

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 11. Dezember 2018
- 9 AZR 161/18 -
ECLI:DE:BAG:2018:111218.U.9AZR161.18.0

I. Arbeitsgericht Gießen

Urteil vom 8. Februar 2017
- 7 Ca 294/16 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 20. September 2017
- 2 Sa 370/17 -

Entscheidungsstichworte:

Staffelung des Urlaubsanspruchs nach dem Lebensalter - Diskriminierung
jüngerer Arbeitnehmer - Verzug des Arbeitgebers mit der Urlaubsgewäh-
rung - Entbehrlichkeit einer Mahnung

BUNDESGERICHTSHOF



9 AZR 161/18
2 Sa 370/17
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
11. Dezember 2018

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. Dezember 2018 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Suckow und Zimmermann sowie die ehrenamtlichen Richter Spiekermann und Winzenried für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 20. September 2017 - 2 Sa 370/17 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Der Kläger verlangt von der Beklagten, ihm für die Jahre 2013 bis 2016 1
jeweils drei Arbeitstage Ersatzurlaub zu gewähren.

Der am 12. Juli 1959 geborene Kläger war seit dem 1. Oktober 1991 2
beim Land Hessen als Lehrer für Pflegeberufe beschäftigt. Er ist Mitglied der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di). Auf das Arbeitsverhältnis fand kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit ursprünglich Art. III § 1 des „Tarifvertrags zu § 71 BAT betreffend Besitzstandswahrung“ vom 23. Februar 1961 (im Folgenden TV zu § 71 BAT) Anwendung. Darin heißt es:

„Artikel III

Hessen

§ 1 Dauer des Erholungsurlaubs (§ 48 Abs. 1 BAT und Nr. 12 der SR 2a BAT)

Für die Angestellten des Landes Hessen und der Mitglieder des Hessischen Arbeitgeberverbandes der Gemeinden und Kommunalverbände e. V. tritt an die Stelle von § 48 Abs. 1 BAT und von Nr. 12 der SR 2a BAT folgende Regelung:

Für die Dauer des Erholungsurlaubs sind die für die Beamten des Arbeitgebers jeweils geltenden Vorschriften maßgebend.“

Die Urlaubsverordnung für die Beamten im Lande Hessen vom 3
16. November 1982 (GVBl. I S. 269) in der vom 31. Dezember 2003 bis zum

31. Dezember 2006 gültigen Fassung (*Verordnung vom 28. März 2001 [GVBl. I S. 179]; im Folgenden HUrlVO 1982*) regelt ua.:

**„§ 4
Urlaubsdauer**

(1) Der Urlaubsanspruch richtet sich nach dem Lebensalter, das der Beamte im Laufe des Kalenderjahres vollendet. Er beträgt bei einem Lebensalter

bis zu 30 Jahren	26 Arbeitstage,
über 30 bis 40 Jahre	29 Arbeitstage,
über 40 bis 50 Jahre	30 Arbeitstage,
über 50 Jahre	33 Arbeitstage.

...

**§ 18
Außer-Kraft-Treten**

Diese Verordnung tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2006 außer Kraft.“

Das Land Hessen trat zum 31. März 2004 aus der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) aus. Die HUrlVO 1982 wurde durch die Urlaubsverordnung für die Beamtinnen und Beamten im Lande Hessen vom 12. Dezember 2006 (*GVBl. I S. 671; im Folgenden HUrlVO 2006*) ersetzt. Diese trat am 1. Januar 2007 in Kraft und enthielt in § 5 Abs. 1 Satz 2 (Urlaubsdauer) eine Staffelung des Urlaubsanspruchs nach dem Lebensalter, die inhaltlich § 4 Abs. 1 Satz 2 HUrlVO 1982 entsprach.

4

Das mit dem Land Hessen bestehende Arbeitsverhältnis des Klägers ging infolge eines Betriebsübergangs auf die Beklagte über. Unter dem 5. Dezember 2007 schloss die Beklagte mit der Gewerkschaft ver.di den „Manteltarifvertrag Universitätsklinikum Gießen und Marburg GmbH“ (im Folgenden MTV UKGM), der am 1. Januar 2008 in Kraft trat. Dieser Tarifvertrag sieht ua. vor:

5

**„§ 29
Erholungsurlaub**

1. Der Arbeitnehmer erhält in jedem Kalenderjahr Erholungsurlaub unter Fortzahlung der Urlaubsvergütung.

...

