

Aktenzeichen: 9 AZR 844/08
Bundesarbeitsgericht 9. Senat

Urteil vom 17. November 2009
- 9 AZR 844/08 -

I. Arbeitsgericht
Passau

Urteil vom 20. November 2007
- 4 Ca 867/07 -

II. Landesarbeitsgericht
München

Urteil vom 4. Juni 2008
- 10 Sa 20/08 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichwort:

Urlaubsentgelt im Baugewerbe

Gesetze:

EG Art. 234, 249; Richtlinie 2003/88/EG Art. 7; GG Art. 20, 101; BGB §§ 362, 611; BUrlG §§ 1, 3, 11, 13; SGB III § 175; ZPO §§ 561, 563; Urlaubsregelung für die gewerblichen Arbeitnehmer im Baugewerbe in Bayern vom 21. November 1983 idF vom 19. Mai 2006 (Urlaubsregelung) §§ 2, 3, 5, 6

Leitsätze:

1. In §§ 5 und 6 der Urlaubsregelung für die gewerblichen Arbeitnehmer im Baugewerbe in Bayern vom 21. November 1983 idF vom 19. Mai 2006 ist bestimmt, dass sich das Urlaubsentgelt aufgrund von Arbeitsausfällen durch Saison-Kurzarbeit in der Zeit von Dezember bis März verringert. Die Auslegungsfrage, ob Art. 7 Abs. 1 der sog. Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG gewährleistet, dass in diesen Fällen das ungeminderte Entgelt fortzuzahlen ist, begründet keine Pflicht, den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften anzurufen.

2. Eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 234 EG (künftig Art. 267 AEUV) bedarf es nicht, wenn das deutsche Recht eine Richtlinie zwar möglicherweise unzureichend oder fehlerhaft umsetzt, das nationale Recht im Privatrechtsverkehr aber nicht richtlinienkonform ausgelegt oder fortgebildet werden kann.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDEsarBEITSGERICHT



9 AZR 844/08
10 Sa 20/08
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
17. November 2009

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 17. November 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell, den Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner sowie den ehrenamtlichen Richter Ropertz und die ehrenamtliche Richterin Wege für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 4. Juni 2008 - 10 Sa 20/08 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Urlaubsentgelt. 1

Der Kläger war vom 13. November 2006 bis 25. März 2007 als gewerblicher Arbeitnehmer für die Beklagte tätig. Die Beklagte ist ein Bauunternehmen in der Rechtsform einer GmbH mit Sitz in Bayern. Der Kläger erzielte bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden im Jahresdurchschnitt einen Stundenlohn von 16,73 Euro brutto. 2

Die regelmäßige werktägliche Arbeitszeit ausschließlich der Ruhepausen beträgt nach § 3 Nr. 1.2 Satz 1 des für allgemeinverbindlich erklärten Bundesrahmentarifvertrags für das Baugewerbe vom 4. Juli 2002 idF vom 29. Juli 2005 in den Monaten Januar bis März und Dezember 38 Stunden. 3

Auf das Arbeitsverhältnis war die Urlaubsregelung für die gewerblichen Arbeitnehmer im Baugewerbe in Bayern vom 21. November 1983 idF vom 19. Mai 2006 anzuwenden (*Urlaubsregelung*). Diese Fassung trat am 1. Juni 2006 in Kraft und wurde zugleich allgemeinverbindlich. Die Urlaubsregelung lautet auszugsweise: 4

„§ 2

Urlaubsanspruch und Urlaubsdauer

1. Der Arbeitnehmer hat in jedem Kalenderjahr (Urlaubsjahr) Anspruch auf 30 Arbeitstage bezahlten Erholungsurlaub.



4. Die Urlaubsdauer richtet sich nach den in Betrieben des Baugewerbes zurückgelegten Beschäftigungstagen.

...

§ 3

Ermittlung der Urlaubsdauer

1. Bei Urlaubsantritt sind die dem Arbeitnehmer zustehenden vollen Urlaubstage (§ 2) nach Maßgabe der Beschäftigungstage zu ermitteln.
2. Der Arbeitnehmer erwirbt nach jeweils 12 - als Schwerbehinderter nach jeweils 10,3 - Beschäftigungstagen Anspruch auf 1 Tag Urlaub.
3. Beschäftigungstage sind alle Kalendertage des Bestehens von Arbeitsverhältnissen in Betrieben des Baugewerbes während des Urlaubsjahres. Ausgenommen hiervon sind Tage
 - an denen der Arbeitnehmer der Arbeit unentschuldig ferngeblieben ist,
 - unbezahlten Urlaubs, wenn dieser länger als 14 Kalendertage gedauert hat,
 - für die der arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmer weder Arbeitsentgelt noch Krankengeld oder Verletztengeld erhalten hat.

§ 5

Urlaubsvergütung

1. Die Urlaubsvergütung für den Urlaub gemäß § 2 beträgt 14,82 v. H., für Schwerbehinderte im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen 17,29 v. H. des Bruttolohnes.

Die Urlaubsvergütung besteht aus dem Urlaubsentgelt in Höhe von 11,4 v. H. - bei Schwerbehinderten in Höhe von 13,3 v. H. - des Bruttolohnes und dem zusätzlichen Urlaubsgeld.

