

Bundesarbeitsgericht  
Fünfter Senat

Urteil vom 20. Juni 2018  
- 5 AZR 262/17 -  
ECLI:DE:BAG:2018:200618.U.5AZR262.17.0

I. Arbeitsgericht Nürnberg

Schlussurteil vom 9. Februar 2017  
- 11 Ca 340/16 -

II. Landesarbeitsgericht Nürnberg

Urteil vom 9. Mai 2017  
- 7 Sa 560/16 -

---

Entscheidungsstichworte:

Ausschlussfrist - Hemmung wegen Vergleichsverhandlungen

Leitsatz:

Verlangt eine arbeitsvertragliche Ausschlussfristenregelung, dass ein Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis zur Vermeidung seines Verfalls innerhalb einer bestimmten Frist gerichtlich geltend gemacht werden muss, ist die Ausschlussfrist in entsprechender Anwendung des § 203 Satz 1 BGB gehemmt, solange die Parteien vorgerichtliche Vergleichsverhandlungen führen.

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 262/17  
7 Sa 560/16  
Landesarbeitsgericht  
Nürnberg

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
20. Juni 2018

## URTEIL

Metze, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Juni 2018 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Volk sowie den ehrenamtlichen Richter Hepper und die ehrenamtliche Richterin Zorn für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 9. Mai 2017 - 7 Sa 560/16 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Vergütung von Überstunden und Urlaubsabgeltung. 1

Der Kläger war vom 1. Januar 2014 bis zum 31. Juli 2015 bei dem Beklagten als technischer Sachbearbeiter beschäftigt. Sein Verdienst betrug zuletzt 4.361,00 Euro brutto monatlich. Der schriftliche Arbeitsvertrag der Parteien enthält eine Ausschlussfristenregelung, die lautet: 2

„Ansprüche beider Parteien aus dem Arbeitsverhältnis verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten ab Fälligkeit schriftlich gegenüber der Gegenseite geltend gemacht werden. Entscheidend ist der Zugang des Schreibens. Nach Ablauf der Frist kann der Anspruch nicht mehr geltend gemacht werden.

Lehnt die Gegenseite den Anspruch ab oder äußert sie sich nicht innerhalb von zwei Wochen ab Zugang der Geltendmachung, so ist der Anspruch innerhalb von weiteren drei Monaten ab Zugang der Ablehnung bzw. Ablauf der Zweiwochenfrist bei Gericht anhängig zu machen. Andernfalls ist der Anspruch verfallen und kann nicht mehr geltend gemacht werden.“

Mit Schreiben vom 14. September 2015 forderte der Kläger vom Beklagten die Abgeltung von 32 Urlaubstagen mit einem Gesamtbetrag von 6.387,52 Euro brutto sowie weitere 4.671,88 Euro brutto als Vergütung für 182,25 Überstunden. Der Beklagte lehnte mit Schreiben vom 28. September 3

2015 die Ansprüche ab, wies dabei allerdings darauf hin, er strebe eine einvernehmliche Lösung an. In der Folgezeit führten die Parteien über die von ihnen beauftragten Rechtsanwälte Vergleichsverhandlungen, die zumindest bis zum 25. November 2015 andauerten, jedoch erfolglos blieben.

Mit der am 21. Januar 2016 anhängig gemachten Klage hat der Kläger seine Ansprüche weiter verfolgt. Die geleisteten Überstunden würden sich aus dem Arbeitszeitkonto ergeben, Urlaub habe er im Jahr 2015 wegen der hohen Arbeitsbelastung nicht nehmen können. Auf die Ausschlussfrist könne sich der Beklagte nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht berufen. Überdies sei die Verfallklausel unwirksam. Sie nehme den nach § 3 Satz 1 MiLoG unverfallbaren Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn nicht aus und verstoße zudem gegen § 309 Nr. 7 BGB. 4

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Belang - sinngemäß beantragt, 5

den Beklagten zu verurteilen, an ihn 11.007,42 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. August 2015 zu zahlen.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, die Ansprüche des Klägers seien wegen nicht rechtzeitiger gerichtlicher Geltendmachung verfallen. 6

