

Bundesarbeitsgericht  
Neunter Senat

Urteil vom 21. Mai 2019  
- 9 AZR 579/16 -  
ECLI:DE:BAG:2019:210519.U.9AZR579.16.0

I. Arbeitsgericht Minden

Urteil vom 24. April 2015  
- 2 Ca 1507/14 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 2. März 2016  
- 6 Sa 787/15 -

---

Entscheidungsstichworte:

Urlaub - Mitwirkungsobliegenheiten - Kürzung des Urlaubsanspruchs

# BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 579/16

6 Sa 787/15

Landesarbeitsgericht  
Hamm

Vermerk:

Randnummer 20 der Entscheidungsgründe wurde durch Beschluss vom 18. November 2019 berichtigt.

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
21. Mai 2019

Erfurt, 19. November 2019

**URTEIL**

Wagner,  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Brüne, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. Mai 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 Faltyn und Kranzusch für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird - unter Zurückweisung der Revision im Übrigen - das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 2. März 2016 - 6 Sa 787/15 - aufgehoben, soweit es über die Abgeltung von Urlaubsansprüchen der Klägerin aus dem Jahr 2011 iHv. 2.746,18 Euro brutto nebst Zinsen 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**

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Abgeltung von Urlaub aus den Jahren 2011 und 2012. 1

Die Klägerin war bei der Beklagten vom 20. September 2010 bis zum 15. August 2012 auf der Grundlage des Arbeitsvertrags vom 20. September 2010 beschäftigt. Sie hatte die Arbeitsleistung an fünf Tagen in der Woche zu erbringen. Ihr Monatsverdienst betrug 3.500,00 Euro brutto. Im Arbeitsvertrag heißt es ua.: 2

#### **„§ 11**

#### **Urlaub**

- (1) Der Urlaubsanspruch der Mitarbeiterin beträgt 30 Werktage.
- (2) Der Urlaub wird im Einvernehmen zwischen der Geschäftsleitung und der Mitarbeiterin festgelegt.
- (3) Die Mitarbeiterin ist nur dann berechtigt, Urlaub anzutreten, wenn er zuvor einen schriftlichen Urlaubsantrag eingereicht hat, der von der Geschäftsleitung schriftlich genehmigt worden ist.
- (4) Der Urlaub ist in jedem Fall während der Betriebsferien über Weihnachten und Neujahr zu nehmen.



Mit Schreiben vom 27. September 2011 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31. Oktober 2011 und bat die Klägerin, ihren Resturlaub während der Kündigungsfrist zu nehmen. Vom 27. September 2011 bis zum 27. Januar 2012 war die Klägerin wegen Krankheit arbeitsunfähig. Das Arbeitsgericht gab ihrer Kündigungsschutzklage mit Urteil vom 17. April 2012 statt und verurteilte die Beklagte, die Klägerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens weiter zu beschäftigen. Die Berufung der Beklagten hatte beim Landesarbeitsgericht keinen Erfolg (*LAG Hamm 28. November 2012 - 2 Sa 920/12 -*). Während des Berufungsverfahrens hatte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 10. Juli zum 31. Juli 2012 erneut gekündigt. Das Arbeitsgericht Minden wies mit Urteil vom 30. Januar 2013 (*- 3 Ca 960/12 -*) die Kündigungsschutzklage der Klägerin mit der Maßgabe ab, dass das Arbeitsverhältnis erst am 8. August 2012 geendet habe. Gleichzeitig verurteilte es die Beklagte wegen Annahmeverzugs zur Zahlung von Vergütung für die Zeit vom 17. April bis zum 8. August 2012. Die Berufung der Klägerin blieb überwiegend erfolglos. Das Landesarbeitsgericht stellte durch Urteil vom 4. Dezember 2013 (*- 4 Sa 474/13 -*) fest, dass das Arbeitsverhältnis erst am 15. August 2012 geendet habe und verurteilte die Beklagte zur Zahlung von Vergütung wegen Annahmeverzugs für die Zeit vom 9. August 2012 bis zur Vertragsbeendigung. Die Nichtzulassungsbeschwerde wurde vom Bundesarbeitsgericht mit Beschluss vom 5. Juni 2014 (*- 2 AZN 37/14 -*) zurückgewiesen.

5

Vor rechtskräftigem Abschluss des ersten Kündigungsschutzverfahrens teilte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 3., 16. und 22. Mai 2012 mit, sie gewähre ihr Resturlaub aus dem Jahr 2011 sowie Urlaub aus dem laufenden Kalenderjahr. Die Klägerin trat dem mit Schreiben vom 8., 18. und 24. Mai 2012 entgegen. Nach Ausspruch der weiteren Kündigung vom 10. Juli 2012 teilte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 13. Juli 2012 mit, sie gewähre ihr den noch offenen Urlaub in der Kündigungsfrist.

6

Nach erfolgloser außergerichtlicher Geltendmachung mit Schreiben vom 7. Februar 2013 verlangt die Klägerin, soweit für die Revision noch von Bedeutung, restliche 17 Urlaubstage aus dem Jahr 2011 mit 2.746,15 Euro brutto und weitere 10 Urlaubstage aus dem Jahr 2012 mit 1.615,43 Euro brutto

7

abzugelten. Sie hat die Ansicht vertreten, ihr hätten im Kalenderjahr 30 Arbeitstage Urlaub zugestanden. Dies habe die Beklagte mit dem vom Geschäftsführer unterzeichneten Urlaubsantrag vom 12. August 2011 bestätigt. Auch für das Kalenderjahr 2012 habe sie den ungekürzten Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen verlangen können. § 11 (5) Arbeitsvertrag sei wegen Intransparenz unwirksam, weil Satz 3 der Klausel gegen das Rückforderungsverbot des § 5 Abs. 3 BUrlG verstoße. Bei Wirksamkeit der Bestimmung hätten ihr der volle gesetzliche Urlaubsanspruch und 7/12 des vertraglichen Mehrurlaubs, dh. insgesamt 26 Arbeitstage Urlaub zugestanden. Die Beklagte habe den Resturlaub durch die Mitteilungen vom 3., 16. und 22. Mai 2012 anerkannt. Der Urlaubsanspruch sei nicht erfüllt. Ohne eine vorbehaltlose Vergütungszusage habe ihr die Beklagte keinen Urlaub gewähren können. Der Urlaub sei auch nicht verfallen. Jedenfalls könne sie im geltend gemachten Umfang Ersatzurlaub verlangen. Die Beklagte sei verpflichtet gewesen, ihr von sich aus bezahlten Urlaub zu gewähren.

