

Für das Nachschlagewerk! ja
Für die Sammlung! ja
Für die Fachpresse! ja

Gesetz: BGB § 616

Leitsätze:

1. Einem Arbeitnehmer, der für eine verhältnismäßig erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird, steht ein Anspruch auf die Vergütung für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit nach § 616 Abs. 1 BGB nicht zu.
2. Jedoch steht einem Angestellten, der ohne sein Verschulden durch Krankheit für länger als sechs Wochen an der Dienstleistung verhindert wird, der Anspruch auf Vergütung aus § 616 Abs. 2 BGB für sechs Wochen zu, wenn nicht durch Tarifvertrag eine andere Dauer bestimmt ist.
3. Bei unverschuldeter Krankheit eines krankenversicherungspflichtigen Arbeiters gilt in der Entgeltfrage mit Wirkung vom 1. Juli 1957 ausschließlich das Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle vom 26. Juni 1957; § 616 Abs. 1 BGB gilt für diesen Fall nicht (vgl. Entscheidung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 17. Dezember 1959 - GS 2/59 -).

Aktenzeichen: GS 8/58

Beschluß des BAG vom 18. Dezember 1959 LAG Frankfurt (Main)



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



GS 8/58

2 AZR 158/56

B e s c h l u ß

In Sachen

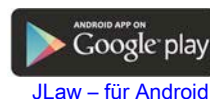
hat der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts in der Sitzung vom 18. Dezember 1959 durch den Präsidenten Professor Dr. Dr. Dr. Nipperdey, die Senatspräsidenten Dr. Müller, Dr. König und Professor Dr. Dr. Boldt, die Bundesrichter Dr. Fecher und Wichmann sowie die Bundesarbeitsrichter Dr. h.c. Siebrecht, Dr. Reinecke, Dr. Wagner und Grote beschlossen:

Einem Arbeitnehmer, der für eine verhältnismäßig erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird, steht ein Anspruch auf die Vergütung für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit nach § 616 Abs. 1 BGB nicht zu; jedoch steht einem Angestellten, der ohne sein Verschulden durch Krankheit für länger als sechs Wochen an der Dienstleistung verhindert wird,

-2-



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



der Anspruch aus § 616 Abs. 2 BGB für sechs Wochen zu, wenn nicht durch Tarifvertrag eine andere Dauer bestimmt ist.

G r ü n d e :

A.

I. Dem Zweiten Senat des Bundesarbeitsgerichts liegt der Rechtsstreit 2 AZR 158/56 zur Entscheidung vor, bei dem es sich um folgenden Sachverhalt handelt:

Der Kläger war in der Zeit vom 1. Februar 1951 bis zum 17. November 1954 bei dem Beklagten als Kellner beschäftigt und verdiente während dieser Zeit durchschnittlich 500,-- DM monatlich. Er hat vom 25. April bis 14. Mai 1954 wegen Rheumaerkrankung keinen Dienst getan.

Mit seiner Klage verlangt er neben anderen inzwischen erledigten Ansprüchen die Vergütung für die ersten drei Tage dieser Erkrankung unter Zugrundeliegung des ihm zustehenden Urlaubsgeldes von 17,30 DM je Urlaubstag.

Das Landesarbeitsgericht hat die Klage insoweit abgewiesen. Es hat ausgeführt, die Dauer der Arbeitsverhinderung des Klägers, auf den § 616 Abs. 1 BGB Anwendung finde, habe mit 20 Tagen die Grenze einer verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit überschritten, die bei gewerblichen Arbeitern nach mindestens einjähriger Beschäftigung auf höchstens 14 Tage anzusetzen sei. In einem solchen Falle stehe dem Kläger nach dem Wortlaut und Sinn des § 616 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung auch nicht für die drei ersten Tage der Arbeitsverhinderung zu, auch wenn diese für sich allein betrachtet als verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit anzusehen seien. Das Landesarbeitsgericht hat sich hierbei bewußt und mit eingehender Begründung in Gegensatz zu dem Urteil des Zweiten Senats vom 24. Februar 1955 - 2 AZR 10/54 - = BAG 1, 338 = AP Nr. 2 zu § 616 BGB gesetzt.

Mit der vom Landesarbeitsgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch weiter, während der Beklagte bittet, die Revision



zurückzuweisen.

Der Zweite Senat hat namentlich im Hinblick auf die Bedenken, die gegen seine Entscheidung vom 24. Februar 1955 von der wissenschaftlichen Kritik geltend gemacht worden sind, unter Bezugnahme auf § 45 Abs. 2 Satz 2 ArbGG den Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts zur Entscheidung über folgende Rechtsfrage angerufen:

"Steht dem zur Dienstleistung Verpflichteten auch bei Dienstleistungsverhinderung von erheblicher Dauer, die durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden verursacht ist, Entgelt für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit zu? "

II. Gegen die Zulässigkeit der Anrufung des Großen Senats zur Entscheidung der vorgelegten Rechtsfrage bestehen keine Bedenken. Nach § 45 Abs. 2 Satz 2 ArbGG kann der erkennende Senat in einer Frage von grundsätzlicher Bedeutung die Entscheidung des Großen Senats herbeiführen, wenn nach seiner Auffassung die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung es erfordert.

1. Die vom Zweiten Senat dem Großen Senat vorgelegte Rechtsfrage ist von grundsätzlicher Bedeutung, da von ihrer Beantwortung die für das Arbeitsleben wichtige Entscheidung abhängt, ob ein Arbeitnehmer gemäß § 616 Abs. 1 BGB bei einer in seiner Person liegenden unverschuldeten Dienstunfähigkeit von erheblicher Dauer für die erste nicht erhebliche Zeit der Verhinderung das Arbeitsentgelt verlangen kann oder nicht. Die grundsätzliche Bedeutung der Frage ist auch nicht etwa durch das Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle (ArbKrankhG) vom 26. Juni 1957 (BGBl. I, S. 649) beseitigt. Einmal erstreckt sich dieses Gesetz dem Personenkreis nach nicht auf alle Arbeitnehmer, sondern gemäß § 1 nur auf Arbeiter, zum anderen bezieht es sich der Sache nach nur auf den Fall der Verhinderung eines Arbeiters an seiner Arbeitsleistung

infolge Krankheit und nicht allgemein auf Fälle unverschuldeter Verhinderung an der Dienstleistung überhaupt, während § 616 BGB alle denkbaren Fälle der persönlichen Arbeitsversäumnis umfaßt (Hueck-Nipserdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl., Bd. 1, Anhang 2, S. 970). Schließlich ist das ArbKrankhG, wie sich aus seinem § 11 ergibt, erst am 1. Juli 1957 in Kraft getreten, trifft also nicht Fälle, die vor dieser Zeit liegen, so auch nicht den vorliegenden Rechtsstreit

2. Die weitere Voraussetzung des § 45 Abs. 2 Satz 2 ArbGG, daß die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die Vorlage an den Großen Senat erfordert, sieht der Zweite Senat eindeutig als gegeben an, wie sich daraus ergibt, daß er seinen Vorlagebeschluß ausdrücklich auf diese Vorschrift stützt. Es ist, wie der Große Senat in seinem Beschluß vom 22. Mai 1958 in Sachen GS 1/58 bis 6/58 (BAG 6, 149 = AP Nr. 61 zu § 72 ArbGG mit zustimmender Anmerkung von ohle; siehe auch Baumbach-Lauterbach, ZPO, 25. Aufl., § 137 GVG Anm. 1 zu der dem § 45 Abs. 2 Satz 2 ArbGG entsprechenden Vorschrift des GVG) entschieden hat, nicht Sache des Großen Senats nachzurufen, ob diese zweite Voraussetzung im einzelnen Fall auch wirklich vorliegt. Vielmehr kommt es nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes allein auf die Auffassung des vorlegenden Senats an. Ein Nachprüfungsrecht des Großen Senats wäre, wie in dem genannten Beschluß ausgeführt wird, nur gegeben, wenn es im Gesetzestext statt "nach seiner Auffassung" heißen würde "nach dessen Auffassung".