Das Arbeitsgericht hat durch Teil- und Schlussurteil die Klage insgesamt abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufungen des Klägers verbunden und zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Ansprüche weiter, während der Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt. 7

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision des Klägers ist begründet und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und 8

Entscheidung an das Landesarbeitsgericht, § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

- I. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts, die Ansprüche des Klägers seien aufgrund der arbeitsvertraglichen Verfallklausel wegen nicht rechtzeitiger gerichtlicher Geltendmachung verfallen, kann die Klage nicht abgewiesen werden. 9
1. Im Ergebnis zutreffend hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die Berufung des Beklagten auf den Verfall der Ansprüche sei nicht rechtsmissbräuchlich. 10
- a) An den Einwand des Rechtsmissbrauchs bei der Berufung auf eine Ausschlussfrist sind grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen. Voraussetzung ist, dass die zum Verfall des Anspruchs führende Untätigkeit durch ein Verhalten der Gegenpartei veranlasst worden ist oder der Schuldner es pflichtwidrig unterlassen hat, dem Gläubiger die Umstände mitzuteilen, die diesen zur Einhaltung der Ausschlussfrist veranlasst hätten (*vgl. BAG 19. November 2014 - 5 AZR 121/13 - Rn. 36, BAGE 150, 88; 18. Februar 2016 - 6 AZR 628/14 - Rn. 25, jeweils mwN*). 11
- b) Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Der Beklagte hat den Kläger weder von der gerichtlichen Geltendmachung seiner Ansprüche abgehalten noch objektiv den Eindruck erweckt, der Kläger könne wegen der vorgerichtlichen Vergleichsverhandlungen darauf vertrauen, die Ansprüche würden auch ohne gerichtliche Geltendmachung erfüllt werden. Vielmehr hat der anwaltliche Vertreter des Beklagten - wie sich aus einem vom Landesarbeitsgericht im Tatbestand des Berufungsurteils in Bezug genommenen Schreiben des späteren Prozessbevollmächtigten des Klägers an diesen ergibt - am 25. November 2015 ein neues Vergleichsangebot (Zahlung von 5.000,00 Euro brutto) unterbreitet und darauf hingewiesen, dieser Betrag sei „nicht verhandelbar“. 12
2. Der Kläger hat mit der am 21. Januar 2016 anhängig gemachten Klage die zweite Stufe der arbeitsvertraglichen Verfallklausel gewahrt. 13

- a) Der Beklagte lehnte mit seinem dem Kläger am selben Tag zugegangenen Schreiben vom 28. September 2015 die streitgegenständlichen Ansprüche iSd. vertraglichen Verfallklausel ab. Damit lief die Frist zur gerichtlichen Geltendmachung rechnerisch bis zum 28. Dezember 2015. Wegen der schwebenden Vergleichsverhandlungen war die Frist jedoch für die Dauer dieser Verhandlungen in entsprechender Anwendung des § 203 Satz 1 BGB gehemmt. 14
- aa) Inwieweit Vorschriften des Verjährungsrechts auf arbeitsvertragliche Ausschlussfristen entsprechend angewendet werden können, ist in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht abschließend geklärt. 15
- (1) Der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat im Jahr 1973 für die Frage, wie sich eine Klagerücknahme und eine in angemessener Frist erfolgende erneute Klageerhebung auf eine (tarifliche) Ausschlussfrist, die die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs binnen einer bestimmten Frist verlangt, auswirkt, § 212 Abs. 1 und Abs. 2 BGB aF entsprechend angewendet (*BAG 24. Mai 1973 - 5 AZR 21/73 - zu 2 der Gründe*). Er hat jedoch später entschieden, dass § 212 Abs. 2 Satz 1 BGB aF, der eine Unterbrechung der Verjährung durch Klageerhebung trotz Klagerücknahme vorsah, wenn der Berechtigte binnen sechs Monaten erneut Klage erhob, auf eine zweistufige (tarifliche) Ausschlussfrist keine entsprechende Anwendung finde, weil anderenfalls die Ausschlussfrist sich durch eine einseitige Maßnahme einer Partei verlängern würde (*BAG 11. Juli 1990 - 5 AZR 609/89 - zu III 2 a der Gründe, BAGE 65, 264*). 16
- (2) Des Weiteren hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts angenommen, eine Klage wahre zwar das Erfordernis einer schriftlichen Geltendmachung in einer tariflichen Ausschlussfristenregelung, der Kläger trage in diesem Fall indes die Gefahr der nicht fristgerechten Klagezustellung (*BAG 8. März 1976 - 5 AZR 361/75 - zu 4 der Gründe; vgl. dazu nunmehr auch BAG 16. März 2016 - 4 AZR 421/15 - BAGE 154, 252*). Eine Grenze dafür hat der Senat nur in höherer Gewalt gesehen und dabei § 203 Abs. 2 BGB aF entsprechend angewendet, weil diese Vorschrift als allgemeingültiges Rechtsprinzip auch für tarifliche Ausschlussfristen gelten müsse (*BAG 8. März 1976 - 5 AZR 361/75 - zu 4 a der Gründe*). 17

