

**Urlaub während der Schichtzeit an Bord und  
andere seearbeitsrechtliche Fragen**

**Gutachtliche Stellungnahme**

**von**

**Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen**

## **A. Sachverhalt**

### **I. Die Rahmenbedingungen**

Die Firma H. GmbH hat ihren Sitz in Bremen und gehört zur H. Gruppe. Sie ist in verschiedene Geschäftsbereiche untergliedert. Einer von ihnen ist die sog. Nassbaggerei (Dredging).

Der Geschäftsbereich Nassbaggerei bereedert in Bareboat-Charter vier Schiffe unter deutscher Flagge. Dabei handelt es sich um die Schiffe H. I, H. IV, DARSS und ZINGST. Heimathafen ist Wolgast; allein das Schiff H. IV hat den Heimathafen Bremen.

Die H. GmbH ist zwar Mitglied im Verband Deutscher Reeder (VDR), gehört aber nicht der Tarifgemeinschaft des VDR an. Dies wurde durch eine sog. Negativbescheinigung des VDR vom 26. April 2017 ausdrücklich bestätigt. Vergütungen und Arbeitsbedingungen der Seeleute richten sich daher nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen, insbesondere dem SeeArbG, sowie nach den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen.

### **II. Arbeitsvertragliche Abmachungen zu Arbeitszeit und Urlaub**

Im vorliegenden Zusammenhang spielen in erster Linie die Regelungen über Arbeitszeit und Urlaub eine Rolle.

§ 4 des mit allen Besatzungsmitgliedern geschlossenen einheitlichen Arbeitsvertrags (Heuervertrags) bestimmt unter der Überschrift „Arbeitszeit/Mehrarbeit“ in Abs. 1:

„Die tägliche Arbeitszeit, die der Berechnung der Gesamtvergütung zugrunde liegt und die von den Besatzungsmitgliedern grundsätzlich zu leisten, ist beträgt:

12 Stunden und sollte möglichst nicht überschritten werden. Hieraus ergibt sich auf Grund der 183 Borddiensttage eine kalenderjährliche Arbeitszeit von 2.196 Stunden.

Die abweichende Regelarbeitszeit von 12 Stunden täglich begründet sich auf § 46 SeeArbG – abweichende Arbeitszeitregelungen für Zwei-Wachen-Schiffe.“

Nach § 4 Abs. 2 ist der Arbeitnehmer verpflichtet, im zulässigen Rahmen Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit sowie Schichtarbeit zu leisten. Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeit sind mit der unter § 3 pauschalierten Entlohnung abgegolten.

§ 5 des Arbeitsvertrags regelt Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten, § 6 betrifft die Arbeitsverhinderung, insbesondere durch Krankheit.

§ 7 trägt die Überschrift „Einsatz- und Urlaubs- und Freischichtzeiten/Verfall des Urlaubsanspruchs“ und bestimmt im Einzelnen die Aufteilung des Kalenderjahres. Nach Absatz 1 setzt sich das Kalenderjahr wie folgt zusammen:

208 Einsatztage, bestehend aus 182 Tagen Borddienstzeit sowie aus weiteren 26 Tagen für die An- und Abreise;

5 Verfügungstage, die gemäß Abs. 3 nach Ermessen des Arbeitgebers für betriebliche Weiterbildung und „sonstige Einsätze“ verwendet werden können;

26 Ausgleichstage für Sonntagsarbeit;

Maximal 10 Ausgleichstage für Feiertage;

42 Kalendertage Urlaub, wobei Abs. 4 weitere Fragen der Urlaubsberechnung und der Übertragung des Urlaubs regelt;

74 Freischichttage, die ebenso wie der Urlaub zu bezahlen sind.

Als Summe ergeben sich 365 Tage, soweit von 10 Ausgleichstagen für Feiertage ausgegangen wird.

Die „Anlage Arbeitszeit zum Arbeitsvertrag“ enthält weitere Konkretisierungen.

Nach Nr. 1 werden die Arbeitnehmer in einem Wechselschichtmodell eingesetzt, wobei die Schicht zwölf Stunden beträgt.

Nach Nr. 2 dauert eine Regelschicht 14 oder 21 Tage. In der Praxis steht die 14-Tages-Schicht bei weitem im Vordergrund. Der Arbeitgeber behält sich vor, den Arbeitnehmer auch in anderen Schichtmodellen einzusetzen.

Nach Nr. 3 ist der Arbeitnehmer „verpflichtet“, 26 Tage für notwendige An- und Abreisen aufzuwenden. Außerdem ist der Fall geregelt, dass dieses Stundenkontingent nicht ausreicht.

Nr. 4 betrifft die in § 7 Abs. 1 des Arbeitsvertrags gleichfalls erwähnten Verfügungstage. Sie „sollen“ für betriebliche Weiterbildung verwendet werden. Werden sie vom Arbeitgeber nicht abgerufen, so werden sie den Freischichttagen zugeschlagen.

Nach Nr. 5 ist der Arbeitnehmer verpflichtet, pro gearbeitetem Sonntag entsprechend § 52 SeeArbG einen Ausgleichstag in Anspruch zu nehmen; dieser ist möglichst innerhalb von zwei Wochen, jedenfalls „unmittelbar im Anschluss an die Regelschicht“ zu nehmen. Dieselbe Regelung findet sich in Nr. 6 für die Feiertage. Fallen weniger als 10 Feiertage in die Einsatzzeit, so verringert sich der Anspruch auf die Ausgleichstage entsprechend; der außerhalb der Schichtzeiten liegende Feiertag wird insoweit „in natura“ gewährt.

Nach Nr. 7 erarbeitet sich der Arbeitnehmer für durchschnittlich 182 Tage Borddienstzeit pro Kalenderjahr einen Anspruch auf 74 Freischichttage; sie sind im laufenden Kalenderjahr zu nehmen.

Die Zahl von 182 Tagen Borddienst stellt einen Durchschnittswert innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren dar. § 7 Abs. 1 Satz 3 des Heuervertrags bestimmt:

„Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, innerhalb eines Zeitraumes von 3 Jahren durchschnittlich jährlich 182 Tage Borddienst zu leisten und weitere 26 Tage für notwendige An- und Abreisen aufzuwenden.“

Auf diese Weise wird ein gewisses Maß an Flexibilität erreicht und sichergestellt, dass beispielsweise an Weihnachten und an Ostern nicht mehrere Jahre hintereinander dieselbe Schicht im Einsatz ist.

### **III. Ausschlussklauseln im Heuervertrag**

§ 14 des Heuervertrags enthält unter der Überschrift „Fälligkeiten von Vorschüssen/Ausschlussfristen/Verfall von Ansprüchen“ wichtige Bestimmungen. Nach Abs. 1 sind Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis (und solche, die mit diesem in Verbindung stehen) innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit „schriftlich“ gegenüber der anderen Vertragspartei „geltend zu machen.“ Geschieht dies nicht, verfallen die Ansprüche.

Lehnt die andere Partei den geltend gemachten Anspruch ab oder erklärt sie sich nicht innerhalb von 2 Wochen, so muss der Anspruch innerhalb von (weiteren) 3 Monaten nach der Ablehnung oder dem Fristablauf gerichtlich geltend gemacht werden. Geschieht dies nicht, verfällt er.

Außerdem bestimmt § 14 Abs. 2:

„Mit der Beendigung des Anstellungsverhältnisses sind noch nicht verrechnete Vorschüsse, gleichgültig auf welche Vergütungsbestandteile sie gewährt wurden, zurückzuzahlen. Die Verrechnung mit Ansprüchen, die bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig werden, ist zulässig.“

### **IV. Schichteinteilung und Betriebsrat**

Die konkrete Schichteinteilung (welche Schicht dauert wie lange? wer wird in welcher Schicht eingesetzt?) erfolgt durch einen für das ganze Jahr im Voraus erstellten Schichtplan. Für das Jahr 2018 hat dieser die Zustimmung des Betriebsrats gefunden, dem insoweit ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG zusteht.

Der Betriebsrat ist im Jahre 2017 gewählt worden. Seine Wahl ist wegen (behaupteter) Verkennung des Betriebsbegriffs gerichtlich angefochten. Bis zu einer rechtskräftigen

Entscheidung ist der Betriebsrat daher für den Bereich, für den er gewählt wurde, im Amt und kann voll gültige Betriebsvereinbarungen abschließen.

## **V. Der Konflikt um den Urlaub**

Der Schichtplan und die damit verbundenen Arbeitseinsätze lassen sich nicht immer mit den Urlaubswünschen der Arbeitnehmer in Einklang bringen. Neben persönlichen Prioritäten können hierfür insbesondere familiäre Gründe wie Urlaub der Ehefrau oder Schulferien der Kinder Ursache sein. In der Vergangenheit ist in derartigen Fällen immer so verfahren worden, dass mit einem Kollegen aus einer anderen Schicht getauscht wurde. Auf diese Weise war die volle Besetzung sowohl der Schicht des in Urlaub Gehenden als auch der Schicht des „Einspringenden“ gewährleistet war.

