

Bundesarbeitsgericht 9. Senat

Urteil vom 15. März 2011
- 9 AZR 799/09 -

I. Arbeitsgericht Emden

Urteil vom 19. Februar 2009
- 2 Ca 475/08 -

II. Landesarbeitsgericht Niedersachsen

Urteil vom 28. Oktober 2009
- 11 Sa 412/09 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Urlaub - Schichtbetrieb - betriebliche Übung

Gesetze:

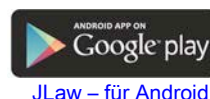
BGB §§ 125, 126, 249, 280 Abs. 1, § 286 Abs. 1, § 287, § 307 Abs. 1 und Abs. 3, § 310 Abs. 4; TVöD §§ 2, 26; TVöD - Besonderer Teil Verwaltung - (TVöD-BT-V [Bund]) § 46 Nr. 4; Protokollnotiz zu Nr. 7 Abs. 3 Satz 1 der SR 2a zum MTArb für den Bereich des Bundesministeriums der Verteidigung; Manteltarifvertrag für Arbeiterinnen und Arbeiter des Bundes und der Länder §§ 4, 48

Leitsätze:

§ 26 Abs. 1 TVöD gewährleistet bei jährlich 30 Arbeitstagen Urlaub eine zusammenhängende Urlaubsdauer von sechs Wochen in der Fünf-Tage-Woche. Verteilt sich die Arbeitszeit auf mehr oder weniger Tage, ist die Anzahl der Urlaubstage mit dem Ziel einer gleichwertigen Urlaubsdauer durch „Umrechnung“ zu ermitteln. Die Anzahl der Urlaubstage erhöht oder vermindert sich nach § 26 Abs. 1 Satz 4 TVöD entsprechend.



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



BUNDEsarBEITSGERICHT



9 AZR 799/09
11 Sa 412/09
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
15. März 2011

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 15. März 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Düwell, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer und



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Dr. Suckow sowie die ehrenamtlichen Richter Faltyn und Kranzusch für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 28. Oktober 2009 - 11 Sa 412/09 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Der Kläger verlangt zuletzt noch die Gewährung von weiteren acht 1
Arbeitstagen tariflichen Erholungsurlaub aus dem Jahr 2008.

Der über 40 Jahre alte Kläger ist seit dem 1. Dezember 1986 bei der 2
Beklagten beschäftigt, zuletzt als Wachschichtführer in W. Nach § 2 des Arbeitsvertrags vom 1. Dezember 1986 bestimmt sich das Arbeitsverhältnis nach dem Manteltarifvertrag für Arbeiter des Bundes (*MTB II*) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Arbeitgeber geltenden Fassung.

Der Kläger erbringt seine Arbeitsleistung im ständigen Schichtbetrieb. 3
Schichtbeginn ist jeweils um 8:00 Uhr, Schichtende am folgenden Tag ebenfalls um 8:00 Uhr. Dann folgen 24 Stunden Ruhe. Die nächste Schicht beginnt dementsprechend wieder um 8:00 Uhr am Morgen des Folgetags und dauert wieder 24 Stunden. Die Beklagte berechnet den dem Kläger zustehenden Erholungsurlaub in Schichten. Zumindest bis 2005 gewährte sie ihm jeweils 21 Schichten Erholungsurlaub im Jahr. Die jährlich 36 Freischichten des Klägers berücksichtigte sie für die Berechnung des Jahresurlaubsanspruchs wie geleistete Schichten. Dabei folgte sie einem Erlass des Bundesministers der Verteidigung vom 15. Dezember 1971 (-VR IV 5 - Az.: 18-20-50-01/02).