3. Ob schließlich die dem Großen Senat vorgelegte Frage für die Entscheidung des vorgelegten Rechtsstreits wirklich tragend ist, unterliegt, wie der Große Senat ebenfalls in seinem Beschluß vom 22. Mai 1958 unter Aufgabe seiner früher vertretenen Auffassung entschieden hat, nicht seiner Nachprüfung. Es kann auf diese Ausführungen verwiesen werden. Der Große Senat hat lediglich darauf zu achten, daß seine Entscheidung nicht auf die Erstattung eines Gutachtens in einer beim Bundesarbeitsgericht anhängigen Sache hinausläuft; davon kann aber im vorliegenden Falle keine Rede sein.

III. Die dem Großen Senat vorgelegte Frage spricht in An-

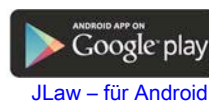


lehnung an § 616 BGB ganz allgemein von dem "zur Dienstleistung Verpflichteten". Der Große Senat geht jedoch davon aus, daß der vorlegende Senat die Frage nicht in dieser Allgemeinheit stellen, sondern entsprechend der Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen nur für das Arbeitsverhältnis beantwortet wissen will. Das ergibt sich daraus, daß im Vorlagebeschluß wiederholt vom Arbeitsverhältnis und vom Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Rede ist. Eine solche Beschränkung liegt auch in der Natur der Sache, weil bei einem Arbeitsverhältnis spezifisch arbeitsrechtliche Erwägungen zu berücksichtigen sind, wie der personenrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses, die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und die Geltung des § 323 BGB im Rahmen des Arbeitsverhältnisses, während für das Dienstverhältnis ohne persönliche Abhängigkeit derartige Erwägungen möglicherweise nicht in Betracht kommen. Daß der Große Senat nicht an den Wortlaut des Vorlagebeschlusses gebunden, vielmehr berechtigt ist, die Entscheidung der ihm vorgelegten Fragen selbständig sachgerecht zu formulieren, hat er bereits in seinem Beschluß vom 26. April 1956 (BAG 3, 66 ff., 69) ausgesprochen.

B.

I. Die hier zur Entscheidung des Großen Senats gestellte Rechtsfrage hat Rechtsprechung und Schrifttum schon früher wiederholt beschäftigt.

1. Das Reichsarbeitsgericht hat in ständiger Rechtsprechung (vgl. ARS 6, 589; 8, 184; 36, 171; 38, 139; 40, 221; 46, 242) bis zuletzt angenommen, daß der Arbeitnehmer bei unverschuldeter Dienstunfähigkeit von erheblicher Dauer das Arbeitsentgelt für die erste nicht erhebliche Zeit der Verhinderung nicht verlangen kann. Es hat die Auffassung vertreten, daß der Wortlaut des Gesetzes eindeutig sei; es sei mit dem Inhalt des § 616 BGB nicht vereinbar, aus einer länger dauernden Verhinderung einen Teilzeitraum herauszugreifen und für diesen verhältnismäßig nicht erheblichen Zeitraum dem Arbeitnehmer die Vergütung gemäß § 616 BGB zu gewähren. Damit würde man in das Gesetz einen Gedanken hineinbringen, der ihm fremd sei. Der Richter dürfe nicht aus Billigkeits-



erwägungen die ihm vom Gesetz gesteckten Grenzen überschreiten, sondern sei an das Gesetz gebunden. Billigkeitserwägungen könnten höchstens dazu führen, auf gesetzgeberischem Wege oder durch Tarifvertrag die gesetzlichen Bestimmungen zu ändern, wie es für den Handlungsgehilfen und den Betriebsbeamten bereits geschehen sei (§ 63 HGB, § 133 c Abs. 2 GewO). Nach dem Kriege hat u.a. das Landesarbeitsgericht Hannover in einer Entscheidung vom 5. Dezember 1951 (AP 53 Nr. 27 = ArbRB1. Arbeitsausfall IV Entsch. 2) mit eingehender Begründung den gleichen Standpunkt vertreten; das Landesarbeitsgericht Mannheim hat seine zunächst abweichende Auffassung später aufgegeben (LAG Mannheim 4. April 1951 und 27. November 1953 ArbRB1. Arbeitsausfall Entsch. IV 1 und 4 mit Anm. von Hueck und Gros).

Auch im Schrifttum ist die gleiche Auffassung unter Berufung auf Wortlaut und Entstehung des Gesetzes vertreten worden, "und zwar in seltener Einhelligkeit seit Jahrzehnten" (so Hueck in ArbRB1. D Arbeitsausfall IV Anm. zu Entsch. Nr. 1). Hueck verweist in seiner Besprechung des von der herrschenden Lehre abweichenden oben genannten Urteils des Landesarbeitsgerichts Mannheim vom 4. April 1951 darauf, daß sich schon das ältere Schrifttum, wie Lotmar, Planck, Titze, Oertmann und Staudinger, auf diesen Standpunkt gestellt habe. Aus dem neuen Schrifttum sei verwiesen auf Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, 1958, S. 626; Flad-Gadow-Heinichen, HGB, § 63 Anm. 2; Hedemann, Schuldrecht, 3. Aufl., S. 266; Hueck, ArbRB1., aaO; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1, 5. Aufl., S. 222 (wegen der 6. Auflage siehe weiter unten); Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 4. Aufl., S. 186 (mit gewissem Zweifel; wegen der in der 5. Aufl. vertretenen Auffassung siehe unten); Molitor, Schuldrecht, 3. Aufl., S. 82; Nikisch, Arbeitsrecht, 2. Aufl., Bd. 1, S. 507; Schlegelberger, HGB, 2. Aufl., 1950, § 63, Anm. 15; Soergel, BGB, 8. Aufl., § 616 Anm. 3; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2. Aufl., S. 210; Staudinger-Nipperdey, BGB, 9. Aufl., § 616 Anm. III 3 c.

