

Bundesarbeitsgericht
Urt. v. 26.02.2003, Az.: 5 AZR 112/02

Entgeltfortzahlung: Vom 1.Tag an muss attestiert werden

Verlässt ein Arbeitnehmer (hier: ein kaufmännischer Angestellter) seinen Arbeitsplatz mehrmals vorzeitig und erscheint er an verschiedenen Tagen gar nicht, weil er — angeblich — arbeitsunfähig krank war, so muss er das mit ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen belegen. Legt er kein Attest (und zwar vom 1. Krankheitstag an) vor, so hat er für die Fehlzeiten keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung.

Quelle: Wolfgang Büser

Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach Nr. 43 Abs. 1 Manteltarifvertrag (MTV); Bestimmung durch Tarifvertrag; Bescheinigung über Arbeitsunfähigkeit; Vorlagepflicht des Arbeitnehmers; Erster Tag einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit

Gericht: BAG

Datum: 26.02.2003

Aktenzeichen: 5 AZR 112/02

Entscheidungsform: Urteil

Referenz: JurionRS 2003, 12632

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

ArbG Weiden Kammer Schwandorf - 16.01.2001 - AZ: 4 Ca 1338/00 A

LAG Nürnberg - 22.01.2002 - AZ: 6 Sa 193/01

Rechtsgrundlagen:

§ 3 EFZG

§ 5 EFZG

§ 12 EFZG

Fundstellen:

BAGE 105, 171 - 180

ArbRB 2003, 237-238 (Volltext mit amtl. LS)

ArbRB 2003, 97 (Kurzinformation)

ARST 2004, 60-61

ARST 2003, 169 (Pressemitteilung)

AuA 2003, 56 (Volltext mit red. LS)

AuR 2003, 276 (amtl. Leitsatz)

BAGReport 2003, 230-232

BB 2003, 1622-1624

DB 2003, 1395-1396 (Volltext mit amtl. LS)
EBE/BAG 2003, 100-104
EzA-SD 12/2003, 7
EzA-SD 5/2003, 4 (Pressemitteilung)
FA 2003, 272 (Volltext mit amtl. LS)
FA 2003, 154-155 (Pressemitteilung)
FA 2003, 252 (amtl. Leitsatz)
FAr 2003, 154-155
FAr 2003, 252
FAr 2003, 272
GmbH-Report 2003, 156-157 (Pressemitteilung)
GmbH-Report 2003, R 156-R 157 (Pressemitteilung)
NWB 2003, 812-813
Personal 2003, 57
RDV 2003, 187 (Kurzinformation)
RdW 2004, 25-26
SAE 2003, 372
schnellbrief 2003, 8
StuB 2003, 432
StuB 2003, 912
ZfPR 2003, 113
ZTR 2004, 200 (amtl. Leitsatz)
ZTR 2003, 227-228 (Pressemitteilung)

BAG, 26.02.2003 - 5 AZR 112/02

Amtlicher Leitsatz:

Durch Tarifvertrag kann bestimmt werden, daß der Arbeitnehmer eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung generell bereits für den ersten Tag einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit beizubringen hat (Bestätigung von BAG 25. Januar 2000 - 1 ABR 3/99 - BAGE 93, 276).

Tenor:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 22. Januar 2002 - 6 Sa 193/01 - wird zurückgewiesen.

2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten über Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.
- 2 Der Kläger ist bei der Beklagten seit dem 1. Juli 1971 als kaufmännischer Angestellter gegen ein monatliches Bruttoentgelt von zuletzt 4.417,00 DM nebst einem Arbeitgeberanteil zu den vermögenswirksamen Leistungen von 52,00 DM beschäftigt. Er ist Vorsitzender des bei der Beklagten eingerichteten Betriebsrats. Auf das Arbeitsverhältnis finden kraft beiderseitiger Organisationszugehörigkeit der Manteltarifvertrag vom 1. Juli 1998 für die kaufmännischen und technischen Angestellten sowie Meister der Steine- und Erden-Industrie und des Betonsteinhandwerks in Bayern (MTV) und der Tarifvertrag vom 9. Mai 1985 über die Gewährung vermögenswirksamer Leistungen für die Arbeitnehmer in der Industrie der Steine und Erden und im Betonsteinhandwerk in Bayern (TV-VL) Anwendung.

