

Winfried Schwabe

Lernen mit Fällen

Ach**So!**

Arbeitsrecht

Grundkurs

Materielles Recht & Klausurenlehre

13. Auflage

 | BOORBERG

Musterlösungen im
Gutachtenstil

Winfried Schwabe

Lernen mit Fällen

Arbeitsrecht Grundkurs

Materielles Recht
& Klausurenlehre

13., überarbeitete Auflage, 2025

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek | Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über www.dnb.de abrufbar.

13. Auflage, 2025

ISBN 978-3-415-07724-9

© 2009 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Nutzung sämtlicher Inhalte für das Text- und Data-Mining ist ausschließlich dem Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG vorbehalten. Der Verlag untersagt eine Vervielfältigung gemäß § 44b Abs. 2 UrhG ausdrücklich.

Anfragen gemäß EU-Verordnung über die allgemeine Produktsicherheit (EU) 2023/988 (General Product Safety Regulation – GPSR) richten Sie bitte an:

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Produktsicherheit, Scharrstraße 2,
70563 Stuttgart; E-Mail: produktsicherheit@boorberg.de

Druck und Bindung: Vereinigte Druckereibetriebe Laupp & Göbel GmbH,
Robert-Bosch-Straße 42, 72810 Gomaringen

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharrstraße 2 | 70563 Stuttgart
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden
www.boorberg.de

Fall 2

Urlaubsfreuden

Unternehmer U betreibt in Köln ein großes Autohaus mit angeschlossener Kfz-Werkstatt. In seinem Betrieb beschäftigt er unter anderem den ungelernten Hilfsarbeiter A, die Kfz-Meisterin M und den Büroangestellten B als Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmerin. Der Arbeitsvertrag des A enthält keine Regelung betreffend die Urlaubstage. Dem B stehen laut Arbeitsvertrag 28 Werktage Urlaub zu. Im Vertrag der M ist von 32 Werktagen die Rede. M ist als einzige der drei Mitglied in der Gewerkschaft, die mit dem Arbeitgeberverband, dem U angehört, einen Tarifvertrag ausgehandelt hat. Der Tarifvertrag sieht 30 Urlaubstage vor. Nach dem alten Tarifvertrag waren es allerdings 34 Tage. Dem Betriebsrat sind diese unterschiedlichen Regelungen schon lange ein Dorn im Auge. Keiner der Arbeitnehmer ist sich sicher, wie viel Urlaub ihm nun tatsächlich zusteht. Daher möchte der Betriebsrat mit U über eine betriebsinterne Urlaubsgestaltung verhandeln.

Frage: Wie viele Urlaubstage stehen A, B und M tatsächlich zu?

Schwerpunkte: Die Rechtsquellen und Gestaltungsfaktoren im Arbeitsrecht; das Rangprinzip; das Günstigkeitsprinzip; der kollektive Günstigkeitsvergleich; das Spezialitätsprinzip; das Ordnungsprinzip.

Lösungsweg

Einstieg: Anhand des kleinen Falles da oben wollen wir uns am Beispiel der in einem Arbeitsverhältnis zu gewährenden Urlaubstage mal die verschiedenen Rechtsquellen bzw. **Gestaltungsfaktoren** des Arbeitsrechts ansehen. Bei der Beurteilung eines arbeitsrechtlichen Sachverhaltes kommt es relativ häufig vor, dass ein und dieselbe Frage im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis durch mehrere Regelungen (und dann auch noch unterschiedlich!) behandelt bzw. gelöst wird. In einem solchen Fall muss man natürlich zwingend klären, welche Rechtsgrundlage für die zu klärende Frage letztlich die entscheidende ist. Und das geht so: Im ersten Schritt klärt man, welche Gestaltungsfaktoren es überhaupt im Arbeitsrecht bzw. für den konkreten Fall gibt. Das sind erstaunlicherweise eine ganze Reihe, und die sehen wir uns gleich dann unter I. auch mal in aller Ruhe an. Im zweiten Schritt hat man dann zu klären, wie das Verhältnis dieser verschiedenen Gestaltungsfaktoren zueinander ist, also welche von welchen verdrängt oder welche wann bevorzugt werden und demnach im zu entscheidenden Fall

einschlägig oder eben nicht einschlägig sind (hierzu gleich unter **II.**). Und ganz zum Schluss werden wir unter **III.** das Gelernte dann mal auf unser Fällchen mit den Kollegen aus dem Betrieb des U anwenden und demnach sehen, ob wir das Ganze auch verstanden haben. Alles klar?!

I. Die Gestaltungsfaktoren im Arbeitsrecht

Vorab: Das, was jetzt kommt, bezeichnet man herkömmlicherweise als »Rechtsquellenpyramide« des Arbeitsrechts (*Junker Rz. 63; Lieb/Jacobs Rz. 39*); »Pyramide« übrigens deshalb, weil die unterschiedlichen Gestaltungsfaktoren und Rechtsquellen des Arbeitsrechts quasi von der Spitze bis runter zum Fundament eine entsprechende Rangfolge bzw. Rangordnung bilden, die eingehalten werden muss, wenn man keine Verstöße gegen die zwingend gültigen Wertungsprinzipien des Arbeitsrechts begehen will (*ErfKomm/Preis § 611a BGB Rz. 261; Junker Rz. 63; Brox/Rüthers/Henssler Rz. 45 a; Zöllner/Loritz/Hergenröder § 6 Rz. 64*). Wer also bei der Suche nach der einschlägigen Rechtsquelle nicht an der Spitze (= Europarecht, gleich unter 1.) beginnt, übersieht unter Umständen die wichtigste Rechtsgrundlage für das zu lösende Problem und begeht damit einen erheblichen Aufbau- und damit im Zweifel auch einen Wertungsfehler (= falsche Lösung = miese Note). Das Einhalten der sogleich geschilderten Reihenfolge ist demnach auch kein Selbstzweck, sondern unabdingbare Voraussetzung für eine logische, in sich schlüssige Lösung eines jeden arbeitsrechtlichen Falles. Also dann:

