

4 Sa 851/22  
4 Ca 1463/21  
Arbeitsgericht Hamm



Verkündet am 05.07.2023

Weller  
Regierungsbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der Ge-  
schäftsstelle

**LANDESARBEITSGERICHT HAMM  
IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

In dem Rechtsstreit

Dortmund

**Kläger und Berufungskläger**

**Prozessbevollmächtigter**

Rechtsanwalt Torsten Jannack, Kleppingstraße 20, 44135 Dortmund

**g e g e n**

GmbH & Co. KG, vertreten durch die

Werl

**Beklagte und Berufungsbeklagte**

**Prozessbevollmächtigte**

Rechtsanwälte

Werl

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Hamm  
auf die mündliche Verhandlung vom 05.07.2023  
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Deventer als Vorsitzenden  
und den ehrenamtlichen Richter  
und die ehrenamtliche Richterin

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Hamm vom 21.06.2022, 4 Ca 1463/21, teilweise abgeändert.

Unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung wird die Beklagte verurteilt, an den Kläger weitere 20.535,39 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 17.907,24 € seit dem 31.12.2021, aus weiteren 898,51 € seit dem 25.05.2022 und aus weiteren 1.729,64 € seit dem 30.06.2023 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger eine monatliche Bruttovergütung in Höhe von 3.251,20 € zuzüglich eines Bonus von 208 € und einer anteiligen Jahresprämie von 125 € zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz werden gegeneinander aufgehoben.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger 1 / 5 und die Beklagte 4 / 5 .

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über Arbeitsentgeltansprüche.

Der Kläger ist seit dem 01.04.2005 bei der Beklagten, ein Speditionsunternehmen mit ca. 450 Arbeitnehmern, als Krafffahrer beschäftigt. Grundlage des Arbeitsverhältnisses der Parteien war zunächst ein schriftlicher Arbeitsvertrag vom 31.03.2005 (ABl. 240 – 243) und nachfolgend vom 21.01.2009 (ABl. 15 – 16). Dieser Arbeitsvertrag enthält unter anderem die nachfolgenden Regelungen:

„ . . .

#### **§ 3 Arbeitszeit**

...

1. Die regelmäßige Arbeitszeit beträgt **256** Stunden pro Monat.
2. Unter Berücksichtigung der EG-Fahrzeitverordnung sind Pausen unbedingt einzuhalten.
3. Die Arbeitszeit in von Montags bis einschließlich Samstags. Die Einteilung der Arbeitszeit erfolgt durch die Firma.

#### § 4 Arbeitseinkommen

1. Der Arbeitnehmer erhält einen Lohn von **2.480,64 €** pro Monat durch die Firma. Der Arbeitnehmer erhält die betriebsüblichen Spesen für jeden Tag der Abwesenheit.

...

#### § 5 Sonderzuwendungen

Gratifikationen, zusätzliche Urlaubsgelder oder sonstige Zuwendungen sind, auch wenn sie wiederholt gezahlt werden, jederzeit widerrufliche, freiwillige Leistungen des Arbeitgebers.

...“

Die Beklagte hat dem Kläger zunächst einen monatlichen Festlohn gezahlt. Ab Mai 2013 ist sie dazu übergegangen, sein Arbeitsentgelt stattdessen stundenweise abzurechnen, vergütete ihm aber jedenfalls im streitgegenständlichen Zeitraum ab Januar 2018 ungeachtet der tatsächlich im Monat angefallenen Arbeitsstunden stets 256 Stunden oder mehr. Darüber hinaus gewährte sie ihm eine Bonuszahlung von weiteren 256, -- € im Monat, pro abgerechneter Überstunde zusätzlich einen weiteren Euro, sowie einen Jahresbonus von 1.500, -- €, der in zwölf gleichen Anteilen zu je 125, -- € brutto abgerechnet wurde. Zeitweise führte sie für den Kläger ein Arbeitszeitkonto, obwohl eine diesbezügliche Vereinbarung nicht existierte.

Die Lohnabrechnungen des Klägers weisen für das Jahr 2018 und bis einschließlich März 2019 einen Bruttostundenlohn von 10,50 € aus, danach ab April 2019 11,70 € und ab Januar 2022 12,70 €. Urlaubsentgelt, Feiertagsvergütung sowie Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall rechnete die Beklagte pauschal auf der Basis einer täglichen Arbeitszeit von 10 Stunden ab. Dessen ungeachtet wurden monatlich jeweils 256 Stunden abgerechnet und vergütet (ausgenommen ein längerer Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit).

...

Der Kläger ist der Auffassung, dass Urlaubsentgelt, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sowie Feiertagsvergütung mit arbeitstäglich 12 Stunden hätte abgerechnet werden müssen und nahm die Beklagte zunächst mit seiner Klage vom 21.12.202 wegen der daraus resultierenden Differenzansprüche für die Zeit von Januar 2018 bis Juni 2021 in Anspruch. Wegen der Einzelheiten wird auf die Tabellen in der Klageschrift auf Aktenblatt 3 und 4 verwiesen. Er hält außerdem die getroffene Arbeitszeitregelung für unwirksam und verlangt mit seiner Klageerweiterung vom 29.12.2021 für über die Grenzen des Arbeitszeitgesetzes hinaus geleistete Arbeitszeit Mehrarbeitsvergütung für die Monate Januar 2018 bis einschließlich Dezember 2021. Diesbezüglich wird auf die Tabellen in der Klageerweiterungsschrift auf ABI. 30 und 31 Bezug genommen. Mit weiterer Klageerweiterung vom 22.05.2022 (Tabellen: ABI. 151) macht er dementsprechende Mehrarbeitsvergütung für die Monate Januar bis einschließlich März 2022 geltend.

Der Kläger hat dazu vorgetragen, die Beklagte habe bei der Berechnung für Zeiten der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, des Urlaubs und für Feiertage stets zwei Stunden zu wenig abgerechnet, woraus sich für die Zeit von Januar 2018 bis Juni 2021 eine Gesamtdifferenz von 4.889,40 € errechne. Er sei nach den Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes auch nicht verpflichtet gewesen, 256 Stunden im Monat, sondern nur durchschnittlich 208 Stunden monatlich zu arbeiten. Die darüber hinaus erbrachte Arbeitsleistung sei im Wege der Überstundenvergütung nachzuzahlen, für die Jahre 2018 bis 2021 insgesamt 22.127,57 € brutto und für die Monate Januar bis März 2021 weitere 898,51 €. Alle Fahrer hätten durchgehend 12 Stunden arbeiten müssen. Während der Wartezeiten bei Be- und Entladetätigkeiten sei er gehalten gewesen, das Kontrollgerät auf Pause zu setzen. Es stelle jedoch keine Pause dar, wenn man in einer Schlange von Lkw-Fahrzeugen stehe, die sich alle paar Minuten nach vorne bewegen müsse. Bei den Bonuszahlungen von 1,00 € pro Stunde sowie von 1.500, -- € pro Jahr handele es sich mangels einer entsprechenden Vereinbarung nicht um Lohnbestandteile, die mit den geleisteten Überstunden verrechnet werden dürften. Es treffe auch keineswegs zu, dass zwischen ihm und dem damaligen Geschäftsführer der Beklagten eine ausdrückliche Einigung dahin erfolgt sei, dass er für 256 Stunden ein Bruttoentgelt von 2.480,64 € erhalte. Ein Rechtsirrtum der Beklagten würde auch nicht zu einer Störung der Geschäftsgrundlage führen. Es sei das Risiko des Verwenders, wenn Vertragsklauseln nicht zulässig seien.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte wird verpflichtet, an ihn einen Betrag in Höhe von 4.889,40 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.12.2021 zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass er verpflichtet ist, wöchentlich 48 Stunden und monatlich 208 Stunden zu einer Vergütung in Höhe von 2.995,20 € zu arbeiten.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an ihn einen Betrag in Höhe von 22.127,57 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.12.2021 zu zahlen.
4. Die Beklagte wird verurteilt, an ihn für die Monate Januar bis März 2022 einen Betrag in Höhe von 898,51 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.05.2022 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen, der geltend gemachte Anspruch auf Bezahlung von täglich weiteren zwei Stunden für Zeiten der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, des Urlaubs sowie an Feiertagen bestehe unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt. Die Entgeltfortzahlung sei auf das maximal Zulässige begrenzt worden. Bei der Vereinbarung, dass für eine regelmäßige monatliche Arbeitszeit von 256 Stunden ein Bruttoentgelt von 2.480,64 € zu zahlen gewesen sei, sei ein Stundenlohn von 9,69 € zugrunde gelegt worden, der im Wesentlichen für sämtliche Fahrer seinerzeit zugesagte Bruttostundenlohn. Dabei sei berücksichtigt worden, dass alle Fahrer durchgehend bezahlt worden seien, unabhängig davon, wie viele Pausen sie gemacht hätten. Bei ihr gebe es die Besonderheit, dass die Fahrer oft mehrere Stunden auf einer Autobahnbaustelle oder im Steinbruch in einer Schlange von teilweise 20 Sattelzügen stünden, wobei die Fahrzeuge alle Viertelstunde um wenige Meter vorgesetzt werden müssten. Die dabei entstehenden Wartezeiten seien entsprechend § 21 a Abs. 3 ArbZG in vielen Fällen keine Arbeitszeit. Dennoch habe sie diese Stunden vollumfänglich durchgezahlt. Obwohl der Kläger im Jahr 2021 zum Teil erheblich weniger geleistet habe, habe sie die vereinbarten 256 Stunden monatlich vollumfänglich gezahlt und zusätzlich noch einen

...

