

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 6 Sa 37/11

2 Ca 567 c/10 ArbG Elmshorn
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 08.02.2012

gez. ...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

s. beiliegenden Be-
richtigungsbeschluss
vom 21.03.2012

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 08.02.2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers und der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 28.10.2010 – 2 Ca 567 c/10 – abgeändert und zur Klarstellung wie folgt gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger Vergütungsdifferenzen für die Monate Januar, April und August 2008 in Höhe von 312,90 EUR brutto zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 08.04.2010 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Beklagte trägt von den Kosten des Rechtsstreits 61 % und der Kläger 39 %.

Im Übrigen werden die Berufungen des Klägers und der Beklagten zurückgewiesen.

Die Revision wird zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann durch Einreichung einer Revisionschrift bei dem Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1, Telefax: 0361 2636-2000 Revision eingelegt werden.

Die Revisionschrift muss

binnen einer Notfrist von einem Monat

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Revisionskläger muss die Revision begründen. Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt

zwei Monate.

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Revision beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Revisionschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

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

An seine Stelle kann auch ein Vertreter eines Verbandes (Gewerkschaften, Arbeitgebervereinigungen) oder eines Spitzenverbandes (Zusammenschlüsse solcher Verbände) treten, sofern er kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt und die Partei Mitglied des Verbandes oder Spitzenverbandes ist. An die Stelle der vorgenannten Vertreter können auch Angestellte einer juristischen Person, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, treten, sofern die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung der Verbandsmitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und der Verband für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Ist die Partei Mitglied eines Verbandes oder Spitzenverbandes, kann sie sich auch durch einen Vertreter eines anderen Verbandes oder Angestellten einer der oben genannten juristischen Personen mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen. Die Personen, die für diese Organisationen handeln, müssen über die **Befähigung zum Richteramt** verfügen.

Der Revisionsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigelegt werden.

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments genügt, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Schriftsätze können dazu über eine gesicherte Verbindung in den elektronischen Gerichtsbriefkasten des Bundesarbeitsgerichts eingelegt werden. Die erforderliche Zugangs- und Übertragungssoftware kann lizenzkostenfrei über die Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (www.bundesarbeitsgericht.de) heruntergeladen werden. Das Dokument ist mit einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen. Nähere Informationen finden sich auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (s.o.) sowie unter www.egvp.de.

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen.)

Tatbestand:

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

Der am ...1968 geborene Kläger ist seit dem 02.03.1992 bei der Beklagten als Busfahrer beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis finden aufgrund beiderseitiger Verbandsmitgliedschaft die Tarifverträge für die gewerblichen Arbeitnehmer im privaten Omnibusgewerbe in Schleswig-Holstein Anwendung. In § 16 Abs. 6 des Manteltarifvertrags für die gewerblichen Arbeitnehmer/-innen des privaten Omnibusgewerbes in Schleswig-Holstein (MTV) vom 16.07.1996 in der durch die 1. Protokollnotiz vom 01.09.2006 zum 01.01.2007 geänderten Fassung heißt es:

„Während der Dauer des Urlaubs wird der Lohn nach folgender Maßgabe fortgezahlt: Die Lohnfortzahlung erfolgt auf der Basis von 8 Std. pro Tag bei einer 5-Tage-Woche bzw. 7 Std. pro Tag bei einer 6-Tage-Woche unter Zugrundelegung des Tabellenlohnes.“

Die Krankenbezüge, Lohnzahlung bei Krankheit und Arbeitsunfall sind in § 18 MTV geregelt. Dessen Abs. 3 lautet:

„Während der Dauer der Erkrankung, längstens jedoch für sechs Wochen, erhält der Arbeitnehmer / die Arbeitnehmerin den Lohn fortgezahlt, der gem. § 16 Abs. 6 (Urlaubslohn) gezahlt wird. Im Übrigen gelten im Krankheitsfall die Bestimmungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes in der jeweils geltenden Fassung.“

Durch Tarifgespräch zwischen der Beklagten und der Gewerkschaft v. ist diese Regelung mit einer Übergangszeit versehen worden, wonach Fehltage in 2007 zunächst mit 9,25 Stunden, in 2008 mit 8,75 Stunden und erst ab 2009 mit 8 Stunden abgerechnet werden sollen.

Die Bruttovergütung des Klägers setzt sich aus den Positionen „Grundlohn“, „AG-Zuschuss VL“, „Grundvergütung Überstunden“, „Überstundenzuschlag“, „Nachtzuschlag“, „Pausenvergütung“, „Provision Zeitung“ und „Spesen geteilter Dienst“ zusammen. Daneben gewährt die Beklagte dem Kläger ein monatliches Mankogeld in Höhe von 16,00 EUR. In den Jahren 2007 und 2008 erhielt der Kläger dieses Mankogeld jeweils in voller Höhe gezahlt, unabhängig von Urlaub und Krankheit. Der Kläger arbeitet regelmäßig über die tarifliche Arbeitszeit von 39 Stunden/Woche hinaus. Wegen der dem Kläger für die Zeit zwischen Januar 2006 und Dezember 2008

erteilten Abrechnungen, aus denen sich auch die geleisteten Überstunden ergeben, wird auf Bl. 81 - 118 d. A. verwiesen.

Mit der Vergütung für den Monat Januar 2008 (Abrechnung Bl. 72 bzw. 93 d. A.) zahlte die Beklagte an den Kläger für 13 Tage Urlaub ein Entgelt auf der Grundlage von 113,75 Stunden und einer Stundenvergütung in Höhe von 11,10 EUR brutto (1.262,63 EUR brutto). In den 13 Urlaubstagen waren 12 gesetzliche Urlaubstage enthalten.

Mit der Vergütung für den Monat Februar 2008 (Abrechnung Bl. 74 bzw. 92 d. A.) leistete die Beklagte dem Kläger für drei Krankheitstage Entgeltfortzahlung auf der Grundlage von 26,25 Stunden und einer Stundenvergütung in Höhe von 11,10 EUR brutto (= 291,38 EUR brutto).

