

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Grundsatz
3. Annahmeverzug, § 615 BGB
4. Beschäftigungsverbote, § 11 MuSchG
5. Betriebsratstätigkeiten, § 37 BetrVG
6. Bezahlte Freistellung
7. Bildungsurlaub
8. Entgeltfortzahlung an Feiertagen, § 2 EFZG
9. Entgeltfortzahlung bei Krankheit, §§ 3 ff. EFZG
10. Mutterschaftsgeld, §§ 13, 14 MuSchG
11. Urlaubsentgelt, § 11 BUrlG
12. Vorübergehende Verhinderung, § 616 BGB
13. Abschließender Hinweis
14. Rechtsprechungs-ABC
  - 14.1 Mutterschaftsgeld
  - 14.2 Tarifliche Abweichung - 1
  - 14.3 Tarifliche Abweichung - 2
  - 14.4 Urlaubsentgelt
  - 14.5 Zusätzliche Überstundenvergütung
  - 14.6 Zuschläge

### Information

#### 1. Allgemeines

Der Arbeitgeber braucht nach dem **Grundsatz "keine Arbeit, kein Lohn"** für arbeitsfreie Zeiten eigentlich überhaupt keine Vergütung zu zahlen. Die **Vergütung** für Überstunden kann daher vom Ansatz her auch nur dann anfallen, wenn **tatsächlich Überstunden** geleistet werden. Das ist der Fall, wenn **über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus** gearbeitet wird. Hat der Arbeitnehmer aus irgendeinem Grund **arbeitsfrei**, fallen rein **tatsächlich keine Überstunden** an: Er leistet die geschuldete Arbeit ja nicht über den vereinbarten Zeitrahmen hinaus.

#### **Praxistipp:**

Es ist ein weit verbreiteter Irrtum, dass das Entgelt für Überstunden - Grundlohn und Zuschläge - immer zu berücksichtigen sind, wenn Entgelt fortgezahlt werden muss. Das BUrlG und das EFZG nehmen zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienst sogar ausdrücklich vom Urlaubsentgelt und der Entgeltfortzahlung aus. In anderen Fällen muss sich der Arbeitgeber fragen, ob der Arbeitnehmer an dem Tag, für den er das Entgelt fortzahlen soll, überhaupt Überstunden gemacht hätte. Ist das auszuschließen, bleiben Überstunden auch hier unberücksichtigt.

Arbeitnehmer sind auf ihren **Arbeitsverdienst als Einnahmequelle** angewiesen. Fehlt er - wenn auch nur teilweise -, sind **finanzielle Engpässe** vorprogrammiert. Die Miete für die Wohnung oder die Darlehensraten für das Eigenheim müssen gezahlt und die laufenden Abbuchungen - Gas, Strom, Versicherungen, Wasser etc. - mit Geld unterlegt werden. Weil das so ist, sieht der **Gesetzgeber** für **bestimmte arbeitsfreie Zeiten** vor, dass der Arbeitnehmer einen **Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts** hat. Dazu kann je nach

Anspruchsgrundlage - zum Beispiel § 2 EFZG , § 616 Satz 1 BGB - dann auch das **Entgelt für Überstunden** gehören.

## 2. Grundsatz

In **arbeitsfreien Zeiten**, in denen Arbeitnehmer die **geschuldete Arbeit** nicht leisten, fallen tatsächlich

- **weder reguläre Arbeitsstunden**
- **noch Überstunden**

an.

### **Beispiel:**

Sabrina Siechner arbeitet bei der Sick, Dett & Rotten Wirtschaftsprüfer GmbH als Steuerberaterin. Sie hat mit ihrem Arbeitgeber eine 40-Stunden-Woche vereinbart. Tatsächlich arbeitet Frau Siechner manchmal bis zu 60 Stunden in der Woche und nimmt sich oft auch noch übers Wochenende Akten mit nach Hause. Sabrina bekommt ihre Überstunden von der Sick, Dett & Rotten Wirtschaftsprüfer GmbH bezahlt. In der Zeit vom 03.06. bis 27.06. ist sie arbeitsunfähig krank. In dieser Zeit leistet Sabrina tatsächlich keine Arbeit - weder reguläre Arbeitsstunden noch Überstunden.

**Arbeitsfreie Zeiten** sind vom Grundsatz her **vergütungsneutral**. Es sei denn, der **Arbeitgeber** ist

- individual- oder
- kollektivrechtlich oder
- gesetzlich

**verpflichtet**, für arbeitsfreie Zeiten **Entgelt zu zahlen**.

### **Beispiel:**

Sabrina aus dem vorausgehenden Beispiel hat für die Zeit vom 03.06. bis zum 27.06. Entgeltfortzahlungsansprüche nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG . Sie bekommt für diese arbeitsfreie Zeit - weil es dafür eine gesetzliche Anspruchsgrundlage gibt - von der Sick, Dett & Rotten Wirtschaftsprüfer GmbH Geld, obwohl sie tatsächlich keine einzige Stunde gearbeitet hat. Erhält Sabrina auch einen finanziellen Ausgleich für ihre - ausgefallenen - Überstunden? Nun, diese Frage wird in Gliederungspunkt 9. beantwortet.

