

Aktenzeichen: 9 AZR 52/09
Bundesarbeitsgericht 9. Senat

Urteil vom 23. Februar 2010
- 9 AZR 52/09 -

I. Arbeitsgericht
München

Urteil vom 15. Februar 2008
- 2a Ca 12208/07 -

II. Landesarbeitsgericht
München

Urteil vom 11. November 2008
- 8 Sa 318/08 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Urlaubsentgelt - Arbeitszeitänderung - unstete Entgeltbestandteile

Gesetze:

BUrlG §§ 1, 11 Abs. 1, § 13 Abs. 1; TVöD idF vom 1. August 2006 §§ 21, 24, 26

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 52/09
8 Sa 318/08
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. Februar 2010

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

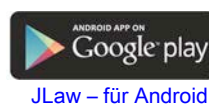
pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 23. Februar 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell, den Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer, die Richterin am



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



Bundesarbeitsgericht Gallner sowie den ehrenamtliche Richter Furche und die ehrenamtliche Richterin Pielenz für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 11. November 2008 - 8 Sa 318/08 - teilweise aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 15. Februar 2008 - 2a Ca 12208/07 - teilweise abgeändert und die Beklagte verurteilt, an den Kläger 137,12 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf einen Betrag in Höhe von 85,32 Euro seit dem 1. Februar 2007 und auf einen Betrag in Höhe von 51,80 Euro seit dem 1. April 2007 zu zahlen.

Die weitergehende Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

Die Revision des Klägers wird im Übrigen zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der ersten Instanz zu 76,36 % und die Beklagte zu 23,64 % zu tragen.

Der Kläger hat die Kosten der zweiten Instanz zu 73,47 % und die Beklagte zu 26,53 % zu tragen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu 12,53 % und die Beklagte zu 87,47 % zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Berechnung des Urlaubsentgelts. 1

Der Kläger ist bei der Beklagten, die den Flughafen München betreibt, 2
seit Oktober 1977 als Arbeiter im Bodenverkehrsdienst in Teilzeit beschäftigt.
Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung seit dem 1. Oktober 2005 der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (*im*



Folgenden: TVöD) vom 13. September 2005 in der Fassung vom 1. August 2006 Anwendung.

Die Arbeitnehmer im Bodenverkehrsdienst der Beklagten arbeiten im Schichtbetrieb. Es findet jährlich zweimalig ein Flugplanwechsel statt. Dabei können sich die Schichten und damit die wöchentlichen Arbeitszeiten verändern. Die Schichten „vergift“ die Beklagte vorbehaltlich der Zustimmung des Betriebsrats an die Arbeitnehmer nach dem Senioritätsprinzip. Die Wochenarbeitszeit des Klägers betrug bis zum 31. Oktober 2006 durchschnittlich 22,5 Stunden. In der schriftlichen Arbeitszeitvereinbarung vom 20. Oktober 2006 vereinbarten die Parteien für die Zeit vom 1. November 2006 bis 31. Dezember 2006 eine wöchentliche Arbeitszeit von durchschnittlich 19 Stunden und in der schriftlichen Arbeitszeitvereinbarung vom 11. Dezember 2006 für die Zeit vom 1. Januar 2007 bis 30. April 2007 eine wöchentliche Arbeitszeit von durchschnittlich 17,5 Stunden.

Der Kläger befand sich in den Monaten November 2006 und Januar 2007 jeweils vier Tage im Urlaub. Bei der Bemessung des Urlaubsentgelts berücksichtigte die Beklagte keine unsteten Entgeltbestandteile iSv. § 21 Satz 2 TVöD.

Der Kläger bat die Beklagte mit Schreiben vom 21. Mai 2007 unter Hinweis auf den im November 2006 und Januar 2007 genommenen Urlaub um Überprüfung und gegebenenfalls Auszahlung der noch ausstehenden Entgeltbestandteile, die nicht in Monatsbeträgen festgelegt seien. Die Beklagte lehnte dies mit Schreiben vom 1. Juni 2007 ab.