Das zusätzliche Urlaubsgeld beträgt 30 v. H. des Urlaubsentgeltes. Es kann auf betrieblich gewährtes zusätzliches Urlaubsgeld angerechnet werden.

2. Bruttolohn ist



- a) der für die Berechnung der Lohnsteuer zugrunde zu legende und in die Lohnsteuerkarte oder die Lohnsteuerbescheinigung einzutragende Bruttoarbeitslohn einschließlich der Sachbezüge, die nicht pauschal nach § 40 EStG versteuert werden,

Zum Bruttolohn gehören nicht das 13. Monatseinkommen oder betriebliche Zahlungen mit gleichem Charakter (z. B. Weihnachtsgeld, Jahressonderzahlung), Urlaubsabgeltungen gemäß § 7 und Abfindungen, die für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gezahlt werden.

3. Die Urlaubsvergütung für teilweise geltend gemachten Urlaub wird berechnet, indem die gemäß Ziff. 1 errechnete Urlaubsvergütung durch die Summe der gemäß § 3 ermittelten Urlaubstage geteilt und mit der Zahl der beanspruchten Urlaubstage vervielfacht wird.
4. Die Urlaubsvergütung ist mit dem Anspruch auf den Lohn fällig, bei monatlicher Lohnabrechnung spätestens zur Mitte des Monats, der auf den Monat folgt, für den die Urlaubsvergütung und der Lohn zu zahlen sind.
5. Am Ende des Urlaubsjahres sind Restansprüche auf Urlaubsvergütung in das folgende Kalenderjahr zu übertragen.

§ 6

Ausgleichsbeträge

1. Für jede Ausfallstunde vor dem 1. Januar 2006, für die der Lohnausfall nicht vergütet worden ist, höchstens jedoch für insgesamt 1.200 Ausfallstunden im Urlaubsjahr, ist für die durch
- c) witterungsbedingten Arbeitsausfall in der Zeit vom 1. November bis 31. März,
- d) vorübergehenden Arbeitsausfall infolge von Kurzarbeit
- eintretende Verminderung der Berechnung der Urlaubsvergütung zugrunde liegenden Bruttolohnes ein Ausgleich zu zahlen.



2. Der Ausgleich beträgt einschließlich des zusätzlichen Urlaubsgeldes 1,66 €, höchstens jedoch 64,93 € je Kalenderwoche.“

In der Zeit vom 1. Januar 2007 bis 25. März 2007 war der Betrieb der
Beklagten von einem saisonbedingten Arbeitsausfall betroffen. Der Kläger
bezog währenddessen Saison-Kurzarbeitergeld nach § 175 SGB III.

Die Beklagte gewährte dem Kläger auf dessen eigenen Wunsch vom
20. bis 22. März 2007 drei Tage Urlaub und zahlte ein tägliches Urlaubsentgelt
von 34,10 Euro brutto, insgesamt 102,30 Euro brutto. Sie errechnete das
Urlaubsentgelt unter Berücksichtigung des saisonbedingten Arbeitsausfalls. Die
tarifliche Urlaubsregelung sieht für Zeiten saisonbedingten Arbeitsausfalls seit
Januar 2006 keine Ausgleichsbeträge mehr vor.

Der Kläger machte mit Schreiben seiner Gewerkschaft vom 9. Mai 2007
einen Anspruch auf Urlaubsentgelt für die drei Urlaubstage im März 2007 von
381,44 Euro brutto geltend. Auf diesen Betrag ließ er sich die geleisteten
102,30 Euro anrechnen. Die Beklagte lehnte die Zahlung unter dem 14. Mai
2007 ab.

Der Kläger meint, ihm stehe für die drei Urlaubstage Urlaubsentgelt von
insgesamt 381,44 Euro brutto zu. Der Berechnung seien eine tägliche Arbeits-
zeit von 7,6 Stunden und ein Stundenlohn von 16,73 Euro brutto zugrunde zu
legen. Die Berechnung der Beklagten verstoße gegen Art. 7 Abs. 1 der Richt-
linie 2003/88/EG (*sog. Arbeitszeitrichtlinie, ABl. EG Nr. L 299 vom 18. Novem-
ber 2003 S. 9*). Diese Bestimmung gewährleiste einen Anspruch auf bezahlten
Mindestjahresurlaub von vier Wochen. Die Vorgabe der Arbeitszeitrichtlinie
werde verletzt, wenn das Urlaubsentgelt durch unbezahlte Ausfallzeiten erheb-
lich geschmälert werde. Unabhängig davon, ob das Lohnausfall- oder das Refe-
renzprinzip zugrunde gelegt werde, seien Arbeitnehmer aufgrund der tariflichen
Regelung aus wirtschaftlichen Gründen nicht in der Lage, den Mindesturlaubs-
anspruch zu verwirklichen. Arbeitnehmer dürften nach Art. 7 Abs. 1 der Arbeits-
zeitrichtlinie wirtschaftlich nicht schlechter stehen, als arbeiteten sie. Die Öff-
nungsklausel in § 13 Abs. 2 BUrlG sei richtlinienkonform auszulegen.