Die Begründungen dieser Schriftsteller gehen im allge-



meinen davon aus, daß der Wortlaut des Gesetzes eindeutig sei. So betont Nikisch aaO, die Richtigkeit dieser Auffassung gehe so deutlich aus dem Wortlaut der Vorschrift hervor, daß es offensichtlich so gewollt und eine andere Auslegung daher nicht möglich sei. Von anderen wird darauf hingewiesen, daß die Regelung des § 616 Abs. 1 BGB eine Ausnahmebestimmung zu den Grundnormen des BGB über die Unmöglichkeit einer Leistung (§ 323 BGB) darstelle, die als solche den allgemeinen Grundsatz der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung aufhebe und deshalb, wenn sie auch als eine besondere Ausgestaltung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers anzusehen sei, eng ausgelegt werden müsse.

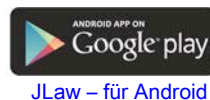
Eine andere Meinung hat, allerdings nur für den Fall der Krankheit, in erster Linie Denecke vertreten, und zwar im Betriebsberater 1951, S. 58 und im RGR-Kommentar zum BGB, 10. Aufl., 1953, zu § 616 BGB. Er begründet seine Ansicht mit der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, die erfordere, daß gerade bei längeren Erkrankungen, die ohnehin die Lebenshaltung des Arbeiters und seiner Familie stärker belasteten als kurze Erkrankungen, ihm möglichst lange der über das Krankengeld hinausgehende volle Lohn erhalten bleiben müsse (RGR-Komm. BGB 10. Aufl., 1953, § 616 Anm. 1). Im Betriebsberater 1951, 58 weist er vor allem darauf hin, daß die wörtliche Auslegung des § 616 BGB nicht genüge, da die Vorschriften der Sozialversicherung seit der Abfassung des BGB eine wesentliche Änderung erfahren hätten; er bezieht sich in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Neufassung des § 189 RVO. Dersch sieht in RdA 1952 S. 57 einen "sehr mißlichen Unterschied" darin, daß der Sechswochenanspruch bei Arbeitsverhinderung durch unverschuldetes Unglück bei Angestellten nach § 63 HGB und § 133 c GewO allgemein in der Rechtsprechung so ausgelegt werde, daß auch bei einer die sechs Wochen überschreitenden Arbeitsverhinderung jedenfalls bis zu sechs Wochen das Gehalt an den Angestellten weiterzuzahlen sei, während § 616 Abs. 1 BGB so ausgelegt werde, daß bei Überschreitung des verhältnismäßig nicht erheblichen Verhinderungszeitraumes überhaupt kein Lohn fortzuzahlen sei. Er meint, eine Bereinigung dieser Zwiespältigkeit könne



ohne weiteres durch die Rechtsprechung stattfinden; denn die Fassung des § 616 BGB nötige nicht dazu, bei Überschreitung der verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit den Krankenlohnanspruch überhaupt zu versagen. Es lasse sich durchaus rechtfertigen, diesen nach dem Gesetz dann wenigstens für einen verhältnismäßig nicht erheblichen Zeitraum zuzuerkennen.

2. Mit der in Rechtsprechung und Lehre herrschenden Meinung hat der Zweite Senat in seinem Urteil vom 24. Februar 1955 (BAG 1, 338 = AP Nr. 2 zu § 616 BGB) bewußt gebrochen. Er hat dort die Auffassung vertreten, daß die gesetzliche Bestimmung des § 616 Abs. 1 BGB, wenn sie auch in ihrem Wortlaut unverändert geblieben sei, auf jeden Fall durch die Hinzufügung des Absatzes 2 auf Grund der Verordnung vom 5. Juni 1931 und insbesondere durch die Neufassung des § 189 RVO nach der Verordnung vom 26. Juli 1930 "zum mindesten für den Arbeitsausfall infolge Krankheit" für den Angestellten einen anderen Sinn erhalten habe, was bisher nicht genügend beachtet worden sei, bei einer neueren Auslegung aber berücksichtigt werden müsse. Wenn sich diese Ansicht des Zweiten Senats zunächst auch nur auf den damals zur Entscheidung stehenden Fall eines nur unter das BGB fallenden Angestellten bezieht, so ergibt sich doch aus den weiteren Ausführungen des Urteils, insbesondere auch aus der ständigen Verwendung des Begriffs "Arbeitnehmer" und nicht "Angestellter", sowie aus der gesamten Gedankenführung, daß der Zweite Senat diese Auslegung des § 616 Abs. 1 BGB nicht nur auf den Angestellten, sondern auch auf den Arbeiter bezogen wissen will, also auch auf einen Fall wie den hier vorliegenden. Das geht auch aus dem Vorlagebeschluß des Zweiten Senats, mit dem der Große Senat angerufen worden ist, eindeutig hervor.

Der Zweite Senat führt in den Entscheidungsgründen weiter aus, daß die beiden genannten neueren Regelungen insgesamt der Verpflichtung des Arbeitgebers auf Weiterzahlung der Arbeitsvergütung den Charakter einer Versorgungsleistung zu Gunsten des erkrankten Arbeitnehmers gäben. Damit sei ein gesetzgeberischer Eingriff in das Prinzip der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung, wie es in § 323 BGB nieder-



gelegt sei, vollzogen worden. Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Weiterzahlung des Gehalts für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit auch im Falle längerer Erkrankung nach § 616 Abs. 1 BGB gewinne so, wie der Senat ausführt, für den Krankheitsfall eine "in sich ruhende, selbständige Bedeutung, die nicht mehr als eine Ausnahmegesetzvorschrift von allgemeinen Bestimmungen" aufzufassen sei. Diese Bedeutung des § 616 Abs. 1 BGB sei über den Fall der Arbeitsverhinderung wegen Krankheit hinaus aber auch schlechthin gegeben. Es sei willkürlich, eine unterschiedliche Behandlung zwischen der Arbeitsverhinderung eines Angestellten infolge Krankheit und der sonstigen unverschuldeten Arbeitsverhinderung irgendeines Arbeitnehmers aus einem in seiner Person liegenden Grund zu machen. Eine weite Auffassung der Vorschrift entspreche auch dem Wesen des Arbeitsverhältnisses. Der Sinn der Regelung des § 616 Abs. 1 BGB sei, wenn sie überhaupt verständlich sein solle, in einem von der allgemeinen Vorschrift des § 323 BGB unabhängigen Fürsorgegedanken zu finden, so daß die Bestimmung als solche und für sich auszulegen sei. Wenn nun die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber dem kurzfristig verhinderten Arbeitnehmer bestehe, so müsse sie erst recht bei längerem Ausfall gegeben sein, da er zweifellos den Arbeitnehmer und seine Familie stärker belaste. Der Grundgedanke des § 616 Abs. 1 BGB erfordere daher, in jedem Fall für die erste verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit den Vergütungsanspruch zu belassen.

