

Bundesarbeitsgericht
Zehnter Senat

Urteil vom 23. Februar 2022
- 10 AZR 99/21 -
ECLI:DE:BAG:2022:230222.U.10AZR99.21.0

I. Arbeitsgericht Bielefeld

Urteil vom 7. Mai 2020
- 1 Ca 2331/19 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 25. November 2020
- 6 Sa 695/20 -

Entscheidungsstichworte:

Tarifliche Freistellungstage - Arbeitsunfähigkeit

Leitsatz:

Der Anspruch auf bezahlte arbeitsfreie Tage, der an die Stelle des Anspruchs auf ein tarifliches Zusatzgeld nach dem Tarifvertrag Tarifliches Zusatzgeld (TV T-ZUG) tritt, wird nicht erfüllt, wenn der Arbeitnehmer am Freistellungstag arbeitsunfähig erkrankt ist.

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 99/21
6 Sa 695/20
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. Februar 2022

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin, Anschlussberufungsbeklagte und
Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter, Anschlussberufungskläger und
Revisionsbeklagter,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Februar 2022 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Günther-Gräff,

den Richter am Bundesarbeitsgericht Pessinger sowie den ehrenamtlichen Richter Schurkus und die ehrenamtliche Richterin Viehl für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 25. November 2020 - 6 Sa 695/20 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über tarifliche Freistellungstage für das Jahr 2019. 1
- Der Kläger ist bei der Beklagten seit dem 16. Februar 2016 in Vollzeit beschäftigt. Er ist zwei minderjährigen Kindern zum Unterhalt verpflichtet. Mindestens ein Kind hatte im Jahr 2019 das achte Lebensjahr nicht vollendet, lebte mit dem Kläger in häuslicher Gemeinschaft und wurde von ihm selbst betreut und erzogen. 2
- Der Kläger ist Mitglied der IG Metall. Die Beklagte ist Mitglied im Unternehmensverband der Metallindustrie Ostwestfalen. 3
- Am 14. Februar 2018 schlossen METALL NRW und die IG Metall - Bezirksleitung Nordrhein-Westfalen - den am 1. Januar 2019 in Kraft getretenen Tarifvertrag Tarifliches Zusatzgeld (TV T-ZUG) sowie einen Änderungsarbeitsvertrag (ÄTV), der ua. den Einheitlichen Manteltarifvertrag vom 18. Dezember 2003 (EMTV) betraf. Nach dem neu eingefügten § 3d EMTV konnten die Beschäftigten unter bestimmten Umständen anstelle des tariflichen Zusatzgeldes die Gewährung von Freistellungstagen verlangen. Anträge für das Jahr 2019 mussten bereits im Jahr 2018 gestellt werden. 4
- Dieselben Tarifvertragsparteien vereinbarten am 8. November 2018 einen Manteltarifvertrag (MTV), der am 1. Januar 2019 in Kraft trat und den EMTV ersetzte. In § 25 MTV heißt es ua.: 5

„§ 25 Freistellungstage statt T-ZUG (A)

Beschäftigte können nach Maßgabe nachfolgender Bestimmungen verlangen, statt des tariflichen Zusatzgeldes nach § 2 Nr. 2 a) TV T-ZUG eine Freistellung in Anspruch zu nehmen.

25.1 Anspruchsberechtigte

Die Möglichkeit eine bezahlte Freistellung in Anspruch zu nehmen, besteht für folgende Beschäftigtengruppen:

a) Beschäftigte mit einer individuellen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von mindestens 35 Stunden, die

- in drei oder mehr als drei Schichten oder nur in der Nachtschicht arbeiten
(nach einer Betriebszugehörigkeit von mindestens 5 Jahren und nachdem sie mindestens 3 Jahre beim derzeitigen Arbeitgeber üblicherweise in Schicht gearbeitet haben),
- in Wechselschicht arbeiten
(ab dem 1. Januar 2019 nach einer Betriebszugehörigkeit von mindestens 15 Jahren und nachdem sie 10 Jahre beim derzeitigen Arbeitgeber üblicherweise in Schicht gearbeitet haben,
ab dem 1. Januar 2020 nach einer Betriebszugehörigkeit von mindestens 7 Jahren und nachdem sie 5 Jahre beim derzeitigen Arbeitgeber üblicherweise in Schicht gearbeitet haben)

und voraussichtlich im Folgejahr in einem der vorgenannten Schichtmodelle beschäftigt sein werden.

b) Beschäftigte mit einer individuellen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von mindestens 35 Stunden und/oder Vollzeitbeschäftigte, die nach dem 1. Januar 2019 ihre individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit reduzieren oder in verkürzte Vollzeit wechseln, und

- die einen Angehörigen ersten Grades (Eltern und Kinder), einen Ehegatten, Lebenspartner, Partner einer eheähnlichen oder lebenspartnerschaftsähnlichen Ge-

meinschaft oder Schwiegereltern in häuslicher Umgebung pflegen, der mindestens den Pflegegrad 1 aufweist,

oder

- die ihr in häuslicher Gemeinschaft lebendes Kind bis zur Vollendung des achten Lebensjahres selbst betreuen und erziehen.

