

# BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 428/09  
10 Sa 455/08  
Landesarbeitsgericht  
München

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
19. Januar 2010

## URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Januar 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell, den Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner sowie die ehrenamtlichen Richter Heilmann und Brossardt für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 14. Januar 2009 - 10 Sa 455/08 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, wie die tariflichen Ansprüche auf 1  
Urlaubsentgelt und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zu berechnen sind.

Der 1969 geborene Kläger war für die Beklagte seit September 2002 2  
als gewerbliche Sicherheitsfachkraft in der Münchner U-Bahn-Bewachung  
gegen einen Stundenlohn von zuletzt 14,06 Euro tätig. Seine Arbeitszeit betrug  
idR 176 Stunden im Monat. Er arbeitete im Dreischichtbetrieb bei einem regel-  
mäßigen Schichtrythmus von vier Arbeitstagen und zwei anschließenden  
freien Tagen. In einigen Monaten war der Kläger auch fünf Tage mit zwei  
anschließenden Freischichttagen tätig.

Auf das Arbeitsverhältnis war kraft Allgemeinverbindlichkeit und vertrag- 3  
licher Verweisung der am 1. August 2006 in Kraft getretene Manteltarifvertrag  
Nr. 10 für die gewerblichen Arbeitnehmer des Wach- und Sicherheitsgewerbes  
in Bayern vom 1. August 2006 anzuwenden (*MTV Nr. 10*). Er lautet auszugs-  
weise:

#### **„§ 7**

#### **URLAUB**

##### **I. Allgemeine Urlaubsbestimmungen**

1. Jeder Arbeitnehmer hat im Kalenderjahr Anspruch auf Urlaub unter Fortzahlung seiner Bezüge. Der Urlaub wird auf der Basis von vollen Kalendertagen (00:00 Uhr - 24:00 Uhr) gewährt. Das Urlaubsjahr ist das Kalenderjahr.

2. Der Anspruch auf Jahresurlaub entsteht erstmalig nach sechsmonatiger ununterbrochener Betriebszugehörigkeit. ...

Ist die Wartezeit von sechs Monaten im Urlaubsjahr noch nicht erfüllt, so wird der Urlaub für das laufende Urlaubsjahr anteilmäßig gewährt. Als voller Kalendermonat gilt auch der Kalendermonat, in dem das Beschäftigungsverhältnis vor dem 16. beginnt oder nach dem 15. endet. Bruchteile von Urlaubstagen, die mindestens einen halben Tag ergeben, sind auf volle Urlaubstage aufzurunden.

...

4. Ein Urlaubsteil muss mindestens 14 aufeinander folgende Kalendertage umfassen.

...

## **II. Höhe des Urlaubs**

1. Der Erholungsurlaub für Arbeitnehmer ab vollendetem 18. Lebensjahr beträgt 32 Kalendertage.
2. Darüber hinaus erhalten die Arbeitnehmer folgenden Zusatzurlaub:

Nach 3-jähriger Betriebszugehörigkeit	4 Kalendertage
Nach 5-jähriger Betriebszugehörigkeit	6 Kalendertage
Nach 7-jähriger Betriebszugehörigkeit	8 Kalendertage
Nach 9-jähriger Betriebszugehörigkeit	10 Kalendertage

bis zu einer Höchstdauer von 42 Kalendertagen.

3. Bei der Berechnung des Anspruches auf Urlaub werden die in die Urlaubszeit fallenden Sonn- und Feiertage mitgerechnet.
4. Maßgebend bei der Urlaubsgewährung nach Betriebszugehörigkeit ist die Vollendung des betreffenden Beschäftigungsjahres während des Urlaubsjahres.

...

#### **IV. Urlaubsentgelt**

1. Das Urlaubsentgelt errechnet sich nach dem Bruttoverdienst, den der Arbeitnehmer in den letzten 12 Abrechnungsmonaten vor Beginn des Urlaubs erhalten hat. Einmalzahlungen, wie z. B. Jahressonderzahlung, Fahrtkostenzuschüsse, Spesen und Jubiläumszahlungen werden dem Bruttoarbeitsverdienst nicht zugerechnet. Das kalendertägliche Urlaubsentgelt errechnet sich aus  $1/364$ , bei Arbeitnehmern in der Lohngruppe 7 c) und Lohngruppe 9 aus  $1/338$ .

...

War der Arbeitnehmer im Berechnungszeitraum vom Betrieb abwesend, ohne dass dafür ein Lohnanspruch bestand, z. B. unbezahlter Urlaub, Teilnahme an Lehrgängen usw., verkürzt sich der Divisor um die Zahl der Tage, an denen kein Lohnanspruch bestand.

...

### **§ 8**

#### **ENTGELTFORTZAHLUNG IM KRANKHEITSFALL**

...

2. Bis zur Dauer von sechs Wochen wird das Arbeitsentgelt bezahlt. Das Arbeitsentgelt errechnet sich nach dem Bruttoverdienst, den der Arbeitnehmer in den letzten 12 Abrechnungsmonaten vor Beginn der Krankheit erhalten hat. Einmalzahlungen, wie z. B. Jahressonderzahlung, Fahrtkostenzuschüsse, Spesen und Jubiläumszuwendungen werden dem Bruttoarbeitsverdienst nicht hinzugerechnet. Das kalendertägliche Krankengeld errechnet sich aus  $1/364$ , bei Arbeitnehmern in der Lohngruppe 7 c) und Lohngruppe 9 aus  $1/338$ .

