

# BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 246/09  
4 Sa 778/08  
Landesarbeitsgericht  
München

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
19. Januar 2010

## URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte und Revisions-  
beklagte,

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 29. Januar 2009 - 4 Sa 778/08 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, wie die tariflichen Urlaubsansprüche zu berechnen sind. 1

Der 1974 geborene Kläger war für die Beklagte seit September 2002 als gewerbliche Sicherheitsfachkraft in der Münchner U-Bahn-Bewachung gegen einen Stundenlohn von 14,29 Euro tätig. Seine Arbeitszeit betrug idR 176 Stunden im Monat. Er arbeitete im Dreischichtbetrieb bei einem regelmäßigen Schichtrythmus von vier Arbeitstagen und zwei anschließenden freien Tagen. Die Schichten dauerten idR acht Stunden täglich. 2

Auf das Arbeitsverhältnis war kraft Allgemeinverbindlichkeit und vertraglicher 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 auszugsweise: 3

#### **„§ 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 Betriebs-

zugehörigkeit. ...

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.“

Der Kläger beantragte unter dem 5. Januar 2008, ihm für das Jahr 2008 36 Tage Urlaub zu gewähren. Der Urlaub sollte die Zeiträume vom 2. bis 5. März 2008, 24. bis 26. März 2008, 8. bis 11. Mai 2008, 24. bis 28. Mai 2008, 31. Mai bis 2. Juni 2008, 8. bis 10. September 2008 und 18. bis 31. Dezember 2008 umfassen. Die Beklagte lehnte die Urlaubsanträge unter dem 7. Januar 2008 mit dem Hinweis ab, sie seien nicht tarifkonform, weil sie die Freischichttage ausklammerten. Der Kläger erwirkte für die Zeiträume vom 2. bis 5. März 2008 und 24. bis 26. März 2008 eine einstweilige Verfügung. Die Beklagte stellte den Kläger unter dem 20. März 2008 für die beantragten Urlaubsperioden in der Zeit vom 8. Mai 2008 bis zum Ende des Jahres 2008 von der Arbeitspflicht frei.

4

Der Kläger meint, ihm hätten für das Jahr 2008 38 Urlaubstage zugestanden. Die in § 7 MTV Nr. 10 genannten Kalendertage seien nicht anhand realer 264 Tage mit Arbeitspflicht und eines Divisors von 364 in Urlaubstage umzurechnen. Eine solche Auslegung sei mit Wortlaut, wirklichem Willen der Tarifvertragsparteien, Sinn und Zweck sowie Bedeutungszusammenhang der Tarifvorschrift nicht zu vereinbaren. Die Tarifvertragsparteien hätten sich bewusst für den Begriff des „Kalendertags“ entschieden. Sie hätten nicht den gebräuchlichen Begriff des „Arbeitstags“ gewählt. Auf den in § 7 Abschn. IV Nr. 1 MTV Nr. 10 genannten Divisor von 364 könne nicht zurückgegriffen

5

werden. § 7 Abschn. I MTV Nr. 10 gehe nicht von sieben - arbeitszeitrechtlich unzulässigen - Arbeitstagen aus. Bei höchstens sechs Arbeitstagen ergebe sich ein Divisor von 312 tatsächlichen Arbeitstagen im Kalenderjahr. In diesem Fall stünden dem Kläger nicht nur 28 Urlaubstage, sondern mindestens 32 Urlaubstage zu. Der Divisor von 364 sei jedenfalls um die Freischichttage auf 264 zu verringern. Selbst wenn die Kalendertage in 28 Urlaubstage umzurechnen seien, sei die Beklagte mit Blick auf die Freistellungszeiten von 38 Tagen im Jahr 2008 allenfalls berechtigt, den Kläger zu weiteren zehn - nicht zu zwölf - Schichten einzuteilen. Würden die höheren Urlaubsansprüche auf tariflicher Grundlage verneint, beruhten sie zumindest auf betrieblicher Übung. Vor den im Jahr 2007 erhobenen Klagen verschiedener Arbeitnehmer habe die Beklagte es stets vorbehaltlos geduldet, dass die Urlaubszeiten um sog. Freischichttage „herumgruppiert“ worden seien.