Der Anspruch besteht erstmalig nach einer mindestens zweijährigen ununterbrochenen Betriebszugehörigkeit zum Zeitpunkt der Antragstellung.

25.2 Geltendmachung

Beschäftigte können bis zum 31. Oktober eines Jahres den Anspruch für das Folgejahr geltend machen.

...

25.3 Freistellungsumfang

Der Freistellungsanspruch beträgt acht Tage für Beschäftigte, bei denen sich die Arbeitszeit regelmäßig auf fünf Tage pro Woche verteilt.

Grundsätzlich erfolgt die Inanspruchnahme in Form von ganzen freien Tagen, vergleichbar dem Verfahren bei der Urlaubsnahme. Arbeitgeber und Beschäftigter können sich einvernehmlich auch auf eine hiervon abweichende Inanspruchnahme verständigen. Bei der zeitlichen Festlegung der Freistellung sind die Wünsche des Beschäftigten im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten zu berücksichtigen.

Kann der Freistellungsanspruch aus personenbedingten Gründen nicht oder nicht vollständig im Kalenderjahr genommen werden, geht der Freistellungsanspruch unter. Im Umfang der nicht realisierten Freistellungstage besteht der Anspruch auf das tarifliche Zusatzgeld nach § 2 Nr. 2 a) TV T-ZUG.

Endet das Arbeitsverhältnis nach Realisierung der Freistellungstage vor dem 31. Juli eines Kalenderjahres, ist die Differenz im Arbeitsentgelt zu verrechnen.

Die Ausübung einer Nebenbeschäftigung während der Freistellungszeit ist nicht zulässig.

25.4 Anspruchserweiterung

Der Anspruch, statt tariflichem Zusatzgeld nach § 2 Nr. 2 a) TV T-ZUG freie Tage zu gewähren, kann durch freiwillige Betriebsvereinbarung auf den ganzen Betrieb, bestimmte Beschäftigtengruppen oder Abteilungen/Bereiche, z. B. auch auf Vollkonti-Schicht-Beschäftigte, erweitert werden.

25.5 Kompensation des entfallenden Arbeitsvolumens

Betriebsrat und Arbeitgeber haben bis zum 31. Dezember eines Kalenderjahres anhand der vorliegenden Anträge zu erörtern, wie das entfallende Arbeitsvolumen betriebsintern ausgeglichen werden kann. Dabei ist die Nutzung der vorhandenen betrieblichen und tariflichen Instrumente zu erörtern, insbesondere:

- Vereinbarung von Mehrarbeit
- Anwendung des Volumenmodells nach § 12
- Nutzung von Arbeitszeitkonten
- Anwendung von § 13

Stellen die Betriebsparteien fest, dass der Anspruch nicht für alle Antragsteller realisiert werden kann, können sie eine Reihenfolge festlegen. Dabei sollen folgende Kriterien berücksichtigt werden:

- Dauer und Intensität der Belastung
- Betriebszugehörigkeit

Die Betriebsparteien können darüber hinaus weitere Kriterien festlegen.

Kommt keine Einigung zustande und kann das entfallende Arbeitsvolumen nicht mit der entsprechenden Qualifikation betriebsintern kompensiert werden, kann der Arbeitgeber solche Anträge ablehnen.

...“

Der Kläger machte bis zum 31. Oktober 2018 gegenüber der Beklagten eine Umwandlung des tariflichen Zusatzgeldes für das Kalenderjahr 2019 in Freistellungstage geltend. Im April 2019 legten die Parteien einvernehmlich ua. den 11. und 12. Juni 2019 als Freistellungstage fest.

6

Vom 5. bis einschließlich 12. Juni 2019 war der Kläger arbeitsunfähig erkrankt. Noch im Jahr 2019 verlangte er von der Beklagten, ihm die beiden in diesem Zeitraum liegenden Freistellungstage im laufenden Kalenderjahr „nachzugewähren“. Die Beklagte lehnte dies ab. 7

Der Kläger hat gemeint, ihm stehe noch ein Anspruch auf zwei Freistellungstage aus dem Jahr 2019 zu. Sein Anspruch sei durch die bloße Festlegung von freien Tagen nicht erfüllt worden. Vielmehr müsse die freie Zeit tatsächlich nutzbar sein. Eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit stehe dem entgegen. 8

Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt 9

festzustellen, dass ihm aus dem Jahr 2019 ein Anspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistung im Umfang von zwei Arbeitstagen zusteht,

hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, an ihn 229,37 Euro brutto zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat gemeint, der Freistellungsanspruch sei bereits dadurch erfüllt, dass sie die freien Tage festgelegt und den Kläger von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung entbunden habe. Das Risiko, die arbeitsfreie Zeit tatsächlich nutzen zu können, liege beim Kläger. 10

Das Arbeitsgericht hat der Klage im erstinstanzlich zuletzt zur Entscheidung gestellten Zahlungsantrag stattgegeben. Unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten und auf die Anschlussberufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht dem Feststellungsantrag entsprochen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte weiterhin die vollständige Abweisung der Klage. 11

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Beklagten ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis die Berufung der Beklagten zu Recht zurückgewiesen und auf die Anschlussberufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts 12

abgeändert (§ 561 ZPO). Die zulässige Klage ist begründet. Dem Kläger steht aus dem Jahr 2019 noch ein tariflicher Anspruch auf bezahlte Freistellung von der Arbeitsleistung im Umfang von zwei Arbeitstagen zu.

