
Datum: 30.10.2002
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 18. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 Sa 564/02
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2002:1030.18SA564.02.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Bocholt, 1 Ca 1390/01

Schlagworte: Entgeltfortzahlung, Arbeitsunfähigkeit, regelmäßige Arbeitszeit, Überstunden

Normen: § 3 Abs. 1 Satz 1, § 4 Abs. 1 und 1 a EFZG

Leitsätze:

Für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ist die individuelle regelmäßige Arbeitszeit des Arbeitnehmers maßgebend (§ 4 Abs. 1 EFZG).

Wird regelmäßig eine bestimmte erhöhte Arbeitszeit abgerufen und geleistet - wie im vorliegenden Fall bei einem Kraftfahrer im Fernverkehr -, ist dies die vertraglich geschuldete individuelle regelmäßige Arbeitszeit.

Schwankt diese Arbeitszeit, bemisst sich deren Dauer nach dem Durchschnitt der letzten zwölf Monate vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit.

Überstunden im Sinne des § 4 Abs. 1 a EFZG liegen vor, wenn die individuelle Arbeitszeit des Arbeitnehmers wegen bestimmter besonderer Umstände vorübergehend überschritten wird.

Rechtskraft: Die Revision wird nicht zugelassen

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bocholt vom 28.02.2002 - 1 Ca 1390/01 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung werden der Beklagten auferlegt.

Tatbestand	1
Die Parteien streiten über Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.	2
Der am 22.11.12xx geborene Kläger ist seit dem 23.10.1989 im Betrieb der Beklagten als Kraftfahrer tätig.	3
Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitsvertrag vom 29.12.1989, in dem u.a. Folgendes vereinbart wurde:	4
"§ 2 Entlohnung/Arbeitszeit	5
...	6
Die regelmäßige Arbeitszeit beträgt 50 Stunden pro Woche.	7
...	8
§ 4 Arbeitsverhinderung	9
Bei der Arbeitsverhinderung - gleich aus welchem Grunde - ist die Firma unverzüglich über den Grund des Fernbleibens zu verständigen. Im Krankheitsfalle hat der Arbeitnehmer vor Ablauf des 3. Kalendertages nach Beginn der Erkrankung ein ärztliches Attest vorzulegen, aus dem sich die Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer ergibt.	10
...	11
§ 10 Ergänzende Vorschriften	12
Im Übrigen gelten für das Arbeitsverhältnis ergänzend die Vorschriften des Tarifvertrages für das Speditions- und Transportgewerbe Nordrhein-Westfalen in seiner jeweiligen Fassung.	13
Vereinbarungen außerhalb dieses Vertrages bestehen zwischen den Parteien nicht.	14
Nebenabreden und Ergänzungen sowie Änderungen dieses Vertrages werden nur wirksam, wenn sie schriftlich niedergelegt sind.	15
..."	16
Der Kläger leistete in den Jahren 2000 und 2001 folgende Durchschnittsstunden für die Beklagte:	17

Monat	bezahlte Stunden	Arbeitstage	DS-Stunden	18
Jan. 00	228,50	16,00	14,28	

Feb. 00	327,00	23,00	14,22
Mrz. 00	307,50	21,00	14,64
Apr. 00	269,00	20,00	13,45
Mai 00	290,00	19,00	15,26
Jun. 00	299,50	19,00	15,76
Jul. 00	101,00	7,00	14,43
Aug. 00	339,25	22,00	15,42
Sep. 00	314,00	21,00	14,95
Okt. 00	292,75	19,00	15,41
Nov. 00	281,25	19,00	14,80
Dez. 00	125,25	9,00	13,92
Jan. 01	250,50	18,00	13,92
Feb. 01	280,25	20,00	14,01
Mrz. 01	179,50	12,00	14,96
Apr. 01	207,00	14,00	14,79
Mai 01	279,25	20,00	13,96
Jun. 01	241,25	19,00	12,70
Jul. 01	181,00	15,00	12,07
Aug. 01	247,25	20,00	12,36
Sep. 01	259,75	20,00	12,99
Okt. 01	284,00	20,00	14,20
Nov. 01	227,25	18,00	12,63
Dez. 01	169,50	14,00	12,11

In der Zeit vom 17.03.2001 bis 06.04.2001 war der Kläger arbeitsunfähig krank. Die Beklagte leistete für diese Zeit Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall unter Zugrundelegung der tariflichen regelmäßigen Wochenarbeitszeit von 40 Stunden. 19