...

War der Arbeitnehmer im Berechnungszeitraum vom Betrieb abwesend, ohne dass dafür ein Lohnanspruch bestand, z. B. unbezahlter Urlaub, Teilnahme an Lehrgängen usw., verkürzt sich der Divisor um die Zahl der Tage, an denen kein Lohnanspruch bestand.

...

6. Im Übrigen gelten die gesetzlichen Bestimmungen.“

Die Beklagte gewährte dem Kläger im Jahr 2007 16 Tage Urlaub. Für drei Tage Urlaub im April 2007 leistete sie ein Urlaubsentgelt von je 85,95 Euro brutto, für vier Urlaubstage im Juni 2007 je 87,33 Euro brutto und für neun Urlaubstage im September 2007 je 87,72 Euro brutto. Sie ermittelte das Urlaubsentgelt, indem sie den Bruttoverdienst der dem Urlaubsteil vorangehenden zwölf Abrechnungsmonate durch 364 teilte. 4

Der Kläger war vom 7. bis 28. Februar 2007 und an 20 Tagen im März 2007 arbeitsunfähig erkrankt. Für die Arbeitsunfähigkeitszeiten im Februar 2007 leistete die Beklagte je Tag 86,98 Euro brutto Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, für die 20 Krankheitstage im März 2007 je 87,24 Euro brutto. 5

Der Kläger hat behauptet, er habe in den zwölf Abrechnungsmonaten vor Beginn der jeweiligen Urlaubs- und Krankheitszeiten im Jahr 2007 100 Freischichttage gehabt. Sein Jahresbruttoverdienst habe in den Abrechnungsmonaten vor Beginn der Urlaubs- und Krankheitsperioden stets 29.694,72 Euro betragen. Der Kläger meint, die Beklagte habe seine Ansprüche auf Urlaubsentgelt und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall falsch berechnet. Sie habe seinen Bruttoverdienst vor Beginn der Urlaubs- und Krankheitszeiten zwar richtig ermittelt. Die jährlichen 100 Freischichttage seien jedoch von dem tariflichen Divisor abzuziehen. Urlaubsentgelt und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall errechneten sich deshalb nicht mit einem Teiler von 364, sondern mit einem Divisor von 264. 6

Der Kläger hat beantragt, 7

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.905,84 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz

- aus 1.474,58 Euro brutto seit 1. Juni 2007,
- aus 132,28 Euro brutto seit Klageerhebung und
- aus 298,98 Euro brutto seit 1. Oktober 2007

zu zahlen.

Die Beklagte hat bestritten, dass der Kläger in den jeweiligen zwölf Abrechnungsmonaten vor Beginn der Urlaubs- und Krankheitszeiten 100 Freischichten gehabt habe. Die Freischichten variierten im Schichtbetrieb. Sie wirkten sich jedenfalls nicht auf den Divisor aus. Ansprüche auf Urlaubsentgelt und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall seien nach Wortlaut, Zusammenhang und Zweck des Tarifvertrags mit 1/364 pro Tag zu berechnen. Der vom Kläger behauptete Bruttojahresverdienst vor Beginn der Urlaubs- und Krankheitsperioden treffe nicht zu. 8

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter. 9

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist erfolglos. Die Klage ist unbegründet. 10

A. Die erhobenen Ansprüche auf Urlaubsentgelt haben keine tarifliche Grundlage. Der Senat kann offenlassen, ob die Tarifvertragsparteien eine Umrechnung in Arbeitstage ausgeschlossen haben, indem sie in § 7 MTV Nr. 10 auf Kalendertage abgestellt haben. Die auf Urlaubsentgelt gerichtete Klage ist auch in diesem Fall erfolglos. Das trifft in gleicher Weise bei einer Umrechnung der Kalendertage in Arbeitstage zu. 11

I. Der normative Teil eines Tarifvertrags ist grundsätzlich nach den für Gesetze geltenden Regeln auszulegen. Auszugehen ist vom Tarifwortlaut. Auf dieser Grundlage ist der wirkliche Wille der Tarifvertragsparteien zu ermitteln, soweit er sich in den tariflichen Regelungen niedergeschlagen hat. Der tarifliche Zusammenhang kann Aufschluss über den von den Tarifvertragsparteien verfolgten Zweck geben. Auch auf die Entstehungsgeschichte und die Tarifpraxis kann zurückgegriffen werden. Praktikabilität und Sinn des Auslegungsergebnisses sind im Auge zu behalten. Im Zweifel ist die Auslegung vorzugs- 12

würdig, die der tariflichen Regelung Geltung verschafft (*für die st. Rspr. Senat 15. Dezember 2009 - 9 AZR 795/08 - Rn. 34*).

