

## Mehrarbeit und Urlaubsvergütung –Tarifverträge der Metallindustrie: Anmerkung zum BAG Urteil vom 22.2.2000 –9 AZR 107/99 [Urteilsanmerkung]

Herbert Buchner

### Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Buchner, Herbert. 2001. "Mehrarbeit und Urlaubsvergütung –Tarifverträge der Metallindustrie: Anmerkung zum BAG Urteil vom 22.2.2000 –9 AZR 107/99 [Urteilsanmerkung]." *Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (SAE)* 55 (3): 86–91.

### Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

#### Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



§ 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG hat daher den „gesetzlichen“ Zeitfaktor unberührt gelassen. Darauf ist bereits im Schrifttum hingewiesen worden (Leinemann BB 1998, 1414, 1418 Fn. 35; ErfK/Dörner § 13 BUrlG Rn. 50). Der Senat hat diese Auffassung seinem Urteil vom 9. 11. 1999 (– 9 AZR 771/98 [SAE 2001, 91 mit Anm. Boemke – d. Red.] zugrunde gelegt und ausführlich begründet. Daran ist festzuhalten.

c) Das in § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG in Verb. mit § 1 BUrlG enthaltene Abweichungsverbot sichert dem Kl. den Anspruch auf Vergütung und Abgeltung der während des Mindesturlaubs ausfallenden Arbeitsstunden. Unabdingbar im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 1, § 3 BUrlG ist nur die Vergütung oder die Abgeltung für 24 Werktage Urlaub.

Der 1996 entstandene Anspruch des Kl. auf Mindesturlaub ist nach § 7 Abs. 3 BUrlG auf das Jahr 1997 übertragen worden. Bei der Weiterzahlung des Entgelts für den zur Erfüllung dieses Anspruchs gewährten Urlaubs mußte daher die Bekl. § 1 BUrlG beachten. Demgegenüber war der aus dem Jahre 1995 übertragene Resturlaub anders zu behandeln. Nach § 7 Abs. 3 BUrlG wäre dieser Urlaubsanspruch spätestens am 31. 3. 1996 untergegangen. Ein Verfall ist nur deshalb nicht eingetreten, weil die TV-Parteien in § 12 Nr. 7 MTV eine besondere Übertragungsregelung für erkrankte ArbN vorgesehen hatten. Da sie dem ArbN eine den Nachteil des Verfalles vermeidende Rechtsposition eingeräumt haben, waren sie auch befugt, für die Bemessung des darauf entfallenden Entgelts eine eigenständige Regelung zu treffen. Denn soweit die TV-Parteien weitergehende Ansprüche geregelt haben, sind sie in der Bemessung des Entgelts frei (BAG 25. 8. 1992 – 9 AZR 329/91 – AP BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 60 = EzA TVG § 4 Ausschußfristen Nr. 101).

d) Die unzulässige Benachteiligung des Kl. durch die Verminderung der Anzahl der während des gesetzlichen Mindesturlaubs zu vergütenden Arbeitsstunden wird nicht dadurch aufgehoben, dass der TV ihm Ansprüche einräumt, die im Bundesurlaubsgesetz nicht vorgesehen sind.

Eine tarifliche Kürzung der Bemessungsgrundlagen für die Urlaubsvergütung kann nicht durch eine gegenüber dem gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch höhere Anzahl von Urlaubstagen ausgeglichen werden. Die vom Sechsten Senat früher dazu vertretene Rechtsauffassung (BAG 8. 10. 1981 – 6 AZR 296/79 – AP BAT § 47 Nr. 3 = EzA BUrlG § 13 Nr. 15) hatte der für das Urlaubsrecht damals zuständige Fachsenat des BAG bereits aufgegeben (vgl. BAG 12. 1. 1989 – 8 AZR 404/87 – BAGE 61, 1 [SAE 1990, 265 mit Anm. B. Natzel – d. Red.]). Dem schließt sich der nunmehr für das Urlaubsrecht ausschließlich zuständige erkennende Senat an.

Die Minderung der Urlaubsvergütung und der Urlaubsabgeltung infolge der Nichtberücksichtigung der Mehrarbeitsstunden bei der Ermittlung des Zeitfaktors wird auch nicht dadurch ausgeglichen, daß nach § 14 Nr. 1 a MTV für die gekürzte Anzahl der zu vergütenden Arbeitsstunden der ArbN einen auf 150 % erhöhten Stundensatz erhält. Diese tarifliche Aufstockung erhöht nicht das Urlaubsentgelt. Sie hat Gratifikationscharakter und wird deshalb auch als „Urlaubsgeld“ bezeichnet. Sie soll den ArbN in die Lage versetzen, im Interesse einer vollwertigen Erholung während des Urlaubs anfallende erhöhte Ausgaben bestreiten zu können

(Ziepkke/Weiss MTV Metall NRW 4. Aufl. § 14 Überblick und Rn. 1). Bestätigt wird diese Auffassung durch die von 1994 bis 1996 für die zusätzliche Urlaubsvergütung geltende Sonderregelung in § 14 Nr. 1 e MTV. Die tariflich geregelte zusätzliche Urlaubsvergütung ist somit kein Entgelt für ausfallende Arbeitszeit, sondern eine andere Leistung. Daher kann sie in dem auf den Einzelfall bezogenen Günstigkeitsvergleich (Leinemann/Linck Urlaubsrecht § 13 Rn. 47) nicht berücksichtigt werden (vgl. BAG 12. 1. 1989 – 8 AZR 404/87 – BAGE 61, 1, 5 [SAE 1990, 265 mit Anm. B. Natzel – d. Red.]).

