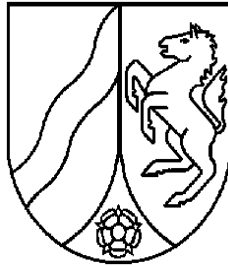


Geschäftsnummer:
8 Sa 1457/00
1 Ca 1841/00
ArbG Duisburg



Verkündet
am: 16.01.2001

Lauff
Regierungsangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn N.

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte K.

g e g e n

die H. H. Spedition GmbH,.

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte S.

hat die 8. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 16.01.2001
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Pauly als Vorsitzenden
sowie den ehrenamtlichen Richter Tödt und den ehrenamtlichen Richter Gerhards

für R e c h t erkannt:

**Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts
Duisburg vom 31.08.2000 – 1 Ca 1841/00 – wird auf Kosten der
Beklagten zurückgewiesen.**

Die Revision wird zugelassen.

Streitwert: 1.296,45 DM.

T A T B E S T A N D :

Die Parteien streiten um die Höhe der Entgeltfortzahlung während der 6-wöchigen Arbeitsunfähigkeit des Klägers.

Die Beklagte betreibt eine Spedition mit 100 Mitarbeitern, davon 75 Fahrer bei 70 Fahrzeugen.

Der am 19.07.1952 geborene, verheiratete und zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtete Kläger ist in der Zeit vom 01.07.1993 bis zum 31.01.2001 bei der Beklagten als Kraftfahrer tätig gewesen, und zwar aufgrund des Arbeitsvertrages vom 01.07.1993 (Bl. 4 ff d. A.).

Der Arbeitsvertrag lautet auszugsweise wie folgt:

„2. VERTRAGSGRUNDLAGEN

Soweit dieser Arbeitsvertrag nicht anderes bestimmt, finden folgende Tarifverträge nach ihrem Geltungsbereich in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung:

- regionale Mantel-, Lohn- und sonstige Tarifverträge für Güternahverkehr.

5. TÄTIGKEITEN

Der Mitarbeiter wird als Kraftfahrer eingestellt. Sein Aufgabenbereich umfasst auch alle Nebentätigkeiten einschließlich der Fahrzeugpflege. Der Mitarbeiter ist verpflichtet, vorübergehend auch andere Tätigkeiten auszuüben.

6. ARBEITSZEIT

Für die Arbeitszeit sind die tariflichen Bestimmungen maßgebend. Der Mitarbeiter hat die Sozialvorschriften im Straßenverkehr einzuhalten.

Der Mitarbeiter verpflichtet sich zur Leistung von Mehrarbeit, Nacharbeit, Sonn- und Feiertagsarbeit sowie der zulässigen

Schichtzeiten im Rahmen der tariflichen und gesetzlichen Bestimmungen.

7. ARBEITSENTGELT

a) Der Wochenlohn/Monatslohn beträgt incl. Überstunden - <u>3.480,00 DM brutto</u> Berechnungsgrundlage 33 Überstunden pauschale-	
b) Der tarifliche Stundenlohn beträgt	<u>DM brutto</u>
c) Freiwillige übertarifliche Zulage	<u>DM brutto</u>
d) Sonstiges pro Arbeitstag werden DM 8,00 steuerfreie Tarifspeisen gezahlt	<u>DM brutto</u>
Insgesamt	<u>DM brutto</u>

Mit dem vereinbarten Wochenlohn/Monatslohn ist die geleistete Arbeitszeit - einschließlich etwaiger Mehrarbeit und Mehrarbeitszuschläge – abgegolten. Eine im Stunden-, Wochen-, Monatslohn enthaltene freiwillige übertarifliche Zulage ist widerruflich. Sie kann bei Tariflohnerhöhungen angerechnet werden.“

Im Falle der Lohnfortzahlung bzw. Entgeltfortzahlung zahlte die Beklagte bisher auf der Grundlage des nach Ziff. 7 des Arbeitsvertrages vereinbarten Monatslohns von 3.480,-- DM brutto, der inzwischen auf 3.811,-- DM brutto angehoben worden war.

Mit Schreiben vom 28.04.1999 (Bl. 10 d. A.) teilte die Beklagte allen Mitarbeitern Folgendes mit:

„Betr.: Lohnfortzahlung

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.“

Seit dem 03.05.2000 war der Kläger arbeitsunfähig erkrankt. Die Arbeitsunfähigkeit dauerte über den 14.06.2000 hinaus.

