

Bundesarbeitsgericht  
Fünfter Senat

Urteil vom 23. Februar 2021  
- 5 AZR 314/20 -  
ECLI:DE:BAG:2021:230221.U.5AZR314.20.0

I. Arbeitsgericht Iserlohn

Urteil vom 6. November 2019  
- 3 Ca 241/19 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 13. Mai 2020  
- 6 Sa 1940/19 -

---

Entscheidungsstichworte:

Vergütung - Anrechnung anderweitigen Verdienstes

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 314/20  
6 Sa 1940/19  
Landesarbeitsgericht  
Hamm

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
23. Februar 2021

## URTEIL

Schmidt-Brenner, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 23. Februar 2021 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Volk sowie die ehrenamtliche Richterin Zorn und den ehrenamtlichen Richter Ilgenfritz-Donné für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 13. Mai 2020 - 6 Sa 1940/19 - 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 Vergütung und insbesondere darüber, ob ein vom Kläger während eines vertraglich vereinbarten Freistellungszeitraums anderweitig erzielter Verdienst anzurechnen ist. 1

Der Kläger war seit 1982 bei der Beklagten, zuletzt als Personalleiter, mit einem Bruttomonatsgehalt iHv. 9.703,87 Euro beschäftigt. Nach Vorlage zweier Vertragsentwürfe durch den Kläger und Verhandlungen schlossen die Parteien am 12. September 2018 einen Aufhebungsvertrag, der ua. bestimmt: 2

- „1. Die Arbeitgeberin und Herr L sind sich darüber einig, dass das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis im beiderseitigen Einvernehmen, auf Veranlassung des Arbeitnehmers, mit Ablauf des 30.04.2019 durch diesen Aufhebungsvertrag enden wird.
2. Ab dem 21.09.2018 wird Herr L bis zum 30.04.2019 unter Anrechnung aller noch bestehenden Urlaubsansprüche sowie Zeitguthaben aus dem Arbeitszeitkonto unter Fortzahlung des monatlichen Entgelts in Höhe von 9.676,00 € brutto unwiderruflich bezahlt von der Arbeit freigestellt.
- ...
5. Herr L erhält das Recht mit einer Ankündigungsfrist von drei Werktagen durch schriftliche Erklärung vor dem 30.04.2019 aus dem Arbeitsverhältnis auszuscheiden. Das Arbeitsverhältnis endet dann mit dem Zeitpunkt, den Herr L angibt. In diesem Fall erhält Herr L in entsprechender Anwendung der §§ 9, 10

KSchG eine Abfindungssumme für jeden vollen Monat der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Höhe von 2.690,00 € brutto und für jeden vorzeitigen Kalendertag in Höhe von 90,00 € brutto. Sofern Herr L diese Regelung in Anspruch nehmen sollte, sind die Ansprüche aus dieser Regelung bereits jetzt entstanden und vererblich und mit der letzten Entgeltabrechnung auszuführen.

...

7. Zwischen den Parteien besteht Einigkeit darüber, dass Herrn L etwaige Abfindungsansprüche aus einem eventuell noch abzuschließenden Sozialplan in voller Höhe zustehen und mit der letzten Entgeltabrechnung bzw. mit dem nächstmöglichen Abrechnungsverlauf zur Auszahlung zu bringen sind.

...“

Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Aufhebungsvertrags hatte der Kläger noch offene Urlaubsansprüche für das Kalenderjahr 2018 im Umfang von acht Tagen sowie Anspruch auf Freizeitausgleich iHv. 0,62 Stunden. 3

Am 7. Januar 2019 nahm der Kläger eine Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber auf, nachdem er dies mit Schreiben vom 19. Dezember 2018 gegenüber der Beklagten anzeigt hatte. In diesem Arbeitsverhältnis erzielte er eine höhere monatliche Vergütung als bei der Beklagten. Daraufhin zahlte die Beklagte in der Zeit vom 1. Januar bis zum 30. April 2019 keine Vergütung mehr an den Kläger. 4

Mit seiner Klage hat der Kläger Vergütungszahlung für die Zeit von Januar bis April 2019 verlangt. Er hat gemeint, auf seine Vergütungsansprüche sei der anderweitig erzielte Verdienst nicht anzurechnen. Ziff. 5 des Aufhebungsvertrags enthalte lediglich ein Recht zur vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten, nicht aber eine Pflicht hierzu für den Fall der Begründung eines anderen Arbeitsverhältnisses. 5