In den vergangenen Jahren ist verschiedentlich der Fall aufgetreten, dass ein Arbeitnehmer zwar einen dringenden Urlaubswunsch hatte, jedoch niemanden fand, der mit ihm tauschen wollte. Ein zusätzlicher Einsatz auf einer anderen Schicht kam nicht in Betracht, da die anfallende Arbeit dafür nicht ausreichte und außerdem keine ausreichende Unterbringungsmöglichkeit für eine zusätzliche Person auf dem Schiff bestand. Auf diese Weise blieben nicht wenige Beschäftigte hinter dem Dreijahresdurchschnitt von 182 Bordtagen zurück. Dies wurde Anfang des Jahres 2017 deutlich.

Die Arbeitgeberseite weist darauf hin, die monatliche Gehaltszahlung gehe von den durchschnittlichen 182 Bordtagen aus, die im Arbeitsvertrag festgeschrieben seien. Soweit die tatsächlich geleistete Arbeit dahinter zurückbleibe, bestehe kein Lohnanspruch. Sie hat deshalb seit Januar 2017 Abzüge von der monatlichen Lohnzahlung vorgenommen, wobei jeden Monat nur der Gegenwert von zwei nicht gearbeiteten Bordtagen berücksichtigt wurde. Außerdem scheinen sich Meinungsverschiedenheiten bei der Frage ergeben zu haben, ob bestimmte Tage als „Reisetage“ oder als „Bordtage“ zu qualifizieren sind. Dies ergibt sich aus der vorliegenden Korrespondenz.

So weist etwa der Arbeitnehmer Arend Kunow in seinem Schreiben vom 26.12.2017 darauf hin, An- und Abreisetage würden offensichtlich nicht als Bordtage gezählt. Dieselbe Aussage findet sich bei dem Arbeitnehmer Thomas Krohn. In seinem Schreiben vom 27.12.2017 verweist er darauf, er sei in den letzten Jahren nie krank gewesen, habe

„Urlaub nur in der Freischicht“ genommen und sämtliche Weiterbildungen in der Freizeit absolviert. Dennoch sei er mit den durch die Lohnbuchhaltung ermittelten Bordtagen 2017 nicht einverstanden, weil An- und Abreisetage „offenbar“ nicht als Bordtage gezählt wurden, obwohl er an diesen Tagen noch jeweils mindestens 6 bis 8 Stunden an Bord gearbeitet habe.

Der Kapitän Gladtfeld macht mit Schreiben vom 22. Dezember 2017 ebenfalls eine nicht urlaubsbedingte Fehlberechnung der Bordtage geltend: Laut Seearbeitsgesetz müsse der Abreisetag als voller Bordtag gezählt werden, was aber in seinem Fall nicht geschehen sei.

Die Urlaubsproblematik steht im Mittelpunkt der Ansprüche des Arbeitnehmers Martin Kube, die Gegenstand eines Verfahrens vor dem ArbG Bremen sind. Im konkreten Fall geht es darum, dass in den Monaten Februar bis Juni 2017 vier mal 305,06 Euro und ein mal 276,47 Euro vom Gehalt abgezogen wurden. Die Nachzahlung dieser Beträge macht der Arbeitnehmer mit seiner Klage geltend. Die Güteverhandlung vor dem ArbG Bremen fand am 8.9.2017 statt, war jedoch erfolglos. Laut Protokoll erklärte die Arbeitgeberseite, „dass sie im vorliegenden Rechtsstreit hinsichtlich des Abzugs von Lohn bezüglich der nicht gearbeiteten Tage in 2015 und 2016 auf die Einhaltung der Ausschlussfristen und die damit zusammenstehenden Forderungen verzichtet.“ Das Gericht forderte überdies die Beklagte auf, auf die Klage zu erwidern und u. a. darzulegen, „ob dem Kläger zusätzliche Arbeitsdienste zugewiesen wurden bzw. darzulegen, aufgrund welcher Tatsachen der Kläger verpflichtet war, Dienste zu tauschen.“ In der Klageerwidern wurde daraufhin dargelegt, es habe Fälle gegeben, in den es Arbeitnehmern „aus besonderen Gründen“ nicht möglich war, innerhalb der Freischichten ihren Urlaub zu nehmen. Entgegen den Festlegungen im Dienstplan sei Urlaub außerhalb der festgelegten Freischichten, d. h. während der Schichtzeit gewährt worden. Dadurch sei eine Zeitschuld des Arbeitnehmers zugunsten der Beklagten entstanden, die man traditionellerweise über einen Schichttausch bewältigt, d. h. ausgeglichen habe. In den vergangenen Jahren sei es jedoch in vereinzelt Fällen dazu gekommen, dass der Schichttausch nicht mehr funktioniert habe und deshalb die Zeitschuld bestehen blieb. Ein Nacharbeiten sei nicht möglich gewesen, so dass die Gewährung von unbezahlt Urlaub als einzige Alternative geblieben sei. Die geschuldete Arbeitsleistung sei anders als beim Annahmeverzug nicht aufgrund einer Entscheidung des Arbeitgebers, sondern auf Veranlassung des Arbeitnehmers unterblieben; es greife daher der Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ Platz.

## **VI. Konflikte um weitere Fragen**

Der Arbeitnehmer Thorsten Fretwurst beruft sich auf weitere Ansprüche. Auch er bezweifelt die korrekte Berechnung der Bordtage, macht jedoch darüber hinaus geltend, für das Jahr 2017 sei entgegen § 58 SeeArbG noch keine zeitliche Festlegung des Urlaubs erfolgt. Auch ihm gegenüber erklärte die Arbeitgeberseite mit Schreiben vom 8.11.2017, sie verzichte auf die Geltendmachung von Ausschlussfristen. Mit Anwaltsschreiben vom 14. November 2017 machte der Arbeitnehmer weiter Zahlung eines angemessenen Zuschlags nach § 46 SeeArbG wegen Tätigkeit auf einem Zwei-Wachen-Schiff geltend. Auf denselben Anspruch hatte sich bereits der Kapitän Christian Gladtfeld „insbesondere für die Monate September bis Dezember 2017“ berufen. Der Zuschlag wurde mit 30 % - bezogen auf die Grundheuer – veranschlagt. Außerdem wird in einem weiteren Anwaltsschreiben (v. 14.12.2017) die Überschreitung der Höchstarbeitszeiten gerügt.

## **VII. Die zu behandelnden Rechtsfragen**

Im Mittelpunkt der Auseinandersetzungen steht die Frage, ob ein Urlaub auch für Zeiten gewährt werden kann, die im Schichtplan als Bordtage vorgesehen sind. Dies ist nicht nur eine urlaubsrechtliche Frage, sondern setzt zunächst voraus, dass der allgemeine Rahmen – 182 Bordtage im Durchschnitt von drei Jahren – rechtlich nicht zu beanstanden ist. Dies ist im Hinblick darauf zu untersuchen, ob die Vorgaben der §§ 305 bis 310 BGB gewahrt sind. Dem entsprechen die im Schreiben vom 18. Dezember 2017 an den Verfasser mitgeteilten Fragen, die lauten:

„Ist es zulässig, dass die vertraglich gewährten Urlaubstage in der Zeit, die das Besatzungsmitglied nicht an Bord Dienst leistet, abgegolten werden? Dieses ist gängige Praxis in der Seeschifffahrt. Dem zur Folge muss der Arbeitnehmer, welcher Urlaub im Zeitraum seiner eingeteilten Schicht beantragt, mit einem anderen Besatzungsmitglied tauschen oder unbezahlten Urlaub beantragen.“

Besteht ein Anspruch des Arbeitnehmers, zusätzlich zur 'dienstfreien Zeit' den Urlaub in die Schichtzeit zu legen und somit nicht die nach § 7 Absatz 1 Buchstabe a) 182 Tage Borddienstzeit leisten zu müssen?“

Im Folgenden ist den weiteren Streitpunkten nachzugehen. Diese betreffen einmal die Frage, ob Entgeltansprüche entsprechend dem aktuellen Heuertarifvertrag bestehen, was seitens des Arbeitnehmers Kube durch Anwaltsschreiben vom 13. Juli 2017 geltend gemacht wurden.

Weiter haben der Kapitän Gladtfeld und das Besatzungsmitglied Fretwurst auf § 46 SeeArbG verwiesen und die Bezahlung eines Zwei-Wachen-Zuschlags in Höhe von 30 % verlangt. Auch dies soll näher untersucht werden.

