

<b>Gericht:</b>	Landesarbeitsgericht Nürnberg 7. Kammer
<b>Entscheidungsdatum:</b>	19.05.2020
<b>Aktenzeichen:</b>	7 Sa 11/19
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:LAGNUER:2020:0519.7SA11.19.00
<b>Dokumenttyp:</b>	Urteil
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 3 ArbZG, § 2 Abs 1 S 1 Halbs 2 ArbZG, § 134 BGB, § 160 Abs 3 Nr 1 ZPO, § 11 Abs 2 ArbZG ... mehr
<b>Zitiervorschlag:</b>	Landesarbeitsgericht Nürnberg, Urteil vom 19. Mai 2020 – 7 Sa 11/19 –, juris

---

## **Überschreiten der gesetzlichen Höchstarbeitszeit - Nichtigkeit des zweiten Arbeitsverhältnisses - geltungserhaltende Reduktion**

### **Leitsatz**

1. Bei § 3 ArbZG handelt es sich um ein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB.(Rn.50)
2. Führt der Abschluss eines zweiten Arbeitsvertrags mit einem anderen Arbeitgeber dazu, dass der Arbeitnehmer nach § 2 Abs. 1 S. 1 2. HS ArbZG die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 48 Stunden überschreitet, hat dies grundsätzlich die Nichtigkeit des zuletzt abgeschlossenen Arbeitsvertrags zur Folge.(Rn.54)
3. Der Fortbestand des Arbeitsvertrags unter Reduktion der vereinbarten Arbeitszeit auf das gesetzlich noch zulässige Maß kommt nur in Betracht, wenn sich insoweit eindeutig ein übereinstimmender hypothetischer Wille beider Vertragsparteien feststellen lässt.(Rn.55)

### **Orientierungssatz**

1. Nach § 160 Abs 3 Nr 1 ZPO ist nur der Vergleich, nicht indes der Gang der Vergleichsverhandlungen, in das Protokoll aufzunehmen.(Rn.47)
2. Zwar enthält das ArbZG keine Regelung, ob und wie Urlaubstage bei der Berechnung des Durchschnitts von 48 Stunden pro Woche im Ausgleichszeitraum zu berücksichtigen sind. Vor dem Hintergrund von Art 6b EGRL 88/2003 und Art 16b EGRL 88/2003 ergibt sich jedoch nach dem Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung, dass genommene Urlaubstage und Krankheitstage in die Berechnung des Durchschnitts nicht mit null Stunden eingehen.(Rn.52)

(Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt unter dem Aktenzeichen 9 AZN 593/20)

### Fundstellen

ZTR 2020, 479-483 (Leitsatz und Gründe)

### Verfahrensgang

vorgehend ArbG Weiden, 9. November 2018, 3 Ca 573/18, Urteil

anhängig BAG, 9 AZN 593/20

Diese Entscheidung wird zitiert

## Literaturnachweise

Wolfhard Kohte, jurisPR-ArbR 35/2020 Anm. 4 (Anmerkung)

Christopher Hilgenstock, ArbR 2020, 425 (Anmerkung)

## Praxisreporte

Wolfhard Kohte, jurisPR-ArbR 35/2020 Anm. 4 (Anmerkung)

## Tenor

I. Die Berufung gegen das Endurteil des Arbeitsgerichtes Weiden - Außenkammer Schwandorf - vom 09.11.2018 - 3 Ca 573/18 - wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

II. Die Revision wird nicht zugelassen.

## Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten um den Bestand ihres Arbeitsverhältnisses und um Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis.
- 2 Der am 01.02.1965 geborene und verheiratete Kläger war beim Beklagten seit 01.04.1999 als stellvertretender Wasserwart, später als Wasserwart beschäftigt. Am 29.12.2000 schlossen die Parteien einen entsprechenden schriftlichen Arbeitsvertrag ab und vereinbarten eine Entlohnung nach LG 3, Stufe 1 BMT-G. Zuletzt erhielt der Kläger ein monatliches Bruttoarbeitsentgelt von 999,64 € zuzüglich monatliche Fahrtkostenschädigung von 97,65 €. Ferner vereinbarten die Parteien eine jährliche Arbeitszeit von 726 Stunden bzw. monatliche Arbeitszeit von 60,5 Stunden, beruhend auf den Feststellungen des Klägers in der Zeit ab April 1999 zur notwendigen Arbeitszeit, um die Aufgaben des Wasserwartes wahrnehmen zu können. Der Kläger sollte seine konkrete Arbeitszeit eigenverantwortlich festlegen. Für Eil- und Notfälle erhielt er ein Mobiltelefon vom Beklagten und verpflichtete sich, auf Abruf einsatzbereit zu sein. In den Jahren 2012 bis 2017 fielen 300 weitere Arbeitsstunden an auch im Zusammenhang mit solchen Eil- und Notfällen wie Rohrbrüchen, die auch zusätzlich vergütet wurden.
- 3 Der Kläger war ferner in Vollzeit bei einer anderen Firma in W... beschäftigt. Dabei handelte es sich nach den dort anzuwendenden tariflichen Bestimmungen für die bayerische Metall- und Elektroindustrie anfangs um 35 Wochenstunden. Im Laufe der Jahre erhöhte sich die dort vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit auf 39,5 Stunden und nach einer Firmenübernahme auf 40 Stunden.
- 4 Nach dem Regelwerk des D... e.V., dort W 1000, werden Mindestanforderungen an die einschlägige Ausbildung der technischen Führungskräfte definiert. Bei einem Trinkwasserversorger, der nur Wasserverteilung macht, aber keine Wassergewinnung und -aufbereitung, muss danach die technische Führungskraft eine Ausbildung zum Anlagenmechaniker für das Einsatzgebiet Rohrsystemtechnik bzw. Fachrichtung Versorgungstechnik haben oder geprüfter Netzmonteur, Handlungsfeld Wasser, sein oder eine gleicharti-

ge Qualifikation vorweisen können. Bei einem Trinkwasserversorger, der neben der Wasserverteilung auch Wassergewinnung und einfache Wasseraufbereitung macht, muss die technische Führungskraft eine Ausbildung zur Fachkraft für Wasserversorgungstechnik oder als Ver- und Entsorger in der Fachrichtung Wasserversorgung haben oder eine gleichartige Qualifikation vorweisen können.

