

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

Gesetz: BGB § 616 Abs. 1; HGB § 63 Abs. 1; RVO § 182 Abs. 1o,
§ 185 c; GG Art. 3 Abs. 1

Leitsätze:

1. Eine ärztliche Bescheinigung genügt in der Regel für den Nachweis, daß ein erkranktes Kind der Pflege bedarf.
2. Kommen nur der Vater und die Mutter als für die Pflege geeignete Personen in Betracht und sind beide berufstätig, so können grundsätzlich die Eltern darüber entscheiden, wer von ihnen die Pflege übernehmen soll.

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

Aktenzeichen: 5 AZR 361/78

Urteil des BAG vom 20. Juni 1979 LAG Niedersachsen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 361/78

7 (2) Sa 1559/76 Niedersachsen

Verkündet am
20. Juni 1979

gez. Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Juni 1979 durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger, die Richter Dr. Heither und Dr. Fenge sowie die ehrenamtlichen Richter Heidenreich und Dr. Hirt für Recht erkannt:

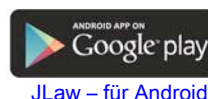
1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 31. Januar 1978 - 7 (2) Sa 1559/76 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

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
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin fordert von der Beklagten aus übergegangenem Recht Fortzahlung des Gehalts, das der bei ihr versicherten Angestellten Helga A für fünf Tage, an denen sie ihr krankes Kind gepflegt hat, zustehen soll.

Frau A war bei der Beklagten als Verkäuferin beschäftigt und wurde für die Zeit vom 8. November 1973 bis zum 31. März 1976 als Mitglied der Klägerin gemeldet. Für fünf Arbeitstage, vom 9. Februar bis zum 13. Februar 1976, blieb sie wegen der Erkrankung ihres siebenjährigen Sohnes M der Arbeit fern. Ihr Sohn hatte laut ärztlicher Bescheinigung vom 9. Februar 1976 Lungenentzündung und bedurfte der Beaufsichtigung, Betreuung oder Pflege.

Die Beklagte zahlte für diese Tage kein Gehalt. Die Klägerin gewährte Frau A Pflege-Krankengeld in Höhe von 85,25 DM.

Der Ehemann von Frau A arbeitete in der fraglichen Zeit als kaufmännischer Angestellter bei der P und war täglich von 6.30 Uhr bis 16.00 Uhr nicht zu Hause. Eine Schwester des Herrn A hat selbst drei Kinder; ihr Verhältnis zur Familie A war gespannt. Der Vater von Frau A lebte allein in Gehrden und war 66 Jahre alt. Weitere für die Pflege des Kindes in Betracht kommende Verwandte waren nicht vorhanden.

Die Klägerin verlangt aus übergegangenem Recht Zahlung des Gehalts für den genannten Zeitraum in Höhe des von ihr an Frau A gezahlten Pflege-Krankengeldes von 85,25 DM. Sie hat den entsprechenden Zahlungsantrag gestellt.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie vertritt die Auffassung, Frau A hätte sich um eine andere Person für die Pflege ihres Kindes kümmern müssen. Außerdem seien Vater und Mutter gleichermaßen verpflichtet, für das Kind zu sorgen; daher könne nicht von dem Arbeitgeber des einen Elternteils allein Entgeltfortzahlung gefordert werden. Der Anspruch sei vielmehr zu teilen. Auch Herr A hätte zwei Tage die Pflege seines Sohnes übernehmen können.

- 3 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 3 -

Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet. Der Angestellten A stand der geltend gemachte Gehaltsfortzahlungsanspruch zu; er ist auf die Klägerin übergegangen (§ 185 c Abs. 2 Satz 2 RVO in Verb.mit § 182 Abs. 1o RVO).

1. Der Anspruch auf Gehaltsfortzahlung wegen Pflege eines erkrankten Kindes kann für alle Arbeitnehmer nur auf § 616 Abs. 1 Satz 1 BGB gestützt werden. Dies hat der Senat in seinem ebenfalls am 20. Juni 1979 verkündeten Urteil - 5 AZR 479/77 - in einem Fall entschieden, in dem eine technische Angestellte Gehaltsfortzahlungsansprüche geltend gemacht hatte ([demnächst] AP Nr. 49 zu § 616 BGB - auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Auf die dort gegebene Begründung wird hiermit verwiesen. Was der Senat dort zu dem Verhältnis von § 133 c GewO zu § 616 Abs. 1 BGB ausgeführt hat, gilt entsprechend für das Verhältnis von § 63 HGB zu dieser Bestimmung. Eine verfassungskonforme Auslegung, die dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG genügt, führt in den genannten Fällen der Arbeitsverhinderung zu einer Anwendung des § 616 Abs. 1 BGB auch für die Angestelltengruppen, die bei Gehaltsfortzahlung für Zeiten der eigenen Erkrankung unter § 63 HGB bzw. § 133 c GewO fallen.

