

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

Gesetz: BGB § 611 Anwesenheitsprämie, § 616 Abs. 2 Satz 1;
HGB § 63 Abs. 1 Sätze 1 und 5; GewO § 133 c Sätze 1
und 5; LohnFG § 2 Abs. 1 Satz 1, § 9

- Leitsätze:
1. Eine laufend gewährte Anwesenheitsprämie ist Arbeitsentgelt im Sinne aller zwingenden gesetzlichen Vorschriften über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (im Anschluß an BAG AP Nr. 10 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie).
 2. Die Abrede in einem Arbeitsvertrag, wonach eine solche Prämie während der durch Krankheit ausgefallenen Arbeitszeit nicht weitergezahlt werden soll, verstößt unmittelbar gegen die gesetzlichen Abdingungsverbote (§ 616 Abs. 2 Satz 1 BGB, § 133 c Satz 5 GewO, § 63 Abs. 1 Satz 5 HGB, § 9 LohnFG) und ist nichtig. Dies gilt unabhängig von der Höhe der Prämie.
 3. Die Nichtigkeit einer solchen Abrede berührt nicht die Wirksamkeit der Prämienzusage im übrigen; § 139 BGB ist im Bereich dieser Abdingungsverbote nicht anwendbar.

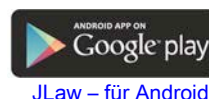
Aktenzeichen: 5 AZR 886/77

Urteil des BAG vom 4. Oktober 1978

LAG München



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 886/77

3 Sa 99/76 München

Verkündet am
4. Oktober 1978

Im Namen des Volkes!

gez. Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 4. Oktober 1978 durch den Richter Dr. Heither als Vorsitzenden, die Richter Dr. Fenge und Triebfürst sowie die ehrenamtlichen Richter Döring und Liebsch für Recht erkannt:

1. Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 30. November 1976 - 3 Sa 99/76 - wird zurückgewiesen.
2. Der 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 Parteien streiten darüber, ob eine zwischen ihnen neben dem Grundgehalt vereinbarte "Anwesenheitsprovision" während einer Krankheit der Klägerin im Mai 1975 nach § 63 Abs. 1 Satz 1 HGB weiterzuzahlen war.

Die Klägerin war bei der Rechtsvorgängerin des Beklagten, der Firma E G KG, seit 10. Juni 1974 als Kassiererin in einem Lebensmittelgeschäft beschäftigt. In dem unter dem 25. Juni 1974 abgeschlossenen schriftlichen Arbeitsvertrag war u. a. folgendes bestimmt:

"2. die Angestellte erhält für ihre Tätigkeit ein Grundgehalt von DM 1.000,-- brutto monatlich.

Sonstige Vereinbarungen:

- a) Anwesenheitsprovision DM 250,--
- b) ein Tag in der Woche frei

...

10. für den Fall der Erkrankung bzw. Nichtanwesenheit im Betrieb wird 1/25 des Grundgehaltes pro Tag von der Umsatzprovision bzw. Anwesenheitsprovision abgezogen. Sofern die Provision durch diese Kürzung voll aufgezehrt wird, wird das Grundgehalt nach den gesetzlichen bzw. tariflichen Bestimmungen weitergezahlt ... "

Die "Anwesenheitsprovision" wurde ab Juli 1974 auf 300,-- DM erhöht.

Im Mai 1975 war die Klägerin an insgesamt 12 Arbeitstagen arbeitsunfähig krank. Sie erhielt für diesen Monat im Hinblick auf die in Nr. 10 des Arbeitsvertrages getroffene Regelung lediglich das Grundgehalt von 1.000,-- DM brutto.

Die Klägerin ist der Ansicht, daß ihr gem. § 63 Abs. 1 Satz 1 HGB auch die "Anwesenheitsprovision" für die Zeit der Erkrankung weitergezahlt werden müsse. Die vertragliche Kürzungsbestimmung sei nichtig. Sie hat deshalb beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie 300,-- DM brutto zu zahlen.

- 3 -



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



Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat die Ansicht vertreten, die Anwesenheitsprovision sei kein Arbeitsentgelt sondern eine zusätzliche freiwillige Leistung. Er könne deshalb ihre Zahlung von der tatsächlichen Anwesenheit im Betrieb abhängig machen und krankheitsbedingte Fehlzeiten prämienschädlich berücksichtigen. Sollte die arbeitsvertragliche Kürzungsvorschrift jedoch nichtig sein, so sei gem. § 139 BGB der gesamte Arbeitsvertrag nichtig mit der Folge, daß die Klägerin in einem faktischen Arbeitsverhältnis nur Anspruch auf eine tarifliche Vergütung habe. Eine Umdeutung nach § 140 BGB komme nicht in Betracht, weil der Arbeitsvertrag bei Kenntnis der Unwirksamkeit jener Kürzungsbestimmung nicht abgeschlossen worden wäre.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte den Klageabweisungsantrag weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch zu (§ 63 Abs. 1 Satz 1 HGB); das Berufungsgericht hat mit Recht der Klage stattgegeben.

