

# BUNDESARBEITSGERICHT

Moot Court 2017/2018

## Lösungshinweise

Die folgenden Lösungshinweise sollen die rechtlichen Aspekte aufzeigen, die bei der Bearbeitung des Falls eine Rolle spielen können. Sie erheben weder den Anspruch auf Vollständigkeit noch schließen sie andere rechtlich begründete Überlegungen zwingend aus.

### Inhalt

A.	Grundfall .....	1
I.	Klageantrag zu 1. (Urlaubsgewährung) .....	1
II.	Klageantrag zu 2. (entfallener Notdienst).....	9
B.	Fallvariante .....	17
Sachverhalt.....		17
Lösungshinweise .....		17

### A. Grundfall

#### I. *Klageantrag zu 1. (Urlaubsgewährung)*

Der zulässige Klageantrag wäre begründet, wenn dem Kläger im Zeitraum ab dem 24. Februar 2018 noch ein Urlaubsanspruch im Umfang von 10 Arbeitstagen aus dem Jahr 2017 zusteht.

Anmerkung: Nicht ganz unproblematisch ist die Beschränkung des Streitgegenstands auf Urlaub aus 2017. Das BAG geht grundsätzlich davon aus, dass der übertragene Urlaub zu dem am 1. Januar entstehenden Urlaubsanspruch hinzutritt. Da A am 1. Januar einen (neuen) Urlaubsanspruch in Höhe von 25 Arbeitstagen erworben hat, hätte er grundsätzlich ja auf jeden Fall einen ausreichend

großen Urlaubsanspruch. Da es zulässig sein dürfte, den Urlaubsantrag unter der Bedingung zu stellen, dass noch in dem fraglichen Umfang Urlaub aus 2017 gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG übertragen wurde (siehe dazu unten), müsste auch ein entsprechender Klageantrag möglich sein.

Keiner näheren Erörterung bedarf die Frage, ob es sich um gesetzlichen Mindesturlaub nach dem BUrlG oder um vertraglich vereinbarten Mehrurlaub handelt. Soweit nichts anderes vereinbart wird, ist davon auszugehen, dass ein vertraglicher Mehrurlaub denselben Regelungen unterfallen soll wie der gesetzliche Mindesturlaub. Für einen Regelungswillen der Parteien des Einzelarbeitsvertrags, der zwischen gesetzlichen und übergesetzlichen vertraglichen Ansprüchen unterscheidet, müssen im Rahmen der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB deutliche Anhaltspunkte bestehen (*BAG 24. März 2009 – 9 AZR 983/07 – Rn. 84, BAGE 130, 119*). Entsprechende Anhaltspunkte sind hier nicht zu erkennen. Daher kommt es auch nicht darauf an, ob die Beklagte eine Tilgungsbestimmung vorgenommen hat (*zur Tilgungsbestimmung bei Urlaubsgewährung vgl. BAG 7. August 2012 – 9 AZR 760/10 – BAGE 143, 1*).

1. Ein etwaiger Urlaubsanspruch aus 2017 ist nicht am 31. Dezember 2017 untergegangen. Zwar ist der Urlaubsanspruch grundsätzlich auf das Urlaubsjahr befristet (*vgl. nur ErfK/Gallner 18. Aufl. BUrlG § 7 Rn. 34*), hier lagen aber die Übertragungsvoraussetzungen des § 7 Abs. 3 Satz 2 Alt. 1 BUrlG vor. Nach dem Sachverhalt waren aufgrund wichtiger unaufschiebbarer Aufträge dringende betriebliche Gründe gegeben.

2. Der Kläger hat für den fraglichen Zeitraum einen Urlaubswunsch iSd. § 7 Abs. 1 BUrlG geäußert.

a) Zwar hat der Kläger seinen Urlaubswunsch unter die Bedingung gestellt, er wolle (nur) Urlaub aus dem Jahr 2017 haben. Das dürfte aber der Beachtlichkeit des Urlaubswunsches nicht entgegenstehen. Der Arbeitnehmer muss die Möglichkeit haben, seinen Urlaub für das Jahr zu planen. Insofern macht es einen Unterschied, ob ihm 25 oder 50 Urlaubstage zur Verfügung stehen. So könnte es sein, dass A die 25 Tage „neuen“ Urlaub aus 2018 benötigt,

um die Betreuung seiner drei Kinder in den Sommer-, Herbst- und Weihnachtsferien abzudecken.

b) Da der Kläger einen Urlaubs“antrag“ für die Zeit vom 12. Februar bis 9. März 2017 gestellt hat, kann die dogmatische Frage, ob der Urlaubsanspruch sofort mit seinem Entstehen am Jahresanfang fällig ist, oder ob es zunächst eines Wunsches iSd. § 7 Abs. 1 BUrlG bedarf (vgl. *Weber RdA 1995, 229, 230*), offen bleiben. Auch besteht kein Anlass zur Diskussion der vom Neunten Senat dem EuGH vorgelegten Frage, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, den gesamten Jahresurlaub innerhalb des Urlaubsjahres auch ohne die Äußerung von Urlaubswünschen durch den Arbeitnehmer zu gewähren (vgl. *BAG 13. Dezember 2016 – 9 AZR 541/15 (A) –*).

c) Die Beklagte kann dem Urlaubswunsch keine Gründe iSd. § 7 Abs. 1 Satz 1 aE BUrlG entgegenhalten. Dieses Recht steht dem Arbeitgeber bei der Gewährung im Übertragungszeitraum nach § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG nicht zu (*ErfK/Gallner 18. Aufl. BUrlG § 7 Rn. 64*). Abgesehen davon enthält der Sachverhalt keine Hinweise auf das Vorliegen solcher Gründe.