- I. Die Klage ist zulässig. 13
- 1. In der gebotenen Auslegung ist der Feststellungsantrag hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 14
 - a) Der Kläger will mit diesem Antrag festgestellt wissen, dass ihm auf der Grundlage des geltenden Tarifvertrags noch zwei Freistellungstage aus dem Jahr 2019 zustehen. Nach dem letzten Wortlaut des Antrags macht der Kläger zwar einen Anspruch aus dem EMTV geltend. Nach dem Inhalt seiner schriftsätzlichen Ausführungen geht er aber davon aus, es sei für den Anspruch ohne Bedeutung, ob der EMTV oder der MTV die maßgebliche tarifliche Bestimmung enthalte. Der Sache nach hat der Kläger damit klargestellt, dass er den Streitgegenstand nicht auf einen speziellen Tarifvertrag beschränkt, sondern einen tariflichen Anspruch, unabhängig von der konkreten Anspruchsgrundlage, verfolgt. Bei dem Zusatz im Antrag handelt es sich daher lediglich um ein Begründungselement, dem keine gesonderte Bedeutung zukommt (*vgl. zB BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 123/18 - Rn. 16, BAGE 164, 345*). 15
 - b) Aus dem Vorbringen des Klägers ergibt sich zudem, dass er in erster Linie sein Feststellungsbegehren verfolgt und nur hilfsweise den Zahlungsanspruch. 16
- 2. Der Hauptantrag genügt den Erfordernissen des § 256 Abs. 1 ZPO. Der Kläger kann seinen Freistellungsanspruch im Weg der Feststellungsklage verfolgen (*BAG 11. November 2020 - 4 AZR 210/20 - Rn. 15*). Für die zukunftsgerichtete Feststellung, dass dem Kläger aus dem Jahr 2019 weiterhin zwei Freistellungstage zustehen, besteht das erforderliche rechtliche Interesse, da die Beklagte einen solchen Anspruch bestreitet. 17

- II. Die Klage ist begründet. Dem Kläger steht aus dem Jahr 2019 ein Anspruch auf bezahlte Freistellung von der Arbeitsleistung im Umfang von zwei Arbeitstagen zu. Dieser Anspruch besteht - insoweit anders als das Landesarbeitsgericht annimmt - als originärer Erfüllungsanspruch fort und ergibt sich aus § 25 MTV, § 2 Nr. 1, Nr. 2 Buchst. a TV T-ZUG. Er ist nicht durch Erfüllung erloschen oder anderweitig untergegangen. 18
1. Der MTV und der TV T-ZUG gelten im Arbeitsverhältnis der Parteien kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG unmittelbar und zwingend. Nach diesen Bestimmungen stand dem Kläger für das Jahr 2019 ein Anspruch auf das tarifliche Zusatzgeld zu, der sich aufgrund des ausgeübten Wahlrechts nach § 25 MTV in einen Anspruch auf Freistellungstage umwandelte. Dies steht zwischen den Parteien nicht im Streit. Auf den durch den MTV ersetzten EMTV kommt es mit Blick auf Nr. VIII ÄTV nur noch insoweit an, als Anträge im Zusammenhang mit tariflichen Ansprüchen bereits im Jahr 2018 zu stellen waren, was durch den Kläger erfolgt ist. 19
2. Der Anspruch ist nicht dadurch erloschen, dass die Beklagte den Kläger am 11. und 12. Juni 2019 freistellte, um ihm zwei Freistellungstage nach § 25 MTV zu gewähren. Davon geht zutreffend auch das Landesarbeitsgericht aus. Da der Kläger an diesen beiden Tagen arbeitsunfähig erkrankt war, war es der Beklagten nicht möglich, den Anspruch des Klägers zu erfüllen. Das ergibt die Auslegung des MTV (*zu den Auslegungsgrundsätzen vgl. die st. Rspr., zB BAG 1. Dezember 2020 - 9 AZR 104/20 - Rn. 24; 11. November 2020 - 4 AZR 210/20 - Rn. 20*). 20
- a) Der Wortlaut von § 25.3 MTV sieht nicht ausdrücklich vor, auf welche Weise der Anspruch auf Freistellungstage erfüllt wird. Die Formulierungen deuten aber darauf hin, dass der Anspruch nicht bereits erfüllt ist, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht freistellt, indem er die arbeitsfreien Tage zeitlich fixiert, sondern erst dann, wenn der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, die freien Tage tatsächlich zu nutzen. Dies ist während einer Arbeitsunfähigkeit nicht der Fall. 21