Der Kläger war hiermit nicht einverstanden. 20

Die vorliegende Klage hat der Kläger am 22.06.2001 erhoben. 21

Der Kläger hat geltend gemacht: 22

Ihm stehe Entgeltfortzahlung im Umfang einer regelmäßigen täglichen Arbeitszeit von 15,75 Stunden zu. Aus seinen Lohnabrechnungen ergebe sich, dass Feiertage mit einer durchschnittlichen Stundenzahl von 15,75 Stunden bezahlt worden seien. Dies müsse auch für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gelten. Die Beklagte habe die 15 Krankheitstage nur mit acht Stunden à 18,32 DM brutto = 2.198,40 DM brutto abgerechnet. Sie hätte jedoch die genannten 15 Tage mit 15,75 Stunden = 236,25 Stunden à 18,32 DM brutto = 4.328,10 DM brutto abrechnen müssen. Die Differenz zwischen den beiden Abrechnungen betrage 2.129,70 DM. Hinzu komme der Überstundenzuschlag von 25 % = 532,43 DM brutto, 23

insgesamt betrage der Differenzbetrag 2.662,12 DM brutto. Dies entspreche 1.361,12 EUR.

Der Kläger hat beantragt,	24
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.361,12 EUR brutto nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz nach § 1 DÜG seit dem 03.07.2001 zu zahlen.	25
Die Beklagte hat beantragt,	26
die Klage abzuweisen.	27
Die Beklagte hat vorgetragen:	28
Gemäß der eindeutigen Formulierung des § 4 Abs. 1 a EFZG würde zum Arbeitsentgelt nicht die zusätzlich für Überstunden gezahlte Vergütung zählen. Im Übrigen betrage die durchschnittliche Arbeitszeit des Klägers nicht 15,75 Stunden, vielmehr betrage die durchschnittliche Arbeitszeit im Jahre 2000 14,77 Stunden und im Jahre 2001 13,36 Stunden pro Arbeitstag.	29
Das Arbeitsgericht hat Beweis erhoben durch die uneidliche Vernehmung des Zeugen K2xxx R4xxxxxx. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift der mündlichen Verhandlung vom 28.02.2002 verwiesen.	30
Durch Urteil vom 28.02.2002 hat das Arbeitsgericht der Klage in Höhe von 944,15 EUR stattgegeben und im Übrigen die Klage abgewiesen. Die Kosten hat es zu 2/7 dem Kläger und zu 5/7 der Beklagten auferlegt. Der Streitwert ist auf 1.361,12 EUR festgesetzt worden.	31
In den Entscheidungsgründen hat das Arbeitsgericht ausgeführt, der Anspruch sei teilweise begründet. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe die durchschnittliche Arbeitszeit des Klägers in den letzten 12 Monaten vor der Arbeitsunfähigkeit 14,72 Arbeitsstunden betragen. Diese individuelle regelmäßige Arbeitszeit sei für den Anspruch auf Lohnfortzahlung maßgeblich.	32
Gegen dieses ihr am 08.03.2002 zugestellte und wegen der sonstigen Einzelheiten hiermit in Bezug genommene Urteil hat die Beklagte am 05.04.2002 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 08.06.2002 am 05.06.2002 begründet.	33
Die Beklagte stützt die Berufung weiterhin auf ihre erstinstanzlich vertretene Rechtsauffassung.	34
Die Beklagte beantragt,	35
das Urteil des Arbeitsgerichts Bocholt vom 28.02.2002 - 1 Ca 1390/01 - abzuändern und die Klage abzuweisen.	36
Der Kläger beantragt,	37
die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bocholt vom 28.02.2002 - 1 Ca 1390/01 - zurückzuweisen.	38
Der Kläger verteidigt das erstinstanzliche Urteil.	39
Entscheidungsgründe	40
	41

A. Die zulässige Berufung der Beklagten ist nicht begründet.

Dem Kläger steht gegen die Beklagte gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 EFZG der begehrte Restvergütungsanspruch für die Zeit vom 17.03.2002 bis zum 06.04.2002 zu, wie das Arbeitsgericht richtig erkannt hat. 42

I. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung der Bundes-Manteltarifvertrag für den Güter- und Möbelfernverkehr vom 14. Juli 1988 (BMTV) und der Bezirksmanteltarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer im privaten Güterverkehrsgewerbe Nordrhein-Westfalens vom 15. Juni 1994 (BZMTV) Anwendung. Nach § 17 BMTV erhält ein Arbeitnehmer, wenn er infolge Erkrankung an der Arbeitsleistung verhindert ist, Fortzahlung des Lohnes nach den gesetzlichen Bestimmungen und etwaigen günstigeren bezirklichen Tarifregelungen. Nach § 7 Ziff. 3 BZMTV gelten bei Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers infolge Krankheit die gesetzlichen Regelungen. 43

Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber bis zur Dauer von sechs Wochen, wenn er durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert wird, ohne dass ihn ein Verschulden trifft. 44

Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Der Kläger war in der Zeit vom 17.03.2001 bis zum 06.04.2001 wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit unverschuldet an seiner Arbeitsleistung verhindert. 45

II. Dem Kläger steht auch der ihm vom Arbeitsgericht zugesprochene Vergütungsanspruch zu. 46

Die Parteien streiten in der Berufungsinstanz allein über die Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts. Die Höhe wird in § 4 EFZG geregelt. 47

1. § 4 Abs. 1 EFZG legt der Entgeltfortzahlung ein modifiziertes Lohnausfallprinzip zu Grunde. 48

a) Maßgebend ist allein die individuelle Arbeitszeit des erkrankten Arbeitnehmers. Es kommt darauf an, welche Arbeitszeit auf Grund der Arbeitsunfähigkeit ausgefallen ist. Bei Schwankungen der individuellen Arbeitszeit ist zur Bestimmung der "regelmäßigen" Arbeitszeit eine vergangenheitsbezogene Betrachtung zulässig und geboten (Gesetzesbegründung BT-Drucks, 12/5263 S. 13; Kasseler Handbuch/Vossen, 2. Aufl., 2.2. Rn. 366 f; Schmitt EFZG, 4. Aufl., § 4 Rn. 18 ff; Hold in Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, 5. Aufl., § 4 EFZG Rn. 8, 54 f, 56 ff; Marienhagen/Künzl, EFZG, Stand Mai 2000, § 4 Rn. 2 f; MünchArbR/Boecken, 2. Aufl., Bd. 1, § 84 Rn. 8 f, 32). 49

b) Die individuelle Arbeitszeit folgt in erster Linie aus dem Arbeitsvertrag. 50

Auf die allgemein im Betrieb geltende Arbeitszeit kommt es nicht entscheidend an, wie sich aus den Worten "bei der für ihn maßgebenden...Arbeitszeit" ergibt. Entgegen der Auffassung der Beklagten kann auch die kraft Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung im Betrieb geltende Arbeitszeit von der individuellen Arbeitszeit des Arbeitnehmers nach oben oder nach unten abweichen. Grundlage hierfür kann eine ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung oder etwa eine betriebliche Übung sein (vgl. nur Vossen, a.a.O.; ErfK/Dörner, 2. Aufl., § 4 EFZG Rn. 9; Müller/Berenz, EFZG, 3. Aufl., § 4 Rn. 4 ff; Schmitt, a.a.O., § 4 Rn. 22). 51

Eine wirksame Vereinbarung über die Arbeitszeit ist nicht erforderlich. Das Gesetz stellt dem Grundsatz nach entscheidend darauf ab, welche Arbeitsleistung tatsächlich ausgefallen ist. 52

Es kommt darauf an, in welchem Umfang der Arbeitnehmer gearbeitet hätte wenn er arbeitsfähig gewesen wäre. Etwaige gesetzliche oder tarifliche Höchstarbeitszeiten dienen dem Schutz des Arbeitnehmers. Sie bewahren den

Arbeitgeber nicht vor der Verpflichtung, die darüber hinausgehende Arbeitszeit zu vergüten. 53

2. Nach § 4 Abs. 1 a Satz 1 EFZG gehört nicht zum Arbeitsentgelt nach § 4 Abs. 1 EFZG das zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsentgelt. Dieses ist, wie die Beklagte richtig sieht, im Krankheitsfall nicht fortzuzahlen. 54

Im vorliegenden Fall fällt aber die vom Kläger wöchentlich über die tarifliche Arbeitszeit vom 40 Stunden hinausgehende Arbeitszeit nicht unter den Begriff "Überstunden" im Sinne des § 4 Abs. 1 a Satz 1 EFZG. 55

