

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 1 Sa 138/12

3 Ca 185 b/11 ArbG Elmshorn
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 15.01.2013

gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 15.01.2013 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 20.03.2012 - 3 Ca 185 b/11 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird zugelassen.

.....

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann durch Einreichung einer Revisionsschrift bei dem Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1, Telefax: (0361) 26 36 - 20 00 Revision eingelegt werden.

Die Revisionsschrift muss

binnen einer Notfrist von einem Monat

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Revisionskläger muss die Revision begründen. Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionsschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt

zwei Monate.

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Revision beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Revisionsschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Der Revisionsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigefügt werden.

Die Revision und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen.)

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments genügt, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Schriftsätze können dazu über eine gesicherte Verbindung in den elektronischen Gerichtsbriefkasten des Bundesarbeitsgerichts eingelegt werden. Die erforderliche Zugangs- und Übertragungssoftware kann lizenzkostenfrei über die Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (www.bundesarbeitsgericht.de) heruntergeladen werden. Das Dokument ist mit einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen. Nähere Informationen finden sich auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (s.o.) sowie unter www.egvp.de.

.....

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Abrechnung der Urlaubs-, Krankheits- und Feiertagsvergütung des Klägers in den Jahren 2007 bis 2009 sowie daraus resultierend um Zahlungsansprüche.

Der Kläger, der nicht Mitglied der Gewerkschaft ver.di ist, ist seit dem 01.03.2001 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängern als Busfahrer beschäftigt. Auf das Ar-

beitsverhältnis findet kraft vertraglicher Bezugnahme der Manteltarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer des privaten Omnibusgewerbes in Schleswig-Holstein (MTV) Anwendung.

§ 16 VI MTV lautet aufgrund einer zum 01.01.2007 wirkenden Änderung seitdem:

„Während der Dauer des Urlaubs wird der Lohn nach folgender Maßgabe fortgezahlt: Die Lohnfortzahlung erfolgt auf der Basis von 8 Std. pro Tag bei einer 5-Tage-Woche bzw. 7 Std. pro Tag bei einer 6-Tage-Woche unter Zugrundelegung des Tabellenlohnes.“

§ 18 III MTV verweist für die Berechnung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall auf § 16 VI MTV.

Aufgrund einer Absprache zwischen der Beklagten und ver.di gibt es für die Abrechnung des Urlaubs/Krankheit eine Übergangsregelung, wonach in 2007 9,25 Std./Tag, in 2008 8,75 Std./Tag und in 2009 8 Std./Tag abgerechnet werden. Die tariflich nicht geregelte Abrechnung der Feiertagsvergütung erfolgt bei der Beklagten ebenfalls nach den Grundsätzen des § 16 VI MTV.

§ 25 MTV lautet:

„(1) Ansprüche aus Mehr-, Sonn- und Feiertagsarbeit, auf Zahlung von Abwesenheitsgeldern und von Zulagen aller Art sowie auf Rückzahlung von Barauslagen sind spätestens 2 Monate nach Fälligkeit schriftlich geltend zu machen.

(2) Alle übrigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis sind binnen 3 Monate nach Fälligkeit schriftlich geltend zu machen. Für denselben Sachverhalt reicht die einmalige Geltendmachung des Anspruchs aus, um die Ausschlussfrist auch für später fällig werdende Leistungen unwirksam zu machen.

(3) ...

(4) Nach Ablauf der angeführten Fristen ist die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschlossen.“

§ 6 des ebenfalls auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Lohntarifvertrags für die gewerblichen Arbeitnehmer des privaten Omnibusgewerbes in Schleswig-Holstein (LTV) lautet:

„(2) Ansprüche aus Mehr-, Sonn- und Feiertagsarbeit, aus Zahlungen von Spesen und Zulagen aller Art sowie auf Rückzahlungen von Barauslagen sind spätestens 2 Monate nach Fälligkeit schriftlich oder mündlich unter Zeugen geltend zu machen.“

- (3) Alle übrigen Ansprüche aus dem Tarifvertrag oder dem Einzelarbeitsvertrag sind binnen 3 Monaten nach Fälligkeit ... schriftlich geltend zu machen.
(4) Nach Ablauf der angeführten Frist ist die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschlossen.“

Tatsächlich war der Kläger in den Jahren 2007 bis 2009 an keinem Tag arbeitsunfähig erkrankt. Er arbeitete (auch) in diesem Zeitraum erheblich über die tarifliche Arbeitszeit von 39 Wochenstunden hinaus. Seinen gesetzlichen Urlaub nahm der Kläger in den Jahren 2008 und 2009 wie folgt: März 2008: 6 Tage, Mai 2008: 5 Tage, Juli 2008: 4 Tage, August 2008: 1 Tag, Oktober 2008: 4 Tage, April 2009: 9 Tage, Juni 2009: 2 Tage, Juli 2009: 9 Tage. Im Oktober 2008 nahm der Kläger 8 Tage tariflichen Urlaub, im Juli 2009 einen Tag. Für Mai 2008 zahlte die Beklagte an den Kläger Urlaubsentgelt in Höhe von € 475,56 (43,75 Std. x € 10,87), für Juli 2008 in Höhe von € 380,45 (35 Std. x €10,87), für August 2008 in Höhe von € 95,11 (8,75 Std. x € 10,87) für Oktober 2008 in Höhe von € 1.164,45, davon € 388,15 (35 Std. x € 11,09) für den gesetzlichen Urlaub, die weiteren € 776,30 für den tariflichen Urlaub. Für April 2009 zahlte die Beklagte dem Kläger Urlaubsentgelt in Höhe von € 814,32 (72 Std. x € 11,31), für Juni 2009 in Höhe von € 180,96 (16 Std. x € 11,31) und für Juli 2009 in Höhe von € 904,80, davon € 814,32 (72 Std. x € 11,31) für den gesetzlichen Urlaub und € 90,48 für den tariflichen Urlaubstag.

Für jeweils einen Tag in den Monaten Mai 2008, Oktober 2008 und Juni 2009 erhielt der Kläger Feiertagsentgelt. Wegen der Höhe der Zahlungen wird auf die zur Gerichtsakte gereichten Abrechnungen verwiesen (Bl. 151, 156 und 164 d. A.).

Die Bruttovergütung des Klägers setzt sich aus den Lohnarten „Grundlohn“, „AG-Zuschuss VL“, „Grundvergütung Überstunden“, „Überstundenzuschlag“, „Nachtzuschlag“, „Provision Zeitung“, „Spesen geteilter Dienst“, „Rüstzeit“, „Mankogeld“, „Aktivprämie“, „Erholungsbeihilfe“, „Entgeltfortzahlung“, „Urlaubsentgelt“ sowie sonstigen Einmalzahlungen zusammen.

Mit Schreiben vom 22.04.2008 (Bl. 147 ff. d. A.) wies der Kläger über seinen Prozessbevollmächtigten auf die aus seiner Sicht unrichtige Abrechnung des Entgelts für Urlaubs-, Krankheits- und Feiertage hin und forderte die Rechtsvorgängerin der Be-

klagten auf, die Lohnabrechnungen beginnend ab 01.01.2007 entsprechend zu korrigieren. Wegen Einzelheiten der vom Kläger gewünschten Abrechnung wird auf das Schreiben verwiesen.

