

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 25. Juni 2019
- 9 AZR 546/17 -
ECLI:DE:BAG:2019:250619.U.9AZR546.17.0

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 22. Dezember 2016
- 18 Ca 2166/16 und 18 Ca 4350/16 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 18. August 2017
- 3 Sa 228/17 -

Entscheidungsstichworte:

Urlaub - Vereinbarung von Verfallsfristen - Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 546/17
3 Sa 228/17
Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
25. Juni 2019

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Widerkläger, Berufungsbeklagter, Berufungskläger und
Revisionskläger,

pp.

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. Juni 2019 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber, den

Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Suckow sowie die ehrenamtlichen Richter Gell und Dr. Leitner für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 18. August 2017 - 3 Sa 228/17 - aufgehoben, soweit das Landesarbeitsgericht über die Abgeltung von Urlaubsansprüchen des Beklagten aus den Jahren 2012 bis 2015 iHv. 9.750,00 Euro brutto nebst Zinsen und über die Kosten entschieden hat.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Der Beklagte nimmt die Klägerin - soweit für die Revision von Bedeutung - widerklagend auf Abgeltung von 65 Arbeitstagen Urlaub aus den Jahren 2012 bis 2015 in Anspruch. 1

Die Klägerin beschäftigte den Beklagten, der seine Arbeitsleistung an fünf Tagen in der Woche erbrachte, vom 1. Juni 2012 bis zum 29. Februar 2016 als SPS/Roboter- Programmierer für Serviceeinsätze. Das Bruttomonatsentgelt des Beklagten betrug zuletzt 3.250,00 Euro. Der Arbeitsvertrag der Parteien vom 22. Mai 2012 enthält ua. folgende Bestimmungen: 2

„§ 10 - Urlaub

Der Arbeitnehmer erhält 30 Werktage Urlaub. Urlaubsjahr ist das Kalenderjahr. Der Zeitpunkt des jeweiligen Urlaubsantritts ist mit den betrieblichen Notwendigkeiten abzustimmen.

...

§ 14 - Ausschlussklausel

Die Vertragsschließenden müssen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb von drei Monaten nach ihrer Fälligkeit schriftlich geltend machen und im Falle der Ablehnung durch die Gegenseite innerhalb von drei Monaten einklagen. Andernfalls erlöschen sie. Für Ansprüche aus unerlaubter Handlung verbleibt es bei der gesetzlichen Regelung.“

Die auf dem Firmenserver der Klägerin einsehbare „Urlaub / Jahresübersicht 2014“ in der Fassung von Dezember 2014 (Urlaubsübersicht) weist unter der Rubrik „Gesamt-Urlaub“ die Zahl „77,5“ aus. 3

Nach dem 31. März 2015 gewährte die Klägerin dem Beklagten an mindestens 32 Arbeitstagen Urlaub. Der Geschäftsführer der Klägerin wies den Beklagten mit E-Mail vom 18. Dezember 2015 darauf hin, gegebenenfalls bestehender Resturlaub müsse „bis zum 31.03.2016 genommen werden“. 4

Der Beklagte erklärte mit Schreiben vom 31. Dezember 2015, das der Klägerin am 2. Januar 2016 zuging, die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Mit rechtskräftigem Urteil vom 22. Dezember 2016 stellte das Arbeitsgericht fest, das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis habe infolge der Kündigung des Beklagten nicht fristlos, sondern erst mit Ablauf des 29. Februar 2016 geendet. 5

Der Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Klägerin sei verpflichtet, Resturlaub im Umfang von 65 Arbeitstagen aus den Jahren 2012 bis 2015 abzugelten. Durch die Speicherung der Excel-Tabellen auf dem firmeneigenen Server habe die Klägerin die aus den Vorjahren stammenden Urlaubsansprüche anerkannt. Im Übrigen seien die Mitarbeiter der Klägerin aufgrund einer langjährigen Übung im Betrieb berechtigt, Urlaub über mehrere Jahre hinweg anzusammeln, ohne dass dieser verfalle. 6

Der Beklagte hat - soweit für die Revision von Bedeutung - widerklagend beantragt, 7

die Klägerin zu verurteilen, an ihn ab dem 1. März 2016 Urlaubsabgeltung iHv. 9.750,00 Euro brutto nebst Zinsen

in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. März 2016 zu zahlen.