(3) Der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts hat - zu einer zweistufigen tariflichen Ausschlussfrist - entschieden, tarifliche Verfallfristen könnten den Verjährungsfristen nicht ohne weiteres gleichgesetzt werden. Schreibe ein Tarifvertrag jedoch ausdrücklich eine gerichtliche Geltendmachung vor und nehme damit auf den gesetzlichen Sprachgebrauch des Verjährungsrechts Bezug, sei „im Grundsatz Raum für eine entsprechende Anwendung der betreffenden gesetzlichen Vorschriften“ (*BAG 16. Januar 2003 - 2 AZR 735/00 - zu B I 3 b bb der Gründe; 7. November 1991 - 2 AZR 34/91 - zu B II 2 b dd der Gründe*). 18

bb) Der Bundesgerichtshof nimmt in seinem Zuständigkeitsbereich an, die entsprechende Heranziehung einzelner für die Verjährung geltender Bestimmungen auf Ausschlussfristen sei nicht schlechthin ausgeschlossen; vielmehr sei von Fall zu Fall nach Sinn und Zweck der jeweiligen Bestimmung zu entscheiden, inwieweit Verjährungsvorschriften auf Ausschlussfristen anzuwenden sind (*BGH 9. April 2008 - VIII ZR 84/07 - Rn. 21; 9. Juli 1990 - II ZR 69/89 - zu 2 der Gründe mwN, BGHZ 112, 95*). Diese Rechtsprechung hat im zivilrechtlichen Schrifttum weitgehend Zustimmung gefunden (*Palandt/Ellenberger 77. Aufl. Überbl. v. § 194 BGB Rn. 14; Soergel/Niederführ 13. Aufl. Vor § 194 BGB Rn. 12; Staudinger/Peters/Jacoby (2014) Vorbem. zu §§ 194 - 225 BGB Rn. 16; Erman/Schmidt-Räntsch 15. Aufl. Vor § 194 BGB Rn. 12; Bamberger/Roth/Henrich 3. Aufl. Bd. I § 194 BGB Rn. 7; NK-BGB/Mansel/Stürner 3. Aufl. Vor §§ 194 - 218 BGB Rn. 40; PWW/Deppenkemper 12. Aufl. § 194 BGB Rn. 9; enger MüKoBGB/Grothe 7. Aufl. Vor § 194 BGB Rn. 10 f.*). 19

cc) Im Arbeitsrecht ist anerkannt, dass eine einzelvertragliche Ausschlussfrist, die eine gerichtliche Geltendmachung verlangt, von dem gesetzlichen Verjährungsrecht abweicht (*BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 - zu IV 7 a der Gründe, BAGE 115, 19*) und dieses bei der Inhaltskontrolle von Ausschlussfristen ein gesetzliches Leitbild nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist (*vgl. nur BAG 28. September 2005 - 5 AZR 52/05 - Rn. 24, BAGE 116, 66; ErfK/Preis 18. Aufl. §§ 194 - 218 BGB Rn. 46; MüKoBGB/Müller-Glöge 7. Aufl. § 611 BGB Rn. 1170*). 20