5. Die angefochtene Entscheidung ist somit als fehlerhaft nach § 564 Abs. 1 ZPO aufzuheben. Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur anderweiten Verhandlung an das LAG zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 ZPO).

Die für die Berechnung der Urlaubsvergütung und der Urlaubsabgeltung erforderlichen tatsächlichen Berechnungsgrundlagen sind vom LAG nicht festgestellt. Sowohl die Parteien als auch die Vorinstanzen haben übersehen, daß § 1 BUrlG für den gesetzlichen Mindesturlaub eine dem im Stundenentgelt beschäftigten ArbN eine Vergütung garantiert, die nach der Anzahl der urlaubsbedingt ausfallenden Arbeitsstunden einschließlich der Mehrarbeit zu bemessen ist. Das LAG wird deshalb festzustellen haben, ob und in welchem Umfang der Kl. zur Mehrarbeit von der Bekl. herangezogen worden wäre. Solange das nicht anschließend festgestellt ist, kann nicht beurteilt werden, ob und in welchem Umfang sich das angefochtene Berufungsurteil im Ergebnis als richtig darstellt.

II. Nach § 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO hat das LAG auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden.

## Anmerkung:

Unbeirrt von sachlichen Einwänden zimmert der für das Urlaubsrecht zuständige BAG-Senat an seinem urlaubsrechtlichen Gebäude<sup>1</sup>. Mit vorstehender Entscheidung ist allerdings ein Punkt erreicht, an dem sich die Frage nach den Grenzen richterrechtlicher Rechtsfortbildung nicht mehr hintanstellen läßt. Es geht nicht mehr nur um eine höchst problematische Auslegung der §§ 1, 11 BUrlG unter Umgestaltung des von diesen vorgegebenen Systems, sondern mit der Verweigerung der Anerkennung der tarifvertraglichen Regelungen um den Zugriff der Arbeitsgerichte auf die tarifautonome Gestaltung der Arbeitsbedingungen.

### 1. Die urlaubsrechtliche Problematik der Entscheidung

Urlaubsrechtlich bewegt sich die Entscheidung auf der seit 1988 eingeschlagenen Linie, die allerdings nunmehr im Hinblick auf den mit dem arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetz 1996 eingefügten letzten Halbsatz des § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG größere praktische Auswirkung erlangt.

a) Bedeutung der Entgeltregelung des § 11 Abs. 1 BUrlG Die gesetzliche Ausgangslage ist eigentlich klar.

<sup>1</sup> Zuersten Umstrukturierung s. bereits meine Stellungnahme in DB 1982, 1823.

aa) Nach § 1 BUrlG hat jeder ArbN Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Es besteht weitgehend Einvernehmen darüber, daß der ArbN unter Fortzahlung des Entgelts von der Arbeit freizustellen ist. Die Bestimmung des während der Arbeitsfreistellung zu gewährenden Entgelts bereitet dort keine Probleme, wo gleichmäßige Arbeitszeiten und entsprechend gleichmäßige Entlohnung geschuldet werden. Der ArbGeb gewährt hier die gesetzlich oder vertraglich vorgesehenen Werkstage bzw. Arbeitstage Freistellung; die Vergütung (etwa speziell bei monatlicher Entlohnung) läuft ungeachtet dessen weiter. Probleme ergeben sich – wie auch in anderen Fällen lohnfortzahlungspflichtigen Wegfalls der Arbeitspflicht (insbesondere bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit) – bei ungleichmäßigem Arbeitseinsatz und demgemäß schwankender Entlohnung. Hier gibt es zwei unterschiedliche Modelle, die der Bestimmung des fortzuzahlenden Entgelts zugrunde gelegt werden können:

(1) Nach dem Lohnausfallprinzip ist die Vergütung zu gewähren, die der ArbN bei fortlaufender Arbeitspflicht in der Freistellungsphase erzielt hätte.

(2) Nach dem Referenzprinzip (auch Bezugsmethode genannt) wird die Freistellungsphase nach dem durchschnittlichen Einkommen in einer zurückliegenden Referenzperiode bemessen.

Der Vorzug des Lohnausfallprinzips besteht in höherer Sachgerechtigkeit; der ArbN wird so gestellt, wie er ohne die Ausfallzeit stehen würde. Die Bestimmung dieses hypothetischen Einkommens, speziell der Arbeitszeit, in der der ArbN ohne die Freistellung gearbeitet hätte, kann jedoch, gerade was die Einbeziehung von Überstunden betrifft, im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Diese werden mit dem Referenzprinzip vermieden; der in der (zurückliegenden) Referenzperiode erzielte Lohn steht fest. Allerdings kann es zu gewissen Verwerfungen kommen, wenn die in der Referenzperiode geleistete Arbeitszeit von der während der Ausfallzeit anfallenden Arbeitszeit nach oben oder unten abweicht. Der ArbN bekommt dann je nach dem mehr oder weniger Entgelt als ohne die Ausfallzeit und damit auch als seine weiterarbeitenden Kollegen. Deshalb wird das Referenzprinzip naheliegenderweise immer wieder in Frage gestellt. Der Gesetzgeber muß von Fall zu Fall entscheiden, ob ihm die Erleichterung bei der Entgeltermittlung eine gewisse Pauschalierung (unter Abstrichen von der gewünschten Gleichstellung) wert ist. Unstrittig steht es dem Gesetzgeber jedoch zu, für eine Entgeltregelung nach seinem rechtspolitischen Ermessen das eine oder andere Prinzip zu wählen. Der Gesetzgeber konnte damit unzweifelhaft auch dem Bundesurlaubsgesetz sowohl das Lohnausfallprinzip wie das Referenzprinzip zugrunde legen.