Die Klägerin hat die Abweisung der Widerklage mit der Begründung beantragt, der Urlaub sei vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verfallen. Außerdem sei der Beklagte gemäß § 14 des Arbeitsvertrags mit sämtlichen Ansprüchen ausgeschlossen. 8

Das Arbeitsgericht hat der Widerklage - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - stattgegeben. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - abgeändert und die Widerklage abgewiesen. Hinsichtlich des Abgeltungsanspruchs begehrt der Beklagte mit der Revision die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. 9

Entscheidungsgründe

Die Revision des Beklagten hat Erfolg. 10

A. Die Revision ist zulässig. Entgegen der Ansicht der Klägerin setzt sich der Beklagte in der Revisionsbegründung mit dem angefochtenen Urteil des Landesarbeitsgerichts in hinreichender Weise auseinander (§ 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO). Er greift das tragende Argument des Landesarbeitsgerichts an, dem BUrIG sei eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Urlaubsgewährung ohne Rücksicht auf einen vorherigen Antrag des Arbeitnehmers fremd, und begründet seine entgegenstehende Auffassung ua. mit einer unionsrechtskonformen Auslegung des BUrIG unter Berücksichtigung des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG. 11

B. Die Revision ist begründet. Sie führt zur teilweisen Aufhebung des angefochtenen Urteils und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts durfte dem Be- 12

klagen ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung nicht versagt werden. Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen kann der Senat nicht entscheiden, ob dem Beklagten zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Anspruch auf Urlaub im Umfang von 65 Arbeitstagen aus den Jahren 2012 bis 2015 zustand, den die Klägerin mit einem Bruttobetrag iHv. 9.750,00 Euro abzugelten und zu verzinsen hat.

I. Das Landesarbeitsgericht hat - im Kern der früheren Rechtsprechung des Senats zum Verfall von Urlaubsansprüchen folgend (*vgl. BAG 23. Januar 2018 - 9 AZR 200/17 - Rn. 21, BAGE 161, 347; 13. Dezember 2016 - 9 AZR 541/15 (A) - Rn. 13*) - die Widerklage mit der Begründung abgewiesen, die Urlaubsansprüche des Beklagten aus den Jahren 2012 bis 2014 seien untergegangen, weil der Beklagte den Urlaub nicht innerhalb des jeweiligen Kalenderjahres (§ 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG) respektive innerhalb des ihm folgenden Übertragungszeitraums (§ 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG) genommen habe. Ein Anspruch des Beklagten auf Ersatzurlaub nach § 275 Abs. 1 und Abs. 4, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 283 Satz 1, § 286 Abs. 1 Satz 1, § 287 Satz 2 und § 249 Abs. 1 BGB sei nicht entstanden, weil sich die Klägerin mit der Urlaubsgewährung nicht im Verzug befunden habe. 13

II. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Urlaubsansprüche des Beklagten aus den Kalenderjahren 2012 bis 2014 seien gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG verfallen, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Dies folgt nach der mit Urteilen vom 19. Februar 2019 (- 9 AZR 278/16 -; - 9 AZR 321/16 -; - 9 AZR 423/16 -; - 9 AZR 541/15 -) weiterentwickelten Rechtsprechung des Senats für den gesetzlichen und vertraglichen Urlaubsanspruch des Beklagten aus einer richtlinienkonformen Auslegung von § 7 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BUrlG. 14

1. Der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub (§§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG) erlischt bei einer mit Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG konformen Auslegung von § 7 BUrlG nur dann am Ende des Kalenderjahres (§ 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG) oder eines zulässigen Übertragungszeitraums (§ 7 Abs. 3 Satz 2 und 15