Die Klägerin hat - soweit für die Revision noch von Bedeutung - zuletzt beantragt,

8

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 2.746,15 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16. August 2012 zu zahlen;
2. die Beklagte zu verurteilen, an sie 1.615,43 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16. August 2012 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Ansicht vertreten, die Klägerin habe nach § 11 (1) Arbeitsvertrag im Kalenderjahr nur 30 Werkstage und im Jahr 2012 nach § 11 (5) Arbeitsvertrag nur 20 Arbeitstage Urlaub verlangen können. Der Urlaub der Klägerin für das Jahr 2011 sei am 31. März 2012 verfallen. Jedenfalls habe sie die Urlaubsansprüche der Klägerin im Frühjahr und Sommer 2012 erfüllt, indem sie der Klägerin wirksam Urlaub gewährt habe. Aufgrund der Verurteilung zur Weiterbeschäftigung der Klägerin sei das Arbeitsverhältnis im Zeitraum vom 17. April bis zum 31. Juli 2012 als

9

„ungekündigt“ anzusehen gewesen. Die Klägerin habe deshalb davon ausgehen können, ihr werde für die Zeit des Urlaubs das Urlaubsentgelt gezahlt.

Das Arbeitsgericht hat der Klage, soweit die Klägerin ursprünglich die Abgeltung von 30 Urlaubstagen aus dem Jahr 2012 begehrte, teilweise stattgegeben und die Beklagte verurteilt, 20 Urlaubstage aus dem Jahr 2012 abzugelten. In dem für die Revision noch erheblichen Umfang hat es die Klage abgewiesen. Zudem hat das Arbeitsgericht die Beklagte zur Zahlung von Vergütung wegen Annahmeverzugs für die Zeit vom 28. Januar bis zum 16. April 2012 verurteilt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Das Urteil des Arbeitsgerichts ist rechtskräftig, soweit die Beklagte zu Zahlungen aus Annahmeverzug verurteilt wurde. Mit der Revision verlangt die Klägerin weitere Urlaubsabgeltung, soweit das Arbeitsgericht ihrem Begehren nicht entsprochen hat.

10

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Klägerin hat teilweise Erfolg. Die Revision ist begründet und führt zur Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht, soweit der Antrag auf Abgeltung des Urlaubs für das Jahr 2011 abgewiesen wurde. Die Revision ist unbegründet, soweit die Klägerin weitere Urlaubsabgeltung für das Jahr 2012 begehrt.

11

A. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung durfte die Klage, soweit die Klägerin mit Klageantrag zu 1. die Abgeltung von Urlaub aus dem Jahr 2011 begehrt, nicht abgewiesen werden.

12

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*)- angenommen, der Klageantrag zu 1. sei unbegründet, weil der Urlaub der Klägerin aus dem Jahr 2011 nach § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG

13

am 31. März 2012 verfallen sei. Er sei weder einvernehmlich über diesen Zeitpunkt hinaus übertragen worden noch habe die Beklagte sein Fortbestehen anerkannt. Ein Anspruch der Klägerin 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 Beklagte mit der Urlaubsgewährung nicht im Verzug befunden habe.

II. Die Begründung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Urlaubsanspruch der Klägerin aus dem Jahr 2011 sei nach § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG am 31. März 2012 verfallen, wird von den getroffenen Feststellungen nicht getragen. Dies folgt für den gesetzlichen und vertraglichen Urlaubsanspruch der Klägerin 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 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. Der Senat hat seine bisherige Rechtsprechung dementsprechend weiterentwickelt (vgl. im Einzelnen BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 21 ff.). 15

a) Die Befristung des Urlaubsanspruchs nach § 7 Abs. 3 BUrlG setzt grundsätzlich voraus, dass der Arbeitgeber konkret und in völliger Transparenz dafür Sorge trägt, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage ist, seinen be- 16



zahlten 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 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*).

17

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 auch für den vertraglichen Mehrurlaub der Klägerin. Es ist insoweit von einem Gleichlauf des gesetzlichen Urlaubsanspruchs und des Anspruchs auf vertraglichen Mehrurlaub auszugehen, weil es an deutlichen Anhaltspunkten für einen Regelungswillen der Parteien fehlt, dass der vertragliche Mehrurlaub abweichend von § 7 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BUrlG auch dann mit Ablauf des Kalenderjahres oder am Ende des jeweiligen Übertragungszeitraums verfallen soll, wenn die Beklagte ihren Mitwirkungsobliegenheiten entsprochen hat (*vgl. BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 321/16 - Rn. 51 f. mwN*). 20

a) § 11 (2) Arbeitsvertrag, wonach der Urlaub im Einvernehmen zwischen der Geschäftsleitung und der Mitarbeiterin festgelegt wird, besagt nichts darüber, wer die Initiativlast für die einvernehmliche zeitliche Festlegung des Urlaubs trägt. 21

b) Soweit die Mitarbeiterin nach § 11 (3) Arbeitsvertrag nur dann berechtigt ist, den Urlaub anzutreten, wenn sie zuvor einen schriftlichen Urlaubsantrag eingereicht hat, der von der Geschäftsleitung schriftlich genehmigt worden ist, betrifft dies zwar das Verfahren der Urlaubsgewährung. Die Regelung bestimmt aber die Mitwirkungsobliegenheiten bei der Verwirklichung des Urlaubsan- 22

spruchs nicht abweichend von den Vorgaben, die nach dem Bundesurlaubsgesetz für den gesetzlichen Mindesturlaub gelten. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts handelt es sich bei der Klausel, wie bei den Bestimmungen des Arbeitsvertrags im Übrigen, um eine Allgemeine Geschäftsbedingung iSv. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Ein durchschnittlicher nicht rechtskundiger Arbeitnehmer, auf dessen Verständnismöglichkeiten bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen abzustellen ist (vgl. BAG 24. Mai 2018 - 6 AZR 116/17 - Rn. 15; 28. September 2017 - 8 AZR 67/15 - Rn. 58), musste § 11 (3) Arbeitsvertrag allein als Hinweis darauf verstehen, dass er nicht berechtigt ist, sich selbst zu beurlauben, und der Urlaub nur als genehmigt gelten soll, wenn die Antragstellung und Genehmigung schriftlich erfolgten.