3. Das Urteil des Zweiten Senats hat im Schrifttum nur zum kleinen Teil Zustimmung gefunden - so z.B. bei Kaskel-Lersch, Arbeitsrecht, 5. Aufl., S. 164 f.; Maurer, AuR 55, 214; Mendigo, AuR 1955 S. 256; Erman-Küchenhoff, BGB Handkommentar, 2. Aufl., § 616 Anm. 2 c; Trieschmann, Betrieb 1955, S. 800 - ist aber überwiegend auf - zum Teil scharfe - Ablehnung gestoßen. Die sozialpolitischen Gedanken des Urteils werden zwar de lege ferenda für begrüßenswert erklärt, es wird aber eingewandt, daß die Entscheidung mit dem geltenden Recht nicht vereinbar sei. So führen Staudinger-Nipperdey-



Mohnen, Der Dienstvertrag, 1958, § 616 BGB Anm. 21 aus, daß das aus sozialpolitischen Gründen sicher erstrebenswerte Ergebnis der Vergütungszahlung für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit auch für den Fall, daß die Arbeitsverhinderung von erheblicher Dauer sei, mit Wortlaut und Sinn des § 616 BGB nicht in Einklang zu bringen sei. Die Entscheidung des Zweiten Senats habe die Grenze zulässiger Auslegung und Fortbildung des Rechts durch den Richter überschritten. Die gleiche Auffassung wird von Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, 6. Aufl., Bd. I, S. 308 vertreten. Einen ähnlichen Standpunkt nehmen G. und D. Reinicke, NJW 1955, 1382 ein. Sie weisen auf die der Auslegung des Gesetzes seitens des Zweiten Senats entgegenstehende Entstehungsgeschichte der Bestimmung hin, die unabhängig von späteren Änderungen auszulegen sei, und betonen, daß die Gebotsvorstellungen des Gesetzgebers bindend seien. Hueck, Anm. zu AP Nr. 2 zu § 616 BGB, hält ebenfalls die Entscheidung mit dem geltenden Recht nicht für vereinbar und ist der Auffassung, daß der Senat die für die richterliche Fortbildung des Rechts bestehenden Grenzen nicht eingehalten habe. Gros, ArbR Bl. Arbeitsausfall IV, Entsch. 5 stimmt dem Ergebnis der Entscheidung zwar de lege ferenda zu, mißbilligt sie aber de lege lata "angesichts der klaren gesetzlichen Regelung" und verweist auf die Schranken, die einer Fortbildung des Rechts im Wege der rechtsändernden Auslegung im Interesse der Rechtssicherheit gesetzt seien. Für die Beibehaltung der vom Reichsarbeitsgericht vertretenen Auffassung setzen sich ferner u.a. Nikisch, aaO; Lehmann, JZ 1955, 459 und Osthold, SAE 1955 Nr. 132 ein.

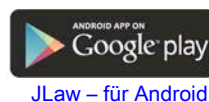
Aber auch soweit das Urteil Zustimmung gefunden hat, werden jedenfalls gegen Teile der Begründung von einigen Schriftstellern Bedenken geltend gemacht (vgl. insbesondere Mendigo, Arbeit und Recht 1955, S. 256; Trieschmann, Betrieb 1955, S. 800). Während Mendigo Bedenken gegen den vom Zweiten Senat angenommenen "Versorgungscharakter" der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers erhebt, wendet sich Trieschmann hauptsächlich gegen die Folgerungen, die das Urteil aus der Neufassung des 189 RVO und der Einfügung des Abs. 2



in § 616 BGB zieht.

II. Der Große Senat ist zu dem Ergebnis gekommen, daß der vom Zweiten Senat in seiner Entscheidung BAG 1, 338 vertretenen Auffassung jedenfalls im Kernpunkt nicht zugestimmt werden kann, daß vielmehr die Bestimmung des § 616 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung grundsätzlich nur dann gewährt, wenn die unverschuldete Arbeitsverhinderung selbst nicht von erheblicher Dauer ist. Etwas anderes gilt nur für den Fall der unverschuldeten Erkrankung eines unter § 616 BGB fallenden Angestellten. Wegen der besonderen Rechtslage, die sich hinsichtlich der Entgeltsfrage für Arbeiter im Krankheitsfall auf Grund des ArbKrankhG vom 26. Juni 1957 ergibt, sei auf den Beschluß des Großen Senats vom 17. Dezember 1959 - GS 2/59 - verwiesen.

1. Für die vom Großen Senat vertretene Auffassung spricht einmal der Wortlaut des Gesetzes, von dem bei der Prüfung der rechtlichen Bedeutung einer Gesetzesvorschrift zunächst auszugehen ist (BAG, Großer Senat 6, 149, LT527). Danach geht der zur Dienstleistung Verpflichtete des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Hätte das Gesetz zum Ausdruck bringen wollen, daß die Zahlungsverpflichtung des Arbeitgebers auch im Falle einer verhältnismäßig erheblichen Zeit bestehen solle, so hätten die Worte "für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" im Hauptsatz stehen und auf den Vergütungsanspruch bezogen sein müssen. In Hinblick hierauf kann daher Trieschmann nicht zugestimmt werden, wenn er in "Der Betrieb" 1955, S. 801 meint, der Wortlaut des § 616 Abs. 1 BGB sei nur dann eindeutig, wenn vor die Worte "für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" das Wort "nur" eingefügt worden wäre, da nur dann die Nichtüberschreitung dieses Zeitraumes eine maßgebliche Voraussetzung für die Zuerkennung des Vergütungsanspruches wäre.



Es ist auch zu beachten, daß der Wortlaut des § 616 Abs. 1 BGB insoweit von dem Wortlaut anderer gesetzlicher Bestimmungen, die sich mit der gleichen Frage befassen, abweicht. So gewährt § 63 HGB dem Handlungsgehilfen für den Fall, daß er durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert wird, den Anspruch auf Gehalt und Unterhalt, "jedoch nicht über die Dauer von sechs Wochen hinaus". Hier wird also nicht darauf abgestellt, daß die Verhinderung nur "für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" erfolgen dürfe. Auch § 133 c Abs. 2 GewO beläßt den sogenannten Betriebsbeamten und ähnlichen gewerblichen Angestellten für den Fall eines unverschuldeten Unglücks auf die Dauer von sechs Wochen den Anspruch auf die vertragsmäßigen Leistungen des Arbeitnehmers ohne die einschränkende Bestimmung "für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit". Das gleiche gilt gemäß § 90 a PrABG für die in § 88 genannten technischen Bergbauangestellten, weiter nach § 48 Abs. 1 Satz 2 Seemannsgesetz, § 20 Binnenschiffahrtsgesetz, § 4 der Erziehungsbeihilfen AO vom 25. Februar 1943, RABl. I, S. 164. Der Wortlaut des § 616 Abs. 1 BGB unterscheidet sich damit eindeutig von dem Wortlaut der anderen genannten gesetzlichen Bestimmungen.

2. Die Richtigkeit dieser Auslegung des Wortlauts wird erhärtet durch systematische und entstehungsgeschichtliche Momente, die einen Schluß auf den Sinn des Gesetzes zulassen (vgl. hierzu Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, 15. Aufl., 1959, § 56 II).

Bereits § 562 Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches sah eine Bestimmung vor, die der Fassung des § 616 Abs. 1 BGB entspricht. Sie lautete:

"Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so wird der zur Dienstleistung Verpflichtete des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienst-

leistung verhindert ist; er muß sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden (ranken- oder Unfallversicherung zukommt."