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 6

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 38.815,48 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinsatz aus jeweils 9.703,87 Euro seit dem 1. Februar, dem 1. März, dem 1. April und dem 1. Mai 2019 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. 7

Das Arbeitsgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. 8

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Beklagten ist begründet und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Auf den Vergütungsanspruch des Klägers ist sein anderweitig erzielter Verdienst grundsätzlich anzurechnen. Dies gilt jedoch nicht für die Tage, an denen die Beklagte dem Kläger Urlaub gewährt und damit den Teilurlaubsanspruch für den Zeitraum vom 1. Januar bis zum 30. April 2019 (§ 5 Abs. 1 Buchst. c BUrlG) erfüllt hat. Zum Umfang des Urlaubsanspruchs für das anteilige Kalenderjahr 2019 hat das Landesarbeitsgericht keine Feststellungen getroffen. Daher kann der Senat nicht entscheiden, in welcher Höhe die Klage begründet ist. 9

I. Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, aufgrund der im Aufhebungsvertrag vereinbarten Freistellung sei der vom Kläger in seinem neuen Arbeitsverhältnis erzielte Verdienst nicht auf seinen Vergütungsanspruch gegen die Beklagte anzurechnen. 10

1. Der Kläger hat im streitgegenständlichen Zeitraum vom 1. Januar bis zum 30. April 2019 außerhalb der Zeiten der Urlaubsgewährung Anspruch auf Vergütung aus Ziff. 2 des Aufhebungsvertrags. Eine Anrechnung anderweitigen 11

Verdienstes nach § 615 Satz 2 BGB scheidet aus, weil sich die Beklagte in dieser Zeit nicht in Annahmeverzug befunden hat. Die im Aufhebungsvertrag vereinbarte unwiderrufliche Freistellung von der Arbeit unter Fortzahlung der Vergütung hat die Aufhebung der Arbeitspflicht des Klägers bei gleichzeitiger Befreiung der Beklagten von der Beschäftigungspflicht bewirkt. Mangels Arbeitspflicht des Klägers hat der Beklagten im Streitzeitraum eine hierauf bezogene Gläubigerstellung gefehlt. Ein Annahmeverzug nach §§ 293 ff. BGB konnte somit nicht begründet werden (*vgl. BAG 17. Oktober 2012 - 10 AZR 809/11 - Rn. 34 f., BAGE 143, 203; 19. März 2002 - 9 AZR 16/01 - zu II 2 a der Gründe mwN*).

Die vertraglich vereinbarte Freistellung von der Arbeitspflicht unterscheidet sich insoweit von der einseitig vom Arbeitgeber erklärten Freistellung des Arbeitnehmers. Hierin ist regelmäßig die Erklärung zu sehen, die Annahme der vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitsleistung werde abgelehnt. Durch diese Erklärung gerät der Arbeitgeber gemäß § 293 BGB in Annahmeverzug, denn die einseitige Freistellung von der Arbeit ist, soweit keine besonderen Umstände vorliegen, grundsätzlich nicht anders zu beurteilen, als wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von der Arbeit nach Hause schickt, weil er ihn nicht mehr beschäftigen will (*BAG 6. September 2006 - 5 AZR 703/05 - Rn. 21, BAGE 119, 232*). Dann bedarf es regelmäßig keines Arbeitsangebots des Arbeitnehmers, weil der Arbeitgeber mit der Freistellung erkennen lässt, unter keinen Umständen zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bereit zu sein (*BAG 15. Mai 2013 - 5 AZR 130/12 - Rn. 25*). Der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers wird in einem solchen Fall durch § 615 Satz 1 BGB mit der Möglichkeit der Anrechnung anderweitigen Verdienstes nach § 615 Satz 2 BGB aufrechterhalten (*st. Rspr., zuletzt BAG 21. Oktober 2015 - 5 AZR 843/14 - Rn. 37, BAGE 153, 85*).