- 3 Der MTV enthält ua. folgende Regelungen:

"Arbeitsausfall

*1.
Arbeitsausfall infolge Krankheit*

*43.
Für die Laufzeit dieses Tarifvertrages wird folgendes vereinbart - gültig ab 1. Mai 1997:*

Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge einer unverschuldeten Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, so hat er Anspruch auf volle Entgeltfortzahlung bis zur Dauer von 6 Wochen, wobei die Erkrankung unverzüglich dem Arbeitgeber anzuzeigen und eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem 1. Krankheitstag vorzulegen ist.

Eine Präzisierung der auf dieser Regelung resultierenden Pflichten findet auf betrieblicher Ebene statt. . . .

Im übrigen gelten die gesetzlichen Bestimmungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes . . ."

- 4 Der TV-VL sieht ua. folgende Regelungen vor:

"§ 2 Höhe der Leistung

*1.
Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Arbeitnehmer nach den Bestimmungen des 4. VermBG vom 6. Februar 1984 vermögenswirksame Leistungen*

. . . ab 1. Januar 1987 in Höhe von monatlich 52,00 DM zu gewähren.

. . .

§ 3 Leistungsvoraussetzungen

. . .

*3.
In Monaten, in denen der Arbeitnehmer nicht voll arbeitet, wird die Leistung anteilig*

für die Zeit erbracht, in der er gesetzlich oder tariflich Anspruch auf Arbeitsentgelt hat.

Anteilige Zahlung ist ein Betrag . . .

ab 1987 von 2,40 DM je Arbeitstag in der 5-Tage-Woche . . . "

- 5 In einem arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren hat die Beklagte mit dem Betriebsrat am 9. Dezember 1997 folgenden Vergleich geschlossen:

"1.

Die Beteiligten sind darüber einig, daß gewerbliche Arbeitnehmer verpflichtet sind, ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen. Für Angestellte besteht diese Verpflichtung ab dem dritten Tag der Arbeitsunfähigkeit.

2.

Im übrigen gilt das Entgeltfortzahlungsgesetz .

3.

Die Beteiligten sind darüber einig, daß diese Regelung seit 22.10.1996 gilt. "