bb) Unstrittig war zunächst auch, daß der Gesetzgeber des Bundesurlaubsgesetzes sich für das Referenzprinzip entschieden hat. § 1 legt den Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub fest; das Urlaubsentgelt bemißt sich gemäß § 11 nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst, das der ArbN in den letzten 13 Wochen vor Beginn des Urlaubs erhalten hat. Das BAG hat in seiner ersten zur konzeptionellen Gestaltung

des § 11 BUrlG ergangenen Entscheidung vom 9. 12. 1965<sup>2</sup> die Bezugsmethode als allein maßgeblich erklärt. Der Gesetzgeber habe mit der in § 11 BUrlG gewählten Fassung das sogenannte Lohnausfallprinzip ausdrücklich abgelehnt und dabei darauf hingewiesen, daß aufgrund der gegenläufigen Gesetzesvorschläge der CDU/CSU-Fraktion (Lohnausfallprinzip) und der SPD-Fraktion (Bezugsmethode) die Alternativen klar vor Augen und zur Entscheidung standen. Diese Bewertung entsprach auch der im Schrifttum vertretenen Meinung<sup>3</sup>.

cc) Gewisse Einschränkungen von der Bezugsmethode sah die gesetzliche Regelung selbst zugunsten der ArbN mit den speziellen Vorgaben in § 11 Abs. 1 Satz 2 und 3 vor. Bei Verdiensterhöhungen nicht nur vorübergehender Natur, die während des Berechnungszeitraums (Referenzperiode) oder des Urlaubs (Freistellungsphase) eintreten, ist das erhöhte Verdienst zugrunde zu legen; insoweit bleibt es also nicht bei einem eventuellen niedrigeren Verdienstniveau in der Bezugsperiode. Andererseits sollen nach Satz 3 des § 11 Abs. 1 Verdienstkürzungen im Berechnungszeitraum infolge Kurzarbeit, Arbeitsausfällen oder unverschuldeter Arbeitsversäumnisse für die Berechnung des Urlaubsentgelts außer Betracht bleiben. Das BAG sprach in der genannten Entscheidung vom 9. 12. 1965 von „die reine Bezugsmethode durchbrechenden Ausnahmeregelungen“. Überstunden, die im Referenzzeitraum geleistet wurden, erhöhten das Arbeitsentgelt im Referenzzeitraum. Sie bewirkten damit auch eine Erhöhung des Urlaubsentgelts in der nachfolgenden Freistellungsphase – gerade diese Erhöhung und die Möglichkeit einer Begrenzung standen im Zentrum der Entscheidung des BAG vom 9. 12. 1965. Nach in der Urlaubszeit anfallenden Überstunden wurde nicht gefragt; eine solche Frage stellt sich bei Anwendung der Bezugsmethode gar nicht.

b) Aushebelung der gesetzlichen Regelung durch das BAG  
aa) Berücksichtigung der während der Urlaubszeit anfallenden Überstunden

Bereits in einer Entscheidung vom 9. 11. 1999<sup>4</sup> hatte der 9. Senat jedoch in Widerspruch dazu die Berücksichtigung der in der Urlaubszeit anfallenden Überstunden verlangt<sup>4a</sup>. Er setzt sich damit über die klare Anordnung in § 11 BUrlG hinweg. Begründet wurde dies damit, daß § 11 BUrlG keine eigenständige Regelung des Urlaubsentgelts, sondern ausschließlich eine Sonderregelung hinsichtlich Bemessung und Fälligkeit des Entgelts enthalte. Die Höhe des Urlaubsentgelts könne nicht allein anhand des durchschnittlichen Arbeitsverdienstes im Bezugszeitraum, auf den § 11 Abs. 1 BUrlG abstellt, berechnet werden; nach § 1 BUrlG sei das Entgelt nicht für die im Bezugszeitraum geleistete Arbeitszeit, sondern für die im Urlaubszeitraum ausfallende Arbeitszeit fortzuzahlen. Dafür wurde auf zwei frühere Entscheidungen des 8. Senats vom 7. 7. 1988<sup>5</sup> Bezug genommen, in

<sup>2</sup> AP Nr. 2 zu § 11 BUrlG = SAE 1966, 112 mit Anm. Isele.

<sup>3</sup> Siehe die im Urteil vom 9. 12. 1965 zitierten Autoren, bestätigend Anm. von Nikisch zu AP Nr. 2 zu § 11 BUrlG.

<sup>4</sup> AP Nr. 47 zu § 11 BUrlG = SAE 2001, 91 mit Anm. Boemke.

<sup>4a</sup> Krit. dazu die Anm. von Bengelsdorf in EzA § 11 BUrlG Nr. 44.