In der Regel ist es so, dass die **Anspruchsgrundlagen**, die eine **Fortzahlung von Entgelt** in arbeitsfreien Zeiten vorsehen, auch regeln, was mit den Überstunden und der Überstundenvergütung passiert.

## 3. Annahmeverzug, § 615 BGB

Kommt der **Arbeitgeber** mit der **Annahme der Leistung** Arbeit in Verzug , kann

- der Arbeitnehmer
- **für** die infolge des Verzugs **nicht geleistete Arbeit**
- **das vereinbarte Arbeitsentgelt** verlangen, § 615 Satz 1 BGB .

Der Anspruch auf Verzugslohn geht auf die **Bruttovergütung**, die der Arbeitnehmer bekommen hätte, wenn der Arbeitgeber seine **Leistung vertragsgemäß abgerufen** hätte. Es gilt das klassische **Lohnausfallprinzip**. Hätte der Arbeitnehmer ohne den Annahmeverzug **Überstunden** gemacht, muss der Arbeitgeber diese Überstunden **als Verzugslohn** zahlen - einschließlich etwaiger Zuschläge.

### **Beispiel:**

Die Kargow GmbH ist im Transportgewerbe tätig und fährt mit einer Vielzahl Lkw nationale und internationale Touren. Trucker Gabriel Gunter soll am 07.08. vom Standort Hamburg die Münsterlandtour fahren - er wird einschließlich Pausen zehn Stunden unterwegs sein. Am 06.08. ruft die GmbH Gabriel an und sagt ihm, sein Lkw werde am 07.08. für eine Tour nach Kroatien gebraucht - er könne am 07.08. zu Hause bleiben, weil er nicht fahren müsse. Hätte Gabriel die Tour gefahren, hätte er acht reguläre Arbeitsstunden und zwei Überstunden gemacht. Die Kargow GmbH muss als Verzugslohn sowohl die acht regulären Arbeitsstunden bezahlen als auch die beiden Überstunden.

**Bei schwankendem Arbeitslohn** kann man das durchschnittliche Arbeitsentgelt mit der sogenannten **Referenzmethode** nach

- den letzten vor dem Annahmeverzug abgerechneten drei Monaten oder
- dreizehn Wochen

berechnen. Auch hier fließt die **Überstundenvergütung** ein. Gibt es jahreszeitliche oder **saisonale Entgeltschwankungen**, sollte ein längerer Referenzzeitraum gewählt werden: So sind bei hohem Verdienst im Weihnachtsgeschäft und einer Flaute in den Sommermonaten durchaus **zwölf Monate als Referenzzeitraum** angezeigt.

#### 4. Beschäftigungsverbote, § 11 MuSchG

Das **Mutterschutzgesetz** sieht Beschäftigungsverbote

- für den Fall, dass **Leben oder Gesundheit von Mutter und Kind** bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet sind ( § 3 Abs. 1 MuSchG ),
- für die letzten **sechs Wochen vor der Entbindung** ( § 3 Abs. 2 MuSchG ),
- für **besondere Arbeiten** ( § 4 MuSchG ) und
- für die Zeit ohne Mutterschaftsgeld (s. dazu Gliederungspunkt 10.) **nach der Entbindung** ( § 6 Abs. 2 u. 3 MuSchG )

vor. Während der Zeit dieser Beschäftigungsverbote und auch für die Zeit, in der sie wegen des Mehr-, Nacht- und Sonntagsarbeitsverbots nach § 8 Abs. 1 , 3 oder 5 MuSchG teilweise oder völlig **mit der Arbeit aussetzen**, ist

"den unter den Geltungsbereich des § 1 fallenden Frauen ..., soweit sie nicht Mutterschaftsgeld nach den Vorschriften der Reichsversicherungsordnung beziehen können, vom Arbeitgeber mindestens der Durchschnittsverdienst der letzten 13 Wochen oder der letzten drei Monate vor Beginn des Monats, in dem die Schwangerschaft eingetreten ist, weiter zu gewähren".

§ 11 MuSchG sieht **keine Einschränkung** für den Durchschnittsverdienst wie beispielsweise § 11 BUrlG für das Urlaubsentgelt - *"mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes"* - vor. Daher zählt auch die Überstundenvergütung zum berücksichtigungspflichtigen Durchschnittsverdienst (s. dazu auch: BAG, 03.05.1989 - 5 AZR 249/88 ).