12

2. Die Parteien haben die Anrechnung anderweitig erzielten Verdienstes auf den Vergütungsanspruch des Klägers konkludent vereinbart. Das ergibt die ergänzende Auslegung des Aufhebungsvertrags. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist Ziff. 5 iVm. Ziff. 2 des Aufhebungsvertrags dahin zu verstehen, dass der Kläger das Recht hat, abweichend von der geltenden Kündigungsfrist mit einer Ankündigungsfrist von drei Werktagen aus dem Arbeitsverhältnis

13

mit der Beklagten auszuscheiden. Kommt er dem bei Aufnahme einer anderen Tätigkeit jedoch nicht nach, ist der Aufhebungsvertrag ergänzend dahin auszulegen, dass der in dem neuen Arbeitsverhältnis erzielte Verdienst auf das von der Beklagten geschuldete Arbeitsentgelt anzurechnen ist.

a) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kam der Aufhebungsvertrag zustande, nachdem zunächst zwei Vertragsentwürfe von Seiten des Klägers vorgelegt und sodann Verhandlungen der Parteien auch über die Höhe der Sprinterprämie geführt wurden. Es handelt sich daher um eine Individualvereinbarung. Diese ist gemäß §§ 133, 157 BGB so auszulegen, wie die Parteien sie nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen mussten. Die Auslegung derartiger atypischer Willenserklärungen ist grundsätzlich Sache der Tatsachengerichte. 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. Zu den einer revisionsrechtlichen Überprüfung zugänglichen Auslegungsgrundsätzen gehört, dass gemäß § 133 BGB bei der Auslegung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften ist. Dieser Aufgabe kann der Richter nur dann voll gerecht werden, wenn er sich nicht auf eine Analyse des Wortlauts beschränkt (*BGH 24. Juni 2009 - IV ZR 202/07 - Rn. 25; BeckOGK/Möslein Stand 1. Oktober 2020 BGB § 133 Rn. 102*), sondern auch die Interessenlage der Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in den Blick nimmt (*BGH 5. April 2006 - VIII ZR 384/04 - Rn. 12*). Das Revisionsgericht darf bei einer unterlassenen oder fehlerhaften Auslegung atypischer Verträge und Willenserklärungen selbst auslegen, wenn das Landesarbeitsgericht den erforderlichen Sachverhalt vollständig festgestellt hat und kein weiteres tatsächliches Vorbringen der Parteien zu erwarten ist (*BAG 24. August 2016 - 5 AZR 129/16 - Rn. 20 mwN, BAGE 156, 157*).

14

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen hält die Auslegung des Aufhebungsvertrags durch das Berufungsgericht einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

15

aa) Das Landesarbeitsgericht hat seiner Auslegung im Ausgangspunkt zutreffend zugrunde gelegt, dass der Aufhebungsvertrag keine ausdrückliche Regelung zur Anrechnung anderweitigen Verdienstes in der Zeit der bezahlten Freistellung enthält. Es hat aber im Folgenden bei seiner Willensforschung insbesondere den mit der Vereinbarung verfolgten Zweck und die Interessenlage der Parteien, wie sie sich aus dem Gesamtzusammenhang der Vereinbarung ergeben, nicht genügend berücksichtigt. 16

(1) Die Regelung über die unwiderrufliche Freistellung unter Anrechnung aller noch bestehender Urlaubsansprüche sowie Zeitguthaben und Fortzahlung des monatlichen Bruttoentgelts iHv. 9.676,00 Euro in Ziff. 2 ist im Zusammenhang mit Ziff. 5 des Aufhebungsvertrags auszulegen. Danach erhält der Kläger das Recht, vor Ablauf des vereinbarten Beendigungsdatums, dem 30. April 2019, durch schriftliche Erklärung gegenüber der Beklagten mit einer Ankündigungsfrist von drei Werktagen vorzeitig aus dem Arbeitsverhältnis auszuscheiden. In diesem Fall soll für jeden vollen Monat der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Anspruch des Klägers auf eine Abfindung iHv. 2.690,00 Euro brutto und für jeden vorzeitigen Kalendertag iHv. 90,00 Euro brutto entstehen. Mit dieser Regelung in Ziff. 5 des Aufhebungsvertrags haben die Parteien ein Sonderkündigungsrecht des Klägers vereinbart, das diesem das Recht einräumt, mit einer kürzeren als der für das Arbeitsverhältnis geltenden Kündigungsfrist aus dem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten auszuscheiden. Insoweit ist es mit dem in § 12 Satz 1 KSchG geregelten Sonderkündigungsrecht vergleichbar (*vgl. BAG 17. Dezember 2015 - 6 AZR 709/14 - Rn. 35, BAGE 154, 40; Aszmons DB 2017, 2227*). 17