3. Der Urlaubsanspruch des Klägers aus dem Jahr 2017 dürfte nicht durch Erfüllung im Umfang von 10 Tagen im Zeitraum vom 19. Juni bis einschließlich 2. Juli 2017 erloschen sein. Die vom Arbeitgeber geschuldete Erfüllungshandlung ist die Freistellungserklärung. Der Leistungserfolg tritt ein, wenn der Arbeitnehmer infolge der Freistellungserklärung tatsächlich von der Arbeitspflicht befreit wird (vgl. *BAG 9. August 2016 – 9 AZR 575/15 – Rn. 15 mwN, BAGE 156, 65; 24. März 2009 – 9 AZR 983/07 – Rn. 25 mwN, BAGE 130, 119*).

a) Die Geschäftsführerin der Beklagten hat auf dem Formular den Satz „Der Urlaub wird antragsgemäß erteilt“ angekreuzt und das Formular an den Kläger zurückgegeben. Fraglich ist, ob darin eine ausreichende Freistellungserklärung zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs liegt. Die Freistellungserklärung des Arbeitgebers ist als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung nach § 133 BGB aus der objektivierten Sicht des Empfängers auszulegen (vgl. *BAG 24. März 2009 – 9 AZR 983/07 – Rn. 25, BAGE 130, 119*). Die zur Erfüllung des

Urlaubsanspruchs erforderliche Erklärung des Arbeitgebers muss hinreichend deutlich erkennen lassen, dass der Arbeitnehmer zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs von der Arbeitspflicht befreit wird.

Aus Sicht der Beklagten dürfte hier aufgrund des klaren Wortlauts des Formulars kein Problem liegen.

Aus Sicht des Klägers könnte geltend gemacht werden, dass die Erklärung für den Kläger so zu verstehen war, dass er zwar nicht im Betrieb zu erscheinen hatte, aber telefonisch erreichbar sein muss. Zwar enthält weder der Urlaubsantrag noch die Erklärung der Beklagten ausdrücklich einen entsprechenden Vorbehalt. Nach § 133 BGB ist bei der Auslegung einer Willenserklärung jedoch nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. Der Kläger war in den letzten Urlauben immer telefonisch für die Beklagte und für Kunden erreichbar. Aufgrund dieses Umstands könnte die Erklärung der Geschäftsführerin der Beklagten so zu verstehen sein, dass der Kläger auch vom 19. Juni bis zum 2. Juli erreichbar sein muss. Dafür, dass beide Parteien die Erklärung der Beklagten im Januar so verstanden haben, könnte auch das Gespräch vor dem Urlaubsbeginn herangezogen werden. Hier hat die Geschäftsführerin die Erreichbarkeit des Klägers nicht ernsthaft bezweifelt. Wenn so argumentiert wird, wäre sodann zu diskutieren, ob die Freistellungserklärung unter dem Vorbehalt der ständigen Erreichbarkeit einer Erfüllung des Urlaubsanspruchs entgegensteht (siehe unten).

b) Auch wenn man davon ausgeht, dass im Januar eine vorbehaltlose Freistellungserklärung von der Beklagten abgegeben wurde, so dass die Arbeitspflicht des Klägers in der Zeit vom 19. Juni bis einschließlich 2. Juli an sich vollständig aufgehoben war, wäre sodann zu prüfen, ob zwischen der Geschäftsführerin der Beklagten und dem Kläger nicht kurz vor dem Urlaubsbeginn eine Erreichbarkeit während des Urlaubs vereinbart worden ist (*zur Qualifikation „ständiger Erreichbarkeit“ vgl. Krause NZA-Beilage 2017, 53, 56 f.*).

Die Vertreter der Beklagten würden sich darauf berufen, dass es sich um eine bloße Frage der Geschäftsführerin gehandelt habe, der erkennbar kein rechtlicher Erklärungswert zukommen sollte. Die einseitige Ausübung des Di-

rektionsrechts wäre auch gar nicht möglich gewesen. Insofern ist anerkannt, dass der Arbeitgeber den einmal gewährten Urlaub nicht einseitig widerrufen kann (*BAG 14.3.2006 - 9 AZR 11/05 - Rn. 19*). Erkennbar habe es sich auch nur um eine unverbindliche Frage gehandelt, in der kein Angebot auf eine einvernehmliche Beschränkung der ursprünglich unbeschränkt erteilten Freistellung gesehen werden könne.

Die Vertreter des Klägers könnten dagegen argumentieren, dass im Verhältnis Arbeitgeber / Arbeitnehmer eine strukturelle Ungleichgewichtslage bestehe und hier in der Formulierung „doch hoffentlich“ zum Ausdruck gebracht worden sei, dass ein „Nein“ kaum akzeptiert worden wäre. Der Kläger habe die Aussage der Geschäftsführerin als verbindliche Aufforderung verstehen müssen, dem Ansinnen zuzustimmen. Man müsse auch davon ausgehen, dass es wahrscheinlich zu arbeitsrechtlichen Konsequenzen geführt hätte, wenn der Kläger entgegen seiner Zusage im Urlaub an der Ostsee zwei Wochen lang nicht zu erreichen gewesen wäre. Wird das Recht des Arbeitgebers vereinbart, „jederzeit anrufen zu können“, so wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dies schließe eine Urlaubsgewährung im Rechtssinne aus (*Däubler ZTR 2016, 359, unter 2.2*). Dies wird mit der Überlegung begründet, dass der Arbeitnehmer nicht selbstbestimmt über die Verwendung seiner Freizeit bestimmen (und sich dadurch erholen) könne, wenn er damit rechnen müsse, doch zu einem Stück Arbeit herangezogen zu werden. *Gaul (DB 2013, 60, 62)* weist auf die Rechtsprechung des BAG (*20. Juni 2000 - 9 AZR 405/99 - jurisRn. 22*) hin, nach der es dem Arbeitnehmer uneingeschränkt zu ermöglichen ist, anstelle der geschuldeten Arbeitsleistung die ihm aufgrund des Urlaubsanspruchs zustehende Freizeit selbstbestimmt zu nutzen. Das ist dann nicht gewährleistet, wenn der Arbeitnehmer trotz der Freistellung ständig damit rechnen muss, zur Arbeit abgerufen zu werden.