#### 5. Betriebsrattätigkeiten, § 37 BetrVG

**Betriebsratsmitglieder** sind nach § 37 Abs. 2 BetrVG **von ihrer beruflichen Tätigkeit " ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien** , wenn und soweit es nach Umfang des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist." Das Gleiche gilt nach § 37 Abs. 6 BetrVG für die Teilnahme an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen.

#### **Beispiel:**

Der Arbeitgeber ordnet für die Produktionslinie C in der 47. KW Überstunden an. Betriebsrat B wird für den Nachmittag des 23.11. in das mehrere Kilometer entfernte Zweigwerk gerufen, um dort mit betroffenen Arbeitnehmern einige Mobbingfälle zu besprechen. B hätte am Nachmittag des 23.11.

zusätzlich zu seiner regulären Arbeitszeit - die um 16:30 Uhr endet - noch eineinhalb Überstunden gemacht.

Arbeitsentgelt i.S.d. § 37 Abs. 2 BetrVG ist das **Arbeitsentgelt**, das das von seiner beruflichen Tätigkeit befreite Betriebsratsmitglied bekommen hätte, wenn es keine Betriebsratsaufgaben durchgeführt, sondern gearbeitet hätte. Auch hier gilt das klassische **Lohnausfallprinzip**: Der Arbeitnehmer muss **vergütungsmäßig so** gestellt werden, **als wenn er gearbeitet** und keine Betriebsratsstätigkeit ausgeübt hätte. Dazu gehört dann auch die **Vergütung für** ansonsten angefallene **Überstunden**.

#### **Beispiel:**

Betriebsrat B aus dem vorausgehenden Beispiel hätte am 23.11. eineinhalb Überstunden gemacht. Dazu ist es nicht gekommen, weil B seine Aufgaben als Betriebsrat erfüllen musste. B hat nun nicht bloß Anspruch auf die "normale" Vergütung für den 23.11., er kann von seinem Arbeitgeber auch die Bezahlung der eineinhalb Überstunden verlangen.

Das **Versäumen von Arbeitszeit** wegen der Betriebsratsstätigkeit darf **keine Entgeltminderung** auslösen. Zum fortzuzahlenden Arbeitsentgelt gehören *"neben der Grundvergütung alle Zuschläge und Zulagen, die das Betriebsratsmitglied ohne Arbeitsbefreiung verdient hätte, insbesondere **Zuschläge** für Mehr-, Über-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit, Erschwernis- und Sozialzulagen"* ( BAG, 05.04.2000 - 7 AZR 213/99 - mit dem Hinweis, dass **Aufwandsentschädigungen**, die wegen der Betriebsratsstätigkeit nicht anfallen, nicht zum fortzuzahlenden Arbeitsentgelt gehören).

## **6. Bezahlte Freistellung**

Es gibt **besondere Situationen**, in denen es angezeigt ist, dass der Arbeitgeber einen **Arbeitnehmer von der Arbeit freistellen** muss.

#### **Beispiele:**

- (1) Mitarbeiter Michael Mellow steht nach Ermittlungen der Staatsanwaltschaft in Verdacht, von seinem Arbeitsplatz-PC Dateien mit Kinderpornografie angeboten und vertrieben zu haben. Michael bestreitet die Vorwürfe zwar. Sein Arbeitgeber hält es dennoch für sinnvoll, dass Herr Mellow vorerst "aus dem Verkehr gezogen" wird. Er stellt ihn bis auf weiteres unter Fortzahlung der Vergütung von der Arbeitsleistung frei.
- (2) Die Rohlinck & Stohn AG kündigt einen Arbeitnehmer betriebsbedingt. Angeblich hat sie für diesen Mitarbeiter keine Arbeit mehr. Um das zu untermauern, stellt sie ihn ab sofort unter Vergütungsfortzahlung frei.
- (3) Das private Bankhaus Eurow, Zendt & Cie kündigt Mitarbeiter Bernd Blankow wegen angeblicher Unregelmäßigkeiten im Geschäftskundenverkehr. Bernd erhebt eine Kündigungsschutzklage. Im Gütertermin wird kein Vergleich über die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschlossen. Der Prozessvertreter des Bankhauses Eurow, Zendt & Cie. trifft mit Bernds Anwalt die Abmachung, dass Bernd bis zum Kammertermin freigestellt wird.

Grundsätzlich ist der **Arbeitgeber** nach dem Arbeitsvertrag **verpflichtet**, seinen **Arbeitnehmer** die geschuldete **Arbeit leisten zu lassen**. Der Arbeitnehmer hat darauf einen vertraglich gesicherten **Anspruch**. Wird er dann freigestellt, ist das eigentlich ein **Fall des Annahmeverzugs**. Das heißt, der Arbeitnehmer hat Anspruch auf das **Arbeitsentgelt**, dass er bei fortgedachter Weiterarbeit bekommen hätte. Dazu gehören auch **Überstunden und Überstundenzuschläge**.

