

Aktenzeichen: 5 AZR 601/80

Bundesarbeitsgericht 5. Senat Urteil vom 19. Mai 1982

Az. 5 AZR 601/80

I. Arbeitsgericht Bremerhaven Urteil vom 6. Februar 1980

Az. 2 Ca 701/79

II. Landesarbeitsgericht Bremen Urteil vom 10. Oktober 1980

Az. 1 Sa 45/80

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Anwesenheitsprämie und krankheitsbedingte Fehlzeiten

Gesetz: BGB § 611 Anwesenheitsprämie, §§ 134, 139;
LohnFG § 1 Abs. 1 Satz 1, § 2 Abs. 1 Satz 1,
§ 9; RVO § 369 b Abs. 1 Nr. 2, § 369 Abs. 3

Leitsätze:

K e i n e

(vgl. das Urteil des Senats vom
19. Mai 1982 - 5 AZR 466/80 -)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 601/80

1 Sa 45/80 Bremen

Verkündet am
19. Mai 1982

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 19. Mai 1982 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thomas, die Richter Dr. Heither und Schneider sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Gundelach und Nitsche für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 10. Oktober 1980 - 1 Sa 45/80 - wird zurückgewiesen.

- 2 -



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



- 2 -

2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision
zu tragen.

V o n R e c h t s w e g e n !

Tatbestand:

Der Kläger war aufgrund eines schriftlichen Arbeitsvertrages vom 12. August 1977 vom 1. Oktober 1977 bis 15. September 1979 bei der Beklagten als Kundendiensttischler beschäftigt. Neben seinem Lohn erhielt er aufgrund einer mündlichen Absprache eine Anwesenheitsprämie, gestaffelt nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit. Beim Kläger waren dies 900,-- DM. Dieser Betrag wird bei Fehltagen im Kalenderjahr um einheitlich festgelegte Beträge gekürzt, und zwar für die ersten 10 Fehltage um je 50,-- DM, für die zweiten 10 Fehltage um je 30,-- DM und für die dritten 10 Fehltage um je 10,-- DM. Da der Kläger im Jahre 1978 an 26 Tagen arbeitsunfähig krank war, zahlte die Beklagte für 1978 nur Anwesenheitsgeld in Höhe von 60,-- DM. Für 1979 zahlte sie keine Anwesenheitsprämie, weil das Arbeitsverhältnis vor Ablauf des Jahres geendet habe.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die Beklagte dürfe das Anwesenheitsgeld nicht wegen solcher Fehlzeiten kürzen, für die kraft Gesetzes zwingend Fortzahlung des Entgelts vorgeschrieben sei. Daher stehe ihm für 1978 die Differenz zwischen 900,-- DM und gezahlten 60,-- DM in Höhe von 840,-- DM zu. Für 1979 habe ihm die Beklagte die anteilige Anwesenheitsprämie für 8 1/2 Monate in Höhe von 625,-- DM zu zahlen. Er hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn
1.465,-- DM brutto nebst 4 % Zinsen
seit dem 14. November 1979 zu zahlen.

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die Absprache sei wirksam. Für 1979 könne der Kläger, unabhängig von sieben Fehltagen, schon deswegen keinen Anspruch geltend machen, weil er vor Ablauf des Kalenderjahres ausgeschieden sei.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte durfte die vereinbarte Anwesenheitsprämie wegen der krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers nicht kürzen. Für das Jahr 1979 kann der Kläger die anteilige Prämie beanspruchen.

I. Nach den Vereinbarungen stünde dem Kläger für 1978 nur eine Anwesenheitsprämie von 40,-- DM zu. Die Beklagte durfte die Prämie um alle Fehlzeiten, ausgenommen Urlaub, kürzen, mithin auch um die krankheitsbedingten Fehlzeiten. Das ist zwischen den Parteien unstreitig.

II. Diese Abrede ist insoweit nichtig, wie die Prämie wegen solcher krankheitsbedingter Fehlzeiten gekürzt werden soll, für die der Arbeitgeber Lohnfortzahlung zu leisten hat. Das hat das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend angenommen.