Satz 4 BUrlG), wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor in die Lage versetzt hat, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen, und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat. Bei einem richtlinienkonformen Verständnis von § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG trifft den Arbeitgeber die Initiativlast bei der Verwirklichung des Urlaubsanspruchs. Die Erfüllung der hieraus in richtlinienkonformer Auslegung abgeleiteten Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers ist grundsätzlich Voraussetzung für das Eingreifen des urlaubsrechtlichen Fristenregimes des § 7 Abs. 3 BUrlG (*grundlegend BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 21 ff.*).

a) Die Befristung des Urlaubsanspruchs nach § 7 Abs. 3 BUrlG setzt 16
grundsätzlich voraus, dass der Arbeitgeber konkret und in völliger Transparenz dafür Sorge trägt, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage ist, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen. Er muss den Arbeitnehmer - erforderlichenfalls förmlich - auffordern, seinen Urlaub zu nehmen, und ihm klar und rechtzeitig mitteilen, dass der Urlaub mit Ablauf des Kalenderjahres oder Übertragungszeitraums verfällt, wenn er ihn nicht beantragt (*BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 39 ff.*).

b) Infolge des Fehlens konkreter gesetzlicher Vorgaben ist der Arbeitgeber 17
grundsätzlich in der Auswahl der Mittel frei, deren er sich zur Erfüllung seiner Mitwirkungsobliegenheiten bedient. Die Mittel müssen jedoch zweckentsprechend sein. Sie müssen geeignet sein, den Arbeitnehmer in die Lage zu versetzen, in Kenntnis aller relevanten Umstände frei darüber zu entscheiden, ob er seinen Urlaub in Anspruch nimmt. Es ist der Eintritt einer Situation zu vermeiden, in der ein Arbeitnehmer auf Veranlassung des Arbeitgebers davon abgehalten werden kann, seine Rechte gegenüber seinem Arbeitgeber geltend zu machen. Ob der Arbeitgeber das Erforderliche getan hat, um seinen Mitwirkungsobliegenheiten zu genügen, ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls festzustellen. Die Erfüllung seiner Mitwirkungsobliegenheiten hat der Arbeitgeber darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, weil er hieraus

eine für sich günstige Rechtsfolge ableitet (vgl. BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 40).

c) Hat der Arbeitgeber durch Erfüllung seiner Mitwirkungsobliegenheiten den Urlaubsanspruch an das Urlaubsjahr gebunden und verlangt der Arbeitnehmer dennoch nicht, ihm Urlaub zu gewähren, verfällt sein Anspruch nach Maßgabe von § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG mit Ablauf des Urlaubsjahres. Liegen die Voraussetzungen einer Übertragung des Urlaubs nach § 7 Abs. 3 Satz 2 oder Satz 4 BUrlG vor, wird der Urlaub „von selbst“ auf die ersten drei Monate des Folgejahres übertragen (vgl. BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 52, BAGE 130, 119). Der Urlaubsanspruch kann in diesem Fall grundsätzlich nur dann mit Ablauf des Übertragungszeitraums untergehen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auffordert, seinen Urlaub noch innerhalb des Übertragungszeitraums zu nehmen, und ihn darauf hinweist, dass der Urlaubsanspruch anderenfalls erlischt (BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 43). 18

d) Hat der Arbeitgeber seinen Mitwirkungsobliegenheiten nicht entsprochen, tritt der am 31. Dezember des Urlaubsjahres nicht verfallene Urlaub zu dem Urlaubsanspruch hinzu, der am 1. Januar des Folgejahres entsteht. Für ihn gelten, wie für den neu entstandenen Urlaubsanspruch, die Regelungen des § 7 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BUrlG. Der Arbeitgeber kann deshalb das uneingeschränkte Kumulieren von Urlaubsansprüchen aus mehreren Jahren dadurch vermeiden, dass er seine Mitwirkungsobliegenheiten für den Urlaub aus zurückliegenden Urlaubsjahren im aktuellen Urlaubsjahr nachholt. Nimmt der Arbeitnehmer in einem solchen Fall den kumulierten Urlaubsanspruch im laufenden Urlaubsjahr nicht wahr, obwohl es ihm möglich gewesen wäre, verfällt der Urlaub am Ende des Kalenderjahres bzw. eines (zulässigen) Übertragungszeitraums (BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 44). 19

