

Aktenzeichen: 9 AZR 251/04
Bundesarbeitsgericht 9. Senat

Urteil vom 10. Mai 2005
- 9 AZR 251/04 -

I. Arbeitsgericht
Stade

Urteil vom 8. Juli 2003
- 2 Ca 275/03 -

II. Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Urteil vom 8. März 2004
- 5 Sa 1312/03 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichwort:

Tätigkeit für das THW während des Erholungsurlaubs

Gesetze:

ZPO § 319; ArbGG § 64 Abs. 3a, § 72 Abs. 1, § 74 Abs. 1; BUrlG § 7 Abs. 1, Abs. 3, § 9; BGB § 243 Abs. 2, § 249 Abs. 1, § 275 Abs. 1, § 280 Abs. 1, § 286 Abs. 1, § 287; THW-Helferrechtsgesetz vom 22. Januar 1990 §§ 2, 3

Leitsatz:

Zur Vermeidung einer Benachteiligung sind die Tage, an denen ein ehrenamtlicher Helfer des Technischen Hilfswerks (THW) während der Dauer seines Erholungsurlaubs zu einem Einsatz herangezogen wird, nicht auf den Urlaubsanspruch anzurechnen. Der herangezogene Helfer hat gegen seinen Arbeitgeber Anspruch auf erneute Gewährung.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 251/04
5 Sa 1312/03
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
10. Mai 2005

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 10. Mai 2005 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Reinecke, den Richter am Bundesarbeitsgericht Böck sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Starke und Ott für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 8. März 2004 - 5 Sa 1312/03 - aufgehoben.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Stade vom 8. Juli 2003 - 2 Ca 275/03 - abgeändert.

Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger noch vier Tage Urlaub zu gewähren.

Die Kosten des Rechtsstreits hat der Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Gewährung von Erholungsurlaub.

1

Der Kläger ist seit 15. Juli 1998 bei dem beklagten Landkreis als technischer Angestellter beschäftigt. Er ist ehrenamtlicher Helfer beim Technischen Hilfswerk (THW). Der beklagte Landkreis hatte einen Teil des Urlaubs vom 19. August bis 6. September 2002 festgesetzt. Wegen des Elbe-Hochwassers wurde der Kläger am Dienstag, 20. August 2002, von 13.00 Uhr bis 23.00 Uhr und in der Zeit von Mittwoch, 21. August 2002, 17.00 Uhr, bis Sonntag, 25. August 2002, 19.00 Uhr, zu Einsätzen des THW herangezogen. Mit Schreiben vom 31. Oktober 2002 verlangte er wegen dieses Einsatzes die Nachgewährung des Erholungsurlaubs für den Zeitraum dieser Einsatzzeiten. Am 11. Februar 2003 lehnte der beklagte Landkreis dies ab.

2

Der Kläger meint, zwar sei sein Urlaubsanspruch für das Jahr 2002 mittlerweile erloschen, jedoch sei wegen seiner Einsatz Tätigkeit während seines bewilligten Erholungsurlaubs ein Ersatzurlaubsanspruch von vier Tagen anstelle des ursprünglichen Urlaubsanspruchs getreten.

3

Der Kläger hat zuletzt beantragt

4

festzustellen, dass der beklagte Landkreis verpflichtet ist, ihm noch vier Urlaubstage nachzugewähren.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er vertritt die Ansicht, der Urlaubsanspruch des Klägers sei durch Erfüllung erloschen. Es fehle an einer gesetzlichen Regelung, welche den Arbeitgeber verpflichte, dem Arbeitnehmer Urlaub nachzugewähren, wenn dieser während seines Erholungsurlaubs zum Einsatz beim THW

5



herangezogen werde. Etwaige Urlaubsstörungen lägen im Risikobereich des Arbeitnehmers.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und im Urteil die Berufung zugelassen. Diese hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. In dem schriftlich niedergelegten und am 8. März 2004 verkündeten Urteilstenor hat es die Revision ausdrücklich „nicht zugelassen“. Mit Schreiben vom 10. März 2004 teilte der Kammervorsitzende den Parteien mit, dass bei der Abfassung des Urteilstenors ein Fehler unterlaufen sei. Es sei beabsichtigt, von Amts wegen den Tenor dahin gehend zu berichtigen, dass die Revision zugelassen werde, weil die Revisionszulassung dem Beratungsergebnis entspreche. Auch sei in der Sitzung erörtert worden, dass es sich um eine Rechtsstreitigkeit von grundsätzlicher Bedeutung handle. Das Gericht habe deshalb auch zu erkennen gegeben, dass es aus diesem Grunde die Revision zulassen werde, was auch der Auffassung der Parteien entsprochen habe. Mit Beschluss vom 16. April 2004 hat der Kammervorsitzende den Urteilstenor dann wegen Unrichtigkeit infolge eines „Flüchtigkeitsfehlers“ berichtigt.

