

Bundesarbeitsgericht  
Fünfter Senat

Urteil vom 24. Mai 2017  
- 5 AZR 251/16 -  
ECLI:DE:BAG:2017:240517.U.5AZR251.16.0

I. Arbeitsgericht Essen

Urteil vom 24. Juli 2013  
- 6 Ca 3175/12 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 20. Oktober 2015  
- 8 Sa 1091/13 -

---

Entscheidungsstichworte:

Sittenwidrige Arbeitsvergütung - Annahmeverzug - Schadensersatz  
wegen verfallenen Urlaubs

Hinweis des Senats:

Vgl. auch BAG 18. November 2015 - 5 AZR 814/14 -

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 251/16  
8 Sa 1091/13  
Landesarbeitsgericht  
Düsseldorf

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
24. Mai 2017

## URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte, Anschlussberufungsklägerin  
und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin, Anschlussberufungsbeklagte  
und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom  
24. Mai 2017 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl als Vorsit-  
zenden, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Dr. Volk und Weber sowie  
die ehrenamtlichen Richter Menssen und Dr. Rahmstorf für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird - unter Zurückweisung der Revision im Übrigen - das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 20. Oktober 2015 - 8 Sa 1091/13 - in seiner Ziffer 1 insoweit aufgehoben, als die Beklagte verurteilt worden ist, an die Klägerin mehr als 2.797,20 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Februar 2013 zu zahlen.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

- Die Parteien streiten über Vergütung und Schadensersatz wegen verfallenen Urlaubs. 1
- Die Klägerin war von August 2007 bis 31. Januar 2013 - mit Unterbrechung vom 1. Januar bis 30. Juni 2011 - bei der Beklagten als Busbegleiterin beschäftigt. Sie hatte vormittags gemeinsam mit dem Busfahrer und einer weiteren Busbegleiterin behinderte Personen an verschiedenen Zusteigepunkten abzuholen, zu einer Einrichtung zu bringen, in der diese betreut werden und nachmittags von dort wieder abzuholen und zurück nach Hause zu begleiten. Dabei wurde sie selbst für beide Touren von zu Hause abgeholt und dorthin zurückgebracht. 2
- Die Beklagte ist Mitglied des Verbandes Nordrhein-Westfälischer Omnibusunternehmen e. V., dem im Jahr 2009 432 und im März 2013 450 der 718 privaten Omnibusunternehmen im Land Nordrhein-Westfalen angehörten. 3
- Die Parteien schlossen zunächst keinen schriftlichen Arbeitsvertrag. Die Beklagte vergütete die Tätigkeit der Klägerin mit jeweils 7,50 Euro pro Tour. Zahlungen wurden nur für erbrachte Arbeit geleistet. Entgeltfortzahlung für Fei- 4

ertage oder bei Arbeitsunfähigkeit erhielt die Klägerin ebenso wenig wie bezahlten Erholungsurlaub.

Am 13. Juli 2012 schlossen die Parteien folgende schriftliche Vereinbarung: 5

„Hiermit vereinbaren die oben aufgeführten Vertragsparteien einvernehmlich, dass das bestehende Arbeitsverhältnis bis zum 21.08.12 ordentlich abgerechnet wurde.

Sämtliche beiderseitigen Forderungen sind bis zum oben genannten Zeitpunkt abgeolten, sein sie bekannt oder unbekannt genannt oder unbenannt.“

Ebenfalls am 13. Juli 2012 wurde ein schriftlicher Formulararbeitsvertrag geschlossen, der ua. bestimmt: 6

„1. Tätigkeitsbereich, ... Arbeitszeit

...

c) Die durchschnittliche regelmäßige Arbeitszeit beträgt ca. 20,5 Wochenstunden. Soweit die Schliesszeiten-, Ferien- der Schulen und oder Werkstätten den zustehenden Jahresurlaub überschreiten, ruht während der Zeit das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten. Diese Zeit gilt als unbezahlte Freizeit und wird nicht vergütet. ...

...

2. Arbeitsort

Der Einsatz beginnt am Betriebssitz ..., oder an der vom Arbeitgeber bekanntgegebenen Einsatzstelle.

...

5. Tätigkeitsbeginn

Das Arbeitsverhältnis beginnt am: 22.08.12

...

8. Tätigkeitsvergütung

A Eine Vergütung erfolgt nach gefahrenen Touren bzw. nach Einsatzplan. Die Zeiten zwischen den jeweils angewiesenen Touren sind Freizeiten und werden nicht vergütet. ...

Der Arbeitnehmer erhält ... entsprechend dem Umfang seiner Tätigkeit einen anteiligen Urlaubsanspruch von 20 Urlaubstagen jährlich. ...

Der Stundenlohn beträgt brutto 9,00 Euro.

...

### 13. Kollektivregelungen

Das Arbeitsverhältnis unterliegt im Übrigen den ... Tarifverträgen für die gewerblichen Arbeitnehmer des privaten Omnibusgewerbes des Landes Nordrhein-Westfalen NWO in ihrer jeweils letzten Fassung.

Ansprüche aus Mehrarbeit ... sowie alle übrigen Ansprüche sind spätestens 3 Monate nach Fälligkeit schriftlich geltend zu machen. ...“

Der Lohntarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer des privaten Omnibusgewerbes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 23. Juli 2007 bestimmt ua.:

7

#### „§ 1

##### Geltungsbereich

Dieser Lohntarifvertrag gilt:

räumlich: für das Land Nordrhein-Westfalen,

fachlich: für

- a) alle Betriebe des privaten Kraftomnibusgewerbes,

...

persönlich: für alle in diesen Betrieben tätigen gewerblichen Arbeitnehmer mit Ausnahme derjenigen, die in dieser Tätigkeit weniger als 15 Wochenarbeitsstunden beschäftigt sind.

...

#### § 3

##### Lohngruppeneinteilung

Die Arbeitnehmer, die unter den Geltungsbereich dieses Lohntarifvertrages fallen, werden wie folgt eingruppiert:

...

- 2. Fahrdienst
- Lohngruppe 1
- Ungelernte Arbeiter
- ...

