

Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall - regelmäßige Arbeitszeit - Festlohn;

hier: Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 26.6.2002  
- 5 AZR 592/00 -

Das BAG hat mit Urteil vom 26.6.2002 - 5 AZR 592/00 -

(s. Anlage) Folgendes entschieden:

#### **Leitsatz**

1. § 4 Abs 1 EFZG legt der Entgeltfortzahlung ein modifiziertes Lohnausfallprinzip zugrunde. Bei Schwankungen der individuellen Arbeitszeit ist zur Bestimmung der "regelmäßigen" Arbeitszeit eine vergangenheitsbezogene Betrachtung zulässig und geboten. Maßgebend ist der Durchschnitt der vergangenen zwölf Monate (Bestätigung von Senat 21. November 2001 - 5 AZR 296/00\* - AP Nr 56 zu § 4 EntgeltFG, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).
2. Krankheits- und Urlaubstage sind nicht in die Durchschnittsberechnung einzubeziehen, soweit die ausgefallene Arbeitszeit selbst auf einer Durchschnittsberechnung beruht. Nimmt der Arbeitnehmer Freizeitausgleich in Anspruch, mindert das seine durchschnittliche regelmäßige Arbeitszeit, soweit nicht nur Überstundenzuschläge "abgefeiert" werden.
3. Haben die Arbeitsvertragsparteien eine feste Monatsvergütung vereinbart, ist diese grundsätzlich auch im Krankheitsfall fortzuzahlen. Der Arbeitgeber kann aber einwenden, mit dem Festlohn seien vereinbarungsgemäß bestimmte Überstunden oder bestimmte tarifliche Überstundenzuschläge abgegolten worden.

#### Anlage

\*HVBG-INFO 2002, 953-958

BAG-Urteil vom 26.6.2002 - 5 AZR 592/00 -

#### **Tenor**

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 7. Juli 2000 - 12 Sa 331/00 - teilweise aufgehoben.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Aachen vom 26. November 1999 - 9 (6) Ca 2511/99 d - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß Zinsen erst ab dem 17. September 1999 zu zahlen sind.
3. Die Beklagte hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

#### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Höhe der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

Der Kläger ist seit 1976 bei der Beklagten als Kraftfahrer im Güterfernverkehr beschäftigt. Er bezieht einen stets gleichbleibenden monatlichen "Festlohn" von 4.660,00 DM brutto im Jahre 1999. Auf das

Arbeitsverhältnis der Parteien fanden im Streitzeitraum auf Grund beiderseitiger Tarifbindung der Bundesmanteltarifvertrag für den Güter- und Möbelfernverkehr vom 7. September 1988 (BMTV) kraft Nachwirkung und der Bezirksmanteltarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer im privaten Güterverkehrsgewerbe Nordrhein-Westfalens vom 15. Juni 1994 (BZMTV) Anwendung. Über den zeitlichen Umfang der Arbeitsleistung des Klägers haben die Parteien nichts vorgetragen.

Bei der Beklagten bestand eine Betriebsvereinbarung vom 26. März 1999, die folgendes regelte:

"In Abänderung der bisherigen Betriebsvereinbarungen über Löhne, Spesen, Ladehilfe, werden mit Wirkung v. 01. April 1999 folgende Vereinbarungen getroffen:

1. Der Monatslohn für die Fernfahrer beträgt DM 4.660,-- brutto.
2. Zum Ausgleich der Erschwernisse der Nachtarbeit und der Sonntagsarbeit (Abfahrten am Sonntagabend) erhalten die Fernfahrer, da für jeden Fernfahrer diese Arbeiten anfallen, einen Ausgleich in Höhe von DM 200,-- monatlich.
3. Urlaubs- und Weihnachtsgeld werden nach dem jeweils gültigen Tarif gezahlt.
4. Der Arbeitgeber gewährt DM 26,-- vermögenswirksame Leistungen nach einem Jahr Betriebszugehörigkeit auf Verlangen des Arbeitnehmers.
5. Erfordern betriebliche Notwendigkeiten den ganztägigen Einsatz an einem Feiertag, so wird dieser Feiertag mit einem Tag Sonderurlaub honoriert.

6. Mit der Zahlung der o.g. Vergütungen ist die geleistete Arbeitszeit (einschließlich etwaiger Mehrarbeit und Mehrarbeitszuschläge sowie der Zuschläge für die sonntags, feiertags und nachts geleistete Arbeit) abgegolten.

7. Es besteht Einigkeit darüber, daß der Urlaubsanspruch im Jahr 1999 sich wie folgt regelt:

...

8. Die Entgeltfortzahlung während der Krankheit erfolgt in der Form, daß ein Grundlohn für die Normalarbeitszeit von DM 4.000,-- zur Berechnung der Entgeltfortzahlung zugrunde gelegt wird.

9. Die Zahlung des pauschalen Nachtzuschlags und die Zahlung der Entgeltfortzahlung wird in der Form vorgenommen, dass der Nachtzuschlag während der Krankheit und des Urlaubs anteilig entsprechend der Arbeitstage in dem jeweiligen Monat gezahlt wird und die Entgeltfortzahlung ebenfalls anteilig entsprechend der Zahl der Arbeitstage zu den Krankheitstagen in dem jeweiligen Monat berechnet wird.

10. Spesen werden wie folgt gezahlt:

...

11. Damit ist auch die Tarifrunde 1999 erledigt."

Die Betriebsvereinbarung vom 8. Juni 1999 enthält in Tz. 1 bis 10 einzelne Änderungen mit Wirkung ab dem 1. Mai 1999, die für das vorliegende Revisionsverfahren insgesamt nicht von Belang sind. Tz. 11 lautet:

"Diese Betriebsvereinbarung kann nicht vor dem 31.12.2000 gekündigt werden. Damit sind auch etwaige tarifliche Erhöhungen bereits abgegolten.