- 5 Im Jahr 2012 rügte der Bayerische Kommunale Prüfungsverband ungenügende Stunden-, Tätigkeits- und Fahrkilometeraufzeichnungen des Klägers. Die Beanstandungen wurden vom Verband im Jahr 2016 wiederholt. Des Weiteren wurde beanstandet, dass weniger als die vertraglich vereinbarten 60,5 Monatsarbeitsstunden zur Erledigung der Arbeiten als Wasserwart erforderlich sind. In der Folgezeit kam es zu Unstimmigkeiten zwischen den Parteien.
- 6 Mit Schreiben vom 26.04.2018 teilte der Beklagte schließlich mit, dass für die Arbeit als Wasserwart allenfalls 40 Wochenstunden erforderlich seien, dem Kläger auf Grund gesteigerter Anforderungen durch den D... e.V. mittlerweile die geforderte Mindestqualifikation fehle und wegen Überschreitung der zulässigen wöchentlichen Höchstarbeitszeit die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages geltend gemacht werde.
- 7 Mit weiterem Schreiben vom 14.08.2018 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis noch außerordentlich und fristlos sowie hilfsweise ordentlich und fristgerecht zum nächstzulässigen Zeitpunkt, nach eigenen Berechnungen zum 28.02.2019.
- 8 Der Kläger wandte sich mit Feststellungsklage gegen die Geltendmachung der Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses und mit Kündigungsschutzklage mit Klageerweiterung gegen die Kündigung und machte im Wege der Klageerweiterung weitere Ansprüche geltend.
- 9 Der Kläger macht in der 1. Instanz geltend:
- 10 Der Arbeitsvertrag sei nicht nichtig. Ein Verstoß gegen Arbeitszeitvorschriften liege nicht vor. Nach § 7 ArbZG könnten abweichende Regelungen getroffen werden über 10 Stunden werktäglich hinaus. Nach § 6 Abs. 5, 6, 7 TVöD-AT betrage die zulässige Wochenarbeitszeit 45 Stunden. Nach dem Spartentarifvertrag TV-Versorgungsbetriebe könne durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung ein öffentlicher Arbeitszeitkorridor bis zu 45 Stunden eingerichtet werden. In diesem Korridor befinde sich der Kläger mit einer Pauschalarbeitszeit von 11,8 Wochenstunden. 11 Stunden tägliche Ruhezeit sowie die Wochenruhezeit seien eingehalten worden.
- 11 Die Kündigung sei unwirksam. Es bestehe Sonderkündigungsschutz nach § 34 Abs. 3 TVöD kraft Alters und Betriebszugehörigkeit. Es liege kein wichtiger Grund für die Kündigung vor. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei nicht eingehalten worden. Die Kündigung sei nicht sozial gerechtfertigt. Der Betriebsrat/Personalrat sei nicht angehört worden. Mit der Kündigung werde auch gegen § 612a BGB verstoßen. Er verfüge auch über die erforderliche Qualifikation. Er erfülle auf Grund seiner Tätigkeit die Anforderungen der höheren Stufe A1, also erst recht die Anforderungen der niedrigeren Stufe A2. Er erfülle auch die

Anforderungen eines Anlagenmechanikers für das Einsatzgebiet Rohrsystemtechnik bzw. Fachrichtung Versorgungstechnik, geprüfter Netzmonteur Handlungsfeld oder gleichartige Qualifikation. Dazu legt der Kläger das Zertifikat über eine eintägige Produktschulung einer Herstellerfirma vor.

- 12 Der Beklagte sei deshalb verpflichtet, dem Kläger ab Mai 2018 den Lohn aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges bzw. als Schadensersatz aus positiver Forderungsverletzung des Arbeitsvertrages zu bezahlen.
- 13 Darüber hinaus sei der Beklagte verpflichtet, rückwirkend bezahlten Freizeitausgleich oder finanzielle Entschädigung zu gewähren für die über 2496 Gesamtjahresstunden hinausgehenden Arbeitsstunden im Rahmen der Nebentätigkeit bei dem Beklagten. Der Anspruch ergebe sich aus EuGH, Urteil vom 25.11.2010, Az. C-429/01.
- 14 Das Arbeitsgericht Weiden – Außenkammer Schwandorf - hat die Klage abgewiesen. Es hat eine erhebliche Überschreitung der wöchentlichen Arbeitszeit nach § 3 ArbZG durch die zwei Arbeitsverhältnisse des Klägers erkannt und daraus folgend die Nichtigkeit des streitgegenständlichen Arbeitsverhältnisses festgestellt. Eine geltungserhaltende Reduktion der Arbeitszeit im Arbeitsverhältnis der Parteien wurde abgelehnt mangels entsprechenden feststellbaren Willens des Beklagten. Damit verfielen auch die übrigen Anträge des Klägers der Abweisung.
- 15 Das Urteil vom 09.11.2018 wurde dem Kläger am 14.12.2018 zugestellt. Er legte dagegen Berufung ein mit Berufungsschrift vom 09.01.2019, beim Landesarbeitsgericht Nürnberg per Fax eingegangen am gleichen Tag. Nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis 08.03.2019 ging die Berufungsbegründungsschrift vom 08.03.2019 am gleichen Tag per Fax beim Landesarbeitsgericht Nürnberg ein. Der Kläger wiederholt das erstinstanzliche Vorbringen in der Berufung und setzt sich mit den Rechtsausführungen des Erstgerichtes auseinander. Er macht geltend:
- 16 Das Erstgericht habe dem Kläger nach gescheiterten Vergleichsverhandlungen in der mündlichen Verhandlung keine Gelegenheit gegeben, innerhalb zu setzender Frist über einen letzten Vergleichsvorschlag des Beklagten zu befinden, sondern überraschend sofort ein Urteil verkündet. Damit habe das Gericht gegen § 139 ZPO und gegen § 58 Abs. 2 ArbGG verstoßen. Der Arbeitsvertrag der Parteien sei nicht nichtig. Dem Beklagten sei im Zeitpunkt der Neuberechnung der erforderlichen Stunden des Klägers bekannt gewesen, dass er im Hauptbeschäftigungsverhältnis regelhaft 39,5 Wochenstunden zu arbeiten habe. Der ehemalige Vorsitzenden des Beklagten habe genau gewusst, welche tariflichen Regelungen in der bayerischen Metallindustrie gälten, also eine variable Arbeitszeit von 35 bis 40 Stunden in der Woche und im Durchschnitt mindestens 37,5 Stunden. Mit BAG, Urteil vom 24.02.2005 – 2 AZR 211/04 – sei davon auszugehen, dass der Samstag ein Werktag sei und der Ersatzruhetag für Sonntagsarbeit auch am Samstag gewährt werden könne. Dies gelte auch für den Beklagten. Mit BAG, Urteil vom 20.11.2000 – 4 AZR 612/99 – sei davon auszugehen, dass zum damaligen Zeitpunkt Bereitschaftsdienste zur Ruhezeit zu rechnen waren. Die Bereitschaftsdienste des Klägers am Wochenende führten deshalb nicht zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrages. Richtig sei, dass innerhalb eines Jahres die Grenze von 48 Stunden pro Woche zuzüglich der Sonn-

tagsarbeit nicht überschritten werden dürfe. Der Kläger habe jedoch seine Arbeitszeit auf 50 Stunden werktäglich nach § 3 bis § 7 ArbZG zuzüglich 10 Stunden sonntags nach § 9 bis § 11 ArbZG = 60 Stunden die Woche ausdehnen dürfen. In diesem Korridor habe er sich mit 55,5 Stunden pro Woche gehalten. Mit dieser Regelung werde auch nicht gegen europäisches Recht verstoßen. Art. 6 RL 2003/88 sehe zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer eine maximale Arbeitszeit von 48 Stunden pro Woche vor. Art. 22 RL 2003/88 erlaube, Art. 6 der RL nicht anzuwenden, wenn neben anderen Voraussetzungen der Arbeitnehmer sich zur Überschreitung der Grenze von 48 Stunden bereit erklärt hat.