Der Kläger hat beantragt

6

1. festzustellen, dass er nicht verpflichtet ist, auch an den sich aus dem Dreischichtsystem ergebenden freien Tagen, die vor oder nach den beantragten Urlaubstagen liegen, Urlaubstage zu nehmen (1. März 2008, 6. März 2008, 22. und 23. März 2008, 27. und 28. März 2008, 6. und 7. Mai 2008, 23. Mai 2008, 29. und 30. Mai 2008, 6. und 7. September 2008, 11. und 12. September 2008, 16. und 17. Dezember 2008);
2. festzustellen, dass die Beklagte nicht berechtigt ist, ihm im Rahmen der Urlaubsgewährung entsprechend den Anträgen zu I und II aus der Klageschrift als Ausgleich für angeblich zu viel genommene Urlaubstage (zwölf Tage) weitere Schichten zu entsprechender Arbeitsleistung aufzuerlegen bzw. sein Arbeitszeitkonto zu belasten.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat in der Berufungsinstanz für den Fall einer stattgebenden Entscheidung über einen der Klageanträge durch Hilfswiderklage beantragt

7

festzustellen, dass der Kläger Anspruch auf Erholungsurlaub im Umfang der in § 7 Abschn. II Nr. 1 bis 4 und Abschn. III MTV Nr. 10 festgelegten Zahl von Kalendertagen im Jahr hat und sich hierunter

dienstplanmäßig vorgesehene Arbeitstage des Klägers nach der Formel

$$\frac{\text{tarifvertraglicher Gesamturlaubsanspruch in Kalendertagen/Jahr} \times 264 \text{ Arbeitstage}}{364 \text{ Kalendertage} = \text{Urlaubstage}}$$

befinden müssen, diese ggf. aufgerundet nach § 7 Abschn. I Nr. 2 Abs. 2 Satz 3 MTV Nr. 10.

Die Beklagte ist der Ansicht, die tariflich vorgegebenen Kalendertage seien mithilfe eines Faktors von 264 realen Arbeitstagen und eines Divisors von 364 in Urlaubstage umzurechnen. Das ergebe nicht nur die Auslegung von § 7 MTV Nr. 10, sondern auch ein Vergleich mit den entsprechenden Regelungen des am 1. August 2006 in Kraft getretenen Manteltarifvertrags Nr. 6 für die Angestellten des Wach- und Sicherheitsgewerbes in Bayern vom 7. Juni 2006. Dort werde zwischen Werktagen in der Sechstageswoche und Arbeitstagen in der Fünftageswoche unterschieden. Ansprüche aus betrieblicher Übung bestünden nicht. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte vor den im Jahr 2007 erhobenen Klagen bewusst von der Berechnungsmethodik des § 7 MTV Nr. 10 habe abweichen wollen. Sie habe Urlaub stets nur auf Antrag gewährt. Deshalb scheidet schon eine freiwillige Leistung aus.

8

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag zu 1. stattgegeben und den Antrag zu 2. abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert. Es hat der in der Berufungsinstanz erhobenen Hilfswiderklage stattgegeben und die Berufung der Beklagten im Übrigen - hinsichtlich des Antrags zu 1. - zurückgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Antrag zu 2. weiter. Er hat sich auch gegen die stattgebende Entscheidung über die Hilfswiderklage gewandt. Die Beklagte hat die Hilfswiderklage in der Revisionsverhandlung mit Zustimmung des Klägers zurückgenommen. Sie hat im Übrigen beantragt, die Revision zurückzuweisen.

9

## Entscheidungsgründe

- Die Revision ist unbegründet. Der Senat hat nur noch über den Klageantrag zu 2. zu entscheiden. Dieser Antrag ist in der Sache erfolglos. Das hat das Landesarbeitsgericht jedenfalls im Ergebnis zu Recht erkannt. 10
- A. Der Antrag zu 2. ist zulässig. 11
- I. Der Antrag zu 2. ist hinreichend bestimmt. 12
1. Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss der Antrag die Maßnahme, für die ein Recht bejaht oder verneint wird, so genau bezeichnen, dass die eigentliche Streitfrage zwischen den Parteien mit Rechtskraftwirkung entschieden werden kann (*st. Rspr., vgl. zB Senat 15. September 2009 - 9 AZR 757/08 - Rn. 19, EzA GewO § 106 Nr. 4*). 13
2. Diesem Erfordernis wird der Antrag zu 2. nach gebotener Auslegung gerecht. Der Kläger will festgestellt wissen, wie viele Schichten die Beklagte ihm nach den tariflichen Vorgaben, den getroffenen vertraglichen Vereinbarungen und aufgrund ihres Direktionsrechts (§ 106 Satz 1 GewO) im Jahreschichtplan zuweisen darf. Er verlangt zudem die Feststellung, mit welchen Freischichten die Beklagte das Urlaubs- und Arbeitszeitkonto belasten darf. Ein solches Konto drückt aus, in welchem Umfang der Arbeitnehmer vergütungspflichtige Arbeit geleistet hat oder in welchem Umfang er noch arbeiten muss, um das vereinbarte Entgelt zu erzielen. Der Arbeitnehmer hat Anspruch darauf, dass sein Urlaubs- und Arbeitszeitkonto richtig geführt wird (*vgl. zu Leistungsanträgen bei Arbeitszeitkonten Senat 15. Dezember 2009 - 9 AZR 795/08 - Rn. 16; BAG 19. März 2008 - 5 AZR 328/07 - Rn. 6 und 9 f., AP BGB § 611 Feiertagsvergütung Nr. 1; 14. August 2002 - 5 AZR 417/01 - zu I 1 der Gründe, AP EntgeltFG § 2 Nr. 10 = EzA EntgeltfortzG § 2 Nr. 4; zu einem Feststellungsantrag bei einem Urlaubskonto Senat 16. Dezember 2008 - 9 AZR 164/08 - Rn. 13 ff., AP BUrlG § 7 Nr. 40 = EzA BUrlG § 7 Nr. 120*). 14

