

Aktenzeichen: 5 AZR 379/82

Bundesarbeitsgericht 5. Senat Urteil vom 7. November 1984
- 5 AZR 379/82 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 27. Januar 1982
Lübeck - IV 2 Ca 1931/81 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 1. Juli 1982
Schleswig-Holstein - 3 Sa 171/81 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja



Entscheidungsstichwort:

Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall und ärztl. Attest

Gesetz: HGB § 63; BGB § 616, § 134; GewO § 133 c; LohnFG §§ 3, 5;
TVG § 1 Auslegung, § 1 Tarifverträge: Druckindustrie;
Manteltarifvertrag für kaufmännische und technische Ange-
stellte der Druckindustrie in Hamburg und Schleswig-Holstein
vom 12. Mai 1969, § 8 Abs. 1

Leitsatz:

Durch Tarifvertrag kann nicht bestimmt werden, daß der
Anspruch eines Angestellten auf Gehaltsfortzahlung im
Krankheitsfall nur bei Vorlage eines ärztlichen Attestes
begründet ist.



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



5 AZR 379/82

3 Sa 171/82 Schleswig-Holstein

Verkündet am
7. November 1984

Clobes,

Reg.-Sekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. November 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thomas, die Richter Dr. Gehring und Schneider sowie die ehrenamtlichen Richter Pallas und Krebs für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

vom 1. Juli 1982 - 3 Sa 171/82 - aufgehoben.

2. Die Sache wird zur erneuten 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 der Klägerin ein Anspruch auf Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfalle zusteht.

Die Klägerin war bei der Beklagten in der Zeit vom 1. Januar bis zum 25. August 1980 als Angestellte gegen ein monatliches Bruttogehalt von 1.964,00 DM beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis ist kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit der Manteltarifvertrag für kaufmännische und technische Angestellte der Druckindustrie in Hamburg und Schleswig-Holstein vom 12. Mai 1969 (im folgenden kurz: MTV) anzuwenden. Dessen § 8 Abs. 1 lautet:

"Bei Erkrankung ist der Geschäftsleitung unter Angabe der Gründe unverzüglich Mitteilung zu machen. Der erkrankte Angestellte hat innerhalb von drei Tagen ein ärztliches Attest, aus dem die Arbeitsunfähigkeit ersichtlich ist, vorzulegen."

Die Klägerin blieb am 23. und 24. Juli 1980 dem Dienst fern. Ein ärztliches Attest zum Nachweis einer Erkrankung legte sie nicht vor. Die Beklagte zog ihr daraufhin für die Fehltage



den Betrag von 178,54 DM vom Gehalt ab. Das hält die Klägerin nicht für gerechtfertigt. Sie hat behauptet, sie sei an den beiden Tagen arbeitsunfähig krank gewesen. Sie habe wegen privater Aufregungen und Enttäuschungen - ihr Verlobter habe sie damals verlassen - einen Kreislaufkollaps und einen Nervenzusammenbruch erlitten. Einen Arzt habe sie nicht aufsuchen können; dazu sei sie körperlich zu schwach gewesen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 178,54 DM brutto nebst 4 % Zinsen seit Klageerhebung zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat bestritten, daß die Klägerin arbeitsunfähig krank gewesen sei, und geltend gemacht, die Klägerin hätte zum Nachweis ihrer Erkrankung ein ärztliches Attest vorlegen müssen. Da das nicht geschehen sei, könne sie nach § 8 Abs. 1 MTV keinen Anspruch auf Bezahlung der beiden Fehltage erheben.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision der Klägerin, die ihr Klageziel weiterverfolgt.

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

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das



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



Berufungsgericht. Es läßt sich gegenwärtig noch nicht abschließend beurteilen, ob der Klägerin der geltend gemachte Zahlungsanspruch zusteht. Dazu bedarf es weiterer Feststellungen.