Der Kläger hat beantragt,

9

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 279,41 Euro brutto
nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem
Basiszinssatz seit 15. April 2007 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie ist der Ansicht, ihre Berechnung des Urlaubsentgelts entspreche den Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie sowie den gesetzlichen und tariflichen Regelungen. Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie sei im Hinblick auf das Urlaubsentgelt durch §§ 1 und 11 BUrlG in innerstaatliches Recht umgesetzt worden. Die tarifliche Urlaubsregelung sei schon durch die allgemeine Öffnungsklausel in § 13 Abs. 1 BUrlG gedeckt. Jedenfalls erlaube § 13 Abs. 2 BUrlG für das Baugewerbe die von den Tarifvertragsparteien getroffene Urlaubsregelung. Das zu beanspruchende Arbeitsentgelt sei die Vergütung, die der Arbeitnehmer ohne den Urlaub erhalten hätte. Hätte der Kläger gearbeitet, wäre sein Lohn wegen der Saison-Kurzarbeit verringert gewesen.

10

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Antrag in der Hauptsache weiter. Er hat den Zinsantrag in der Revisionsverhandlung auf die Zeit ab 16. April 2007 beschränkt. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

11

Entscheidungsgründe

A. Die Revision ist unbegründet. Die Klage hat in der Sache keinen Erfolg. Die Ansprüche des Klägers auf Urlaubsentgelt sind vollständig erfüllt (§ 362 Abs. 1 BGB). Das gilt selbst dann, wenn die Beklagte den Kläger vom 20. bis 22. März 2007 von der Arbeitspflicht freistellte, um einen Teil des Mindesturlaubsanspruchs zu erfüllen.

12



- I. Das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, ob der Kläger in der Zeit vom 20. bis 22. März 2007 aufgrund einzelvertraglicher oder kollektiver Vereinbarung „Kurzarbeit Null“ leistete oder seine Arbeitspflicht an den einzelnen Tagen ohne die Urlaubsgewährung wegen des erheblichen saisonbedingten Arbeitsausfalls (§ 175 Abs. 1, 4 und 5 SGB III) lediglich verringert gewesen wäre (zur Unmöglichkeit des Freistellungserfolgs der Urlaubsgewährung bei „Kurzarbeit Null“ Senat 16. Dezember 2008 - 9 AZR 164/08 - Rn. 38, AP BUrlG § 7 Nr. 40 = EzA BUrlG § 7 Nr. 120). Der Senat muss das Berufungsurteil dennoch nicht aufheben und die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die angefochtene Entscheidung erweist sich jedenfalls im Ergebnis als richtig (§ 561 ZPO). 13
- II. Dem Kläger steht nach der für allgemeinverbindlich erklärten Urlaubsregelung kein höheres Urlaubsentgelt zu (§§ 1, 13 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 BUrlG iVm. § 2 Nr. 1, § 3 Nr. 1, § 5 Nr. 1 Abs. 2 1. Alt., Nr. 2 Abs. 1 Buchst. a, Nr. 3 der Urlaubsregelung). Die Beklagte hat das Urlaubsentgelt tarifkonform berechnet. Die Tarifregelung ist von den gesetzlichen Öffnungsklauseln in § 13 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 BUrlG gedeckt. Eine richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung dieses nationalen Gesetzesrechts ist selbst dann nicht möglich, wenn die Öffnungsklauseln gegen die Pflicht der Bundesrepublik Deutschland zur Umsetzung von Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie verstoßen sollten. 14
- III. Der Senat hat nicht darüber zu befinden, ob die gesetzlichen Öffnungsklauseln und die tariflichen Regelungen die Zielvorgabe eines „bezahlten Mindestjahresurlaubs von vier Wochen“ in Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie ordnungsgemäß umsetzen. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat sich mit dem Begriff des „bezahlten Mindestjahresurlaubs“ iSv. Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie und dem gebotenen Mindestentgeltniveau im Zusammenhang mit Arbeitsausfällen bisher nicht befasst. Der EuGH ist als gesetzlicher Richter iSv. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zur endgültigen Entscheidung über die Auslegung des Gemeinschaftsrechts berufen (vgl. nur BVerfG 22. Oktober 1986 - 2 BvR 197/83 - [Solange II] zu B I 1 a der Gründe, 15



BVerfGE 73, 339; vgl. aber auch die vorsichtigeren Formulierungen zur Kompetenzabgrenzung in BVerfG 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 und 2 BvR 182/09 - [Lissabon-Vertrag, EU-Vertrag] Rn. 335 ff., NJW 2009, 2267).

IV. Der Senat ist daran gehindert, die Auslegungsfrage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen (Art. 234 Abs. 3 EG). Die nationalen Rechtsvorschriften können nicht iSd. Rechtsauffassung des Klägers richtlinienkonform ausgelegt oder fortgebildet werden. Ihre Zielsetzung läuft dem Richtlinienzweck erkennbar zuwider, wenn zugunsten des Klägers unterstellt wird, dass Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie während des Mindestjahresurlaubs einen Anspruch auf Fortzahlung des gewöhnlichen Arbeitsentgelts ohne Minderung zB durch Zeiten der Kurzarbeit gewährleistet. Auf die Frage der Auslegung des Begriffs des bezahlten Mindestjahresurlaubs iSd. Richtlinie kommt es für die Entscheidung des Senats deshalb nicht an. Eine Vorlagepflicht des letztinstanzlich entscheidenden innerstaatlichen Gerichts besteht nach Art. 234 Abs. 3 iVm. Abs. 2 EG nur dann, wenn die Auslegungsfrage aus Sicht des nationalen Gerichts entscheidungserheblich ist (vgl. etwa EuGH 16. Juli 2009 - C-12/08 - [Mono Car Styling] Rn. 27, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 98/59 Nr. 2; Höpfner/Rüthers AcP 209, 1, 34).

