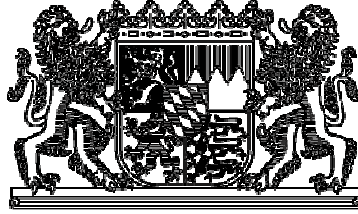


3 Sa 1064/10
31 Ca 2286/10
(ArbG München)

Verkündet am: 12.05.2011

Kübler
Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

C.

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

U. e. V.

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 12. Mai 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Rosenfelder und die ehrenamtlichen Richter Kuhlemann und Schneid

für Recht erkannt:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 10.09.2010 - 31 Ca 2286/10 - wird kostenpflichtig zurückgewiesen.
2. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten um Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte - eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien im Baugewerbe - geltend gemachte Ansprüche auf Urlaubsabgeltung bzw. Entschädigung für nicht genommenen Urlaub.

Der Kläger war bis 31.05.2009 bei einem Bauunternehmen als Kranführer beschäftigt. Er erlitt am 04.11.2005 einen Arbeitsunfall und war bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses auf Grund ordentlicher Arbeitgeberkündigung zum 31.05.2009 (vgl. Ziffer 1. des gerichtlichen Vergleichs vom 25.11.2009 im Verfahren vor dem Arbeitsgericht München - 4 Ca 3628/09) überwiegend infolge Erkrankung arbeitsunfähig. Von seiner Krankenkasse bezog er als Entgeltersatzleistung für die Zeiträume 01.01.2006 bis 07.05.2006, 15.05.2006 bis 07.07.2006, 20.11.2006 bis 07.10.2007 sowie 29.11.2007 bis über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus Verletztengeld. In den dazwischen liegenden Zeiträumen vom 08.05.2006 bis 14.05.2006, 08.07.2006 bis 19.11.2006 und 08.10.2007 bis 28.11.2007 fanden Wiedereingliederungsmaßnahmen („Arbeitsversuche“) statt.

Die Tarifvertragsparteien des Baugewerbes in Bayern haben mit Gründung der Beklagten im Jahr 1949 eine branchenspezifische Lösung im Sinne eines beitragsfinanzierten Ur-

laubsvergütungssystem geschaffen, um den negativen Folgen des - vergleichsweise häufig vorkommenden Arbeitgeberwechsels im Verlauf des Urlaubsjahres auf die Arbeitnehmer zu begegnen. Hierzu melden die jeweiligen Arbeitgeber die Beschäftigung des Arbeitnehmers bei der Beklagten und zahlen monatlich Beiträge auf Basis des individuellen Bruttolohns jedes einzelnen Beschäftigten an die Beklagte zur Finanzierung der späteren Urlaubsgewährung. Will der Arbeitnehmer in Urlaub gehen, stellt er beim jeweiligen Arbeitgeber einen Urlaubsantrag. Der Arbeitgeber klärt mit der Beklagten ab, ob ein ausreichender Urlaubsanspruch vorhanden ist. Wenn dies der Fall ist, gewährt der jeweilige Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den beantragten Urlaub und zahlt an ihn das Urlaubsentgelt nach den tariflichen Regelungen aus. Die Beklagte erstattet dann dem Arbeitgeber das verauslagte Urlaubsentgelt. Wenn der Arbeitnehmer den Urlaub aus bestimmten, tariflich geregelten Gründen nicht in natura nehmen kann, wandelt sich der Anspruch auf Urlaubsentgelt in einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung bzw. Urlaubsentschädigung um. Diese Ansprüche sind unmittelbar gegenüber der Beklagten geltend zu machen. Die geschilderte Urlaubsregelung der Tarifvertragsparteien hat somit zur Folge, dass die Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers so zu erfüllen sind, als sei er dauernd nur bei dem jeweils urlaubsgewährenden Arbeitgeber beschäftigt gewesen. Voraussetzung für die Ansprüche - auch - auf Urlaubsabgeltung und Urlaubsentschädigung ist, dass überhaupt Beiträge von den jeweiligen Arbeitgebern für den Arbeitnehmer an die Beklagte eingezahlt wurden.

Dies war hinsichtlich des Klägers in Bezug auf die Jahre 2006 und 2007, nicht aber für die Jahre 2008 und 2009 der Fall.