In den Motiven zu § 562 Entwurf (Amtliche Ausgabe, Bd. 2, S. 463, Mugdan, Bd. 2, S. 258) wird zur Begründung ausgeführt:

"Die eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen enthaltende Bestimmung beruht auf sozialpolitischen Rücksichten und auf Gründen der Humanität. Es kommt insbesondere auch in angemessener Weise den Wehrpflichtigen zustatten, die vorübergehend oder nur auf kurze Zeit zum Militärdienst eingezogen werden. Sie hat einen Vorgang in Art. 60 HGB und in Art. 341 schweiz.Bd.Ges., und auch gemeinrechtlich wird vielfach angenommen, daß eine unbedeutende Verhinderung oder Unterbrechung der Dienstleistung infolge eines in der Person des Dienstverpflichteten eingetretenen Unfalles nicht zu einem Abzuge berechtige. Die Zeit, welche als nicht erheblich zu gelten hat, näher zu bestimmen, ist wegen der Mannigfaltigkeit der in Betracht kommenden Dienstverhältnisse unausführbar. In dieser Beziehung kann auch ohne Gefahr die Entscheidung dem Richter überlassen werden".

In den Protokollen (Amtliche Ausgabe, Bd. 2, S. 280, Mugdan, Bd. 2, S. 899 ff.) heißt es dann weiter:

"Linverständnis bestand darüber, daß es sich empfehle nur eine Verhinderung von "verhältnismäßig" d.h. im Verhältnis zu der vertragsmäßigen Dauer des Dienstverhältnisses nicht erheblichen Dauer zu berücksichtigen."

Daraus, daß § 562 Entwurf nahezu unverändert in § 616 Abs. 1 BGB übernommen worden ist, ergibt sich, daß der Gesetzgeber nur den Fall regeln wollte, in dem die Verhinderung als solche eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit dauert. Nicht aber sollte durch die Vorschrift die Fortzahlung des Entgelts für eine erste verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit auch für den Fall vorgesehen werden, daß die Verhinderung als solche längere Zeit dauert. Es kann daher dem Zweiten Senat nicht zugestimmt werden, wenn er in BAG 1, 338 meint, der Grundgedanke des § 616 BGB erfordere es, in jedem Falle für die erste verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit den Vergütungsanspruch zu belassen. Der Grundgedanke des Gesetzgebers

war vielmehr, wie die ~~Gesetz~~sgeschichte zeigt, als Ausnahmeregelung einen an sich nicht bestehenden Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts für den besonderen Fall kurzfristiger Verhinderung aus sozialen Gründen zu gewähren.

3. Der Zweite Senat hat nun in der genannten Entscheidung seine Auffassung weiterhin damit begründet, daß der Sinn der Regelung des § 616 Abs. 1 BGB, wenn sie überhaupt verständlich sein solle, von vornherein in einem von der allgemeinen Vorschrift des § 323 BGB unabhängigen Fürsorgegedanken zu finden sei, so daß die Bestimmung als solche und für sich ausgelegt werden müsse. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Auffassung des Zweiten Senats unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten zutreffend ist oder ob nicht doch § 616 Abs. 1 BGB eine Ausnahmegesetzvorschrift von der Regelung des § 323 BGB enthält, nach der der Anspruch auf die Gegenleistung verloren geht, wenn die Leistung infolge eines von keinem Vertrags- teil zu vertretenden Umstandes unmöglich wird (so Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Anm. 2 und 3 zu § 616 BGB; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 147 I; Lehmann, JZ 55, 459; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. 1, § 44 III 1; Palandt, 18. Aufl., § 616 Anm. 1; Larenz, Schuldrecht II, 2. Aufl., § 48 II b; entsprechend Geßler-Hefermehl-Hildebrand-Schröder, Komm. zum HGB, § 63 Anm. 1). Auch wenn man der Auffassung des Zweiten Senats folgt, so rechtfertigt das im vorliegenden Falle nicht die Schlußfolgerung, der Arbeitnehmer habe Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit auch für den Fall, daß die unverschuldete Verhinderung als solche längere Zeit dauert. Ist ein Anspruch wie hier ausdrücklich gesetzlich geregelt, so kann der Gedanke der Fürsorgepflicht für sich allein nicht einen Anspruch auf darüber hinausgehende soziale Leistungen begründen, mögen sie auch sozial wünschenswert sein (vgl. Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem. 7 vor § 617 BGB; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch I, § 48 I 3). Anders könnte es nur sein, wenn die Gewährung der Leistung nach heutiger Lebensauffassung nicht nur billig erscheint, sondern sich



aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses als selbständige Pflicht notwendig ergeben müßte, die daher auch nicht abgedungen werden könnte. Das gerade ist aber hinsichtlich der Bestimmung des § 616 Abs. 1 BGB nicht der Fall. Lehre und Rechtsprechung haben vielmehr - bis in die neueste Zeit - völlig übereinstimmend an der Abdingbarkeit des § 616 Abs. 1 BGB festgehalten; die Tarifparteien haben von dieser Abdingbarkeit auch weitgehend Gebrauch gemacht. Es läßt sich daher eine Ausweitung des Inhalts des § 616 Abs. 1 BGB, wie sie der Zweite Senat vorgenommen hat, aus dem Gedanken einer notwendigen Fürsorgepflicht nicht rechtfertigen.

1. Wenn der Zweite Senat seine Auffassung schließlich damit begründet, der Arbeitnehmer sei bei längerer Verhinderung gegenüber dem kurzfristig verhinderten Arbeitnehmer erst recht schutzbedürftig, da sie ihn und seine Familie stärker belaste, so übersieht er hierbei, daß das Gesetz nicht nur auf das Maß der Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers abstellt, sondern, wie jede derartige Regelung, einen Interessenausgleich zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zum Ziele hat. Interessengegensätze, die des Ausgleichs bedürfen, sind nun einmal auch und gerade im Arbeitsverhältnis trotz seines besonderen, personenrechtliche Elemente enthaltenden Charakters unausbleiblich. Daß der Gesetzgeber eine Interessenabwägung vorgenommen hat, ergibt sich schon daraus, daß er einen bestimmten Tatbestand abgegrenzt und an ihn bestimmte Rechtsfolgen geknüpft hat. Darin liegt sicherlich die Wertung der Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers, zugleich aber auch die Wertung dessen, was das Gesetz dem Arbeitgeber zumuten kann. Wenn der Zweite Senat meint, die Formulierung des Gesetzes gebe keinen sicheren Anhalt dafür, daß derartige auch auf das Arbeitgeberinteresse abstellende Abwägungen eine Rolle gespielt hätten, so übersieht er die Entwicklungsgeschichte und den Sinn der Norm und nimmt, wie Heinrich Lehmann in seiner Besprechung des Urteils JZ 1955, S. 458 zutreffend betont, eine einseitige Wertung der Gesetzesnorm vor. Ob die Interessenabwägung des Gesetzgebers vom jetzigen Standpunkt aus gesehen auch fernerhin rechtspolitisch wünschenswert und



zweckmäßig ist, ist eine ganz andere Frage, die zu entscheiden nicht Sache der Gerichte ist. Das ist vielmehr allein Sache des Gesetzgebers. Wenn dieser von seiner Gesetzgebungsbefugnis trotz der Auslegung, die § 616 Abs. 1 BGB in der ständigen Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts und in der herrschenden Lehre gefunden hat, bisher keinen Gebrauch gemacht hat, so kann es nicht Aufgabe der Gerichte sein, an seiner Stelle den Inhalt des Gesetzes neu zu gestalten. Ein solches Verfahren würde in der Tat nicht mehr in den Rahmen einer zulässigen Fortbildung des Rechts fallen, sondern eine Neugestaltung des Rechts darstellen und damit die der rechtssprechenden Gewalt gesetzten Grenzen überschreiten (vgl. hierzu BAG 1, 279 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG mit zustimmender Anmerkung von Hueck).