<sup>5</sup> AP Nr. 22 und Nr. 23 zu § 11 BUrlG.

denen sich dieser mit der urlaubsrechtlichen Abwicklung im Freischichtenmodell der Metallindustrie zu befassen hatte. Dort hatte sich der 8. Senat die Frage gestellt, ob der Urlaubstag mit 8 oder 7,7 Stunden zu vergüten ist. Zu dieser Frage konnte er überhaupt nur kommen, weil er davon ausging, daß sich der Umfang der für die Urlaubszeit zu vergütenden Stunden danach beurteile, „wie viele Arbeitsstunden insgesamt als Arbeitsleistung geschuldet sind, aber während des Urlaubs ausfallen“. Damit wechselte der 8. Senat, was er nicht verschwie, vom Bezugs- auf das Lohnausfallprinzip.

#### bb) Anwendung des Lohnausfallprinzips auf der Grundlage § 1 BUrlG

Zur Begründung diente dem 8. Senat der Hinweis, daß das Urlaubsentgelt nicht allein nach § 11 BUrlG, sondern auf der Grundlage des § 1 BUrlG zu bemessen sei, der den Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub festlege. Dieser impliziere, daß die arbeitstäglich vorgesehene Arbeitszeit von 8 Stunden vergütet werde; eine gleichzeitige Berücksichtigung der im Freischichtmodell der Metallindustrie anfallenden unbezahlten Zeitausgleichstage im Rahmen der hypothetischen Berechnung der durch Urlaub entfallenden Arbeitszeit lehnte der 8. Senat jedoch ab. Dieses Ergebnis ist schon nicht einmal auf der Basis des vom 8. Senat gewählten Ausgangspunktes in sich stimmig. Vor allem aber steht der Ausgangspunkt, daß für die Bemessung des Urlaubsentgelts auf die hypothetische Arbeitszeit während des Urlaubs abzustellen sei, klar in Widerspruch zu § 11 BUrlG. Die vom 8. Senat eingeführte Differenzierung zwischen einem Entgeltfaktor, der gemäß § 11 BUrlG zu bemessen sei, und dem Zeitfaktor, der sich nach der Arbeitszeit richte, die der ArbN in der Urlaubsphase ohne die Arbeitsfreistellung zu erbringen hätte, kann der Regelung des Bundesurlaubsgesetzes nicht entnommen werden, weder dem Wortlaut noch der Systematik oder ihrer Teleologie. Die Bezugsmethode als Grundlage der Bemessung des Urlaubsentgelts, wie sie in § 11 BUrlG klar festgelegt ist, wird dadurch glatt ausgehebelt. Den Geldfaktor nach der Bezugsmethode zu bemessen, ist praktisch bedeutungslos, zumal die wichtigsten Veränderungen des Geldfaktors (nicht nur vorübergehende Erhöhung des Verdienstes) in der Zeit der Referenzperiode und der Urlaubsphase aufgrund der Sonderregelung des § 11 Abs. 1 Satz 2 BUrlG den ArbN zugute gebracht werden. Die Bedeutung des Referenzprinzips liegt gerade im Bereich des Zeitfaktors. Die Schwierigkeiten bei seiner Bestimmung, d. h. bei der Feststellung der in der Urlaubsphase konkret entfallenden Arbeitszeiten, sollten mittels des Referenzprinzips vermieden werden. Dieses kann zugunsten wie zu Lasten des ArbN gehen; die Berücksichtigung zu Lasten des ArbN wird für einzelne besonders genannte Konstellationen in § 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG ausgeschlossen. Es kann keine Rede davon sein, daß die Anwendung der Bezugsmethode, soweit es um die Zeitkomponente geht, durch § 1 BUrlG ausgeschlossen und insoweit das Ausfallprinzip vorgeschrieben wäre, und daß sich die Bedeutung des § 11 BUrlG auf die – praktisch weniger gewichtige – Bestimmung des Entgeltfaktors beschränken müßte<sup>6</sup>.

#### cc) Widerspruch zu der dem Bundesurlaubsgesetz zugrunde liegenden Konzeption

Die vorstehend nur kurz skizzierten Bedenken waren im Anschluß an die beiden Entscheidungen des 8. Senats vom 7. 7. 1988 von Oetker in seiner Anmerkung zu diesen Entscheidungen in EzA § 11 BUrlG Nr. 40 und 41 ausführlich und sorgsam ausgearbeitet und dargestellt worden. Der zwischenzeitlich zur Entscheidung über Urlaubsrecht berufene 9. Senat des BAG ist in seinem Urteil vom 9. 11. 1999 auf diese von Oetker geltend gemachten Einwände nicht eingegangen. Obwohl seiner Entscheidung in gleicher Weise die Abkehr von § 11 BUrlG zugrunde liegt und die Vorinstanz (LAG Hamburg) auf der Grundlage des § 11 BUrlG, also unter Berücksichtigung des Referenzprinzips entschieden hatte, ist dem 9. Senat die Problematik keine Auseinandersetzung mit den Gegenpositionen wert. Er begnügt sich mit dem Hinweis auf die eigene Rechtsprechung und auf einige zustimmende Literaturstellen. Dies wiederholt sich in der vorstehend wiedergegebenen Entscheidung vom 22. 2. 2000. Zu der für den Senat entscheidenden Differenzierung zwischen Geld- und Zeitfaktor und der Ausklammerung des Zeitfaktors aus § 11 BUrlG macht der Senat geltend, daß darauf bereits im Schrifttum hingewiesen worden sei. Zitiert werden dazu Leinemann, BB 1998, 1414, und Erfurter Kommentar/Dörner. Leinemann ist Vorsitzender des entscheidenden 9. Senats und war zum Zeitpunkt der Entscheidungen vom 7. 7. 1988 Mitglied des früheren 8. Senats. Dörner war zeitweilig Mitglied des für Urlaubsrecht zuständigen Senats. Aus der Literatur fand darüber hinaus nur noch ein Beitrag von Busch (NZA 1996, 1246) Berücksichtigung, der im Zusammenhang mit Urlaubsfragen im Rahmen des Freischichtmodells der Metallindustrie gleichfalls von einer Differenzierung von Geld- und Zeitfaktor ausgeht.

