

BUNDESARBEITSGERICHT Urteil vom 7.11.2002, 2 AZR 742/00

Annahmeverzug - Umfang der Arbeitszeit - betriebliche Übung - Maßregelungsverbot - Gleichbehandlung

Leitsätze

Nimmt der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer allein deshalb von der Zuweisung von Überstunden aus, weil der Arbeitnehmer nicht bereit ist, auf tarifliche Vergütungsansprüche zu verzichten, so stellt dies eine Maßregelung im Sinne des § 612a BGB dar.

Tenor

Die Revision der Beklagten und die Anschlußrevision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 14. November 2000 - 7 Sa 55/00 - werden zurückgewiesen.

Von den Kosten der Revision und Anschlußrevision haben die Beklagte 49/50 und der Kläger 1/50 zu tragen.

Tatbestand

Der Kläger macht Zahlungs- und Abrechnungsansprüche aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs und der Entgeltfortzahlung für den Zeitraum von Januar bis September 1999 geltend.

Der Kläger trat im Jahre 1971 in die Dienste der Rechtsvorgängerin der Beklagten. Seit 1979 ist der Kläger als Obermonteur beschäftigt. Die Parteien sind tarifgebunden. Der Kläger ist Mitglied der IG Metall, mit der die Beklagte einen Anerkennungstarifvertrag bezüglich der Tarifverträge für die Metallindustrie abgeschlossen hat. Ferner ist die Geltung des Manteltarifvertrages für die Arbeitnehmer der niedersächsischen Metallindustrie (MTV) im Arbeitsvertrag der Parteien vereinbart.

Über die regelmäßige Arbeitszeit des Klägers und über die Höhe der von der Beklagten geschuldeten Vergütung streiten die Parteien. Die Beklagte hatte sich mit Schreiben vom 3. Dezember 1984 ua. wie folgt an alle Mitarbeiter der Montageabteilung gewandt:

"Die normale Arbeitszeit beträgt 8 Stunden am Tag ohne Überstunden.

Da es für den Kunden wirtschaftlicher ist, durch Überstunden Arbeitstage und Auslösungen zu sparen, gehen wir jedoch davon aus, daß 10 Stunden pro Tag gearbeitet werden."

In einer internen Mitteilung der Beklagten vom 23. April 1998 "Montagesätze für Deutschland und Österreich" ist eine Arbeitszeit von 45 Stunden pro Woche zugrunde gelegt.

Während der Arbeitsunfähigkeit eines Monteurs gewährte die Beklagte unter Bezugnahme auf § 9 Abs. 2 des Manteltarifvertrages für die Beschäftigten in der niedersächsischen Metallindustrie Entgeltfortzahlung auf der Basis von 35 Stunden pro Woche.

Mit Schreiben vom 2. Dezember 1997 teilte die Beklagte den bei ihr beschäftigten Monteuren, darunter dem Kläger, mit, vor dem Hintergrund eines stark rückläufigen Molkereimarktes sowie auslaufender Großaufträge und nicht erkennbarer rentabler Anschlußaufträge könne die Beschäftigung im Montage-, Verwaltungs-, Vertriebs- und Engineeringbereich nicht im bisherigen Umfang aufrechterhalten werden. Geschäftsleitung und Betriebsrat hätten zwischenzeitlich in einem Interessenausgleich/Sozialplan die Kündigung von 75 Arbeitnehmern bis zum 30.6.1998 vereinbart. Auch im Montagebereich seien 29 Kündigungen vorgesehen. Mit dem Betriebsrat sei jedoch vereinbart worden, daß bei einer 13 bis 15 %-igen Kostensenkung im Montagebereich - gerechnet ab 1.1.1998 auf Basis Ist-Kosten 1997 - keine betriebsbedingten Kündigungen ausgesprochen würden. Da der Betriebsrat über den Maßnahmenkatalog der Kostenreduzierung keine rechtsverbindliche Betriebsvereinbarung mit der Geschäftsführung abschließen könne, müsse in der Montage auf einzelvertraglicher Basis eine Lösung herbeigeführt werden. Dementsprechend bot die Beklagte allen Monteuren mit Wirkung vom 1.1.1998 folgende Vertragsänderung an:

"1. Senkung der Leistungszulage von 13 % auf 10 %.

2. Keine Zahlung von Mehrarbeitszuschlägen ab der 35. Wochenstunde. Hiervon sind Feiertags-, Nacht- und Wochenendzuschläge ausgenommen.