Die Urlaubsregelung für die gewerblichen Arbeitnehmer im Baugewerbe in Bayern vom 21.11.1983 in der Fassung vom 20.08.2007, gültig seit 01.01.2008, enthält u. a. folgende Bestimmungen:

„§ 5 Urlaubsvergütung

1. *Die Urlaubsvergütung für den Urlaub gemäß § 2 beträgt*

a) *für den vor dem 01. Januar 2008 entstandenen Urlaub 14,82 v. H. (...) des Bruttolohnes.(...)*

- b) für den nach dem 31. Dezember 2007 entstandenen Urlaub 14,25 v. H. (...) des Bruttolohnes. (...)

§ 7 Urlaubsabgeltung

1. *Der Arbeitnehmer hat nur dann einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung in Höhe der Urlaubsvergütung, wenn er (...) länger als drei Monate nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis zu einem von diesem Tarifvertrag erfassten Betrieb gestanden hat und berufsunfähig oder auf nicht absehbare Zeit außer Stande ist, seinen bisherigen Beruf im Baugewerbe auszuüben (...).*
2. *Der Anspruch auf Urlaubsabgeltung richtet sich gegen die Kasse. Dieser Anspruch ist nur zu erfüllen, soweit Beiträge für die Urlaubsansprüche des jeweiligen Urlaubsjahres bereits geleistet worden sind (...).*

§ 8 Verfallfristen

1. *Die Urlaubsansprüche und die Urlaubsabgeltungsansprüche verfallen mit Ablauf des Kalenderjahres, das auf das Jahr der Entstehung der Urlaubsansprüche folgt. (...)*

§ 9 Entschädigung durch die Urlaubskasse

Nach Verfall der Urlaubsansprüche oder Urlaubsabgeltungsansprüche hat der Arbeitnehmer innerhalb eines weiteren Kalenderjahres Anspruch auf Entschädigung gegenüber der Kasse in Höhe der Urlaubsvergütung, soweit Beiträge für die Urlaubsansprüche des jeweiligen Urlaubsjahres bereits geleistet worden sind.“

Der Kläger macht für die Jahre 2006 bis 2009 Ansprüche auf „Urlaubsabgeltung“ geltend im Umfang des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs wie folgt:

Für das Jahr 2006 errechnet er für 20 Urlaubstage - auf der Grundlage eines Tagessatzes in Höhe von 159,53 € brutto, der sich aus der Urlaubsvergütung des Jahres 2005 für tatsächlich eingebrachten Urlaub ergibt, und unter Berücksichtigung einer von der Beklagten geleisteten Urlaubsentschädigungszahlung in Höhe von 2.074,39 € brutto - einen restlichen „Urlaubsabgeltungsanspruch“ in Höhe von 1.116,21 € brutto. Für 2007 errechnet der Kläger auf der Grundlage derselben Berechnungsmethode und unter Berücksichtigung einer für diese Jahr gewährten Entschädigungszahlung in Höhe von 731,79 brutto einen Anspruch auf restliche „Urlaubsabgeltung“ in Höhe von 2.458,81 € brutto. Für die Jahre 2008 und 2009 möchte der Kläger für insgesamt 43 noch nicht verfallene Urlaubstage Urlaubsabgeltung in Höhe von 6.859,79 € brutto erhalten. Er meint, hinsichtlich dieser Urlaubsansprüche sei nach den tarifvertraglichen Regelungen noch kein Verfall eingetreten. Auch ist er der Auffassung, die genannten Ansprüche seien nicht mangels Beitragszahlung durch den Arbeitgeber ausgeschlossen, da die Beitragszahlung laut Sitzungsproto-

koll vom 25.11.2009 im Verfahren 4 Ca 3628/09 dem Grunde nach erfüllt worden sei. Der Kläger ist der Auffassung, die tarifvertragliche Urlaubsregelung bedürfe auf Grund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH 20.01.2009 - C-350/06 und C-520/06) einer europarechtskonformen Auslegung.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass die geltend gemachten Ansprüche ausscheiden, weil sie für die Jahre 2006 und 2007 an den Kläger für dessen verfallene Urlaubsvergütung Entschädigungszahlungen gemäß den tarifvertraglichen Vorschriften auf der Grundlage entsprechender Beitragszahlungen durch den Arbeitgeber geleistet habe, und dass für die Urlaubsansprüche der Jahre 2008 und 2009 mangels Beitragszahlung von Seiten des Arbeitgebers keine Entschädigungsansprüche bzw. (bezogen auf 2009) Urlaubsabgeltungsansprüche bestünden.