Die Vereinbarung übertariflicher Leistungen erfolgt freiwillig unter dem Vorbehalt, daß nach Beendigung der Betriebsvereinbarung für die Zukunft ein solcher Anspruch nicht besteht."

Der Kläger war vom 28. März bis zum 30. April 1999 sowie 13 Arbeitstage im Juni 1999 und 17 Arbeitstage im Juli 1999 arbeitsunfähig krank. Für April 1999 zahlte die Beklagte als Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall 4.000,00 DM brutto. Für Juni und Juli 1999 berechnete sie die Entgeltfortzahlung ebenfalls auf der Grundlage eines Monatslohnes von 4.000,00 DM brutto und zahlte dem Kläger 2.401,86 DM bzw. 3.140,89 DM brutto, also 320,96 DM bzw. 442,89 DM brutto weniger, als dies bei einer Berechnung auf der Grundlage von 4.660,00 DM brutto der Fall gewesen wäre.

Der Kläger hat geltend gemacht, sein Entgeltfortzahlungsanspruch müsse ausgehend von seinem monatlichen Festlohn in Höhe von 4.660,00 DM berechnet werden. Dies ergebe sich aus § 1 EFZG, auf den § 17 BMTV verweise. Er erhalte keinen Stundenlohn. Soweit mit dem monatlichen Festlohn Mehrarbeitsstunden vergütet würden, gehörten diese zu der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit iSv. § 4 Abs. 1 EFZG. § 4 Abs. 1 a Satz 1 EFZG komme nicht zur Anwendung, da seinem regelmäßig gezahlten Arbeitsentgelt keine zusätzlich oder nur unregelmäßig anfallende überobligatorische Leistung zugrunde liege. Die in Tz. 8 der Betriebsvereinbarungen vom 26. März 1999 und 8. Juni 1999 geregelte abweichende Bemessungsgrundlage für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle verstoße gegen § 4 Abs. 4 EFZG und gegen § 77 Abs. 3 BetrVG. Der Kläger hat, soweit in der Revision noch von Bedeutung, beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 660,00 DM brutto nebst 4 % Zinsen hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger weitere 763,85 DM brutto nebst 4 % Zinsen hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Der Kläger habe Überstunden geleistet. Zum berücksichtigungsfähigen Arbeitsentgelt gehörten nicht die zusätzlich für - auch regelmäßig anfallende - Überstunden gezahlten Beträge. Ab welcher Arbeitszeit Mehrarbeit vorliege, ergebe sich aus § 3 Nr. 1 c BZMTV. Danach erhielten Fahrer und Beifahrer im Güter- und Möbelfernverkehr bei Besetzung des Fahrzeugs mit einem Fahrer ab der 41. Wochenstunde einen Zuschlag von 25 %. Bei einem tariflichen Stundenlohn von 17,36 DM brutto betrage das monatliche Entgelt im Krankheitsfall 3.008,00 DM brutto. Demgegenüber habe die Betriebsvereinbarung zugunsten der Arbeitnehmer einen Betrag von 4.000,00 DM

brutto angesetzt. Die Betriebsvereinbarung sei zulässig, sie regle nicht die Lohnhöhe, sondern Fragen der betrieblichen Lohngestaltung und indirekt die zu leistende Stundenzahl.

Das Arbeitsgericht hat der Klage insgesamt stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat ihr nur in Höhe von 603,56 DM brutto stattgegeben und sie im übrigen auf die Berufung der Beklagten abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

### Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Sie führt zur teilweisen Aufhebung des angefochtenen Urteils und - abgesehen von einer Korrektur beim Zinsbeginn - zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

I. Das Landesarbeitsgericht hat - kurz zusammengefaßt - im wesentlichen ausgeführt, die Entgeltfortzahlung des Klägers sei auf der Grundlage von 4.235,84 DM brutto monatlich zu berechnen. Dieser Betrag ergebe sich mangels Vereinbarung über eine regelmäßige Arbeitszeit des Klägers aus der gem. § 2 Ziff. 2 a BZMTV iVm. § 3 Ziff. 1 BMTV vorgesehenen höchstzulässigen regelmäßigen Arbeitszeit von 113 Stunden in der Doppelwoche bzw. 244 Stunden im Kalendermonat, multipliziert mit dem für den Kläger gem. § 3 Ziff. 1 und 3 Lohntarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer des Speditions-, Lagerei- und Transportgewerbes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 17. November 1997 einschlägigen Stundenlohn in Höhe von 17,36 DM. Das darüber hinaus monatlich gezahlte Entgelt bis zur Höhe von 4.660,00 DM stelle eine Entlohnung für regelmäßig geleistete Überstunden dar, auf deren Fortzahlung der Kläger gem. § 4 Abs. 1 a EFZG seit dem 1. Januar 1999 keinen Anspruch mehr habe. Die gesetzliche Regelung des Entgeltfortzahlungsanspruchs mit einer Höhe von 4.235,84 DM sei günstiger als die betriebliche Regelung und müsse deshalb der Berechnung zugrunde gelegt werden. Tz. 8 der Betriebsvereinbarung sei gem. § 12 EFZG, § 134 BGB nichtig.

