

---

**Datum:** 05.09.2007  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 18. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 18 Sa 372/07  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGHAM:2007:0905.18SA372.07.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Herford, 3 Ca 36/06  
**Schlagworte:** Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, regelmäßige Arbeitszeit, Kraftfahrer im Fernverkehr, Urlaubsgeld  
**Normen:** § 611 Abs. 1 BGB, §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 EFZG

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Herford vom 19.12.2006 - 3 Ca 36/06 - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.440,96 € brutto zu zahlen nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.01.2006.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Kläger zu 45 % und der Beklagten zu 55 % auferlegt.

Die Revision wird für keine der Parteien zugelassen.

Die Parteien streiten über die Höhe der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und über die Zahlung des Urlaubsgeldes.

Der am 17.07.1954 geborene Kläger ist seit dem 18.10.1992 als Kraftfahrer im Fernverkehr bei der Beklagten tätig. Die Beklagte betreibt eine mittelständische Spedition mit 103 Arbeitnehmern. Im Gütertransport werden 27 Zugmaschinen eingesetzt und cirka 42 Kraftfahrer beschäftigt. Die Beklagte ist am 20.03.1963 in den Arbeitgeberverband eingetreten. Seit vier oder fünf Jahren ist die Mitgliedschaft beschränkt auf die OT-Mitgliedschaft. 3

Die Beklagte gewährte dem Kläger im Januar 2005 15 Tage Jahresurlaub. Das noch im Urlaubsjahr 2004 gezahlte Urlaubsgeld von 12,78 € pro Urlaubstag zahlte die Beklagte nicht. 4

Der Kläger war im Januar und Februar 2005 an 22 Tagen und im August/September 2005 an 27 Tagen arbeitsunfähig erkrankt. Im Januar 2006 war der Kläger an sieben Tagen arbeitsunfähig krank, im Oktober 2006 an 14 Tagen. Die Höhe der dem Kläger für diese Zeiträume zu zahlenden Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ist zwischen den Parteien streitig. 5

Der Kläger hat vorgetragen, die von der Beklagten für diese Zeiträume gezahlte Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sei unzutreffend berechnet. Er habe durchschnittlich eine 13,5-stündige tägliche Arbeitszeit. Diese sei auch bei der Entgeltfortzahlung zugrunde zu legen. Die Beklagte habe für die Monate Januar und Februar 2005 lediglich 12 Stunden pro Tag zugrunde gelegt, so dass sich für jeden Arbeitstag eine Differenz von 1,5 Stunden ergebe. Für die Monate August und September 2005 habe die Beklagte eine tägliche Stundenzahl von 9,6 Stunden zugrunde gelegt, so dass sich eine Differenz von 3,9 Stunden täglich ergebe. Dies gelte auch für die Tage der Erkrankung im Januar 2006 und im Oktober 2006. 6

Die Beklagte habe in ständiger betrieblicher Übung ein zusätzliches Urlaubsgeld in Höhe von 12,78 € pro Urlaubstag gezahlt, diese Urlaubsgeldzahlung aber im Januar 2005 eingestellt. 7

Der Kläger hat beantragt, 8

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.264,06 € brutto (Entgeltfortzahlung 2005) nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz ab dem 20.01.2006 zu zahlen, 9
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 191,70 € brutto (Urlaubsgeld Januar 2005) nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz ab dem 20.01.2006 zu zahlen,
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 249,52 € brutto (Entgeltfortzahlung Januar 2006) nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz ab dem 26.03.2006 zu zahlen.
4. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 499,04 € brutto (Entgeltfortzahlung Oktober 2006) nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 03.11.2006 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, 10

die Klage abzuweisen. 11

Die Beklagte hat vorgetragen, ihre Entgeltfortzahlung auf der Basis von 12 bzw. 9,6 Stunden sei zutreffend. Es sei Sache des Klägers, nachzuweisen, dass er täglich 13,5 Stunden geleistet habe. 12

