

Aktenzeichen: 5 AZR 414/84
Bundesarbeitsgericht 5. Senat Urteil vom 25. März 1987
- 5 AZR 414/84 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 28. Oktober 1983
Berlin - 16 Ca 164/83 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 3. Mai 1984
Berlin - 7 Sa 8/84 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Ja



Entscheidungsstichwort:

Berechnung der Krankenbezüge nach AVR-Richtlinien

Gesetz: Arbeitsvertragsrichtlinien des Diakonischen Werkes der
Evangelischen Kirche in Deutschland (AVR) § 20 a Abs. 1,
§ 24 Abs. 3, § 28 Abs. 10; BAT § 35 Abs. 1 Satz 1 und
Satz 2, § 35 Abs. 3, § 37 Abs. 2; BGB § 616 Abs. 2, § 134;
LohnFG § 2 Abs. 3; GG Art. 3 Abs. 1

Leitsätze:

1. Die Höhe der Vergütung eines Angestellten im Krankheitsfall (§ 616 Abs 1 Satz 1 BGB) kann auch durch Tarifvertrag nicht beschränkt werden.

2. § 24 Abs 3 in Verbindung mit § 28 Abs 10 der Arbeitsvertragsrichtlinien des Diakonischen Werkes der Evangelischen Kirche in Deutschland ist nichtig, soweit er den nach § 20 a Abs 1 Satz 2 Buchst e) AVR zu gewährenden Zeitzuschlag für Nachtarbeit bei der Berechnung der Krankheitsvergütung unberücksichtigt läßt.



5 AZR 414/84

7 Sa 8/84 Berlin

Verkündet am
25. März 1987

Clobes,

Reg.-Hauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. November 1986 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thomas, die Richter Dr. Gehring und Dr. Olderog sowie die ehrenamtlichen Richter Prof. Dr. Krems und Schumacher für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 3. Mai 1984



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



- 7 Sa 8/84 - aufgehoben, soweit es die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 28. Oktober 1983 - 16 Ca 164/83 - wegen eines Betrages von 1.125,75 DM brutto zurückgewiesen und über die Kosten entschieden hat.

2. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 28. Oktober 1983 - 16 Ca 164/83 - teilweise abgeändert:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.125,75 DM brutto nebst 4 % Zinsen aus dem sich daraus ergebenden Nettobetrag seit dem 11. Mai 1983 zu zahlen.

3. Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits 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 im vorliegenden Verfahren darüber, wie die Krankenbezüge der Klägerin zu berechnen sind.

Die Klägerin ist seit dem 22. September 1975 als Angestellte (Dauernachtwache) im Krankenhaus "Haus F" in Berlin, dessen Träger der Beklagte ist, beschäftigt. Der Beklagte ist nach seiner Satzung und nach seinem Selbstverständnis eine diakonische Einrichtung. Er gehört als Mitglied zum Diakonischen Werk Berlin e.V. und ist damit mittelbar dem Diakonischen Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland e.V. angeschlossen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Im Dienstvertrag vom 22. September 1975 haben die Parteien unter anderem vereinbart, daß für das Dienstverhältnis die Arbeitsvertragsrichtlinien des Diakonischen Werkes der Evangelischen Kirche in Deutschland (AVR) in der jeweils gültigen Fassung unter Berücksichtigung der Sonderregelungen gelten sollen. Nach § 20 a Abs. 1 Satz 2 Buchst. e) AVR steht dem Mitarbeiter für Nachtarbeit ein Zeitzuschlag von 1,50 DM je Stunde zu. Eine Nachtwache der Klägerin umfaßt 9,5 Arbeitsstunden. Der Zuschlag für eine Nachtwache beträgt danach 14,25 DM. Aus § 28 Abs. 10 und aus § 24 Abs. 3 AVR ergibt sich, daß der Zuschlag für Nachtarbeit bei der Berechnung der Urlaubs- und der Krankenvergütung nicht zu berücksichtigen ist. Entsprechend ist der Beklagte bei der Berechnung der Urlaubs- und der Krankenvergütung der Klägerin verfahren.

Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Klage. Sie hat vorgetragen, ihr stehe der Nachtarbeitszuschlag auch für Urlaubs- und Krankheitstage zu. Die Arbeitsvertragsrichtlinien seien kein Tarifvertrag und könnten daher nicht von den Vorschriften § 11 BUrlG, § 616 Abs. 2 BGB, § 2 Abs. 3 LohnFG abweichen. Die Nichtberücksichtigung des Nachtarbeitszuschlages bei der Berechnung der Urlaubsvergütung verstoße außerdem gegen das in den §§ 11 und 1 BUrlG verankerte Lebensstandardprinzip, das weder durch Tarifvertrag noch durch andere Regelungen abgeändert werden könne.

Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin von dem Beklagten für die in der Zeit vom 1. Januar 1980 bis zum 24. Februar 1983



angefallenen 97 Urlaubs- und 79 Krankheitstage die Zahlung des Nachtarbeitszuschlages von jeweils 14,25 DM, zusammen also 2.508,-- DM. Sie hat diesen Anspruch dem Beklagten gegenüber rechtzeitig schriftlich geltend gemacht.

Demgemäß hat die Klägerin beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an sie 2.508,-- DM brutto zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat die Auffassung vertreten, die Arbeitsvertragsrichtlinien hätten dieselbe Rechtsqualität wie ein Tarifvertrag und könnten daher in gleicher Weise von tarifdispositivem Gesetzesrecht abweichen. Überdies sei vorliegend das Lebensstandardprinzip nicht verletzt, da die AVR in ihrer Gesamtheit für den Arbeitnehmer günstiger seien als die gesetzlichen Urlaubsregelungen.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr Klageziel weiter. Im vorliegenden Revisionsverfahren ist wegen der Zuständigkeit des erkennenden Senats nur über die Krankenvergütung der Klägerin zu entscheiden.

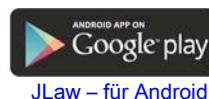
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision der Klägerin ist - soweit der Senat darüber zu entscheiden hat - begründet.

Die Klägerin ist, worüber zwischen den Parteien kein Streit



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



herrscht, Angestellte im Sinne des § 616 BGB. Als solche kann sie die Einbeziehung des Zeitzuschlages für Nachtarbeit bei der Berechnung der Krankheitsvergütung verlangen. Soweit § 24 Abs. 3 in Verbindung mit § 28 Abs. 10 AVR diesen Zeitzuschlag unberücksichtigt läßt, ist er wegen Gesetzesverstoßes nichtig (§ 134 BGB). Es kann dahinstehen, ob die Arbeitsvertragsrichtlinien des Diakonischen Werkes bei tarifdispositivem Gesetzesrecht wie ein Tarifvertrag wirken. Denn auch durch Tarifvertrag kann hinsichtlich der Höhe der für den Krankheitsfall an Angestellte zu gewährenden Vergütung nicht von der zwingenden Regelung des Gesetzes abgewichen werden.

I.1.a) Die Bestimmungen über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für Angestellte kennen keine Tariföffnungsklausel, die es den Tarifvertragsparteien gestattet, die Höhe des fortzuzahlenden Entgelts abweichend von den gesetzlichen Vorschriften zu regeln. Nach § 63 Abs. 1 Satz 1 HGB behält der kaufmännische Angestellte im Krankheitsfalle seinen Anspruch auf Gehalt für die Dauer von sechs Wochen. Dieser Anspruch kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden (§ 63 Abs. 1 Satz 5 HGB). Nach § 133 c Satz 1 GewO behalten technische Angestellte, wenn sie durch Krankheit an der Verrichtung der Dienste verhindert sind, den Anspruch auf die vertragsmäßigen Leistungen des Arbeitgebers bis zur Dauer von sechs Wochen; der Anspruch kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden (Satz 5; vgl. ferner § 48 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 sowie § 78 Abs. 2 SeemG). Beide Bestimmungen sind nicht tarifdispositiv, weder hinsichtlich der Höhe des fortzuzahlenden Entgelts noch



hinsichtlich der Dauer der Leistung des Arbeitgebers. Nach § 616 Abs. 2 BGB steht dem Angestellten im Krankheitsfalle ein Anspruch auf Vergütung bis zur Dauer von sechs Wochen zu. Dieser Anspruch kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden. Lediglich die Dauer der Vergütungszahlung kann durch Tarifvertrag anders bestimmt werden (§ 616 Abs. 2 Satz 2 BGB). Hinsichtlich der Höhe des fortzuzahlenden Entgelts im Krankheitsfalle ist die Regelung des § 616 Abs. 2 dagegen zwingend.