#### **Praxistipp:**

Die einvernehmliche bezahlte Freistellung ist eine Absprache, die von der im Arbeitsvertrag hinterlegten Hauptleistungspflicht Arbeit abweicht. Auch wenn der Arbeitnehmer grundsätzlich einen Anspruch auf das vertragsgemäße Entgelt hat: Die Freistellung ist meistens das Ergebnis von Geben und Nehmen - und so ist es nicht unüblich, dass für die Zeit der Freistellung ein eigenes, von der üblichen Vergütung nach unten abweichende Entgelt vereinbart wird.

Im Übrigen wird wegen etwaiger **Entgeltfragen** auf die Stichwörter Annahmeverzug - Vergütung und Freistellung - Vergütung verwiesen.

## 7. Bildungsurlaub

Mit Ausnahme von Baden-Württemberg, Bayern, Sachsen und Thüringen gibt es **in den Bundesländern** Bildungsurlaubsgesetze. Diese **Bildungsurlaubsgesetze** geben Arbeitnehmern **Anspruch auf bezahlte Freistellung von der Arbeit** für ihre berufliche oder politische Weiterbildung. Die **Berechnung** des fortzuzahlenden Entgelts ist in den Gesetzen recht **unterschiedlich** geregelt.

So sagt § 7 des Arbeitnehmerweiterbildungsgesetzes in **Nordrhein-Westfalen** ( AWbG NW ) beispielsweise:

"Für die Zeit der Arbeitnehmerweiterbildung hat der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt entsprechend den Bestimmungen zur Regelung der **Lohnzahlung an Feiertagen** vom 2. August 1951 (BGBl. I S. 479) in der jeweils geltenden Fassung fortzuzahlen. Günstigere vertragliche Regelungen bleiben unberührt."

Das Gesetz zur Regelung der Lohnzahlung an Feiertagen - FeiertLohnZG - gibt es schon gar nicht mehr. Es wurde inhaltlich von § 2 EFZG abgelöst. Nach dem FeiertLohnZG galt das klassische **Lohnausfallprinzip**: Der Arbeitgeber ist verpflichtet, für die Arbeitszeit, die infolge eines gesetzlichen Feiertags ausfällt, den **Arbeitsverdienst** zu zahlen, den der Arbeitnehmer sonst **ohne den Arbeitsausfall** erhalten hätte. Nichts anderes sagt heute § 2 Abs. 1 EFZG .

In **Rheinland-Pfalz** sieht es anders aus. Dort sagt § 6 Abs. 1 des Bildungsfreistellungsgesetzes:

"Während der Bildungsfreistellung wird das Arbeitsentgelt entsprechend den §§ 11 und 12 des Bundesurlaubsgesetzes fortgezahlt".

Je nach Bundesland und gesetzlicher Anspruchsgrundlage kann es sein, dass **Überstunden und Überstundenvergütung mal berücksichtigt** werden müssen und **mal nicht**.

## 8. Entgeltfortzahlung an Feiertagen, § 2 EFZG

Für die **Arbeitszeit**, die **wegen eines gesetzlichen Feiertags ausfällt**, hat

- der Arbeitgeber
- dem Arbeitnehmer
- das **Arbeitsentgelt**

zu zahlen, das er **ohne den Arbeitsausfall** erhalten hätte, § 2 Abs. 1 EFZG .

### **Beispiel:**

Chris T. Himmelfarth hätte in der 25. KW 45 Stunden arbeiten müssen. Sein Arbeitgeber hat für jeden Tag dieser Woche 1,5 Überstunden angeordnet, sodass Chris neben den regulären 7,5 Stunden noch weitere 1,5 arbeiten muss. Der Donnerstag der 25. KW ist Fronleichnam, ein gesetzlicher Feiertag. Chris hätte an diesem Tag ebenso 9 Stunden arbeiten müssen wie an den Tagen zuvor und am Freitag nach dem Feiertag. Bei der Feiertagsvergütung sind 9 Stunden als Zeitfaktor und der reguläre Stundenlohn als Geldfaktor zu berücksichtigen. Ob für den Feiertag noch zusätzliche Überstundenzuschläge anfallen, ist eine Frage, die sich nur im Einzelfall nach der maßgeblichen Anspruchsgrundlage beantworten lässt.

Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer nach § 2 Abs. 1 EFZG so stellen, *"als hätte er an dem Feiertag die schichtplanmäßige Arbeitszeit gearbeitet"* ( BAG, 14.08.2002 - 5 AZR 417/01 ).