Beide Fragen wurden auch im Schreiben von Herrn Janßen vom 18. Dezember 2017 aufgeworfen.

## **B. Rechtliche Stellungnahme**

### **I. Die Wirksamkeit der arbeitsvertraglichen Festlegung des Arbeitszeitsystems**

#### **1. Anwendbarkeit der §§ 305 – 310 BGB**

Bei dem vorgelegten Arbeitsvertrag handelt es sich offensichtlich um einen einheitlichen Vertrag, der im Grundsatz allen Seeleuten gegenüber angewandt wird. Irgendwelche Ausnahmen sind aus den vorgelegten Unterlagen nicht ersichtlich. Er unterliegt daher der AGB-Kontrolle nach §§ 305 bis 310 BGB. Dies ist auch im Schriftsatz der Arbeitgeberseite vom 5.1.2018 im Verfahren Kube so gesehen worden.

#### **2. Die Problematik des Transparenzgrundsatzes**

Der Arbeitsvertrag enthält keine exakte Bestimmung der Arbeitszeit für jeden Monat oder jedes Jahr. Vielmehr legt er in § 7 Abs. 1 Satz 3 fest, dass der Arbeitnehmer verpflichtet sei, innerhalb eines Zeitraumes von drei Kalenderjahren „durchschnittlich“ jährlich 182 Tage Borddienst zu leisten und weitere 26 Tage für notwendige An- und Abreisen aufzuwenden. Die Festlegung eines solchen Durchschnittswerts könnte Bedenken im Hinblick auf den Transparenzgrundsatz erwecken, der nach § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB auch für die Bestimmung der „Hauptkondition“, also des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung gilt. Der innere Grund hierfür liegt in der Erwägung, dass ein marktkonformes Verhalten nur möglich ist, wenn das Angebot des Verwenders inhaltlich exakt erkennbar ist und sich so mit den Bedingungen der Konkurrenten und dem „Marktüblichen“ vergleichen lässt.

Vgl. Preis, NZA-Sonderbeilage Heft 16/2003 S. 19, 31

Nach der Rechtsprechung des BAG will das Transparenzprinzip der Gefahr vorbeugen, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders (hier: Der Arbeitnehmer) von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird.

So zusammenfassend BAG 21.6.2011 – 9 AZR 236/10 – NZA 2011, 1274, 1277, Tz. 43

Er muss wissen, zumindest erkennen können, welche Rechte und Pflichten auf ihn zukommen, damit er sich darauf einstellen und ggf. gegen unbillige Regelungen vorgehen kann. Dies ist vom BAG etwa am Beispiel von pauschalen Überstundenvereinbarungen betont worden.

BAG 1.9.2010 – 5 AZR 517/09 – NZA 2011, 575, 576 Tz. 15

### **3. Intransparenz von Durchschnittswerten?**

Im konkreten Fall stellt sich die Frage, ob die Festlegung eines „Durchschnittswerts“ für drei Jahre in Höhe von 182 Tagen Borddienst und 26 Tagen An- und Abreisen ausreichend transparent ist.

Die Rechtsprechung hatte sich bisher verschiedentlich mit dem Problem der Transparenz von „Durchschnittswerten“ zu befassen; allerdings waren diese deutlich weniger präzise als im vorliegenden Fall.

In der zuletzt genannten BAG-Entscheidung vom 1.9.2010 hatte der Einheits-Arbeitsvertrag bestimmt: „Mit der vorstehenden Vergütung sind erforderliche Überstunden des Arbeitnehmers mit abgegolten.“ Dabei blieb offen, wie viele Überstunden in der einzelnen Woche oder im einzelnen Monat anfallen würden und wie daher die Gesamtleistung des Arbeitnehmers beschaffen war, für die er sein Gehalt bezog. Damit war das reale Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht ausreichend bestimmt, so dass das BAG die Klausel wegen mangelnder Transparenz für unwirksam erklärte.

BAG 1.9.2010 – 5 AZR 517/09 – NZA 2011, 575 Tz. 13

In der zuerst genannten BAG-Entscheidung vom 21.6.2011 war es um eine Klausel gegangen, wo es hieß: „Der Angestellte ist verpflichtet, im monatlichen Durchschnitt 150 Stunden zu arbeiten.“ Dabei blieb der Bezugszeitraum offen; es war unklar, ob der Durchschnitt in Bezug auf ein Kalenderjahr, auf das jeweilige Beschäftigungsjahr des Arbeitnehmers oder gar in Bezug auf die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses zu bestimmen war. Auf der Grundlage einer solchen Abmachung hätte der Arbeitgeber sogar die Möglichkeit gehabt, den Angestellten während eines bestimmten Zeitraums überhaupt nicht zur Arbeit heranzuziehen. Unter diesen Umständen erklärte das BAG diese Abmachung für intransparent.

BAG 21.6.2011 – 9 AZR 236/10 – NZA 2011, 1274, 1277 Tz. 44

Auf der anderen Seite ließ das BAG eine schwankende Arbeitszeit durchaus zu, wenn bestimmte Voraussetzungen gewahrt waren. So hatte es über die Zulässigkeit einer arbeitsvertraglichen Abmachung zu entscheiden, wonach die Arbeitnehmerin 30 Stunden wöchentlich tätig sein sollte, aber sich auch verpflichtete, bei Bedarf bis zu 40 Stunden zu arbeiten. Nach Auffassung des Gerichts kann die Arbeitszeit schwanken, soweit eine Mindestarbeitszeit fest vereinbart ist und die längere Arbeitszeit in einer Woche nicht mehr als 25 % über der Mindestarbeitszeit liegt.

BAG 7.12.2005 – 5 AZR 535/04 – NZA 2006, 423 = DB 2006, 897

Auf diese Weise werden die Flexibilitätsinteressen des Arbeitgebers und die Interessen des Arbeitnehmers an klar bestimmten Arbeitszeiten und entsprechender Vergütung zu einem Ausgleich gebracht, der nach Auffassung des BAG keine unbillige Benachteiligung des Arbeitnehmers nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB mit sich brachte. Auch die Tatsache, dass mit der Arbeitszeit auch der Verdienst schwankte, blieb im Ergebnis ohne Bedeutung.

#### **4. Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze auf den konkreten Fall**

Legt man diese Maßstäbe zugrunde, so ist gegen eine Durchschnittsgröße von 182 Bordtagen innerhalb einer Bezugsfrist von drei Jahren nichts einzuwenden. Wie allen

Beteiligten bewusst, gibt es bei der Arbeitgeberin jeweils einen auf das Kalenderjahr bezogenen Schichtplan. Im Laufe des Jahres wird deshalb für den einzelnen Beschäftigten deutlich, ob in den folgenden zwei Jahren mehr oder weniger als 182 Bordtage auf ihn zukommen werden. Nach zwei Jahren kann er für sich ausrechnen, wie viele Bordtage notwendig sind, um auf den vertraglich festgeschriebenen Durchschnittswert zu kommen. Da der Schichtplan außerdem mitbestimmt wird, lässt sich zudem faktisch verhindern, dass es für die Einzelnen extreme Ausschläge „nach oben“ oder „nach unten“ gibt. Dass im Jahr 1 beispielsweise nur 90 Bordtage absolviert würden und im Jahr 2 dagegen 270, ist eine wenig realistische Vorstellung. Entsprechende Beschwerden sind bisher nicht bekannt geworden. Die Schwankungen von Jahr zu Jahr bewegen sich weit unter dem Viertel, das vom BAG als noch hinnehmbar angesehen wurde.

Dennoch wäre es empfehlenswert, für jedes Jahr eine Minimal- und eine Maximalzahl im Vertrag festzuschreiben, um so rechtliche Risiken zu vermeiden. Als Obergrenze kämen 227 Bordtage ( $182 + 45,5$ ), als Untergrenze kämen 146 Tage ( $182 - 36$ ) in Betracht.

Zur Erklärung: Das BAG spricht nur von einer Mindestzahl an Stunden, die vorübergehend bis zu 25 % erhöht werden können. Nimmt man den oberen Wert als Ausgangspunkt, so kommt nur eine Reduzierung um 20 % in Betracht: Er entspricht dem unteren Wert plus 25 %.

Dass im einen Jahr eine Abweichung nach oben, im anderen eine nach unten stattfindet, ist grundsätzlich hinnehmbar, da dies anders als in dem vom BAG entschiedenen Fall ohne Auswirkungen auf die Vergütung bleibt. Eine größere Schwankungsbreite erscheint deshalb akzeptabel, zumal sie nur in einem langen und voraussehbaren Intervall auftreten.

Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass die Regelung der Arbeitszeit in § 7 Abs. 1 des Arbeitsvertrags keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet.