- 6 Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit des Klägers beträgt 38 Stunden. Montag bis Donnerstag arbeitet der Kläger von 6. 00 Uhr bis 14. 40 Uhr abzüglich zweier Pausen zu je 20 Minuten, am Freitag von 6. 00 Uhr bis 12. 20 Uhr abzüglich einer Pause von 20 Minuten.
- 7 Am Montag, dem 3. Juli 2000, verließ der Kläger kurz nach 10. 00 Uhr seinen Arbeitsplatz und arbeitete auch an den beiden folgenden Tagen nicht. Am Dienstag, dem 11. Juli 2000, verließ er kurz vor 12. 00 Uhr seinen Arbeitsplatz und nahm die Arbeit auch an den beiden folgenden Tagen nicht auf. Am Donnerstag, dem 20. Juli 2000, ging er gegen 11. 45 Uhr nach Hause und erschien am folgenden Tag nicht zur Arbeit. Insgesamt entfiel Arbeitszeit im Umfang von 47, 50 Stunden. Der Kläger meldete sich jeweils bei der Beklagten mit einer kurzen schriftlichen Mitteilung , daß er krank sei und nach Hause gehe, ab. Diesen Fehlzeiten gingen mehrere Rechtsstreitigkeiten der Parteien über Entgeltfortzahlungsansprüche aus angeblichen Kurzerkrankungen und über die Verpflichtung zur Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung voraus.
- 8 Die Beklagte zahlte an den Kläger für Juli 2000 Vergütung iHv. 3.110,40 DM brutto und einen Arbeitgeberanteil zu den vermögenswirksamen Leistungen iHv. 38,40 DM brutto. Vermögenswirksame Leistungen führte sie iHv. 78,00 DM ab. Der Kläger begehrt Entgeltfortzahlung iHv. 1.306,60 DM brutto und einen weiteren Arbeitgeberanteil zu den vermögenswirksamen Leistungen iHv. 13,60 DM brutto.
- 9 Der Kläger hat behauptet, er sei in den genannten Zeiträumen arbeitsunfähig krank gewesen. Zur Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sei er nicht verpflichtet. Nr. 43 MTV enthalte eine gesetzlich nicht zugelassene Abweichung von § 5 Abs. 1 EFZG . Jedenfalls ergebe sich aus dem Vergleich vom 9. Dezember 1997, daß er als Angestellter zur Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht verpflichtet sei. Die Beklagte habe im Juli 2000 keine Zweifel an seiner Arbeitsunfähigkeit geäußert und erst am Ende des Abrechnungsmonats die Entgeltfortzahlung verweigert. Der Arbeitgeber müsse etwaige Zweifel dem Arbeitnehmer jedoch rechtzeitig mitteilen. Der Beklagten stehe allenfalls ein zeitweiliges, nicht aber ein endgültiges Leistungsverweigerungsrecht zu. Die Berechnung des Gehaltsabzugs sei auch nicht tarifkonform. Da die Erkrankung während der Arbeitszeit aufgetreten sei, dürfe der angebrochene Arbeitstag nicht mitgerechnet werden. Zur Kürzung der vermögenswirksamen Leistungen sei die Beklagte nicht berechtigt. Allenfalls komme eine Kürzung um 2,40 DM für einen vollen Fehltag in Betracht.

- 10 Der Kläger hat beantragt,
die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.320,00 DM brutto nebst Zinsen iHv. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz gem. § 1 DÜG seit dem 1. August 2000 zu zahlen.
- 11 Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.
- 12 Der Kläger sei in den streitigen Zeiträumen nicht arbeitsunfähig gewesen. Er habe seine Arbeitsunfähigkeit entgegen der auf Tarifvertrag beruhenden Verpflichtung nicht durch eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung und auch nicht auf andere Weise nachgewiesen.
- 13 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht die hiergegen gerichtete Berufung zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Zahlungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe

- 14 Die Revision ist nicht begründet. Die Vorinstanzen haben einen Anspruch des Klägers auf Entgeltfortzahlung und auf weitere vermögenswirksame Leistungen zu Recht verneint.
- 15 I.
Der Kläger hat keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung gemäß Nr. 43 Abs. 1 MTV. Er hat seine Arbeitsunfähigkeit weder durch eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung noch in sonstiger Weise nachgewiesen.
- 16 1.
Nr. 43 MTV entspricht hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen und der Dauer des Entgeltfortzahlungsanspruchs dem nicht tarifdispositiven § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG . Der Arbeitnehmer hat die Anspruchsvoraussetzungen darzulegen und zu beweisen. In der Regel führt er den Beweis der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit durch die Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG . Die ordnungsgemäß ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist das gesetzlich ausdrücklich vorgesehene und insoweit wichtigste Beweismittel für das Vorliegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. Einer solchen Bescheinigung kommt ein hoher Beweiswert zu. Dies ergibt sich aus der Lebenserfahrung. Der Tatrichter kann normalerweise den Beweis, daß eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vorliegt, als erbracht ansehen, wenn der Arbeitnehmer im Rechtsstreit eine solche Bescheinigung vorlegt (st. Rspr. , vgl. nur BAG 19. Februar 1997 - 5 AZR 83/96 -BAGE 85, 167, 171 f. , zu II der Gründe; 1. Oktober 1997 - 5 AZR 726/96 - BAGE 86, 357, 360).
- 17 2.
Eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung hat der Kläger für die Zeiten, für die er Arbeitsunfähigkeit behauptet, nicht vorgelegt, obwohl er nach Nr. 43 MTV eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Krankheitstag vorzulegen hatte.
- 18 Die tarifvertragliche Verpflichtung ist wirksam; sie begründet keine Abweichung von § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG zuungunsten des Arbeitnehmers im Sinne des § 12 EFZG .
- 19 a)
Die Arbeitsvertragsparteien können vereinbaren, daß eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung generell bereits für den ersten Tag einer krankheitsbedingten