Am 19.12.2008 schlossen zwei Rechtsvorgänger der Beklagten mit der Gewerkschaft ver.di eine „Vereinbarung zur Durchführung einer Musterklage (Bl. 274 d. A.), deren Ziff. 3 lautet:

„Die oben genannten Betriebe verzichten gegenüber allen Mitarbeiter/innen auf die Geltendmachung der manteltarifvertraglichen Ausschlussfristen für das Jahr 2008.“

Durch Verfügung vom 07.01.2009 hat das Arbeitsgericht bei den Parteien angefragt, ob der Ausgang eines anderen Verfahrens vor dem Arbeitsgericht wegen der auch im vorliegenden Verfahren streitigen Rechtsfragen abgewartet werden soll. Hierauf hat die Beklagte mitgeteilt, der Rechtsstreit könne ausgesetzt werden, sofern eine Verständigung auf dort zu führende Musterverfahren stattgefunden habe (Bl. 91 d. A.). Der Kläger hat erklärt, er sei im Hinblick auf die bei einer Kammer anhängigen Verfahren einverstanden, den Rechtsstreit ruhend zu stellen (Bl. 93 d. A.). Das Arbeitsgericht hat darauf den vorliegenden Rechtsstreit „einvernehmlich ausgesetzt“. Tatsächlich sind vor der 4. Kammer des Arbeitsgerichts zwei Verfahren geführt worden, in denen die Feststellungsanträge der Kläger in einem Fall als unzulässig, im anderen Fall als unbegründet abgewiesen worden sind. Sämtliche Zahlungsansprüche der Kläger sind wegen Versäumung der tariflichen Ausschlussfristen abgewiesen worden.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Neufassung der tariflichen Regelung sei nicht dahin auszulegen, dass sie das Ziel verfolge, das Urlaubsentgelt im Vergleich zum Arbeitsentgelt zu kürzen. Vielmehr beziehe sich die Änderung zum 01.01.2007 nur auf die regelmäßige monatliche tarifliche Arbeitszeit. Ihm stehe daher Urlaubsentgelt nach Maßgabe des BUrlG und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und an Feiertagen nach den Berechnungsgrundsätzen des EFZG zu. Seiner Klage stehe eine Musterprozessvereinbarung nicht entgegen, da eine solche nicht geschlossen worden sei. Auch habe er die tariflichen Ausschlussfristen gewahrt. § 6 Ziff. 3 LTV sei

nicht einschlägig, da er gesetzliche Ansprüche verfolge. Die Vorschrift verdränge § 25 MTV. Eine Bezifferung sei bei der Geltendmachung der Forderungen nicht erforderlich, so dass sein Schreiben vom 22.04.2008 etwaige Ausschlussfristen wahre. Schließlich wirke der von der Beklagten mit ver.di vereinbarte Verzicht auf die Berufung auf die Ausschlussfristen auch zu seinen Gunsten. Die Feststellungsanträge seien zulässig, weil ein Teil des Streits bei der Berechnung des Entgelts nach § 16 VI MTV geklärt werde.

Im Hinblick auf die Berechnung seiner Forderungen vertritt der Kläger vorrangig die Auffassung, es sei als Referenzzeitraum für die Berechnung des Zeit- und des Geldfaktors ein Zeitraum von 12 Monaten zugrunde zu legen. Wegen der Berechnung der sich hieraus aus Sicht des Klägers ergebenden Ansprüche wird für die Monate Januar 2007 bis März 2008 auf den Schriftsatz vom 08.10.2008 (Bl. 31 - 50 d. A.) und für die Monate April 2008 bis Dezember 2009 auf den Schriftsatz vom 22.12.2010 (Bl. 116 - 146 d. A.) verwiesen. Nach diesen Grundsätzen sei auch das Feiertagsentgelt zu berechnen.

Wegen der Anträge der Parteien in 1. Instanz wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Die Beklagte hat gemeint, die Fortsetzung des Verfahrens nach Abschluss der Musterprozessvereinbarung sei unzulässig. Jedenfalls sei die Klage bereits deshalb abzuweisen, weil im Musterprozess die Klage ebenfalls abgewiesen worden sei. Die Feststellungsanträge seien wegen des Vorrangs der Leistungsklage unzulässig, jedenfalls aber als Globalanträge unbegründet.

Die Ansprüche seien verfallen. Das Geltendmachungsschreiben vom 22.04.2008 wahre keine Ausschlussfristen. Auf die Vereinbarung mit ver.di könne sich der Kläger nicht berufen, da er nicht Mitglied von ver.di sei.

Ihre Berechnung richte sich nach dem Tarifvertrag. Jedenfalls wähle der Kläger einen unzutreffenden Referenzzeitraum, Überstundenzuschläge seien bei der Berechnung schon nach den gesetzlichen Vorschriften nicht zu berücksichtigen. Der Kläger be-

rücksichtige bei seiner Berechnung des Geldfaktors auch Lohnarten, die unabhängig von den geleisteten Arbeitsstunden gezahlt würden, etwa eine Qualitätszulage von € 95,-, die pauschal gezahlt und auch während des Urlaubs nicht gekürzt werde. Auch die Provisionen für den Zeitungsverkauf hätten keinen Bezug zu den bezahlten Stunden, ebenso würden die Spesen für den geteilten Dienst stundenunabhängig pauschal gezahlt. Die Berechnungen des Klägers seien auch tatsächlich fehlerhaft. Beim Zeitfaktor lege der Kläger seine Arbeitszeit einschließlich der von diesem geleisteten Überstunden zugrunde. Überstunden seien jedoch auch bei der Ermittlung des Zeitfaktors nicht zu berücksichtigen. Die Beklagte hat in erster Instanz selbst umfangreiche eigene Berechnungen vorgelegt, auf die verwiesen wird.

Das Arbeitsgericht hat die in erster Instanz noch zwei Beklagten gesamtschuldnerisch verurteilt, an den Kläger für die Monate Juni 2008 bis Juni 2009 € 1.050,32 brutto nebst Zinsen zu zahlen. Ferner ist die damalige Beklagte zu 2. verurteilt worden, an den Kläger für die Monate Juli 2009 bis Dezember 2009 € 389,02 brutto nebst Zinsen zu zahlen. Im Übrigen hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Zahlungsansprüche des Klägers seien bis einschließlich Februar 2008 verfallen, da sie erstmals mit der Klage nach Grund und Höhe spezifiziert geltend gemacht worden seien. Das Entgelt für den gesetzlichen Urlaub sei nach § 11 I BUrlG zu berechnen, für den darüber hinaus gehenden tariflichen Urlaub sei die Berechnung nach § 16 MTV zulässig. Bei der Berechnung des gesetzlichen Urlaubs seien für den Geldfaktor der Grundlohn, Pausenvergütung, Entgeltfortzahlung an Feiertagen und bei Krankheit, Urlaubsentgelt, Nachtzuschläge und Provisionen zu berücksichtigen. Nicht zu berücksichtigen seien Arbeitgeberzahlungen für vermögenswirksame Leistungen, Mankogeld, Spesen für geteilte Dienste, Überstundenzuschläge und der für Überstunden im Referenzzeitraum gezahlte Grundbetrag. Bei der Berechnung des Zeitfaktors seien jeweils die vorausgegangenen 13 Wochen zugrunde zu legen. Wegen der Berechnung der dem Kläger zugesprochenen Forderung wird auf Seite 9 des Urteils (Bl. 409 d. A.) verwiesen. Ausführungen zum Anspruch des Klägers auf Feiertagsentgelt enthält das Urteil nicht.

Bereits im September 2011 ist die vormalige Beklagte zu 1. auf die vormalige Beklagte zu 2. verschmolzen. Diese ist dann auf die aktuelle Beklagte verschmolzen. Hierzu ist ein Überleitungstarifvertrag geschlossen worden, der zur Gerichtsakte gereicht worden ist (Bl. 539 ff. d. A.). In § 3 V des Überleitungsvertrags ist eine Regelung wegen der mit ver.di geschlossenen Musterprozessvereinbarung getroffen worden, auf die verwiesen wird.

Gegen das ihm am 22.03.2012 zugestellte Urteil hat der Kläger am 18.04.2012 Berufung eingelegt und diese am 22.05.2012 begründet.