Dort heißt es:

„Im Interesse einer Gleichbehandlung aller im 24-stündigen Schichtdienst beschäftigten Arbeitnehmer wird im Einvernehmen mit dem Bundesminister des Innern und dem Bundesminister für Wirtschaft und Finanzen zugestimmt, dass Freischichten im Sinne der Protokollnotiz zu § 2 Nr. 5 und § 3 Nr. 5 des Neunzehnten Tarifvertrages zur Änderung des BAT vom 7. Februar 1968 bzw. im Sinne der Protokollnotiz zu § 2 Nrn. 5, 7 und 10 und § 3 Nrn. 5, 7 und 10 des Ergänzungstarifvertrages Nr. 9 zum MTB II vom 7. Februar 1968 mit Wirkung vom Beginn des Urlaubsjahres 1971 bei der Verminderung des Urlaubs nach § 48 Abs. 4 Unterabsatz 3 BAT bzw. § 48 Abs. 8 Unterabsatz 3 MTB II außertariflich auch insoweit nicht berücksichtigt werden, als sie im Voraus dienstplanmäßig festgelegt werden.“

In der zuletzt maßgeblichen Protokollnotiz zu Nr. 7 Abs. 3 Satz 1 der SR 2a zum MTArb für den Bereich des Bundesministeriums der Verteidigung hieß es:

„... Die Arbeitszeitverkürzungen ab 1. Januar 1969, 1. Januar 1971, 1. Oktober 1974, 1. April 1989 und 1. April 1990 sollen im Jahresdurchschnitt durch entsprechende Schichteinteilung berücksichtigt werden. Nach der seit 1. April 1990 geltenden regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 38 1/2 Stunden (§ 15) stehen 36 Freischichten für ein Jahr zu.“

Zumindest seit dem Urlaubsjahr 2008 berücksichtigte die Beklagte diese 36 Freischichten bei der Berechnung des Jahresurlaubsanspruchs nicht mehr wie geleistete Arbeitsschichten. Sie errechnete deshalb einen tariflichen Jahresurlaubsanspruch (*Erholungsurlaub*) des Klägers von 17 Schichten.

Die Beklagte gewährte dem Kläger 2008 17 Schichten Erholungsurlaub. Mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 27. Mai 2008 beanstandete der Kläger die Urlaubsberechnung der Beklagten. Er errechnete dort einen jährlichen Anspruch auf Erholungsurlaub von 42 Arbeitstagen.

Die maßgeblichen Vorschriften des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst (*TVöD*) lauten ua.:



„§ 2

Arbeitsvertrag, Nebenabreden, Probezeit

...

- (3) Nebenabreden sind nur wirksam, wenn sie schriftlich vereinbart werden. Sie können gesondert gekündigt werden, soweit dies einzelvertraglich vereinbart ist.

§ 26

Erholungsurlaub

- (1) Beschäftigte haben in jedem Kalenderjahr Anspruch auf Erholungsurlaub unter Fortzahlung des Entgelts (§ 21). Bei Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit auf fünf Tage in der Kalenderwoche beträgt der Urlaubsanspruch in jedem Kalenderjahr

...

nach dem vollendeten 40. Lebensjahr 30 Arbeitstage.

Bei einer anderen Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit als auf fünf Tage in der Woche erhöht oder vermindert sich der Urlaubsanspruch entsprechend. Verbleibt bei der Berechnung des Urlaubs ein Bruchteil, der mindestens einen halben Urlaubstag ergibt, wird er auf einen vollen Urlaubstag aufgerundet; Bruchteile von weniger als einem halben Urlaubstag bleiben unberücksichtigt. “

Für den Bereich des Bundes ist folgende Bestimmung des Tarifvertrags 8
für den öffentlichen Dienst - Besonderer Teil Verwaltung - (im Folgenden:
TVöD-BT-V [Bund]) maßgebend:

„§ 46

Sonderregelungen für die Beschäftigten im Bereich des Bundesministeriums der Verteidigung

- Nr. 4** zu §§ 7, 8 - Sonderformen der Arbeit und Ausgleich
für Sonderformen der Arbeit

...

- (3) Die Arbeitszeitdauer des Feuerwehrpersonals und des Wachpersonals beträgt, wenn in erheblichem Umfang Bereitschaftsdienst vorliegt, 24 Stunden pro



Schicht, ...