Nach dem Manteltarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer in der Speditions-, Logistik und Transportwirtschaft sei gemäß § 7 Ziffer 4 der Entgeltfortzahlungsanspruch nach den gesetzlichen Bestimmungen auf höchstens 48 Stunden wöchentlich und 9,6 Stunden täglich begrenzt. Darüber hinaus seien die Ansprüche nach den Verfallfristen des Tarifvertrages verfallen.	
Eine betriebliche Übung bezüglich der Urlaubsgeldzahlung sei dem Vortrag des Klägers nicht zu entnehmen.	14
Das Arbeitsgericht ist der Auffassung des Klägers gefolgt und hat der Klage stattgegeben. Die Kosten des Rechtsstreits sind der Beklagten auferlegt worden. Der Streitwert ist auf 2.204,32 € festgesetzt worden.	15
Gegen dieses ihr am 01.02.2007 zugestellte und wegen der sonstigen Einzelheiten hiermit in Bezug genommene Urteil hat die Beklagte am 27.02.2007 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 02.05.2007 am 02.05.2007 begründet.	16
Die Beklagte greift das arbeitsgerichtliche Urteil insgesamt an. Sie stützt sich maßgeblich auf ihren erstinstanzlichen Vortrag.	17
Die Beklagte beantragt,	18
das Urteil des Arbeitsgerichts Herford vom 19.12.2006 – 3 Ca 36/06 – abzuändern und die Klage abzuweisen.	19
Der Kläger beantragt,	20
die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Herford vom 19.12.2006 – 3 Ca 36/06 – zurückzuweisen.	21
Der Kläger verteidigt das erstinstanzliche Urteil.	22
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen Bezug genommen. Hinsichtlich der Erklärungen der Parteien in der mündlichen Verhandlung wird auf die Sitzungsprotokolle der mündlichen Verhandlungen verwiesen.	23
<b>Entscheidungsgründe</b>	24
A. Die zulässige Berufung der Beklagten ist teilweise begründet.	25
I. Dem Kläger steht der begehrte Restentgeltfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall für sechs Tage im Januar 2005 und für 16 Tage im Februar 2005 in Höhe von 301,62 € brutto (1,5 Stunden x 22 Tage x 9,14 €) gemäß §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 EFZG zu, wie das Arbeitsgericht zutreffend erkannt hat.	26
Weiter ist der Restentgeltfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall für neun Tage im August 2005 und für 18 Tage im September 2005 in Höhe von 947,64 € brutto (3,84 Stunden x 27 Tage x 9,14 €) begründet.	27
Dagegen ist der Anspruch des Klägers auf Restentgeltfortzahlung im Krankheitsfall für sieben Tage im Januar 2006 und 14 Tage im Oktober 2006 nicht schlüssig vorgetragen.	28
	29

1. Nach den Grundsatzentscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (vgl. z.B. BAG, Urteil vom 21.11.2001 – 5 AZR 296/00 – NZA 2002, 439; BAG, Urteil vom 26.06.2002 – 5 AZR 500/00 – DB 2002, 2439) ist für die Berechnung des Entgeltfortzahlungsanspruchs des Klägers seine individuelle Arbeitszeit im Sinne des § 4 Abs. 1 EFZG zu Grunde zu legen.
- a) § 4 Abs. 1 EFZG legt der Entgeltfortzahlung ein modifiziertes Lohnausfallprinzip zu Grunde. 30
- 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, 5. 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 August 2004, § 4 Rn. 2 f; MünchArbR/Boecken, 2. Aufl., Bd. 1, § 84 Rn. 8 f, 32).
- b) Die individuelle Arbeitszeit folgt in erster Linie aus dem Arbeitsvertrag. 32
- Auf die allgemein im Betrieb geltende Arbeitszeit kommt es nicht entscheidend an, wie sich aus den Worten "bei der für ihn maßgebenden...Arbeitszeit" ergibt. Grundlage hierfür kann eine ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung oder etwa eine betriebliche Übung sein (vgl. Vossen, a.a.O.; ErfK/Dörner, 7. Aufl., § 4 EFZG Rn. 9; Schmitt, a.a.O., § 4 Rn. 22). 33
- Eine wirksame Vereinbarung über die Arbeitszeit ist nicht erforderlich. Das Gesetz stellt dem Grundsatz nach entscheidend darauf ab, welche Arbeitsleistung tatsächlich ausgefallen ist. 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. 34
- c) 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). 35
- 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. So auch im vorliegenden Fall. 36
- aa) 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. 37
- bb) 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 38

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

cc) Der Arbeitnehmer genügt seiner Darlegungslast zu der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit gemäß § 4 Abs. 1 EFZG im Normalfall dadurch, dass er den 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. 39

3. Bei der Anwendung dieser Rechtsgrundsätze ergibt sich, dass die zugrunde liegende individuelle Arbeitszeit des Klägers für die Zeiten der Arbeitsunfähigkeit im Januar und Februar 2005 13,5 Stunden und für den Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit im August und September 2005 13,44 Stunden betrug. 40

a) Der Durchschnitt der letzten 12 Monate betrug nach den in den Lohnabrechnungen abgerechneten Stunden des Jahres 2004 (ohne den Monat März) 13,64 Stunden. Der Kläger legt seiner Klage einen Gesamtvergütungsanspruch von 13,5 Stunden zugrunde. Unstreitig vergütet hat die Beklagte 12 Stunden, so dass ein Restanspruch des Klägers auf die Vergütung von 1,5 Stunden verbleibt. 41