- III. Das Landesarbeitsgericht hat - unter Zugrundelegung seiner Rechtsauffassung konsequent - nicht geprüft, ob die Beklagte die Klägerin durch Erfüllung ihrer Mitwirkungsobliegenheit in die Lage versetzt hat, ihren Urlaubsanspruch aus dem Jahr 2011 tatsächlich wahrzunehmen und hierzu - wie zum Umfang des Urlaubsanspruchs der Klägerin für das Jahr 2011 - keine Tatsachenfeststellungen getroffen. Der Senat kann deshalb nicht entscheiden, ob der Klageantrag zu 1. begründet ist. Die angefochtene Entscheidung erweist sich hinsichtlich des Klageantrags zu 1. 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. Der Klageantrag zu 1. ist nicht - auch nicht teilweise - abweisungsreif. 24
- a) Der Urlaubsanspruch der Klägerin aus dem Jahr 2011 ist nicht vollständig durch Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB erloschen. 25
- aa) Im Jahr 2011 gewährte die Beklagte der Klägerin vom 30. August bis zum 19. September 2011 an insgesamt 15 Arbeitstagen Urlaub. Die Klägerin war wegen Krankheit vom 27. September 2011 bis zum 27. Januar 2012 ar- 26

beitsunfähig. Der Erfüllung ihres gesetzlichen und - mangels abweichender Abreden - vertraglichen Urlaubsanspruchs stand damit § 9 BUrlG entgegen (vgl. BAG 18. März 2014 - 9 AZR 669/12 - Rn. 23).

bb) Die Beklagte ist aufgrund der präjudiziellen Wirkung der Entscheidungen des Arbeitsgerichts Minden vom 30. Januar 2013 (- 3 Ca 960/12 -) und vom 24. April 2015 (- 2 Ca 1507/14 -) sowie des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 4. Dezember 2013 (- 4 Sa 474/13 -), mit denen sie rechtskräftig verurteilt wurde, an die Klägerin für den Zeitraum vom 28. Januar bis zum 15. August 2012 Vergütung wegen Annahmeverzugs zu zahlen, mit dem Einwand ausgeschlossen, sie habe der Klägerin im selben Zeitraum Urlaub gewährt. 27

(1) Die Rechtskraft bewirkt, dass (unter den Parteien) über das Bestehen oder Nichtbestehen der aus dem vorgetragenen Sachverhalt im Urteil hergeleiteten Rechtsfolge eine nochmalige Verhandlung und Entscheidung unzulässig, die erkannte Rechtsfolge also unangreifbar ist. Wird in einem nachfolgenden Prozess über den identischen prozessualen Anspruch oder dessen kontradiktorisches Gegenteil gestritten, ist diese Klage unzulässig. Aber auch dann, wenn es sich wie vorliegend um einen anderen Anspruch handelt, bleibt für diesen eine bereits rechtskräftig festgestellte, vorgreifliche Rechtsfolge unangreifbar. Hat das Gericht im Zweitprozess den Streitgegenstand des rechtskräftig entschiedenen Vorprozesses als Vorfrage erneut zu prüfen, hat es den Inhalt der rechtskräftigen Entscheidung seinem Urteil zugrunde zu legen. Das Wiederholungsverbot („ne bis in idem“) zwingt das Gericht, die präjudizielle Wirkung der Vorentscheidung ohne erneute sachliche Prüfung zu beachten (vgl. BAG 15. November 2018 - 6 AZR 522/17 - Rn. 31). 28

(2) Die Frage, ob die Beklagte der Klägerin zwischen dem 28. Januar und dem 15. August 2012 Urlaub gewährte, ist aufgrund der präjudiziellen Wirkung der rechtskräftigen Urteile des Arbeitsgerichts Minden und des Landesarbeitsgerichts Hamm einer erneuten Prüfung durch den Senat entzogen. 29

(a) Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Vergütung wegen Annahmeverzugs ist ausgeschlossen, wenn dem Arbeitnehmer für den fraglichen Zeitraum 30

Urlaub gewährt wurde. Nach § 615 Satz 1 BGB hat der Arbeitgeber die vereinbarte Vergütung (§ 611 Abs. 1 BGB) fortzuzahlen, wenn er mit der Annahme der Dienste des Arbeitnehmers in Verzug gerät. Das setzt nach § 293 BGB die Nichtannahme der vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitsleistung voraus. In Annahmeverzug kann ein Arbeitgeber nur geraten, wenn im streitgegenständlichen Zeitraum ein erfüllbares Arbeitsverhältnis besteht, aufgrund dessen der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung verpflichtet ist (vgl. BAG 19. August 2015 - 5 AZR 975/13 - Rn. 22, BAGE 152, 213). Hat ein Arbeitgeber den Arbeitnehmer rechtswirksam durch Urlaubsgewährung von der Arbeitspflicht befreit, kommen für diesen Zeitraum Ansprüche des Arbeitnehmers auf Annahmeverzugslohn nicht in Betracht (vgl. BAG 23. Januar 2001 - 9 AZR 26/00 - zu I 1 der Gründe, BAGE 97, 18).

(b) Durch die genannten Urteile des Arbeitsgerichts Minden und des Landesarbeitsgerichts Hamm ist rechtskräftig festgestellt, dass die Klägerin im Zeitraum vom 28. Januar bis zum 15. August 2012 zur Arbeitsleistung verpflichtet war. Dies schließt eine Urlaubsgewährung durch die Beklagte im selben Zeitraum aus, denn die Erfüllung eines Anspruchs auf Erholungsurlaub setzt - neben der Zahlung der Urlaubsvergütung vor Antritt des Urlaubs oder einer entsprechenden vorbehaltlosen Zusage (vgl. BAG 10. Februar 2015 - 9 AZR 455/13 - Rn. 18, BAGE 150, 355) - die Freistellung von einer sonst bestehenden Arbeitspflicht voraus (BAG 16. Juli 2013 - 9 AZR 50/12 - Rn. 15).

31

b) Ein möglicherweise bestehender Urlaubsabgeltungsanspruch der Klägerin wäre nicht nach § 17 (1) Arbeitsvertrag verfallen. Der Anspruch wäre mit der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 15. August 2012 entstanden und gleichzeitig fällig geworden (vgl. hierzu BAG 22. Januar 2019 - 9 AZR 149/17 - Rn. 37). Die Klägerin hat die Abgeltung des nach ihrem Behaupten noch bestehenden Urlaubs mit Schreiben vom 7. Februar 2013 innerhalb der Sechsmonatsfrist des § 17 (1) Arbeitsvertrag verlangt. Damit sind bereits die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Anspruchsverfalls nach § 17 (1) Arbeitsvertrag nicht erfüllt. Es bedarf deshalb keiner Entscheidung, ob

32

die Klausel einer Wirksamkeitskontrolle nach § 305c Abs. 2, §§ 306, 307 bis 309 BGB standhielte.