Abweichende Bewertungen des Schrifttums wurden nicht berücksichtigt. Dies gilt für die detaillierten, speziell auf die Entscheidungen vom 7. 7. 1988 bezogenen Ausführungen Oetkers<sup>7</sup>. Dies gilt aber auch für die klare Stellungnahme Neumanns im Standardkommentar Dersch/Neumann zum Bundesurlaubsgesetz, in der sowohl die verschiedenen möglichen Berechnungsmethoden erläutert und abgewogen wie auch der Anwendungsbereich des § 11 BUrlG abgehandelt werden. Für Neumann als langjährigem Kenner und Beobachter der Urlaubsrechtsentwicklung stand überhaupt nicht in Frage, daß das Bundesurlaubsgesetz auf der Grundlage des § 11 für die Entgeltberechnung vom Referenzprinzip ausgeht<sup>8</sup> und daß als Konsequenz daraus folgt, daß die in der Referenzperiode geleisteten Überstunden – nach der vor Inkrafttreten des arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes 1996 geltenden Rechtslage – grundsätzlich bei der Ermittlung des Urlaubsentgelts zu berücksichtigen waren, und daß die in die Urlaubszeit fallenden Überstunden jedenfalls ohne Einfluß bleiben<sup>9</sup>. Davon war auch Schaub in seiner Darstellung im Arbeitsrechtshandbuch<sup>10</sup> ausgegangen; auch diese findet in der Entscheidung des BAG keine Erwähnung.

<sup>6</sup> Von der Verankerung auch des „Zeitfaktors“ in § 11 Abs. 1 BUrlG geht offensichtlich auch das LAG Rheinland-Pfalz, Urteil 5. 5. 2000, DB 2001, 436, aus.

<sup>7</sup> Oben bereits hervorgehoben, s. Anm. EzA § 11 BUrlG Nr. 40, 41.

<sup>8</sup> Siehe Dersch/Neumann, BUrlG, § 11 Rn. 6.

<sup>9</sup> Dersch/Neumann, BUrlG, § 11 Rn. 42.

<sup>10</sup> Siehe 8. Aufl., S. 855.

dd) Fehlende Berücksichtigung des arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes 1996

Unberücksichtigt bleibt auch das klare Votum des Gesetzgebers zugunsten des Referenzprinzips, das der Ergänzung des § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25. 9. 1996 zugrunde liegt. Durch Ergänzung des § 11 Abs. 1 Satz 1 – s. dessen letzten Halbsatz – wurde das „zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsverdienst“ aus der Bemessung des durchschnittlichen Arbeitsverdienstes in der Referenzperiode ausgeklammert. In der Gesetzesbegründung<sup>11</sup> wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß sich das während des Urlaubs zu zahlende Arbeitsentgelt grundsätzlich nach dem sogenannten Referenzprinzip berechne. Von einer Einschränkung der Maßgeblichkeit des Referenzprinzips auf den vom BAG sogenannten Geldfaktor und der Unterstellung des „Zeitfaktors“ unter ein Lohnausfallprinzip ist nicht die Rede. Die Begründung der Gesetzesnovelle geht ganz klar von der lediglich durch die Sätze 2 und 3 des § 11 Abs. 1 BUrlG modifizierten *Bezugs-methode* aus. *Es läßt sich nicht erkennen, daß der ArbGeb, der mit der Neuregelung auch kostenmäßig entlastet werden sollte, lediglich dahin begünstigt werden sollte, daß die während der Referenzperiode geleisteten Überstunden nur ohne die Überstundenzuschläge in die Berechnung des Geldfaktors eingehen sollten, daß die während der Urlaubszeit (hypothetisch) anfallenden Überstunden jedoch den ArbN zugute zu bringen wären.* Die Gesetzesbegründung schildert als Ausgangspunkt des Gesetzgebungsverfahrens genau die Situation, in die das Referenzprinzip geführt hatte, nämlich die Begünstigung der im Referenzzeitraum Überstunden leistenden ArbN, und es wählt als Lösung die – zugleich eine Kostenentlastung des ArbGeb bewirkende – Nichtberücksichtigung der in der Referenzperiode geleisteten Überstunden. Eine Berücksichtigung der während der Urlaubsphase hypothetisch anfallenden Überstunden liegt außerhalb des Referenzprinzips und stand im Gesetzgebungsverfahren im Jahre 1996 nicht zur Diskussion.

