

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

---

Band 185

# Das arbeitsrechtliche System der Lohnfortzahlung

Unter besonderer Berücksichtigung  
des Kausalitäts- und Zurechnungserfordernisses

Von

Martin Gutzeit



Duncker & Humblot · Berlin

MARTIN GUTZEIT

**Das arbeitsrechtliche System der Lohnfortzahlung**

**Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht**

**Band 185**

# Das arbeitsrechtliche System der Lohnfortzahlung

Unter besonderer Berücksichtigung  
des Kausalitäts- und Zurechnungserfordernisses –  
zugleich ein Beitrag zum Arbeitskampfrisiko

Von  
Martin Gutzeit



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Gutzeit, Martin:**

Das arbeitsrechtliche System der Lohnfortzahlung :  
unter besonderer Berücksichtigung des Kausalitäts-  
und Zurechnungserfordernisses / von Martin Gutzeit. –  
Berlin : Duncker und Humblot, 2000

(Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht ; Bd. 185)

Zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 1999

ISBN 3-428-10165-0

Alle Rechte vorbehalten

© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 3-428-10165-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☹

*Meinen Eltern*



## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Mannheim im Wintersemester 1999/2000 als Dissertation angenommen. Sie wurde mit dem Preis des Verbandes der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg e.V. ausgezeichnet. Die Arbeit ist auf dem Stand Januar 2000. Vereinzelt konnte auch noch danach erschienene Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt werden.

Sehr herzlich danken möchte ich meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Günther Wiese, der diese Arbeit ermöglicht und unermüdlich gefördert hat. Er ließ mir jedwede Unterstützung zuteil werden. Seine Anregungen konnte ich stets mit Gewinn verwerten. Herzlich danken möchte ich auch dem Zweitgutachter, Herrn Professor Dr. Volker Rieble, der durch vielfache kritische Stellungnahmen die Arbeit nachhaltig befruchtet hat.

Besonderer Dank gebührt meinen Eltern, die mir alle Möglichkeiten eröffnet haben und deren stetiger Unterstützung ich gewiß sein konnte. Ihnen ist die Arbeit gewidmet.

Mannheim, im Juni 2000

*Martin Gutzeit*



## Inhaltsverzeichnis

§ 1	Das arbeitsrechtliche System der Lohnfortzahlung .....	15
§ 2	Ohne Arbeit kein Lohn .....	17
§ 3	Lohn ohne Arbeit – tatbestandliche Analyse .....	28
A.	Arbeitsversäumnis aus persönlichen Gründen (§ 616 BGB) .....	28
1.	Persönliche Arbeitsverhinderung .....	28
2.	Verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit .....	30
3.	Ohne Verschulden des Dienstverpflichteten .....	32
B.	Arbeitsverhinderung wegen Krankheit des Arbeitnehmers (§ 3 EntgeltfortzG) .....	36
1.	Krankheit des Arbeitnehmers .....	36
2.	Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers .....	38
3.	Ohne Verschulden des Arbeitnehmers .....	38
4.	Wartefrist und Dauer des Anspruchs .....	39
C.	Arbeitsausfall infolge eines gesetzlichen Feiertages (§ 2 EntgeltfortzG) .....	39
D.	Annahmeverzug des Arbeitgebers (§ 615 BGB) .....	40
1.	Angebot des Arbeitnehmers .....	41
2.	Nichtannahme der Arbeitsleistung durch den Gläubiger .....	46
3.	Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers .....	47
E.	Betriebsrisikolehre .....	49
F.	Arbeitskampfrisikolehre .....	52
1.	Entwicklung und Stand der Rechtsprechung .....	53
2.	Positionen der Literatur sowie kritische Bestandsaufnahme .....	57
G.	Arbeitsversäumnis wegen Betriebsrats Tätigkeit .....	70
1.	Erforderliche Arbeitsbefreiung zur ordnungsgemäßen Durchführung von Betriebsratsaufgaben (§ 37 Abs. 2 BetrVG) .....	70
2.	Freigestellte Betriebsratsmitglieder (§ 38 Abs. 1 Satz 1 und 2 BetrVG) .....	71
3.	Schulungs- und Bildungsveranstaltungen für Betriebsratsmitglieder .....	73
a)	Freistellung für erforderliche Schulungs- und Bildungsveranstaltungen (§ 37 Abs. 6 BetrVG) .....	74
b)	Freistellung für geeignete Schulungs- und Bildungsveranstaltungen (§ 37 Abs. 7 BetrVG) .....	76
H.	Arbeitsausfall aufgrund mutterschutzrechtlicher Beschäftigungsverbote (§ 11 MuSchG) .....	78
I.	Erholungsurlaub des Arbeitnehmers .....	79