1. Die Nichtigkeit dieser Abrede folgt nicht schon aus § 9 LohnFG in Verb. mit § 1 Abs. 1 und § 2 Abs. 1 LohnFG. Zwar ist die Anwesenheitsprämie Arbeitsentgelt, weil geleistete Dienste belohnt und die Betriebstreue gefördert werden sollen (vgl. BAG 23, 178, 180 f. = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie, zu 3 a der Gründe; BAG AP Nr. 9 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie, Bl. 2). Sie ist aber kein "fort-



- 4 -

zuzahlendes Arbeitsentgelt" im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 LohnFG. Nach dieser Bestimmung ist dem Arbeiter nur "das ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt fortzuzahlen". Fortzuzahlen ist damit nur das Arbeitsentgelt, das der Arbeiter in der ausgefallenen Arbeitszeit verdient hätte; die Vorschrift bezieht sich nicht auf das Arbeitsentgelt, das für andere Zeitspannen berechnet und gezahlt wird. Gratifikationen, die unabhängig von der auf einen bestimmten Zeitabschnitt entfallenden Arbeitsleistung gewährt werden, sind in die Berechnung des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts nicht aufzunehmen. Insoweit hält der Senat an seiner bisherigen Rechtsprechung fest (AP Nr. 9 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie, Bl. 2, mit insoweit ablehnender Anmerkung von Beuthien, zu b; zustimmend dagegen Fenn/Bepler, RdA 1973, 218, 229).

2. Die Nichtigkeit dieses Teils der Vereinbarung beruht vielmehr darauf, daß durch sie zwingende, dem Schutz der Arbeitnehmer dienende Normen umgangen werden.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn der Zweck einer zwingenden Rechtsnorm dadurch vereitelt wird, daß andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten mißbräuchlich verwendet werden (§ 134 BGB). Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Parteien diese Umgehung des Gesetzes beabsichtigten oder den zwingenden Rechtssatz bewußt mißachten wollten. Entscheidend ist nur die objektive Funktionswidrigkeit des Rechtsgeschäfts (vgl. BAG, GS, 10, 65, 70 f. = AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, zu II C 1 und 2 der Gründe).

3. Die Frage, ob jährlich auszuzahlende Anwesenheitsprämien wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten gekürzt werden dürfen, wird unterschiedlich beantwortet.

- 5 -



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



a) Der Senat hat bisher angenommen, bei einer jährlich zu zahlenden Anwesenheitsprämie verstoße die prämienschädliche Berücksichtigung von krankheitsbedingten Fehlzeiten nicht gegen Sinn und Zweck des Lohnfortzahlungsgesetzes (Urteil vom 9. November 1972 - 5 AZR 144/72 - AP Nr. 9 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie). Das Lohnfortzahlungsgesetz wolle den erkrankten Arbeitnehmer nur für den Zeitraum der Erkrankung absichern. Der Zweck des Gesetzes sei erreicht, wenn der erkrankte Arbeiter dasjenige Entgelt weiter erhalte, das er erhalten hätte, wenn er in diesem Zeitraum gearbeitet hätte. Zwar könne der drohende Wegfall oder die Beschränkung des Anspruchs den Arbeiter veranlassen, trotz bestehender Arbeitsunfähigkeit seiner Arbeit nachzugehen. Eine Jahresprämie von 240,-- DM sei aber nicht geeignet, einen sich vernünftig verhaltenden Arbeiter zu veranlassen, seine Wiedergesundung durch Fortsetzung der Arbeit oder vorzeitige Arbeitsaufnahme ernstlich zu gefährden (Bl. 2 R und 3).

Der Senat konnte seinerzeit an die Rechtsprechung des Ersten und Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts anknüpfen, die zuvor schon dem Arbeitgeber das Recht eingeräumt hatten, bei entsprechender Gestaltung der Zusage die Anwesenheitsprämie in Fällen der krankheitsbedingten Fehlzeiten entsprechend zu kürzen oder ganz zu streichen (vgl. BAG 14, 38, 39 ff. = AP Nr. 16 zu § 2 ArbKrankhG; AP Nr. 35 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG 19, 236, 244 f. = AP Nr. 2 zu § 45 BetrVG 1952, zu 3 a der Gründe). Im übrigen war schon seinerzeit die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Zulässigkeit der Anwesenheitsprämien nicht einheitlich. Beruhte die Fehlzeit darauf, daß eine Frau den ihr gesetzlich zustehenden Hausarbeitstag in Anspruch nahm (§ 1 HATG Nordrhein-Westfalen), durfte die Anwesenheitsprämie nicht gekürzt werden (AP Nr. 24 zu § 1 HausarbTagsG Nordrh.-Westfalen). Fehlzeiten infolge Schwangerschaft wurden demgegenüber zunächst wie Fehlzeiten wegen Krankheit behandelt; die Prämie durfte gekürzt werden (BAG 19, 300, 302 f. = AP Nr. 58 zu § 611 BGB Gratifikation, zu 2 der Gründe).