ee) Parallele Bewertung zu § 11 Abs. 1, 2 MuschG

Auch zu der weitgehend gleich ausgerichteten Entgeltfortzahlungsregelung des § 11 MuschG stand die vom 9. Senat entwickelte Konstruktion bislang nicht zur Diskussion. § 11 Abs. 1 MuschG verlangt die Weitergewährung des Durchschnittsverdienstes der letzten 13 Wochen und geht damit, wie der 5. Senat des BAG in der Entscheidung vom 8. 8. 1990 (AP Nr. 13 zu § 11 MuschG) betont hat, von der *Bezugs-methode* aus. Wie § 11 Abs. 1 Satz 2 BUrlG im Bereich des Urlaubsrechts sieht § 11 Abs. 2 MuschG für die Entgeltfortzahlung im Falle mutterschutzrechtlicher Beschäftigungsverbote vor, daß „Verdiensterhöhungen nicht nur vorübergehender Natur, die während oder nach Ablauf des Berechnungszeitraums eintreten“, bei der Entgeltfortzahlung zu berücksichtigen sind. Der 5. Senat des BAG spricht insoweit von einer Ergänzung des in § 11 Abs. 1 MuschG zunächst vorgesehenen Lohnausfallprinzips „durch ein unter den näher bezeichneten Voraussetzungen hinzutretendes Lohnausfallprinzip“. Eine arbeitsvertraglich festgelegte, auf Dauer ange-

legte Erhöhung der Wochenarbeitszeit ist auf der Basis der Sonderregelung des § 11 Abs. 2 MuschG zu berücksichtigen, nicht etwa auf der Grundlage des § 11 Abs. 1 MuschG mittels Zerlegung der Entgeltfortzahlungsregelung in einen Zeit- und einen Geldfaktor. Für § 11 BUrlG hat Entsprechendes zu gelten. Eine arbeitsvertraglich auf Dauer festgelegte Erhöhung der Wochenarbeitszeit findet, da sie zu einer Verdiensterhöhung nicht nur vorübergehender Natur führt, über die Spezialregelung des § 11 Abs. 1 Satz 2 BUrlG Berücksichtigung; nicht aber kann dem § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG nur der Geldfaktor entnommen und der Zeitfaktor hypothetisch außerhalb des § 11 BUrlG gewonnen werden.

c) Zusammenfassende Bewertung

aa) Mit seiner Interpretation, speziell der Ausklammerung des Zeitfaktors aus dem Referenzprinzip des § 11 BUrlG, gelangt der 9. Senat dazu, daß die im Jahre 1996 vom Gesetzgeber verfügte *Nichtberücksichtigung der Überstunden bei der Bestimmung des Urlaubsentgeltes* leerläuft. Nach dem Referenzprinzip kommt es auf die in der Urlaubsphase (hypothetisch) anfallenden Überstunden nicht an. Mittels der Ergänzung des § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG wollte der Gesetzgeber eine Berücksichtigung auch der in der Referenzperiode geleisteten Überstunden verhindern mit dem Ergebnis, daß Überstunden schlechthin bei der Urlaubsentgeltbemessung außer Betracht zu bleiben haben.

Nach dem vom 9. Senat zugrunde gelegten Schema erhöht sich das Urlaubsentgelt in den Fällen, in denen in der Urlaubsphase (ohne die urlaubsbedingte Freistellung) Überstunden angefallen wären. Der Entgeltfaktor ist allerdings gemäß § 11 BUrlG zu bestimmen, also ohne Berücksichtigung von Überstundenzulagen, auch wenn Überstunden in der Referenzperiode angefallen sein sollten.

bb) Im Ergebnis bewirkt die Rechtsprechung des 9. Senats damit:

(1) Die in der Referenzperiode geleisteten Überstunden bleiben ohne Auswirkung auf das Urlaubsentgelt. Die Überstunden als solche werden bei der Berechnung des Geldfaktors neutralisiert; die Überstundenzuschläge werden auch nach der Konzeption des 9. Senats bei der Bestimmung des Geldfaktors wegen der Regelung in § 11 Abs. 1 Satz 1, letzter Halbsatz BUrlG nicht berücksichtigt.

(2) Die in der Urlaubsphase ohne die Freistellung anfallenden (also hypothetisch zu bestimmenden) Überstunden, die nach § 11 BUrlG nicht zu berücksichtigen wären, sind aufgrund des vom 9. Senat zugrunde gelegten Lohnausfallprinzips bei der Bestimmung des Urlaubsentgelts mit einzubeziehen, allerdings nur mit dem gemäß § 11 BUrlG zu gewinnenden Geldfaktor (also ohne Berücksichtigung von Überstundenzuschlägen).

(3) Im Ergebnis wird damit das dem Bundesurlaubsgesetz zugrunde liegende Referenzprinzip partiell durch das Lohnausfallprinzip ersetzt. Im Jahre 1965 sah sich das BAG an einer solchen Fortschreibung des gesetzlichen Urlaubsrechts noch gehindert. Der 5. Senat äußerte damals<sup>12</sup>:

<sup>12</sup> Urteil 9. 12. 1965, AP Nr. 2 zu § 11 BUrlG = SAE 1966, 112 mit Anm. Iseler.

<sup>11</sup> BT Drucks. 13/4612 zu § 11.

„Dem an das Gesetz gebundenen Richter ist es jedenfalls verwehrt, von sich aus die Grenze zu bestimmen, von der an es notwendig sein mag, das anhand der gesetzlichen Bezugsmethode gefundene Ergebnis unter Hinweis auf das Lohnausfallprinzip oder die Überschreitung des normalen Lebensstandards zu korrigieren.“

Diese Zurückhaltung hat der für das Urlaubsrecht nunmehr zuständige Senat schon lange aufgegeben.