6

Mit seiner Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter, während der beklagte Landkreis die Zurückweisung der Revision beantragt.

7

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision des Klägers ist begründet.

8

Der beklagte Landkreis ist verpflichtet, dem Kläger vier weitere Urlaubstage zu gewähren.

9

I. Die Revision ist zulässig.

10

1. Das Landesarbeitsgericht hat in dem schriftlich niedergelegten und am 8. März 2004 verkündeten Urteilstenor die Revision ausdrücklich „nicht zugelassen“. Allerdings hat es mit Beschluss vom 16. April 2004 gemäß § 319 ZPO diesen Tenor berichtigt und die Revision zugelassen. Diese Berichtigung hat das Landesarbeitsgericht damit begründet, dass der ursprüngliche Tenor nicht dem Beratungsergebnis der Kammer entsprochen habe. Lediglich auf Grund eines Flüchtigkeitsfehlers habe der Vorsitzende auf der handschriftlich angefertigten Urteilsformel den Satz: „Die Revision wird nicht zugelassen“ angebracht.

11



2. Diese Berichtigung des Urteilstenors war gemäß § 319 Abs. 1 ZPO zulässig. 12
Damit liegt eine wirksame Zulassung der Revision nach § 72 Abs. 1 Satz 2 iVm. § 64 Abs. 3a Satz 1 ArbGG vor, die zur Statthaftigkeit der Revision führt.
- a) Als Folge der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Beschluss 13
vom 15. Januar 1992 (- 1 BvR 1184/86 - AP ArbGG 1979 § 64 Nr. 16 = EzA ArbGG 1979 § 64 Nr. 29) hat das Bundesarbeitsgericht in mehreren Entscheidungen entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung es als ausreichend angesehen, wenn eine versehentlich nicht mitverkündete Zulassung eines Rechtsmittels in den Entscheidungsgründen des Urteils nachgeholt wurde (vgl. BAG 23. November 1994 - 4 AZR 528/92 - BAGE 78, 294; 26. April 1995 - 7 AZR 984/93 - BAGE 80, 37; 31. Oktober 1995 - 1 AZR 372/95 - AP ArbGG 1979 § 72 Nr. 29 = EzA ArbGG 1979 § 72 Nr. 20; 11. Dezember 1998 - 6 AZB 48/97 - BAGE 90, 273).
- Diese Rechtsprechung erfolgte unter der bis zum 30. April 2000 geltenden 14
Rechtslage. Weder § 64 ArbGG aF noch § 72 ArbGG aF enthielten ausdrückliche Bestimmungen, in welcher Form die Zulassung oder Nichtzulassung der Berufung durch das Arbeitsgericht und der Revision durch das Landesarbeitsgericht zu erfolgen habe. Gegenstand der Entscheidungen waren demnach nur Fälle, in denen die Verkündung einer Entscheidung über die Zulassung der Berufung bzw. der Revision unterblieben war. Urteilsberichtigungen nach § 319 ZPO lehnte das Bundesarbeitsgericht allerdings ab und verzichtete dafür unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (15. Januar 1992 - 1 BvR 1184/86 - AP ArbGG 1979 § 64 Nr. 16 = EzA ArbGG 1979 § 64 Nr. 29) auf die bisher für eine wirksame Rechtsmittelzulassung geforderte Verkündung der Zulassung (vgl. zuletzt BAG 11. Dezember 1998 - 6 AZB 48/97 - BAGE 90, 273).
- b) Diese Rechtsprechung ist auf den vorliegenden Rechtsstreit nur noch in be- 15
schränktem Umfange anwendbar.
- Der durch das am 1. Mai 2000 in Kraft getretene Arbeitsgerichtsbeschleunigungsgesetz vom 30. März 2000 (BGBl. I S. 333) neu geschaffene § 64 Abs. 3a ArbGG 16
bestimmt, dass die Entscheidung des Arbeitsgerichts, ob die Berufung zugelassen oder nicht zugelassen wird, in den Urteilstenor aufzunehmen ist. Für die Revisionszulassung durch das Landesarbeitsgericht ist diese Norm entsprechend anzuwenden, § 72 Abs. 1 Satz 2 ArbGG.