Dieses Ergebnis entspricht auch heute noch dem Willen des Gesetzgebers, der bei den mehrfach vorgenommenen Änderungen des § 616 BGB (z.B. durch Art. 3 § 1 des Gesetzes vom 27. Juli 1969, BGBI. I S. 946, und durch § 7 des Gesetzes vom 28. August 1975, BGBI. I S. 2289) die Bestimmung des § 616 Abs. 2 Satz 2 unverändert gelassen hat.

b) Anders ist die Rechtslage dagegen für Arbeiter. Nach § 616 Abs. 3 BGB in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Satz 1 LohnFG behält der Arbeiter, der nach Beginn der Beschäftigung unverschuldet arbeitsunfähig erkrankt, den Anspruch auf Arbeitsentgelt bis zur Dauer von sechs Wochen. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 LohnFG ist dem Arbeiter für den Zeitraum der Krankheit das - ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende - Arbeitsentgelt fortzuzahlen. Diese Bestimmung ist tarifdispositiv. Von ihr kann durch Tarifvertrag abgewichen werden (§ 2 Abs. 3 Satz 1 LohnFG).

2. Bei dieser unterschiedlichen gesetzlichen Regelung fragt



sich, ob für die Ungleichbehandlung der von § 616 Abs. 2 BGB und § 2 Abs. 3 LohnFG betroffenen Personenkreise ein sachlicher Grund vorhanden ist und ob nicht nach dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG die Regelung des § 2 Abs. 3 LohnFG auf § 616 Abs. 2 BGB entsprechend angewandt werden muß. Diese Frage ist zu verneinen. Das Lohnfortzahlungsgesetz wollte die Rechtslage der Arbeiter im Krankheitsfalle verbessern. Diese gesetzgeberische Absicht erlaubt es jedoch nicht, die Rechtslage der Angestellten in einem unterschiedlich geregelten Punkt zu verschlechtern (vgl. Trieschmann, Anm. zu BAG AP Nr. 33 und AP Nr. 34 zu § 63 HGB; gegen eine analoge Anwendung weiter Feichtinger, AR-Blattei, Krankheit, III, E II 2 sowie Kaiser/Dunkl, Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle, 2. Aufl., II. Teil Rz 88; vgl. ferner Schmatz/Fischwasser, Vergütung der Arbeitnehmer bei Krankheit und Mutterschaft, 6. Aufl., L 415, L 416; MünchKomm-Schaub, § 616 BGB Rz 37; Palandt, 46. Aufl., § 616 Anm. 1 d).

3. Auch die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat die Unabdingbarkeit des § 616 Abs. 2 Satz 2 BGB hervorgehoben. So hat der erkennende Senat im Urteil vom 19. Oktober 1983 ausgeführt, Ansprüche auf Vergütung für den Krankheitsfall könnten nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden. Das gelte auch für Tarifverträge. Auch sie gingen im Rang der gesetzlichen Regelung nach und könnten nur dann eingreifen, wenn der Tarifvertrag eine günstigere Regelung enthalte, mithin gesetzliche Ansprüche nicht ausschließe oder beschränke, sondern erweitere, oder wenn das Gesetz ausdrücklich einem Tarifvertrag



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



den Vorrang einräume. Das sei in § 616 Abs. 2 Satz 2 BGB nur bezogen auf die Dauer des Anspruchs geschehen. Das Gesetz lasse eine Tariföffnungsklausel nur insoweit zu, wie im Tarifvertrag eine andere Dauer der Leistung des Arbeitgebers bestimmt werde. Im übrigen bleibe es beim Vorrang des Gesetzes. Für den Angestellten ungünstigere tarifvertragliche oder arbeitsvertragliche Regelungen seien unwirksam (BAGE 43, 348, 352 = AP Nr. 62 zu § 616 BGB, zu 2 b der Gründe). Bereits in einer Entscheidung vom 28. November 1963 hat der Zweite Senat den Standpunkt eingenommen, aus § 616 Abs. 2 Satz 2 BGB folge, daß den Tarifpartnern nur die Möglichkeit der anderen Bemessung des Zeitraumes, für den das Gehalt weitergezahlt werden müsse, überlassen worden sei. Im Wege des Umkehrschlusses sei gerade aus dieser Vorschrift zu entnehmen, daß die sonstigen Grundsätze des § 616 Abs. 2 BGB auch nicht durch die Tarifpartner abbedungen werden könnten (BAGE 15, 121, 126 f. = AP Nr. 25 zu § 133 c GewO, zu 6 der Gründe). Soweit sich aus dem Urteil des Sechsten Senats vom 8. Oktober 1981 (6 AZR 296/79 – AP Nr. 3 zu § 47 BAT, zu II 1 c der Gründe) eine andere Auffassung entnehmen läßt, wird eine Begründung hierfür nicht gegeben. Wegen einer Abweichung von diesem Urteil bedarf es nicht der Anrufung des Großen Senats, denn für Fragen der Vergütungszahlung im Krankheitsfall ist der Fünfte Senat nach dem Geschäftsverteilungsplan des Bundesarbeitsgerichts allein zuständig.