Die Vereinbarung der Parteien kann auch nicht dahingehend ausgelegt werden, dass die Beklagte dem Kläger pro Tag 7 Stunden und 15 Minuten Urlaub gewährt hat und A für die restlichen 45 Minuten seine Arbeitsleistung per Telefon zu erbringen hat. Eine solche Vereinbarung wäre nicht wirksam (*vgl. Krause 71. DJT Gutachten B 55*). Im Urlaubsrecht gilt weiterhin das Tagesprin-

zip, er kann nicht stunden- sondern nur tageweise gewährt werden (*BAG 29. Juli 1965 – 5 AZR 380/64 – BAGE 17, 263; die Frage der Möglichkeit der Gewährung von Erholungsurlaub in Form von halben Tagen ist vom BAG im Urteil vom 27. Juni 2017 - 9 AZR 120/16 - wegen der Unzulässigkeit des Klageantrags nicht beantwortet worden; vgl. zu den Argumenten die Vorinstanz LAG Hamburg 21. September 2015 – 8 Sa 46/14 – jurisRn. 15 ff.*).

Ebenso, wie der Urlaubsanspruch fortbesteht, wenn sich der Arbeitgeber vorbehält, den Arbeitnehmer aus dem Urlaub zurückzurufen (*vgl. BAG 14. März 2006 – 9 AZR 11/05 – Rn. 17; vgl. Schinz JM 2016, 193, 194*), besteht er nach der h.M. in der Literatur auch fort, wenn sich der Arbeitgeber vorbehält, den Arbeitnehmer jederzeit im Urlaub anzurufen (*Gaul DB 2013, 60, 62; Krause 71. DJT Gutachten B 55*). Dabei sollte jedoch genau differenziert werden, ob schon keine wirksame Urlaubserteilung vorliegt, oder ob der Urlaub erteilt wurde und nur der Vorbehalt nach § 13 Abs. 1 Satz 3 BUrlG unwirksam ist (*so wohl BAG 20. Juni 2000 - 9 AZR 405/99 - jurisRn. 30: „Eine Vereinbarung, in der sich der Arbeitnehmer gleichwohl verpflichtet, den Urlaub abubrechen und die Arbeit wieder aufzunehmen, verstößt gegen § 13 Abs. 1 BUrlG; sie ist rechtsunwirksam. Danach kann von § 1 BUrlG weder durch die Tarifvertragsparteien noch durch eine einzelvertragliche Abrede zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Hierfür ist unerheblich, ob der Urlaub von vornherein im Einvernehmen mit dem Arbeitnehmer unter Vorbehalt gewährt wird oder ob er zunächst vorbehaltlos bewilligt wird und sich der Arbeitnehmer erst zeitlich später - vor Urlaubsantritt - verpflichtet, dem Arbeitgeber auf dessen Verlangen zur Arbeitsleistung zur Verfügung zu stehen. In beiden Fällen bewirkt das vereinbarte Recht des Arbeitgebers zum Rückruf des Arbeitnehmers aus dem Urlaub, dass der Arbeitnehmer für die Dauer der Freistellung entgegen § 1 BUrlG nicht uneingeschränkt von seiner Arbeitspflicht befreit wird. Das kann rechtswirksam nicht vereinbart werden.“*). Insofern könnte sich die Arbeitgeberseite im vorliegenden Fall darauf berufen, dass nach der wirksamen Urlaubserteilung zu Jahresbeginn nur die vor Urlaubsbeginn getroffene Absprache unwirksam sei.

Anmerkung: Nach Auffassung des Neunten Senats ist § 13 Abs. 1 kein Verbotsgesetz iSd. § 134 BGB (*BAG 20. Juni 2000 - 9 AZR 405/99 - jurisRn. 31; aA - ohne nä-*

*here Begründung - NFK/Neumann BUrlG 11. Aufl. § 13  
Rn. 49; Schinz jM 2016, 193, 195).*

c) Geht man davon aus, dass die Beklagte eine vorbehaltlose Freistellungserklärung abgegeben hat, so ist zu problematisieren, wie es sich auf die Erfüllung des Urlaubsanspruchs auswirkt, dass der Kläger in der Zeit vom 19. Juni bis einschließlich 2. Juli arbeitstäglich ca 45 Minuten für die Beklagte Telefonate geführt und WhatsApp-Anfragen beantwortet hat. Dogmatischer Ansatzpunkt könnte hier sein, dass der Leistungserfolg nach der Rechtsprechung nur eintritt, wenn der Arbeitnehmer infolge der Freistellungserklärung tatsächlich von der Arbeitspflicht befreit wird. Tatsächlich hat der Kläger aber jeden Tag Arbeitsleistungen für die Beklagte erbracht. Es könnte dem Arbeitgeber auch nach Treu und Glauben verwehrt sein, sich auf die Erfüllung des Urlaubsanspruchs zu berufen, weil er sich mit seiner Kontaktaufnahme während des Urlaubs in Widerspruch zu seiner Freistellungserklärung setzt (*vgl. demnächst MünchHB ArbR/Klose 4. Aufl. § 86 Rn. 5a*).

Die wohl h.M. in der Literatur geht davon aus, dass es (noch) keine Auswirkung auf die Erfüllung des Urlaubsanspruchs hat, wenn der Arbeitnehmer ein Smartphone oder einen Tablet-PC mit in den Urlaub nimmt, und der Arbeitgeber, der die Telefonnummer kennt, hiervon Kenntnis hat (*Gaul DB 2013, 60, 62; Krause 71. DJT Gutachten B 56 Fn. 253*). Nimmt der Arbeitgeber aber tatsächlich im Urlaubszeitraum Kontakt mit dem Arbeitnehmer auf, so wird teilweise vertreten, dass jede Kontaktaufnahme zu einer Nichterfüllung des Urlaubsanspruchs an dem Tag führt (*vgl. Buschmann PersR 2013, 247, 250*). Andere wollen nach der Intensität der Beeinträchtigung unterscheiden. Bleibe es bei einem kurzen Gespräch von bis zu zehn (*vgl. Däubler ZTR 2016, 359, unter 2.2*) bzw. bis zu 15 (*Krause 71. DJT Gutachten B 56*) Minuten, soll dies ohne rechtliche Konsequenzen bleiben; ansonsten werde der Urlaubsanspruch nicht erfüllt. Es ist allerdings auch darauf hingewiesen worden, dass mehrere kurze Unterbrechungen über den Tag verteilt, erhebliche Auswirkungen auf die Möglichkeit zur Erholung und Entspannung haben können (*Falder NZA 2010, 1150, 1156*).