III. Hat somit der Arbeitnehmer, der unter § 616 Abs. 1 EGB fällt, grundsätzlich keinen Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung, wenn die Arbeitsverhinderung verhältnismäßig erhebliche Zeit dauert, so gilt dieser Grundsatz jedoch seit dem 3. Dezember 1930, dem Tage des Inkrafttretens des Kapitels II Art. 3 der Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 1. Dezember 1930 (RGBl. I, S. 517) in der Fassung des auf den genannten Tag zurückwirkenden Kapitels IV § 1 vb, § 2 des Ersten Teils der Zweiten Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 5. Juni 1931 (RGBl. I, S. 279) nicht für den Fall der unverschuldeten längeren Erkrankung eines Angestellten.

1. Dem Zweiten Senat ist im Ergebnis darin zuzustimmen, daß durch die Neufassung des § 189 RVO auf Grund der Verordnung des Reichspräsidenten zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände vom 26. Juli 1930 (RGBl. I, S. 311) und der durch die genannten Notverordnungen vom 1. Dezember 1930 und 5. Juni 1931 vorgenommenen Ergänzungen des § 616 BGB für den Fall der unverschuldeten Erkrankung eines unter § 616 EGB fallenden Angestellten eine Änderung des bisherigen Sinnes der Bestimmung eingetreten



ist. Die insoweit gegen die Ansicht des Zweiten Senats gerichtete Kritik ist verfehlt, weil sie die Auslegung des § 616 Abs. 2 und die Erschließung seines Sinngehalts allein im Zusammenhang mit § 616 Abs. 1 zu fassen versucht, dabei aber übersieht, daß der § 616 Abs. 2 in einer mehrstufigen Rechtsentwicklung dem § 616 Abs. 1 im Rahmen der Notgesetzgebung der Jahre 1930 und 1931 hinzugefügt ist; vgl. dazu auch BGHZ 7, 47. Die wirkliche Bedeutung dieser Vorschrift kann daher nur erkannt werden, wenn die der Zusatzbestimmung des Abs. 2 zugrunde liegende Entwicklung, ihr Zweck und die Umstände, die zu dieser Entwicklung geführt haben, berücksichtigt werden.

Die Notgesetzgebung des damaligen Reichspräsidenten auf Grund des Art. 48 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung wurde im Jahre 1930 ausgelöst durch den äußerlich sichtbar werdenden Zusammenbruch der Wirtschaft und der Staatsfinanzen. Er wurde verschärft durch das sprunghafte Anwachsen der Arbeitslosigkeit, die die schon ohnehin belasteten öffentlichen Mittel in einem nicht vorausgesehenen Übermaß beanspruchte. Die Notgesetzgebung vollzog sich im wesentlichen in drei Notverordnungen, die in ihrer Folge auch für die hier zu erörternde Frage von Bedeutung sind. Die Erste Verordnung nannte sich "Verordnung des Reichspräsidenten zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände" und wurde unter dem 26. Juli 1930 erlassen (RGBl. I, S. 311). Sie betraf in ihrem Vierten Abschnitt Maßnahmen zur Sicherung der Arbeitslosenversicherung, Krankenversicherung und Reichsversorgung. Ein besonderer Untertitel war darin der Krankenversicherung gewidmet. Vor allem wurde durch Ziff. 14 des Vierten Abschnitts die (auch vom Zweiten Senat herangezogene) Änderung des § 189 RVO vorgenommen, nach der vor seinen bisherigen Text ein Absatz geschoben wurde, der einen Eingriff in die bisherige Regelung auf dem arbeitsrechtlichen Gebiete des Handelsrechts, der Gewerbeordnung und des Bürgerlichen Rechts enthielt. Die bis dahin gültige Regelung ging nämlich davon aus, daß in einem Krankheitsfall des Arbeitnehmers der Versicherte in jedem Fall gemäß den Bestimmungen der Reichsversicherungs-



ordnung ein Krankengeld erhielt. § 189 RVO bestimmte in seiner ursprünglichen Fassung nur, daß ein Versicherter, der gleichzeitig aus einer anderen Versicherung Leistungen erhielt, sich die Kürzung der Leistung der Krankenkasse soweit gefallen lassen mußte, daß das gesamte Krankengeld den Durchschnittsbetrag seines täglichen Arbeitsverdienstes nicht überstieg. Diese Kürzung konnte durch die Satzung der Kasse außerdem ganz oder teilweise ausgeschlossen werden. Die Gehaltsregelung bei den kaufmännischen Angestellten für den Krankheitsfall bestimmte sich nach der damaligen Fassung des § 63 HGB dahin, daß er Anspruch auf Gehalt und Unterhalt für die Dauer von sechs Wochen behielt. Er brauchte sich den Betrag, den er aus einer Krankenversicherung erhielt, nicht anrechnen zu lassen. Diese Vorschrift war nach der damals herrschenden Auffassung dispositiv, konnte also durch Vereinbarung ausgeschlossen werden. Für den gewerblichen Angestellten ergab sich auf Grund der damaligen Fassung des § 133 c GewO die Regelung, daß er im Krankheitsfall für die Dauer von sechs Wochen seinen Gehaltsanspruch behielt, jedoch minderte sich der Anspruch um denjenigen Betrag, den er aus einer gesetzlichen Krankenversicherung erhielt. Die gleiche Minderungsvorschrift enthielt auch § 616 Satz 2 BGB, so daß auch der nicht kaufmännische oder gewerbliche Angestellte, soweit er nach § 616 BGB des Anspruchs auf die Vergütung "nicht verlustig" ging, sich Kassenleistungen auf das Gehalt anrechnen lassen mußte. Grundsatz der damaligen Regelung war also, daß Kassenleistungen nach den Bestimmungen der Reichsversicherung in jedem Falle zu erfolgen hatten, also unabhängig davon, ob der Angestellte für den Krankheitsfall Gehalt erhielt oder nicht. Es erfolgte also keine Anrechnung des Gehalts auf die Versicherung, wohl aber konnte in den erwähnten Fällen die Versicherungsleistung auf das Gehalt angerechnet werden. In dieses Prinzip schlug die Änderung des § 189 RVO durch Einfügung eines neuen Abs. 1 eine entscheidende Bresche und traf eine dem bisherigen Prinzip genau entgegengesetzte Regelung. Es heißt dort: "Der Anspruch auf Krankengeld