- 6 -

Der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts hatte dagegen schon deutliche Vorbehalte gegen die Ausgestaltung einer Anwesenheitsprämie angemeldet, nach der die Prämie bei Fehlzeiten jeder Art, also auch bei berechtigtem Fehlen des Arbeitnehmers, gekürzt werden darf. Nach seiner Auffassung darf die Prämie nur dazu dienen, unberechtigte Fehlzeiten zu vermeiden. Sie dürfe nicht dazu bestimmt sein, den Arbeitnehmer zur Arbeit in einer Zeit anzuhalten, in der er von Rechts wegen der Arbeit fernbleiben darf und trotzdem sein Arbeitsentgelt zu beanspruchen hat. Das gelte für die Schutzfristen vor und nach der Entbindung, für die mit Arbeitsunfähigkeit verbundenen Krankheitszeiten ebenso wie für den Urlaub und den Hausarbeitstag. Würde man anders entscheiden, so der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts, würde der zwingende Charakter einer wichtigen und unentbehrlichen sozialen Schutzgesetzgebung mißachtet (BAG 22, 318, 323 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie, zu III 4 c der Gründe). Die Entscheidung betraf allerdings einen Fall, in dem es um eine monatlich gezahlte Anwesenheitsprämie ging. Die Ausführungen des Dritten Senats haben aber grundsätzlichen Charakter.

In späteren Entscheidungen hat der Fünfte Senat ausdrücklich offengelassen, ob er an der früher geäußerten Auffassung zur Zulässigkeit einer jährlich zu zahlenden Anwesenheitsprämie festhält. Laufend gewährte Sonderzahlungen gehören jedenfalls nach dieser Rechtsprechung zum fortzahlenden Arbeitsentgelt (AP Nr. 10 und 11 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie, zu 2 bzw. 3 der Gründe, mit zust. Anm. von Fenn/Bepler und Fenn).

Die Landesarbeitsgerichte sind – bis auf eine Ausnahme – in den Fällen, über die der Senat am 19. Mai 1982 entschieden hat, der Entscheidung AP Nr. 9 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie nicht gefolgt. Sie halten die jeweils vereinbarten Kürzungsmöglichkeiten in Fällen der krankheitsbedingten Fehlzeiten nicht für zulässig.

- 7 -



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



b) Im Schrifttum gibt es unterschiedliche Auffassungen. Meisel (DB 1972, 43), Franke (DB 1981, 1669 ff.) und Knevels/Ortlepp (Gratifikationen, Anwesenheits- und Treueprämien, Tantiemen, 2. Aufl., S. 36 ff.) haben sich der im Urteil vom 9. November 1972 (AP Nr. 9 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie) vertretenen Auffassung angeschlossen. Auch Kraft (SAE 1967, 264, 267 ff.) und Trieschmann (AuR 1968, 220, 223 ff.) gehören zu den Befürwortern der Anwesenheitsprämie; sie halten es im Anschluß an die Entscheidung des Senats BAG 19, 300 = AP Nr. 58 zu § 611 BGB Gratifikation für richtig, daß schwangerschaftsbedingte Fehlzeiten prämiemindernd berücksichtigt werden dürfen. Herschel hatte dagegen schon Bedenken gegen diese Rechtsprechung angemeldet (Anm. zum Urteil des Ersten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 15. Mai 1964 in SAE 1965, 4, 6). Gegen die Kürzung bei krankheitsbedingten Fehlzeiten haben sich ausgesprochen Mayer-Maly (Anm. zu BAG AP Nr. 24 zu § 1 HausarbTagsG Nordrh.-Westfalen), Gumpert (BB 1964, 884, 886), Delheid/Schreven (RdA 1970, 10 ff.), Beuthien (Anm. zu BAG AP Nr. 9 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie), Fenn/Bepler (RdA 1973, 218 ff.; dieselben in der Anm. zu AP Nr. 10 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie sowie Fenn in der Anm. zu BAG AP Nr. 11 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie), Schaub (Arbeitsrechtshandbuch, 4. Aufl., § 79 III 1, S. 368) und Schwarz (AR-Blattei D, Anwesenheitsprämie, Abschn. E II).