I.1. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Klägerin die behauptete Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit nicht gemäß § 8 Abs. 1 MTV durch ein ärztliches Attest nachgewiesen habe. Die Tarifvorschrift enthalte eine echte Anspruchsvoraussetzung und sei nicht nur Ordnungsvorschrift. Sie verstoße außerdem nicht gegen unabdingbares Gesetzesrecht. Das Recht auf Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfalle nach den §§ 616 BGB, 63 HGB bleibe unberührt. Geregelt werde nur, auf welche Weise der Arbeitnehmer den ihm auch nach dem Gesetz obliegenden Beweis für die Krankheit zu führen habe. Diese Begründung wird von der Revision zu Recht angegriffen.

2. Nach der ausdrücklichen Regelung in § 63 Abs. 1 Satz 5 HGB, § 133 c Satz 5 GewO und § 616 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 BGB kann der sechswöchige Gehaltsfortzahlungsanspruch des kaufmännischen Angestellten, des gewerblichen Angestellten und des Büroangestellten für den Krankheitsfall durch Vertrag nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die genannten Bestimmungen sind zwingendes Recht und folglich unabdingbar (allg. Ansicht, vgl. statt vieler BAG 32, 32, 34 = AP Nr. 49 zu § 616 BGB, zu 2 der Gründe). Abreden, die einerseits auf eine sachliche oder zeitliche Beschränkung des Anspruchs hinauslaufen oder andererseits den Anspruch an eine weitere zusätzliche Voraussetzung knüpfen, sind wegen Gesetzesverstoßes unwirksam (BAG 9, 163, 167 = AP



Nr. 12 zu § 63 HGB, mit weiteren Fundstellen). Wird etwa zu dem gesetzlichen Tatbestand der unverschuldeten Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit eine weitere - formelle - Anspruchsvoraussetzung aufgestellt, wie die Pflicht, die Erkrankung ausschließlich durch Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung zu belegen, verletzt dies den Unabdingbarkeitsgrundsatz mit der Rechtsfolge, daß die geforderte zusätzliche Voraussetzung unwirksam ist. Auch im Bereich des Lohnfortzahlungsrechts hat die gesetzlich vorgesehene Vorlage eines ärztlichen Attestes (§ 3 LohnFG) keine anspruchsbegründende Bedeutung (BAG Urteil vom 27. August 1971 - 1 AZR 107/71 - AP Nr. 1 zu § 3 LohnFG).

Ebensowenig wie durch Einzelarbeitsvertrag kann eine zwingende gesetzliche Vorschrift durch Tarifvertrag eingeschränkt oder beseitigt werden. Zwar können die Tarifvertragsparteien nach § 1 TVG Rechtsnormen setzen, die Inhalt, Abschluß und Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen regeln, sie können aber nicht zwingende gesetzliche Vorschriften zum Nachteil des Arbeitnehmers ändern. Wo ihnen dies ausnahmsweise gestattet sein soll, wird es vom Gesetz ausdrücklich hervorgehoben, wie etwa in § 13 BUrlG und in § 616 Abs. 2 Satz 2 BGB. Dagegen enthalten die Bestimmungen des § 63 HGB und des § 133 c GewO keine Öffnungsklauseln, die den Tarifvertragspartnern den Weg für eine abändernde Vereinbarung zuungunsten des Angestellten freimachen. Der eben genannte § 616 Abs. 2 Satz 2 BGB räumt den Tarifvertragsparteien zudem nur die Möglichkeit einer anderen Bemessung des Zeitraumes ein, für den das Gehalt im Krankheitsfalle weitergezahlt werden muß. Gerade



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

aus dieser besonderen Regelung ergibt sich durch Anwendung des Umkehrschlusses, daß alle anderen Grundsätze des § 616 Abs. 2 BGB - und damit auch der gleichlautenden §§ 63 HGB und 133 c GewO - wegen ihres vom Gesetz gewollten Schutzcharakters durch Tarifvertrag nicht abbedungen werden können. Dieser bereits vom Zweiten Senat begründeten Auffassung (BAG 15, 121, 126 f. = AP Nr. 25 zu § 133 c GewO, zu 6 der Gründe) hat sich der erkennende Senat in dem zur Veröffentlichung vorgesehenen Urteil vom 19. Oktober 1983 - 5 AZR 195/81 - angeschlossen (zu 2 b der Gründe). An ihr wird festgehalten.

