


Gericht:	BAG 5. Senat	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	21.11.2001	Normen:	§ 4 Abs 1 EntgFG, § 4 Abs 1a EntgFG
Aktenzeichen:	5 AZR 457/00	Zitiervorschlag:	BAG, Urteil vom 21. November 2001 - 5 AZR 457/00 -, juris
Dokumenttyp:	Urteil		

Entgeltfortzahlung - regelmäßige Arbeitszeit

Orientierungssatz

1. Der Arbeitnehmer genügt seiner Darlegungslast zu der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit gemäß § 4 Abs 1 EntgFG im Normalfall dadurch, daß er den Arbeitszeitdurchschnitt der vergangenen zwölf Monate darlegt.
2. Überstunden hat der Arbeitgeber, wenn sie sich nicht bereits aus dem Vortrag des Arbeitnehmers ergeben, entsprechend der Fassung des § 4 Abs 1a EntgFG einzuwenden. Der Arbeitgeber, der eine aus Überstunden resultierende Minderung der zu berücksichtigenden durchschnittlichen Arbeitszeit geltend macht, trägt hierfür die Darlegungs- und Beweislast.

Fundstellen

AiB 2002, 778-779 (red. Leitsatz 1-4 und Gründe)
EEK 3068 (red. Leitsatz 1-7 und Gründe)

weitere Fundstellen

SuP 2002, 118-119 (Kurzwiedergabe)
Die Leistungen Beilage 2001, 5 (Kurzwiedergabe)
EzA-SD 2001, Nr 25, 3 (Kurzwiedergabe)
AiB Telegramm 2001, 116 (Kurzwiedergabe)
ArbuR 2001, 509 (Kurzwiedergabe)
AuA 2002, 39 (Kurzwiedergabe)
AuB 2002, 17 (Kurzwiedergabe)
KrV 2002, 67 (Kurzwiedergabe)
FA 2002, 59-60 (Kurzwiedergabe)
ArbN 2002, Nr 1, 37 (Kurzwiedergabe)
ARST 2002, 70 (Kurzwiedergabe)
ArbRB 2001, 100 (Kurzwiedergabe)

Verfahrensgang

vorgehend ArbG Wesel, 2. Dezember 1999, Az: 5 Ca 2651/99, Urteil
vorgehend Landesarbeitsgericht Düsseldorf 5. Kammer, 18. Mai 2000, Az: 5 Sa 215/00, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche Landesarbeitsgericht Hamm (Westfalen) 14. Kammer, 25. September 2012, Az: 14 Sa 280/12
Vergleiche Landesarbeitsgericht Hamm (Westfalen) 14. Kammer, 25. September 2012, Az: 14 Sa 939/12

Literaturnachweise

Regina Steiner, AiB 2002, 779 (Anmerkung)

Tenor

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 18. Mai 2000 - 5 Sa 215/00 - aufgehoben.

2. Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.
- 2 Der Kläger ist seit 5. Oktober 1994 bei der Beklagten als Vorarbeiter beschäftigt. Sein Stundenlohn beträgt 26,39 DM brutto. Auf das Arbeitsverhältnis findet der für allgemeinverbindlich erklärte Bundesrahmentarifvertrag für das Bauhauptgewerbe vom 3. Februar 1981 (BRTV-Bau) Anwendung.
- 3 Seit 8. März 1999 war der Kläger auf einer Baustelle an der ICE-Trasse Frankfurt - Köln bei Montabaur tätig. Zwischen der Beklagten und dem Betriebsrat war für die Durchführung der Bauarbeiten an der ICE-Strecke Mehrarbeit über die tarifliche Arbeitszeit hinaus vereinbart. Als Arbeitszeit wurde für Montag die Zeit von 7.00 bis 17.00 Uhr, für Dienstag, Mittwoch und Donnerstag von 7.00 bis 19.00 Uhr und für Freitag von 7.00 bis zu einem vom Bedarf abhängigen Ende vereinbart.
- 4 In der Zeit vom 7. bis 18. Juni 1999 war der Kläger arbeitsunfähig krank. Die Beklagte gewährte ihm für den Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit Entgeltfortzahlung unter Zugrundelegung einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden. Für die zwei Wochen der Arbeitsunfähigkeit zahlte die Beklagte dem Kläger 2.111,20 DM.
- 5 Mit seiner Klage verlangt der Kläger weitere Entgeltfortzahlung von der Beklagten. Der Kläger hat geltend gemacht, die durchschnittliche planmäßige Arbeitszeit in den 13 Wochen vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit habe wöchentlich 56 Stunden betragen. Diese Stundenzahl sei für die Berechnung der Entgeltfortzahlung maßgeblich. Tatsächlich habe es eine Schwankungsbreite von 40 bis 63 Arbeitsstunden je Woche gegeben. Unter Berücksichtigung der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung ergebe sich ein Durchschnitt von 54,76 Stunden. Auch in der Zeit nach der Arbeitsunfähigkeit habe er zwischen 56 und 63 Stunden je Woche gearbeitet. Der Kläger hat beantragt,
 - 6 die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 844,48 DM brutto nebst 4 % Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettobetrag ab Klagezustellung zu zahlen.
 - 7 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die über die regelmäßige tarifliche Arbeitszeit hinaus geleisteten Überstunden seien bei der Entgeltfortzahlung nicht zu berücksichtigen.
 - 8 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe

- 9 I. Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Der Senat kann die für die Entgeltfortzahlung maßgebliche individuelle regelmäßige Arbeitszeit des Klägers mangels ausreichender Feststellungen nicht selbst abschließend beurteilen.
- 10 1. Nach § 4 Nr. 2 des für allgemeinverbindlich erklärten Bundesrahmentarifvertrages für das Baugewerbe (BRTV) vom 3. Februar 1983 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 vom 7. bis 18. Juni 1999 zwei Wochen wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit unverschuldet an

- seiner Arbeitsleistung verhindert. Die Parteien streiten allein über die Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts.
- 11 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.
- 12 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.; MünchArbR/Boecken 2. Aufl. § 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).
- 13 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.
- 14 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.
- 15 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.
- 16 a) 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).

- 17 b) 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.
- 18 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).
- 19 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 aufgrund 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".
- 20 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.
- 21 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.
- 22 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 Überstun-

den, 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.

- 23 4. 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:
- 24 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.
- 25 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.
- 26 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.
- 27 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. 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.

- 28 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.
- 29 II. In Anwendung dieser Rechtsgrundsätze ist die Revision des Klägers begründet.
- 30 Der Auffassung des Landesarbeitsgerichts, die vom Kläger über die tarifliche Arbeitszeit hinaus geleisteten Arbeitsstunden seien Überstunden und nicht regelmäßige Arbeitszeit, weil sie projektbezogen auf der Grundlage einer Betriebsvereinbarung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG erbracht wurden, kann nicht gefolgt werden. Das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, ob der Kläger überhaupt ständig länger als tarifvertraglich vorgesehen gearbeitet hat. Der Kläger hat seine Arbeitsstunden lediglich für die Zeit ab seiner Tätigkeit auf der Baustelle bei Montabaur vorgetragen. Seinem Vortrag ist nicht zu entnehmen, in welchem zeitlichen Umfang er davor tätig war. Dem Kläger ist Gelegenheit zu geben, zu seiner Arbeitszeit vor dem Einsatz bei Montabaur weiter vorzutragen. Hierbei ist auch darzulegen, inwieweit er auf wechselnden Baustellen tätig war und ob es hierbei besondere betriebliche Arbeitszeitregelungen gab. Schließlich kann die Beklagte noch darlegen, ob in dem Vergleichszeitraum Überstunden angefallen sind.
- 31 Müller-Glöge Mikosch Linck
- 32 W. Hinrichs E. Haas