Hinsichtlich der Berechnung des Zeitfaktors bei der Ermittlung des Urlaubsentgelts haben die Parteien im Berufungsverfahren unstreitig gestellt, dass sich nicht feststellen lasse, wie viele Stunden der Kläger an einem bestimmten Urlaubstag gearbeitet hätte, da der Dienstplan erst nach dem Urlaubsplan erstellt werde. Die Parteien haben darüber hinaus die durchschnittliche vom Kläger in einem Urlaubsmonat pro Tag zu leistende Arbeitszeit unstreitig gestellt. Die unstreitige beim Zeitfaktor zu berücksichtigende Arbeitszeit ergibt sich aus der „Berechnung I.“, die von der Beklagten zur Gerichtsakte (Bl. 500 d. A.) gereicht wurde.

Der Kläger wiederholt und vertieft sein Vorbringen aus 1. Instanz. Die Feststellungsanträge seien zulässig. Seine Ansprüche seien auch nicht verfallen. Zwischen dem gesetzlichen und dem tariflichen Urlaub sei nicht zu differenzieren, § 16 VI MTV beziehe sich nur auf den gesetzlichen Urlaub und passe nicht für Arbeitnehmer, die deutlich mehr als die tariflich vorgesehene Arbeitszeit leisteten. Das Arbeitsgericht sage auch nicht, warum es bestimmte Vergütungsbestandteile beim Geld-/Zeitfaktor berücksichtige und andere nicht. Insbesondere seien bei der Berechnung die Überstundenvergütung und die Überstundenzuschläge heranzuziehen. Er leiste keine Überstunden, sondern habe eine individuelle höhere Arbeitszeit. Da der Referenzzeitraum ein Jahr betrage und nicht 13 Wochen, seien auch seine Berechnungen richtig.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 20.03.2012, Aktenzeichen 3 Ca 185 b/11, insoweit abzuändern als die Klage abgewiesen wurde und unter Neufassung des Tenors

1. festzustellen, dass die Beklagte das Entgelt des Klägers für Urlaubs-, Krankheits- und Feiertage nicht nach tariflichen Regelungen, sondern gemäß den gesetzlichen Bestimmungen des Bundesurlaubsgesetzes und des Entgeltfortzahlungsgesetzes in der Weise abzurechnen hat, dass hinsichtlich des Zeitfaktors die nach dem Durchschnitt der jeweils vorangegangenen 12 Monate zu berechnende individuelle Arbeitszeit des Klägers und hinsichtlich des Geldfaktors der individuelle Stundenlohn des Klägers zugrunde zu legen ist,

hilfsweise zu 1. (erster Hilfsantrag zu 1.)

- a) festzustellen, dass die Beklagte das Entgelt des Klägers für Urlaubs-, Krankheits- und Feiertage nicht nach Maßgabe von § 16 VI des Manteltarifvertrages für die gewerblichen Arbeitnehmer/-innen des privaten Omnibusgewerbes in Schleswig-Holstein in der zum 01.01.2007 in Kraft getretenen Fassung, sondern gemäß den gesetzlichen Bestimmungen des Bundesurlaubsgesetzes und des Entgeltfortzahlungsgesetzes abzurechnen hat,

hilfs-, hilfsweise zu 1. (zweiter Hilfsantrag zu 1.)

- b) festzustellen, dass die Beklagte das Entgelt des Klägers für Urlaubs-, Krankheits- und Feiertage gemäß den gesetzlichen Bestimmungen des Bundesurlaubsgesetzes und des Entgeltfortzahlungsgesetzes in der Weise abzurechnen hat, dass hinsichtlich des Zeitfaktors die nach dem Durchschnitt der jeweils vorangegangenen 12 Monate zu berechnende individuelle Arbeitszeit des Klägers und hinsichtlich des Geldfaktors der individuelle Stundenlohn des Klägers, berechnet nach dem Durchschnitt der jeweils vorangegangenen 12 Monate zugrunde zu legen ist, wobei einzubeziehen sind der Grundlohn, die Zuschläge für Überstunden, Nachtarbeit, nicht dienstplanmäßige Sonntagsarbeit, Arbeit an gesetzlichen Feiertagen, Arbeit an freien Tagen und die Pausenvergütung,

2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für die Monate Januar 2007 bis März 2008 1.687,56 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.04.2008 zu zahlen,
3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für die Monate April 2008 bis Juni 2009 1.512,71 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2010 zu zahlen,
4. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für die Monate Juli 2009 bis Dezember 2009 752,40 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2010 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Die Feststellungsanträge des Klägers seien unzulässig und unbegründet, wie das LAG Schleswig-Holstein bereits in einem anderen Verfahren entschieden habe. Zutreffend habe das Arbeitsgericht auch entschieden, dass ein Teil der Ansprüche verfallen sei. Sämtliche Gegenargumente des Klägers träfen nicht zu. Es sei auch eine Differenzierung zwischen dem gesetzlichen und dem tariflichen Urlaub erforderlich, da das BUrlG nur den gesetzlichen Urlaub betreffe. Überstunden und Überstundenzuschläge seien bei der Berechnung nicht berücksichtigungsfähig, was sich aus § 11 I BUrlG ergebe und das LAG Schleswig-Holstein in einem Parallelprozess ebenfalls bereits entschieden habe.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Akte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die gemäß § 64 Abs. 2 b) ArbGG statthafte, form- und fristgemäß eingelegte und begründete und damit zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet. Die Feststellungsanträge sind allerdings entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts unzulässig. Der Kläger kann auch über den bereits ausgeurteilten Betrag hinaus keine weiteren Zahlungen verlangen.

A)

Sämtliche Feststellungsanträge sind unzulässig. Ihnen fehlt das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse.

Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann Klage auf Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird. Das danach erforderliche Feststellungsinteresse entfällt in der Regel, soweit die Klage auf die Feststellung einzelner Vorfragen für einen Zahlungsanspruch gerichtet ist. Grundsätzlich ist einer Leistungsklage Vorrang vor einer Feststellungsklage eingeräumt, wenn der Kläger den Anspruch beziffern kann. Für eine Feststellungsklage kann allerdings trotz der Möglichkeit einer vorrangigen Leistungsklage ein Feststellungsinteresse bestehen, wenn durch sie der Streit insgesamt beseitigt und das Rechtsverhältnis der Parteien abschließend geklärt werden kann (BAG, Urt. v. 05.06.2003 - 6 AZR 277/02 - juris, Rn. 21; v. 27.09.2001 - 6 AZR 308/00 - juris, Rn. 41).

Grundsätzlich kann der Kläger wegen der von ihm geltend gemachten Differenzansprüche monatlich Zahlungsklagen erheben. Die Feststellungsanträge wären daher nur dann zulässig, wenn durch sie der Streit über die Berechnung der Urlaubs-, Krankheits- und Feiertagsentlohnung endgültig geklärt würde. Das ist nicht der Fall.

I. Mit dem Hauptantrag zu 1. begehrt der Kläger die Feststellung, dass für die Berechnung der im Antrag genannten Vergütungsbestandteile hinsichtlich des Geldfaktors sein „individueller Stundenlohn“ zu berücksichtigen ist. Bei einer Feststellung mit diesem Inhalt wird jedoch der Streit der Parteien nicht geklärt. Gerade die Berech-

nung des individuellen Stundenlohnes für die Ermittlung etwa der Urlaubsvergütung ist zwischen den Parteien streitig, etwa im Hinblick auf die Einbeziehung der Vergütung für Überstunden und Zuschläge hierauf oder die Berücksichtigung von Spesen für geteilten Dienst. Zu letzteren hat der Kläger noch im Berufungstermin vom 18.09.2012 die Auffassung vertreten, sie seien bei der Berechnung des Geldfaktors zu berücksichtigen, während die Beklagte mit dem Arbeitsgericht die Auffassung vertritt, sei seien nicht einzubeziehen.