§ 21 TVöD in der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung lautet:

„§ 21

Bemessungsgrundlage für die Entgeltfortzahlung

In den Fällen der Entgeltfortzahlung nach § 6 Abs. 3 Satz 1, § 22 Abs. 1, § 26, § 27 und § 29 werden das Tabellenentgelt sowie die sonstigen in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile weitergezahlt. Die nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile werden als Durchschnitt auf Basis der dem maßgebenden Ereignis für die Entgeltfortzahlung vorhergehenden letzten drei vollen Kalendermonate (Berechnungszeitraum) gezahlt. Ausge-



nommen hiervon sind das zusätzlich für Überstunden gezahlte Entgelt (mit Ausnahme der im Dienstplan vorgesehenen Überstunden), Leistungsentgelte, Jahressonderzahlungen sowie besondere Zahlungen nach § 23.

Protokollerklärungen zu den Sätzen 2 und 3:

1. Volle Kalendermonate im Sinne der Durchschnittsberechnung nach Satz 2 sind Kalendermonate, in denen an allen Kalendertagen das Arbeitsverhältnis bestanden hat. Hat das Arbeitsverhältnis weniger als drei Kalendermonate bestanden, sind die vollen Kalendermonate, in denen das Arbeitsverhältnis bestanden hat, zugrunde zu legen. Bei Änderungen der individuellen Arbeitszeit werden die nach der Arbeitszeitänderung liegenden vollen Kalendermonate zugrunde gelegt.
2. Der Tagesdurchschnitt nach Satz 2 beträgt bei einer durchschnittlichen Verteilung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit auf fünf Tage $1/65$ aus der Summe der zu berücksichtigenden Entgeltbestandteile, die für den Berechnungszeitraum zugestanden haben. Maßgebend ist die Verteilung der Arbeitszeit zu Beginn des Berechnungszeitraums. Bei einer abweichenden Verteilung der Arbeitszeit ist der Tagesdurchschnitt entsprechend Satz 1 und 2 zu ermitteln. Sofern während des Berechnungszeitraums bereits Fortzahlungstatbestände vorlagen, bleiben die in diesem Zusammenhang auf Basis der Tagesdurchschnitte zustehenden Beträge bei der Ermittlung des Durchschnitts nach Satz 2 unberücksichtigt.
3. Tritt die Fortzahlung des Entgelts nach einer allgemeinen Entgeltanpassung ein, ist die/der Beschäftigte so zu stellen, als sei die Entgeltanpassung bereits mit Beginn des Berechnungszeitraums eingetreten.“

Der Kläger ist der Ansicht, ihm stünden nach § 21 TVöD auch für den im November 2006 und im Januar 2007 genommenen Urlaub unstete Entgeltbestandteile zu. Die Protokollerklärung Nr. 1 Satz 3 zu den Sätzen 2 und 3 bedeute nicht, dass als Referenzzeitraum sozusagen „null Monate“ zugrunde zu legen seien, wenn zwischen der Arbeitszeitänderung und dem Urlaub kein voller Monat liege.

7



Mit seiner der Beklagten am 12. September 2007 zugestellten Klage hat der Kläger die Feststellung begehrt, dass die Beklagte verpflichtet ist, bei der Berechnung des Durchschnittslohns gemäß § 21 TVöD die letzten drei Monate als Berechnungsgrundlage heranzuziehen, unabhängig davon, ob sich die Monatsarbeitszeit des Klägers in diesem Zeitpunkt ändert. Zuletzt verlangt er nach teilweiser Rücknahme seines ursprünglichen Zahlungsantrags in Höhe von 220,04 Euro brutto nur noch Zahlung von insgesamt 156,76 Euro brutto (*für November 2006 85,32 Euro brutto und für Januar 2007 71,44 Euro brutto*). Den Feststellungsantrag hat er in der Berufungsinstanz zurückgenommen.

8

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

9

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 156,76 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Klageerhebung zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

10

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die durch das Arbeitsgericht zugelassene Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen zuletzt gestellten Zahlungsantrag weiter und begehrt nunmehr Zinsen aus 85,32 Euro brutto seit dem 1. Dezember 2006 und aus 71,44 Euro brutto seit dem 1. Februar 2007.