“

In § 48 des Manteltarifvertrags für Arbeiterinnen und Arbeiter des Bundes und der Länder (*MTArb*) hieß es noch wie folgt:

9

„§ 48

Erholungsurlaub

- (1) Der Arbeiter hat in jedem Urlaubsjahr Anspruch auf Erholungsurlaub unter Zahlung des Urlaubslohnes. Urlaubsjahr ist das Kalenderjahr.

...

- (8) Arbeitstage sind alle Kalendertage, an denen der Arbeiter dienstplanmäßig oder betriebsüblich zu arbeiten hat oder zu arbeiten hätte, mit Ausnahme der gesetzlichen Feiertage, für die kein Freizeitausgleich gewährt wird. Endet eine Arbeitsschicht nicht an dem Kalendertag, an dem sie begonnen hat, gilt als Arbeitstag der Kalendertag, an dem die Arbeitsschicht begonnen hat.

“

Der Kläger ist der Auffassung, er habe Anspruch auf 21 Schichttage (42 Arbeitstage) Erholungsurlaub. Diese längere Urlaubsdauer ergebe sich zumindest aus betrieblicher Übung. Die Beklagte müsse wie bisher 36 Freischichten entsprechend der Protokollnotiz 2 als geleistete Arbeitsschichten für die Bemessung des jährlichen Urlaubsanspruchs berücksichtigen. Sie gewähre jedoch unter Außerachtlassung der 36 Freischichten nur noch 17 Schichten Erholungsurlaub.

10

Der Kläger hat beantragt,

11

1. die Beklagte zu verurteilen, ihm für das Urlaubsjahr 2008 weitere 18 Urlaubstage zu gewähren,
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm ab dem Urlaubsjahr 2009 35 Urlaubstage pro Jahr zu gewähren;

hilfsweise

1. die Beklagte zu verurteilen, ihm für das Urlaubsjahr 2008 weitere fünf Urlaubstage zu gewähren,



2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm ab dem Urlaubsjahr 2009 weiterhin 24 Urlaubstage zu gewähren.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat gemeint, für die Berechnung des jährlichen Erholungsurlaubs seien nur die tatsächlich zu leistenden 147 Arbeitsschichten zugrunde zu legen. Dies ergebe einen Jahreserholungsurlaubsanspruch von 17 Schichten.

12

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger nach teilweiser Rücknahme der Revision nur noch seinen Anspruch auf Nachgewährung des im Jahr 2008 nicht gewährten Erholungsurlaubs von acht Arbeitstagen zuzüglich Zusatzurlaub weiter.

13

Hinsichtlich des weiteren Tags Zusatzurlaub für Schichtdienst aus 2008 haben die Parteien in der Revisionsverhandlung einen Teilvergleich geschlossen.

14

Entscheidungsgründe

A. Die Revision des Klägers ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf weitere acht Arbeitstage tariflichen Erholungsurlaub aus dem Jahr 2008.

15

I. Als Anspruchsgrundlage für die verlangte Nachgewährung von Tarifurlaub aus 2008 kommen nur § 286 Abs. 1, § 287 Satz 2, § 280 Abs. 1, § 249 BGB in Betracht (*vgl. BAG 16. März 1999 - 9 AZR 428/98 - zu II 2 der Gründe mwN, AP BUrlG § 7 Übertragung Nr. 25 = EzA BUrlG § 7 Nr. 107*). Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet gemäß § 2 ihres Arbeitsvertrags der TVöD als der den MTB II ersetzender Tarifvertrag Anwendung. Ein möglicher Erfüllungsanspruch ist mit dem 31. Dezember 2008, spätestens jedoch zum Ende

16



des Übertragungszeitraums gemäß § 26 Abs. 2 Buchst. a TVöD am 31. Mai 2009 infolge Verfalls erloschen.