Als dogmatischer Ansatzpunkt könnte von der Klägerseite der Rechtsgedanke des § 8 BUrlG herangezogen werden. Nach dieser Vorschrift darf der Arbeitnehmer während des Urlaubs keine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit leisten. Der Kläger kann sich insoweit auf den Wortlaut der Norm berufen. Dem könnte von der Beklagten entgegengehalten werden, dass die Norm bisher immer dahingehend verstanden worden ist, dass es dem Arbeitnehmer verboten ist, bei einem anderen Arbeitgeber anderweitige Erwerbstätigkeit zu leisten (vgl. zB *NK-GA/Düwell § 8 BUrlG Rn. 4; Friese Urlaubsrecht Rn. 509; HWK/Schinz 7. Aufl. Rn. 1*). Vor allem aber nimmt die h.M. bei einem Verstoß gegen § 8 BUrlG an, dass dies der Erfüllung des Urlaubsanspruchs nicht entgegensteht (*Powietzka/Rolf 2. Aufl. § 8 BUrlG Rn. 14; AR/Gutzeit 8. Aufl. § 8 Rn. 8; LAG Rheinland-Pfalz 23. Mai 2014 – 7 Sa 66/14 –*).

Die Prozessbevollmächtigten der Beklagten könnten - auch vor dem Hintergrund der ungeklärten Folgen der Nichterfüllung - argumentieren, der Urlaubsanspruch werde auf jeden Fall erfüllt. Erbringe der Arbeitnehmer trotz der zunächst erklärten Freistellung auf Veranlassung des Arbeitgebers während des Urlaubs Arbeitsleistungen, so hätte dies allenfalls andere Folgen, etwa einen Anspruch auf Überstundenvergütung für die erbrachte Arbeitszeit. Dies bedürfte im Hinblick auf den Streitgegenstand - eingeklagt ist die Gewährung von Urlaub durch Freistellung von der Arbeit - jedoch keiner abschließenden Klärung.

d) Keine Auswirkung auf die Erfüllung des Urlaubsanspruchs hat es nach der aktuellen Rechtsprechung des BAG, dass das Urlaubsentgelt entgegen § 11 Abs. 2 BUrlG nicht vor dem Urlaubsantritt gezahlt worden ist. Die Prozessbevollmächtigten des Klägers könnten dies zwar unter Rückgriff auf die frühere Rechtsprechung des BAG geltend machen (vgl. zur alten Rspr. *BAG 9. Januar 1979 - 6 AZR 647/77 -*). Die Prozessbevollmächtigten der Beklagten sollten sich dagegen darauf berufen, dass es sich bei der Vorschrift um eine bloße Fälligkeitvorschrift handele. Auch unionsrechtlich ist nach der Rechtsprechung des Urlaubssenats keine andere Beurteilung geboten (vgl. *BAG 10. Februar 2015 – 9 AZR 455/13 – Rn. 22, BAGE 150, 355*). Bei seiner Abreise an die Ostsee be-

stand für den Kläger kein Anhaltspunkt dafür, daran zu zweifeln, dass die Beklagte ihm Urlaubsentgelt zahlen werde.

e) Die Klägervertreter können gegen eine Erfüllung des Urlaubsanspruchs auch auf § 7 Abs. 2 Satz 1 BUrlG verweisen. Danach ist der Urlaub zusammenhängend zu gewähren, es sei denn, dass dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe eine Teilung des Urlaubs erforderlich machen. Der Kläger könnte sich insofern darauf berufen, dass der bloße Wunsch des Arbeitnehmers noch nicht zur Teilung berechtige (vgl. *NK-GA/Düwell § 7 BUrlG Rn. 34 mwN*). Dem könnten die Prozessbevollmächtigten der Beklagten entgegenhalten, dass hier Gründe in der Person des Klägers vorgelegen hätten. Hierunter können auch familiäre Gründe fallen (vgl. *NFK/Neumann BUrlG 11. Aufl. § 7 Rn. 60*).

Anmerkung: Das Gebot des zusammenhängenden Urlaubs wird in der betrieblichen Praxis häufig nicht beachtet (vgl. *NK-GA/Düwell § 7 BUrlG Rn. 34 mwN*). Angesichts der seit Einführung der Norm erfolgten Verlängerung des Urlaubs hat das Gebot an Bedeutung verloren (vgl. *ErfK/Gallner 18. Aufl. § 7 BUrlG Rn. 25*).

## **II. Klageantrag zu 2. (entfallener Notdienst)**

1. Der Kläger könnte einen Anspruch auf Zahlung der eingeklagten 180,00 Euro brutto zuzüglich Zinsen iHv. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juli 2017 aus dem Arbeitsvertrag iVm. § 611a Abs. 2 BGB iVm. § 11 BUrlG haben.

Anmerkung: Mit der Prüfung eines Anspruchs auf Urlaubsentgelt zu beginnen, bietet sich grundsätzlich nur dann an, wenn im Rahmen des Klageantrags zu 1. davon ausgegangen wurde, der Kläger habe am Samstag, 24. Juni 2017, Erholungsurlaub gehabt. Aus Arbeitgebersicht wird dies regelmäßig der Fall gewesen sein. Aus Sicht des Klägers kommt man zu dem Ergebnis, wenn man darauf abstellt, dass sich die Freistellungserklärung durchgehend auf den Zeitraum 19. Juni bis zum 2. Juli 2017 bezog und ein Erfüllungshindernis wegen der Kontakte über das Smartphone nur an den Tagen von Montag bis Freitag bestand. An dem Samstag wäre der Kläger

hingegen von der Arbeit tatsächlich befreit gewesen und könnte für diesen Tag Urlaubsentgelt verlangen.