Bonus von 1,00 € je Stunde sowie eine Jahresprämie von 1.500,00 €. Diese Leistungen seien nicht im Arbeitsvertrag vereinbart und würden auch nicht an jeden Mitarbeiter gezahlt. Zwischen dem vereinbarten Arbeitslohn und dem vereinbarten Arbeitsumfang bestehe ein synallagmatisches Verhältnis. Die Vertragsparteien seien davon ausgegangen, dass eine regelmäßige monatliche Arbeitszeit von 256 Stunden zulässig gewesen sei. Wäre ihr bewusst gewesen, dass die monatlich zulässige Höchstarbeitszeit nach dem Arbeitszeitgesetz bei 208 Stunden liege, hätte sie dem Kläger kein Bruttoentgelt in Höhe von 2.480,64 € brutto versprochen, denn damit wäre er gegenüber anderen Fahrern ungerechtfertigt bevorzugt worden. Vielmehr hätte sie ihm dann lediglich ein Bruttoentgelt von 2.015,52 € (208 Stunden x 9,69 €) gezahlt. Es lägen die Voraussetzungen einer Störung der Geschäftsgrundlage vor, denn das Äquivalenzverhältnis sei erheblich gestört. Die gebotene Vertragsanpassung führe zu einer Verringerung der Arbeitszeit auf das gesetzlich zulässige Maß und zugleich zu einer anteiligen Verringerung des Monatsentgelts. Auch der Bonus müsse sich dann entsprechend verringern. Da der Kläger die von ihm geleistete Arbeit vollumfänglich vergütet erhalten habe, bestehe kein weiterer Zahlungsanspruch.

Das Arbeitsgericht Hamm hat durch Urteil vom 21.06.2022 für Recht erkannt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 4.520,73 € brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.12.2021 zu zahlen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Von den Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger 90% und die Beklagte 10%.
4. Der Streitwert wird auf 48.133,08 € festgesetzt.

Zur Begründung führt das Arbeitsgericht aus, der Kläger habe keinen Anspruch auf Feststellung, dass er verpflichtet sei, wöchentlich 48 Stunden und monatlich 208 Stunden zu einer Vergütung in Höhe von 2.995,20 € zu arbeiten. Zwar könnten die Arbeitsvertragsparteien nach § 3 ArbZG nur eine Arbeitsleistung von wöchentlich 48 Stunden wirksam vereinbaren, sodass die getroffene Arbeitszeitvereinbarung nach § 134 BGB unwirksam sei. Allerdings führe der Verstoß gegen § 3 ArbZG nur zur Teilnichtigkeit. Im Rahmen des gesetzlich Zulässigen bleibe die Regelung wirksam. Grundsätzlich

habe der Kläger nach § 612 Abs. 1 BGB Anspruch auf Vergütung der wöchentlich über 48 Stunden hinaus geleisteten Stunden, denn er schulde für das vereinbarte Entgelt lediglich eine Arbeitsleistung in gesetzlich zulässigem Umfang. Ein Festhalten am Vertrag unter Zugrundelegung der gesetzlich zulässigen Höchstarbeitszeit unter Beibehaltung der vereinbarten Vergütung sei der Beklagten aber nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage nicht zumutbar und stelle einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in das Äquivalenzverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Vergütung dar. Die Reduzierung der Arbeitszeit auf das zulässige Maß unter Beibehaltung der vereinbarten Vergütung von zuletzt 2.995,20 € führe zu einer Lohnerhöhung von 23,1 %. Nach § 313 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 BGB könne eine Anpassung des Vertrages verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden könne. Eine Störung der Geschäftsgrundlage könne bei erheblichen Störungen des Äquivalenzverhältnisses auch bei einem beiderseitigen Irrtum über die Rechtslage gegeben sein, wenn ohne diesen Irrtum der Vertrag nicht wie geschehen geschlossen worden wäre. Unstreitig hätten die Parteien erst nach Vertragsschluss erkannt, dass ihre Arbeitszeitvereinbarung gegen das Arbeitszeitgesetz verstoße. Da es sich bei einer faktischen Lohnerhöhung von über 23 % um eine erhebliche Störung des Äquivalenzverhältnisses handele, sei es der Beklagten nicht zumutbar, an dem ursprünglichen Vertrag festzuhalten. Dies erscheine insbesondere auch vor dem Hintergrund interessengerecht, dass sie eine monatliche Vergütung für 256 Stunden auch in den Monaten geleistet habe, in denen der Kläger tatsächlich weniger als 256 Stunden gearbeitet habe. Aus diesen Gründen habe dieser keinen Anspruch auf die begehrte Feststellung und deswegen sei ihm auch erst ab der 257. in einem Monat geleisteten Stunde nach § 612 Abs. 1 BGB eine zusätzliche Vergütung zuzusprechen, denn unstreitig seien ihm in jedem Monat 256 Stunden vergütet worden. Insgesamt seien weitere 376,75 Stunden vergütungspflichtig, nämlich 220 Stunden im Jahr 2018, 96,25 Stunden im Jahr 2019, 51 Stunden im Jahr 2020 und 9,5 Stunden im Jahre 2021. In den ersten drei Monaten des Jahres 2022 habe der Kläger nach eigenem Vortrag jeweils nicht mehr als 256 Stunden gearbeitet. Dies ergebe unter Berücksichtigung eines Stundenlohnes von 11,50 € einschließlich Bonus im Jahr 2018 und von 12,70 € in den Jahren 2019 bis 2021 einen Gesamtbetrag von 4.520,73 €. Der Kläger habe keinen Anspruch auf Vergütung von weiteren jeweils zwei Stunden an Tagen der Arbeitsunfähigkeit, an Feiertagen und für Urlaubstage. Mit der Vergütung von zehn Stunde für solche Tage habe die Beklagte seine Ansprüche auf Entgeltfortzahlung und Urlaubsentgelt vollumfäng-

...

lich erfüllt. Zwischen den Parteien sei nämlich nach § 3 des Arbeitsvertrages vom 21.01.2009 eine Sechs-Tage-Woche vereinbart gewesen, mithin eine durchschnittliche Arbeitsleistung von 9,9 Stunden pro Tag. Soweit der Kläger behaupte, es sei eine tägliche Arbeitsleistung von 12 Stunden vereinbart gewesen, ergebe sich dies weder aus dem vorgelegten Arbeitsvertrag noch aus seinem sonstigen Vortrag.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Urteils wird auf AB. 186 - 197 Bezug genommen.

Der Kläger hat gegen das am 09.08.2022 verkündete und ihm am 11.08.2022 zugestellte Urteil mit am 25.08.2022 eingegangenem Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 11.11.2022 mit am 11.11.2022 eingegangenem Schriftsatz begründet.