Mit der Vergütung für den Monat April 2008 (Abrechnung Bl. 90 d. A.) zahlte die Beklagte an den Kläger für 5 Tage gesetzlichen Urlaub ein Entgelt auf der Grundlage von 43,75 Stunden und einer Stundenvergütung in Höhe von 11,10 EUR brutto (485,63 EUR brutto).

Mit der Vergütung für den Monat Mai 2008 (Abrechnung Bl. 89 d. A.) vergütete die Beklagte dem Kläger 2 Sonderurlaubstage mit einem Entgelt auf der Grundlage von 17,50 Stunden und einer Stundenvergütung in Höhe von 11,10 EUR brutto (= 194,25 EUR brutto).

Mit der Vergütung für den Monat August 2008 (Abrechnung Bl. 85 d. A.) zahlte die Beklagte dem Kläger für 8 Urlaubstage, davon 3 gesetzliche, ein Entgelt auf der Grundlage von 70 Stunden und einer Stundenvergütung in Höhe von 11,10 EUR brutto (= 777,00 EUR brutto).

Mit der Vergütung für den Monat Oktober 2008 (Abrechnung Bl. 83 d. A.) zahlte die Beklagte dem Kläger für 6 Tage übergesetzlichen Urlaub ein Entgelt auf der Grundlage von 52,50 Stunden und einer Stundenvergütung in Höhe von 11,10 EUR brutto (= 582,75 EUR brutto).

Der Kläger hat gemeint, die Beklagte müsse ihm ein Urlaubsentgelt bzw. eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zahlen, die sich an seinen Arbeitsleistungen in den letzten drei Monaten vor dem jeweiligen Abrechnungsmonat orientierten. Die tariflichen Regelungen, die die Beklagte anwende, seien wegen Verstoßes gegen das BUrlG und das EFZG unwirksam. Die Beklagte hätte ihm, dem Kläger bereits für Dezember 2007 eine höhere Vergütung für die in diesem Monat angefallenen Urlaubstage gewähren müssen. Unter Berücksichtigung dieses höheren Verdienstes für Dezember 2007 hätte sich auch ein von der Beklagten zu berücksichtigender höherer Durchschnittsverdienst für die drei Monate Oktober bis Dezember 2007 in Höhe von 121,78 EUR brutto und 1,69 EUR netto je Arbeitstag ergeben. Diesen Durchschnittsverdienst hätte die Beklagte für die Berechnung des Urlaubsentgelts für die 13 Tage Urlaub im Januar 2008 zugrunde legen müssen. Daraus ergebe sich eine Differenz zu der gewährten Urlaubsvergütung in Höhe von 320,71 EUR brutto und 29,97 EUR netto. In entsprechender Fortschreibung ergebe sich für den Monat Februar 2008 eine Differenz in Höhe von 52,78 EUR brutto und 5,40 EUR netto, für den Monat April 2008 in Höhe von 119,12 EUR brutto und 9,50 EUR netto, für den Monat Mai 2008 in Höhe von 47,13 EUR brutto und 3,62 EUR netto, für den Monat August 2008 in Höhe von 85,88 EUR brutto und 26,32 EUR netto sowie für den Monat Oktober 2008 in Höhe von 88,90 EUR brutto und 10,50 EUR netto. Insgesamt müsse die Beklagte für das Jahr 2008 an den Kläger eine Vergütung in Höhe von 804,33 EUR nachzahlen. Für die Berechnung des Durchschnittsverdienstes seien alle in den Abrechnungen aufgeführten Positionen zu berücksichtigen.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger Vergütungsdifferenzen für das Jahr 2008 in Höhe von insgesamt 804,33 EUR brutto zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, sie habe nach den tariflichen Regelungen abrechnen dürfen. Jedenfalls berechne der Kläger seinen Durchschnittsverdienst fehlerhaft. Die vermögenswirksame Leistung, die Provisionszahlungen aus dem Zeitungsverkauf, die Spesen, das Mankogeld, wie auch Weihnachts- und Urlaubsgeld dürften zur Bestimmung des Durchschnittsverdienstes nicht herangezogen werden.

Die Beklagte und die Gewerkschaft v. haben unter dem 19.12.2008 eine Vereinbarung zur Durchführung einer Musterklage geschlossen (Bl. 32 f. d. A.) und auf die Geltendmachung der tariflichen Ausschlussfristen verzichtet.

Das Arbeitsgericht hat der Klage teilweise stattgegeben und dem Kläger für den Monat Januar 2008 restliches Urlaubsentgelt in Höhe von 98,56 EUR brutto zugesprochen und für den Monat Februar restliche Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall in Höhe von 21,42 EUR. § 16 Abs. 6 Satz 1 MTV sei wegen Verstoßes gegen § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG unwirksam. Deshalb sei für die Urlaubstage im Januar 2007 der durchschnittliche Verdienst der letzten 13 Wochen, also der Durchschnittsverdienst von Oktober bis Dezember 2007 zugrunde zu legen. Dieser Durchschnittsverdienst habe 104,66 EUR arbeitstäglich betragen. Bei der Berechnung des Durchschnittslohns seien der Grundlohn, die Grundvergütung Überstunden und die Überstundenzuschläge, die Nachtzuschläge, die Pausenvergütung sowie die im Referenzzeitraum erfolgten Zahlungen auf Urlaubsentgelt und Entgeltfortzahlung zu berücksichtigen. Hinzu komme der Verdienst, den der Kläger mit dem Verkauf von Zeitungen regelmäßig erzielt hat. Weitere Lohnbestandteile seien in die Durchschnittsberechnung nicht einzubeziehen. Die Beklagte sei nicht berechtigt, nach § 18 Abs. 3 MTV die Entgeltfortzahlung des Klägers im Krankheitsfall entsprechend der Regelung in § 16 Abs. 6 MTV zu berechnen. Mit § 18 Abs. 3 MTV hätten die Tarifvertragsparteien keine eigenständige Regelung für die Entgeltfortzahlung getroffen, sondern einen Gleichklang mit der Regelung über das Urlaubsentgelt beabsichtigt. Dementsprechend müsse die Beklagte die Entgeltfortzahlung – wegen der Unwirksamkeit der Regelung der Urlaubsentgeltberechnung nach § 16 Abs. 6 MTV – so berechnen, wie die Urlaubsentgeltberechnung zulässigerweise vorzunehmen sei.