1. Der Senat darf die gesetzlichen Öffnungsklauseln in § 13 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 BUrlG und die Tarifvorschriften in § 3 Nr. 1, § 5 Nr. 1 Abs. 2 1. Alt., Nr. 2 Abs. 1 Buchst. a, Nr. 3 der Urlaubsregelung nicht unangewendet lassen.

a) Der EuGH hat stets hervorgehoben, dass der Anspruch jedes Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Gemeinschaften sei. Von ihm dürfe nicht abgewichen werden. Die zuständigen nationalen Stellen dürften ihn nur in den in der Richtlinie ausdrücklich gezogenen Grenzen umsetzen (10. September 2009 - C-277/08 - [Vicente Pereda] Rn. 18, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 3; 20. Januar 2009 - C-350/06 und C-520/06 - [Schultz-Hoff, Stringer ua.] Rn. 22, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 1 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie



2003/88 Nr. 1; 6. April 2006 - C-124/05 - [Federatie Nederlandse Vakbeweging] Rn. 28, Slg. 2006, I-3423; 16. März 2006 - C-131/04 und C-257/04 - [Robinson-Steele ua.] Rn. 48, Slg. 2006, I-2531; 18. März 2004 - C-342/01 - [Merino Gómez] Rn. 29, Slg. 2004, I-2605; 26. Juni 2001 - C-173/99 - [BECTU] Rn. 43, Slg. 2001, I-4881).

b) Der EuGH hat diesen Grundsatz jedoch nicht auf die Verträge, sondern auf Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie gestützt (vgl. demgegenüber die Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak in der Sache Schultz-Hoff vom 24. Januar 2008 - C-350/06 - Rn. 33 und 39: bezahlter Jahresurlaub als soziales Grundrecht und jedermann zustehendes Menschenrecht iSv. Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union; kritisch dazu Bauer/Arnold NJW 2009, 631, 633). Einzelstaatliche Normen sind im Verhältnis zu einem privaten Arbeitgeber wie der beklagten GmbH grundsätzlich nur dann unangewendet zu lassen, wenn das nationale Recht gegen das Primärrecht oder anderes unmittelbar geltendes Recht der Gemeinschaften - etwa das Verordnungsrecht - verstößt (vgl. zB Senat 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 53, AP BUrlG § 7 Nr. 39 = EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 15; BAG 16. Oktober 2008 - 7 AZR 253/07 (A) - Rn. 43, AP TzBfG § 14 Nr. 55 = EzA TzBfG § 14 Nr. 54; vgl. zum Anwendungsvorrang des unmittelbar geltenden Gemeinschaftsrechts und der Verdrängung des nationalen Rechts in diesem Fall näher Höpfner/Rüthers AcP 209, 1, 23 ff.). So hat der EuGH den Unanwendbarkeitsauspruch in der Sache Mangold mit dem Verbot der Altersdiskriminierung begründet, das auf den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts beruhe (22. November 2005 - C-144/04 - [Mangold] Rn. 77 f., Slg. 2005, I-9981; vgl. dagegen den nicht primärrechtlichen Prüfungsmaßstab in EuGH 16. Oktober 2007 - C-411/05 - [Palacios de la Villa] Rn. 42 ff., Slg. 2007, I-8531; siehe auch 23. September 2008 - C-427/06 - [Bartsch] Rn. 23 f., Slg. 2008, I-7245; zu den Fragen des Verstoßes gegen Primärrecht BAG 16. Oktober 2008 - 7 AZR 253/07 (A) - Rn. 32, 35 und 41, aaO).

2. Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie kommt keine unmittelbare Wirkung gegenüber der als Privatrechtssubjekt organisierten Beklagten zu.

