

13. Mai 1959

Für das Nachschlagewerk! ja
Für die Sammlung! nein
Für die Fachpresse! ja

52

Gesetz: Urlaubsgesetz Niedersachsen § 5;
TO.B §§ 14 Abs. 3, 18 Abs. 1

Leitsätze:

Bei der Urlaubsvergütung der Kraftfahrer im öffentlichen Dienst, die regelmäßig, wenn auch der Zahl nach nicht gleichbleibend, Überstunden abzuleisten haben, sind diese Überstunden mit zu berücksichtigen. Das gilt sowohl auf Grund der für das Land Niedersachsen geltenden gesetzlichen wie auf Grund der tariflichen Regelung. Durch Bestimmungen in Dienstordnungen kann diese Regelung nicht zuungunsten des Arbeitnehmers eingeschränkt werden. Darauf, ob die Überstundenvergütung pauschaliert ist, kommt es dabei nicht an.

Aktenzeichen: 1 AZR 380/57

Urteil des BAG vom 13. Mai 1959

LAG Hannover



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Verkündet
13. Mai 1959

z. Henkelmann,
Angestellte
s. Urkundsbeamter
r. Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 13. Mai 1959 durch den Präsidenten Professor Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Nipperdey, die Bundesrichter Professor Dr. Dr. Boldt und Wichmann sowie die Bundesarbeitsrichter Wieland und Hirschmann für Recht erkannt:

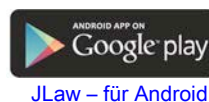
Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hannover vom 16. Mai 1957 - 3 Sa 174/57 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

- 2 -



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Der Kläger war seit 1945 als Kraftfahrer bei einem Wasser- und Schiffsamt in Diensten der Beklagten. Sein Stundenlohn betrug 1,59 DM. Der Kläger hatte Anspruch auf 28 Urlaubstage im Jahr. Die Vergütung für diese Urlaubstage wurde unter Zugrundelegung einer Wochenarbeitszeit von 48 Stunden errechnet und bezahlt. Der Kläger, der häufig Überstunden gemacht hat, ist der Auffassung, daß diese Überstundenvergütung bei der Berechnung seines Urlaubsentgelts mit zu berücksichtigen sei. Er hat mit der Klage für jeden Urlaubstag einen Stundenlohn als Ausgleich für die weggefallene Überstundenvergütung geltend gemacht. Der Höhe nach ist die Klageforderung nicht bestritten. Die Beklagte stellt jedoch ihre Verpflichtung dem Grunde nach in Abrede und hat deshalb Klageabweisung beantragt.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben der Klage stattgegeben. Die Revision ist zugelassen. Mit ihr hält die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage aufrecht. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Landesarbeitsgericht vertritt die Auffassung, daß sich der mit der Klage geltend gemachte Anspruch aus den für den öffentlichen Dienst geltenden tariflichen Vorschriften ergebe. Eine Untersuchung darüber, ob nicht schon die Vorschriften des Urlaubsgesetzes für Niedersachsen vom 10. Dezember 1948 eine ausreichende Klagegrundlage darstellen, wird vom Landesarbeitsgericht unterlassen.

Nach § 5 des niedersächsischen Urlaubsgesetzes wird für die Bemessung des Urlaubsentgelts der Arbeitsverdienst zugrunde gelegt, den der Arbeitnehmer in den letzten drei Monaten der regelmäßigen Arbeitszeit vor Antritt des Urlaubs erhalten hat. Nach dieser Vorschrift müssen die Überstunden, die mit Regelmäßigkeit anfallen, bei der Bemessung des Urlaubsgeldes berücksichtigt werden. § 5 stellt auf die regelmäßige Arbeitszeit des betreffenden Arbeitnehmers ab. Der Begriff