## 9. Entgeltfortzahlung bei Krankheit, §§ 3 ff. EFZG

§ 4 Abs. 1 EFZG sagt, dass der Arbeitnehmer **Anspruch** darauf hat, dass der Arbeitgeber ihm das *"bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt"* fortzahlt.

Soweit es die **Überstunden** betrifft, heißt es § 4 Abs. 1a EFZG aber ausdrücklich: *"Zum Arbeitsentgelt nach Absatz 1 gehören nicht das zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsentgelt und Leistungen für Aufwendungen des Arbeitnehmers, soweit..."*.

### **Beispiel:**

Arbeitnehmerin Wendy Window arbeitet bei der Mikrow & Sofft GmbH. Neben den vereinbarten 40 Wochenstunden Vertragsarbeitszeit fallen bisweilen auch Überstunden an. Wendy hat mit ihrem Arbeitgeber klargemacht, dass sie die Überstunden nicht in Freizeit abgegolten, sondern bezahlt bekommt. Bis zur fünften Überstunde zahlt die Mikrow & Sofft GmbH einen Überstundenzuschlag von 25 Prozent auf den Stundenlohn, danach für jede weitere Überstunde einen 50-prozentigen Zuschlag. In der Zeit vom 03.04. bis zum 28.04. ist Frau Window arbeitsunfähig krank. Was muss ihr Arbeitgeber an Entgelt fortzahlen?

Das *"zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsentgelt"* im Sinn des § 4 Abs. 1a EFZG sind nicht allein die **Überstundenzuschläge**. Auch die **Grundvergütung für die Überstunden** gehört dazu (so: BAG, 26.06.2002 - 5 AZR 592/00 ).

### **Beispiel:**

Die Mikrow & Sofft GmbH aus dem vorausgehenden Beispiel muss Frau Window nur das "reguläre" Entgelt zahlen, nicht das "zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsentgelt". Wendys Überstunden bleiben bei der Entgeltfortzahlung zusammen mit den dafür gezahlten Zuschlägen nach § 4 Abs. 1a EFZG unberücksichtigt.

Ein Problem gibt es, wenn die **"Überstunden" zur regelmäßigen Arbeitszeit geworden** sind.

### **Beispiel:**

Amanda Apps, eine Freundin von Wendy aus dem Beispiel oben, hat eine vertraglich vereinbarte Arbeitszeit von 37,5 Stunden. Tatsächlich arbeitet sie seit etlichen Monaten 42,5 Stunden und bekommt diese 42,5 Stunden auch durchweg bezahlt. Aus den fünf "Überstunden" ist irgendwann die reguläre Arbeitszeit von 42,5 Stunden geworden. Diese reguläre Arbeitszeit fällt nicht unter § 4 Abs. 1a EFZG . Wird Amanda arbeitsunfähig krank, muss die Mikrow & Sofft GmbH ihr für 42,5 Stunden Arbeitsentgelt fortzahlen. Sie kann die fünf Stunden nicht als "Überstunden" unberücksichtigt lassen.

Im Übrigen wird zu diesem Gliederungspunkt auf das Stichwort Entgeltfortzahlung - Überstunden verwiesen.

## 10. Mutterschaftsgeld, §§ 13, 14 MuSchG

Frauen haben bei Schwanger- und Mutterschaft für die **Zeit der Schutzfristen**

- des § 3 Abs. 2 MuSchG (sechs Wochen **vor der Entbindung**) und
- des § 6 Abs. 1 MuSchG (**Entbindungstag und acht Wochen danach**)

nach § 13 MuSchG **Anspruch auf Mutterschaftsgeld**.

Der Arbeitgeber zahlt nach Maßgabe des § 14 MuSchG **Zuschüsse zum Mutterschaftsgeld** "in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen 13 Euro und dem um die gesetzlichen Abzüge verminderten durchschnittlichen kalendertäglichen Arbeitsentgelt" ( § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ).

Das **durchschnittliche kalendertägliche Arbeitsentgelt** ist

- aus den letzten drei abgerechneten Kalendermonaten,
- bei wöchentlicher Abrechnung aus den letzten 13 abgerechneten Wochen

vor Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 MuSchG zu berechnen ( § 14 Abs. 1 Satz 2 MuSchG ).

§ 14 Abs. 1 MuSchG sieht **keine Einschränkung der Berechnungsgrundlage** für den Zuschuss vor. Das heißt: Bei der Berechnung des durchschnittlichen kalendertäglichen Arbeitsentgelts sind im

**Referenzzeitraum**

- sowohl die **Grundvergütung für Überstunden**
- als auch die **Zuschläge für Überstunden**

zu berücksichtigen.