§ 4	Lohn ohne Arbeit – Analyse der Rechtsfolgen .....	83
	A. Lohnausfallprinzip .....	83
	B. Bezugsmethode .....	85
	C. Sonderfall: Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall .....	87
§ 5	Kausalität und Zurechnung des Verhinderungsgrundes .....	91
	A. Kausalität .....	91
	B. Multiple Verhinderungsgründe .....	96
	1. Grundsätzliche Überlegungen .....	96
	a) Lösung mittels spezifisch arbeitsrechtlicher Ansätze? .....	97
	aa) Arbeitnehmerschutzprinzip .....	97
	bb) Fürsorgegedanke .....	98
	cc) Lebensstandardprinzip .....	99
	b) Multiple Verhinderungsgründe als Zurechnungsproblem .....	100
	2. Spezialgesetzliche Regelungen multipler Verhinderungsgründe ...	110
	a) § 297 BGB .....	110
	b) § 2 Abs. 2 EntgeltfortzG .....	111
	c) § 4 Abs. 2 EntgeltfortzG .....	112
	d) § 4 Abs. 3 EntgeltfortzG .....	112
	e) § 78 Satz 2 BetrVG .....	114
	3. Sonderfall: Urlaub als „Verhinderungsgrund“ .....	116
	a) Urlaub und Krankheit: § 9 BUrlG .....	121
	b) Urlaub und Feiertag: § 3 Abs. 2 BUrlG .....	122
	C. Hypothetische Kausalverläufe .....	124
	1. Rechtsprechung und Literatur .....	125
	2. „Rechtsfolgenlösung“ von Belling und Hartmann .....	130
	3. Tatbestandslösung .....	134
§ 6	Bürgerlichrechtliche Behandlung des Arbeitskampfrisikos .....	141
	A. Das Problem .....	141
	B. Das Arbeitskampfrisiko als Zurechnungsproblem .....	141
	1. Zurechnung des Arbeitskampfrisikos aufgrund vereinsrechtlicher Wertungen? .....	142
	2. Das Arbeitskampfrisiko als „hypothetischer Streik“? .....	143
	3. Arbeitskampfrisikotragung als Beweisproblem? .....	148
	C. Relevanz der Kampfparität? .....	152
§ 7	Zusammenfassung der wichtigsten Thesen .....	154
	Literaturverzeichnis .....	156
	Sachwortverzeichnis .....	172

## Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz/Absätze
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a. E.	am Ende
AFG	Arbeitsförderungsgesetz vom 25. Juni 1969
a. M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei (Loseblattwerk)
Arbeitsrecht	Arbeitsrecht. Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten.
ArbG	Arbeitsgericht
ArbKrankhG	Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle vom 26. Juni 1957
ArbPlatzSchutzG	Gesetz über den Schutz des Arbeitsplatzes bei Einberufung zum Wehrdienst (Arbeitsplatzschutzgesetz) i. d. F. vom 14. April 1980
ArbRGew.	Das Arbeitsrecht der Gegenwart. Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit. Nachschlagewerk für Wissenschaft und Praxis (Zeitschrift)
ArbZG	Arbeitszeitgesetz vom 6. Juni 1994
ARS	Arbeitsrechtssammlung, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte
AT	Allgemeiner Teil
AÜG	Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung i. d. F. vom 3. Februar 1995
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BetrVG, BetrVG 1972	Betriebsverfassungsgesetz i. d. F. vom 23. Dezember 1988
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil I
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen

Bl.	Blatt/Blätter
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BSeuchG	Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen i. d. F. vom 18. Dezember 1979
BSG	Bundessozialgericht
BT	Besonderer Teil
BUrlG	Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz) vom 8. Januar 1963
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
EntgeltfortzG	Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz) vom 26. Mai 1994
Entsch.	Entscheidung
ES	Entscheidung
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht (Loseblattwerk)
f., ff.	folgende
FeiertagslohnzahlungsG	Gesetz zur Regelung der Lohnfortzahlung an Feiertagen vom 2. August 1951
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung i. d. F. vom 22. Februar 1999
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
ggfs.	gegebenenfalls
GK	Gemeinschaftskommentar
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Dr. J. A. Gruchot (Zeitschrift)
GS	Großer Senat
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897
h. L.	herrschende Lehre
hrsg.	herausgegeben
i. d. F.	in der Fassung
insbes.	insbesondere
i. S.	im Sinne
i. V.	in Verbindung