II. Die Beklagte befand sich vor Ablauf der Verfallfristen mit den geforderten Urlaubstagen nicht in Verzug; denn der Kläger hatte über die im Jahr 2008 gewährten 17 Urlaubsschichten (34 Arbeitstage) Erholungsurlaub keinen Anspruch auf weiteren Erholungsurlaub. 17

1. Grundsätzlich standen dem Kläger nach § 26 Abs. 1 TVöD für das Jahr 2008 30 Arbeitstage tariflicher Erholungsurlaub zu, da er das 40. Lebensjahr vollendet hatte. Für Arbeitnehmer in Schichtarbeit sind die Urlaubstage in Arbeitstage umzurechnen. Daraus errechnen sich für den Kläger jährlich 34 Arbeitstage Erholungsurlaub. 18

a) Die Notwendigkeit der Umrechnung folgt schon aus dem Wortlaut der Tarifvorschrift. Nach § 26 Abs. 1 TVöD beträgt die Urlaubsdauer für Arbeitnehmer, die wie der Kläger älter als 40 Jahre sind 30 „Arbeitstage“. Da dies der längste tarifliche Urlaubsanspruch ist, muss der Senat nicht prüfen, ob diese tarifliche Staffelung der Urlaubsdauer nach Lebensalter jüngere Arbeitnehmer gemäß § 7 Abs. 1 iVm. § 1 AGG benachteiligt (vgl. *ArbG Wesel 11. August 2010 - 6 Ca 736/10 - zu I 2 b der Gründe*). 19

Arbeitstage sind alle Tage, an denen der Arbeitnehmer zu arbeiten hat. Diese Festlegung entspricht der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Inhalt des Urlaubsanspruchs als einen Anspruch auf Befreiung von der vertraglichen Arbeitspflicht, ohne dass die Pflicht zur Zahlung des Arbeitsentgelts berührt wird. 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. BAG 30. Oktober 2001 - 9 AZR 315/00 - zu II 1 der Gründe). Denn Urlaubsgewährung ist die Befreiung von der Arbeitspflicht für einen bestimmten künftigen Zeitraum (BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 33, BAGE 130, 119). 20

b) Hierfür spricht auch, dass der TVöD keine der Vorgängervorschrift § 48 Abs. 8 Satz 2 MTArb entsprechende Regelung enthält. Danach galt für eine 21



Arbeitsschicht, die nicht an dem Kalendertag endete, an dem sie begonnen hatte, als Arbeitstag der Kalendertag, an dem sie begonnen hatte. Demgegenüber stellt der nun maßgebliche § 26 TVöD für alle Formen der Arbeitszeitverteilung ausschließlich auf Arbeitstage ab.

2. Im Jahr 2008 bestand nur ein Anspruch auf 34 Arbeitstage tariflichen Erholungsurlaub. 22

a) Die in § 26 Abs. 1 TVöD für die Urlaubsdauer bestimmte Zahl von „30 Arbeitstagen“ ist umzurechnen. Sie ist auf die Arbeitnehmer bezogen, die in der Fünf-Tage-Woche arbeiten. Nach der ständigen Senatsrechtsprechung ist dann, wenn die Arbeit abweichend auf weniger oder auf mehr Wochentage verteilt ist, gesondert je nach unterschiedlicher Arbeitspflicht und deren Verteilung die Anzahl der Urlaubstage zu ermitteln, die zur gleichen Dauer eines zusammenhängenden gleichwertigen Urlaubs nötig ist (*sog. Umrechnung, vgl. BAG 30. Oktober 2001 - 9 AZR 315/00 - zu II 2 der Gründe*). Den Tarifvertragsparteien kann nämlich nicht ohne Weiteres der Wille unterstellt werden, eine Regelung zu treffen, nach der die Urlaubsdauer ohne sachlichen Grund für verschiedene Arbeitnehmergruppen unterschiedlich lang sein soll. Davon geht auch § 26 Abs. 1 Satz 4 TVöD aus. Nach dieser Bestimmung erhöht oder vermindert sich ausdrücklich der Urlaubsanspruch entsprechend, soweit die wöchentliche Arbeitszeit auf mehr oder weniger als auf fünf Tage verteilt ist. 23

