

Aktenzeichen: 9 AZR 404/99
Bundesarbeitsgericht 9. Senat

Urteil vom 20. Juni 2000
- 9 AZR 404/99 -

I. Arbeitsgericht
Münster

Urteil vom 25. September 1998
- 4 Ca 1188/98 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 10. Mai 1999
- 19 Sa 2336/98 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Nein
Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Fristlose Kündigung - Urlaub - Rückrufrecht des Arbeitgebers

Gesetz:

BUrlG §§ 1, 7, 13; BGB §§ 134, 626

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats:

Parallelsache zu - 9 AZR 405/99 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDEsarBEITSGERICHT



9 AZR 404/99
19 Sa 2336/98
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. Juni 2000

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Juni 2000 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Leinemann, den Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Reinecke sowie die ehrenamtlichen Richter Furche und Ott für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 10. Mai 1999 - 19 Sa 2336/98 - wird zurückgewiesen.



Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen !

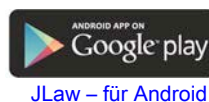
Tatbestand

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung und Urlaubsentgelt für Juni 1998.

Der Kläger war seit dem 15. Oktober 1996 bei der Beklagten als Software-Entwickler beschäftigt. Die regelmäßige vereinbarte Wochenarbeitszeit betrug 38,5 Stunden, das monatliche Gehalt 5.800,00 DM. Der Urlaubsanspruch war mit 30 Werktagen im Kalenderjahr vereinbart. Ende 1997 verhängte die Beklagte eine Urlaubssperre. Der Kläger hatte zu dieser Zeit 15 Urlaubstage erhalten. Im ersten Quartal 1998 vereinbarte er mit der Beklagten, daß der Resturlaub 1997 im gesamten Jahr 1998 genommen werden konnte. Außerdem hatte der Kläger wegen geleisteter rund 100 Überstunden Anspruch auf Freizeitausgleich.

Am 21. April 1998 kündigte der Kläger sein Arbeitsverhältnis zum 30. Juni 1998. Zugleich beantragte er für Mai und Juni 1998 Urlaub, den die Beklagte entsprechend seinem Verlangen am 23. oder 24. April 1998 festsetzte. Außerdem wurde besprochen, welche Arbeiten der Kläger bis zum Urlaubsbeginn noch erledigen könne und solle. Vereinbarungsgemäß erstellte der Kläger in den ersten Maitagen zu Hause die sog. API-Dokumentation. Hierfür waren zunächst drei Tage veranschlagt, die Arbeiten dauerten dann jedoch bis zum 7. Mai 1998. Am 11. Mai 1998 lieferte der Kläger die API-Dokumentation im Betrieb ab. Mit Schreiben vom 19. Mai 1998 forderte die Beklagte den Kläger vergeblich auf, am 25. Mai 1998 um 10.00 Uhr zur Erledigung zugesagter Arbeiten im Büro zu erscheinen. Streitig ist, ob der Kläger das Schreiben vor dem festgesetzten Termin erhalten hat. Mit Anwaltschreiben vom 27. Mai 1998 beanstandete die Beklagte das Fernbleiben des Klägers. Weiter heißt es wörtlich:

„Wir halten noch einmal fest, daß Sie der einzige Mitarbeiter unserer Mandantschaft sind, der wegen der erforderlichen Kenntnis der einzusetzenden Programmiersprache in der Lage ist, die genannten Arbeiten durchzuführen. Die sofortige Durchführung dieser Arbeiten ist äußerst dringend erforderlich, da die entsprechenden Auftraggeber unserer Mandantschaft die Arbeitsergebnisse bereits massiv anmahnen.“



Sie sind nach den Regeln des Arbeitsrechts verpflichtet, in einem derartigen betrieblichen Notfall Ihren Urlaub sofort abbrechen und zur Arbeit zu erscheinen.

Namens und kraft Vollmacht unserer Mandantschaft haben wir Sie daher hiermit aufzufordern, am Dienstag, den 02.06.1998, 10.00 Uhr, im Büro unserer Mandantschaft zu erscheinen und die Arbeit wieder aufzunehmen.

Namens und kraft Vollmacht unserer Mandantschaft mahnen wir Sie hiermit wegen des Nichterscheinens am Montag, den 25.05.1998, 10.00 Uhr, ab.

In aller gebotenen Deutlichkeit weisen wir darauf hin, daß unsere Mandantschaft das Arbeitsverhältnis unverzüglich fristlos kündigen wird, wenn Sie nicht am 02.06.1998, 10.00 Uhr, im Büro unserer Mandantschaft erscheinen und die Arbeit aufnehmen.