Gehen die Prozessbevollmächtigten des Klägers hingegen - mit entsprechenden Argumenten, zB dem aus § 7 Abs. 2 BUrlG zu gewinnenden Rechtsgedanken, dass Urlaub grundsätzlich zusammenhängend zu gewähren ist, damit er seinen Zweck erfüllen kann (vgl. *NFK/Neumann BUrlG 11. Aufl. § 7 Rn. 55*) - davon aus, dass am 24. Juni 2017 der Anspruch auf Erholungsurlaub nicht erfüllt wurde, müsste der Anspruch vorrangig auf eine andere Anspruchsgrundlage gestützt werden (siehe dazu unten) und sollte - aus anwaltlicher Vorsicht - nur vorsorglich auch auf das BUrlG gestützt werden.

a) Nach der Rechtsprechung des BAG haben die Arbeitnehmer nach § 1 BUrlG Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Damit ist ihr Arbeitsentgelt gem. § 611a Abs. 2 BGB iVm. § 11 Abs. 1 BUrlG während der Freistellung von der Arbeit als Urlaubsentgelt weiterzuzahlen (*BAG 22. Januar 2002 - 9 AZR 601/00 - zu A II 1 der Gründe, BAGE 100, 189; 15. Dezember 2009 - 9 AZR 887/08 - Rn. 14; aA Weber RdA 1995, 229, 232; beachte: da der Fall nach dem 1. April 2017 spielt, sollte § 611a Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage herangezogen werden, nicht mehr § 611 Abs. 1 BGB*). Die Höhe des Anspruchs ergibt sich aus dem Zeit- und dem Geldfaktor. Mit dem *Zeitfaktor* bestimmt sich die am jeweiligen Urlaubstag infolge der Freistellung ausfallende Arbeitszeit, für die das Urlaubsentgelt fortzuzahlen ist. Der *Geldfaktor* bemisst den für die Ausfallzeit zugrunde zu legenden Verdienst. Seine Bemessung ist in § 11 Abs. 1 BUrlG geregelt. Das Gesetz stellt dazu - mit Ausnahme der kraft besonderer gesetzlicher Wertung ausgeschlossenen zusätzlichen Überstundenvergütung - auf das in den letzten 13 Wochen vor der Urlaubsgewährung erhaltene Arbeitsentgelt ab. Es ist somit bei einem Stundenlohn der während des Bezugszeitraums verdiente Stundenlohn zu ermitteln.

b) Ein Anspruch auf die Bezahlung der vollen  $6 \cdot 30,00 = 180,00$  Euro bestünde nur dann, wenn der Kläger überhaupt Entgelt für sechs Überstunden verlangen könnte, die er nur wegen des Urlaubs nicht erbringt, und wenn für solche entfallenden Überstunden zudem über den Grundstundenlohn hinaus noch ein Überstundenzuschlag zu zahlen wäre.

aa) Nach der Rspr. des BAG müssen trotz der durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25. September 1996 eingefügten Formulierung „mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes“ in § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG während des Urlaubs ansonsten zu leistende Überstunden berücksichtigt werden (*BAG 22. Februar 2000 – 9 AZR 107/99, zu I 4 b der Gründe – BAGE 93, 376; 9. November 1999 – 9 AZR 771/98 – zu I 3 a der Gründe, BAGE 92, 343*). Die in § 1 BUrlG begründete Verpflichtung des Arbeitgebers, grundsätzlich alle infolge der Arbeitsbefreiung ausfallenden Arbeitsstunden zu vergüten (Zeitfaktor), hat weder in § 11 Abs. 1 BUrlG noch an anderer Stelle eine einschränkende Regelung erfahren.

Diese Rechtsprechung ist freilich nicht ohne Widerspruch in der Literatur geblieben (*vgl. nur Gutzeit Anm. zu BAG EzA § 11 BUrlG Nr. 46; NFK/Neumann BUrlG 11. Aufl. § 11 Rn. 44 mwN*). Es wird u.a. kritisiert, die Rechtsprechung beachte nicht ausreichend den Willen des Gesetzgebers.

Mit der jüngeren Rechtsprechung des BAG dürfte dem entgegenzuhalten sein, dass § 1 BUrlG richtlinienkonform auszulegen ist (*vgl. BAG 20. September 2016 – 9 AZR 429/15 – Rn. 19; vgl. auch HWK/Schinz 7. Aufl. § 11 BUrlG Rn. 32a*). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) bedeutet der in Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie enthaltene Begriff des „bezahlten“ Jahresurlaubs, dass das Arbeitsentgelt für die Dauer des Jahresurlaubs im Sinne der Richtlinie weiter zu gewähren ist. Der Arbeitnehmer muss für diese Ruhezeit das gewöhnliche Arbeitsentgelt erhalten (*EuGH 22. Mai 2014 - C-539/12 - [Lock] Rn. 16; 15. September 2011 - C-155/10 - [Williams ua.] Rn. 19, Slg. 2011, I-8409; 16. März 2006 - C-131/04 - [Robinson-Steele ua.] Rn. 50, Slg. 2006, I-2531*). Durch das Erfordernis der Zahlung des Urlaubsentgelts soll der Arbeitnehmer während des Jahresurlaubs in eine Lage versetzt werden, die in Bezug auf das Entgelt mit den Zeiten geleisteter Arbeit vergleichbar ist (*EuGH 22. Mai 2014 - C-539/12 - [Lock] Rn. 17 mwN*). Dabei muss jede Unannehmlichkeit, die untrennbar mit der Erfüllung der dem Arbeitnehmer nach seinem Arbeitsvertrag obliegenden Aufgaben verbunden ist und durch einen in die Berechnung des Gesamtentgelts des Arbeitnehmers eingehenden Geldbetrag abgegolten wird, zwingend Teil des Betrags