19

20



- a) Richtlinien der Gemeinschaft wenden sich nach Art. 249 Abs. 3 EG an die Mitgliedstaaten. Sie verpflichten die Mitgliedstaaten, die von der Richtlinie verfolgten Ziele innerhalb einer bestimmten Frist in nationales Recht umzusetzen. Richtlinien wirken daher nicht direkt zwischen Bürgern. Selbst eine klare, genaue und unbedingte Richtlinienbestimmung, mit der dem Einzelnen Rechte gewährt oder Verpflichtungen auferlegt werden sollen, findet im Privatrechtsverhältnis nicht als solche unmittelbare Anwendung (*für die st. Rspr. EuGH 16. Juli 2009 - C-12/08 - [Mono Car Styling] Rn. 59, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 98/59 Nr. 2; 7. Juni 2007 - C-80/06 - [Carp] Rn. 20, Slg. 2007, I-4473; 5. Oktober 2004 - C-397/01 bis C-403/01 - [Pfeiffer ua.] Rn. 108 f., Slg. 2004, I-8835*). 21
- b) Sind die Voraussetzungen einer unmittelbaren Wirkung der Richtlinie nicht erfüllt, folgt daraus nicht, dass richtlinienwidriges nationales Recht nicht angewandt werden darf. Das Gemeinschaftsrecht enthält keinen Mechanismus, der es dem nationalen Gericht erlaubt, nationale Vorschriften zu „eliminieren“, die von der Regelung einer nicht oder unzureichend umgesetzten Richtlinie abweichen (*vgl. bspw. EuGH 26. September 1996 - C-168/95 - [Arcaro] Rn. 40 ff., Slg. 1996, I-4705; näher zur fehlenden horizontalen Direktwirkung gegenüber Privatrechtssubjekten BAG 16. Oktober 2008 - 7 AZR 253/07 (A) - Rn. 52, AP TzBfG § 14 Nr. 55 = EzA TzBfG § 14 Nr. 54*). 22
- c) Korrektive der fehlenden unmittelbaren Wirkung von Richtlinien im Rechtsstreit zwischen Rechtspersonlichkeiten des Privatrechts sind demnach die richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung und Schadensersatzansprüche gegen den Mitgliedstaat. Das in der gemeinschaftsrechtlichen Diskussion erwogene weitergehende dritte Korrektiv der sog. Abkopplung hat der EuGH dagegen nie herangezogen. Unter Abkopplung wird die Möglichkeit verstanden, sich auf die Richtlinie zu berufen, um das entgegenstehende nationale Recht auszuschließen. Die Richtlinie tritt nach dieser Lösung zwar nicht an die Stelle des fehlenden oder verspätet umgesetzten nationalen Rechts, um unmittelbar Verpflichtungen für ein privates Rechtssubjekt zu begründen. Es soll aber möglich sein, sich auch im Privatrechtsverkehr auf sie 23



zu berufen, um das entgegenstehende innerstaatliche Recht auszuschließen. Das nationale Gericht soll nur das von den richtlinienwidrigen nationalen Bestimmungen befreite innerstaatliche Recht anwenden. Generalanwalt Bot spricht sich in seinen Schlussanträgen in der Sache Küçükdeveci vom 7. Juli 2009 für die Abkopplung aus, weist jedoch darauf hin, dass der EuGH diesen Lösungsansatz nie allgemein und ausdrücklich bestätigt hat (*vgl. die Schlussanträge in der Sache - C-555/07 - Rn. 63 f., die allerdings eine Fallgestaltung behandeln, in der das Richtlinienrecht das Primärrecht - vor allem das allgemeine gemeinschaftsrechtliche (künftig unionsrechtliche) Verbot der Altersdiskriminierung - nur konkretisiert*). Der Senat darf den Gedanken der Abkopplung deshalb nicht heranziehen.

3. Die Öffnungsklauseln in § 13 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 BUrlG und die Tarifbestimmungen in § 5 Nr. 1 Abs. 2 1. Alt., Nr. 2 Abs. 1 Buchst. a, Nr. 3 der Urlaubsregelung können auch nicht richtlinienkonform ausgelegt oder fortgebildet werden. Dabei kann zugunsten des Klägers unterstellt werden, dass Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie während des Mindestjahresurlaubs von vier Wochen einen Anspruch auf Fortzahlung des gewöhnlichen Arbeitsentgelts ohne Minderung zB durch Zeiten der Kurzarbeit verbürgt.

a) Das innerstaatliche Gericht muss das nationale Recht so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auslegen, um das in der Richtlinie festgelegte Ziel zu erreichen und damit Art. 249 Abs. 3 EG zu genügen (*vgl. EuGH 16. Juli 2009 - C-12/08 - [Mono Car Styling] Rn. 60, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 98/59 Nr. 2; kritisch zum Begriff der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung wegen der nötigen Prüfung der Vereinbarkeit der anzuwendenden Norm mit höherrangigem oder umzusetzendem Recht Höpfner/Rüthers AcP 209, 1, 21 ff.*). Das heißt, dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts regelmäßig davon auszugehen haben, dass der Mitgliedstaat den Verpflichtungen, die sich aus der Richtlinie ergeben, in vollem Umfang nachkommen wollte. Ermöglicht es das nationale Recht durch Anwendung seiner Auslegungsmethoden, eine innerstaatliche Bestimmung so auszulegen, dass eine Kollision mit einer

24

25



anderen Norm innerstaatlichen Rechts vermieden wird, sind die nationalen Gerichte verpflichtet, die gleichen Methoden anzuwenden, um das von der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn die nationalen Gerichte die Reichweite der innerstaatlichen Bestimmung zu diesem Zweck einschränken müssen (vgl. *EuGH 16. Juli 2009 - C-12/08 - [Mono Car Styling]* Rn. 62 f., aaO; 5. Oktober 2004 - C-397/01 bis C-403/01 - *[Pfeiffer ua.]* Rn. 111 f., 115 ff., Slg. 2004, I-8835). Diese Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung gilt für alle Vorschriften des nationalen Rechts (vgl. nur *EuGH 16. Juli 2009 - C-12/08 - [Mono Car Styling]* Rn. 61, aaO).