§ 4

Entlohnung

- (1) Die Löhne betragen je Stunde im

...

ab

... 01.10.2008

- II. Fahrdienst in

    Lohngruppe 1

... € 9,25“

Die Lohntarifverträge für die gewerblichen Arbeitnehmer des privaten Omnibusgewerbes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 8. Juli 2009 und vom 24. August 2011 idF vom 1. Dezember 2011 enthalten - soweit in der Revision von Bedeutung - identische Regelungen, mit Ausnahme der Lohnhöhe. Diese entwickelte sich für die Lohngruppe 1 im Fahrdienst von 9,44 Euro ab 1. Oktober 2009, über 9,56 Euro ab 1. Oktober 2010 auf 9,76 Euro ab 1. Oktober 2011. 8

Der Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmer des privaten Omnibusgewerbes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 8. Juli 2009 (im Folgenden MTV) bestimmt ua.: 9

„§ 21

Ausschlußfristen für die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis

...

- (2) Ansprüche aus Mehrarbeit ... sowie alle übrigen Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag sind spätestens 3 Monate nach Fälligkeit schriftlich geltend zu machen. Dies gilt auch für Ansprüche des Arbeitgebers. Ausgenommen von diesen Ausschlußfristen sind Ansprüche aus unerlaubter Handlung.

- (3) Nach Ablauf der angeführten Frist ist die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschlossen, es sei denn, dass sie dem Arbeitgeber ... gegenüber bzw. vom Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer ... vorher erfolglos schriftlich geltend gemacht worden sind. ...“

Mit Schreiben vom 7. November 2012 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum 30. November 2012 und setzte die Klägerin ab dem 7. November 2012 nicht mehr ein. Am 23. November 2012 erklärte die Beklagte die Rücknahme der Kündigung. Die Klägerin teilte mit Schreiben vom 27. November 2012 mit, derzeit zu einer einvernehmlichen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht bereit zu sein. 10

Die Klägerin hat zunächst Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung erhoben. Mit Klageerweiterungen forderte sie weitere Vergütung, Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung sowie Schadensersatz wegen verfallenen Urlaubs. 11

Die Klägerin meint - soweit in der Revision von Belang -, die Beklagte schulde für die Zeit vom 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2010 sowie 1. Juli 2011 bis 21. August 2012 weitere Vergütung, weil der gezahlte Lohn sittenwidrig sei. Vor Abschluss des schriftlichen Vertrags habe die tägliche Arbeitszeit vier Stunden betragen. Zum rechtzeitigen Erreichen der Abholorte hätten gewisse Zeitpuffer berücksichtigt werden müssen. An der Einrichtung habe es wegen der Abfertigung der parallel ankommenden/abfahrenden Busse Standzeiten gegeben. Auch die Leerfahrten ohne Passagiere seien zu vergütende Arbeitszeit. Dem gezahlten Stundenlohn von 3,75 Euro stünde der einschlägige Tarifstundenlohn gegenüber. Vergütung schulde die Beklagte auch für die Ferien. Für die Zeit ab 22. August 2012 schulde die Beklagte für 20,5 Wochenstunden 9,00 Euro brutto/Stunde, nach Ausspruch der Kündigung Vergütung wegen Annahmeverzugs. Daneben fordert die Klägerin Schadensersatz wegen verfallenen Urlaubs, weil kein bezahlter Erholungsurlaub gewährt worden sei. Die Beklagte habe ihren Pflichten aus dem Nachweisgesetz verletzt. 12

Die Klägerin hat - soweit für die Revision relevant - beantragt, 13

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 24.623,88 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 3.025,80 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Als Arbeitszeit sei nur die Fahrzeit mit Passagieren zu und von der Einrichtung zu vergüten, die ca. 52 Minuten pro Tour betrage. Die Klägerin werde nur aus Gefälligkeit abgeholt. Die bis 21. August 2012 gezahlte Vergütung entspreche dem Branchenüblichen. Bei Prüfung der Sittenwidrigkeit sei mangels Vergleichbarkeit von Brutto- und Nettzahlung ein Aufschlag von 25 % einzurechnen. Außerdem handele es sich um sog. freigestellten Verkehr, der keiner Tarifbindung unterliege. Wenn überhaupt, sei der Referenzwert für die Sittenwidrigkeit aus dem Tariftreue- und Vergabegesetz des Landes Nordrhein-Westfalen für freigestellten Verkehr herzuleiten. Ab 22. August 2012 bestünden keine weiteren Vergütungsansprüche. Die im Arbeitsvertrag genannte Wochenstundenzahl habe die maximale Arbeitszeit darstellen sollen. Während der Schließzeiten der Einrichtung und nach Rücknahme der Kündigung sei ein förmliches Angebot der Klägerin erforderlich gewesen. Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen verfallenen Urlaubs könne nicht auf die Verletzung des Nachweisgesetzes gestützt werden. 14

Das Arbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage stattgegeben, weitere Vergütung für die Zeit vom 1. September bis 23. November 2012 iHv. 1.107,90 Euro brutto nebst Zinsen zugesprochen und die Klage im Übrigen abgewiesen. In der Berufungsinstanz haben die Parteien einen Teilvergleich geschlossen. Danach endete das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 7. November 2012 mit Ablauf des 31. Januar 2013 gegen Zahlung einer Abfindung. Hinsichtlich der weiteren Streitpunkte hat das Landesarbeitsgericht auf die Berufung der Klägerin - nach Vernehmung einer von dieser zur geleisteten Arbeitszeit benannten Zeugin -, unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen, 15



das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und die Beklagte zur Zahlung weiterer 24.614,16 Euro brutto nebst Zinsen verurteilt. Die Anschlussberufung der Beklagten wurde zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

## **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Beklagten ist nur teilweise zulässig. Im Umfang ihrer Zulässigkeit ist die Revision nur teilweise begründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Klägerin zu Recht weitere Vergütung für die Zeit vom 22. bis 31. August 2012 und vom 23. November 2012 bis 31. Januar 2013 sowie Schadensersatz wegen verfallenen Urlaubs für das Jahr 2012 zugesprochen. Ob darüber hinaus weitere Vergütungs- und Schadensersatzansprüche bestehen, vermag der Senat aufgrund der vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen nicht zu beurteilen. Das führt zur teilweisen Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 16