2. Der Senat kann dem Klageantrag zu 1. auf Grundlage der getroffenen Feststellungen auch nicht ganz oder teilweise stattgeben. Die Parteien haben keine Vereinbarung getroffen, der zufolge die Klägerin berechtigt gewesen wäre, den ihr aus dem Jahr 2011 zustehenden Urlaub außerhalb der Fristen des § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG zu verlangen. Ebenso wenig hat die Beklagte das Fortbestehen von möglicherweise nach § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG am 31. März 2012 verfallenen Urlaubs anerkannt. 33

a) 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*). 34

b) Die Vorinstanzen haben die Erklärungen der Beklagten zum Umfang und Bestand der Urlaubsansprüche der Klägerin aus dem Jahr 2011 ohne revidiblen Rechtsfehler als bloße Wissenserklärungen und nicht als Willenserklärungen ausgelegt, die auf die Abänderung des Fristenregimes des § 7 Abs. 3 BUrlG zugunsten der Klägerin oder die Begründung oder Anerkennung von Urlaubsansprüchen gerichtet waren. 35

aa) Das Landesarbeitsgericht hat ua. unter Bezugnahme auf Entscheidungsgründe des arbeitsgerichtlichen Urteils (§ 69 Abs. 2 ArbGG) angenommen, die Beklagte habe in den an die Klägerin gerichteten Schreiben vom 3., 36

16. und 22. Mai 2012 sowie vom 13. Juli 2012 allenfalls den Umfang noch bestehender Urlaubsansprüche fehlerhaft angegeben. Die Erklärungen der Beklagten enthielten jedoch keine Anhaltspunkte, die auf deren Willen schließen ließen, sie wolle neue Urlaubsansprüche begründen, vertragliche Abreden ändern oder Urlaubsansprüche anerkennen. Die Klägerin habe vor dem Hintergrund des fortdauernden Rechtsstreits über die Wirksamkeit der Kündigung vom 27. September 2011 nicht davon ausgehen können, die Beklagte wolle ihr zusätzlich Urlaubsansprüche einräumen, ohne hierzu verpflichtet zu sein. Diese Würdigung hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

(1) Die genannten Schreiben enthalten nichttypische Erklärungen. Deren Auslegung ist grundsätzlich den Tatsachengerichten vorbehalten. Sie kann in der Revision nur darauf überprüft werden, ob das Berufungsgericht Auslegungsregeln verletzt oder gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen, wesentliche Tatsachen unberücksichtigt gelassen oder eine gebotene Auslegung unterlassen hat (*vgl. BAG 25. September 2018 - 3 AZR 468/17 - Rn. 17*). 37

(2) Auslegungsfehler hat die Revision nicht aufgezeigt. Insoweit reicht es nicht aus, dass die Klägerin die eigene Auslegung derjenigen des Berufungsgerichts gegenüberstellt (*vgl. BAG 25. Oktober 2017 - 4 AZR 686/14 - Rn. 30*). Es ist weder dargetan noch ersichtlich, dass das Landesarbeitsgericht die gebotene Auslegung der Schreiben unterlassen, gegen Auslegungsgrundsätze und -regeln verstoßen oder wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hätte. Der Einwand der Klägerin, die Parteien seien ausweislich ihres Schriftverkehrs vom Fortbestehen der Urlaubsansprüche der Klägerin aus dem Jahr 2011 ausgegangen, steht einer Auslegung der Erklärungen der Beklagten als Wissens-erklärungen nicht entgegen. 38

bb) Auch die Auslegung der Angaben im Formular „Urlaubsantrag“ vom 12. August 2011 zu den „vorhandenen“ und „verbleibenden“ Urlaubstagen durch das Landesarbeitsgericht als Wissens-erklärungen ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 39

- (1) Der Senat konnte offenlassen, ob es sich bei diesen Angaben um typische Erklärungen handelt, die einer uneingeschränkten revisionsgerichtlichen Kontrolle unterliegen (*vgl. BAG 19. Dezember 2018 - 7 AZR 70/17 - Rn. 24*) oder um sog. atypische Erklärungen, deren Auslegung einer eingeschränkten Überprüfung in der Revision unterliegt. Die Auslegung des Landesarbeitsgerichts hält auch einer uneingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 40
- (2) Der Senat kann zugunsten der Klägerin unterstellen, dass der Geschäftsführer der Beklagten sich die von der Klägerin vorgenommenen Eintragungen zu den „vorhandenen“ und „verbleibenden“ Urlaubstagen zu eigen gemacht hat, indem er den Urlaubsantrag widerspruchslos unterzeichnete. Davon ausgehend hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler angenommen, es handele sich bei den Eintragungen nicht um auf Bestätigung oder Veränderung der Rechtslage gerichtete Willenserklärungen im Sinne eines deklaratorischen oder konstitutiven Schuldanerkenntnisses. 41
- (a) Eine Erklärung, mit der der Arbeitgeber einen Urlaubsantrag genehmigt, ist regelmäßig allein auf die Erfüllung des Anspruchs des Arbeitnehmers auf bezahlten Erholungsurlaub und nur insoweit auf die Herbeiführung eines rechtsgeschäftlichen Erfolgs gerichtet. Die Angaben zu den „vorhandenen“ und „verbleibenden“ Urlaubstagen in einem vom Arbeitgeber zur Beantragung und Genehmigung von Urlaub verwendeten Formular haben regelmäßig allein eine Hinweis- und Dokumentationsfunktion. Selbst wenn mit diesen Angaben ein Urlaubskonto vergleichbar einem Arbeitszeitkonto geführt wird, kann der Arbeitnehmer regelmäßig nicht annehmen, es handele sich um eine auf Bestätigung oder Veränderung der Rechtslage gerichtete Willenserklärung im Sinne eines deklaratorischen oder konstitutiven Schuldanerkenntnisses (*vgl. zum Arbeitszeitkonto BAG 23. September 2015 - 5 AZR 767/13 - Rn. 23, BAGE 152, 315*). 42
- (b) Besondere Umstände, die vorliegend für einen abweichenden Erklärungswert der Eintragungen sprechen könnten, ergeben sich weder aus den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts noch aus dem Vortrag der Klägerin. 43



