

Aktenzeichen: 5 AZR 309/85

Bundesarbeitsgericht 5.Senat

Urteil vom 19. März 1986

- 5 AZR 309/85 -

I. Arbeitsgericht

Gelsenkirchen

Urteil vom 6. Oktober 1982

- 4 Ca 1678/82 -

II. Landesarbeitsgericht

Hamm

Urteil vom 12. Februar 1985

- 11 Sa 1719/82 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Regelmäßige Teilzeitarbeit und Vergütung bei Krankheit

Gesetz:

BGB § 616, §§ 133, 157; LohnFG § 1; AVG § 3; ZPO § 286,
§ 554 Abs. 3 Nr. 3 b

Leitsätze:

K e i n e



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 309/85

11 Sa 1719/82 Hamm

Verkündet am
19. März 1986

Clobes,

Reg.-Obersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.



hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. März 1986 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thomas, die Richter Dr. Gehring und Dr. Olderog sowie die ehrenamtlichen Richter Pallas und Dr. Hirt für Recht erkannt:

1. Die Revision des beklagten Vereins gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 12. Februar 1985 - 11 Sa 1719/82 - wird zurückgewiesen.
2. Der beklagte Verein hat die Kosten der Revision zu tragen.

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 Kläger Anspruch auf Vergütungsfortzahlung im Krankheitsfalle haben.

Der beklagte Verein ist Rennveranstalter auf der Trabrennbahn Gelsenkirchen. Er beschäftigt an den Renntagen je nach Geschäftsanfall zwischen 60 und 100 Kassierer am Totalisator. Die Klägerin zu 1) ist seit 1976, die Klägerin zu 2) seit 1978 und der Kläger zu 3) seit 1975 bei ihm als Kassierer an Renntagen tätig.

Die Aufgabe der Kassierer besteht darin, die von den Wetttern ausgefüllten Wettscheine und die Gewinnscheine entgegenzunehmen, in einen Computer einzugeben und die von diesem angezeigten Be-



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



träge entgegenezunehmen oder auszuzahlen. Wettscheine und Gewinnscheine können vom Computer in einem Buchungsvorgang verarbeitet werden. Werden Wett- und Gewinnscheine zugleich vorgelegt, ermittelt der Computer den Saldo; bei getrennter Vorlage muß der Kassierer den Saldo selbst errechnen. Fehler im Buchungsvorgang macht der Computer auf einer Anzeigentafel kenntlich. Der Kassierer muß dann den Buchungsvorgang wiederholen oder die Karte von Hand bearbeiten. Am Schluß des Tages rechnen die Kassierer, nachdem der Computer den Kassensollbestand ermittelt hat, mit dem Gruppenführer ab.

Die Kläger werden ohne besondere Aufforderung an allen Renntagen beschäftigt; lediglich in der Zeit von April bis Juni 1982 wurden sie zu einzelnen Renntagen schriftlich abbestellt. Als Vergütung erhalten die Kläger monatlich eine feste Summe, die unabhängig von der Zahl der jeweiligen Renntage festgesetzt wird und sich zuletzt auf 390,-- DM netto im Monat belief. Für Renntage, an denen die Kläger aus Krankheitsgründen nicht arbeiteten, wurden ihnen jeweils 50,-- DM von der Vergütung abgezogen. So wurden im Fall der Klägerin zu 1) wegen acht durch Krankheit versäumter Renntage 400,-- DM einbehalten, bei der Klägerin zu 2) wegen zweier Renntage 100,-- DM und bei dem Kläger zu 3) wegen eines Renntages 50,-- DM.

Die Kläger halten den Abzug nicht für gerechtfertigt und verlangen mit ihrer Klage die Nachzahlung der einbehaltenen Beträge. Sie haben geltend gemacht, der Beklagte sei zur Vergütungsfortzahlung im Krankheitsfalle verpflichtet. Sie ständen in



unbefristeten Arbeitsverhältnissen, was darin zum Ausdruck komme, daß sie grundsätzlich an allen Renntagen ohne besondere Anforderung beschäftigt würden, daß ihnen eine feste monatliche Vergütung unabhängig von der Zahl der tatsächlichen Renntage gewährt werde und daß sie zu Beginn eines jeden Jahres ihre Urlaubswünsche beim Totalisatorleiter anmelden und genehmigen lassen müßten. Bei ihrer Arbeit handele es sich um eine Angestelltentätigkeit, vergleichbar derjenigen von Kassierern in Warenhäusern oder Banken.