(2) Soweit das Landesarbeitsgericht dieser Klausel entnimmt, die Parteien hätten dem Kläger lediglich die Möglichkeit der vorzeitigen Beendigung eingeräumt, jedoch nicht die Pflicht, im Falle des Antritts einer Anschlussbeschäftigung das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten aufzulösen, würdigt es weder den Wortlaut noch Sinn und Zweck von Ziff. 5 des Aufhebungsvertrags noch die Interessenlage der Vertragsparteien zum Zeitpunkt seines Abschlusses vollständig und zutreffend. Das Landesarbeitsgericht verkennt bei seiner Auslegung, dass sich 18



das Recht, mit einer Ankündigungsfrist von drei Werktagen aus dem Arbeitsverhältnis auszuschneiden, nicht nur auf die Möglichkeit, das Vertragsverhältnis zu beenden, bezieht, denn diese besteht für den Kläger ohne jeden Grund. Entscheidend ist vielmehr, dass die Parteien dem Kläger das Recht eingeräumt haben, abweichend von der im Vertragsverhältnis geltenden längeren Kündigungsfrist mit einer kurzen Frist von nur drei Werktagen das Arbeitsverhältnis zu beenden.

(3) Hiervon ausgehend ist der Sinn dieser Vereinbarung zu ermitteln. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, aus der geringen Abfindungshöhe ergebe sich, dass durch diese Vereinbarung einer vorzeitigen Aufnahme einer Anschlussbeschäftigung entgegengewirkt werden sollte (*II 1 b ee (2) der Gründe des Berufungsurteils*), ist schon deshalb nicht überzeugend, weil sie in Widerspruch zu der weiteren Annahme des Berufungsgerichts steht, der Kläger müsse sich den in einem neu begründeten Arbeitsverhältnis erzielten Verdienst nicht auf die Entgeltansprüche gegen die Beklagte anrechnen lassen. Dies würde dazu führen, dass der Kläger überhaupt keine Veranlassung gehabt hätte, das Arbeitsverhältnis durch Ausübung des vereinbarten Sonderkündigungsrechts zu beenden, denn bei Fortsetzung des alten Arbeitsverhältnisses erhielte er zusätzlich zu dem im neuen Arbeitsverhältnis erzielten Arbeitsentgelt seinen Verdienst iHv. 9.676,00 Euro brutto von der Beklagten weitergezahlt und nicht nur für jeden vollen Monat des vorherigen Ausscheidens eine Abfindung iHv. lediglich rund 28 % des monatlichen Verdienstes (2.690,00 Euro). Letzteres ist auch unter Berücksichtigung der besonderen beitrags- und abgabenrechtlichen Behandlung der Abfindung deutlich weniger.

19

(4) Die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Auslegung führt somit dazu, dass der Kläger lediglich dann, wenn er während des noch bestehenden Arbeitsverhältnisses bei einem Konkurrenzunternehmen in ein Arbeitsverhältnis eintreten wollte, von dem Sonderkündigungsrecht hätte Gebrauch machen müssen. Dass die Parteien nur diesen Gesichtspunkt bei der Regelung der Sprinterprämie im Blick hatten, erscheint angesichts des spezifischen Unternehmensgegenstandes der Beklagten - Entwicklung und Produktion von Komponenten und

20

einbaufähigen Modulen für die Automobilindustrie - und der vom Kläger ausgeübten Tätigkeit als Personalleiter fernliegend. Als Personalleiter war der Kläger - anders als etwa ein Techniker oder Ingenieur - nicht auf eine Anstellung in Unternehmen dieser Branche beschränkt, wie schließlich auch die vom Kläger neu aufgenommene Tätigkeit in einem Unternehmen, das nicht in Konkurrenz zur Beklagten steht, belegt. Diesen Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht gänzlich außer Acht gelassen.