ruht, wenn der Versicherte während der Krankheit Arbeitsentgelt erhält". Fortan erfolgte also eine volle Anrechnung des Gehalts auf die Versicherungsleistungen und damit praktisch keine Anrechnung mehr der Versicherungsleistungen auf das Gehalt. Während nach der früheren Regelung also die Frage, ob der Arbeitnehmer Lohn weiterbezog, für die Versicherung überhaupt keine Rolle spielte, war nunmehr umgekehrt die entscheidende Frage für den Eintritt der Versicherungsleistung, ob noch Lohn nach den materiellen Bestimmungen des Arbeitsrechts zu zahlen war. Die ganze erste Leistungspflicht im Falle der Erkrankung eines Angestellten wurde also auf den Arbeitgeber überbürdet. Zweck dieser Maßnahme war eine entscheidende finanzielle Entlastung der Kassen, insbesondere hinsichtlich der hohen Beträge, die bis dahin gerade für die Fälle von verhältnismäßig kurzfristigen Erkrankungen gezahlt werden mußten

Dieser Zweck der finanziellen Entlastung der Krankenversicherung durch Änderung des § 189 RVO wurde aber nicht in dem erwarteten Umfang erreicht, denn nach der herrschenden Auffassung waren die materiellen arbeitsrechtlichen Bestimmungen des § 63 HGB, des § 133 c GewO und des § 616 BGB durch Vertrag, Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag abdingbar, und sie waren auch weitgehend durch derartige Regelungen abgedungen oder zum mindesten modifiziert. Vor allem kamen die Arbeiter praktisch überhaupt nicht in Betracht. Man entschloß sich daher in der (nun folgenden) Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 1. Dezember 1930 (RGBl. I, S. 517) unter Kapitel 2 Art. 3 mit der Überschrift "Krankenfürsorge", die aus § 63 Abs. 1 HGB, § 133 c Abs. 2 GewO und § 616 BGB sich ergebenden Ansprüche für ~~unabdingbar~~ unabdingbar zu erklären ("können nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden"). Die Vorschriften der §§ 63 HGB, 133 c GewO und 616 BGB wurden in dem Eingangssatz der Verordnung sogar als "reichsgesetzliche Vorschriften über Krankenfürsorge" bezeichnet, eine Bezeichnung, zu der man nur kommen konnte, nachdem man auf Grund der Ersten Notverordnung den § 189 RVO geändert hatte und die Krankenfürsorge für kurzfristige



Krankheiten glaubte auf den Arbeitgeber überbürdet zu haben. Diese Zwischenstufe der Gesetzgebung ist bisher nicht genügend beachtet worden. Aus ihr ergab sich hinsichtlich des kaufmännischen und des gewerblichen Angestellten im Krankheitsfalle die einfache Regelung, daß für die ersten sechs Wochen der Arbeitgeber das Gehalt weiter zahlte, die Versicherung dagegen nicht eintrat; nach Ablauf der sechs Wochen trat die Krankenversicherung ein. Bei diesen beiden Arten von Angestellten war also bei jedem Krankheitsfall von vornherein völlig klar, ob überhaupt und von wann ab die Krankenversicherung eintreten würde. Für alle anderen entstand jedoch eine Schwierigkeit auf Grund der herrschenden Auslegung, daß der Arbeitnehmer überhaupt keinen Gehaltsanspruch habe, wenn er im Ergebnis länger als eine verhältnismäßig kurzfristige Zeit verhindert, also z.B. erkrankt sei. Dadurch ergab sich eine Situation, in der die Krankenkasse zunächst im Unsicheren sein mußte, ob sie im Ergebnis überhaupt leisten müsse; denn wenn sich die Krankheit insgesamt als nicht verhältnismäßig kurz erwies, mußte die Krankenkasse von vornherein eintreten, erwies sie sich dagegen als verhältnismäßig kurz, so trat der Arbeitgeber allein und somit nicht die Kasse ein. Diese Lösung ist von vornherein auffallend: sie gestaltet anders als bei den gewerblichen und kaufmännischen Angestellten die Leistungspflicht der Kasse relativ.

Auf dieser Grundlage muß nun die weitere Änderung des bisherigen § 616 Abs. 2 ("der Anspruch kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen werden" - RGBl. 1930, S. 521) verstanden werden, die durch die Zweite Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 5. Juni 1931 (RGBl. I, S. 279) erfolgt ist. Durch diese Bestimmung wurde nämlich die Unabdingbarkeit des § 616 BGB auf den Anspruch eines versicherungspflichtigen Angestellten auf Vergütung für den Krankheitsfall beschränkt und hinzugefügt, daß hierbei eine Zeit von sechs Wochen als verhältnismäßig nicht erheblich gilt, wenn durch Tarifvertrag nicht eine andere Dauer bestimmt ist. Der Zweck dieser letztgenannten Vor-



schrift kann daher nur darin gesehen werden, ebenso wie bei den kaufmännischen und gewerblichen Angestellten klare zeitliche Verhältnisse und absolute (und nicht relative) Voraussetzungen für den Eintritt der Kasse zu schaffen, also den Angestellten des § 616 Abs. 2 BGB den kaufmännischen und den gewerblichen Angestellten für den Krankheitsfall auch versicherungsrechtlich gleichzusetzen. Man glaubte, dieses Ziel am einfachsten dadurch erreichen zu können, daß man die "verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" fixierte. Hierbei wurde allerdings nicht genügend bedacht, daß ein sich auf den § 616 Abs. 1 BGB beziehender Absatz 2 die Gefahr des Mißverständnisses in sich barg. Daß der Gesetzgeber aber die Absicht hatte, die gleiche Regelung für kaufmännische, gewerbliche und unter § 616 BGB fallende Angestellte - für letztere abgesehen von dem Vorbehalt der tarifvertraglichen Regelung nach § 616 Abs. 2 S. 2 - zu treffen, kann auch daraus entnommen werden, daß diese Änderung auf den 3. Dezember 1930 zurückbezogen wurde, also auf den Tag des Inkrafttretens der Änderung des § 616 BGB auf Grund der Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 1. Dezember 1930. Setzt man in dieser Verordnung anstelle der Ziffer 4 nicht den damaligen Text, sondern den durch die Verordnung vom 5. Juni 1931 geänderten Text, was man, um der Auslegung gerecht zu werden, auf Grund dieser ausdrücklichen Rückbeziehung tun muß, und vergleicht man mit dieser Änderung dazu die Ziffern 2 und 3 der Verordnung vom 1. Dezember 1930, so kann es keinem Zweifel mehr unterliegen, daß für alle Angestellten ein einheitliches und klares Recht für den Krankheitsfall geschaffen werden sollte, nämlich die Fortzahlung des Gehalts durch den Arbeitgeber für die ersten sechs Wochen der unverschuldeter Erkrankung eines Angestellten und dadurch eine absolute und entscheidende Entlastung der Krankenkasse für die hohen Aufwendungen für kürzere Krankheitsfälle und Überbürdung dieser Leistung auf die Schultern der Arbeitgeber. Es handelte sich also um eine nachträgliche gesetzgeberische Berichtigung, durch die die "Krankenfürsorge" (die Überschrift zu Kapitel 2 Art. 3 der bereits genannten VO vom 1. Dezember 1930) des Arbeitgebers für die Angestellten als unabdingbar proklamiert wurde. Legt man daher die damals veranlassenden