Sie hat nicht schlüssig aufgezeigt, weshalb sich aus den Angaben zu den „vorhandenen“ und „verbleibenden“ Urlaubstagen entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts ergeben könnte, diese seien darauf gerichtet gewesen, an die Stelle verfallenen Urlaubs aus dem Jahr 2011 tretende, neue Urlaubsansprüche zu begründen. Hierzu bestand bei Unterzeichnung des Urlaubsantrags vom 12. August 2011 durch den Geschäftsführer der Beklagten keinerlei Anlass. Es war zu diesem Zeitpunkt nicht absehbar, dass der Urlaubsanspruch der Klägerin bis zum 31. Dezember 2011 bzw. bis zum 31. März 2012 ua. wegen Erkrankung der Klägerin im Zeitraum vom 27. September 2011 bis zum 27. Januar 2012 nicht erfüllt werden würde. Die Angaben im Formular Urlaubsantrag könnten allenfalls dafür sprechen, dass die Parteien bei dessen Unterzeichnung annahmen, Urlaubsansprüche der Klägerin hätten noch in dem von ihr angegebenen Umfang bestanden und ein im Eintrittsjahr der Klägerin gemäß § 5 Abs. 1 Buchst. a BUrlG entstandener Teilurlaub sei anteilig nach § 7 Abs. 3 Satz 4 BUrlG auf das Jahr 2011 übertragen worden. Anhaltspunkte für eine Absicht der Parteien, die Rechtslage durch rechtsgeschäftliche Erklärungen zu ändern, ergeben sich hieraus nicht. Inwiefern sich aus der Unterzeichnung des Urlaubsantrags vom 12. August 2011 durch den Geschäftsführer der Beklagten eine betriebliche Übung der Übertragung von Urlaub über den 31. März des Folgejahres hinaus ableiten lassen soll, ist nicht ersichtlich.

- V. Im erneuten Berufungsverfahren wird Folgendes zu beachten sein: 44
1. Das Landesarbeitsgericht wird erneut zu prüfen haben, ob der Urlaubsanspruch der Klägerin aus dem Jahr 2011 nach § 7 Abs. 3 BUrlG am 31. März 2012 verfallen ist. Dies hängt maßgeblich davon ab, ob die Beklagte ihrer bei richtlinienkonformer Auslegung von § 7 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 BUrlG bestehenden Mitwirkungsobliegenheit nachgekommen ist (*vgl. Rn. 15 ff. oben*). 45
- a) Sollte die Beklagte ihre Mitwirkungsobliegenheit im Jahr 2011 nicht erfüllt haben, wäre ein Verfall des Urlaubs der Klägerin aus dem Jahr 2011 vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgeschlossen. Der Urlaub der Klägerin wäre in diesem Fall auf das Jahr 2012 übertragen worden und zu dem am 46

1. Januar 2012 entstandenen Urlaubsanspruch der Klägerin für das Jahr 2012 hinzugetreten, ohne einer Befristung bis zum 31. März 2012 zu unterliegen. Für ihn hätten, wie für den neu entstandenen Urlaubsanspruch für das Jahr 2012, die Regelungen des § 7 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BUrlG gegolten. Er hätte, wenn die Beklagte ihre Mitwirkungsobliegenheiten für den Urlaub aus dem Jahr 2011 im Urlaubsjahr 2012 nachholt hätte, frühestens am 31. Dezember 2012 verfallen können (*vgl. BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 44*).

b) Sollte die Beklagte ihre Mitwirkungsobliegenheit im Jahr 2011 erfüllt haben, wäre der Urlaub der Klägerin aus dem Jahr 2011 aufgrund deren Erkrankung nach § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG auf das Jahr 2012 übertragen worden. Der Urlaubsanspruch wäre in diesem Fall nur dann bei Fehlen eines Urlaubsverlangens der Klägerin mit Ablauf des Übertragungszeitraums am 31. März 2012 untergegangen, wenn die Beklagte die Klägerin zuvor rechtzeitig unter Hinweis auf den anderenfalls eintretenden Verfall des Urlaubs aufforderte, ihren Urlaub noch innerhalb des Übertragungszeitraums zu nehmen (*vgl. BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 43*). 47

aa) Das Landesarbeitsgericht hat in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Mitwirkungsobliegenheiten der Beklagten nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG trotz zwischen den Parteien geführten Rechtsstreits über die Wirksamkeit der Kündigung vom 27. September 2011 bestanden. Die vor der rechtskräftigen Entscheidung über den Kündigungsschutzantrag bestehende Ungewissheit der Parteien über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses stand der Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheiten durch die Beklagte nicht entgegen. Maßgeblich war allein die objektive Rechtslage (*vgl. BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 321/16 - Rn. 55*). 48

bb) Zu beachten ist zudem, dass die Beklagte durch den Ausspruch der unwirksamen Kündigung vom 27. September 2011 zum 31. Oktober 2011 das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses über den Kündigungstermin hinaus in Abrede stellte. 49

(1) Der Arbeitgeber darf, will er seinen Mitwirkungsobliegenheiten genügen, den Arbeitnehmer nicht in sonstiger Weise daran hindern, den Urlaub in Anspruch zu nehmen (vgl. *EuGH 29. November 2017 - C-214/16 - [King] Rn. 39, 65; BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 40*). Er darf ihn insbesondere nicht mit Umständen konfrontieren, die ihn davon abhalten könnten, seinen Jahresurlaub zu nehmen (vgl. *EuGH 29. November 2017 - C-214/16 - [King] Rn. 37 ff. mwN; s. auch 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 41 f.; BAG 30. Januar 2019 - 10 AZR 596/17 - Rn. 32 ff.*). 50

(2) Angesichts der von der Beklagten ausgesprochenen Kündigung vom 27. September 2011 bedurfte es zur Erfüllung ihrer Mitwirkungsobliegenheiten einer Erklärung, sie sei trotz des Streits über die Wirksamkeit der Kündigung bereit, der Klägerin im gekündigten Arbeitsverhältnis über den 31. Oktober 2011 hinaus durch eine Freistellung und die Zahlung der Urlaubsvergütung vor Antritt des Urlaubs oder eine sie bindende Zahlungszusage vorbehaltlos bezahlten Urlaub zu gewähren (vgl. *BAG 19. Januar 2016 - 2 AZR 449/15 - Rn. 68; 10. Februar 2015 - 9 AZR 455/13 - Rn. 18, BAGE 150, 355*). Zusätzlich wäre ein Hinweis auf das Fortbestehen der Befristung des Urlaubsanspruchs und den bei Fehlen eines Urlaubsverlangens mit Ablauf des Urlaubsjahres oder Übertragungszeitraums eintretenden Verfall erforderlich gewesen (vgl. *BAG 19. Juni 2018 - 9 AZR 615/17 - Rn. 20 ff., BAGE 163, 72*). Mit ihren Schreiben vom 3., 16. und 22. Mai 2012 sowie vom 13. Juli 2012 konnte die Beklagte diesen Anforderungen schon deshalb nicht genügen, weil diese der Klägerin erst nach Ablauf des Übertragungszeitraums am 31. März 2012 zugegangen sind. 51

