



Hinweise zur Vertragsgestaltung

■ Vorübergehende Verhinderung gem. § 616 BGB – Regelungsspielräume bei der Freistellung

von RA FAArbR Dr. Wienhold Schulte*

Manche Vorschriften führen, obwohl durchaus von praktischer Bedeutung, sowohl in der forensischen wie in der Kautelarjurisprudenz ein Schattendasein. Das gilt auch für die Vorschrift des § 616 Satz 1 BGB. Bekanntlich ist der Arbeitgeber danach verpflichtet, Arbeitnehmer „für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ nicht nur freizustellen, sondern in dieser Zeit auch die Vergütung

zu zahlen, vorausgesetzt, sie sind aus persönlichen Gründen ohne Verschulden an der Dienstleistung verhindert. Die weite Fassung der Vorschrift verlangt nach einer Regelung, die sowohl individualrechtlich wie kollektivrechtlich getroffen werden kann.

* Dr. Schulte & Partner, Münster

Hinweise zur Vertragsgestaltung

1. Die Vorschrift im Kontext

Von dem im Arbeitsrecht geltenden Grundsatz: „Ohne Arbeit kein Lohn“ gibt es die bekannten, im EFZG geregelten Ausnahmen, aber auch unbekanntere. Dazu gehört merkwürdigerweise § 616 Satz 1 BGB. Diese Vorschrift enthält eine **Gefahrtragungsregel** für persönliche Leistungshindernisse, die unvorhersehbar auftreten¹. Unter den Voraussetzungen dieser Vorschrift wird dem Arbeitgeber das allgemeine Lebensrisiko des Arbeitnehmers „für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ auferlegt.

Diese Regelung ist abzugrenzen von der in **§ 45 SGB V**. Obwohl der von der Regelung erfasste Sachverhalt, dass ein Kind des Arbeitnehmers erkrankt, häufiger vorkommt, ist diese Vorschrift in der Praxis kaum bekannt. Sie gewährt gem. § 45 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 SGB V einen Anspruch auf **unbezahlte Freistellung**. Darin besteht der Unterschied zu § 616 Satz 1 BGB, der sich mit der bezahlten Freistellung befasst.

Obwohl auf den ersten Blick beide Vorschriften einen Teilaspekt desselben Problems zu behandeln scheinen, sind sie jedoch in ihrer Rechtsfolge verschieden. Das gilt auch für die Frage, inwieweit abändernde Vereinbarungen zu Lasten der Arbeitnehmerseite zulässig sind. Der Anspruch auf Freistellung gem. § 45 Abs. 3 Satz 1 SGB V ist gem. Satz 3 in dieser Vorschrift nicht durch Vertrag auszuschließen oder zu beschränken.

2. Einzelheiten der Regelung

Die auf den ersten Blick einfache Vorschrift bedarf intensiver Auslegung und Konkretisierung, sowohl im Hinblick auf die Voraussetzungen als auch die Rechtsfolgen.

a) Voraussetzungen

Zunächst hat der Beschäftigte dem Arbeitgeber darzulegen, aus welchen Gründen er an der Arbeitsleistung verhindert ist. Die **Darlegungs- und Beweislast** für das Vorliegen der Hinderungsgründe obliegt der oder dem **Beschäftigten**. Da ohnehin nur unvorhersehbare Hindernisse relevant sein können, wird keine Gelegenheit bestehen, Beweise zu erheben. Entweder glaubt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer – im Regelfall wird er das tun – oder nicht.

Verweigert der Arbeitgeber die Entgeltzahlung, wird das im Klageverfahren geklärt, verweigert er die Freistellung, muss unter Umständen eine einstweilige Verfügung beantragt werden. Dann reicht die Glaubhaftmachung.

Voraussetzung für den Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers ist darüber hinaus, dass nur eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ in Anspruch genommen werden soll. Wird die **Verhältnismäßigkeitsgrenze**

überschritten, entfällt nicht nur der Teil der Vergütung, der auf die – ggf. fiktiv zu ermittelnde – verhältnismäßige Zeit entfiel, sondern die Vergütung insgesamt².