Der Kläger trägt vor, es werde ausdrücklich mit Nichtwissen bestritten, dass es sich bei den ihm gezahlten Stundenlöhnen um den betriebsüblichen Stundenlohn gehandelt habe. Tatsächlich habe die Beklagte noch im Jahr 2012 Arbeitsverträge mit einer Arbeitszeit von 8 Stunden täglich und einem Stundenlohn von 9,00 € brutto abgeschlossen, obwohl doch der betriebsübliche Stundenlohn angeblich schon 2009 bei 9,69 € gelegen haben solle. Eine Vereinbarung über die Zahlung eines Stundenlohns habe es zwischen den Parteien ohnehin nicht gegeben. Im Arbeitsvertrag vom 21.01.2009 sei ein fixer Monatslohn in Höhe von 2.480,64 € vereinbart worden. Bestritten werde daher, dass es der Beklagten in den Vertragsgesprächen darum gegangen sei, ihm einen Stundenlohn von 9,69 € brutto zuzusagen. Eine Individualvereinbarung liege nicht vor. Der Stundenlohn sei allenfalls ein Rechenfaktor für Tage, an denen das Lohnausfallprinzip zur Anwendung gelange. Bestritten werde weiter, dass die Beklagte bei Abschluss des Vertrages im Jahre 2009 davon ausgegangen sei, dass eine monatliche Arbeitszeit von 256 Stunden rechtlich zulässig sei. Ein Arbeitgeber wie die Beklagte, der mehrere einhundert Kraftfahrer beschäftige und im Arbeitsvertrag auf die EG-Fahrzeitverordnung hinweise, habe Kenntnis vom Inhalt des Arbeitszeitgesetzes. Hinsichtlich des Vertrages vom 21.01.2009 handele es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen, der identisch auch mit anderen Fahrern damals so abgeschlossen worden sei. Bei allgemeinen Geschäftsbedingungen trage aber der Verwender das Risiko, dass die von ihm verwendeten Vertragsklauseln unzulässig seien. Das vereinbarte Arbeitsentgelt sei lediglich für eine Arbeitsleistung in gesetzlich zulässigem



Umfang geschuldet. Wenn der Arbeitnehmer auf Veranlassung des Arbeitgebers quantitativ mehr arbeite, folge aus § 612 Abs. 1 BGB ein zusätzlicher Vergütungsanspruch, denn die Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung sei nur gegen Vergütung zu erwarten gewesen. An diesem Ergebnis ändere § 313 Abs. 2 BGB, dessen Anwendbarkeit sich im vorliegenden Fall schon rechtsdogmatisch nicht begründen lasse, im Ergebnis nichts. Dass die vereinbarte Arbeitsleistung und das vereinbarte Bruttomonatsentgelt in einem synallagmatischen Verhältnis stünden, trage nichts zur Lösung des Falles bei. Dessen ungeachtet lägen die Voraussetzungen des § 313 Abs. 2, Abs. 1 BGB nicht vor. Zwar könne eine Störung der Geschäftsgrundlage unter Umständen auch bei einem beiderseitigen Irrtum über die Rechtslage anzunehmen sein. Die Annahme des Arbeitsgerichts, es sei unstreitig gewesen, dass den Parteien erst nachträglich bekannt geworden sei, dass ihre Arbeitszeitvereinbarung gegen das Arbeitszeitgesetz verstoße, sei aber falsch. Zwar habe er selbst keine Vorstellung darüber gehabt, in welchem Umfang er arbeiten dürfen. Bei der Beklagten sei aber auszuschließen, dass sie Fehlvorstellungen über den Umfang der erlaubten Arbeitszeit gehabt habe. Sie sei den fraglichen Arbeitsvertrag sehenden Auges eingegangen. Darüber hinaus sei § 313 BGB nicht anwendbar, wenn sich durch die Störung ein Risiko verwirkliche, das eine Partei zu tragen habe. § 3 ArbZG solle den Arbeitnehmer vor Überforderung durch übermäßige zeitliche Inanspruchnahme schützen und begründe ein gesetzliches Beschäftigungsverbot, das es dem Arbeitgeber untersage, Arbeitsleistungen in einem die gesetzliche Höchstgrenze übersteigenden Umfang anzuordnen oder entgegenzunehmen. Schließlich könne auch nicht festgestellt werden, dass es der Beklagten nicht zumutet werden könne, am unveränderten Vertrag festzuhalten. Eine die Anpassung der Vergütungsabrede rechtfertigende Störung liege nicht vor. Das Bundesarbeitsgericht orientiere sich in seinen Urteilen häufig an einer Grenze von 25 %. Es spreche vieles dafür, dass auch in der vorliegenden Konstellation bis zur Grenze von 25 % Zumutbarkeit anzunehmen sei. Der vom Arbeitsgericht errechnete Betrag bleibe darunter. Es könne auch nicht sein, dass ein die Grenze des Arbeitszeitgesetzes geringfügig überschreitender Arbeitgeber mit der vollen Wucht des Gesetzes bestraft werde, während der das Arbeitszeitgesetz völlig missachtende, den Arbeitnehmer in einem die Gesundheit gefährdenden Ausmaß ausbeutende Arbeitgeber geschützt werde.

Seine monatliche Bruttovergütung betrage nunmehr 3.632,20 €. Vertraglich vereinbart sei ein fester Monatslohn. Die letzte Erhöhung sei im Januar 2022 auf 3.251,20 € brutto

...

erfolgt. Neben dem Monatslohn erhalte er einen als Bonus bezeichneten weiteren Teil seines monatlichen Gesamteinkommens, der seit März 2017 1,00 € betrage und fortan stets für 256 Stunden im Monat gezahlt worden sei, ungeachtet der tatsächlich in dem fraglichen Monat geleisteten Stunden. Der Sache nach handele es sich um ein zusätzliches Festgehalt. Unter Berücksichtigung des seit Januar 2022 gezahlten Festlohns, einer Bonuszahlung von 256,00 € sowie einer anteiligen Jahresprämie von 1.500, -- €, aufgeteilt auf 12 Monate, mithin 125, -- € monatlich, komme er auf die genannte Bruttovergütung. Er sei auf die Feststellung angewiesen, weil die Beklagte die Höhe immer wieder in Streit stelle und Kürzungen vornehme. So habe sie zwischenzeitlich versucht, den Bonus von monatlich 256, -- € auf 208, -- € zu senken. Für den Fall, dass sein Hauptantrag erfolglos bleibe, stelle er in der angegebenen Reihenfolge die beiden Hilfsanträge zur Entscheidung.

Hinsichtlich der Vergütung für Urlaubs-, Arbeitsunfähigkeits- und Feiertagszeiten verfolge er seinen Zahlungsanspruch weiter. Zur Berechnung des Umfangs der einzelnen Stunden und des sich daraus ergebenden Anspruchs verweise er auf die Klageschrift. In der Gesamtaddition errechneten sich sogar 7.468,72 € brutto. Derzeit sehe er von einer weiteren Erhöhung der Klage ab und beantrage weiterhin den ursprünglich geltend gemachten Betrag. Dazu stelle er die Zeiträume chronologisch zur Entscheidung des Gerichts, und zwar zunächst die ältesten und zuletzt die jüngsten. Die Höhe des fortzuzahlenden Entgelts orientiere sich stets an den Verhältnissen, die vor dem Feiertag, der Arbeitsunfähigkeit oder dem Urlaub gegolten hätten. Wenn in diesen Zeiten mehr als 10 Stunden pro Tag gearbeitet worden wären, seien auch mehr als 10 Stunden zu vergüten. Falsch sei der Hinweis, es sei eine Sechs-Tage-Woche vereinbart. Tatsächlich habe er überwiegend in der Fünf-Tage-Woche gearbeitet und dann täglich 12 Stunden.