- 17 Gehe man wie das Arbeitsgericht von einer zulässigen Höchstarbeitszeit von 48 Stunden im Durchschnitt des Jahres aus, so überschreite die zwischen den Parteien vereinbarte Arbeitszeit von 13,96 Stunden diese Grenze um 5,46 Stunden. Bei der vereinbarten Arbeitszeit gehe es mit BAG, Urteil vom 14.09.2011 - 10 AZR 526/10 - um eine Individualabrede, nicht um eine vom Verwender vorgegebene Vertragsbedingung. Diese sei nur teilnichtig, soweit eine Arbeitsleistung von mehr als 48 Stunden vorgesehen sei. Dies entspreche mit BAG, Urteil vom 28.09.2005 - 5 AZR 52/05 - und BAG, Urteil vom 24.08.2016 - 5 AZR 129/16 - dem Schutzzweck des § 3 ArbZG. Deshalb der Kläger auch Anspruch auf Vergütung nach § 612 Abs. 1 BGB für die über 48 Wochenstunden hinausgehende Arbeitsleistung. Der Verstoß gegen § 3 ArbZG führe nicht zum Ausschluss des Vergütungsanspruches. Deshalb schulde der Beklagte auch über den 01.05.2018 hinaus die vereinbarte Vergütung. Dieser Anspruch ergebe sich mit EuGH, Urteil vom 25.11.2010, Az. C-429/09, Fuß/Stadt Halle auch aus dem rechtlichen Gesichtspunkt des Schadensersatzes. Schließlich habe er auch Anspruch auf Freizeitausgleich für die ab 01.01.2017 über 2.496 Gesamtjahresstunden hinaus geleisteten Arbeitsstunden und mit BAG, Urteil vom 19.02.2019 - 9 AZR 541/15 - auf Gewährung bzw. Entschädigung bzw. Abgeltung von seit 1999 aufgespartem Urlaub. Die Kündigung sei unwirksam. Der Arbeitsplatz sei nicht weggefallen. Die Gemeinde W... habe die Aufgaben des Beklagten übernommen, es läge ein Betriebsübergang vor. Die Gemeinde W... beschäftige mehr als 50 Mitarbeiter. Auch die Stelle des Wasserwartes sei dort vorhanden und frei gewesen. Der Beklagte müsse im Verhältnis zur Gemeinde auch die Kosten für die Wartung der beiden Wasserwerke zur Hälfte tragen. Nach Art. 23 Abs. 2 KommZG habe die Verbandssatzung eines Zweckverbandes Regelungen zu treffen, wer die Arbeitnehmer zu übernehmen hat, wenn Aufgaben des Zweckverbandes auf eine andere juristische Person des öffentlichen Rechtes übertragen werden. Wenn in der Übertragung der Aufgaben des Zweckverbandes eine Betriebsschließung zu sehen sei, dann greife auch das Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 BGB. Ferner habe die Gemeinde W... einen Personalrat. Dieser hätte der technischen Betriebsführung nach dem BetrVG zustimmen müssen. Deshalb schulde der Beklagte dem Kläger Nachteilsausgleich in Höhe von 15 Monatsverdiensten nach mehr als 20jährigen Betriebszugehörigkeit. Er, der Kläger, habe in der Folgezeit keine vergleichbare Arbeitsstelle mehr gefunden. Außerdem wolle der Beklagte den Kläger jedenfalls loswerden, wie das Schreiben vom 31.04.2018 und das Kündigungsschreiben vom 14.08.2018 zeige. Der Beklagte schulde daher auch Abfindung nach § 10 KSchG in Höhe von 15 Monatsverdiensten.

- 18 **Der Kläger und Berufungskläger stellt folgenden Antrag:**

- 19 1. a). Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten nicht durch das Schreiben der Beklagten vom 26.04.2018 zum 30.04.2018 beendet ist, sondern fortbesteht. b). Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die am 14.08.2018 ausgesprochene schriftliche fristlose Kündigung nicht aufgelöst wird, sondern fortbesteht. c) Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch die am 14.08.2018 hilfsweise ausgesprochene schriftliche ordentliche Kündigung aufgelöst wird, sondern über den 28.02.2019 hinaus fortbesteht. Hilfsweise: d) Die Beklagte wird verurteilt an den Kläger eine Abfindung 17.333,25 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus ab dem 01.04.2019 zu bezahlen.
- 20 2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger für die Lohnmonate Mai 2018 bis einschließlich Februar 2019 11.266,60 € brutto, für die Lohnmonate März September 2019 weitere 8.045,52 € brutto, sowie die Jahressonderzahlung mit 892,49 €, mithin insgesamt 20.159,21 € brutto zu bezahlen nebst Zinsen hieraus ab dem 03.06.2018 bis 02.07.2018 aus 1.121,22 €, ab dem 03.07.2018 bis 02.08.2018 aus 2.242,44 €, ab dem 03.08.2018 bis 02.09.2018 aus 3.363,66 €, ab dem 03.09.2018 bis 02.10.2018 aus 4.484,88 €, ab dem 03.10.2018 bis 02.11.2018 aus 5.606,10 €, ab dem 03.11.2018 bis 02.12.2018 aus 6.722,32 €, ab dem 03.12.2018 bis 02.01.2019 aus 7.848,54 €, ab dem 03.01.2019 bis 02.02.2019 aus 8.969,76 €, ab dem 03.02.2019 bis 02.03.2019 aus 10.090,98 €, ab dem 03.03.2019 bis 02.04.2019 aus 11.212,20 €, ab dem 03.04.2019 bis 02.05.2019 aus 12.333,42 €, ab dem 03.05.2019 bis 02.06.2019 aus 13.488,97 €, ab dem 03.06.2019 bis 02.07.2019 aus 14.644,52 €, ab dem 03.07.2019 bis 02.08.2019 aus 15.800,07 €, ab dem 03.08.2019 bis 02.09.2019 aus 16.955,62 €, ab dem 03.09.2019 bis 02.10.2019 aus 19.003,66 €, ab dem 03.11.2019 aus 20.159,21€.
- 21 3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger eine Urlaubsabgeltung von 5.433,75 € zu bezahlen nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz.
- 22 **hilfsweise:**
- 23 Die Beklagte wird verurteilt, den Urlaubsanspruch des Klägers bestehend aus Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld nach dem TVöD in Verbindung mit dem Bundesurlaubsgesetz für jedes Jahr ordnungsgemäß abzurechnen und den sich ergebenden Nettobetrag auszusahlen.
- 24 a. Jahresurlaub 2009 nach dem BurlG bestehenden aus Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld
- 25 b. Jahresurlaub 2010 nach dem BurlG bestehenden aus Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld
- 26 c. Jahresurlaub 2011 nach dem BurlG bestehenden aus Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld

- 27 d. Jahresurlaub 2012 nach dem BurlG bestehenden aus Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld
- 28 e. Jahresurlaub 2013 nach dem BurlG bestehenden aus Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld
- 29 f. Jahresurlaub 2014 nach dem BurlG bestehenden aus Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld
- 30 g. Jahresurlaub 2015 nach dem BurlG bestehenden aus Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld
- 31 h. Jahresurlaub 2016 nach dem BurlG bestehenden aus Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld
- 32 i. Jahresurlaub 2017 nach dem BurlG bestehenden aus Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld
- 33 j. Jahresurlaub 2018 nach dem BurlG bestehenden aus Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld
- 34 k. Jahresurlaub 2019 nach dem BurlG bestehenden aus Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld

35 4. Die Beklagte hat die Kosten der Berufung zu tragen.

36 5. Die Revision wird zugelassen.