Gleiches gilt für die Berechnung des Zeitfaktors, der sich nach dem Antragsinhalt nach der „individuellen Arbeitszeit“ berechnen soll. Auch insoweit ist zwischen den Parteien streitig, wie sich die individuelle Arbeitszeit zusammensetzt, insbesondere, ob die nach Auffassung des Klägers von ihm über die regelmäßige tarifliche Arbeitszeit geleisteten Stunden berücksichtigt werden sollen. Dem steht nicht entgegen, dass die Parteien für einzelne Monate die Höhe des Zeitfaktors unstreitig gestellt haben. Damit ist für die Frage, wie der Zeitfaktor zu berechnen ist, noch nichts gesagt.

Ohne Benennung sämtlicher streitiger nach Auffassung des Klägers zu berücksichtigender Lohnbestandteile bei der Ermittlung des Zeit- und Geldfaktors im Antrag kann daher der Streit der Parteien über die Ermittlung der zutreffenden Vergütung im Urlaubs- oder Krankheitsfall sowie an Feiertagen nicht ermittelt werden.

II. Nach diesen Maßstäben ist auch der Hilfsantrag zu 1a) unzulässig.

Mit ihm begehrt der Kläger eine Abrechnung der im Antrag genannten Vergütungsbestandteile nach den gesetzlichen Vorschriften. Wie bei dieser Abrechnung vorgegangen werden soll, also welche Lohnbestandteile einzubeziehen sind und welche nicht, bildet aber den Kern des Streites zwischen den Parteien. Bei einem Tenor wie mit dem ersten Hilfsantrag beantragt, hätte die Beklagte keine Veranlassung die vom Kläger gewünschten Lohnbestandteile bei der Berechnung seiner Vergütung zu berücksichtigen, weil sich hierzu nichts aus dem Tenor ergäbe.

III. Schließlich ist auch der weitere, hilfsweise zum ersten Hilfsantrag gestellte Antrag zu 1b) unzulässig.

Wie im Hauptantrag zu 1) legt der Kläger nicht fest, welche Bestandteile er bei der Berechnung der „individuellen Arbeitszeit“ berücksichtigt wissen will.

Darüber hinaus deckt sich der Inhalt der im Antrag genannten aus Sicht des Klägers bei der Ermittlung des Geldfaktors zu bestimmenden Lohnbestandteile nicht mit seinem tatsächlichen Vortrag. Während der Kläger bei der Berechnung seiner Vergütungsansprüche die Lohnbestandteile „Provisionen“ und Spesen“ einbezieht, fehlen sie im Antrag.

B)

Die Zahlungsanträge des Klägers sind, soweit sie Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden sind, zulässig. Der Zulässigkeit der Anträge steht insbesondere nicht eine von der Beklagten behauptete „Musterprozessvereinbarung“ entgegen. Dabei können die rechtlichen Wirkungen einer solchen Vereinbarung offen bleiben. Die Parteien haben eine „Musterprozessvereinbarung“ nämlich tatsächlich nicht geschlossen.

Der Kläger hat eine entsprechende auf den Abschluss einer solchen Vereinbarung gerichtete Erklärung nicht abgegeben. Er hat mit Schriftsatz vom 19.01.2009 sein Einverständnis mit der Anordnung des Ruhens des Verfahrens gegeben. Weitergehende, etwa außerprozessual abgegebene, Erklärungen des Klägers sind auch von der Beklagten nicht behauptet worden. Mit dem Einverständnis zum Ruhen des Verfahrens verzichtet der Kläger aber offensichtlich nicht darauf, die ihm nach seiner Meinung zustehenden Zahlungsansprüche nach Abschluss der weiteren Verfahren gerichtlich geltend zu machen.

C)

Die Zahlungsanträge sind, soweit nicht bereits rechtskräftig durch das Arbeitsgericht über sie entschieden worden ist, unbegründet. Dem Kläger stehen für die Jahre 2007 bis 2009 Differenzansprüche in Höhe von € 1.429,08 zu. Das ist weniger als das Arbeitsgericht bereits ausgeurteilt hat. Daher war die Berufung des Klägers auch insoweit zurückzuweisen.

I. Differenzansprüche wegen der für die Jahre 2007 bis 2009 gezahlten Urlaubsvergütung bestehen nur für die Zeit ab April 2008 in Höhe von € 1.237,65.

1. Etwaige Ansprüche auf Zahlung von Differenzvergütung wegen eines zu niedrigen Urlaubsentgelts für die Zeit von Januar 2007 bis März 2008 sind gemäß § 6 Nr. 3 LTV verfallen.

a) Da es sich bei den geltend gemachten Ansprüchen nicht um die § 6 Nr. 2 LTV genannten Lohnbestandteile handelt, findet auf die Urlaubsentgeltansprüche die dreimonatige Ausschlussfrist des § 6 Nr. 3 LTV Anwendung.

Die Urlaubsentgeltansprüche beruhen auf dem Arbeitsvertrag des Klägers und sind damit Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag im Sinne der tariflichen Regelung. Ohne Arbeitsvertrag besteht kein Anspruch auf Urlaubsentgelt. Es ist nicht erkennbar und begründbar, dass die Parteien in § 6 Nr. 3 LTV nur die Ansprüche einer Ausschlussfrist unterwerfen wollten, die von den Parteien ausschließlich vertraglich oder tariflich begründet worden sind. Das lässt sich mit dem Sinn und Zweck tariflicher Ausschlussfristen, nämlich nach Fälligkeit eines Anspruchs baldmöglichst Klarheit darüber zu schaffen, ob sich eine Seite noch weiterer Ansprüche berührt, nicht vereinbaren. Vielmehr ist davon auszugehen, dass von der Ausschlussfrist nur diejenigen Ansprüche nicht erfasst werden, die ausschließlich auf gesetzlichen Vorschriften beruhen.

b) Ansprüche auf Nachzahlung von Urlaubsentgelt sind vom Kläger erstmalig mit der vorliegenden, am 30.07.2008 zugestellten Klage ausreichend geltend gemacht. Das

Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 22.4.2008 (Bl. 147 ff. d. A.) reicht zur Geltendmachung nicht aus. Die Beklagte hat für das Jahr 2008 auch nicht zugunsten des Klägers auf die Einhaltung der tariflichen Ausschlussfristen verzichtet.

aa) Mit dem Schreiben vom 22.04.2008 sind die klägerischen Ansprüche nicht ausreichend geltend gemacht worden (vgl. auch LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 09.12.2009 - 6 Sa 245/09 -).

Zur Geltendmachung eines Anspruchs gehört die Spezifizierung nach Grund und Höhe. Der Anspruch muss dem Grunde nach individualisiert werden, damit der Anspruchsgegner erkennen kann, welche Forderungen erhoben werden (BAG 22.02.2001 - 9 AZR 46/00 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Gaststätten Nr. 11). Der Anspruchsgegner soll sich auf die aus Sicht des Anspruchstellers noch offene Forderung einstellen, Beweise sichern oder - bei hohen Summen - vorsorglich Rücklagen bilden können. Danach muss zumindest annähernd angegeben werden, in welcher Höhe Forderungen erhoben werden, damit sich der Antragsgegner schlüssig werden kann, wie er sich verhalten soll (vgl. BAG 05.03.1981 - 3 AZR 559/78 - EzA TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 46; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch 12. Aufl. § 205 Rn. 29). Im Falle der Anspruchshäufung muss wegen jedes einzelnen Anspruchs eine Bezifferung erfolgen (BAG 30.05.1972 - 1 AZR 427/71 - AP TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 50).

Im Geltendmachungsschreiben vom 22.04.2008 legt der Prozessbevollmächtigte des Klägers zunächst seine Auffassung zur Auslegung des § 16 VI MTV dar. Weiter wird die Beklagte dann aufgefordert, die Lohnabrechnungen des Klägers ab 01.01.2007 hinsichtlich des Entgelts für Urlaubs-, Krankheits- und Feiertage zu korrigieren und nach Maßgabe des BUrlG und des EFZG zu erstellen und dabei die individuelle Arbeitszeit und den individuellen Stundenlohn zu berücksichtigen. Was dabei unter dem individuellen Stundenlohn und der individuellen Arbeitszeit vom Kläger verstanden wird, wird im Schreiben nicht näher ausgeführt. Eine Spezifizierung hinsichtlich auch nur der ungefähren Höhe des Anspruchs fehlt. Damit fehlt es an einer wirksamen Geltendmachung.