Arbeitsunfähigkeit beigebracht werden muß (BAG 1. Oktober 1997 - 5 AZR 726/96 - BAGE86, 357, 362 ff.). Eine solche Vereinbarung entspricht § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG und stellt keine Abweichung zu Ungunsten des Arbeitnehmers iSd. § 12 EFZG dar. Dasselbe gilt für eine entsprechende tarifliche Regelung. Es ist nicht ersichtlich, warum eine tarifliche Regelung, durch die ebenfalls der Inhalt der Arbeitsverhältnisse gestaltet wird, anders als eine generelle arbeitsvertragliche Vereinbarung ein Abweichen von den Bestimmungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes zuungunsten der Arbeitnehmer darstellen soll (BAG 25. Januar 2000 - 1 ABR 3/99 - BAGE93, 276, 287 f. ; zustimmend ErfK/Dörner 3. Aufl. EFZG § 12 Rn. 6; Schaub/Linck Arbeitsrechts-Handbuch 10. Aufl. § 98 Rn. 135).

20 b)

Gegenteilige Auffassungen im arbeitsrechtlichen Schrifttum (Schliemann AuR 1994, 317, 324; Schaub BB 1994, 1629, 1630; Berenz DB 1995, 2166, 2171 ; Worzalla NZA 1996, 61, 66; Feichtinger AR-Blattei-SD Anzeige- und Nachweispflicht bei Arbeitsunfähigkeit Stand Januar 2003 Rn. 33; Kasseler Handbuch/Vossen 2. 2 Rz. 213 f. ; ders. Entgeltfortzahlung Rn. 299; Schmitt EFZG 4. Aufl. § 5 Rn. 55; Marienhagen/Künzl EFZG Stand Mai 2002 § 5 Rn. 11) werden zumeist mit der jeden Fall der Arbeitsunfähigkeit betreffenden normativen Wirkung des Tarifvertrags begründet; diese sei für den Arbeitnehmer ungünstiger als ein nur einzelfallbezogenes konkretes Vorlageverlangen des Arbeitgebers. Zum Teil wird darauf abgestellt, daß bei einer tarifvertraglichen Regelung eine vom Willen des Arbeitgebers unabhängige Verpflichtung zur vorzeitigen Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung eintrete (Marienhagen/Künzl aaO).

21 c)

Demgegenüber läßt der Wortlaut des § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG weder erkennen, daß ein solches Verlangen nicht generell oder pauschal erhoben werden darf, noch verbietet er eine entsprechende Verpflichtung des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag (Senat 1. Oktober 1997 - 5 AZR 726/96 - BAGE 86, 357, 361 [BAG 01.10.1997 - 5 AZR 726/96]). Daß § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG ein Verlangen des Arbeitgebers voraussetzt, steht auch einer normativen tariflichen Regelung, die ein solches Verlangen begründet, nicht entgegen. Dem Tatbestandsmerkmal des "Verlangens" kann nicht entnommen werden, daß die Vorlagepflicht des Arbeitnehmers von einem auf den Einzelfall bezogenen Willen oder wenigstens einem generellen Willen hinsichtlich eines bestimmten Arbeitnehmers getragen sein müsse. § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG begründet einen Anspruch des Arbeitgebers (§ 194 Abs. 1 BGB). Dieser Anspruch kann in einem Einzelfall ausgeübt, arbeitsvertraglich vereinbart oder durch Tarifvertrag geltend gemacht werden.

22 d)

Aus der Systematik von § 5 Abs. 1 Sätze 2 und 3 EFZG ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, daß die Verpflichtung zur Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit nicht durch Tarifvertrag begründet werden könnte. Auch insoweit besteht kein Unterschied zu einer auf dem Arbeitsvertrag beruhenden Verpflichtung (vgl. hierzu Senat 1. Oktober 1997 - 5 AZR 726/96 - BAGE 86, 357, 361 f.)