3. Die Dauer des Urlaubs richtet sich nach der Urlaubstabelle (Anlage 1a und b), die Bestandteil dieses Tarifvertrages ist.

...

10. Der Urlaub muss im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden. Eine Übertragung des Urlaubes auf das nächste Kalenderjahr ist nur statthaft, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen. ...

...

§ 34 Ausschlussfristen

1. Die Ansprüche aus den zwischen den Tarifvertragsparteien abgeschlossenen Tarifverträgen müssen innerhalb einer Ausschlussfrist von drei Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht werden. ...

...“

Die Anlage 1b zum MTV UKGM sieht ua. Folgendes vor:

6

„Beschäftigungsjahr	1. - 3.	4. - 7.	ab 8.
Urlaubstage	26	28	30“

Weiter heißt es dort auszugsweise (im Folgenden Besitzstandsklausel):

7

„Arbeitnehmer[n], die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Tarifvertrages am 01.01.2008 einen höheren Urlaubsanspruch als nach obiger Tabelle haben, wird dieser Urlaubsanspruch weiter gewährt. Gleiches gilt für diejenigen Arbeitnehmer, die zum obigen Zeitpunkt nach der Hessischen Urlaubsverordnung (HUrlVO) vom 12. Dezember 2006 (GVBl. I S. 671) einen höheren Urlaubsanspruch gem. § 5 HUrlVO ... hatten.“

In den Jahren 2009 bis einschließlich 2012 gewährte die Beklagte dem Kläger jeweils an 30 Arbeitstagen Erholungsurlaub. Mit einer am 24. August 2012 beim Arbeitsgericht Gießen eingegangenen Klage hat der Kläger die Gewährung von jeweils drei weiteren Tagen (Ersatz-)Urlaub für die Jahre 2009 bis 2012 verlangt. Das Arbeitsgericht Gießen hat die Klage mit Urteil vom 22. März

8

2013 (- 10 Ca 359/12 -) abgewiesen. Das Hessische Landesarbeitsgericht hat die hiergegen eingelegte Berufung mit Urteil vom 9. Mai 2014 (- 3 Sa 686/13 -) zurückgewiesen. Auf die Revision des Klägers hat der Senat mit Urteil vom 12. April 2016 (- 9 AZR 659/14 -) erkannt, dass die Beklagte dem Kläger drei Tage Ersatzurlaub für das Jahr 2012 zu gewähren hat. Etwaige Ansprüche aus den Jahren 2009 bis 2011 seien verfallen.

Während dieses Rechtsstreits richtete der Kläger mehrere Schreiben an die Beklagte. Im Schreiben vom 27. Dezember 2013 heißt es ua.: 9

„... vermutlich verfüge ich noch über 3 Tage Urlaub in 2013, die ich nicht mehr in 2013 antreten kann. Ich bitte Sie deshalb um Übertrag ins nächste Kalenderjahr.“

Unter dem 12. November 2014 teilte der Kläger insoweit mit: 10

„Ich beantrage Urlaub für die Zeit vom 17.12. bis 19.12.14
= 3 Tage bzw. Übertrag auf nächstes Jahr!“

Im Schreiben vom 4. Dezember 2015 führte er auszugsweise aus: 11

„Ich beantrage Urlaub für die Zeit vom 28.12. bis 30.12.15
= 3 Tage bzw. Übertrag auf 2016.“

Mit seiner am 23. September 2016 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 27. September 2016 zugestellten Klage hat der Kläger für die Jahre 2013 bis einschließlich 2016 die Gewährung von jeweils drei Tagen Ersatzurlaub verlangt. Er hat die Rechtsauffassung vertreten, die Staffelung des Urlaubsanspruchs nach dem Lebensalter in der HURVO diskriminiere ihn wegen seines Lebensalters. Er könne deshalb im Wege einer „Anpassung nach oben“ jährlich 33 Arbeitstage Urlaub beanspruchen. Der so erhöhte Urlaubsanspruch stehe ihm auch im Anwendungsbereich des MTV UKGM zu. Nach der Besitzstandsklausel in der Anlage 1b zum MTV UKGM bestehe der Anspruch nach dem 1. Januar 2008 weiter. 12