1. Europarecht

Man unterscheidet zwischen dem **primären** und dem **sekundären** Gemeinschaftsrecht (*Herdegen, Europarecht, § 8 Rz. 4; Schwabe, Europarecht, Fall 1*). Mit dem primären Gemeinschaftsrecht sind die Integrationsverträge, Änderungsverträge und Beitrittsabkommen gemeint: EUV, AEUV sowie die GRCh. Nach der Rechtsprechung des EuGH rechnen zum Primärrecht auch die ungeschriebenen Grundsätze des Unionsrechts (*Schaub/Ahrendt § 4 Rz. 7*). Für das Arbeitsrecht von Bedeutung sind hier zwar nur wenige Bestimmungen, aber immerhin regelt Art. 45 AEUV die Freizügigkeit von Arbeitnehmern und **Art. 157 AEUV** die Lohngleichheit von Mann und Frau. Das sekundäre Gemeinschaftsrecht besteht aus dem von den Organen der EG erlassenen Recht, und zwar Verordnungen und Richtlinien. Lediglich Letztere haben im deutschen Arbeitsrecht (erhebliche!) Bedeutung erlangt. Die Umsetzung einiger Richtlinien beeinflusst die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts und gewinnt vermittels der Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung spezifisch arbeitsrechtlicher Fragen Bedeutung (mit den Einzelheiten befassen wir uns unten im Fall Nr. 4). So hat der EuGH in jüngerer Zeit etwa die deutschen Regeln zur Urlaubsabgeltung auf Vorlagen des BAG und des OVG Berlin zu einem beachtlichen Teil für europarechtswidrig erklärt, und zwar namentlich wegen Verstoßes gegen Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG und Art. 31 Abs. 2 GRCh (→ EuGH NZA 2018, 1467; EuGH NZA 2018, 1474; EuGH NZA

2018, 1612; vgl. im Einzelnen dazu den Anhang zu Fall Nr. 5 unten sowie *Arnold/Zeh* in NZA 2019, 1).

2. Verfassungsrecht

Auch das Verfassungsrecht ist im Arbeitsrecht von Bedeutung; zu der in **Art. 9 Abs. 3 GG** geregelten Koalitionsfreiheit sogleich unter 4., zur grundsätzlichen Bedeutung von Grundrechten im Arbeitsrecht vgl. weiter unten Fall Nr. 12.

3. (Zwingende) Gesetze

Es gibt zahlreiche spezifisch arbeitsrechtliche Gesetze (vgl. nur die dtv-Textausgabe „Arbeitsgesetze“ von Beck!). Daneben sind aber auch viele Bestimmungen des BGB von arbeitsrechtlicher Relevanz. Neben der üblichen Unterteilung in zwingende (das sind die typischen Arbeitnehmerschutzgesetze wie KSchG, MuSchG, EntgeltfortzahlungsgG) und dispositive Bestimmungen (hierzu gleich weiter unten) gibt es im Arbeitsrecht eine dritte Kategorie, nämlich das **tarifdispositive** Gesetzesrecht (ErfKomm/Preis § 611a BGB Rz. 230, 261 ff; *Schaub/Treber* § 199 Rz. 11 ff.). Das bedeutet, dass von der gesetzlichen Bestimmung (nur!) durch Tarifvertrag zuungunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden darf. Ein Beispiel ist etwa das BUrlG mit Ausnahme der §§ 1, 2 und 3 Abs. 1; bitte lies dazu: § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG.

4. Tarifverträge

Während man sich normalerweise im Zivilrecht nur mit »normalen« Rechtsnormen und vertraglichen Bestimmungen beschäftigen muss, kommen im Arbeitsrecht zwei weitere Gestaltungsfaktoren (mit erheblicher Macht!) hinzu, nämlich: die Tarifverträge und die Betriebsvereinbarungen. Bei beiden handelt es sich um sogenannte **Kollektivregelungen**, die den Zweck haben, die typischerweise gegebene (Verhandlungs-)Schwäche des einzelnen Arbeitnehmers auszugleichen (*Schaub/Treber* § 196 Rz. 3). Dass es Tarifverträge und die damit verbundene rechtssetzende Kompetenz der Tarifverbände (= »Tarifautonomie«) überhaupt gibt, liegt an der in Art. 9 Abs. 3 GG grundrechtlich garantierten Koalitionsfreiheit und der daraus hergeleiteten Zuständigkeit der entsprechend gebildeten Koalitionen für Fragen des Arbeits- und Wirtschaftslebens (BVerfG NZA 2019, 112; BVerfG NJW 1991, 2549; *Dieterich* in AuR 2001, 390); das Ganze nennt man »Bestands- und Betätigungsgarantie«. Maßgebend für die Wirksamkeit und die Anwendbarkeit von Tarifverträgen ist das Tarifvertragsgesetz (TVG). Um die Bedeutung des Gesetzes zu verstehen, genügt es, sich die ersten fünf Paragraphen durchlesen. Danach bestimmen sich vor allem die Tarifvertragsparteien (§ 2 Abs. 1 TVG, vgl. dazu aktuell BVerfG vom 13.09.2019 1 BvR 1/16),

die persönlichen Anwendbarkeitsvoraussetzungen (Tarifgebundenheit bzw. Allgemeinverbindlichkeit, §§ 3 und 5 Abs. 4 TVG) und die Wirkung der Rechtsnormen (§ 4 Abs. 1, 3 und 5 TVG); interessant ist schließlich vor allem der nachwirkende Einfluss von Tarifnormen gemäß § 4 Abs. 5 TVG. Die Bedeutung von Tarifverträgen zeigt sich an den ihnen zugesprochenen Funktionen (nach *Schaub/Treber* § 196 Rz. 3 ff.):

- **Schutzfunktion** (zugunsten des Arbeitnehmers);
- **Verteilungsfunktion** (Beteiligung der Arbeitnehmer am Sozialprodukt).
- **Ordnungsfunktion** (die Arbeitsvertragsparteien können auf bestimmte Arbeitsbedingungen vertrauen);
- **Friedensfunktion** (während der Laufzeit dürfen keine Arbeitskämpfe stattfinden).

Beachte: Mit Urteil vom 11. Juli 2017 (→ NJW 2017, 2523) hat das BVerfG das im Jahre 2015 in Kraft getretene »Gesetz zur Tarifeinheit« (Tarifeinheitgesetz), mit dem § 4a TVG eingeführt wurde, für weitgehend verfassungsgemäß erklärt. Unvereinbar war der § 4a TVG mit dem GG nur insoweit, als dass die Belange der Angehörigen einzelner Berufsgruppen oder Branchen bei der Verdrängung bestehender Tarifverträge einseitig vernachlässigt wurden. Das Bundesverfassungsgericht gab dem Gesetzgeber auf, insofern alsbald Abhilfe zu schaffen, was dieser tatsächlich in beachtlicher Geschwindigkeit erledigt hat, nämlich zum 1. Januar 2019. Bis zum Inkrafttreten der neuen Regelung durfte ein Tarifvertrag im Fall einer Kollision im Betrieb nur verdrängt werden, wenn plausibel dargelegt war, dass die Mehrheitsgewerkschaft die Belange der Angehörigen der Minderheitsgewerkschaft wirksam in ihrem Tarifvertrag berücksichtigt hatte (BVerfG NJW 2017, 2523). Unter diesen Voraussetzungen blieb der alte § 4a TVG bis zum 1. Januar 2019 anwendbar. Seitdem ist die Norm den Maßgaben des BVerfG in § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG entsprechend neu gefasst.