II. Die Tarifvertragsparteien haben einen weiten Spielraum bei der Gestaltung von Urlaubsfragen (*vgl. § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG*). Sofern der Mindesturlaub der §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG unberührt bleibt, können sie für Arbeitnehmer in einer Schichtplanung, die alle Wochentage umfasst, ein „gemischtes“ System von Urlaubs- und Freischichttagen schaffen. Dabei kann als Zeiteinheit der Kalendertag herangezogen werden, um die Berechnung zu vereinfachen. 13

1. Knüpft ein Tarifvertrag - wie hier - nach gebotener Auslegung an Kalendertage an, verbindet er inzident Urlaubsansprüche und Ansprüche auf Freizeitausgleich (*vgl. zB Senat 15. Dezember 2009 - 9 AZR 795/08 - Rn. 47*). Diese Ansprüche unterscheiden sich inhaltlich in mehrerer Hinsicht. 14

a) Die Erfüllung eines Anspruchs auf Erholungsurlaub setzt voraus, dass der Arbeitnehmer durch sog. Freistellungserklärung des Arbeitgebers zu Erholungszwecken von seiner sonst bestehenden Arbeitspflicht befreit wird (*vgl. nur Senat 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 24, AP BUrlG § 7 Nr. 39 = EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 15*). Legt der Arbeitgeber „Freischichttage“ fest, erfüllt er - hier durch Tarifvertrag begründete - Ansprüche auf Zeitausgleich. Der Arbeitgeber ist aufgrund der Ausgleichsansprüche unabhängig vom Erholungszweck verpflichtet, den Arbeitnehmer zu bestimmten Zeiten von seiner Arbeitspflicht freizustellen (*vgl. BAG 11. Februar 2009 - 5 AZR 341/08 - Rn. 13, AP TVG § 1 Tarifverträge: Lufthansa Nr. 44 = EzA TVG § 4 Luftfahrt Nr. 17*). 15

b) Der Arbeitgeber kann nicht verlangen, dass der Arbeitnehmer gewährten Erholungsurlaub abbricht oder unterbricht (*vgl. für den gesetzlichen Mindesturlaub Senat 20. Juni 2000 - 9 AZR 405/99 - zu II 2 b aa der Gründe, BAGE 95, 104*). Er kann Ansprüche auf Freizeitausgleich demgegenüber auch durch eine Freistellung erfüllen, die regelmäßig widerruflich ist. Gewährt der Arbeitgeber Zeitausgleich, um ein Arbeitszeitguthaben des Arbeitnehmers abzubauen, handelt es sich idR nur um eine Weisung zur Verteilung der Arbeitszeit iSv. § 106 Satz 1 GewO. Eine widerrufliche Freistellung von der 16

Arbeitspflicht zum Abbau eines Zeitguthabens ist deshalb geeignet zu bewirken, dass der Anspruch auf Freizeitausgleich nach § 362 Abs. 1 BGB erlischt (vgl. *Senat 19. Mai 2009 - 9 AZR 433/08 - Rn. 27, AP BUrlG § 7 Nr. 41 = EzA BUrlG § 7 Nr. 121; 19. März 2002 - 9 AZR 16/01 - zu II 2 b bb (3) der Gründe, EzA BGB § 615 Nr. 108*). Stellt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer widerruflich von der Arbeitspflicht frei, um einen Anspruch auf Zeitausgleich zu erfüllen, behält er sich vor, den Arbeitnehmer jederzeit wieder zur Arbeit heranzuziehen. Dieses Widerrufsrecht kann auf kollektiv- oder einzelvertraglicher Grundlage ausgeschlossen werden.

c) Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG kann der Arbeitgeber die zeitliche Festlegung eines Urlaubswunschs lediglich aus den im Gesetz genannten Gründen ablehnen. Bei der Festlegung eines Ausgleichszeitraums hat er dagegen nur billiges Ermessen nach § 106 Satz 1 GewO, § 315 BGB zu üben, soweit sein Ermessen nicht durch Gesetz, Kollektivrecht oder Vertrag beschränkt ist. 17

d) Der gesetzliche Mindestanspruch auf Erholungsurlaub kann nach § 7 Abs. 4 BUrlG nur unter der Voraussetzung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgegolten werden. Die Abgeltung von Ansprüchen auf Zeitausgleich unterliegt keiner derartigen Beschränkung. 18

2. Verbindet ein Tarifvertrag Ansprüche auf Erholungsurlaub und Zeitausgleich, indem er auf Kalendertage abstellt, ist keine Umrechnung in Werk- oder Arbeitstage erforderlich, wenn die Arbeit - wie im Streitfall - nicht in der Sechso- oder in der Fünftagewoche geleistet wird. 19

a) Eine solche Verbindung von Urlaub und Freizeitausgleich enthält zB § 11 des Manteltarifvertrags für das Wach- und Sicherheitsgewerbe in Hessen vom 3. Februar 2003 (*WachSichHEMantelTV*). § 11 Abschn. I Nr. 4 Abs. 1 WachSichHEMantelTV sieht vor, dass der Urlaubsanspruch mindestens 28 Kalendertage beträgt, wenn Arbeitnehmer nach erfüllter Wartezeit in der zweiten Hälfte des Kalenderjahres aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden. § 11 Abschn. II Nr. 1 und 2 WachSichHEMantelTV erhöht den Grundurlaubsanspruch ab 2005 auf 35 Kalendertage und weist nach Betriebszugehörigkeit 20



gestaffelten Zusatzurlaub in Kalendertagen aus. § 11 Abschn. II Nr. 3 Buchst. a WachSichHEMantelTV bestimmt, dass die innerhalb des Urlaubszeitraums liegenden Samstage, Sonntage, Feiertage und Freischichttage bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs mitgerechnet werden. Liegen vor und nach einem zusammenhängenden Urlaubszeitraum von mehr als fünf Tagen Freischichttage, wird nach § 11 Abschn. II Nr. 3 Buchst. b WachSichHEMantelTV nur ein Freischichtzeitraum auf den Urlaubsanspruch angerechnet. Bei einzelnen Kurzurlaube von einem Tag bis zu fünf Tagen sieht § 11 Abschn. II Nr. 3 Buchst. c WachSichHEMantelTV vor, dass bei Erreichen von jeweils fünf Urlaubstagen zusätzlich zwei Urlaubstage auf den bestehenden Urlaubsanspruch angerechnet und vergütet werden, bis der Gesamturlaubsanspruch des laufenden Kalenderjahres verbraucht ist.