23 e)

Sinn und Zweck des Entgeltfortzahlungsgesetzes stehen dem nicht entgegen. Zwar hat der Gesetzgeber bewußt auf die gesetzliche Einführung einer Pflicht zur Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung am ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit verzichtet, weil dies zur Attestierung längerer Arbeitsunfähigkeit führen könnte. Indessen werden Arbeitnehmer durch § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG nicht gehindert, bereits am ersten Tag der Erkrankung ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, daß das Interesse der Arbeitgeber gegenüber dem der Krankenkassen an einer Kostenersparnis zurückzustehen hat. Mit der Regelung in § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG sollte der Arbeitgeber "in jedem Fall" die Möglichkeit erhalten, sich die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit schon für den ersten Tag durch eine ärztliche Bescheinigung nachweisen zu lassen (BT-Drucks. 12/5798 S 26). Die Bekämpfung des Mißbrauchs und die

Kostensparnis waren gleichrangige wesentliche Anliegen des Gesetzgebers (BT-Drucks. 12/5798 S 26 in Verb, mit BT-Drucks. 12/5263 S 14; vgl. bereits Senat 1. Oktober 1997 - 5 AZR 726/96 - BAGE 86, 357, 362).

24 f)

Bestand demnach die Pflicht des Klägers zur unaufgeforderten Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, so war die Beklagte nicht gehalten, Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit innerhalb der ersten drei Tage mitzuteilen. Abgesehen davon ist es dem Arbeitgeber auch dann nicht ohne weiteres verwehrt, die Arbeitsunfähigkeit zu bestreiten, wenn er von seinem Recht aus § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG keinen Gebrauch gemacht hat. Hierin liegt nicht stets ein widersprüchliches Verhalten. Der Arbeitnehmer muß vielmehr damit rechnen, daß sich häufig erst im Laufe der Zeit Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit ergeben.

25 3.

Der gerichtliche Vergleich zwischen der Beklagten und ihrem Betriebsrat vom 9. Dezember 1997 verändert die Rechtslage nicht.

26 a)

Arbeitgeber und Betriebsrat haben damit eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen, die unmittelbar und zwingend die mit der Beklagten geschlossenen Arbeitsverhältnisse gestalten sollte. Die nach § 77 Abs. 2 BetrVG erforderliche Schriftform wird durch die Protokollierung nach den Vorschriften der §§ 159 ff. ZPO ersetzt (§ 127 a , § 126 Abs. 1, 2 und 4 BGB).

27 b)

Diese Betriebsvereinbarung ist wegen Verstoßes gegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nichtig.

28 aa)

Nach § 77 Abs. 3 BetrVG können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Durch diese Vorschrift soll die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gewährleistet werden, indem den Tarifvertragsparteien Vorrang bei der Regelung der Arbeitsbedingungen eingeräumt wird. Auf Günstigkeitsgesichtspunkte kommt es dabei nicht an (st. Rspr. , vgl. BAG 24. Januar 1996 - 1 AZR 597/95 - BAGE 82, 89, 93 f. ; 5. März 1997 - 4 AZR 532/95 - BAGE 85, 208, 217 f. [BAG 05.03.1997 - 4 AZR 532/95] [BAG 05.03.1997 - 4 AZR 532/95]). Nach § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG gilt die Regelungssperre dann nicht, wenn ein Tarifvertrag den Abschluß ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zuläßt. Dies muß nicht wörtlich geschehen. Die Zulassung muß im Tarifvertrag nur deutlich zum Ausdruck kommen (BAG 20. April 1999 - 1 AZR 631/98 - BAGE 91, 244, 254; 29. Oktober 2002 - 1 AZR 573/01 - DB 2003, 455).