Mit Beschluss vom 14. November 2018 hat das BVerfG abermals klargestellt, dass eine unterschiedliche Behandlung von Gewerkschaftsmitgliedern und Nichtgewerkschaftsmitgliedern durch Tarifverträge verfassungsrechtlich grundsätzlich möglich ist und namentlich nicht gegen die negative Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG und auch nicht gegen die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG verstößt. Wörtlich heißt es in der Entscheidung: »... Die Tatsache, dass gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer anders behandelt werden als nicht organisierte Beschäftigte, bedeutet noch keine Grundrechtsverletzung, jedenfalls solange sich daraus nur ein eventueller faktischer Anreiz zum Beitritt ergibt, aber weder Zwang noch Druck entsteht ... Allein, dass individualrechtlich getroffene Vereinbarungen hinter tariflich geschlossenen Vereinbarungen zurückbleiben, genügt nicht, um eine individuelle Zwangswirkung bei den betroffenen Arbeitnehmern zum Gewerkschaftsbeitritt anzunehmen; dieser Umstand liegt in der Natur der Sache und gehört zu den rechtlich unbedenk-

lichen Vorzügen eines Gewerkschaftsbeitritts ...« (BVerfG NZA 2019, 112; vgl. auch BVerfGE 31, 297).

5. Betriebsvereinbarungen

Die Betriebsvereinbarung ist, ähnlich dem Tarifvertrag, ein privatrechtlicher Normenvertrag, der nun aber nicht geschlossen wird zwischen den Tarifparteien, sondern zwischen **Betriebsrat** und **Arbeitgeber**. Die Betriebsvereinbarung gilt als »Gesetz des Betriebes« und wirkt von außen auf die Arbeitsverhältnisse ein, ohne deren Inhalt zu werden (BAG NZA 1990, 351, 353 f.; Junker Rz. 714). In Abgrenzung dazu verpflichten sogenannte »Regelungsabreden« zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat den Arbeitgeber lediglich im Innenverhältnis (BAG AP BetrVG 1972, § 77 Regelungsabrede; GK/Kreutz § 77 BetrVG Rzn. 8–22; Schaub/Ahrendt § 231 Rz. 68). Die entscheidenden Normen sind die §§ 76, 77, 87 und 88 des BetrVG.

Beachte: Da der Inhalt einer Betriebsvereinbarung Normen für Abschluss, Inhalt und Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie überbetriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen setzt (BAG AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt; BAG-GS AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 46), ergibt sich vielfach eine sachliche Überschneidung mit Regelungen von Tarifverträgen (lies: § 1 Abs. 1 TVG). Aus diesem Grund normiert § 77 Abs. 3 BetrVG zum Schutz der Tarifautonomie eine **Sperrwirkung** für Betriebsvereinbarungen, die sich auf Fragen beziehen, die in einem Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden (ErfKomm/Kania § 77 BetrVG Rz. 43). Folglich genügt grundsätzlich die bloße Tarifüblichkeit, um eine Betriebsvereinbarung auszuschließen. Gemäß § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG ist eine Betriebsvereinbarung allerdings trotz bestehender tariflicher Regelung zulässig, wenn der Tarifvertrag eine sogenannte Öffnungsklausel vorsieht (Schaub/Ahrendt § 231 Rz. 27; Brox/Rüthers/Henssler Rz. 271). Etwas Anderes gilt im Bereich der (zwingenden!) Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten nach **§ 87 Abs. 1 BetrVG**: Danach ist eine Betriebsvereinbarung nur ausgeschlossen, wenn tatsächlich eine tarifliche Regelung besteht und wegen der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers – unabhängig von jener der Arbeitnehmer – Anwendung findet oder finden könnte (ErfKomm/Kania § 77 BetrVG Rz. 53 ff.). Die überwiegende Meinung nimmt einen Anwendungsvorrang des § 87 Abs. 1 BetrVG gegenüber § 77 Abs. 3 BetrVG an, sodass die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten im Sinne des § 87 Abs. 1 BetrVG nicht schon bei bloßer Tarifüblichkeit oder bloß nachwirkender tariflicher Regelung ausgeschlossen ist (sogenannte »Vorrangtheorie«: BAG NZA 2006, 1285; BAG NZA 1997, 951; BAG 1996, 532; Richardi in NZA 1992, 961; Schaub/Ahrendt § 231 Rz. 23; anders aber: Lieb/Jacobs Rz. 781 ff.; Waltermann in RdA 1996, 129; GK/Wiese § 87 BetrVG Rz. 48: sogenannte »Zwei-Schranken-Theorie«).

6. Der Arbeitsvertrag

Dass im Wirtschaftsleben – und somit auch in der Arbeitswelt – viele Fragen **vertraglich** geregelt werden, ist selbstverständlicher Ausdruck der Vertragsfreiheit. Diese ist im Arbeitsrecht allerdings vielfach eingeschränkt (durch Gesetze, Richterrecht,

Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen), da der Arbeitnehmer im Vergleich zum Arbeitgeber strukturell schwächer und demzufolge schutzbedürftig ist. Zudem gibt es auf arbeitsvertraglicher Ebene drei besondere Faktoren, die Einfluss auf die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses gewinnen können:

a) Das sind zunächst die sogenannten **Allgemeinen Arbeitsbedingungen** (ErfKomm/Preis § 611a BGB Rz. 232). Dieser Begriff kennzeichnet zum einen die Verwendung von für alle Arbeitnehmer gleichlautenden, vorformulierten vertraglichen Bestimmungen (Einheitsarbeitsvertrag) und zum anderen das Institut der Gesamtzusage, bei der der Arbeitgeber einseitig durch Aushang oder Rundschreiben Regelungen trifft, die für alle Beschäftigten oder eine bestimmte Gruppe gelten sollen. Interessant ist bei Einheitsarbeitsverträgen (seit der Schuldrechtsreform aus dem Jahre 2002) die Klauselkontrolle nach den §§ 305 ff. BGB (vgl. dazu den Fall Nr. 15 weiter unten)

b) Des Weiteren gibt es noch das Institut der **Betrieblichen Übung** (vgl. etwa BAG NZA 2013, 40), das wir hier allerdings zunächst einmal ein wenig vernachlässigen wollen, um es uns dann im nächsten Fall (Nr. 3) in aller Ausführlichkeit anzusehen.

c) Und zuletzt ist der arbeitsrechtliche (also privatrechtliche, nicht verfassungsrechtliche!) **Gleichbehandlungsgrundsatz** von beachtlicher Bedeutung. Danach ist der Arbeitgeber verpflichtet, bei Maßnahmen, die seiner einseitigen Gestaltungsmacht unterliegen, vergleichbare Arbeitnehmer auch **gleich** zu behandeln; mit anderen Worten: Eine Differenzierung darf nicht willkürlich, sondern nur mit sachlichem Grund erfolgen (BAG NZA 2009, 196; BAG 2001, 782; BAG 1999, 700; *Ermann/Edenfeld* § 611 BGB Rz. 219 ff.). Der hauptsächliche Anwendungsfall sind freiwillige, generell gewährte, in der Regel soziale Leistungen (BAG NZA 2009, 27; BAG NZA 2002, 47; BAG 1999, 501).

Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz hat in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag sogar eine anspruchsbegründende Wirkung (unstreitig: BAG NJW 2012, 699; BAG NJW 2006, 2875; BAG DB 2002, 273; NZA 2001, 782). Sein dogmatischer Ursprung ist gleichwohl nach wie vor umstritten – für eine Herleitung aus **Art. 3 GG**: *Hanau/Adomeit* B II 3: »Ausprägung von Art. 3 GG«; ähnlich auch BAG NZA 1993, 215; BAG NZA 2010, 273 und BAG EzA-SD 2012, Nr 25, 13: »Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz wird inhaltlich durch den Gleichheitssatz bestimmt«; dagegen: *MHdB ArbR/Fischinger* § 9 Rz. 8 ff. Nicht anwendbar ist der Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn es um individuell gestaltete Arbeitsbedingungen geht; da gilt dann der Vorrang der Vertragsfreiheit. Hierzu zählt grundsätzlich der vereinbarte Lohn. Folglich verstoßen beispielsweise teilweise vorgenommene Lohnerhöhungen nur dann gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn sie einseitig generell angeordnet werden (BAG NZA 2001, 782; BAG NZA 2000, 1050). Räumlich gesehen ist schließlich unklar, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz auch über die Grenzen des Betriebs hinaus (also quasi unternehmensweit) gilt; nach BAG NZA 1999, 606 »spricht viel dafür«, wobei man zur Begründung heranziehen kann, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz an eine Maßnahme des Arbeitgebers anknüpft, und der Arbeitgeber ist eben nicht der Betrieb (als arbeitstechnische organisatorische Einheit), sondern das Unternehmen, dem der Betrieb angehört.

Dementsprechend gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz nach BAG NZA 2009, 367 »jedemfalls dann, wenn eine verteilende Entscheidung des Arbeitgebers nicht auf einen einzelnen Betrieb beschränkt ist, sondern sich auf alle oder mehrere Betriebe des Unternehmens bezieht«, betriebsübergreifend.

7. Dispositive Gesetze

Neben den zwingenden und den tarifdispositiven Gesetzen, die wir bereits weiter oben kennengelernt haben, gibt es natürlich auch noch »normale« dispositive Gesetze. Dispositive Regelungen enthalten z.B. die §§ 612, 613 und 614 BGB. Diese unterliegen in vollem Umfang der Vertragsgestaltung der Parteien, soll heißen: Man kann im Arbeitsvertrag – oder auch in einer Betriebsvereinbarung – durchaus Abweichendes vorsehen und verstößt damit nicht gegen das Gesetz (ErfKomm/Preis § 611a BGB Rz. 261). Die meisten arbeitsrechtlichen Sondergesetze sind allerdings **zwingend**, denn sie sollen ja regelmäßig den Arbeitnehmer schützen und folglich nicht zu seinem Nachteil abgeändert werden können (Zöllner/Loritz/Hergenröder § 6 I 2; Boemke in NZA 1992, 532).

8. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers

Ganz zum Schluss ist das **Direktionsrecht** des Arbeitgebers ebenfalls von Bedeutung bei der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses. Es wurde im Jahre 2003 in § 106 GewO gesetzlich normiert und gilt nach § 6 Abs. 2 GewO für **alle** Arbeitnehmer. Es ergibt sich aber nach wie vor auch schon aus dem Arbeitsvertrag selbst (vgl. ErfKomm/Preis § 611a BGB Rz. 258 und ErfKomm/Preis § 106 GewO Rz. 1 ff) und damit auch aus dem neuen § 611a BGB; lies zudem: § 315 BGB. Hierdurch wird die arbeitsvertragliche Pflicht des Arbeitnehmers nach Zeit, Art und Ort konkretisiert (BAG NZA 2012, 1433; BAG NZA 2001, 780; BAG NZA 1999, 384; ErfKomm/Preis § 611a BGB Rz. 258; Schaub/Linck § 45 Rz. 13 ff.).

1. Pause: So. Das waren jetzt die arbeitsrechtlichen Gestaltungsfaktoren, also die Quellen, die Grundlage der Entscheidungsfindung sein bzw. das Arbeitsverhältnis beeinflussen können. Man sollte diese Gestaltungsfaktoren kennen, auch wenn in kaum einem Fall jemals alle auf einmal einschlägig sein werden. Es handelt sich vielmehr um eine Art »**Checkliste**«, die im Kopf des Klausur- oder Hausarbeitsbearbeiters sein sollte. Leider ist unsere Arbeit damit aber noch lange nicht getan, denn wir müssen jetzt als Nächstes klären, wie die verschiedenen Faktoren zueinanderstehen. **Also:** Verdrängt der Tarifvertrag die Betriebsvereinbarung? Oder geht der Arbeitsvertrag allem vor? Und was ist, wenn der Tarifvertrag oder der Arbeitsvertrag für den Arbeitnehmer ungünstiger ist als etwa die gesetzliche Lage? Die Antworten auf diese und andere Fragen gibt das Verhältnis der Gestaltungsfaktoren zueinander. Und das geht so:

II. Verhältnis der verschiedenen Gestaltungsfaktoren zueinander

1. Konkurrenz auf verschiedenen Rangstufen

a) Wir haben eingangs erwähnt, dass man die Punkte 1–8 auch als »Rechtsquellenpyramide« bezeichnet. Die Stellung der einzelnen Gestaltungsfaktoren in dieser Pyramide entspricht nun logischerweise auch ihrem Rangverhältnis untereinander: Grundsätzlich gilt für die Konkurrenz von Regelungen verschiedener Ebenen das **Rangprinzip** (ErfKomm/Preis § 611a BGB Rz. 261; *Junker* Rz. 85). Das bedeutet beispielsweise, dass in der Regel eine arbeitsvertragliche hinter einer tarifvertraglichen Regelung zurücktritt, da der Tarifvertrag höherrangig ist.

b) Durchbrochen wird dieses Rangprinzip aber vom sogenannten »Günstigkeitsprinzip« (ErfKomm/Preis § 611a BGB Rz. 261). Danach gilt eine rangniedrigere Regelung anstelle der ranghöheren für das Arbeitsverhältnis, wenn sie für den Arbeitnehmer günstiger ist. Ausdrücklich normiert ist das für das Verhältnis von tarifvertraglichen zu rangniedrigeren Regelungen in § 4 Abs. 3 2. Alt. TVG (bitte prüfen); es gilt aber ausnahmslos für alle Konkurrenzverhältnisse (BAG AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 17; AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 23; *Brox/Rüthers/Henssler* Rz. 490).