b) Der hier anzuwendende § 7 Abschn. II Nr. 3 MTV Nr. 10 enthält keine 21  
so eindeutige Regelung. Nach dieser Tarifnorm werden bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs ausdrücklich nur die in die Urlaubszeit fallenden Sonn- und Feiertage mitgerechnet. Freischichttage sind nicht erwähnt. Wird unterstellt, dass die Tarifvertragsparteien mit dem Bezug auf Kalendertage nicht verdeckt eine nötige Umrechnung in Werk- oder Arbeitstage ausdrücken wollten, kommt nach Wortlaut, Zusammenhang und Zweck des § 7 MTV Nr. 10 jedoch nur ein gemischtes System von Urlaubs- und Zeitausgleichstagen in Betracht. Die Zusammenfassung von Urlaub und Zeitausgleich kommt vor allem in den langen sog. Urlaubszeiten von mindestens 32 und höchstens 42 Kalendertagen zum Ausdruck (vgl. § 7 Abschn. II Nr. 1 und 2 MTV Nr. 10). Auf eine von den Tarifvertragsparteien gewollte Anrechnung von Freischichttagen deutet ferner die Berechnung des Urlaubsentgelts mithilfe eines kalendertäglichen Divisors von 364 hin (vgl. § 7 Abschn. IV Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 1. Alt. MTV Nr. 10). Der Kläger muss sich deswegen auch dann die gewährten Freischichttage auf seine sog. Urlaubszeiten anrechnen lassen, wenn auf Kalendertage abgestellt wird. Die Klage ist auf dieser Berechnungsgrundlage unbegründet.

III. Im Ergebnis kann dahinstehen, ob die Tarifvertragsparteien in § 7 MTV 22  
Nr. 10 eine feste Zahl von Urlaubstagen - bemessen nach Kalendertagen - fest-

legen wollten oder ob die Kalendertage für die Arbeitnehmer, die nicht an allen Wochentagen arbeiten, in die entsprechende Zahl von Arbeitstagen umgerechnet werden müssen. Die Klage bleibt auch dann in der Sache erfolglos, wenn die in § 7 MTV Nr. 10 genannte Zahl der Kalendertage in Arbeitstage umgerechnet wird. Die Ansprüche des Klägers auf Urlaub und Urlaubsentgelt errechnen sich in diesem Fall nach der Formel

$$\begin{array}{l} \frac{\text{tarifvertraglicher Gesamturlaubsanspruch in Kalendertagen/Jahr} \times \text{reale Arbeitstage}}{364 \text{ Kalendertage}} = \text{Urlaubstage} \\ \times \frac{\text{Bruttoverdienst der zwölf Abrechnungsmonate vor Beginn des Urlaubs(-teils)}}{\frac{\text{x tariflicher Gesamturlaubsanspruch}}{: 364 \text{ Kalendertage}}} = \text{Urlaubsentgelt.} \end{array}$$

Die Freischichten des Klägers sind unter dieser Prämisse bei der Berechnung seines Urlaubsanspruchs zu berücksichtigen. Sie gehen über die Umrechnungsformel für die Urlaubsansprüche in die Berechnung des Urlaubsentgelts ein. 23

Der Senat kann den Urlaubsanspruch des Klägers, an den sein Anspruch auf Urlaubsentgelt anknüpft, im Fall der nötigen Umrechnung nicht berechnen. Der Kläger hat seine realen Arbeitstage in den Tatsacheninstanzen nicht vorgebracht. Dem Kläger standen für das Jahr 2007 jedenfalls nicht die von § 7 Abschn. II Nr. 1 und Nr. 2 2. Var. MTV Nr. 10 vorgesehenen 38 Kalendertage als Urlaubstage iSd. Urlaubsrechts zu. Das ergibt die Auslegung von § 7 MTV Nr. 10. 24

1. Der Kläger hatte für das Jahr 2007 nach § 7 Abschn. I Nr. 1 und 2, Abschn. II Nr. 1, Nr. 2 2. Var. MTV Nr. 10 keinen Jahresurlaubsanspruch von 38 Tagen, wenn unterstellt wird, dass die Tarifvertragsparteien mit in Kalendertagen bemessenem „Urlaub“ allein Freistellung von der Arbeitspflicht für Erholungsurlaub und nicht auch Zeitausgleich meinten. Der Anspruch des Klägers, der sich auf 38 Kalendertage beläuft, ist in Urlaubstage umzurechnen. 25

2. Im Unterschied zu anderen Fällen im Bereich des Urlaubs bei vollkontinuierlicher Wechselschicht ohne regelmäßigen Wochenbezug, über die der 26

Senat bereits entschieden hat, knüpft § 7 MTV Nr. 10 an Kalendertage, nicht an Arbeits- oder Werktage an. Die hier anzuwendende Tarifvorschrift trifft auch keine ausdrückliche Umrechnungsbestimmung für Arbeit in Wechselschicht (*vgl. dagegen die tariflichen Umrechnungsregelungen, die zB den Entscheidungen des Senats vom 9. September 2003 [- 9 AZR 468/02 - zu II 2 und 3 der Gründe, EzA TVG § 4 Chemische Industrie Nr. 6] und 5. November 2002 [- 9 AZR 470/01 - zu B I 1 der Gründe, AP TVG § 1 Tarifverträge: Chemie Nr. 15 = EzA TVG § 4 Chemische Industrie Nr. 4] zugrunde lagen*).

