

Aktenzeichen: 5 AZR 557/09
Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 1. September 2010
- 5 AZR 557/09 -

I. Arbeitsgericht
Dortmund

Urteil vom 16. Mai 2007
- 10 Ca 890/07 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 11. März 2009
- 18 Sa 1295/07 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Bemessung des Urlaubsentgelts und der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Gesetze:

EFZG § 4; BUrlG §§ 1, 11 Abs. 1, § 13 Abs. 1; TVöD § 21

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 557/09
18 Sa 1295/07
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
1. September 2010

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 1. September 2010 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl sowie die ehrenamtlichen Richter Buschmann und Wolf für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 11. März 2009 - 18 Sa 1295/07 - teilweise aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 16. Mai 2007 - 10 Ca 890/07 - teilweise abgeändert.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 5,44 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juni 2006 zu zahlen.
4. Im Übrigen wird die Revision des Klägers zurückgewiesen.
5. Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 60 % und die Beklagte 40 % zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Höhe der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und des Urlaubsentgelts. 1

Der Kläger ist bei der Beklagten als Müllwerker beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis findet kraft beiderseitiger Tarifbindung seit dem 1. Oktober 2005 der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (*im Folgenden: TVöD*) Anwendung. Dieser enthält folgende Regelung: 2

„§ 21 Bemessungsgrundlage für die Entgeltfortzahlung

In den Fällen der Entgeltfortzahlung nach § 6 Abs. 3 Satz 1, § 22 Abs. 1, § 26, § 27 und § 29 werden das Tabellenentgelt sowie die sonstigen in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile weitergezahlt. Die nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile werden als Durchschnitt auf Basis der dem maßgebenden Ereignis für die Entgeltfortzahlung vorhergehenden letzten drei vollen Kalendermonate (Berechnungszeitraum) gezahlt. Ausgenommen hiervon sind das zusätzlich für Überstun-



den gezahlte Entgelt (mit Ausnahme der im Dienstplan vorgesehenen Überstunden), Leistungsentgelte, Jahressonderzahlungen sowie besondere Zahlungen nach § 23.

Protokollerklärungen zu den Sätzen 2 und 3:

1. ¹Volle Kalendermonate im Sinne der Durchschnittsberechnung nach Satz 2 sind Kalendermonate, in denen an allen Kalendertagen das Arbeitsverhältnis bestanden hat. ²Hat das Arbeitsverhältnis weniger als drei Kalendermonate bestanden, sind die vollen Kalendermonate, in denen das Arbeitsverhältnis bestanden hat, zugrunde zu legen. ³Bei Änderungen der individuellen Arbeitszeit werden die nach der Arbeitszeitänderung liegenden vollen Kalendermonate zugrunde gelegt.

2. ¹Der Tagesdurchschnitt nach Satz 2 beträgt bei einer durchschnittlichen Verteilung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit auf fünf Tage $1/65$ aus der Summe der zu berücksichtigenden Entgeltbestandteile, die für den Berechnungszeitraum zugestanden haben. ²Maßgebend ist die Verteilung der Arbeitszeit zu Beginn des Berechnungszeitraums. ³Bei einer abweichenden Verteilung der Arbeitszeit ist der Tagesdurchschnitt entsprechend Satz 1 und 2 zu ermitteln. ⁴Sofern während des Berechnungszeitraums bereits Fortzahlungstatbestände vorlagen, bleiben die in diesem Zusammenhang auf Basis der Tagesdurchschnitte gezahlten Beträge bei der Ermittlung des Durchschnitts nach Satz 2 unberücksichtigt.

...“

Der Kläger war am 20. und 21. Februar 2006 arbeitsunfähig krank. Die Beklagte leistete Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall unter Berücksichtigung der nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile auf der Basis des Durchschnitts der letzten drei Monate.