(5) Die Auslegung des Aufhebungsvertrags durch das Landesarbeitsgericht verletzt damit die sich aus §§ 133, 157 BGB ergebenden Auslegungsgrundsätze, weil sie einseitig die Interessen des Klägers berücksichtigt und die bei der Auslegung ebenso zu beachtende Interessenlage der Beklagten weitgehend ausblendet. Zudem berücksichtigt die Auslegung wesentliche tatsächliche Umstände nicht. 21

bb) Der Senat kann den Aufhebungsvertrag selbst auslegen, weil das Landesarbeitsgericht den erforderlichen Sachverhalt vollständig festgestellt hat und kein weiteres tatsächliches Vorbringen der Parteien zu erwarten ist. 22

(1) Das vereinbarte Sonderkündigungsrecht des Klägers ergibt aus Sicht der Parteien nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 157 BGB) nur dann Sinn, wenn der Kläger während des fortbestehenden Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten beabsichtigt, ein neues Arbeitsverhältnis mit einem anderen Arbeitgeber zu begründen. Durch die zu Ziff. 5 des Aufhebungsvertrags getroffene Vereinbarung ist ihm die Möglichkeit eröffnet worden, in Abweichung von den geltenden Kündigungsfristen kurzfristig mit einer Frist von nur drei Werktagen aus dem Arbeitsverhältnis auszuschneiden. Für diesen Fall haben die Parteien eine Kapitalisierung der Vergütung vereinbart. Die Parteien sind dabei offenkundig davon ausgegangen, dass der Kläger nur dann von der Option Gebrauch macht, wenn er einen anderen entsprechend gut bezahlten Arbeitsplatz gefunden hat. Ein solches Verständnis berücksichtigt die Interessen beider Vertragsparteien angemessen, weil sie einerseits dem Kläger Handlungsfreiheit und die freie Berufswahl bei finanzieller Absicherung belässt und andererseits dazu 23

führt, dass die Beklagte durch die sie allein treffenden wirtschaftlichen Belastungen der Freistellung unter Fortzahlung der Vergütung nicht übervorteilt wird. Für die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe Anspruch auf ein doppeltes Gehalt, fehlen in dem Aufhebungsvertrag die erforderlichen Anhaltspunkte.

(2) Die Anrechnung des anderweitig erzielten Verdienstes ist nicht dadurch 24  
ausgeschlossen, dass die Parteien in Ziff. 2 des Aufhebungsvertrags nicht konkret vereinbart haben, zu welchen Zeiten die noch bestehenden Urlaubsansprüche durch Urlaubsgewährung erfüllt werden. Das ist unschädlich, weil die Parteien zu Ziff. 2 des Aufhebungsvertrags vereinbart haben, dass der Kläger vom 21. September 2018 bis zum 30. April 2019 unter Anrechnung aller noch bestehender Urlaubsansprüche sowie Zeitguthaben aus dem Arbeitszeitkonto unter Fortzahlung des monatlichen Entgelts in Höhe von 9.676,00 Euro brutto unwiderruflich von der Arbeit bezahlt freigestellt wird. Damit sind die bestehenden Urlaubsansprüche des Klägers erfüllt worden. Die unterbliebene konkrete Festlegung des Urlaubszeitraums steht dem nicht entgegen, weil nach bisheriger Rechtsprechung der Arbeitnehmer, vorbehaltlich anderer Umstände, einer nicht näher bestimmten Urlaubsfestlegung durch den Arbeitgeber entnehmen kann, dass dieser es ihm überlässt, die zeitliche Lage des Urlaubs innerhalb des Freistellungszeitraums festzulegen (*dazu BAG 16. Juli 2013 - 9 AZR 50/12 - Rn. 17 ff.; 6. September 2006 - 5 AZR 703/05 - Rn. 24, BAGE 119, 232; 19. März 2002 - 9 AZR 16/01 - zu II 2 b bb (2) der Gründe*).

(3) Allerdings hat die Rechtsprechung auch bislang schon anerkannt, dass 25  
der Arbeitnehmer aus wirtschaftlichen Gründen ein berechtigtes Interesse an der zeitlichen Festlegung des Urlaubszeitraums haben kann. Dieses Interesse kann beispielsweise daraus resultieren, dass er sein Verhalten während des Freistellungszeitraums daran ausrichten können möchte, ob ein etwaiger Zwischenverdienst der Anrechnung auf bestehende Entgeltansprüche unterliegt oder nicht (*BAG 16. Juli 2013 - 9 AZR 50/12 - Rn. 19*). Darüber hinaus ist aber auch zu berücksichtigen, dass eine Urlaubserteilung ohne Festlegung des Urlaubszeitraums dann problematisch ist, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis während der