(1) Ausschlussfristen und Verjährungsfristen haben zwar eine unterschiedliche Rechtswirkung; erstere vernichten das Recht, letztere geben dem Schuldner eine Einrede und hindern damit die Durchsetzung der rechtlich fortbestehenden Forderung (§ 214 BGB). Doch geht es bei beiden im Kern darum, dass der Anspruchsinhaber seinen Anspruch gegen den Willen des Anspruchsgegners nur innerhalb bestimmter Fristen verwirklichen kann (BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 - zu IV 7 a der Gründe, BAGE 115, 19). Faktisch verkürzt eine Ausschlussfrist die Verjährungsfrist, weshalb sie den Anforderungen des § 202 Abs. 1 BGB, der eine Erleichterung der Verjährung bei Haftung wegen Vorsatz im Voraus durch Rechtsgeschäft untersagt, genügen muss (st. Rspr., vgl. nur BAG 20. Juni 2013 - 8 AZR 280/12 - Rn. 22; 28. September 2005 - 5 AZR 52/05 - Rn. 20, BAGE 116, 66). 21

(2) Wie beim Verjährungsrecht soll mit einer Ausschlussfrist das im Interesse des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit anzuerkennende Klarstellungsinteresse des Schuldners in Einklang gebracht werden mit dem berechtigten Anliegen des Vertragspartners, vor Beschreiten des Rechtswegs die Sach- und Rechtslage abschließend prüfen zu können und nicht zu einer voreiligen Klageerhebung gezwungen zu sein (BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 - zu IV 7 a der Gründe, BAGE 115, 19). Nimmt eine einzelvertragliche Verfallklausel mit dem Erfordernis einer gerichtlichen Geltendmachung zudem auf einen vom Verjährungsrecht zur Hemmung der Verjährung zur Verfügung gestellten Tatbestand (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB) Bezug, gebieten die Ähnlichkeit von Funktion und faktischer Wirkung, auf die Ausschlussfrist diejenigen Verjährungsvorschriften entsprechend anzuwenden, deren Zweck dem Wesen der Ausschlussfrist nicht widerspricht (ähnlich NK-GA/Boemke § 194 BGB Rn. 10; weiter wohl Matthiessen Arbeitsvertragliche Ausschlussfristen S. 76, der die Verjährungsvorschriften „grundsätzlich“ auf Ausschlussfristen anwenden will und für deren Nichtanwendung eine Begründung verlangt). 22

dd) Danach ist § 203 Satz 1 BGB auf eine einzelvertragliche Ausschlussfrist, die zur Vermeidung des Verfalls eines Anspruchs seine gerichtliche Geltendmachung verlangt, entsprechend anwendbar mit der Folge, dass ihr Lauf 23



für die Dauer von Vergleichsverhandlungen über den streitigen Anspruch gehemmt ist (*im Ergebnis ebenso Boemke jurisPR-ArbR 35/2017 Anm. 2; Däubler/Zwanziger TVG 4. Aufl. § 4 Rn. 1049; aA - ohne Begründung - ErfK/Preis 18. Aufl. §§ 194 - 218 BGB Rn. 57; MHdB ArbR/Krause 4. Aufl. § 71 Rn. 30; für tarifliche Ausschlussfristen auch Langer Gesetzliche und vereinbarte Ausschlussfristen im Arbeitsrecht Rn. 220, der in der entsprechenden Anwendung von Verjährungsvorschriften einen Verstoß gegen die Tarifautonomie sieht*).