Die weitergehende Klage hat das Arbeitsgericht abgewiesen. Der Kläger habe nicht schlüssig vorgetragen, woraus sich seine Ansprüche für die Monate April, Mai, August und Oktober 2008 ergeben. Dem Gericht sei nicht zuzumuten, aus den erst im Kammertermin überreichten Abrechnungsunterlagen einen entsprechenden Sachvortrag zu entwickeln und abzuleiten. Ebenso wenig könne das Gericht davon ausgehen, dass es sich um die zutreffenden Abrechnungen handele.

Gegen das den Parteien am 12.01.2011 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat der Kläger am 01.02.2011 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 11.04.2011 am 06.04.2011 begründet. Die Beklagte hat am 10.02.2011 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 14.04.2011 am 14.04.2011 begründet.

Der Kläger meint, er habe mit der Anlage K 2 eine hinreichend detaillierte Forderungsberechnung vorgelegt. Der Rechnung lägen die von der Beklagten erstellten Lohnabrechnungen zugrunde. Die dort aufgeführten Bruttobeträge seien unstrittig. Neben den Positionen Grundlohn, Grundvergütung Überstunden, Überstundenzuschläge, Nachtzuschläge, Pausenvergütung, im Referenzzeitraum erfolgte Zahlungen von Urlaubsentgelt und Entgeltfortzahlung, seien auch der Arbeitgeberzuschuss zu den vermögenswirksamen Leistungen, die Spesen für geteilte Dienste, das pauschale Mankogeld sowie das Urlaubs- und Weihnachtsgeld in die Berechnung des Durchschnittslohns einzubeziehen. Durch den Abzug der tatsächlich geleisteten Zahlungen komme es auch nicht zu Doppelzahlungen.

Vorsorglich legt der Kläger eine zweite Berechnung seiner Forderungen vor (Anlage BK 1), die nur die vom Arbeitsgericht berücksichtigten Lohnbestandteile zugrunde legt. Eine weitere Berechnung hat der Kläger mit der Anlage BK 2 (Bl. 224 ff. d. A.) vorgelegt.

Der Kläger beantragt:

Das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 28.10.2010, Az. 2 Ca 567 c/10, wird abgeändert, soweit das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen hat.

Die Beklagte wird verurteilt, zu den bereits zuerkannten Vergütungsdifferenzen für die Monate Januar und Februar 2008 an den Kläger für das Jahr 2008 weitere Vergütungsdifferenzen in Höhe von 684,35 € brutto zzgl. Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz der EZB ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des am 28. Oktober 2010 verkündeten Urteils des Arbeitsgerichts Elmshorn – Az. 2 Ca 567 c/10 – die Klage insgesamt abzuweisen

sowie

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Die Beklagte vertritt auch in der Berufung die Ansicht, dass die Regelung des § 16 Abs. 6 MTV das Lohnfortzahlungsprinzip nicht berühre. Die Tarifvertragsparteien hätten ihren Regelungsspielraum nicht überschritten. Im Übrigen werde nicht nur die tarifliche Arbeitszeit (7,8 Stunden täglich) zugrunde gelegt, sondern 8 Stunden, bzw. im Jahr 2008 8,75 Stunden. Der Kläger könne nicht verlangen, über die tarifliche Arbeitszeit hinaus beschäftigt zu werden. Zu Unrecht habe das Arbeitsgericht die Provision für den Verkauf der Zeitungen als regelmäßigen Arbeitsverdienst angesehen und nicht berücksichtigt, dass sich die gesetzlichen Regelungen nur auf den gesetzlichen Mindesturlaub bezögen.

Die Beklagte meint, § 18 Abs. 3 MTV sei von der Öffnungsklausel des § 4 Abs. 4 EFZG gedeckt. Trotz der Verweisung auf § 16 Abs. 6 MTV handele es sich um eine eigenständige Regelung für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Es handele sich um eine Rechtsfolgenverweisung. Auch bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall habe der durch den Verkauf von Zeitungen erzielte Verdienst nicht berücksichtigt werden dürfen. Schließlich hält die Beklagte die Berechnungen des Klägers für nicht nachvollziehbar.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Das Arbeitsgericht habe zutreffend erkannt, dass § 16 Abs. 6 MTV unwirksam sei. Die Tarifvorschrift blende aus, dass der Kläger regelmäßig und in erheblichem Umfang Überstunden leiste. Daran ändere auch die im Tarifgespräch zwischen v. und der Beklagten vereinbarte Stundenstaffelung nichts. Die gesetzliche Berechnungsmethode sei sowohl für den gesetzlichen als auch den übergesetzlichen Urlaub maßgebend. Der durch den Zeitungsverkauf erzielte Verdienst sei ein unmittelbar mit der Tätigkeit verbundener Vergütungsbestandteil und damit in die Urlaubsentgeltberechnung einzubeziehen.

Richtigerweise habe das Arbeitsgericht § 18 Abs. 3 MTV als unwirksam angesehen. Es handele sich um keine eigenständige Regelung im Sinne des § 4 Abs. 4 EFZG. Hinzu komme, dass auf eine unwirksame Tarifregelung verwiesen werde. Deshalb müsse auch für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall auf die gesetzlichen Regelungen zurückgegriffen werden.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufung wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie die Sitzungsniederschriften verwiesen.

Entscheidungsgründe:

A. Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist statthaft (§ 64 Abs. 2 lit. a) und b) ArbGG) und frist- sowie formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO). Die Berufung der Beklagten ist gleichfalls nach § 64 Abs. 2 lit. a) ArbGG statthaft, weil das Arbeitsgericht die Berufung zugelassen hat. Auch die Beklagte hat ihr Rechtsmittel frist- und formgerecht eingelegt und begründet (§§ 66 Abs. 1 ArbGG, 519,25 ZPO).