Beachte: Folglich können für manche Bereiche des Arbeitsverhältnisses Regelungen des Arbeitsvertrages Geltung beanspruchen, während für andere Fragen Kollektivregelungen maßgeblich sind. Das ist zulässig – das heißt, der Arbeitnehmer darf sich aus den unterschiedlichen Rechtsquellen »**die Rosinen herauspicken**« – sofern es sich um Fragen handelt, die unterschiedlichen Sachgruppen angehören (sogenannter Sachgruppenvergleich), was z.B. bei Lohn und Urlaub der Fall ist. Das BAG formuliert diesbezüglich, dass man nicht »Äpfel mit Birnen vergleichen« dürfe (BAG NZA 1999, 887).

c) Problematisch ist allerdings das Verhältnis von vertraglichen Bestimmungen, die auf einer Einheitsregelung, einer Gesamtzusage oder einer Betrieblichen Übung beruhen (s. oben II. 6. a. und b.), zu Betriebsvereinbarungen. Als Grundsatz gilt auch hier das Günstigkeitsprinzip. Fraglich ist jedoch, ob dies auch dann so ist, wenn es sich um **freiwillige Sozialleistungen mit kollektivem Bezug** handelt. Ein typisches Beispiel hierfür sind die Betriebsrenten. Nach einer Auffassung (*Richardi* in NZA 1990, 329) gilt das Günstigkeitsprinzip auch insoweit, sodass Betriebsvereinbarungen nie (einheits-)arbeitsvertragliche Regelungen verschlechtern können. Nach der früheren Rechtsprechung des BAG und einem Teil der Lehre sollte das Günstigkeitsprinzip für solche Fälle aber nicht uneingeschränkt gelten (BAG-GS NZA 1987, 168; 2000, 49; BAG 1990, 816; BAG DB 2002, 380; ErfKomm/*Kania* § 77 BetrVG Rz. 70 ff.; *Schaub/Ahrendt* § 231 Rz. 37). Die inhaltliche Besonderheit solcher freiwilligen Sozialleistungen, so das BAG, sei gerade ihr kollektiver Bezug. Deshalb sollte der einzelne Arbeitnehmer eine für ihn im Vergleich zu der einheitsarbeitsvertraglichen Regelung verschlechternde

Betriebsvereinbarung in diesem Bereich hinnehmen müssen, wenn die Betriebsvereinbarung für die Belegschaft insgesamt nicht ungünstiger war (→ **kollektiver Günstigkeitsvergleich**), also der Dotierungsrahmen, der durch die vertragliche Einheitsregelung geschaffen wurde, insgesamt nicht verringert, sondern nur (zuungunsten einzelner Arbeitnehmer) umverteilt wurde (BAG a.a.O.).

Diese Rechtsprechung hat allerdings durch die Entscheidung BAG NZA **2013**, 916 (bestätigt für die betriebliche Altersversorgung durch BAG NZA-RR **2015**, 371) eine Einschränkung erfahren. Danach macht der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen deutlich, dass im Betrieb einheitliche Vertragsbedingungen gelten sollen. Eine betriebsvereinbarungsfeste Gestaltung der Arbeitsbedingungen stünde dem entgegen. Die Änderung und Umgestaltung von betriebseinheitlich gewährten Leistungen wäre nur durch den Ausspruch von Änderungskündigungen möglich. Der Abschluss von betriebsvereinbarungsfesten Abreden würde zudem den Gestaltungsraum der Betriebsparteien für zukünftige Anpassungen von Arbeitsbedingungen mit kollektivem Bezug einschränken. Da Allgemeine Geschäftsbedingungen ebenso wie Bestimmungen in einer Betriebsvereinbarung auf eine Vereinheitlichung der Regelungsgegenstände gerichtet seien, könne aus Sicht eines verständigen und redlichen Arbeitnehmers nicht zweifelhaft sein, dass es sich bei den vom Arbeitgeber gestellten Arbeitsbedingungen um solche handele, die einer Änderung durch Betriebsvereinbarung zugänglich seien. Etwas Anderes soll nur dann gelten, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausdrücklich Vertragsbedingungen vereinbaren, die unabhängig von einer für den Betrieb geltenden normativen Regelung Anwendung finden sollen (BAG NZA **2013**, 916).

Tipp: Die Diskussion über die Bedeutung dieser Entscheidung(en) ist nach wie vor in vollem Gange. Aus meiner Sicht ließe sich eine damit zusammenhängende Prüfungsaufgabe zwar durchaus in eine Klausur »verpacken«, wahrscheinlicher erscheint aber eine Thematisierung im Rahmen von Schwerpunktseminaren. Dann müssen die hierzu vorhandenen – mehrheitlich kritischen – Literaturanmerkungen ausgewertet werden: vgl. etwa *Linsenmaier* in RdA 2014, 336; *Preis/Ulber* in NZA 2014, 6; *Meinel/Kiehn* in NZA 2014, 509; *Hromadka* in NZA 2013, 1061; *Säcker* in BB 2013, 2677; *Junker* Rzn. 732 f.

2. Konkurrenz auf derselben Rangstufe

Auf derselben Rangstufe bestimmt sich das Verhältnis verschiedener Bestimmungen nach dem **Spezialitäts-** und dem **Ordnungsprinzip**. Danach geht die speziellere der allgemeineren Regelung vor (→ *lex specialis derogat legi generali*), während über das Verhältnis zweier nacheinander ergehender Bestimmungen, die in keinem Spezialitätsverhältnis stehen, das Alter entscheidet, sodass die jüngere die ältere Regelung ablöst (Zeitkollisionsregel: → *lex posterior derogat legi priori*). Für das Günstigkeitsprinzip ist bei dieser Konkurrenz kein Raum (ErfKomm/*Preis* § 611a BGB Rz. 261).

2. Pause: Auch dieser Teil über das Konkurrenzverhältnis der verschiedenen Gestaltungsfaktoren sollte im günstigsten Fall behalten werden. Es kommt relativ häufig vor, dass Klausuren, zumindest als Nebenschauplatz, eines dieser Verhältnisse zum Thema nehmen; Probleme etwa des Günstigkeitsprinzips sind gängige Klausurmaterie, insbesondere wegen der geschilderten Ausnahmen, auf die die Kandidaten dann auch gerne – vom Prüfer durchaus beabsichtigt! – reinfallen.