Die Beklagte zahlte an Gehalt und Entgeltfortzahlung für den Monat Mai unter Berufung darauf, dass die vertraglich vereinbarten Überstunden herauszurechnen seien, insgesamt 2.915,66 DM brutto. Den Differenzbetrag in Höhe von 895,34 DM brutto hat der Kläger für den Monat Mai 2000 mit der vorliegenden Klage geltend gemacht. Darüber hinaus hat der Kläger für den Monat Juni für 10 Arbeits- bzw. Feiertage bei Zugrundelegung eines arbeitstäglichen Verdienstes von 173,23 DM (3.811,-- DM ./ 22 Arbeitstage) einen Betrag von 1.732,27 DM brutto abzüglich der gezahlten 1.157,94 DM brutto geltend gemacht, das heißt von 574,33 DM brutto.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten:

Bei einer pauschalen Überstundenvereinbarung könnten die Überstunden nicht herausgerechnet werden. Auch die Mitteilung vom 28.04.1999, wonach die Beklagte nicht mehr gewillt sei, im Krankheitsfall den vollen Lohn zu zahlen, stehe dem Anspruch nicht entgegen, da eine Vertragsänderung allenfalls durch eine Änderungskündigung hätte bewirkt werden können.

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 auf den sich ergebenden Nettobetrag sei dem 20.07.2000 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 auf den sich ergebenden Nettolohn sei dem 20.07.2000 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

den Kläger mit der Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten:

Da nach der Neufassung des § 4 Abs. 1 a Entgeltfortzahlungsgesetz das zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsentgelt nicht zum Arbeitsentgelt gehöre, sei hier von der tarifvertraglichen Arbeitszeit von täglich 7,8 Stunden im Rahmen der 39-Stunden-Woche auszugehen. Bei Zugrundelegung einer Tätigkeit des Klägers nach Lohngruppe 3 betrage der tarifvertragliche Stundenlohn 17,28 DM brutto, so dass dem Kläger nur der für Mai und Juni 2000 ausgezahlte Lohn zustände. Insoweit sei auf die Berechnung der Beklagten (Bl. 36 d. A.) im Einzelnen verwiesen.

Mit Urteil vom 31.08.2000 hat das Arbeitsgericht dem Zahlungsantrag für Mai 2000 in voller Höhe, dem für Juni 2000 in Höhe von 401,11 DM brutto stattgegeben und zwar jeweils zuzüglich 4 % Zinsen. Im Übrigen hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen und hat dies unter anderem wie folgt begründet:

Gehe man mit der Beklagten davon aus, dass die tarifliche wöchentliche Normalarbeitszeit 39 Stunden betrage, so hätten die Parteien als regelmäßige Arbeitszeit gerade nicht diese tarifliche Normalarbeitszeit vereinbart, sondern einen Monatslohn inklusive einer Überstundenpauschale, in der als Berechnungsgrundlage 33 Überstunden eingerechnet seien. Sinn und Zweck einer derartigen Vereinbarung sei es, eine dezidierte Überstundenregelung zu vermeiden. Das heiße gleichzeitig, dass die Vergütung für Überstunden nicht zusätzlich erfolge, wie dies in § 4 Abs. 1 a EFZG vorgesehen sei. Nach der vertraglichen Vereinbarung stellten sowohl die geleistete Überstunden die regelmäßige Arbeitszeit dar, abhängig vom Arbeitsanfall, ebenso wie die Normalarbeitszeit, wenn keine Überstunden anfielen. Dass Überstunden zur regelmäßigen Arbeitszeit gehören könnten, habe das Bundesarbeitsgericht schon zu § 2 LohnFG entschieden (vgl. BAG – Urteil vom 03.05.1989 – EzA § 2 LohnFG Nr. 21). Die Beklagte übersehe, dass sie mit der pauschalen Monatsvergütung unter Zugrundelegung eines Anteils an Überstunden ein Festgehalt vereinbart habe, dass nicht durch mathematische Überlegungen unter Zugrundelegung von tariflichen Bestimmungen abgeändert bzw. gekürzt werden könne. Weiter habe die Beklagte bei ihrer Berechnung nicht berücksichtigt, dass für Arbeitsunfähigkeitstage, die auf einen Feiertag fielen, gem. § 4 Abs. 2 EGFG in Verbindung mit § 2 Abs. 1 EGFG auf jeden Fall das Arbeitsentgelt zu zahlen sei, das der Arbeitnehmer ohne den Arbeitsausfall erhalten hätte. Für den Mo-

nat Juni sei dem Kläger jedoch nur Entgeltfortzahlung bis zum 13.06. einschließlich zuzusprechen. Die Zinsentscheidung folge aus § 288 Abs. 1 i. V. m. § 284 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Gegen dieses der Beklagten am 22.09.2000 zugestellte Urteil hat sie am 23.10.2000 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung bis zum 04.12.2000 am 04.12.2000 begründet.