3. Reduzierung Heimfahrten auf alle 6 Wochen.
4. Einstellung Kilometergeld für Fahrten Baustelle/Hotel.
5. Wegfall Sonderurlaub Monteure 2 Tage p. a.
6. Kilometerpauschale DM 0,90. Dieser Betrag setzt sich wie folgt zusammen:

DM 0,52 Fahrkostenerstattung (steuerfrei gemäß LStR) bei Nutzung von Privatfahrzeugen DM 0,38 beinhaltet die Entlohnung für Reisezeiten, darin eingeschlossen ist die Abgeltung der Überstunden-Zuschläge sowie die Aufwendungen für die Mitnahme von Werkzeugen. Diese Summe ist steuer- und sozialversicherungspflichtig. Das Unternehmen gibt die Fahrtroute (Entfernungs-Km) für die angeordnete Reise vor. Die Ermittlung erfolgt durch MAP-Guide."

Zugleich wies die Beklagte darauf hin, daß die Punkte 1 - 6 eine Unterschreitung des bestehenden Bundesmontagetarifvertrages darstellen würden.

Von insgesamt 61 Monteuren nahmen 59 im Februar 1998 dieses Angebot an. Der Kläger und ein weiterer Monteur erklärten sich nicht einverstanden.

Die Beklagte setzte den Kläger ab dem 11. Mai 1998 - abgesehen von wenigen Tagen - nur noch mit 35 Wochenstunden ein, während sie denjenigen Monteuren, die sich mit dem Angebot vom 12. Dezember 1997 einverstanden erklärt hatten, deutlich mehr Arbeitsstunden zuwies.

Vom 19. Oktober 1998 bis zum 11. März 1999 setzte die Beklagte den Kläger, der vom 25. bis zum 28. Januar 1999 arbeitsunfähig erkrankt war, in N mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 35 Stunden ein, während 21 weitere Monteure auf der selben Baustelle 45 Wochenstunden zu leisten hatten. Ab dem 22. März 1999 wurde der Kläger auf einer Baustelle in M beschäftigt. Ihm wurde mitgeteilt, daß er 45 Stunden arbeiten könne, sofern er auf den 25 %-igen Überstundenzuschlag verzichte. Hierzu erklärte sich der Kläger unter dem 22. März 1999 bereit. Nachdem sich der Kläger am 29. März 1999 geweigert hatte, sämtliche Punkte des Änderungsangebots vom 2. Dezember 1997 zu akzeptieren, wurde ihm mit Telefax vom 31. März 1999 mitgeteilt, daß für ihn auf der Baustelle die 35-Stunden-Woche gelte. Auch in den folgenden Monaten bis September 1999 wurde der Kläger wöchentlich mit 35 Arbeitsstunden beschäftigt.

Mit der am 22. März 1999 beim Arbeitsgericht eingegangenen, später mehrfach erweiterten Klage hat der Kläger, soweit im Revisionsverfahren von Interesse, Abrechnung und Vergütung für die Monate Januar bis September 1999 auf der Grundlage einer wöchentlichen Arbeitszeit von 45 Stunden in - auf dieser Grundlage - im wesentlichen unstreitiger Höhe von 13.546,95 DM brutto verlangt. Er ist der Auffassung, die Beklagte sei vertraglich verpflichtet, ihm Arbeit im Umfang von wöchentlich 45 Stunden zuzuweisen. Diese Arbeitszeit sei für Monteure üblich. Eine Reduzierung sei nicht vom Weisungsrecht des Arbeitgebers gedeckt. Die Zuweisung von nur 35 Wochenstunden verstoße gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, ihn zu maßregeln, weil er das Angebot vom 2. Dezember 1997 ausgeschlagen habe. Sie müsse für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit vom 25. bis 28. Januar 1999 Entgeltfortzahlung auch für die ausgefallenen Überstunden leisten.

Der Kläger hat zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen,

1. an den Kläger 1.461,75 DM brutto nebst 4 % Zinsen auf den verbleibenden Nettobetrag seit dem 1. März 1999 zu zahlen,
2. über die 1.461,75 DM brutto eine spezifizierte Brutto-/Nettoabrechnung zu übersenden,
3. an den Kläger weitere 1.364,13 DM brutto nebst 5 % Zinsen auf den verbleibenden Nettobetrag seit dem 1. April 1999 zu zahlen,
4. über die 1.364,13 DM brutto eine spezifizierte Brutto-/Nettoabrechnung zu übersenden,
5. weitere 2.511,88 DM brutto nebst 4 % auf die verbleibenden Nettobeträge von 803,80 DM brutto seit dem 1. April 1999 und 1.708,08 DM brutto seit dem 1. Mai 1999 zu zahlen,
6. über die 2.511,88 DM brutto eine spezifizierte Brutto-/Nettoabrechnung zu übersenden,

7. weitere 6.489,05 DM brutto zu zahlen nebst 4 % Zinsen auf die verbleibenden Nettobeträge von 3.416,16 DM brutto seit 28. August 1999 und 3.072,89 DM brutto seit dem 21. Oktober 1999,

8. über den gemäß Klageantrag 8. ausgerichteten Bruttobetrag eine spezifizierte Brutto-/Nettoabrechnung zu übersenden,

9. weitere 1.720,14 DM brutto zu zahlen nebst 4 % Zinsen auf den verbleibenden Nettobetrag seit dem 30. November 1999,

10. über den gemäß 11. ausgerichteten Betrag eine spezifizierte Brutto-/Nettoabrechnung zu übersenden.