Das Arbeitsgericht München hat mit Endurteil vom 10.09.2010 - 31 Ca 2286/10 -, auf das hinsichtlich des erstinstanzlichen Vortrags der Parteien, der im ersten Rechtszug gestellten Anträge sowie der Einzelheiten der rechtlichen Erwägungen des Erstgerichts verwiesen wird, die Klage abgewiesen mit der Begründung, die Beklagte sei zwar passivlegitimiert, der Anspruch auf Entschädigung für die Jahre 2006 und 2007 sei auch entstanden, aber bereits erloschen. Für das Jahr 2008 habe er weder Anspruch auf Urlaubsabgeltung noch auf Urlaubsentschädigung, weil beide Ansprüche nach der tarifvertraglichen Urlaubsregelung - § 8 Nr. 1 bzw. § 9 - verfallen seien. Für das Jahr 2009 habe der Kläger keinen Anspruch auf Abgeltung, weil der Arbeitgeber für dieses Jahr tatsächlich keine Beiträge an die Beklagte gezahlt habe. Der Kläger habe keinen Anspruch aus unmittelbar geltendem Gemeinschaftsrecht, weil eine Niederlegung im Primärrecht oder in einer Verordnung nicht erfolgt sei und aus der Arbeitszeitrichtlinie kein Anspruch unter Privaten unmittelbar abgeleitet werden könne. Eine richtlinienkonforme Auslegung der tarifvertraglichen Urlaubsregelung in Verbindung mit § 13 BUrlG scheidet aus, weil die tarifliche Regelung weder planwidrig lückenhaft noch unvollständig sei. Die Urlaubsregelung stelle ein in sich geschlossenes Regelwerk im Rahmen der gesetzlichen Öffnungsklausel dar, so dass für eine richtlinienkonforme Auslegung kein Raum bleibe. Die tarifvertraglichen Vorschriften könnten nicht so ausgelegt oder fortgebildet werden, dass der Kläger einen Abgeltungs- oder Entschädigungsanspruch gerade gegen die Urlaubskasse hätte. Dies widerspräche Wortlaut, Systematik, Zweck und Gesetzesgeschichte der innerstaatlichen

Regelungen. Die richtlinienkonforme Auslegung dürfe - wie das Bundesarbeitsgericht entschieden habe (BAG 17.11.2009 - 9 AZR 844/08) - nicht dazu führen, dass eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers/der Tarifvertragsparteien im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung durch andere rechtspolitische Vorstellungen ersetzt werde. Dies hieße, eine Risikozuweisung zu Lasten der Urlaubskasse entgegen der eindeutigen Entscheidung der Tarifvertragsparteien zu treffen. Das von den Tarifvertragsparteien bestimmte System würde somit über eine richtlinienkonforme Auslegung durch das Gericht umgestaltet werden, obwohl dies den Wertungen des Systems nicht gerecht werde.

Gegen das ihm am 23.09.2010 zugestellte Endurteil vom 10.09.2010 hat der Kläger mit einem am 25.10.2010 - einem Montag - beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit einem am 28.10.2010 eingegangenen Schriftsatz begründet.

Er wiederholt und ergänzt sein erstinstanzliches Vorbringen und meint insbesondere, eine richtlinienkonforme Auslegung von § 7 Abs. 3 u. 4 BUrlG sei möglich. Nichts anderes könne für die Öffnungsklausel und für die Auslegung der hierauf beruhenden Tarifverträge gelten. Die Voraussetzungen einer planwidrigen Regelungslücke seien erfüllt. Die Annahme des Arbeitsgerichts, eine Risikozuweisung zu Lasten der Kasse sei systemwidrig, sei eine bloße Vermutung und fehlerhaft. Aus der Entstehungsgeschichte der Tarifregelung seien keine Anhaltspunkte für eine den Richtlinienzielen widersprechende Zielsetzung zu entnehmen. Auch werde die vom Kläger für richtig gehaltene Auslegung der Vorschrift des Art. 3 GG gerecht. Ein Vertrauensschutz zu Gunsten der Beklagten sei seit 24.11.1996 entfallen. Es bestehe kein vernünftiger Grund, weshalb eine unterschiedliche Auslegung des Bundesurlaubsgesetzes einerseits und des Tarifvertrags andererseits stattfinden sollte. Die Auffassung der Beklagten und des Arbeitsgerichts führe dazu, dass grundlegendste Arbeitnehmerrechte auf bezahlten gesetzlichen Mindesturlaub unterlaufen würden. Deshalb sei entsprechend der grundlegenden Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 24.03.2009 (9 AZR 983/07) eine einschränkende Auslegung der tarifvertraglichen Regelungen dahingehend vorzunehmen, dass die Arbeitnehmer, die bis zum Ende eines Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums durch eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit gehindert sind, ihren Urlaubsanspruch zu verwirklichen, von jeglicher Begrenzung des Urlaubsabgeltungsanspruchs ausgenommen seien, so dass Verfallsfris-