Unsere Mandantschaft behält sich ebenfalls ausdrücklich vor, Ihnen gegenüber unter Aufrechnung gegen Ihr Arbeitsentgelt im gesetzlich zulässigen Rahmen Ersatz jeglichen Schadens geltend zu machen, welcher unserer Mandantschaft aus der Nichtdurchführung der Arbeiten durch Sie aufgrund von Forderungen Dritter entsteht.“

Am 2. Juni 1998 suchte der Kläger den Betrieb gemeinsam mit einem Gewerkschaftssekretär auf. Dort wurde ihm ein Schreiben der Beklagten ausgehändigt, mit dem er gebeten wurde, den erforderlichen Zeitaufwand für vier näher beschriebene Arbeitspakete einzuschätzen und sodann mit den Arbeiten zu beginnen. Der Kläger überreichte der Beklagten ein Schriftstück „Rahmenbedingungen für eine befristete Wiederaufnahme meiner Tätigkeit“. Zu einer Arbeitsleistung des Klägers kam es nicht. Die Beklagte kündigte daraufhin am 3. Juni 1998 das Arbeitsverhältnis schriftlich fristlos.

Gegen diese Kündigung hat sich der Kläger mit seiner am 8. Juni 1998 bei dem Arbeitsgericht eingegangenen Kündigungsschutzklage gewandt. Er hat geltend gemacht, die Kündigung sei unwirksam, weil er sich lediglich bereit erklärt habe, während des gewährten Urlaubs an einem Tag seinen Nachfolger einzuarbeiten. Die Beklagte sei daher auch zur Zahlung des Urlaubsentgelts verpflichtet.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die schriftliche Kündigung der Beklagten vom 3. Juni 1998, zugegangen am 4. Juni 1998, zum gleichen Tag nicht aufgelöst worden ist, sondern bis zum 30. Juni 1998 fortbestanden hat,



2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 5.800,00 DM brutto nebst 4 % Zinsen aus dem sich daraus ergebenden Nettobetrag seit dem 11. August 1998 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat behauptet, der Urlaub für Mai und Juni 1998 sei dem Kläger nur gewährt worden, weil er zugesagt habe, die API-Dokumentation zu erstellen und der Beklagten auch während des Urlaubs auf Abruf zur Verfügung zu stehen, soweit mit den von ihm zuletzt verrichteten Arbeiten Probleme entstünden. Der Kläger habe diese Zusage zunächst zeitlich nur bis Ende Mai 1998 begrenzt, weil er ab 1. Juni 1998 verreisen werde. Bei der Abgabe der Dokumentation habe er dann aber mitgeteilt, er werde erst in der zweiten Junihälfte abwesend sein; bis dahin sei er für die Beklagte bei Unklarheiten erreichbar. Mit seiner Arbeitsverweigerung am 2. Juni 1998 habe der Kläger schuldhaft seinen Arbeitsvertrag verletzt. Sie habe die ihm obliegenden Arbeiten fremd vergeben und hierfür 13.340,00 DM aufwenden müssen; mit einem Teilbetrag von 8.352,00 DM rechne sie hilfsweise gegen einen möglichen Entgeltanspruch des Klägers auf.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision. Der Kläger beantragt deren Zurückweisung.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

I. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die fristlose Kündigung der Beklagten nicht beendet worden.

1. Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und bei Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist oder bis zu einer



aus anderen Gründen bereits feststehenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, diese Voraussetzungen seien nicht gegeben, weil der Kläger seine vertraglichen Pflichten nicht verletzt habe. Die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, den Kläger aus dem Urlaub abzurufen und Arbeitsleistungen von ihm zu verlangen.

2. Diesen Ausführungen stimmt der Senat zu. Ein wichtiger Grund zur fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses iSv. § 626 Abs. 1 BGB liegt nicht vor. Der Kläger war unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt verpflichtet, den Urlaub abubrechen und die im Schreiben vom 2. Juni 1998 aufgetragenen Arbeiten zu verrichten.