Auch sein Anspruch auf Zahlung einer Mehrarbeitsvergütung verfolge er weiter. Die von der Beklagten geleisteten Zahlungen bezögen sich nur auf eine monatlich geschuldete Arbeitsleistung von 208 Stunden. Für die darüberhinausgehende Arbeitszeit bis einschließlich der 256. Stunde habe er bisher keinen Lohn bekommen. Die Beklagte habe die Überstunden konkludent angeordnet, indem sie ihm Arbeit in einem Umfang zugewiesen habe, der unter Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit nur durch Leistung von Mehrarbeit zu bewältigen gewesen sei. Jedenfalls habe sie die Leistung von Überstunden gebilligt, indem sie monatlich sämtliche abgeleisteten Stun-

den aufgelistet habe und in keiner Weise eingeschritten sei. Das Arbeitsgericht habe ihm erstinstanzlich bereits 4.520,73 € zugesprochen, die von seinem ursprünglich geltend gemachten Betrag von 22.127,57 € sowie weiteren 898,51 € in Abzug zu bringen seien. Unter Berücksichtigung von weiteren Vergütungsdifferenzen für die Monate April bis Dezember 2022 ergebe sich ein noch offener Betrag von 25.751,32 €. Nachdem die Beklagte ab April bis einschließlich Dezember 2022 die ihm zustehenden monatlichen Bonuszahlungen von 256, -- € um 48, -- € auf 208, -- € gekürzt habe, käme ein weiterer Betrag von 432, -- € hinzu, was zu einem Gesamtbetrag von 26.183,32 € brutto führe. Dass er als Fahrer im Straßenbau eingesetzt worden sei, sei irrelevant. Das Argument, die Fahrer stünden in einer langen Reihe von Fahrzeugen und hätten erhebliche Wartezeiten, verfange nicht. Es handele sich um echte Arbeitszeit, weil er den Lkw nicht verlassen und nicht frei darüber bestimmen könne, was er mit der angeblich freien Zeit anfangen. Auch die Behauptung der Beklagten, er wolle ohne rechtfertigenden Grund eklatant bessergestellt werden, als die anderen Fahrer, sei nicht haltbar. Vielmehr müsse die Beklagte auch die Bezahlung der anderen Fahrer anpassen. Er verlange nicht doppelte Bezahlung, sondern Bezahlung nach dem tatsächlich geschuldeten Lohn.

Der Kläger hat in seinem Schriftsatz vom 19.04.2023 die erbrachten Arbeitsstunden monatsbezogen spezifiziert sowie ergänzend zum Umfang der Krankheits- und Feiertags- und Urlaubsstunden vorgetragen. Diesbezüglich wird auf ABl. 285 - 355 Bezug genommen.

Der Kläger **beantragt** zuletzt:

Unter Abänderung des am 21.06.2022 verkündeten Urteils des Arbeitsgerichts Hamm, Aktenzeichen 4 Ca 1463/21 wird

1. die Beklagte verpflichtet, an ihn 4.889,40 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.12.2021 zu zahlen;
2. festgestellt, dass sein monatliche Bruttovergütung 3.632,20 € brutto beträgt und sich aus einem Grundbetrag (3.251,20 €), einem Bonus von 256 € sowie einer anteiligen Jahresprämie von 125 € monatlich zusammensetzt;

hilfsweise

festgestellt, dass seine monatliche Bruttovergütung 3.251,20 € beträgt zuzüglich eines Bonus in Höhe von 256,00 € sowie einer anteiligen Jahresprämie in Höhe von 125,00 € monatlich;

**höchsthilfsweise**

festgestellt, dass seine monatliche Bruttovergütung 3.251,20 € beträgt zuzüglich eines Bonus in Höhe von 208,00 € sowie einer anteiligen Jahresprämie in Höhe von 125,00 € monatlich;

3. die Beklagte verurteilt, an ihn weitere 26.183,32 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 17.606,84 € brutto seit dem 30.12.2021, aus 898,51 € brutto seit dem 24.05.2022 und aus 7.657,97 € brutto seit Zustellung zu zahlen.

**Die Beklagte beantragt,**

die Klage auch hinsichtlich der abgeänderten Anträge abzuweisen und die Berufung sowie die Hilfsanträge zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung und trägt ergänzend vor, die Parteien hätten einzelvertraglich vereinbart, dass der Kläger für die Ableistung von monatlich 256 Arbeitsstunden einen Bruttolohn von 2.480,64 € erhalten solle. Damit habe der im Wesentlichen für sämtliche Fahrer zugesagte Bruttostundenlohn von 9,69 € auch für ihn gelten sollen. Erstinstanzlich habe sie unbestritten darauf hingewiesen, dass die Vereinbarung einer monatlichen Arbeitszeit von 256 Stunden ausdrücklich auf Wunsch des Klägers erfolgt sei, da dieser Gewähr für ein entsprechendes monatliches Einkommen hätte haben wollen. Bei der im Vertrag fett eingetragenen Stundenzahl von 256 und dem ebenfalls fett eingetragenen Bruttolohn von 2.480,64 € handele es sich auch nicht um einen Vordruck für eine Vielzahl gleichlautender Verträge. Stundenzahl und der dafür zu zahlende Bruttolohn seien vielmehr in einem Gespräch zwischen dem Kläger und dem Zeugen \_\_\_\_\_ vereinbart worden. Wenn nun der Kläger wegen § 3 ArbZG nur zur Ableistung von monatlich 208 Stunden verpflichtet sei, stelle es einen gravierenden Eingriff in das arbeitsvertragliche Synallagma dar, wenn er trotz

der mehr als 23 %-igen Reduzierung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit denselben Lohn beanspruchen wolle. Der geltend gemachte Anspruch sei verwirkt. Es verstoße gegen Treu und Glauben, wenn der Kläger nach 12 Jahren gelebter Praxis sich darauf berufen wolle, dass der vereinbarte Festlohn für eine 48-Stunden-Woche gelte. Hinsichtlich der Voraussetzungen des § 313 Abs. 2 BGB sei es so, dass ihrem damaligen Geschäftsführer, dem Zeugen \_\_\_\_\_, bei Abschluss des Arbeitsvertrages tatsächlich nicht bewusst gewesen sei, dass ein Verstoß gegen § 3 ArbZG vorliege. Dies beruhe auf den Besonderheiten der Arbeitsbedingungen der bei ihr beschäftigten Fahrer, die fast ausnahmslos im Straßenbau eingesetzt würden, wo es zu erheblichen Wartezeiten komme, da die Fahrer im Steinbruch oder mit Flüssigasphalt auf Autobahnbaustellen in langer Reihe von 20 oder mehr Fahrzeugen stünden. Zur Vermeidung von Streitigkeiten zahle sie bereits ab 15 Minuten vor Beginn des Abfahrens und noch bis zu 15 Minuten nach Beendigung der Fahrten durchgehend Arbeitsentgelt. Aufgrund der durchgezählten Pausen habe es sich den Parteien nicht ohne weiteres aufgedrängt, dass die Vereinbarung von 256 Arbeitsstunden im Monat gegen § 3 ArbZG verstoße. Bei einem Bruttoentgelt von nunmehr 3.376,20 € für 208 monatlich abzuleistende Arbeitsstunden würde der Kläger ohne rechtfertigenden Grund eklatant bessergestellt als die anderen Fahrer, die derzeit 12,70 € pro Stunde zuzüglich Spesen und Jahressonderzahlung erhielten. Auch vor dem Hintergrund der Gleichbehandlung sei es ihr nicht zumutbar, ihm einen um etwa 23 % höheren Lohn zu zahlen. Das würde den Betriebsfrieden erheblich stören. Der Kläger habe daher nur Anspruch auf einen Bruttostundenlohn von 12,70 €, was bei monatlich 208 Stunden zu einem Bruttoentgelt von 2.641,60 € führe.

Hinsichtlich des Bonus sei es so, dass sie dem Kläger über lange Zeit einen solchen in Höhe von einem Euro pro Arbeitsstunde für die im Arbeitsvertrag vereinbarte monatliche Arbeitszeit von 256 Stunden gezahlt habe. Seit April 2022 zahle sie nur noch 208, -- € monatlich entsprechend der monatlich zulässigen Höchstarbeitszeit. Es solle nicht unerwähnt bleiben, dass nicht jeder Fahrer diesen Bonus erhalte. Sie behalte sich vor, vom maximal möglichen Bonus von einem Euro Abzüge vorzunehmen, wenn Fahrer überdurchschnittlich häufig erkrankten, sie nicht bereit seien, an Samstagen zu arbeiten, keine Nachtschichten übernehmen wollten oder den Transport bestimmter Güter ablehnten. Einen Anspruch auf einen festen Monatsbonus in Höhe von 256, -- € habe der Kläger daher nicht erworben. Nach § 5 des Arbeitsvertrages vom 21.01.2009 handele es sich um jederzeit widerrufliche, freiwillige Leistungen. Sie müsse sich auch

...

gegenüber dem Kläger, der nicht übermäßig häufig krank sei und auch samstags und nachts fahre, vorbehalten, den Bonus entsprechend zu kürzen, wenn die Arbeitsleistung verringert werde. Auch bei der Jahresprämie von monatlich 125, -- € handele es sich als wiederholt gezahlte, sonstige Zuwendung im Sinne des § 5 des Arbeitsvertrages um eine grundsätzlich widerrufliche, freiwillige Leistung.