sein, auf den der Arbeitnehmer während seines Jahresurlaubs Anspruch hat (*EuGH 22. Mai 2014 - C-539/12 - [Lock] Rn. 29*). Dazu dürfte jedenfalls das Grundentgelt für Überstunden zählen. Hiergegen könnte von den Prozessbevollmächtigten der Beklagten noch eingewandt werden, dass es sich in Bezug auf die Überstunden wegen des im Wortlaut des § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG zum Ausdruck kommenden klaren Willens des Gesetzgebers um eine unzulässige Auslegung des nationalen Rechts *contra legem* handele (*vgl. zur den Schranken der richtlinienkonformen Auslegung BAG 21. März 2017 - 3 AZR 718/15 - Rn. 30 mwN*).

Bei der Subsumtion unter die Ansicht des BAG ergeben sich weitere Argumentationsspielräume bei der Ermittlung des Zeitfaktors. Der Kläger meint, er hätte am 24. Juni wahrscheinlich genauso wie am 10. Juni im Rahmen des Notdienstes 6 Stunden arbeiten müssen. Hierfür könnte sprechen, dass aufgrund saisonaler Schwankungen auf den jeweiligen Monat als Indiz abgestellt werden sollte. Die Prozessbevollmächtigten der Beklagten sollten - vorsorglich, auch wenn sie sich gegen jegliche Vergütung von Überstunden aussprechen - argumentieren, dass auch hierbei entsprechend der Regelung in § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG auf den Durchschnitt der letzten dreizehn Wochen als repräsentativem Zeitraum abgestellt werden sollte. Dabei stellt sich dann auch noch die Frage, ob auf die letzten drei abgerechneten Monate (hier: März, April und Mai) oder auf die letzten dreizehn Wochen vor dem tatsächlichen Urlaubsbeginn abgestellt. Folgt man dem ersten Ansatz, so hat der Kläger im Durchschnitt nur 4,3 Stunden Notdienst an Samstagen erbracht, nach dem zweiten Ansatz im Durchschnitt 4,6 Stunden. Stellt man auf alle bisher erbrachten Notdienste ab, ergibt sich ein Durchschnitt von 4,5 Stunden.

bb) Fraglich ist, ob K über die Grundvergütung iHv. 25,00 Euro/Stunde hinaus weitere 5,00 Euro/Stunden im Sinne des arbeitsvertraglich vereinbarten Überstundenzuschlags verlangen kann. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG ist dies nicht der Fall. Seit der Gesetzesänderung im Jahre 1996 besteht dazu keine Verpflichtung mehr, weil der "zusätzlich für Überstunden" gezahlte Arbeitsverdienst bei der Bemessung des Urlaubsentgelts nun nicht mehr

zu berücksichtigen ist (9. November 1999 – 9 AZR 771/98 – zu I 3 a der Gründe, BAGE 92, 343). Der Arbeitnehmer erhält keine als Zuschläge bezeichneten Zusatzleistungen für während des Urlaubs nicht geleistete Überstunden.

Diese Rspr. könnte aber im Widerspruch zur oben aufgezeigten Rechtsprechung des EuGH stehen. Wenn jede Unannehmlichkeit, die untrennbar mit der Erfüllung der dem Arbeitnehmer nach seinem Arbeitsvertrag obliegenden Aufgaben verbunden ist und durch einen in die Berechnung des Gesamtentgelts des Arbeitnehmers eingehenden Geldbetrag abgegolten wird, zwingend Teil des Betrags sein muss, auf den der Arbeitnehmer während seines Jahresurlaubs Anspruch hat, so würde hierunter wohl auch ein für die Ableistung von Überstunden gezahlter Ausgleich fallen.

Selbst wenn man dies annimmt, stellt sich die Frage, ob das deutsche Recht auch in Bezug auf die Überstundenzuschläge richtlinienkonform ausgelegt werden kann. Dagegen spricht die bewusste Änderung des § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG durch den deutschen Gesetzgeber. Sollte eine richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich sein, so könnten die Prozessbevollmächtigten des Klägers argumentieren, dass § 11 Abs. 1 Satz 1 a.E. BUrlG vom Arbeitsgericht unangewendet bleiben müsse, weil er gegen Art. 31 Abs. 2 GRC verstoße, dem der Rang europäischen Primärrechts zukomme (*zur unmittelbaren Geltung der Norm zwischen Privaten vgl. ErfK/Gallner 17. Aufl. § 1 BUrlG Rn. 6a; Höpfner RdA 2013, 16, 19 ff; Suckow/Klose JbArbR 40 (2012), 59, 71 f.*).

cc) Aus Sicht des Klägers ließe sich auch ganz anders argumentieren: Bei den Notdiensten handele es sich gar nicht um Überstunden. Die Parteien hätten vielmehr konkludent eine Änderungsvereinbarung zum Arbeitsvertrag dahingehend getroffen, dass der Kläger (befristet bis zur Genesung des erkrankten Monteurs) zusätzlich zu den 40 Arbeitsstunden von Montag bis Freitag noch an jedem zweiten Sonnabend Notdienst mit einem Entgelt von 30,00 Euro pro tatsächlich gearbeiteter Stunde zu leisten habe. Dann käme es auf die Diskussion im Rahmen des § 11 Abs. 1 BUrlG gar nicht an, weil es sich um regulär ausgefallene Arbeitszeit handeln würde. Dem könnte von Seiten der Beklagten entgegengehalten werden, dass die Dienste in den Lohnabrechnungen immer als

„Überstunden“ ausgewiesen worden seien, ohne dass sich der Kläger hiergegen gewandt habe. Diese Praxis spräche gegen einen Willen der Parteien zur Vereinbarung einer befristeten Arbeitszeiterhöhung (*zur Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung vgl. BAG 23. März 2016 – 7 AZR 828/13 – BAGE 154, 354*).