- (1) § 203 Satz 1 BGB hat den vor der Schuldrechtsmodernisierung nur für Ansprüche aus unerlaubter Handlung (§ 852 Abs. 2 BGB aF), Werk- und Reisevertrag (§ 639 Abs. 2, § 651g Abs. 2 Satz 3 BGB aF) geltenden Hemmungstatbestand des Schwebens von Verhandlungen über den Anspruch oder die ihn begründenden Umstände auf alle Ansprüche, deren Verjährung sich nach dem BGB richtet, erstreckt (*vgl. nur Palandt/Ellenberger 77. Aufl. § 203 BGB Rn. 1*). Die Norm gibt Schuldner und Gläubiger Zeit, ohne den Druck einer ablaufenden Verjährungsfrist über den streitigen Anspruch zu verhandeln und eine Einigung zu erzielen und hat den rechtspolitisch erwünschten Zweck, Prozesse zu vermeiden (*NK-GA/Boemke § 203 BGB Rn. 2*). 24
- (2) Dieser Zweck widerspricht dem Wesen einer vertraglichen Ausschlussfrist, die eine gerichtliche Geltendmachung verlangt, nicht. 25
- (a) Die Anknüpfung der Ausschlussfrist an die vorherige Ablehnung eines gegenüber dem Schuldner schriftlich geltend zu machenden Anspruchs (bzw. dessen Nichtäußerung hierzu), schließt es nicht aus, dass Schuldner und Gläubiger gleichwohl noch eine vorgerichtliche vergleichsweise Einigung versuchen in dem Bestreben, einen beide Seiten belastenden Arbeitsgerichtsprozess zu vermeiden. 26
- (b) Die Ausschlussfrist ist zwar grundsätzlich eine „starre“, einseitig nicht zu verlängernde Frist. Doch bleibt sie insofern disponibel, als der Schuldner auf ihre Einhaltung verzichten kann. Außerdem können Gläubiger und Schuldner die von ihnen vereinbarte Ausschlussfrist einvernehmlich verlängern. Daher 27

spricht nichts dagegen, ihnen über eine Hemmung der Ausschlussfrist ausreichend Zeit für vorgerichtliche Vergleichsverhandlungen einzuräumen.

(c) Die Hemmung der Ausschlussfrist bei schwebenden Vergleichsverhandlungen führt auch nicht zu einer einseitigen Verlängerung der Ausschlussfrist und einer damit einhergehenden Benachteiligung des durch die Ausschlussfrist begünstigten Schuldners. Dieser hat es in der Hand, ob er sich überhaupt auf vorgerichtliche Vergleichsverhandlungen einlassen und wie lange er solche führen will. 28

ee) Die Wirkung der Hemmung ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung des § 209 BGB: Danach wird der Zeitraum, während derer die Ausschlussfrist gehemmt war, nicht in die Frist eingerechnet. 29

ff) Dagegen findet § 203 Satz 2 BGB, der bestimmt, dass die Verjährung frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung eintritt, auf arbeitsvertragliche Ausschlussfristen keine entsprechende Anwendung. Diese den Gläubiger schützende Ablaufhemmung (*vgl. NK-GA/Boemke § 203 BGB Rn. 12*), kann zu einer Verlängerung der Verjährungsfrist um fast drei Monate führen (*sh. nur Palandt/Ellenberger 77. Aufl. § 203 BGB Rn. 5*). Das widerspräche aber dem Zweck einer Ausschlussfrist zur gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs und wäre zudem nicht interessengerecht. Denn der Gläubiger eines streitigen Anspruchs, der einer arbeitsvertraglichen Ausschlussfrist unterliegt, muss und kann sich darauf einstellen, dass ihm nach Ende der Hemmung wegen vorgerichtlicher Vergleichsverhandlungen für die Einreichung der Klage nur die Differenz zwischen der Länge der Verfallfrist und der vor Aufnahme der Verhandlungen verstrichenen Zeit zur Verfügung steht. 30

b) Nach diesen Grundsätzen war der Lauf der dreimonatigen Frist zur gerichtlichen Geltendmachung entsprechend § 203 Satz 1 BGB für den Zeitraum, in dem zwischen den Parteien vorgerichtliche Vergleichsverhandlungen schwebten, gehemmt. 31

aa) Unter Vergleichsverhandlungen iSv. § 203 Satz 1 BGB ist grundsätzlich jeder ernsthafte Meinungs-austausch über den Anspruch oder seine tatsächlichen Grundlagen zu verstehen, sofern der Schuldner dies nicht sofort und erkennbar ablehnt. Verhandlungen schweben schon dann, wenn eine der Parteien Erklärungen abgibt, die der jeweils anderen die Annahme gestatten, der Erklärende lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Anspruchs oder dessen Umfang ein (*BGH 7. November 2014 - V ZR 309/12 - Rn. 20; NK-GA/Boemke § 203 BGB Rn. 8; MüKoBGB/Grothe 7. Aufl. § 203 Rn. 5; Erman/Schmidt-Räntsch BGB 15. Aufl. § 203 Rn. 5a*). 32