29 bb)

Nr. 43 Abs. 1 MTV entfaltet jedenfalls für die hier streitigen Zeiträume im Juli 2000 Sperrwirkung gemäß § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG gegenüber Ziff. 1 der Betriebsvereinbarung. Nr. 43 MTV galt in der vorliegenden Fassung bereits seit dem 1. Mai 1997 und damit im Zeitpunkt des Eintritts der Bestandskraft des Vergleiches. Danach ist im Geltungsbereich des Tarifvertrags abschließend geregelt, daß *"eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem 1. Krankheitstag vorzulegen ist"*. Nach Nr. 2 MTV gilt der Tarifvertrag *"für die Angestellten im Sinne des § 1 Absatz 1 des Angestelltenversicherungsgesetzes, also für alle kaufmännischen und technischen Angestellten und Meister. . . "*. Dies läßt keinen Raum dafür, die Verpflichtung für Angestellte auf die Zeit ab dem dritten Tag der Arbeitsunfähigkeit zu beschränken. Eine solche Regelung widerspricht Nr. 43 Abs. 1 MTV. Es liegt damit auch keine bloße Präzisierung der aus Nr. 43 Abs. 1 MTV resultierenden

Pflichten auf betrieblicher Ebene vor. Nr. 43 Abs. 2 MTV stellt die nach Abs. 1 zwingende Verpflichtung zur Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Krankheitstag nicht zur Disposition der Betriebsparteien und eröffnet ihnen nicht die Möglichkeit, in Abweichung von Nr. 43 Abs. 1 MTV eine andere Regelung zur Vorlagepflicht zu schaffen.

30 c)

Es kann dahingestellt bleiben, ob in der nichtigen Betriebsvereinbarung eine Regelungsabrede zu sehen ist. Eine Regelungsabrede hätte jedenfalls keine normative Wirkung im Arbeitsverhältnis. Nach dem Vortrag des Klägers ist nicht ersichtlich, daß der Arbeitgeber den Inhalt einer Regelungsabrede individualrechtlich umgesetzt hätte (vgl. BAG 20. April 1999 - 1 ABR 72/98 - BAGE 91, 210, 222). Der Kläger hat auch die Voraussetzungen einer einzelvertraglichen Zusage oder betrieblichen Übung nicht dargelegt. Vielmehr war ihm nach dem unstreitigen Vortrag der Beklagten schon wegen der vorausgegangenen Rechtsstreitigkeiten bekannt, daß die Beklagte auch für Kurzerkrankungen die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit verlangte. Für einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz bestehen keine Anhaltspunkte.

31 4.

Der Kläger hat die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit auch nicht in sonstiger Weise nachgewiesen.

32 a)

Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, der Kläger habe nicht in zulässiger Weise Beweis angetreten. Die Verfahrensrüge, das Landesarbeitsgericht habe durch die unterlassene Beweisaufnahme § 286 ZPO verletzt, greift nicht durch. Die Revisionsbegründung berücksichtigt nicht, daß das Landesarbeitsgericht nur zulässigen Beweisanträgen nachzugehen hatte. Wird ein Beweis angetreten, bei dem es an der Bestimmtheit der zu beweisenden Tatsachen fehlt und sollen durch die beabsichtigte Beweiserhebung erst die Grundlagen für substantiierte Tatsachenbehauptungen gewonnen werden, ist der Beweisantritt unzulässig und unbeachtlich (BAG 28. Mai 1998 - 6 AZR 618/96 - BAGE 89, 70). Gem. § 373 ZPO muß die beweispflichtige Partei diejenigen Tatsachen bezeichnen, zu denen der Zeuge vernommen werden soll. Tatsachen sind konkrete, nach Zeit und Raum bestimmte, der Vergangenheit oder der Gegenwart angehörige Geschehnisse oder Zustände. Entsprechen die unter Beweis gestellten Behauptungen nicht diesen Anforderungen, dient die Beweiserhebung der Ausforschung und hat zu unterbleiben (BAG 15. Dezember 1999 - 5 AZR 566/98 - AP HGB § 84 Nr. 9 = EzA BGB § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 78 ; 12. April 2000 - 5 AZR 704/98 - AP JVG § 1 Tarifverträge: Einzelhandel Nr. 72). Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß der Kläger keine hinreichend substantiierten Tatsachen vorgetragen hat, die den Schluß auf eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit zulassen. Auch fehlt es an jeglicher Darlegung zu den Auswirkungen der behaupteten Erkrankungen auf die Arbeitsfähigkeit des Klägers. Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb dessen Ehefrau Angaben über das Krankheitsgefühl und das Gefühl des Unwohlseins des Klägers hätte machen können.