## **II. Urlaubssperre während der Bordtage?**

Die oben unter A dargestellten Auseinandersetzungen betreffen die Grundsatzfrage, ob es zulässig ist, die im jährlichen Schichtplan ausgewiesenen Bordtage von jeder Gewährung von Erholungsurlaub auszunehmen. Konkret würde dies bedeuten, dass nur ein

Schichttausch mit einem anderen Beschäftigten und eine unbezahlte Beurlaubung in Betracht kämen.

### **1. Stellenwert der Urlaubswünsche des Einzelnen**

Der Zeitpunkt des Urlaubs ist in § 58 Abs. 1 SeeArbG geregelt. Danach sind „bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die Urlaubswünsche des Besatzungsmitglieds zu berücksichtigen, es sei denn, dass ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer vom Reeder beschäftigter Besatzungsmitglieder, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen, entgegenstehen.“ Inhaltlich stimmt damit § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG überein. Die Regelung ist ersichtlich auf eine Abwägung zwischen drei verschiedenen Interessen bezogen: Es geht um kollidierende Urlaubswünsche verschiedener Arbeitnehmer und weiter um die Vereinbarkeit von Urlaubswünschen mit „dringenden betrieblichen Belangen“. Damit stellen die Situation und der Wunsch des Einzelnen jedenfalls einen Faktor bei der Bestimmung des Urlaubszeitpunkts dar.

### **2. Schematisierung der Lage des Urlaubs durch Betriebsferien?**

Die Rechtsprechung des BAG geht davon aus, dass Betriebsrat und Arbeitgeber „Betriebsferien“ vereinbaren können, in denen dann grundsätzlich alle Beschäftigten Erholungsurlaub nehmen. Die Wünsche des Einzelnen müssen insoweit zurückstehen.

Grundlegend BAG 28.7.1981 – 1 ABR 79/79 – DB 1981, 2621 = AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972

Auch in der Literatur hat dies Zustimmung gefunden, wenngleich Betriebsferien in der Gegenwart eher zur Ausnahmeerscheinung geworden sind.

Klebe, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 16. Aufl. Frankfurt/Main 2018, § 87 Rn. 143; Wiese/Gutzeit, in: Wiese/Kreutz/Oetker u. a., BetrVG-Gemeinschaftskommentar (GK-BetrVG), 11. Aufl., Köln 2018, § 87 Rn. 473; Fitting, Handkommentar zum BetrVG, 28. Aufl., München 2016, § 87 Rn. 196

Auch vor Inkrafttreten des BUrlG hatte das BAG bereits festgestellt, es entspräche billigem Ermessen im Sinne des § 315 BGB, wenn der Arbeitgeber aus betriebswirtschaftlichen Gründen Betriebsferien festlege.

BAG 12.10. 1961 – 5 AZR 423/60 – AP Nr. 84 zu § 611 BGB Urlaubsrecht = DB 1962, 70

Die Rechtsprechung wie auch die Literatur gehen davon aus, dass der Betriebsurlaub nur einen Teil des jährlichen Erholungsurlaubs in Anspruch nimmt. Dem einzelnen Arbeitnehmer bleibt daher weiterhin ein gewisser Spielraum, um seine eigenen Urlaubswünsche nach Maßgabe des § 7 Abs. 1 BUrlG (bzw. des § 58 Abs. 1 SeeArbG) zu realisieren.

In der Entscheidung des BAG vom 28.7.1981 (AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972) ging es darum, dass die Betriebsferien etwa 3/5 des Jahresurlaubs ausmachten, was bei der Beurteilung des den Betriebsferien zugrunde liegenden Einigungsstellenspruchs eine wesentliche Rolle spielte. In den Entscheidungen des BAG vom 17.1.1974 (- 5 AZR 380/73 – AP Nr. 3 zu § 1 BUrlG) und vom 9.5.1984 (- 5 AZR 412/81 – AP Nr. 58 zu § 1 LohnFG = NZA 1984, 162) ging es ausschließlich um „Betriebsferien“ zwischen Weihnachten und Neujahr, die Entscheidung vom 31.5.1988 (- 1 AZR 192/87 – NZA 1988, 889) betraf lediglich zwei „Brückentage“. Bei Klebe (aaO) ist ausdrücklich davon die Rede, im „Normalfall“ könne der einzelne Arbeitnehmer einen über die Betriebsferien hinausgehenden Urlaub beanspruchen.

Die Rechtsprechung zu den Betriebsferien ist im vorliegenden Zusammenhang insoweit von Interesse, als sie deutlich macht, dass sich Wünsche des einzelnen Arbeitnehmers, die sich auf Urlaub zu einem bestimmten Zeitpunkt richten, Einschränkungen gefallen lassen müssen. Diese Einschränkungen können durchaus weitreichend und für alle gleich sein. Nach der Rechtsprechung begründet die rechtswirksame Einführung von Betriebsferien „betriebliche Belange“, die der Berücksichtigung der individuellen Urlaubswünsche entgegenstehen.

BAG 28.7.1981 – 1 ABR 79/79 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 LS 2

Betriebsferien müssen also nicht ihrerseits durch betriebliche Belange im Sinne des § 7 Abs. 1 BUrlG gerechtfertigt sein.

### **3. Übertragung auf „Urlaubssperre“?**

Das Gesagte spricht für die Möglichkeit, einen bestimmten Zeitraum aus der Urlaubsgewährung auszunehmen, sich gewissermaßen für bestimmte Teile des Jahres auf eine „Urlaubssperre“ zu verständigen. Darin könnte sogar eine weniger weitgehende „Kanalisation“ der Urlaubsansprüche liegen als sie bei der Einführung von Betriebsferien eintritt.

Auch das BAG hat in seiner Rechtsprechung die Möglichkeit einer Urlaubssperre anerkannt und als Anwendungsfall ein besonders hohes Arbeitsaufkommen genannt. Eine entsprechende Regelung könne als allgemeiner Urlaubsgrundsatz nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG eingeführt werden.

BAG 28.5.2002 – 1 ABR 37/01 – NZA 2003, 171, 175; ebenso Klebe, a.a.O., § 87 Rn. 144; Wiese/Gutzeit, GK-BetrVG, § 87 Rn. 477 („Schlussverkauf“)

### **4. Anwendung auf den konkreten Fall**

Versucht man, diese Prinzipien auf den vorliegenden Fall anzuwenden, so lassen sich folgende Konsequenzen ziehen:

Urlaub während der vorgesehenen Bordtage zu nehmen, erschwert die Betriebsabläufe, weil eine Ersatzperson gewonnen werden muss. Dem trägt § 7 Abs. 1 des Arbeitsvertrags Rechnung, da er neben den 208 Einsatztagen (182 Tage Borddienstzeit und 26 An- und Abreisetage) u. a. auch 42 Kalendertage Urlaub, der neben den Einsatztagen steht, als Teil der 365 Tage des Jahres nennt.

In welcher Zeit der Urlaub außerhalb der 208 Einsatztage genommen wird, liegt im Ermessen des Besatzungsmitglieds. Ist er beispielsweise in der KW 10 und 11 nicht zum Borddienst eingeteilt, entscheidet allein er, ob er in diesen beiden Wochen Ausgleichstage für Sonn- und Feiertagsarbeit, Freischichttage oder Urlaub in Anspruch nehmen will. Insoweit macht ihm der Schichtplan keine Vorschriften.

Eine fühlbare Beschränkung ergibt sich jedoch dadurch, dass die 208 Einsatztage knapp sieben Monate ausmachen und in der Regel über sämtliche Monate des Jahres verteilt

sind. Dies schließt es aus, eine längere, über höchstens zwei Wochen hinausgehende Freizeit in Anspruch zu nehmen. § 57 Abs. 1 SeeArbG gewährt jedem Besatzungsmitglied einen Mindesturlaub von 30 Kalendertagen, der nach § 58 Abs. 3 SeeArbG grundsätzlich zusammenhängend zu gewähren ist. § 58 Abs. 3 lässt jedoch eine Teilung des Urlaubs zu, wenn dringende betriebliche Gründe (oder Gründe in der Person des Besatzungsmitglieds) dies erforderlich machen. Mit Rücksicht darauf wird jedem Besatzungsmitglied einmal im Jahr eine Freizeit von drei Wochen gewährt.

Angesichts dieser zeitlichen Rahmenbedingungen kann der Fall eintreten, dass es dringende persönliche Gründe wie z. B. Schulferien oder den Urlaub des Ehegatten gibt, die einen Urlaub während der Einsatzzeiten notwendig machen. Dies ist bisher auch von der Arbeitgeberseite bejaht worden. Praktisch wurde dem dadurch Rechnung getragen, dass ein Schichttausch zwischen zwei Beschäftigten verabredet wurde, so dass bei Arbeitnehmer A ein längerer Freizeitblock entstand, der dann durch einen längeren Arbeitsblock z. B. zwei Monate später ausgeglichen wurde. Arbeitnehmer B hatte zunächst den längeren Arbeitsblock, um dann zwei Monate später länger in Freizeit gehen zu können. Dieses Modell ist – wie in Teil A dargestellt – immer stärkeren Störungen ausgesetzt; es gibt des Öfteren den Fall, dass sich kein Tauschpartner findet.