2. Sollte der Urlaubsanspruch der Klägerin nicht verfallen sein, hat das Landesarbeitsgericht im erneuten Berufungsverfahren die Anzahl der abzugelenden Urlaubstage festzustellen. 52

a) Dabei ist zunächst die Höhe des der Klägerin im Urlaubsjahr zustehende Urlaubsanspruchs zu prüfen. 53

aa) Aus dem Arbeitsvertrag der Parteien ergibt sich unter Berücksichtigung der Verteilung der Arbeitszeit auf fünf Wochentage ein Urlaubsanspruch der Klägerin von 25 und nicht 30 Arbeitstagen, wie von der Klägerin behauptet. 54

(1) § 11 (1) Arbeitsvertrag stellt auf eine an sechs Wochentagen bestehende Arbeitspflicht ab. Die Klausel bestimmt, dass der Urlaubsanspruch im Kalenderjahr „30 Werktage“ betragen soll. Bedient sich der Arbeitgeber in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Rechtsbegriffs, der im juristischen Sprachgebrauch eine bestimmte Bedeutung hat, ist der Begriff in seiner allgemeinen juristischen Bedeutung auszulegen, sofern sich nicht aus dem Sinnzusammenhang der Klausel etwas anderes ergibt (*BAG 26. Oktober 2016 - 5 AZR 168/16 - Rn. 23, BAGE 157, 116*). § 3 Abs. 2 BUrlG definiert als „Werktage“ alle Kalendertage, die nicht Sonn- oder gesetzliche Feiertage sind (*vgl. BAG 5. September 2002 - 9 AZR 244/01 - zu B II 1 b aa der Gründe, BAGE 102, 321; HWK/Schinz 8. Aufl. § 3 BUrlG Rn. 7; MHdB ArbR/Klose 4. Aufl. Bd. 1 § 86 Rn. 33*). Für ein vom juristischen Sprachgebrauch abweichendes Verständnis bietet weder § 11 (1) Arbeitsvertrag noch der Sinnzusammenhang der Klausel Anhaltspunkte. 55

(2) Wie der Urlaubsanspruch zu berechnen ist, wenn die Arbeitszeit nicht auf sechs Wochentage, sondern auf fünf Wochentage verteilt ist, bestimmt der Arbeitsvertrag nicht eigenständig. Die Berechnung des Urlaubsanspruchs regelt der Arbeitsvertrag lediglich in § 11 (5) Satz 1 für den Fall der unterjährigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Weitere Bestimmungen zur Berechnung des Urlaubsanspruchs enthält der Arbeitsvertrag nicht. Für einen von Berechnungsgrundsätzen des Bundesurlaubsgesetzes abweichenden Regelungswillen der Parteien ergeben sich aus dem Arbeitsvertrag keine Anhaltspunkte. Es ist deshalb von einem Gleichlauf mit den gesetzlichen Berechnungsbestimmungen auszugehen (*vgl. BAG 22. Januar 2019 - 9 AZR 149/17 - Rn. 28*). 56

(a) § 3 Abs. 1 BUrlG unterstellt eine an sechs Tagen der Kalenderwoche bestehende Arbeitspflicht und gewährleistet unter dieser Voraussetzung einen gesetzlichen Mindesturlaub von 24 Werktagen im Kalenderjahr. Ist die Arbeits- 57

zeit auf weniger oder mehr als sechs Tage in der Kalenderwoche verteilt, vermindert oder erhöht sich der Urlaubsanspruch entsprechend. Um für alle Arbeitnehmer eine gleichwertige Urlaubsdauer zu sichern, ist die Anzahl der Urlaubstage unter Berücksichtigung der für das Urlaubsjahr maßgeblichen Verteilung der Arbeitszeit auf die Wochentage zu ermitteln. Der Berechnung der Höhe des Urlaubsanspruchs nach § 3 Abs. 1 BUrlG muss deshalb stets die Klärung vorausgehen, an wie vielen Tagen der Woche eine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung besteht (*HWK/Schinz 8. Aufl. § 3 BUrlG Rn. 9*). Dabei ist grundsätzlich von der im Arbeitsvertrag vorgesehenen Verteilung der Arbeitszeit auf die Wochentage auszugehen. Ist die Arbeitszeit im gesamten Kalenderjahr gleichmäßig auf weniger oder mehr als sechs Wochentage verteilt, erfolgt die Umrechnung, indem die in § 3 Abs. 1 BUrlG genannten 24 Werktagen durch die Zahl 6 geteilt und mit der Zahl der für den Arbeitnehmer maßgeblichen Arbeitstage einer Woche multipliziert werden (*allgA vgl. BAG 19. März 2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 23, 27 f.; ErfK/Gallner 19. Aufl. BUrlG § 3 Rn. 8; HWK/Schinz § 3 BUrlG Rn. 7 ff.; MHdB ArbR/Klose 4. Aufl. Bd. 1 § 86 Rn. 34; MüKoBGB/Müller-Glöge 7. Aufl. § 611 Rn. 926; Schaub ArbR-HdB/Linck 17. Aufl. § 104 Rn. 48*).

(b) Danach wäre der im Umfang von 30 Werktagen im Kalenderjahr bestehende Urlaubsanspruch der Klägerin unter Berücksichtigung der Verteilung ihrer Arbeitszeit auf fünf Tage der Woche in Arbeitstage umzurechnen. In Anwendung der nach § 3 Abs. 1 BUrlG geltenden Berechnungsgrundsätze hätte der Urlaubsanspruch der Klägerin im Kalenderjahr 25 Arbeitstage betragen.