37 **Der Beklagte und Berufungsbeklagte beantragt:**

38 Die Berufung des Beklagten wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

39 Der Beklagte trägt vor: Das Erstgericht habe zutreffend entschieden.

40 Das Vorbringen zu Verfahrensfehlern des Erstgerichtes sei nicht nachvollziehbar. Die Feststellungen des Erstgerichtes zu einer gravierenden strukturellen Überschreitung der nach § 3 ArbZG maximal zulässigen Arbeitszeit seien zutreffend. Entgegen den Darstellungen des Klägers gegenüber dem Beklagten bei Abschluss des Arbeitsvertrages zu einer vermeintlichen Halbtagsstelle habe der Kläger im Hauptarbeitsverhältnis eine Vollzeitätigkeit mit 39,5 Stunden gehabt. Am Ergebnis einer Überschreitung der zulässigen Wochenarbeitszeit von 48 Stunden ändere sich wegen § 11 Abs. 2 ArbZG auch nichts durch Sonntagsarbeit oder wegen § 7 ArbZG in Ermangelung eines anwendbaren Tarifvertrages oder Betriebs-/Dienstvereinbarung auf der Grundlage eines Tarifvertrages. Den Ausführungen des Erstgerichtes, warum eine geltungserhaltende Reduktion nicht in

Betracht komme, sei beizutreten. Zu berücksichtigen sei ferner, dass die erforderliche Ruhezeit von 11 Stunden nach § 5 ArbZG nicht eingehalten werden könne.

- 41 Wegen des weitergehenden Vorbringens der Parteien in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. Eine mündliche Verhandlung und eine Beweisaufnahme haben nicht stattgefunden.

## **Entscheidungsgründe**

### I.

- 42 Die Berufung ist zulässig.

- 43 Sie ist statthaft, § 64 Absatz 1 und 2 c) ArbGG, sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, § 66 Absatz 1 ArbGG. Die Berufung ist auch zulässig hinsichtlich der Klageerweiterung in der Berufung mit Schriftsatz vom 30.09.2019 nach § 64 Abs. 6 ArbGG iVm § 533 ZPO, da sachdienlich. Die Klageerweiterung ist auch zulässig hinsichtlich des Feststellungsbegehrens eines Anspruches auf Urlaubsabgeltung in bezifferter Höhe anstelle eines Leistungsbegehrens. Zugunsten des Klägers kann unterstellt werden, dass die öffentliche Hand erfahrungsgemäß trotz möglicher Leistungsklage auch auf ein Feststellungsurteil hin leisten wird, BAG, Urteil vom 16.07.1998 – 6 AZR 672/96 -, Rn. 14, zitiert nach juris. Die Entscheidung konnte im schriftlichen Verfahren ergehen nach § 64 Abs. 6 ArbGG iVm § 128 Abs. 2 ZPO. Die Parteien haben auf die mündliche Verhandlung verzichtet und konnten noch Schriftsätze einreichen, § 128 Abs. 2 ZPO.

### II.

- 44 Die Berufung ist unbegründet.

- 45 Das Erstgericht hat in Begründung und Ergebnis zutreffend entschieden, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien wegen Gesetzesverstoß nichtig ist. Das Berufungsgericht folgt dessen Begründung und macht sich dessen Ausführungen zu eigen, § 69 Abs. 2 ArbGG. Im Hinblick auf das Berufungsvorbringen sind noch folgende Ausführungen veranlasst:

- 46 1. Das Erstgericht hat das Verfahren ohne Verfahrensfehler erledigt. Ein Verfahrensverstoß des Erstgerichtes ist nicht ersichtlich.

- 47 a. Die Berufung rügt fehlendes Bemühen um eine einvernehmliche Lösung. Das Erstgericht hat sich nach Aktenlage während des gesamten Rechtsstreits um eine gütliche Lösung des Verfahrens bemüht nach § 57 Abs. 2 ArbGG. Dies ergibt sich aus den Sitzungsprotokollen. Bereits im Protokoll der Güteverhandlung stellt das Gericht fest, dass eine gütliche Einigung nicht zustande kommt. Offensichtlich wurden Vergleichsgespräche geführt, die aber naturgemäß nicht daran scheitern, dass das Gericht ei-

nen Vergleich nicht fördern würde, sondern daran, dass die Parteien des Rechtsstreits zu keinem gemeinsamen Ergebnis kommen. Auch im Termin zur mündlichen Verhandlung bemühte sich das Gericht um eine gütliche Einigung. Nach dem Protokoll der streitigen Verhandlung zog sich das Gericht in der Verhandlung zur Beratung zurück. Im Anschluss daran unterbreitete der Vorsitzende den Parteien einen Vergleichsvorschlag. Ein Vergleich kam aber nach dem Protokoll nicht zustande. Auch hier wurden Vergleichsverhandlungen unter aktiver Mitwirkung des Gerichtes geführt. Es besteht keine Notwendigkeit, die wechselseitigen Vorstellungen der Parteien, wie ein Vergleich aussehen könnte, zu protokollieren. Es besteht auch keine Notwendigkeit, die schrittweise und letztlich gescheiterte Annäherung der Parteien insoweit zu protokollieren. Nach § 160 Abs. 2 ZPO sind die wesentlichen Vorgänge der Verhandlung in das Protokoll aufzunehmen. Dazu zählt nach § 160 Abs. 3 Nr. 1 ZPO der Vergleich, nicht der Gang der Vergleichsverhandlungen. Ein solcher wurde unstreitig nicht abgeschlossen.

- 48 b. Das Erstgericht hat auch nicht gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verstoßen und etwa gebotene Hinweise nach § 139 Abs. 2 ZPO nicht erteilt. Die Berufung rügt hier nur, dass am Ende des Sitzungstages entgegen den Erwartungen des Klägersvertreters ein Endurteil verkündet wurde. Aus der Berufung wird nicht ersichtlich, auf welchen rechtlichen Gesichtspunkt das Erstgericht nach Auffassung der Berufung hier hätte hinweisen müssen. Auch nach dem Protokoll ist dieses Vorbringen unverständlich. Nach dem Protokoll wurden nach den gescheiterten Vergleichsverhandlungen die Anträge gestellt und eine Entscheidung am Ende des Sitzungstages angekündigt. Woher der Klägersvertreter die in der Berufung behauptete Erwartung nahm, dem Kläger würde eine Widerrufsfrist eingeräumt werden zu einem Vergleichsvorschlag des Beklagten, ist nicht ersichtlich.
- 49 2. Zwischen den Parteien bestand nur ein sogenanntes fehlerhaftes Arbeitsverhältnis. Das Erstgericht hat zutreffend festgestellt, dass der Arbeitsvertrag nach § 134 BGB nichtig ist, weil er gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.
- 50 a. Bei § 3 ArbZG handelt es sich um ein Verbotsgesetz nach § 134 BGB, BAG, Urteil vom 24.02.2005 - 2 AZR 211/04 -, Rn. 15, zitiert nach juris, bestätigt mit BAG, Urteil vom 20.11.2018 - 9 AZR 327/18 -, Rn. 15, zitiert nach juris. Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Schutzvorschrift für Arbeitnehmer, auf die weder der Arbeitgeber noch der Arbeitnehmer verzichten kann. Danach darf die werktägliche Arbeitszeit des Arbeitnehmers acht Stunden nicht überschreiten. Sie kann auf bis zu zehn Stunden verlängert werden, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden. Daraus errechnet sich eine wöchentliche Höchst Arbeitszeit von sechzig Stunden, wenn innerhalb des genannten Ausgleichszeitraumes im Durchschnitt 48 Stunden in der Woche nicht überschritten werden.
- 51 b. Soweit die Berufung geltend macht, die werktäglich erlaubte Arbeitszeit beziehe sich nur auf die Werktage und die Sonn- und Feiertagsarbeit könne noch hinzugerechnet werden, ist das unzutreffend. Nach § 11 Abs. 2 ArbZG gelten für die Beschäftigung an Sonn- und Feiertagen die §§ 3 bis 8 ArbZG entsprechend. Daraus ergibt sich zwanglos, dass die Sonn- und Feiertagsarbeit grundsätzlich ebenfalls auf

acht Stunden begrenzt ist nach § 3 Satz 1 ArbZG und bei der Ausgleichspflicht des § 3 Satz 2 ArbZG zu berücksichtigen ist. Wird also an einem Sonntag oder an einem Feiertag gearbeitet, so ist unter Berücksichtigung dieser Arbeitszeit innerhalb des Ausgleichszeitraumes der Durchschnitt von 48 Stunden pro Woche nach § 3 Satz 2 ArbZG einzuhalten.