4. Für die Auffassung, eine Anwesenheitsprämie dürfe in Fällen der krankheitsbedingten Fehlzeiten nicht gekürzt werden, sprechen die besseren Gründe.

a) In Fällen der Krankheit hat der Arbeiter einen unabdingbaren Anspruch auf Fortzahlung seines Lohnes für die Dauer von sechs Wochen. Er behält seinen Lohnanspruch, auch wenn er nicht in der Lage ist, seiner Arbeitspflicht nachzukommen. Durch diese Regelung soll der Arbeiter wirtschaftlich abgesichert werden. Sein bisheriger, aus der Berufs-



tätigkeit herrührender Lebensstandard soll nicht beeinträchtigt werden (vgl. Schwarz, aaO, Anwesenheitsprämie, Abschn. E I). Zweck der gesetzlichen Regelung ist es, den erkrankten Arbeiter wirtschaftlich so zu stellen wie den gesunden Arbeiter, der im fraglichen Zeitraum tatsächlich gearbeitet hat.

Dieser Schutzzweck des Lohnfortzahlungsgesetzes würde unterlaufen, wenn der erkrankte Arbeiter am Jahresende doch eine Einbuße an Arbeitsentgelt infolge seiner Krankheit hätte. Er wäre dann tatsächlich nicht so gestellt wie er stünde, wenn er gesund gewesen wäre. Deshalb darf es zu dieser Lohneinbuße nicht kommen. Vereinbarungen, nach denen die Prämie bei krankheitsbedingter Fehlzeit gekürzt werden darf, unterlaufen daher den Zweck der sozialen Schutzgesetze.

Die Höhe der versprochenen Prämie oder Gratifikation kann dabei keine Rolle spielen. Es lassen sich jedenfalls Fälle denken, in denen die auf einen längeren Zeitraum bezogene Sonderzuwendung den Lebensstandard eines einzelnen Arbeiters entscheidend mitprägt (Fenn/Bepler, RdA 1973, 218, 230).

b) Von Anwesenheitsprämien der hier vorliegenden Art geht ein unzulässiger Anreiz aus: Auch dem wirklich kranken Arbeiter wird dadurch, daß ihm eine Anwesenheitsprämie in Aussicht gestellt wird, nahegelegt, auf seine Krankheit keine Rücksicht zu nehmen, sondern zu arbeiten, um finanzielle Einbußen zu vermeiden. Das hat die Rechtsprechung aller Senate des Bundesarbeitsgerichts bisher auch so gesehen (vgl. BAG 19, 236, 244 f. = AP Nr. 2 zu § 45 BetrVG 1952, zu 3 a der Gründe; BAG 22, 318, 323 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie, zu III 4 c der Gründe; AP Nr. 9 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie, Bl. 3; ebenso Fenn/Bepler, RdA 1973, 218, 226). Sie hat nur diese Wirkung der Prämie unterschiedlich beurteilt.



Solche Anreize soll es aber gerade nach dem Sinn und Zweck der Lohnfortzahlungsbestimmungen nicht geben. Der Arbeiter soll nicht aus finanziellen Gründen leichtfertig mit seiner Gesundheit umgehen. Lohnfortzahlung im Krankheitsfall darf dem Arbeiter ebenso wenig abgekauft werden wie ein Hausarbeitstag (vgl. Mayer-Maly, Anm. zu BAG AP Nr. 24 zu § 1 HausarbTagsG Nordrh.-Westfalen).

Die Anreizwirkung entfällt auch dann nicht, wenn die Jahresprämie - anders als im vorliegenden Fall - relativ gering ist. Zwar hat der Senat seinerzeit gerade auf die geringe Höhe der Jahresprämie abgestellt und ihr die ausschlaggebende Reizwirkung abgesprochen. Diese Würdigung ist aber auf berechtigte Kritik gestoßen (vgl. am ausführlichsten Fenn/Bepler, aaO, S. 227 und 230). Zum einen ist eine Abgrenzung nach der Höhe der ausgesetzten Prämie nicht praktikabel, wie die Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen: Der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts sah eine Jahresprämie von 240,-- DM noch nicht als gefährlich an (AP Nr. 9 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie), der Erste Senat bezeichnete eine Jahresprämie von 250,-- DM als "an der Grenze des Zulässigen" liegend (BAG 19, 236, 244 f. = AP Nr. 2 zu § 45 BetrVG, zu 3 a der Gründe). Erfahrungsgemäß setzt der Arbeitgeber eine Prämie in einer Höhe aus, von der er sich noch eine Reizwirkung verspricht. Schließlich geht gerade von den Prämien, die in längeren Zeitabständen gezahlt und auf einen längeren Zeitraum bezogen sind, eine besondere Sogwirkung aus. Rückt der Termin näher, an dem die Prämie gezahlt werden soll, wird die Versuchung des Arbeiters, sich gesundheitsgefährdend zu verhalten, immer größer.