aa) § 25.3 Abs. 2 Satz 1 MTV bestimmt, dass eine „Inanspruchnahme“ der Freistellung erfolgt. Unter Inanspruchnahme ist das Gebrauchmachen, Nutzen von etwas, was jemandem als Recht zusteht, als Möglichkeit angeboten wird, zu verstehen (*www.duden.de Stichwort „Inanspruchnahme“, zuletzt abgerufen am 22. Februar 2022*). Von der Freistellung Gebrauch machen, sie nutzen, ist mehr als die arbeitsfreien Tage nur zeitlich festzulegen und den Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht zu befreien. Die Unterscheidung zwischen „Inanspruchnahme“ und „Festlegung“ haben die Tarifvertragsparteien auch erkannt und die zeitliche Bestimmung der Freistellung durch den Arbeitgeber in § 25.3 Abs. 2 Satz 3 MTV mit „Festlegung“ bezeichnet. 22

bb) Auch die Formulierung von § 25.3 Abs. 3 MTV deutet in diese Richtung. Satz 1 der Bestimmung sieht vor, dass der Freistellungsanspruch untergeht, wenn er im Kalenderjahr nicht oder nicht vollständig „genommen“ werden kann. Im Umfang der nicht „realisierten“ Freistellungstage besteht der Anspruch auf das Zusatzgeld nach dem TV T-ZUG (§ 25.3 Abs. 3 Satz 2 MTV). Die Formulierung „genommen“ ist zwar ihrerseits nicht eindeutig. Ein Anspruch auf Freistellung kann genommen sein, wenn die arbeitsfreien Tage festgelegt sind. Ebenso gut kann dahinter das Verständnis stehen, dass die Tage erst genommen sind, wenn die Freizeit auch tatsächlich nutzbar ist. Allerdings haben die Tarifvertragsparteien den Begriff „Nehmen des Freistellungsanspruchs“ in demselben Absatz als Synonym für den Begriff „Realisierung der Freistellungstage“ verwendet. Realisieren steht für „etwas ausführen, durchführen, (in die Tat) umsetzen, verwirklichen“ (*www.duden.de Stichwort „realisieren“, zuletzt abgerufen am 22. Februar 2022*). Dies spricht dafür, dass Freistellungstage erst genommen sind, wenn sie realisiert, dh. tatsächlich genutzt werden konnten. 23

b) Die Systematik der Regelung und der tarifliche Gesamtzusammenhang sprechen ebenfalls für ein solches Verständnis. 24

aa) Dass § 25.3 Abs. 2 Satz 1 MTV vorsieht, die Inanspruchnahme erfolge „vergleichbar dem Verfahren der Urlaubsnahme“, lässt allerdings nicht bereits 25

den Schluss zu, die fehlende Erfüllungswirkung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ergebe sich aus § 9 BUrlG oder der entsprechenden Bestimmung des § 37.3 Abs. 1 MTV.

(1) Sowohl § 9 BUrlG als auch § 37.3 Abs. 1 Satz 1 MTV sehen vor, dass Tage nachgewiesener Arbeitsunfähigkeit während des Urlaubs nicht auf den Urlaub angerechnet werden. Nach dem MTV besteht in diesem Fall ein Anspruch auf Nachgewährung (§ 37.3 Abs. 1 Satz 2 MTV). 26

(2) § 25.3 Abs. 2 Satz 1 MTV verweist jedoch nicht pauschal auf das gesamte gesetzliche oder tarifliche Urlaubsrecht. Vielmehr bezieht sich die Tarifnorm nur auf eine Modalität, wie der Freistellungsanspruch umzusetzen ist. Es geht darum, dass die Freistellungstage wie im Urlaubsrecht grundsätzlich in vollen Tagen einzubringen sind (vgl. zum Urlaubsrecht BAG 19. Juni 2018 - 9 AZR 615/17 - Rn. 33 mwN, BAGE 163, 72). Auf andere urlaubsrechtliche Bestimmungen - wie zB § 9 BUrlG - bezieht sich die Tarifnorm hingegen nicht; die Tarifvertragsparteien haben vielmehr hinsichtlich der Freistellungstage ein eigenes Regelungsregime geschaffen. 27

bb) Zentral für das Verständnis der Norm ist die Struktur des Anspruchs. Bei den Freistellungstagen nach § 25 MTV handelt es sich um den nach (einmaliger) Ausübung des Wahlrechts umgewandelten Anspruch auf ein tarifliches Zusatzgeld nach dem TV T-ZUG. Soweit dieser monetäre Anspruch bei Vorliegen der tariflichen Tatbestandsvoraussetzungen entstanden ist und in den Freistellungsanspruch umgewandelt wurde, scheidet eine Verlagerung des Risikos der tatsächlichen Realisierung auf den Arbeitnehmer aus. Für den Freistellungsanspruch gilt insoweit nichts anderes als für den ursprünglichen Zahlungsanspruch. 28