So, und ob wir die ganze Sache wirklich kapiert haben, schauen wir uns jetzt im letzten Schritt mal am konkreten Fall an, also:

III. Die Urlaubsansprüche von A, B und M

1. Der Urlaubsanspruch des A

Wir fangen mit A an, weil das schlicht am einfachsten ist, nämlich: Mangels Gewerkschaftszugehörigkeit gilt der (**nicht** für allgemein verbindlich erklärte) Tarifvertrag für den A nicht. Auch sein Arbeitsvertrag enthält keinerlei Regelung des Urlaubs. Folglich gilt für ihn allein die gesetzliche Bestimmung des § 3 Abs. 1 BUrlG (aufschlagen!).

ZE.: Der A hat somit jährlich einen Anspruch auf 24 Werktage. Und das sind unter Hinzuziehung der Bestimmung des § 3 Abs. 2 BUrlG (bitte nachsehen) genau **4 Wochen** Urlaub.

2. Urlaubsanspruch des B

Für den ebenfalls nicht in der Gewerkschaft organisierten B kommen zwei Regelungen in Betracht: Zum einen die Vorschrift des § 3 Abs. 1 BUrlG (24 Werktage), und zum anderen die arbeitsvertragliche Regelung (28 Werktage). Es handelt sich hier um eine Konkurrenz zweier Bestimmungen verschiedenerer Rangstufen, für die – wie wir jetzt wissen – grundsätzlich das Rangprinzip gilt. **Finte!** Da aber die rangniedrigere Regelung des Arbeitsvertrags günstiger ist, greift insoweit das **Günstigkeitsprinzip**. Ausschlaggebend ist damit der Arbeitsvertrag.

ZE.: B hat folglich einen Urlaubsanspruch von 28 Werktagen.

3. Urlaubsanspruch der M

Die meisten konkurrierenden Regelungen bestehen im Hinblick auf die gewerkschaftszugehörige M: Gesetzlich sind es 24 Werktage Urlaub, vertraglich sind es 32 Werktage und tarifvertraglich schließlich 30 (und früher 34 Werktage). Die vertragliche Regelung ist zwar rangniedriger, aber sichtbar günstiger als die gesetzliche. Auch die ranghöhere tarifvertragliche Regelung ist ungünstiger als der Arbeitsvertrag. Zwar war die alte tarifvertragliche Regelung am günstigsten, diese hat aber wegen des Ordnungsprinzips, das auch Ablösungsprinzip genannt wird, das für konkurrierende Regelungen auf einer Rangstufe gilt, keinerlei Bedeutung mehr. Verstanden!?

ZE.: Unsere M hat also einen Anspruch auf 32 Tage Urlaub.

4. Eine neue Regelung durch den Betriebsrat?

Der Betriebsrat beklagt diese Uneinheitlichkeit der Urlaubsregelung. Da die Arbeitnehmer selbst keinen Anspruch auf eine Gleichbehandlung in diesem Punkt haben, weil es sich nicht um freiwillige und generell gewährte Leistungen, sondern um individuell ausgehandelte Regelungen handelt (die offensichtlich auf der unterschiedlichen Stellung im Betrieb beruhen), kommt der Abschluss einer **Betriebsvereinbarung** in Betracht. Allerdings existiert eine tarifvertragliche Bestimmung, sodass die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG (aufschlagen!) eingreift. Eine Öffnungsklausel gemäß § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG sieht der Tarifvertrag nicht vor. Auch unter Hinweis auf den Anwendungsvorrang des § 87 Abs. 1 BetrVG vor § 77 Abs. 3 BetrVG – unterstellt, es handelte sich lediglich um eine tarifübliche oder nachwirkende Bestimmung – wäre eine Betriebsvereinbarung in unserem Fall nicht möglich, da der Umfang des Urlaubsanspruchs nicht in die zwingende Mitbestimmungskompetenz des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG fällt.

ZE.: Der Betriebsrat kann mittels Betriebsvereinbarung keine Vereinheitlichung der Urlaubsdauer erreichen. Auch unter dem Gesichtspunkt des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes sind die unterschiedlichen Ergebnisse zu III. 1.–3. unbedenklich.

Ergebnis: A hat einen Anspruch auf 24 Werktage Urlaub, B auf 28 und M auf 32. Und das war's dann.

Zwei Anmerkungen noch zur Urlaubsregelung

1. Das BAG hatte im **Oktober 2014** (→ NJW 2015, 1324) die interessante Frage zu klären, ob eine arbeitsvertraglich geregelte Urlaubsstaffelung nach dem **Lebensalter** zulässig ist oder gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verstößt. Im konkreten Fall gewährte eine nicht tarifgebundene Firma, die fabrikmäßig Schuhe produzierte, den Mitarbeitern, die das 58. Lebensjahr vollendet hatten, arbeitsvertraglich garantierte 36 Urlaubstage, und damit **zwei** Tage mehr Erholung als allen übrigen (jüngeren) Arbeitnehmern, die nämlich »nur« 34 Tage erhielten. Eine 50-jährige Arbeitnehmerin klagte daraufhin auf Gleichbehandlung und erklärte, die Bevorzugung älterer Arbeitnehmer benachteilige sie unangemessen und sei daher rechtswidrig. **Frage:** Stimmt das?

Lösung: Zur allgemeinen Überraschung hielt das BAG die vertragliche Regelung für zulässig und begründete dies namentlich mit **§ 10 Satz 3 Nr. 1 AGG**. Da ältere Arbeitnehmer bei einer körperlich fraglos anspruchsvollen Tätigkeit naturgemäß höher belastet seien, sei es auch gerechtfertigt, durch die zusätzliche Gewährung zweier Urlaubstage dieser Belastung ausgleichend entgegenzuwirken. Die gewählte Altersgrenze von 58 Jahren sei zudem keinesfalls willkürlich, sondern entspreche

wissenschaftlichen Erfahrungen über die abnehmende Leistungsfähigkeit im Alter. Eine arbeitsvertraglich geregelte Staffelung der Urlaubstage nach dem Lebensalter sei daher im konkreten Fall zulässig und verstoße insbesondere nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot oder das AGG (BAG NJW 2015, 1324; weitere Einzelheiten zum AGG gibt's übrigens weiter unten in Fall Nr. 7).