II. Dem vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Vielmehr hält der Senat an den im Urteil vom 21. November 2001 (- 5 AZR 296/00 - AP EntgeltFG § 4 Nr. 56, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen) aufgestellten Grundsätzen fest. Danach gilt folgendes:

1. Nach § 4 Abs. 1 EFZG ist dem Arbeitnehmer für den in § 3 Abs. 1 EFZG bezeichneten Zeitraum das ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt fortzuzahlen.

a) § 4 Abs. 1 EFZG legt der Entgeltfortzahlung ein modifiziertes Lohnausfallprinzip zugrunde. 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. § 84 Rn. 8 f., 32 ff.; Feichtinger AR-Blattei SD Krankheit III Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall Rn. 277 ff.; zum Lohnausfallprinzip bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit allgemein BAG 6. Dezember 1995 - 5 AZR 237/94 - BAGE 81, 357, 361).

b) Die individuelle Arbeitszeit folgt in erster Linie aus dem Arbeitsvertrag. Auf die allgemein im Betrieb geltende Arbeitszeit kommt es nicht entscheidend an, wie sich aus den Worten "bei der für ihn maßgebenden ... Arbeitszeit" ergibt. Auch die kraft Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung im Betrieb geltende Arbeitszeit kann 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 aaO; ErfK/Dörner 2. Aufl. § 4 EFZG Rn. 9; Müller/Berenz EFZG 3. Aufl. § 4 Rn. 4 ff.; Schmitt aaO § 4 Rn. 22; Marienhagen/Künzl aaO § 4 Rn. 20 ff.; Feichtinger aaO Rn. 280 ff.; Brecht 2. Aufl. § 4 EFZG Rn. 6). Wird regelmäßig eine bestimmte, erhöhte Arbeitszeit abgerufen und geleistet, ist dies Ausdruck der vertraglich geschuldeten Leistung. 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.

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 aaO Rn. 6; Staudinger/Oetker BGB 13. Aufl. § 616 Rn. 396 ff.; Vossen aaO Rn. 339; Boecken aaO § 84 Rn. 16 ff.). Bei einer verstetigten, also stets gleichbleibenden Arbeitszeit bereitet die Feststellung der maßgebenden Arbeitszeit keine Schwierigkeiten (Vossen aaO 2.2 Rn. 368; Dörner aaO Rn. 8; Boecken aaO § 84 Rn. 35; Hold aaO § 4 Rn. 58; Gola EFZG § 4 Anm. 3.3.1 und 3.3.2). Ist ein festes Monatsentgelt vereinbart, ist dieses bei gewerblichen Arbeitnehmern

ebenso wie bei Angestellten bis zur Dauer von sechs Wochen fortzuzahlen. 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.

2. Nach § 4 Abs. 1 a Satz 1 EFZG gehört nicht zum Arbeitsentgelt nach Abs. 1 das zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsentgelt. Dieses ist im Krankheitsfall nicht fortzuzahlen.

a) § 4 Abs. 1 a EFZG schließt den Anspruch auf tarifliche Überstundenzuschläge aus. Es genügt, daß ein Tarifvertrag Zuschläge für bestimmte Über- oder Mehrarbeit regelt. Ob es sich tatsächlich um über die individuelle regelmäßige Arbeitszeit hinausgehende Überstunden handelt, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Insoweit stellt das Gesetz mit den Worten "das zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsentgelt" allein auf den tatsächlichen Befund ab und nimmt "Überstundenzuschläge", die als solche "gezahlt" werden, aus dem für die Entgeltfortzahlung berücksichtigungsfähigen Lohn aus. Der Zuschlag stellt einen Ausgleich für die besondere Belastung des Arbeitnehmers dar, die bei einer überlangen wöchentlichen Arbeitszeit besteht, bei Arbeitsunfähigkeit dagegen entfällt (vgl. MünchArbR/Boecken 2. Aufl. § 84 Rn. 21). Demgegenüber tritt der Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung des Lebensstandards bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit hier zurück.

b) Zusätzlich für Überstunden gezahltes Entgelt stellen nicht nur die Überstundenzuschläge dar. Auch die Grundvergütung für die Überstunden wird zusätzlich zum "normalen" Entgelt, und zwar für die Überstunden, gezahlt. Hätte der Gesetzgeber nur die Überstundenzuschläge aus der Entgeltfortzahlung herausnehmen wollen, hätte er das mit dem eingeführten Begriff "Überstundenzuschläge" klar ausdrücken können. Er hätte zumindest das Wort "zusätzlich" zwischen die Worte "Überstunden" und "gezahlte" stellen und damit ausdrücken können, daß eine Zusatzvergütung (zur Grundvergütung) gemeint sei. Das Gesetz klammert demgegenüber sowohl die Grundvergütung als auch die Zuschläge für Überstunden aus (so ausdrücklich BT-Drucks. 14/45 S 24). Das kommt aus dem Wortlaut und dem Zusammenhang der Norm hinreichend zum Ausdruck (zustimmend Vossen aaO 2.2 Rn. 345, 347, 371/372; Dörner aaO Rn. 11, 24; Boecken aaO Rn. 21, 27; Löwisch BB 1999, 102, 105; Müller/Berenz aaO § 4 Rn. 7; Hold aaO § 4 Rn. 33 f., 61; Schmitt aaO § 4

Rn. 94 f., 96; Marienhagen/Künzl aaO § 4 Rn. 17 a, 17 b; Brecht aaO § 4 Rn. 10; Feichtinger aaO Rn. 284; Däubler NJW 1999, 601, 605).

c) Beim Begriff der Überstunden 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.

aa) 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 aaO § 4 Rn. 33; Kunz/Wedde EFZR § 4 Rn. 20, 29; Müller/Berenz aaO § 4 Rn. 7; Vossen aaO 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 ebensogut auf den Arbeitnehmer beziehen, dem das Gesetz einen Anspruch auf die Entgeltfortzahlung einräumt; maßgebend ist dann dessen individuelle regelmäßige Arbeitszeit (so im Ergebnis Boecken aaO Rn. 21, 27; Marienhagen/Künzl aaO § 4 Rn. 17 c; Schmitt aaO § 4 Rn. 97 mwN; Brecht aaO § 4 Rn. 9).

bb) 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 zugrunde 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 eine 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".

