

# BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 956/11  
19 Sa 700/11  
Landesarbeitsgericht  
Hamm

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
6. August 2013

## URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Widerbeklagter, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 6. August 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer und

Dr. Suckow sowie den ehrenamtlichen Richter Ropertz und die ehrenamtliche Richterin Frank für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 11. November 2011 - 19 Sa 700/11 - unter Zurückweisung der Revision im Übrigen teilweise aufgehoben.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Minden vom 10. März 2011 - 1 Ca 1463/10 - wird auch insoweit zurückgewiesen, als die Beklagte verurteilt wurde, an den Kläger Urlaubsabgeltung in Höhe von 3.322,98 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 2.830,15 Euro brutto seit dem 1. Februar 2011 und aus 492,83 Euro brutto seit dem 5. Februar 2011 zu zahlen.
3. Die Widerklage der Beklagten wird abgewiesen.
4. Die Beklagte hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen. Die übrigen Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Der Kläger begehrt von der Beklagten, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, 2,67 Arbeitstage Erholungsurlaub, hilfsweise 2,67 Arbeitstage Ersatzurlaub abzugelten. 1

Die Beklagte beschäftigte den Kläger, der seine Arbeitsleistung an fünf Tagen in der Woche erbrachte, im Zeitraum vom 1. Mai 2010 bis zum 31. Januar 2011 als Mitarbeiter im Einkauf und der Produktentwicklung. Das monatliche Bruttoentgelt des Klägers betrug 4.000,00 Euro. Der Arbeitsvertrag der Parteien vom 28. April 2010 enthält ua. folgende Regelungen: 2

#### „§ 7 Urlaub

1. Der Mitarbeiter hat einen Anspruch auf Erholungsurlaub von 28 Arbeitstagen im Kalenderjahr. Bei Ein-

oder Austritt im laufenden Kalenderjahr wird der Urlaub anteilig gewährt.

...

2. Der Urlaub ist im jeweiligen Kalenderjahr zu nehmen. Ist dies aus betrieblichen Gründen oder krankheitsbedingt nicht möglich, kann der Urlaubsanspruch auf das nächstfolgende Kalenderjahr übertragen werden und ist dann bis spätestens 31. März zu nehmen. Ist der Urlaub bis dahin, gleich aus welchen Gründen, nicht genommen, verfällt der Anspruch. Die Übertragung des Urlaubs auf das kommende Jahr bedarf einer schriftlichen Vereinbarung bis zum Ende des Kalenderjahres. ...“

Der Kläger, dem die Beklagte im Jahr 2010 an insgesamt drei Arbeitstagen Urlaub erteilte, war vom 13. Oktober 2010 bis zum 15. Dezember 2010 durchgehend krankheitsbedingt arbeitsunfähig. Die Beklagte erklärte mit Schreiben vom 15. November 2010 die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 15. Dezember 2010. Der Kläger erhob Kündigungsschutzklage und machte in der Klageschrift vom 18. November 2010, die der Beklagten am 25. November 2010 zugestellt worden ist, ua. seinen Urlaubsanspruch geltend. Unter dem 22. Dezember 2010 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum 31. Januar 2011.

3

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe insgesamt 20,1 Arbeitstage Urlaub abzugelten.

4

Er hat zuletzt neben der Abweisung der Widerklage beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 3.322,98 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Februar 2011 zu zahlen.

5

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage mit der Begründung beantragt, sie schulde lediglich die Abgeltung von 14,5 Arbeitstagen.

6

Das Arbeitsgericht hat der Klage - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - teilweise stattgegeben und die Beklagte verurteilt, 18 Arbeitstage Urlaub mit einem Bruttobetrag iHv. 3.322,98 Euro abzugelten. Im Übrigen hat es die auf die Urlaubsabgeltung gerichtete Klage abgewiesen. Auf die Beru-

7

fung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und die Klage insoweit abgewiesen, als der Kläger Urlaubsabgeltung für mehr als 15,33 Arbeitstage verlangt hat. Im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen. Auf die Widerklage der Beklagten hat es den Kläger verurteilt, der Beklagten den - durch die zur Abwendung der Zwangsvollstreckung geleistete Zahlung - erlittenen Schaden in Höhe eines Teilbetrags von 496,50 Euro zu erstatten. Mit der Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils und die Abweisung der Widerklage.

