

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die amtliche Sammlung! Nein

109

29. SEP. 1971

Gesetz: FeiertagslohnzahlungsG § 1; LohnFG § 2;
ZPO § 287

Leitsätze:

1. Die jeweils zweckgerechteste Berechnungsmethode für den Feiertagslohn bei schwankenden Bezügen aufzuzeigen, ist in erster Linie Sache von einschlägigen Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen.
2. Mangels einer kollektivrechtlichen Regelung ist der durch den Feiertag entstandene Lohnausfall durch eine Schätzung entsprechend § 287 Abs. 2 ZPO zu ermitteln.
3. Es liegt im Bereich des dem Tatsachengericht nach § 287 Abs. 2 ZPO zustehenden Ermessensspielraums, wenn es den Durchschnittsverdienst der letzten vier Wochen vor dem jeweiligen Feiertag zugrunde legt.

Aktenzeichen: 3 AZR 164/71

Urteil des BAG vom 29. September 1971 LAG Bremen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1 AZR 164/71

Sa 220 - 226/71

Sa 9 - 15/71 Bremen

Im Namen des Volkes!

109

Urteilstenor zugestellt
am 29. September 1971

gez. Sürig,

Urteil

Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 24. September 1971 durch die Bundesrichterin Professorin Dr. Hilger, die Bundesrichter Dr. Thomas und Siara sowie die Bundesarbeitsrichter Helmschrott und Dr. Dr. Schlick für Recht erkannt:

1. Die Revision der Kläger gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 26. März 1971 - 1 Sa 220-226/70 und 1 Sa 9-15/71 - wird zurückgewiesen.
2. Die Kläger tragen die Kosten der Revision.

V o n R e c h t s w e g e n !

- 2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Kläger waren seit dem 4. August 1969 als Maurer bei der Beklagten beschäftigt. Sie arbeiteten im Akkord. An drei gesetzlichen Feiertagen im Mai 1970 (1. Mai, Himmelfahrtstag [7. Mai] und Pfingstmontag [18. Mai]) fiel die Arbeit aus. Der Kläger S war außerdem in der Zeit vom 11. Mai bis 23. Mai 1970 arbeitsunfähig krank. Die Parteien streiten über die Höhe des für die Feiertage und die Dauer der Erkrankung des Klägers S zu zahlenden Lohnes.

Die Beklagte zahlte die Beträge, die sie nach dem Akkord-durchschnittsverdienst für April 1970 errechnete, wobei sie eine ab 1. Mai 1970 in Kraft getretene 10 %ige Lohnerhöhung berücksichtigte. Die Kläger haben die Auffassung vertreten, der Lohn sei nach dem Durchschnittsverdienst des Monats zu berechnen, in dem der mit der Lohnfortzahlung verknüpfte Arbeitsausfall eingetreten ist, hier also nach dem Verdienst des Monats Mai 1970. Sie haben die entsprechenden Unterschiedsbeträge, die der Höhe nach unstreitig sind, mit ihrer Klage geltend gemacht.

Das Arbeitsgericht hat der Klage zum Teil entsprochen. Es hat angenommen, der Lohnausfall sei nach dem Durchschnittsverdienst der Monate April und Mai 1970 zu bestimmen. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt.

Nach Abschluß der ersten Instanz hat die Beklagte ihre Berechnung umgestellt. Sie hat nunmehr die Auffassung vertreten, als Feiertagslohn sei der Durchschnittsverdienst der letzten vier Wochen vor dem jeweiligen Feiertag als Feiertagslohn zu bezahlen.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Kläger zurückgewiesen, und auf das Rechtsmittel der Beklagten den Klägern die sich aus der neuen Berechnung ergebenden Beträge zuerkannt. Das Berufungsgericht hat die jetzige Auffassung der Beklagten gebilligt, sowohl für die Berechnung des Feiertagslohns wie für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sei auf den Durchschnittsverdienst der letzten vier Wochen vor dem jeweiligen Feiertag oder vor dem Beginn der Erkrankung abzustellen. Dabei sei allerdings die am 1. Mai 1970 in Kraft getretene Lohnerhöhung zu berücksichtigen.



