § 1 LFZG auszugehen (vgl. BAGE 48, 1, 3 = AP Nr. 62, aaO). Arbeitsunfähig infolge Krankheit ist der Arbeiter dann, wenn ein Krankheitsgeschehen ihn außer Stand setzt, die ihm nach dem Arbeitsvertrag obliegende Arbeit zu verrichten, oder wenn er die Arbeit nur unter der Gefahr fortsetzen könnte, in absehbar naher Zeit seinen Zustand zu verschlimmern (BAGE 48, 1, 3 = AP Nr. 62, aaO, mit zahlreichen weiteren Nachweisen).

Diese Begriffsbestimmung berücksichtigt den Umstand, daß Arbeitsunfähigkeit nicht den gesundheitlichen Zusammenbruch voraussetzt, der den Arbeitnehmer unmittelbar daran hindert, die vertragsmäßige Arbeitsleistung zu erbringen (BAG Urteil vom 17. März 1960 - 2 AZR 471/58 - AP Nr. 15 zu § 1 ArbKrankhG; Schelp, Anmerkung zu BAG AP Nr. 15 bis 17 zu § 1 ArbKrankhG). Der Schutz des erkrankten Arbeiters setzt vielmehr früher ein. Für die Frage, ob Arbeitsunfähigkeit vorliegt oder nicht, ist aber auf objektive Gesichtspunkte abzustellen. Die Kenntnis oder die subjektive Wertung des Arbeitnehmers kann für die Frage der Arbeitsunfähigkeit nicht ausschlaggebend sein. Maßgebend ist viel-

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



mehr die vom Arzt nach objektiven medizinischen Kriterien vorzunehmende Bewertung (vgl. BAG Urteil vom 21. April 1961 – 1 AZR 62/60 – AP Nr. 32 zu § 1 ArbKrankhG, zu III der Gründe; Schulin, Anfängliche Arbeitsunfähigkeit im Lohnfortzahlungsrecht, ZfA 1978, 215, 260, 262; Kehrmann/Pelikan, Lohnfortzahlungsgesetz, 2. Aufl., § 1 Rz 36; Kaiser/Dunkl, aaO, § 1 Rz 89; Schmatz/Fischwasser/Geyer/Knorr, aaO, zu § 1 LFZG Rz 46, 57, 58; Feichtinger, Lohn- und Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfalle, AR-Blattei, C I 1 a, am Ende; Marienhagen, Lohnfortzahlungsgesetz, Stand September 1988, § 1 Rz 15).

2. Wendet man diese Grundsätze auf den Streitfall an, so ergibt sich, daß der Kläger im Zeitpunkt der vereinbarten Arbeitsaufnahme arbeitsunfähig krank war. Das vom Landesarbeitsgericht herangezogene Gutachten des medizinischen Sachverständigen führt nämlich aus, es sei mit absoluter Sicherheit davon auszugehen, daß beim Kläger im Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme am 29. Januar 1987 bereits ein Bruchsack mit einem erweiterten Bruchkanal bestanden habe und daß der Kläger für die übernommene Tätigkeit "sicher nicht geeignet" gewesen sei. Soweit der Gutachter später zu dem Ergebnis kommt, der Kläger sei bei Arbeitsaufnahme nicht arbeitsunfähig krank gewesen, hat er ersichtlich den Begriff der Arbeitsunfähigkeit verkannt. Jedenfalls ergibt sich aus seinem Gutachten, daß der Kläger am 29. Januar 1987 deswegen arbeitsunfähig krank war, weil er die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung nur unter der Gefahr verrichten konnte, in absehbar naher Zeit seinen Zustand zu verschlimmern.



III.1. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 LFZG hat der Arbeiter Anspruch auf Lohnfortzahlung allerdings nur dann, wenn er "nach Beginn der Beschäftigung" durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert wird. Für Angestellte gilt diese Einschränkung nicht. Sie haben Anspruch auf Gehaltsfortzahlung bereits dann, wenn sie nach Abschluß des Arbeitsvertrages im Zeitpunkt der vereinbarten Arbeitsaufnahme arbeitsunfähig krank sind (vgl. die Senatsurteile vom 27. Januar 1972, BAGE 24, 107, 110 = AP Nr. 14 zu § 1 LohnFG, zu 4 der Gründe sowie vom 10. Juni 1972 - 5 AZR 6/72 - AP Nr. 23 zu § 1 LohnFG, zu 2 der Gründe). Ob in dieser unterschiedlichen gesetzgeberischen Behandlung eine sachlich nicht begründete Schlechterstellung der Arbeiter und damit ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG liegen könnte, braucht an dieser Stelle noch nicht untersucht zu werden. Vielmehr muß zunächst geklärt werden, ob der Kläger bereits bei Vertragsabschluß arbeitsunfähig gewesen ist. Wäre dies der Fall, könnte er keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung gegen die Beklagte erheben. Ist der Arbeitnehmer (Arbeiter im Sinne des Lohnfortzahlungsgesetzes oder Angestellter im Sinne von § 616 BGB, § 63 HGB, § 133 c GewO) nämlich bereits bei Abschluß des Arbeitsvertrages arbeitsunfähig krank, so kann er keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle verlangen, wenn die Arbeitsunfähigkeit auch noch in dem Zeitpunkt fortbesteht, zu dem der Arbeitnehmer die Arbeit vereinbarungsgemäß antreten soll. Darauf, ob der Arbeitnehmer die Arbeit noch begonnen hat oder nicht, kommt es nicht an.