1. Die Parteien streiten nur darüber, ob es sich bei der Anwesenheitsprovision um Gehalt im Sinne von § 63 Abs. 1 Satz 1 HGB handelt, das im Krankheitsfalle fortzuzahlen ist. Alle übrigen Anspruchsvoraussetzungen sind gegeben: Die eingetragene Kommanditgesellschaft betrieb ein Lebensmittelgeschäft und war somit Vollkaufmann (§ 1 Abs. 2 Nr. 1, § 6 Abs. 1 HGB); die Klägerin war als Kassiererin beschäftigt und deshalb Handlungsgehilfin (§ 59 Satz 1 HGB). Unstreitig ist ferner, daß die Klägerin im Anspruchszeitraum unverschuldet arbeitsunfähig krank war.

2. Nach dem Anstellungsvertrag stünde der Klägerin der geltend gemachte Anspruch nicht zu. Die in Nr. 2 a des Vertrages zugesagte "Anwesenheitsprovision" ist von der



- 4 -

tatsächlichen Anwesenheit der Klägerin im Betrieb abhängig und kann nach Nr. 10 des Vertrages bei krankheitsbedingten Fehlzeiten gekürzt werden. Nach dem Vertrag hatte die Klägerin mit Rücksicht auf die 12 Fehltage nur Anspruch auf das Grundgehalt, das sie auch erhalten hat.

3. Diese vertragliche Regelung ist jedoch nichtig (§ 63 Abs. 1 Satz 5 HGB); sie beschränkt den gesetzlichen Anspruch der Klägerin nach § 63 Abs. 1 Satz 1 HGB.

a) Die Anwesenheitsprovision ist Gehalt im Sinne von § 63 Abs. 1 Satz 1 HGB.

Was zum Gehalt im Sinne dieser Bestimmung gehört, ist nicht näher geregelt. Entsprechendes gilt für die Begriffe "Vergütung" in § 616 Abs. 2 Satz 1 BGB und "vertragsgemäße Leistungen" in § 133 c Satz 1 GewO. Doch enthält für den Fall der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall § 2 Abs. 1 LohnFG eine allgemeine - auch hier anwendbare - 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 nur einem gesunden Arbeiter im Falle der Arbeitsleistung entstehen, nicht aber einem kranken (§ 2 Abs. 1 Satz 2 LohnFG). Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, dem kranken Arbeiter die Lohnbestandteile zu sichern, über die ein gesunder Arbeiter verfügen kann und die seinen Lebensstandard ausmachen (vgl. BAG AP Nr. 10 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie [zu 1 der Gründel]). Diese Erwägung trifft auch für die übrigen gesetzlichen Regelungen zum Recht der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall zu, hier auf die Regelung zu Gunsten der Handlungsgehilfen in § 63 Abs. 1 Satz 1 HGB (vgl. Landmann-Rohmer-Neumann, GewO, 13. Aufl., Stand März 1978, § 133 c Anm. 11 - 13; Schlegelberger-Schröder, HGB, 5. Aufl., § 63 RdNr. 7 in Verb. mit § 59 RdNr. 52; Brüggemann-Würdinger, HGB, 3. Aufl., § 63 Anm. 4; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, BGB, 11. Aufl., § 616

- 5 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

RdNr. 29 ff.; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, BGB, 10. Aufl., § 616 RdNr. 37 jeweils mit weit. Nachw.). Sie gilt auch für die vergleichbaren Fälle, in denen das Arbeitsentgelt im Sinne von § 14 Abs. 1 MuschG berechnet werden muß. Alles, was der Arbeitgeber aufgrund des Arbeitsverhältnisses als laufende Zahlung gewährt und nicht unter Aufwendungsersatz fällt, ist Arbeitsentgelt im Sinne dieser Lohnfortzahlungsbestimmung (BAG 22, 318 [321 f.] und BAG 23, 178 [180 f.] = AP Nr. 1 und 2 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie [zu III 3, 4 bzw. 3 der Gründe]). Gemessen an dieser lohnrechtlichen Einordnung gehört eine Anwesenheitsprovision (oder Anwesenheitsprämie) zu dem im Krankheitsfall fortzuzahlenden Lohn. Sie wird dafür gezahlt, daß der Arbeitnehmer regelmäßig und pünktlich zur Arbeit erscheint. Mit ihr wird kein Aufwand ersetzt (vgl. Fenn-Beppler, RdA 1973, 218 [222 zu V 1]; diess. Anm. zu BAG AP Nr. 10 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie [zu 1]; Beuthin, Anm. zu BAG AP Nr. 9 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie [zu b]).