Der Kläger hat beantragt, 13
die Beklagte zu verurteilen, ihm für Urlaub aus den Jahren
2013, 2014, 2015 und 2016 jeweils drei Tage Ersatzurlaub
zu gewähren.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage mit der Begründung bean- 14
tragt, der Kläger habe nach Art. III § 1 TV zu § 71 BAT iVm. § 4 Abs. 1 Satz 2
HUrlVO 1982 am Stichtag des 1. Januar 2008 keinen Jahresurlaub von
33 Arbeitstagen beanspruchen können, weil die HUrlVO 1982 bereits am
31. Dezember 2006 außer Kraft getreten sei. Ab diesem Zeitpunkt habe für den
Kläger wieder die allgemeine Urlaubsregelung des § 48 BAT gegolten. Die Be-
zugnahme auf die Dauer des Erholungsurlaubs für die Beamten des Landes
Hessen in Art. III § 1 TV zu § 71 BAT habe die am 1. Januar 2007 in Kraft ge-
tretene HUrlVO 2006 nicht mehr erfassen können, weil das Land Hessen be-
reits zum 31. März 2004 aus der Tarifgemeinschaft deutscher Länder ausgetre-
ten sei.

Außerdem hat die Beklagte geltend gemacht, die Staffelung des Ur- 15
laubsanspruchs nach dem Lebensalter sei aufgrund des höheren Erholungsbe-
dürfnisses älterer Arbeitnehmer sachlich gerechtfertigt. Jedenfalls sei ein höhe-
rer Urlaubsanspruch des Klägers mit Ablauf des jeweiligen Urlaubsjahres un-
tergegangen. Ein Anspruch auf Ersatzurlaub sei nicht entstanden, weil sich die
Beklagte mit der Gewährung des Urlaubs nicht in Verzug befunden habe. We-
der habe der Kläger seine Urlaubsansprüche ordnungsgemäß geltend gemacht,
noch habe sie deren Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert. Schließlich
hat die Beklagte den Verfall der Ersatzurlaubsansprüche gemäß § 34 Nr. 1
MTV UKGM eingewandt.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit ihrer vom Landes- 16
arbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Abweisung der
Klage.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht 17
erkannt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger jeweils drei Arbeitstage
Ersatzurlaub für die Jahre 2013 bis 2016 zu gewähren.

A. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats wandelt sich der Ur- 18
laubsanspruch nach § 275 Abs. 1 und Abs. 4, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 283
Satz 1, § 286 Abs. 1 Satz 1, § 287 Satz 2 und § 249 Abs. 1 BGB in einen Scha-
densersatzanspruch um, der auf Gewährung von Ersatzurlaub als Naturalresti-
tution gerichtet ist, wenn der Arbeitgeber den rechtzeitig verlangten Urlaub nicht
gewährt und der Urlaub aufgrund seiner Befristung verfällt (*st. Rspr., vgl. BAG*
16. Mai 2017 - 9 AZR 572/16 - Rn. 12 mwN, BAGE 159, 106). Diese Recht-
sprechung beruht darauf, dass der Anspruch des Arbeitnehmers gegen den
Arbeitgeber auf Gewährung von Erholungsurlaub nach § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG
in der bisherigen Auslegung des Senats grundsätzlich am Ende des Urlaubsjah-
res verfällt (*vgl. BAG 13. Dezember 2016 - 9 AZR 541/15 (A) - Rn. 13*). Der Ge-
richtshof der Europäischen Union hat zwar inzwischen entschieden, dass der
automatische Verfall des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub am Ende des
Urlaubsjahres grundsätzlich gegen Unionsrecht verstößt (*EuGH 6. November*
2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaft-
ten]). Unabhängig davon, wie der Senat diese Rechtsprechung des Gerichts-
hofs rezipiert und welche Auswirkungen dies auf den von den Tarifvertragspar-
teien frei regelbaren Mehrurlaub hat, kann vorliegend zugunsten der Beklagten
unterstellt werden, dass die zusätzlichen Urlaubsansprüche des Klägers aus
den streitbefangenen Urlaubsjahren jeweils am Ende des Bezugszeitraums ver-
fallen sind. Die geltend gemachten Ansprüche stehen dem Kläger jedenfalls als
Ersatzurlaub unter dem Gesichtspunkt des Schuldnerverzugs zu.