cc) § 4 Abs. 1 a EFZG erfaßt nach seinem Wortlaut und nach Sinn und Zweck auch wiederholt geleistete Überstunden (Löwisch aaO; Marienhagen/Künzl aaO § 4 Rn. 17 b). Immer muß es sich aber um Überstunden handeln. Überstunden iSv. § 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 16. März 1988 - 5 AZR 40/87 - AP LohnFG § 1 Nr. 78 = EZA LohnFG § 1 Nr. 93; 3. Mai 1989 - 5 AZR 249/88 - AP LohnFG § 2 Nr. 19 = EZA LohnFG § 2 Nr. 21; zur bisherigen Rechtslage vgl. etwa noch Gola aaO § 4 Anm. 3.3.3) aus der 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. Überstunden werden wegen bestimmter besonderer Umstände zusätzlich geleistet (Marienhagen/Künzl aaO § 4 Rn. 17 c). Die übliche Arbeitszeit wird vorübergehend verändert. Das ist für jeden Arbeitnehmer individuell zu beurteilen. Auch bei einer beständigen Arbeitszeit kommen (außerdem) Überstunden in Betracht, die für die Entgeltfortzahlung nicht zu berücksichtigen sind. Nur die hierfür geleistete Vergütung stellt für den Arbeitnehmer zusätzliches Entgelt dar.

dd) Allein diese Auslegung wird dem Grundsatz der Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitnehmer gerecht, die einen festen Monatslohn oder ein festes Monatsgehalt für ihre ständig zu erbringende Arbeit erhalten. Die Entgeltfortzahlung für diese Arbeitnehmer richtet sich nach dem vereinbarten Entgelt auf der Basis der ständig geleisteten Arbeitszeit (siehe oben 2 c). Es würde eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung bedeuten, wenn die zu berücksichtigende Arbeitszeit und damit die Höhe der Entgeltfortzahlung nur aufgrund einer unterschiedlichen Art und Weise der Abrechnung grundlegend differieren würde.

ee) Eine ähnliche Problematik ergibt sich zu § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG. Nach dieser Bestimmung bemißt sich das Urlaubsentgelt nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst in den letzten 13 Wochen vor dem Beginn des Urlaubs, mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes. Auch hier bleiben sowohl die Grundvergütung für die Überstunden als auch die Überstundenzuschläge außer Betracht (vgl. nur Dersch/Neumann BUrlG 8. Aufl. § 11 Rn. 42 ff., insbesondere 44 f.; ErfK/Dörner BUrlG § 11 Rn. 12). Im Referenzzeitraum liegende Überstunden, auch regelmäßig anfallende, sind ausgenommen und von der regelmäßigen Arbeitszeit des Arbeitnehmers abzugrenzen. Allerdings sind die Überstunden - ohne Zuschläge - einzubeziehen, die der Arbeitnehmer im Urlaubszeitraum tatsächlich geleistet hätte (BAG 9. November 1999 - 9 AZR 771/98 - BAGE 92, 343, 347 ff.). Es liegt nahe, die regelmäßige individuelle Arbeitszeit gegenüber Überstunden bei § 4 EFZG ebenso wie bei § 11 BUrlG abzugrenzen. Zwingend ist das freilich nicht, da die jährliche Urlaubsdauer bestimmt ist und der Arbeitnehmer sich hier eher auf eine Vergütung nach der

betriebsüblichen Arbeitszeit einrichten kann; außerdem kommt zum Urlaubsentgelt vielfach ein tarifliches Urlaubsgeld hinzu.

3. Arbeitet der Arbeitnehmer mit einer gewissen Stetigkeit über die tarifliche oder betriebsübliche Arbeitszeit hinaus, ist jedoch die ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung einer bestimmten ständigen Arbeitszeit in diesem Umfang nicht ohne weiteres festzustellen, gilt für die Abgrenzung der individuellen regelmäßigen Arbeitszeit von den bei der Entgeltfortzahlung nicht zu berücksichtigenden Überstunden folgendes:

a) Eine ständig erbrachte Mindestarbeitsleistung (Arbeitszeitsockel) kann als konkludent vereinbart angesehen werden, wenn der Arbeitgeber die entsprechende Arbeitsleistung vom Arbeitnehmer erwartet und entgegennimmt. Sie ist Grundlage für einen Mindestumfang der Entgeltfortzahlung.

b) Beruhen Schwankungen der Arbeitszeit darauf, daß der Arbeitnehmer vertragsgemäß bestimmte (wiederkehrende) Arbeitsleistungen erbringt, die je nach den Arbeitsumständen oder dem Arbeitsanfall kürzer oder länger dauern (zB bei einem Müllwerker oder einem Auslieferungsfahrer), geht die individuelle regelmäßige Arbeitszeit über den Arbeitszeitsockel hinaus; denn der Arbeitnehmer hat seine Arbeitsaufgabe stets vereinbarungsgemäß zu erledigen, ohne daß die Arbeitszeit von vornherein festliegt. Als geschuldete Arbeitszeit muß ein durchschnittlicher Wert angenommen werden. Das entspricht auch der gesetzlichen Wertung des § 4 Abs. 1 a Satz 2 EFZG für ergebnisabhängige Vergütungen. Der Durchschnittswert der Arbeitszeit läßt sich nur nach einem zurückliegenden Zeitraum bestimmen. Darüber hinausgehende Überstunden können wegen besonderer Umstände, etwa bei einem unvorhergesehenen oder ungewöhnlichen, zusätzlich auftretenden Arbeitsanfall (zB im Zusammenhang mit einem Verkehrsunfall, bei vorübergehenden Zusatzaufträgen usw.) auftreten.

c) Verändern sich die Arbeitsaufgaben des Arbeitnehmers vereinbarungsgemäß in mehr oder weniger großen Abständen mit Auswirkung auf die Arbeitszeitdauer (zB Einsatz auf wechselnden Baustellen, Saison bei Gastronomie- und Hotelbetrieben), kann die durch die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ausgefallene Arbeitszeit vielfach konkret bestimmt werden. In Saisonbetrieben wird je nach Saison eine unterschiedliche individuelle regelmäßige Arbeitszeit anzunehmen sein. Durch die Umsetzung auf andere Baustellen ändert sich demgegenüber die individuelle regelmäßige Arbeitszeit gewöhnlich nicht. Deshalb ist auch dann, wenn feststeht, daß der erkrankte Arbeitnehmer nicht oder - sofern überhaupt zulässig - eben doch auf eine andere Einsatzstelle umgesetzt worden wäre, die individuelle regelmäßige Arbeitszeit nach dem Durchschnitt eines zurückliegenden Zeitraums zu bestimmen.