B. Die Berufung des Klägers hat Erfolg, soweit er für die Monate Januar, April und Oktober 2008 seinen Anspruch auf Zahlung weiteren Urlaubsentgelts verfolgt. Die Beklagte wendet sich mit ihrer Berufung erfolgreich gegen die Verurteilung zur Zahlung weiterer Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für den Monat Februar 2008. Im Übrigen sind die Berufungen unbegründet.

I. Der Kläger kann für den in den Monaten Januar, April und August 2008 genommen und gewährten gesetzlichen Urlaub ein höheres als das von der Beklagten bislang gezahlte Urlaubsentgelt verlangen. Die Beklagte durfte das Urlaubsentgelt nicht nach § 16 Abs. 6 MTV berechnen. Das Arbeitsgericht hat § 16 Abs. 6 MTV wegen Verstoßes gegen § 13 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 1 BUrlG zutreffend als unwirksam angesehen. Das gilt aber nur für die Berechnung des Urlaubsentgelts für den gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch. Insoweit ist auf § 611 Abs. 1 BGB iVm. § 11 Abs. 1 BUrlG zurückzugreifen.

1. Nach § 1 BUrlG haben die Arbeitnehmer Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Damit ist ihr Arbeitsentgelt gem. § 611 BGB iVm. § 11 Abs. 1 BUrlG während der Freistellung von der Arbeit als Urlaubsentgelt weiterzuzahlen. Die Höhe des Anspruchs ergibt sich aus dem Zeit- und dem Geldfaktor. Mit dem Zeitfaktor bestimmt sich die am jeweiligen Urlaubstag infolge der Freistellung ausfallende Arbeitszeit, für die das Urlaubsentgelt fortzuzahlen ist. Der Geldfaktor bemisst den für die Ausfallzeit zugrunde zu legenden Verdienst. Seine Bemessung ist in § 11 Abs. 1 BUrlG geregelt. Das Gesetz stellt dazu auf das in den letzten 13 Wochen vor der Urlaubsgewährung erhaltene Arbeitsentgelt ab. Es ist somit bei einem Stundenlohn der während des Bezugszeitraums verdiente Stundenlohn zu ermitteln (BAG 15.12.2009 – 9 AZR 887/08 –; 22.01.2002 – 9 AZR 601/00 – BAGE 100, 189).

2. Der Beklagten ist zuzugeben, dass die Tarifvertragsparteien nach § 13 Abs. 1 BUrlG von den Bestimmungen des BUrlG auch zu Ungunsten der Arbeitnehmer abweichen können. Ausgenommen sind aber die §§ 1, 2 und § 3 Abs. 1 BUrlG. Der 9. Senat des Bundesarbeitsgerichts hat wiederholt entschieden, dass dieses Verbot auch nicht durch einen mittelbaren Eingriff in die unabdingbaren Bestimmungen umgangen werden kann. § 1 BUrlG gewährt jedem Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. „Bezahlt“ ist der Erholungsurlaub, wenn der den Arbeitnehmern zustehende Lohnanspruch trotz Nichtleistung der Arbeit während des Urlaubs unberührt bleibt. Schon aus § 1 BUrlG ergibt sich die Pflicht, die Vergütung während des Urlaubs weiterzuzahlen. Die Tarifvertragsparteien sind damit zwar frei, jede ihnen als angemessen erscheinende Berechnungsmethode für das während des Urlaubs fortzuzahlende Entgelt zu vereinbaren. Darauf weist die Be-

klagte zutreffend hin. Die Methode muss für den gesetzlichen Mindesturlaub aber geeignet sein, ein Urlaubsentgelt sicherzustellen, wie es der Arbeitnehmer bei Weiterarbeit ohne Freistellung voraussichtlich hätte erwarten können. Den Tarifvertragsparteien verbleibt dabei ein weiter Gestaltungsspielraum. Es steht ihnen z. B. frei, das Urlaubsentgelt entsprechend dem konkreten Lohnausfall zu berechnen (BAG 03.12.2002 – 9 AZR 535/01 – BAGE 104, 65) oder den gesetzlichen Referenzzeitraum zu erweitern. Auch andere abweichende Regelungen, insbesondere zur Vereinfachung der Berechnung durch Pauschalierung von variablen Lohnbestandteilen sind zulässig, selbst wenn im Einzelfall eine Verringerung des Entgeltanspruchs eintreten kann. Bei der Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse haben die Tarifvertragsparteien insoweit einen weiten Spielraum (BAG 15.12.2009 – 9 AZR 887/08 –; 22.01.2002 – 9 AZR 601/00 – BAGE 100, 189).

Bei der Prüfung der Frage, ob die Tarifvertragsparteien Regelungen getroffen haben, die sich im Rahmen des § 13 Abs. 1 BUrlG halten, ist nach der dargestellten Rechtsprechung des 9. Senats, der die Berufungskammer folgt, abstrakt darauf abzustellen, ob die Gesamtheit der tariflichen Regelungen, die die Höhe des Urlaubsentgelts bestimmen (Zeit- und Geldfaktor), die aufgezeigten Grenzen überschreitet oder nicht. Nicht einzubeziehen in diesen abstrakten Günstigkeitsvergleich sind hingegen über das BUrlG hinaus gewährte zusätzliche Leistungen, wie z. B. ein zusätzliches Urlaubsgeld oder eine die Mindestdauer überschießende Anzahl von Urlaubstagen. Kommt eine hieran orientierte Prüfung zu dem Ergebnis, dass die im Tarifvertrag vorgesehene Berechnungsmethode nicht zulässig ist, so ist zur Berechnung der Höhe des Urlaubsentgelts für den gesetzlichen Mindesturlaub auf die Regelungen des BUrlG zurückzugreifen. Die tariflichen Regelungen haben dabei – unabhängig davon, ob sie günstiger oder ungünstiger sind – unberücksichtigt zu bleiben. Hinsichtlich des Zeitfaktors ist konkret zu ermitteln, welche Arbeitszeit am jeweiligen Urlaubstag aufgrund der Freistellung ausgefallen ist. Hinsichtlich des Geldfaktors ist § 11 Abs. 1 BUrlG anzuwenden. Dem so ermittelten Urlaubsentgeltanspruch sind die für die streitgegenständlichen Urlaubstage vom Arbeitgeber auf tariflicher Grundlage als Urlaubsentgelt geleisteten Zahlungen gegenüberzustellen.