der regelmäßigen Arbeitszeit deckt sich nicht mit dem der Arbeitszeit, die im allgemeinen für den betreffenden Betrieb oder die betreffende Behörde gilt. Vielmehr gehören zur regelmäßigen Arbeitszeit auch Überstunden, wenn sie mit einiger Regelmäßigkeit anfallen. Der Begriff der Regelmäßigkeit setzt nicht voraus, daß die Arbeitszeit stets gleichbleibend ist. Vielmehr sind durchaus Schwankungen möglich, wie überhaupt das Vorliegen einer Regelmäßigkeit nicht deshalb verneint werden kann, weil Ausnahmen vorkommen (vgl. BAG in AP Nr. 4 zu § 611 BGB Lohnzuschläge). Entscheidend ist nur, ob gerade bei dem Arbeitnehmer, auf den es ankommt, der Anfall von Überstunden regelmäßig ist. Diese Auffassung wird auch von Dersch, Urlaubsgesetze, S. 321, und von Maus, Urlaubsgesetz und Hausarbeitstagsgesetz Niedersachsen, S. 153, mit Recht vertreten (so auch LAG Hannover im Niedersächsischen Ministerialblatt, Rechtsprechungsbeilage Nr. 24/56).

Ein solcher regelmäßiger Anfall von Überstunden lag nach den tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts beim Kläger vor. Zwar war der Anfall nicht immer gleichbleibend. Wie jedoch die vom Landesarbeitsgericht als zutreffend festgestellte Übersicht über einen langen Zeitraum ergibt, fielen beim Kläger Überstunden so häufig und so allgemein an, daß an dem Vorhandensein der Voraussetzungen für den Begriff der Regelmäßigkeit ein begründeter Zweifel nicht möglich ist.

Nach der genannten landesrechtlichen gesetzlichen Vorschrift würde also dem Kläger, obwohl er im Dienst der beklagten Bundesrepublik stand (vgl. BAG in AP Nr. 1 zu § 86 BVerfGG, Nr. 3 zu Art. 3 GG), der Anspruch auf Berücksichtigung der Überstunden bei Festsetzung der Urlaubsvergütung zustehen. Es fragt sich jedoch, ob für diesen Anspruch die gesetzlichen Vorschriften maßgeblich sind oder ob sich der Anspruch nach tariflichen Bestimmungen richtet. Denn nach § 5 des niedersächsischen Urlaubsgesetzes gilt die gesetzliche Regelung hinsichtlich des Urlaubsentgelts nur dann, wenn keine Gesamtvereinbarungen eine andere Regelung vorsehen.

Das Landesarbeitsgericht ist offenbar von der Auffassung



ausgegangen, daß zu diesen Gesamtvereinbarungen auch die im öffentlichen Dienst geltenden Tarif- und Dienstordnungen gerechnet werden müssen. Diese Auffassung ist nicht unbedenklich. Wäre sie richtig, so müßte sich auch jetzt noch der Anspruch auf das Urlaubsentgelt nicht nur nach Tarif- und Dienstordnungen, sondern evtl. sogar nach Arbeitsordnungen richten, die während der Zeit des Nationalsozialismus erlassen sind und vielleicht rechtsstaatlichem Denken nicht entsprechen. Es ist nicht ohne weiteres anzunehmen, daß der Gesetzgeber von Niedersachsen eine solche Folge hat in Kauf nehmen wollen. Wenn im § 5 des niedersächsischen Urlaubsgesetzes von Gesamtvereinbarungen die Rede ist, so kann vielmehr durchaus die Auffassung vertreten werden, daß darunter nur echte Vereinbarungen zu verstehen sind, also Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen, nicht aber Tarifordnungen, Dienstordnungen und Arbeitsordnungen (a. A. Dersch, aaO, S. 42).

