



Kohnke  
Regierungsbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

RA	<b>EINGEGANGEN</b>	KR/KA	Mdt.:
SB		Kenn- nrt.	
Rück- spr	17. MRZ. 2014	Rück- spr	Zah- lung
zdA	FRANK DOHRMANN RECHTSANWALT	Stel- lung	

**LANDEsarbeitsgericht DÜSSELDORF**  
**IM NAMEN DES VOLKES**  
**URTEIL**  
In dem Rechtsstreit

der Frau ~~Barbara Pöhlgen, Matrikel-Nr. 33646 Oberhausen,~~

**- Klägerin und Berufungsklägerin -**

**Prozessbevollmächtigte:** Rechtsanwälte ~~Doehring & Partner, a. d. Hohenstraße 112, 46043 Oberhausen,~~

**g e g e n**

die Frau ~~Sybilie Kölsch, Matrikel-Nr. 25404 Oberhausen,~~

**- Beklagte und Berufungsbeklagte -**

**Prozessbevollmächtigter:** Rechtsanwalt ~~Doehring,~~  
~~Esplanade 19, 46043 Oberhausen,~~

hat die 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf  
auf die mündliche Verhandlung vom 05.02.2014  
durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Paßlick als  
Vorsitzende sowie den ehrenamtlichen Richter Vöcking und die ehrenamtliche  
Richterin Hintzen

**für R e c h t erkannt:**

- I. **Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Oberhausen vom 23.10.2013, 1 Ca 992/13, teilweise abgeändert und klarstellend wie folgt gefasst:**

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.356,88 € brutto zu zahlen.

**2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.**

- II. Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.**
- III. Die Revision wird nicht zugelassen.**

### **TATBESTAND:**

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Urlaubsabgeltung.

Die Klägerin war seit dem 08.05.2005 bei der Beklagten beschäftigt, zuletzt auf der Grundlage eines unter dem Datum vom 01.10.2007 geschlossenen Arbeitsvertrages zu einem monatlichen Bruttolohn in Höhe von 2.100,00 € brutto.

§ 11 des Arbeitsvertrages lautet:

#### **„ § 11 Verfall-/Ausschlussfristen**

*Die Vertragsschließenden müssen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb von drei Monaten (oder: sechs Monaten) nach ihrer Fälligkeit schriftlich geltend machen und im Fall der Ablehnung durch die Gegenseite innerhalb von drei Monaten einklagen.*

*Andernfalls erlöschen sie. Für Ansprüche aus unerlaubter Handlung verbleibt es bei der gesetzlichen Regelung.“*

Der Urlaubsanspruch der Klägerin beträgt 29 Arbeitstage im Kalenderjahr. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass ein Urlaubstag mit 96,92 € brutto abzugelten ist.

Nachdem die Beklagte das Arbeitsverhältnis zur Klägerin durch anwaltliches Schreiben vom 19.04.2012 mit Wirkung zum 31.05.2012, hilfsweise zum 30.06.2012, gekündigt hatte, einigten die Parteien sich in dem beim Arbeitsgericht Oberhausen unter dem Az.: 1 Ca 1310/12 geführten Kündigungsrechtsstreit in einem am 14.09.2012 geschlossenen Vergleich auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 30.06.2012.

Die Klägerin wurde sodann bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Anrechnung eventuell noch ausstehender Urlaubsansprüche sowie Guthaben auf dem Arbeitszeitkonto freigestellt.

Die Klägerin war seit dem 06.04.2012 arbeitsunfähig erkrankt. Ausweislich einer von ihr zur Akte gereichten Bescheinigung ihrer Krankenkasse war sie in der Zeit vom 06.04.2012 bis zum 22.08.2013 aufgrund von Lohnersatz beitragsfrei gestellt.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 23.05.2012 ließ die Klägerin die Beklagte unter anderem darauf hinweisen, dass noch 15 restliche Urlaubstage abzugelten seien.

Im Februar 2013 hat sie ihre Urlaubsabgeltungsansprüche schriftlich eingefordert.