a) Einen Anspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer, seinen Urlaub abubrechen oder zu unterbrechen, gibt es nach dem BUrlG nicht (vgl. *ebenso Leinemann/Linck Urlaubsrecht § 7 Rn. 37, 40; Schütz/Hauck Gesetzliches und tarifliches Urlaubsrecht Rn. 448; GK BUrlG Bachmann 5. Aufl. § 7 Rn. 50; ErfK/Dörner § 7 BUrlG Rn. 43*). Ob dennoch bei unvorhersehbaren und „zwingenden Notwendigkeiten, welche einen anderen Ausweg nicht zulassen“ (BAG 19. Dezember 1991 - 2 AZR 367/91 - RzK I 6 a Nr. 82; vgl. auch 9. Februar 1982 - 1 AZR 567/79 - AP BUrlG § 11 Nr. 16 = EzA BUrlG § 1 Nr. 18; 29. Januar 1960 - 1 AZR 200/58 - AP GewO § 123 Nr. 12; vgl. KR-Fischermeier 5. Aufl. § 626 BGB Rn. 452; Dersch/Neumann BUrlG 8. Aufl. § 7 Rn. 37, 38) ein solcher Anspruch bestehen könnte, bedarf keiner Erörterung des Senats. Die Beklagte hat hierfür keine Tatsachen vorgetragen.

b) Eine Vertragsverletzung liegt auch dann nicht vor, wenn die Behauptung der Beklagten als wahr unterstellt wird, der Kläger habe zugesagt, bei den von ihr dargelegten betrieblichen Schwierigkeiten seine Tätigkeit wieder aufzunehmen.

aa) Nach § 1 BUrlG schuldet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Erholungsurlaub. Zur Erfüllung dieses gesetzlichen Anspruchs hat er den Arbeitnehmer von der Arbeit freizustellen. Dem Arbeitnehmer ist uneingeschränkt zu ermöglichen, 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. Eine derartige Arbeitsbereitschaft läßt sich mit der Gewährung des gesetzlichen Erholungsurlaus nicht vereinbaren. Der Anspruch des Arbeitnehmers wird in diesem Fall nicht erfüllt (vgl. Dersch/Neumann aaO § 1 Rn. 54; GK BUrlG Bleistein aaO § 3 Rn. 19;



Küttner/Bauer Personalbuch 2000 Urlaubsgewährung Rn. 5; Schütz/Hauck aaO Rn. 95; Natzel Bundesurlaubsrecht 4. Aufl. § 1 Rn. 11).

Ein Arbeitgeber muß sich daher vor der Urlaubserteilung entscheiden, ob er dem Arbeitnehmer den beantragten Urlaub gewährt oder den Urlaubswunsch des Arbeitnehmers etwa wegen dringender betrieblicher Belange iSv. § 7 Abs. 1 BUrlG ablehnt. Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer freigestellt, also die Leistungszeit bestimmt, in der der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers iSv. § 362 Abs. 1 BGB erfüllt werden soll, und das dem Arbeitnehmer mitgeteilt, hat er als Schuldner des Urlaubs die für die Erfüllung dieses Anspruchs erforderliche Leistungs/Erfüllungshandlung iSv. § 7 Abs. 1 BUrlG vorgenommen (*BAG 9. August 1994 - 9 AZR 384/92 - AP BUrlG § 7 Nr. 19 = EzA BUrlG § 7 Nr. 97*). An diese Erklärung ist der Arbeitgeber gebunden und kann den Arbeitnehmer nicht aus dem Urlaub zurückrufen.

bb) 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 verpflichtet, dem Arbeitgeber auf dessen Verlangen zur Arbeitsleistung zur Verfügung zu stehen. In beiden Fällen bewirkt das vereinbarte Recht des Arbeitgebers zum Rückruf, daß der Arbeitnehmer für die Dauer der Freistellung entgegen § 1 BUrlG nicht uneingeschränkt von seiner Arbeitspflicht befreit wird.

cc) Soweit das Landesarbeitsgericht allerdings zur Begründung der Unwirksamkeit der Abrede der Parteien auf § 134 BGB zurückgegriffen hat, ist das nicht richtig. § 13 Abs. 1 BUrlG ist kein Verbotsgesetz iS dieser Vorschrift. § 13 Abs. 1 BUrlG beschränkt vielmehr unmittelbar die Befugnis der Arbeitsvertragsparteien, durch rechtsgeschäftliche Vereinbarungen von den zwingenden Vorschriften des Urlaubsrechts abzuweichen. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, wonach von den Bestimmungen nicht abgewichen werden „kann“. Mit einer solchen Formulierung wird regelmäßig zum Ausdruck gebracht, daß entgegenstehende Vereinbarungen nur zur endgültigen oder schwebenden Unwirksamkeit führen (*vgl. BAG 20. April 1999 - 1 AZR 631/98 - AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 12 = EzA BetrVG 1972 § 77 Nr. 64*;