dd) Es könnte auch folgende Überlegung angestellt werden: Die fraglichen Überstunden wären nicht an den eigentlichen Arbeitstagen des Klägers von Montag bis Freitag angefallen, sondern am Samstag. Ob er für diesen Tag überhaupt Urlaub in Anspruch genommen hat, bedarf zumindest der Erörterung. Hier könnte man wieder darauf abstellen, dass der Urlaub ja im Januar gewährt wurde, als der Kollege noch nicht erkrankt war und daher niemand wissen konnte, dass der Kläger an jedem zweiten Samstag das Notdiensttelefon übernehmen würde. Mangels Urlaubsgewährung am Samstag, 24. Juni 2017, fehlt es an einer Ausnahme vom Grundsatz „Kein Lohn ohne Arbeit“, so dass dem Kläger entgegengehalten werden könnte, dass er keinen Anspruch auf Notdienst-Entgelt hat, weil er an dem Tag keinen Notdienst erbracht hat.

Dem wäre von den Prozessbevollmächtigten des Klägers entgegen zu halten, dass die Freistellungserklärung nicht für einzelne Tage, sondern für den gesamten Zeitraum abgegeben wurde und somit von vornherein auch den Fall erfassen sollte, dass an einem Samstag oder Sonntag an sich eine Arbeitspflicht entstehen sollte. Es war für die Beklagte zu erkennen, dass der Kläger sicher nicht vorhatte, ggf. für einen Wochenendtag zur Arbeit zu kommen. Nach dem Sachverhalt hat der Kläger nur an den Tagen von Montag bis Freitag mit seinem Smartphone dienstlich kommuniziert. Am Samstag, 24. Juni 2017, wurde seine Arbeitsleistung nicht in Anspruch genommen, so dass er tatsächlich von der Arbeit freigestellt war.

c) Die Klägervertreter können zur Klarstellung hinsichtlich des Zinsanspruchs auf § 286 Abs. 1, 2 Nr. 1, § 288 Abs. 1, § 614 BGB verweisen.

2. Gelangen die Prozessbevollmächtigten zur Auffassung, dass der Kläger am 24. Juni 2017 nicht im Erholungsurlaub war, so könnte die Auffassung vertreten werden, dem Kläger stünde ein Anspruch auf Zahlung von 180,00 Euro

aus § 611a Abs. 2 BGB aufgrund einer entsprechenden Vergütungsvereinbarung der Parteien zu. Der Kläger könnte die Ansicht vertreten, die getroffenen Vereinbarungen seien dahingehend auszulegen, dass ihm kein Erholungsurlaub iSd. BUrlG gewährt worden sei, sondern dass vereinbart worden sei, der Kläger erbringe während seiner Abwesenheit im Betrieb eine Rufbereitschaft, für die er - einschließlich der Zeiten der tatsächlich mit Hilfe des Smartphones erbrachten Arbeitsleistungen - ein Entgelt erhalte, als ob er im Urlaub sei.

Die Beklagtenvertreter könnten einer solchen Auslegung der abgegebenen Willenserklärungen entgegenhalten, dass die Beklagte erkennbar den Urlaubsanspruch des Klägers zum Erlöschen bringen wollte und es ihr nicht darum ging, zusätzliche Ansprüche des Klägers eigener Art zu begründen.

3. Der Kläger könnte auch versuchen, seine Ansprüche unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs der Beklagten aus § 615 BGB herzuleiten. Hier bedarf es freilich geschickter Argumentation im Hinblick auf die Voraussetzungen des Annahmeverzugs.

a) Grundsätzlich kommt der Arbeitgeber nur in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt (§ 293 BGB). Das nach § 294 BGB regelmäßig erforderliche tatsächliche Angebot seiner Arbeitsleistung hat der Kläger nicht gemacht. Auch ein wörtliches Angebot iSd. § 295 BGB lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Will sich der Kläger darauf berufen, dass es nach § 296 BGB eines Angebots gar nicht bedurft hätte, sollte er sich mit der Rechtsprechung des BAG auseinandersetzen, nach der § 296 BGB im ungekündigten Arbeitsverhältnis keine Anwendung findet (*vgl. BAG 15. Mai 2013 – 5 AZR 130/12 – Rn. 22 mwN*).

b) Nach § 297 BGB kommt der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer außerstande ist, die Arbeitsleistung zu bewirken. Neben der (tatsächlichen oder rechtlichen) Leistungsfähigkeit umfasst § 297 BGB auch die nicht ausdrücklich genannte Leistungswilligkeit. Dies folgt daraus, dass ein leistungsunwilliger Arbeitnehmer sich selbst außerstande setzt, die Arbeitsleistung zu bewirken. Die objektive Leistungsfähigkeit und der subjektive Leis-

tungswille sind von dem Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzungen, die während des gesamten Annahmeverzugszeitraums vorliegen müssen (*BAG 12. Dezember 2012 – 5 AZR 93/12 – Rn. 25*).

Die Prozessbevollmächtigten der Beklagten könnten sich insofern darauf berufen, der Kläger habe gar keinen Leistungswillen besessen, sondern habe sich - jedenfalls an dem fraglichen Samstag, an dem er laut Sachverhalt sein Smartphone nicht zu dienstlichen Zwecken nutzte, mit seiner Familie an der Ostsee erholen wollen.

4. Nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint es ferner, dass der Kläger seinen Zahlungsanspruch unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes auf § 280 Abs. 1, 3, § 283 iVm. § 275 Abs. 1, 4 BGB stützt. Die Klägervorteiler könnten hier argumentieren, die Beklagte habe die Erfüllung des Urlaubs- und damit auch des Urlaubsentgeltanspruchs unmöglich gemacht, indem sie den Kläger zur Arbeitsleistung angehalten habe, und schulde daher Schadensersatz statt der Leistung. Dem könnten die Beklagtenvertreter ua. entgegenhalten, dass ein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB ausgeschlossen sei, weil die Beklagte die Erbringung von Arbeitsleistungen durch den Kläger nicht zu vertreten habe. Dieser habe seine private Telefonnummer von sich aus verteilt und habe ohne Zwang während seiner Abwesenheit im Betrieb auf Anrufe und Nachrichten geantwortet. Dies habe die Beklagte nicht zu verantworten. Dem könnte von Klägerseite wiederum entgegengehalten werden, die Geschäftsführerin der Beklagten habe durch ihre Frage vor Urlaubsantritt das Verhalten des Klägers veranlasst; im Übrigen sei der Arbeitgeber verpflichtet, durch organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass Arbeitnehmer im Urlaub nicht gestört würden.

## **B. Fallvariante**

### ***Sachverhalt***

Am 10. Oktober 2017 ruft J den A abends um 21.00 Uhr an, um in einem 10-minütigen Gespräch eine Kundenbeschwerde zu besprechen. Es kommt wieder einmal zu einem Streit zwischen den beiden. Am Ende des Gesprächs teilt A der J mit, da er ja nun bis 21.10 Uhr gearbeitet habe, werde er seine Arbeit am nächsten Tag erst um 8.10 Uhr aufnehmen und werde daher nicht wie ursprünglich vorgesehen um 7.00 Uhr auf der Baustelle der Familie Meyer sein. Er wolle sich keines Verstoßes gegen das Arbeitszeitgesetz schuldig machen. J erklärt, A habe den Termin auf jeden Fall wahrzunehmen, was A jedoch nicht tut. Daraufhin mahnt J den A mit Schreiben vom 11. Oktober 2017, das A noch am selben Tag übergeben wird, ab, weil er entgegen der Anweisung der J nicht um 7.00 Uhr auf der Baustelle der J erschienen sei. Eine Kopie der Abmahnung wird in die Personalakte des A geheftet.

A erweitert daraufhin seine Klage um den Antrag, die Abmahnung vom 11. Oktober 2017 aus der Personalakte zu entfernen.

### ***Lösungshinweise***

Der Kläger könnte einen Anspruch auf Entfernung der Abmahnung vom 11. Oktober 2017 aus seiner Personalakte gegen die Beklagte haben.

I. Arbeitnehmer können in entsprechender Anwendung von §§ 242, 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB die Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus ihrer Personalakte verlangen. Der Anspruch besteht, wenn die Abmahnung entweder inhaltlich unbestimmt ist, unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht oder den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt, und auch dann, wenn selbst bei einer zu Recht erteilten Abmahnung kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers mehr an deren Verbleib in der Personalakte besteht

(st. Rspr. vgl. BAG 19. Juli 2012 – 2 AZR 782/11 – Rn. 13 mwN, BAGE 142, 331).

Anm.: Ein möglicher Anspruch auf Löschung personenbezogener Daten ist ein anderer Streitgegenstand als der mit dem Klageantrag geltend gemachte Anspruch auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte (vgl. BAG 17. November 2016 – 2 AZR 730/15 – Rn. 46).

II. Hier könnte der Abmahnung eine unzutreffende rechtliche Bewertung des Verhaltens des Klägers zugrunde liegen.

1. Nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit steht dem Arbeitnehmer nach § 5 Abs. 1 ArbZG regelmäßig eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens elf Stunden zu. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 ArbZG ist Arbeitszeit die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen. Die Regelungen des Arbeitszeitgesetzes dienen der Umsetzung der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung vom 4. November 2003 (RL 2003/88/EG; vgl. BAG 18. Januar 2017 – 7 AZR 224/15 – Rn. 24). Nach Art. 2 Nr. 2 RL 2003/88/EG ist Ruhezeit jede Zeitspanne außerhalb der Arbeitszeit.

2. Die Ruhezeit könnte durch das Telefonat zwischen dem Kläger und der Geschäftsführerin der Beklagten unterbrochen worden sein. Da die Ruhezeit nach dem ArbZG ununterbrochen zu gewähren ist, beginnt sie nach einer Unterbrechung durch eine Inanspruchnahme durch den Arbeitgeber erneut von vorn (vgl. HK-ArbSchR/Reim § 5 ArbZG Rn. 11 mwN). Handelte es sich also um eine rechtlich erhebliche Unterbrechung, so hätte die Ruhezeit des Klägers mit dem Ende des Telefonats von neuem zu laufen begonnen.

Hier wäre zu diskutieren, ob ein nur zehnminütiges Telefonat tatsächlich die Ruhezeit unterbricht. Hier sollte auf den Sinn und Zweck der Ruhezeit, die Erholung und Regeneration des Arbeitnehmers, zurückgegriffen werden. Teile der Literatur gehen davon aus, dass die Ruhezeit unterbrochen wird, wenn der Arbeitnehmer nur eine E-Mail außerhalb der Arbeitszeit kurz beantwortet oder auch nur liest (Grimm ArbRB 2015, 336, 337; Kohte NZA 2015, 1417, 1423; wohl auch Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025, 1028). Auch die

Freiwilligkeit der Entgegennahme eines Telefonats - der Kläger hätte hier den Anruf der Geschäftsführerin ja nicht annehmen müssen - soll keinen Unterschied machen (*vgl. Falder NZA 2010, 1150, 1152*).

Andere Stimmen in der Literatur halten hingegen ein gelegentliches abendliches Telefonat mit dem Vorgesetzten nicht für ruhezeitschädlich (*Giesen/Kersten DB 2017, 2865, 2866; Hanau NJW 2016, 2613, 2617; Jacobs NZA 2016, 733, 737*). Von Klägerseite ließe sich hier argumentieren, dass jedenfalls ein telefonischer Streit mit der Geschäftsführerin zu einer Unterbrechung der Ruhezeit führen müsse, weil die aufgewühlten Emotionen auch nach der Beendigung des Telefonats eine Entspannung unmöglich machten.