(1) Nach § 2 Nr. 1 TV T-ZUG setzt der Anspruch auf das Zusatzgeld grundsätzlich nur voraus, dass der Arbeitnehmer am 31. Juli des Kalenderjahres in einem Arbeitsverhältnis steht und eine ununterbrochene Betriebszugehörigkeit von sechs Monaten vorzuweisen hat. Es ist nicht ersichtlich, dass die Tarifvertragsparteien mit der Möglichkeit, den monetären Anspruch in einen Anspruch auf bezahlte Freistellung umzuwandeln (§ 25 MTV), eine Risikoverlagerung zulasten 29

der Arbeitnehmer vornehmen wollten, wenn dieser Anspruch einmal entstanden ist. Sie kann auch nicht damit begründet werden, dass der Anspruch auf bezahlte Freistellung im Ergebnis werthaltiger ist als der Anspruch auf das tarifliche Zusatzgeld. Während der Freistellungsanspruch nach § 25.3 Abs. 1 MTV acht Tage bei einer Fünf-Tage-Woche ausmacht, beläuft sich der Anspruch auf das tarifliche Zusatzgeld nach § 2 Nr. 2 Buchst. a TV T-ZUG auf 27,5 % des monatlichen regelmäßigen Arbeitsentgelts. Das entspricht der Vergütung für knapp sechs Arbeitstage. Gerade der Umstand, dass der werthaltigere Freistellungsanspruch nach dem Willen der Tarifvertragsparteien nur einem begrenzten, besonders schutzbedürftigen Personenkreis zukommt, spricht dafür, dass der Freistellungsanspruch jedenfalls nicht höheren Risiken ausgesetzt ist als der entstandene ursprüngliche Zahlungsanspruch. Vielmehr unterstreicht die werthaltigere Ausgestaltung des Freistellungsanspruchs das besondere Schutzbedürfnis des anspruchsberechtigten Personenkreises und verlangt, um Wertungswidersprüche zu vermeiden, nach einer adäquaten Absicherung des Freistellungsanspruchs.

(2) Aus § 25.3 Abs. 3 MTV ergibt sich nichts anderes. Vielmehr wird deutlich, dass der Freistellungsanspruch nach dem Gesamtbild der tariflichen Bestimmungen nur untergehen soll, wenn er aus personenbedingten Gründen im gesamten Kalenderjahr nicht oder nicht vollständig genommen werden kann (*so bereits BAG 20. Januar 2021 - 4 AZR 283/20 - Rn. 49; 11. November 2020 - 4 AZR 210/20 - Rn. 46*). In einem solchen Fall lebt der Anspruch auf das tarifliche Zusatzgeld wieder auf. Es handelt sich um eine Ausnahmebestimmung, die den Untergang des Freistellungsanspruchs gerade nur in einer bestimmten Konstellation regelt. In anderen Konstellationen ist der Anspruch hingegen grundsätzlich vor einem (ersatzlosen) Untergang geschützt. 30

cc) Auch § 25.3 Abs. 4 MTV spricht für dieses Verständnis. Die Bestimmung regelt, wie „realisierte Freistellungstage“ abzuwickeln sind, wenn das Arbeitsverhältnis nach Gewährung der Freistellungstage vor dem 31. Juli eines Kalenderjahres endet. Wie schon in § 25.3 Abs. 3 Satz 2 MTV haben die Tarifvertragsparteien den Begriff „realisieren“ verwendet (*Rn. 23*). Sie haben damit zum Ausdruck 31

gebracht, dass Freistellungstage nur dann zu verrechnen sind, wenn sie als arbeitsfreie Tage tatsächlich verfügbar waren und nicht bereits, wenn sie nur festgelegt, aber zB aus krankheitsbedingten Gründen nicht genutzt werden konnten.

dd) Der Charakter als zusätzliche Leistung, die erst erfüllt wird, wenn der Leistungserfolg beim Arbeitnehmer eingetreten ist, steht ferner im Einklang mit der Kompensationsregel nach § 25.5 MTV. 32

(1) Mit der Pflicht des Arbeitgebers, Arbeitnehmer unter Fortzahlung der Vergütung freizustellen, wenn diese ihr tarifliches Zusatzgeld umwandeln, geht eine zusätzliche Belastung des Arbeitgebers einher, die nicht den monetären Aspekt betrifft. Vielmehr steht dem Arbeitgeber die Arbeitskraft des Arbeitnehmers während der Freistellung nicht zur Verfügung. Die Tarifvertragsparteien haben insoweit Regelungen getroffen, die diese Belastung kompensieren sollen und - wenn betrieblich keine qualifikationsentsprechende Kompensation möglich ist - dem Arbeitgeber das Recht zur Ablehnung von Freistellungsanträgen zuerkannt (*vgl. dazu im Einzelnen BAG 20. Januar 2021 - 4 AZR 283/20 - Rn. 35 ff.*). 33