Die Kläger haben zuletzt beantragt,

den beklagten Verein zu verurteilen,

an die Klägerin zu 1) 400,-- DM netto
nebt 4 % Zinsen seit dem 29. Mai 1982,

an die Klägerin zu 2) 100,-- DM netto,
nebst 4 % Zinsen seit dem 29. Mai 1982,

an den Kläger zu 3) 50,-- DM netto
nebst 4 % Zinsen seit dem 29. Mai 1982

zu zahlen.

Der beklagte Verein hat beantragt, die Klagen abzuweisen. Er hat vorgetragen, die Arbeitsverhältnisse der Kläger seien nach ausdrücklicher Vereinbarung jeweils auf einzelne Renntage befristet. Der sachlich rechtfertigende Grund für die Befristung liege darin, daß nicht an allen Renntagen eine gleich große Anzahl von Kassierern gebraucht werde: an den Wochenenden seien die Rennen stärker besucht als während der Woche, und nur bei Spitzenrennen sei der Einsatz aller Arbeitskräfte am Totalisator erforderlich. Ein weiterer sachlicher Grund für die Befristung



liege im Sozialversicherungsrecht und in der Regelung des pauschalierten Lohnsteuerabzugs. So ermöglichten befristete Verträge mit einer Vergütung von 390,-- DM im Monat den Mitarbeitern Sozialversicherungsfreiheit und Lohnsteuerpauschalierung.

Im übrigen übten die Kläger nicht die Tätigkeit von Angestellten, sondern von Arbeitern aus. Die gedankliche Arbeit werde den Kassierern vom Computer abgenommen. Die verbleibende geistige Tätigkeit sei gegenüber der manuellen von untergeordneter Bedeutung. Jedenfalls sei die Tätigkeit nicht mit der von Kassierern in Warenhäusern oder Banken vergleichbar, sondern höchstens mit der Tätigkeit in Lotto- und Totoannahmestellen. Mit der Bewertung der Tätigkeit der Kläger als der von Arbeitern entfalle ein Anspruch auf Lohnfortzahlung, da die regelmäßige Arbeitszeit wöchentlich zehn Stunden nicht übersteige und für diese Fälle gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 LohnFG ein Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall nicht gewährt werde.

Schließlich sei höchstens ein Lohnanspruch in Höhe von 45,-- DM pro Tag gerechtfertigt, da nach einer ausdrücklichen Vereinbarung 5,-- DM als Mankogeld gezahlt würden.

Das Arbeitsgericht hat den Klagen stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision, mit der der Beklagte sein Ziel weiterverfolgt, die Klagen abzuweisen.



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

Die Revision bleibt ohne Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat den Klagen zu Recht stattgegeben. Die Kläger stehen zu dem beklagten Verein in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis als Angestellte. Sie haben gemäß § 616 Abs. 1 BGB Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Renntage, an denen sie ihre Arbeit wegen Krankheit nicht verrichten können.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, zwischen den Parteien beständen Dauerarbeitsverhältnisse, auf deren Grundlage die Kläger fortlaufend an bestimmten Tagen in der Woche tätig werden. Es hat dies daraus geschlossen, daß die Kläger seit Jahren bei dem Beklagten grundsätzlich an allen Renntagen ohne besondere Aufforderung beschäftigt wurden, der Beklagte ihnen ein regelmäßiges monatliches Gehalt gewährt, dessen Höhe nicht von der tatsächlichen Anzahl der Renntage abhängt, und die Kläger gehalten sind, zu Beginn des Jahres ihre Urlaubswünsche mitzuteilen und genehmigen zu lassen.

1. Die Rechtsausführungen des Landesarbeitsgerichts sind nach seinen tatsächlichen Feststellungen, an die der Senat mangels einer durchgreifenden Verfahrensrüge gebunden ist (§ 561 Abs. 2 ZPO), revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß ein Dauerarbeitsverhältnis nicht schon dadurch ausgeschlossen wird, daß die Arbeit nur an einigen bestimmten Tagen im Monat geleistet werden soll und dazwischen Zeiten liegen, in denen der Arbeitnehmer anderweitig oder gar nicht beschäftigt wird. Auch bei Verträgen, nach

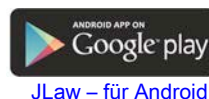


denen die Arbeit in zeitlich außergewöhnlichen Abständen zu leisten ist, kann es sich um Dauerverträge handeln, wenn der Arbeitnehmer nicht nur zur vorübergehenden Aushilfe eingestellt ist, sondern auf Dauer an bestimmten Tagen oder Stunden in der Woche regelmäßig zur Arbeit verpflichtet ist (vgl. BAG 21, 366 = AP Nr. 31 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag). Angesichts der vom Landesarbeitsgericht festgestellten besonderen Umstände, vor allem der seit Jahren bestehenden regelmäßigen Inanspruchnahme der Kläger an allen Renntagen, sind Anhaltspunkte dafür, daß jeweils nur auf einzelne Renntage befristete Arbeitsverhältnisse begründet werden sollten, nicht ersichtlich.

