

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

Gesetz: LohnFG § 2

Leitsätze:

1. Mehrarbeitszeit kann Teil der regelmäßigen Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 LohnFG sein.
2. Hat der Arbeiter in einem Zeitraum von drei Monaten vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit regelmäßig Mehrarbeit geleistet, so gehört die Mehrarbeitszeit, sofern sie auch während der Arbeitsunfähigkeit weiter angefallen wäre, zur regelmäßigen Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 LohnFG.

Aktenzeichen: 5 AZR 428/71
Urteil des BAG vom 8. Mai 1972

LAG Hamburg



Urteilsformel zugestellt
am 8. Mai 1972

Im Namen des Volkes!

gez. Henkelmann,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 4. Mai 1972 durch den Senatspräsidenten Dr. Schröder, die Bundesrichter Siara und Bichler sowie die Bundesarbeitsrichter Krebs und Musa für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 15. Juli 1971 - 1 Sa 86/70 - wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

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:

Der Kläger war früher bei dem Beklagten als Kranführer tätig. In der Zeit vom 23. Februar bis zum 15. April 1970 war er infolge eines Arbeitsunfalls arbeitsunfähig krank. Der Beklagte zahlte dem Kläger für die ersten sechs Wochen der Arbeitsunfähigkeit den Lohn in Höhe von 202,89 DM netto wöchentlich weiter. Diesem Betrag war eine wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden zuzüglich drei Überstunden zu Grunde gelegt.

Nach der Ansicht des Klägers ist der ihm fortzuzahlende wöchentliche Verdienst auf der Basis von 55 Wochenstunden zu berechnen, was unstreitig einem Betrag von 324,50 DM brutto = 253,60 DM netto wöchentlich entspricht. Den Differenzbetrag von 50,72 DM netto wöchentlich, für sechs Wochen zusammen 304,26 DM netto, macht der Kläger mit der vorliegenden Klage geltend.

Es ist unstreitig, daß der Kläger in der Zeit ab 1. Dezember 1969 bis zum Zeitpunkt des Arbeitsunfalls wöchentlich die folgenden Arbeitsstunden geleistet hat:

Woche vom	1.12.1969 -	6.12.1969	54 1/2	Stunden
" "	8.12.1969 -	13.12.1969	60 1/4	"
" "	15.12.1969 -	20.12.1969	74 1/4	"
" "	22.12.1969 -	27.12.1969	74	"
" "	29.12.1969 -	3. 1.1970	44 3/4	"
" "	5. 1.1970 -	10. 1.1970	51	"
" "	12. 1.1970 -	17. 1.1970	51	"
" "	19. 1.1970 -	24. 1.1970	51	"
" "	26. 1.1970 -	31. 1.1970	50 1/4	"
" "	2. 2.1970 -	7. 2.1970	50 1/2	"
" "	9. 2.1970 -	14. 2.1970	48 1/2	"
" "	16. 2.1970 -	21. 2.1970	47 1/2	"

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat behauptet, daß der Kläger, wäre er arbeitsfähig geblieben, nicht in höherem Maße Überstunden geleistet hätte, als dies bei der Berechnung des fortgezählten Arbeitslohns berücksichtigt worden sei. Die Auftragslage sei während der Zeit der Arbeitsunfähigkeit des Klägers rückläufig gewesen. Demgegenüber hat der Kläger behauptet, daß die Zahl der anfallenden notwendigen Überstunden sich während des Zeitraums der

Arbeitsunfähigkeit nicht vermindert habe. Der Beklagte habe an seiner Stelle einen Vertreter, Herrn K , als Kranführer eingesetzt, der gleichfalls die wöchentliche Normalarbeitszeit wesentlich überschritten habe. Hierzu hat der Kläger eine Aufstellung über den Zeitraum vom 23. Februar bis zum 15. April 1970 vorgelegt.

Der Beklagte ist in beiden Vorinstanzen unterlegen.