bb) Aus den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ergibt sich, dass der Beklagte über seinen anwaltlichen Vertreter im Ablehnungsschreiben vom 28. September 2015 Vergleichsbereitschaft „signalisierte“ und die Parteien daraufhin unstreitig vorgerichtliche Vergleichsverhandlungen führten. Diese begannen spätestens mit dem im Tatbestand des Berufungsurteils festgehaltenen Telefonat der von den Parteien beauftragten Rechtsanwälte am 28. Oktober 2015. Die Verhandlungen schwebten mindestens bis zum Telefonat der anwaltlichen Vertreter der Parteien am 25. November 2015, bei dem der Beklagte dem Kläger unstreitig ein neues (und letztes) Vergleichsangebot unterbreitete. Frühestens zu diesem Zeitpunkt hat der Beklagte die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert iSd. § 203 Satz 1 BGB, wobei dahingestellt bleiben kann, ob der Hinweis, das unterbreitete Angebot sei „nicht verhandelbar“, den Abbruch der Verhandlungen klar und deutlich zum Ausdruck brachte (*zu diesem Erfordernis vgl. BGH 17. Februar 2004 - VI ZR 429/02 - zu II 2 der Gründe mwN; MüKoBGB/Grothe 7. Aufl. § 203 Rn. 8; zum „Einschlafen“ der Verhandlungen BGH 5. Juni 2014 - VII ZR 285/12 - Rn. 16*). 33

cc) Davon ausgehend wird entsprechend § 209 BGB jedenfalls der Zeitraum vom 28. Oktober 2015 (spätester Tag des Beginns der Hemmung) bis zum 25. November 2015 (frühester Tag des Endes der Hemmung) - das sind 29 Tage (*zur Berechnung der Hemmungszeit sh. nur NK-GA/Boemke § 209 BGB Rn. 3; Palandt/Ellenberger 77. Aufl. § 209 BGB Rn. 1*) - in die Ausschlussfrist nicht eingerechnet. Die abgelehnten Ansprüche mussten deshalb nicht 34

- wie das Landesarbeitsgericht angenommen hat - bis zum 28. Dezember 2015, sondern konnten mindestens bis zum 26. Januar 2016 iSd. Verfallklausel „bei Gericht anhängig“ gemacht werden. Mit der am 21. Januar 2016 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger daher die zweite Stufe der arbeitsvertraglichen Verfallklausel gewahrt.

3. Mangels Entscheidungserheblichkeit braucht der Senat nicht darüber zu befinden, ob die streitgegenständliche Verfallklausel - was das Berufungsgericht verneint hat (*abweichend, ohne die Revision zuzulassen, LAG Hamburg 20. Februar 2018 - 4 Sa 69/17 -*) - insgesamt unwirksam ist, weil sie den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn nicht ausdrücklich ausnimmt (*zum Streitstand im Schrifttum vgl. - pars pro toto - Riechert/Nimmerjahn MiLoG 2. Aufl. § 3 Rn. 28; Sagan RdA 2017, 264, 266, die Teilunwirksamkeit annehmen; dagegen bejahen Gesamtnirksamkeit wegen Intransparenz etwa MüKoBGB/Müller-Glöge 7. Aufl. § 3 MiLoG Rn. 3; ErfK/Franzen 18. Aufl. § 3 MiLoG Rn. 3a; Schaub/Vogelsang ArbR-HdB 17. Aufl. § 66 Rn. 46 - alle mwN; zu einem entsenderechtlichen Mindestentgelt sh. BAG 24. August 2016 - 5 AZR 703/15 - Rn. 29 f., BAGE 156, 150*). 35

II. Ob und in welchem Umfang die Klage in ihren zwei Streitgegenständen begründet ist, kann der Senat auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht entscheiden. 36

1. Die Klage auf Vergütung von Überstunden ist - entgegen der im Tatbestand des Berufungsurteils wiedergegebenen Auffassung des Arbeitsgerichts - nicht schon deshalb abweisungsreif, weil der Kläger nicht vorgetragen hat, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet oder sich auf Weisung des Arbeitgebers zur Arbeit bereitgehalten hat (*vgl. BAG 21. Dezember 2016 - 5 AZR 362/16 - Rn. 23 mwN, BAGE 157, 347*). Vielmehr hat der Kläger die Klage schlüssig auf die arbeitsvertraglich vorgesehene Stundenerfassung und das Führen eines Arbeitszeitkontos gestützt. 37

a) Ob, in welcher Form und wie lange für den Kläger tatsächlich ein Arbeitszeitkonto geführt wurde und welchen Saldo ein solches bei seiner Schlie- 38