3. Die von § 7 Abschn. II Nr. 1, Nr. 2 2. Var. MTV Nr. 10 vorgesehenen 38 Kalendertage sind schon deshalb umzurechnen, weil der Kläger in Wechselschicht tätig war. 27

a) Der Kläger arbeitete regelmäßig an vier Tagen, an die sich zwei Freischichttage anschlossen. Er war damit in manchen Wochen an vier Tagen tätig (*zB mittwochs bis samstags*), in anderen Wochen an fünf Tagen (*bspw. montags bis donnerstags und sonntags*). Hinzu kommt, dass der Kläger in einigen Monaten auch fünf Tage mit zwei anschließenden Freischichttagen arbeitete. Die Freischichten variierten demnach. 28

b) Aus dieser Wechselschichtttätigkeit ergibt sich ein Umrechnungserfordernis, wenn angenommen wird, die Tarifvertragsparteien hätten kein gemischtes System aus Urlaub und Zeitausgleich gewählt. Urlaub kann nur für solche Tage erteilt werden, an denen der Arbeitnehmer aufgrund der Verteilung seiner Arbeitszeit eigentlich hätte arbeiten müssen (*für die st. Rspr. Senat 30. Oktober 2001 - 9 AZR 315/00 - zu II 1 der Gründe*). Urlaubsgewährung ist die Befreiung von der Arbeitspflicht für einen bestimmten künftigen Zeitraum (*Senat 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 33, AP BUrlG § 7 Nr. 39 = EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 15*). 29

aa) Freischichttage sind keine Arbeitstage, sondern Wochentage, an denen der Arbeitnehmer wegen der Verteilung der Arbeitszeit auf Arbeitsschichten nicht zur Arbeit verpflichtet ist. Sie verringern rechnerisch die Anzahl der in 30

einem Jahr möglichen Tage mit Arbeitspflicht (*Senat 9. September 2003 - 9 AZR 468/02 - zu II 3 b der Gründe, EzA TVG § 4 Chemische Industrie Nr. 6*).

bb) Ist die Arbeitszeit innerhalb der Woche nicht gleichmäßig auf Arbeitstage verteilt, muss die Anzahl der Urlaubstage durch Umrechnung ermittelt werden (*Senat 20. August 2002 - 9 AZR 261/01 - zu I 2 a bb der Gründe, BAGE 102, 251*). Die Umrechnungsnotwendigkeit ergibt sich aus dem in § 125 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. SGB IX ausgedrückten allgemeinen Rechtsgedanken und § 3 Abs. 1 BUrlG. Ist die Arbeitszeit eines schwerbehinderten Menschen auf weniger oder mehr als fünf Arbeitstage in der Kalenderwoche verteilt, vermindert oder erhöht sich der Anspruch auf Zusatzurlaub nach § 125 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. SGB IX entsprechend. Dieser Grundsatz beruht auf einem allgemeinen Rechtsgedanken, der auf das gesamte Urlaubsrecht anwendbar ist (*Senat 20. August 2002 - 9 AZR 261/01 - zu I 2 a aa der Gründe, aaO; 30. Oktober 2001 - 9 AZR 315/00 - zu II 2 der Gründe*).

4. § 7 MTV Nr. 10 steht einer Umrechnung nicht entgegen. Die Tarifnorm knüpft einheitlich an Kalendertage an (*vgl. § 7 Abschn. I Nr. 1 Satz 2, Nr. 4 Abs. 1, Abschn. II Nr. 1 und 2, Abschn. III, Abschn. IV Nr. 1 Abs. 1 und 2 MTV Nr. 10*). Der in Wortlaut und Zusammenhang zum Ausdruck gebrachte Wille der Tarifvertragsparteien verlangt eine Umrechnung, wenn angenommen wird, die Tarifvertragsparteien seien von keinem gemischten System aus Urlaub und Zeitausgleich ausgegangen.

a) Schon der vorrangig zu berücksichtigende Wortlaut von § 7 Abschn. I Nr. 1 Satz 1 und 2, Abschn. II Nr. 1 und Nr. 2 2. Var. MTV Nr. 10 macht den Zweck deutlich, für alle unterschiedlichen Arbeitszeitverteilungsmodelle eine gleichwertige, durch Urlaub ausfallende Arbeitszeit sicherzustellen (*vgl. zu der Frage der Gleichwertigkeit zB Senat 9. September 2003 - 9 AZR 468/02 - zu II 3 a der Gründe, EzA TVG § 4 Chemische Industrie Nr. 6; 20. August 2002 - 9 AZR 261/01 - zu I 2 a aa der Gründe, BAGE 102, 251*). Dafür spricht die ungewöhnliche Anknüpfung an Kalendertage anstelle von Arbeits- oder Werktagen. Dieser Bezug auf Kalendertage ist bei einem reinen Urlaubssystem nur sinnvoll, wenn unterschiedliche Arbeitszeitverteilungsmodelle einheitlich im