2. Im übrigen wären - auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts - sachliche Gründe für eine Befristung nicht anzuerkennen. Die Kläger werden nämlich nicht nur zur Deckung eines vorübergehenden Personalbedarfs eingesetzt, was bei anderen Mitarbeitern des Beklagten der Fall sein mag, vielmehr wird von ihnen eine zeitlich feststehende Arbeitsleistung an allen Renntagen erwartet und auch ständig in Anspruch genommen. Unter diesen Umständen ist kein sachlicher Grund ersichtlich, der die Befristung der Verträge der Kläger rechtfertigen könnte. Entgegen der Ansicht des Beklagten ist eine Entgeltvereinbarung über 390,-- DM im Monat, die sich an der Grenze der Sozialversicherungsfreiheit und an der Möglichkeit der Lohnsteuerpauschalierung ausrichtet, bei der Frage nach dem sachlichen Grund für eine Befristung ohne Bedeutung. Die Zulässigkeit der Befristung folgt nicht aus der Höhe des monatlichen Entgelts. Teilzeitarbeitskräfte, denen ein lohnsteuer- und



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



sozialversicherungsfreies Entgelt gezahlt wird, können sowohl in einem befristeten als auch in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis stehen. In der Praxis sind unbefristete Arbeitsverhältnisse dieser Art sogar die Regel. Im übrigen ist bei der Zahlungsweise des Beklagten nicht erkennbar, inwiefern ein unbefristetes Arbeitsverhältnis die Belastung des Entgelts mit Sozialabgaben und Steuern zur Folge haben könnte.

II. Das Landesarbeitsgericht hat die Kläger zutreffend als Angestellte eingeordnet.

1. Der Begriff des Arbeiters ist im Arbeitsrecht ebensowenig näher bestimmt wie der des Angestellten. Da die Tätigkeit der Kläger nicht in dem die Vorschrift des § 3 AVG ergänzenden Berufsgruppenkatalog vom 8. März 1924 (RGBl. I S. 274, S. 410), ergänzt durch die Verordnungen vom 4. Februar 1927 und vom 15. Juli 1927 (RGBl. I S. 58, S. 222), aufgeführt ist, kommt es für die Beantwortung der Frage, ob die Kläger Angestellte oder Arbeiter sind, entscheidend auf die Verkehrsanschauung an. Nach dieser ist als Angestellter anzusehen, wer kaufmännische oder büromäßige Tätigkeit leistet oder wer überwiegend eine leitende, beaufsichtigende oder dem vergleichbare Tätigkeit ausübt, bei der die geistige Leistung im Vordergrund steht. Bei verschiedenen Aufgaben ist auf diejenige abzustellen, die der Tätigkeit das Gepräge gibt. Kann der Arbeitnehmer nach diesen Abgrenzungsmerkmalen nicht dem Kreis der Angestellten zugerechnet werden, ist er als Arbeiter anzusehen (vgl. BAG 5, 98 = AP Nr. 5 zu § 59 HGB; BAG 7, 86, 91 = AP Nr. 12 zu § 59 HGB, jeweils mit weiteren



Nachweisen; zuletzt das auch für die Amtliche Sammlung bestimmte Urteil des Senats vom 7. November 1984 - 5 AZR 378/82 - AP Nr. 59 zu § 1 LohnFG, zu I 1 a der Gründe; BSGE 21, 176, 179; BSGE 47, 106 m.w.N.).

2. Diese Abgrenzungsmerkmale hat das Berufungsgericht beachtet. Es hat mangels einer allgemeingültigen Anschauung der beteiligten Berufskreise und mangels einer einschlägigen tariflichen Regelung entscheidend darauf abgestellt, ob bei der Tätigkeit eines Kassierers am Totalisator eines Veranstalters von Pferderennen die gedanklich-geistige Leistung oder die mechanische, mit der Hand geleistete Tätigkeit überwiegt. Es hat sodann auf der Grundlage seiner Feststellungen, insbesondere der Ausführungen des Sachverständigen, eine Angestelltentätigkeit angenommen. Seine Würdigung, ein Kassierer, der am Totalisatorcomputer arbeite und dabei ständig in großer Eile zählen, rechnen und mit höheren Geldbeträgen umgehen müsse, der stets zu äußerster Konzentration und zu schnellem Denken angehalten sei, erbringe ganz überwiegend geistige Leistungen, ist revisionsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden.