2. Diese Grundsätze gelten im Streitfall sowohl für den gesetzlichen Mindesturlaub als auch für den arbeitsvertraglichen Mehrurlaub des Beklagten. Im Hinblick auf die Mitwirkungsobliegenheiten haben die Parteien den arbeitsvertraglichen Mehrurlaub nicht von den gesetzlichen Vorgaben abweichend gere- 20

gelt. Das ergibt die Auslegung des Formulararbeitsvertrags der Parteien, die dem Revisionsgericht uneingeschränkt obliegt (*vgl. BAG 4. Mai 2010 - 9 AZR 183/09 - Rn. 26, BAGE 134, 196*).

a) Während der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub arbeitsvertraglichen Dispositionen entzogen ist, die sich zuungunsten des Arbeitnehmers auswirken (§ 13 Abs. 1 Satz 3 BUrlG), können die Arbeitsvertragsparteien Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüche, die den von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG gewährleisteten und von §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG begründeten Anspruch auf Mindestjahresurlaub von vier Wochen übersteigen, frei regeln. Ihre Regelungsmacht ist nicht durch die für gesetzliche Urlaubsansprüche erforderliche unionsrechtskonforme Auslegung des Gesetzesrechts beschränkt (*vgl. BAG 16. Dezember 2014 - 9 AZR 295/13 - Rn. 15, BAGE 150, 207; 4. Mai 2010 - 9 AZR 183/09 - Rn. 26, BAGE 134, 196*). Für einen Regelungswillen der Arbeitsvertragsparteien, dass der vertragliche Mehrurlaub mit Ablauf des Kalenderjahres oder am Ende des Übertragungszeitraums unabhängig davon verfallen soll, ob der Arbeitgeber seinen Mitwirkungsobliegenheiten entsprochen hat, müssen deutliche Anhaltspunkte vorliegen. Fehlen solche, ist von einem diesbezüglichen Gleichlauf des gesetzlichen Urlaubsanspruchs und des Anspruchs auf vertraglichen Mehrurlaub auszugehen (*vgl. BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 321/16 - Rn. 52; 22. Januar 2019 - 9 AZR 328/16 - Rn. 33*).

21

b) In § 10 des Arbeitsvertrags hat ein solcher vom Gesetzesrecht abweichender Regelungswille der Parteien keinen Niederschlag gefunden. Die Bestimmung enthält Regelungen zur Urlaubsdauer und zum Zeitpunkt des Urlaubsantritts, nicht jedoch hinsichtlich der Obliegenheit der Klägerin, dafür Sorge zu tragen, dass der Beklagte tatsächlich in der Lage ist, den arbeitsvertraglichen Mehrurlaub zu nehmen.

22

III. Das Landesarbeitsgericht hat - unter Zugrundelegung seiner Rechtsauffassung konsequent - nicht geprüft, ob die Klägerin den Beklagten durch Erfüllung ihrer Mitwirkungsobliegenheit in die Lage versetzt hat, seinen Urlaubsanspruch aus den Jahren 2012 bis 2015 tatsächlich wahrzunehmen und hierzu

23

keine Tatsachenfeststellungen getroffen. Der Senat kann deshalb nicht entscheiden, ob die Widerklage - soweit sie den Gegenstand des hiesigen Revisionsverfahrens bildet - begründet ist. Die angefochtene Entscheidung erweist sich weder aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO) noch kann über den Antrag auf Grundlage der vom Landesarbeitsgericht festgestellten Tatsachen entschieden werden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Dies führt zur teilweisen Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und im Umfang der Aufhebung zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht (§ 563 Abs. 1 ZPO).

1. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Die Widerklage ist nicht bereits deshalb abzuweisen, weil der Beklagte den Anspruch auf Urlaubsabgeltung außerhalb der in § 14 Satz 1 des Arbeitsvertrags bestimmten Ausschlussfrist geltend gemacht hätte. Selbst wenn der Senat zugunsten der Klägerin die Wirksamkeit der Ausschlussklausel unterstellt, sind die Voraussetzungen, an die § 14 Satz 1 des Arbeitsvertrags den Verfall der Ansprüche knüpft, im Streitfall nicht erfüllt. Der Beklagte hat den Anspruch auf Abgeltung im Wege der Widerklage geltend gemacht. Sein diesbezüglicher Schriftsatz vom 24. März 2016 ist der Klägerin am 8. April 2016 zugestellt worden. Zu diesem Zeitpunkt war die in § 14 Satz 1 des Arbeitsvertrags bezeichnete Ausschlussfrist noch nicht abgelaufen. Der Anspruch auf die Abgeltung nicht genommenen Urlaubs wird mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig (vgl. BAG 20. Januar 2015 - 9 AZR 585/13 - Rn. 39). Die Ausschlussfrist begann am Tag nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, dh. am 1. März 2016, zu laufen (§ 187 Abs. 1 BGB) und lief erst drei Monate später, dh. am 31. Mai 2016, ab (§ 188 Abs. 2 BGB). 24

2. Der Senat kann der Widerklage auf Grundlage der getroffenen Feststellungen auch nicht ganz oder teilweise stattgeben (§ 563 Abs. 3 ZPO). 25

- a) Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, der Vortrag des Beklagten lasse nicht den Schluss zu, die Parteien hätten eine Vereinbarung iSd. § 13 Abs. 1 Satz 2 BUrlG getroffen, der zufolge der Beklagte be- 26

rechtigt gewesen sei, den ihm zustehenden Urlaub außerhalb der in § 7 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 BUrlG bezeichneten Fristen zu nehmen.

aa) Dem Arbeitgeber steht es frei, mit dem Arbeitnehmer eine Vereinbarung zu treffen, die ihn verpflichtet, Urlaub zu gewähren, obwohl dieser bereits verfallen ist. Gleiches gilt für eine Vereinbarung, die die Abgeltung verfallenen Urlaubs vorsieht (*BAG 18. Oktober 2011 - 9 AZR 303/10 - Rn. 21*). Eine Vereinbarung in diesem Sinne kommt durch auf den Vertragsschluss gerichtete, einander entsprechende Erklärungen zustande, die auf die Herbeiführung eines rechtsgeschäftlichen Erfolgs gerichtet sind. Ob ein bestimmtes willentliches Verhalten eine Willens- oder eine bloße Wissenserklärung darstellt, ist durch Auslegung, nach den allgemeinen Regeln der §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Dabei sind insbesondere die bestehende Interessenlage und der mit der Erklärung verfolgte Zweck zu berücksichtigen (*vgl. BAG 19. März 2019 - 9 AZR 881/16 - Rn. 16; 14. Dezember 2016 - 7 AZR 717/14 - Rn. 17*). 27

bb) Eintragungen auf Urlaubslisten, anhand deren der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über die Anzahl nicht genommener Urlaubstage informiert, kommt ohne das Hinzutreten besonderer Umstände nicht der Bedeutungsgehalt zu, der Arbeitgeber wolle den ausgewiesenen Urlaub auch dann gewähren, wenn er diesen nicht schuldet (*vgl. für den Fall der Entgeltabrechnung BAG 19. März 2019 - 9 AZR 881/16 - Rn. 16*). Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zB zu Buchungen auf einem Arbeitszeitkonto, die ebenfalls grundsätzlich als tatsächliche Handlungen im Sinne sogenannter Wissenserklärungen zu verstehen sind. Ein Arbeitnehmer, der Kenntnis von einer Buchung erhält, kann regelmäßig nicht annehmen, es handele sich dabei um eine auf Bestätigung oder gar Veränderung der Rechtslage gerichtete rechtsgeschäftliche Erklärung des Arbeitgebers (*vgl. BAG 23. September 2015 - 5 AZR 767/13 - Rn. 23, BAGE 152, 315; 19. März 2008 - 5 AZR 328/07 - Rn. 26*). 28