Die Beklagte hat ihren Klageabweisungsantrag damit begründet, die Arbeitszeit betrage nach Arbeitsvertrag und Tarifvertrag 35 Wochenstunden. Sie sei weder aus dem Gesichtspunkt einer betrieblichen Übung noch nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet, den Kläger mit derselben Stundenzahl einzusetzen wie die Monteure, die sich solidarisch gezeigt hätten. Es könne ihr nicht verwehrt sein, Überstunden nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zuzuteilen. Außerdem habe sie bei der Stundenzuweisung dem fortgeschrittenen Alter und der gesundheitlichen Schonung des Klägers Rechnung getragen. Für den Kläger hätten über 35 Stunden hinausgehende Arbeitsaufträge nicht zur Verfügung gestanden. Überdies könne sie allenfalls verpflichtet sein, dem Kläger so viele Arbeitsstunden zuzuweisen wie den übrigen Monteuren. Diese hätten aber, wie auch der Kläger selbst im Jahre 1998, in der Vergangenheit nur bei Bedarf mehr als 35 Stunden gearbeitet.

Das Arbeitsgericht hat die Klage im hier interessierenden Umfang durch Teilurteil abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht mit Ausnahme eines Betrages von 389,75 DM brutto (Überstundenvergütung und Überstundenzuschläge im Rahmen der Entgeltfortzahlung für die Zeit vom 25. bis 28. Januar 1999) nach den Klageanträgen erkannt und die Revision ohne Einschränkung zugelassen. Die Beklagte begehrt mit ihrer Revision Wiederherstellung des arbeitsgerichtlichen Urteils, der Kläger mit der Anschlußrevision Verurteilung der Beklagten zur Abrechnung und Entgeltfortzahlung im Umfang der Klageabweisung durch das Landesarbeitsgericht mit Ausnahme eines Betrages von 77,95 DM brutto (Überstundenzuschlag 25. bis 28. Januar 1999).

#### Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist unbegründet (B I). Der Kläger hat Anspruch auf die ihm vom Landesarbeitsgericht zuerkannten Zahlungen und Abrechnungen. Die Anschlußrevision des Klägers ist ebenfalls unbegründet (B II). Der Kläger hat keinen Anspruch auf die begehrte weitere Entgeltfortzahlung und Abrechnung für die Zeit vom 25. bis 28. Januar 1999.

A. Das Landesarbeitsgericht hat im wesentlichen ausgeführt, der Kläger könne die zuerkannten Beträge nach § 615 BGB iVm. dem Arbeitsvertrag verlangen. Die wöchentliche Arbeitszeit des Klägers habe auf Grund einer dahingehenden betrieblichen Übung 45 Stunden betragen. Wenn man annehme, eine solche betriebliche Übung habe nicht bestanden, so seien die zuerkannten Ansprüche nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz begründet. Die von der Beklagten ins Feld geführten wirtschaftlichen Erwägungen, mit denen sie die Ungleichbehandlung des Klägers gerechtfertigt habe, stellten keinen billigen Grund dar. Der Ausschluß des Klägers aus dem Kreis der mit 45 Stunden eingesetzten Monteure erweise sich auch als unzulässige Benachteiligung iSd. § 612 a BGB. Der Kläger sei nicht zur Annahme des schon nach § 4 Abs. 3, 4 TVG unwirksamen Vertragsangebots der Beklagten verpflichtet gewesen. Dagegen habe der Kläger für die Zeit vom 25. bis 28. Januar 1999 keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung auf der Grundlage einer Arbeitszeit von 45 Stunden je Woche. Nach § 9 MTV für die niedersächsische Metallindustrie seien von der Entgeltfortzahlung bei Krankheit Mehrarbeitsvergütung und Mehrarbeitszuschläge ausgeschlossen.

B. Dem folgt der Senat im Ergebnis und in Teilen der Begründung.

I. Der Kläger hat Anspruch auf Zahlung und Abrechnung des ihm vom Berufungsgericht zuerkannten Betrages von 13.157,20 DM brutto für die Überstunden, die er infolge des Annahmeverzuges der Beklagten im fraglichen Zeitraum nicht leisten konnte. Der Zahlungsanspruch ergibt sich aus § 611 iVm. § 612 a und § 615 Satz 1, §§ 293 ff. BGB. Der Abrechnungsanspruch folgt aus § 133 h, § 134 Abs. 2 GewO.