ßung aufwies, hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. Ist für den Kläger ein Arbeitszeitkonto geführt worden, würde dem Beklagten im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast die Pflicht obliegen, im Einzelnen vorzutragen, aufgrund welcher Umstände der ausgewiesene Saldo unzutreffend ist oder sich bis zur vereinbarten Schließung des Arbeitszeitkontos reduziert hat (*BAG 23. September 2015 - 5 AZR 767/13 - Rn. 23, BAGE 152, 315*).

b) Ist zugunsten des Klägers ein Saldo auf dem Arbeitszeitkonto vorbehaltlos ausgewiesen und bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch bezahlte Freizeit oder zusätzliches Entgelt abgebaut worden, sind die Guthabenstunden streitlos gestellt und mussten - unbeschadet der Frage, ob die Verfallklausel überhaupt wirksam ist - nicht innerhalb von Ausschlussfristen geltend gemacht werden (*vgl. BAG 23. September 2015 - 5 AZR 767/13 - Rn. 34, BAGE 152, 315*). 39

2. Zur Klage auf Urlaubsabgeltung hat das Landesarbeitsgericht keine Feststellungen zum Umfang des bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommenen und daher nach § 7 Abs. 4 BUrlG abzugeltenden Urlaubs getroffen. 40

a) Weil der Kläger in der zweiten Jahreshälfte ausgeschieden ist, steht ihm für das Jahr 2015 der gesamte arbeitsvertraglich vereinbarte Urlaub von 28 Arbeitstagen zu. Das vom Landesarbeitsgericht im Tatbestand des Berufungsurteils in Bezug genommene Ablehnungsschreiben des Beklagten deutet darauf hin, dass - wie der Kläger vorgebracht hat - bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch der gesamte Urlaub für das Jahr 2015 offen war. 41

Zur Abgeltung von Resturlaub aus dem Jahr 2014 ist das Landesarbeitsgericht dem unter Beweis gestellten Sachvortrag des Klägers, im Betrieb des Beklagten sei es aufgrund der Arbeitsüberlastung der Mitarbeiter möglich gewesen, Urlaub auch über den 31. März des Folgejahrs hinaus zu übertragen, nicht nachgegangen. Insoweit kommt (auch) ein bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach § 7 Abs. 4 BUrlG abzugeltender Ersatzurlaubsanspruch 42

in Betracht (vgl. BAG 16. Mai 2017 - 9 AZR 572/16 - Rn. 12 ff., BAGE 159, 106).

b) Der Anspruch auf Urlaub und Ersatzurlaub entsteht mit der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses (BAG 16. Mai 2017 - 9 AZR 572/16 - Rn. 15, BAGE 159, 106) und kann frühestens zu diesem Zeitpunkt fällig sein. Mit Schreiben vom 28. September 2015 hat ihn der Kläger - wovon auch das Landesarbeitsgericht ausgegangen ist - rechtzeitig im Sinne der ersten Stufe der arbeitsvertraglichen Verfallklausel geltend gemacht, so dass es auf die Frage von deren Wirksamkeit nicht ankommt. 43

3. Der möglichen Begründetheit der Klage steht die im Ablehnungsschreiben vom 28. September 2015 erklärte Aufrechnung nicht entgegen. Der Beklagte hat im Prozess nach Aktenlage den Bestand einer Gegenforderung nicht einmal im Ansatz substantiiert dargelegt. Zudem ist eine Aufrechnung mit Netozahlungsansprüchen gegen eine Bruttoentgeltforderung nicht statthaft (vgl. BAG 12. Dezember 2012 - 5 AZR 93/12 - Rn. 42; 22. März 2000 - 4 AZR 120/99 - zu II der Gründe). 44

Linck

Volk

Biebl

Zorn

Hepper