d) Der Vergleichszeitraum in diesem Sinne 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. Abzustellen ist auf das gelebte Rechtsverhältnis als Ausdruck des wirklichen Parteiwillens, nicht

auf den Text des Arbeitsvertrags. Deshalb genügt es nicht, einen Zeitraum von drei Monaten zugrunde zu legen (so noch Senat 8. Mai 1972 - 5 AZR 428/71 - AP LohnFG § 2 Nr. 3 = EzA LohnFG § 2 Nr. 3, zu 2 b der Gründe; 3. Mai 1989 - 5 AZR 249/88 - AP LohnFG § 2 Nr. 19 = EzA LohnFG § 2 Nr. 21, zu I der Gründe für die Einbeziehung von Mehrarbeit vor Inkrafttreten des § 4 Abs. 1 a Satz 1 EFZG). 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" iSv. § 4 Abs. 1 EFZG annehmen. Das führt in Anlehnung an die frühere Rechtsprechung zu § 2 ArbKrankhG (BAG 5. November 1964 - 2 AZR 494/63 - AP ArbKrankhG § 2 Nr. 21 = EzA ArbKrankhG § 2 Nr. 3; vgl. auch schon BAG 24. Oktober 1963 - 2 AZR 444/62 - BAGE 15, 59, 61 f.) und zu § 1 Abs. 3 Nr. 2 LohnFG (Senat 7. November 1984 - 5 AZR 378/82 - BAGE 47, 160, 163 ff.) dazu, grundsätzlich einen Vergleichszeitraum von zwölf 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.

e) 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 zwölf 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.

III. Ist für den Umfang der individuellen regelmäßigen Arbeitszeit auf das gelebte Rechtsverhältnis als Ausdruck des wirklichen Parteiwillens abzustellen, so sind Krankheitstage und Urlaubstage nicht in die Durchschnittsberechnung einzubeziehen, soweit die ausgefallene Arbeitszeit selbst auf einer Durchschnittsbetrachtung beruht. Ebenso fallen Krankheits- und Urlaubstage ohne Vergütungsanspruch heraus, wenn eine bestimmte ausgefallene Arbeitszeit nicht feststeht. Nur die konkret bestimmte, nicht eine fiktiv errechnete Arbeitsleistung kann Ausdruck des gelebten Rechtsverhältnisses sein. Nimmt der Arbeitnehmer Freizeitausgleich in Anspruch, mindert das seine durchschnittliche regelmäßige Arbeitszeit, soweit nicht nur Überstundenzuschläge "abgefeiert" werden; diese betreffen allein den Geldfaktor. Im übrigen steht aber gerade der Umfang der Arbeitszeit in Rede, den der Arbeitnehmer regelmäßig zu leisten bereit ist. Die Tage des Freizeitausgleichs sind deshalb mit einer Arbeitszeit null in die Durchschnittsberechnung einzubringen. Hieraus resultiert die für die Entgeltfortzahlung maßgebliche im Durchschnitt tatsächlich angefallene Arbeitszeit (vgl. zu Arbeitszeitkonten auch BAG 13. Februar 2002 - 5 AZR 470/00 - zVv., zu I 2 b der Gründe).

IV. Bei Anwendung dieser Grundsätze auf den Streitfall ergibt sich:

1. Auf das Arbeitsverhältnis fand im Streitzeitraum § 7 Ziff. 3 BZMTV Anwendung. Nach dieser Bestimmung gelten bei Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers infolge Krankheit die gesetzlichen Regelungen. Das Landesarbeitsgericht hat deshalb zutreffend die §§ 3, 4 EFZG zugrunde gelegt. 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. Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Der Kläger war im April, Juni und Juli 1999 wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit unverschuldet an seiner Arbeitsleistung verhindert. Die Entgeltfortzahlungspflicht für die gesamten Zeiträume ist dem Grunde nach unstrittig. Die Parteien streiten allein über die Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts.

2. a) Da die Parteien ein festes Monatsentgelt vereinbart haben, ist dieses grundsätzlich auch im Krankheitsfalle fortzuzahlen. Es handelt sich ohne weitere Abreden der Parteien um eine pauschale Gegenleistung für die individuelle regelmäßige Arbeitsleistung. Eine solche pauschale Vergütung läßt sich nicht in verschiedene fortzahlungspflichtige bzw. nicht fortzahlungspflichtige Bestandteile aufteilen. Es kommt dabei weder auf den Umfang der zugrunde liegenden Arbeitszeit noch auf etwaige Schwankungen der Arbeitszeit an. Für die vom Landesarbeitsgericht vertretene Begrenzung gemäß der höchstzulässigen Arbeitszeit besteht keine Rechtsgrundlage; denn die regelmäßige Arbeitszeit nach § 4 EFZG bemißt sich nach den individuellen Verhältnissen, nicht nach dem Tarifrecht. Bei der Vereinbarung einer stets gleichbleibenden Vergütung ohne feste Arbeitszeitdauer und ohne Arbeitszeitkonto mit Zeitausgleich wird vom Arbeitnehmer regelmäßig die Ableistung der anfallenden Arbeit erwartet. Daraus ergibt sich ein bestimmter Arbeitszeitdurchschnitt, der der Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien zugrunde liegt und die regelmäßige Arbeitszeit darstellt.