Jherings Jahrbücher	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JugArbSchutzG	Gesetz zum Schutze der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz) vom 12. April 1976
Jura	Jura (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KfZ	Kraftfahrzeug
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung i. d. F. vom 20. Mai 1898
krit.	kritisch
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte (Loseblattwerk)
LohnFG	Gesetz über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle (Lohnfortzahlungsgesetz) vom 27. Juli 1969
m. E.	meines Erachtens
MuSchG	Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter (Mutterschutzgesetz) i. d. F. vom 18. April 1968
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Zeitschrift)
Nr.	Nummer(n)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht – Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
NZfArbR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
o. g.	oben genannte(n/r/s)
R	Rückseite
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RVO	Reichsversicherungsordnung i. d. F. vom 15. Dezember 1924
S.	Seite(n)
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
Schlesw.-Holstein	Schleswig-Holstein
SchwBeschG	Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter i. d. F. vom 14. August 1961
SchwBG	Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft i. d. F. vom 26. August 1986
SeemG	Seemannsgesetz vom 26. Juli 1957

SGB V	Sozialgesetzbuch (SGB) – 5. Buch (V). Gesetzliche Krankenversicherung – vom 20. Dezember 1988
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte(n)
u. a.	unter anderem
u. a. m.	und anderes mehr
u. ä.	und ähnliche
UrlaubsG	Urlaubsgesetz
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
z. B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung i. d. F. vom 12. September 1950
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform
ZTR	Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes

## § 1 Das arbeitsrechtliche System der Lohnfortzahlung

Hauptpflicht des Arbeitnehmers ist die Leistung der vertraglich vereinbarten Arbeit. Hierfür schuldet ihm der Arbeitgeber Lohn. Jedoch unterbleibt beim Arbeitsverhältnis, einem Dauerschuldverhältnis mit typischerweise längerfristiger, in der Regel unbestimmter Laufzeit, aus unterschiedlichen Gründen die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Ob der Arbeitgeber dennoch die Vergütung schuldet, ist eine nicht selten schwierige Frage. Um sie beantworten zu können, muß insbesondere nach den Ursachen der Nichtleistung<sup>1</sup> des Arbeitnehmers gefragt werden. Krankheit, Urlaub, Betriebsratstätigkeit u. a. m. können einen Lohnanspruch bestehen lassen; Streik, unentschuldigtes Fernbleiben u. a. m. führen regelmäßig zum Wegfall des Anspruchs.

Die Rechtsprechung hat sich bei der rechtlichen Bewältigung der damit verbundenen Probleme häufig über das geschriebene Recht hinweggesetzt. Stichworte wie Betriebsrisiko- und Arbeitskampsrisikolehre belegen dies. Die Rückführung des inzwischen entwickelten arbeitsrechtlichen Systems der Lohnfortzahlung in das geschriebene Recht soll die erste Aufgabe dieser Arbeit sein. Hierfür ist es erforderlich, die Nichtleistung des Arbeitnehmers als arbeitsvertragliche Leistungsstörung zunächst näher rechtlich zu qualifizieren. Im Anschluß daran sollen die einzelnen Lohnfortzahlungstatbestände dargestellt werden, wobei besonderes Augenmerk auf die Fälle zu legen ist, bei denen eine Loslösung von den normativen Grundlagen beobachtet werden kann.

Hieran schließt sich die zweite Aufgabe der Arbeit: Das arbeitsrechtliche System der Lohnfortzahlung muß in sich stimmig sein. Angesprochen sind damit Konstellationen, bei denen nicht nur *eine* Ursache zum Arbeitsausfall geführt hat, sondern mehrere kumulativ oder auch nur hypothetisch zusammentrafen. Auch diese müssen rechtlich bewältigt werden können. Soweit derartige Probleme bislang überhaupt diskutiert wurden, befaßte man sich vorwiegend mit dem Zusammentreffen zweier Ursachen, von denen nur eine den Lohnanspruch aufrecht erhielt, die andere hingegen einen Anspruch versagte. Doch stellen sich vor allem dann schwierige rechtliche

---

<sup>1</sup> Im folgenden wird von einem weiten Begriff der Nichtleistung ausgegangen, der nicht auf das Verschulden abstellt und sich auch nicht auf die vertragswidrige Nichtleistung beschränkt (vgl. dazu MünchArbR/Blomeyer § 55 RdNr. 1).

Fragen, wenn jeweils alle Ursachen den Anspruch bestehen lassen und an die verschiedenen Ursachen unterschiedliche Berechnungsmethoden mit verschiedenen Ergebnissen geknüpft werden. Die Suche nach der rechtlichen Folge war gerade wegen der zeitweisen Kürzung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle auf achtzig Prozent durch das Arbeitsrechtliche Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung<sup>2</sup> besonders dringlich.