Kündigungsfrist außerordentlich kündigt oder der Arbeitnehmer - wie hier - in einem anderen Arbeitsverhältnis zeitweise anrechenbaren Verdienst erzielt. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Kündigung oder Aufnahme der anderen Tätigkeit seinen Urlaub schon genommen hat. Wäre dies zu verneinen, stünde ihm nach der außerordentlichen Kündigung ein Urlaubsabgeltungsanspruch zu. In Bezug auf den anrechenbaren Verdienst wäre der Urlaubszeitraum konkret zu bestimmen, weil während des Urlaubs trotz eines möglicherweise nach § 8 BUrlG urlaubsrechtswidrigen Erwerbs eine Anrechnung anderweitigen Verdienstes ausscheidet (*BAG 17. Oktober 2012 - 10 AZR 809/11 - Rn. 36, BAGE 143, 203; 25. Februar 1988 - 8 AZR 596/85 - zu I 3 der Gründe, BAGE 57, 366*). Diesen Schwierigkeiten hat der Arbeitgeber grundsätzlich durch eine konkrete Festlegung des Urlaubszeitraums zu begegnen. Hat er dies nicht ausdrücklich getan, ist nach allgemeinen Grundsätzen durch Auslegung zu ermitteln, ob sich der Freistellungserklärung oder -vereinbarung die zeitliche Lage des Urlaubs entnehmen lässt.

(4) In Anwendung dieser Rechtsgrundsätze ist zunächst mit dem Landesarbeitsgericht davon auszugehen, dass die Beklagte einen konkreten Urlaubszeitraum nicht ausdrücklich festgelegt hat. Das Berufungsgericht hat jedoch nicht geprüft, ob sich durch Auslegung der Freistellungsvereinbarung Anhaltspunkte für eine Festlegung des Urlaubszeitraums ergeben. In einem solchen Fall der unterlassenen Auslegung kann das Revisionsgericht die notwendige, vom Berufungsgericht nicht vorgenommene Auslegung selbst vornehmen, wenn dieses die dazu erforderlichen Feststellungen getroffen hat und weitere Feststellungen nicht mehr in Betracht kommen (*BGH 23. Oktober 1985 - VIII ZR 231/84 - zu II 2 a der Gründe, BGHZ 96, 141*). Diese Anforderungen sind vorliegend erfüllt. Maßgeblich für die Auslegung ist der Inhalt des Aufhebungsvertrags, weitere den Abschluss dieser Vereinbarung begleitende Umstände sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

26

(5) Hinreichende Anhaltspunkte für eine konkludente Festlegung der Urlaubszeit auf den Beginn der Freistellung ergeben sich im Streitfall daraus, dass die Parteien zu Ziff. 5 des Aufhebungsvertrags eine Sprinterklausel vereinbart haben, die dem Kläger ein Sonderkündigungsrecht zum kurzfristigen Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten einräumt. In einer solchen Situation ist es unter Berücksichtigung der wechselseitigen Interessen angemessen und naheliegend, von einer während der Zeit der Freistellung zeitlich vorrangigen Erfüllung des Urlaubsanspruchs auszugehen. Dieser soll wegen des mit ihm verbundenen Erholungszwecks zu Beginn der Freistellung erfüllt werden, weil die Parteien es offensichtlich als möglich angesehen haben, dass der Kläger kurzfristig aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Eine Verschiebung der Erfüllung des Urlaubsanspruchs auf einen späteren Zeitpunkt würde den mit der Urlaubserteilung bezweckten Gesundheitsschutz gefährden, weil der Urlaub dann uU nicht mehr tatsächlich gewährt werden könnte. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer sein Annahmeverweigerungsrecht nicht mit dem Ziel verfolgen kann, die Urlaubserteilung überhaupt zu verhindern, um in den Genuss der Urlaubsabgeltung zu kommen. Dies wäre urlaubszweckwidrig, weil die Freistellung die Erholung des Arbeitnehmers sichern soll (*ErfK/Gallner 21. Aufl. BUrlG § 7 Rn. 15*). Dieses Verständnis führt des Weiteren zu hinreichender Klarheit im Hinblick auf das Verbot der Erwerbstätigkeit während des Urlaubs nach § 8 BUrlG. Ebenso ist damit klargestellt, zu welchen Zeiten - nämlich den Urlaubszeiten - keine Anrechnung anderweitigen Erwerbs erfolgt. Rechtlich erhebliche Interessen des Klägers oder der Beklagten, die eine andere Festlegung des Urlaubszeitraums begründen könnten, sind nicht ersichtlich. Entsprechendes gilt für den Ausgleich des noch offenen Zeitguthabens durch Freizeitnahme. Insoweit ist davon auszugehen, dass der Abbau des Zeitguthabens auf dem Arbeitszeitkonto durch bezahlte Freistellung gegenüber der Urlaubserteilung vorrangig erfolgt und bereits mit der Freistellung im Jahre 2018 erfüllt worden ist. Anhaltspunkte für eine abweichende Vereinbarung ergeben sich aus dem Vortrag der Parteien nicht.