(2) Entgegen der Ansicht der Revision gibt es keine durch die Freistellung nach § 25 MTV hervorgerufene Zusatzbelastung, die zu kompensieren wäre, wenn der Freistellungsanspruch bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers nicht erfüllt werden kann. Arbeitgeber müssen damit rechnen, dass ein Arbeitnehmer wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ausfällt und seine Arbeitsleistung nicht erbringen kann. Der Umfang des durch die Freistellungstage auszugleichenden Arbeitsausfalls wird in diesem Fall nicht verändert. Ein Kompensationsbedarf ergibt sich daraus, dass die Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers wegen dessen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit zusätzlich entfällt, nicht aufgrund des nicht erfüllten Freistellungsanspruchs. Dies gilt auch für den Fall, dass aufgrund der Arbeitsunfähigkeit im Einzelfall die Freistellung erst im Folgejahr möglich ist. Die Kompensationsregel des § 25.5 MTV betrifft nach ihrer Konzeption den sog. Normalfall. Ihr liegt zwar die Annahme zugrunde, dass die anspruchsberechtigten Arbeitnehmer ihre Freistellungstage grundsätzlich im Bezugszeitraum des Kalenderjahres einbringen und die dadurch entfallende Arbeitsleistung in diesem Zeitraum betriebsintern ausgeglichen werden 34

muss. Dass krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeiten aber zu einem zusätzlichen Koordinierungsaufwand führen und Freistellungsansprüche unter Umständen auf das Folgejahr übertragen werden, hebt den Zweck des Kompensationsverfahren nach § 25.5 MTV nicht auf.

c) Schließlich sprechen Sinn und Zweck des Anspruchs auf Freistellungstage dafür, dass der Anspruch auf bezahlte arbeitsfreie Tage nach § 25 MTV erst dann iSv. § 362 Abs. 1 BGB erfüllt ist, wenn der Arbeitnehmer die Möglichkeit hatte, die Freistellungstage tatsächlich zu nutzen. 35

aa) Mit dem Freistellungsanspruch nach § 25 MTV, der an die Stelle des tariflichen Zusatzgeldes tritt, wollten die Tarifvertragsparteien einen eigenständigen Tatbestand regeln, der eine Ausnahme von dem im Arbeitsverhältnis geltenden Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“ darstellt (*vgl. dazu die st. Rspr., zB BAG 11. Dezember 2019 - 5 AZR 579/18 - Rn. 12 mwN, BAGE 169, 126*). Sie wollten einem bestimmten Kreis von Arbeitnehmern einen Anspruch auf zusätzliche bezahlte freie Zeit verschaffen. Damit wurde ein vom Urlaubsrecht unabhängiger Anspruch auf bezahlte Freistellung von der Arbeit geschaffen (*Rn. 27*). 36

bb) Der Zweck, Arbeitnehmern zusätzliche bezahlte Freizeit, die tatsächlich nutzbar ist, zukommen zu lassen, wird mit Blick auf den anspruchsberechtigten Personenkreis deutlich. 37

(1) Nach § 25.1 MTV können zum einen Arbeitnehmer, die in Nacht- und Wechselschichtarbeit tätig sind, das Wahlrecht zugunsten der Freistellungstage ausüben. Zum anderen steht es Arbeitnehmern zu, die pflegerische oder erzieherische Leistungen im häuslichen Umfeld erbringen. Beiden Arbeitnehmergruppen ist gemein, dass es sich um Personen handelt, die ein gesteigertes Bedürfnis nach zusätzlicher freier Zeit haben. Während bei den in Nacht- und Wechselschicht Tätigen das Erholungsbedürfnis im Vordergrund steht, geht es bei den Arbeitnehmern, die pflegerisch oder erzieherisch aktiv sind, darum, den zeitlichen Aufwand für diese Aufgaben etwas auszugleichen. In beiden Fällen kann der mit der Freistellung verfolgte Zweck nur erreicht werden, wenn den Anspruchsberechtigten die arbeitsfreie Zeit tatsächlich zukommt. 38