Im Laufe des Verfahrens hat die Beklagte an die Klägerin als Urlaubsabgeltung für einen Urlaubstag einen Betrag in Höhe von 96,92 € gezahlt.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass ihr für das Jahr 2012 ein Abgeltungsanspruch für 15 Urlaubstage zustehe, die sie wegen ihrer Erkrankung nicht in natura habe nehmen können. Nachdem sie zunächst vorgetragen hatte, sie habe von dem ihr zustehenden Jahresurlaub in Höhe von 29 Tagen für das Jahr 2012 lediglich 14 Urlaubstage genommen, hat sie ihren Vortrag sodann dahingehend berichtigt, tatsächlich habe sie für das Jahr 2012 noch keinen Ur-

laub erhalten. Der anderweitige Vortrag beruhe auf einem Büroversehen. Sie sei durchgehend vom 06.04.2012 bis zum 22.08.2013 krankgeschrieben gewesen. Die arbeitsvertragliche Verfallfrist sei durch das Schreiben vom 22.05.2012 gewahrt.

**Die Klägerin hat beantragt,**

**die Beklagte zu verurteilen, an sie 1.453,80 € brutto zu zahlen.**

**Die Beklagte hat beantragt,**

**die Klage abzuweisen.**

Sie hat behauptet, die Klägerin sei in den letzten beiden Juni-Wochen des Jahres 2012 urlaubsbedingt ortsabwesend gewesen. Sie habe in diesem Zeitraum auch keinen Krankenschein eingereicht. Damit seien die Ansprüche der Klägerin erloschen. Im Falle eines Krankenstandes hätte die Klägerin ihren Urlaub notfalls absagen müssen. Sie könne nicht zwei Wochen in Urlaub fahren und hierfür nicht nur Krankengeld kassieren, sondern auch noch eine Urlaubsabgeltung geltend machen. Außerdem hat die Beklagte sich auf die arbeitsvertraglich vereinbarte Ausschlussfrist berufen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, es könne dahinstehen, in welchem Umfang der Klägerin bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 30.06.2012 noch Urlaub zugestanden habe, denn der Urlaubsabgeltungsanspruch sei mangels rechtzeitiger Geltendmachung nach § 11 des Arbeitsvertrages verfallen. Die arbeitsvertraglich vereinbarte Verfallklausel sei zwar widersprüchlich. Unter Berücksichtigung des nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts anzuwendenden „Blue-pencil-tests“ sei die Regelung jedoch teilbar. Der Passus „drei Monate (oder:“

entfalle. Es verbleibe die Regelung, dass die Vertragschließenden Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb von sechs Monaten nach Fälligkeit geltend machen müssten. Der Anspruch auf Urlaubsabgeltung sei nicht fristgerecht innerhalb von sechs Monaten nach seiner Fälligkeit geltend gemacht worden. Die Geltendmachung im Mai 2012 sei zu früh, nämlich vor Entstehung des Anspruchs, erfolgt und habe die Ausschlussfrist nicht wahren können. Die Geltendmachung im Februar 2013 sei nicht innerhalb der Ausschlussfrist erfolgt.

Gegen das ihr am 06.11.2013 zugestellte Urteil hat die Klägerin mit einem am 20.11.2013 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit einem am 04.12.2013 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Mit ihrer Berufung rügt die Klägerin unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens, die Auffassung des Arbeitsgerichts, die Regelung der Verfallklausel sei teilbar, sei unrichtig. Die Regelung sei vielmehr insgesamt intransparent und damit insgesamt nichtig. Die Blue-pencil-Methode sei vorliegend nicht anwendbar, weil nicht ersichtlich sei, warum gerade die Regelung gestrichen werden solle, nach der Ansprüche nach drei Monaten verirken sollen. Genauso gut könne die Regelung gestrichen werden, wonach Ansprüche nach sechs Monaten verfallen sollen. Die Vorschrift sei insgesamt unwirksam, weil nicht klar sei, welche Ausschlussfrist gemeint sei. Zudem sei der Anspruch entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts auch rechtzeitig geltend gemacht worden. Die Beklagte habe das Arbeitsverhältnis zum 31.05.2012 gekündigt. Die Geltendmachung der Urlaubsabgeltung sei sieben Tage vor dem von der Beklagten selbst gewählten Beendigungszeitpunkt erfolgt.