Umstände und den sich aus ihnen ergebenden Zweck für den Krankheitsfall zugrunde, so muß der Auffassung des Zweiten Senats in seinem Urteil vom 24. Februar 1955 (BAG 1, 338) insoweit im Ergebnis zugestimmt werden, daß ein unter § 616 BGB fallender Angestellter seit dem 3. Dezember 1930 für den Fall unverschuldeter Krankheit auch bei Dienstleistungsverhinderung von erheblicher Dauer von seinem Arbeitgeber Entgelt für die ersten sechs Wochen verlangen kann.

2. Aber auch wenn man von dieser Entstehungsgeschichte des § 616 Abs. 2 BGB absieht, sprechen überwiegende Gründe dafür, auch den Angestellten, die nur unter das BGB und nicht unter die erwähnten Sondergesetze fallen, im Krankheitsfall den Gehaltsanspruch für 6 Wochen zu geben, wenn nicht ein Tarifvertrag eine andere Dauer bestimmt.

Mit Recht ist für die vom Großen Senat für richtig erachtete Auslegung des § 616 Abs. 1 BGB auf ihre größere Praktikabilität für die Rechtsanwendung hingewiesen worden. Die Frage, ob die Zeit der Arbeitsverhinderung verhältnismäßig kurz ist, braucht im Bereich des § 616 Abs. 1 BGB bei der hier vertretenen Auslegung nur in den Grenzfällen entschieden zu werden. Wäre die Auffassung des Zweiten Senats zutreffend, so müßte die Frage in jedem einzelnen Fall länger dauernder Verhinderung beantwortet werden, da ja immer für die erste nicht erhebliche Zeit die Vergütung zu zahlen wäre. Diese Schwierigkeit scheidet bei den Angestellten des § 616 Abs. 2 BGB völlig aus, da ein ganz fest bestimmter Zeitraum für die Weiterzahlung des Gehalts gegeben ist: 6 Wochen oder der durch Tarifvertrag festgelegte Zeitraum. Hier ist es die natürliche und praktikable Auslegung, sich an den festen Zeitraum zu halten und im Krankheitsfall von längerer Dauer jedenfalls für diesen Zeitraum das Gehalt weiterzuzahlen.

Die Auslegung des § 616 Abs. 2 BGB in dem hier dargelegten Sinne erscheint aber auch allein verfassungskonform (vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, 15. Aufl., S. 319; BVerfGE 2, 266 [282], 336 [340, 341], 4, 7 [22], 8, 28 [33-35], 38 [41]), da sie den Anforderungen des Art. 3 des Grundgesetzes entspricht. Sicherlich steht es und stand es



(vgl. Art. 123 GG) dem Gesetzgeber frei, die Vergütungszahlung im Krankheitsfall nach seinem pflichtmäßigen Ermessen zu regeln. Es bestehen auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken, das Problem für Angestellte und Arbeiter nicht einheitlich zu ordnen. Denn es besteht, namentlich was die vertretbare Belastung der Arbeitgeber betrifft, ein erheblicher Unterschied, ob die Vergünstigung 100%-iger Vergütungszahlung für die Angestellten oder aber auch für die Arbeiter gewährt wird, die der Zahl nach ein Vielfaches der Angestellten ausmachen. Eine solche Differenzierung, mag man auch für die Zukunft für ihre Abschaffung eintreten, ist jedenfalls nicht sachfremd, nicht Willkür. Das gleiche gilt auch noch, wenn der Gesetzgeber für eine bestimmte Gruppe von Angestellten eine Änderung der 6-Wochenfrist durch Tarifvertrag, also durch die Autonomie der Sozialpartner, für zulässig erklärt. Dagegen würde es gröblich willkürlich und durch keinerlei sachliche Erwägung gerechtfertigt sein (vgl. auch Nikisch, Arbeitsrecht, 2. Aufl., Bd. 1, S. 514), allen Angestellten Vergütung im Krankheitsfall für 6 Wochen zu geben, einer einzelnen Gruppe, nämlich den Angestellten, die nur unter das BGB fallen, so etwa den Angestellten der Rechtsanwälte oder der öffentlichen Hand, aber dann nicht, wenn ihre Krankheit etwas länger dauert, sei es auch 6 Wochen und 1 Tag. Das kann nicht Rechtens sein.

3. Der Große Senat nimmt nach dem Gesagten innerhalb des § 616 BGB eine Differenzierung vor, je nachdem ob es sich um den Fall der unverschuldeten Erkrankung von Angestellten oder um Fälle unverschuldeter Dienstleistungsverhinderung von Arbeitnehmern überhaupt handelt, die auf anderen Ursachen beruhen. Gleichzeitig hat der Senat im Beschluß vom 17. Dezember 1959 - GS 2/59 - ausgesprochen, daß bei unverschuldeter Krankheit eines krankenversicherungspflichtigen Arbeiters in der Entgeltfrage ausschließlich das Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfall vom 26. Juni 1957 und nicht § 616 Abs. 1 BGB gilt. Dem Zweiten Senat kann nicht darin gefolgt werden, wenn er meint, es wäre Willkür, eine unterschiedliche Behandlung zwischen Dienstleistungsverhinderung eines Angestellten infolge



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

Krankheit und der sonstigen unverschuldeten Arbeitsverhinderung irgendeines Arbeitnehmers aus einem in seiner Person liegenden Grund zu machen. Von einer Willkür kann hier keine Rede sein, denn es muß - um es zu wiederholen - dem Gesetzgeber unbenommen bleiben, unterschiedliche Bestimmungen für Arbeiter und für Angestellte zu erlassen und auch die Rechtsfolgen, die sich hinsichtlich der Fortzahlung des Gehalts von Angestellten im Falle unverschuldeter Dienstverhinderung ergeben, unterschiedlich zu regeln, je nach dem ob die Verhinderung auf Krankheit oder andere Ursachen zurückzuführen ist. Die Frage, ob die getroffene Regelung zweckmäßig und, vom heutigen Standpunkt aus gesehen, sozialpolitisch erwünscht ist, unterliegt, wie oben ausgeführt, nicht der Entscheidung des Gerichts.

gez. Nipperdey	für den erkrankten Senatspräsidenten		
	Dr. Müller		Dr. König Dr. Boldt
	Nipperdey		
	für den beurlaubten Bundesrichter		Wichmann
	Dr. Fecher		
	Nipperdey		
Siebrecht	Dr. Reinecke	Dr. Wagner	Grote