- II. Der Antrag zu 2. wahrt die Erfordernisse des § 256 Abs. 1 ZPO. 15
1. Die Feststellungsklage ist nicht wegen Vorrangs der Leistungsklage unzulässig. 16
- a) Der Vorrang der Leistungsklage gilt nicht uneingeschränkt. Eine Feststellungsklage ist zulässig, wenn mit ihr eine sachgerechte, einfache Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte zu erreichen ist und prozesswirtschaftliche Überlegungen gegen einen Zwang zur Leistungsklage sprechen (*vgl. nur Senat 19. Mai 2009 - 9 AZR 145/08 - Rn. 38, AP ATG § 6 Nr. 5 = EzTöD 700 TV ATZ Nr. 16*). 17
- b) Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Das der Vollstreckung nicht zugängliche Feststellungsurteil ist geeignet, den alljährlich auftretenden Berechnungskonflikt endgültig zu lösen und weitere Prozesse zu vermeiden (*vgl. Senat 9. September 2003 - 9 AZR 468/02 - zu I der Gründe, EzA TVG § 4 Chemische Industrie Nr. 6*). Zwischen den Parteien sind lediglich die Dauer des Jahresurlaubs und -komplementär dazu - der Umfang der Kalendertage mit Arbeitspflicht umstritten. Über andere Berechnungsfaktoren besteht kein Streit. 18
2. Der Kläger hat ein berechtigtes Interesse an der verlangten Feststellung. 19
- a) Eine allgemeine Feststellungsklage muss sich nicht notwendig auf das gesamte Rechtsverhältnis erstrecken. Sie kann sich auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken (*für die st. Rspr. Senat 15. September 2009 - 9 AZR 757/08 - Rn. 22, EzA GewO § 106 Nr. 4*). 20
- b) Die Parteien streiten nicht nur über die Zahl der Urlaubstage für das Jahr 2008, sondern auch über die Zahl der Kalendertage mit Arbeitspflicht. Ihr Streit kann Rechtswirkungen für die Zukunft haben, weil ggf. nicht geleistete Arbeit die Lohnansprüche des Klägers verringern kann. Diese möglichen wirtschaftlichen Auswirkungen begründen noch in der Revisionsinstanz ein 21



gegenwärtiges berechtigtes Feststellungsinteresse. Der Senat erstellt mit dem Übergang in die Sachprüfung kein abstraktes Rechtsgutachten.

- B. Der Antrag zu 2. ist unbegründet. 22
- I. Die erstrebten Feststellungen 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 noch rechtshängige Klage ist auch in diesem Fall erfolglos. Das trifft in gleicher Weise bei einer Umrechnung der Kalendertage in Arbeitstage zu. 23
1. 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 vorzugsweise die der tariflichen Regelung Geltung verschafft (*für die st. Rspr. Senat 15. Dezember 2009 - 9 AZR 795/08 - Rn. 34*). 24
2. 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. 25
- a) 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. 26

- aa) 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). Gewährt der Arbeitgeber „Freischichttage“, 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). 27
- bb) 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 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 abgeschlossen werden. 28
- cc) 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 29

billiges Ermessen nach § 106 Satz 1 GewO, § 315 BGB zu üben, soweit sein Ermessen nicht durch Gesetz, Kollektivrecht oder Vertrag beschränkt ist.

dd) 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. 30

b) 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 Sechs- oder in der Fünftagewoche geleistet wird. 31

aa) 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 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. 32

bb) Der hier anzuwendende § 7 Abschn. II Nr. 3 MTV Nr. 10 enthält keine 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. Der Antrag zu 2. ist auf dieser Berechnungsgrundlage unbegründet.