ten nach §§ 8, 9 Urlaubs-TV Bayern auf diese Arbeitnehmergruppe nicht anzuwenden seien. Hierdurch würde das Urlaubskassensystem nicht zusammenbrechen, da die Beklagte die Möglichkeit einer Beitragserhöhung habe.

Der Kläger beantragt:

1. *Auf die Berufung des Klägers wird das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 10.09.2010 - Az. 31 Ca 2286/10 - aufgehoben.*
2. *Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger Urlaubsabgeltung in Höhe von 10.434,81 € brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 01.06.2009 zu bezahlen.*

Die Beklagte beantragt:

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Sie bleibt bei ihrer Rechtsauffassung und verteidigt die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils. In rechtlicher Hinsicht betont sie, sie sei nur zu Leistungen im Rahmen der Tarifverträge berechtigt. Dies ergebe sich aus § 4 Nr. 1 ihrer Satzung. Die Tarifregelung sei von § 13 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 2 BUrlG gedeckt. Das Arbeitsgericht habe keine Verwerfungs- oder Nichtanwendungskompetenz. Auch bleibe für eine Auslegung „contra legem“ kein Raum. Dies verbiete die Gesetzesbindung und das Gewaltenteilungsprinzip. Die Beklagte betont, die Tarifregelung sei ein lückenloses und in sich geschlossenes Regelwerk. Das Arbeitsgericht habe somit zu Recht angenommen, dass keine planwidrige Regelungslücke bestehe. Auch folge aus § 30 des Tarifvertrages über das Sozialkassenverfahren (VTV) vom 18.12.2009 mit der dort geregelten Möglichkeit der Anpassung des Sozialkassenbeitrags gerade, dass das Urlaubskassenverfahren ein strikt beitragsfinanziertes System und die Inanspruchnahme der Urlaubskassen nur möglich und gerechtfertigt

tigt sei, wenn tatsächlich Beiträge an die Kasse gezahlt wurden und ein tariflicher Leistungsanspruch dem Grunde nach bestehe.

Hinsichtlich des sonstigen Vortrags der Parteien im zweiten Rechtszug wird auf die Schriftsätze des Klägers vom 28.10.2010 und 04.05.2011 sowie der Beklagten vom 28.12.2010 verwiesen, ferner auf die Sitzungsniederschrift vom 12.05.2011.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist zulässig, jedoch unbegründet.

I.

Die Berufung ist zulässig, sie ist statthaft nach § 64 Abs. 1 u. Abs. 2 b ArbGG und auch im Übrigen zulässig, insbesondere in der gesetzlichen Form und der vorgeschriebenen Frist eingelegt und begründet worden (§ 11 Abs. 2 ArbGG, § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG i. V. m. §§ 519 Abs. 2, 520 Abs. 3 ZPO, § 66 Abs. 1 S. 1, 2, 5 ArbGG i. V. m. § 222 ZPO).

Die Berufung ist jedoch unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Entschädigung wegen verfallener Urlaubs- bzw. Urlaubsabgeltungsansprüche nach § 9 der Urlaubsregelung für die gewerblichen Arbeitnehmer im Baugewerbe in Bayern vom 21.11.1983 in der Fassung vom 20.06.2007 noch Ansprüche auf Urlaubsabgeltung nach § 7 der genannten Urlaubsregelung.