A. Die Revision ist mangels einer den gesetzlichen Anforderungen genügenden Begründung unzulässig, soweit das Landesarbeitsgericht die Berufung der Beklagten in Bezug auf ihre Verurteilung zur Zahlung von Vergütung wegen Annahmeverzugs für die Zeit vom 1. September bis 22. November 2012 zurückgewiesen und auf die Berufung der Klägerin weitere Vergütung für die Zeit vom 22. bis 31. August 2012 zugesprochen hat. 17

I. Zur ordnungsgemäßen Begründung der Revision müssen gemäß § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO die Revisionsgründe angegeben werden. Bei Sachrügen sind diejenigen Umstände bestimmt zu bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt (§ 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a ZPO). Die Revisionsbegründung muss den angenommenen Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts so aufzeigen, dass Gegenstand und Richtung des Revisionsangriffs erkennbar sind. Das erfordert eine Auseinandersetzung 18

mit den tragenden Gründen der angefochtenen Entscheidung. Der Revisionsführer muss darlegen, warum er die Begründung des Berufungsgerichts für unrichtig hält. Allein die Darstellung anderer Rechtsansichten ohne jede Auseinandersetzung mit den Gründen des Berufungsurteils genügt den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Revisionsbegründung ebenso wenig wie die Wiedergabe des bisherigen Vorbringens. Es reicht auch nicht aus, wenn der Revisionsführer die tatsächlichen und/oder rechtlichen Würdigungen des Berufungsgerichts lediglich mit formelhaften Wendungen rügt. Verfahrensrügen müssen nach § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO die genaue Bezeichnung der Tatsachen enthalten, die den Mangel ergeben, auf den sich die Revision stützen will. Dazu muss auch die Kausalität zwischen Verfahrensmangel und Ergebnis des Berufungsurteils dargelegt werden (*BAG 17. Februar 2016 - 10 AZR 600/14 - Rn. 11*).

II. Diesen Anforderungen wird die Revisionsbegründung in Bezug auf die vorgenannten Zeiträume nicht gerecht. 19

1. Das Landesarbeitsgericht hat einen Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs für die Zeit vom 1. September bis 22. November 2012 bejaht und dabei ein Angebot der Arbeitsleistung für entbehrlich angesehen. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung setzt sich die Revisionsbegründung entgegen § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a ZPO nicht auseinander. 20

2. An der nach § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO erforderlichen Rüge fehlt es auch, soweit das Landesarbeitsgericht der Klägerin weitere Vergütung für die Zeit vom 22. bis 31. August 2012 zugesprochen hat. Eine darauf bezogene Sachrüge hat die Revision nicht erhoben. Ihre Rüge, das Berufungsgericht habe Vortrag und Beweisangebote zur Arbeitszeitvereinbarung übergangen, genügt nicht den in § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO bestimmten Anforderungen an eine Verfahrensrüge. Die Revision hat nicht im Einzelnen dargetan, welches wesentliche und entscheidungserhebliche Vorbringen das Landesarbeitsgericht bei seiner Entscheidung übergangen haben bzw. zu welchem Beweisthema eine an sich gebotene Beweisaufnahme rechtsfehlerhaft unterlassen 21

worden sein soll und welches Ergebnis diese voraussichtlich gehabt hätte (vgl. BAG 31. Mai 2006 - 5 AZR 342/06 (F) - Rn. 6, BAGE 118, 229).

B. Im Umfang ihrer Zulässigkeit hat die Revision der Beklagten nur teilweise Erfolg. 22

I. Die Revision ist unbegründet, soweit das Landesarbeitsgericht der Klägerin Vergütung wegen Annahmeverzugs für die Zeit vom 23. November 2012 bis 31. Januar 2013 zugesprochen hat. Der Vergütungsanspruch folgt aus § 611 Abs. 1 BGB iVm. Arbeitsvertrag, § 615 Satz 1 BGB. 23

1. Die Beklagte befand sich nach Ausspruch der Kündigung weiterhin in Annahmeverzug, § 293 BGB. Eines Angebots der Arbeitsleistung bedurfte es auch nach der unter dem 23. November 2012 erklärten „Rücknahme“ der Kündigung nicht. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe auf ein solches Angebot verzichtet, erweist sich als rechtsfehlerfrei. 24

a) Auch im bestehenden Arbeitsverhältnis kann ein Angebot der Arbeitsleistung ausnahmsweise entbehrlich sein, wenn offenkundig ist, dass der Gläubiger auf seiner Weigerung, die geschuldete Leistung anzunehmen, beharrt (BAG 24. September 2014 - 5 AZR 611/12 - Rn. 22, BAGE 149, 144). Dies kann insbesondere anzunehmen sein, wenn er zuvor durch die einseitige Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeit auf das Angebot der Arbeitsleistung verzichtet hat (BAG 26. Juni 2013 - 5 AZR 432/12 - Rn. 18). Da der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Arbeit zuweisen muss, endet der Annahmeverzug bei einer „Rücknahme“ der Kündigung nur dann, wenn der Erklärung des Arbeitgebers mit hinreichender Deutlichkeit die Aufforderung zu entnehmen ist, der Arbeitnehmer möge zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort die Arbeit wieder aufnehmen (BAG 12. Dezember 2012 - 5 AZR 93/12 - Rn. 22; Schaub ArbR-Hdb/Linck 17. Aufl. § 95 Rn. 62). 25

b) Die unter dem 23. November 2012 erklärte „Rücknahme“ der Kündigung hat danach nicht zur Beendigung des Annahmeverzugs geführt. 26

Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 559 Abs. 2 ZPO) hat die Beklagte mit Ausspruch der Kündigung am 7. November 2012 zugleich die weitere Beschäftigung der Klägerin mit sofortiger Wirkung verweigert und damit auf ein Angebot der Arbeitsleistung verzichtet. Die Klägerin konnte daher eine Arbeitsaufforderung der Beklagten abwarten. Eine solche hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. Soweit die Beklagte erstmals in der Revision vorträgt, die Klägerin sei „aufgefordert worden, sich im Betrieb zu melden“, ist dies als neuer Sachvortrag in der Revisionsinstanz nicht berücksichtigungsfähig. 27