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision ist weitgehend begründet. Das Landesarbeitsgericht hat das klagestattgebende Urteil des Arbeitsgerichts - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - im Wesentlichen zu Unrecht abgeändert und die Klage teilweise abgewiesen. Über den vom Landesarbeitsgericht gesprochenen Bruttobetrag iHv. 2.830,15 Euro hinaus ist die Beklagte verpflichtet, weitere 2,67 Arbeitstage Urlaub mit einem Bruttobetrag iHv. 492,83 Euro abzugelten. Die Beklagte hat diesen Betrag allerdings nicht bereits ab dem 1. Februar, sondern erst ab dem 5. Februar 2011 gemäß den gesetzlichen Vorschriften über den Schuldnerverzug mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen. Der von der Beklagten in der Berufungsinstanz im Wege der Widerklage geltend gemachte Anspruch auf Erstattung des durch die angedrohte Zwangsvollstreckung entstandenen Schadens besteht nicht.

8

I. Das Landesarbeitsgericht ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG verpflichtet ist, sieben Arbeitstage Urlaub abzugelten.

9

1. Gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG hat der Arbeitgeber Urlaub abzugelten, wenn dieser wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann. Das Arbeitsverhältnis der Parteien, das am 1. Mai 2010 begann, endete infolge der Kündigung des Klägers vom

10

22. Dezember 2010 am 31. Januar 2011. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Kläger Anspruch auf mindestens sieben Arbeitstage gesetzlichen Mindesturlaub aus den Jahren 2010 und 2011.

2. Der Kläger, der seine Arbeitsleistung an fünf Tagen in der Woche erbrachte, erwarb nach Ablauf der sechsmonatigen Wartezeit (§ 4 BUrlG) am 31. Oktober 2010 (§§ 186, 187 Abs. 2 Satz 1, § 188 Abs. 2 BGB) einen Anspruch auf 20 Arbeitstage gesetzlichen Mindesturlaub (§ 3 Abs. 1 BUrlG). Mit Ablauf der Wartezeit entsteht der volle Urlaubsanspruch für das gesamte Urlaubsjahr und nicht etwa nur für die bis dahin abgelaufenen sechs Monate (*Neumann/Fenski BUrlG 10. Aufl. § 4 Rn. 59*). Da die Beklagte diesen Anspruch durch die Gewährung von drei Arbeitstagen Urlaub teilweise erfüllte (§ 362 Abs. 1 BGB), hatte der Kläger nach seiner Genesung am 16. Dezember 2010 Anspruch auf 17 Arbeitstage gesetzlichen Mindesturlaub, von denen zwölf am 31. Dezember 2010 verfielen (§ 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG). Der Urlaub geht nach § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG nur insoweit auf den Übertragungszeitraum des Folgejahres über, als er wegen eines Übertragungsgrundes nicht mehr vollständig erfüllt werden kann. Ansonsten erlischt der erfüllbare Teil mit Ablauf des Kalenderjahres. Dies gilt auch im Falle einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, wenn der Arbeitnehmer im Kalenderjahr so rechtzeitig gesund und arbeitsfähig wird, dass er in der verbleibenden Zeit zumindest einen Teil seines Urlaubs nehmen kann (*vgl. BAG 13. Dezember 2011 - 9 AZR 420/10 - Rn. 28*). Dies waren im Zeitraum vom 16. bis zum 31. Dezember 2010 zwölf Arbeitstage Urlaub. Der Kläger beantragte bereits mit der Klageschrift, die der Beklagten am 25. November 2010 zugegangen ist, Urlaub und überließ die Festlegung der zeitlichen Lage der Beklagten. Die übrigen fünf Arbeitstage Urlaub wurden in das Jahr 2011 übertragen, weil der Kläger infolge seiner Arbeitsunfähigkeit im Zeitraum vom 13. Oktober bis zum 15. Dezember 2010 aus persönlichen Gründen nicht in der Lage war, diesen Urlaub bis zum Ablauf des Urlaubsjahres zu nehmen (§ 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG). Zu den fünf übertragenen Arbeitstagen Urlaub traten am 1. Januar 2011 20 Arbeitstage gesetzlicher Mindesturlaub hinzu (§ 3 Abs. 1 BUrlG), die allerdings infolge des Ausscheidens des Klägers am