33

3. Im Ergebnis kann dahinstehen, ob die Tarifvertragsparteien in § 7 MTV Nr. 10 eine feste Zahl von Urlaubstagen - bemessen nach Kalendertagen - festlegen 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. Der Urlaubsanspruch des Klägers errechnet sich in diesem Fall nach der Formel

34

$$\frac{\text{tarifvertraglicher Gesamturlaubsanspruch in Kalendertagen/Jahr} \times 264 \text{ Arbeitstage}}{364 \text{ Kalendertage}} = \text{Urlaubstage.}$$

Dem Kläger standen unter dieser Prämisse nach § 7 Abschn. I Nr. 1 und 2, Abschn. II Nr. 1, Nr. 2 2. Var. MTV Nr. 10 für 2008 nur 28 Freistellungstage anstelle beanspruchter 36 Freistellungstage zu. Die Beklagte war daher berechtigt, die Zahl der im Schichtrythmus anfallenden Freischichttage im

Schichtplan entsprechend zu verringern. Soweit der Kläger geltend macht, die Beklagte habe ihn für zwölf weitere Schichten einteilen wollen, beruht das auf einem inzwischen überholten Verfahrensstand. Die Beklagte hat sich während des Rechtsstreits nicht länger auf ein solches Recht berufen.

- a) Im Unterschied zu anderen Fällen im Bereich des Urlaubs bei vollkontinuierlicher Wechselschicht ohne regelmäßigen Wochenbezug, über die der 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*). 35
- b) 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. 36
- aa) 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*). 37
- bb) Aus dieser Wechselschichtttätigkeit ergibt sich ein Umrechnungserfordernis, wenn unterstellt wird, dass die Tarifvertragsparteien mit „Urlaub“ allein Erholungsurlaub und nicht auch Zeitausgleich meinten. 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*). 38

- (1) 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 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*). 39
- (2) 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 BUrIG. 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*). 40
- c) § 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 hätten kein gemischtes System aus Urlaub und Zeitausgleich gewählt. 41
- aa) Schon der vorrangig zu berücksichtigende Wortlaut von § 7 Abschn. I Nr. 1 Satz 1 und 2, Abschn. II Nr. 1, 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 ungewöhn- 42

liche 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. Wird ein reines Urlaubssystem unterstellt, erklärt die vereinheitlichende Anknüpfung an Kalendertage 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 zB 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).

- bb) Der Zusammenhang der anspruchsbegründenden 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 BUrlG in der Sechstageswoche vorgesehenen zwölf Werktagen. Der Arbeitnehmer soll Anspruch auf einen zusammenhängenden Urlaubsteil von zwei Wochen haben. 43
- d) Die 38 Kalendertage, die sich für das Jahr 2008 aus § 7 Abschn. I Nr. 1 Satz 1 und 2, Abschn. II Nr. 1, Nr. 2 2. Var. MTV Nr. 10 ergeben, sind in 28 Urlaubstage umzurechnen. 44
- aa) Für die Umrechnung ist grundsätzlich auf Arbeitstage, die hier rechnerisch Arbeitsschichten von acht Stunden entsprechen, abzustellen. Die Anzahl 45

der Arbeitstage mit Arbeitspflicht ist mit der Anzahl der Urlaubstage ins Verhältnis zu setzen.

bb) 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 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. 46

cc) Die anzuwendende Umrechnungsformel lautet demnach: 47

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

Da die tarifliche Regelung bei einem unterstellten reinen Urlaubssystem an Kalendertage und nicht an Arbeits- oder Werktagen anknüpft, ist entgegen der Auffassung der Revision 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). Der von der Revision hilfsweise herangezogene Divisor von 312 Tagen bezieht sich auf die Senatsrechtsprechung zu Tarifbestimmungen, die die Urlaubsdauer 48



anhand von Werktagen und nicht mithilfe von Kalendertagen berechnen (vgl. 20. August 2002 - 9 AZR 261/01 - zu I 2 a bb der Gründe, BAGE 102, 251).

dd) Der tarifliche Urlaubsanspruch des Klägers für das Jahr 2008 errechnet sich also aus folgenden Werten: 49

$$\frac{38 \text{ Urlaubstage in Kalendertagen/Jahr} \times 264 \text{ reale Arbeitstage/Jahr}}{364 \text{ Kalendertage}} = 27,56 \text{ Urlaubstage}$$

Die sich errechnenden 27,56 Urlaubstage sind nach § 7 Abschn. I Nr. 2 Abs. 2 Satz 3 MTV Nr. 10 auf 28 Urlaubstage aufzurunden. 50