b) Die hier anzuwendende Tarifvorschrift trifft keine besondere Umrechnungsbestimmung für Schichtarbeit. Deshalb ist nach allgemeinen Grundsätzen umzurechnen. Ist die regelmäßige Arbeitszeit nicht auf eine Kalenderwoche verteilt, muss für die Umrechnung eines nach Arbeitstagen bemessenen Urlaubs auf den längeren Zeitabschnitt abgestellt werden, in dem im Durchschnitt die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit erreicht ist (*so schon BAG 6. Dezember 1994 - 9 AZR 429/93 - zu B I 2 b aa der Gründe*). 24

c) Für die Umrechnung ist grundsätzlich auf Arbeitstage abzustellen. Die Anzahl der Arbeitstage mit Arbeitspflicht ist mit der Anzahl der Urlaubstage ins Verhältnis zu setzen. Die Arbeitszeit des Klägers ist nicht regelmäßig auf 25



jeweils eine Woche bezogen, sondern durch den Schichtrhythmus (24 Stunden Arbeit/24 Stunden Freizeit) anders verteilt. Dieser Schichtrhythmus ist nicht auf eine Woche beschränkt. Für die Berechnung ist deshalb der repräsentative Zeitabschnitt heranzuziehen, in dem die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit im Durchschnitt erreicht wird (vgl. BAG 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). Dabei muss die Berechnungsmethode eine Gleichwertigkeit insbesondere der Urlaubsdauer sicherstellen. Das wird erreicht, wenn jahresbezogen die für den Arbeitnehmer mit abweichender Arbeitszeit maßgebliche Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht mit der Anzahl der in der Fünf-Tage-Woche geltenden Anzahl der Arbeitstage zueinander ins Verhältnis gesetzt wird. Vorliegend ist vom Kalenderjahr auszugehen, weil das Landesarbeitsgericht nur Feststellungen über die Gesamtzahl der vom Kläger jährlich zu leistenden Schichten getroffen hat. Bei Zugrundelegung des Kalenderjahres ist der Senat bei Anwendung zwar grundsätzlich von 52 Wochen und damit 364 Kalender- und 260 Soll-Arbeitstagen ausgegangen (14. Januar 1992 - 9 AZR 148/91 - AP BUrlG § 3 Nr. 5 = EzA BUrlG § 13 Nr. 52), weil die Berechnungsvorschrift für das Urlaubsentgelt in § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG auf 13 Wochen für ein Vierteljahr abstellt (vgl. BAG 20. August 2002 - 9 AZR 261/01 - BAGE 102, 251; Leinemann/Linck Urlaubsrecht 2. Aufl. § 3 BUrlG Rn. 42). Hier ist jedoch das Jahr nach § 191 BGB mit 365 Kalendertagen und für die in der Fünf-Tage-Woche beschäftigten Arbeitnehmer mit 261 Arbeitstagen anzusetzen; denn die Tarifvertragsparteien haben in § 21 TVöD für die Bemessung der Entgeltfortzahlung auf einen anderen Referenzzeitraum als auf die letzten 13 Wochen abgestellt (hierzu vgl. BAG 5. November 2002 - 9 AZR 470/01 - zu B I 3 b bb (2) der Gründe, aaO; 20. August 2002 - 9 AZR 261/01 - zu I 2 a bb der Gründe, aaO).

Die danach maßgebliche Umrechnungsformel lautet:

26

Urlaubstage x Arbeitstage bei abweichender Verteilung
Arbeitstage in der Fünf-Tage-Woche