**Die Klägerin beantragt nach Rücknahme der Berufung in Höhe von 96,92 €,**

**das Urteil des Arbeitsgerichts Oberhausen vom 23.10.2013, 1 Ca 992/13, abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an sie einen Betrag in Höhe von 1.356,88 € brutto zu zahlen.**

**Die Beklagte beantragt,**

**die Berufung zurückzuweisen.**

Sie verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Danach könne die Beklagte sich zwar nicht auf die kürzere, wohl aber auf die Ausschlussfrist von sechs Monaten berufen. Durch das Streichen der kürzeren Klausel bleibe die Regelung insgesamt verständlich und nachvollziehbar. Dies vorangestellt setze selbstverständlich voraus, dass es sich vorliegend überhaupt um Klauseln im Sinne der §§ 305 ff BGB handele. Hierzu habe die Klägerin nichts vorgetragen. Entgegen ihrer Behauptung sei die Klägerin in den beiden letzten Juniwochen des Jahres 2012 im Urlaub gewesen. Dies habe die Beklagte von Nachbarn erfahren. Wer seinen Urlaub antreten könne, der könne nicht auch noch einen Urlaubsabgeltungsanspruch wegen Krankenstand einfordern. Da die Klägerin in den letzten beiden Juniwochen in Urlaub gewesen sei, komme es auf eine Krankmeldung in Bezug auf die geltend gemachten Urlaubsabgeltungsansprüche nicht mehr an.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend Bezug genommen auf die in beiden Instanzen zu den Akten gereichten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen.

## ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

### I.

Die statthafte (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässige (§ 64 Abs. 2 ArbGG), form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. §§ 519, 520 Abs. 3 ZPO) ist zulässig.

### II.

Die Berufung der Klägerin ist auch begründet. Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Unrecht abgewiesen. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung in der im Berufungsverfahren reduzierten Höhe zu, auf den das an die Klägerin gezahlte Krankengeld nicht anzurechnen ist. Der Anspruch der Klägerin ist auch nicht verfallen. Das Urteil des Arbeitsgerichts war daher entsprechend abzuändern.

#### 1.

Der Anspruch der Klägerin auf Zahlung einer Urlaubsabgeltung ergibt sich aus § 7 Abs. 4 BUrlG. Danach ist der Urlaub abzugelten, wenn er wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann.

Das heißt zunächst, dass eine Urlaubsabgeltung nur verlangt werden kann, wenn das Arbeitsverhältnis tatsächlich beendet wurde. Diese Voraussetzung ist vorliegend unstreitig erfüllt, denn das Arbeitsverhältnis wurde aufgrund des gerichtlichen Vergleichs zum 30.06.2012 beendet.

Der noch nicht erfüllte Urlaubsanspruch wandelt sich mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses in den Abgeltungsanspruch um, ohne dass weitere Handlung-

gen des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers erforderlich sind. Die Erfüllung des Urlaubsanspruchs, das heißt die Befreiung von der Arbeitspflicht, ist nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses unmöglich geworden. Der Urlaubsabgeltungsanspruch entsteht insoweit unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses arbeitsfähig ist oder nicht (vgl. ErfK, § 7 BUrlG Rn. 71, 72 m.w.N. aus der Rechtsprechung).

Ein Abgeltungsanspruch entsteht allerdings denknotwenig dann nicht, wenn der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses keinen Urlaubsanspruch mehr hat, weil er durch Erfüllung erloschen ist. Beruft sich der Arbeitgeber auf die Erfüllung seiner urlaubsrechtlichen Freistellungsverpflichtung, muss er im Einzelnen darlegen und ggf. beweisen, dass er gegenüber dem Arbeitnehmer eine entsprechende Freistellungserklärung abgegeben hat.

Unstreitig ist die Klägerin von der Arbeitsleistung unter Anrechnung von Urlaubsansprüchen freigestellt worden. Der Arbeitgeber kann den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers dadurch erfüllen, dass er dem Arbeitnehmer das Recht einräumt, die konkrete Lage des Urlaubs innerhalb eines bestimmten Zeitraums selbst zu bestimmen (vgl. BAG, Urteil vom 14.03.2006, 9 AZR 11/05, zitiert nach juris). Weiterer Darlegungen seitens der Beklagten bedurfte es danach zunächst nicht.