cc) Das Landesarbeitsgericht hat die Urlaubsübersicht, die zugunsten des Beklagten einen aus den Jahren 2012 bis 2014 stammenden Urlaubsanspruch im Umfang von 77,5 Arbeitstagen auswies, danach zutreffend nicht als Willens- 29

erklärung ausgelegt, die auf die Abänderung des Fristenregimes des § 7 Abs. 3 BUrlG zugunsten der Klägerin oder die Begründung oder Anerkennung von Urlaubsansprüchen gerichtet war. Der Senat kann dabei zugunsten des Beklagten unterstellen, dass ihr die Eintragungen auf der Urlaubsübersicht 2014 zuzurechnen waren. Besondere Umstände, die ausnahmsweise auf einen Geschäftswillen der Klägerin schließen ließen, hat das Landesarbeitsgericht weder festgestellt noch haben die Parteien solche vorgetragen. Der Umstand, dass die Klägerin dem Beklagten im Jahr 2015 an mindestens 32 Arbeitstagen Urlaub gewährte, lässt - wovon das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgegangen ist - für sich genommen nicht den Schluss zu, der Urlaubsplan habe den Arbeitsvertrag der Parteien abgeändert. Der Arbeitgeber bringt mit der einmaligen Gewährung von Urlaub, der von ihm nicht geschuldet wird, in der Regel weder zum Ausdruck, er wolle dem Arbeitnehmer auch zukünftig mehr Urlaub gewähren, als ihm nach den maßgebenden Regelungen zusteht, noch, dem Arbeitnehmer solle es in Zukunft freistehen, Urlaub ohne Rücksicht auf die in § 7 Abs. 3 BUrlG genannten Fristen zu nehmen.

b) Das Landesarbeitsgericht hat ferner zutreffend entschieden, der Vortrag des Beklagten lasse nicht den Schluss zu, es habe im Betrieb der Klägerin eine Übung bestanden, dass Urlaub über die in § 7 Abs. 3 BUrlG genannten Fristen hinaus habe übertragen werden können. Die Annahme, es fehle an einer konkreten Darlegung, wann in der Vergangenheit die Klägerin welchen Arbeitnehmern Urlaub zu einem Zeitpunkt nach Ablauf des Urlaubsjahres respektive des Übertragungszeitraums gewährt habe, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 30

aa) Unter einer betrieblichen Übung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Aus einem als Vertragsangebot zu wertenden Verhalten des Arbeitgebers, das von den Arbeitnehmern in der Regel stillschweigend angenommen wird (§ 151 BGB), erwachsen vertragliche Ansprüche. 31

che auf die üblich gewordenen Leistungen. Entscheidend für das Entstehen eines Anspruchs ist, wie die Erklärungsempfänger die Erklärung oder das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände (§§ 133, 157 BGB) verstehen mussten und ob sie auf einen Bindungswillen des Arbeitgebers schließen durften. Ob dieser tatsächlich mit einem entsprechenden Verpflichtungswillen gehandelt hat, ist unerheblich. Die Beurteilung, ob eine betriebliche Übung entstanden ist und welchen Inhalt sie hat, unterliegt der vollen revisionsrechtlichen Überprüfung (vgl. BAG 19. September 2018 - 5 AZR 439/17 - Rn. 15 f., BAGE 163, 301).

bb) Soweit der Beklagte in den Tatsacheninstanzen die Ansicht vertreten hat, die Mitarbeiter seien infolge einer langjährigen Übung berechtigt gewesen, den Urlaub zu einem späteren als dem in § 7 Abs. 3 BUrlG genannten Zeitpunkt zu nehmen, hat er die Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen der Klägerin, die eine solche betriebliche Übung begründen sollen, nicht konkretisiert. Er hat nicht vorgetragen, in welchem Zeitraum die Klägerin welchen Arbeitnehmern Urlaub in welchem Umfang aus welchem Zeitraum außerhalb des gesetzlichen Fristenregimes gewährt hat. 32