Damit ist nunmehr klargestellt, das eine wirksame Zulassung der Berufung oder der Revision in den Entscheidungsgründen nicht mehr möglich ist. 17

Das Arbeitsgerichtsgesetz regelt in § 64 Abs. 3a Satz 2 und Satz 3 ArbGG iVm. § 72 Abs. 1 Satz 2 ArbGG lediglich diejenigen Fälle, in denen die Entscheidung über die Zulassung der Berufung oder Revision durch das Arbeitsgericht bzw. das Landesarbeitsgericht - aus welchen Gründen auch immer - unterblieben ist. Dann können die Parteien innerhalb von zwei Wochen nach Verkündung des Urteils eine entsprechende Ergänzung beantragen, über welche die Kammer auch ohne mündliche Verhandlung entscheiden kann, § 64 Abs. 3a Satz 3 ArbGG. 18

c) Der Fall, dass eine Kammer ihre intern getroffene Entscheidung über die Zulassung oder Nichtzulassung eines Rechtsmittels falsch verkündet, ist in § 64 Abs. 3a ArbGG nicht geregelt. 19

Grundsätzlich haben das Arbeitsgericht bzw. das Landesarbeitsgericht jedoch die Möglichkeit, einen solchen Fehler gemäß § 319 ZPO zu beseitigen. 20

§ 319 ZPO gibt den Gerichten die Möglichkeit, offensichtliche und sofort erkannte Versehen zu korrigieren. Der Sinn dieser Regelung liegt darin, Verfälschungen des Rechtsspruchs durch technische Fehlleistungen oder banale Irrtümer zu vermeiden. § 319 ZPO schützt die Rechtsuchenden vor den Folgen solcher im Justizalltag unvermeidlichen Fehler und ist damit Ausdruck des das Prozessrecht durchziehenden Prinzips der Rücksichtnahme auf die Rechtsuchenden und ihrer fairen Behandlung (*BVerfG 15. Januar 1992 - 1 BvR 1184/86 - AP ArbGG 1979 § 64 Nr. 16 = EzA ArbGG 1979 § 64 Nr. 29*). 21

Ob die Anwendbarkeit des § 319 ZPO mit dem Argument abgelehnt werden kann, ein gerichtsintern gebliebener Vorgang könne nicht als „offenbare Unrichtigkeit“ iSd. § 319 ZPO bezeichnet werden, weil er für Außenstehende nicht erkennbar sei (*so BAG 23. November 1994 - 4 AZR 528/92 - BAGE 78, 294*) bzw. § 319 ZPO sei deshalb unanwendbar, weil ansonsten durch einen bloßen Berichtigungsbeschluss zeitlich unbegrenzt die Rechtsmittelfähigkeit einer Entscheidung nachgeholt werden könnte (*so BAG 31. Oktober 1995 - 1 AZR 372/95 - AP ArbGG 1979 § 72 Nr. 29 = EzA ArbGG 1979 § 72 Nr. 20*), kann vorliegend dahinstehen. 22

Wie sich aus dem Schreiben des Kammervorsitzenden des Landesarbeitsgerichts vom 10. März 2004 an die Parteien ergibt, war in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht die Frage der Zulassung der Revision erörtert worden. 23



Auch hatte das Gericht zu erkennen gegeben, dass es wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsstreitigkeit die Revision zulassen werde. Damit war für die Parteien erkennbar, dass der im Tenor des verkündeten Urteils enthaltene Satz: „Die Revision wird nicht zugelassen“ nicht dem zuvor in der mündlichen Verhandlung geäußerten Willen der Kammer des Landesarbeitsgerichts entsprach. Mithin war die Unrichtigkeit des Urteilstenors für Außenstehende, dh. die Parteien des Rechtsstreits, aus den Umständen bei seiner Verkündung erkennbar.

Da die Berichtigung des Urteils durch das Landesarbeitsgericht bereits vor der Zustellung des Urteils an die Parteien erfolgt war, trat durch die Zulassung der Revision im Wege der Berichtigung auch keine unbegrenzte Ungewissheit der Parteien über die Rechtsmittelfähigkeit der Entscheidung ein. Ihnen war mit Zustellung des Urteils, dem maßgeblichen Zeitpunkt für den Beginn der Revisionsfrist, § 74 Abs. 1 Satz 2 ArbGG, die Möglichkeit der Revisionseinlegung bekannt.