Das Landesarbeitsgericht hat in seinem angefochtenen Urteil als Anspruchsgrundlage zwar § 63 Abs. 1 HGB zugrunde gelegt. Dies führt jedoch im Streitfall zu keinem anderen Ergebnis, weil Gehaltsfortzahlungsansprüche für eine verhältnismäßige kurze Zeit beansprucht werden und sich insoweit ein Unterschied in den Anspruchsvoraussetzungen zwischen dieser Vorschrift und § 616 Abs. 1 BGB nicht ergibt (BAG, Urteil vom 7. Juni 1978 - 5 AZR 466/77 - = AP Nr. 35 zu § 63 HGB [unter III 1 der Gründe - auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt]).



2. Das Landesarbeitsgericht hat die Pflegebedürftigkeit des erkrankten Kindes bejaht und sich hierbei auf die von der Klägerin überreichte ärztliche Bescheinigung vom 9. Februar 1976 berufen, in der festgestellt worden ist, daß das Kind wegen Lungenentzündung der Beaufsichtigung, Betreuung oder Pflege bedürfe.

Die Revision rügt, daß das angefochtene Urteil diese ärztliche Bescheinigung zugrunde gelegt habe, obwohl sie der Beklagten nicht bekannt sei. Diese Rüge der Revision greift nicht durch. Das Verfahren des Landesarbeitsgerichts verletzt weder den Grundsatz der Mündlichkeit noch das Gebot des rechtlichen Gehörs.

Die Klägerin hat die ärztliche Bescheinigung durch Verweisung auf Bl. 12 der Krankenakte bereits in der Klageschrift erwähnt; sie hat ferner in ihrer Erwiderung zur Berufungsbeurteilungsschrift vom 20. Januar 1978 den Inhalt dieser Bescheinigung wiedergegeben. Auf diesen Schriftsatz wird in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen; ebenso auf das erstinstanzliche Urteil, das seinerseits auf die Klageschrift verweist. Danach ist - zumal eine Berichtigung des Tatbestandes nach § 320 ZPO nicht beantragt worden ist - davon auszugehen, daß die Bescheinigung auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung war. Eine ausdrückliche Aufnahme ins Protokoll war hierzu, wie sich aus § 160 ZPO ergibt, nicht erforderlich.

Die Beklagte hatte auch Gelegenheit, sich zu der ärztlichen Bescheinigung zu äußern. Sie hatte durch die genannten Schriftsätze vom Inhalt der Bescheinigung Kenntnis. Sie konnte darüber hinaus auch die Bescheinigung selbst, die sich - wie in den Schriftsätzen erwähnt - bei den Gerichtsakten befand, einsehen. Die Beklagte hatte also die Möglichkeit, hierzu sachlich Stellung zu nehmen. Daß sie diese Möglichkeit nicht genutzt hat, kann ihre auf Verletzung des rechtlichen Gehörs gerichtete Rüge nicht begründen (Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 37. Aufl., Grundz. 4 vor § 128).



3. Die ärztliche Bescheinigung genügt in der Regel für den Nachweis, daß das erkrankte Kind der Pflege bedarf. Dies hat der Gesetzgeber auch in § 185 c Abs. 1 RVO zum Ausdruck gebracht, indem er das ärztliche Zeugnis als Mittel für den Nachweis, daß der Versicherte zur Beaufsichtigung, Betreuung oder Pflege seines erkrankten Kindes der Arbeit fernbleiben muß, ausdrücklich bezeichnet. Diese Regelung kann auch für den arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 616 Abs. 1 BGB als Anhaltspunkt für die Anforderungen an die Nachweispflicht dienen. (Vgl. für den Nachweis der eigenen Arbeitsunfähigkeit Urteil des Senats vom 11. August 1976 - 5 AZR 422/75 - AP Nr. 2 zu § 3 LohnFG, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen [zu 2 der Gründe].)