Palandt/Heinrichs BGB 59. Aufl. § 134 Rn. 7). Bestätigt wird diese Auslegung des § 13 Abs. 1 BUrlG von dem mit der Norm verfolgten Zweck. Es soll sichergestellt sein, daß der Arbeitnehmer den gesetzlich begründeten Erholungsurlaub auch tatsächlich in Anspruch nimmt und erhält. Das ist nicht gewährleistet, wenn, wie es das Landesarbeitsgericht folgerichtig getan hat, im Einzelfall nach § 139 BGB geprüft werden müßte, ob der Arbeitgeber den Urlaub auch dann erteilt hätte, wenn sich der Arbeitnehmer nicht mit dem Rückrufrecht des Arbeitgebers einverstanden erklärt hätte.

dd) Die Wirksamkeit der behaupteten Abrede läßt sich nicht aus § 7 Abs. 2 BUrlG herleiten, wie die Revision geltend macht. Dort ist bestimmt, daß der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den Urlaub zusammenhängend zu gewähren hat, soweit nicht dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe eine Teilung des Urlaubs erforderlich machen. Die Norm betrifft also allein die rechtlichen Voraussetzungen, unter denen der Arbeitgeber den gesetzlichen Urlaub des Arbeitnehmers auf mehrere Zeitabschnitte festlegen darf. Sie berechtigt ihn indessen nicht, die Freistellung des Arbeitnehmers mit einer Arbeitsbereitschaft zu verbinden. Ob die Beklagte hinreichende Gründe für eine Stückelung des Urlaubs vorgetragen hat, ist mithin ohne Bedeutung.

ee) Die Erwägung der Revision, die Arbeitsvertragsparteien müßten jedenfalls dann freier in der Gestaltung des Urlaubs sein, wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bevorstehe, ist mit dem zwingenden Urlaubsrecht nicht zu vereinbaren. Das gilt auch für ihre Überlegung, ein Arbeitnehmer sei schließlich nicht gezwungen, Urlaub zu beanspruchen. Sie berücksichtigt nicht, daß der Kläger den ihm zustehenden Urlaub verlangt und sie ihm diesen auch erteilt hat. Andernfalls hätte sie den Urlaub nach § 7 Abs. 4 BUrlG abgelden müssen. Das wollte sie ersichtlich vermeiden.

ff) Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht die Unwirksamkeit der Abrede für die gesamte Zeit der Freistellung angenommen und nicht zwischen der Freistellung zur Erfüllung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs des Klägers und der weiteren Freistellung zur Erfüllung des vertraglichen Urlaubsanspruchs und des Überstundenausgleichs unterschieden.

Der gesetzliche Resturlaub des Klägers für 1997 von fünf Urlaubstagen war aufgrund der gesetzlichen Befristung mit dem 31. März 1998 nach § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG erloschen (vgl. *BAG 28. November 1990 - 8 AZR 570/89 - AP BUrlG § 7 Übertragung Nr. 18 = EzA BUrlG § 7 Nr. 79*). Der nach Maßgabe von § 13 Abs. 1 BUrlG



geschützte Urlaubsanspruch beschränkte sich damit auf zehn Arbeitstage für 1998 (§ 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 c BUrlG). Für die über diese Zeitspanne hinausgehende Freistellung hätten die Parteien daher an sich nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit (§§ 241, 305 BGB) vereinbaren können, daß die Beklagte den Kläger aus dem Urlaub abrufen kann. Da die Erfüllung des Anspruchs auf den gesetzlichen Mindesturlaub nicht von dem Zufall abhängen darf, ob der Arbeitgeber von einem ihm eingeräumten Rückrufrecht Gebrauch macht, hätte die Beklagte hierfür vorab festlegen müssen, in welchem Zeitabschnitt innerhalb der Monate Mai und Juni 1998 der gesetzliche Urlaubsanspruch des Klägers erfüllt werden sollte. Das hat sie indessen unterlassen und statt dessen dem Kläger insgesamt „Urlaub“ erteilt.

II. Da das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht vor dem 30. Juni 1998 beendet worden ist, steht dem Kläger für Juni 1998 Urlaubsentgelt von 5.800,00 DM brutto zu (§ 611 Abs. 1 BGB, § 1 BUrlG). Der Anspruch des Klägers gilt auch nicht aufgrund der von der Beklagten erklärten Aufrechnung als erloschen (§§ 388, 389 BGB). Er war nicht zur Arbeitsaufnahme verpflichtet und ist damit auch nicht ersatzpflichtig.

III. Die Beklagte hat die Kosten ihrer erfolglosen Revision nach § 97 Satz 1 ZPO zu tragen.

Leinemann

Düwell

Reinecke

Furche

Ott



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)