Für die Tage der Arbeitsunfähigkeit im Monat August 2005 und September 2005 ist ein täglicher Stundendurchschnitt von 13,44 als Durchschnitt der letzten 12 Monate, nachgewiesen durch die Lohnabrechnungen, zugrunde zu legen. Gezahlt hat die Beklagte 9,6 Stunden, so dass für diesen Zeitraum noch 3,84 Stunden zu vergüten sind. 42

b) Entgegen der Auffassung der Beklagten sind die Monate Mai 2004 und Mai 2005 sowie Oktober 2004 bei der Durchschnittsberechnung zu berücksichtigen. Auch wenn in diesen Monaten üblicherweise Mehrarbeit anfällt, bedeutet das nicht, dass dieser erhöhte Arbeitsanfall als Mehrarbeit zu werten ist. 43

c) Soweit die Beklagte weiter einwendet, dass seit dem 26.04.2005 der Manteltarifvertrag im Speditions- und Transportgewerbe gilt und sie diesen Tarifvertrag entsprechend anwendet, so ist dieser Vortrag nicht glaubhaft. Das Berufungsgericht schließt sich insoweit der zutreffenden Wertung des Arbeitsgerichts an. Die Durchführung einer Beweisaufnahme erübrigt sich. 44

aa) Dieser Vortrag der Beklagten zur Anwendung des Manteltarifvertrags entspricht nicht ihrer Verpflichtung aus § 138 Abs. 1 ZPO. 45

Dies ergibt sich schon aus dem widersprüchlichen Vortrag der Beklagten in diesem Rechtsstreit zum zusätzlichen Urlaubsgeld. Wenn die Beklagte die tariflichen Vorschriften entsprechend anwendet, kann sie nicht vortragen, dass in keinster Weise ersichtlich ist, woraus sich der vom Kläger geltend gemachte Urlaubsgeldanspruch ergeben soll. Der Urlaubsgeldanspruch war sowohl im Bezirksmanteltarifvertrag und ist auch im Manteltarifvertrag vom 26.04.2005 geregelt.

bb) Die Beklagte wendet auch nicht – wie sie behauptet – die Vorschrift des Manteltarifvertrages zur Entgeltfortzahlung auf das Arbeitsverhältnis des Klägers entsprechend an. 47

Eine entsprechende Anwendung auch der Kappungsgrenze des § 7 Ziffer 4 des Manteltarifvertrages vom 26.04.2005 würde erfordern, dass die Beklagte an den Kläger eine Vergütung entsprechend des § 2 a V des Manteltarifvertrages in Verbindung mit dem Lohnvertrag zahlen würde, was aber unstreitig nicht der Fall ist. 48

Ob sich die Beklagte auf die tariflichen Verfallfristen berufen kann, bedarf keiner Untersuchung, da der Kläger die Entgeltfortzahlungsansprüche für Januar und Februar 2005 und für August und September 2005 rechtzeitig innerhalb der tariflichen Verfallfristen von drei Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht hat. 49

4. Dagegen lässt sich dem Vortrag des Klägers nicht entnehmen, dass seine individuelle Arbeitszeit während der Krankheitstage im Januar 2006 und im Oktober 2006 13,5 Stunden betragen hat. 50

Auch hier hätte der Kläger zur Ermittlung seiner individuellen Arbeitszeit grundsätzlich für einen Vergleichszeitraum von 12 Monaten vor Beginn dieser Arbeitsunfähigkeitszeiten die von ihm monatlich geleisteten Arbeitsstunden aufzeigen müssen, was nicht der Fall ist. 51

II. Dagegen steht dem Kläger das Urlaubsgeld für 15 Urlaubstage im Januar 2005 (15 Tage x 12,78 € = 191,70 €) zu. 52

Wie aus den vom Kläger vorgelegten Lohnabrechnungen für Januar 2004, Februar 2004, September 2004 und Dezember 2004 hervorgeht, hat die Beklagte das tarifliche Urlaubsgeld gezahlt und sich durch diese regelmäßige Zahlung durch betriebliche Übung für die Zukunft gebunden. 53

B. Nach alledem hat das Rechtsmittel teilweise Erfolg. 54

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. 55

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. 56

Knipp	Näpel	Göcmen
-------	-------	--------

 57

--	--	--

 58