Die Parteien wiederholen im Wesentlichen ihre erstinstanzlich vorgetragene Rechtsauffassung.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Duisburg vom 31.08.2000
- 1 Ca 1841/00 – aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er macht sich im Übrigen die nach seiner Auffassung zutreffenden Entscheidungsgründe des Urteils des Arbeitsgerichts zu eigen.

Wegen der sonstigen Einzelheiten wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der Akte Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die Berufung ist zulässig.

Sie ist nämlich an sich statthaft (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig (§ 64 Abs. 2 ArbGG), sowie in gesetzlicher Form und Frist eingelegt (§§ 518 Abs. 1, Abs. 2 ZPO, 66 Abs. 1 ArbGG) und begründet worden (§§ 519 Abs. 2, Abs. 3 ZPO, 66 Abs. 1 ArbGG).

Die Berufung ist jedoch nicht begründet.

In Übereinstimmung mit dem Arbeitsgericht ist davon auszugehen, dass dem Kläger die mit der Klage geltend gemachten und vom Arbeitsgericht zugesprochenen Differenzbeträge an Vergütung (für Mai 2000 in Höhe von 895,34 DM brutto und für Juni 2000 in Höhe von 401,11 DM brutto, jeweils nebst Zinsen) gem. § 4 Abs. 1 EFZG zustehen.

Dies ist allerdings noch nicht aufgrund einer betrieblichen Übung der Fall, wonach die Beklagte bis 1999 von einer Kürzung abgesehen hat, weswegen der Kläger meint, hier könne eine Änderung allenfalls aufgrund einer Änderungskündigung erfolgen. Denn seit 1999 hat sich die Gesetzeslage geändert, weswegen die Beklagte auch erstmals ab diesem Zeitpunkt berechtigt war, eine entsprechende Kürzung vorzunehmen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür gegeben waren.

Gem. § 4 Abs. 1 EFZG ist dem Arbeitnehmer für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit das Arbeitsentgelt fortzuzahlen, das dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zusteht.

Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 EFZG in der bis zum 31.12.1998 geltenden Fassung zählten Überstunden zu der für den erkrankten Arbeitnehmer maßgeblichen regelmäßigen Arbeitszeit, sofern die allgemeinen Kriterien der Regelmäßigkeit erfüllt waren.

Seit dem 01.01.1999 gehören Überstunden gem. § 4 Abs. 1 a Satz 1 EFZG nicht mehr zu der für den erkrankten Arbeitnehmer maßgeblichen regelmäßigen Arbeitszeit, selbst wenn die allgemeinen Kriterien der Regelmäßigkeit erfüllt wären (vgl. Vossen, HZA, Gruppe 2, Rz. 565 m. w. N.).

Hiernach ist für die Berechnung der Entgeltfortzahlung zunächst von Bedeutung, dass es nicht auf die allgemein im Betrieb geltende Arbeitszeit, sondern allein auf die individuelle Arbeitszeit gerade des erkrankten Arbeitnehmers ankommt. Diese richtet sich in erster Linie nach dem Arbeitsvertrag, kann sich aber auch aus Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder betrieblicher Übung ergeben (vgl. LAG Düsseldorf, Urteil vom 03.02.2000 – 5 Sa 1766/99 – EEK I/1245 – m. w. N.).

Um Überstunden handelt es sich also, wenn diese unter besonderen Umständen oder im Einzelfall anfallen und deren Ableistung vom Arbeitnehmer vertraglich geschuldet wird. Dem steht allerdings nicht entgegen, dass die einzelfallbezogen anfallenden Überstunden über einen begrenzten Zeitraum mit einer Regelmäßigkeit abzuleisten sind. Ist allerdings ein Arbeitnehmer verpflichtet, über einen längeren Zeitraum wöchentlich oder monatlich eine bestimmte Anzahl von Überstunden zu leisten, die nicht an eine besondere betriebliche Notwendigkeit gekoppelt sind, handelt es sich dabei nicht mehr um Überstunden, sondern um regelmäßige Arbeitszeit (so Vossen, a. a. O., Rz. 566 m. w. N.).

Hier ist in Ziff. 2 des Arbeitsvertrages geregelt, dass die Tarifverträge für den Güterverkehr Anwendung finden, soweit dieser Arbeitsvertrag nichts anderes bestimmt.

In Ziff. 6 des Arbeitsvertrages ist geregelt, dass für die Arbeitszeit die tariflichen Bestimmungen maßgebend sind und dass der Kläger sich verpflichtet zur Leistung von Mehrarbeit, Nacharbeit, Sonn- und Feiertagsarbeit sowie der zulässigen Schichtzeit im Rahmen der tariflichen und gesetzlichen Bestimmungen.