Der 9. Senat hat in seiner Entscheidung vom 15.12.2009 (9 AZR 887/08) betont, dass für den Urlaub, der den gesetzlichen Mindestanspruch übersteigt, die in § 11 Abs. 1 BUrlG für das Urlaubsentgelt bestimmte Berechnung nicht ohne weiteres anzuwenden ist. Denn das BUrlG regelt nur den gesetzlichen Mindesturlaub. Es steht daher sowohl den Arbeits- als auch den Tarifvertragsparteien frei, für weitergehende Urlaubsansprüche eigenständige Regelungen zu treffen (vgl. schon BAG 22.02.2000 – 9 AZR 107/99 – BAGE 93, 376). Die gesetzlichen Bestimmungen sind auf den übergesetzlichen Urlaub nur anwendbar, wenn arbeits- oder tarifvertragliche Regelungen fehlen (BAG 22.01.2002 – 9 AZR 601/00 – BAGE 100, 189) oder es sich bei diesen um bloße deklaratorische Regelungen handelt (BAG 05.11.2002 – 9 AZR 658/00 – BAGE 103, 206).

3. Mit der Regelung der Höhe des Urlaubsentgelts in § 16 Abs. 6 des unstreitig auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren MTV haben die Tarifvertragsparteien den ihnen eingeräumten Regelungsspielraum jedenfalls für den Bereich des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs überschritten. Denn mit dieser Regelung verdienen die Arbeitnehmer, die wie der Kläger regelmäßig und in nicht unerheblichem Umfang Überstunden leisten, während der Urlaubszeit nicht lediglich im Einzelfall, sondern durch die Berechnungsmethode zwingend bedingt weniger, als wenn sie weitergearbeitet hätten. Für die Berechnung des Urlaubsentgelts darf nach den §§ 1, 11 Abs. 1 BUrlG aber nicht ausschließlich auf die tarifliche oder eine daran angelehnte pauschale Arbeitszeit abgestellt werden, ohne die tatsächlich an den einzelnen Arbeitstagen ausgefallene Arbeitszeit zu berücksichtigen. Der Tarifvertrag darf nicht eine geringere Stundenzahl für die Berechnung der Urlaubsvergütung vorsehen, als während des Urlaubszeitraums tatsächlich angefallen wäre (HWK/Schinz, 4. Aufl. § 13 BUrlG Rn. 62). Das bedeutet, dass während des Urlaubs ansonsten zu leistende Überstunden berücksichtigt werden müssen (BAG 22.02.2000 – 9 AZR 107/99 – BAGE 93, 376).

Im vorliegenden Fall greift § 16 Abs. 6 MTV daher mittelbar in die in § 1 BUrlG angeordnete Entgeltfortzahlung während des Urlaubs ein, indem der Zeitfaktor für die Berechnung der Entgeltfortzahlung von der tatsächlich ausgefallenen Arbeitszeit unabhängig bestimmt wird. Der Tarifvertrag geht von 8 Stunden aus (bei 5-Tage-

Woche) bzw. 7 Stunden (bei 6-Tage-Woche), obwohl der Kläger wie auch andere Mitarbeiter regelmäßig mehr als 8 Stunden täglich arbeiten.

Hinzu kommt, dass einzelne Entgeltbestandteile bei der Berechnung des Geldfaktors nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien stehen (BAG 22.01.2002 – 9 AZR 601/00 –; HWK/Schinz 4. Aufl. § 13 BUrlG Rn. 59). So dürfen Zuschläge für Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit, die im Bezugszeitraum verdient sind, bei der Vergütung des gesetzlichen Mindesturlaubs nicht unbeachtet bleiben (BAG 22.01.2002 – 9 AZR 601/00 –; 15.12.2009 – 9 AZR 887/08 –; HWK/Schinz 4. Aufl. § 13 BUrlG Rn. 59). Im vorliegenden Fall sind die Nachzuschläge durch die tarifliche Regelung ausgenommen. § 16 Abs. 6 MTV berücksichtigt allein den Tabellenlohn.

Da die Tarifvertragsparteien sowohl den Geld- als auch den Zeitfaktor zu Lasten der Arbeitnehmer geändert haben, verstößt § 16 Abs. 6 MTV gegen § 13 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 1 BUrlG. Folglich steht dem Kläger ein Urlaubsentgeltanspruch für den gesetzlichen Urlaub entsprechend der in § 11 Abs. 1 BUrlG vorgesehenen Berechnungsmethode zu. Die in § 16 Abs. 6 MTV vorgesehene, von § 1 BUrlG abweichende, geringe Bemessung des Urlaubsentgelts ist nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG nur auf die tariflichen Urlaubsansprüche anwendbar, die über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehen. Ansonsten ist die Tarifvorschrift unwirksam.

4. Nach Maßgabe der Berechnungsvorschrift des § 11 BUrlG ist der als Urlaubsvergütung zu zahlende Betrag das Produkt aus dem Geldfaktor, der anhand der Daten in der Vergangenheit errechnet wird, und dem Zeitfaktor, der die in der Zukunft liegende Arbeitszeit, die im Urlaub ausfallen wird, in den Blick nimmt. Das tägliche Urlaubsentgelt berechnet sich daher nach dem Geldwert und der Anzahl der am konkreten Urlaubstag ausgefallenen Stunden. In dieser Weise ist für die dem Kläger in den Monaten Januar, April und August gewährten 20 Tage gesetzlichen Urlaubs das tägliche Urlaubsentgelt zu ermitteln. Nach Abzug der für die Urlaubstage geleisteten Zahlung ergibt sich die dem Kläger noch zustehende Differenzvergütung.