1. Nach § 615 Satz 1 BGB hat der Arbeitgeber für die in Folge des Verzuges nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung zu zahlen, wenn er mit der Annahme der Dienste im Verzug ist.

a) Nach § 293 BGB kommt der Arbeitgeber in Annahmeverzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Der Arbeitgeber kann auch teilweise mit der Annahme der Dienste in Verzug geraten. Das ist dann der

Fall, wenn er die Annahme der Dienste nicht generell ablehnt, aber weniger Arbeitsleistung annimmt, als der Arbeitnehmer schuldet, der Arbeitgeber also den Umfang der Arbeitsleistung rechtswidrig einschränkt (vgl. BAG 16. März 1999 - 9 AZR 314/98 - AP BGB § 615 Nr. 84; Schaub AR-Blattei SD 80 - Annahmeverzug - Rn 48 b).

b) Der Kläger hat seine Arbeitsleistung uneingeschränkt tatsächlich angeboten (§ 294 BGB), indem er auf den Einsatzbaustellen erschien und die Arbeit aufnahm. Das ist zwischen den Parteien nicht streitig.

c) Die Beklagte hat dem Kläger jedoch weniger Arbeit zugewiesen, als sie ihm hätte zuweisen müssen. Sie geriet für jeweils 10 Stunden wöchentlich (je 2,5 Stunden montags bis donnerstags) in Annahmeverzug, indem sie dem Kläger im fraglichen Zeitraum nur 35 Wochenstunden (je 7,5 Arbeitsstunden montags bis donnerstags) Arbeit zuwies.

d) Die Beklagte war verpflichtet, dem Kläger im fraglichen Zeitraum jeweils 45 Wochenstunden Arbeit zuzuweisen.

aa) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts folgt diese Verpflichtung jedoch nicht aus einer dahingehenden betrieblichen Übung. Das rügt die Revision zu Recht.

(1) Die Beantwortung der Frage, ob aus einem wiederholten tatsächlichen Verhalten des Arbeitgebers eine betriebliche Übung und damit ein Anspruch des Arbeitnehmers auf zukünftige Gewährung der Leistung erwächst, ist in erster Linie eine tatrichterliche Aufgabe. Das Revisionsgericht kann insoweit nur prüfen, ob der angenommene Erklärungswert des tatsächlichen Verhaltens den Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB entspricht und mit den Gesetzen der Logik und den allgemeinen Erfahrungssätzen vereinbar ist, und ob das Berufungsgericht alle wesentlichen Umstände des Falles berücksichtigt hat. Zu beurteilen ist, ob das Landesarbeitsgericht anhand der von ihm festgestellten Umstände des Einzelfalles zu einem zutreffenden Auslegungsergebnis gelangt ist (st. Rspr. vgl. zuletzt etwa BAG 16. September 1998 - 5 AZR 598/97 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 54 = EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 41; 28. März 2000 - 1 AZR 366/99 - BAGE 94, 179). Diesen Anforderungen wird die Würdigung des Landesarbeitsgerichts nicht gerecht.

(2) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist eine betriebliche Übung die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Für das Entstehen eines solchen Anspruchs kommt es auf den Verpflichtungswillen des Arbeitgebers entgegen der Auffassung der Revision nicht an. Maßgeblich ist, ob die Arbeitnehmer aus dem Erklärungsverhalten des Arbeitgebers unter Berücksichtigung von Treu und Glauben sowie aller Begleitumstände auf einen entsprechenden Bindungswillen schließen dürfen und das entsprechende Vertragsangebot stillschweigend annehmen konnten (§ 151 BGB; BAG 21. Januar 1997 - 1 AZR 572/96 - AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 64 = EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 36 mwN). Eine betriebliche Übung erfordert danach eine bestimmte Verhaltensweise des Arbeitgebers, die den Schluß darauf erlaubt, daß er sich vertraglich auf Dauer entsprechend binden will (BAG 27. Juni 2001 - 10 AZR 488/00 - EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 44).