- 52 c. Soweit geltend gemacht wird, es seien nicht nur die Feiertagsstunden in Abzug zu bringen, sondern auch die Urlaubsstunden, ist dies ebenfalls unzutreffend. Soweit der Kläger mit dem Abzug der Urlaubsstunden von den jährlichen Arbeitsstunden geltend machen wollte, die Grenze von 48 Stunden pro Woche könne er auch dadurch einhalten, dass die genommenen Urlaubstage mit null Stunden in die Berechnung eingehen, ist dies unzutreffend. Das ArbZG enthält keine Regelung, ob und wie Urlaubstage bei der Berechnung des Durchschnitts von 48 Stunden pro Woche im Ausgleichszeitraum zu berücksichtigen sind. Nach Art. 6 b RL 2003/88/EG haben die Mitgliedsstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit die durchschnittliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum 48 Stunden einschließlich der Überstunden nicht überschreitet. Nach Art. 16 b RL 2003/88/EG können die Mitgliedsstaaten für die wöchentliche Höchstarbeitszeit einen Bezugszeitraum von vier Monaten festlegen, wobei Zeiten des bezahlten Jahresurlaubes sowie Krankheitszeiten bei der Berechnung des Durchschnitts unberücksichtigt sind oder neutral bleiben. Nach dem Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung ergibt sich daraus, dass genommene Urlaubstage und Krankheitstage in die Berechnung des Durchschnitts nicht mit null Stunden eingehen, sondern entweder der nationale Ausgleichszeitraum um die in diesen fallenden Urlaubs- und Krankheitstage verlängert wird ("..unberücksichtigt...") oder mit der vertraglich vereinbarten durchschnittlichen täglichen Arbeitszeit in die Berechnung einfließen ("...sind neutral...").
- 53 d. Soweit die Berufung geltend macht, die Öffnungsklausel des § 7 ArbZG erlaube wesentlich längere Arbeitszeiten über zehn Stunden hinaus, ist das richtig, aber für die zu treffende Entscheidung irrelevant. Die Berufung trägt dazu vor, dass durch Tarifvertrag und Dienst- oder Betriebsvereinbarung die Öffnungsklausel des § 7 ArbZG genützt werden könne. Der Beklagte bestreitet Bindung an und Anwendung von entsprechenden Regelungen. Dazu trägt der Kläger in tatsächlicher Hinsicht nicht vor. Das Bestehen einer entsprechenden Dienst- oder Betriebsvereinbarung im Betrieb des Beklagten wird schon gar nicht behauptet. Die Berufung erkennt zutreffend, dass die Öffnungsklausel des § 7 ArbZG es mit den entsprechenden kollektivrechtlichen Regelungen erlaubt, die werktägliche Arbeitszeit unter bestimmten Umständen über zehn Stunden hinaus zu verlängern und einen anderen Ausgleichszeitraum festzulegen. Die Berufung verkennt aber, dass dies keine Auswirkung auf den im festgelegten Ausgleichszeitraum einzuhaltenden Durchschnitt von nicht mehr als 48 Stunden Arbeit pro Woche hat. An dem Durchschnitt von 48 Wochenstunden rüttelt die Öffnungsklausel des § 7 ArbZG nicht. Hier ist deshalb für die Frage des Verstoßes des Arbeitsvertrages gegen § 3 ArbZG von einer zulässigen durchschnittlichen Wochenarbeitszeit von 48 Stunden auszugehen und von den in der Anlage zum Arbeitsvertrag vereinbarten Arbeitszeiten auszugehen. Dies sind 726 Stunden im Jahr und 60,5 Stunden im Monat.
- 54 e. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz ArbZG sind die Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern zusammenzurechnen. Für die Frage des Verstoßes des Arbeitsvertrages gegen das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitschutzrecht ist deshalb die vertraglich ge-

schuldete Arbeitszeit sowohl im Hauptarbeitsverhältnis des Klägers wie auch im Rahmen seiner Nebenbeschäftigung bei dem Beklagten zu berücksichtigen. In seinem Hauptarbeitsverhältnis arbeitete der Kläger nach seinem Vorbringen im April 1999 mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 35 Stunden nach den Vorgaben des MTV Bay. Metall- und Elektroindustrie, an den das Arbeitsverhältnis gebunden ist. Diese Wochenarbeitszeit erhöhte sich im Laufe der Jahre über 39,5 Wochenstunden ab einem vom Kläger nicht mitgeteilten Termin auf zuletzt 40 Wochenstunden ab dem 01.08.2018. In diesem tarifgebundenen Arbeitsverhältnis ist die tarifliche Pflicht des Arbeitnehmers begründet, Mehrarbeit zu leisten und unter bestimmten Vorschriften auf über zehn Stunden arbeitstäglich verlängerte Schichten abzu- leisten unter Beachtung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates. Vor diesem Hintergrund errechnet sich die vertraglich vereinbarte Gesamtarbeitszeit des Klägers nach seinem Vorbringen im Jahr 2001 mit 35 Wochenstunden im Hauptarbeitsverhältnis und 13,96 Wochenstunden (60,5 x 3 Monate : 13 Wochen) in der Nebenbeschäftigung beim Beklagten mit 48,96 Stunden. Mit der Umstellung auf die 39,5 Stundenwoche im Hauptarbeitsverhältnis stieg die Gesamtarbeitszeit des Klägers an auf 53,46 Stunden pro Woche. Damit wird die zulässige wöchentliche Arbeitszeit von durchschnittlich 48 Stunden pro Woche innerhalb des Ausgleichszeitraumes dauerhaft überschritten. Ist diese Überschreitung nicht Ergebnis eines einzelnen Arbeitsvertrages, sondern mehrerer Arbeitsverträge und der Zusammenrechnung nach § 2 Abs. 1 ArbZG, so findet für die Frage der Nichtigkeitsfolge für das Vertragsverhältnis das Prioritätsprinzip Anwendung, Baeck/Deutsch, ArbZG, Kommentar, 3. Auflage, § 2, Rn. 24; Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 2 ArbZG, Rn. 8. Dies bedeutet, dass der zeitlich gesehen zuletzt abgeschlossene Arbeitsvertrag nichtig ist, der zur Überschreitung der gesetzlich zulässigen Höchstarbeitszeit führt, BAG, Urteil vom 19.06.1959 - 1 AZR 565/17 -, Rn. 8, zitiert nach juris, zu einer damals geltenden regelmäßigen werktäglichen Arbeitszeit von acht Stunden nach § 3 AZO. Im vorliegenden Fall ist der zeitlich zuletzt abgeschlossene Arbeitsvertrag der Arbeitsvertrag zwischen den Parteien.