## 2. Die tarifrechtliche Problematik der Entscheidung

Die eigenwillige Interpretation des Bundesurlaubsgesetzes durch den 9. Senat des BAG bedeutet nun allerdings, wie vorstehende Entscheidung zeigt, nicht nur eine richterrechtliche Umbildung des Urlaubsrechts, sie führt vielmehr darüber hinaus zu einem massiven Eingriff in die von den Tarifparteien vereinbarten Urlaubsregelungen. Entscheidend dafür wird die vom 9. Senat gewählte Herausnahme der Sachproblematik aus der Entgeltregelung des § 11 BUrlG und die Zuordnung zu § 1 BUrlG.

### a) Der Regelungsspielraum der Tarifparteien nach § 13 BUrlG

aa) Die Tarifparteien können gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG von den Vorschriften des Bundesurlaubsgesetzes abweichende Regelungen auch zu Ungunsten der ArbN treffen; lediglich die in §§ 1, 2 und 3 Abs. 1 BUrlG genannten Vorgaben müssen gewahrt bleiben. Dabei war nie zweifelhaft, daß die Tarifparteien das der Urlaubsentgeltregelung des § 11 BUrlG zugrunde liegende Referenzprinzip durch das Lohnausfallprinzip ersetzen können<sup>13</sup>. Dies kann schon deshalb nicht in Frage stehen, weil Referenzprinzip wie Lohnausfallprinzip gleichermaßen anerkannte Methoden zur Bemessung eines Entgeltsatzes sind<sup>14</sup>, die zwar im konkreten Einzelfall zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können, insgesamt aber gleichwertige Modelle darstellen; mit beiden Modellen ist die „Bezahlung“ des Erholungsurlaubes i. S. § 1 BUrlG gewährleistet.

bb) Die vom 9. Senat vertretene Beschränkung des Referenzprinzips auf die Bestimmung des Geldfaktors und die Zuordnung des Zeitfaktors in die Garantie des § 1 BUrlG führt nicht nur zu einer Neugestaltung des gesetzlichen Urlaubssystems, sondern auch zu erheblichen Konsequenzen für die Reichweite der Regelungsbefugnis der Tarifparteien. Verlangt § 1 BUrlG nur die Beachtung des Grundsatzes bezahlter Freistellung, läßt es aber die Festlegung der für die Urlaubsentgeltbestimmung maßgeblichen Grundsätze gemäß §§ 11, 13 Abs. 1 Satz 1 BetrVG den Tarifparteien, verengt sich der Spielraum der Tarifparteien, wenn der Berechnung des Urlaubsentgelts ein Zeit- und ein Geldfaktor zugrunde gelegt werden und der Zeitfaktor nicht mehr als Teilkomponente der Berechnung des Urlaubsentgelts i. S. § 11 BUrlG gesehen, sondern als Bestandteil der Garantie des § 1 BUrlG gewertet wird. Dabei ist die Konsequenz unschwer zu ziehen, daß der Zeitfaktor von den Tarifparteien nicht zu Ungunsten der

ArbN verändert werden darf<sup>15</sup>. Sieht man dann die Berücksichtigung der in der Urlaubsphase hypothetisch anfallenden Überstunden als Bestandteil der Garantie des § 1 BUrlG, kommt es zu der weiteren Konsequenz, daß die Tarifparteien deren Berücksichtigung nicht ausschließen können. Die Umgestaltung des urlaubsrechtlichen Systems der §§ 1, 11 BUrlG durch das BAG führt zu einer entsprechenden Verengung der tarifautonomen Gestaltungsbefugnis.

cc) Die vorstehende Entscheidung läßt das Ergebnis erkennen. Die Tarifparteien wollten mit ihrer Regelung ausschließlich den vom Gesetzgeber 1996 eröffneten Spielraum ausschöpfen, und sie haben sich bei ihrer Regelung auch an den gesetzlichen Vorgaben orientiert. Die vom 9. Senat neu bestimmten Grenzen führen zur Nichtanerkennung ihrer Regelungen. Von Anfang an war dies in der BAG-Rechtsprechung allerdings nicht angelegt. In seiner Entscheidung vom 7. 7. 1988 – 8 AZR 472/86 hatte der 8. Senat zum Freischichtmodell der Metallindustrie zwar bereits darauf abgestellt, daß die während des Urlaubs zu vergütende Arbeitszeit nicht nach der Arbeitszeit im Bezugszeitraum zu bemessen ist, wertete einen entsprechenden Ansatz in einer tarifvertraglichen Regelung aber durchaus als zulässig. Der Senat wollte nur dem damals inmittenstehenden Manteltarifvertrag der Metallindustrie Schleswig-Holstein eine solche Vorgabe nicht entnehmen. Es heißt dazu:

„Eine entsprechende Regelung wäre zwar nach § 13 Abs. 1 BUrlG tariflich möglich, ist aber nicht getroffen worden.“

Der 9. Senat will davon offensichtlich nichts mehr wissen.

Mittels der These, daß die Berücksichtigung in der Urlaubsphase (hypothetisch) anfallender Überstunden Bestandteil der Garantie des § 1 BUrlG sei, kommt er zu der Konsequenz, daß die Tarifparteien die Berücksichtigung nicht ausschließen könnten.

dd) Es kann nicht ausbleiben, daß die Tarifparteien einen Eingriff in ihre Tarifautonomie reklamieren. Zwar kann der staatliche Gesetzgeber auch im urlaubsrechtlichen Sektor den der tarifvertraglichen Gestaltung offenstehenden Raum eingrenzen. Auch kann den Gerichten die richterrechtliche Fortbildung des gesetzlichen Urlaubsrechts nicht verwehrt werden. Wenn ein Gericht den vom staatlichen Gesetzgeber sorgsam abgesteckten Rahmen tariflicher Regelungsautonomie mit seiner Korrektur gesetzlicher Regelungen tangiert, begibt es sich aber in ein höchst problematisches Feld – dies wird um so deutlicher, je weiter sich die Rechtsfortbildung vom Gesetz wegbewegt.