2. Die Klägerin war in der Zeit nach dem 27. November 2012 nicht leistungsunwillig iSd. § 297 BGB. 28

a) Der subjektive Leistungswille ist eine vom Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzung, die während des gesamten Verzugszeitraums vorliegen muss (vgl. BAG 17. August 2011 - 5 AZR 251/10 - Rn. 15, 17). 29

b) Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, die Reaktion der Klägerin auf die Rücknahme der Kündigung mit Schreiben vom 27. November 2012 indiziere nicht deren Leistungsunwillen. 30

aa) Eine fehlende Leistungsbereitschaft ist indiziert, wenn der Arbeitnehmer auf eine Arbeitsaufforderung des Arbeitgebers eine Reaktion unterlässt, sich quasi in Schweigen hüllt (BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 251/11 - Rn. 19, BAGE 141, 340). An einer solchen Arbeitsaufforderung der Beklagten fehlt es indes. 31

bb) Das Landesarbeitsgericht musste allein aus dem Schreiben der Klägerin vom 27. November 2012 nicht auf ihre Leistungsunwilligkeit schließen. 32

(1) Bei dem Schreiben handelt sich um eine atypische Willenserklärung. Deren Auslegung ist vorrangig Aufgabe der Tatsachengerichte. Sie kann in der Revisionsinstanz nur darauf überprüft werden, ob das Berufungsgericht Auslegungsregeln verletzt hat oder gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze versto- 33

ßen, wesentliche Tatsachen unberücksichtigt gelassen oder eine gebotene Auslegung unterlassen hat (*st. Rspr., vgl. BAG 24. August 2016 - 5 AZR 129/16 - Rn. 20, BAGE 156, 157*).

(2) Gemessen daran begegnet die Auslegung des Landesarbeitsgerichts keinen revisionsrechtlichen Bedenken. Das Berufungsgericht hat das Schreiben dahingehend gewürdigt, die Klägerin habe das Fortsetzungsangebot der Beklagten abgelehnt, um sich einen Auflösungsantrag nach §§ 9, 10 KSchG vorzubehalten. Dies lässt weder einen revisiblen Rechtsfehler erkennen noch wird ein solcher von der Revision aufgezeigt. 34

3. Die Rüge der Beklagten, das Landesarbeitsgericht habe ihren Vortrag übergegangen, bis zum 30. November 2012 sei ordnungsgemäß abgerechnet und gezahlt worden, ist - ihre Zulässigkeit unterstellt - jedenfalls unbegründet. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein Gericht das Vorbringen der Beteiligten zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat. Die Gerichte brauchen nicht jedes Vorbringen in den Gründen der Entscheidung ausdrücklich zu behandeln (*BVerfG 8. Oktober 2003 - 2 BvR 949/02 - Rn. 20*). Das Landesarbeitsgericht hat den Vortrag nicht übergegangen. Vielmehr ist er im Tatbestand der angefochtenen Entscheidung enthalten und als unstreitig dargestellt. Die Beklagte hat keine besonderen Umstände deutlich gemacht, dass ihr tatsächliches Vorbringen bei der Entscheidung nicht erwogen wurde (*vgl. BAG 26. Januar 2006 - 9 AZA 11/05 - Rn. 40*). Dass dem Berufungsgericht bei der Berechnung der Annahmeverzugsvergütung Fehler unterlaufen sind, wird von der Revision nicht aufgezeigt und ist auch sonst nicht ersichtlich. 35

II. Die Revision ist im Sinn einer Zurückverweisung begründet, soweit das Landesarbeitsgericht über die auf Sittenwidrigkeit gestützten Vergütungsansprüche der Klägerin in der Zeit vom 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2010 sowie vom 1. Juli 2011 bis 21. August 2012 entschieden hat. Das Berufungsgericht hat bei der Feststellung des Umfangs der von der Klägerin geleisteten Arbeitszeit den sich aus Art. 103 Abs. 1 GG ergebenden Anspruch der Beklagten auf Gewährung von rechtlichem Gehör verletzt. Daneben hat es keine ausreichenden Feststellungen zu den Zeiträumen getroffen, in denen die Betreuungs- 36

einrichtung geschlossen war. Aus diesem Grund kann der Senat nicht beurteilen, ob die mit der Klägerin vereinbarte Vergütung nach § 138 BGB sittenwidrig ist und die Klägerin die geltend gemachte Vergütung deshalb innerhalb der streitgegenständlichen Zeiträume für Tage, an denen sie gearbeitet hat, aus § 611 Abs. 1 iVm. § 612 Abs. 2 BGB und für Feiertage aus § 2 Abs. 1 EFZG verlangen kann.

1. Nach § 138 Abs. 2 BGB ist ein Rechtsgeschäft nichtig, durch das sich jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit oder des Mangels an Urteilsvermögen eines anderen für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen. 37

a) Die Regelung gilt auch für das auffällige Missverhältnis zwischen dem Wert der Arbeitsleistung und der Lohnhöhe in einem Arbeitsverhältnis. Ein wucherähnliches Geschäft liegt nach § 138 Abs. 1 BGB vor, wenn Leistung und Gegenleistung in einem auffälligen Missverhältnis zueinander stehen und weitere sittenwidrige Umstände, zB eine verwerfliche Gesinnung des durch den Vertrag objektiv Begünstigten, hinzutreten. Verstößt die Entgeltabrede gegen § 138 BGB, schuldet der Arbeitgeber gemäß § 612 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung. Bei arbeitsvertraglichen Vergütungsvereinbarungen kommt es auf den jeweils streitgegenständlichen Zeitraum an (*BAG 18. November 2015 - 5 AZR 814/14 - Rn. 20*). 38