a) Der Geldfaktor bestimmt sich nach dem in § 11 BUrlG geregelten modifizierten Referenzprinzip. Maßgebend ist der Gesamtarbeitsverdienst der letzten 13 Wochen

vor Urlaubsbeginn. Der Bezugszeitraum von 13 Wochen deckt sich mit einem tariflichen Bezugszeitraum von drei Kalendermonaten, wenn das Arbeitsentgelt – wie hier – monatlich abgerechnet und ausgezahlt wird (vgl. Schaub/ Linck 14. Aufl. § 104 Rn. 121). Es sind die Vergütungsbestandteile einzustellen, die der Arbeitnehmer im Referenzzeitraum als Gegenleistung für seine Tätigkeit erhalten hat (BAG 17.01.1991 – 8 AZR 644/89 – BAGE 67, 94 –; 24.11.1992 – 9 AZR 564/91 – NZA 1993, 750). Entscheidend ist, ob mit der Zahlung eine auf einen bestimmten Zeitabschnitt entfallende Arbeitsleistung vergütet wird (BAG 21.08.1988 – 8 AZR 331/86 – NZA 1989, 71). Zum Arbeitsverdienst gehören daher das allgemein geschuldete Entgelt, unabhängig davon, in welchem Zeitabschnitt es berechnet wird sowie Zulagen und Zuschläge, es sei denn, sie werden allein als Ausgleich für konkrete Aufwendungen des Arbeitnehmers (§ 670 BGB) gezahlt (HWK/Schinz 4. Aufl. § 11 BUrlG Rn. 23 m. w. N.). Die tarifliche Pausenvergütung ist gleichfalls zu berücksichtigen, falls im Tarifvertrag nicht anderweitig geregelt. Denn trotz fehlender Arbeitsleistung handelt es sich um Arbeitsverdienst, weil mit einer solchen Leistung regelmäßig besondere Belastungen abgegolten werden sollen (BAG 23.01.2001 – 9 AZR 4/00 – NZA 2002, 224). Entgegen der Ansicht der Beklagten gehören zum berücksichtigungsfähigen Arbeitsverdienst auch Provisionen oder andere Formen des Leistungslohns, unabhängig davon, ob sie regelmäßig anfallen oder nicht (BAG 24.11.1992 – 9 AZR 564/91 – aaO.). Feiertage und bezahlte Krankheitstage sind nicht abzuziehen (BAG 24.11.1992 – 9 AZR 564/91 – aaO.). Sie fließen ebenso in den Geldfaktor ein, wie die Vergütung für im Referenzzeitraum gewährten Urlaub. Auch das Urlaubsentgelt ist Arbeitsverdienst iSd. § 11 BUrlG (ErfK/Dörner/Gallner 11. Aufl. § 11 BUrlG Rn. 12).

Übereinstimmend gehen die Parteien davon aus, dass neben dem monatlichen Grundlohn der Nachzuschlag, die Pausenvergütung, die Entgeltfortzahlung an Feiertagen und im Krankheitsfall sowie das Urlaubsentgelt bei der Berechnung des Geldfaktors zu berücksichtigen sind. Streit besteht hingegen, ob auch die Provision für den Zeitungsverkauf, die Spesen für den geteilten Dienst, das Mankogeld, die für Überstunden geleistete Vergütung und der Arbeitgeberzuschuss zu den vermögenswirksamen Leistungen zu berücksichtigen sind.

Die vermögenswirksamen Leistungen haben unberücksichtigt zu bleiben (BAG 17.01.1991 – 8 AZR 644/89 – BAGE 67,94; Schaub/Linck 14. Aufl. § 104 Rn. 123). Sie gehören zwar zum Arbeitsverdienst; der Arbeitgeber erbringt sie aber monatlich ohne Bezug zum Umfang der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung. Lohnbestandteile, die dem Arbeitnehmer zwar aufgrund seines Arbeitsvertrags zustehen, mit denen aber nicht die Arbeitsleistungen in durch die Referenzzeiträume bestimmten Abrechnungsabschnitten abgegolten werden, bleiben grundsätzlich nach § 11 Abs. 1 BUrlG unberücksichtigt. Auch im vorliegenden Fall hat der Kläger die vermögenswirksamen Leistungen während seines Urlaubs weitergezahlt erhalten. Eine zusätzliche Heranziehung für den Geldfaktor würde zu einer doppelten Berücksichtigung führen.

Entsprechendes gilt für das dem Kläger gewährte Mankogeld. Auch diese Leistung erhält der Kläger unabhängig von der Urlaubsgewährung stets dann, wenn er zumindest einen Tag im Monat arbeitet. Unstreitig hat der Kläger in allen Monaten der Jahre 2007 und 2008 mindestens einen Tag gearbeitet und das Mankogeld ungekürzt erhalten (Anl. B 6 = Bl. 249 ff. d. A.). Es hat daher bei der Berechnung des Geldfaktors unberücksichtigt zu bleiben.

Entgegen der Ansicht des Klägers fließt in den Geldfaktor weder der Überstundenzuschlag, noch der für die Überstunden im Referenzzeitraum gezahlte Grundbetrag ein. Zwar ist nach dem Wortlaut des § 11 Abs. 1 BUrlG (nur) der zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsverdienst ausdrücklich ausgenommen. Das könnte nahelegen, dass allein die Überstundenzuschläge gemeint sind. Sowohl die grammatikalische Auslegung als auch Sinn und Zweck der Regelung sowie die Gesetzgebungsgeschichte sprechen jedoch dafür, dass (auch) der Grundbetrag unberücksichtigt zu bleiben hat. § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG ist seinerzeit geändert worden (Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25.09.1996, BGBl I S. 14, 76), um zu verhindern, dass ein Arbeitnehmer durch gezielte Leistung von Überstunden im Bezugszeitraum ein höheres Urlaubsentgelt erlangen kann (vgl. BAG 09.11.1999 – 9 AZR 771/98 – BAGE 92, 343). Diesem Anliegen des Gesetzgebers würde nur teilweise entsprochen, wenn die Grundvergütung für im Referenzzeitraum geleistete Überstunden in die Berechnung der Urlaubsvergütung einflösse. Die amtliche Begründung spricht für die hier vertretene Sichtweise. Als Regelungsziel ist genannt,

„die im Bezugszeitraum anfallenden Überstunden“ herauszunehmen. Da davon ausgegangen werden kann, dass dem Gesetzgeber der Unterschied zwischen Grundvergütung für Überstunden und Überstundenzuschläge bekannt war, spricht dies dafür, dass mit der Ausnahme „der Überstunden“ auch die Grundvergütung gemeint ist (vgl. ErfK/Dörner/Gallner 11. Aufl. § 11 BUrlG Rn. 7; HWK/Schinz 4. Aufl. § 11 BUrlG Rn. 32; Neumann/Fenski BUrlG 10. Aufl. § 11 Rn. 44 m. w. N.).