B. Die Beklagte befand sich hinsichtlich der Urlaubsansprüche aus den 19
Jahren 2013 bis 2016 jeweils mit der Gewährung von drei Urlaubstagen in Ver-
zug (§ 286 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 3 BGB), bevor der Anspruch - frühes-

tens - mit Ablauf des jeweiligen Urlaubsjahres unterging (§ 29 Nr. 10 Abs. 1 Satz 1 MTV UKGM).

I. Für die Jahre 2013 bis 2016 erwarb der Kläger jeweils am 1. Januar des Urlaubsjahres einen Anspruch auf 33 Arbeitstage Urlaub. Der Urlaubsanspruch folgte aus der tariflichen Regelung des § 29 Nr. 3 Abs. 1 MTV UKGM iVm. der Besitzstandsklausel in der Anlage 1b zu diesem Tarifvertrag und Art. III § 1 TV zu § 71 BAT iVm. § 4 Abs. 1 Satz 2 HUrlVO 1982. Diese Bestimmungen sind auf den Kläger so anzuwenden, als hätte er bereits bei Inkrafttreten des MTV UKGM das 50. Lebensjahr vollendet gehabt. 20

1. Bis zum Inkrafttreten des MTV UKGM am 1. Januar 2008 bestimmte sich der Urlaubsumfang des Klägers nach Art. III § 1 TV zu § 71 BAT iVm. § 4 Abs. 1 Satz 2 HUrlVO 1982. 21

a) Die Regelung in Art. III § 1 TV zu § 71 BAT fand ursprünglich kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG) auf das Arbeitsverhältnis des Klägers mit dem Land Hessen Anwendung. Die dort geregelte dynamische tarifvertragliche Verweisung auf die zu diesem Zeitpunkt gültige HUrlVO 1982 ist aufgrund des engen sachlichen Zusammenhangs (vgl. BAG 22. Februar 2012 - 4 AZR 8/10 - Rn. 20) zulässig und bewirkt, dass die in Bezug genommene HUrlVO 1982 inkorporierter Teil des Verweisungstarifvertrags wird. Mit einer - dynamischen - tarifvertraglichen Verweisung auf eine gesetzliche Bestimmung ist keine eigenständige und normative Geltung der in Bezug genommenen Bestimmung verbunden. Der verweisende Tarifvertrag und die in Bezug genommene Rechtsnorm bilden eine Einheit. Die Normen des in Bezug genommenen Regelungswerks sind Teil der Normen des Verweisungstarifvertrags (vgl. zu einer tarifvertraglichen Verweisung auf einen anderen Tarifvertrag BAG 22. Februar 2012 - 4 AZR 8/10 - Rn. 25). 22

b) Nach Beendigung der Mitgliedschaft des Landes Hessen als Rechtsvorgänger der Beklagten in der Tarifgemeinschaft deutscher Länder zum 23