27

cc) Der Aufhebungsvertrag lässt offen, welche Rechtsfolge eintritt, wenn der Kläger im Fall der Aufnahme einer anderen Erwerbstätigkeit während des fortbestehenden Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten von der Möglichkeit zur vorzeitigen Beendigung keinen Gebrauch macht. Der Vertrag enthält insoweit eine planwidrige Regelungslücke. 28

(1) Von einer Regelungslücke ist auszugehen, wenn die Parteien einen Punkt übersehen oder wenn sie ihn bewusst offengelassen haben, weil sie ihn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für nicht regelungsbedürftig gehalten haben, und wenn sich diese Annahme nachträglich als unzutreffend herausstellt. Dabei kann von einer planwidrigen Regelungslücke nur gesprochen werden, wenn der Vertrag eine Bestimmung vermissen lässt, die erforderlich ist, um den ihm zugrundeliegenden Regelungsplan der Parteien zu verwirklichen, mithin ohne Vervollständigung des Vertrags eine angemessene, interessengerechte Lösung nicht zu erzielen wäre. Die Vertragslücke ist durch ergänzende Auslegung zu schließen. Dabei ist darauf abzustellen, was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den von ihnen nicht geregelten Fall bedacht hätten (*BGH 4. Dezember 2014 - VII ZR 4/13 - Rn. 27 f.*). 29

(2) Nach dem Vertragszweck und bei sachgemäßer Abwägung der beiderseitigen Interessen hätten redliche und verständige Parteien in Kenntnis der Regelungslücke die Anrechnung des anderweitig erzielten Verdienstes des Klägers vereinbart. Dafür spricht maßgeblich, dass die Parteien bei Vereinbarung der Sprinterklausel davon ausgegangen sind, der Kläger könne eine andere Erwerbstätigkeit vor der vereinbarten Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zum 30. April 2019 aufnehmen, würde dann aber sein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten unter Anwendung des Sonderkündigungsrechts beenden. Im Gegenzug sollte er eine nach Maßgabe von Ziff. 5 des Aufhebungsvertrags zu berechnende Abfindung erhalten. Dem liegt wirtschaftlich betrachtet zugrunde, dass der Kläger während der Zeit der bezahlten Freistellung bis zum 30. April 2019 grundsätzlich finanziell keine Nachteile erleiden sollte, solange er keine andere Beschäftigung aufnimmt. Damit haben die Parteien einerseits der Berufsausübungsfreiheit des 30

Klägers Rechnung getragen und andererseits wirtschaftlich bedacht, dass die Beklagte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses von ihrer Entgeltzahlungspflicht gegenüber dem Kläger befreit wird und hierfür dem Kläger einen finanziellen Ausgleich schulden soll. Wird dieser vereinbarte Ablauf und Ausgleich der Interessen nicht eingehalten, weil der Kläger, ohne das bestehende Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu kündigen, eine neue Erwerbstätigkeit aufnimmt und hierdurch während der Freistellung zusätzlich anderweitigen Verdienst erzielt, stünde er finanziell besser, weil er eine doppelte Vergütung erhielte. Da aber erst die unwiderrufliche Freistellung dem Kläger die Möglichkeit eröffnet hat, anderweitigen Verdienst zu erzielen, er das für diesen Fall vertraglich eingeräumte Sonderkündigungsrecht aber nicht wahrgenommen hat, ist das vereinbarte Interessengefüge in Schieflage geraten. Rechtsfolgen sieht der Aufhebungsvertrag für diese Konstellation indes nicht vor. Er erweist sich insoweit als lückenhaft, weil nach dem ihm zugrundeliegenden Regelungsplan zur Verwirklichung eines angemessenen Ausgleichs der Interessen eine Regelung erforderlich ist. Diese Regelungslücke ist dergestalt zu schließen, dass eine Anrechnung des anderweitig erzielten Verdienstes vorzunehmen ist. Durch dieses „zu-Ende-Denken“ des Aufhebungsvertrags wird wirtschaftlich wieder der Zustand hergestellt, der bis zur Aufnahme der neuen Erwerbstätigkeit bestand. Der Kläger erleidet durch die Freistellung keine wirtschaftlichen Nachteile, er soll aber auch keine ungerechtfertigten Vorteile erzielen (*vgl. Bauer/Baeck NZA 1989, 784, 785*).