Der Senat brauchte jedoch eine endgültige Entscheidung darüber, ob zu den Gesamtvereinbarungen im Sinne des § 5 des niedersächsischen Urlaubsgesetzes auch Tarif- und Dienstordnungen zu rechnen sind, nicht zu treffen. Denn auch dann, wenn man den Tarif- und Dienstordnungen den Vorrang einräumen wollte, ist der Klageanspruch begründet. Das stellt auch das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend fest. Die von ihm dafür angeführte rechtliche Begründung unterliegt jedoch verschiedenen Bedenken, ist auch nicht frei von Widersprüchen und Unklarheiten.

Als tarifliche Regelung käme, da der Kläger im Arbeitsverhältnis stand, diejenige der TO.B in Frage. Nach § 18 Abs. 1 der TO.B erhält der Arbeiter in jedem Urlaubsjahr einen Erholungsurlaub unter Fortzahlung des Lohnes. Hinsichtlich des Begriffs des Lohnes im Sinne der Urlaubsvergütung ist dort auf § 14 Abs. 3 der TO.B verwiesen. Diese Vorschrift bestimmt, daß der Arbeiter, dem der Lohn für Zeiten gewährt wird, in denen er keine Arbeit leistet, nach näherer Bestimmung der Dienstordnung für den Ausfall an Arbeitszeit den Zeitlohn der Beschäftigung erhält, die er bei regelmäßigem Verlauf seines Dienstes in der ausgefalle-



nen Arbeitszeit wahrgenommen hätte; Überstunden der übrigen Arbeiter gelten dabei stets als außerhalb des regelmäßigen Verlaufs des Dienstes liegend.

Aus dieser Vorschrift folgt, daß bei der Berechnung der Urlaubsvergütung die regelmäßig abgeleisteten Überstunden mit zu berücksichtigen sind. Nach § 14 Abs. 3 der TO.B kann dem Einwand der Beklagten nicht gefolgt werden, daß unter Zeitlohn im Sinne dieser Vorschrift nur die Vergütung zu verstehen sei, die für die regelmäßige Arbeitszeit von 48 Wochenstunden gefordert werden könne. Der Stundenlohn = Zeitlohn ist vielmehr auch für die Überstunden zu bezahlen (§ 9 Abs. 2 TO.B). Wie es mit der Zahlung der Überstundenzuschläge in der Urlaubszeit zu halten ist, bedarf hier nicht der Entscheidung, da diese Zuschläge vom Kläger nicht verlangt werden, zumindest die Klageforderung der Höhe nach unstreitig ist und die Beklagte sich nicht darauf berufen hat, daß in ihr Zuschläge enthalten seien, die vielleicht bei der Bemessung des Urlaubsgeldes unberücksichtigt bleiben müßten.

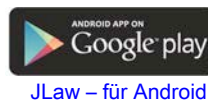
Daß die Verwendung des Begriffes "Zeitlohn" in § 14 Abs. 3 der TO.B die Berücksichtigung von Überstunden bei der Urlaubsvergütung zuläßt, ergibt sich auch daraus, daß nach jener Vorschrift die Überstundenvergütung sich nach dem regelmäßigen Verlauf des Dienstes des betreffenden Arbeiters richten muß. Es heißt ausdrücklich: "seines Dienstes". Es ist also entscheidend nicht auf die regelmäßige betriebliche Arbeitszeit, sondern darauf abgestellt, welche Arbeitsstunden gerade der betreffende Arbeiter hätte ableisten müssen, wenn er keinen Urlaub gehabt hätte. "Regelmäßig" im Sinne dieser Vorschrift bedeutet hier ebenfalls nicht, daß es sich stets um eine gleichbleibende Zahl von Arbeitsstunden handeln müßte. Vielmehr schließt auch dieser Begriff der Regelmäßigkeit eine gewisse Schwankung und das Vorkommen von Ausnahmen nicht aus. Da im Falle des Klägers nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, die sich auf eine längere Zeit erstrecken, immer wieder Überstunden in erheblichem Umfang notwendig geworden und geleistet worden sind, ist der Begriff der Regelmäßigkeit, wie er in



§ 14 Abs. 3 der TO.B vorausgesetzt wird, beim Kläger erfüllt.