11

Entscheidungsgründe

A. Die Revision des Klägers ist bis auf einen Teil der Zinsforderung begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte für den im November 2006 und im Januar 2007 genommenen Urlaub Anspruch auf Zahlung eines Urlaubsentgelts, welches auch die nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile umfasst. Daraus errechnet sich ein von der Beklagten noch zu zahlender Betrag in Höhe von insgesamt 137,12 Euro brutto.

12



- I. Der Kläger hat gegen die Beklagte nach § 26 Abs. 1 Satz 1, § 21 Satz 2 TVöD Anspruch auf Zahlung eines restlichen Entgelts für die vier im November 2006 genommenen Urlaubstage in Höhe von 85,32 Euro brutto. Für die vier im Januar 2007 genommenen Urlaubstage besteht der Anspruch gemäß § 26 Abs. 1 Satz 1, § 21 Satz 2 TVöD iVm. der Protokollerklärung Nr. 1 Satz 3 zu den Sätzen 2 und 3 in Höhe von 51,80 Euro brutto. 13
1. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung der TVöD Anwendung. 14
2. Der Kläger hat nach § 26 Abs. 1 Satz 1 TVöD gegen die Beklagte Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts während der Freistellung von der Arbeit zu Erholungszwecken an jeweils vier Tagen im November 2006 und Januar 2007. Gemäß § 21 Satz 1 TVöD werden ua. im Fall des erteilten Erholungsurlaubs das Tabellenentgelt sowie die sonstigen in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile weitergezahlt. Die Zahlung dieser Vergütungsbestandteile ist vorliegend nicht Streitgegenstand, sondern die Berücksichtigung der nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile nach § 21 Satz 2 TVöD. Diese werden als Durchschnitt auf Basis der dem maßgebenden Ereignis für die Entgeltfortzahlung vorhergehenden letzten drei vollen Kalendermonate (*Berechnungszeitraum*) gezahlt. 15
3. Hinsichtlich dieser nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile gilt nach § 21 Satz 2 TVöD zwar auch das in § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG normierte Referenzprinzip, allerdings wird der Referenzzeitraum abweichend von § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG auf die letzten drei vollen Kalendermonate vor dem Urlaubsbeginn festgelegt. Diese Abweichung von § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG ist nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG zulässig. Die Tarifvertragsparteien können den Referenzzeitraum verlängern oder verkürzen und auch auf abgerechnete Monate zurückgreifen (*vgl. Senat 15. Dezember 2009 - 9 AZR 887/08 - Rn. 15; 3. Dezember 2002 - 9 AZR 535/01 - zu I 2 c bb der Gründe, BAGE 104, 65*). 16