## 11. Urlaubsentgelt, § 11 BUrlG

Das Urlaubsentgelt bemisst sich **nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst**, den der Arbeitnehmer in den letzten dreizehn Wochen vor Urlaubsbeginn erhalten hat ( § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG ) - "**mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes**" ( § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG am Ende). Die Höhe des Urlaubsentgeltanspruchs ergibt sich

- zum einen aus dem **Zeitfaktor** und
- zum anderen aus dem **Geldfaktor**.

Der Zeitfaktor bestimmt die am jeweiligen **Urlaubstag** wegen der Freistellung **ausfallende Arbeitszeit**, der Geldfaktor das für die ausfallende Arbeitszeit zugrunde zu legende **Arbeitsentgelt** ( BAG, 15.12.2009 - 9 AZR 887/08 ).

### **Beispiel:**

Wendy Window aus dem ersten Beispiel des Gliederungspunkts 9. hat eine vertraglich vereinbarte regelmäßige Arbeitszeit von 8 Stunden/Tag in der 5-Tage-Woche (= Zeitfaktor). Der vertraglich vereinbarte Stundenlohn beträgt 19,75 EUR (= Geldfaktor). Nimmt Wendy nun in der 39. KW eine ganze Woche Urlaub, muss ihr die Mikrow & Sofft GmbH für diese Woche (40 Stunden x 19,75 EUR =) 790,00 EUR Urlaubsentgelt zahlen.

Die **Überstundenvergütung** - das heißt sowohl die **Überstundengrundvergütung** als auch eventuelle **Überstundenzuschläge** - gehört nicht zum Urlaubsentgelt.

### **Beispiel:**

Wendy hat hin und wieder einige Überstunden machen müssen. Die Mikrow & Sofft GmbH hat diese Überstunden mit den vertraglich vereinbarten Zuschlägen bezahlt. Trotzdem zählt dieser "zusätzlich für Überstunden" gezahlte Arbeitsverdienst nicht zum Urlaubsentgelt. § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG schließt das ausdrücklich aus. Die Überstunden zählen hier weder beim Zeit- noch beim Geldfaktor mit.

Etwas anderes ist es, wenn die tatsächliche Arbeitszeit dauerhaft höher als die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit ist. Dann ist sie Teil des Zeitfaktors.

### **Beispiel:**

Die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit von Amanda Apps aus dem Beispiel in Gliederungspunkt 9. betrug 37,5 Wochenstunden. Das entspricht einer täglichen Arbeitszeit von 7,5 Stunden. Tatsächlich arbeitet Amanda jeden Tag eine Stunde mehr: 8,5 Stunden mit einer daraus folgenden Wochenarbeitszeit von 42,5 Stunden. Die "zusätzlichen" fünf Stunden sind bei Amanda keine Überstunden mehr. Diese fünf Stunden sind zur regelmäßigen Arbeitszeit geworden - und damit als Zeitfaktor zu berücksichtigen.

Soweit es den **Zeitfaktor** betrifft, ist konkret zu ermitteln, welche **Arbeitsstunden** infolge der urlaubsbedingten Freistellung ausfallen.

## 12. Vorübergehende Verhinderung, § 616 BGB

Der Arbeitnehmer verliert seinen **Vergütungsanspruch** nicht dadurch, dass er

- für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit
- durch einen in seiner Person liegenden Grund
- ohne sein Verschulden

die vertraglich vereinbarte **Arbeit nicht leisten** kann, § 616 Satz 1 BGB .

Der Vergütungsanspruch im Sinn des § 616 Satz 1 BGB ergibt sich aus dem **Arbeitsvertrag**. Auch hier sind

- **Zeitfaktor** und
- **Geldfaktor**

zu berücksichtigen. Es gilt das klassische **Lohnausfallprinzip**. Der Arbeitnehmer hat bei seiner vorübergehenden Verhinderung Anspruch auf den Arbeitsverdienst,

- den er bekommen hätte,
- wenn er nicht verhindert gewesen wäre.

### **Beispiel:**

Arbeitnehmerin Karla Kanne-Lohny arbeitet in einem großen Hotelbetrieb als Serviererin. Neben der regulären Arbeitszeit fallen immer wieder Überstunden an. Am 26.03. soll im großen Saal eine Veranstaltung des örtlichen Arbeitgeberverbands stattfinden. Zusätzlich zu den 7,5 Stunden Regelarbeitszeit soll Karla am 26.03. weitere 2,5 Stunden arbeiten. Kurz bevor Karla am Vormittag des 26.03. zur Arbeit fahren will, bekommt sie einen Anruf des Hospizes, in dem ihr sterbender Vater untergebracht ist. Karla muss sich zwischen der Arbeit oder dem sterbenden Vater entscheiden. Sie ruft bei ihrem Arbeitgeber an und teilt ihm mit, dass sie heute nicht zur Arbeit kommen kann, weil sie wegen des nahen Todes ihres Vaters verhindert ist. Karlas Vater stirbt tatsächlich am Nachmittag des 26.03. und sie nutzt die verbliebene Zeit, die Sterbepflichten zu erledigen. Karla hat nach § 616 Satz 1 BGB einen Anspruch darauf, die wegen des Todes ihres Vaters nicht geleistete Arbeit vergütet zu bekommen: 7,5 Stunden Normalarbeitszeit und 2,5 Überstunden (Zeitfaktor) mit der vertraglich geschuldeten Vergütung (Geldfaktor).