b) Die Verpflichtung zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung ist jedoch durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze, insbesondere durch den Grundsatz der Rechtssicherheit, beschränkt. Sie darf nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts „contra legem“ dienen (vgl. für die st. Rspr. *EuGH 16. Juli 2009 - C-12/08 - [Mono Car Styling]* Rn. 61, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 98/59 Nr. 2; zu den Grenzen richtlinienkonformer Auslegung auch BAG 18. Februar 2003 - 1 ABR 2/02 - zu B IV 3 b dd der Gründe, BAGE 105, 32).

c) Diese Grenze wäre überschritten, wenn der Senat die Öffnungsklauseln in § 13 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 BUrlG und die Tarifbestimmungen in § 3 Nr. 1, § 5 Nr. 1 Abs. 2 1. Alt., Nr. 2 Abs. 1 Buchst. a, Nr. 3 der Urlaubsregelung dahin auslegte oder fortbildete, dass jeder in den Geltungsbereich der Tarifvorschrift fallende Arbeitnehmer während des Mindestjahresurlaubs Anspruch auf Fortzahlung des gewöhnlichen Arbeitsentgelts ohne Minderung bspw. durch Zeiten der Kurzarbeit hat. Eine solche Auslegung oder Rechtsfortbildung widerspräche Wortlaut, Systematik, Zweck und Gesetzesgeschichte der innerstaatlichen Regelungen.

aa) Eine einschränkende Gesetzesauslegung im engeren Sinn setzt eine Rechtsfindung innerhalb des Wortlauts der nationalen Norm voraus (zu diesem Begriff BGH 26. November 2008 - VIII ZR 200/05 - Rn. 20, BGHZ 179, 27;



siehe auch Senat 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 60 ff., AP BUrlG § 7 Nr. 39 = EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 15).

bb) Eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung zB durch teleologische Reduktion scheitert nicht notwendig an der Grenze des Wortlauts (zum parallelen Problem der verfassungskonformen Auslegung BVerfG 24. Mai 1995 - 2 BvF 1/92 - zu D I der Gründe, BVerfGE 93, 37; zur richtlinienkonformen Auslegung BAG 24. Januar 2006 - 1 ABR 6/05 - Rn. 43, BAGE 117, 27). Der Begriff der Auslegung „contra legem“ ist funktionell zu verstehen. Er meint den Bereich, in dem eine richterliche Rechtsfindung unzulässig ist, weil sie eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen ändern will und damit - nach deutschem Verfassungsrecht - die Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) verletzt. Wird diese Grenze nicht überschritten, ist das nationale Recht richtlinienkonform fortzubilden, wo es nötig und möglich ist (zu einer durchgeführten Rechtsfortbildung Senat 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 65, AP BUrlG § 7 Nr. 39 = EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 15 mit Bezug auf BGH 26. November 2008 - VIII ZR 200/05 - Rn. 21 und 29 ff. mwN, BGHZ 179, 27; methodisch ablehnend dazu Kamanabrou SAE 2009, 233, 234 ff.; Krieger/Arnold NZA 2009, 530, 531; zur „gemeinschaftsrechtsfreundlichen Entscheidungsfindung“ Abele RdA 2009, 312, 314 f.).

cc) Hier scheidet selbst das weitergehende methodische Instrument der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung aus. Sie verletzt die Gesetzesbindung und das Gewaltenteilungsprinzip. Die Öffnungsklauseln in § 13 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 BUrlG sind nach Wortlaut, Zusammenhang, Zweck und Gesetzesgeschichte weder planwidrig lückenhaft noch unvollständig. Die Richtungsentscheidung des nationalen Gesetzgebers ist eindeutig. Das Urlaubsentgelt ist nach § 3 Nr. 1, § 5 Nr. 1 Abs. 2 1. Alt., Nr. 2 Abs. 1 Buchst. a, Nr. 3 der Urlaubsregelung zu berechnen.

(1) Die tariflichen Bestimmungen sind wirksam. Das gilt auch, soweit sie den von Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie gewährleisteten und von §§ 1, 3



Abs. 1 BUrlG begründeten Mindestjahresurlaubsanspruch betreffen. Die Tarifnormen weichen von den gesetzlichen Regelungen in §§ 1 und 11 BUrlG ab.