Mit ihrer Revision verfolgen die Kläger ihren Klageanspruch in der ursprünglichen Höhe weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Anspruch auf Feiertagslohn.

1. Für den Anspruch der Kläger auf Feiertagslohn nach § 1 FeiertagslohnzahlungsgG gilt das Lohnausfallprinzip. Das bedeutet, daß das Arbeitsentgelt zu zahlen ist, das der Arbeitnehmer an den Wochenfeiertagen erhalten hätte, wenn die Arbeitsleistung nicht ausgefallen wäre (BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB Akkordkolonne [zu 2 b der Gründe]; BAG 10, 29 [31] = AP Nr. 11 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsgG [zu I 1 der Gründe]; AP Nr. 16 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsgG [zu I der Gründe] und Nr. 27 aaO [zu 5 b der Gründe]). Der Lohnausfall ergibt sich aus zwei Größen, nämlich aus der ausgefallenen Arbeitszeit und der Höhe des Lohns, den der Arbeitnehmer für die entsprechende Zeit ohne den Arbeitsausfall erhalten hätte.
2. Über die Zahl der Arbeitsstunden, die infolge der drei Feiertage im Mai 1970 ausgefallen sind, besteht zwischen den Parteien kein Streit. Fraglich ist allein, welcher Stundenverdienst zugrunde zu legen ist, weil die Bezüge der im Akkord arbeitenden Kläger Schwankungen unterlagen und für die Ausfalltage, anders als bei den gegen Stundenlohn Beschäftigten, kein bestimmter Stundensatz vorgegeben ist. Das Landesarbeitsgericht hat den Durchschnittsverdienst der letzten vier Wochen vor dem jeweiligen Feiertag zugrundegelegt. Das ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.
3. Die jeweils zweckgerechteste Berechnungsmethode bei schwankenden Bezügen aufzuzeigen, ist, da das Gesetz nichts darüber sagt, in erster Linie Sache von einschlägigen Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen. Die Sozialpartner wie auch die Betriebspartner können am ehesten unter Berücksichtigung der jeweiligen betrieblichen Verhältnisse beurteilen, welche Bezugszeiträume zu wählen sind, um dem mutmaßlichen Lohnausfall möglichst nahe zu kommen. Eine einschlägige tarif-



liche oder betriebliche Regelung über die Berechnung des Lohnausfalls an Feiertagen gibt es jedoch hier nicht.

4. Mangels einer kollektivrechtlichen Regelung ist bei Arbeitnehmern mit schwankenden Bezügen - insbesondere im Fall von Leistungslohn, zu denen auch Provisionen zählen - der durch den Feiertag entstandene Lohnausfall durch eine Schätzung entsprechend § 287 Abs. 2 ZPO zu ermitteln, indem man vom Durchschnittsverdienst einer bestimmten Bezugsperiode ausgeht, die so zu wählen ist, daß ein sachgerechtes Ergebnis erzielt wird (BAG AP Nr. 27 zu § 1 Feiertagslohnzahlungsg [zu 5 b und c der Gründe]; ferner das auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmte Urteil des Senats vom 12. März 1971 - 3 AZR 224/70 - [demnächst] AP Nr. 9 zu § 1 Feiertagslohnzahlungsg Berlin [zu I 2 c der Gründe]).

a) Hierbei könnten die Eigenart der im Baugewerbe zu verrichtenden Akkordarbeit und die daraus sich ergebende Art der Abrechnung dazu führen, als Bezugsgröße ein bestimmtes im Leistungslohn vergebenes Arbeitsvorhaben zu wählen. So sind anscheinend die Parteien des Rechtsstreits BAG 10, 29 = AP Nr. 11 zu § 1 Feiertagslohnzahlungsg vorgegangen. Die Arbeitnehmer erhielten dann zunächst eine Abschlagszahlung in mindestens der Höhe des Brutto-Tarifstundenlohnes nach § 5 Nr. 8 b Bundesrahmentarifvertrag-Bau in der Fassung vom 20. August 1969. Nach Abrechnung der Arbeit wäre für den Feiertag der für dieses Arbeitsvorhaben durchschnittlich erzielte Tagesverdienst zu zahlen. Das ist jedoch nicht zwingend, und nach dem Übereinstimmenden Vortrag der Parteien ist hier nicht so verfahren worden.