Die Beklagte hat keine Tatsachen vorgetragen, die ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der ärztlichen Bescheinigung begründen könnten. Soweit sich die Revision darauf stützt, die Bescheinigung hätte sich nicht festgelegt, sondern lediglich alternativ die Notwendigkeit der Beaufsichtigung, Betreuung oder Pflege des Kindes bestätigt, kann darin keine begründete Rüge gesehen werden. Mit dieser Formulierung wiederholt die ärztliche Bescheinigung lediglich den Wortlaut des § 185 c RVO. Jeder der drei genannten Tätigkeiten für das erkrankte Kind, sowohl die Beaufsichtigung als auch die Betreuung oder die Pflege, würde für sich allein schon die Arbeitsverhinderung begründen. Die alternative Aufführung dieser drei Begriffe in der ärztlichen Bescheinigung ist daher unschädlich.

4. Es ist auch nicht zu beanstanden, daß das Landesarbeitsgericht die Arbeitsverhinderung der Mutter als gegeben erachtet hat. Die Revision greift zu Unrecht diese Beurteilung an. Sie meint, statt der Mutter hätte auch der Vater zur Pflege des Kindes herangezogen werden können. Wenn nicht besondere Umstände dafür vorlägen, daß nur ein Elternteil die Pflege des Kindes übernehmen könne, hätten die Eltern sich diese Tätigkeit zu teilen. Seien beide Elternteile berufstätig und gleichermaßen verpflichtet und in der Lage, das kranke Kind zu pflegen, dann müßte die Belastung der Lohnfortzahlung auf die Arbeitgeber beide Elternteile gleichmäßig verteilt werden.



An der Arbeitsleistung ist ein Arbeitnehmer dann im Sinne des § 616 Abs. 1 BGB verhindert, wenn ihm die Dienstleistung nicht zuzumuten ist. Bei Erkrankung eines Kleinkindes ist die Arbeitsleistung dann nicht zumutbar, wenn Beaufsichtigung, Betreuung oder Pflege geboten sind und andere im Haushalt des Arbeitnehmers lebende Personen nicht zur Verfügung stehen (BAG, Urteil vom 19. April 1978 - 5 AZR 834/76 -, AP Nr. 48 zu § 616 BGB [unter II 1 b der Gründe] m.w.Nachw. - auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Kommen nur der Vater und die Mutter als für die Pflege geeignete Personen in Frage und sind beide berufstätig, ist grundsätzlich nichts dagegen einzuwenden, wenn die Eltern darüber entscheiden, wer von ihnen die Pflege übernehmen soll. Beide sind für das Wohlergehen des Kindes verantwortlich und können auch am besten beurteilen, durch wen das Kind die wirksamste Pflege erhalten wird.

Diese Entscheidung der Eltern ist regelmäßig als maßgeblich hinzunehmen. Nur ausnahmsweise kann ihre Entscheidung für die Entgeltfortzahlungsverpflichtung als nicht beachtlich angesehen werden, wenn besondere Umstände des Einzelfalles eine andere Beurteilung gebieten. Hierbei sind auch die Interessen der zur Entgeltfortzahlung verpflichteten Arbeitgeber angemessen zu berücksichtigen. Eine Entscheidung der Eltern könnte zum Beispiel dann unbeachtlich sein, wenn der Vater arbeitslos wäre oder aus anderen Gründen keiner Arbeit nachginge und dennoch die Mutter bei einer nicht schweren Krankheit des Kindes zu dessen Pflege der Arbeit fernbliebe. Das gleiche könnte gelten, wenn beide Elternteile für denselben Arbeitgeber arbeiteten und dieser Arbeitgeber ein besonderes Interesse daran hätte, daß einer der Elternteile der Arbeit weiter nachginge (so Löwisch, Der Betrieb 1979, 209 [211]).

Besondere Umstände, die eine von der Entscheidung der Eltern abweichende Beurteilung gebieten, liegen hier jedoch nicht vor. Die Entscheidung der Eltern, daß die Mutter die Pflege des an Lungenentzündung erkrankten Kindes übernimmt, ist deshalb gerechtfertigt.



- 7 -

Auch eine Aufteilung der Pflege zwischen Vater und Mutter, wie sie von der Revision gefordert wird, kann nicht als für die Eltern verpflichtend angesehen werden. Ein derartiger Wechsel in der Pflege wird im allgemeinen schon daran scheitern, daß ein solches Verfahren nicht praktikabel ist. Abgesehen davon, daß sich oft von vornherein nicht überblicken läßt, wie lange ein erkranktes Kind der Pflege bedarf, ist auch ein kurzfristiger Wechsel der Pflegeperson im Interesse des Kindes nicht erstrebenswert.

Zugleich für den Richter Dr. Heither,
der durch Urlaub an der Unterschrift
verhindert ist.

gez.: Dr. Hilger

Dr. Fenge

Heidenreich Dr. Hirt

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](#)