- (a) Nach § 1 BUrlG haben Arbeitnehmer Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Damit ist ihr Arbeitsentgelt nach § 611 Abs. 1 BGB iVm. der Berechnungsvorschrift in § 11 Abs. 1 BUrlG während der Freistellung von der Arbeitspflicht als Urlaubsentgelt weiterzuzahlen. Die Höhe des Anspruchs ergibt sich aus dem Zeit- und dem Geldfaktor. Mit dem Zeitfaktor errechnet sich die am jeweiligen Urlaubstag infolge der Freistellung ausfallende Arbeitszeit, für die das Urlaubsentgelt fortzuzahlen ist. Der Geldfaktor bemisst den für die Ausfallzeit zugrunde zu legenden Verdienst. § 11 Abs. 1 BUrlG regelt die Bemessung des Geldfaktors, nicht die Berechnung des Urlaubsentgelts als Produkt von Zeit- und Geldfaktor. Das Gesetz stellt mit dem sog. Referenzprinzip auf das in den letzten 13 Wochen vor der Urlaubsgewährung erhaltene Arbeitsentgelt ab. Bei einem Stundenlohn ist das während des Bezugszeitraums verdiente Stundenentgelt zu ermitteln (*Senat 22. Januar 2002 - 9 AZR 601/00 - zu A II 1 der Gründe, BAGE 100, 189; vgl. auch 3. Dezember 2002 - 9 AZR 535/01 - zu I 1 der Gründe, BAGE 104, 65*). Nach § 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG bleiben Verdienstkürzungen, die im Berechnungszeitraum infolge von Kurzarbeit, Arbeitsausfällen oder unverschuldeter Arbeitsversäumnis eintreten, für die Berechnung des Urlaubsentgelts außer Betracht. 32
- (b) Von dieser Berechnungsmethode weichen § 3 Nr. 1, § 5 Nr. 1 Abs. 2 1. Alt., Nr. 2 Abs. 1 Buchst. a, Nr. 3 der Urlaubsregelung in dreifacher Weise ab. 33
- (aa) Die Tarifbestimmungen erweitern oder verkürzen den Referenzzeitraum von 13 Wochen auf das Urlaubsjahr vor der Urlaubsgewährung. Ob der Referenzzeitraum verlängert oder verkürzt wird, hängt von der Lage des Urlaubs im Urlaubsjahr ab. 34
- (bb) Die Regelungen pauschalisieren das Urlaubsentgelt bei nicht schwerbehinderten Arbeitnehmern anhand der Rechengröße von 11,4 % des Bruttolohns, den der Arbeitnehmer vor Urlaubsantritt im Urlaubsjahr zu beanspruchen 35



hat (*Gesamtbruttolohn im Urlaubsjahr x 11,4 % : Anzahl der erworbenen Urlaubstage x beanspruchte Urlaubstage*).

(cc) Verdienstausfälle, die im Berechnungszeitraum zB infolge von Kurzarbeit eintreten, sind bei der Berechnung des Urlaubsentgelts anspruchsmindernd zu berücksichtigen. 36

(2) Die Abweichung der Tarifvorschriften ist von den Öffnungsklauseln in § 13 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 BUrlG gedeckt. Die nationalen Öffnungsklauseln sind nicht planwidrig lückenhaft oder unvollständig. 37

(a) Soweit die Tarifbestimmungen § 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG abbedingen, wonach Verdienstkürzungen im Berechnungszeitraum infolge von Kurzarbeit für die Berechnung des Urlaubsentgelts außer Betracht bleiben, wird diese Regelung schon von der allgemeinen Öffnungsklausel für Tarifverträge in § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG getragen. § 1 BUrlG bleibt unangetastet (*offengelassen von BAG 2. Juni 1987 - 8 AZR 17/85 - zu 3 der Gründe, BAGE 55, 304; aA Erfk/Dörner 10. Aufl. § 13 BUrlG Rn. 18*). Das gilt auch für die - je nach Lage des Urlaubs im Urlaubsjahr - eintretende Verlängerung oder Verkürzung des Referenzzeitraums auf das Urlaubsjahr vor der Urlaubsgewährung. 38

(aa) Nach § 1 BUrlG hat jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. „Bezahlt“ iSv. § 1 BUrlG ist der Erholungsurlaub, wenn der Vergütungsanspruch unberührt bleibt, obwohl der Arbeitnehmer nicht arbeitet. Schon aus § 1 BUrlG ergibt sich die Pflicht, die Vergütung während des Urlaubs weiterzuzahlen. Tarifverträge dürfen diese aus § 1 BUrlG folgende Entgeltfortzahlungspflicht nicht durch eine von § 11 BUrlG abweichende Berechnung der weiterzuzahlenden Vergütung mindern. Die Tarifvertragsparteien können jedoch jede Berechnungsmethode wählen, die geeignet ist, ein Urlaubsentgelt sicherzustellen, wie es der Arbeitnehmer bei Weiterarbeit ohne Freistellung voraussichtlich hätte erwarten können. Ihnen bleibt selbst für den Mindesturlaub ein weiter Gestaltungsspielraum. Es steht ihnen bspw. frei, das Urlaubsentgelt entsprechend dem konkreten Entgeltausfall 39



zu berechnen (vgl. Senat 22. Januar 2002 - 9 AZR 601/00 - zu A II 2 a und b der Gründe, BAGE 100, 189). Sie können auch den Referenzzeitraum ändern.