Für **Auszubildende** gilt § 19 Abs. 2 BBiG .

## 13. Abschließender Hinweis

Eigentlich gilt im Arbeitsrecht der **Grundsatz "keine Arbeit kein Geld"**. Wer die vertraglich geschuldete **Arbeit** nicht leistet, kann nicht erwarten, dafür die vertraglich vereinbarte **Gegenleistung Entgelt** zu bekommen. Das **Austauschverhältnis** Arbeitsvertrag ist in diesem Fall empfindlich gestört.

Dass Arbeitnehmer in bestimmten Fällen auf ihre Vergütung verzichten müssen, wird oft als **ungerecht** angesehen. Der **Arbeitslohn** ist vielfach ihre **einzige Erwerbsquelle** und ohne diese Einnahme ist der **Lebensunterhalt gefährdet**. Das hat den Gesetzgeber veranlasst, Fälle zu regeln, in denen der Arbeitgeber



die vertraglich vereinbarte Vergütung zahlen muss, ohne die geschuldete Gegenleistung Arbeit zu bekommen.

Dort, wo das Gesetz es zulässt, können **Abweichungen** vereinbart werden. Tarifpartnern wird diese Möglichkeit - zum Beispiel in § 13 Abs. 1 BUrlG - eher eingeräumt als den Arbeitsvertragspartnern. **Tarifliche Regelungen** können - soweit es das Gesetz zulässt - sowohl Regelungen

- zugunsten als auch
- zuungunsten

von Arbeitnehmern enthalten.

### **Beispiele:**

- (1) Der Branchentarifvertrag enthält die Regelung *"Die Höhe des Urlaubsentgelts bemisst sich nach dem Durchschnittsverdienst der letzten sechs abgerechneten Monate vor Urlaubsantritt. Einmalzahlungen wie Urlaubs- und Weihnachtsgeld sind in die Berechnung des Geldfaktors nicht einzubeziehen."* Diese Regelung gibt - zugunsten der Arbeitnehmer - abweichend von § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG vor, dass zusätzlich für Überstunden gezahlter Arbeitsverdienst doch beim Urlaubsentgelt zu berücksichtigen ist.
- (2) Der Branchentarifvertrag enthält die Regelung: *"Die Höhe des Urlaubsentgelts ergibt sich aus einem Zeitfaktor und einem Geldfaktor. Zeitfaktor ist die vertraglich geschuldete Arbeitszeit, Geldfaktor der vertraglich vereinbarte Stundenlohn. Über den vertraglich vereinbarten Stundenlohn hinaus gezahlte Entgeltbestandteile bleiben unberücksichtigt, das gilt insbesondere für Prämien, Überstunden, Zuschläge etc."* Diese tarifliche Regelung schränkt § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG zuungunsten der Arbeitnehmer ein - sie bekommen eine geringere Vergütung als gesetzlich vorgesehen.

### **Praxistipp:**

Gerade bei der Vergütung für eigentlich arbeitsfreie Zeiten zeigt es sich, dass die Kenntnis der rechtlichen Grundlagen ungeheuer wichtig ist. Auch wenn viele tarifliche Regelungen für Arbeitnehmer günstiger sind: Es gibt auch die anderen Fälle, in denen durch richtige Anwendung der tariflichen Berechnungsgrundsätze Personalkosten gespart werden können.

**Arbeitsvertragliche Abweichungen** sind ebenfalls möglich - aber nur dort, wo es das Gesetz zulässt. Darüber hinaus ist immer zu berücksichtigen, dass entsprechende **Vertragsklauseln** durch die **AGB-Kontrolle des BGB** kommen müssen (s. dazu das Stichwort Vertragsstrafe - AGB-Kontrolle ).