Das Berufungsgericht folgt den durchweg fundierten und überzeugenden Ausführungen des Arbeitsgerichts in allen Belangen - bis auf den offensichtlichen Schreibfehler auf Seite 10 des angefochtenen Urteils, wonach der Anspruch für das Jahr 2008 am 31.12. „2010“ verfallen sei (richtig: 31.12.2009) -, und zwar sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung, und verweist insoweit zunächst gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG auf die Entschei-

dungsgründe des angefochtenen Urteils. Lediglich verdeutlichend und ergänzend - im Hinblick auf die in der Berufung vorgebrachten Einwände - wird ausgeführt:

1. Mit der Beklagten und dem Arbeitsgericht ist davon auszugehen, dass auf der Grundlage der tarifvertraglichen Urlaubsregelung - wenn man nicht von der vom Kläger für richtig gehaltenen „europarechtskonformen Auslegung“ ausgeht - die geltend gemachten Ansprüche nicht bestehen.

a) Die Entschädigungsansprüche des Klägers für das Jahr 2006 sind durch Erfüllung erloschen. Die Beklagte verweist zu Recht darauf, dass der vom Kläger für das Jahr 2006 erworbene Urlaubsvergütungsanspruch nach § 8 der Urlaubsregelung zum 31.12.2007 verfallen ist und sich nach § 9 der Urlaubsregelung in einen entsprechenden Entschädigungsanspruch umgewandelt hat, der von der Beklagten am 19.02.2008 in Höhe von 2.047,39 € durch Zahlung erfüllt wurde.

Das Arbeitsgericht hat zu Recht ausgeführt, dass der vom Kläger geltend gemachte höhere Entschädigungsanspruch nicht bestehe. Gegen die von der Beklagten zutreffend wiedergegebene Berechnung dieses Anspruchs unter Vorlage des Urlaubsnachweises für das Kalenderjahr 2006 (Anlage K4 = Bl. 11 d. A.) ist der Kläger nicht mit Einwänden auf der Basis der einschlägigen tarifvertraglichen Regelungen entgegengetreten, sondern mit der bereits im ersten Rechtszug angestellten Berechnung des Urlaubsentgelts je Urlaubstag, die nicht mit den tarifvertraglichen Bestimmungen in Einklang steht.

Die Beklagte weist hinsichtlich des vom Kläger für das Jahr 2006 geltend gemachten Anspruch ferner darauf hin, dass das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt habe, eine Nacherfüllung sei gemäß § 9 der Urlaubsregelung ausgeschlossen, weil ein etwaiger Entschädigungsanspruch des Klägers für dieses Jahr mit Ablauf des 31.12.2008 endgültig verfallen wäre. Es trifft zu, dass § 9 der Urlaubsregelung insoweit als Ausschlussfrist zu verstehen ist.

b) Entsprechendes gilt für das Jahr 2007. Auch für dieses Jahr hat die Beklagte, wie sie zutreffend ausführt, den verfallenen Urlaubsvergütungsanspruch in Form eines Entschädigungsanspruchs nach § 9 der Urlaubsregelung auf der Grundlage der tarifvertragli-

chen Berechnungsparameter durch Zahlung in Höhe von 731,79 € erfüllt.

Auch für dieses Jahr trifft zu, dass hypothetische Nachforderungsansprüche nach § 9 der Urlaubsregelung ausgeschlossen sind.

c) Für das Jahr 2008 gilt, dass ein Urlaubsvergütungsanspruch, der sich nach § 8 Nr. 1 der Urlaubsregelung in einen Entschädigungsanspruch hätte verwandeln können, ausgeschlossen ist, weil für dieses Jahr Beiträge des Arbeitgebers an die Beklagte nicht entrichtet wurden und - unstreitig - auch nicht zu entrichten waren.

d) Entsprechendes gilt für einen vom Kläger geltend gemachten Urlaubsabgeltungsanspruch für das Jahr 2009. Ein solcher Anspruch ist nach § 7 Nr. 2 der Urlaubsregelung ausgeschlossen, weil Arbeitgeberbeiträge an die Kasse nicht geleistet wurden.

2. Dem Kläger stehen die geltend gemachten Ansprüche nicht auf Grund einer richtlinienkonformen Auslegung oder Fortbildung des nationalen Rechts zu.

a) Zutreffend hat das Arbeitsgericht festgestellt, der Kläger habe keinen Anspruch aus unmittelbar geltendem Gemeinschaftsrecht, weil die Arbeitszeitrichtlinie nicht unter Privaten gelte. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG 17.11.2009 - 9 AZR 844/08 - Rn. 20 - 23). Auch der Kläger geht - jedenfalls im zweiten Rechtzug - davon aus, dass aus dem Gemeinschaftsrecht keine unmittelbarer Anspruch folge.

b) Entgegen der Auffassung des Klägers ist jedoch eine richtlinienkonforme Auslegung der gesetzlichen Öffnungsklausel in § 13 Abs. 2 S. 1 BUrlG und der tarifvertraglichen Urlaubsregelung nicht möglich.