c) Schließlich gibt es für eine unterschiedliche rechtliche Behandlung der laufenden Anwesenheitsprämie einerseits und der jährlich oder in anderen größeren Zeitabständen gezahlten Anwesenheitsprämie andererseits keine einleuchtende Begründung. Laufend gezahlte Anwesenheitsprämien gehören,



- 10 -

wie bereits dargelegt, zum fortzuzahlenden Arbeitsentgelt. Der Manipulation wäre Tür und Tor geöffnet, wenn der Arbeitgeber anstelle der laufend in den einzelnen Lohnperioden gezahlten Prämien nur einen längeren Berechnungszeitraum zu wählen brauchte, um das zu erreichen, was er mit den laufend gezahlten Anwesenheitsprämien nicht erreichen darf.

d) Das Interesse des Arbeitgebers, Mißbräuchen bei der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall entgegenzutreten zu können, kann Vertragsgestaltungen der vorliegenden Art nicht rechtfertigen.

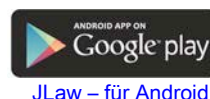
Das angeführte Interesse des Arbeitgebers ist zwar berechtigt. Der Weg über die Anwesenheitsprämie ist dagegen nicht möglich. Zum einen werden durch eine solche Vertragsgestaltung die unverschuldet Kranken in gleicher Weise benachteiligt wie die Arbeitnehmer, die die Lohnfortzahlung mißbräuchlich in Anspruch nehmen. Die Anwesenheitsprämie der hier vorliegenden Art erfaßt sogar Tatbestände, bei denen ein Mißbrauch nicht zu befürchten ist, weil die zugrundeliegende Krankheit oder die Schwangerschaft kein Simulieren zuläßt.

Dem Arbeitgeber steht zum anderen ein vom Gesetzgeber zur Verfügung gestelltes sozial adäquates Mittel zur Verfügung, um seine Interessen durchzusetzen. Mit der Einführung der Lohnfortzahlung für Arbeiter ist auch § 369 b RVO grundlegend umgestaltet worden. Nach der jetzigen Fassung dieser Bestimmung sind die Krankenkassen u.a. verpflichtet, "eine Begutachtung der Arbeitsunfähigkeit durch einen Vertrauensarzt zu veranlassen, wenn es ... zur Beseitigung von begründeten Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit erforderlich erscheint" (§ 369 b Abs. 1 Nr. 2 RVO). Die Bestimmung soll dem Arbeitgeber die Gewähr bieten, daß die Arbeitsunfähigkeit bei begründeten Zweifeln nachgeprüft wird. Eine Empfehlung der Sozialpartner vom 6. November 1969 (DOK 1969, 869, 870) gibt u.a. Anhaltspunkte dafür, wann im Sinne dieser

- 11 -



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



gesetzlichen Regelung begründete Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit bestehen. Es wird insbesondere auf die Fälle verwiesen, daß die nach § 3 LohnFG oder nach sonstigen Bestimmungen der Krankenkasse vorzulegende Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung eine unklar gehaltene Diagnose enthält oder der Befundbericht fehlt oder unzureichend ist. Erwähnt sind auch alle sonstigen Fälle, in denen Zweifel tatsächlicher Art an der Arbeitsunfähigkeit begründet sind. Solche Zweifel können sich insbesondere aus Erklärungen und dem Verhalten des Arbeitnehmers vor und während der beanspruchten Lohnfortzahlung ergeben.