Schließlich ist die Verhinderung nur dann relevant, wenn sie **ohne Verschulden** eingetreten ist. Sie muss sogar **unvermeidbar** sein. Kann ein Arbeitnehmer seine Arbeitszeit frei wählen, ist an sich die Verhinderung immer vermeidbar. Die private Verpflichtung muss dann eben so gelegt werden, dass sie mit der Arbeitszeit nicht kollidiert.

Im Gegensatz zu den Hinderungsgründen trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für das Verschulden auf Arbeitnehmerseite³.

Nicht zu den Voraussetzungen des Anspruchs gehört die rechtzeitige, d. h. unverzügliche Nachricht von der Arbeitsverhinderung an den Arbeitgeber. Die Verletzung der Pflicht lässt die Vergütungspflicht unberührt, kann aber abgemahnt und im Wiederholungsfall auch zum Anlass für eine Kündigung genommen werden.

b) Beispiele

Die Rechtsprechung hat bereits in zahlreichen **Fällen** die Frage konkretisiert, wann der Anspruch erfüllt ist und wann nicht.

Bejaht wurde er für herausragende familiäre Ereignisse wie die eigene Hochzeit, Goldene Hochzeit oder Todesfälle und Begräbnisse, wobei es auf die Nähebeziehung zum Verstorbenen ankommt.

Auch die Niederkunft der eigenen Ehefrau oder der nichtehelichen Lebenspartnerin ist anerkannt ebenso wie die unschuldig erlittene U-Haft oder ein Umzug.

Abgelehnt hat die Rechtsprechung dagegen, die Vergütungspflicht bestehen zu lassen in folgenden Fällen:

Verspätungen aufgrund von Witterungs- oder Verkehrsstörungen, die Teilnahme an Gerichtsterminen im Rechtsstreit gegen den Arbeitgeber, aber auch sonstige private, die Teilnahme an Sportveranstaltungen und sogar Verkehrssperren⁴.

c) Rechtsfolgen

Liegen die Voraussetzungen vor, ist nach den Grundsätzen des Entgeltausfallprinzips die ausgefallene Arbeitszeit zu entlohnen. Zwar ordnet § 616 Satz 2 BGB an, dass Leistungen der gesetzlichen Kranken- oder Unfallversicherung auf den Vergütungsanspruch anzurechnen sind. Das hat aber keine praktische Bedeutung, weil im Fall der Krankheit des Arbeitnehmers das EFZG in den ersten 6 Wochen die Zahlung der Vergütung vorschreibt, und zwar ohne Anrechnung. Erst danach greifen die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung, die aber nicht angerechnet werden, weil die Vergütung nicht fortzuzahlen ist.

Auch im Fall des § 45 SGB V kommt eine Anrechnung des danach zu zahlenden Krankengeldes für diese verhältnismäßig kurze Zeit nicht in Betracht, weil die Vorschrift des § 49 Abs. 1 Nr. SGB V anordnet, dass der Anspruch auf Krankengeld gegenüber dem Arbeitsentgeltanspruch subsidiär ist.

¹ Vgl. dazu auch *Kappelhoff* in Tschöpe, Arbeitsrecht, Teil 2 B, Rz. 88 ff., 102.

² So wohl h.M.: HWK/Krause, § 616 BGB Rz. 37; Palandt/Putzo, § 616 Rz. 9.

³ Vgl. BGB-RGRK/Matthes, § 616 BGB Rz. 18.

⁴ Vgl. weitere Einzelfälle bei *Kappelhoff* in Tschöpe, Arbeitsrecht, Teil 2 B, Rz. 94, 95 m. w. N.; vgl. ferner HWK/Krause, § 616 BGB Rz. 19 ff.

Hinweise zur Vertragsgestaltung

Hat der Arbeitnehmer freiwillig eine Versicherung abgeschlossen oder irgendwelche Zahlungen Dritter zu erhalten im Hinblick auf den Arbeitsausfall, greift die Anrechnungsbestimmung des § 616 Satz 2 BGB schon vom Wortlaut her nicht⁵.

3. Abdingbarkeit

Nach allgemeiner Meinung kann sowohl individualrechtlich wie kollektivrechtlich von dieser dispositiven Vorschrift auch zu Lasten der Arbeitnehmerseite abgewichen werden⁶.