Dagegen stellt die Provision für den Zeitungsverkauf Arbeitsverdienst iSv. § 11 BUrlG dar. Provisionen sind Arbeitsverdienst, unabhängig davon, ob das Gehalt ausschließlich aus ihnen besteht oder ob daneben noch ein fixes Grundgehalt gezahlt wird (BAG 19.09.1985 – 6 AZR 460/83 – BAGE 49, 370). In die Berechnung des Urlaubsentgelts fließen die Provisionen ein, die im Referenzzeitraum gezahlt und fällig wurden.

Die Spesen für den geteilten Dienst sind Arbeitsverdienst iSd. § 11 BUrlG. Sie stellen keinen reinen Aufwendungsersatz dar, der unberücksichtigt bliebe. Vielmehr handelt es sich um eine Pauschalleistung, die unabhängig von dem Entstehen einzelner Aufwendungen gezahlt wird. Die Spesen für den geteilten Dienst erhält der Kläger nach § 10 Abs. 2 UA 3 Satz 4 MTV iVm. der Tarifsicherungsvereinbarung Besitzstandswahrung für Alt-P.-Beschäftigte vom 16.12.2008 unabhängig davon gezahlt, ob ihm Auslagen oder Mehraufwendungen durch den geteilten Dienst tatsächlich entstanden sind. Für jede Teilung einer Dienstschicht erhält der Arbeitnehmer eine Vergütung von 40 % seiner Lohngruppe. Bereits nach dem Wortlaut des Tarifvertrags geht es um Vergütung und nicht um Aufwendungsersatz. Es ist auch untypisch, dass Aufwendungen in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes einer Vergütungsgruppe gezahlt werden. Der Aufwand hängt nicht von der Vergütungsgruppe des einzelnen Arbeitnehmers ab. Die Zahlungen gehören entgegen der missverständlichen Bezeichnung in der Lohnabrechnung damit tarifrechtlich zum Arbeitsentgelt und sind auch bei der Berechnung der Urlaubsvergütung zu berücksichtigen.

b) Nach Maßgabe dieser Grundsätze fließen in den Geldfaktor der Grundlohn, der Nachtzuschlag, die Pausenvergütung, die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, der

Feiertagslohn, das Urlaubsentgelt, die Zeitungsprovision und die Spesen für den geteilten Dienst ein. Diese Vergütungsbestandteile hat die Beklagte in ihre als Anlage B 6 (Bl. 300 ff. d. A.) vorgelegte Berechnung (3. Berechnung) eingestellt. Für die Berechnung der Urlaubsvergütung für den Monat Januar 2008 ergibt sich danach ein Geldfaktor in Höhe von 13,11 EUR je Urlaubsstunde. Für den im April 2008 genommenen Urlaub beträgt der Geldfaktor 12,90 EUR und für den im August genommenen Urlaub 13,21 EUR.

Dass sich unter Berücksichtigung der aufgeführten Vergütungsbestandteile und unter Zugrundelegung der ausweislich der Lohnabrechnungen gezahlten Beträge diese Geldfaktoren ergeben, ist zwischen den Parteien unstrittig.

c) Für den Zeitfaktor ist maßgebend die Zeit, die der Arbeitnehmer gearbeitet hätte, wenn er nicht urlaubsbedingt von der Arbeit freigestellt wäre. Der Zeitfaktor bestimmt sich also durch die infolge des Urlaubs konkret ausgefallene Arbeitszeit. Die Parteien haben in der Berufungsinstanz übereinstimmend erklärt, dass der Kläger im Monat Januar 2008 an seinen Urlaubstagen durchschnittlich 8,62 Stunden gearbeitet hätte, im April 2008 8,72 Stunden und im August 2008 8,5 Stunden. Eine auf den einzelnen Urlaubstag bezogene Feststellung der konkret ausgefallenen Arbeitszeit ist nach übereinstimmender Darstellung der Parteien nicht möglich, da die Urlaubsplanung vor der Dienstplanung erfolgt. Es lässt sich nicht für jeden Tag feststellen, für wie viele Stunden der Kläger eingeteilt worden wäre, hätte er keinen Urlaub gehabt. Bestünde im vorliegenden Fall aufgrund der Erklärungen der Parteien nicht ausnahmsweise Einigkeit über den Zeitfaktor, ließe er sich nach den Vorgaben der Rechtsprechung nicht ermitteln. Auf die Ausführungen des Klägers (Bl. 220 f., 224 d. A.) und der Beklagten (Bl. 241 d. A.) wird verwiesen.

d) Für zwölf Tage gesetzlichen Urlaub im Januar 2008 ergibt sich bei einem Zeitfaktor von 8,62 Stunden und einem Geldfaktor von 13,11 Stunden eine Urlaubsvergütung in Höhe von 1.356,09 EUR. Zusammen mit der Vergütung für einen übergesetzlichen Urlaubstag in Höhe von 97,13 EUR konnte der Kläger für den im Januar genommenen Urlaub 1.453,23 EUR brutto verlangen. Gezahlt hat die Beklagte

1.262,63 EUR. Es ergibt sich daher eine Differenz zu Gunsten des Klägers in Höhe von 190,60 EUR brutto.

Für fünf gesetzliche Urlaubstage im April 2008 kann der Kläger bei einem Zeitfaktor von 8,72 Stunden und einem Geldfaktor von 12,90 EUR für jeden Urlaubstag 112,48 EUR, d. h. insgesamt 562,44 EUR brutto verlangen. Gezahlt hat die Beklagte jedoch nur eine Urlaubsvergütung in Höhe von 485,63 EUR, sodass eine Differenz zu Gunsten des Klägers in Höhe von 76,81 EUR brutto verbleibt.