- 55 f. Hintergrund dieser Rechtsprechung war die Annahme, der gesetzliche Zweck, eine tatsächliche Beschäftigung eines Arbeitnehmers über den gesetzlich zulässigen Arbeitszeitrahmen hinaus sei am ehestens in der Praxis durchzusetzen mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit und des Ausschlusses jeglichen Erfüllungsanspruches des Arbeitgebers wie des Arbeitnehmers. Letzteres ist nach heute überwiegender Ansicht mit dem Schutzcharakter der gesetzlichen Arbeitsschutzvorschriften zugunsten des Arbeitnehmers nicht vereinbar. Deshalb findet § 139 BGB mit der regelmäßigen Folge der Vollnichtigkeit des Vertrages bei Teilnichtigkeit einzelner Vereinbarungen im Arbeitsrecht keine Anwendung. Der gesetzliche Schutzzweck des Arbeitnehmerschutzrechtes wird nicht dadurch gewährleistet, dass der Arbeitsvertrag in Gänze nichtig ist bei teilweisen Verstößen gegen dieses Recht, sondern im Regelfall durch eine Anpassung des Vertragswerkes an das geltende Recht, BGH, Urteil vom 28.01.1986 Az: VI ZR 151/84, Rn. 19, zitiert nach juris. Wurde nur ein Arbeitsvertrag abgeschlossen, der eine die gesetzlichen Höchstgrenzen überschreitende Arbeitszeit vorsah, so ist der Arbeitsvertrag nur insoweit unwirksam, BAG, Urteil vom 24.08.2016 - 5 AZR 129/16 -, Rn. 33, zitiert nach juris. Wurden zwei Arbeitsverträge abgeschlossen, wobei der zeitlich nachfolgend abgeschlossene Vertrag eine die gesetzlichen Höchstgrenzen überschreitende Arbeitszeit vorsah, finden die Grundsätze der Rechtsprechung zur geltungserhaltenden Reduktion Anwendung. Danach kommt eine Aufspaltung der Vereinbarung in einen unwirksamen und einen wei-

terhin wirksamen Teil grundsätzlich in Betracht. Dies setzt jedoch voraus, dass angenommen werden kann, die Vertragsparteien hätten bei Kenntnis der teilweisen Rechtswidrigkeit ihrer vertraglichen Vereinbarung eine Regelung getroffen, die sich auf das Ausschöpfen des zulässigen gesetzlichen Rahmens beschränkt, BAG, Urteil vom 05.12.2002 – 6 AZR 539/01 -, Rn. 21, zitiert nach juris. Im Einzelfall lässt sich ein solcher hypothetischer Wille der Vertragsparteien möglicherweise nicht ermitteln. Diese Ermittlung ist zum einen nicht möglich, wenn es mehrere Möglichkeiten gibt, die unwirksame Regelung durch eine wirksame Regelung zu ersetzen. Diese Ermittlung ist zum anderen auch nicht möglich, wenn nur eine sinnvolle und zulässige Regelung möglich ist, aber nicht davon ausgegangen werden kann, dass eine der Vertragsparteien die nur eine mögliche geänderte Regelung gewollt hätte. In diesen Fällen kommt die Annahme einer geltungserhaltenden Reduktion nicht in Betracht, sondern nur eine Streichung der nichtigen Bestimmung als Ganzes oder die Gesamtnichtigkeit des Vertrages, BGH, Urteil vom 17.10.2008, Az: V ZR 14/08, Rn. 12, 13, zitiert nach juris.

56 g. Für den vorliegenden Fall ergibt sich hieraus: Der Kläger hatte in der Zeit von April 1999 bis zum Abschluss des Arbeitsvertrages vom 27.12.2000 die notwendige monatliche und jährliche Zeit für die Erledigung der Arbeiten des Wasserwartes ermittelt, und diese Stunden wurden auch zur Grundlage der vertraglichen Vereinbarung einer Jahresarbeitszeit von 726 Stunden und einer Monatsarbeitszeit von 60,5 Stunden gemacht. Diese Jahresarbeitszeit setzte sich nach der Übersicht aus den erforderlichen Stunden für Wartung Altanlage, Wartung Erweiterung der Anlage, notwendigen Messungen, Entlüften und Spülen, Einfetten, sonstige Pflegearbeiten, Streicharbeiten und Ablesen der Wasserzähler zusammen. Dabei handelte es sich nach der Übersicht über die erforderlichen Stunden nur um die regelmäßig anfallenden Arbeiten des Wasserwartes und die dabei erforderlichen Arbeitszeiten. Darin sind verschiedene andere Zeiten jedoch nicht enthalten. Das sind die Zeiten, in denen der Kläger seinen Jahresurlaub nimmt, arbeitsunfähig erkrankt oder anderweitig an der Arbeitsleistung gehindert ist. Das sind ferner die Zeiten, bei denen die Parteien um die rechtliche Einordnung als Rufbereitschaft oder als Bereitschaftsdienst streiten, insbesondere an den Wochenenden und die in diesem Zusammenhang angefallenen Stunden. Schließlich sind dies die Zeiten, die der Kläger zusätzlich zu den von ihm ermittelten Zeiten braucht, weil die ihm obliegenden Arbeiten im Einzelfall in der von ihm ermittelten durchschnittlichen Zeit nicht erledigt werden konnten. Unstreitig leistete der Kläger in den Jahren 2012 bis 2017 über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus noch 300 Überstunden auch für Sonderarbeiten wie etwa bei Rohrbrüchen. Für die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens ergibt sich hieraus für die Person des Klägers: Dieser war augenscheinlich an der Nebentätigkeit bei dem Beklagten und den dabei bestehenden Möglichkeiten zu einem Zusatzverdienst bei weitgehend freier Zeiteinteilung sehr interessiert. Das Gericht nimmt daher zu seinen Gunsten an, dass er bei dem Beklagten zu den Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 29.12.2000 auch gearbeitet hätte mit der einzigen Modifikation einer Reduzierung der Arbeitszeit auf das nach dem ArbZG zulässige Maß und unter Ausschluss von Überstunden auch im Zusammenhang mit Rufbereitschafts- oder Bereitschaftsdiensten. Dies zeigt auch sein gezeigter Beharrungswille, was den Fortbestand dieser Regelung betraf. Nach Aktenlage hatte der Kommunale Prüfungsverband bereits 2012 nicht hinreichend detaillierte Stunden-, Tätigkeits- und Fahrkilometeraufzeichnungen beanstandet. Im Prüfbericht vom September 2016 wurde diese Beanstandungen wiederholt. Der Kläger sicherte erst im Zusammenhang mit einem Schlich-