(1) Soweit er in diesem Zusammenhang Urlaubslisten als Anlagen zur Gerichtsakte gereicht hat, können diese den notwendigen Sachvortrag nicht ersetzen. Die Parteien eines Rechtsstreits genügen ihrer Darlegungslast nicht schon dadurch, dass sie auf Aufstellungen oder sonstige Aufzeichnungen, die den Schriftsätzen als Anlagen beigefügt sind, Bezug nehmen. Anlagen können lediglich der Erläuterung des schriftsätzlichen Vortrags dienen, diesen aber nicht ersetzen (vgl. BAG 20. September 2016 - 9 AZR 525/15 - Rn. 31 mwN). 33

(2) Soweit der Beklagte erstmals in der Revisionsbegründung Arbeitnehmer benennt, deren aus mehreren Jahren stammenden Urlaub die Klägerin abgegolten habe, ist dieser Vortrag vom Senat nicht zu berücksichtigen. Das Revisionsgericht prüft, ob die Vorinstanz über die Klage rechtsfehlerfrei entschieden hat. Der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegt dabei nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Berufungsur- 34

teil oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Es gilt der Grundsatz, dass die Urteilsgrundlage mit dem Ende der Berufungsverhandlung abgeschlossen wird (*BAG 23. September 2014 - 9 AZR 1025/12 - Rn. 34*).

(3) Die von dem Beklagten erhobene Rüge, das Landesarbeitsgericht habe die ihm gemäß § 139 Abs. 3 ZPO obliegende richterliche Hinweispflicht verletzt, als es die Klage abgewiesen habe, ohne ihn zuvor darauf hinzuweisen, dass es seinen Vortrag zu den Voraussetzungen einer betrieblichen Übung nicht für ausreichend erachte, ist nicht begründet. 35

(a) Nach § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO müssen Verfahrensrügen 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. Wird eine Verletzung der dem Landesarbeitsgericht obliegenden Hinweispflicht nach § 139 Abs. 3 ZPO gerügt, muss im Einzelnen vorgetragen werden, welchen konkreten Hinweis das Landesarbeitsgericht dem Revisionskläger aufgrund welcher Tatsachen hätte erteilen müssen (*BAG 29. August 2018 - 7 AZR 206/17 - Rn. 45*). 36

(b) Diesen Anforderungen wird die von dem Beklagten erhobene Verfahrensrüge nicht gerecht. Der in dem Verfahren vor dem Landesarbeitsgericht anwaltlich vertretene Beklagte trägt lediglich vor, das Landesarbeitsgericht habe ihn darauf hinweisen müssen, dass es seinen Vortrag zur Betriebsüblichkeit als nicht ausreichend erachte. Aus welchen Gründen ein solcher Hinweis angezeigt gewesen wäre, führt der Beklagte nicht aus. 37

3. Das Landesarbeitsgericht wird nach der Zurückverweisung der Sache die für die Entscheidung des Streitfalls erheblichen Tatsachen festzustellen haben. Es ist aufzuklären, ob die Klägerin ihren Obliegenheiten, an die der Verfall von Urlaubsansprüchen nach der neueren Rechtsprechung des Senats geknüpft ist, im Streitfall nachgekommen ist. Insoweit ist zu beachten, dass die E-Mail des Geschäftsführers der Klägerin vom 18. Dezember 2015 für sich ge- 38

nommen die Anforderungen an einen Hinweis im Sinne der obigen Rechtsprechung nicht erfüllt. Die Nachricht enthält zwar einen Hinweis auf den Zeitpunkt, zu dem ein Verfall von Urlaubsansprüchen in Betracht kommt. Es fehlt aber die Angabe, wie viele Urlaubstage dem Beklagten zu diesem Zeitpunkt noch zustanden, ebenso wie der Hinweis, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn der Beklagte seinen Urlaub nicht binnen der bezeichneten Frist tatsächlich nimmt.

Kiel

Weber

Suckow

Gell

Leitner