3. Eine Anrechnung anderweitigen Verdienstes scheidet aus, soweit die Beklagte dem Kläger im Kalenderjahr 2019 Urlaub gewährt hat. Zum Umfang dieses Teilurlaubsanspruchs fehlt es an Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, weshalb der Senat in der Sache nicht endentscheiden kann und diese an das Landesarbeitsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

31

a) Der Kläger hat nach § 5 Abs. 1 Buchst. c BUrlG bis zum Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis am 30. April 2019 einen anteiligen Urlaubsanspruch erworben. Dem steht § 6 Abs. 1 BUrlG nicht entgegen. Der dort geregelte Ausschluss von Doppelansprüchen kommt nur zur Anwendung, wenn der Arbeitnehmer aus seinem bisherigen Arbeitsverhältnis ausgeschieden ist und anschließend im selben Kalenderjahr ein neues Arbeitsverhältnis begründet. Dann wird der Urlaubsanspruch im neuen Arbeitsverhältnis ganz oder teilweise ausgeschlossen, wenn Urlaubsansprüche schon im früheren Arbeitsverhältnis erfüllt worden sind und im neuen Arbeitsverhältnis kein Anspruch auf eine höhere Anzahl von Urlaubstagen entsteht (*BAG 21. Februar 2012 - 9 AZR 487/10 - Rn. 16, BAGE 141, 27; ErfK/Gallner 21. Aufl. BUrlG § 6 Rn. 2; Schaub ArbR-HdB/Linck 18. Aufl. § 104 Rn. 38*). Eine analoge Anwendung des § 615 Satz 2 BGB in Bezug auf die für das Jahr 2019 entstandenen Urlaubsansprüche scheidet gleichfalls aus. Diese ist vorzunehmen, wenn der Arbeitnehmer nach einer Kündigung ein Arbeitsverhältnis mit einem anderen Arbeitgeber eingeht und er die Pflichten aus diesem neuen Arbeitsverhältnis nur erfüllen kann, weil er nach Ablauf der Kündigungsfrist vom bisherigen Arbeitgeber nicht mehr beschäftigt wird. Unter diesen Voraussetzungen muss er sich, wenn die Unwirksamkeit der Kündigung später festgestellt wird, den vom neuen Arbeitgeber gewährten Urlaub auf den im gekündigten Arbeitsverhältnis entstandenen Urlaub anrechnen lassen (*BAG 21. Februar 2012 - 9 AZR 487/10 - Rn. 22, aaO*). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Ob diese Grundsätze auch dann zu gelten haben, wenn der Arbeitnehmer im Lauf der Freistellung Urlaub von einem neuen Arbeitgeber erhalten hat, bedarf keiner Entscheidung, weil der Kläger in dem neuen Arbeitsverhältnis bis zum 30. April 2019 die Wartezeit des § 4 BUrlG noch nicht erfüllt hatte.

32

b) Den erworbenen Teilurlaubsanspruch hat die Beklagte nach den Vereinbarungen der Parteien in Ziff. 2 des Aufhebungsvertrags unmittelbar zu Beginn des Kalenderjahres 2019 erfüllt (*vgl. Rn. 27*). Während der Zeit der Urlaubsgewährung erfolgt keine Anrechnung anderweitigen Verdienstes (*vgl. Rn. 25*). Das Landesarbeitsgericht hat den Umfang des anteiligen Urlaubsanspruchs für das Kalenderjahr 2019 festzustellen. Die Klage ist in Höhe des sich daraus ergebenden Urlaubsentgeltanspruchs (§§ 1, 11 BUrlG) begründet.

33



II. Im fortgesetzten Berufungsverfahren wird das Landesarbeitsgericht auch 34  
über die Kosten der Revision zu entscheiden haben.

Linck

Biebl

Volk

Zorn

Ilgenfritz-Donné