

## Fall 2

### Urlaubsfreuden

Unternehmer U betreibt ein großes Autohaus mit angeschlossener Kfz-Werkstatt. In seinem Betrieb beschäftigt er unter anderem den ungelernten Hilfsarbeiter A, den Kfz-Meister M und den Büroangestellten B als Arbeitnehmer.

Der Arbeitsvertrag des A enthält keine Regelung betreffend die Urlaubstage. Dem B stehen laut Arbeitsvertrag 28 Werktage Urlaub zu. Im Vertrag des M ist von 32 Werktagen die Rede. M ist als einziger 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.

**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

**Vorab:** Anhand des vorliegenden Falles werden wir uns am Beispiel der in einem Arbeitsverhältnis zu gewährenden Urlaubstage die verschiedenen Rechtsquellen bzw. Gestaltungsfaktoren des Arbeitsrechts ansehen. Im Bereich der arbeitsrechtlichen Beurteilung eines Sachverhaltes geschieht es nämlich nicht selten, dass ein und dieselbe Frage im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis durch mehrere Regelungen unterschiedlich behandelt wird. In einem solchen Fall muss man – will man zum richtigen Ergebnis gelangen – natürlich verbindlich klären, welche Rechtsgrundlage für die zu entscheidende Frage letztlich die entscheidende ist. Und für dieses Vorgehen gibt es einen Weg, nämlich:

Zunächst müssen wir uns anschauen, welche Gestaltungsfaktoren es überhaupt im Arbeitsrecht gibt. Das sind eine ganze Reihe, und die sehen wir uns sogleich unter I.) in aller Ruhe und Ausführlichkeit an. Im Anschluss daran werden wir uns des Weiteren überlegen müssen, wie das Verhältnis dieser verschiedenen Faktoren zueinander

ist, also welche von welchen verdrängt oder welche wann bevorzugt werden und demnach im vorliegenden Fall einschlägig oder eben nicht einschlägig sind; hierzu gleich unter **II.**). Und ganz zum Schluss werden wir unter **III.**) das Gelernte dann auf unseren konkreten Fall mit den Kollegen aus dem Betrieb des U anwenden und demnach sehen, ob wir auch alles verstanden bzw. richtig angewendet haben. Alles klar!?

### I.) Die Gestaltungsfaktoren im Arbeitsrecht

**Beachte:** Das, was jetzt kommt, benennt man herkömmlicherweise als »**Rechtsquellenpyramide**« des Arbeitsrechts (*Lieb Rz. 41*); »Pyramide« übrigens deshalb, weil die unterschiedlichen Gestaltungsfaktoren und Rechtsquellen quasi von der Spitze bis runter zum Fundament eine entsprechende Rangfolge bzw. Rangordnung bilden, die man einzuhalten hat, will man keine Verstöße gegen die Wertungsprinzipien des Arbeitsrechts begehen (*Brox/Rüthers/Henssler Rz. 45 a*; *Zöllner/Loritz § 6 Rz. 64*; *Hannau/Adomeit B I*). Wer also bei der Suche nach der einschlägigen Rechtsquelle nicht an der Spitze (= Europarecht, sogleich unter 1.) beginnt, übersieht unter Umständen die wichtigste Rechtsgrundlage für das zu lösende Problem und begeht damit einen schweren Aufbau- und damit im Zweifel auch einen Wertungsfehler (→ falsche Lösung!). Um das zu vermeiden, schauen wir uns die Gestaltungsfaktoren bzw. Rechtsquellen nun an und müssen dabei übrigens geduldig sein, denn es wird jetzt – ausnahmsweise – zu Beginn ein bisschen abstrakt. Leider lassen sich diese Gestaltungsfaktoren nämlich nicht wie ein Krimi schildern; genau genommen handelt es sich um reine Wissensvermittlung. Da müssen wir aber jetzt durch, denn die Rechtsquellen müssen gelernt werden, um dem Arbeitsrecht und seiner gesetzlichen Vielfalt gerecht zu werden und in der Klausur später keinen Murks zu schreiben, weil wichtige Gesichtspunkte übersehen worden sind.