- d) In diese Formel sind folgende Werte einzusetzen: 27
- aa) Als Dividend: Die „nominell“ im Tarifvertrag festgelegte Anzahl von 28
30 Urlaubstagen. Diese sind mit der vom Kläger im Schichtsystem zu
leistenden Anzahl von 294 Arbeitstagen zu multiziplieren. Denn nach den
Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hatte der Kläger nach den Schicht-
plänen jährlich 147 Arbeitsschichten zu leisten. Das sind bei den kalendertag-
übergreifenden Schichten 294 Arbeitstage im Jahr.
- bb) Als Divisor sind die in der Fünf-Tage-Woche möglichen 261 Arbeitstage 29
einzusetzen.
- cc) Daraus errechnet sich für den Kläger wegen dessen im Vergleich zur 30
Fünf-Tage-Woche erhöhter Anzahl von möglichen Urlaubstagen eine größere
Anzahl von erforderlichen Urlaubstagen, um eine gleichwertige sechswöchige
Urlaubsdauer zu erreichen. Ihm sind dazu 33,79 Arbeitstage, aufgerundet
34 Arbeitstage (*vgl. § 26 Abs. 1 Satz 5 TVöD*), zu gewähren.
3. Entgegen der Auffassung des Klägers sind die im Erlass von 1971 31
angesprochenen und in der Protokollnotiz zum beendeten MTArb angeführten
36 Freischichten nicht zur weiteren Erhöhung der Anzahl der Urlaubstage zu
berücksichtigen.
- a) Freischichttage sind keine Arbeitstage, sondern Wochentage, an denen 32
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 (*BAG 9. September 2003 - 9 AZR
468/02 - zu II 3 b der Gründe, EzA TVG § 4 Chemische Industrie Nr. 6*) und
damit auch den Urlaubsanspruch.
- b) Der Kläger beruft sich auch ohne Erfolg auf betriebliche Übung. Zwar 33
berechnete die Beklagte auf der Grundlage des Erlasses des Bundesministers
der Verteidigung vom 15. Dezember 1971 (*- VR IV 5 - Az.: 18-20-50-01/02*) die
Urlaubsansprüche unter Einbeziehung der 36 Freischichttage als Arbeitstage.
Es kann insoweit dahinstehen, ob das Landesarbeitsgericht zutreffend an-



genommen hat, die vorliegenden Umstände seien nicht geeignet gewesen, einen Vertrauenstatbestand beim Kläger zu begründen, die Beklagte werde ihr Verhalten auch zukünftig beibehalten. Dem Entstehen einer betrieblichen Übung stand schon das Schriftformerfordernis für Nebenabreden nach § 4 Abs. 2 Satz 1 MTArb (*jetzt § 2 Abs. 3 Satz 1 TVöD*) entgegen. Danach sind Nebenabreden nur wirksam, wenn sie schriftlich vereinbart werden. Die Nichtbeachtung der Schriftform führt gemäß § 125 Satz 1 BGB zur Nichtigkeit.

aa) Nach diesen tariflichen Vorschriften sind Nebenabreden nur wirksam, wenn sie schriftlich vereinbart wurden. Es handelt sich dabei um eine gesetzliche Schriftform iSd. § 126 BGB. Ihre Missachtung hat die Unwirksamkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Folge. Deshalb kann die wiederholte Gewährung einer Vergünstigung eine bindende Wirkung grundsätzlich nur dann entfalten, wenn der tariflichen Formvorschrift genügt wird (*vgl. BAG 18. September 2002 - 1 AZR 477/01 - zu I 3 a der Gründe, BAGE 102, 351*). 34

bb) Eine vertragliche Abrede über eine übertarifliche, dem Arbeitnehmer günstigere Berechnung der Urlaubsdauer würde als Nebenabrede in den Anwendungsbereich des § 4 Abs. 2 MTArb und des § 2 Abs. 3 TVöD fallen. Nebenabreden im Sinne dieser Tarifvorschriften sind Vereinbarungen der Parteien des Arbeitsvertrags, die weder die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers noch die Gegenleistung des Arbeitgebers unmittelbar betreffen (*vgl. BAG 9. Dezember 1981 - 4 AZR 312/79 - BAGE 37, 228*). Der gesetzliche Urlaubsanspruch ist keine Gegenleistung des Arbeitgebers für erbrachte oder noch zu erbringende Arbeitsleistungen, sondern eine gesetzlich bedingte Verpflichtung des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis, den Arbeitnehmer für die Dauer des Urlaubs von der Arbeitspflicht zu befreien (*BAG 13. Oktober 2009 - 9 AZR 763/08 - Rn. 15; 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 21, BAGE 130, 119; 7. November 1985 - 6 AZR 62/84 - zu 3 a und b der Gründe, BAGE 50, 112*). Das gilt auch für den tariflichen Mehrurlaub. Nach § 48 Abs. 1 MTArb hatte der Arbeiter in jedem Urlaubsjahr Anspruch auf Erholungsurlaub. Gemäß § 26 Abs. 1 TVöD haben Beschäftigte denselben Anspruch. Eine tatsächliche 35