Für die drei im Monat August 2008 genommenen gesetzlichen Urlaubstage hat der Kläger bei einem Zeitfaktor von 8,50 Stunden und einem Geldfaktor von 13,21 EUR Anspruch auf Urlaubsabgeltung in Höhe von 336,86 EUR. Unter Hinzurechnung der sich für fünf übergesetzliche Urlaubstage ergebenden 485,63 EUR beläuft sich sein Anspruch auf Urlaubsvergütung für den Monat August 2008 auf 822,49 EUR. Hierauf hat die Beklagte 777,00 EUR gezahlt, sodass eine Differenz zu Gunsten des Klägers in Höhe von 45,49 EUR verbleibt.

Insgesamt beläuft sich die von der Beklagten noch an den Kläger zu zahlende Urlaubsvergütung auf 312,90 EUR brutto.

5. Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 286, 288 BGB.

II. Die Berufung der Beklagten ist begründet, soweit das Arbeitsgericht sie zur Zahlung von 21,42 EUR brutto restlicher Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für den Monat Februar 2008 verurteilt hat. Insoweit ist die Klage abzuweisen. Die Berufung des Klägers, der über diesen Betrag hinaus weitere 41,26 EUR brutto an Entgeltfortzahlung für Februar 2008 verlangt, ist dagegen unbegründet. Die Beklagte hat dem Kläger die ihm nach dem MTV zustehende Entgeltfortzahlung berechnet und gezahlt. Ein weitergehender Anspruch steht ihm nicht zu.

1. Auf das Arbeitsverhältnis des Klägers finden §§ 18 Abs. 3 und 16 Abs. 6 MTV unstreitig Anwendung.

2. Mit § 18 Abs. 3 MTV haben die Tarifvertragsparteien den Umfang der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall eigenständig geregelt. Die Vorschrift legt die Bemessungsgrundlage der Entgeltfortzahlung eigenständig und abweichend von § 4 Abs. 1 EFZG fest. Sie bestimmt, dass der Arbeitnehmer während der Dauer der Erkrankung den Lohn fortgezahlt erhält, „der gemäß § 16 Abs. 6 (Urlaubslohn) gezahlt wird“. Gemäß § 16 Abs. 6 MTV bemisst sich die Entgeltfortzahlung „auf der Basis von 8 Std. pro Tag bei einer 5-Tage-Woche bzw. 7 Std. pro Tag bei einer 6-Tage-Woche unter Zugrundelegung des Tabellenlohns“. Die Tarifvorschrift des § 18 Abs. 3 MTV verweist damit wegen der Höhe des fortzuzahlenden Lohns allein auf die Höhe des Urlaubslohns. Es handelt sich um eine Rechtsfolgenverweisung. Es wird nur auf die Berechnung des fortzuzahlenden Lohns verwiesen, wie sie in § 16 Abs. 6 MTV ausformuliert ist. Die Regelung dient der Straffung des Textes, indem sie die Wiederholung vermeidet, dass auch im Fall der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall die Entgeltfortzahlung auf Basis von 8 Std. pro Tag bei einer 5-Tage-Woche bzw. 7 Std. pro Tag bei einer 6-Tage-Woche unter Zugrundelegung des Tabellenlohns erfolgt.

3. § 18 Abs. 3 MTV in Verbindung mit § 16 Abs. 6 MTV ist durch die Öffnungsklausel des § 4 Abs. 4 EFZG gedeckt. Danach kann durch Tarifvertrag eine von den Absätzen 1, 1a und 3 des § 4 EFZG abweichende Bemessungsgrundlage des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts festgelegt werden.

Zur Bemessungsgrundlage gehören die Berechnungsmethode (Ausfall- oder Referenzprinzip) sowie die Berechnungsgrundlage. Letztere setzt sich aus dem Geld- und Zeitfaktor zusammen. Das Gesetz erlaubt den Tarifvertragsparteien, sämtliche Elemente zu gestalten, die diese beiden Faktoren bestimmen. Entsprechend ist es zulässig, nicht die individuelle, sondern eine bestimmte Durchschnittsstundenzahl, hier sieben bzw. acht Stunden, für maßgeblich zu erklären. Hierdurch wird auch nicht gegen den Grundsatz der vollen Entgeltfortzahlung verstoßen, der nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien steht. Der Tarifvertrag senkt das fortzuzahlende Entgelt nicht gezielt auf unter 100 % ab. Dass der Zeitfaktor die regelmäßige individuelle Arbeitszeit unberücksichtigt lassen darf, folgt aus § 4 Abs. 1 a) Satz 1 EFZG. Danach ist die Überstundenvergütung ohnehin ausgenommen. Die Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien hinsichtlich des Zeitfaktors muss also weiterreichen. Daher ist

eine Tarifklausel, die nicht auf die individuelle, sondern auf eine andere (betriebsübliche, gesetzliche, tarifliche) Arbeitszeit abstellt, zulässig.

4. Nach § 18 Abs. 3 MTV in Verbindung mit § 16 Abs. 6 MTV konnte der Kläger daher für die drei Krankheitstage im Februar 2008 266,40 EUR brutto (3 x 8 x 11,10 EUR) beanspruchen. Aufgrund der Abrede im Tarifgespräch, wonach im Jahr 2008 statt 8 Stunden 8,75 Stunden angesetzt werden, hat die Beklagte 291,38 EUR gezahlt und damit den Anspruch des Klägers erfüllt.

C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO.

Die Revision ist im Hinblick auf § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zugelassen worden. Die Frage, ob die streitgegenständlichen tariflichen Regelungen von den Öffnungsklauseln der §§ 13 Abs. 1 BUrlG und 4 Abs. 4 Entgeltfortzahlungsgesetz gedeckt sind, betrifft zahlreiche Arbeitsverhältnisse im Geltungsbereich des MTV.

gez. ...

gez. ...

gez. ...