- (2) Die Öffnungsklausel in § 25.4 MTV führt zu keiner anderen Bewertung. Die Bestimmung ermöglicht den Betriebsparteien, das Wahlrecht zwischen dem Zusatzgeld und dem Freistellungsanspruch auf bestimmte Beschäftigtengruppen, Abteilungen und Bereiche oder den gesamten Betrieb zu erweitern. Auf diese Weise kann Besonderheiten auf betrieblicher Ebene Rechnung getragen werden. Dass die Betriebsparteien auch Arbeitnehmer einbeziehen können, bei denen ein Bedürfnis nach zusätzlicher freier Zeit nicht festzustellen ist, nimmt dem tariflichen Freistellungsanspruch nicht seinen spezifischen Zweck. Es handelt sich in jedem Fall um eine zusätzliche Leistung, die den Arbeitnehmern zugutekommen soll. 39
- cc) Das Verbot nach § 25.3 Abs. 5 MTV, während der Freistellungstage einer Nebentätigkeit nachzugehen, spricht ebenfalls für die oben genannten Zwecke. Mit dem Verbot soll sichergestellt werden, dass sich die freigestellten Arbeitnehmer erholen können (§ 25.1 Buchst. a MTV) oder über zusätzliche Zeit verfügen, um die Belastungen im Zusammenhang mit der Pflege oder Erziehung von Angehörigen etwas auszugleichen (§ 25.1 Buchst. b MTV). Diesen Zwecken liefe eine Nebentätigkeit während der freien Tage zuwider. 40
- dd) Wie das Landesarbeitsgericht zu Recht annimmt, geht es bei den Freistellungstagen deshalb nicht darum, eine vorweggenommene Arbeitsleistung auszugleichen, indem die spätere Freistellung lediglich der zweite zur Arbeitszeitverlegung erforderliche Akt ist. Damit ist die Situation - anders als die Revision meint - auch nicht mit der Risikoverteilung beim Zusammentreffen eines Arbeitszeit- oder Überstundenausgleichs mit einer Arbeitsunfähigkeit vergleichbar. Auf die dazu ergangene Rechtsprechung (vgl. zum *Freizeitausgleich* zB BAG 15. Februar 2012 - 7 AZR 774/10 - Rn. 37 mwN; 11. September 2003 - 6 AZR 374/02 - zu 2 der Gründe, BAGE 107, 278) kann daher nicht zurückgegriffen werden. 41
- ee) Diese mit den Freistellungstagen verfolgten Zwecke können nicht erreicht werden, wenn der Arbeitnehmer krankheitsbedingt arbeitsunfähig ist. Dass der Arbeitnehmer sowohl bei einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit als 42

auch im Fall der Freistellung nach § 25 MTV nicht verpflichtet ist, die Arbeitsleistung zu erbringen, aber seinen Anspruch auf die Vergütung behält, rechtfertigt nicht die Annahme, dass die mit der tariflichen Freistellung verfolgten Zwecke auch während einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit erreicht werden können. Mit der Fortzahlung der Vergütung im Fall krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz verfolgt der Gesetzgeber ein anderes Ziel als die Tarifvertragsparteien mit dem Anspruch auf bezahlte Freistellung nach § 25 MTV.

(1) Ist ein Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt, entfällt nach § 275 BGB seine Pflicht, die Arbeitsleistung zu erbringen. Durch § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG behält der Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch. Die Bestimmung dient in Abweichung von der allgemeinen Regelung des § 326 Abs. 1 BGB dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer und sichert zeitlich begrenzt den Arbeitsverdienst bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit (*BAG 29. September 2004 - 5 AZR 558/03 - zu I 2 c der Gründe*). Mit der Entgeltfortzahlung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG wird kein Freistellungstatbestand geschaffen. Vielmehr werden die Folgen verändert, die sich aus einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit für den Entgeltanspruch des Arbeitnehmers ergeben. Demgegenüber wird mit dem Anspruch nach § 25 MTV ein Anspruch auf bezahlte arbeitsfreie Zeit für bestimmte Arbeitnehmergruppen geschaffen. 43

(2) Entgegen der Auffassung der Revision ist das Erfüllungshindernis der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit nicht der Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien entzogen. Bei der Verknüpfung des Freistellungsanspruchs mit der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit geht es nicht um die dem persönlichen Bereich zuzurechnende inhaltliche Ausgestaltung der freien Tage, sondern um den Schutz der tatsächlichen Nutzungsmöglichkeit. 44

d) Führt die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit demnach dazu, dass der Anspruch auf bezahlte Freistellung nach § 25 MTV nicht erfüllt werden kann, bleibt der originäre Erfüllungsanspruch erhalten. Es kann daher nicht dazu kommen, dass der ursprüngliche Anspruch auf das tarifliche Zusatzgeld unterjährig 45

wiederauflebt. Diese Folge tritt nur unter den Voraussetzungen des § 25.3 Abs. 3 MTV und erst mit Ablauf des Kalenderjahres ein.

3. Der Anspruch ist - anders als das Landesarbeitsgericht annimmt - nicht nach § 25.3 Abs. 3 MTV untergegangen. Dem Kläger war es nicht aus personenbedingten Gründen bis zum Ablauf des Kalenderjahres 2019 unmöglich, die zwei streitigen Freistellungstage zu realisieren. 46

a) Nach Satz 1 dieser Bestimmung geht der Freistellungsanspruch unter, wenn er aus personenbedingten Gründen nicht oder nicht vollständig im Kalenderjahr genommen werden kann. Im Umfang der nicht realisierten Freistellungstage besteht dann nach Satz 2 (wieder) der Anspruch auf das tarifliche Zusatzgeld nach § 2 Nr. 2 Buchst. a TV T-ZUG. 47