#### 1.) Europarecht

Man unterscheidet insoweit zwischen dem *primären* und dem *sekundären* Gemeinschaftsrecht (*Herdegen, Europarecht, Rz. 160*). Mit dem primären Gemeinschaftsrecht meint man die EG-Verträge (*Oppermann, Europarecht, Rz. 473 ff.*). Für das Arbeitsrecht von Bedeutung sind hier zwar nur wenige Bestimmungen (*Schaub/Linck § 3 Rz. 26 ff.*), aber immerhin betrifft zum Beispiel **Art. 141 EG** die Lohngleichheit von Mann und Frau. Das sekundäre Gemeinschaftsrecht besteht aus dem von den Organen der EG erlassenen Recht (Verordnungen und Richtlinien). Lediglich Letztere haben im deutschen Arbeitsrecht Bedeutung erlangt (und zwar nicht zu knapp; *Schaub/Linck § 3 Rz. 66 ff.* spricht von einer »Europäisierung des Arbeitsrechts«). Die Umsetzung einiger Richtlinien beeinflusst die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts und gewinnt mittels der Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung spezifisch arbeitsrechtlicher Fragen Bedeutung (mit den Einzelheiten werden wir uns weiter unten im Fall Nr. 4 befassen).

## 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 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, EFZG) und dispositive Bestimmungen (hierzu weiter unten) gibt es im Arbeitsrecht eine dritte Kategorie, nämlich das *tarifdispositive* Gesetzesrecht (ErfKomm/*Preis* § 611 BGB Rz. 248; *Schaub/Linck* § 31 Rz. 14). 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 nur mit »normalen« Rechtsnormen und vertraglichen Bestimmungen herumschlagen 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 sollen, die typischerweise gegebene (Verhandlungs-) Schwäche des einzelnen Arbeitnehmers auszugleichen (*Schaub/Linck* § 31 Rz. 23). 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 NJW 1991, 2549; *Dieterich* in AuR 2001, 390); das nennt man die sogenannte *Bestands- und Betätigungsgarantie* (*Schaub/Treber* § 198 Rz. 49). Maßgebend für die Wirksamkeit und die Anwendbarkeit von Tarifverträgen ist das *Tarifvertragsgesetz* (TVG). Um die Bedeutung des Gesetzes zu verstehen, sollte man sich die ersten fünf Paragraphen zunächst mal in aller Ruhe durchlesen. Danach bestimmen sich vor allem die Tarifvertragsparteien (§ 2 Abs. 1 TVG), 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* § 198 Rz. 4-8):

- **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);

## 5.) Betriebsvereinbarungen

Die Betriebsvereinbarung ist, ähnlich dem Tarifvertrag, ein privatrechtlicher Normenvertrag, dieser nun aber nicht geschlossen 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.); *Schaub/Koch* § 231 Rz. 4). In Abgrenzung dazu verpflichten sogenannte **Regelungsabreden** zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat den Arbeitgeber lediglich im Innenverhältnis (BAG AP BetrVG 1972, § 77 Regelungsabrede; GK-Kreuz § 77 BetrVG Rz. 10; *Schaub/Koch* § 231 Rz. 67). 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 Arbeitsverhältnisses sowie überbetriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen setzt (BAG AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt; BAG-GS AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 46; *Kittner/Zwanziger*, Arbeitsrecht, § 12 Rz. 32), 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 sogenannte **Regelungssperre** für Betriebsvereinbarungen, die sich auf Fragen beziehen, die in einem Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden (ErfKomm/*Kania* § 77 BetrVG Rz. 52). 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/Treber* § 204 Rz. 19; *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. 46). 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; BAG NZA 1992, 317; BAG NZA 1987, 639; *Richardi* in NZA 1992, 961; *Schaub/Koch* § 231 Rz. 23a; anders aber: *Lieb* Rz. 777; *Waltermann* in RdA 1996, 129; GK-Wiese § 87 BetrVG Rz. 47: 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 § 611 BGB Rz. 257). 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. aktuell BAG NZA 2013, 40), das wir hier 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; 2001, 782; 1999, 700; Erman/Edenfeld § 611 BGB Rz. 220 ff.). Der hauptsächliche Anwendungsfall sind freiwillige, generell gewährte, in der Regel soziale Leistungen (BAG NZA 2002, 47; 1999, 501).

Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz hat in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag sogar anspruchsbegründende Wirkung (BAG EzA-SD 2012, Nr 25, 13; BAG DB 2002, 273; NZA 2001, 782; 1993, 215). Sein dogmatischer Ursprung ist gleichwohl umstritten, wobei überwiegend eine Herleitung aus **Art. 3 GG** befürwortet wird (vgl. etwa die Formulierungen bei *Hanau/Adomeit* B II 3: »Ausprägung von Art. 3 GG« oder bei *MünchArbR/Richardi* § 14 Rz. 8: »Gebot der Verteilungsgerechtigkeit, dessen Rechtsgedanke auf Art. 3 Abs. 1 GG beruht«; ähnlich auch BAG NZA 1993, 215). 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; BAG NZA 1999, 1108). 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 »jedenfalls 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 voll der Vertragsgestaltung der Parteien, soll heißen: Man kann im Arbeitsvertrag – oder auch in einer Betriebsvereinbarung – Abweichendes vorsehen und verstößt damit nicht gegen das Gesetz (ErfKomm/Preis § 611 BGB Rz. 249). 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 § 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 vor einigen Jahren (Neuregelung zum 1.1.2003) 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, lies: § 315 BGB (ErfKomm/Preis § 611 BGB Rz. 274). 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; BAG NZA 1998, 1242; ErfKomm/Preis § 611 BGB Rz. 275; Schaub/Linck § 31 Rz. 31).

**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 zueinander stehen. 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 § 611 BGB Rz. 289; Schaub/Linck § 31 Rz. 1). Das bedeutet beispielsweise, dass in der Regel eine arbeitsvertragliche hinter einer tarifvertragliche Regelung zurücktritt, da der Tarifvertrag höherrangig ist.

b) Durchbrochen wird dieses Rangprinzip aber vom sogenannten *Günstigkeitsprinzip* (ErfKomm/Preis § 611 BGB Rz. 290). 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 (so genannter 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 be-

ruhen (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 ablösen oder verschlechtern können. Nach der Rechtsprechung des BAG und einem Teil der Lehre kann 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. 77 ff.; *Schaub/Koch* § 231 Rz. 37). Die inhaltliche Besonderheit solcher freiwilligen Sozialleistungen ist gerade ihr kollektiver Bezug. Deshalb muss der einzelne Arbeitnehmer eine für ihn im Vergleich zu der einheitsarbeitsvertraglichen Regelung verschlechternde Betriebsvereinbarung in diesem Bereich hinnehmen, wenn die Betriebsvereinbarung für die Belegschaft insgesamt nicht ungünstiger ist (**kollektiver Günstigkeitsvergleich**). Das bedeutet, dass der Dotierungsrahmen, der durch die vertragliche Einheitsregelung geschaffen wurde, insgesamt nicht verringert werden, sondern nur (zuungunsten einzelner Arbeitnehmer) umverteilt werden darf (BAG a.a.O.).

## 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 diesen Konkurrenzverhältnissen kein Raum (ErfKomm/*Preis* § 611 BGB Rz. 291).

**2. Pause:** Auch dieser Teil über das Konkurrenzverhältnis der verschiedenen Gestaltungsfaktoren sollte noch mal sorgfältig gelesen und im günstigsten Fall behalten werden. Es kommt nämlich relativ häufig vor, dass Klausuren – mindestens 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. Aufpassen.

Ob wir die ganze Sache wirklich kapiert haben, werden wir uns nun im letzten Schritt am konkreten Fall anschauen. Das sollte aber bei sorgfältiger Beachtung der eben geschilderten Regeln jetzt kein Problem mehr sein.



### 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 (bitte mal reinschauen).

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 des M

Die meisten konkurrierenden Regelungen bestehen im Hinblick auf den gewerkschaftszugehörigen 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: Unser 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 (bitte reinschauen) 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.

## Gutachten

### Urlaubsansprüche von A, B und M

#### 1.) Urlaubsanspruch des A

A gehört keiner Gewerkschaft an ist mithin als nicht gewerkschaftszugehörig zu behandeln. Der im Sachverhalt genannte Flächentarifvertrag 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 bestehen würden. 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 des M**

Als Rechtsgrundlage für den jährlichen Urlaubsanspruch des 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 zu. 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.