II. Die Revision hat auch in der Sache Erfolg. Der beklagte Landkreis ist verpflichtet, dem Kläger zu dem für das laufende Urlaubsjahr bestehenden Anspruch zusätzlich im Wege des Schadensersatzes vier Tage Urlaub zu gewähren.

1. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass der Urlaubsanspruch des Klägers in der geltend gemachten Höhe aus dem Jahre 2002 untergegangen ist.

Der beklagte Landkreis hatte als Schuldner des Freistellungsanspruchs des Klägers das zu seiner Leistung Erforderliche mit der Festlegung des Urlaubszeitraums getan (§ 7 Abs. 1 BUrlG). Wird die Freistellung unmöglich, ohne dass der Arbeitgeber die Unmöglichkeit zu vertreten hat, so ist der Anspruch des Arbeitnehmers auf Freistellung nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen. Der durch die Festlegung des Arbeitgebers konkretisierte Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers ist in einem solchen Falle nach § 243 Abs. 2, § 275 Abs. 1 BGB ersatzlos untergegangen (*st. Rspr., vgl. BAG 21. Januar 1997 - 9 AZR 791/95 - AP BUrlG § 9 Nr. 15 = EzA BUrlG § 7 Nr. 104*).

Der Kläger war während des für den Zeitraum vom 19. August bis 6. September 2002 festgesetzten Urlaubs unstreitig an vier Urlaubstagen verpflichtet, an einem Einsatz des THW teilzunehmen, § 2 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Helfer der Bundesanstalt Technisches Hilfswerk vom 22. Januar 1990 (THW-Helferrechtsgesetz, BGBl. I S. 118). Für diese Zeit hätte er ge-



mäß § 3 Abs. 1 Satz 2 THW-Helferrechtsgesetz Anspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistung unter Fortbestand der Vergütungspflicht des beklagten Landkreises gehabt. Damit wurde für diese vier Tage seine Freistellung von der Arbeitspflicht auf Grund des gewährten Urlaubs nachträglich unmöglich. Diese Unmöglichkeit hatte der beklagte Landkreis nicht nach § 280 Abs. 1 BGB zu vertreten.

2. Entgegen der Meinung des Landesarbeitsgerichts steht dem Kläger jedoch wegen § 3 Abs. 1 Satz 1 THW-Helferrechtsgesetz im Wege des Schadensersatzes ein Anspruch auf erneute Gewährung dieses untergegangenen Urlaubsanspruchs zu. 29

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts fallen grundsätzlich alle urlaubsstörenden Ereignisse als Teil des persönlichen Lebensschicksals in den Risikobereich des einzelnen Arbeitnehmers. Nur soweit der Gesetzgeber oder die Tarifvertragsparteien besondere urlaubsrechtliche Nichtanrechnungsregeln, wie zB § 9 BUrlG, setzen, sind die allgemeinen Gefahrtragungsregelungen des BGB nicht anzuwenden (*BAG 9. August 1994 - 9 AZR 384/92 - BAGE 77, 296*). 30

Wegen seines eindeutigen Wortlauts kommt eine unmittelbare Anwendung des § 9 BUrlG, der nur die Nichtanrechnung von nachgewiesenen Zeiten der Arbeitsunfähigkeit auf den Jahresurlaub ausschließt, nicht in Betracht. Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 9. August 1994 (- 9 AZR 384/92 - BAGE 77, 296) auch eine entsprechende Anwendung des § 9 BUrlG auf andere Fälle, wie zB den eines Beschäftigungsverbots für Schwangere, abgelehnt. 31

b) § 3 Abs. 1 Satz 1 THW-Helferrechtsgesetz enthält den allgemeinen Grundsatz, dass Arbeitnehmern aus ihrer Verpflichtung zum Dienst im THW und aus diesem Dienst keine Nachteile im Arbeitsverhältnis erwachsen dürfen. Bei dieser Regelung handelt es sich um ein umfassendes Benachteiligungsverbot (*so auch: Schmid/Grill ArbRB 2002, 300, 302*). Aus der Begründung der Bundesregierung zu § 6 des Entwurfs des THW-Helferrechtsgesetzes, der dem in Kraft getretenen § 3 THW-Helferrechtsgesetz entspricht, ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine einschränkende Auslegung des § 3 Abs. 1 Satz 1 THW-Helferrechtsgesetz. Dort heißt es ausdrücklich: „Absatz 1 enthält die Grundaussage, daß den Helfern durch ihren Dienst im Technischen Hilfswerk keine Nachteile in Arbeits- und Dienstverhältnissen sowie in der Sozialversicherung erwachsen dürfen. Arbeitgeber und Dienstherrn sind verpflichtet, die Helfer für Einsätze und Ausbildungsveranstaltungen freizustellen“ (BT-Drucks. 11/4731 S. 10). 32