58

bb) Allerdings ergeben sich aus dem außergerichtlichen Schriftwechsel der Parteien, insbesondere den Schreiben der Beklagten vom 3., 16. und 22. Mai 2012 sowie vom 13. Juli 2012 und dem Formular Urlaubsantrag vom 12. August 2011 Anhaltspunkte für einen höheren Urlaubsanspruch der Klägerin. Das Landesarbeitsgericht hat die Höhe des für das Jahr 2011 entstandenen Urlaubsanspruchs ausdrücklich offengelassen. Ohne richterlichen Hinweis (§ 139 Abs. 2 ZPO) und gegebenenfalls weiteren Tatsachenvortrag der Parteien kann nicht beurteilt werden, ob die Parteien hinsichtlich des Umfangs des vertraglichen

59

Urlaubs oder dessen Berechnung eine gemäß § 305b BGB vorrangige Individualabrede getroffen haben (*vgl. hierzu BAG 24. August 2016 - 5 AZR 129/16 - Rn. 18 ff., BAGE 156, 157*), oder ob eine betriebliche Übung vorliegt (*zu deren Voraussetzungen vgl. BAG 19. September 2018 - 5 AZR 439/17 - Rn. 15 f., BAGE 163, 301*), aus der sich ein Anspruch der Klägerin auf 30 Arbeitstage Urlaub im Kalenderjahr ergab.

b) Das Landesarbeitsgericht wird zudem zu prüfen haben, ob die Beklagte mit den der Klägerin in den Monaten August und September 2011 gewährten 15 Arbeitstagen Urlaub zunächst einen gemäß § 5 Abs. 1 Buchst. a BUrlG entstandenen Teilurlaubsanspruch der Klägerin erfüllte. Sollte die Beklagte die Urlaubsansprüche der Klägerin aus dem Jahr 2010 nicht bereits im Kalenderjahr 2010 erfüllt haben, ist zu beachten, dass der Anwendungsbereich von § 7 Abs. 3 Satz 4 BUrlG nur eröffnet wäre, wenn die Beklagte zuvor ihren Mitwirkungsobliegenheiten bei der Verwirklichung des Urlaubsanspruchs der Klägerin aus dem Jahr 2010 nachgekommen ist. Nur in diesem Fall wäre der Urlaubsanspruch der Klägerin aus dem Jahr 2010 nach § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG befristet (*vgl. BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 28*) und seine Übertragung auf das gesamte nächste Kalenderjahr gemäß § 7 Abs. 3 Satz 4 BUrlG von einem Verlangen der Klägerin abhängig gewesen (*vgl. BAG 10. Februar 2004 - 9 AZR 116/03 - zu III 4 b cc (2) der Gründe, BAGE 109, 285*). Sollte die Beklagte ihre Mitwirkungsobliegenheit im Jahr 2010 nicht erfüllt haben, wäre der nicht gewährte Urlaub der Klägerin aus dem Jahr 2010 auf das Jahr 2011 übertragen worden und zum Urlaubsanspruch der Klägerin für das Jahr 2011 hinzugegetreten. Für ihn hätten, wie für den neu entstandenen Urlaubsanspruch für das Jahr 2011, die Regelungen des § 7 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BUrlG gegolten (*vgl. BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 44*). Der Teilurlaub aus dem Jahr 2010 wäre, auch wenn die Beklagte ihre Mitwirkungsobliegenheiten nachgeholt hätte, frühestens am 31. Dezember 2011 verfallen und hätte somit noch bestanden, als die Beklagte der Klägerin für den Zeitraum vom 30. August bis 19. September 2011 Urlaub gewährte.

60

B. Im Übrigen ist die Revision zurückzuweisen (§ 561 ZPO). Die Klägerin hat keinen Anspruch gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG auf Abgeltung weiterer 10 Arbeitstage Urlaub oder Ersatzurlaub aus dem Jahr 2012. Die Vorinstanzen haben zu Recht erkannt, dass der Klägerin bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr als 20 Arbeitstage Urlaub aus dem Jahr 2012 zustanden. Das Arbeitsgericht hat der Klägerin rechtskräftig die Abgeltung von 20 Arbeitstagen Urlaub aus dem Jahr 2012 zugesprochen. Die Abgeltung weiteren Urlaubs oder Ersatzurlaubs aus dem Jahr 2012 kann die Klägerin von der Beklagten nicht verlangen. 61

I. Der vertragliche und gesetzliche Urlaubsanspruch der Klägerin für das Jahr 2012 betrug zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 15. August 2012 20 Arbeitstage. 62

1. Gemäß § 11 (5) Satz 1 Arbeitsvertrag erhält die Mitarbeiterin im Austrittsjahr 1/12 des Jahresurlaubs für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses in diesem Jahr. Zugunsten der Klägerin einen Anspruch auf 30 Arbeitstage Urlaub im Kalenderjahr unterstellt, hätten ihr für das Jahr 2012 aufgrund ihres Ausscheidens am 15. August 2012 rechnerisch nur 17,5 Arbeitstage Urlaub zugestanden. Allerdings war bereits zu Beginn des Jahres 2012 unter Berücksichtigung der Verteilung der Arbeitszeit der Klägerin auf fünf Wochentage ein Anspruch der Klägerin auf gesetzlichen Mindesturlaub iHv. 20 Arbeitstagen (§§ 1, 3 BUrlG) entstanden, der von der Kürzung nicht erfasst wird. § 11 (5) Satz 2 Arbeitsvertrag ordnet an, dass der gesetzliche Urlaub unberührt bleibt und gewährleistet damit, dass die in § 11 (5) Satz 1 Arbeitsvertrag vorgesehene Zwölfteilung nicht zu einer Unterschreitung des gesetzlichen Mindesturlaubs führt. § 11 (5) Satz 2 Arbeitsvertrag trägt § 5 Abs. 1 Buchst. c BUrlG Rechnung, aus dem sich im Umkehrschluss ergibt, dass nach erfüllter Wartezeit bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der zweiten Jahreshälfte eine Verringerung des gesetzlichen Mindesturlaubs nach §§ 1, 3 BUrlG unzulässig ist (vgl. BAG 9. August 2016 - 9 AZR 51/16 - Rn. 16 mwN). Den Arbeitsvertragsparteien ist es zwar gemäß § 5 Abs. 1 Buchst. c BUrlG iVm. § 13 Abs. 1 Satz 3 BUrlG verwehrt, den gesetzlichen Urlaubsanspruch nach erfüllter Warte- 63

zeit bei einem Ausscheiden in der zweiten Jahreshälfte zu kürzen (*vgl. BAG 16. Dezember 2014 - 9 AZR 295/13 - Rn. 15, BAGE 150, 207*). Soweit von der Kürzung nach § 11 (5) Satz 1 Arbeitsvertrag aber der vertragliche Mehrurlaub betroffen ist, steht dem Erlöschen des Mehrurlaubs bei einem unterjährigen Ausscheiden weder § 13 Abs. 1 Satz 3 BUrlG noch Unionsrecht entgegen (*vgl. BAG 12. März 2013 - 9 AZR 292/11 - Rn. 15*).