b) Die Bestimmung ist nach ihrem Wortlaut und der bereits dargelegten Tarifsystematik nur einschlägig, wenn es dem Arbeitnehmer bis zum Ende des Kalenderjahres aus personenbedingten Gründen unmöglich ist, den Anspruch auf Freistellungstage ganz oder teilweise einzubringen. Sie setzt demnach voraus, dass dem noch bestehenden Freistellungsanspruch lückenlos bis zum Jahresende personenbedingte Gründe entgegenstanden, zB eine durchgehende krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers. War bis zum Ablauf des Kalenderjahres die Erfüllung des Freistellungsanspruchs möglich, weil Tage ohne ein personenbedingtes Erfüllungshindernis gegeben waren, ist der Tatbestand des § 25.3 Abs. 3 Satz 1 MTV im Umfang dieser Tage nicht erfüllt und der Freistellungsanspruch besteht fort. Dies gilt auch, wenn der Arbeitgeber ablehnt, Freistellungstage, die aus personenbedingten Gründen vorübergehend nicht eingebracht werden konnten, „nachzugewähren“. Mit der Ablehnung des Arbeitgebers ist kein in der Person des Arbeitnehmers liegender Grund gegeben. 48

c) Auch in allen anderen, von § 25.3 Abs. 3 Satz 1 MTV nicht erfassten Fällen, in denen der Freistellungsanspruch im Kalenderjahr nicht realisiert wird, besteht der Anspruch auf die Gewährung von Freistellungstagen entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts über das Kalenderjahr hinaus fort (*so bereits BAG 11. November 2020 - 4 AZR 210/20 - Rn. 46*). Dabei kommt es nicht darauf 49

an, aus welchen Gründen am Ende des Kalenderjahres offene Freistellungsansprüche bestehen. Es ist daher unerheblich, ob der Arbeitgeber ablehnte, Freistellungstage zu gewähren, oder ob es die Arbeitsvertragsparteien unterlassen haben, Freistellungstage festzulegen.

- aa) Das Berufungsgericht hat insoweit angenommen, § 25.3 Abs. 3 MTV liege die Annahme der Tarifvertragsparteien zugrunde, der Anspruch auf Freistellung gehe mit dem Ablauf des Kalenderjahres unter und wandle sich nur im Fall personenbedingter Gründe in einen Anspruch auf Zahlung des Zusatzgeldes. In anderen Fällen gehe er - abgesehen von möglichen Schadensersatzansprüchen - ersatzlos unter. Aus der Formulierung „für das Folgejahr“ in § 25.2 Abs. 1 MTV hat es geschlossen, der Anspruch sei grundsätzlich nur bis zum 31. Dezember realisierbar. Dem stimmt der Senat nicht zu. 50
- bb) Aus § 25.2 Abs. 1 MTV ergibt sich nicht, dass der Freistellungsanspruch auf das Kalenderjahr befristet ist. Die Formulierung „für das Folgejahr“ definiert den Zeitraum, in dem der Anspruch entsteht. Ihr kann aber keine Aussage entnommen werden, dass der Anspruch mit Ablauf des Bezugszeitraums untergeht. 51
- cc) § 25.3 MTV lässt sich auch nicht die grundlegende Annahme der Tarifvertragsparteien entnehmen, der Freistellungsanspruch erlösche - unter Umständen ersatzlos - mit Ablauf des Kalenderjahres. Das Gegenteil ist der Fall. Bei der Bestimmung handelt es sich um eine Sonderregelung, die dazu dient, das Ansammeln von Freistellungsansprüchen zu vermeiden, die aus personenbedingten Gründen nicht erfüllt werden konnten. Nur wenn der Freistellungsanspruch aus personenbedingten Gründen nicht oder nicht vollständig im Kalenderjahr genommen werden kann, soll er untergehen. Im Umkehrschluss muss davon ausgegangen werden, dass die Tarifvertragsparteien in allen anderen Fällen von einem Fortbestand des Anspruchs über das Kalenderjahr hinaus ausgegangen sind (*BAG 20. Januar 2021 - 4 AZR 283/20 - Rn. 49; 11. November 2020 - 4 AZR 210/20 - Rn. 46*). 52

- d) Aus den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ergibt sich nicht, dass der Kläger über den 12. Juni 2019 hinaus bis zum 31. Dezember 2019 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt war oder dass andere personenbedingte Gründe einer Erfüllung des Freistellungsanspruchs entgegenstanden. Dies hat die Beklagte auch nicht geltend gemacht. 53
- e) Der Anspruch ist auch nicht wegen objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit iSv. § 275 BGB ausgeschlossen. Freistellungstage, deren Anspruch aus einem früheren Kalenderjahr stammt, können im fortbestehenden Arbeitsverhältnis regelmäßig ohne Weiteres noch gewährt werden (*BAG 20. Januar 2021 - 4 AZR 283/20 - Rn. 49; 11. November 2020 - 4 AZR 210/20 - Rn. 46*). 54
- III. Über den Hilfsantrag des Klägers hatte der Senat aufgrund der Erfolglosigkeit der Revision der Beklagten hinsichtlich des Hauptantrags nicht mehr zu entscheiden. 55
- IV. Die Beklagte hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen. 56

W. Reinfelder

Günther-Gräff

Pessinger

H. Schurkus

S. Viehl