aa) Dies gilt zunächst für die gesetzliche Öffnungsklausel in § 13 Abs. 2 S. 1 BUrlG. Der vom Kläger postulierte Gleichklang in der Beurteilung der Auslegungsfähigkeit der gesetzlichen Urlaubsabgeltungsregelung in § 7 Abs. 4 BUrlG einerseits und der gesetzlichen Öffnungsklausel (wie auch der sie ausfüllenden Tarifregelung) andererseits besteht nicht. Es trifft gerade nicht zu, dass für die Frage der Auslegungsfähigkeit in beiden Fällen

dieselben Grundsätze gelten müssten. Vielmehr richtet sich die Frage der Auslegungsfähigkeit der jeweiligen Norm nach ihrem Inhalt.

Das Bundesarbeitsgericht hat in der grundlegenden Entscheidung vom 24.03.2009 (9 AZR 983/07 Rn. 60) ausgeführt, es spreche viel dafür, das Ergebnis einer möglichen und gebotenen richtlinienkonformen Auslegung bereits aus einer einschränkenden Gesetzesauslegung im engeren Sinne - und nicht erst aus einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung - zu gewinnen, weil das Erfordernis der Erfüllbarkeit der Freistellung, der Verfall des Urlaubsanspruchs und der Surrogationscharakter des Abgeltungsanspruchs im Gesetzeswortlaut nicht ausdrücklich angelegt und dem Gesetzeszusammenhang nicht in einer Weise zu entnehmen seien, die jede andere Auslegung ausschließe; der Verfall sei in § 7 Abs. 3 u. 4 BUrlG nicht ausdrücklich angeordnet, die Abgeltung im Wortlaut des § 7 Abs. 4 BUrlG nicht davon abhängig gemacht, dass der Urlaubsanspruch erfüllt sei (BAG 24.03.2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 60 - 62).

Dies ist im Falle der Öffnungsklausel des § 13 Abs. 2 S. 1 BUrlG anders. Wie das Arbeitsgericht zutreffend angenommen hat, scheidet eine richtlinienkonforme Auslegung der gesetzlichen Öffnungsklausel - und erst recht eine entsprechende Rechtsfortbildung - aus, weil die richtlinienkonforme Auslegung nicht dazu führen darf, dass eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers durch andere rechtspolitische Vorstellungen ersetzt wird.

Dem ist beizupflichten. Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 17.11.2009 (9 AZR 844/08 Rn. 24 - 30) ausgeführt, die Öffnungsklauseln in § 13 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 BUrlG könnten nicht richtlinienkonform ausgelegt oder fortgebildet werden. Die Verpflichtung zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung sei durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze, insbesondere durch den Grundsatz der Rechtssicherheit, beschränkt, und dürfe nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts „contra legem“ dienen. Diese Grenze wäre überschritten, wenn die genannten Öffnungsklauseln dahin ausgelegt - oder fortgebildet - würden, dass jeder Arbeitnehmer urlaubsrechtliche Ansprüche nach Maßgabe der Arbeitszeitrichtlinie habe. Das Gemeinschaftsrecht enthalte keinen Mechanismus, der es dem nationalen Gericht erlaube, nationale Vorschriften zu „eliminieren“ die von der Regelung einer nicht oder unzureichend umgesetzten Richtlinie abweichen (BAG a. a. O. Rn. 22). Eine einschränkende Gesetzesauslegung im engeren

Sinne setze eine Rechtsfindung innerhalb des Wortlauts der nationalen Norm voraus (BAG a. a. O. Rn. 28). Eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung, z. B. durch teleologische Reduktion, scheitere zwar nicht notwendig an der Grenze des Wortlauts; die Auslegung „contra legem“ sei jedoch - verstanden im funktionellen Sinne, d. h. bezogen auf den Bereich, in dem eine richterliche Rechtsfindung unzulässig sei, weil sie eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers auf Grund eigener rechtspolitischer Vorstellungen ändern wolle - durch das deutsche Verfassungsrecht im Sinne einer Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) ausgeschlossen (BAG a. a. O. Rn. 29). Im Falle der Öffnungsklauseln in § 13 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 2 S. 1 BUrlG scheide nicht nur die richtlinienkonforme Auslegung im engeren Sinne, sondern selbst das weitergehende methodische Instrument der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung aus (BAG a. a. O. Rn. 30).