Die Beklagte hat für die Ansprüche aus dem Jahr 2008 auch nicht auf die Einhaltung der Ausschlussfristen durch den Kläger verzichtet. Die von der Beklagten mit ver.di geschlossene Vereinbarung vom 19.12.2008 wirkt nicht zugunsten des Klägers.

bb) Der Kläger ist nicht Mitglied von ver.di und damit nicht vom Geltungsbereich dieser Vereinbarung erfasst. Der in Ziff. 3 der Vereinbarung von der Beklagten erklärte Verzicht auf die Einhaltung der Ausschlussfristen wirkt nur für Mitglieder von ver.di. Das ergibt eine Auslegung dieser Vereinbarung.

Allerdings ist dem Kläger zuzugeben, dass der Wortlaut der Vereinbarung eher für eine Einbeziehung auch der nichtorganisierten Arbeitnehmer spricht. Die Beklagte hat den Verzicht nämlich zugunsten von „allen Mitarbeiter/innen“ erklärt. Das spricht zunächst dafür, auch den Kläger, der auch Mitarbeiter der Beklagten ist, in den Geltungsbereich der Vereinbarung einzubeziehen.

Gegen diese Auslegung sprechen aber maßgeblich der Gesamtzusammenhang der Regelung und deren Zweck. Wie sich aus der Überschrift der Vereinbarung ausdrücklich und auch aus dem Zusammenhang der Regelungen in Ziff. 1 und 2 ergibt, dient diese der begleitenden Regelung einer Musterklage über die Frage der Entgeltberechnung im Urlaubs- und Krankheitsfall. Die Parteien der Vereinbarung wollten eine Vielzahl von Klageverfahren vor dem Arbeitsgericht vermeiden. Hierbei kann es sich aber von vornherein nur um Klageverfahren der Mitglieder von ver.di gehandelt haben, in denen diese vor Gericht für ihre Mitglieder auftritt und für die Kosten aufkommt. Auf die Verhinderung von Klageverfahren nicht organisierter Arbeitnehmer haben die Vertragsparteien indes keinen Einfluss. Es ist daher nicht erkennbar, warum für diese begleitende Regelungen zu einem Musterprozess vereinbart werden sollen, da auch die Musterprozessvereinbarung diese Beschäftigten nicht bindet. Mit anderen Worten: die nicht organisierten Mitarbeiter der Beklagten hätten in jedem Fall klagen können - der Kläger hat dies ja auch tatsächlich getan - warum sollte die Beklagte gegenüber diesen Arbeitnehmern auf die Einhaltung der tariflichen Ausschlussfristen verzichten. Auch die Gewerkschaft ver.di hat kein erkennbares Interesse daran, für nicht organisierte Arbeitnehmer diese begünstigende Regelungen zu

vereinbaren.

Da der Kläger von der Musterprozessvereinbarung nicht erfasst wird, findet auch die Regelung in § 3 V des Überleitungstarifvertrags zwischen der Beklagten und ver.di vom 22.10.2012 keine Anwendung. Nach § 3 V 1 bezieht sich diese Regelung nur auf alle „von der Musterklagevereinbarung erfassten ArbeitnehmerInnen“.

cc) Danach wahrt erst die am 24.07.2008 beim Arbeitsgericht eingegangene, am 30.07.2008 zugestellte Klage, in der der Kläger seine Ansprüche von Januar 2007 bis März 2008 berechnet und mit einem bezifferten Anspruch geltend gemacht hat, zur Wahrung der Ausschlussfrist.

c) Gewahrt sind mit der Klage gemäß § 25 II 2 MTV zugleich die weiteren Ansprüche bis Dezember 2009, da für denselben Sachverhalt die einmalige Geltendmachung des Anspruchs ausreicht, um die Ausschlussfrist auch für später fällig werdende Leistungen unwirksam zu machen. Die Vorschrift ergänzt § 6 LTV und findet auf alle Ansprüche der Vertragsparteien Anwendung.

d) Tatsächlich gewahrt ist damit die Ausschlussfrist für sämtliche Differenzansprüche des Klägers ab April 2008.

Die Vergütungsansprüche des Klägers sind am 10. des Folgemonats fällig (§ 14 IV MTV), die Vergütungsansprüche für April 2008 also am 10.05.2008, so dass die dreimonatige Ausschlussfrist durch die Klage für diesen Monat gewahrt ist, für die davor liegenden Monate nicht.

2. Für den Zeitraum von April 2008 bis Dezember 2009 stehen dem Kläger noch Nachzahlungsansprüche für 34 Urlaubstage zu, an denen der Kläger seinen gesetzlichen Urlaub genommen hat. Nachzahlungsansprüche hinsichtlich des Urlaubsentgelts für den tariflichen - übergesetzlichen - Urlaub bestehen nicht. Die Beklagte durfte das Urlaubsentgelt nicht für alle Urlaubstage nach § 16 VI MTV berechnen. Für den gesetzlichen Urlaub berechnet sich die Urlaubsvergütung nach § 11 Abs. 1 BUrlG. Entgegen der Auffassung des Klägers bleibt die tarifliche Berechnungsme-

thode aber für den tariflichen Urlaubsanspruch wirksam. Der Tarifvertrag enthält auch keine Lücke, soweit Arbeitnehmer regelmäßig über den Umfang der tarifvertraglich vereinbarten Arbeitszeit hinaus arbeiten.

a) § 16 VI MTV weicht für den gesetzlichen Urlaubsanspruch unzulässig von § 1 BUrlG ab.

aa) Nach § 1 BUrlG haben die Arbeitnehmer Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Damit ist ihr Arbeitsentgelt gem. § 611 BGB i. V. m. § 11 Abs. 1 BUrlG während der Freistellung von der Arbeit als Urlaubsentgelt weiterzuzahlen. Die Höhe des Anspruchs ergibt sich aus dem Zeit- und dem Geldfaktor. Mit dem Zeitfaktor bestimmt sich die am jeweiligen Urlaubstag infolge der Freistellung ausfallende Arbeitszeit, für die das Urlaubsentgelt fortzuzahlen ist. Der Geldfaktor bemisst den für die Ausfallzeit zugrunde zu legenden Verdienst. Seine Bemessung ist in § 11 Abs. 1 BUrlG geregelt. Nach § 13 Abs. 1 BUrlG können die Tarifvertragsparteien von den Bestimmungen des BUrlG auch zuungunsten der Arbeitnehmer abweichen. Ausgenommen sind aber die §§ 1, 2 und § 3 Abs. 1 BUrlG. Dieses Verbot kann auch nicht durch einen mittelbaren Eingriff in die unabdingbaren Bestimmungen umgangen werden. § 1 BUrlG gewährt jedem Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. „Bezahlt“ ist der Erholungsurlaub, wenn der den Arbeitnehmern zustehende Lohnanspruch trotz Nichtleistung der Arbeit während des Urlaubs unberührt bleibt. Schon aus § 1 BUrlG ergibt sich die Pflicht, die Vergütung während des Urlaubs weiterzuzahlen. Die Tarifvertragsparteien sind damit zwar frei, jede ihnen als angemessen erscheinende Berechnungsmethode für das während des Urlaubs fortzuzahlende Entgelt zu vereinbaren. Die Methode muss für den gesetzlichen Mindesturlaub aber geeignet sein, ein Urlaubsentgelt sicherzustellen, wie es der Arbeitnehmer bei Weiterarbeit ohne Freistellung voraussichtlich hätte erwarten können. Den Tarifvertragsparteien verbleibt dabei ein weiter Gestaltungsspielraum. Es steht ihnen z. B. frei, das Urlaubsentgelt entsprechend dem konkreten Lohnausfall zu berechnen oder den gesetzlichen Referenzzeitraum zu erweitern (BAG, Urt. v. 15.12.2009 - 9 AZR 887/08 - juris, Rn. 14 u.15).