Nun kann man sich die Frage stellen, ob es wirklich rechtlich geboten ist, auf die persönlichen Umstände einzelner Belegschaftsmitglieder dadurch Rücksicht zu nehmen, dass man ihnen Urlaub auch in den Einsatzzeiten gewährt, selbst wenn ein Tausch nicht zustande kommt. Wäre es möglich, ihnen einen solchen Urlaub generell zu verweigern und nur für den Fall der Krankheit eine Auffanglösung in der Einsatzplanung vorzusehen?

Mit Recht hat man bei der Firma Hegemann an eine solche Radikal-Lösung nicht in Erwägung gezogen. Wollte man so verfahren, wäre § 58 Abs. 1 Satz 1 SeeArbG verletzt, wonach bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die Urlaubswünsche des Besatzungsmitglieds zu berücksichtigen sind, es sei denn, dass ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange (oder sozial gewichtigere Urlaubswünsche anderer Besatzungsmitglieder) entgegenstehen. Wie der Wortlaut deutlich macht, will der Gesetzgeber in erster Linie die Urlaubswünsche des Belegschaftsmitglieds berücksichtigen und nur ausnahmsweise („es sei denn, dass“) abweichenden Interessen den Vorrang geben. Dieses Verhältnis wäre in sein Gegenteil verkehrt, wollte man

sämtliche Einsatztage zur totalen „Sperrzone“ erklären. Dies würde bedeuten, dass betriebliche Interessen immer dann den Vorrang hätten, wenn sie überhaupt ins Spiel kommen, da sie außerhalb der Einsatztage im Regelfall ohne Bedeutung sind. § 58 Abs. 1 Satz 1 will nicht anders als § 7 Abs. 1 BUrlG einen generellen Interessenausgleich (zwischen den Beschäftigten und im Verhältnis zum Arbeitgeber). Einem Interesse im Konfliktfall durchgehend den Vorrang einzuräumen, lässt sich mit dieser gesetzgeberischen Entscheidung nicht vereinbaren. Ersichtlich sind die organisatorischen Schwierigkeiten, die ein solcher Urlaub im Einzelfall mit sich bringt, auch nicht völlig unüberwindbar, da es ja neben einem krankheitsbedingten Ausfall oder einer überraschenden Kündigung eines Besatzungsmitglieds während des Jahres auch eine unentgeltliche Freistellung geben soll.

Über die Frage, wann hinter einem Urlaubswunsch eines Besatzungsmitglieds ein so gewichtiges Interesse steht, dass Schwierigkeiten bei der betrieblichen Organisation in Kauf zu nehmen sind, kann man unterschiedlicher Meinung sein. Die bisherige Praxis ging ersichtlich in die Richtung, dass entweder durch Schichttausch organisatorische Schwierigkeiten vermieden wurden oder dass die „Störfälle“ dadurch zu Ausnahmen wurden, dass man nur eine unentgeltliche Beurlaubung akzeptierte. Ob dies für einen Interessenausgleich im Sinne des § 58 Abs. 1 Satz 1 SeeArbG genügen kann, soll hier letztlich dahinstehen (wenngleich die Bedenken nicht zu übersehen sind). Inhaltlich geht es bei den Voraussetzungen für einen ausnahmsweise auch in den Einsatzzeiten gewährten Urlaub um einen „Urlaubsgrundsatz“, der nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG der Mitbestimmung unterliegt. Es wird daher Sache der Betriebsparteien sein, sich über die Voraussetzungen im Einzelnen zu verständigen. Notfalls müsste die Einigungsstelle entscheiden.

### **III. Die einzelnen Konfliktsfälle**

#### **1. Das Anspruchsschreiben Krohn**

Das Schreiben des Belegschaftsmitglieds Krohn vom 27.12.2017 unterscheidet sich von allen anderen dadurch, dass ausdrücklich hervorgehoben wird, der Urlaub sei nur in der Freischicht genommen worden. Die Bordtage seien aber nicht korrekt ermittelt worden und deshalb unter dem „Soll“ von 182 geblieben. Maßgebend dafür sei – so muss man

den Verfasser des Schreibens verstehen - , dass An- und Abreisetage nicht als Bordtage gezählt wurden, obwohl an diesen Tagen 6 bis 8 Stunden an Bord gearbeitet wurde.

Ob alle diese Angaben zutreffen, kann der Gutachter aus eigener Anschauung nicht beurteilen. Da ein Urlaub während der Einsatzzeiten aktenkundig und leicht festzustellen wäre, kann insoweit von der Richtigkeit des Vorbringens ausgegangen werden. Was an den umstrittenen Tagen der An- und Abreise passierte, ist demgegenüber nicht zu klären, doch kommt es darauf rechtlich auch nicht an: Hat sich das Belegschaftsmitglied Krohn den Schichtplänen entsprechend verhalten, kamen dabei aber im Durchschnitt der letzten drei Jahren keine 182 Bordtage zustande, so gibt es keinen Grund für eine Entgeltminderung, da kein Rückforderungsanspruch besteht: Wird ein Arbeitnehmer weniger eingesetzt als dies der vereinbarten Arbeitszeit entspricht, so muss der Arbeitgeber gleichwohl das vereinbarte Entgelt bezahlen. Er ist damit in Annahmeverzug nach § 615 Satz 1 BGB geraten. Die Situation ist keine grundsätzlich andere als die in dem „Lehrbuchfall“, in dem der Arbeitnehmer am Donnerstag um 12 Uhr nach Hause geschickt wird, weil heute keine Arbeit mehr da sei: Die vorgesehene Arbeitszeit bis 16 Uhr ist gleichwohl zu bezahlen.

Auch in der Rechtsprechung des BAG finden sich entsprechende Aussagen. Liege die Verantwortung für die Arbeitseinteilung allein beim Arbeitgeber, könne aber mit Rücksicht auf das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht die vertraglich festgelegte wöchentliche Durchschnittsarbeitszeit von 40 Stunden bis Jahresende nicht mehr erreicht werden, so entstehe insoweit automatisch mit Ablauf des Jahres Annahmeverzug des Arbeitgebers, der nach § 615 Satz 1 BGB die Entgeltzahlungspflicht bestehen lasse.

So BAG 8.10.2008 – 5 AZR 715/07 – EzA § 615 BGB 2002 Nr. 27; zustimmend Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (im Folgenden: ErfK), 18. Aufl., München 2018, § 615 BGB Rn. 60

Noch deutlicher wurde dies in einer neueren Entscheidung zum Ausdruck gebracht, wo es heißt (BAG 26.1.2011 – 5 AZR 819/09 – NZA 2011, 640, LS 1):

„Unterlässt der Arbeitgeber eine Verteilung der individuell geschuldeten Arbeitszeit auf die einzelnen Arbeitstage, Kalenderwochen oder gegebenenfalls längeren Zeiträume, ruft vielmehr den Arbeitnehmer flexibel zur Arbeit ab, kommt er – unabhängig von einem besonderen Arbeitsangebot des Arbeitnehmers – mit Ablauf

eines jeden Arbeitstages in Annahmeverzug, wenn und soweit er die sich aus Arbeits- und Tarifvertrag ergebende Sollarbeitszeit nicht ausschöpft.“

Entscheidend ist dabei die Aussage, dass der Nichtabruf einer an sich geschuldeten Arbeit automatisch Annahmeverzug bewirkt, der nach § 615 Satz 1 BGB zur Entgeltzahlung verpflichtet. Trifft die Darstellung von Herrn Krohn zu, so kommt kein Abzug in Betracht. Auch wenn die umstrittenen Tage keine Bordtage gewesen sein sollten, müsste die volle Heuer bezahlt werden – die Arbeitgeberseite hätte in diesem Fall versäumt, den Arbeitnehmer für eine ausreichende Zahl an Bordtagen einzusetzen.

## **2. Das Verlangen nach Festlegung des Urlaubs**

Im Schreiben von Arend Kunow vom 26.12.2017 wird einleitend die „Festlegung des Urlaubs“ durch die Arbeitgeberseite verlangt. Dasselbe verlangt sinngemäß durch Anwaltsschreiben vom 25. Oktober 2017 auch Thorsten Fretwurst.