b) Wenn das Landesarbeitsgericht unter diesen Umständen nicht auf das jeweilige Arbeitsvorhaben abgestellt hat, sondern die letzten vier, vor dem jeweiligen Feiertag liegenden Wochen als geeigneten Bezugszeitraum gewählt hat, so liegt das im Bereich des dem Tatsachengericht nach § 287 Abs. 2 ZPO zustehenden Ermessensspielraumes und begegnet deshalb keinen rechtlichen Bedenken (ebenso BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB Akkordkolonne [zu 2 b der Gründe]). Der Bezugszeitraum ist relativ kurz und trägt deshalb weitgehend dem Umstand Rechnung, daß die Arbeitsbedin-



gungen im Leistungslohn im jahreszeitlichen Ablauf unterschiedlich sein können. Wenn der Bezugszeitraum bis an den Feiertag herangerückt ist, spricht zudem die Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Kläger, hätten sie am Feiertag gearbeitet, etwa das gleiche verdient hätten wie in der unmittelbar davor liegenden Zeit.

c) Die Kläger könnten demgegenüber ihr Begehren, den Verdienst desjenigen Monats zu berücksichtigen, in den der Feiertag fällt, und damit auch Zeiten heranzuziehen, die nach den Feiertagen liegen, nur dann durchsetzen, wenn dies zu einem dem Lohnausfallprinzip besser gerecht werden- den Ergebnis führte. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Mit letzter Genauigkeit läßt sich das Lohnausfallprinzip ohnehin nicht durchführen. Je nach Lage des Feiertages und nach den sonstigen Umständen kann entweder der Durchschnittsverdienst eines vergangenen Bezugszeitraumes oder der des laufenden Monats gerechter erscheinen.

Führt aber sowohl eine Bezugsperiode, welche die laufende und nach dem Feiertag endende Abrechnungsperiode umfaßt, wie eine solche, die vor dem Feiertag abgeschlossen ist, nur zu einem Annäherungswert, so sprechen die Gründe der Praktikabilität dafür, einen bereits abgeschlossenen und abgerechneten Bezugszeitraum zu wählen. Nur dann ist es möglich, den Feiertagslohn zugleich zu ermitteln und mit den laufenden Bezügen auszuzahlen. Im anderen Fall müßte dagegen erst abgewartet werden, bis die laufende Lohnperiode abgerechnet ist. Im übrigen ist auch in allen gesetzlich geregelten Fällen, in denen der Durchschnittsverdienst einer Bezugsperiode für eine Entgeltfortzahlungmaßgebend ist, auf einen abgeschlossenen Zeitraum verwiesen (§§ 11 Abs. 1 und 14 Abs. 1 Satz 3 MuSchG; § 11 Abs. 1 BUrlG; § 74 b Abs. 2 HGB; ebenso § 2 Abs. 2 und 3 des früheren Arbeiterkrankheitsgesetzes).

c) Das Urteil BAG 10, 29 = AP Nr. 11 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsG steht diesem Ergebnis entgegen der Meinung der Revision nicht entgegen. In jenem Fall hatten die Par-



teilen offenbar den Feiertagslohn nicht nach einem kalendermäßig bestimmten Bezugszeitraum berechnet, sondern man hatte das jeweilige Arbeitsvorhaben zugrunde gelegt. Der Streit betraf nicht den hier allein interessierenden Bezugszeitraum, sondern nur die Frage, ob die Firma den Feiertag zu Recht mit dem Abschlagsbetrag (tariflicher Stundenlohn zuzüglich 25 %) abgegolten hatte. Das Bundesarbeitsgericht hat dies verneint und erkannt, daß auch ein "Akkordüberschuß", der sich bei der Endabrechnung ergab, zu berücksichtigen war.

d) Nach allem muß es für den vorliegenden Fall bei den letzten vier Wochen vor dem jeweiligen Feiertag als Bezugszeitraum bleiben. In dieser Zeit ist eine Lohnerhöhung von 10 % in Kraft getreten, die, wäre an den Feiertagen im Monat Mai gearbeitet worden, die Höhe des Lohns beeinflußt hätte. Dem hat die Beklagte jedoch bereits von sich aus Rechnung getragen; sie hat den Lohn der Bezugsperiode, soweit er auf den Monat Mai 1970 entfiel, um die Lohnerhöhung aufgestockt.