bb) Mit der Regelung der Höhe des Urlaubsentgelts in § 16 Abs. 6 MTV haben die Tarifvertragsparteien den ihnen eingeräumten Regelungsspielraum jedenfalls für den Bereich des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs überschritten. Mit dieser Regelung verdienen die Arbeitnehmer, die wie der Kläger regelmäßig und in nicht unerheblichem Umfang Überstunden leisten, während der Urlaubszeit nicht lediglich im Einzelfall, sondern durch die Berechnungsmethode zwingend bedingt weniger, als wenn sie weitergearbeitet hätten. Für die Berechnung des Urlaubsentgelts darf nach den §§ 1, 11 Abs. 1 BUrlG aber nicht ausschließlich auf die tarifliche oder eine daran angelehnte pauschale Arbeitszeit abgestellt werden, ohne die tatsächlich an den einzelnen Arbeitstagen ausgefallene Arbeitszeit zu berücksichtigen. Der Tarifvertrag darf nicht eine geringere Stundenzahl für die Berechnung der Urlaubsvergütung vorsehen, als während des Urlaubszeitraums tatsächlich angefallen wäre (HWK/Schinz, 4. Aufl. § 13 BUrlG Rn. 62). Das bedeutet, dass während des Urlaubs ansonsten zu leistende Überstunden berücksichtigt werden müssen (BAG 22.02.2000 - 9 AZR 107/99 - BAGE 93, 376).

Im vorliegenden Fall greift § 16 Abs. 6 MTV daher mittelbar in die in § 1 BUrlG angeordnete Entgeltfortzahlung während des Urlaubs ein, indem der Zeitfaktor für die Berechnung der Entgeltfortzahlung von der tatsächlich ausgefallenen Arbeitszeit unabhängig bestimmt wird. Der Tarifvertrag geht von 8 Stunden aus (bei 5-Tage-Woche) bzw. 7 Stunden (bei 6-Tage-Woche), obwohl der Kläger wie auch andere Mitarbeiter regelmäßig mehr als 8 Stunden täglich arbeitet.

Hinzu kommt, dass einzelne Entgeltbestandteile bei der Berechnung des Geldfaktors nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien stehen (BAG 22.01.2002 - 9 AZR 601/00 -; HWK/Schinz 4. Aufl. § 13 BUrlG Rn. 59). So dürfen Zuschläge für Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit, die im Bezugszeitraum verdient sind, bei der Vergütung des gesetzlichen Mindesturlaubs nicht unbeachtet bleiben (BAG 22.01.2002 - 9 AZR 601/00 -; 15.12.2009 - 9 AZR 887/08 -; HWK/Schinz 4. Aufl. § 13 BUrlG Rn. 59). Im vorliegenden Fall sind die Nachtzuschläge durch die tarifliche Regelung ausgenommen. § 16 Abs. 6 MTV berücksichtigt allein den Tabellenlohn.

Da die Tarifvertragsparteien sowohl den Geld- als auch den Zeitfaktor zu Lasten der Arbeitnehmer geändert haben, verstößt § 16 Abs. 6 MTV gegen § 13 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 1 BUrlG. Folglich steht dem Kläger ein Urlaubsentgeltanspruch für den gesetzlichen Urlaub entsprechend der in § 11 Abs. 1 BUrlG vorgesehenen Berechnungsmethode zu. Dieser Auffassung der 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein (Urt. v. 08.02.2012 - 6 Sa 37/11 -) stimmt die Kammer in ihrer Begründung in vollem Umfang zu und macht sie sich zu Eigen.

cc) Betroffen von der Unwirksamkeit der tariflichen Regelung ist aber nur der gesetzliche Urlaub. Für den tariflichen Urlaub gelten dagegen die tariflichen Berechnungsvorschriften uneingeschränkt.

Für den Urlaub, der den gesetzlichen Mindestanspruch übersteigt, ist die in § 11 Abs. 1 BUrlG für das Urlaubsentgelt bestimmte Berechnung nicht ohne Weiteres anzuwenden. Das BUrlG regelt nur den gesetzlichen Mindesturlaub. Es steht sowohl den Arbeits- als auch den Tarifvertragsparteien frei, für weitergehende Urlaubsansprüche eigenständige Regelungen zu treffen. Die gesetzlichen Bestimmungen sind auf den übergesetzlichen Urlaub nur anwendbar, wenn arbeits- oder tarifvertragliche Regelungen fehlen (BAG v. 15.12.2009, a. a. O., Rn. 18).

Da hier tarifvertragliche Regelungen die Berechnung des tariflichen Urlaubsentgelts regeln, bleiben diese für den tariflichen Urlaub wirksam. Wegen der Vergütungsansprüche für den tariflichen Urlaub hat die Beklagte daher ordnungsgemäß abgerechnet. Nachzahlungsansprüche verbleiben insoweit nicht.

dd) Entgegen der Auffassung des Klägers ist der Tarifvertrag auch nicht dahin auszulegen, dass er für Arbeitnehmer, die regelmäßig mehr als die tarifliche Wochenarbeitszeit arbeiten, keine Regelung enthält und deswegen die Abrechnung des Urlaubsentgelts insgesamt nach den gesetzlichen Vorschriften zu erfolgen hat.

Bereits der Wortlaut des § 16 VI MTV spricht deutlich gegen die Auffassung des Klägers. Dort heißt es, dass während des Urlaubs der Lohn auf Basis von 8 Stunden pro Tag bei einer 5-Tage-Woche bzw. 7 Std. pro Tag bei einer 6-Tage-Woche zu erfol-

gen hat. Raum für eine differenzierende, an der Arbeitszeit des Mitarbeiters orientierte Abrechnungsweise bleibt bei dieser Regelung nicht. Allein aus dem Umstand, dass der MTV keine ausdrückliche Regelung für Teilzeitarbeitskräfte trifft, folgt nichts anderes. Deren Situation ist mit der eines regelmäßig in unregelmäßiger Höhe über die tarifliche Arbeitszeit hinaus arbeitenden Mitarbeiters nicht vergleichbar.

Daneben zeigt aber auch die Tarifgeschichte ganz deutlich, dass die Tarifvertragsparteien die Regelung so verstanden wissen wollten, wie sie in der Vergangenheit von der Beklagten praktiziert worden ist. Anderenfalls wäre nämlich die Übergangsregelung, wonach für die Berechnung in 2007 entgegen § 16 VI MTV von 9,25 Stunden pro Tag auszugehen ist und für 2008 von 8,75 Stunden pro Tag, überflüssig. Wenn die tarifliche Regelung für Arbeitnehmer, die regelmäßig über die tarifliche Wochenarbeitszeit hinaus arbeiten, nicht gelten sollte, hätte es der Übergangsregelung nicht bedurft. Den Tarifvertragsparteien war offensichtlich klar, dass die von ihnen zum 01.01.2007 geschaffene Regelung zu einer (erheblichen) Kürzung der Urlaubsvergütung führen würde. Daher haben sie eine Übergangsregelung geschaffen.

b) Die Urlaubsvergütung nach § 11 Abs. 1 BUrIG ist der Betrag, der sich aus dem Produkt von Geldfaktor und Zeitfaktor ergibt. Diese sind für die einzelnen gesetzlichen Urlaubstage des Klägers im Mai 2008 (5 Tage), Juli 2008 (4), August 2008 (1), Oktober 2008 (4), April 2009 (9), Juni 2009 (2) und Juli 2009 (9) jeweils gesondert zu ermitteln.

aa) Bei der Berechnung des Geldfaktors sind der Grundlohn des Klägers, Nachtzuschläge, Provisionen für Zeitungsverkauf, Spesen geteilter Dienst, die Vergütung für Rüstzeiten sowie das im Referenzzeitraum gezahlte Urlaubsentgelt, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Feiertagsentgelt zu berücksichtigen.