II.1. Nach § 20 a Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Buchst. e) AVR erhält der Mitarbeiter neben seiner Vergütung einen Zeitzuschlag für Nachtarbeit von 1,50 DM je Stunde. Diese Vorschrift stimmt



überein mit § 35 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Buchst. e) BAT; ihre Fassung stammt vom 15. Mai 1978 (Scheffer, Kommentar zu den Arbeitsvertragsrichtlinien des Diakonischen Werkes, 3. Aufl., Stand: April 1986, Fußn. zu § 20 a).

2. § 35 BAT ist durch den 33. Änderungstarifvertrag mit Wirkung vom 1. Oktober 1974 vollständig neu gefaßt worden (Böhm/Spiertz/Claus/Steinherr, BAT, § 35 Anm. 1; Breier/Kiefer/Uttlenger/Hoffmann, BAT, § 35 Erl. 1). Bis zum Inkrafttreten der Neuregelung am 1. Oktober 1974 wurden Nachtarbeit mit der Nachtdienstentschädigung nach § 33 Abs. 5 BAT (alt) in Verbindung mit dem Tarifvertrag über die Gewährung von Nachtdienstentschädigung an Angestellte vom 16. Oktober 1970 vergütet. Die Nachtdienstentschädigung war Aufwandsentschädigung (Breier/Kiefer/Uttlenger/Hoffmann, aaO; Böhm/Spiertz/Claus/Steinherr, aaO). Dieser Rechtscharakter wurde durch den 33. Änderungs-TV umgewandelt. Die bislang als Aufwandsentschädigung gezahlte Nachtdienstentschädigung wurde nunmehr in die Form einer Vergütung gebracht (Böhm/Spiertz/Claus/Steinherr, aaO).

3. Aus § 20 a AVR ergibt sich hinsichtlich des rechtlichen Charakters des Zeitzuschlages für Nachtarbeit nichts anderes. Der Arbeitsrechtlichen Kommission des Diakonischen Werkes war bei ihrem Beschluß vom 15. Mai 1978 der 33. Änderungs-TV zum BAT bekannt. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß auch der Zeitzuschlag für Nachtarbeit nach § 20 a AVR Vergütung und nicht Aufwandsentschädigung ist. Eine andere rechtliche Einordnung hätte ausdrücklich klargestellt werden müssen.



4. Danach muß der Zeitzuschlag für Nachtarbeit als Vergütungsbestandteil bei der Berechnung der Krankheitsvergütung berücksichtigt werden. Soweit § 24 Abs. 3 in Verbindung mit § 28 Abs. 10 AVR den Nachtzuschlag bei der Berechnung der Krankheitsvergütung ausklammert, verstößt er gegen den Unabdingbarkeitsgrundsatz des § 616 Abs. 2 Satz 2 BGB und ist daher wegen Gesetzesverstoßes nichtig (§ 134 BGB).

5. Der Klägerin steht der zuerkannte Betrag für die Zeit vom 1. Januar 1980 bis zum 24. Februar 1983 zu. In diesem Zeitraum liegen insgesamt 79 Krankheitstage. Da der Nachtarbeitszuschlag jeweils 14,25 DM betragen hat, beläuft sich der Anspruch der Klägerin auf die volle Krankheitsvergütung auf den Betrag von 1.125,75 DM brutto.

Dr. Thomas

Dr. Gehring

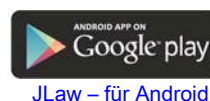
Dr. Olderog

Prof. Dr. Krems

Schumacher



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)