Die Vorschrift kann in gesonderter Vereinbarung abbedungen oder konkretisiert werden. Sinnvollerweise sollte sie Verhandlungsgegenstand beim Abschluss eines Arbeitsvertrages sein und in den Gesamtzusammenhang eingebettet werden.

Musterformulierung

Arbeitsentgelt wird nur für die Zeit gezahlt, in der Arbeit geleistet wird, es sei denn, dass gesetzliche oder tarifliche Vorschriften etwas anderes bestimmen.⁷

Der tarifliche Bezug macht Sinn, weil in vielen Tarifverträgen, wie das Beispiel zeigt, die Ansprüche aus § 616 BGB teils abbedungen, teils auf konkret beschriebene Ausnahmefälle beschränkt sind⁸. Alternativ zum vollständigen Ausschluss der Entgeltfortzahlung in diesen Fällen kommt eine Konkretisierung in Betracht.

Musterformulierung

Grundsätzlich wird nur die tatsächlich geleistete Arbeit bezahlt, es sei denn, dass dies tarifvertraglich oder gesetzlich angeordnet wird. Der Arbeitnehmer hat jedoch Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei persönlicher Arbeitsverhinderung in folgenden Fällen:

- 2 Tage für die eigene Eheschließung
- 2 Tage pro Jahr bei schwerer Erkrankung eines nahen Angehörigen, insbesondere für die Pflege eines erkrankten Kindes
- bei der Niederkunft der eigenen Ehefrau oder Lebenspartnerin 2 Tage

- 1 Tag bei der Teilnahme an einer seltenen Familienfeier oder bei einem Todesfall der engen Familie

Im Übrigen wird die Entgeltfortzahlung bei persönlicher Arbeitsverhinderung, § 616 Abs. 1 BGB, ausgeschlossen.

Während in zahlreichen Tarifverträgen solche Regelungen zu finden sind, fällt auf, dass in den seltensten Fällen individualrechtliche Verträge solche Bestimmungen enthalten⁹.

4. Fazit

Jeder Berater muss natürlich im Einzelfall prüfen, inwieweit eine solche Bestimmung Eingang in den Vertrag finden soll. Auf jeden Fall sollte man sie aber, gleich auf welcher Seite des Arbeitsvertrages, zum Gegenstand der Verhandlungen über die Bedingungen des Arbeitsvertrages machen und nicht darüber hinweggehen, wie das in der Praxis offenbar durchweg geschieht.

Natürlich wird der verständige Arbeitgeber solche Regelungen mit Augenmaß behandeln, denn es handelt sich um „empfindliche“ Regelungsgegenstände im Hinblick auf die Motivation auf Arbeitnehmerseite.

⁵ Vgl. Staudinger/Oetker, § 616 Rz. 125 ff.

⁶ Vgl. BAG v. 20.6.1995 – 3 AZR 857/94, AP Nr. 94 zu § 616 BGB (st. Rspr. der zuständigen Senate); HWK/Krause, § 616 BGB Rz. 49 m. w. N.; Kappelhoff in Tschöpe, Arbeitsrecht, Teil 2 B, Rz. 98; auch Palandt/Putzo, § 616 Rz. 3.

⁷ Vgl. die Tarifklausel des MTV-Holz, 1976, Gegenstand der Entscheidung des BAG v. 25.8.1982 – 4 AZR 1064/79, AP Nr. 55 zu § 616 BGB.

⁸ Vgl. auch das Beispiel des § 11 MTV-Einzelhandel Niedersachsen v. 27.2.1981, Gegenstand der Entscheidung des BAG v. 11.9.1985 – 4 AZR 147/85, AP Nr. 67 zu § 616 BGB; vgl. auch § 33 Abs. 2 MTArB im Hinblick auf die Erfüllung einer allgemeinen staatsbürgerlichen Pflicht nach deutschem Recht i. S. d. Tarifbestimmung, Gegenstand der Entscheidung des BAG v. 13.12.2001 – 6 AZR 30/01, AP Nr. 1 zu § 33 MTArB.

⁹ Obwohl z. B. Hümmerich, AnwaltFormulare Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2004, in den Rz. 929 (Entgeltfortzahlung) und 995 ff. (Freistellung) bis in kleinste Detail die Entgeltfortzahlung und Freistellungen in allen möglichen Varianten und Details anspricht, fehlt der Hinweis auf § 616 BGB.