Beim Begriff der Überstunden nach § 4 Abs. 1 a Satz 1 EFZG geht es entscheidend um die Frage, ob an eine generelle, vornehmlich tarifliche bzw. betriebsübliche Arbeitszeit oder an die individuelle regelmäßige Arbeitszeit des betreffenden Arbeitnehmers anzuknüpfen ist. 56

a) Der Wortlaut ist nicht eindeutig. "Überstunden" könnte zum einen die Mehrarbeit bezeichnen, die über die regelmäßige Arbeitszeit nach dem im Betrieb angewendeten Tarifvertrag oder nach der sonst im Betrieb gehandhabten Regelung hinausgeht (so, allerdings ohne nähere Begründung, Hold, a.a.O., § 4 Rn. 33; Kunz/Wedde, EFZR, § 4 Rn. 20, 29; Müller/Berenz, a.a.O., § 4 Rn. 7; Vossen, a.a.O., 2.2. Rn. 347). Allerdings fragt sich, warum gerade die betriebsübliche Arbeitszeit und nicht etwa die Arbeitszeit im Unternehmen oder eine gesetzliche Arbeitszeit maßgebend sein soll. Überstunden können sich nach dem Wortlaut des Gesetzes aber ebenso gut auf den Arbeitnehmer beziehen, dem das Gesetz einen Anspruch auf die Entgeltfortzahlung einräumt; maßgebend ist dann dessen individuelle regelmäßige Arbeitszeit (so im Ergebnis Boecken, a.a.O., Rn. 21, 27; Marienhagen/Künzl, a.a.O., § 4 Rn. 17 c; Schmitt, a.a.O., § 4 Rn. 97 m.w.N.; Brecht, a.a.O., § 4 Rn. 9). 57

b) Der Zusammenhang des Gesetzes, insbesondere von § 4 Abs. 1 und Abs. 1 a EFZG, spricht für die Maßgeblichkeit der individuellen regelmäßigen Arbeitszeit. Die Einschränkung des Abs. 1 a bezieht sich auf den Arbeitnehmer, der auf Grund seiner in Abs. 1 zu Grunde gelegten persönlichen regelmäßigen Arbeitszeit Ansprüche geltend macht. Es kann nur um seine Überstunden gehen. Diese richten sich nach seiner Arbeitszeit. Das Gesetz enthält keinen ausreichenden Anhaltspunkt, um an die tarifliche Arbeitszeit anzuknüpfen. Tarifverträge gebrauchen auch nur zum Teil den Begriff der Überstunden. Der Gesetzgeber hätte den Zusammenhang der beiden ersten Absätze des § 4 EFZG auflösen können, wenn er statt "zusätzlich für Überstunden" formuliert hätte "für über die betriebsübliche Arbeitszeit hinaus". 58

c) § 4 Abs. 1 a EFZG erfasst nach seinem Wortlaut und nach Sinn und Zweck auch wiederholt geleistete Überstunden (Löwisch, a.a.O.; Marienhagen/Künzl, a.a.O., § 4 Rn. 17 b). Immer muss es sich aber um Überstunden handeln. 59

Überstunden im Sinne von § 4 Abs. 1 a EFZG liegen vor, wenn die individuelle regelmäßige Arbeitszeit des Arbeitnehmers überschritten wird. Überstunden werden wegen bestimmter besonderer Umstände vorübergehend zusätzlich geleistet. Damit fallen einerseits die bisher der regelmäßigen Arbeitszeit zugerechneten wiederholt anfallenden Überstunden (BAG, Urteil vom 16.03.1988 - 5 AZR 40/87 - AP LohnFG, § 1 Nr. 78 = EzA LohnFG, § 1 Nr. 93; BAG, Urteil vom 03.05.1989 - 5 AZR 249/88 - AP LohnFG, § 2 Nr. 19 = EzA LohnFG, § 2 Nr. 21; zur bisherigen Rechtslage vgl. etwa noch Gola, a.a.O., § 4 Anm. 3.3.3) aus der 60

Entgeltfortzahlung heraus.

Andererseits ist nicht zu übersehen, dass es Fälle einer individuellen regelmäßigen Arbeitszeit gibt, die von der betriebsüblichen oder tariflichen Arbeitszeit abweicht. Leistet der Arbeitnehmer ständig eine bestimmte Arbeitszeit, die mit der betriebsüblichen oder tariflichen Arbeitszeit nicht übereinstimmt, kann von Überstunden nicht gesprochen werden. 61