Ein Arbeitnehmer, dessen nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG festgelegter Urlaub wegen zeitgleicher Teilnahme an einem THW-Einsatz verbraucht wird, erleidet einen Nachteil. Nach § 1 BUrlG soll der Arbeitnehmer zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt werden, um ihm die uneingeschränkte Möglichkeit selbstbestimmter Nutzung seiner Freizeit zu geben (vgl. BAG 20. Juni 2000 - 9 AZR 405/99 - BAGE 95, 104). Wird ein Arbeitnehmer während seines Urlaubs zu einem Einsatz für das THW herangezogen, so hat er nach § 2 Abs. 2 Satz 1 THW-Helferrechtsgesetz die Verpflichtung, die ihm übertragenen Aufgaben zu erfüllen und dienstlichen Anordnungen Folge zu leisten. Damit entfällt während dieser Zeit die Möglichkeit zur „selbstbestimmten Nutzung“ der vom Arbeitgeber festgelegten arbeitsfreien Zeit. In diesem Fall verringert sich der Erholungsurlaub um die Tage seiner Teilnahme am THW-Einsatz. Eine solche Benachteiligung des THW-Helfers gegenüber anderen Arbeitnehmern verbietet § 3 Abs. 1 Satz 1 THW-Helferrechtsgesetz. Diese verbotene Benachteiligung kann nur dadurch vermieden werden, dass der THW-Helfer so gestellt wird, dass bereits gewährter und damit an sich schon erfüllter Urlaub nicht auf den Jahresurlaubsanspruch anzurechnen ist, soweit der Helfer - die vorherige Urlaubsfestlegung hinweggedacht - für den Einsatz hätte freigestellt werden müssen.

33

So ist es hier. Der beklagte Landkreis hätte den Kläger für den THW-Einsatz während der Arbeitszeit unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts freistellen müssen. Für diese Gleichstellungspflicht spricht auch die Regelung der vom öffentlichen Arbeitgeber zu tragenden Lohnkosten der THW-Einsätze.

34

§ 3 Abs. 2 Satz 1 THW-Helferrechtsgesetz sieht keine Erstattungspflicht zu Gunsten öffentlicher Arbeitgeber vor. Dieser soll die Lohnkostenlast für THW-Einsätze tragen. Würde der für den Einsatz verbrauchte Urlaubsanspruch des Klägers auf dessen Jahresurlaubsanspruch angerechnet, bewirkte das eine Entlastung des beklagten Landkreises zu Ungunsten des Arbeitnehmers. Wäre nämlich der Kläger während seiner Arbeitszeit zu einem viertägigen Einsatz verpflichtet worden, hätte ihm der beklagte Landkreis für diese vier Tage Vergütung und daneben auch während des ungekürzten Jahresurlaubs das Urlaubsentgelt weiterzahlen müssen. Die vom Landesarbeitsgericht zugelassene Entlastung des öffentlichen Arbeitgebers ist mit dem THW-Helferrechtsgesetz nicht vereinbar.

35

3. Seinen infolge der Nichtanrechnung noch zu erfüllenden Anspruch auf vier Tage Urlaub für das Jahr 2002 hat der Kläger bereits mit Schreiben vom 31. Oktober 2002, also noch im Laufe des Urlaubsjahres, geltend gemacht. Der Beklagte befand

36



sich seitdem mit der Urlaubsgewährung in Verzug. Für den mit Ablauf des Übertragungszeitraums (nach § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG: 31. März 2003; nach § 47 Abs. 7 Unterabs. 2 Satz 1 BAT: 30. April 2003) untergegangenen Urlaubsanspruch hat der beklagte Landkreis nach dem Grundsatz der Naturalrestitution gemäß § 275 Abs. 1, § 280 Abs. 1, § 286 Abs. 1 Satz 1, § 287 Satz 2, § 249 Abs. 1 BGB nF Ersatzurlaub zu gewähren (*st. Rspr., vgl. BAG 18. März 2003 - 9 AZR 190/02 - AP BUrlG § 3 Rechtsmissbrauch Nr. 17 = EzA BUrlG § 1 Nr. 25*).

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

37

Düwell

Reinecke

Böck

Starke

Ott

**JLaw – Gesetze und Urteile**Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile[\(mobile App\)](#)[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)