In Ziff. 7 des Arbeitsvertrages ist darüber hinaus vereinbart, dass der Monatslohn 3.480,-- DM brutto beträgt inklusive Überstundenpauschale – Berechnungsgrundlage 33 Überstunden.

Dies ist so zu verstehen, dass der Kläger permanent als Monatslohn 3.480,-- DM brutto bzw. später 3.811,-- DM brutto erhalten sollte, unabhängig davon, ob er im jeweiligen Monat keine einzige Überstunde oder ob er 33 Überstunden leistete. Mit dem Monatslohn sollten gleichzeitig bis zu 33 Überstunden abgegolten seien. So ist es auch praktiziert worden.

Damit galt für den Kläger, wie das Arbeitsgericht zutreffend bereits ausgeführt hat, keine tarifliche Arbeitszeit von wöchentlich 39 Stunden, sondern für ihn galt eine (maximale) Arbeitszeit von wöchentlich 39 Stunden zuzüglich monatlich 33 Überstunden, für die 3.480,-- DM brutto bzw. später 3.811,-- DM brutto als Vergütung garantiert waren unabhängig davon, ob Überstunden in diesem Umfange anfielen oder nicht.

Bei einem so vereinbarten Festgehalt wird eine Vergütung für Überstunden nicht zusätzlich gezahlt, sondern sie ist im Festgehalt bereits enthalten. Sinn und Zweck einer derartigen Vereinbarung ist es, wie das Arbeitsgericht ebenfalls bereits zutreffend ausgeführt hat, eine dezidierte Überstundenregelung zu vermeiden. Damit gehören aber die maximal zu leistenden 33 Überstunden zur regelmäßigen Arbeitszeit im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 1 EFZG. Würde man dies anders sehen, so käme man doch zu einer dezidierten Überstundenregelung, die gerade nicht vereinbart war.

Dies dokumentiert die im Rechtsstreit von der Beklagten aufgemachte Berechnung. Soweit sie von der tariflichen Wochenarbeitszeit ausgeht, mag dies angehen, weil die maximal vereinbarten 33 Überstunden sich im Zweifel hierauf beziehen. Der Arbeitsvertrag gibt jedoch nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür her, dass die Parteien aufgrund einer Eingruppierung in Lohngruppe 3 von einem tariflichen Stundenlohn in

Höhe von 17,28 DM brutto ausgegangen sind. Auch sonst hat die Beklagte hierfür nichts vortragen können. Umgekehrt spricht alles dagegen, dass man den vereinbarten Monatslohn durch die monatliche tarifliche Arbeitszeit zuzüglich 33 Stunden dividieren kann, um den vereinbarten Stundenlohn zu erzielen. Denn im Zweifel ist bei der Höhe der Pauschale für die Überstunden berücksichtigt worden, dass die Überstunden nicht immer im maximalen Umfange anfallen, weswegen man sich in solchen Fällen auch auf eine Pauschale als Abgeltung einigt. Die Berechnung, die die Beklagte hier aufmacht, ist also fiktiv, weil sie mit den getroffenen vertraglichen Vereinbarungen nicht in Einklang steht, was wiederum beweist, dass es sich um ein Festgehalt handelt, bei dem Überstunden nicht zusätzlich bezahlt werden.

Dabei verkennt die Kammer nicht, dass im Gegensatz zu den bei Vossen (a. a. O.) zitierten Urteilen kein Fall vorliegt, in dem die Überstunden in der oben beschriebenen Regelmäßigkeit tatsächlich geleistet worden sind. Ein Fall wie hier, in dem eine bestimmte Anzahl von Überstunden regelmäßig mitvergütet wird, unabhängig davon, ob sie anfallen oder nicht, ist dem nach Auffassung der Kammer jedoch gleichzusetzen.

Nach allem war die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts zurückzuweisen.

Gem. § 97 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 64 Abs. 6 ArbGG hat die Beklagte die Kosten des erfolglos gebliebenen Rechtsmittels zu tragen.

Der Streitwert war gem. §§ 3 ff ZPO auf 1.296,45 DM festzusetzen.

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache war die Revision gem. § 72 Abs. 2 Ziff. 1 zuzulassen.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von der Beklagten

REVISION

eingelegt werden.

Für den Kläger ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss

innerhalb einer Notfrist von einem Monat

nach der Zustellung dieses Urteils schriftlich beim

**Bundesarbeitsgericht,
Hugo-Preuß-Platz 1,
99084 Erfurt,**

eingelegt werden.

Die Revision ist gleichzeitig oder

innerhalb eines Monats nach ihrer Einlegung

schriftlich zu begründen.

Die Revisionschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

gez.: Dr. Pauly

gez.: Tödt

gez.: Gerhards