(1) Bei der Ermittlung des Geldfaktors sind die Vergütungsbestandteile zugrunde zu legen, die der Arbeitnehmer im Referenzzeitraum als Gegenleistung für seine Tätigkeit in den maßgeblichen Abrechnungszeiträumen erhalten hat. Dazu gehören auch schwankende Verdienstbestandteile, wie etwa Akkordlohn, Provisionen oder andere Formen des Leistungslohns unabhängig davon, ob sie regelmäßig anfallen oder

nicht. Dagegen bleiben Aufwendersatz und solche Lohnbestandteile, die dem Arbeitnehmer zwar auf Grund seines Arbeitsvertrags zufließen, mit denen aber nicht die Arbeitsleistung in durch die Referenzzeiträume bestimmten Abrechnungsabschnitten abgegolten werden, außer Betracht. Das trifft insbesondere auf Einmalleistungen zu. Maßgebend ist, ob mit einer Zahlung eine auf einen bestimmten Zeitabschnitt entfallende Arbeitsleistung vergütet wird. Zum Arbeitsverdienst gehören danach das geschuldete Entgelt, der tatsächlich verdiente Leistungslohn, im Referenzzeitraum verdiente Prämien, Feiertagsvergütung und Urlaubsentgelt, ggf. tarifvertraglich geregelte bezahlte Pausen und Provisionen (HWK/Schinz, 5. Aufl., § 11 BUrlG, Rn. 9 - 14).

Hinsichtlich der Berücksichtigung der im Referenzzeitraum gezahlten Überstundenvergütung sprechen die besseren Gründe dafür, diese einschließlich der Zuschläge für Überstunden bei der Berechnung des Urlaubsentgelts nicht zu berücksichtigen. Die 6. Kammer des LAG Schleswig-Holstein hat insoweit im Urteil vom 08.02.2012 (6 Sa 37/11) zutreffend ausgeführt:

Zwar ist nach dem Wortlaut des § 11 Abs. 1 BUrlG (nur) der zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsverdienst ausdrücklich ausgenommen. Das könnte nahelegen, dass allein die Überstundenzuschläge gemeint sind. Sowohl die grammatikalische Auslegung als auch Sinn und Zweck der Regelung sowie die Gesetzgebungsgeschichte sprechen jedoch dafür, dass (auch) der Grundbetrag unberücksichtigt zu bleiben hat. § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG ist seinerzeit geändert worden (Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25.09.1996, BGBl I S. 14, 76), um zu verhindern, dass ein Arbeitnehmer durch gezielte Leistung von Überstunden im Bezugszeitraum ein höheres Urlaubsentgelt erlangen kann (vgl. BAG 09.11.1999 - 9 AZR 771/98 - BAGE 92, 343). Diesem Anliegen des Gesetzgebers würde nur teilweise entsprochen, wenn die Grundvergütung für im Referenzzeitraum geleistete Überstunden in die Berechnung der Urlaubsvergütung einflösse. Die amtliche Begründung spricht für die hier vertretene Sichtweise. Als Regelungsziel ist genannt, „die im Bezugszeitraum anfallenden Überstunden“ herauszunehmen. Da davon ausgegangen werden kann, dass dem Gesetzgeber der Unterschied zwischen Grundvergütung für Überstunden und Überstundenzuschläge bekannt war, spricht dies dafür, dass mit

der Ausnahme „der Überstunden“ auch die Grundvergütung gemeint ist (vgl. ErfK/Dörner/Gallner 11. Aufl. § 11 BUrlG Rn. 7; HWK/Schinz 4. Aufl. § 11 BUrlG Rn. 32; Neumann/Fenski BUrlG 10. Aufl. § 11 Rn. 44 m. w. N.).

Diesen Ausführungen schließt sich die erkennende Kammer in vollem Umfang an.

Referenzzeitraum sind nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 11 BUrlG die letzten 13 Wochen vor Beginn des Urlaubs. Bei monatlicher Abrechnung und Auszahlung des Entgelts deckt sich dieser Zeitraum mit den letzten drei abgerechneten Kalendermonaten vor Urlaubsantritt (Schaub-Linck, ArbRHandbuch, 14. Aufl., § 104, Rn. 121).

(2) Kein Streit besteht zwischen den Parteien über die Einbeziehung des Grundlohns, der Nachtzuschläge, der Vergütung für Rüstzeiten sowie des Urlaubsentgelts, der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und der Feiertagsvergütung.

Entgegen der Auffassung der Beklagten sind auch die für den Zeitungsverkauf an den Kläger gezahlten Provisionen zur Ermittlung des Urlaubsentgelts heranzuziehen. Das ergibt sich ohne weiteres aus den oben dargestellten Grundsätzen, wonach alle Vergütungsbestandteile berücksichtigt werden müssen, die als Gegenleistung für die Arbeitsleistung gezahlt werden. Auch die Provisionen erhält der Kläger für seine Arbeitsleistung, zu der nach den vertraglichen Vereinbarungen auch der Zeitungsverkauf im Bus gehört.

Entsprechendes gilt auch für die in den Abrechnungen als „Spesen“ ausgewiesenen Lohnbestandteile. Die Parteien haben insoweit im Kammertermin unstreitig gestellt, dass diese dann anfallen, wenn zwischen 2 Diensten eine längere Pause liegt und dass sie nur gezahlt werden, wenn der Kläger tatsächlich Arbeitsleistungen erbringt. Damit hängt die Zahlung der Spesen nicht davon ab, dass der Kläger Aufwendungen erbringt, sondern von der Erbringung von Arbeitsleistungen. Sie gehören also zum erstattungsfähigen Arbeitsentgelt und sind kein bloßer Aufwendungsersatz (im Ergebnis ebenso mit anderer Begründung: LAG Schleswig-Holstein, 6 Sa 37/11).

Überstunden und Überstundenzuschläge bleiben nach den dargestellten Grundsätzen entgegen der Auffassung des Klägers bei der Berechnung unberücksichtigt. Im Übrigen besteht zwischen den Parteien kein Streit darüber, dass die weiteren Vergütungsbestandteile bei der Berechnung nicht zu berücksichtigen sind.

bb) Für die Berechnung des Zeitfaktors sind die von den Parteien im 2. Berufungstermin unstreitig gewordenen von der Beklagten in der „Berechnung I.“ ermittelten Stunden anzusetzen (Bl. 501 d. A.)

(1) Grundsätzlich ist für den Zeitfaktor die Arbeitszeit zu ermitteln, die konkret dadurch ausgefallen ist, dass der Arbeitnehmer von der Arbeitsleistung befreit wurde. Hierbei sind auch die Überstunden zu berücksichtigen, die der Arbeitnehmer geleistet hätte, wenn er nicht freigestellt worden wäre (HWK/Schinz, § 11 BUrlG, Rn. 39).

(2) Die Parteien haben im 1. Berufungstermin unstreitig gestellt, dass nicht festgestellt werden kann, wie viel Arbeitszeit an einem bestimmten Urlaubstag für den Kläger ausgefallen ist, weil der Dienstplan immer erst nach dem Urlaubsplan erstellt werde. Dieser Erklärung der Beklagtenvertreterin hat der Kläger nicht widersprochen.

Es ist daher nach Auffassung der erkennenden Kammer auch für die Ermittlung des Zeitfaktors auf den Referenzzeitraum von drei Monaten zurückzugreifen und anhand dessen eine durchschnittliche Arbeitsleistung des Klägers an einem Urlaubstag zu ermitteln.

c) Der Kläger hat nach den dargestellten Grundsätzen Anspruch auf Nachzahlung folgender Beträge.