b) Die Anwesenheitsprovision gehört im Streitfall auch zum laufenden Arbeitsentgelt. Sie ist wie das Grundgehalt monatlich - im vertraglich festgelegten Lohnzeitraum - zu zahlen. Damit unterscheidet sich dieser Fall von dem in AP Nr. 9 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie beurteilten Sachverhalt. Der damals zugrund liegende Sachverhalt betraf eine einmal im Jahr gezahlte Sonderzuwendung. Es kann deshalb offenbleiben, ob an dieser Entscheidung, die im Schrifttum auf Kritik gestoßen ist (vgl. die Anmerkung von Beuthin AP aaO [zu b]; sowie Fenn-Beppler, RdA 1973, 218 [229 - zu VII 2]) festzuhalten ist. Die Literatur (Fenn-Beppler, Anm. zu AP Nr. 10 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie [vor 1]) hat den schon einmal geäußerten Vorbehalt so aufgefaßt, als ob der Senat seine Rechtsprechung aufgeben wolle. Jedenfalls kann der Beklagte aus dieser Entscheidung nichts zu seinen Gunsten herleiten.

c) Zu Unrecht macht der Beklagte geltend, er brauche die Anwesenheitsprämie schon deshalb im Krankheitsfall



nicht weiterzuzahlen, weil seine Rechtsvorgängerin sie als "freiwillige Leistung" versprochen habe. Schon der Ausgangspunkt ist falsch: Die Klägerin hatte, wenn sie arbeitete, auf die Anwesenheitsprämie einen Rechtsanspruch. Im übrigen kann der Arbeitgeber den Umfang der Lohnfortzahlungspflicht auch dann nicht bestimmen, wenn es sich um eine freiwillige Leistung handelt (vgl. dazu BAG AP Nr. 10 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie [zu 2 a der Gründe]).

d) Auf den vom Beklagten verfolgten Zweck - Verringerung von Fehlzeiten jeder Art - kommt es nicht an. Diesen Zweck kann der Beklagte nur im Rahmen der erlaubten rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit verfolgen. Unerheblich ist weiter, welchen Anteil die Prämie an dem vereinbarten Gesamtarbeitsentgelt hat, und wie sich einzelne Fehlzeiten der Höhe nach auf die "Anwesenheitsprovision" auswirken. Die gesetzlichen Bestimmungen zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gehen vom Lohnausfallprinzip aus; dem erkrankten Arbeitnehmer muß der volle Lohn weitergezahlt werden (so zutreffend Fenn-Bepler, RdA 1973, 218 [226/227 - zu VI 2a]).

e) Die vertragliche Kürzungsregelung verstößt damit unmittelbar gegen § 63 Abs. 1 Satz 1 HGB. Sie ist deshalb nichtig (§ 63 Abs. 1 Satz 5 HGB). Entsprechendes gilt für Abreden mit den Arbeitnehmern, die unter den Geltungsbereich des Lohnfortzahlungsgesetzes, der Gewerbeordnung oder des Bürgerlichen Gesetzbuches fallen (vgl. § 9 LohnFG, § 133 c Satz 5 GewO, § 616 Abs. 2 Satz 1 BGB).

4. Die Nichtigkeit der vertraglichen Kürzungsvereinbarung führt weder zur Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages noch zur Ungültigkeit der Lohnvereinbarung insgesamt. Vielmehr gilt der Arbeitsvertrag mit der Zusage der Anwesenheitsprämie ohne die Kürzungsvereinbarung.

Das Landesarbeitsgericht will § 139 BGB anwenden. Es hat angenommen, daß die Parteien den Arbeitsvertrag auch ohne die prämienmindernde Klausel abgeschlossen hätten.



- 7 -

Hiergegen macht die Revision geltend, die Annahme, auch ohne diese Klausel wäre ein Monatsgehalt von 1.300,-- DM vereinbart worden, verbiete sich bereits im Hinblick auf die Höhe der Prämie im Verhältnis zum Grundgehalt.

Indessen kommt es auf den mutmaßlichen Parteiwillen nicht an. § 139 BGB ist in Fällen der vorliegenden Art nicht anwendbar. 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 (vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. I, S. 186; Nikisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl., Bd. I, S. 192; für den Bereich des Tarifrechts vgl. Wiedemann-Stumpf, TVG, 5. Aufl. § 4 RdNr. 202 m. w. N.). Auch die Lohnvereinbarung ist nicht insgesamt unwirksam, weil ein Teil der Abrede gegen zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht verstößt. An die Stelle der unwirksamen Abrede tritt die gesetzliche Regelung. Eine den Krankenlohn einschränkende Zusatzvereinbarung ist unwirksam und berührt die gesetzlichen Ansprüche auf Lohnfortzahlung nicht (vgl. BAG AP Nr. 10 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie [zu 2 b der Gründel]; Fenn-Beppler, RdA 1973, 218 [224 - zu V 3]).

gez. Dr. Heither Dr. Fenge Triebfürst
Döring Liebsch



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)