Vom 4. bis zum 7. April 2006 war der Kläger an vier Tagen arbeitsunfähig krank. Vom 10. bis zum 13., vom 18. bis zum 21. und vom 24. bis zum 28. April 2006 nahm er insgesamt 13 Tage Erholungsurlaub. Die Beklagte zahlte für jeden dieser 17 Tage ein Fünfundsechzigstel der in den drei vorangegangenen Kalendermonaten für tatsächlich geleistete Arbeit abgerechneten und nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile. Deshalb ließ sie



die für den 20. und 21. Februar 2006 gezahlten nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile unberücksichtigt.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, diese Nichtberücksichtigung von Entgeltbestandteilen müsse zu einer Reduzierung des Divisors auf 63 führen. 5

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 13,81 Euro brutto nebst Verzugszinsen zu zahlen. 6

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Die Division durch 65 sei zwingend durch den Tarifvertrag vorgegeben. 7

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Zahlungsbegehren weiter. 8

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist teilweise begründet. Die Vorinstanzen haben zu Unrecht einen Nachzahlungsanspruch verneint. Der Kläger hat gegen die Beklagte Anspruch auf Differenzvergütung der nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile für die 17 Abwesenheitstage im April 2006 iHv. 5,44 Euro brutto nebst Zinsen. Für die Ermittlung des Tagesdurchschnitts sind nicht nur die für die beiden Ausfalltage im Februar gezahlten Beträge, sondern auch die beiden Tage selbst unberücksichtigt zu lassen. Im Übrigen ist die Revision des Klägers unbegründet. 9

I. Der Kläger war vom 4. bis zum 7. April 2006 ohne sein Verschulden arbeitsunfähig krank. Er hat deshalb gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1, § 4 Abs. 1 EFZG iVm. § 22 Abs. 1 Satz 1 TVöD Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Dabei sind die nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile, 10



die er im streitigen Zeitraum bei tatsächlicher Arbeitsleistung erzielt hätte, gemäß § 21 TVöD zu berücksichtigen.

1. Nach § 4 Abs. 1 EFZG ist das dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt fortzuzahlen. Das in § 4 Abs. 1 EFZG verankerte Entgeltausfallprinzip erhält dem Arbeitnehmer grundsätzlich die volle Vergütung einschließlich etwaiger Zuschläge (*BAG 14. Januar 2009 - 5 AZR 89/08 - Rn. 11, EzA EntgeltfortzG § 4 Nr. 14*). Die gesetzlich geregelte Entgeltfortzahlung umfasst auch die nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile, sofern diese nicht unter § 4 Abs. 1a EFZG fallen. Durch Tarifvertrag kann eine von den Absätzen 1, 1a und 3 des § 4 EFZG abweichende Bemessungsgrundlage des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts festgelegt werden, § 4 Abs. 4 Satz 1 EFZG. Bemessungsgrundlage in diesem Sinne ist die Grundlage für die Bestimmung der Höhe der Entgeltfortzahlung. Hierzu gehören sowohl die Berechnungsgrundlage als auch die Berechnungsmethode (*st. Rspr., BAG 18. November 2009 - 5 AZR 975/08 - Rn. 16; 24. März 2004 - 5 AZR 346/03 - zu II 3 a der Gründe, BAGE 110, 90*). Nach § 21 Satz 1 TVöD werden in den Fällen der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall das Tabellenentgelt sowie die sonstigen in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile weitergezahlt. Insoweit folgt der Tarifvertrag der gesetzlichen Regelung der Entgeltfortzahlung. Hinsichtlich der nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile ersetzt § 21 Satz 2 TVöD das gesetzliche Entgeltausfallprinzip durch ein auf drei volle Kalendermonate abstellendes Referenzprinzip. Die nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile werden als Tagesdurchschnitt auf der Basis dieser letzten drei Kalendermonate gezahlt (*BAG 20. Januar 2010 - 5 AZR 53/09 - AP EntgeltFG § 4 Nr. 69 = EzA EntgeltfortzG § 4 Nr. 15*). Die Protokollerklärung Nr. 2 Satz 4 zu den Sätzen 2 und 3 des § 21 TVöD sieht ergänzend vor, dass, sofern während des Berechnungszeitraums bereits Fortzahlungstatbestände vorlagen, die in diesem Zusammenhang auf Basis der Tagesdurchschnitte gezahlten Beträge bei der Ermittlung des Durchschnitts nach Satz 2 unberücksichtigt bleiben.