Dabei ist für den Geldfaktor von der in der „Berechnung II.“ ermittelten Stundenlohnsätzen auszugehen. Die Beklagte hat zur Ermittlung des Urlaubsentgelts zwei verschiedene Rechenwege gewählt. Sie hat bei der „Berechnung I.“ berücksichtigt, dass Ansprüche des Klägers bis März 2008 verfallen sind, während sie bei der „Berechnung II.“ diesem Umstand keine Rechnung getragen hat. Bei der „Berechnung I.“ sind

damit dem Kläger tatsächlich im Referenzzeitraum zustehende Vergütungen wegen des Verfalls des Anspruchs nicht berücksichtigt worden. Das ist unzulässig.

Maßgeblich ist bei der Berechnung der Urlaubsvergütung der Arbeitsverdienst, der im Bezugszeitraum fällig geworden ist (HWK/Schinz, aaO, Rn. 34). Anderenfalls würde sich ein unter Umständen einmaliges Versäumnis des Arbeitnehmers fortlaufend auswirken, was dem Grundsatz widerspricht, wonach der Arbeitnehmer im Urlaubszeitraum keine Verdienstkürzungen erleiden soll. Deutlich wird dies etwa an dem Beispiel, dass ein Arbeitnehmer wegen Versäumung einer Ausschlussfrist für einen Monat keinen Arbeitslohn erhält. Er bekäme dann in einem Urlaub (bei gleichbleibender Vergütungshöhe) nur 2/3 seines regelmäßigen Entgelts ausbezahlt.

Entsprechend den Angaben der Beklagten (Bl. 500 - 502 d. A.) ergeben sich damit folgende Nachzahlungsbeträge:

Mai 2008: 5 Tage x 10,62 Std. x € 12,00 = € 637,20. Gezahlt sind € 475,56, sodass ein Restbetrag von € 161,64 verbleibt.

Juli 2008: 4 Tage x 10,27 Std. x € 11,89 = € 488,44. Gezahlt sind € 380,45, so dass ein Restbetrag von € 107,99 verbleibt.

August 2008: 1 Tag x 10,4 Std. x € 11,80 = € 122,72. Gezahlt sind € 95,11, so dass ein Restbetrag von € 27,61 verbleibt.

Oktober 2008: 4 Tage 10,92 Std. x € 11,60 = € 506,69. Gezahlt sind € 388,15, so dass ein Restbetrag von € 118,54 verbleibt.

April 2009: 9 Tage x 10,89 Std. x € 11,79 = € 1.155, 54. Gezahlt sind € 814,32, so dass ein Restbetrag von € 341,22 verbleibt.

Juni 2009: 2 Tage x 10,97 Std. x € 12,38 = € 271,62. Gezahlt sind € 180,96, so dass ein Restbetrag von € 90,66 verbleibt.

Juli 2009: 9 Tage x 10,8 Std. x € 12,39 = € 1204,31. Gezahlt sind € 814,32, so dass ein Restbetrag von € 389,99 verbleibt.

Damit ergibt sich ein Gesamtbetrag von € 161,64 + €107,99 + € 27,61 + €118,54 + € 341,22, + € 90,66 + € 389,99, insgesamt: € 1.237,65.

II. Über die in erster Instanz zusätzlich vom Kläger geltend gemachten Ansprüche auf Feiertagsvergütung für Mai und Oktober 2008 sowie Juni 2009 ist in der Berufung nicht zu entscheiden. Diese sind in der Berufungsinstanz nicht zur Entscheidung angefallen, weil das Arbeitsgericht über diesen Teil der Ansprüche nicht entschieden

hat und eine Ergänzung des Urteils nach § 321 ZPO von keiner Partei beantragt worden ist.

1. Gemäß § 321 Abs. 1 ZPO ist ein Urteil auf Antrag durch nachträgliche Entscheidung zu ergänzen, wenn ein von einer Partei nach dem ursprünglich festgestellten oder nachträglich berichtigten Tatbestand geltend gemachter Haupt - oder Nebenanspruch bei der Endentscheidung übergangen worden ist. Hat das Gericht einen übergangenen Antrag auch nicht in den Tatbestand seines unvollständigen Urteils aufgenommen, muss einer Urteilsergänzung nach § 321 ZPO eine Berichtigung des Tatbestands nach § 320 ZPO vorangehen (BAG v. 26.06.2008 - 6 AZN 1161/07 - juris, Rn. 14). Mit dem Ablauf der Antragsfrist des § 321 Abs. 2 ZPO entfällt die Rechtshängigkeit der Klage, soweit sie Gegenstand des übergangenen Antrags gewesen ist (BAG, a. a. O., Rn. 15).

2. Vorliegend ist bereits der Tatbestand des arbeitsgerichtlichen Urteils unvollständig. Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf Feiertagsentgelt für Arbeitstage in den Monaten Mai 2008, Oktober 2008 und Juni 2009 findet im Tatbestand des arbeitsgerichtlichen Urteils keine Erwähnung. Insoweit hätte also eine Tatbestandsberichtigung beantragt werden müssen, was nicht geschehen ist. Auch in den Entscheidungsgründen des Arbeitsgerichts findet sich zum Anspruch des Klägers auf Nachzahlung von Feiertagsentgelt nichts. Die Berechnungen des Arbeitsgerichts beziehen sich nur auf das Urlaubsentgelt. Das Arbeitsgericht hat nämlich die Berechnungen der Beklagten aus dem Schriftsatz vom 06.01.2012 übernommen. Diese bezogen sich aber nur auf die in den fraglichen Monaten gewährten Urlaubstage.

Auf diese Rechtsauffassung sind die Parteien durch das Berufungsgericht im Termin am 18.09.2012 hingewiesen worden. Einwendungen hiergegen sind von keiner Seite erhoben worden.

Ein Antrag nach § 321 ZPO ist von keiner Seite gestellt worden. Da der Antrag auf Feiertagsentgelt vom Arbeitsgericht übergangen wurde, ist die Rechtshängigkeit dieses Teils der Klage entfallen.

III. Zinsen auf die Hauptforderung stehen der Beklagten grundsätzlich erst ab Rechtshängigkeit zu. Da sich die Beklagte an den tariflichen Vorschriften orientiert hat und diese nicht erkennbar unwirksam sind, geht das Gericht davon aus, dass die Beklagte an der verzögerten Nachzahlung kein Verschulden trifft. Allerdings ist insoweit zu berücksichtigen, dass die Beklagte gegen die weitergehende Verurteilung zur Zinszahlung durch das Arbeitsgericht keine Berufung eingelegt hat, so dass das Urteil des Arbeitsgerichts insoweit nicht zu ändern ist.

D)

Auch bei der Tenorierung war zu beachten, dass nur der Kläger Berufung gegen das Urteil des Arbeitsgerichts eingelegt hat. Das Arbeitsgericht hat dem Kläger Vergütungsansprüche ab März 2008 zugesprochen. Das ergibt sich zwar nicht aus dem fehlerhaften Tenor, der von Zahlungen ab Juni 2008 spricht, mit hinreichender Deutlichkeit aber aus den Entscheidungsgründen und insbesondere der Berechnung der Forderung. Der Gesamtbetrag der ausgerichteten Zahlungen ergibt sich nämlich nur dann, wenn man die Beträge auf Seite 9 des Urteils ab März 2008 addiert.

Festgestellt wurde gerade, dass dem Kläger ab April 2008 bis Dezember 2009 Nachzahlungsansprüche in Höhe von € 1.237,65 zustehen. Zu diesem Betrag zu addieren ist der vom Arbeitsgericht dem Kläger für März zugesprochene Differenzbetrag von € 191,43. Dieser Betrag ist dem Kläger rechtskräftig zuerkannt worden. Bei der Fassung des Tenors ist daher von einem Gesamtanspruch des Klägers in Höhe von € 1.429,08 auszugehen. Da das Arbeitsgericht dem Kläger bereits einen höheren Anspruch zuerkannt hat, ist die Berufung des Klägers insgesamt unbegründet.

Gemäß § 97 Abs. 1 ZPO trägt der Kläger die Kosten des Berufungsverfahrens. Die Zulassung der Revision beruht auf § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.