Hiervon abgesehen sind weitere Umstände weder geltend gemacht worden noch ersichtlich, aus denen sich ergeben könnte, daß es nicht sachgerecht war, die letzten vier angerechneten Lohnwochen vor dem jeweiligen Feiertag zur Berechnung des mutmaßlichen Lohnausfalls heranzuziehen.

II. Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung für den Kläger

S während dessen Erkrankung.

Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 LohnFG ist dem Arbeiter, der Anspruch auf Entgeltfortzahlung während der Dauer seiner Erkrankung hat, das ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt fortzuzahlen. Für solche Arbeiter, die Akkordlohn erhalten, besagt § 2 Abs. 1 Satz 3 LohnFG, daß der von dem Arbeiter in der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit erzielbare Durchschnittsverdienst fortzuzahlen ist. Aus der gesetzlichen Regelung ergibt sich sonach, daß für die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall ebenfalls das Lohnausfallprinzip gilt.



- 7 -

Für die Frage, wie der erzielbare Durchschnittsverdienst zu ermitteln ist, der während der Dauer der Erkrankung eines im Leistungslohn tätigen Arbeitnehmers fortzuzahlen ist, gelten die gleichen Grundsätze, wie sie vorstehend zu I 3. und 4. zur Berechnung des Feiertagslohnes dargelegt worden sind. Daß gerade bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle auf einen vor dem Beginn der Erkrankung liegenden Bezugszeitraum abzustellen ist, wird im Schrifttum - soweit ersichtlich - durchweg bejaht (vgl. Marienhagen, Lohnfortzahlungsgesetz, 3. Aufl., § 2 Anm. 28; Doetsch-Schnabel-Paüsdorff, Lohnfortzahlungsgesetz, 2. Aufl., § 2 Anm. 17; Schellong, Lohnfortzahlungsgesetz, § 2 Anm. 6; Schmatz-Fischwasser, Vergütung der Arbeitnehmer bei Krankheit und Mutterschaft, 6. Aufl., Erl. II 2 b zu § 2 LFZG; im Grundsatz auch Kaiser, Lohnfortzahlungsgesetz, § 2 Anm. 42; Kehrman-Pelikan, Lohnfortzahlungsgesetz, § 2 Anm. 22).

Bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle ist es grundsätzlich geboten, den Durchschnittsverdienst nach einer bereits abgerechneten Bezugsperiode zu ermitteln. Der Arbeitnehmer, der auf sein Entgelt während der Krankheit angewiesen ist, kann nicht abwarten, bis eine laufende Lohnperiode abgerechnet ist, aus der dann erst sein Durchschnittsverdienst zu ermitteln wäre. Hinzu kommt noch folgendes: Wenn, wie regelmäßig im Baugewerbe, mehrere Arbeitnehmer zu einer Leistungsgruppe gehören, kann der von einem erkrankten Arbeitnehmer erzielbare Durchschnittsverdienst zu seinem Nachteil - oder auch unangemessen zu seinem Vorteil - beeinflußt werden, wenn nach seiner Erkrankung liegende, von ihm nicht beeinflussbare Zeiten mitberücksichtigt werden, z.B. dann, wenn er durch seinen Einsatz ein besonders günstiges Arbeitsergebnis für die Gruppe und sich selbst erzielt hat.

Nach alledem ist auch die Berechnung der Bezüge, die dem Kläger S während seiner Erkrankung im Mai 1970 zustanden, nicht zu beanstanden.

- 8 -



- 8 -

III. Die vorgenannten Erwägungen führen dazu, die Revision der Kläger zurückzuweisen.

gez. Hilger Dr. Thomas Siara
Dr. Schlick Helmschrott



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)