Sinne einer Rechengröße geregelt werden sollen. Die Tarifvertragsparteien können aus arbeitszeitrechtlichen Gründen nicht angenommen haben, dass an allen Kalendertagen Arbeit geleistet werden darf (*vgl. § 3 Satz 1, § 6 Abs. 2 Satz 1, § 9 Abs. 2, § 11 Abs. 2, § 12 Satz 1 ArbZG*). Im Zweifel ist eine Auslegung vorzunehmen, die der tariflichen Regelung gesetzeskonforme Geltung verschafft. Die vereinheitlichende Anknüpfung an Kalendertage erklärt zudem, weshalb die Tarifvertragsparteien in einem Gewerbe, das von Wechselschicht geprägt ist, dem Wach- und Sicherheitsgewerbe, keine ausdrückliche Umrechnungsregelung getroffen haben (*vgl. im Unterschied dazu bspw. die tarifliche Umrechnungsregelung, die der Entscheidung des Senats vom 5. November 2002 [- 9 AZR 470/01 - zu B I 1 der Gründe, AP TVG § 1 Tarifverträge: Chemie Nr. 15 = EzA TVG § 4 Chemische Industrie Nr. 4] zugrunde lag*).

b) Der Zusammenhang der den Urlaubsanspruch begründenden Tarifvorschriften mit § 7 Abschn. I Nr. 4 Abs. 1 MTV Nr. 10 stützt dieses Auslegungsergebnis. Danach muss ein Urlaubsteil mindestens 14 aufeinanderfolgende Kalendertage umfassen. Die Bestimmung zeigt das Bestreben der Tarifvertragsparteien, eine Umrechnung in Wochen zu ermöglichen (*vgl. zum Wochenbezug etwa Senat 9. September 2003 - 9 AZR 468/02 - zu II 3 e der Gründe, EzA TVG § 4 Chemische Industrie Nr. 6; 30. Oktober 2001 - 9 AZR 315/00 - zu II 3 c aa der Gründe*). Die 14 Kalendertage entsprechen den von § 7 Abs. 2 Satz 2 BUrtG in der Sechstageswoche vorgesehenen zwölf Werktagen. Der Arbeitnehmer soll Anspruch auf einen zusammenhängenden Urlaubsteil von zwei Wochen haben. 34

5. Die Zahl der 38 Kalendertage, die sich für das Jahr 2007 aus § 7 Abschn. I Nr. 1 Satz 1 und 2, Abschn. II Nr. 1 und Nr. 2 2. Var. MTV Nr. 10 ergibt, ist nicht „fix“, sondern im Verhältnis zu den Tagen mit Arbeitspflicht in Urlaubstage umzurechnen. 35

a) Für die nötige Umrechnung ist grundsätzlich auf Arbeitstage abzustellen. Die Anzahl der Arbeitstage mit Arbeitspflicht ist mit der Anzahl der Urlaubstage ins Verhältnis zu setzen. 36

b) Für diese Berechnung ist der Zeitabschnitt heranzuziehen, in dem die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit im Durchschnitt erreicht wird (vgl. Senat 5. November 2002 - 9 AZR 470/01 - zu B I 3 b bb (1) der Gründe, AP TVG § 1 Tarifverträge: Chemie Nr. 15 = EzA TVG § 4 Chemische Industrie Nr. 4). Das ist hier nach § 7 Abschn. I Nr. 1 Satz 1 und 3 MTV Nr. 10 ein Kalenderjahr. Das Kalenderjahr ist abweichend von § 191 2. Alt. BGB nicht mit 365 Tagen zu berechnen, sondern mit 364 Tagen (vgl. zu § 191 BGB Senat 9. September 2003 - 9 AZR 468/02 - zu II 3 a der Gründe, EzA TVG § 4 Chemische Industrie Nr. 6; 5. November 2002 - 9 AZR 470/01 - zu B I 3 b bb (1) der Gründe, aaO). Darauf deutet die Regelung in § 7 Abschn. IV Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 1. Alt. MTV Nr. 10 hin. Danach errechnet sich das kalendertägliche Urlaubsentgelt aus 1/364 des Bruttoverdienstes. Das tarifliche Urlaubsentgelt knüpft zwar an den Bruttoverdienst der letzten zwölf Abrechnungsmonate vor Beginn des Urlaubs an (§ 7 Abschn. IV Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 MTV Nr. 10) und nicht an das vorausgehende Kalenderjahr. Die für das Urlaubsentgelt getroffene Regelung macht jedoch die von den Tarifvertragsparteien gewollte Berechnungsmethode für Jahreszeiträume deutlich. 37

c) Die anzuwendende Umrechnungsformel für die Urlaubsansprüche des Klägers lautet also: 38

$$\frac{\text{tarifliche Urlaubstage in Kalendertagen/Jahr} \times \text{tatsächliche Arbeitstage/Jahr}}{364 \text{ Kalendertage}} = \text{Urlaubstage}$$

Da die tarifliche Urlaubsregelung bei einem unterstellten reinen Urlaubssystem an Kalendertage und nicht an Arbeits- oder Werktage anknüpft, ist auf einen Divisor von 364 Kalendertagen und nicht auf einen Teiler von möglichen Arbeitstagen im Jahr abzustellen (vgl. zu einer tariflichen Regelung, die sich auf Arbeitstage bezog, dagegen Senat 5. November 2002 - 9 AZR 470/01 - zu B I 3 b bb (1) der Gründe, AP TVG § 1 Tarifverträge: Chemie Nr. 15 = EzA TVG § 4 Chemische Industrie Nr. 4). Die Senatsrechtsprechung, die einen Divisor von 312 Tagen zugrunde legt, bezieht sich auf Tarifbestimmungen, die die Urlaubsdauer anhand von Werktagen und nicht mithilfe von Kalendertagen 39

berechnen (vgl. 20. August 2002 - 9 AZR 261/01 - zu I 2 a bb der Gründe, BAGE 102, 251).