Arbeitsleistung für den Erwerb des tariflichen Urlaubsanspruchs verlangen diese Tarifvorschriften nicht.

- cc) Das tarifliche Schriftformgebot ist entgegen der Auffassung der Revision nicht gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Es findet weder eine Inhaltskontrolle noch eine Transparenzkontrolle statt. Denn nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB finden die §§ 305 bis 310 BGB auf Tarifverträge keine Anwendung. Auch wenn der betreffende Tarifvertrag kraft einzelvertraglicher Vereinbarung auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung findet, hat eine Inhaltskontrolle nicht zu erfolgen, weil sie gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nur bei einer Abweichung von Rechtsvorschriften stattfindet. Dies gilt jedenfalls dann, wenn wie im vorliegenden Fall die uneingeschränkte Anwendung eines einschlägigen Tarifvertrags vereinbart wurde. § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB gebietet auch keine Transparenzkontrolle, wenn - wie hier - der Arbeitgeber tarifgebunden ist und mittels arbeitsvertraglicher Verweisung der Tarifvertrag Anwendung findet, der für den Arbeitgeber im Übrigen kraft Tarifbindung gilt (*vgl. BAG 13. Juli 2010 - 9 AZR 264/09 - Rn. 50*). 36
- dd) Die Schriftform des § 126 BGB ist nicht gewahrt. Dazu hätten die Parteien die Nebenabrede gemäß § 126 Abs. 2 BGB auf derselben Vertragsurkunde unterzeichnen müssen (*vgl. BAG 10. Februar 2004 - 9 AZR 183/03 - zu A II der Gründe, AP TVG § 1 Vorruhestand Nr. 31*). Hieran fehlt es. 37
- ee) Der Kläger macht nicht geltend, dass die Berufung der Beklagten auf die fehlende Schriftform gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstößt und eine unzulässige Rechtsausübung darstellt. 38
- c) Der Anspruch folgt auch nicht aus dem Erlass vom 15. Dezember 1971 (- VR IV 5 - Az.: 18-20-50-01/02) in Verbindung mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. 39
- aa) Ein Anspruch auf Fortführung der sich aus einem Erlass ergebenden Urlaubsberechnung könnte aus dem arbeitsvertraglichen Gleichbehandlungsgrundsatz folgen. Danach ist es dem Arbeitgeber verwehrt, einzelne oder 40



Gruppen von Arbeitnehmern ohne sachlichen Grund von allgemein begünstigenden Regelungen im Arbeitsverhältnis auszuschließen und schlechter zu stellen. Dieser Grundsatz gebietet, Gleiches gleich und Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln. Er findet nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts uneingeschränkt Anwendung, wenn der Arbeitgeber Leistungen nach einem erkennbaren und generalisierenden Prinzip festlegt. Das ist auch dann der Fall, wenn er ansonsten unverbindliche interne Richtlinien oder Erlasse allgemein anwendet (*BAG 20. März 1997 - 8 AZR 659/95 - zu II 2 c der Gründe*).

bb) Eine solche Gleichbehandlung macht der Kläger nicht geltend. Er behauptet nicht, dass die Beklagte ohne sachliche Gründe ab 2008 für andere Gruppen von Arbeitnehmern auf der Grundlage des Erlasses die von ihm verlangte günstigere Urlaubsberechnung beibehalten habe. 41

B. Der Kläger hat die Kosten seiner erfolglosen Revision nach § 97 Abs. 1 ZPO zu tragen. 42

Düwell

Suckow

Krasshöfer

Faltyn

Kranzusch