tungsgespräch am 09.05.2017 zu, entsprechende Aufzeichnungen zu fertigen. Einen solchen eindeutigen hypothetischen Parteiwillen kann das Gericht auf Seiten des Beklagten nicht erkennen. Für den Beklagten war es elementar, dass er einen Wasserwart beschäftigte, der im Not- und Eilfall jederzeit zur Verfügung steht, um Störungen in der kommunalen Wasserversorgung zu beseitigen. Bei der Versorgung der Bevölkerung mit Trinkwasser handelt es sich eine Kernaufgabe bayerischer Gemeinden im Bereich der Daseinsvorsorge. Vor diesem Hintergrund war es ihm nicht möglich, sich mit dem Kläger auf einen Arbeitsvertrag einzulassen, bei dem die Grenzen des ArbZG ausgeschöpft werden ohne einkalkulierte Zeitanteile für Eil- und Notfälle im Bereich der Wasserversorgung. Ebenso war es dem Beklagten nicht möglich, mit dem Kläger einen Arbeitsvertrag abzuschließen, bei dem die Grenzen des ArbZG ausgeschöpft werden und der Kläger nicht verpflichtet gewesen wäre, in Eil- und Notfällen wie eben Rohrbrüchen sehr zeitnah die Störungsursache zu ermitteln und zu beseitigen. Dies zeigt der abgeschlossene Arbeitsvertrag. In § 5 des Arbeitsvertrages ist geregelt, dass der Kläger ständig ein vom Beklagten beschafftes Mobiltelefon mit sich trägt und auf Abruf einsatzbereit ist. Der Beklagte hätte zur Erledigung eines Teiles der Routineaufgaben sowie zur Gewährleistung einer zeitnahen Störungsbeseitigung neben dem Kläger einen zweiten Wasserwart einstellen müssen. Dabei wäre die Verteilung der Zeitanteile zwischen den beiden Wasserwarten ebenso zu klären gewesen wie die Frage, wer für die Störungsbeseitigung in Eil- und Notfällen verantwortlich sein sollte. Alternativ hätte der Beklagte auch auf die Mitarbeit des Klägers verzichten können, um einen Wasserwart zu suchen und einzustellen, der nicht bei seinem Hauptarbeitgeber zwischen 35 und 40 Stunden in der Woche tätig ist und deshalb nicht nur in geringem Umfang für eine Tätigkeit beim Beklagten zur Verfügung steht. Es lässt sich daher aus gerichtlicher Sicht nicht eindeutig feststellen, ob und welchen Arbeitsvertrag der Beklagte mit dem Kläger abgeschlossen hätte, hätte er um die Rechtswidrigkeit der vereinbarten Arbeitszeitregelung gewusst. Nachdem sich ein eindeutiger und übereinstimmender hypothetischer Parteiwille nicht ermitteln lässt, scheidet eine geltungserhaltende Reduktion der unwirksamen Vereinbarung der Parteien zur Arbeitszeit aus. Dies führt zur Gesamtnichtigkeit des Arbeitsvertrages.

- 57 h. Mit dieser Feststellung verfällt der in der Berufung erneut gestellte Feststellungsantrag, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch das Schreiben des Beklagten vom 26.04.2018 nicht beendet wurde, der Abweisung. Es kann kein Arbeitsverhältnis festgestellt werden, das erst mit Schreiben vom 26.04.2018 geendet hätte.
- 58 i. Auf das von Anfang an nichtige Arbeitsverhältnis finden die vom BAG entwickelten Grundsätze zum fehlerhaften Arbeitsverhältnis zur Vermeidung eines bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsverhältnisses Anwendung. Diese Rechtsprechung dient der Vermeidung einer Rückabwicklung der rechtsgrundlos erbrachten gegenseitigen Leistungen nach den bereicherungsrechtlichen Vorschriften der §§ 812ff BGB. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der erbrachten Arbeitsleistung, bei der grundsätzlich nur Wertersatz durch den vermeintlichen Arbeitgeber nach § 818 Abs. 2 BGB möglich ist und der nur schwierig festgestellt werden kann. Deshalb verbleibt es beim durchgeführten Leistungsaustausch und beim Anspruch des vermeintlichen Arbeitnehmers auf Vergütung nach §§ 611, 611a BGB für erbrachte Leistung. Eine Rückabwicklung findet nur ausnahmsweise statt in besonderen Fällen, beispielsweise bewusstem Verstoß beider Parteien gegen strafrechtliche Vorschriften oder einem bewussten einseitigen Verstoß des Arbeitnehmers gegen Verbote, die dem Schutz von

Leben und Gesundheit dienen. Dafür liegen im vorliegenden Fall keine Hinweise vor. Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis endet mit der Außervollzugsetzung, denn ab diesem Zeitpunkt bereitet die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung in der Regel keine Probleme. Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis endet aber spätestens mit der Lossagung davon durch eine der beiden Parteien. Es besteht kein Kündigungsschutz und das fehlerhafte Arbeitsverhältnis kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist beendet werden durch schlichte Lossagung. Diese Lossagung und Außervollzugsetzung erfolgte hier mit Schreiben der Beklagtenvertreter vom 26.04.2018, dem Kläger zugegangen am 30.04.2018.

- 59 3. Damit verfällt auch die Kündigungsschutzklage der Abweisung. Das Gericht kann nur auf den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses oder dessen Beendigung durch eine Kündigung erkennen, wenn es vorher positiv das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses festgestellt hat. Zwischen den Parteien bestand am 28.02.2019 kein Arbeitsverhältnis.
- 60 4. Auch die Klage auf Zahlung einer Abfindung verfällt der Abweisung. Es liegen offensichtlich weder die Voraussetzungen eines Anspruches des Klägers auf Nachteilsausgleich nach § 113 BetrVG noch auf Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG vor. Die Herleitung eines Anspruches aus dem BetrVG aus dem Bestehen eines Personalrates nach dem BayPVG bei der Gemeinde W... kann nicht nachvollzogen werden.
- 61 5. Auch die Klage auf Zahlung von Annahmeverzugslohn für die Zeit vom 01.05.2018 bis 30.09.2019 verfällt der Abweisung. Annahmeverzugsansprüche bestehen nach Lossagung und Außervollzugsetzung ab dem 30.04.2018 nicht.

### III.

- 62 1. Auch die Klageerweiterung in der Berufung auf Feststellung, dass der Beklagte zur Zahlung von Urlaubsabgeltung in Höhe von 5.433,75 € verpflichtet ist, verfällt der Abweisung.
- 63 a. Der Kläger hatte einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung in vom Beklagten unbestrittener Höhe von 5.433,75 € brutto. Den Arbeitgeber trifft die Mitwirkungsobliegenheit, den Arbeitnehmer im laufenden Arbeitsverhältnis darauf hinzuweisen, dass der Arbeitnehmer einen Urlaubsanspruch hat und Verlust dieses Anspruches durch Zeitablauf droht, wenn der Arbeitnehmer seinen Urlaub nicht beantragt und einbringt, BAG, Urteil vom 25.06.2019 - 9 AZR 546/17 -, Rn. 15ff, zitiert nach juris. Hat der Arbeitgeber seiner Mitwirkungsobliegenheit nicht genügt, so können sich die Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers über die Jahre hinweg kumulieren und sind dann bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzugelten nach § 7 Abs. 4 BurlG. Hier macht der Kläger geltend, dass ihm noch für mehrere Jahre des Arbeitsverhältnisses entsprechende Urlaubsabgeltung zusteht. Der Beklagte widerspricht dem nicht.
- 64 b. Beim Anspruch des Arbeitnehmers auf Urlaubsabgeltung kann der Arbeitgeber einwenden, dass der Arbeitnehmer seinen Urlaub in Natur genommen und damit der Anspruch erloschen ist. Der Arbeitgeber macht damit den Erfüllungseinwand geltend. Nach allgemeinen Grundsätzen der Beweislastverteilung ist der Arbeitgeber deshalb in der Darlegungs- und Beweislast. Dran ändert sich auch nichts dadurch,

dass der Kläger „pauschal“ bezahlt wurde und der Beklagte möglicherweise weder Stundennachweise von ihm forderte noch sich sonst darum kümmerte, ob der Kläger für die ihm übertragene Arbeit die vereinbarte Stundenzahl benötigte und ob er selbst seinen Urlaub nehmen konnte, wie er wollte. Hier hat der Beklagte zur tatsächlichen Urlaubsnahme nicht entsprechend vorgetragen. Für die Entscheidungsfindung war daher davon auszugehen, dass die Urlaubsansprüche des Klägers nicht in Natur erfüllt wurden.