11

31. Januar 2011 auf - aufgerundet - zwei Arbeitstage Urlaub gekürzt wurden (§ 5 Abs. 1 Buchst. c und Abs. 2 BUrlG).

3. Auf der Grundlage eines monatlichen Bruttogehalts iHv. 4.000,00 Euro beträgt der von der Beklagten geschuldete Abgeltungsbetrag 1.292,31 Euro brutto (*4.000,00 Euro mal drei Monate geteilt durch 65 Arbeitstage mal sieben Arbeitstage Urlaub*). 12

II. Darüber hinaus hat der Kläger Anspruch auf Abgeltung von zwölf Tagen Ersatzurlaub. Anspruchsgrundlage sind § 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, § 251 Abs. 1 BGB. Soweit ihm danach ein Betrag zusteht, der über den seitens des Arbeitsgerichts zuerkannten Betrag iHv. 3.322,98 Euro hinausgeht, ist das insoweit klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts in Rechtskraft erwachsen. Das Arbeitsgericht hat die Beklagte lediglich verurteilt, 18 Arbeitstage Urlaub abzugelten, ohne dass der Kläger seinen darüber hinausgehenden Anspruch weiterverfolgt hätte. 13

1. Hat der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer rechtzeitig verlangten Urlaub 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*). 14

2. Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor. Als mit Ablauf des Urlaubsjahres am 31. Dezember 2010 zwölf Arbeitstage des dem Kläger zustehenden gesetzlichen Mindesturlaubs verfielen, befand sich die Beklagte mit der Urlaubsgewährung im Verzug. 15

a) Die Beklagte war unbeschadet des zwischen den Parteien geführten Kündigungsschutzverfahrens verpflichtet, dem Kläger Urlaub zu gewähren. Der Anspruch war erfüllbar. Der Arbeitgeber ist rechtlich nicht gehindert, einem Arbeitnehmer in einem unwirksam gekündigten und deshalb fortbestehenden Arbeitsverhältnis vorbehaltlos bezahlten Urlaub zu erteilen. Dies gilt unabhängig 16

davon, ob die Parteien einen Rechtsstreit über den Bestand des Arbeitsverhältnisses führen (so zuletzt BAG 14. Mai 2013 - 9 AZR 760/11 - Rn. 11).

b) Infolge der Zustellung der Klageschrift am 25. November 2010, mit der der Kläger ua. die Gewährung von Urlaub verlangte, befand sich die Beklagte nach der Genesung des Klägers ab 16. Dezember 2010 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 der geltend gemachten Urlaubsansprüche ernsthaft und endgültig verweigerte. 17

aa) 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 Sinns, den Arbeitgeber zur fristgerechten Urlaubsgewährung anzuhalten. Wenn keine besonderen Umstände 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 (BAG 14. Mai 2013 - 9 AZR 760/11 - Rn. 14). 18

bb) Daran gemessen durfte der Kläger nach seiner erfolglosen Aufforderung, ihm Urlaub zu gewähren, annehmen, die Beklagte beharre auf der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 15. Dezember 2010 und werde sich weiterhin weigern, ihm nach dem Ende seiner Arbeitsunfähigkeit ab 16. Dezember 2010 Urlaub zu gewähren. Besondere Umstände, die dieser Annahme entgegenstehen könnten, hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. Die Beklagte hat solche auch nicht behauptet. 19

c) Hat der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer rechtzeitig verlangten Urlaub nicht gewährt, wandelt sich der im Verzugszeitraum verfallene Urlaubsanspruch grundsätzlich in einen auf Gewährung von Ersatzurlaub als Naturalrestitution gerichteten Schadensersatzanspruch um. Ist das Arbeitsverhältnis - wie im Streitfall - beendet, schuldet der Arbeitgeber nach § 251 Abs. 1 BGB statt der Gewährung von Ersatzurlaub Schadensersatz in Geld (vgl. BAG 20. April 20