Der Kläger könne nicht doppelte Bezahlung für die über die gesetzlich zulässigen 208 Stunden monatlich hinaus geleisteten Arbeitsstunden beanspruchen. Diese Stunden habe er vollumfänglich bezahlt bekommen. Sie sei daher nicht verpflichtet, ihm ab Januar 2018 weitere 17.606,84 € brutto zu vergüten. Richtigerweise habe das erstinstanzliche Gericht darauf hingewiesen, dass ihr ein Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden könne, da dies zu einer Lohnerhöhung von 23,1 % führen würde und insofern eine erhebliche Störung des Äquivalenzverhältnisses vorliege. Unabhängig davon bestehe der rückwirkende Zahlungsanspruch auch der Höhe nach nicht. Insbesondere die Berechnungen für das Jahr 2022 seien unzutreffend. Einen Stundenlohn von 12,70 € habe sie erst ab April 2022 gezahlt, davor habe der Stundenlohn im Jahr 12,20 € betragen.

Der Kläger habe auch keinen Zahlungsanspruch in Höhe von 4.889,40 €. Wie bei jedem anderen Fahrer seien auch ihm im Falle desurlaubes, für Feiertage und Zeiten der Arbeitsunfähigkeit täglich 10 Stunden vergütet worden. Der pauschale Hinweis, dass er zuweilen auch mehr als 10 Stunden am Tag gearbeitet habe, genüge zur Anspruchsbegründung nicht. Selbst unter Zugrundelegung der vereinbarten 256 Stunden im Monat käme er bei der vereinbarten Sechs-Tage-Woche nur auf eine durchschnittliche tägliche Arbeitszeit von weniger als 10 Stunden. Folgerichtig sei der weitere Zahlungsantrag des Klägers zurückzuweisen.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die zu Protokoll genommenen Erklärungen der Parteien ergänzend Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthaft und wurde form- und fristgerecht eingelegt und begründet.

Soweit der Kläger in der Berufungsinstanz Differenzvergütung für weitere neun Monate von April bis einschließlich Dezember 2022 geltend macht, handelt es sich nicht um eine Klageerweiterung i.S.v. § 533 ZPO, sondern um eine ohne weiteres statthafte Antragsenerweiterung nach § 264 Nr. 2 ZPO.

Die Berufung des Klägers ist teilweise auch begründet. Auf seinen zweiten Hilfsantrag war festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an ihn eine monatliche Bruttovergütung in Höhe von 3.251,20 € zuzüglich eines Bonus von 208, -- € und einer anteiligen Jahresprämie von 125, -- € zu zahlen. Der Kläger hat für den streitgegenständlichen Zeitraum vom 01.01.2018 bis zum 31.12.2022 außerdem Anspruch auf Zahlung von weiteren 20.535,39 € nebst Zinsen. Soweit er weitergehende Zahlungsansprüche geltend macht, war seine Berufung demgegenüber zurückzuweisen, insbesondere auch hinsichtlich der Zahlung von Differenzen bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, der angefallenen Feiertagsvergütungen sowie der Berechnung des Urlaubsentgelts. Im Einzelnen hat die Kammer dazu die nachfolgenden Erwägungen angestellt:

1. Die Beklagte ist verpflichtet, an den Kläger eine monatliche Bruttovergütung in Höhe von 3.251,20 € zuzüglich eines Bonus in Höhe von monatlich 208, -- € sowie einer anteiligen Jahresprämie in Höhe von 125, -- € zu zahlen. Dies war unter Zurückweisung des auf die Feststellung des geschuldeten Arbeitsentgelts gerichteten, weitergehenden Hauptantrages sowie des ersten Hilfsantrages antragsgemäß festzustellen.

a) Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ergibt sich aus dem Umstand, dass zwischen den Parteien die Höhe des arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsentgelts weiterhin im Streit steht und die vom Kläger zur Entscheidung gestellten Feststellungsanträge geeignet sind, die Rechtslage für die Zukunft zu klären. Hinsichtlich der Zulässigkeit der Feststellungsanträge hat die Beklagte auch keine Einwände geltend gemacht.

b) Der Kläger hat gegen die Beklagte Anspruch auf Zahlung einer monatlichen Bruttovergütung in Höhe von 3.251,20 €. Der Anspruch folgt aus § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. § 4 Ziffer 1 des Arbeitsvertrages der Parteien vom 21.01.2009 unter Berücksichtigung

...

der zwischenzeitlich erfolgten Vergütungserhöhungen. Diese stellen sich als einvernehmliche Vertragsänderungen dar, wobei die Beklagte jedenfalls durch Zahlung des erhöhten Arbeitsentgelts ein konkludentes Angebot abgegeben hat, das der Kläger durch widerspruchslose Fortsetzung der vertraglich geschuldeten Arbeitstätigkeit (§ 151 Satz 1 BGB) annahm. Unstreitig zahlt die Beklagte an ihn seit dem Jahr 2022 Arbeitsentgelt auf Basis eines Stundenlohns in Höhe von 12,70 €. Da die Parteien im Arbeitsvertrag vom 21.01.2009 einen Monatsfestlohn vereinbart haben und eine diesbezügliche Vertragsänderung nicht ersichtlich ist, führt dies ab April 2022 zu einer Monatsvergütung in Höhe von 3.251,20 € (12,70 € x 256 Stunden).

Dabei sind die ursprünglich vereinbarten 256 Stunden als regelmäßige monatliche Arbeitsleistung als Berechnungsfaktor relevant bleiben. Der Umstand, dass die diesbezügliche unter § 3 Ziffer 1 des Vertrages vom 21.01.2009 getroffene Regelung nach § 3 ArbZG i.V.m. § 134 BGB unwirksam ist, führt nicht dazu, dass sich die vertraglich vereinbarte Vergütung anteilig im Verhältnis zwischen vereinbarter Arbeitszeit und gesetzlich zulässiger Höchstarbeitszeit verringert. Der Verstoß gegen § 3 ArbZG hat nicht die Nichtigkeit der Arbeitszeitvereinbarung insgesamt, sondern nur deren Teilnichtigkeit zur Folge. Die Vereinbarung ist wirksam, soweit sie eine Arbeitsleistung von wöchentlich 48 Stunden im Durchschnitt vorsieht. Dem Arbeitgeber ist nach § 3 ArbZG nur untersagt, die Arbeitsleistung in einem die gesetzlichen Höchstgrenzen übersteigenden Umfang anzuordnen oder entgegenzunehmen. § 3 ArbZG gibt damit eine Grenze für das Arbeitszeitvolumen vor, das wirksam als geschuldet vereinbart werden kann. Im Rahmen des gesetzlich Zulässigen bleibt eine gegen die gesetzlichen Höchstgrenzen verstoßende Arbeitszeitvereinbarung wirksam (BAG, Urteil vom 24.08.2016 – 5 AZR 129/16 = NZA 2017, 58 ff.). Das vereinbarte Monatsentgelt in Höhe von ursprünglich 2.480,64 € stellt die Gegenleistung für die wirksam vereinbarte Arbeitszeit dar, d.h. für 48 Arbeitsstunden wöchentlich. Da die Vereinbarung der Monatsvergütung als solche nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, erfasst die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB lediglich die Regelung über die monatliche regelmäßige Arbeitszeit von 256 Stunden. Die Vergütungsabrede bleibt demgegenüber bestehen und bezieht sich auf eine Arbeitsleistung in Höhe der nach § 3 ArbZG höchst zulässigen durchschnittlichen 208 Stunden pro Monat (zu einem ähnlich gelagerten Fall: BAG, Urteil vom 24.08.2016 aaO.).



Der mit der Reduzierung der vermeintlich geschuldeten Arbeitsleistung auf das gesetzlich zulässige Maß verbundene Eingriff in das arbeitsvertragliche Synallagma rechtfertigt keine andere Bewertung.

Allerdings kann nach § 313 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 BGB, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen, eine Anpassung des Vertrages verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Eine Störung der Geschäftsgrundlage kann bei einem beiderseitigen Irrtum über die Rechtslage bei Abschluss des Vertrags anzunehmen sein, wenn ohne diesen beiderseitigen Irrtum der Vertrag nicht wie geschehen geschlossen worden wäre. Eine Vertragspassung ist jedoch nur bei erheblichen Störungen des Äquivalenzverhältnisses in Betracht zu ziehen (BAG, Urteil vom 24.08.2016, aaO.).