- 65 c. Der Anspruch des Klägers scheidet an der tariflichen Ausschlussfrist des § 37 TVöD (VKA). Danach verfallen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, wenn sie nicht innerhalb einer Ausschlussfrist von sechs Monaten nach Fälligkeit von dem Beschäftigten schriftlich geltend gemacht werden. Der TVöD (VKA) ist auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden. Dies hat der Kläger bereits in der ersten Instanz geltend gemacht. Der Beklagte hat nur geltend gemacht, in § 3 des Arbeitsvertrages sei nur Bezug genommen worden auf einige Regelungen des BMT-G, eine Überleitung in das aktuelle Tarifrecht sei nicht erfolgt. Der Kläger hat die Überleitung seines Arbeitsverhältnisses in den TVöD mit Schreiben des Marktes W... ohne Datum, dieses vertreten durch den Bürgermeister B..., vorgelegt. Der Beklagte hat sich dazu nicht erklärt. Für die Entscheidungsfindung geht das Gericht daher davon aus, dass der Markt W... hier als personalverwaltende Stelle für den Beklagten handelte und rechnet dieses Schreiben dem Beklagten zu. Im Übrigen ergibt sich kein anderes Ergebnis, wenn weiter nur auf den Arbeitsvertrag abgestellt wird und die teilweise Inbezugnahme des BMT-G in § 3 des Arbeitsvertrages. Dort ist ausdrücklich die Geltung des § 63 BMT-G mit der dort geregelten Ausschlussfrist zwischen den Parteien vereinbart worden. Der Anspruch auf Urlaubsabgeltung wird fällig mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, BAG, Urteil vom 20.01.2015 – 9 AZR 585/13 -, Rn. 39, zitiert nach juris. Diese Rechtsprechung ist auf das fehlerhafte Arbeitsverhältnis zu übertragen. Dort tritt mithin die Fälligkeit des Anspruches auf Urlaubsabgeltung ein mit der Außervollzugsetzung des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses, spätestens mit der Lossagung vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis durch eine der beiden Parteien. Hier wurde der Anspruch des Klägers auf Urlaubsabgeltung fällig mit der Lossagung des Beklagten vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 26.04.2018. Die Frist von sechs Monaten zur schriftlichen Geltendmachung lief deshalb ab am 26.10.2018. Nach Aktenlage wurde die Urlaubsabgeltung erst auf gerichtlichen Hinweis schriftlich geltend gemacht mit Schriftsatz vom 14.08.2019. Dies liegt weit außerhalb der tariflichen Frist zur Geltendmachung. Der Anspruch des Klägers ist verfallen.
- 66 d. Der Beklagte macht im Zusammenhang mit Zahlungsansprüchen des Klägers nur geltend, dass im fehlerhaften Arbeitsverhältnis zur Vermeidung einer Rückabwicklung ausgetauschte Leistungen nicht rückabgewickelt werden, zusätzliche Ansprüche aber nicht entstehen können. Bis zum 30.04.2018 entstandene Ansprüche seien ordnungsgemäß abgerechnet und ausbezahlt worden. Zu der Frage, ob im fehlerhaften Arbeitsverhältnis ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung besteht, werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Soweit der Kläger im laufenden fehlerhaften Arbeitsverhältnis tatsächlich arbeitsunfähig war oder Urlaub genommen hat und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall erhalten oder Urlaubsentgelt erhalten hat, kann dieses von dem Beklagten nicht zurückgefordert werden. Insoweit wurde das nichtige Arbeitsverhältnis vollzogen und ist einer Rückabwicklung entzogen. Streitig dagegen ist, ob im fehlerhaften Arbeitsverhältnis Urlaubsansprüche entstehen können, die abzugelten sind, wenn der Urlaub im fehlerhaften Arbeitsverhältnis nicht genommen wurde.

Mangels Arbeitsverhältnis kann kein Anspruch auf Urlaub und damit auch kein Anspruch auf Urlaubsabgeltung als Erfüllungsanspruch entstehen, vergleiche in jüngerer Zeit LAG Berlin, Urteil vom 20.11.2013 – 21 Sa 866/13 –, Rn.85, zitiert nach juris. Auch im fehlerhaften Arbeitsverhältnis entsteht ein (anteiliger) Urlaubsanspruch, der abzugelten ist, wenn die Urlaubsgewährung wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr möglich ist, BAG, Urteil vom 16.06.1959 – 1 AZR 565/57 –, Rn. 13, zitiert nach juris; Dersch/Neumann, BUrlG, Kommentar, 11. Auflage 2016, § 2, Rdz. 14; Arnold/Tillmanns, BUrlG, Kommentar, 4. Auflage 2020; § 1, Rdz. 54. Hier bedarf diese Streitfrage keiner abschließenden Entscheidung, da der Urlaubsabgeltungsanspruch, soweit er zu bejahen wäre, nicht binnen tariflicher Ausschlussfrist geltend gemacht wurde.

- 67 e. Der Anspruch ist auch nicht schlüssig vorgetragen. Die Dauer des gesetzlichen Mindesturlaubs von 24 Werktagen nach § 3 Abs. 1 BUrlG bemisst sich nach der Verteilung der Arbeitszeit auf die Woche. Als Werktage gelten alle Kalendertage, die nicht Sonn- oder gesetzliche Feiertage sind nach § 3 Abs. 2 BUrlG, damit regelmäßig die Tage Montag bis Sonnabend. Arbeitet der Arbeitnehmer an weniger als an 6 Tagen in der Woche, werden die im Gesetz genannten Werktage zu den vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitstagen rechnerisch zueinander in Beziehung gesetzt, bei einer Verteilung auf 5 Tage ergibt sich ein Urlaubsanspruch von 20 Tagen ( $24 : 6 \times 5 = 20$ ). Im Ergebnis verfügt damit jeder Arbeitnehmer über einen gleich langen Urlaub von vier Wochen, BAG, Urteil vom 08.05.2001 – 9 AZR 240/00 –, Rn. 31, zitiert nach juris. Der Urlaubsanspruch ist deshalb nach dem Tagesprinzip, nicht nach einem Stundenprinzip zu ermitteln. Hier errechnet der Kläger den behaupteten Urlaubsanspruch nach dem Stundenprinzip. Er setzt die vertraglich vereinbarte Jahresarbeit von 720 Stunden in Relation zu einer Jahresarbeitszeit von 2.080 Stunden und errechnet hieraus einen Prozentsatz von 0,35, mit dem er aus einem gesetzlichen Urlaubsanspruch von 24 Tagen einen individuellen Urlaubsanspruch von 8,4 Tagen im Jahr errechnet. Er teilt aber nicht mit, an wie vielen Tagen der Woche er regelmäßig oder in einem repräsentativen Vergleichszeitraum entsprechend seiner eigenen Festlegungen gearbeitet hat. Er errechnet auch keinen Urlaubsabgeltungsanspruch in Tagen.
- 68 2. Soweit der Kläger zum Anspruch auf Urlaubsabgeltung hilfsweise noch den Antrag stellt, den Beklagten zu verurteilen, den Urlaubsanspruch des Klägers seit 2009 für jedes Jahr ordnungsgemäß abzurechnen und an den Kläger auszubezahlen, fällt dieser Antrag nunmehr zur Entscheidung an, ist aber ebenfalls abzuweisen. Auch dieser Abrechnungsanspruch ist verfallen nach § 37 TVöD (VKA) respektive nach § 63 BMT-G.
- 69 Die Berufung des Klägers hat daher insgesamt keinen Erfolg.

#### IV.

- 70 Der Kläger trägt die Kosten des erfolglosen Rechtsmittels, § 97 Abs.1 ZPO.

#### V.

71 Die Revision war nicht zuzulassen nach § 72 Abs. 1 und 2 Nr. 1 ArbGG. Zulassungsgründe liegen nicht vor.