33 b)

Das Landesarbeitsgericht hat weiter richtig erkannt, daß die Beklagte zunächst nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG berechtigt war, die begehrte Entgeltfortzahlung zu verweigern, solange der Kläger eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht vorgelegt hatte. Bestreitet jedoch der Arbeitgeber im Prozeß die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit in zulässiger und hinreichender Weise, so hat der Arbeitnehmer diese nachzuweisen. Gelingt der Beweis der anspruchsbegründenden Tatsachen weder durch die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung noch in sonstiger Weise, ist die Klage als unbegründet abzuweisen (BAG 1. Oktober 1997 - 5 AZR 726/96 - BAGE 86, 357, 365 f. [BAG 01.10.1997 - 5 AZR 726/96]). Mit Eintritt der Rechtskraft der klageabweisenden Entscheidung steht fest, daß der behauptete Entgeltfortzahlungsanspruch nicht gegeben ist. Es besteht dann nicht

mehr nur ein zeitweiliges Leistungsverweigerungsrecht. § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG betrifft die Rechtsfolgen einer fehlenden oder verspäteten Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Die Norm begründet ein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers und schließt damit dessen Verzug aus, regelt aber nicht die Darlegungs- und Beweislast im Entgeltfortzahlungsprozeß abweichend von den allgemeinen Regeln.

34 II.

Der Kläger hat für die Zeiten, in denen er nicht gearbeitet hat, keinen Vergütungsanspruch gemäß § 616 BGB. Zwar erhält der Arbeitnehmer, der im Laufe der Arbeitsschicht erkrankt, für die verbleibende Zeit des Arbeitstags ebenfalls noch Arbeitsentgelt; dieser Tag wird bei der Berechnung des Sechs-Wochen-Zeitraums nicht mitberücksichtigt (BAG 4. Mai 1971 - 1 AZR 305/70 - BAGE 23, 340). Doch muß der Arbeitnehmer die krankheitsbedingte Verhinderung an der Dienstleistung auch hier darlegen und, soweit bestritten, beweisen. Diesen Anforderungen ist der Kläger nicht nachgekommen.

35 III.

Die Berechnung des Vergütungsabzugs durch die Beklagte ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Besondere tarifliche Berechnungsvorschriften bestehen nicht. Im Juli 2000 schuldete der Kläger eine Arbeitszeit von insgesamt 160 Stunden (17 Arbeitstage zu 8 Stunden und 4 Arbeitstage zu 6 Stunden). Durch die Fehlzeiten des Klägers sind nach den Feststellungen der Vorinstanzen insgesamt 47,5 Arbeitsstunden entfallen. Bei anteiliger stundenbezogener Berechnung betrug die Vergütung im Juli 2000 27,61 DM brutto je Stunde. Stellt man auf die regelmäßige durchschnittliche monatliche Arbeitszeit von 164,67 Stunden ab, ergibt sich daraus eine Vergütung von 26,82 brutto je Arbeitsstunde. Daraus folgt jedenfalls kein Vergütungsanspruch, der den von der Beklagten abgerechneten Betrag von 3.110,40 DM brutto übersteigt. Dem Kläger steht daher für Juli 2000 ein weiterer Vergütungsanspruch nicht zu.

36 IV.

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zahlung eines weiteren Arbeitgeberanteils zu den vermögenswirksamen Leistungen für den Monat Juli 2000 iHv 13,60 DM brutto aus § 2 Abs. 1 iVm. § 3 Abs. 3 TV-VL.

37 1.