31. März 2004 galt der TV zu § 71 BAT nach § 3 Abs. 3 TVG bis zu seiner Beendigung am 31. Dezember 2006 weiter.

- aa) Die von den Tarifvertragsparteien mit ihrer Verweisung vorgenommene Verknüpfung des TV zu § 71 BAT und § 4 HUrlVO 1982 zu einem Regelungs-
werk hat weitreichende Folgen für den zeitlichen Umfang der Nachgeltung.
Nach ständiger Rechtsprechung zu § 3 Abs. 3 TVG bewirkt jede Änderung des
Tarifvertrags dessen Beendigung. Dafür genügt jede Änderung der durch den
nachbindenden Tarifvertrag geschaffenen materiellen Rechtslage (*vgl. BAG*
7. Juni 2017 - 1 ABR 32/15 - Rn. 31, BAGE 159, 222; 22. Februar 2012 - 4 AZR
8/10 - Rn. 26 mwN). Soweit der Arbeitgeber an den inkorporierenden Verwei-
sungstarifvertrag - wie hier nach Verbandsaustritt - nur noch nach § 3 Abs. 3
TVG nachgebunden ist, führt deshalb jede Änderung, Ergänzung oder Erset-
zung der inkorporierten Normen zum Ende der - normativen - Geltung des Ver-
weisungstarifvertrags. Ist aufgrund einer solchen Änderung das Ende des Tarif-
vertrags eingetreten, bleibt die Tarifgebundenheit an den Verweisungstarifver-
trag nicht länger normativ nach § 3 Abs. 3 TVG bestehen (*vgl. zu einer tarifver-*
traglichen Verweisung auf einen anderen Tarifvertrag BAG 22. Februar 2012
- 4 AZR 8/10 - Rn. 26 mwN). 24
- bb) Danach endete der TV zu § 71 BAT iSv. § 3 Abs. 3 TVG mit dem 25
Außerkräfttreten der inkorporierten HUrlVO 1982 am 31. Dezember 2006. Die
Tarifgebundenheit an den Verweisungstarifvertrag war seither nicht mehr nor-
mativ.
- cc) Entgegen der Auffassung der Beklagten wirkt der TV zu § 71 BAT ein- 26
schließlich der inkorporierten HUrlVO 1982 über diesen Zeitpunkt hinaus nach.
Dem steht nicht entgegen, dass die HUrlVO 1982 mit Ablauf des 31. Dezember
2006 außer Kraft getreten ist.
- (1) Tarifverträge wirken kraft Gesetzes (§ 4 Abs. 5 TVG) nur grundsätzlich 27
nach. Die Tarifvertragsparteien können die Nachwirkung wirksam ausschließen.

Das kann ausdrücklich oder auch konkludent geschehen (*BAG 16. Mai 2012 - 4 AZR 366/10 - Rn. 33 mwN, BAGE 141, 288*).

(2) Die Bezugnahme auf die „jeweils geltenden Vorschriften“ in Art. III § 1 TV zu § 71 BAT ist nicht dahin zu verstehen, dass die HUrlVO stets nur befristet inkorporiert und eine Nachwirkung konkludent ausgeschlossen wird. Der TV zu § 71 BAT hat lediglich für die Dauer des Erholungsurlaubs auf die für die Beamten des Landes Hessen jeweils geltenden Vorschriften verwiesen und damit allein § 4 HUrlVO 1982 zum Gegenstand des Tarifvertrags gemacht. Insoweit sollten die allgemeinen Bestimmungen des BAT über die Dauer des Urlaubs für die Tarifangestellten im Land Hessen unanwendbar sein und die Regelungen für die Beamten „an die Stelle von § 48 Abs. 1 BAT und von Nr. 12 der SR 2a BAT“ treten. Hierdurch sollte die Urlaubsdauer der Angestellten an die der Beamten angeglichen werden. Die Auslegung der Beklagten, dass mit dem bloßen Außerkrafttreten des Verweisungsobjekts nach Wegfall der Tarifgebundenheit die für unanwendbar erklärten allgemeinen Bestimmungen des BAT über die Urlaubsdauer gelten oder die Arbeitnehmer ggf. sogar auf den gesetzlichen Mindesturlaub zurückfallen, steht in einem unauflösbaren Widerspruch zu dem Angleichungszweck der Tarifnorm. Ein darauf gerichteter Regelungswille der Tarifvertragsparteien hätte deutlicher Anhaltspunkte bedurft. Diese sind vorliegend nicht ersichtlich. 28