Daß die Frage, ob der betreffende beurlaubte Arbeitnehmer, wenn er keinen Urlaub haben würde, Überstunden leisten müßte, für die Berechnung des Urlaubsentgelts von Bedeutung ist, wird auch durch die Vorschrift des letzten Satzes des § 14 Abs. 3 TO.B nicht widerlegt. Dort ist bestimmt, daß Überstunden der übrigen Arbeiter stets als außerhalb des regelmäßigen Verlaufs des Dienstes liegend angesehen werden. Damit ist durchaus vereinbar, daß dann, wenn es sich nicht um Überstunden der übrigen Arbeiter handelt, sondern um solche Überstunden, die der beurlaubte Arbeiter selbst ohne den Urlaub hätte ableisten müssen, diese Überstunden bei der Berechnung des Urlaubsentgelts nicht unberücksichtigt bleiben sollten.

Diese Regelung hat auch ihren guten Sinn: Dem Arbeiter, der beurlaubt ist, sollen zwar nicht die von seinen nichtbeurlaubten Kollegen geleisteten Überstunden zugute kommen, da er an diesen ja nicht teilnimmt. Dagegen soll sein Urlaubsentgelt so bemessen werden, wie es seinem bisherigen regelmäßigen Arbeitseinkommen entspricht. Zu diesem so bemessenen Arbeitseinkommen gehört aber im Falle des beurlaubten Arbeitnehmers, der während seiner Dienstzeit regelmäßig Überstunden zu leisten hat, auch das Überstundenentgelt. Denn wenn, wie es beim Kläger der Fall ist, die Überstunden seit längerer Zeit regelmäßig, wenn auch in schwankender Höhe anfallen, so rechnet der Arbeitnehmer bei dem Zuschnitt seines Lebensstiles auch mit dem Teil seines Arbeitseinkommens, der als Überstundenvergütung gezahlt wird. Dem Rechnung zu tragen, entspricht einem allgemeinen Grundsatz des Urlaubsrechts, von dem abzuweichen äußerstens dann ein Anlaß bestehen könnte, wenn das in einer tariflichen oder gesetzlichen Bestimmung ausdrücklich und so deutlich ausgesprochen ist, daß ein Zweifel an einem entsprechenden Willen des Normengebers nicht möglich ist (vgl. RAG ARS 35, 201; 39, 211; 40, 43; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, 6. Aufl., Bd. I S. 406; Nikisch, Lehrbuch, 2. Aufl., Bd. I S. 456; Dersch, aaO, S. 312; LAG Hannover, AP 50 Nr. 69; BAG in AP Nr. 7 und 11 zu § 611

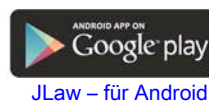


BGB Urlaubsrecht). Davon kann hier aber nicht die Rede sein.

Nur bei einer solchen Auslegung der Vorschriften des § 14 Abs. 3 TO.B, wie sie hier vorgenommen ist, wird den allgemeinen Grundsätzen des Urlaubsrechts Rechnung getragen. Tarifliche Vorschriften sind, wenn es mit ihrem Wortlaut verträglich ist, stets so auszulegen, daß sie, soweit sie den Urlaub betreffen, mit den allgemein geltenden Anschauungen übereinstimmen. Nach diesen Anschauungen soll die Bezahlung während des Urlaubs so bemessen sein, daß der Arbeitnehmer nicht gezwungen ist, seinen Lebensstandard während des Urlaubs einzuschränken, da sonst die Gefahr besteht, daß entweder der vom Urlaub erwartete Erholungszweck nicht gewährleistet ist oder daß der Arbeitnehmer, um einer finanziellen Einbuße zu entgehen, auf seinen Urlaub verzichtet. Aus diesen Gründen konnte sich der Senat der Auffassung der Beklagten über die Auslegung der Urlaubsvorschriften der TO.B nicht anschließen.