Die Festlegung des Urlaubszeitpunkts ist grundsätzlich Sache des Arbeitgebers, der dabei die Kriterien des § 58 Abs. 1 Satz 1 SeeArbG beachten muss. Ergibt sich der Zeitpunkt des Urlaubs jedoch aus anderen Umständen, so wird eine ausdrückliche oder Konkludente Erklärung des Arbeitgebers überflüssig. Dies wird für den Fall der Betriebsferien in der Literatur ausdrücklich hervorgehoben.

Wiese/Gutzeit, GK-BetrVG, § 87 Rn. 474: „Sind Betriebsferien festgelegt worden, ist damit den von der Betriebsverfassung erfassten Arbeitnehmern der Urlaub erteilt.“

Im vorliegenden Fall geht es nicht um Betriebsferien, jedoch um eine vertraglich festgelegte arbeitsfreie Zeit, in der der einzelne Arbeitnehmer nach eigenen Vorstellungen Urlaub (statt Freischichttagen oder Ausgleichstagen) in Anspruch nehmen kann. Eine Anordnung, welcher Teil der arbeitsfreien Zeit für den einen oder für den anderen Zweck verwendet wird, ist überflüssig und von den Arbeitsvertragsparteien auch nicht gewollt. Davon ganz abgesehen, würde dies eine überflüssige Reglementierung der arbeitsfreien Zeit darstellen. Der geltend gemachte Anspruch auf Festlegung des Urlaubs besteht daher unter den gegebenen Bedingungen nicht. Davon ganz abgesehen, könnte er für das vergangene Jahr sowieso nicht mehr geltend gemacht werden, da eine rückwirkende Urlaubsgewährung aus praktischen Gründen ausscheiden muss.

### **3. Gewährung von Urlaub im Zeitraum der durch Schichtplan festgelegten Bordtage**

Der Hauptpunkt der Auseinandersetzung, der auch dem Klageverfahren Kube vor dem Arbeitsgericht Bremen zugrunde liegt, betrifft die Frage, ob ein Anspruch auf Rückgewähr von Entgelt besteht, weil aufgrund einer Urlaubsgewährung im Durchschnitt der letzten drei Jahre die 182 Bordtage nicht erreicht wurden.

#### **a) Nichtantritt einer Schicht**

Die Frage ist eindeutig zu bejahen, wenn ein Arbeitnehmer zu Schichtbeginn nicht erscheint und dadurch eine ganze Schicht versäumt, ohne durch Krankheit an der Arbeit gehindert zu sein. In diesem Fall hätte er weniger als vertraglich vereinbart gearbeitet; für die ausgefallene Schicht könnte er kein Entgelt beanspruchen. Da er das regelmäßige volle Entgelt auf der Basis der 182 Bordtage erhalten hat, müsste er grundsätzlich das für die Schicht erhaltene Entgelt zurückerstatten.

#### **b) Beurlaubung unter Vorbehalt?**

Aus den Unterlagen ist nicht ersichtlich, dass solche Fälle des Nichtantritts einer Schicht im Streit wären. Mit Mail vom 28. Januar 2018 wurde vielmehr mitgeteilt, dass die Firma einzelnen Arbeitnehmern aus besonderen Gründen ermöglicht hat, während der gewünschten Zeit zu Hause zu bleiben. Dies war aber – so die Erklärung der Arbeitgeberseite - immer mit dem Hinweis verbunden, „dass die Borddienstzeit (Durchschnittlich 182 Tage) nicht erfüllt wird und entweder die Zeit nachgearbeitet werden muss oder diese Zeit anteilig von der Heuer abgezogen werden wird.“

Die Auseinandersetzung wird sich insbesondere auf das Vorliegen und die rechtliche Bedeutung dieser Erklärung konzentrieren. Dabei können unterschiedliche Konstellationen entstehen.

#### **c) Beweisaufnahme: Mögliche Ergebnisse**

Möglich ist zunächst, dass ein Beschäftigter behauptet, ein solcher Vorbehalt („Tausch oder Lohnabzug“) sei gar nicht ausgesprochen worden, ihm sei jedenfalls eine solche Äußerung nicht erinnerlich. Da – vermutlich – über diese Gespräche keine schriftlichen Unterlagen vorhanden sind, führt dies dazu, dass Aussage gegen Aussage steht. Dies würde zu einer gerichtlichen Beweisaufnahme führen. Bei Vier-Augen-Gesprächen werden dabei beide Seiten vom Gericht vernommen, auch wenn eine Seite (in der Regel der Arbeitnehmer) die Rolle einer Prozesspartei hat und eine Partei an sich nur auf Antrag der Gegenpartei vernommen werden kann. Die Vernehmung beider Seiten ist jedoch nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BAG geboten, da sonst keine Waffengleichheit zwischen den Parteien bestehen würde.

BVerfG 21.2.2001 – 2 BvR 140/00 – NJW 2001, 2531; BAG 22.5.2007 – 3 AZN 1155/06 – NZA 2007, 885. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) 27.10.1993 – 37/1992/382/460 – NJW 1995, 1413 hatte sich in gleichem Sinne ausgesprochen.

Im Einzelfall kann es also – fehlende schriftliche Unterlagen unterstellt – durchaus unterschiedliche Annahmen über den Verlauf der Gespräche geben. Diese können von der verbindlichen Abrede einer unbezahlten Freistellung bis zum Fehlen jeder Abrede reichen. In beiden „Extremfällen“ wäre die rechtliche Situation klar: Bei der vereinbarten unentgeltlichen Freistellung wäre der Abzug unbestreitbar, bei einem unterbliebenen Hinweis würde er dagegen nicht in Frage kommen. Gewährt der Arbeitgeber einen beantragten Urlaub, so ist es grundsätzlich seine Sache, dafür zu sorgen, dass die Soll-Arbeitszeit im Laufe des Jahres effektiv erreicht wird. Insoweit kann auf das oben 1 zur Nichtabrufung der vollen Arbeitszeit Gesagte verwiesen werden.

#### **d) Beweisaufnahme ergibt: Beurlaubung unter Vorbehalt**

Schwieriger ist die rechtliche Situation zu beurteilen, wenn die Beweisaufnahme ergibt, dass – entsprechend der Darstellung der Arbeitgeberseite – darauf hingewiesen wurde, die ausfallende Schichtzeit müsse in einer anderen Schicht nachgeholt werden, andernfalls würde eine unbezahlte Freistellung angenommen und deshalb ein Lohnabzug erfolgen

Die Gewährung von Erholungsurlaub ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung; ihre Wirkung besteht darin, dass die Arbeitspflicht während des fraglichen Zeitraums entfällt, die Pflicht zur Zahlung des Entgelts aber fortbesteht.

BAG 17.5.2011 – 9 AZR 189/10 – NZA 2011, 1032; ebenso ErfK-Gallner § 7 BUrlG Rn. 6; Linck, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl., München 2017, § 104 Rn. 77; zur Einseitigkeit der Erklärung s. auch BAG 12.11.2013 – 9 AZR 551/12 – NZA 2014, 383

Unter Bezugnahme auf die Arbeitszeitrichtlinie der EG betont das BAG ausdrücklich, dass die Sicherstellung der Bezahlung Bestandteil der Urlaubsgewährung sei.

BAG 10.2.2015 – 9 AZR 455/13 – NZA 2015, 998 = AP Nr. 75 zu § 7 BUrlG, wo es in Tz. 21 heißt: „Darüber hinaus ist der Urlaubsanspruch nach dem Bundesurlaubsgesetz nicht allein auf die Freistellung von der Arbeitsleistung gerichtet. Nach § 1 BUrlG hat jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Zur Erfüllung dieses Anspruchs genügt es daher nicht, dass der Arbeitnehmer in der Zeit des Urlaubs nicht arbeiten muss. Das Gesetz verlangt, dass die Zeit der Freistellung von der Arbeit „bezahlt“ sein muss. § 1 BUrlG entspricht insoweit der Regelung in Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie und ist damit einer unionsrechtskonformen Auslegung zugänglich ...“ Der Arbeitnehmer müsse während des Jahresurlaubs in Bezug auf das Entgelt in eine Lage versetzt sein, die mit den Zeiten geleisteter Arbeit vergleichbar ist.

Diese Bedingung ist hier nicht erfüllt: Ob es zu einem Schichttausch kommt, ist im Augenblick der Urlaubsgewährung zweifelhaft und im Laufe der Zeit immer unwahrscheinlicher geworden. Der einzelne Arbeitnehmer muss deshalb damit rechnen, im Ergebnis ohne Urlaubsentgelt dazustehen. Eine solche Unsicherheit ist mit einer wirksamen Urlaubsgewährung nicht vereinbar.

Für ein solches Ergebnis spricht weiter, dass die Urlaubsgewährung als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung grundsätzlich nicht mit einer Bedingung versehen werden darf. Einzige Ausnahme ist die sog. Potestativbedingung, deren Eintritt allein vom Willen des Erklärungsempfängers abhängt; eine solche Situation ist vorliegend aber nicht gegeben.