Der Anspruch scheidet nicht schon daran, daß der Kläger die Auszahlung der *"vermögenswirksamen Leistungen"* an sich begehrt. Der Arbeitgeber hat zwar nach § 3 Abs. 2 Satz 1, 5 VermBG die vermögenswirksamen Leistungen für den Arbeitnehmer unmittelbar an das Unternehmen oder Institut zu überweisen, bei dem sie angelegt werden sollen. Dieser Verpflichtung ist die Beklagte jedoch ausweislich der erteilten.

38 Abrechnung nachgekommen, indem sie die vermögenswirksamen Leistungen in voller Höhe von 78,00 DM abgeführt hat. Da der Kläger den beim Arbeitgeberanteil zu den vermögenswirksamen Leistungen fehlenden Teil aus seiner Vergütung erbracht hat, verlangt er die Zahlung konsequent an sich selbst. Zu Recht macht er auch einen Bruttobetrag geltend, da es sich nach § 2 Abs. 6 und 7, 5 VermBG um steuerpflichtige Einnahmen im Sinne des EStG handelt.

39 2.

Der Anspruch ergibt sich nicht aus dem TV-VL.

40 a)

Bereits aus dem Wortlaut von § 3 Abs. 3 Satz 1 TV-VL folgt, daß der Kläger für die streitigen Zeiträume im Juli 2000, für die ihm weder Entgeltfortzahlung noch Vergütung zusteht, keinen Anspruch auf den vollen Arbeitgeberanteil zu den vermögenswirksamen Leistungen hat. Denn in Monaten, in denen der Arbeitnehmer nicht voll gearbeitet hat, werden die vermögenswirksamen Leistungen anteilig für die Zeit erbracht, in der er gesetzlich oder tariflich Anspruch auf Arbeitsentgelt hat. Zum Arbeitsentgelt gehören Lohnersatzleistungen wie Entgeltfortzahlung und Urlaubsentgelt. Einen solchen Anspruch hat der Kläger für die entstandenen Fehlzeiten im Juli 2000 nicht.

41 b)

Die Beklagte hat den verbliebenen Anspruch in nicht zu beanstandender Weise berechnet. Nach § 3 Abs. 3 Satz 2 TV-VL ist je Arbeitstag in der 5-Tage-Woche anteilig ein Betrag von 2,40 DM zu leisten. Die Tarifvertragsparteien haben damit eine pauschalierte Berechnungsweise gewählt, die auf Arbeitstage abstellt. Aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem tariflichen Zusammenhang ergibt sich, daß Grundlage der Berechnung die Zahl der Tage mit Entgeltanspruch und nicht etwa das Verhältnis der geleisteten zur geschuldeten Arbeitszeit sein soll. Hätten die Tarifvertragsparteien auf letzteres abstellen wollen, hätte es der Regelung des Satzes 2 nicht bedurft. Eine Quotelung nach der Arbeitszeit hätte sich bereits Satz 1 entnehmen lassen. Die Tarifvertragsparteien haben entgegen der Auffassung des Klägers keine Kürzung des Anspruchs geregelt, sondern positiv die Entstehung des Anspruchs an die Arbeitstage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt geknüpft. Daß diese Berechnungsweise im Ergebnis in Monaten mit 21 oder weniger Arbeitstagen zu einer überproportionalen Kürzung, in Monaten mit 22 oder mehr Arbeitstagen zu einer unterproportionalen Kürzung führt, ist die Folge der Pauschalierung je Arbeitstag. Der Kläger hat im Juli 2000 an 16 Arbeitstagen ganz oder teilweise gearbeitet und einen Anspruch auf Arbeitsentgelt erworben. Hieraus folgt kein Anspruch auf einen Arbeitgeberanteil zu den vermögenswirksamen Leistungen, der den von der Beklagten geleisteten Betrag von 38,40 DM brutto (= 16 x 2,40 DM) übersteigt. Ob dem Kläger auch für Arbeitstage, an denen er nur teilweise gearbeitet hat, der volle Betrag von 2,40 DM zusteht, bedarf keiner Entscheidung.

42 V.

Der Kläger hat die Kosten seiner erfolglosen Revision nach § 97 Abs. 1 ZPO zu tragen.

Von Rechts wegen!