### b) Günstigkeit der tariflichen Regelungen im Hinblick auf die Aufstockung des Urlaubsentgelts

Der 9. Senat zwingt die Tarifparteien unerbittlich in das von ihm erstellte System.

aa) Daß die ArbN aufgrund des tarifvertraglich mit 150% bemessenen Urlaubsentgelts auch bei der beanstandeten Nichtberücksichtigung der Überstunden in der Urlaubsphase weit besser stehen als es die gesetzliche Regelung gebie-

<sup>13</sup> Siehe BAG 19. 9. 1985, APNr. 21 § 13 BUrlG; Dersch/Neumann, BUrlG, § 11 Rn. 83; Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid, GK-BUrlG (5. Aufl.), § 11 Rn. 104; Schaub, ArbRHdbuch (9. Aufl.), § 102 Rn. 83.

<sup>14</sup> Siehe bereits oben, u. a. Dersch/Neumann, BUrlG, § 11 Rn. 1 ff.

<sup>15</sup> So konsequenterweise auch Dörner, Erfurter Kommentar, BUrlG, § 13 Rn. 50.

tet, soll nach Meinung des Senats nicht berücksichtigungsfähig sein. Das erhöhte Urlaubsentgelt könne in den nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG anzustellenden Günstigkeitsvergleich nicht einbezogen werden. Daß, wie der 9. Senat geltend machen möchte, die tarifliche Aufstockung um 50 % das Urlaubsentgelt nicht erhöhte, ist allerdings wohl kaum plausibel zu machen. Daß der Aufstockungsbetrag als Urlaubsgeld bezeichnet wird und daß er die ArbN in die Lage versetzen soll, während des Urlaubs erhöhte Ausgaben zu bestreiten, kann nicht ausschließen, mit ihm auch eventuelle Minderungen des Urlaubsentgelts aufgrund spezieller tarifvertraglicher vom Gesetz (besser gesagt: dem Richterrecht des 9. Senats) abweichender Bemessungsgrundsätze auszugleichen.

bb) Das BAG hatte selbst noch in seiner Entscheidung vom 13. 11. 1986<sup>16</sup> in einer durchaus vergleichbaren Konstellation eine Kompensation, d. h. einen Günstigkeitsvergleich i. S. § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG zugelassen. Im damaligen Fall ging es um die tarifvertraglich vorgesehene anspruchsmindernde Berücksichtigung von Kurzarbeitszeiten bei der Berechnung der Urlaubsvergütung. Der 8. Senat erklärte, daß dies dann nicht zu beanstanden sei, wenn die Urlaubsvergütung durch die Einbeziehung des Zuschlags (Urlaubsgeld) insgesamt höher ist als der Lohnanspruch ohne die Berücksichtigung der Kurzarbeit gewesen wäre. Auch damals ging es um einen Manteltarifvertrag der Metallindustrie mit einem Urlaubsentgelt in Höhe von 150 % der regulären Vergütung. Der Bezeichnung des Zuschlags als Urlaubsgeld stand keineswegs entgegen, in einem per saldo-Vergleich die Günstigkeit der tariflichen Regelung zu bejahen, auch wenn – ohne die 50 %ige Erhöhung des Urlaubsentgelts – die tarifvertragliche Berechnungsformel für das Urlaubsentgelt wegen Verstoßes gegen das BUrlG unzulässig gewesen wäre.

cc) Für die aufgrund der tarifvertraglichen Regelung bei der Urlaubsentgeltberechnung auszuklammernden Überstunden, die nach der Bewertung des 9. Senats aufgrund §§ 1, 11 BUrlG mitzuveranschlagen sein sollen, kann nicht anders entschieden werden. Soweit das Urlaubsentgelt gleichwohl aufgrund der tarifvertraglichen Aufstockung noch über dem gesetzlich gebotenen Niveau liegt, kann die tarifvertragliche Urlaubsregelung nicht als gesetzwidrig bewertet werden.

#### c) Frage der Tarifautonomie

Der Erlaß des Bundesurlaubsgesetzes war in den 60er Jahren von Anfang an unter dem Gesichtspunkt der Tarifautonomie kontrovers beurteilt worden<sup>17</sup>. Bedenken wurden im Gesetzgebungsverfahren dadurch abgefangen, daß den Tarifparteien bei der Ausgestaltung des Urlaubsrechts weitgehend freie Hand belassen werden sollte<sup>18</sup>. Von diesen Vorgaben ist in der Rechtsprechung des 9. Senats nicht mehr viel zu sehen. Damit stellt sich die alte Frage nach dem Eingriff in die Tarifautonomie von neuem.

Prof. Dr. Herbert Buchner, Augsburg

<sup>16</sup> AP Nr. 27 zu § 13 BUrlG.

<sup>17</sup> Siehe hierzu die kurzen Hinweise bei Dersch/Neumann, BUrlG, Einleitung Rn. 29.

<sup>18</sup> Siehe Dersch/Neumann, BUrlG, Einleitung Rn. 39.