11

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



2. Bei der Berechnung des nach § 21 Satz 2 TVöD zu bestimmenden Durchschnittswerts der nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile bleiben nicht nur die für frühere Ausfalltage gezahlten Durchschnittsbeträge, sondern auch die Ausfalltage selbst unberücksichtigt. 12
- a) Zur Ermittlung eines täglichen Arbeitsentgelts ist der Durchschnittsverdienst durch einen von den wöchentlichen Arbeitstagen abhängigen Divisor zu teilen. 13
- aa) Die Protokollerklärung Nr. 2 Satz 1 zu den Sätzen 2 und 3 des § 21 TVöD bestimmt insoweit, dass der Tagesdurchschnitt nach § 21 Satz 2 TVöD bei einer durchschnittlichen Verteilung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit auf fünf Tage $1/65$ aus der Summe der zu berücksichtigenden Entgeltbestandteile, die für den Berechnungszeitraum zugestanden haben, beträgt. 14
- bb) Die tarifliche Festlegung eines grundsätzlich gleichbleibenden Divisors von 65 für einen Drei-Monats-Zeitraum ist nach § 4 Abs. 4 Satz 1 EFZG zulässig (vgl. BAG 1. Dezember 2004 - 5 AZR 68/04 - AP EntgeltFG § 4 Nr. 68 = EzA EntgeltfortzG § 4 Tarifvertrag Nr. 52; 16. März 1988 - 5 AZR 40/87 - zu II 2 a der Gründe, AP LohnFG § 1 Nr. 78 = EzA LohnFG § 1 Nr. 93). 15
- cc) Dieser Grundsatz gilt aber nicht in jedem Fall. So ist nach Satz 3 der Protokollerklärung Nr. 2 zu den Sätzen 2 und 3 des § 21 TVöD bei einer abweichenden Verteilung der Arbeitszeit der Tagesdurchschnitt entsprechend Satz 1 (und 2) „zu ermitteln“. Wie dies zu geschehen hat, ist tariflich nicht vorgeschrieben, insbesondere gibt der Tarifvertrag keinen bestimmten Divisor vor. Eine korrekte mathematische Berechnung eines Tagesdurchschnitts hat hier zu berücksichtigen, dass sich die geringere Anzahl von Arbeitstagen im Divisor niederschlagen muss (vgl. BAG 23. Februar 2010 - 9 AZR 52/09 - Rn. 32, ZTR 2010, 367). 16
- dd) Der im Streitfall einschlägige Satz 4 der Protokollerklärung Nr. 2 zu den Sätzen 2 und 3 des § 21 TVöD bestimmt schließlich, dass auf Basis der Tagesdurchschnitte „zustehende Beträge“ bei der Ermittlung des Durchschnitts nach 17



Satz 2 unberücksichtigt bleiben, sofern während des Berechnungszeitraums bereits Fortzahlungstatbestände vorlagen. Damit ist allein der Dividend (*Zähler*) angesprochen, der der Berechnung des Tagesdurchschnitts zugrunde zu legen ist. Er errechnet sich aus der Summe der berücksichtigungsfähigen Entgeltbestandteile im Referenzzeitraum ohne die für Ausfalltage geleisteten Durchschnittsbeträge.