b) Das auffällige Missverhältnis bestimmt sich nach dem objektiven Wert der Leistung des Arbeitnehmers. Das Missverhältnis ist auffällig, wenn es einem Kundigen, ggf. nach Aufklärung des Sachverhalts, ohne weiteres ins Auge springt. Erreicht die Arbeitsvergütung nicht einmal zwei Drittel eines in dem Wirtschaftszweig üblicherweise gezahlten Tarifentgelts, liegt eine ganz erhebliche, ohne weiteres ins Auge fallende und regelmäßig nicht mehr hinnehmbare Abweichung vor, für die es einer spezifischen Rechtfertigung bedarf. Dasselbe gilt, wenn bei fehlender Maßgeblichkeit der Tarifentgelte die vereinbarte Vergütung mehr als ein Drittel unter dem Lohnniveau, das sich für die auszuübende Tätigkeit in der Wirtschaftsregion gebildet hat, bleibt. Von der Üblichkeit der Ta- 39

rifvergütung kann ohne weiteres ausgegangen werden, wenn mehr als 50 % der Arbeitgeber eines Wirtschaftsgebiets tarifgebunden sind oder wenn die organisierten Arbeitgeber mehr als 50 % der Arbeitnehmer eines Wirtschaftsgebiets beschäftigen (*BAG 18. November 2015 - 5 AZR 814/14 - Rn. 21*).

2. Das Landesarbeitsgericht hat bei der Feststellung des Umfangs der täglichen Arbeitszeit der Klägerin in einer nicht mit Art. 103 Abs. 1 GG zu vereinbarenden Weise das Beweisangebot der Beklagten übergangen. 40

a) Art. 103 Abs. 1 GG gibt den am Verfahren Beteiligten ua. das Recht, Anträge und somit auch Beweisanträge zu stellen und verpflichtet im Gegenzug das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Daher gebietet die Norm in Verbindung mit den Grundsätzen der Zivilprozessordnung, erhebliche Beweisanträge zu berücksichtigen. Zwar verbietet es Art. 103 Abs. 1 GG den Gerichten nicht, Vorbringen der Beteiligten aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts unberücksichtigt zu lassen, doch verstößt die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn es im Prozessrecht keine Stütze mehr findet (*st. Rspr., vgl. BVerfG 26. Juni 2012 - 2 BvR 1013/11 - Rn. 32; 19. Dezember 2016 - 2 BvR 1997/15 - Rn. 15*). 41

b) Gemessen daran hat das Landesarbeitsgericht den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt. 42

aa) Nach seinen Feststellungen hat die vergütungspflichtige Arbeitszeit der Klägerin täglich vier Stunden betragen. Zu dieser Würdigung ist das Berufungsgericht nach der Einvernahme einer von der Klägerin benannten Zeugin gelangt. Die Beklagte rügt dabei zu Recht, das Landesarbeitsgericht habe die von ihr angebotene Zeugin F, die bestätigen könne, die Arbeitszeit habe jeweils nur etwa eine Stunde pro Tour betragen, zu Unrecht nicht gehört. 43

bb) Die Begründung der angefochtenen Entscheidung, die sich bei der Dauer der Touren allein auf die Aussage der von der Klägerin benannten Zeugin stützt, lässt nicht erkennen, dass das Landesarbeitsgericht das (gegenbe- 44

weisliche) Angebot zur Einvernahme der von der Beklagten benannten Zeugin zur Kenntnis genommen hat. Dieses wird in den Gründen überhaupt nicht erwähnt. Auch aus der sonstigen vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung wird nicht erkennbar, dass der Nichtberücksichtigung des Beweisangebots ein verfahrens- oder beweisrechtlicher Grund zu Grunde gelegen haben könnte.

cc) Danach kann der Senat für die Zeit vom 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2010 sowie vom 1. Juli 2011 bis 21. August 2012 nicht von einer täglichen Arbeitszeit der Klägerin von vier Stunden ausgehen. Für die Beurteilung des Verhältnisses zwischen objektivem Wert der Arbeitsleistung und tatsächlich gezahlter Vergütung fehlt es daher an den erforderlichen tatsächlichen Grundlagen. In der neuen Verhandlung wird das Berufungsgericht zunächst - was bislang nicht erfolgt ist - den Vortrag der Beklagten, wonach die Arbeitszeit „jeweils nur etwa eine Stunde pro Tour“ betragen habe, dahingehend zu würdigen haben, ob mit diesem der von der Klägerin gehaltene Vortrag überhaupt ausreichend bestritten worden ist. Dies könnte deshalb zweifelhaft sein, weil die Beklagte nach ihrem weiteren Vorbringen die Fahrzeiten des von ihr eingesetzten Busses digital aufgezeichnet hat. In diesem Fall wäre die Beklagte nach § 138 Abs. 2 ZPO zunächst gehalten, ihren Vortrag zu den aus ihrer Sicht von der Klägerin geleisteten Arbeitszeiten auf der Grundlage ihrer Aufzeichnungen in das Verfahren einzuführen. Sollte der Umfang der Fahrzeiten auch nach einem etwaig neuen ergänzenden Vortrag zwischen den Parteien streitig bleiben, wird das Berufungsgericht darüber zu befinden haben, ob Beweis zu erheben ist oder auf Grundlage des festgestellten Sachverhalts nach § 287 Abs. 2 ZPO nicht wenigstens die Schätzung eines Mindestumfangs benötigter Fahrzeiten möglich ist (*vgl. BAG 26. Oktober 2016 - 5 AZR 168/16 - Rn. 31 f.*).

45

3. Die Sache ist auch zur erneuten Verhandlung zurückzuverweisen, weil das Landesarbeitsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, an welchen Tagen die Betreuungseinrichtung geschlossen war. Denn die Klage ist unbegründet, soweit Vergütung auch für Schließzeiten der Einrichtung zugesprochen wurde. Dies hat der Senat in einem Parallelverfahren entschieden, worauf zur

46



Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird (*BAG 18. November 2015 - 5 AZR 814/14 - Rn. 49 - 52*). Der vorliegende Sachverhalt entspricht insoweit demjenigen des vorgenannten Verfahrens. Mangels Vergütungsanspruch sind die Schließzeiten im Rahmen der Prüfung der Sittenwidrigkeit der Vergütungsvereinbarung nicht zu berücksichtigen.