Es kann dahinstehen, ob im vorliegende Fall hinsichtlich der Risikoverteilung der Rechtsgedanke des § 306 Abs. 1 BGB trägt, obwohl es im vorliegenden Fall um die Regelung einer Hauptleistungspflicht geht, auf die eine AGB-Kontrolle nur im Rahmen des § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB stattfindet und außerdem die fragliche Klausel nicht nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam ist, sondern wegen der Verletzung eines gesetzlichen Verbots nach § 134 BGB. Jedenfalls greift § 313 Abs. 2 BGB deshalb nicht, weil es schon an einem beiderseitigen Irrtum über die Rechtslage fehlt. Die Kammer hält es für ausgeschlossen, dass die Beklagte, die ca. 450 Arbeitnehmer, darunter zahlreiche Kraftfahrer beschäftigt, zum Zeitpunkt des Abschlusses des fraglichen Arbeitsvertrages keine Kenntnis von den zeitlichen Grenzen des Arbeitszeitgesetzes gehabt hatte. Soweit sie sich wegen § 21 a Abs. 3 Ziff. 1 ArbZG auf eine vermeintlich unklare Rechtsklage beruft, hält die dies Kammer nicht für überzeugend. Zunächst darauf hinzuweisen, dass auch bei einer Beschäftigung im Straßentransport nach § 21 a Abs. 4 ArbZG eine wöchentliche Arbeitszeit von 48 Stunden jedenfalls im Durchschnitt von vier Kalendermonaten nicht überschritten werden darf. Die Regelung in § 3 Ziff. 1 des Arbeitsvertrages vom 21.01.2009 bezieht sich aber gerade auf die Arbeitszeit und nicht auf Zeiten, die nicht als Arbeitszeit im Sinne vom § 21 a Abs. 3 Ziff. 1 ArbZG gelten. Dessen ungeachtet teilt die Kammer die Auffassung des Klägers, dass die Voraussetzungen des § 21 a Abs. 3 Ziff. 1 ArbZG nicht erfüllt sind, wenn ein Kraftfahrer in einer LKW-Kolonie an den Ablade- bzw. den Aufnahmeort sukzessive heranfahren muss,

...

sobald die vor ihm befindlichen LKW ihrerseits vorrücken bzw. abfahren. Die Beklagte kann auch nicht damit gehört werden, dass sie freiwillig Pausenzeiten vergütet. Zunächst einmal würde dies an einer Nichtigkeit des § 3 Ziff. 1 des Arbeitsvertrages vom 21.01.2009 nichts ändern. Im Übrigen hat der Kläger diesen Sachvortrag bestritten, ohne dass die Beklagte die für seine Tätigkeit als Kraftfahrer geltende Pausenregelung im Einzelnen erläutert hätte. Es ist anzunehmen, dass sie geltend machen möchte, dass die Zeiten, in denen der Kläger in einer LKW-Kolonie verbringt, als Pausenzeit angesehen werden sollen, so lange sein LKW steht. Aus den oben genannten Gründen trifft dies aber nicht zu und das war auch unschwer zu erkennen. Da ohne Vorliegen besonderer Umstände, die hier weder vorgetragen noch ersichtlich sind, davon auszugehen ist, dass ein Arbeitgeber, jedenfalls, wenn er einen Betrieb in der hier gegebenen Größe führt, über elementare Grundkenntnisse des Arbeitszeitrechts verfügt, hält die Kammer einen beiderseitigen Irrtum über die Rechtslage nicht für plausibel. Da die Beklagte sich auf die Ausnahmevorschrift des § 313 Abs. 2 BGB beruft, wäre sie gehalten gewesen die tatsächlichen Voraussetzungen hierfür, auch wenn es sich um innere Tatsachen handelt, darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen.

Dessen ungeachtet liegt nach Auffassung der Kammer auch noch nicht eine erhebliche Störung des Äquivalenzverhältnisses vor. Der Beklagten ist ein Festhalten am unveränderten Vertrag hinsichtlich der Höhe des Arbeitsentgelts zumutbar. In einem ähnlich gelagerten Fall hat das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 24.08.2016 (aaO.) eine Reduzierung der geschuldeten wöchentlichen Arbeitszeit um weniger als 9 % unter Beibehaltung der vertraglich vereinbarten Vergütung als zumutbar bezeichnet. Im vorliegenden Fall verringert sich die geschuldete regelmäßige monatliche Arbeitszeit von den unwirksam vereinbarten 256 Stunden auf das gesetzliche Höchstmaß von (durchschnittlich) 208 Stunden. Die Reduzierung beträgt mithin 18,75 % ( $48 / 256 \times 100$ ) und nicht, wie vom Arbeitsgericht errechnet, ca. 23 %. Die Kammer ist der Auffassung, dass auch eine Reduzierung der unwirksam vereinbarten Arbeitszeit bei gleichzeitiger Beibehaltung des vereinbarten Arbeitsentgelts um weniger als 19 % noch nicht zu einer erheblichen Störung des Äquivalenzverhältnisses führt und daher eine Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 2, Abs. 1 BGB ausscheidet. In einer Entscheidung vom 12.01.2005 (5 AZR 144/04 = AP Nr. 69 zu § 612 BGB) hat das Bundesarbeitsgericht für den Arbeitgeber eines Kraftfahrers, der zu Unrecht auf Basis einer freiberuflichen Tätigkeit vergütet wurde, ein Festhalten an der getroffenen Vergütungsabrede von 300 DM pro Arbeitstag nicht für unzumutbar gehalten. Die Kammer

meint, dass sich in derartigen Fällen in der Regel eine Parallele zum sittenwidrigen Lohnwucher im Sinne von § 138 BGB ziehen lässt. Die Grenze zum Lohnwucher verortet das Bundesarbeitsgericht bei etwa 2/3 des üblichen Lohns (BAG, Urteil vom 17.12.2014 – 5 AZR 663/13 = NJW 2015, 1709 ff.; BAG, Urteil vom 22.04.2009 – 5 AZR 436/08 = NZA 2009, 837 ff; Erfurter Kommentar/Preis, 23. Auflage 2023, § 612 BGB, Rn. 3b). Ein Unterschreiten dieses Grenzwerts indiziert ein auffälliges Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Höhe der Vergütung. Bleibt die Entgeltregelung innerhalb dieser Spanne, kann in der Regel Lohnwucher nicht festgestellt werden, sodass die Nichtigkeitsfolge des § 138 BGB nicht greift. Wie bei der hier fraglichen Anwendung des § 313 BGB geht es auch dort die Störung des Äquivalenzverhältnisses zwischen Arbeitsleistung und Arbeitsvergütung bei Unwirksamkeit der Regelung über eine der beiden Hauptleistungspflichten. Bleibt die Vergütungsabrede bei einem Unterschreiten des vereinbarten Arbeitsentgelts um weniger als ein Drittel des üblichen Arbeitsentgelts wirksam, liegt es nicht fern, auch im umgekehrten Fall erst bei einer Reduzierung der unwirksam vereinbarten Arbeitszeit um mehr als ein Drittel durch Vertragsanpassung nach § 313 BGB einzugreifen. Liegt eine Störung des Äquivalenzverhältnisses innerhalb dieser Bandbreite vor, so nimmt die Kammer an, dass ohne das Hinzutreten besonderer Umstände, die im vorliegenden Fall weder vorgetragen noch ersichtlich sind, es dem Arbeitgeber regelmäßig zugemutet werden kann, an einer vertraglich vereinbarten Vergütungsregelung festgehalten zu werden.

Für eine Verwirkung des Anspruchs des Klägers, eines gesetzeswidrige Vertragsregelung geltend zu machen, ist nichts ersichtlich.

Nach alledem muss die Beklagte es hinnehmen, dass der Kläger seinen Vergütungsanspruch von monatlich 3.251,20 € behält, auch wenn er hierfür Arbeitsleistung nur bis zu einem Umfang von durchschnittlich 208 Arbeitsstunden pro Monat erbringen muss.

c) Es war des Weiteren festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger einen monatlichen Bonus in Höhe von 208,00 € zu zahlen.