Der Lösung der zweiten Aufgabe soll sich in mehreren Stufen genähert werden: Im Anschluß an die tatbestandliche Untersuchung der zentralen Normen des Lohnfortzahlungsrechts sollen zunächst die soeben angesprochenen unterschiedlichen Berechnungsmethoden dargestellt werden. Sodann sind Konstellationen „echter Doppelkausalität“ und im Anschluß daran die Fälle nur hypothetischer Nichtleistung Gegenstand der weiteren Überlegungen. Hingewiesen sei bereits an dieser Stelle auf Auswirkungen für die Arbeitskämpfrisikolehre, welche m.E. mit der hier entwickelten Konzeption und der „richtigen“ Qualifikation als Kausalitäts- und Zurechnungsproblem dogmatisch überzeugender und im Ergebnis angemessener begründet und gelöst werden kann. Ausführungen hierzu bilden den Abschluß dieser Untersuchung.

---

<sup>2</sup> BGBl. I 1996, S. 1476 (1477 f.). Die Kürzung wurde durch Art. 7 Nr. 1 des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19.12.1998 (BGBl. I, S. 3843, 3849) wieder zurückgenommen.

## § 2 Ohne Arbeit kein Lohn

Im Grundsatz ist heute unbestritten, daß sich die Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung auch im Arbeitsverhältnis nach den allgemeinen schuldrechtlichen Regeln bestimmt<sup>1,2</sup>. Weniger gesichert ist allerdings, welche schuldrechtlichen Regeln im Falle der Nichtleistung einschlägig sind. In Betracht kommen die Vorschriften über den Schuldnerverzug (§§ 284 ff., 326 BGB) bzw. den Gläubigerverzug (§§ 293 ff., 615 BGB) oder aber diejenigen über die Unmöglichkeit der Leistung (§§ 275, 323 ff. BGB).

Die Abgrenzung dieser Institute war lange Zeit umstritten, kann aber heute als geklärt gelten. Danach führen grundsätzlich nur dauernde Leistungshindernisse zur Unmöglichkeit, weshalb die Nachholbarkeit der Leistung<sup>3</sup> (Möglichkeit der nachträglichen Herbeiführung des Leistungserfolges) über die Qualifikation der Leistungsstörung entscheidet<sup>4</sup>.

Tatsächlich nachholbar ist die Arbeitsleistung in vielen Fällen, doch kann sich die fehlende Nachholbarkeit zudem aus rechtlichen Gründen ergeben, weshalb auch dann von Unmöglichkeit ausgegangen werden muß. So kann z.B. bei einem Vollzeitarbeiter die Nachleistung unmöglich sein, falls er durch sie die gesetzlich zulässige Höchstarbeitsdauer des Arbeitszeitgesetz-

---

<sup>1</sup> Zur früher umstrittenen Frage, ob das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis sei, vgl. nur *Mayer-Maly*, JZ 1961, S. 205 ff.; *Söllner*, AcP 167, S. 132 (136); *Sommer*, Nichterfüllung, S. 33 ff.; *Wiese*, ZfA 1996, S. 439 (448 f.) m.w.N.; gegen die Annahme eines Schuldverhältnisses etwa *RAG ARS* 37, 230 (236 ff.); 40, 351 (354); 43, 167 (168 f.); *LAG Stuttgart*, AP Nr. 2 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers Bl. 2; *Potthoff*, Arbeitsrecht 1922, Sp. 267 (269 ff.), deren Abkehrversuche vom Bürgerlichen Gesetzbuch heute als überwunden gelten können; einschränkend auch noch *BVerfGE* 3, 162 (176 f.); *BAG AP Nr. 1 zu § 14 SchwBeschG* Bl. 1 R; AP Nr. 1 zu § 615 BGB Betriebsrisiko Bl. 2; *BGHZ* 10, 187 (190 f.); vgl. auch *Gamillscheg*, AcP 176 (1976), S. 197 ff. Grundlegend zum Arbeitsvertrag im Zivilrechtssystem *Richardi*, ZfA 1988, S. 221. ff.

<sup>2</sup> Zu den zahlreichen Versuchen, angemessene Ergebnisse ohne Rückgriff auf das Bürgerliche Gesetzbuch zu erlangen, vgl. nur *Rückert*, ZfA 1983, S. 1 (1 ff.) m.w.N.

<sup>3</sup> Vgl. grundlegend zum Leistungsbegriff des Bürgerlichen Rechts *Wieacker*, Leistungshandlung und Leistungserfolg im Bürgerlichen Schuldrecht, Festschrift für *Hans Carl Nipperdey*, S. 783 (790 ff., 798, 812).

<sup>4</sup> Vgl. nur *Beuthien*, Zweckerreichung, S. 235 ff.; *Kalb*, Betriebsrisikolehre, S. 91 ff.; *MünchKomm/Emmerich* § 275 RdNr. 41 und ferner die Darstellung bei *Rückert*, ZfA 1983, S. 1 (5 ff.).