- (bb) Dieser Regelungszweck der Tariföffnungsklausel in § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG kommt in seinem Wortlaut und Zusammenhang klar zum Ausdruck. Danach ist § 1 BUrlG zulasten des Arbeitnehmers unabdingbar. Von § 11 Abs. 1 BUrlG kann in den Grenzen des § 1 BUrlG auch zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Dem entspricht die Entstehungsgeschichte des Bundesurlaubsgesetzes. Im Gesetzgebungsverfahren wurde betont, die Bedeutung der Tarifautonomie für das Urlaubsrecht sei nachdrücklich hervorzuheben (vgl. den Bericht des Ausschusses für Arbeit BT-Drucks. IV/785 S. 2, 4; Senat 22. Januar 2002 - 9 AZR 601/00 - zu A II 2 a der Gründe, BAGE 100, 189). 40
- (cc) Die Grenzen der allgemeinen Öffnungsklausel in § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG werden nicht deshalb überschritten, weil der Arbeits- und Verdienstaufschlag wegen der Kurzarbeit berücksichtigt wird und für diesen Ausfall seit Januar 2006 nicht länger Ausgleichsbeträge zu zahlen sind. Der unabdingbare Mindestbestand des bezahlten Erholungsurlaubs nach § 1 BUrlG muss nur ein Urlaubsentgelt sicherstellen, wie es der Arbeitnehmer bei Weiterarbeit ohne Freistellung voraussichtlich hätte erwarten können. 41
- (b) Der Senat kann offenlassen, ob die von § 5 Nr. 1 Abs. 2 1. Alt. der Urlaubsregelung vorgesehene Pauschalierung des Urlaubsentgelts auf 11,4 % des Gesamtbruttolohns von der allgemeinen Tariföffnungsklausel in § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG gedeckt ist. Sollte das Grundniveau des § 1 BUrlG unterschritten werden, würde diese Abweichung jedenfalls im Fall des Saison-Kurzarbeitergeldes von der besonderen Öffnungsklausel ua. für das Baugewerbe in § 13 Abs. 2 Satz 1 BUrlG erfasst. 42
- (aa) Wortlaut und Zusammenhang des § 13 Abs. 2 Satz 1 BUrlG sind unzweifelhaft darauf gerichtet, im Baugewerbe auch § 1 BUrlG einer tariflichen Änderung zulasten des einzelnen Arbeitnehmers zugänglich zu machen, soweit dies zur Sicherung eines zusammenhängenden Jahresurlaubs für alle Arbeit-
- 43



nehmer erforderlich ist. Ziel des beitragsfinanzierten Urlaubskassenverfahrens ist es, den Arbeitnehmern im Baugewerbe trotz ihrer häufigen Fluktuation einen zusammenhängenden Jahresurlaub zu ermöglichen (*Senat 19. September 2000 - 9 AZR 504/99 - zu I 4 b bb der Gründe, BAGE 95, 312*).

(bb) Die Urlaubsregelung ist nach ihrem Zweck nicht auf das Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitgeber, sondern auf die gesamte Tätigkeit des Arbeitnehmers im Baugewerbe ausgerichtet. Die Beschäftigungszeiten in Betrieben des Baugewerbes werden zusammengerechnet (*vgl. AnwK-ArbR/Düwell 2. Aufl. § 13 BUrlG Rn. 39; Leinemann/Linck Urlaubsrecht 2. Aufl. § 13 BUrlG Rn. 119 und 137*). Der Zusammenhang des § 13 Abs. 2 Satz 1 BUrlG mit § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG zeigt unmissverständlich, dass den Tarifvertragsparteien des Baugewerbes auch hinsichtlich der Entgelthöhe ein weiterer Gestaltungsspielraum eingeräumt werden soll, als § 13 Abs. 1 Satz 1 und § 1 BUrlG ihn vorsehen. Die besondere Öffnungsklausel in § 13 Abs. 2 Satz 1 BUrlG lässt es über die allgemeine Öffnungsklausel in § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG hinaus zu, von § 1 BUrlG auch zulasten der Arbeitnehmer abzuweichen (*vgl. ErfK/Dörner § 13 BUrlG Rn. 25*).

44

(cc) Die arbeitsrechtlich aufgrund individueller oder kollektiver Vereinbarung durchgeführte Saison-Kurzarbeit iSv. § 175 Abs. 1 SGB III dient der Sicherung eines zusammenhängenden Jahresurlaubs im Baugewerbe. Sie schützt den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit dem einzelnen Arbeitgeber. Dieser Schutzzweck rechtfertigt es nach § 13 Abs. 2 Satz 1 BUrlG, das Urlaubsentgelt durch Tarifbestimmungen wie die Urlaubsregelung zu mindern.

45

(3) Die eindeutige Zielsetzung des innerstaatlichen Rechts in § 13 Abs. 2 Satz 1 BUrlG lässt eine richtlinienkonforme Auslegung oder Fortbildung selbst dann nicht zu, wenn der Begriff des „bezahlten Mindestjahresurlaubs“ in Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie anders zu verstehen sein sollte als der des „bezahlten Erholungsurlaubs“ in § 1 BUrlG. Das in der besonderen Öffnungsklausel ausgedrückte Ziel, den Tarifvertragsparteien des Baugewerbes erweiterte Handlungsspielräume zu verleihen, schließt einen besonderen oder auch nur allgemeinen Umsetzungswillen des nationalen Gesetzgebers iSv.

46



Art. 249 Art. 3 EG aus. Die Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung oder Rechtsfortbildung sind wegen der Gesetzesbindung des nationalen Gerichts (*Art. 20 Abs. 3 GG*) und des Gewaltenteilungsprinzips (*Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG*) erreicht.

B. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen. 47

Düwell

Krasshöfer

Gallner

Ropertz

D. Wege