(3) Das Landesarbeitsgericht hat zum einen das Schreiben der Beklagten vom 3. Dezember 1984, daneben die Leistung von 45 Wochenstunden in der Vergangenheit und die Besonderheiten des Montagearbeitsverhältnisses als maßgeblich angesehen. Damit hat das Landesarbeitsgericht wesentlichen Auslegungstoff unberücksichtigt gelassen. Es hat übersehen, daß die Zuweisung von Arbeitszeiten durch die Beklagte für die Arbeitnehmer erkennbar den Zweck hatte, den Anforderungen der Kunden gerecht zu werden und gleichzeitig Kosten zu sparen, nicht aber den Arbeitnehmern eine Vergünstigung zu gewähren, wie etwa bei der Zahlung von Gratifikationen oder bei Pausenregelungen. Dies geht auch aus dem Schreiben vom 3. Dezember 1984 hervor, in dem es heißt:

"Da es für den Kunden wirtschaftlicher ist, durch Überstunden Arbeitstage und Auslösungen zu sparen, gehen wir ... davon aus, daß 10 Stunden pro Tag gearbeitet werden."

Außerdem wird in dem Schreiben darauf hingewiesen, daß die Überstunden nach Möglichkeit durch Freizeitausgleich abzugelten seien. Werden aber Überstunden durch Freizeit ausgeglichen, so bleibt es im längerfristigen Schnitt bei der normalen Arbeitszeit. Die Anordnung eines solchen Verfahrens durch den Arbeitgeber - wie immer ihre Vereinbarkeit mit dem Arbeitsvertrag und dem Tarifvertrag beurteilt werden mag - kann jedenfalls nicht dahin verstanden werden, der Arbeitgeber wolle die Überstunden garantieren, also sich verpflichten, den Arbeitnehmern dauerhaft und vergütungswirksam eine bestimmte Anzahl von Überstunden je Woche zuzuweisen.

bb) Die Verpflichtung der Beklagten zur Zuweisung von 45 Wochenstunden Arbeit im fraglichen Zeitraum folgt im Streitfall aber aus § 612 a BGB.

(1) Nach dieser Vorschrift darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder Maßnahme nicht deshalb benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Damit verbietet § 612 a BGB jede Benachteiligung des Arbeitnehmers, also nicht nur die unmittelbare, sondern auch die mittelbare. Ein Verstoß gegen § 612 a BGB liegt deshalb nicht nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer eine Einbuße erleidet, dh. wenn sich seine Situation gegenüber dem bisherigen Zustand verschlechtert, sondern auch dann, wenn ihm Vorteile vorenthalten werden, welche der Arbeitgeber anderen Arbeitnehmern gewährt, wenn diese entsprechende Rechte nicht ausgeübt haben (vgl. BAG 12. Juni 2002 - 10 AZR 340/01 - AP BGB § 612 a Nr. 8, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen; Staudinger/Richardi BGB 13. Bearbeitung § 612 a Rn. 11; ErfK/Preis 3. Aufl. § 612 a BGB Rn. 10). Deshalb kann der Arbeitnehmer verlangen, daß diese rechtswidrige Benachteiligung durch den Arbeitgeber beseitigt wird (Staudinger/Richardi aaO § 612 a Rn. 21). Die Beseitigung kann nur dadurch erfolgen, daß der Arbeitgeber den Arbeitnehmer so stellt, wie er ohne die Maßregelung stünde (st. Rspr. vgl. BAG 23. Februar 2000 - 10 AZR 1/99 - BAGE 94, 11 [Höhergruppierung]; 13. Juli 1993 - 1 AZR 676/92 - BAGE 73, 320 [Streikbruchprämie]; 11. August 1992 - 1 AZR 103/92 - BAGE 71, 92 mwN [Treueprämien]).