d) Der tarifliche Urlaubsanspruch des Klägers für das Jahr 2007 errechnet sich aus folgenden Werten: 40

$$\frac{38 \text{ Urlaubstage in Kalendertagen/Jahr} \times \text{reale Arbeitstage/Jahr}}{364 \text{ Kalendertage}} = \text{Urlaubstage}$$

Der Senat kann schon die Urlaubsformel nicht ausfüllen und das von ihr abhängige Urlaubsentgelt nicht errechnen, weil der Kläger seine realen Arbeitstage in den Tatsacheninstanzen nicht vorgetragen hat. Die Sache ist dennoch entscheidungsreif und nicht nach § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. 41

6. Die Aufklärungsrüge, mit der die Revision den unterbliebenen Hinweis des Landesarbeitsgerichts (§ 139 ZPO) auf erforderlichen weiteren Sachvortrag beanstandet, dringt inhaltlich nicht durch. Der Senat darf das mit der Rüge gehaltene neue Vorbringen deswegen nicht berücksichtigen (§ 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 42

a) Das Berufungsgericht ist nicht zur Aufklärung verpflichtet, wenn eine Partei oder das Gericht erster Instanz darauf hingewiesen hat, dass nötiges Vorbringen fehlt (vgl. zum Hinweis der anderen Partei zB Senat 14. Oktober 2003 - 9 AZR 636/02 - zu B II 3 c bb (3) (3.2) der Gründe, BAGE 108, 103). 43

b) Das Arbeitsgericht hat die Klage selbst dann für un schlüssig gehalten, wenn der Rechtsansicht des Klägers zu folgen sei, dass die Divisoren des § 7 Abschn. IV Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 MTV Nr. 10 und des § 8 Nr. 2 Abs. 1 Satz 4 MTV Nr. 10 von 364 um die Freischichttage zu verringern seien. Der Kläger habe die Freischichttage nicht vorgetragen, sondern sei pauschal von 100 Freischichttagen im Referenzzeitraum ausgegangen. Der Kläger hätte die Freischichttage, die in den zwölf Monaten vor dem jeweiligen Urlaubs- oder Krankheitszeitraum anfielen, mit Blick auf die Erwägungen des Arbeitsgerichts spätestens in der Berufungsbegründung nennen müssen. Nur auf diese Weise hätten die angefallenen Arbeitstage errechnet werden können. 44

7. Die Auffassung des Klägers, die in den Tatsacheninstanzen nicht im Einzelnen vorgetragene Freischichttage seien für das Urlaubsentgelt divisor-mindernd zu berücksichtigen, entspricht unter der Voraussetzung eines reinen Urlaubssystems nicht § 7 Abschn. IV Nr. 1 Abs. 1 und 3 MTV Nr. 10. Dagegen sprechen Wortlaut, Zusammenhang und Zweck der Tarifbestimmungen. Das haben die Vorinstanzen zu Recht erkannt. Auf die umstrittene Höhe des Bruttoverdienstes des Klägers im zwölfmonatigen Referenzzeitraum kommt es daher nicht an. 45

a) Der Wortlaut des § 7 Abschn. IV Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 1. Alt. MTV Nr. 10 nennt einen Divisor von 364 Tagen und erwähnt die im Bewachungsgewerbe regelmäßig anfallenden Freischichttage nicht einschränkend. Das ist auch nicht erforderlich. Die Freischichttage gehen über die für die Berechnung des Urlaubsanspruchs nötige Umrechnung der von § 7 Abschn. II Nr. 1 und 2 MTV Nr. 10 vorgesehenen Kalendertage in Urlaubstage ohnehin in die Berechnung des Urlaubsentgelts ein. Das Entgelt für den einzelnen Urlaubstag kann mithilfe des Divisors von 364 gelöst von der Urlaubsformel errechnet werden, nicht aber die Gesamthöhe des Entgelts für den Jahresurlaub. 46

b) Freischichttage fallen entgegen der Ansicht der Revision nicht unter die divisor-mindernde Regelung in § 7 Abschn. IV Nr. 1 Abs. 3 MTV Nr. 10. Danach verkürzt sich der Divisor um die Zahl der Tage, an denen kein Lohnanspruch bestand, wenn der Arbeitnehmer im Berechnungszeitraum vom Betrieb abwesend war, ohne dass dafür ein Lohnanspruch bestand, zB bei unbezahltem Urlaub, der Teilnahme an Lehrgängen usw. Die Tarifvorschrift nennt mit unbezahltem Urlaub und Lehrgangsteilnahmen beispielhaft verhältnismäßig seltene Fälle der Abwesenheit vom Betrieb ohne Lohnanspruch. Hätten die Tarifvertragsparteien den sehr viel häufiger auftretenden und für das Wach- und Sicherheitsgewerbe typischen Sachverhalt der Freischichttage regeln wollen, hätte es nahegelegen, ihn ausdrücklich in die beispielhafte Aufzählung einzu-beziehen. Fielen die Freischichttage unter § 7 Abschn. IV Nr. 1 Abs. 3 MTV Nr. 10, würde zudem der Sinn des Bezugs auf Kalendertage, der § 7 MTV Nr. 10 durchgängig prägt, vereitelt. Die ungewöhnliche Anknüpfung des 47



Urlaubsanspruchs an Kalendertage dient unter der Prämisse eines reinen Urlaubssystems dazu, unterschiedliche Arbeitszeitverteilungsmodelle einheitlich im Sinne einer Rechengröße zu regeln.