b) Zum Divisor (*Nenner*) enthält die Protokollerklärung keine Regelung. 18
Deshalb kommt hier der in § 21 Satz 2 TVöD normierte Grundsatz zum Tragen, dass die nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile „als Durchschnitt“ auf der Basis der dem maßgebenden Ereignis für die Entgeltfortzahlung vorhergehenden letzten drei vollen Kalendermonate zu zahlen sind. Dies erfordert nach allen anwendbaren Auslegungsgesichtspunkten die mathematisch korrekte Ermittlung des Durchschnitts anhand der konkreten individuellen Daten. Dh. die Bruttosumme ist durch die Zahl der Tage zu teilen, an denen diese Summe im Referenzzeitraum erarbeitet wurde. Somit hat die durch Satz 4 der Protokollerklärung Nr. 2 zu den Sätzen 2 und 3 des § 21 TVöD vorgegebene Veränderung des Dividenden zur Folge, dass der Divisor ebenfalls konkret-individuell zu bestimmen ist. Andernfalls würde der Durchschnittswert arithmetisch verfälscht. Die Protokollerklärungen, die im Wesentlichen als Interpretationshilfe, wenn teilweise auch mit eigenem Regelungsgehalt, anzusehen sind, bieten keinen Hinweis darauf, dass abweichend von der eigentlichen Tarifnorm anstelle des mathematischen Durchschnitts ein abgesenkter Wert geschuldet sei. Vielmehr belegt Satz 3 der Protokollerklärung Nr. 2 zu den Sätzen 2 und 3 des § 21 TVöD deren gegenteilige auf genaue Berechnung zielende Tendenz.

II. Der Kläger hat gegen die Beklagte nach § 26 Abs. 1 Satz 1, § 21 Satz 2 19
TVöD Anspruch auf Zahlung restlichen Urlaubsentgelts für die 13 im April 2006 gewährten Urlaubstage.

Nicht in Monatsbeträgen festgelegte Entgeltbestandteile werden auch 20
beim Urlaubsentgelt nach § 21 Satz 2 TVöD als Durchschnitt auf Basis der dem maßgebenden Ereignis vorhergehenden letzten drei vollen Kalendermonate



(Berechnungszeitraum) gezahlt. Hinsichtlich dieser nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile gilt nach § 21 Satz 2 TVöD das in § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG normierte Referenzprinzip mit zulässigen tariflichen Abweichungen (vgl. BAG 23. Februar 2010 - 9 AZR 52/09 - ZTR 2010, 367; 15. Dezember 2009 - 9 AZR 887/08 - Rn. 15, EzA BUrlG § 13 Nr. 60; 3. Dezember 2002 - 9 AZR 535/01 - zu I 2 c bb der Gründe, BAGE 104, 65). Die Berechnung des Durchschnittswerts zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und bei Urlaub ist gleich.

- III. Die Klage ist nur iHv. 5,44 Euro brutto begründet, denn für die Berechnung ist auf die Kalendermonate Januar, Februar und März 2006 abzustellen. Bestimmend sind die in diesen Referenzzeitraum entstandenen Ansprüche (vgl. BAG 23. Februar 2010 - 9 AZR 52/09 - ZTR 2010, 367). Für die Monate Januar bis März 2006 ergibt dies einen Gesamtanspruch iHv. 2.174,94 Euro brutto. Dieser Betrag ist im Hinblick auf die zwei entschuldigten Ausfalltage im Februar 2006 durch 63 zu dividieren, denn der Kläger arbeitete in den Kalendermonaten Januar, Februar und März 2006 an insgesamt 63 Tagen. Das ergibt pro Tag 34,52 Euro brutto und für 17 Ausfalltage im April insgesamt 586,84 Euro brutto. Abzüglich der bereits geleisteten Zahlungen besteht ein Differenzvergütungsanspruch in Höhe von 5,44 Euro brutto. Im Übrigen ist die Klage und damit die Revision unbegründet. 21
- IV. Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 288 Abs. 1, § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB, § 24 Abs. 1 Satz 2 TVöD. 22
- V. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO. 23

Müller-Glöße

Laux

Biebl

Buschmann

Wolf



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