4. Nach der Protokollerklärung Nr. 1 Satz 3 zu den Sätzen 2 und 3 ver- 17
kürzt sich der in § 21 Satz 2 TVöD genannte Berechnungszeitraum, wenn
zwischen einer Änderung der individuellen Arbeitszeit und dem maßgebenden
Ereignis weniger als drei volle Kalendermonate liegen. Dann werden für die
Durchschnittsberechnung lediglich die nicht in Monatsbeträgen festgelegten
Entgeltbestandteile berücksichtigt, die der Arbeitnehmer in einem oder zwei
vollen Kalendermonaten erzielt hat, wobei es maßgebend auf die vollen
Kalendermonate nach der Arbeitszeitänderung ankommt. Die Protokoll-
erklärung Nr. 1 Satz 3 zu den Sätzen 2 und 3 regelt aber nicht den Fall, dass
zwischen der Änderung der individuellen Arbeitszeit und dem Urlaubsbeginn
kein voller Kalendermonat liegt. Insoweit verbleibt es für die Entgeltfortzahlung
im Erholungsurlaub bei der in § 21 Satz 2 TVöD genannten Grundregel.
- a) Für die vier im Januar 2007 genommenen Urlaubstage besteht durch 18
die tariflich gebotene Berücksichtigung unsteter Entgeltbestandteile ein weiterer
Entgeltanspruch in Höhe von 51,80 Euro brutto.
- aa) Bei der Ermittlung des Tagesdurchschnitts der nicht in Monatsbeträgen 19
festgelegten Entgeltbestandteile für die im Januar 2007 genommenen vier
Urlaubstage ist zu berücksichtigen, dass die Parteien eine vertragliche Verein-
barung über die Änderung der individuellen Arbeitszeit des Klägers mit Wirkung
zum 1. November 2006 getroffen hatten. Insoweit ist die Protokollerklärung
Nr. 1 Satz 3 zu den Sätzen 2 und 3 einschlägig. Danach werden bei
Änderungen der individuellen Arbeitszeit nur die nach der Arbeitszeitänderung
liegenden vollen Monate zugrunde gelegt. Dies führt dazu, dass nur die Monate
November und Dezember 2006 den tariflichen Referenzzeitraum bilden.
- bb) In diesen beiden Monaten sind Ansprüche auf unstete Entgeltbestand- 20
teile in Höhe von insgesamt 280,53 Euro brutto (*68,85 Euro für den Monat
November 2006 und 211,68 Euro brutto für den Monat Dezember 2006*) ent-
standen. Bei der Bestimmung des Faktors ist zu berücksichtigen, dass der
Referenzzeitraum nur zwei Monate umfasst. Er ist daher - unter Zugrunde-
legung der von der Beklagten herangezogenen „2,5 Tage-Woche“ - auf 1/21,67
(*2/3 des Faktors 1/32,5*) zu errechnen. Dies ergibt einen Tagesdurchschnitt von



12,95 Euro brutto pro Tag ($280,53 \text{ Euro} \times 1/21,67$) und für vier Urlaubstage demnach einen Betrag von 51,80 Euro brutto.

b) Für die vier im November 2006 gewährten Urlaubstage besteht ein weiterer Entgeltanspruch in Höhe von 85,32 Euro brutto gemäß § 26 Abs. 1 Satz 1, § 21 Satz 2 TVöD, obwohl zwischen der Arbeitszeitänderung mit Wirkung zum 1. November 2006 und Urlaubsbeginn im November 2006 (*maßgebendes Ereignis*) weniger als ein voller Kalendermonat lag. 21

aa) Die Protokollerklärung Nr. 1 Satz 3 zu den Sätzen 2 und 3 schließt den Anspruch entgegen der Auffassung der Beklagten nicht aus. Sie bestimmt nicht, dass in dem Fall, in dem zwischen einer Arbeitszeitänderung und dem Urlaubsbeginn weniger als ein voller Kalendermonat liegt, für die Urlaubszeit eine Entgeltfortzahlung ohne Berücksichtigung von nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteilen zu leisten ist (*so auch Hamer in Görg/Guth/Hamer/Pieper TVöD § 21 Rn. 5; auch Döring in Döring/Kutzki TVöD-Kommentar § 21 Rn. 22, der allerdings für eine Hochrechnung ist und die Anwendung des § 21 Satz 2 TVöD ablehnt; aA zB Dassau/Wiesend-Rothbrust TVöD 5. Aufl. § 21 TVöD Rn. 21; Clausen in Burger TVöD/TV-L § 21 Rn. 16, 18; Breier/Dassau/Kiefer/Lang/Langenbrinck TVöD Stand Februar 2010 § 21 Rn. 26 f.; wohl auch Fritz in Sponer/Steinherr Stand Februar 2010 § 21 Rn. 27; Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese TVöD Stand Januar 2010 § 21 Rn. 19*). 22