Ebensowenig ist der Hinweis der Beklagten auf Dienstordnungsvorschriften geeignet, dem Klageanspruch die Grundlage zu entziehen. Wenn § 14 Abs. 3 der TO.B der Dienstordnung eine nähere Bestimmung vorbehält, so ist damit nicht gesagt, daß eine Dienstordnung die in der TO.B selbst gewährten Rechte mindern oder beeinträchtigen könnte. Mit jenen Worten wollte die TO.B vielmehr nur die Möglichkeit eröffnen, daß die Berechnung des Urlaubsentgelts im einzelnen einer Dienstordnung überlassen bleiben sollte. Keineswegs kann darin aber eine Ermächtigung an den Behördenleiter gesehen werden, im Dienstordnungswege die Rechte einzuschränken, die in § 14 Abs. 3 der TO.B selbst gewährt sind.

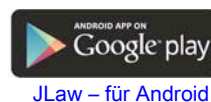
Soweit es sich bei solchen Dienstordnungen um allgemeine Dienstordnungen handelt, die auf Grund des Ergänzungsgesetzes (RGBl. 1938 I 206) ergangen sind, kommt eine solche Einschränkung schon deshalb nicht in Frage, weil das Ergänzungsgesetz nur Ausnahmen zugunsten der Arbeitnehmer zuließ (BAG in AP Nr. 2 zu § 18 ATO). Schon deshalb könnte sich die Beklagte auf die Vorschriften der ADO zur TO.B nicht berufen, falls diese, wie die Beklagte meint, dem



Klageanspruch entgegen stünden. Hinzu kommt, daß die Auffassung der Beklagten über die Tragweite der das Urlaubsentgelt betreffenden Bestimmungen der ADO zur TO.B rechtsirrig ist.

Die Beklagte beruft sich insoweit auf Nr. 5 und Nr. 6 ADO zu § 18 TO.B. Auf die Nr. 5 der ADO zur TO.B, die von Pauschalierung des Überstundenentgelts handelt, kann sich die Beklagte aber deshalb nicht berufen, weil bei dem Kläger eine Pauschalierung nicht vorgenommen ist. Es kann dahingestellt bleiben, ob das auf Wunsch des Klägers geschehen ist. Selbst wenn, wie das auf Grund der Bestimmungen der DOW (Besondere Dienstordnung zur TO.B für den Geschäftsbereich des Generalinspektors für Wasser und Energie, Abteilung Reichswasserstraßen, vom 1. Juni 1942) der Fall war, durch Behördenanordnung eine Pauschalierung der Überstundenvergütung vorgeschrieben ist, so kann doch dem Kläger nicht entgegengehalten werden, daß eine solche auf seinen Wunsch unterblieben wäre. Der Beklagten kann nicht das Recht zugestanden werden, für sich günstige Folgerungen daraus zu ziehen, daß ihr eigener Behördenleiter vielleicht gegen eine Dienstanweisung verstoßen hat. Es muß also dabei verbleiben, daß, da eine Pauschalierung nicht vorgenommen ist, auch die eine solche voraussetzenden Vorschriften in Nr. 5 ADO zu § 18 TO.B wie auch in der DOW hier nicht zur Anwendung kommen.

Ebensowenig kommt Nr. 6 ADO zu § 18 TO.B zur Anwendung. Mit Recht weist die Revision darauf hin, daß diese Vorschrift auf den Fall des Klägers entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht zutrifft. Zwar kann der Beklagten nicht darin gefolgt werden, daß sie auf das Fehlen einer schriftlichen Anordnung hinweist. Auf eine solche schriftliche Anordnung kommt es vielmehr im Zusammenhang mit der Vergütung der Überstunden nicht an, wie der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts bereits ausgesprochen hat (AP Nr. 1 zu § 2 TO.A). Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich im Falle der Nr. 6 ADO zu § 18 TO.B um eine echte Kann-Vorschrift handelt und ob schon deshalb der Kläger aus



dieser keine Rechte herleiten könnte. Es fehlt jedoch, was das Landesarbeitsgericht verkennt und die Revision mit Recht rügt, an den Erfordernis einer bestimmten Zahl von wöchentlichen Überstunden. Vielmehr hat die Zahl der wöchentlich anfallenden Überstunden gerade geschwankt. Das hat zur Folge, daß auch die Regelung der Nr. 6 ADO zu § 18 TO.B auf den Kläger keine Anwendung findet.