b) Etwas anderes gilt aber, wenn der Arbeitgeber darlegt, mit dem Festlohn seien vereinbarungsgemäß bestimmte Überstunden oder bestimmte Überstundenzuschläge abgegolten worden. Steht hinreichend sicher

fest, daß der Lohn eine Überstundenvergütung oder tarifliche Mehrarbeitszuschläge tatsächlich enthält, würde der Arbeitnehmer mit der Fortzahlung des Festlohns in Wahrheit auch Vergütungsbestandteile verlangen, die ihm im Krankheitsfall nicht zustehen. Soll trotz der Vereinbarung eines Festlohns eine Überstundenvergütung unberücksichtigt bleiben, muß der Arbeitgeber Tatsachen für eine entsprechende Auslegung des Arbeitsvertrags vortragen und den Umfang der regelmäßigen Arbeitszeit des Arbeitnehmers darlegen. Auch Überstundenzuschläge können nur dann von der Entgeltfortzahlung ausgenommen werden, wenn deren Anspruchsgrund und Anspruchshöhe hinreichend sicher feststehen.

3. Der Vortrag der Beklagten rechtfertigt es hiernach nicht, den Festlohn des Klägers um einzelne Bestandteile zu reduzieren.

a) Die Parteien haben zur Arbeitszeit des Klägers nichts weiter vorgetragen. Insbesondere besteht keinerlei Anhaltspunkt dafür, daß auch Überstunden im Sinne des Verständnisses des Senats (oben II 2 c cc) angefallen sind und mit dem Festlohn abgegolten werden sollten. Die Vereinbarung eines "Festlohns" besagt ebenso wie Tz. 6 der Betriebsvereinbarungen vom 26. März 1999 und 8. Juni 1999 nichts über den tatsächlichen Arbeitsanfall bei der Beklagten. Ob mit der betrieblichen Regelung auch die Vergütung der Arbeit, die über die regelmäßige individuelle Arbeitszeit hinausgeht, ausgeschlossen werden sollte, erscheint zudem zweifelhaft. Schließlich hat die Beklagte in der Revisionsinstanz vorgetragen, es gehe ausschließlich darum, von dem Festlohn Überstundenzuschläge abzuziehen.

b) Der Vortrag der Beklagten bietet auch keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, daß in dem vereinbarten Festlohn von 4.660,00 DM tarifliche Überstundenzuschläge in bestimmter Höhe enthalten sind.

aa) Der Monatslohn beruht nicht auf einer individuellen Vereinbarung der Parteien, sondern auf Tz. 1 der genannten Betriebsvereinbarungen. Nach deren Tz. 6 sollten mit der Zahlung des Festlohns und der übrigen geregelten Vergütungen auch "etwaige Mehrarbeit und Mehrarbeitszuschläge" abgegolten sein. Es kann nach dem gesamten Sachvortrag der Parteien angenommen werden, daß der Kläger regelmäßig mehr als 40 Stunden wöchentlich, wohl auch mehr als 50 Stunden wöchentlich gearbeitet hat. Bei Anwendung von § 3 Ziff. 1 c BZMTV, der für Fahrer und Beifahrer bei Besetzung des Fahrzeugs mit einem Fahrer ab der 41. Wochenstunde, bei Besetzung des Fahrzeugs mit zwei Fahrern ab der 51. Wochenstunde einen Zuschlag von 25 % vorsieht, könnte er deshalb Zuschläge verlangen.

bb) Jedoch hat die Beklagte weder zum Umfang der Arbeitszeit und zur Höhe der Zuschläge noch zum Zustandekommen und zur Zusammensetzung des Festlohns etwas darlegt. Es erscheint bei einem "Festlohn" nicht ohne weiteres zulässig, von dem tariflichen Stundenlohn auszugehen. Ein Festlohn kann je nach den Vereinbarungen der Parteien von dem für den Betrieb geltenden Tarifvertrag unabhängig sein. Der Festlohn dient möglicherweise vornehmlich der Vereinfachung, ohne die tariflichen Ansprüche ersetzen zu wollen. Andererseits kann er aber auch ganz an die Stelle der tariflichen Ansprüche treten. Das läßt sich dem Wortlaut von Tz. 6 der Betriebsvereinbarungen nicht hinreichend deutlich entnehmen.

cc) Jedenfalls die Höhe der im vereinbarten Festlohn etwa enthaltenen Überstundenzuschläge des Klägers läßt sich nicht bestimmen. Nach dem Vortrag der Parteien ist der Umfang der Arbeitszeit des Klägers ebenso wie sein Einsatz (Besetzung des Fahrzeugs) ungewiß. Die Beklagte hätte das im einzelnen darlegen müssen, da sie sich auf eine Reduzierung des für die Entgeltfortzahlung grundsätzlich maßgebenden Festlohns beruft. Hierfür bedarf es der Berechnung der Höhe der Zuschläge. Der Vortrag der Beklagten ist jedoch völlig unbestimmt.

V. Damit erweist sich Tz. 8 der Betriebsvereinbarungen vom 26. März 1999 und vom 8. Juni 1999 gegenüber der gesetzlichen Regelung der Entgeltfortzahlung als Abweichung zu Ungunsten der Arbeitnehmer. Diese Abweichung ist schon nach den §§ 12, 4 Abs. 4 EFZG unzulässig, so daß es auf § 77 Abs. 3 BetrVG nicht mehr ankommt.

VI. Der Kläger kann Zinsen nicht schon ab dem Tag der Rechtshängigkeit, sondern erst ab dem folgenden Tag verlangen (vgl. zuletzt BAG 30. Oktober 2001 - 1 AZR 65/01 - zVv.). Da der Kläger ausdrücklich Rechtshängigkeitszinsen verlangt und zu Verzug und Fälligkeit nichts vorträgt, kommt auch die Anwendung von § 284 Abs. 2 BGB nicht in Betracht.

Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall - regelmäßige Arbeitszeit;  
hier: Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 26.6.2002  
- 5 AZR 153/01 -

Das BAG hat mit Urteil vom 26.6.2002 - 5 AZR 153/01 -  
(s. Anlage) Folgendes entschieden:

#### Leitsatz

Erhält ein Arbeitnehmer ein festes Monatsentgelt, das auch die Vergütung für eine bestimmte, arbeitsvertraglich vereinbarte Zahl von Mehrarbeitsstunden einschließlich tariflicher Überstundenzuschläge beinhaltet, ist bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gemäß § 4 Abs 1a EFZG der Überstundenzuschlag für die vereinbarten Mehrarbeitsstunden nicht entgeltfortzahlungspflichtig und deshalb aus dem Monatsentgelt herauszurechnen (Fortführung von Senat 21. November 2001 - 5 AZR 296/00 \* AP Nr 56 zu § 4 EntgeltFG = EzA § 4 EntgeltFG Nr 4, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).

\*HVBG-INGO 2002, 953-958

#### Anlage

BAG-Urteil vom 26.6.2002 - 5 AZR 153/01 -

#### Tenor

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 16. Januar 2001 - 8 Sa 1457/00 - zum Teil aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Duisburg vom 31. August 2000 - 1 Ca 1841/00 - zum Teil abgeändert und wie folgt neu gefaßt:  
Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.272,28 DM brutto (= 650,51 Euro) nebst 4 % Zinsen seit dem 20. Juli 2000 zu zahlen. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die weitergehende Berufung sowie die Revision der Beklagten im übrigen werden zurückgewiesen.
4. Die Beklagte hat 6/7, der Kläger 1/7 der Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

#### Tatbestand

Die Parteien streiten über Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.  
Der 1952 geborene Kläger war bei der beklagten Spedition in der Zeit vom 1. Juli 1993 bis zum 31. Januar 2001 als Kraftfahrer beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis fanden kraft Bezugnahme im Arbeitsvertrag die regionalen Mantel-, Lohn- und sonstigen Tarifverträge für den Güternahverkehr Anwendung. Zu Ziff. 7 des Arbeitsvertrags ist folgendes bestimmt:

"...

#### 7. Arbeitsentgelt

- a) Der Wochen/Monatslohn beträgt inkl. Überstunden -  
Berechnungsgrundlage 33 Überstunden - 3.480,00 DM brutto.

...

Mit dem vereinbarten Wochenlohn/Monatslohn ist die geleistete Arbeitszeit - einschließlich etwaiger Mehrarbeit und Mehrarbeitszuschläge - abgegolten.

..."

Der Kläger erhielt zuletzt einen Bruttomonatslohn von 3.811,00 DM.

Unter dem Datum des 28. April 1999 teilte die Beklagte ihren Mitarbeitern in einem Rundschreiben folgendes mit:

"Ich bin nicht mehr gewillt im Krankheitsfall den vollen Lohn zu zahlen, da eine übertarifliche Entlohnung besteht, in der 33 Überstunden eingerechnet sind. In Zukunft wird im Krankheitsfall, diese eingerechneten Überstunden nicht mehr vergütet."

Der Kläger war vom 4. Mai 2000 bis nach dem 13. Juni 2000 arbeitsunfähig krank. Bei der Berechnung der Entgeltfortzahlung legte die Beklagte eine tarifliche monatliche Arbeitszeit von 39 Stunden sowie einen Tariflohn in Höhe von 17,28 DM je Stunde zugrunde. Sie leistete Entgeltfortzahlung in Höhe von 2.584,26 DM für Mai und 1.157,94 DM für Juni.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, bei der Berechnung der Entgeltfortzahlung sei von dem vereinbarten Bruttomonatslohn in Höhe von 3.811,00 DM auszugehen.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn für den Monat Mai 2000 einen restlichen Bruttolohn in Höhe von 895,34 DM nebst 4 % Zinsen aus dem sich ergebenden Nettobetrag seit dem 20. Juli 2000 zu zahlen;
2. Die Beklagte zu verurteilen, an ihn für den Monat Juni 2000 einen restlichen Bruttolohn in Höhe von 574,33 DM nebst 4 % Zinsen aus dem sich ergebenden Nettolohn seit dem 20. Juli 2000 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, das zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsentgelt sei bei der Entgeltfortzahlung nicht zu berücksichtigen.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Abweisung der Klage.

### Entscheidungsgründe

I. Die Revision der Beklagten ist zum Teil begründet. Die Vorinstanzen haben bei der Entgeltfortzahlung für die Monate Mai und Juni 2000 zu Unrecht Überstundenzuschläge berücksichtigt.

1. Auf das Arbeitsverhältnis findet § 7 Ziff. 3 BZMTV Anwendung. Nach dieser Bestimmung gelten bei Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers infolge Krankheit die gesetzlichen Regelungen. 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. Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Der Kläger war seit 4. Mai 2000 durchgehend mehr als sechs Wochen wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit unverschuldet an seiner Arbeitsleistung verhindert. Die Parteien streiten allein über die Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts.

2. Nach § 4 Abs. 1 EFZG ist dem Arbeitnehmer für den in § 3 Abs. 1 EFZG bezeichneten Zeitraum das ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt fortzuzahlen.

a) § 4 Abs. 1 EFZG legt der Entgeltfortzahlung ein modifiziertes Lohnausfallprinzip zugrunde. Maßgebend ist allein die individuelle Arbeitszeit des erkrankten Arbeitnehmers. Es kommt darauf an, welche Arbeitszeit aufgrund 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. EFZG § 4 Rn. 8, 54 f., 56 ff.; Marienhagen/Künzl EFZG Stand Mai 2000 § 4 Rn. 2 f.; Boecken aaO § 84 Rn. 8 f., 32 ff.; Feichtinger AR-Blattei SD Krankheit III Entgeltfortzahlung Rn. 277 ff.; zum Lohnausfallprinzip bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit allgemein BAG 6. Dezember 1995 - 5 AZR 237/94 - BAGE 81, 357, 361).

b) Die individuelle Arbeitszeit folgt in erster Linie aus dem Arbeitsvertrag. Auf die allgemein im Betrieb geltende Arbeitszeit kommt es nicht entscheidend an, wie sich aus den Worten "bei der für ihn maßgebenden ... Arbeitszeit" ergibt. Auch die kraft Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung im Betrieb geltende Arbeitszeit kann 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 aaO; ErfK/Dörner 2. Aufl. EFZG § 4 Rn. 9; Müller/Berenz EFZG 3. Aufl. § 4 Rn. 4 ff.; Schmitt aaO § 4 Rn. 22; Marienhagen/Künzl aaO § 4 Rn. 20 ff.; Feichtinger aaO Rn. 280 ff.; Brecht 2. Aufl. § 4 EFZG Rn. 6). 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.