Zur Bedingungsfeindlichkeit einseitiger Erklärungen s. BAG 15.3.2001 – 2 AZR 705/99 – NZA 2001, 1070 (in Bezug auf die Kündigung)

Unterstützend kann noch darauf hingewiesen werden, dass eine Urlaubserklärung eindeutig als solche erkennbar sein muss; sie wäre unwirksam, ließe sie sich auch als bloße Freistellungserklärung auffassen, die z. B. zum Schutz von Betriebsgeheimnissen nach Ausspruch einer ordentlichen Kündigung erfolgt.

S. Schaub-Linck, a.a.O., § 104 Rn. 77

Keine wirksame Urlaubsgewährung liegt auch dann vor, wenn die Arbeitsbefreiung unter einem Widerrufsvorbehalt steht, wenn also unsicher ist, ob während des bezeichneten Zeitraums auch wirklich keine Arbeit zu erledigen ist.

BAG 10.2.2015 – 9 AZR 455/13 – NZA 2015, 998; Schaub-Linck, a.a.O., § 104 Rn. 77.

Auch daran wird deutlich, dass die Gewährung von Urlaub keine Bedingungen und Unsicherheiten verträgt.

#### **e) Folgen einer unwirksamen Gewährung von Urlaub**

Ist die Urlaubserteilung nach diesen Grundsätzen unwirksam, bleibt die Arbeitspflicht bestehen und der Urlaubsanspruch wird nicht aufgebraucht. Wenn die Arbeitsleistung in diesem Zeitraum nicht abgerufen wird, geht dies wie auch in andere Fällen zu Lasten des Arbeitgebers.

Ergänzend kann darauf hingewiesen werden, dass das ArbG Bremen in seinem Beschluss vom 8. 9. 2017 in Sachen Kube gegen Hegemann GmbH Dredging (Az: 8 Ca 8210/17) der Beklagten aufgegeben hat, sich dazu zu erklären, ob dem Kläger zusätzliche Arbeitsdienste zugewiesen wurden bzw. darzulegen, aufgrund welcher Tatsachen der Kläger verpflichtet war, Dienste zu tauschen. Dies legt den Schluss nahe, dass auch das ArbG Bremen davon ausgeht, dass ohne eine vom Arbeitgeber angeordnete oder im Wege des Schichttauses erfolgende Ersatztätigkeit keine Lohnminderung in Betracht kommen würde.

#### **f) Das Problem der Geltendmachung**

Selbst wenn die urlaubsrechtliche Ausgangslage anders zu beurteilen wäre, würde der vorgenommene Abzug von der Vergütung auf Schwierigkeiten stoßen.

Nach § 14 Abs. 1 des Arbeitsvertrags sind Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit diesem in Verbindung stehen, innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit schriftlich gegenüber der anderen Partei geltend zu machen. Diese Vorschrift ist auch anwendbar, wenn die Rückgewähr von zu viel gezahltem Lohn verlangt wird; auch dabei handelt es sich zumindest um einen Anspruch, der mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung steht.

Die Drei-Monats-Frist des § 14 Abs. 1 beginnt mit der Fälligkeit des Anspruchs. Diese tritt erst dann ein, wenn feststeht, dass die vertraglich vereinbarte Durchschnittszahl von 182 Bordtagen pro Jahr im Durchschnitt der vergangenen drei Jahre nicht erreicht wurde. Soweit eine Betrachtung der Jahre 2014, 2015 und 2016 ein derartiges „negatives“ Ergebnis brachte, wurde der (hier zu unterstellende) Rückgewähranspruch am 1.1.2017 fällig und musste daher innerhalb von drei Monaten, d. h. bis 31.3.2018 schriftlich geltend gemacht werden. Eine frühere Fälligkeit scheidet aus, da vor Ablauf des dritten Jahres nicht auszuschließen ist, dass noch ein Einsatz (z. B. als Vertreter für einen plötzlich erkrankten Kollegen) erfolgen könnte.

Vom 1.1.2017 an musste der Anspruch aber „schriftlich“ geltend gemacht werden. Diese Vorschrift hat den Sinn, die andere Seite (hier: den Arbeitnehmer) darüber ins Bild zu setzen, um welchen konkreten Anspruch es gehen soll. Auf diese Weise kann sie sich überlegen, ob sie den Anspruch erfüllt oder ob sie sich gegen ihn – und wenn ja: mit welchen Argumenten – zur Wehr setzen will. Die „schriftliche Geltendmachung“ hat insoweit eine ähnliche Funktion wie eine Mahnung, nur dass sie für sich allein noch keinen Verzug herbeiführt.

Soweit ersichtlich, hat eine solche schriftliche Geltendmachung im vorliegenden Fall nicht stattgefunden. Vielmehr wurden die überzahlten Beträge in Raten von der laufenden Heuer in Abzug gebracht. Dies erfüllt nicht die Voraussetzungen der Schriftform, zumal es dem Arbeitnehmer keine Überlegungsfrist einräumt, innerhalb derer er sich Gedanken machen könnte, wie er auf das Ansinnen des Arbeitgebers reagiert. Vielmehr wurden sofort „vollendete Tatsachen“ geschaffen, indem der Auszahlungsbetrag gemindert wurde. Soweit sich einzelne Beschäftigte gegen den Abzug gewandt haben und dann eine rechtfertigende schriftliche Erklärung erfolgte, dürfte in der Regel die Drei-Monats-Frist des § 14 Abs. 1 bereits verstrichen gewesen sein, so dass der Anspruch verfallen war.

Eine andere Beurteilung wäre dann möglich, wenn im Zusammenhang mit der Beurlaubung eine Abrede des Inhalts getroffen worden wäre, dass eine automatische Verrechnung erfolgen solle, wenn ein Schichttausch nicht mehr zustande komme und deshalb von einer unbezahlten Freistellung auszugehen sei. Eine solche Abrede ist aus den Unterlagen nicht ersichtlich. Ihr Vorliegen müsste im Bestreitensfall durch die Arbeitgeberseite bewiesen werden. Dies könnte u. a. auch deshalb schwer fallen, weil die Art und Weise der Verrechnung (jeden Monat nur einen kleineren Teilbetrag) nicht schon im Jahre 2014 oder 2015 festgestanden haben dürfte. Eine „Verrechnung nach Billigkeit“ wäre als Abrede denkbar, allerdings eher unter Kaufleuten als zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer anzunehmen.

#### **g) Wegfall der Bereicherung?**

Die Rückgewähr von einmal ausbezahltem Entgelt könnte auf die weitere Schwierigkeit stoßen, dass sich der einzelne Arbeitnehmer auf den Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB beruft. Wurde bei der Urlaubsgewährung allerdings ein Vorbehalt gemacht, dass das Entgelt für die Urlaubstage zurückgefordert werden könne, wenn sich ein Schichttausch nicht ermöglichen lasse, so wäre eine Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB von vorne herein ausgeschlossen. Auch soweit dies nicht der Fall oder nicht beweisbar wäre, müsste der Arbeitnehmer im Einzelnen belegen, welche Verwendung das Geld gefunden hat und dass es für Zwecke ausgegeben wurde, für die es sonst nicht verwendet worden wäre. Eine weitere Vertiefung soll hier unterbleiben, zumal diese Problematik bei den Auseinandersetzungen bisher keine Rolle gespielt hat.

### **IV. Weitere Ansprüche**

Im Laufe der Auseinandersetzungen um die Entgeltabzüge wurden weitere Ansprüche geltend gemacht, die nicht mit der Urlaubsgewährung in Zusammenhang stehen.

#### **1. Entgelterhöhung nach dem Heuertarif?**

Mit Anwaltsschreiben vom 13. Juli 2017 hat der Arbeitnehmer Kube eine Lohnerhöhung entsprechend dem Heuertarifvertrag geltend gemacht.

Wie sich aus der Negativbescheinigung des VDR ergibt, ist die Hegemann GmbH kein Mitglied der Tarifgemeinschaft des VDR und deshalb weder an den Heuertarif noch an den Manteltarif für die deutsche Seeschifffahrt (MTV-See) gebunden. Gegen die Wirksamkeit der OT-Mitgliedschaft im Bereich des VDR sind bisher keine Bedenken geäußert worden. Eine Tarifbindung nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG ist deshalb auch bei den Beschäftigten nicht gegeben, die Mitglieder der Gewerkschaft ver.di sind.

Der Arbeitsvertrag nimmt nicht auf Tarifverträge Bezug. Vielmehr bestimmt er in § 17 Abs. 4 Satz 2 ausdrücklich: „Jede tarifliche Bindung gilt als ausgeschlossen“. Damit ist auch eine konkludente oder stillschweigende Übernahme tariflicher Regeln nicht möglich.