Dem ist aus der Sicht der Berufungskammer nichts hinzuzufügen. Auch wenn diese - zutreffende - Auffassung zur Folge hat, dass auf Grund einer die gesetzliche Öffnungsklausel ausfüllenden Tarifregelung „die grundlegendsten Arbeitnehmerrechte auf bezahlten Jahresurlaub von mindestens 20 Werktagen in der Fünf-Tage-Woche unterlaufen werden in dem Sinne, dass Urlaubsabgeltungsansprüche ungeachtet der vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Grundsätze (EuGH 20.01.2009 - C-350/06 u. C-520/06) erlöschen, kann dieses (für die betroffenen Arbeitnehmer sehr unerfreuliche und unbefriedigende) Ergebnis nicht durch eine entsprechende „Korrektur“ der gesetzlichen Öffnungsklausel erreicht werden.

Auch der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet keine derartige „Korrektur“ des § 13 BUrlG. Denn die Besonderheiten in der Baubranche, die sowohl der gesetzlichen Öffnungsklausel in § 13 Abs. 2 S. 1 BUrlG als auch in den diese Klausel ausfüllenden tarifvertraglichen Bestimmungen zu Grunde liegen, stellen einen sachlichen Grund für die unterschiedliche Behandlung der von der Öffnungsklausel betroffenen Arbeitnehmer im Verhältnis zu den dadurch nicht berührten Arbeitnehmern dar. Dies hat die Beklagte im Berufungsverfahren - im Rahmen ihrer Ausführungen zum Urlaubskassenverfahren (Schriftsatz vom 28.12.2010, zu A. 2. = S. 2 - 4) zutreffend gesehen und richtig dargestellt.

Da nach allem § 13 Abs. 2 S. 1 BUrlG im Gegensatz zu § 7 Abs. 4 BUrlG weder im engeren noch im weiteren Sinne auslegungs- bzw. rechtsfortbildungsfähig ist, gibt es entgegen der Auffassung des Klägers wohlbegründete Anhaltspunkte - und vor allem solche aus der Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Vorschrift des § 13 BUrlG - für die von der Beklagten und vom Arbeitsgericht vertretene Rechtsauffassung.

bb) Auch die tarifvertragliche Urlaubsregelung kann nicht im vom Kläger gewünschten Sinne europarechtskonform ausgelegt bzw. fortgebildet werden. Denn es handelt sich, wie das Arbeitsgericht überzeugend herausgearbeitet hat, um ein fein austariertes, beitragsfinanziertes System, das nicht lückenhaft oder unvollständig ist und insbesondere auch nicht eine planwidrige Regelungslücke enthält.

Entgegen der Auffassung des Klägers würde die von ihm gewünschte Auslegung dieses System sprengen. Insbesondere würde die vom Kläger für richtig gehaltene Auslegung zu einer Abkehr von der nach den tariflichen Grundlagen für jede Inanspruchnahme der Urlaubskasse unabdingbaren Voraussetzung bedeuten, dass die entsprechenden Beiträge bezahlt wurden. Es würde, wie das Arbeitsgericht zutreffend erkannt hat, eine Verpflichtung der Urlaubskasse unabhängig von einer tatsächlichen Beitragszahlung geschaffen. Dies bedeutete eine Abweichung von den Systemgrundlagen der tarifvertraglichen Urlaubsregelung, also einen Paradigmenwechsel. Eine solche Abkehr von einem Grundpfeiler der Tarifregelung widerspräche nicht nur dem Wortlaut und - zur Gänze - der Systematik der tarifvertraglichen Urlaubsregelung, sondern vor allem auch ihrem Sinn und Zweck, wie ihn nicht nur das Arbeitsgericht, sondern auch die Beklagte im Berufungsverfahren zutreffend wiedergegeben hat. Zweck des tarifvertraglichen Urlaubs(vergütungs)systems ist es, den Urlaubsanspruch sowie den darauf bezogenen Urlaubsentgeltanspruch vom einzelnen Arbeitsverhältnis unabhängig zu machen und dementsprechend alle Beschäftigungszeiten in Betrieben des Baugewerbes für den Urlaubsanspruch zusammenzurechnen. Deshalb richten sich die Entstehung des Urlaubsanspruchs, die Urlaubsdauer und der Anspruch auf das Urlaubsentgelt grundsätzlich nach den zurückgelegten Beschäftigungstagen und dem während dieser Zeit erzielten Bruttolohn. Gerade deshalb können nach der tarifvertraglichen Regelung die Arbeitnehmer im Baugewerbe ihre Urlaubsansprüche in das neue Arbeitsverhältnis „mitnehmen“, wenn sie in einen anderen Baubetrieb wechseln. Der neue Arbeitgeber ist dann verpflichtet, Urlaubsansprüche so zu erfüllen, als