(1) Vom Wortlaut der Protokollerklärung Nr. 1 Satz 3 zu den Sätzen 2 und 3 ist der Sachverhalt, dass zwischen einer Arbeitszeitänderung und dem maßgebenden Ereignis für die Entgeltfortzahlung weniger als ein voller Kalendermonat liegt, schon nicht erfasst (*vgl. für Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall: BAG 20. Januar 2010 - 5 AZR 53/09 - Rn. 16, NZA 2010, 455*). In der Protokollerklärung Nr. 1 Satz 3 zu den Sätzen 2 und 3 wird bereits nach der Wortwahl ausschließlich für die Fälle, in denen nach einer Arbeitszeitänderung überhaupt volle Kalendermonate vor Eintritt des Ereignisses liegen, festgelegt, dass diese vollen Kalendermonate den maßgebenden Zeitraum für die Berechnung des Durchschnitts darstellen. Dort ist dagegen nicht formuliert, dass in dem Fall, in dem kein voller Kalendermonat zwischen Arbeitszeitänderung und dem Ereignis 23



für die Entgeltfortzahlung liegt, ein Anspruch auf im Durchschnitt errechnete nicht in Monatsbeträgen festgelegte Entgeltbestandteile entfallen soll.

(2) Auch nach der Systematik der tariflichen Regelung kann nicht angenommen werden, dass es sich bei der Protokollerklärung Nr. 1 Satz 3 zu den Sätzen 2 und 3 um eine abschließende Regelung für alle Fälle handelt, in denen es zu einer individuellen Arbeitszeitänderung kam. 24

Die Grundregel für die Bemessung der nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile ist in § 21 Satz 2 TVöD enthalten. Vom Wortlaut dieser Grundregel sind auch die Sachverhalte erfasst, in denen zwischen einer Arbeitszeitänderung und dem Urlaubsbeginn weniger als ein voller Kalendermonat lag. Denn nach § 21 Satz 2 TVöD sind allein die drei vor dem Urlaubsbeginn liegenden vollen Kalendermonate für die Durchschnittsberechnung maßgebend. In der Protokollerklärung Nr. 1 Satz 3 zu den Sätzen 2 und 3 werden nur für die dort explizit genannten Konstellationen Modifizierungen für die Bestimmung des Berechnungszeitraums vorgenommen. In einem Fall wie dem vorliegenden ist die Berechnung des fortzuzahlenden Tagesdurchschnitts nach der in § 21 Satz 2 TVöD bestimmten Grundregel vorzunehmen, also entscheidend auf die letzten drei vor dem Urlaubsbeginn liegenden vollen Kalendermonate abzustellen. Nur wenn entsprechend der Protokollerklärung Nr. 1 Satz 3 zu den Sätzen 2 und 3 innerhalb dieser letzten drei vollen Kalendermonate ebenfalls die individuelle Arbeitszeit geändert wurde und zwischen dieser Arbeitszeitänderung und dem Urlaubsbeginn mindestens ein voller Kalendermonat lag, wird tariflich von dieser Grundregel abgewichen. 25

(3) Zudem ist im Zweifel nicht davon auszugehen, dass die Tarifvertragsparteien den ihnen nach § 13 Abs. 1 BUrlG zustehenden Gestaltungsspielraum rechtswidrig überschreiten wollten. 26

Nach § 13 Abs. 1 BUrlG können die Tarifvertragsparteien zwar von den Bestimmungen des BUrlG auch zuungunsten der Arbeitnehmer abweichen. Ausgenommen sind aber §§ 1, 2 und § 3 Abs. 1 BUrlG. Dieses Verbot kann auch nicht durch einen mittelbaren Eingriff in die unabdingbaren Bestimmungen umgangen werden. § 1 BUrlG gewährt jedem Arbeitnehmer in jedem Kalender- 27



jahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. „Bezahlt“ ist der Erholungsurlaub, wenn der den Arbeitnehmern zustehende Lohnanspruch trotz Nichtleistung der Arbeit während des Urlaubs unberührt bleibt. Schon aus § 1 BUrlG ergibt sich die Pflicht, die Vergütung während des Urlaubs weiterzuzahlen. Tarifverträge dürfen aber durch eine von § 11 BUrlG abweichende Berechnung der weiterzuzahlenden Vergütung nicht die in § 1 BUrlG bestehende Entgeltfortzahlungspflicht mindern. Die Tarifvertragsparteien sind damit zwar frei, jede ihnen als angemessen erscheinende Berechnungsmethode für das während des Urlaubs fortzuzahlende Entgelt zu vereinbaren. Die Methode muss aber geeignet sein, ein Urlaubsentgelt sicherzustellen, wie es der Arbeitnehmer bei Weiterarbeit ohne Freistellung voraussichtlich hätte erwarten können. Diese Befugnis wird durch Berechnungsvorschriften überschritten, die zielgerichtet zum Zweck der Kürzung des Entgelts solche Bestandteile aus der Berechnung herausnehmen, die ohne die urlaubsbedingte Freistellung von der Tätigkeit anfallen können. Das gilt sowohl für die Vergütung solcher Stunden, die voraussichtlich angefallen wären (*Senat 22. Februar 2000 - 9 AZR 107/99 - zu I 4 b der Gründe, BAGE 93, 376*), als auch für die Zuschläge für die Lage der Arbeitszeit, soweit damit nicht die Abgeltung eines besonderen Aufwands verbunden ist (*Senat 22. Januar 2002 - 9 AZR 601/00 - zu A II 2 a der Gründe, BAGE 100, 189*).

(4) Es kann dahinstehen, ob die hier vorgenommene Auslegung einer Entscheidung des Achten Senats entgegensteht. Dieser hat zur Auslegung des § 47 BAT angenommen, der Berechnungszeitraum für den Aufschlag zur Urlaubsvergütung beziehe nur die vollen Kalendermonate nach der Änderung der Arbeitszeit und vor dem Beginn des Urlaubs ein (*BAG 13. Juni 1991 - 8 AZR 330/90 - zu 3 der Gründe, EzBAT BAT § 47 Urlaubsvergütung Nr. 13*). Der zur Entscheidung über Urlaubsfragen nunmehr allein zuständige Neunte Senat hält diese zu § 47 BAT vorgenommene Auslegung für § 21 TVöD jedenfalls nicht mehr aufrecht.

bb) Nach § 21 Satz 2 TVöD in Verbindung mit der Protokollerklärung Nr. 2 Satz 3 zu den Sätzen 2 und 3 sind für die vier Urlaubstage im November 2006

28

29



die nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile als Durchschnitt auf der Basis der Monate August, September und Oktober 2006 zu errechnen.

(1) Maßgeblich ist, in welcher Höhe die Ansprüche auf die unsteten Entgeltbestandteile in dem Referenzzeitraum entstanden sind. Es kommt dagegen nicht auf die in dem Referenzzeitraum fälligen Entgeltbestandteile an (*vgl. zu den unterschiedlichen Auffassungen des BMI und der VKA Breier/Dassau/Kiefer/Lang/Langenbrinck § 21 TVöD Rn. 15 ff.*). Dies folgt aus der Protokoll-erklärung Nr. 2 Satz 1 zu den Sätzen 2 und 3. Danach ist der Tagesdurchschnitt aus der Summe der zu berücksichtigenden Entgeltbestandteile, „die für den Berechnungszeitraum zugestanden haben“, zu errechnen. Die Präposition „für“ verdeutlicht, dass entscheidend ist, ob die Entgeltbestandteile während des Berechnungszeitraums entstanden sind. Hätten die Tarifvertragsparteien auf den Fälligkeitszeitpunkt abstellen wollen, hätten sie die Formulierung „die in dem Berechnungszeitraum zugestanden haben“ wählen müssen.

30

(2) Eine andere Auslegung würde gerade in den in der Protokollerklärung Nr. 1 zu den Sätzen 2 und 3 genannten Fällen zu nicht nachvollziehbaren Ergebnissen führen. Bestände das Arbeitsverhältnis weniger als drei volle Kalendermonate, könnten bei einer anderen Auslegung niemals unstete Entgeltbestandteile berücksichtigt werden. Denn die in dem ersten und in dem zweiten vollen Kalendermonat entstandenen Ansprüche auf unstete Entgeltbestandteile würden gemäß § 24 Abs. 1 Satz 3 TVöD erst zum Ende des dritten bzw. vierten Kalendermonats fällig werden. In den Fällen der Arbeitszeitänderung nach der Protokollerklärung Nr. 1 Satz 3 zu den Sätzen 2 und 3 würden ausschließlich die Entgeltbestandteile zu berücksichtigen sein, die vor der Arbeitszeitänderung entstanden waren. Durch § 24 Abs. 1 Satz 3 TVöD wird nur sichergestellt, dass der Tagesdurchschnitt nach § 21 TVöD nicht vor den im Berechnungszeitraum entstehenden Entgeltbestandteilen fällig wird.