II. Ein über 28 Tage hinausgehender Urlaubsanspruch für 2008 ergibt sich selbst dann nicht aus betrieblicher Übung, wenn die Beklagte dem Kläger vor den im Jahr 2007 erhobenen Klagen Urlaub von längerer Dauer gewährte. 51

1. Unter einer betrieblichen Übung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen dürfen, ihnen solle eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer gewährt werden. Das als Vertragsangebot zu wertende Verhalten des Arbeitgebers wird von den Arbeitnehmern angenommen, indem sie die Leistung widerspruchslos entgegennehmen (vgl. BAG 18. März 2009 - 10 AZR 281/08 - Rn. 13, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 83 = EzA BGB 2002 § 242 Betriebliche Übung Nr. 9). Der Zugang der Annahmeerklärung ist nach § 151 Satz 1 BGB entbehrlich. Durch die betriebliche Übung entstehen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen. Entscheidend für die Entstehung des Anspruchs ist nicht der Verpflichtungswille des Arbeitgebers. Maßgeblich ist, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung oder das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände (§§ 133, 157 BGB) verstehen musste (für die st. Rspr. Senat 17. November 2009 - 9 AZR 765/08 - Rn. 23 f., EzA-SD 2010 Nr. 8 8 - 11). 52

2. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger habe die für eine betriebliche Übung nötigen besonderen Umstände nicht vorgetragen. Sie seien auch nicht ersichtlich. Der Kläger berufe sich lediglich darauf, dass die Beklagte nicht kommuniziert habe, sich stets tariftreu verhalten zu wollen. Er 53

meine, die Beklagte habe die übertarifliche Leistung freiwillig gewährt. Sie habe es geduldet, den Urlaub um Freischichttage „herumzugruppieren“. Aus diesem Vorbringen lasse sich über den bloßen Normvollzug hinaus kein Rechtsbindungswille ableiten.

3. Diese rechtlichen Erwägungen halten einer uneingeschränkten Prüfung durch das Revisionsgericht stand. Daher kann offenbleiben, ob für die Frage einer betrieblichen Übung der eingeschränkte Prüfungsmaßstab für atypische Erklärungen anzuwenden ist oder sie einer uneingeschränkten revisionsrichterlichen Überprüfung unterliegt (*offengelassen zB von Senat 17. November 2009 - 9 AZR 765/08 - Rn. 28 mwN, EzA-SD 2010 Nr. 8 8 - 11*). 54

4. Die für eine betriebliche Übung erforderlichen besonderen tatsächlichen Umstände sind hier nicht festgestellt. Die nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts sind für den Senat nach § 559 Abs. 2 ZPO bindend. 55

a) Für die Annahme einer betrieblichen Übung genügt es nicht, dass der Arbeitgeber tatsächliche Leistungen erbringt. Für den Arbeitnehmer muss sich vielmehr aus den Gesamtumständen der Eindruck ergeben, der Arbeitgeber wolle sich über die bisher vereinbarten vertraglichen und tarifvertraglichen Pflichten hinaus zu einer weiteren Leistung verpflichten (*vgl. nur Senat 9. September 2003 - 9 AZR 468/02 - zu II 5 der Gründe, EzA TVG § 4 Chemische Industrie Nr. 6; vgl. zum vermeintlichen Normvollzug auch BAG 18. April 2007 - 4 AZR 653/05 - Rn. 46 ff., AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 54 = EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Bezugnahmeklausel Nr. 7*). Sonst entstünde auch bei irrtümlichen Leistungen ein Anspruch. Geht der Arbeitnehmer davon aus, eine gewährte Leistung stehe ihm ohnehin aus einem anderen Rechtsgrund als betrieblicher Übung zu, darf er nicht auf ein darüber hinausgehendes Angebot des Arbeitgebers schließen (*vgl. Senat 5. November 2002 - 9 AZR 470/01 - zu B II der Gründe, AP TVG § 1 Tarifverträge: Chemie Nr. 15 = EzA TVG § 4 Chemische Industrie Nr. 4; 20. August 2002 - 9 AZR 261/01 - zu I 2 b der Gründe, BAGE 102, 251*). 56

b) Der Kläger nimmt an, ihm stehe ein tariflicher Urlaubsanspruch von 38 Tagen zu. Schon deshalb durfte er nicht davon ausgehen, dass die Beklagte ihm übertariflichen Urlaub gewähren wollte, wenn sie ihm vor den im Jahr 2007 erhobenen Klagen Urlaub von längerer Dauer gewährte. 57

C. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen. 58

Düwell

Krasshöfer

Gallner

Heilmann

Brossardt