(2) Indem der Kläger das Angebot vom 2. Dezember 1997 ausschlug, hat er in zulässiger Weise von seinen Rechten Gebrauch gemacht. Das Angebot enthielt eine nicht unerhebliche Reduzierung der vertraglichen Vergütung. Der Arbeitnehmer ist in aller Regel nicht verpflichtet, von ihm vertraglich zustehenden Rechten freiwillig Abstand zu nehmen. Die Geltendmachung von Vergütungsansprüchen kann allenfalls in seltenen extremen Ausnahmefällen unter dem Gesichtspunkt der Treuepflicht (§ 242 BGB) ausgeschlossen sein (vgl. BAG 18. Dezember 1964 - 5 AZR 262/64 - AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 51; 15. März 2000 - 10 AZR 745/98 - nv.). Solche Gründe bestehen hier nicht. Der Kläger war insbesondere nicht, wie die Revision meint, aus Solidarität mit den übrigen Monteuren zur Annahme des Angebots vom 2. Dezember 1997 verpflichtet. Der verfassungsrechtlich gewährleistete Grundsatz der Vertragsfreiheit verbietet die Annahme einer rechtlichen Verpflichtung, einen Vertrag allein deshalb abzuschließen zu müssen, weil eine - noch so überwältigende - Mehrheit von Personen in vergleichbarer Lage Verträge gleichen Inhalts abschließt. Vor allem aber hätte das Angebot der Beklagten vom 2. Dezember 1997 auch im Falle der Annahme durch den Kläger nicht zu einer wirksamen Vereinbarung führen können. Die angebotenen geänderten Vertragsbedingungen unterschritten die dem Kläger zustehenden tarifvertraglichen Leistungen nach § 3.3 BMTV, § 5, § 6.3, § 6.4, § 4.5 MTV. Nach § 4 Abs. 3 TVG sind von Tarifverträgen abweichende Abmachungen nur zulässig, soweit sie durch den Tarifvertrag gestattet sind oder eine Änderung der Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten. Weder gestattet aber der Bundesmontagetarifvertrag noch der Manteltarifvertrag eine Abweichung noch ist erkennbar, inwiefern die in dem Angebot enthaltenen Änderungen für den Kläger günstiger iSd. § 4 Abs. 3 TVG sein sollten. Soweit die Beklagte mit dem Hinweis auf die von ihr vermißte Solidarität des Klägers geltend machen möchte, das Angebot vom 2. Dezember 1997 müsse im Zusammenhang mit unterbliebenen Kündigungen gegenüber Monteuren gesehen werden und beinhalte deshalb eine Besserstellung des Klägers, kann sie keinen Erfolg haben. Denn bei einem Günstigkeitsvergleich von tariflichen und vertraglichen Regelungen nach § 4 Abs. 3 TVG sind nur sachlich zusammenhängende Arbeitsbedingungen vergleichbar und deshalb zu berücksichtigen. § 4 Abs. 3 TVG läßt es nicht zu, daß Tarifbestimmungen über die Höhe des Arbeitsentgelts mit einer betrieblichen Arbeitsplatzgarantie verglichen werden (BAG 20. April 1999 - 1 ABR 72/98 - BAGE 91, 210; aA ArbG Düsseldorf 6. Juni 1997 - 3 Ca 414/97 - BB 1997, 1585).

(3) Die Rechtsausübung durch den Kläger war im Streitfall ursächlich für die von der Beklagten vorgenommene Maßregelung. Die Beklagte hat den Kläger iSd. § 612 a BGB allein deshalb benachteiligt, weil er das Angebot vom 2. Dezember 1997 nicht angenommen hat. Sie hat ihm aus diesem Grunde nur 35 und nicht 45 Stunden pro Woche Arbeit zugewiesen. Die Behauptung, daß eine von der Beklagten zunächst angeführte Rücksichtnahme auf das Alter und die Gesundheit des Klägers ursächlich gewesen wäre, hat die Beklagte nicht mehr aufrechterhalten. Wenn die Revision geltend macht, die Beklagte habe sich lediglich am Prinzip der Wirtschaftlichkeit orientiert und den Kläger nicht wegen seiner Ablehnung des Angebots vom 2. Dezember 1997, sondern nur wegen seiner höheren Vergütungsansprüche von den Überstunden ausgeschlossen, so verkennt sie, daß das Prinzip der Wirtschaftlichkeit nicht von der Einhaltung des Gesetzes entbindet. Der Kläger hätte nur dann im Sinne der Wirtschaftlichkeitsvorstellungen der Beklagten arbeiten können, wenn er bereit gewesen wäre, einen nach § 4 Abs. 3 TVG unwirksamen Vertrag mit der Beklagten zu schließen. "Wirtschaftlichkeit" im Sinne der Beklagten und damit ein Unterbleiben der Benachteiligung wäre also allein durch einen Verzicht des Klägers auf die Ausübung seiner gesetzlichen Rechte möglich gewesen.

(4) Hätte der Kläger das Angebot vom 2. Dezember 1997 angenommen, so wären ihm im hier in Rede stehenden Zeitraum 45 Stunden Arbeit je Woche aufgetragen worden. Das Landesarbeitsgericht hat hierzu im Tatbestand des angefochtenen Urteils festgestellt, die Beklagte habe auf der Baustelle N, auf der der Kläger vom 19. Oktober 1998 bis zum 11. März 1999 eingesetzt war, 21 Monteure mit einer Arbeitszeit von 45 Wochenstunden beschäftigt. Für die Zeit ab 22. März 1999 hat die Beklagte, wie das Landesarbeitsgericht festgestellt hat, dem Kläger selbst einen Einsatz von 45 Stunden pro Woche angeboten. Diese Feststellungen sind für den Senat bindend (§ 561 Abs. 2 ZPO). Zulässige Verfahrensrügen hat die Revision nicht erhoben. Sie macht lediglich geltend, sie habe im Kammertermin vor dem Berufungsgericht vorgetragen, die Montagearbeiter nur nach Bedarf mehr als 35 Stunden pro Woche