Beachte aber: In zwei jüngeren Entscheidungen aus dem Oktober und dem November 2016 erklärte das BAG demgegenüber eine an das Lebensalter gekoppelte, tariflich festgelegte Urlaubsstaffelung für unwirksam. Im ersten Fall (→ BAG NZA 2017, 267) ging es um das **Hotel- und Gaststättengewerbe**. Dort gewährte die tarifliche Regelung Personen ab dem 40. Lebensjahr 27 Urlaubstage, ab 50 Lebensjahren sollten es dann 30 Urlaubstage sein. Den rechtfertigenden Hinweis der Arbeitgeber, die Berufe im Hotel- und Gaststättengewerbe seien typischerweise durch körperlich anstrengende Tätigkeiten und die Notwendigkeit, immer und jederzeit »erholt auszusehen«, gekennzeichnet, ließ das BAG nicht gelten. Insoweit, so die Richter, fehle es zum einen an wissenschaftlich fundierten Erhebungen darüber, dass gerade ab dem 50. Lebensjahr besondere Erholungszeiten nötig seien, insbesondere vor dem Hintergrund, dass es im Hotel- und Gaststättengewerbe unbestritten auch Tätigkeiten gebe, die weniger belastend seien als andere. Dass gleichwohl alle Arbeitnehmer, und zwar unabhängig von ihrer jeweiligen Beschäftigung, von dieser Regelung betroffen seien, sei widersprüchlich und demnach nicht nachvollziehbar. Zudem stelle sich die Frage, inwieweit überhaupt ein Bedürfnis bestehe und als Grundlage einer Urlaubsstaffelung dienen könne, im Hinblick auf die Kundschaft und das Gewerbe an sich jederzeit »erholt auszusehen«. Eine solche Behauptung und angebliche Notwendigkeit sei nicht tauglicher Gegenstand für die Rechtfertigung einer an das Alter gekoppelten Urlaubsregelung. Insgesamt könne daher auch nicht von einer Rechtfertigung der Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer, weder gemäß § 8 Abs. 1 AGG noch nach § 10 Satz 1 und Satz 2 AGG gesprochen werden. Die Benachteiligung sei daher unwirksam im Sinne des § 7 Abs. 2 AGG mit der Konsequenz, dass sämtlichen Arbeitnehmern, also auch denjenigen unter 50 Jahren, 30 Urlaubstage zu gewähren seien (→ BAG NZA 2017, 267). In einem weiteren Fall aus dem **November 2016** (→ BAG NZA 2017, 339) bestätigte das BAG diese Rechtsprechung: Dort ging es um einen Tarifvertrag für den Bereich der Pflegedienste in Kliniken, der ebenfalls pauschal die Altersgrenze für einen erhöhten Urlaubsanspruch bei 50 Lebensjahren setzte mit dem Hinweis, ab diesem Alter bestehe ein erhöhter Erholungsbedarf. Auch hier erklärten die Richter, dass diese Altersgrenze rein willkürlich sei und insbesondere ohne wissenschaftlichen Nachweis erfolge. Da aber die Arbeitgeber für die Rechtfertigung einer Benachteiligung im Sinne des § 10 AGG beweis- und darlegungspflichtig sind, genüge eine solche, pauschale Behauptung diesem Erfordernis nicht mit der Folge, dass die entsprechenden Regelungen gemäß § 7 Abs. 2 AGG nichtig seien (→ BAG NZA 2017, 267). **Feinkost:** Stellt ein Gericht fest, dass der Arbeitgeber in der Vergangenheit zu Unrecht teilweise Urlaub nicht gewährt hat, steht dem Arbeitnehmer aus den §§ 275 Abs. 1 und 4, 280 Abs. 1 und 3, 283 Satz 1, 286 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit Abs. 2 Nr. 3, 287 Satz 2, 249 Abs. 1 BGB ein Schadensersatzanspruch zu, der – Achtung! – die Gewährung von **Ersatzurlaub** zum Gegenstand hat (BAG NZA 2018, 1480; BAG NZA 2017, 339; BAG NZA 2017, 267).

2. Im Oktober 2015 musste das BAG (→ NZA 2016, 159) schließlich auch noch klären, unter welchen Voraussetzungen eigentlich die »Wartezeit« im Sinne des § 4 BUrlG erfüllt ist. Folgendes hatte sich zugetragen:

Nach langjähriger Beschäftigung kündigte der Arbeitnehmer (AN) seinen Arbeitsvertrag gegenüber dem Arbeitgeber (AG) wirksam zum 30. Juni 2012 (= ein **Sams- tag**). Laut Arbeitsvertrag standen dem AN pro Jahr 26 Urlaubstage zu, von denen er aber zum Zeitpunkt der Kündigung erst **drei** Tage genommen hatte. Auf Initiative des AG hin schlossen die Parteien am 25. Juni 2012 dann einen neuen Arbeitsvertrag mit Wirkung/Inkrafttreten zum 2. Juli 2012 (= ein **Montag**), aus dem dem AN wiederum 26 Urlaubstage jährlich zustehen sollten. Diesen Arbeitsvertrag kündigt der AG nach erheblichen Unstimmigkeiten mit dem AN schließlich fristlos (und wirksam) am 12. Oktober 2012. Der AN forderte anschließend Abgeltung von nicht genommenen 23 Urlaubstagen für das Jahr 2012. **Zu Recht?**

Einstieg: Bei sorgfältiger Lektüre des Gesetzes ergibt sich daraus zunächst Erstaunliches: Gemäß § 5 Abs. 1 c) BUrlG (aufschlagen!) hat der AN aus dem ersten Arbeitsvertrag für das Jahr 2012 nur einen Anspruch auf Teilurlaub, nämlich auf 6/12 (= 13 Arbeitstage), da das Arbeitsverhältnis in der ersten Hälfte des Kalenderjahres, und zwar zum 30. Juni gekündigt wurde. Im Hinblick auf den zweiten Arbeitsvertrag gilt demgegenüber **§ 5 Abs. 1 a) BUrlG** mit der Folge, dass auch insoweit nur ein Teilanspruch von 3/12 (= 6,5 Tage, die wegen § 5 Abs. 2 BUrlG auf 7 Tage aufgerundet werden müssen) erwachsen konnte, da die sechsmonatige Wartezeit des § 4 BUrlG zum Zeitpunkt der fristlosen Kündigung im Oktober 2012 ja noch nicht erfüllt war.

ZE.: In der Summe ergibt sich nach strenger Anwendung der gesetzlichen Vorschriften auf die vorliegende vertragliche Konstruktion damit Folgendes: Dem AN stehen grundsätzlich nur 20 Urlaubstage für das Jahr 2012 (→ 13+7), abzüglich der bereits genommenen drei Tage, demnach also nur noch **17 Tage** (und **NICHT** die geforderten 23 Tage!) Urlaub zu, der gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG entsprechend abzugelten wäre.

Oder?