2. Die Regelungen über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle stellen eine gesetzliche Ausgestaltung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers dar (vgl. BAGE 52, 313, 315 = AP Nr. 68 zu § 1 LohnFG, zu I der Gründe). Fürsorgepflichten müssen nicht nur gegen Rechtsmißbrauch geschützt werden, sie bedürfen auch des begrenzenden Schutzes gegen Anspruchsüberdehnung. Das Gesetz - § 1 Abs. 1 LFZG, § 616 BGB, § 63 HGB, § 133 c GewO - verlangt vom Arbeitgeber, das allgemeine Krankheitsrisiko seiner Arbeitnehmer zu tragen (vgl. BAGE 52, aaO). Zu dem für das Arbeitsleben typischen Krankheitsrisiko des Arbeitnehmers gehört es jedoch nicht, bereits bei Vertragsabschluß für die übernommene Arbeitsleistung krankheitsbedingt außerstande zu sein. Der Schutzzweck der genannten Normen erstreckt sich daher nicht auf Fallgestaltungen, in denen schon bei Vertragsabschluß feststeht, daß dem Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung - ganz oder auch nur vorübergehend - unmöglich ist. Hieraus ergibt sich, daß die Rechtsfolgen dieser ganz ungewöhnlichen und im Arbeitsleben nur selten anzutreffenden Fallkonstellation - dem Senat sind ähnliche Fälle bislang nicht zur Entscheidung vorgelegt worden - jedenfalls im Regelfall nicht dem Arbeitgeber aufgebürdet werden können (vgl. zum Schutzzweck von § 1 LFZG auch BAGE 52, 313 = AP Nr. 68 zu § 1 LohnFG, Organspendenfall).

Daß der Schutzzweck der die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle regelnden Normen die Fälle nicht erfaßt, in denen der Arbeitnehmer bereits bei Vertragsabschluß und nicht erst bei der vereinbarten Arbeitsaufnahme krankheitsbedingt arbeitsunfähig ist, folgt schließlich auch aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der

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



Anfechtbarkeit: Nach § 119 Abs. 2 BGB könnte der Arbeitgeber seine bei Vertragsabschluß abgegebene Erklärung wegen Irrtums über solche Eigenschaften des Arbeitnehmers anfechten, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden. In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß der Arbeitgeber zur Anfechtung berechtigt ist, wenn der Arbeitnehmer wegen gesundheitlicher Mängel nicht nur kurzfristig gehindert ist, die übernommene Arbeit auszuführen (vgl. BAG Urteil vom 28. März 1974 - 2 AZR 92/73 - AP Nr. 3 zu § 119 BGB, zu 1 der Gründe, m. w. N.).

IV. Sollte das Landesarbeitsgericht bei der erneuten Verhandlung zu dem Ergebnis gelangen, daß der Kläger im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht arbeitsunfähig krank im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 LFZG gewesen ist, Arbeitsunfähigkeit aber im Zeitpunkt der vereinbarten Arbeitsaufnahme vorgelegen hat, so stellt sich die oben bereits gestreifte Frage, ob durch das Tatbestandsmerkmal "nach Beginn der Beschäftigung" eine sachlich nicht begründete Schlechterstellung der Arbeiter gegenüber den Angestellten herbeigeführt wird und damit ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vorliegen könnte (ablehnend noch Senatsurteil vom 10. Juni 1972 - 5 AZR 6/72 - AP Nr. 23 zu § 1 LohnFG, zu 2 der Gründe; vgl. dagegen den Vorlagebeschluß des Senats vom 5. August 1987 - 5 AZR 189/86 - AP Nr. 72 zu § 1 LohnFG, zu II 2 a der Gründe; bejahend Kaiser/Dunkl, aaO, § 1 Rz 112). In diesem Falle wäre zu prüfen, ob eine Entscheidung des Bundesverfassungsge-



rechts einzuholen ist (Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG; §§ 80 ff. BVerfGG). Insoweit verweist der Senat auf den bereits erwähnten Vorlagebeschluß vom 5. August 1987 (AP Nr. 72 zu § 1 LohnFG).

Dr. Thomas

Dr. Gehring

Dr. Wittek

ist verhindert zu
unterschreiben wegen
längerer dienstlicher
Abwesenheit

Dr. Thomas

Halberstadt

Dr. Schönherr