8. Die Tarifregelung in § 7 Abschn. IV Nr. 1 MTV Nr. 10, die von der besonderen Ausgestaltung des Referenzprinzips in § 11 Abs. 1 BUrlG abweicht, ist von der Tariföffnung des § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG gedeckt. Tarifvertragsparteien können das Referenzprinzip bei der Berechnung des Geldfaktors zugunsten des Lohnausfallprinzips verlassen (*vgl. Senat 15. Dezember 2009 - 9 AZR 887/08 - Rn. 15; 3. Dezember 2002 - 9 AZR 535/01 - zu I 1 der Gründe, BAGE 104, 65*). Behalten sie das Referenzprinzip bei, dürfen sie den Referenzzeitraum, wie hier, verlängern. Ein Referenzzeitraum von zwölf Monaten ist auch dann unbedenklich, wenn das für den gesetzlichen Mindesturlaub zu zahlende Entgelt betroffen ist (*Senat 15. Dezember 2009 - 9 AZR 887/08 - Rn. 15; 3. Dezember 2002 - 9 AZR 535/01 - zu I 2 c aa der Gründe, aaO*). Das unabdingbare Grundniveau des § 1 BUrlG wird durch solche Gestaltungen nicht unterschritten. Die Tarifvertragsparteien können den Referenzzeitraum auch verkürzen oder, wie im Streitfall, auf die abgerechneten Monate zurückgreifen (*vgl. Senat 3. Dezember 2002 - 9 AZR 535/01 - zu I 2 c bb der Gründe, aaO*). 48
- B. Auch die auf höhere Entgeltfortzahlungsbeträge im Krankheitsfall gerichtete Klage ist unbegründet. 49
- I. Im Rahmen der Auslegung von § 8 Nr. 2 Abs. 1 und 3 MTV Nr. 10 gelten die zum Urlaubsentgelt angestellten Überlegungen mit Ausnahme des Umrechnungserfordernisses entsprechend. § 8 Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 bis 4 und Abs. 3 MTV Nr. 10 ist hinsichtlich der Berechnungsmethodik inhaltsgleich mit § 7 Abschn. IV Nr. 1 Abs. 1 und 3 MTV Nr. 10. 50
- II. § 8 Nr. 2 Abs. 1 und 3 MTV Nr. 10 verstößt - jedenfalls soweit hier entscheidungserheblich - nicht gegen höherrangiges Recht. 51
1. Nach § 4 Abs. 1 iVm. § 3 Abs. 1 EFZG ist dem Arbeitnehmer für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen „das ihm bei der 52

für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt fortzuzahlen“. Durch Tarifvertrag kann eine hiervon abweichende Bemessungsgrundlage des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts festgelegt werden (§ 4 Abs. 4 Satz 1 EFZG). Bemessungsgrundlage iSv. § 4 Abs. 4 Satz 1 EFZG ist die Grundlage für die Bestimmung der Höhe der Entgeltfortzahlung. Dazu gehören Berechnungsmethode und Berechnungsgrundlage der Entgeltfortzahlung. Die Berechnungsmethode meint das Ausfall- oder das Referenzprinzip. Die Berechnungsgrundlage setzt sich aus Geld- und Zeitfaktor zusammen. Sie betrifft Umfang und Bestandteile des zugrunde zu legenden Arbeitsentgelts sowie die Arbeitszeit des Arbeitnehmers (vgl. BAG 18. November 2009 - 5 AZR 975/08 - Rn. 16; 24. März 2004 - 5 AZR 346/03 - zu II 3 a der Gründe, BAGE 110, 90; 13. März 2002 - 5 AZR 648/00 - zu III 2 b der Gründe, AP EntgeltFG § 4 Nr. 58 = EzA EntgeltfortzG § 4 Nr. 6). § 4 Abs. 4 Satz 1 EFZG öffnet damit nicht nur den Geldfaktor, die Fortzahlung des dem Arbeitnehmer zustehenden Arbeitsentgelts, für Tarifverträge. Auch der Zeitfaktor, die ausgefallene Arbeitszeit, darf modifiziert werden, wenn der Grundsatz der vollen sechswöchigen Entgeltfortzahlung für den gesamten Zeitraum der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit nach § 3 EFZG gewahrt bleibt (§ 12 EFZG).

2. Das auf zwölf Abrechnungsmonate ausgerichtete Referenzprinzip in § 8 Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 MTV Nr. 10 und die Anknüpfung an Kalendertage in § 8 Nr. 2 Abs. 1 Satz 4 MTV Nr. 10 ist nach diesen Grundsätzen von der Tariföffnung des § 4 Abs. 4 Satz 1 EFZG gedeckt. Der Tarifvertrag muss nicht auf die für den Arbeitnehmer maßgebende individuelle Arbeitszeit abstellen, sondern kann Werktage oder Kalendertage zur Grundlage des Entgeltfortzahlungsanspruchs machen und sich damit vom konkreten Lohnausfallprinzip lösen (vgl. BAG 18. November 2009 - 5 AZR 975/08 - Rn. 16; 24. März 2004 - 5 AZR 346/03 - zu II 3 a bb der Gründe, BAGE 110, 90; 9. Oktober 2002 - 5 AZR 356/01 - zu I 1 e aa und bb der Gründe, BAGE 103, 60).

53

C. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen. 54

Düwell

Krasshöfer

Gallner

Heilmann

Brossardt