Die Kasse ist dem Arbeitgeber gegenüber verpflichtet, unter den genannten Voraussetzungen die Arbeitsunfähigkeit begutachten zu lassen. Aus dieser Verpflichtung kann der Arbeitgeber unmittelbar Rechte gegen die Krankenkasse herleiten. Eine solche Verpflichtung besteht auch schon für die Zeit, für die der Arbeitgeber den Lohn oder das Gehalt weiterzuzahlen hat. Das folgt unmittelbar aus § 369 Abs. 3 RVO. Danach hat die Kasse dem Arbeitgeber das Ergebnis der Begutachtung mitzuteilen, solange ein Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts besteht. Gerade in dieser Zeit haben die Krankenkassen gegenüber den Arbeitgebern, die im Falle der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit das Arbeitsentgelt fortzuzahlen haben, eine besondere Verantwortung (vgl. Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Teil 2, § 369 b Anm. 6). Mit Hilfe dieser Bestimmung kann daher der Arbeitgeber in allen Fällen, in denen er begründete Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit seines Arbeitnehmers hat, diese Zweifel aufklären lassen. Nur auf diese Weise kann der Arbeitgeber daher einem befürchteten Mißbrauch der Lohnfortzahlung entgegentreten. Dies gilt sowohl für erkrankte Arbeiter wie auch für erkrankte Angestellte.

e) Es bleibt offen, ob die Zeiten, für die der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung hat, anspruchsmindernd bei der Berechnung der Anwesenheitsprämie berücksich-



tigt werden dürfen (vgl. hierzu Fenn/Bepler, aaO, S. 227 f.). Der Kläger jedenfalls hatte für den fraglichen Zeitraum Anspruch auf Lohnfortzahlung.

III. Die Nichtigkeit dieser vertraglich vereinbarten Kürzungsmöglichkeit auch für Fälle der krankheitsbedingten Fehlzeiten führt weder zur Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages noch zur Unwirksamkeit der Vereinbarung. Vielmehr gilt der Arbeitsvertrag mit der Zusage der Anwesenheitsprämie ohne die Kürzungsvereinbarung.

§ 139 BGB ist nicht anzuwenden. Verstößt eine Vertragsbestimmung gegen eine zwingende arbeitsrechtliche Schutznorm, so wird hierdurch der Arbeitsvertrag im ganzen nicht berührt, weil sonst der Arbeitnehmer, der durch die verletzte Vorschrift geschützt werden soll, noch mehr geschädigt würde, als wenn die Schutznorm nicht bestünde. Deshalb ist es unerheblich, ob die Beklagte im vorliegenden Fall die Anwesenheitsprämie auch dann gewährt hätte, wenn ihr die Nichtigkeit der Kürzungsmöglichkeit bekannt gewesen wäre (vgl. BAG AP Nr. 11 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie, zu 4 der Gründe, mit weiteren Nachweisen und zust. Anm. von Fenn, zu 3).

IV. Für 1979 schuldet die Beklagte die anteilige Prämie.

1. Nach Auffassung des Berufungsgerichts wird das Anwesenheitsgeld nicht wegen erwiesener Betriebstreue gezahlt. Vielmehr soll nur die regelmäßige Anwesenheit im Betrieb belohnt werden. Deshalb stehe dem Kläger der anteilige Anspruch für 1979 für 8 1/2 Monate zu.

Die Revision meint, eine anteilige Bezahlung sei nicht vereinbart. Da die Prämie erst nach Ablauf des Kalenderjahres zahlbar sei, müsse der Arbeitnehmer dem Betrieb bis zum Ende des Bezugszeitraums angehört haben.

2. Das Berufungsgericht hat recht. Die Vereinbarungen lassen eine unterschiedliche Auslegung zu. Es gilt deshalb folgende Auslegungsregel: Wenn eine Jahresleistung zugesagt wird, ohne daß weitere Voraussetzungen des Anspruchs genannt werden, ist im Zweifel davon auszugehen, daß lediglich eine zusätzliche Vergütung für die geleistete Arbeit innerhalb des Bezugszeitraums bezweckt wird. Das Bestehen des Arbeitsverhältnisses am Auszahlungstag oder seine Fortdauer über diesen Zeitpunkt hinaus ist in einem solchen Fall keine Anspruchsvoraussetzung. Scheidet in derartigen Fällen ein Arbeitnehmer vor dem Ende des Bezugszeitraums aus, behält er einen Anspruch auf denjenigen Teil der vollen Jahresleistung, der dem Verhältnis der tatsächlichen Arbeitsleistung zur Gesamtdauer des Bezugszeitraums entspricht (vgl. BAG AP Nr. 100 zu § 611 BGB Gratifikation, zu 3 der Gründe).

Dr. Thomas

Dr. Heither

Schneider

Nitsche

Dr. Gundelach