4. Die weiteren Erwägungen des Landesarbeitsgerichts zum maßgeblichen Rahmen der vergütungspflichtigen Arbeitszeit und der Höhe des Referenzwerts für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit des vereinbarten Arbeitsentgelts sind hingegen frei von Rechtsfehlern. 47

a) Das Landesarbeitsgericht hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise den Rahmen der vergütungspflichtigen Arbeitszeit bestimmt. Seine tatrichterliche Würdigung, dass die Klägerin im Rahmen ihrer Tätigkeit als Busbegleiterin jeweils an ihrer Wohnung mit dem Bus abgeholt bzw. dorthin zurückgebracht werden sollte, ist frei von Rechtsfehlern. Diese Vereinbarung schloss den Umfang der zu vergütenden Arbeitszeit mit ein. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die vom Senat gegebene Begründung in einem Parallelverfahren verwiesen (*BAG 18. November 2015 - 5 AZR 814/14 - Rn. 25 f.*). 48

b) Das Landesarbeitsgericht hat auch den Referenzwert für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit im Streitzeitraum zutreffend berechnet. 49

aa) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend die Lohngruppe 1 als Vergleichsgruppe gewählt. Die Lohngruppe 1 umfasst „ungelernte Arbeiter“ und damit sämtliche Arbeitnehmer, die nicht von den weiteren Lohngruppen, die höhere Qualifikationen voraussetzen, einbezogen werden. Hierzu zählt die Tätigkeit einer Busbegleiterin. 50

bb) Basierend auf Lohngruppe 1 (Fahrdienst) der jeweiligen Lohntarifverträge für die gewerblichen Arbeitnehmer des privaten Omnibusgewerbes des Landes Nordrhein-Westfalen ist das Berufungsgericht von dem objektiven Wert der Arbeitsleistung pro Stunde von 9,25 Euro brutto vom 1. Januar bis 51

30. September 2009, von 9,44 Euro brutto vom 1. Oktober 2009 bis 30. September 2010, von 9,56 Euro brutto vom 1. Oktober 2010 bis 30. September 2011 und von 9,76 Euro brutto vom 1. Oktober 2011 bis zum Ende des Streitzeitraums ausgegangen. Nach seinen nicht angegriffenen Feststellungen (§ 559 Abs. 2 ZPO) waren im Jahr 2009 in Nordrhein-Westfalen 432 und im März 2013 450 der 718 privaten Omnibusunternehmen im Arbeitgeberverband organisiert, womit die Tarifbindung der Arbeitgeber im Wirtschaftsgebiet jeweils mehr als 50 % betragen hat.

cc) Entgegen der Revision gelten die Lohntarifverträge für die gewerblichen Arbeitnehmer des privaten Omnibusgewerbes des Landes Nordrhein-Westfalen auch für die Begleitung von Behindertenfahrdiensten. Dies hat der Senat bereits in einem Parallelverfahren entschieden, worauf zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird (*BAG 18. November 2015 - 5 AZR 814/14 - Rn. 36 - 40*). 52

c) Der Vergleich zwischen Tariflohn und gezahltem Lohn ist ohne Aufschlag für den Nettozufluss vorzunehmen. Denn nach den nicht mit einer ordnungsgemäßen - Rüge angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts haben die Parteien keine Nettolohnvereinbarung getroffen. 53

5. Ob der subjektive Tatbestand des wucherähnlichen Geschäfts iSd. § 138 Abs. 1 BGB bzw. des Lohnwuchers iSd. § 138 Abs. 2 BGB erfüllt ist, hängt auch von dem festzustellenden Verhältnis von Leistung und Gegenleistung ab (*hierzu BAG 18. November 2015 - 5 AZR 814/14 - Rn. 42; 16. Mai 2012 - 5 AZR 268/11 - Rn. 29 f., BAGE 141, 348*). 54

6. Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 138 BGB wäre ein Anspruch auf die übliche Vergütung nach § 612 Abs. 2 BGB (*BAG 26. April 2006 - 5 AZR 549/05 - Rn. 26, BAGE 118, 66*) unter Zugrundelegung des tariflichen Stundenlohns ohne Zuschläge, Zulagen und Sonderleistungen (*BAG 18. November 2015 - 5 AZR 814/14 - Rn. 44; 22. April 2009 - 5 AZR 436/08 - Rn. 18, BAGE 130, 338*). 55

7. Das Landesarbeitsgericht hat schließlich zutreffend erkannt, dass - soweit der Klägerin weitere Vergütung zusteht - dem Anspruch keine durchgreifenden Einwendungen entgegenstehen. 56
- a) In der Vereinbarung vom 13. Juli 2012 liegt kein Verzicht der Klägerin. 57
- aa) Es handelt sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung (§ 305 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB). Das steht zwischen den Parteien im Ergebnis außer Streit und entspricht den tatsächlichen Feststellungen und der rechtlichen Wertung des Landesarbeitsgerichts. Anhaltspunkte dafür, die Klausel sei zwischen den Parteien „ausgehandelt“ iSv. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB liegen nicht vor. Die Beklagte hat selbst nicht vorgebracht, der Klägerin die Möglichkeit der Einflussnahme auf die streitgegenständliche Klausel eingeräumt zu haben (vgl. BAG 19. Mai 2010 - 5 AZR 253/09 - Rn. 25). Für die Auslegung kommt es deshalb darauf an, wie die Klausel - ausgehend vom Vertragswortlaut - nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden wird, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zu Grunde zu legen sind. Dabei unterliegt die Auslegung der uneingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht (st. Rspr., vgl. BAG 13. Februar 2013 - 5 AZR 2/12 - Rn. 15). 58
- bb) Ausgehend vom Wortlaut, das bestehende Arbeitsverhältnis sei bis zum 21. August 2012 „ordentlich abgerechnet“, erscheint schon fraglich, ob die Vereinbarung rechtsgeschäftliche Erklärungen enthalten soll, die eine Erfüllung etwaiger noch offener Vergütungsansprüche der Klägerin betreffen. Von der „Abrechnung“ des Arbeitsentgelts in Textform iSd. § 108 GewO ist der Vergütungsanspruch zu trennen. Die Beklagte konnte auch angesichts des Wortlauts „sämtliche beiderseitigen Forderungen seien abgegolten“ - anders als in Fällen eines bereits zwischen den Parteien bestehenden Streits (vgl. zu einer Ausgleichsklausel im gerichtlichen Vergleich BAG 27. Mai 2015 - 5 AZR 137/14 - Rn. 21, BAGE 151, 382 und zu einer Verzichtsklausel im Aufhebungsvertrag BAG 24. Februar 2016 - 5 AZR 258/14 - Rn. 28, BAGE 154, 178) - nicht davon ausgehen, die Klägerin wolle den Bestand ihrer Rechte verändern und damit 59