Dem Grunde nach ergibt sich der Anspruch des Klägers aus den Grundsätzen der betrieblichen Übung. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der die Kammer folgt, ist unter einer betrieblichen Übung die regelmäßige Wiederholung

...

bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Aus einem als Vertragsangebot zu wertenden Verhalten des Arbeitgebers, das von den Arbeitnehmern in der Regel stillschweigend angenommen wird (§ 151 BGB), erwachsen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen. Entscheidend für das Entstehen eines Anspruchs ist nicht der Verpflichtungswille, sondern wie der Erklärungsempfänger die Erklärung und das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände (§§ 133, 157 BGB) verstehen musste und ob er auf einen Bindungswillen des Arbeitgebers schließen durfte (ständige Rechtspr., etwa BAG, Urteil vom 25.01.2023 – 10 AZR 109/22 = NJW 2023, 2065 ff.).

Im vorliegenden Fall zahlt die Beklagte an den Kläger und an zahlreiche weitere Arbeitnehmer seit vielen Jahren auf das anfallende Arbeitsentgelt zusätzlich eine arbeits-tägliche Pauschale von einem Euro. Diese regelmäßige Leistung des Arbeitgebers durften die Arbeitnehmer in Ermangelung eines seitens der Beklagten wirksam erklärten Vorbehalts dahin verstehen, dass die Beklagte ihnen auf Dauer diese Bonuszahlung gewähren wollte. Die Beklagte ist dieser Annahme auch gar nicht entgegengetreten und hat lediglich darauf hingewiesen, dass sie sich vorbehalte, unter bestimmten Voraussetzungen, namentlich wenn ein Fahrer überdurchschnittlich häufig erkrankte, wenn er es ablehne an Samstagen zu arbeiten, keine Nachtschichten verrichten wolle oder den Transport bestimmter Güter ablehne, eine Kürzung vorzunehmen. Abgesehen davon, dass nach eigenem Vorbringen der Beklagten nichts davon auf den Kläger zutrifft, ist auch nicht ersichtlich, wann in welcher Form und wem gegenüber sie diesen Vorbehalt erklärt haben will.

Der Vorbehalt ergibt sich insbesondere nicht aus § 5 des Arbeitsvertrages vom 21.01.2009, wonach Gratifikationen, zusätzliche Urlaubsgelder und sonstige Zuwendungen auch nach wiederholter Zahlung jederzeit widerrufliche freiwillige Leistungen des Arbeitgebers sind. Bei einer Verknüpfung von Freiwilligkeitsvorbehalt und Widerrufsvorbehalt, wie in § 5 des Arbeitsvertrages vom 21.01.2009, wird für den Arbeitnehmer nicht hinreichend deutlich, dass trotz mehrfacher, ohne weitere Vorbehalte erfolgreicher Sonderzahlungen ein Rechtsbindungswille des Arbeitgebers für die Zukunft ausgeschlossen bleiben soll (BAG, Urteil vom 08.12.2010 – 10 AZR 671/09 = NJW 2011, 2314 ff.). Eine derartige Vertragsklausel benachteiligt den Arbeitnehmer regel-

mäßig unangemessen und ist deshalb nach § 307 Abs. 1 S. 1 unwirksam (BAG, Urteil vom 14.09.2011 – 10 AZR 526/10 = NZA 2012, 81 ff.).

Der Höhe nach hat der Kläger allerdings keinen Anspruch auf Zahlung eines monatlichen Bonus in Höhe von 256,00 €. Zwar hat der Kläger in der Vergangenheit regelmäßig Bonuszahlungen in dieser Höhe erhalten. Dies korrespondierte jedoch mit dem vertraglich vereinbarten Umfang der Arbeitsleistung. Die Kammer vermag nicht festzustellen, dass die Beklagte losgelöst von der zu erbringenden Stundenzahl dem Kläger eine monatliche Pauschalzahlung 256,00 € gewähren wollte. Vielmehr erscheint nachvollziehbar, dass die Beklagte die Bonuszahlung mit der Zahl der erbrachten Arbeitsstunden verknüpfen wollte und durfte. Der Verstoß der Arbeitszeitregelung in § 3 Ziff. 1 des Arbeitsvertrags vom 21.01.2009 betrifft nicht die Bonuszahlung, vielmehr geht es allein um die Frage, wie die Empfänger der Leistung diese nach Treu und Glauben verstehen durften. Hätte die Beklagte dem Kläger eine monatliche Pauschale zuwenden wollen, hätte es nahegelegen, einen runden Betrag, etwa 250,00 € zu wählen. Tatsächlich hat er aber keine Pauschale erhalten, sondern eine an den geleisteten Arbeitsstunden orientierte Bonuszahlung. Dies kommt etwa auch darin zum Ausdruck, dass ausweislich der von ihm vorgelegten Entgeltabrechnungen in Monaten mit Überstundenvergütungen in gleicher Weise der Bonus erhöht und umgekehrt in einzelnen Monaten mit längeren Krankheitszeiten (Dezember 2019 und Januar 2020) reduziert wurde. Auch der Kläger selbst hat vorgetragen, dass sich die Bonuszahlung nach den Arbeitsstunden bemisst. Dann muss er es sich gefallen lassen, dass sich sein Anspruch auf eine Bonuszahlung auf die Höhe der rechtlich geschuldeten höchstens 208 Arbeitsstunden im Monat bemisst und damit lediglich 208,00 € beträgt. Dieser Betrag ist aber entsprechend der Übung in der Vergangenheit auch dann zu zahlen, wenn in einzelnen Monaten weniger Arbeitsstunden anfallen.

d) Auch der Anspruch des Klägers auf Zahlung einer anteiligen Jahresprämie von monatlich 125,00 € ergibt sich aus den Grundsätzen der betrieblichen Übung. Diesbezüglich kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

e) Nach alledem gilt, dass der höchsthilfsweise vom Kläger zur Entscheidung gestellte Feststellungsantrag Erfolg hat. Der diesbezügliche Hauptantrag ist demgegenüber unbegründet, weil der Kläger jedenfalls keinen Anspruch auf Zahlung eines monatlichen Bonus von 256,00 € hat. Gleiches gilt für den ersten Hilfsantrag, mit dem der Kläger

...

ebenfalls Feststellung begehrt, dass ihm u.a. ein monatlicher Bonus von 256,00 € zusteht. Hauptantrag und erster Hilfsantrag waren daher zurückzuweisen.

2. Die Beklagte ist verpflichtet, an den Kläger weitere 20.535,39 € brutto als rückständiges Arbeitsentgelt zu zahlen.

Dem Grunde nach ergibt sich der Anspruch aus § 612 Abs. 1 BGB. Der Kläger hat Anspruch auf Vergütung der monatlich über durchschnittlich 208 Arbeitsstunden hinaus geleisteten Arbeitsstunden. Da ihm erstinstanzlich bereits 4.520,73 € zugesprochen wurden für solche Überstunden, die in einzelnen Monaten die Zahl von 256 Arbeitsstunden überschritten hatten, waren ihm noch für die Zeit von Januar 2018 bis Dezember 2022 Differenzansprüche für solche Monate zuzusprechen, in denen er mehr als 208 Stunden, jedoch nicht mehr als 256 Stunden arbeitete. Sowohl Umfang der geleisteten Arbeitsstunden als auch deren betriebliche Veranlassung sind dabei unstreitig.

Für das Jahr 2018 sind mithin noch 489,75 Arbeitsstunden vergütungspflichtig, nämlich für die Monate Januar, April bis Juni sowie August bis November jeweils 48 Stunden, für den Monat Februar 2018 34 Arbeitsstunden, für den Monat März 39 Arbeitsstunden sowie für den Monat Juli 32,75 Stunden. Multipliziert mit dem damals gültigen Stundenlohn von 10,50 € ergibt dies einen Nachzahlungsanspruch in Höhe von 5.142,38 €. Für das Jahr 2019 waren für Februar 25,25 Stunden und für März 47,75 Stunden zu berücksichtigen. Für diese Monate galt noch der alte Stundenlohn von 10,50 €, sodass daraus ein weiterer Anspruch in Höhe von 766,50 € resultiert. Für April, Mai, Juli, August und Oktober 2019 sind jeweils 48 weitere Stunden zu berücksichtigen, im Juni 34,75 Stunden und im September 30,75 Stunden. Dies macht zusammen weitere 305,50 Stunden, die mit einem Stundensatz von 11,70 € zu vergüten sind, zusammen mithin 3.574,35 €. Saldiert ergibt es für das Jahr 2019 einen Nachzahlungsanspruch von 4.340,85 €. Für das Jahr 2020 sind weitere 408,75 € zu vergüten, nämlich für Februar 19,75 Stunden, für März 42 Stunden, für April 48 Stunden, für Juni 43,25 Stunden, für Juli 48 Stunden, für August 41 Stunden, für September 46,50 Stunden, für Oktober 48 Stunden, für November 34,75 Stunden und für Dezember 37,50 Stunden. Multipliziert mit einem Stundensatz von 11,70 € ergibt dies einen Nachzahlungsanspruch von 4.782,38 €. Für die im Jahr 2021 erbrachte Arbeitsleistung sind weitere 311,25 Arbeitsstunden zu vergüten, nämlich für Januar 6,75 Stunden, für März