3. § 8 Abs. 1 Satz 2 MTV vermag danach keine weitere sachliche Voraussetzung für das Entstehen eines Anspruchs auf Krankenvergütung zu begründen. Bei dieser Bestimmung kann es sich daher nur um eine Ordnungsvorschrift handeln. Als solche ist sie zulässig. Denn der Angestellte kann durch Tarifvertrag verpflichtet werden, krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit binnen drei Tagen mit ärztlichem Attest zu belegen. Eine Verletzung dieser Pflicht führt aber nicht zum Verlust des Anspruchs auf Gehaltsfortzahlung (vgl. BAG 9, 163, 168 = AP Nr. 12 zu § 63 HGB). Der Angestellte kann seine Arbeitsunfähigkeit vielmehr auch anders als durch eine ärztliche Bescheinigung nachweisen. Das wird von der Beklagten, wie aus ihrer Revisionsentgegnung hervorgeht, im Grunde nicht verkannt. Eine ganz andere Frage ist, ob der Angestellte, der von dem Besuch oder der Hinzuziehung eines Arztes absieht, damit das Risiko eingeht, seine Arbeitsunfähigkeit nicht beweisen zu können. Denn die Verpflichtung hierzu bleibt grundsätzlich unberührt.



II. Der Senat kann nicht durcherkennen. Die entscheidende Frage des Rechtsstreits ist, ob die Klägerin am 23. und 24. Juli 1980 arbeitsunfähig krank war oder nicht. Diese Feststellung setzt eine Würdigung der bereits vom Arbeitsgericht erhobenen Beweise voraus. Das Landesarbeitsgericht hat eine solche Würdigung nicht vorgenommen. Es hat lediglich Bedenken geäußert, ob sich aus dem Beweisergebnis wirklich der zwingende Schluß auf eine Erkrankung der Klägerin ziehen lasse, und hinzugefügt, eine endgültige Entscheidung setze eine erneute Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz voraus. Damit ist aber bislang eine Beweiswürdigung durch das Berufungsgericht unterblieben. Der Senat kann das nicht nachholen. Die Beweiswürdigung ist grundsätzlich Sache der Tatsacheninstanz. Dem Revisionsgericht ist es verwehrt, selbst eine Beweiswürdigung vorzunehmen (BAG Urteil vom 27. Januar 1970 - 1 AZR 211/69 - AP Nr. 2 zu § 286 ZPO, zu 2 der Gründe; BAG Urteil vom 16. August 1983 - 3 AZR 34/81 - AP Nr. 2 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung, zu II 3 der Gründe).

III. Unbegründet ist der Vorwurf der Revision, das Landesarbeitsgericht habe angenommen, das in erster Instanz zugelassene Vorbringen könne in der Berufungsinstanz noch zurückgewiesen werden. Von einer solchen Annahme ist das angefochtene Urteil ersichtlich nicht ausgegangen. Vielmehr hat es ausgeführt, der rechtlichen Beurteilung sei das gesamte Vorbringen der Klägerin, wie sie es zum Schluß der ersten Instanz vorgetragen habe, zugrunde zu legen. Eine Zurückweisung wegen Verspätung könne in der zweiten Instanz nicht nachgeholt werden. Das ist richtig. Die Zulassung neuen Vorbringens durch das Gericht ist unanfechtbar



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

und für das Rechtsmittelgericht bindend (vgl. Grunsky, ArbGG,
4. Aufl., § 67 Rz 9; Thomas/Putzo, ZPO, 12. Aufl., § 296
Anm. 6 c - jeweils mit weiteren Nachweisen).

Dr. Thomas

Dr. Gehring

Schneider

Pallas

Krebs



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)