Das Landesarbeitsgericht hat sein Urteil wie folgt begründet:

Prozeßentscheidend sei, ob für den Kläger während des Lohnfortzahlungszeitraums Überstunden in der von ihm behaupteten Höhe angefallen wären. Die Beweislast hierfür obliege dem Beklagten. Denn für den Arbeitgeber sei es im Streitfall leichter als für den Arbeitnehmer, die Zahl der Überstunden festzustellen und anzugeben, sofern, wie im vorliegenden Falle, schon vor dem Beginn des Lohnfortzahlungszeitraums Überstunden regelmäßig angefallen seien. Den ihm obliegenden Beweis habe der Beklagte hier nicht erbracht. Vielmehr sei nach der Beweisaufnahme davon auszugehen, daß Herr K den Kläger überwiegend vertreten habe und die von K geleisteten Überstunden im wesentlichen gleichermaßen für den Kläger, wenn dieser nicht erkrankt wäre, angefallen wären.

Das Landesarbeitsgericht hat gegen sein Urteil die Revision zugelassen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte das Ziel der Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Landesarbeitsgericht hat die Revision wegen der "grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (insbesondere Beweislast des Arbeitgebers für die Veränderung der Zahl der regelmäßig geleisteten Überstunden)" zugelassen. Auf die Frage der Beweislast kommt es jedoch für die getroffene Entscheidung nicht an, da das Landesarbeitsgericht es für erwiesen ansieht, daß die Zahl der im Betrieb des Beklagten anfallenden Überstunden während der Arbeitsunfähigkeit des



Klägers nicht zurückgegangen ist. Der Senat braucht daher zu der Frage der Beweislast überhaupt keine Stellung zu nehmen; dies mußte dem Landesarbeitsgericht bereits im Zeitpunkt der Zulassung der Revision klar sein. Damit liegt die Annahme nicht fern, daß das Landesarbeitsgericht die Revision offensichtlich entgegen dem Gesetz (§ 69 Abs. 3 Satz 1 ArbGG) zugelassen hat. Eine Zulassung dieser Art bindet nach ständiger Rechtsprechung das Revisionsgericht nicht (BAG 2, 40 = AP Nr. 7 zu § 69 ArbGG).

Der Senat hat sich gleichwohl letztlich als durch die Zulassung gebunden betrachtet, weil nicht auszuschließen ist, daß das Landesarbeitsgericht dem Problem der Berücksichtigung von Überstunden bei der Berechnung des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts insgesamt grundsätzliche Bedeutung beigemessen hat. Denn das Landesarbeitsgericht hat in seiner - an sich nicht erforderlichen - Begründung der Zulassung zwar nur die Beweislastverteilung als einzige grundsätzliche Rechtsfrage erwähnt, dabei jedoch nicht vollständig das Vorliegen sonstiger grundsätzlich bedeutsamer Rechtsfragen verneint. Dies ist aus der Verwendung des Wortes "insbesondere" zu entnehmen.

2. Die demnach zulässige Revision ist nicht begründet.

a) Zunächst bestehen keine Bedenken, grundsätzlich auch Mehrarbeitszeiten bei der Ermittlung des dem arbeitsunfähigen Arbeiter fortzuzahlenden Lohnes zu berücksichtigen.

Das Lohnfortzahlungsgesetz äußert sich in § 2 allerdings nicht ausdrücklich dazu, ob Mehrarbeitszeiten Teil der "maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit" - der Grundlage für die Berechnung des fortzuzahlenden Lohnes - sein könnten. Für den Vorgänger des Lohnfortzahlungsgesetzes, das Arbeiterkrankheitsgesetz, bestand in dieser Hinsicht jedoch kein Zweifel, obwohl § 2 ArbKrankhG ebenfalls nicht ausdrücklich die Berücksichtigung von Mehrarbeit bestimmte. Nach § 2 Abs. 2 ArbKrankhG kam es - ebenso wie in § 2 LohnFG - auf die "sich aus dem Inhalt des Arbeitsverhältnisses ergebenden regelmäßigen wöchentlichen Arbeitsstunden" an. Bei dieser Sachlage wäre es ein nicht



unerheblicher Eingriff in die bisherige Rechtsstellung der Arbeiter, wenn Mehrarbeitszeit grundsätzlich nicht zur regelmäßigen Arbeitszeit im Sinne des § 2 LohnFG gehören könnte. Es wäre zu erwarten gewesen, daß der Gesetzgeber, hätte er dies gewollt, eine solche Verschlechterung der Rechtslage gegenüber dem Arbeiterkrankheitsgesetz in § 2 LohnFG ausdrücklich ausgesprochen hätte. Irgendwelche erheblichen Zweifel werden in der hier behandelten Frage in der Literatur nicht geäußert.