31

(3) Demnach hat der Kläger zutreffend für die Errechnung des Tagesdurchschnitts das Entgelt zugrunde gelegt, welches für die unsteten Entgeltbestandteile in den Monaten August, September und Oktober 2006 entstanden war. Da der Kläger an drei Tagen in der Woche arbeitet, ist der von der Be-

32



klagten gewählte Faktor $1/32,5$ ($2,5 \text{ Arbeitstage} \times 13 \text{ Wochen}$) nicht zu be-
anstanden. Die Summe der im Berechnungszeitraum entstandenen nicht in
Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile belief sich auf 693,09 Euro,
so dass sich pro Urlaubstag im November 2006 ein Betrag von 21,33 Euro
ergibt.

II. Der Kläger hat seine Ansprüche innerhalb der Ausschlussfrist des § 37 33
Abs. 1 TVöD mit Schreiben vom 21. Mai 2007 geltend gemacht.

III. Der geltend gemachte Zinsanspruch ist nur zum Teil begründet. 34

1. Der Kläger hat erstmals in der Revisionsinstanz Zinsen nicht erst ab 35
Rechtshängigkeit, sondern aus 85,32 Euro brutto seit dem 1. Dezember 2006
und aus 71,44 Euro brutto seit dem 1. Februar 2007 verlangt. Diese Er-
weiterung der Zinsforderung ist auch noch in der Revisionsinstanz zulässig.
Zwar sind Klageänderungen und -erweiterungen in der Revisionsinstanz grund-
sätzlich nicht möglich. Der Schluss der Berufungsverhandlung bildet nicht nur
bezüglich des tatsächlichen Vorbringens, sondern auch bezüglich der Anträge
der Parteien die Urteilsgrundlage für das Revisionsgericht. Antragsänderungen
können aber aus prozessökonomischen Gründen dann zugelassen werden,
wenn es sich dabei um Fälle des § 264 Nr. 2 ZPO handelt und der neue Sach-
antrag sich auf den in der Berufungsinstanz festgestellten Sachverhalt und auf
den unstreitigen Parteivortrag stützt (vgl. BAG 27. Januar 2004 - 1 AZR
105/03 - zu III der Gründe mwN, AP ArbGG 1979 § 64 Nr. 35). Hier handelt es
sich um einen Fall des § 264 Nr. 2 ZPO, denn der Klageantrag ist lediglich in
Bezug auf die Nebenforderungen erweitert worden, ohne dass sich der Klage-
grund änderte. Der Sachverhalt für die Prüfung des Zinsanspruchs ist auch
festgestellt.

2. Der Zinsanspruch ist nur teilweise begründet. Der Kläger kann aus dem 36
Gesichtspunkt des Schuldnerverzugs gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 1, § 288 Abs. 1,
§ 187 Abs. 1 BGB Zinsen für die restliche Urlaubsvergütung in Höhe von
85,32 Euro brutto für November 2006 erst ab dem 1. Februar 2007 und für die
restliche Urlaubsvergütung für Januar 2007 in Höhe von 51,80 Euro brutto erst



ab dem 1. April 2007 beanspruchen. Denn der Tagesdurchschnitt nach § 21 TVöD ist erst am Zahltag des zweiten Kalendermonats, der auf ihre Entstehung folgt, fällig (§ 24 Abs. 1 Satz 3 TVöD).

B. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1, § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO. 37

Düwell

Gallner

Krasshöfer

Furche

Pielenz