2. Die Urlaubsstaffelung des Art. III § 1 TV zu § 71 BAT iVm. § 4 Abs. 1 Satz 2 HUrlVO 1982, die dem Kläger einen um drei Tage geringeren Urlaubsanspruch einräumt als Arbeitnehmern, die älter als 50 Jahre sind, verstieß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 iVm. § 1 AGG und war deshalb nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. Dies hatte zur Folge, dass der Kläger bereits vor Vollendung seines 50. Lebensjahres in jedem Kalenderjahr Anspruch auf 33 Arbeitstage Urlaub hatte. 29

a) Der Senat hat bereits entschieden, dass der vor Inkrafttreten des AGG vereinbarte Art. III § 1 TV zu § 71 BAT, der den Regelungsgehalt des § 4 30

HUrlVO 1982 zum Inhalt der Tarifregelung gemacht hat, am Maßstab des AGG zu messen ist (*BAG 12. April 2016 - 9 AZR 659/14 - Rn. 19*).

b) Die tarifliche Urlaubsstaffelung, die dem Arbeitnehmer, der das 40., aber noch nicht das 50. Lebensjahr vollendet hat, einen drei Tage geringeren Urlaubsanspruch einräumt, enthält eine unmittelbare Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer wegen des Alters iSv. § 3 Abs. 1 AGG. Die Tarifnorm knüpft die Dauer des dem Arbeitnehmer zustehenden Urlaubs an dessen Lebensalter und behandelt Arbeitnehmer, die das 50. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, unmittelbar wegen des Alters anders als Arbeitnehmer, die älter als 50 Jahre sind (*vgl. BAG 18. Oktober 2016 - 9 AZR 123/16 - Rn. 15; 20. März 2012 - 9 AZR 529/10 - Rn. 14 f., BAGE 141, 73*). 31

c) Diese Ungleichbehandlung ist nicht gerechtfertigt. 32

aa) Bei ihr handelt es sich nicht um eine nach § 8 AGG zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen. Die Urlaubsstaffelung des Art. III § 1 TV zu § 71 BAT iVm. § 4 Abs. 1 Satz 2 HUrlVO 1982 knüpft nicht an die Art der auszuübenden Tätigkeit oder die Bedingungen ihrer Ausübung an. Sie stellt nicht auf die Art der auszuübenden Tätigkeit ab und beansprucht damit die Geltung für alle dem Art. III § 1 TV zu § 71 BAT unterfallenden Arbeitnehmer (*vgl. BAG 18. Oktober 2016 - 9 AZR 123/16 - Rn. 17*). 33

bb) Die Ungleichbehandlung ist auch nicht nach § 10 AGG sachlich gerechtfertigt. 34

(1) Nach § 10 Satz 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen nach § 10 Satz 2 AGG angemessen und erforderlich sein. Beides ist im Hinblick auf das konkret angestrebte Ziel zu beurteilen. Die Mittel sind deshalb nur dann angemessen und erforderlich, wenn sie es erlauben, das mit der unterschiedlichen Behandlung verfolgte Ziel zu erreichen, ohne zu einer übermäßigen Beeinträchtigung der legitimen Interessen derjenigen Arbeitnehmer zu führen, die wegen 35

ihres Alters benachteiligt werden, und die Maßnahme nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des angestrebten Ziels notwendig ist (*BAG 18. Oktober 2016 - 9 AZR 123/16 - Rn. 19 mwN*).

(2) § 10 Satz 1 AGG definiert nicht, was unter einem legitimen Ziel zu verstehen ist. Für die Konkretisierung des Begriffs ist deshalb auf Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG zurückzugreifen (*vgl. BAG 27. April 2017 - 6 AZR 119/16 - Rn. 33, BAGE 159, 92*). § 10 AGG dient der Umsetzung von Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG in das nationale Recht. Der deutsche Gesetzgeber hat den Text der Richtlinie nahezu wörtlich in das nationale Recht übernommen. Dessen Regelungen sind unionsrechtskonform in Übereinstimmung mit der Richtlinie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union auszulegen (*BAG 27. April 2017 - 6 AZR 119/16 - aaO mwN*). Ziele, die als legitim iSv. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG angesehen werden können, sind auch legitime Ziele iSv. § 10 Satz 1 AGG. Sie sind geeignet, unmittelbare Benachteiligungen wegen des Alters zu rechtfertigen (*BAG 27. April 2017 - 6 AZR 119/16 - aaO*).