Das Ergebnis ist somit, daß der Fall des Klägers in der ADO zur TO.B nicht geregelt ist. Es wäre jedoch falsch, hieraus den Schluß zu ziehen, daß deshalb die Klage unbegründet wäre, weil sie durch die Dienstordnung keine Anspruchsgrundlage erhalte. Vielmehr folgt gerade aus dem Fehlen einer Regelung in einem Falle wie dem des Klägers, daß die Vorschriften der Dienstordnung ganz außer Betracht zu lassen sind und daß es deshalb bei der ursprünglichen Regelung der TO.B verbleiben müßte, wenn der Anspruch des Klägers nicht schon nach dem Gesetz begründet wäre. Keinesfalls kann man sagen, daß die den Anspruch begründenden Vorschriften des Gesetzes oder der TO.B durch Dienstordnungen außer Kraft gesetzt seien. Das gilt auch für die auf Grund des AOGÜ erlassenen Besonderen Dienstordnungen und hier insbesondere für die DOW. Selbst wenn es die Absicht des Dienstordnungsgebers gewesen wäre, den Anspruch auf Urlaubsvergütung einzuschränken, käme sie nicht in Betracht. Denn Dienstordnungen gehen Tarifvorschriften im Range nach, und sie können die den Arbeitnehmern tariflich eingeräumten Rechte nicht einschränken.

Schließlich beruft sich die Revision auch zu Unrecht darauf, der Kläger habe auf die Pauschalierung verzichtet, seine Klageforderung verstoße deshalb gegen Treu und Glauben und sei verwirkt. Nach dem Vortrag der Beklagten hat der Kläger gebeten, von der Pauschalierung abzusehen. Darauf kommt es aber, da die Pauschalierung Pflicht der Behörde auf Grund ihrer eigenen Dienstordnung war, nicht an. Auch wäre ein "Verzicht" des Klägers auf Ansprüche, die sich aus Bestimmungen der Tarif- oder Dienstordnungen ergeben, rechtlich nicht unbedenklich. Da im Schuldrecht ein Verzicht nicht möglich ist, käme übrigens nur ein Erlaßvertrag in

Frage. Ein solcher kann aber für Ansprüche, die sich aus Schutzgesetzen oder aus tarifordnungsmäßigen Mindestbestimmungen ergeben, grundsätzlich nicht wirksam abgeschlossen werden (Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, 6. Aufl., Bd. II S. 441 Anm. 21; Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, 4. Aufl., S. 494; Dersch, Urlaubsgesetz, S. 88). Hier handelt es sich um solche unabdingbaren Ansprüche des Arbeitnehmers. Darauf, ob ein Erlaßvertrag nach Ausscheiden des Arbeitnehmers zulässig ist, kommt es nicht an. Dieser Fall liegt unstreitig hier nicht vor. Aber selbst ein Erlaßvertrag für die vorhergehende Zeit ist nicht schlüssig behauptet worden. Ein solcher müßte ganz klar sein. Insoweit fehlt es an ausreichendem Vorbringen der Beklagten. Einer abschließenden Entscheidung über die Wirksamkeit eines solchen Vertrages bedarf es somit nicht, da es schon an ausreichendem tatsächlichem Vortrag der Beklagten hierzu fehlt.

gez. Nipperdey

Dr. Boldt

Wichmann

Wieland

Hirschmann



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)