auf ihre Ansprüche verzichten. Bei objektiver Auslegung bestätigt die Klägerin damit nur, wechselseitige Ansprüche seien ihres Wissens vollständig erfüllt. Dies berechtigt allenfalls zur Annahme eines deklaratorischen negativen Schuldanerkenntnisses. Dieses hindert die weitere Geltendmachung der Ansprüche nicht. Die Klägerin kann die Unrichtigkeit der Erklärung beweisen, indem sie ihre Ansprüche beweist (*st. Rspr., vgl. BAG 18. November 2015 - 5 AZR 814/14 - Rn. 47; 7. November 2007 - 5 AZR 880/06 - Rn. 24, BAGE 124, 349*).

b) Die Ausschlussfrist in Nr. 13 Satz 2 Arbeitsvertrag steht Vergütungsansprüchen der Klägerin nicht entgegen. Diese findet auf vor dem 22. August 2012 entstandene Ansprüche keine Anwendung. Nach den mit der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 559 Abs. 2 ZPO) handelt es sich auch bei den Regelungen des Arbeitsvertrags um Allgemeine Geschäftsbedingungen (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB). Diese hat das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgelegt. 60

Ausgehend vom objektiven Verständnishorizont erfasst die Ausschlussklausel nur Ansprüche, die ab Inkrafttreten des schriftlichen Arbeitsvertrags entstanden sind. Dies folgt aus einer Gesamtschau unter Berücksichtigung der übrigen Bestimmungen des Arbeitsvertrags. So beginnt das durch diesen Vertrag geregelte Arbeitsverhältnis nach Nr. 5 Arbeitsvertrag „am 22.08.12“. Zu Recht nimmt daher das Landesarbeitsgericht an, das schon seit 2007 bestehende Arbeitsverhältnis werde mit dem schriftlichen Vertrag auf eine neue Grundlage gestellt. Mangels zeitlicher Erstreckung auf vor dem 22. August 2012 entstandene Ansprüche kann die Ausschlussfrist in diesem Zeitraum entstandenen Vergütungsansprüchen nicht entgegenstehen. 61

c) Etwaige Vergütungsansprüche der Klägerin wären von der Ausschlussfrist in § 21 MTV nicht erfasst. Auf diese Bestimmung bezieht sich die Bezugnahme Klausel in Nr. 13 Satz 1 Arbeitsvertrag nicht. Das ergibt deren Auslegung. 62

Die Klausel verweist nach ihrem Wortlaut „im Übrigen“ auf die entsprechenden Tarifverträge. Es handelt sich um eine Globalverweisung, bei der 63

grundsätzlich sämtliche tarifvertraglichen Bestimmungen, die Abschluss, Inhalt und Beendigung eines Arbeitsverhältnisses regeln, in Bezug genommen werden. Doch gilt dies nur vorbehaltlich der eigenständigen vertraglichen Regelung (vgl. *Schaub ArbR-HdB/Treber 17. Aufl. § 206 Rn. 18*). Eine solche hat das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen. Der Arbeitsvertrag enthält in Nr. 13 Satz 2 eine eigenständige Ausschlussfristenregelung. Abweichend vom Inhalt des § 21 MTV erstreckt sich der Geltungsbereich nicht - wie dort - auch auf Arbeitgeberansprüche und nimmt Ansprüche aus unerlaubter Handlung nicht - wie dort - vom Anwendungsbereich aus.

III. Die Revision ist begründet, soweit das Landesarbeitsgericht der Klägerin Schadensersatz wegen verfallenen Urlaubs für die Jahre 2009 bis 2011 zugesprochen hat. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann das Urteil nicht aufrechterhalten werden. Dies führt ebenfalls zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. 64

Hingegen erweist sich die Revision in Bezug auf die vom Landesarbeitsgericht zuerkannten Urlaubsansprüche für das Jahr 2012 als unbegründet. 65

1. Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts folgen Schadensersatzansprüche der Klägerin nicht aus einer - unstrittigen - Verletzung der sich aus § 2 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 8 NachwG ergebenden Nachweispflicht der Beklagten. 66

a) Die Pflicht des Arbeitgebers nach § 2 Abs. 1 Satz 1 NachwG, die wesentlichen Vertragsbedingungen spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses schriftlich niederzulegen, zu unterschreiben und dem Arbeitnehmer auszuhändigen, umfasst ua. die Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs (§ 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 NachwG) und damit auch den Hinweis auf den gesetzlichen Mindesturlaub, sofern nicht arbeits- oder tarifvertraglich weitergehende Urlaubsansprüche bestehen. Dies folgt aus § 2 Abs. 3 Satz 2 NachwG, der ua. für den Urlaub den Verweis auf die gesetzliche Bestimmung (§ 3 BUrlG) genügen lässt, sofern keine weitergehenden vertraglichen oder kollektivrechtlichen Absprachen getroffen sind (*ErfK/Preis 17. Aufl.* 67

§ 2 NachwG Rn. 34). Indes verlangt die Regelung des § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 NachwG nur die Angabe der Urlaubsdauer, hingegen nicht die Angabe weiterer Modalitäten der Urlaubsgewährung (vgl. *ErfK/Preis 17. Aufl. § 2 NachwG Rn. 21*) oder der Befristung des Urlaubsanspruchs.