2012 - 9 AZR 504/10 - Rn. 12). Der Kläger hat demnach einen Anspruch auf Abgeltung von zwölf Tagen Ersatzurlaub. Der von der Beklagten zu seiner Abgeltung zu zahlende Betrag belief sich auf 2.215,38 Euro (*4.000,00 Euro mal drei Monate geteilt durch 65 Arbeitstage mal zwölf Arbeitstage Ersatzurlaub*). Unter Berücksichtigung des abzugeltenden Urlaubsanspruchs, ergäbe sich ein Abgeltungsanspruch in einer Gesamthöhe von 3.507,69 Euro. Da das Arbeitsgericht die Klage rechtskräftig abgewiesen hat, soweit der Kläger eine 3.322,98 Euro brutto übersteigende Urlaubsabgeltung verlangt hat, ist der Senat daran gehindert, dem Kläger einen hierüber hinausgehenden Betrag zuzuerkennen.

III. Der von dem Kläger erhobene Zahlungsanspruch ergibt sich bereits als Anspruch auf Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs. Für die Entscheidung des Rechtsstreits kommt es nicht darauf an, ob ihm darüber hinaus ein Anspruch auf arbeitsvertraglichen Mehrurlaub zusteht. Der Senat braucht somit nicht darüber zu befinden, ob die Regelung in § 7 Nr. 1 des Arbeitsvertrags, der zufolge der Kläger Urlaubsansprüche im Jahr des Eintritts in das Arbeitsverhältnis nur anteilig erwirbt, wirksam ist. Soweit der gesetzliche Mindesturlaub betroffen ist, konnten die Parteien von der gesetzlichen Regelung in § 4 BUrlG nicht zu Ungunsten des Klägers abweichen (§ 13 Abs. 1 Satz 3 BUrlG).

21

IV. Die Beklagte hat die Klageforderung mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen (§ 286 Abs. 1 Satz 1 iVm. Abs. 2 Nr. 3, § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Zinslauf begann allerdings nicht, wie der Kläger geltend macht, am 1. Februar 2011, sondern erst am 5. Februar 2011. Der Anspruch eines Arbeitnehmers auf Abgeltung des ihm zustehenden Urlaubs entsteht mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und wird zu diesem Zeitpunkt fällig. § 7 Abs. 4 BUrlG enthält jedoch keine Bestimmung einer Leistungszeit iSd. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB (vgl. BAG 7. August 2012 - 9 AZR 353/10 - Rn. 45). Soweit der Kläger bereits mit der Klageschrift seinen Anspruch auf Urlaubsabgeltung geltend gemacht hat, liegt hierin keine Mahnung, da die Klageschrift der Beklagten am 25. November 2010 und damit vor der Fälligkeit des Anspruchs am 1. Februar 2011 zugestellt worden ist. Der Verzug trat daher erst infolge der

22



Zustellung des vom 31. Januar 2011 datierenden Schriftsatzes am 4. Februar 2011 ein. Die Beklagte befand sich ab dem Folgetag, dem 5. Februar 2011, mit der Abgeltung im Verzug (§ 187 Abs. 1 BGB).

V. Die Beklagte hat gegen den Kläger keinen Anspruch auf Zahlung von 496,50 Euro aus § 717 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Wird ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil abgeändert, ist der Kläger zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Beklagten durch eine zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gemachte Leistung entstanden ist. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. In dem der Senat die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts insoweit aufhebt, als das Landesarbeitsgericht die Klage auf Urlaubsabgeltung teilweise abgewiesen hat, erwächst das Urteil des Arbeitsgerichts in Rechtskraft. 23

VI. Die Beklagte hat die Kosten der Revision und der zweiten Instanz zu tragen (§ 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO). Die Kosten der ersten Instanz waren gegeneinander aufzuheben, § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO. 24

Brühler

Krasshöfer

Suckow

Ropertz

Frank