

BUNDESGERICHTSHOF



9 AZR 760/11

16 Sa 406/10

Hessisches

Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

14. Mai 2013

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Mai 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer und

Dr. Suckow sowie die ehrenamtlichen Richter Ropertz und Anthonisen für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 28. Februar 2011 - 16 Sa 406/10 - teilweise aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Darmstadt vom 19. Januar 2010 - 3 Ca 401/09 - teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger bezahlten Ersatzurlaub von jeweils 30 Arbeitstagen aus den Jahren 2006, 2007 und 2008 zu gewähren.

3. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen. Die Kosten der ersten und der zweiten Instanz hat der Kläger zu sechs Zehnteln zu tragen, die Beklagte zu vier Zehnteln.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Der Kläger begehrt von der Beklagten, ihm jeweils 30 Arbeitstage Ersatzurlaub für verfallenen Urlaub aus den Jahren 2006, 2007 und 2008 zu gewähren. 1

Die Beklagte beschäftigt den Kläger als Gruppenleiter Qualitätsmanagement. Dieser hat Anspruch auf 30 Arbeitstage Jahresurlaub. Mit Schreiben vom 1. Februar 2006 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 30. September 2006. Der Kläger erhob Kündigungsschutzklage und machte in der Klageschrift vom 6. Februar 2006 seinen Urlaubsanspruch geltend. Der Kündigungsschutzklage wurde rechtskräftig stattgegeben. In der Folgezeit führten die Parteien mehrere Rechtsstreite, die jedenfalls bis zum 31. Dezember 2008 nicht zu einer Beendigung oder Änderung ihrer Rechtsbe- 2

ziehung führten. Die Beklagte gewährte dem Kläger in der Zeit vom 1. Januar 2006 bis zum 31. Dezember 2008 keinen Urlaub.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe Schadensersatz in Form von Ersatzurlaub zu leisten, weil sie sich seit Zustellung der Klageschrift mit der Urlaubsgewährung im Verzug befunden habe.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, ihm bezahlten Ersatzurlaub von jeweils 30 Arbeitstagen aus den Jahren 2006, 2007 und 2008 zu gewähren.

Das Arbeitsgericht hat die Klage - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Bundesarbeitsgericht mit Beschluss vom 8. September 2011 zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch auf Ersatzurlaub weiter.

Mit Schreiben vom 15. Februar 2012 stellte die Beklagte den Kläger von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei. Das Schreiben enthält ua. folgende Erklärung:

„Die Freistellung erfolgt ... unter Anrechnung auf etwa noch be- und entstehende Urlaubs- und Freizeitausgleichsansprüche ... Außerhalb der für die Erfüllung des Urlaubsanspruchs gewährten Freistellung findet § 615 Satz 2 BGB Anwendung.“

Unter dem 30. Januar 2013 stellte die Beklagte den Kläger erneut mit dem Hinweis frei:

„Diese Freistellung erfolgt unter Anrechnung auf etwa noch bestehende und noch entstehende Urlaubsansprüche. Sollten Ihnen, wie von Ihnen behauptet, tatsächlich noch Urlaubsansprüche für die Jahre 2006, 2007 und 2008 zustehen, werden auch diese etwaigen Urlaubsansprüche angerechnet. Außerhalb der für die Erfüllung des Urlaubsanspruchs gewährten Freistellung findet § 615 Satz 2 BGB Anwendung.“

Entscheidungsgründe

- A. Die Revision des Klägers ist begründet. Die Vorinstanzen haben die 8
Klage zu Unrecht abgewiesen. Die Beklagte ist gemäß § 275 Abs. 1 und Abs. 4,
§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 283 Satz 1, § 286 Abs. 2 Nr. 3, § 287 Satz 2, § 249
Abs. 1 BGB verpflichtet, dem Kläger 90 Arbeitstage Ersatzurlaub für verfallenen
Urlaub aus den Jahren 2006 bis 2008 zu gewähren.
- I. Hat der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer rechtzeitig verlangten Urlaub 9
nicht gewährt, wandelt sich der im Verzugszeitraum verfallene Urlaubsanspruch
in einen auf Gewährung von Ersatzurlaub als Naturalrestitution gerichteten
Schadensersatzanspruch um (*vgl. BAG 17. Mai 2011 - 9 AZR 197/10 - Rn. 11,*
BAGE 138, 58). Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor.
- II. Der Urlaub des Klägers aus den Jahren 2006 bis 2008 verfiel nach 10
Ablauf des jeweiligen Urlaubsjahres (§ 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG). Zu diesem
Zeitpunkt befand sich die Beklagte mit der Urlaubsgewährung im Verzug. Ohne
dass es einer Mahnung bedurfte, trat der Verzug nach § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB
ein, weil die Beklagte die Erfüllung des vom Kläger in seiner Klageschrift vom
6. Februar 2006 geltend gemachten Urlaubsanspruchs ernsthaft und endgültig
verweigerte.
1. Die Beklagte war ungeachtet der zwischen den Parteien in den Jahren 11
2006 bis 2008 geführten Kündigungsschutzverfahren verpflichtet, dem Kläger
Urlaub zu gewähren. Der Anspruch war erfüllbar. Der Arbeitgeber ist rechtlich
nicht gehindert, einem Arbeitnehmer in einem nicht wirksam gekündigten und
deshalb fortbestehenden Arbeitsverhältnis vorbehaltlos bezahlten Urlaub zu
erteilen. Dies gilt unabhängig davon, ob die Parteien einen Rechtsstreit über
den Bestand des Arbeitsverhältnisses führen.