b) Zwar hat die Beklagte die Klägerin entgegen § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 NachwG in den Jahren 2009 bis 2011 nicht auf die Dauer ihres jährlichen Erholungsurlaubs hingewiesen. Doch begründet diese Pflichtverletzung für sich allein genommen keinen Schadenersatzanspruch der Klägerin. Die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts tragen seine Annahme nicht, der eingetretene Schaden beruhe auf der Pflichtverletzung. Die Klägerin hat nicht vorgetragen, dass sie - wenn sie vom Urlaubsanspruch Kenntnis gehabt hätte - diesen rechtzeitig geltend gemacht hätte. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Klägerin lediglich vorgetragen, sie habe das Bestehen eines Mindesturlaubsanspruchs nicht gekannt. Damit fehlt es an schlüssigem Vortrag zur Kausalität der Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden. Zu Unrecht beruft sich die Klägerin auf die Senatsrechtsprechung zu der bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG aufgestellten Vermutung des aufklärungsgemäßen Verhaltens (*BAG 20. April 2011 - 5 AZR 171/10 - Rn. 27, BAGE 137, 375*). Beweisregeln ersetzen keinen Parteivortrag (*BAG 5. November 2003 - 5 AZR 676/02 - zu III 3 c der Gründe*). 68

c) Ein Schadenersatzanspruch folgt auch nicht aus deliktsrechtlichen Vorschriften. § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 NachwG ist kein Schutzgesetz iSd. § 823 Abs. 2 Satz 1 BGB (vgl. zu § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG *BAG 21. Februar 2012 - 9 AZR 486/10 - Rn. 37*). 69

2. Der Senat kann derzeit nicht entscheiden, ob und ggf. in welcher Höhe Schadenersatzansprüche der Klägerin aufgrund Nichtgewährung von Urlaub entstanden sind. Nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wären die Urlaubsansprüche der Jahre 2009 bis 2011 mit Ablauf des jeweiligen Kalenderjahres verfallen. Ob an dieser Rechtsprechung aus unionsrechtlichen Gründen festzuhalten ist, obliegt im Streitfall zunächst der Beurteilung des Landesarbeitsgerichts. 70

a) Der gesetzliche Urlaubsanspruch aus § 1 BUrlG, auf den sich die Klägerin allein beruft, ist für die Dauer des Urlaubsjahres befristet, § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG. Grundsätzlich erlischt er mit Ablauf des Kalenderjahres, sofern kein Übertragungsgrund nach § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG gegeben ist. Bei Vorliegen eines Übertragungsgrundes ist dies spätestens mit dem Ende des Übertragungszeitraums der Fall, § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG (*BAG 10. Juli 2012 - 9 AZR 11/11 - Rn. 18*). Zu Übertragungsgründen hat die insoweit darlegungsbelastete Klägerin schon keinen Vortrag gehalten. 71

b) Nach bisheriger Rechtsprechung hätte die Klägerin für diese Jahre nur dann einen Schadensersatzanspruch nach § 275 Abs. 1, § 280 Abs. 1, §§ 283, 286, 287 Satz 2, § 251 Abs. 1 BGB, wenn sie den Urlaubsanspruch der jeweiligen Jahre rechtzeitig erfolglos geltend gemacht, damit die Beklagte in Verzug gesetzt und diese die Erfüllung rechtswidrig und schuldhaft verweigert hätte. Dann wäre als Schadensersatz ein Ersatzurlaubsanspruch entstanden, der grundsätzlich im Wege der Naturalrestitution durch Freistellung zu erfüllen wäre (*BAG 3. Juni 2014 - 9 AZR 944/12 - Rn. 10*). Doch wäre wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine solche Erfüllung unmöglich, weshalb die Beklagte die Klägerin dann in Geld zu entschädigen hätte (*BAG 26. Juni 1986 - 8 AZR 75/83 - zu II 1 der Gründe, BAGE 52, 254*). An einer solchen Geltendmachung fehlt es indes, weshalb ihre auf das BUrlG gestützten Ansprüche insoweit verfallen wären. 72

c) Ob diese Rechtsprechung, wonach ein Schadensersatzanspruch aufgrund Verfall von Urlaubsansprüchen nur nach erfolgloser rechtzeitiger Geltendmachung des Urlaubs durch den Arbeitnehmer anzunehmen ist, aufrechterhalten werden kann, hängt von der Antwort des Gerichtshofs der Europäischen Union auf den Vorlagebeschluss des Neunten Senats ab (*BAG 13. Dezember 2016 - 9 AZR 541/15 (A) -*). Dieser hat dem Gerichtshof der Europäischen Union folgende Fragen vorgelegt: 73

„Steht Art. 7 EGRL 88/2003 oder Art. 31 Abs. 2 GRC einer nationalen Regelung wie der in § 7 BUrlG entgegen, die als Modalität für die Wahrnehmung des Anspruchs auf Erholungsurlaub vorsieht, dass der Arbeitnehmer unter

Angabe seiner Wünsche bezüglich der zeitlichen Festlegung des Urlaubs diesen beantragen muss, damit der Urlaubsanspruch am Ende des Bezugszeitraums nicht ersatzlos untergeht, und die den Arbeitgeber damit nicht verpflichtet, von sich aus einseitig und für den Arbeitnehmer verbindlich die zeitliche Lage des Urlaubs innerhalb des Bezugszeitraums festzulegen? Falls dies bejaht wird, gilt dies auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis zwischen Privatpersonen bestand?“

Dies könnte dafür sprechen, dass das Landesarbeitsgericht vor einer erneuten Entscheidung die Beantwortung der Vorlagefragen durch den Gerichtshof der Europäischen Union abwartet. 74

3. Für das Urlaubsjahr 2012 hat das Landesarbeitsgericht der Klägerin hingegen zu Recht Schadensersatz für verfallenen Urlaub zugesprochen. Die Beklagte erhebt keine Rüge gegen die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, die Klägerin habe den Urlaubsanspruch Ende November 2012 und damit rechtzeitig geltend gemacht. Damit ist bereits nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein Schadensersatzanspruch entstanden. Die Revision wendet sich auch nicht gegen die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Beklagtenvortrag zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs sei nicht ausreichend substantiiert. 75

IV. Soweit ein Zahlungsanspruch der Klägerin besteht, folgt der Anspruch auf Prozesszinsen aus §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. 76

Biebl

Volk

Weber

Menssen

Dr. Rahmstorf