3. Nach diesen Grundsätzen des Bundesarbeitsgerichts (vgl. z.B. BAG, Urteil vom 21.11.2001 - 5 AZR 296/00 -; BAG, Urteil vom 26.06.2002 - 5 AZR 500/00 -) ist für die Berechnung des Entgeltfortzahlungsanspruchs des Klägers seine individuelle Arbeitszeit zu Grunde zu legen. 62

a) Zur Berechnung des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts ist bei einer Stundenvergütung die Zahl der durch die Arbeitsunfähigkeit ausfallenden Arbeitsstunden (Zeitfaktor) mit dem hierfür jeweils geschuldeten Arbeitsentgelt (Geldfaktor) zu multiplizieren (vgl. Dörner, a.a.O., Rn. 6; Staudinger/Oetker, BGB, 13. Aufl., § 616 Rn. 396 ff; Vossen, a.a.O., Rn. 339; Boecken, a.a.O., § 84 Rn. 16 ff). 63

Unterliegt die Arbeitszeit und damit die Entgelthöhe vereinbarungsgemäß unregelmäßigen Schwankungen und kann deshalb der Umfang der ausgefallenen Arbeit nicht exakt bestimmt werden, bedarf es der Festlegung eines Referenzzeitraums, dessen durchschnittliche Arbeitsmenge maßgebend ist. 64

b) Dies gilt auch im vorliegenden Fall. 65

Die Schwankungen der Arbeitszeit beruhen darauf, dass der Kläger als Kraftfahrer im Fernverkehr entsprechend der Auftragslage anfallende Touren zu erbringen hat, die je nach den Arbeitsumständen oder dem Arbeitsanfall kürzer oder länger dauern. Der Kläger hat seine Aufgaben stets vereinbarungsgemäß zu erledigen, ohne dass die Arbeitszeit von vornherein festliegt. Hier muss als geschuldete Arbeitszeit ein durchschnittlicher Wert angenommen werden. 66

Der Vergleichszeitraum bezweckt die sichere Erfassung dessen, was die Arbeitsvertragsparteien als regelmäßige Arbeitszeit des Arbeitnehmers gewollt haben. Er ist so zu bemessen, dass das Arbeitsverhältnis mit seinen Besonderheiten möglichst umfassend in den Blick kommt und Zufallsergebnisse vermieden werden. Es handelt sich nicht lediglich um einen Referenzzeitraum zur praktikablen Berechnung des Lohnausfalls, sondern um die rechtsgeschäftliche Bestimmung der beständigen Arbeitszeit. Deshalb genügt es nicht, einen Zeitraum von drei Monaten zu Grunde zu legen. Wie sich gerade auch aus § 4 Abs. 1 a EFZG ergibt, muss die Beständigkeit der Arbeitsleistung - im Hinblick auf mögliche, eben nicht zu berücksichtigende Überstunden - für eine längere Dauer festgestellt werden. Nur dann lässt sich eine "Regelmäßigkeit" im Sinne von § 4 Abs. 1 EFZG annehmen. Das führt dazu, grundsätzlich einen Vergleichszeitraum von 12 Monaten vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit heranzuziehen. Dieser Zeitraum wird besonderen Eigenarten eines Arbeitsverhältnisses gerecht und vermeidet unbillige Zufallsergebnisse. Hat das Arbeitsverhältnis 67

bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit weniger als ein Jahr gedauert, ist dessen gesamter Zeitraum maßgebend. 68

Der Arbeitnehmer genügt seiner Darlegungslast zu der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit gemäß § 4 Abs. 1 EFZG im Normalfall dadurch, dass er den 69

Arbeitszeitdurchschnitt der vergangenen 12 Monate darlegt. Das Maß der zu fordernden Substantiierung richtet sich nach der Einlassung des Arbeitgebers. Überstunden hat der Arbeitgeber, wenn sie sich nicht bereits aus dem Vortrag des Arbeitnehmers ergeben, entsprechend der Fassung des § 4 Abs. 1 a EFZG einzuwenden. Der Arbeitgeber, der eine aus Überstunden resultierende Minderung der zu berücksichtigenden durchschnittlichen Arbeitszeit geltend macht, trägt hierfür die Darlegungs- und Beweislast.

c) Damit war der Entscheidung des Arbeitsgerichts zu folgen. 70

Das Arbeitsgericht hat die maßgebliche individuelle regelmäßige Arbeitszeit mit 14,72 Arbeitsstunden pro Arbeitstag im Durchschnitt der letzten 12 Monate vor der Arbeitsunfähigkeit zutreffend errechnet und der Entscheidung zu Grunde gelegt. 71

B. Nach alledem hat das Rechtsmittel keinen Erfolg. 72

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 73

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision sind angesichts der einschlägigen höchstrichterlichen Entscheidungen nicht gegeben. 74

Knipp	Schreiber	Gnida	75
-------	-----------	-------	----