Die Gewährung von Urlaub setzt allerdings voraus, dass der Urlaub in dem vorgesehenen Zeitraum erfüllbar ist. Die dafür erforderliche Befreiung von der Arbeitspflicht ist nicht möglich, wenn der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt ist, denn der arbeitsunfähig Erkrankte hat keine Arbeitspflicht. In diesem Fall ist der arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig für die Tatsache der Arbeitsunfähigkeit.

Die ihr obliegende Darlegungs- und Beweislast hat die Klägerin erfüllt.

Zunächst ist allerdings festzustellen, dass zumindest ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung von vier Urlaubstagen – soweit der Urlaubsabgeltungsanspruch nicht

verfallen ist - zwischen den Parteien unstreitig sein dürfte. Nach der Behauptung der Beklagten soll die Klägerin Ende des Monats Juni 2012 zwei Wochen urlaubsabwesend gewesen sein. Nach Angaben der Beklagten im Kammertermin vor der Berufungskammer hat die Klägerin in einer Fünf-Tage-Woche gearbeitet. Bei einem - von der Beklagten behaupteten - zweiwöchigem Urlaub der Klägerin während der Freistellung wäre danach - bei unterstellter Arbeitsfähigkeit - nur ein Urlaubsanspruch in Höhe von zehn Tagen erfüllt worden mit der Folge, dass jedenfalls unstreitig noch vier Urlaubstage abzugelten wären, die nach dem eigenen Vortrag der Beklagten nicht durch Erfüllung erloschen sein können.

Davon abgesehen steht der Klägerin aber auch für die verbleibenden 10 streitigen Urlaubstage ein Urlaubsabgeltungsanspruch zu, denn die Klägerin war auch bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses und darüber hinaus ununterbrochen arbeitsunfähig erkrankt. Dies ergibt sich aus der von der Klägerin bereits erstinstanzlich zur Akte gereichten Mitteilung ihrer Krankenkasse, in der bescheinigt wird, dass die Klägerin in der Zeit vom 06.04.2012 bis zum 22.08.2013 beitragsfrei gestellt war. Nach § 224 SGB V ist ein Mitglied für die Dauer des Anspruchs auf Krankengeld beitragsfrei. Anspruch auf Krankengeld haben nach § 44 Abs. 1 SGB V nur Arbeitnehmer, die aufgrund ihrer Krankheit arbeitsunfähig sind.

Dass es sich bei dem bescheinigten Lohnersatz um Krankengeld handelt, ergibt sich auch daraus, dass andernfalls die Beklagte zur Entgeltzahlung während des Freistellungszeitraumes verpflichtet gewesen wäre, was unstreitig nicht der Fall ist.

Die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung war unter diesen Umständen nicht erforderlich. Die Klägerin hat unstreitig keine Entgeltfortzahlung von der Beklagten verlangt oder erhalten. Dies hat die Beklagte im Kammertermin vor der Berufungskammer auf Befragen bestätigt. Ein Zurückbehaltungsrecht wegen der fehlenden Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung könnte der Beklagten nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz nur dann zuste-

hen, wenn die Klägerin die Fortzahlung des Arbeitsentgelts wegen Arbeitsunfähigkeit verlangen würde. Dies ist vorliegend aber nicht der Fall.

Der Einwand der Beklagten, im Falle ihrer Arbeitsunfähigkeit hätte die Klägerin einen gebuchten Urlaub ggf. absagen müssen, ist unerheblich. Abgesehen davon, dass das Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit nicht zwangsläufig bedeutet, dass der betreffende Arbeitnehmer nicht trotzdem in Urlaub fahren kann, kann letztlich dahinstehen, ob die Klägerin aus ärztlicher Sicht in Urlaub hätte fahren dürfen oder nicht - unterstellt, die Klägerin ist überhaupt in Urlaub gewesen - denn ein solches Verhalten könnte allenfalls in einem bestehenden Arbeitsverhältnis Bedeutung haben, nämlich dann, wenn es sich genesungswidrig ausgewirkt hätte. Vorliegend war die Klägerin jedoch aufgrund der Freistellung von der Arbeitsleistung befreit. Ein etwaiges genesungswidriges Verhalten hat keine Auswirkung auf die hier streitgegenständliche Urlaubsabgeltung.