2. An die Annahme, der Schuldner verweigere ernsthaft und endgültig die Erfüllung einer ihm obliegenden Leistung, sind in der Regel strenge Anforderungen zu stellen. Eine Erfüllungsverweigerung liegt vor, wenn der Schuldner unmissverständlich und eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten unter keinen Umständen nachkommen. Das ist regelmäßig nur anzunehmen, wenn dieser sich beharrlich weigert, die Leistung zu erbringen. In diesem Fall entbehrt eine Mahnung ihres Sinnes, den Schuldner zu vertragsgemäßem Verhalten anzuhalten (*BAG 13. Dezember 2011 - 9 AZR 420/10 - Rn. 44*). 12
- a) Der Kündigungserklärung eines Arbeitgebers kann deshalb nicht ohne Weiteres der Inhalt beigemessen werden, dieser werde die für die Erfüllung des Urlaubsanspruchs nötige Freistellung von der Arbeitspflicht verweigern, wenn der Arbeitnehmer den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses geltend macht. Denn der Arbeitgeber hat regelmäßig ein wirtschaftliches Interesse daran, einem Arbeitnehmer auf dessen Wunsch Urlaub zu erteilen, um die Kumulation von Annahmeverzugs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen zu verhindern (*vgl. BAG 14. August 2007 - 9 AZR 934/06 - Rn. 15; offengelassen von BAG 13. Dezember 2011 - 9 AZR 420/10 - Rn. 45*). 13
- b) Anders verhält es sich in aller Regel jedoch, wenn Arbeitnehmer und Arbeitgeber über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses streiten und der Arbeitnehmer den Arbeitgeber erfolglos aufgefordert hat, ihm während des Kündigungsrechtsstreits Urlaub zu gewähren. Stellt der Arbeitgeber nach einer von ihm erklärten Kündigung den Bestand des Arbeitsverhältnisses in Abrede und erteilt er trotz einer entsprechenden Aufforderung des Arbeitnehmers den verlangten Urlaub nicht, entbehrt eine Mahnung des Arbeitnehmers regelmäßig ihres Sinnes. Wenn keine besonderen Umstände vorliegen, die dem entgegenstehen, darf der Arbeitnehmer aus dem Verhalten des Arbeitgebers schließen, er werde ihm keinen Urlaub gewähren. Eine Mahnung erwiese sich in diesem Falle als eine bloße Förmerei. 14

- c) Daran gemessen durfte der Kläger nach seiner erfolglosen Aufforderung in der Klageschrift vom 6. Februar 2006, ihm Urlaub zu gewähren, annehmen, die Beklagte beharre auf der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und werde sich weiterhin weigern, ihm während der im Klagezeitraum geführten Bestandsstreitigkeiten Urlaub zu gewähren. Besondere Umstände, die dieser Annahme entgegenstehen könnten, sind nicht festgestellt. Die Beklagte hat solche auch nicht behauptet. 15
3. Wird es dem Arbeitgeber während des Verzugs infolge der Befristung des Urlaubsanspruchs unmöglich, dem Arbeitnehmer Urlaub zu gewähren, richtet sich der Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers bei fortbestehen dem Arbeitsverhältnis gemäß § 249 Abs. 1 BGB auf die Gewährung von Ersatzurlaub (*vgl. BAG 10. Mai 2005 - 9 AZR 251/04 - zu II 3 der Gründe, BAGE 114, 313*). Demzufolge hat die Beklagte dem Kläger jeweils 30 Arbeitstage Ersatzurlaub für verfallenen Urlaub aus den Jahren 2006, 2007 und 2008 und somit insgesamt 90 Ersatzurlaubstage zu gewähren. 16
- III. Mit der vom 15. Februar 2012 datierenden Freistellungserklärung hat die Beklagte den Anspruch des Klägers auf Ersatzurlaub nicht erfüllt (§ 362 Abs. 1 BGB). Die Erfüllung eines Anspruchs auf Erholungsurlaub setzt voraus, dass der Arbeitnehmer durch eine sog. Freistellungserklärung des Arbeitgebers zu Erholungszwecken von seiner sonst bestehenden Arbeitspflicht befreit wird (*BAG 19. Januar 2010 - 9 AZR 246/09 - Rn. 27*). Diese Voraussetzungen erfüllt weder die Freistellungserklärung der Beklagten vom 15. Februar 2012 noch die Erklärung der Beklagten vom 30. Januar 2013. Diese Erklärungen lassen nicht erkennen, an welchen Tagen die Beklagte den Kläger zum Zwecke der Gewährung von Erholungsurlaub und an welchen Tagen sie ihn zu anderen Zwecken von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freistellte. Diese Differenzierung ist von Bedeutung, weil die Freistellung des Klägers zu anderen Zwecken ausdrücklich unter Anrechnung auf den Zwischenverdienst (§ 615 Satz 2 BGB) erfolgte (*vgl. hierzu BAG 19. März 2002 - 9 AZR 16/01 - zu II 2 b bb (2) der Gründe*). Deshalb oblag es der Beklagten, den Urlaubszeitraum konkret festzulegen. Daran fehlt es. 17

B. Die Beklagte hat gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Kosten der Revision zu tragen. Die Kosten der ersten und zweiten Instanz haben die Parteien entsprechend ihrem Obsiegen bzw. Unterliegen zu tragen (§ 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

18

Brühler

Krasshöfer

Suckow

Ropertz

Anthonisen