Ob und in welchem Umfang früher geltende Tarifverträge nach § 4 Abs. 5 TVG nachwirken, kann dahinstehen. Soweit die Arbeitsverträge eine Regelung enthalten, geht diese den nachwirkenden Tarifverträgen vor. Bei den hier erörterten Fragen entstand keine Lücke, die durch Rückgriff auf einen nachwirkenden Tarifvertrag hätte ausgefüllt werden müssen.

## **2. Zwei-Wachen-Zuschlag**

Verschiedene Arbeitnehmer machen einen sog. Zwei-Wachen-Zuschlag geltend und berufen sich dabei auf § 46 Abs. 1 Satz 3 SeeArbG. Danach wird ein „angemessener Zuschlag zur Grundheuer“ geschuldet, wenn die Arbeitszeit „entsprechend“ verlängert wird. Die Anspruchsteller vertreten den Standpunkt, dass ein Zuschlag von 30 % zur Grundheuer „angemessen“ wäre.

Was zunächst den Zuschlag als solchen betrifft, so bedarf es einer näheren Betrachtung der einschlägigen Rechtsvorschriften. Nach § 43 Abs. 1 Satz 1 SeeArbG darf die Seearbeitszeit der zum Wachdienst bestimmten Besatzungsmitglieder in der Regel acht Stunden täglich nicht überschreiten. Davon macht § 46 Abs. 1 SeeArbG für sog. Zwei-Wachen-Schiffe eine Ausnahme, die durch eine bestimmte Höchstgröße und durch ein

bestimmtes Fahrtgebiet charakterisiert sind. Bei ihnen ist eine Verlängerung auf bis zu 12 Stunden möglich. Bei einer derartigen Verlängerung ist dann ein angemessener Zuschlag geschuldet. Werden in anderen Fällen die acht Stunden des § 43 Abs. 1 Satz 1 SeeArbG oder werden die 12 Stunden des § 46 Abs. 1 SeeArbG überschritten, so handelt es sich um Mehrarbeit nach § 51 Abs. 1 SeeArbG. Im Fall des § 46 SeeArbG beginnt diese erst mit dem Überschreiten der 12 Stunden (so § 51 Abs. 1 Satz 3 SeeArbG). Dies ist eine durchaus nicht unrealistische Situation, da die Höchstarbeitszeit nach § 48 Abs. 1 Nr. 1 a SeeArbG 14 Stunden innerhalb eines Zeitraums von 24 Stunden beträgt. Die Berechnung der Mehrarbeitsvergütung ist in § 51 Abs. 1 Satz 2 SeeArbG im Einzelnen festgelegt, während § 46 Abs. 1 Satz 3 SeeArbG für den Zeitraum zwischen 8 und 12 Stunden nur von einem „angemessenen Zuschlag“ spricht.

Der vorliegende einheitliche Arbeitsvertrag enthält in § 3 neben der Grundheuer nur pauschalierte Zuschläge für Sonn-, Feiertags- und Nachtzuschläge, eine pauschalierte Überstundenvergütung und eine „anrechenbare Zulage“, deren Charakter nicht näher beschrieben ist. In Bezug auf alle Zulagen sieht der Schlusssatz von Abs. 1 vor, dass sie bei Vorliegen eines sachlichen Grundes widerrufen werden können.

Ein Zwei-Wachen-Zuschlag ist nicht erwähnt. Theoretisch wäre es denkbar, dass er in der Grundheuer enthalten ist, doch müsste dies in irgendeiner Art und Weise zum Ausdruck gebracht worden sein. So wird etwa im Bereich des gesetzlich vorgeschriebenen Zuschlags für Nachtarbeit (§ 6 Abs. 5 ArbZG) von der Rechtsprechung der Standpunkt vertreten, dieser könne auch in einer Erhöhung des Grundlohnes zum Ausdruck kommen, doch müsse dies aus dem Vertrag selbst ersichtlich sein.

BAG 9.12.2015 – 10 AZR 156/15 – NZA 2016, 1021 Tz. 59

Dies ist hier nicht der Fall. Vielmehr beginnt § 3 Abs. 1 mit der Aufzählung der Bestandteile der „Gesamtvergütung“, ohne auch nur andeutungsweise auf den Zwei-Wachen-Zuschlag einzugehen. Allerdings wird auch hier die „anrechenbare Zulage“ nicht aufgeführt oder gar erläutert, so dass ihre Funktion unklar bleibt. Allerdings kann sich hinter ihr keine Zwei-Wachen-Zulage verbergen, weil diese immer zu bezahlen ist, während der Schlusssatz von § 3 Abs. 1 einen Widerrufsvorbehalt enthält, dessen Ausübung zum Wegfall aller Zulagen führen könnte und der bei § 46 Abs. 1 Satz 3 SeeArbG deshalb nicht Platz greifen kann.

Die Zwei-Wachen-Zulage ist auch nicht abdingbar. Es handelt sich um eine Schutzvorschrift zugunsten der Seeleute, die die zusätzliche Belastung entgelten will, die durch die Erhöhung der täglichen Arbeitszeit von acht Stunden auf zwölf Stunden entsteht. Auch die ähnliche Vorschrift des § 6 Abs. 5 ArbZG, die einen Nachtarbeitszuschlag vorschreibt, wird als zwingend in dem Sinne angesehen, dass sie weder durch Tarifvertrag noch durch Arbeitsvertrag abbedungen werden kann. Möglich ist lediglich eine nähere Ausgestaltung durch Vertrag.

BAG 15.7.2009 – 5 AZR 867/08 – NZA 2009, 1366

Wird dabei die „Angemessenheit“ des Ausgleichs nicht gewahrt, so ist die fragliche Bestimmung wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

BAG 26.4.2005 – 1 ABR 1/04 – NZA 2005, 884

Welche Höhe des Zuschlags angemessen ist, lässt sich dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen. Bei der Nacharbeit hält das BAG 25 % der normalen Stundenvergütung für angemessen; bei Dauernacharbeit soll der Satz 30 % betragen.

BAG 9.12.2015 – 10 AZR 423/14 – NZA 2016, 426; BAG 9.12.2015 – 10 AZR 156/15 – NZA 2016, 1021

Es liegt nahe (ohne absolut zwingend zu sein), diese Sätze auf den Fall des § 46 Abs. 1 Satz 3 SeeArbG zu übertragen. Da die Tätigkeit auf dem Zwei-Wochen-Schiff regelmäßig 12 Stunden beträgt, erscheint ein Zuschlag von 30 % als angemessen.

## **V. Zusammenfassung**

Im Schichtplan vorgesehene Bordtage mit einer totalen Urlaubssperre zu versehen, würde entgegen § 58 Abs. 1 Satz 1 SeeArbG betriebliche Interessen gegenüber den individuellen Urlaubswünschen der Beschäftigten verabsolutieren. In dringenden Fällen müssen entsprechend der bisherigen Praxis Ausnahmen möglich sein. Die nähere Bestimmung

dieser Ausnahmen unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG.

Die Rückzahlung des Entgelts in Höhe der Differenz zwischen den tatsächlich in den letzten drei Jahren absolvierten Bordtagen und dem Drei-Jahres-Durchschnitt vom 182 stößt auf rechtliche Schwierigkeiten:

- Soweit den Schichtplänen entsprechend gearbeitet wurde, besteht auch dann kein Rückzahlungsanspruch, wenn der vorgesehene Durchschnitt nicht erreicht wurde, weil der vollständige Abruf der Arbeitskraft Sache des Arbeitgebers ist.
- Wurde Urlaub für einen Zeitraum gewährt, der nach dem Schichtplan für Arbeit an Bord vorgesehen war, so ist es Sache des Arbeitgebers, für einen anderweitigen Einsatz zu sorgen. Ein (beweisbarer) Vorbehalt, die Arbeitsbefreiung erfolge nur unter der Voraussetzung, dass ein Tausch möglich sei oder das Entgelt wegfalle, macht die Urlaubsgewährung unwirksam und lässt die Arbeitspflicht während der fraglichen Zeit bestehen.
- Ansprüche auf Rückgewähr von Entgeltteilen müssen zunächst schriftlich geltend gemacht werden. Der bloße Abzug vom ausbezahlten Entgelt genügt nicht. Eine Verrechnungsabrede dürfte schwer beweisbar sein.

Da die Hegemann GmbH nicht tarifgebunden ist, ist sie nicht verpflichtet, tarifliche Entgelterhöhungen nachzuvollziehen.

Die Besatzungsmitglieder und der Kapitän haben einen Anspruch auf Zwei-Wachen-Zuschlag nach § 46 Abs. 1 Satz 3 SeeArbG; eine Höhe von 30 % erscheint angemessen.