48 Stunden, für April 28,25 Stunden, für Mai 6,50 Stunden, für Juni 22,75 Stunden, für August 45,25 Stunden, für September 46 Stunden, für Oktober 18,75 Stunden, für November 48 Stunden und für Dezember 41 Stunden. Multipliziert mit einem Stundensatz von 11,70 € ergibt das einen Nachzahlungsbetrag von 3641,63 €. Für das Jahr 2022 sind zunächst die schon erstinstanzlich geltend gemachten 15,75 Stunden für den Monat Januar, 16,25 Stunden für den Monat Februar und 38,75 Stunden für den Monat März zu vergüten. Zulässigerweise hat der Kläger in der Berufungsinstanz seinen Antrag auf die Monate April bis Dezember 2022 erweitert. Für diese Monate sind weitere 126,25 Stunden zu berücksichtigen, nämlich für April 0,25 Stunden, für Mai 56,25 Stunden, für Juni 3,50 Stunden, für Juli 5,75 Stunden, für August 0,75 Stunden, für September 2,25 Stunden, für Oktober 0,75 Stunden, für November 37 Stunden und für Dezember 19,75 Stunden. Insgesamt sind für das Jahr noch 197 Stunden zu vergüten. Multipliziert mit einem Stundensatz von 12,70 € ergibt das einen Nachzahlungsbetrag von 2.501,90 €. Die Kammer verkennt nicht, dass die Beklagte vorgetragen hat, der Stundenlohn des Klägers habe in den Monaten Januar bis März 2022 nur 12,20 € betragen. Ausweislich der vorliegenden Entgeltabrechnung vom 29.03.2022 trifft dies für den Monat März 2022 aber nicht zu und auch für die beiden Vormonate wurde mit Nachberechnungen jeweils vom 29.03.2022 eine Nachzahlung der Differenz von 0,50 €/Stunde vorgenommen. Mangels einer erläuternden Erklärung seitens der Beklagten hatte die Kammer von einem Mehrarbeitsentgelt von 12,70 € je Stunde auszugehen. Des Weiteren waren zu Gunsten des Klägers für die zusätzlichen 126,25 Stunden in den Monaten April bis Dezember 2022 Bonuszahlungen in Höhe von 126,25 € zu erbringen. In der Summe der Nachzahlungsbeträge für die Jahre 2018 bis 2022 ergibt dies 20.535,39 €.

Unter Berücksichtigung der gestellten Anträge (§308 Abs. 1 ZPO) waren dem Kläger gem. §§ 288 Abs. 1, 291 BGB Prozesszinsen aus 17.907,24 € seit dem 31.12.2021, aus weiteren 898,51 € seit dem 25.05.2022 und aus weiteren 1.729,24 € seit dem 30.06.2023 (Nachweis der Zustellung des Schriftsatzes des Klägervertreters vom 19.04.2023 liegt nicht vor; Abweisungsantrag der Gegenseite datiert vom 29.06.2023) zuzusprechen. Die Verzinsungspflicht beginnt ab dem auf den Zustellungstag folgenden Tag (etwa BAG, Urteil vom 10.11.2021 – 10 AZR 261/20 = NZA 2022, 707 ff.).

3. Soweit der Kläger seinen bereits mit der Klageschrift geltend gemachten Anspruch von 4.889,40 € brutto wegen angeblicher Differenzen bei der Berechnung der Entgelt-

...

fortzahlung im Krankheitsfall, der Feiertagsvergütung und dem Urlaubsentgelt für die Zeit vom Januar 2018 bis Juni 2021 weiterverfolgt, war die Berufung des Klägers demgegenüber zurückzuweisen. Zu Recht hat das Arbeitsgericht diesen Anspruch abgewiesen. Der Anspruch ist der Höhe nach unschlüssig. Für die Feiertagsvergütung gilt gem. § 2 Abs. 1 EFZG, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das Arbeitsentgelt zu zahlen hat, das infolge eines gesetzten Feiertages ausfällt. Ähnlich bestimmt § 4 Abs. 1 EFZG für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, dass dem Arbeitnehmer das ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt fortzuzahlen ist. Das Urlaubsentgelt bemisst sich gem. § 11 Abs. 1 S. 1 BUrlG nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst, das der Arbeitnehmer in den letzten 13 Wochen vor dem Beginn des Urlaubs erhalten hat, mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes. Hierzu hätte der Kläger die anspruchsbegründenden Tatsachen im Einzelnen vortragen müssen. Keineswegs konnte pauschal angenommen werden, dass er an jedem Ausfalltag 12 Arbeitsstunden gearbeitet hätte. Da der Umfang seiner Arbeitszeit schwankend war, war auf ein Referenzzeitraum abzustellen, der hinsichtlich des Urlaubsentgelts ausdrücklich in § 11 Abs. 1 S. 1 BUrlG definiert ist als das Arbeitsentgelt der letzten drei Monate vor Beginn des Urlaubs. Hinsichtlich der Feiertagsvergütung und der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gilt das Entgeltausfallsprinzip (ErfKomm/Reinhard, aaO., § 2 EFZG Rn. 14). Auch dabei ist auf einen Durchschnittszeitraum vor dem Feiertag bzw. der Erkrankung zurückzugreifen (ErfKomm/Reinhard, aaO., § 4 EFZG Rn. 14). Für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ist außerdem zu beachten, dass nach § 4 Abs. 1a Satz 1 EFZG das zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsentgelt grundsätzlich nicht berücksichtigt wird. Es durfte ferner nicht unberücksichtigt bleiben, dass nach § 3 Ziff. 3 des Arbeitsvertrages vom 21.01.2009 eine Sechs-Tage-Woche vereinbart war. Auch der Kläger behauptet, er habe lediglich überwiegend und somit eben nicht ausnahmslos in der Fünf-Tage-Woche gearbeitet. Dann hätte er sich der Mühe unterziehen müssen, bezogen auf die konkreten Ausfallzeiten zum entgangenen Arbeitslohn substantiiert vorzutragen. Nachdem dies nicht geschehen ist, musste insoweit seine Berufung erfolglos bleiben.

4. Nach alledem war hinsichtlich des geschuldeten Arbeitsentgelts der zweite Hilfsantrag des Klägers erfolgreich und insoweit hinsichtlich seines Feststellungsantrags das erstinstanzliche Urteil entsprechend abzuändern. Demgegenüber unterfallen sein Hauptfeststellungsantrag sowie der erste Hilfsantrag der Zurückweisung. Hinsichtlich des mit seinen Berufungsantrag Ziff. 3 geltend gemachten Zahlungsanspruchs war die



Berufung in Höhe von weiteren 20.535,39 € nebst Zinsen erfolgreich und insoweit das erstinstanzliche Urteil ebenfalls abzuändern. Soweit der Kläger weitergehende Zahlungsansprüche mit seinen Berufungsanträgen verfolgt, war seine Berufung demgegenüber zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO. Dabei ist die Kammer, wie vom Arbeitsgericht festgesetzt, von einem Streitwert für die erste Instanz in Höhe von 48.133,08 € ausgegangen. Erstinstanzlich ist – insoweit abweichend vom Arbeitsgericht – von einem Obsiegen des Klägers mit knapp der Hälfte (23.326,48 €) auszugehen, was es rechtfertigt, die erstinstanzlichen Kosten gegeneinander aufzuheben. Hinsichtlich der Kosten des Berufungsverfahrens war bei einem Gesamtstreitwert von 44.788,75 € eine Quote von 4/5 zu Lasten der Beklagten und 1/5 zu Lasten des Klägers zu bilden.

Gründe für die Zulassung der Revision nach § 72 Abs. 2 ArbGG sind nicht ersichtlich.

### **RECHTSMITTELBELEHRUNG**

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.  
Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72a ArbGG verwiesen.

Deventer

/Brü./Bo./W.

Beglaubigt  
als Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle  
Landesarbeitsgericht Hamm