sei der Arbeitnehmer nur bei ihm beschäftigt gewesen und habe die entsprechenden Urlaubsansprüche gegen ihn erworben. Gerade dies ist die Grundlage für den - notwendigen - Ausgleich der Arbeitgeber untereinander über die Urlaubskasse.

Zutreffend weist die Beklagte darauf hin, dass die tariflichen Urlaubsregelungen als Ganzes zu betrachten sind und nicht einseitig punktuell - hinsichtlich einzelner für die Arbeitnehmer ungünstiger Bestimmungen bzw. Rechtsfolgen - unangewendet gelassen werden können, zumal die tarifliche Urlaubsregelung auch eine ganze Reihe für die Arbeitnehmer im Baugewerbe günstigere Regelungen enthält wie das Fehlen einer Wartezeit im Sinne von § 4 BUrlG, den Erwerb eines Anspruchs auf einen Tag Urlaub bereits nach jeweils zwölf Beschäftigungstagen (§ 3 Nr. 2 Urlaubsregelung), die Übertragung von Resturlaubsansprüchen ohne besondere Gründe in das gesamte folgende Kalenderjahr entgegen § 7 Abs. 3 BUrlG (§ 3 Nr. 7 Urlaubsregelung), den Verfall von Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen erst mit Ablauf des auf das Jahr der Entstehung der Urlaubsansprüche folgenden Kalenderjahres (§ 8 Nr. 1 Urlaubsregelung) sowie die „Verlängerung“ der Urlaubs- oder Urlaubsabgeltungsansprüche durch einen Entschädigungsanspruch (§ 9 Urlaubsregelung).

Angesichts dieser Besonderheiten des tarifvertraglichen Urlaubssystems erscheint die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke schlechterdings ausgeschlossen. Selbst wenn man dies nicht so sähe, wäre es den Gerichten für Arbeitsachen auf Grund der grundgesetzlich geschützten Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) verwehrt, die Regelungslücke in systemwidriger Weise zu schließen.

Dieses Ergebnis stellt auch keine Verletzung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG dar. Denn für die vorliegende tarifvertragliche Sonderregelung (im Verhältnis zur gesetzlichen Urlaubsregelung) gibt es, schon im Hinblick auf die spezielle gesetzliche Öffnungsklausel des § 13 Abs. 2 S. 1 BUrlG, aber, wie ausgeführt wurde, auch in Bezug auf die Besonderheiten in der Baubranche, vernünftige sachliche Gründe.

Entgegen der Auffassung des Klägers bewirkt die Möglichkeit der Beklagten, die Beiträge der Arbeitgeber gemäß § 30 VTV anzuheben, nicht, dass die Systemwidrigkeit der vom

Kläger für richtig gehaltenen Auslegung der tarifvertraglichen Urlaubsregelung systemgerecht bliebe. Die Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass diese Möglichkeit der Beitragsanhebung einen ganz anderen Fall betreffe, nämlich den, dass mit der bislang festgelegten Beitragshöhe die tarifvertraglichen Leistungen nicht mehr gedeckt werden können. Die Auffassung des Klägers würde jedoch dazu führen, dass die Beklagte Leistungen erbringen würde, die tarifvertraglich nicht vorgesehen sind bzw. Leistung über die tarifvertraglich geregelten Voraussetzungen hinaus. Dies ist hier jedoch sowohl durch die tarifvertraglichen Grundlagen als auch durch ihre Satzung (§ 4 Nr. 1 der Satzung) verwehrt. Auch insoweit steht dem Begehren des Klägers letzten Endes Art. 9 Abs. 3 GG entgegen.

II.

Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seines erfolglosen Rechtsmittels zu tragen.

III.

Die Revision wird wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG) zugelassen. Näheres hierzu ist der nachfolgenden Rechtsmittelbelehrung zu entnehmen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann der Kläger Revision einlegen.

Für die Beklagte ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>.

Dr. Rosenfelder

Kuhlemann

Schneid