## 2.

Das der Klägerin gezahlte Krankengeld ist auf die Urlaubsabgeltung nicht anzurechnen.

Der Einwand der Beklagten, die Klägerin könne nicht Krankengeld und Urlaubsabgeltung beziehen, greift nicht durch. Mit Urteil vom 30.05.2006, Az.: B 1 KR 26/05 R (zitiert nach juris) hat das Bundessozialgericht entschieden, dass eine Urlaubsabgeltung kein Arbeitsentgelt im Sinne des § 49 Abs. 1 Satz 1 SGB V darstellt und somit nicht zum Ruhen des Krankengeldes führt. Im Verhältnis zur Krankenkasse bewirkt eine für die Zeit nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses gewährte Urlaubsabgeltung mithin nicht das Ruhen des Anspruchs auf Krankengeld nach § 44 SGB V (so auch BAG, Urteil vom 17.11.2010, 10 AZR 649/09, Rn. 18, zitiert nach juris). Erst recht kann eine nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gezahlte Urlaubsabgeltung nicht sozusagen „rückwirkend“ zum Ruhen und damit zum Entfallen des Krankengeldanspruches in einem vorhergehenden Zeitraum führen. Führt die Zahlung einer Urlaubsabgeltung nicht zum Ruhen des Krankengeldanspruches, kann das

gezahlte Krankengeld auch nicht auf die Urlaubsabgeltung angerechnet werden. Der Anspruch auf Krankengeld und auf Zahlung einer Urlaubsabgeltung besteht damit nebeneinander.

Der Klägerin steht danach der von ihr geltend gemachte Urlaubsabgeltungsanspruch gegen die Beklagte in der im Berufungsverfahren beantragten Höhe zu.

In diesem Zusammenhang sieht die Berufungskammer sich erneut - wie bereits in der mündlichen Verhandlung - veranlasst, die Beklagte darauf hinzuweisen, dass rein wirtschaftlich betrachtet unerheblich ist, ob es sich bei dem der Klägerin zustehenden Betrag um eine Urlaubsabgeltung wegen nicht erfüllten Urlaubs oder um Urlaubsentgelt wegen eines erfüllten, aber noch nicht abgerechneten Urlaubsanspruchs handelt. Da die Beklagte den Zeitraum von 14 Urlaubstagen unstreitig bisher nicht vergütet hat, ist sie zur Zahlung verpflichtet, und zwar - wie vorstehend ausgeführt - als Urlaubsabgeltung.

### 3.

Der Abgeltungsanspruch der Klägerin ist nicht aufgrund der arbeitsvertraglich vereinbarten Verfallklausel verfallen, denn die Klausel ist nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

Bei dem zwischen den Parteien vereinbarten Formularvertrag handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die die Beklagte gestellt hat (§ 305 Abs. 1 BGB). Dies ist bereits mit der nötigen Eindeutigkeit aus der äußeren Gestaltung des Vertrages erkennbar. Wie bereits das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, finden sich individualvertragliche Abreden lediglich in § 3 und § 12 des Arbeitsvertrages. Im Übrigen handelt es sich ganz offensichtlich um einen vorformulierten Text, der nicht ausgehandelt ist. Dies ergibt sich insbesondere aus der hier streitgegenständlichen Verfallklausel in § 11 des Arbeitsvertrages. Diese bietet die vorformulierte Möglichkeit, eine Verfallfrist von drei oder von sechs Monaten zu vereinbaren. Es hätte insoweit der Streichung einer der angebotenen, vorformulierten Möglichkeiten bedurft, was indes nicht erfolgt ist.

Zutreffend hat bereits das Arbeitsgericht darauf hingewiesen, dass nicht ersichtlich ist, dass die Klägerin auf den vorformulierten Text Einfluss nehmen konnte. Das hat selbst die Beklagte nicht behauptet.