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 aaO Rn. 6; Staudinger/Oetker BGB 13. Aufl. § 616 Rn. 396 ff.; Vossen aaO Rn. 339; Boecken aaO § 84 Rn. 16 ff.). Bei einer verstetigten, also stets gleichbleibenden Arbeitszeit bereitet die Feststellung der maßgebenden Arbeitszeit keine Schwierigkeiten (Vossen aaO 2.2 Rn. 368; Dörner aaO Rn. 8; Boecken aaO § 84 Rn. 35; Hold aaO § 4 Rn. 58; Gola EFZG 2. Aufl. § 4 Anm. 3.3.1 und 3.3.2). Ist ein festes Monatsentgelt vereinbart, ist dieses bei gewerblichen Arbeitnehmern ebenso wie bei Angestellten bis zur Dauer von sechs Wochen fortzuzahlen. 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.

3. Nach § 4 Abs. 1 a Satz 1 EFZG gehört nicht zum Arbeitsentgelt nach Abs. 1 das zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsentgelt. Dieses ist im Krankheitsfall nicht fortzuzahlen. Zusätzlich für Überstunden gezahltes Entgelt stellen nicht nur die Überstundenzuschläge dar. Auch die Grundvergütung für die Überstunden wird zusätzlich zum "normalen" Entgelt, und zwar für die Überstunden, gezahlt. Hätte der Gesetzgeber nur die Überstundenzuschläge aus der Entgeltfortzahlung herausnehmen wollen, hätte er das mit dem eingeführten Begriff "Überstundenzuschläge" klar ausdrücken können. Er hätte zumindest das Wort "zusätzlich" zwischen die Worte "Überstunden" und "gezahlte" stellen und damit ausdrücken können, daß eine Zusatzvergütung (zur Grundvergütung) gemeint sei. Das Gesetz klammert demgegenüber sowohl die Grundvergütung als auch die Zuschläge für Überstunden aus (so ausdrücklich BT-Drucks. 14/45 S 24). Das kommt aus dem Wortlaut und dem Zusammenhang der Norm hinreichend zum Ausdruck (zustimmend Vossen aaO 2.2 Rn. 345, 347, 371/372; Dörner aaO Rn. 11, 24; Boecken aaO Rn. 21, 27; Löwisch BB 1999, 102, 105; Müller/Berenz aaO § 4 Rn. 7; Hold aaO § 4 Rn. 33 f., 61; Schmitt aaO § 4 Rn. 94 ff., 96; Marienhagen/Künzl aaO § 4 Rn. 17 a, 17 b; Brecht aaO § 4 Rn. 10; Feichtinger aaO Rn. 284; Däubler NJW 1999, 601, 605).

II. In Anwendung dieser Rechtsgrundsätze ist die Revision der Beklagten nur begründet, soweit das Landesarbeitsgericht bei der Berechnung der Höhe des fortzuzahlenden Entgelts tarifliche Überstundenzuschläge berücksichtigt hat. Im übrigen ist die Revision nicht begründet.

1. Zwischen den Parteien war ein fester Monatslohn in Höhe von zuletzt 3.811,00 DM vereinbart. Mit diesem Monatslohn sollte nach der arbeitsvertraglichen Vereinbarung die geleistete Arbeitszeit einschließlich etwaiger Mehrarbeit und nicht näher bezeichneter Mehrarbeitszuschläge abgegolten sein. Der Hinweis auf 33 Überstunden im Monat als weiterer Berechnungsgröße bei der Lohnfestsetzung verdeutlicht die übereinstimmende Auffassung der Parteien von einer in diesem Umfang regelmäßig verlängerten Arbeitszeit. Abweichend von der tariflichen regelmäßigen Arbeitszeit sollte für den Kläger eine um 33 Stunden monatlich verlängerte Arbeitszeit maßgeblich sein. Diese individuelle Arbeitszeit des Klägers ist bei der Berechnung des fortzuzahlenden Entgelts zu berücksichtigen.

2. Der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall kann gleichwohl nicht der volle Monatslohn von 3.811,00 DM zugrunde gelegt werden, weil nach der vertraglichen Vereinbarung hierin Überstundenzuschläge enthalten

sind. Die Höhe der Überstundenzuschläge war allerdings vertraglich nicht ausdrücklich bestimmt. Sie ergibt sich jedoch aus dem arbeitsvertraglich ergänzend in Bezug genommenen Bezirksmanteltarifvertrags für die gewerblichen Arbeitnehmer im privaten Güterverkehrsgewerbe Nordrhein-Westfalens (BZMTV). Nach § 3 Ziff. 1 Buchst. b BZMTV beträgt der Zuschlag für jede über 39 Stunden hinausgehende Arbeitsstunde 25 % des Tariflohns. Ausgehend von einem tariflichen Stundenlohn von 17,28 DM beträgt der Zuschlag damit 4,32 DM je Überstunde und für sechs Wochen insgesamt 197,39 DM. In Höhe dieses Zuschlags besteht nach § 4 Abs. 1 a EFZG kein Entgeltfortzahlungsanspruch. III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 ZPO.