eingesetzt zu haben. Das Berufungsgericht brauchte aber den hierzu von der Beklagten angebotenen Beweis - Vernehmung des zum Termin gestellten Zeugen G - nicht zu erheben. Es kann als wahr unterstellt werden, daß die Beklagte in der Vergangenheit Montagearbeiter nur nach Bedarf mit mehr als 35 Stunden eingesetzt hat. Denn diese Behauptung der Beklagten widerspricht den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht. Die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts betreffen die beiden konkreten Einsatzorte und die hier in Rede stehenden Zeiträume. Diese nach Ort und Zeit eingegrenzten Feststellungen des Landesarbeitsgerichts greift die Revision nicht einmal an, wenn sie allgemein Behauptungen zu den Prinzipien aufstellt, nach denen sie in der Vergangenheit die Arbeitszeit der Monteure zugeteilt haben will. Auch aus den mit der Revisionsbegründung erstmals vorgelegten Auflistungen der Wochenarbeitsstunden von Monteuren ist keine Aussage zum zeitlichen Umfang des Einsatzes der Monteure auf den hier in Rede stehenden Baustellen zu entnehmen. Im Rahmen des § 612 a BGB ist entscheidend, wie der Arbeitnehmer ohne die konkrete Maßregelung stünde. Ohne sie wäre der Kläger auf den beiden Baustellen zeitlich ebenso eingesetzt worden wie die übrigen Monteure auf diesen Baustellen, also mit 45 Wochenstunden.

cc) Die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes führt, wie das Landesarbeitsgericht entgegen der Auffassung der Revision zu Recht angenommen hat, ebenfalls zu dem Ergebnis, daß die Beklagte verpflichtet war, den Kläger ebenso viele Arbeitsstunden zuzuweisen wie den übrigen Monteuren auf den betreffenden Baustellen.

(1) Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet sowohl die sachfremde Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer gegenüber anderen Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage als auch die sachfremde Differenzierung zwischen Arbeitnehmern einer bestimmten Ordnung. Eine Differenzierung ist sachfremd, wenn es für die unterschiedliche Behandlung keine billigen Gründe gibt, wenn also für eine am Gleichheitsgedanken orientierte Betrachtungsweise die Regelung als willkürlich anzusehen ist (vgl. BVerfG 15. Oktober 1985 - 2 BvL 4/83 - BVerfGE 71, 39, 58).

(2) Im Streitfall hat die Beklagte dem Kläger nach einer generalisierenden Regelung auf Grund sachfremder Differenzierung weniger Arbeit zugewiesen. Die Beklagte hat den Kläger von der Zuweisung von Überstunden ausgeschlossen, weil er die Weitergeltung der tariflichen Vergütungsregelungen für sich in Anspruch nahm, während sie all jenen Monteuren, die auf das Angebot vom 2. Dezember 1997 eingingen, Überstunden zugewiesen hat. Dieser von der Beklagten angelegte Maßstab ist schon deshalb sachfremd, weil er auf einer Gesetzesverletzung beruht. Er verstieß nämlich gegen § 4 Abs. 3 TVG, wie auch das Landesarbeitsgericht zu Recht erkannt hat. Daß das von der Beklagten vorgetragene Motiv der Wirtschaftlichkeit im vorliegenden Fall keine andere Beurteilung rechtfertigt, ergibt sich, wie bereits ausgeführt, schon daraus, daß die Beklagte den von ihr angestrebten Wirtschaftlichkeitsgewinn nur durch einen Gesetzesverstoß (§ 4 Abs. 3 TVG) erzielen konnte.

e) Das im Annahmeverzug fortzuzahlende Entgelt ist nach dem Lohnausfallprinzip zu bemessen. Zu zahlen ist die Vergütung, die der Dienstpflichtige bei Weiterarbeit erzielt hätte (BAG 24. Oktober 1991 - 2 AZR 210/91 - nv.; 25. Juni 1981 - 6 AZR 524/78 - nv.; vgl. zu § 63 HGB, § 616 BGB: BAG 5. Juni 1985 - 5 AZR 459/83 - AP HGB § 63 Nr. 39 = EzA HGB § 63 Nr. 37). Hätte der Arbeitnehmer bei Weiterarbeit auch Überstunden geleistet, so zählt auch die Überstundenvergütung zur fortzuzahlenden vertraglichen Vergütung (BAG 18. September 2001 - 9 AZR 307/00 - AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 37 = EzA BGB § 611 Mehrarbeit Nr. 9; RGRK-Matthes BGB 12. Aufl. § 615 Rn. 69 ff.; Winderlich Der Annahmeverzug des Arbeitgebers S 155 f.). Die Beklagte hat die auf dieser Grundlage erfolgten Berechnungen des Klägers zur Höhe der vereinbarten Vergütung - abgesehen von der Frage der Arbeitszeit - nicht bestritten. Die Revision erhebt insoweit auch keine Rügen.

2. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 284, 285, 288, 291 BGB. Auch insoweit hat die Revision keine Rügen erhoben.

3. Der Kläger hat Anspruch auf Erteilung von Abrechnungen, in denen die ihm zustehenden und vom Landesarbeitsgericht ausgeurteilten Beträge aufgeführt sind. Nach § 133 h iVm. § 134 Abs. 2 GewO ist den gewerblichen Arbeitnehmern in Betrieben mit mehr als 20 Arbeitnehmern bei der regelmäßigen Lohnzahlung ein schriftlicher Beleg über den Betrag des verdienten Lohnes und der einzelnen Arten der vorgenommenen Abzüge auszuhändigen.

II. Die Anschlußrevision des Klägers ist gleichfalls unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zahlung des mit der Anschlußrevision geltend gemachten Betrages von 311,80 DM brutto. Dementsprechend besteht auch kein Anspruch auf Erteilung einer Abrechnung. Das hat das Landesarbeitsgericht zu Recht erkannt.

1. Nach § 3 Abs. 1 EFZG hat der Arbeitnehmer, der infolge Krankheit ohne Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist, Anspruch auf Entgeltfortzahlung bis zur Dauer von sechs Wochen.

Der Kläger war vom 25. bis 28. Januar 1999 durch Arbeitsunfähigkeit an der Arbeitsleistung verhindert. Die Beklagte hat an ihn für diesen Zeitraum Entgeltfortzahlung geleistet, dabei aber die über 35 Wochenstunden

hinausgehenden Arbeitsstunden, die sie ihm hätte zuweisen müssen, wenn er arbeitsfähig gewesen wäre, außer Betracht gelassen.

2. Ein über die gezahlten Beträge hinausgehender Anspruch steht dem Kläger gleichwohl nicht zu. Denn zum fortzuzahlenden Entgelt gehört im Streitfall nicht die Mehrarbeitsvergütung. Die Auffassung der Anschlußrevision, die Beklagte müsse die Lohnfortzahlung nach der regelmäßig tatsächlich geleisteten wöchentlichen Arbeitszeit bemessen, die, wie der Kläger behauptet, 45 Stunden betrage, ist unzutreffend.

a) Die gesetzliche Höhe des im Krankheitsfall fortzuzahlenden Entgelts richtet sich nach § 4 Abs. 1, 1 a, 3 EFZG. Maßgebend für die Bemessung ist die individuelle regelmäßige Arbeitszeit des Arbeitnehmers ohne Überstunden. Überstunden iSv. § 4 Abs. 1 a EFZG liegen vor, wenn die individuelle regelmäßige Arbeitszeit des Arbeitnehmers überschritten wird. Überstunden werden wegen bestimmter besonderer Umstände vorübergehend zusätzlich geleistet. Wird allerdings regelmäßig eine bestimmte, erhöhte Arbeitszeit abgerufen und geleistet, bemißt sich die gesetzliche Höhe der Entgeltfortzahlung nach dieser erhöhten Arbeitszeit (BAG 21. November 2001 - 5 AZR 296/00 - AP EntgeltFG § 4 Nr. 56 = EzA EntgeltFG § 4 Nr. 4, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).

b) Im vorliegenden Fall bemißt sich die Höhe des fortzuzahlenden Entgelts jedoch nach § 4 Abs. 4 Satz 1 EFZG iVm. § 12 Abs. 2 Satz 9 (2) des MTV. Danach ist das gleichmäßige Monatsentgelt "mit Ausnahme der Mehrarbeit und der auf die Mehrarbeit entfallenden Zuschläge" fortzuzahlen. Mehrarbeit iSd. MTV ist die über die nach § 3 MTV festgelegte Arbeitszeit hinaus geleistete Arbeit. Die tarifliche Wochenarbeitszeit beträgt nach § 1 (1) MTV 35 Stunden. Daß eine davon abweichende Festlegung nach § 3 MTV stattgefunden hätte, ist nicht ersichtlich. Dementsprechend handelt es sich bei den Stunden, für die der Kläger Entgeltfortzahlung verlangt, um Mehrarbeit. Ob es sich zugleich um Überstunden iSd. § 4 Abs. 1 a Satz 1 EFZG handelt, kann dahinstehen (vgl. auch BAG 26. Juni 2002 - 5 AZR 153/01 - DB 2002, 2441).

III. Die Kosten ihrer ohne Erfolg gebliebenen Rechtsmittel müssen die Parteien nach § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 ZPO anteilig tragen.

Rost Bröhl Schmitz-Scholemann

Bensinger Röder