Vor Prüfung der Unwirksamkeit nach §§ 307 ff BGB muss der Inhalt der Klausel durch Auslegung (§ 157 BGB) ermittelt werden.

Nach § 305c Abs. 2 BGB kann § 11 des Arbeitsvertrages mit keiner der in dieser Klausel aufgeführten Fristen aufrechterhalten bleiben.

§ 305c Abs. 2 BGB, wonach Zweifel bei der Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders gehen, soweit zumindest zwei ernsthaft in Betracht zu ziehende Auslegungsmöglichkeiten bestehen mit der Folge, dass der Verwender sich die arbeitnehmerfreundlichste Auslegung entgegenhalten lassen muss, greift vorliegend nicht, denn innerhalb des § 11 des Arbeitsvertrages bestehen nicht zwei Auslegungsmöglichkeiten, sondern eine Widersprüchlichkeit, die durch Verwendung einer arbeitnehmerfreundlichen Auslegung nicht überwunden werden kann.

Als Auslegungsmöglichkeiten kommen vorliegend die Vereinbarung einer Ausschlussfrist von drei oder von sechs Monaten in Betracht. Insoweit ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Ausschlussfristen nicht nur für Ansprüche der Klägerin gegenüber der Beklagten gelten, sondern auch im umgekehrten Fall. Während für die Geltendmachung von Ansprüchen der Klägerin eine sechsmo- natige Geltendmachungsfrist einer arbeitnehmerfreundlichen Auslegung ent- spräche, wäre bei Geltendmachung von Ansprüchen der Beklagten gegenüber der Klägerin die kürzere Verfallfrist von drei Monaten die arbeitnehmerfreundli- che Auslegung. Eine Auslegung dahingehend, dass für die „Vertragschließen- den“ jeweils unterschiedliche Fristen gelten sollen, verbietet der Wortlaut der Klausel, der ersichtlich beinhaltet, dass für beide Parteien dieselbe Frist gelten sollte, ohne dass jedoch festgestellt werden kann, welche Frist es sein sollte.

Der Inhalt der Klausel steht danach in einem durch Auslegung nicht lösbaren Widerspruch.

Auch mit dem vom Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung (vgl. dazu BAG, Urteil vom 14.09.2011, 10 AZR 526/10, Rn. 27; Urteil vom 06.05.2009, 10 AZR 443/08, Rn. 11, zitiert nach juris) angewandten Blue-pencil-Test kann der vorliegend bestehende Widerspruch nicht gelöst werden.

Für die Anwendung des Blue-pencil-Tests ist maßgeblich, ob die Klausel mehrere sachliche Regelungen enthält und der unzulässige Teil sprachlich eindeutig abtrennbar ist. Ist die verbleibende Regelung weiter verständlich, bleibt sie bestehen. Handelt es sich um eine teilbare Klausel, ist die Inhaltskontrolle jeweils für die verschiedenen, nur formal verbundenen Bestimmungen vorzunehmen (vgl. BAG, Urteil vom 11.04.2006, 9 AZR 610/05, Rn. 32, zitiert nach juris). Die Teilbarkeit einer Klausel ist durch Streichung des unwirksamen Teils zu ermitteln (vgl. BAG, Urteil vom 14.09.2011, 10 AZR 526/10, zitiert nach juris).

Selbst wenn vorliegend von einer teilbaren Regelung auszugehen wäre, so könnte mit Hilfe des Blue-pencil-Tests nicht entschieden werden, welche der Regelungen - drei Monate oder sechs Monate - zu streichen wäre, denn beide Regelungen sind nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zulässig. Es fehlt damit gerade an der Möglichkeit, einen unzulässigen Teil zu streichen, um sodann zu überprüfen, ob trotz der Streichung eine verständliche und wirksame Regelung verbleibt.

Die Aufrechterhaltung eines zulässigen Teils der Klausel kommt danach hier nicht in Betracht. Die Intransparenz der vertraglichen Regelung und damit ihre Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 S. 2 i.V.m. S. 1 BGB folgt gerade aus der Kombination zweier Klauselteile, die jeweils für sich genommen ausreichend transparent sein mögen. Dies unterscheidet die Fallgestaltung von den Fällen, in denen ein abgrenzbarer Teil der Vertragsklausel unwirksam ist. Nur in solchen Fällen ist eine Streichung des unwirksamen Teils möglich, ohne gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion (§ 306 Abs. 2 BGB) zu ver-

stoßen (vgl. BAG, Urteil vom 14.09.2011, 10 AZR 526/10, Rn. 28, zitiert nach juris).