Nein! Das BAG sprach dem AN unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung die geforderten 23 Tage Urlaubsabgeltung zu und begründete dies so (→ NZA 2016, 159):

*»... Die lediglich eintägige Unterbrechung der Beschäftigung des AN ist für die Erfüllung der Wartezeit des § 4 BUrlG im vorliegenden Fall unerheblich. Soweit nach bisheriger Rechtsprechung des Senats die **rein rechtliche** (auch kurzfristige) Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses stets zur Neuberechnung der Frist des § 4 BUrlG führte, kann daran jedenfalls für Konstellationen der vorliegenden Art, in denen das Arbeitsverhältnis nur extrem kurzfristig unterbrochen wird, nicht mehr festgehalten werden ... Das BUrlG gebietet die Auslegung, dass in den Fällen, in denen bereits vor Ablauf der Kündigungsfrist des alten Vertrages auf Initiative des AG ein neuer Arbeitsvertrag geschlossen wurde, der zudem unmittelbar an den alten Arbeitsvertrag anschließt, die Wartezeit des § 4 BUrlG als erfüllt anzusehen ist. Namentlich im*

*vorliegenden Fall, bei dem lediglich ein einziger Tag (Sonntag) zwischen dem alten und dem neuen Vertrag liegt, widersprüche eine andere Auslegung dem Sinn und Zweck der Urlaubsregelungen des Gesetzes. Dies zeigt sich zudem auch im Vergleich und im Wortlaut des Gesetzes: Selbst in den Fällen des § 1 Abs. 1 KSchG nimmt die Rechtsprechung für kurzfristige Unterbrechungen an, dass die dort geforderte Wartezeit von sechs Monaten als erfüllt zu gelten hat, obwohl sich in § 1 KSchG sogar die ausdrückliche Formulierung ›ohne Unterbrechung‹ findet. Dann muss dies erst recht für § 4 BUrlG gelten, bei dem der Gesetzgeber auf die Formulierung ›ohne Unterbrechung‹ sogar verzichtet hat. In Fallgestaltungen der vorliegenden Art ist somit der **ununterbrochene Bestand** des Arbeitsverhältnisses im Sinne des § 4 BUrlG anzunehmen mit der Konsequenz, dass zugunsten des AN der volle Urlaubsanspruch für das streitgegenständliche Jahr entstanden war und mithin – abzüglich der bereits genommenen drei Tage – abzugelten war ... Da der AN nach erfüllter Wartezeit in der zweiten Hälfte des Jahres aus dem Arbeitsverhältnis ausschied, fand insbesondere keine Zwölfteilung des Urlaubsanspruchs gemäß § 5 Abs. 1 BUrlG statt, was sich aus dem Umkehrschluss zu § 5 Abs. 1c BUrlG ergibt. Dem AN stand folglich der ungekürzte, vertragliche Jahresurlaub von 26 Tagen zu ...«*

Merke: Nur kurzfristige Unterbrechungen des Arbeitsverhältnisses haben jedenfalls dann keine Auswirkungen auf die Berechnung der Wartezeit im Sinne des § 4 BUrlG, wenn bereits vor Ablauf der Kündigungsfrist des alten Vertrages ein neuer Arbeitsvertrag mit dem gleichen AG geschlossen wurde und zwischen beiden Verträgen nur eine sehr kurze Zeitspanne liegt. Die Anwendung der Zwölfteilungsregel des § 5 BUrlG ist in diesen Konstellationen ausgeschlossen, man hat vielmehr von einem ununterbrochen bestehenden Arbeitsverhältnis auszugehen (→ BAG NZA 2016, 129).

Gutachten

Urlaubsansprüche von A, B und M

1. Urlaubsanspruch des A

A gehört keiner Gewerkschaft an und ist mithin als nicht gewerkschaftszugehörig zu behandeln. Der im Sachverhalt genannte Tarifvertrag ist für sein Arbeitsverhältnis gemäß § 3 Abs. 1 TVG mangels Allgemeinverbindlichkeit (§ 5 TVG) somit nicht einschlägig. Auch dem Arbeitsvertrag sind keine Regelungen zum Urlaub zu entnehmen. Folglich gilt für den A allein die gesetzliche Bestimmung des § 3 Abs. 1 BUrlG. A hat somit einen Anspruch auf 24 Werktage Urlaub jährlich. Das sind unter Hinzuziehung der Bestimmung des § 3 Abs. 2 BUrlG im vorliegenden Fall genau vier Wochen.

2. Urlaubsanspruch des B

Für den ebenfalls nicht in der Gewerkschaft organisierten B kommen zwei Urlaubsregelungen in Betracht: Zum einen die Regelung des § 3 Abs. 1 BUrlG, wonach 24 Werktage Urlaubsanspruch gewährt werden; und zum anderen die arbeitsvertragliche Bestimmung, wonach ein Anspruch auf 28 Werktage Urlaub für den B bestünde. Fraglich ist demnach, welche der beiden Grundlagen einschlägig ist.

Es handelt sich hier um eine Konkurrenz zweier Bestimmungen verschiedenerer Rangstufen, für die grundsätzlich das Rangprinzip gilt. Die gesetzliche Regelung wäre somit an sich

vorrangig. Da die rangniedrigere Regelung des Arbeitsvertrags aber günstiger ist, greift insoweit das Günstigkeitsprinzip. B hat folglich einen Urlaubsanspruch von 28 Werktagen pro Jahr.

3. Urlaubsanspruch der M

Als Rechtsgrundlage für den jährlichen Urlaubsanspruch der M kommen drei konkurrierende Regelungen in Betracht. Gesetzlich stehen M nur 24 Werktage Urlaub zu; vertraglich wären es 32 Werktage und tarifvertraglich schließlich 30 (früher waren das sogar 34) Werktage Urlaub im Jahr. Die vertragliche Regelung ist zwar rangniedriger, aber günstiger als die gesetzliche. Auch die ranghöhere tarifvertragliche Regelung ist ungünstiger als der Arbeitsvertrag. Zwar war die alte tarifvertragliche Regelung am günstigsten, diese hat aber wegen des Ordnungsprinzips (auch Ablösungsprinzip genannt), das für konkurrierende Regelungen auf einer Rangstufe gilt, keinerlei Bedeutung mehr. M hat also einen Anspruch auf 32 Tage Urlaub entsprechend der arbeitsvertraglichen Regelung.

4. Regelung durch den Betriebsrat?

Möglicherweise kann der Betriebsrat mittels einer Betriebsvereinbarung mit U als Arbeitgeber eine Vereinheitlichung der unterschiedlichen Urlaubsregelungen erreichen. Allerdings existiert eine tarifvertragliche Bestimmung, sodass die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG eingreift. Eine Öffnungsklausel gemäß § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG sieht der Tarifvertrag nicht vor.

Auch unter Hinweis auf den Anwendungsvorrang des § 87 Abs. 1 BetrVG vor § 77 Abs. 3 BetrVG – unterstellt, es handelte sich lediglich um eine tarifübliche oder nachwirkende Bestimmung – wäre eine Betriebsvereinbarung nicht möglich, da der Umfang des Urlaubsanspruchs nicht in die zwingende Mitbestimmungskompetenz des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG fällt. Eine vereinheitlichende Regelung der Urlaubsansprüche durch Betriebsvereinbarung ist somit vorliegend ausgeschlossen.