b) Das Landesarbeitsgericht hat zur Beurteilung der Frage, ob Mehrarbeitszeit Teil der regelmäßigen Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs. 2 Satz 1 LohnFG ist, zunächst auf die Verhältnisse in den letzten 13 Wochen oder drei Monaten vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit abgestellt, genauer gesagt, auf die in diesem Zeitraum liegenden Lohnperioden. Damit hat das Landesarbeitsgericht sich an Grundsätze gehalten, die das Bundesarbeitsgericht bereits zu § 2 ArbKrankhG in ständiger Rechtsprechung entwickelt hatte und die auch in der Literatur zum Lohnfortzahlungsgesetz durchweg als für das neue Recht maßgebend bezeichnet werden. Richtungweisend war hier insbesondere die Entscheidung des Zweiten Senats (BAG 15, 59 ff. = AP Nr. 18 zu § 2 ArbKrankhG). Von dieser Rechtsprechung kann unbedenklich auch für den Bereich des Lohnfortzahlungsgesetzes ausgegangen werden, wie selbst die Revision nicht in Zweifel stellt.

Anhand des genannten Grundsatzes hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsirrtum aus der unstreitigen Überstundenliste des Klägers vor dem Beginn der Arbeitsunfähigkeit das Merkmal der Regelmäßigkeit des Anfalls von Mehrarbeit gefolgert.

c) Erforderlich ist allerdings weiter, daß die Überstunden auch während der Zeit der Arbeitsunfähigkeit des erkrankten Arbeiters in demselben oder annähernd gleichen Umfang angefallen wären (so schon das Bundesarbeitsgericht in dem unter b) angeführten Urteil). Davon geht das Landesarbeitsgericht zu Recht aus. Das Lohnausfallprinzip des § 2 LohnFG gilt



durchgängig und erfordert daher die Berücksichtigung aller Veränderungen, die während der Zeit der Arbeitsunfähigkeit eintreten, grundsätzlich also auch den Wegfall oder die Minderung des Umfangs der Mehrarbeit, wie sie vor der Arbeitsunfähigkeit geleistet worden ist. Auch in diesem Punkte besteht in der Literatur Übereinstimmung (vgl. Kaiser, Lohnfortzahlungsgesetz, § 2 Anm. 31; Schmatz-Fischwasser, Vergütung der Arbeitnehmer bei Krankheit und Mutterschaft, 6. Aufl., § 2 C, 212; Kehrman-Pelikan, Lohnfortzahlungsgesetz, § 2 Anm. 3; Schellong, Lohnfortzahlungsgesetz, § 2 Anm. 3; Brecht, Lohnfortzahlung für Arbeiter, § 2 S. 41 unter Nr. 2; Doetsch-Schnabel-Paulsdorff, Lohnfortzahlungsgesetz, § 2 Anm. 6; Marienhagen, Lohnfortzahlungsgesetz, 3 Aufl., § 2 Anm. 17 (3); Röhler in AR-Blattei D, Krankheit III A IV 2 c).

Das Landesarbeitsgericht hat tatrichterlich festgestellt, daß der Kläger im Falle der Weiterarbeit etwa in gleichem Umfang Überstunden geleistet hätte, wie er das schon vorher getan hatte. Diese von der Revision nicht angefochtene Feststellung bindet den Senat. Irgendwelche Zweifel hat das Landesarbeitsgericht an seiner Feststellung nicht hinterlassen. Es besteht demnach, wie bereits unter Nr. 1 gesagt, für den Senat kein Anlaß, auf die Frage der Beweislast einzugehen. Somit war die Revision zurückzuweisen.

gez. Dr. Schröder

Bichler

Siara

Krebs

Musa



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