Eine Aufrechterhaltung der Klausel mit einer der Fristen scheidet vorliegend mithin bereits deshalb aus, weil keiner der abgrenzbaren Teile der Vertragsklausel unwirksam ist.

§ 11 des Arbeitsvertrages ist damit gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam, weil er gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verstößt. Nach dieser Vorschrift kann sich eine unangemessene Benachteiligung daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Sinn des Transparenzgebots ist es, der Gefahr vorzubeugen, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liegt deshalb nicht schon dann vor, wenn der Arbeitnehmer keine oder nur eine erschwerte Möglichkeit hat, die betreffende Regelung zu verstehen. Erst in der Gefahr, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders wegen unklar abgefasster Allgemeiner Vertragsbedingungen seine Rechte nicht wahrnimmt, liegt eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB.

Dies ist vorliegend der Fall. Durch die Unklarheit der Regelung besteht die Gefahr, dass ein Arbeitnehmer nach Ablauf der Dreimonatsfrist keine Ansprüche mehr geltend macht. Zudem eröffnet sich durch die unklare Regelung ein unzulässiger Spielraum für den Arbeitgeber. Dadurch wird die Klägerin unangemessen benachteiligt.

Danach ist § 11 des Arbeitsvertrages insgesamt unwirksam, denn die zweite Stufe der Verfallklausel kann ohne die erste Stufe nicht aufrecht erhalten bleiben.

Die Unwirksamkeit der Ausschlussklausel führt zu ihrem ersatzlosen Wegfall bei Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrags im Übrigen (§ 306 Abs. 1 und 2 BGB). Eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet aus. Sie setzt voraus,

dass die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften und das Unterbleiben der Ergänzung des Vertrags keine angemessene, den typischen Interessen der Vertragsparteien Rechnung tragende Lösung bietet (vgl. BAG, Urteil vom 12.01.2005, 5 AZR 364/04, zitiert nach juris). Das ist vorliegend nicht der Fall. Die Unwirksamkeit der beanstandeten Klausel lässt den Regelungsplan der Parteien nicht als vervollständigungsbedürftig erscheinen. Bei Wegfall der Ausschlussfrist greifen mangels gesetzlicher oder richterrechtlicher Regelungen zu Ausschlussfristen allein die Verjährungsregeln der §§ 195 ff BGB ein, die einen dem Regelungsgedanken der Ausschlussfristen vergleichbaren hinreichenden Interessenausgleich bieten. Besonderheiten bei Altverträgen kommen nicht zum Tragen, denn es handelt sich um einen nach dem 31. Dezember 2001 abgeschlossenen Arbeitsvertrag (vgl. BAG, Urteil vom 01.03.2006, 5 AZR 511/05, zitiert nach juris).

Danach ist der Urlaubsabgeltungsanspruch der Klägerin nicht verfallen.

Auf die Berufung der Klägerin war das Urteil des Arbeitsgerichts mithin abzuändern.

### III.

Die Kosten des erfolglos gebliebenen Rechtsmittels waren gemäß §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 97 Abs. 1 ZPO der Beklagten aufzugeben. Die Kosten waren der Beklagten trotz der teilweisen Berufungsrücknahme in voller Höhe aufzuerlegen, weil die Zuvielforderung der Klägerin verhältnismäßig geringfügig war und keine oder nur geringfügig höhere Kosten verursacht hat (§ 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).

### IV.

Die Berufungskammer hat von der Zulassung der Revision abgesehen, weil der Streitsache weder eine grundsätzliche Bedeutung beigemessen werden kann (§§ 72 Abs. 2 Nr. 1, 72 a ArbGG) noch die Voraussetzungen für eine Divergenzrevision i.S. von § 72 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG vorliegen.

**RECHTSMITTELBELEHRUNG**

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.

Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72a ArbGG verwiesen.

Paßlick

Vöcking

Hintzen