## **14. Rechtsprechungs-ABC**

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zur Bezahlung von Überstunden in arbeitsfreien Zeiten **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

### **14.1 Mutterschaftsgeld**

Der Arbeitgeber schuldet nach § 14 MuSchG einen **Zuschuss** zum Mutterschaftsgeld. Das ist der **Unterschiedsbetrag** zwischen den 13 EUR, die aus der Sozialversicherung kommen, und *"dem um die gesetzlichen Abzüge verminderten durchschnittlichen kalendertäglichen Arbeitsentgelt"* der letzten 3 Monate/13 Wochen. Durchschnittliches Arbeitsentgelt im Sinn des § 14 MuSchG ist das Gleiche wie der *"Durchschnittsverdienst"* aus § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG . Dazu zählen **sämtliche regelmäßigen und festen geldwerten Bezüge** ( BAG, 11.10.2000 - 5 AZR 240/99 - und somit auch die Überstundenvergütung, BAG, 03.05.1989 - 5 AZR 249/88 ).

### **14.2 Tarifliche Abweichung - 1**

§ 13 Abs. 1 BUrlG lässt eine Abweichung von bestimmten BUrlG -Vorschriften - insbesondere § 11 BUrlG (**Urlaubsentgelt**) - zu. Sagt ein Tarifvertrag, dass **Überstunden**-, Sonn-, Feiertags- und Nachtzuschläge in die Berechnung des Urlaubsentgelts einfließen, ist das nicht zu beanstanden. Hier liegt eine zulässige **Regelung zugunsten der tarifgebundenen Arbeitnehmer** vor. Mit der Einbeziehung von Überstundenzuschlägen wird allerdings nicht die Herausnahme von Prämien kompensiert, die maßgeblichen Einfluss auf die Höhe der Vergütung haben ( BAG, 15.12.2009 - 9 AZR 887/08 ).

### 14.3 Tarifliche Abweichung - 2

§ 4 Abs. 4 EFZG erlaubt eine von den Regelungen in § 4 Abs. 1 , 1a und 3 EFZG abweichende **Bemessungsgrundlage** des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts. Bemessungsgrundlage bedeutet zweierlei: **Berechnungsgrundlage** und **Berechnungsmethode**. Beide bilden die Basis für die Bestimmung der Höhe der Entgeltfortzahlung. Aber: *"Soll durch Tarifvertrag eine von § 4 Abs. 1 EFZG abweichende Bemessungsgrundlage des im Krankheitsfall fortzuzahlenden Arbeitsentgelts festgelegt werden, bedarf dies einer klaren Regelung"* ( BAG, 20.01.2010 - 5 AZR 53/09 ).

### 14.4 Urlaubsentgelt

§ 11 BUrlG bestimmt das vom Arbeitgeber zu zahlende Urlaubsentgelt nach der sogenannten **Referenzmethode**. Berechnungsgrundlage ist der Verdienst, den der Arbeitnehmer - mit Ausnahme der Überstunden - in den letzten **13 Wochen vor Urlaubsbeginn** erhalten hat. Mit Ausnahme der für Überstunden gezahlten Vergütung zählt zum Verdienst **"jede Form der Vergütung , die als Gegenleistung für erbrachte Tätigkeiten im Referenzzeitraum gezahlt wird."** Ansonsten werden alle Entgeltbestandteile erfasst, die der Arbeitnehmer gesetzlich oder vertraglich erhalten hätte ( BAG, 21.09.2010 - 9 AZR 510/09 ).

### 14.5 Zusätzliche Überstundenvergütung

Nach § 4 Abs. 1a Satz 1 EFZG gehört zum fortzuzahlenden **Arbeitsentgelt** nach § 4 Abs. 1 EFZG *"nicht das zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsentgelt"*. Dieses *"zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsentgelt"* sind aber nicht nur die **Überstundenzuschläge**. *"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"* ( BAG, 26.06.2002 - 5 AZR 592/00 ).

### 14.6 Zuschläge

Definiert ein Tarifvertrag Überstunden als "Arbeitsstunden", die **zusätzlich "geleistet werden"** , bedeutet das: **keine Zuschläge für arbeitsfreie Zeiten**. *"Der Begriff 'Arbeit leisten' wird ebenso wie der Begriff 'arbeiten' ausschließlich für aktives Tun verwandt. Urlaubszeiten, in denen der Arbeitnehmer davon gerade - unter Fortzahlung seiner Vergütung - befreit ist, lassen sich ebenso wenig unter diesen Begriff subsumieren ... wie Zeiten krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit oder eines Sonderurlaubs. Das entspricht dem allgemeinen Sprachgebrauch"* ( BAG, 27.08.2008 - 5 AZR 647/07 ).

#### Siehe auch

Entgeltfortzahlung - Überstunden

Überstunden - Anordnung

Überstunden - Arbeitszeit

Überstunden - Befreiung

Überstunden - Darlegungs- und Beweislast

Überstunden - Freistellung

Überstunden - Pauschalierung

Überstunden - Rechtsschutz

Überstunden - Teilzeitarbeitnehmer

Überstunden - Zuschläge