3. Soweit die Revision dem Berufungsgericht vorwirft, es gehe bei seiner Würdigung von anderen tatsächlichen Gegebenheiten aus, als sie im Sachverständigengutachten festgehalten worden seien, will sie erkennbar eine Verletzung des § 286 ZPO rügen. Diese Rüge bleibt jedoch ohne Erfolg.

Die Beweiswürdigung ist Sache der Tatsacheninstanz. Nach



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



§ 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO muß das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer Beweisaufnahme nach freier Überzeugung entscheiden, ob die behaupteten Tatsachen wahr sind. Das Revisionsgericht kann dabei lediglich nachprüfen, ob die Beweiswürdigung vollständig ist, ob wesentliche Beweisantritte übergangen sind oder ob die Beweiswürdigung gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (BAG 14, 206, 210 = AP Nr. 4 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsabschluß, zu II der Gründe).

Das angefochtene Urteil läßt derartige Fehler nicht erkennen. Mit dem Vorwurf, das Landesarbeitsgericht gehe an den tatsächlichen Gegebenheiten vorbei und übersehe, daß nach dem Sachverständigengutachten die manuelle Tätigkeit der Kassierer überwiege, macht die Revision letztlich nur geltend, daß auch eine andere Schlußfolgerung und damit ein anderes Beweisergebnis aus dem Gutachten des Sachverständigen möglich gewesen sei. Damit hat sie jedoch keinen Verfahrensfehler im Sinne des § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO aufgezeigt, der von der Revisionsinstanz zu beachten wäre.

III.1. Das Berufungsgericht ist weiter zutreffend von § 616 Abs. 1 Satz 1 BGB als Rechtsgrundlage für die Klagansprüche ausgegangen. Nach dieser Vorschrift behält der Angestellte den Anspruch auf die Vergütung, wenn er durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist. Als Verhinderungsgrund kommt insbesondere Krankheit in Betracht (§ 616 Abs. 2 Satz 1 BGB). Diese Voraussetzung



lag vor. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß die Kläger ihre Arbeit an bestimmten Tagen aus krankheitsbedingten Gründen nicht verrichten konnten.

2. Als Angestellte haben die Kläger gemäß § 616 Abs. 1 Satz 1 BGB schließlich auch Anspruch auf Zahlung eines Tagesentgelts in Höhe von 50,-- DM netto, eine Kürzung dieses Betrages um das tägliche Mankogeld von 5,-- DM ist nicht gerechtfertigt.

Was zur "Vergütung" in § 616 Abs. 1 Satz 1 BGB gehört, regelt das Gesetz nicht näher. Doch enthält § 2 Abs. 1 LohnFG eine allgemeine - auch hier anzuwendende - Regelung. Danach gehören alle fortlaufend gewährten Leistungen, die der Arbeitgeber als Vergütung für die zugesagten Dienste versprochen hat, zum fortzuzahlenden Arbeitsentgelt. Ausgenommen sind nur Leistungen, mit denen Aufwendungen ersetzt werden sollen, die lediglich bei tatsächlicher Arbeitsleistung, nicht aber im Krankheitsfalle entstehen. Die Vergütung des Angestellten ermittelt sich folglich danach, was er verdient hätte, wenn er nicht an der Leistung der Dienste verhindert gewesen wäre (ständige Rechtsprechung, vgl. BAG Urteil vom 12. Oktober 1956 - 1 AZR 464/54 - AP Nr. 4 zu § 63 HGB; sowie aus neuerer Zeit: Urteil vom 4. Oktober 1978 - 5 AZR 886/77 - AP Nr. 11 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie, zu 3 a der Gründe, mit weiteren Nachweisen; vgl. ferner Kaiser/Dunkl, Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle, 2. Aufl., § 1 Rz 87; Schmatz/Fischwasser, Vergütung der Arbeitnehmer bei Krankheit und Mutterschaft, 6. Aufl., L 402).



Vergütungsbestandteil in diesem Sinne ist auch das Mankogeld.
Es könnte nur dann als von der Gehaltsfortzahlung auszunehmender
Aufwendungsersatz angesehen werden, wenn es tatsächliche Mehr-
aufwendungen der Kläger bei Ausübung ihrer Tätigkeit abgelten
sollte. Dazu war es jedoch nicht bestimmt.

Dr. Thomas

Dr. Gehring

Dr. Olderog

Pallas

Dr. Hirt



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)