2. Entgegen der Auffassung der Klägerin führt § 11 (5) Satz 2 Arbeitsvertrag nicht dazu, dass zu den 20 Arbeitstagen gesetzlichen Mindesturlaubs weitere Urlaubstage als vertraglicher Mehrurlaub hinzutreten. Der gesetzliche Mindesturlaub und der vertragliche Mehrurlaub sind zusammen zu betrachten. Der vertragliche Urlaubsanspruch ist gegenüber dem gesetzlichen Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub kein eigenständiger Anspruch, soweit sich beide Ansprüche decken (*vgl. zu tariflichen Regelungen BAG 7. August 2012 - 9 AZR 760/10 - Rn. 14, BAGE 143, 1*). Für einen hiervon abweichenden Regelungswillen der Arbeitsvertragsparteien müssten deutliche Anhaltspunkte bestehen. Solche Anhaltspunkte sind im Arbeitsvertrag der Parteien nicht ersichtlich. § 11 (1) Arbeitsvertrag gewährt einen einheitlichen Jahresurlaubsanspruch. Deshalb ist die Kürzung nach § 11 (5) Satz 2 Arbeitsvertrag zunächst auf den Gesamturlaub anzuwenden (*vgl. BAG 18. Februar 2014 - 9 AZR 765/12 - Rn. 14 f.*) und anschließend nach § 11 (5) Satz 2 Arbeitsvertrag der gesetzliche Mindesturlaub zu gewährleisten. 64

II. § 11 (5) Satz 1 und 2 Arbeitsvertrag sind entgegen der Ansicht der Klägerin nicht wegen Intransparenz nach § 307 Abs. 1 Satz 2 iVm. Satz 1 BGB unwirksam. 65

1. § 11 (5) Arbeitsvertrag ist keiner einheitlichen Wirksamkeitskontrolle nach § 305c Abs. 2, §§ 306, 307 bis 309 BGB zu unterziehen, weil die Bestimmung teilbar ist. 66

a) Bei einer teilbaren Klausel ist diese Kontrolle anhand von § 305c Abs. 2, §§ 306, 307 bis 309 BGB jeweils getrennt für die verschiedenen, nur formal in einer Allgemeinen Geschäftsbedingung verbundenen Bestimmungen 67



vorzunehmen. Die Regelungen müssen allerdings nicht nur sprachlich, sondern auch inhaltlich zu trennen sein. Die Teilbarkeit einer Klausel ist durch Streichung des unwirksamen Teils (sog. Blue-Pencil-Test) zu ermitteln. Eine teilbare Formulklausel kann mit ihrem zulässigen Teil aufrechterhalten werden. Darin liegt keine geltungserhaltende Reduktion, denn die Trennung ist in den vom Verwender gestellten Vertragsbedingungen bereits vorgegeben (vgl. BAG 18. September 2018 - 9 AZR 162/18 - Rn. 32 mwN, BAGE 163, 282).

b) § 11 (5) Arbeitsvertrag ist - im Sinne einer in der Klausel vorgegebenen Trennung - teilbar. Die Vorinstanzen haben zutreffend angenommen, dass Satz 3 der Bestimmung sprachlich und inhaltlich von deren Sätzen 1 und 2 abtrennbar ist. Bei Streichung von Satz 3 bleiben Satz 1 und 2 als verständliche Regelung zur Bestimmung des Umfangs des Urlaubsanspruchs bestehen. Es führt deshalb entgegen der Auffassung der Klägerin nicht zur Unwirksamkeit der Sätze 1 und 2, dass Satz 3, wonach zu viel erhaltenes Urlaubsentgelt - ausnahmslos - zurückzuzahlen ist, gegen § 5 Abs. 3 BUrlG verstößt, der die Rückforderung gezahlten Urlaubsentgelts ausschließt, wenn der Arbeitnehmer im Fall des § 5 Abs. 1 Buchst. c BUrlG bereits Urlaub über den ihm zustehenden Umfang hinaus erhalten hat. 68

2. § 11 (5) Satz 1 und 2 Arbeitsvertrag verstoßen nicht gegen das Transparenzgebot. Das Transparenzgebot verpflichtet den Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners klar und verständlich darzustellen (zu den Anforderungen im Einzelnen vgl. etwa BAG 18. September 2018 - 9 AZR 162/18 - Rn. 35 mwN, BAGE 163, 282). Die Sätze 1 und 2 des § 11 (5) Arbeitsvertrag sind nicht intransparent. Beide Bestimmungen sind als einheitliche Regelung zu betrachten. Indem Satz 2 die Kürzung des gesetzlichen Mindesturlaubs bei einem Ausscheiden in der zweiten Hälfte des Kalenderjahres und auch im Übrigen ausschließt, stellen § 11 (5) Satz 1 und 2 des Arbeitsvertrags die Rechtslage zutreffend dar. Es bedurfte keiner ausdrücklichen Erwähnung, dass bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der zweiten Jahreshälfte zumindest ein Urlaubsanspruch in Höhe des gesetzlichen Mindesturlaubs besteht. Ein verständiger Arbeitnehmer konnte 69

dies ohne weiteres dem Hinweis in Satz 2 entnehmen, der gesetzliche Urlaub bleibe unberührt. Das Transparenzgebot erfordert keine Klauselgestaltung, die eine einzelfallbezogene Subsumtion von vornherein entbehrlich macht. Es kann vom Klauselverwender nicht verlangt werden, die Folgen einer Vertragsbestimmung für alle denkbaren Fallgestaltungen zu erläutern (vgl. BAG 26. Januar 2017 - 6 AZR 671/15 - Rn. 23, BAGE 158, 81; BGH 25. November 2015 - VIII ZR 360/14 - Rn. 17 mwN, BGHZ 208, 52).

Kiel

Suckow

Weber

Faltyn

Kranzusch

# BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 579/16  
6 Sa 787/15  
Landesarbeitsgericht  
Hamm

## BESCHLUSS

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts am 18. November 2019 beschlossen:

Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 21. Mai 2019 - 9 AZR 579/16 - wird gemäß § 319 Abs. 1 ZPO wegen offenkundiger Unrichtigkeit in den Entscheidungsgründen berichtigt. Der zweite Satz in Rn. 20 lautet richtig:

„Es ist insoweit von einem Gleichlauf des gesetzlichen Urlaubsanspruchs und des Anspruchs auf vertraglichen Mehrurlaub auszugehen, weil es an deutlichen Anhaltspunkten für einen Regelungswillen der Parteien fehlt, dass der vertragliche Mehrurlaub abweichend von § 7 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BUrlG auch dann mit Ablauf des Kalen-

derjahres oder am Ende des jeweiligen Übertragungszeit-  
raums verfallen soll, wenn die Beklagte ihren Mitwir-  
kungsobliegenheiten **nicht** entsprochen hat...“.

Kiel

Suckow

Weber