36

(3) Zu den legitimen Zielen in diesem Sinne gehört auch der Schutz älterer Arbeitnehmer. § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG konkretisiert das Ziel durch eine Aufzählung von Maßnahmen, die zu diesem Zweck ergriffen werden dürfen. Der Schutz kann erreicht werden, wenn besondere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen festgelegt werden (*BAG 27. April 2017 - 6 AZR 119/16 - Rn. 34, BAGE 159, 92; vgl. auch BAG 12. April 2016 - 9 AZR 659/14 - Rn. 22*). Dazu können zusätzliche Urlaubstage in Abhängigkeit vom Lebensalter gehören. Notwendig ist jedoch, dass mit zunehmendem Alter ein erhöhtes Erholungsbedürfnis entsteht, das durch die konkrete Regelung der Urlaubsansprüche gefördert wird. Die Regelung darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um diesen Zweck zu erreichen. Diese Umstände hat der Arbeitgeber im Prozess darzulegen. Er genügt der Darlegungslast nicht bereits dann, wenn er allgemein geltend macht, die Regelung diene dem Schutz älterer Arbeitnehmer. Er hat substantiierten Sachvortrag zu leisten (*BAG 27. April 2017 - 6 AZR 119/16 - aaO; 15. November 2016 - 9 AZR 534/15 - Rn. 20*).

37

(4) Die unmittelbare Benachteiligung des Klägers ist nach diesen Grundsätzen nicht gerechtfertigt. Es ist nicht dargelegt, dass die sich aus der Urlaubsstaffelung ergebende Ungleichbehandlung wegen des Alters durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. 38

(a) Die Tarifvertragsparteien haben das mit der Verweisungsnorm des Art. III § 1 TV zu § 71 BAT verfolgte Ziel nicht ausdrücklich bezeichnet. Nennt eine Regelung oder Maßnahme kein Ziel, müssen zumindest aus dem Kontext abgeleitete Anhaltspunkte die Feststellung des hinter der Regelung oder der Maßnahme stehenden Ziels ermöglichen, um die Legitimität des Ziels sowie die Angemessenheit und die Erforderlichkeit der zu seiner Erreichung eingesetzten Mittel gerichtlich überprüfen zu können. Dabei können nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union die sozialpolitischen Ziele als legitim angesehen werden, die im allgemeinen Interesse stehen. Derjenige, der eine Ungleichbehandlung vornimmt, muss den nationalen Gerichten in geeigneter Weise die Möglichkeit zur Prüfung einräumen, ob mit der Ungleichbehandlung ein Ziel angestrebt wird, das die Ungleichbehandlung unter Beachtung der Ziele der Richtlinie 2000/78/EG rechtfertigt (*vgl. EuGH 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 45 ff.*). Denn das nationale Gericht hat zu prüfen, ob die Regelung oder Maßnahme ein rechtmäßiges Ziel iSd. Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG verfolgt. Gleiches gilt für die Frage, ob die Tarifvertragsparteien als Normgeber angesichts des vorhandenen Wertungsspielraums davon ausgehen durften, dass die gewählten Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich waren (*vgl. EuGH 21. Juli 2011 - C-159/10 und C-160/10 - [Fuchs und Köhler] Rn. 39; 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 49 ff.; vgl. auch BAG 15. November 2016 - 9 AZR 534/15 - Rn. 22 mwN*). Das in Art. 28 GRC proklamierte Recht auf Kollektivverhandlungen muss im Geltungsbereich des Unionsrechts im Einklang mit diesem ausgeübt werden. Wenn die Sozialpartner Maßnahmen treffen, die in den Geltungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG fallen, die für Beschäftigung und Beruf das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters konkre-

 39

tisiert, müssen sie daher unter Beachtung dieser Richtlinie vorgehen (*EuGH 13. September 2011 - C-447/09 - [Prigge ua.] Rn. 47 f. mwN*).

(b) Wenn eine Tarifregelung die Urlaubsdauer nach dem Lebensalter staffelt, liegt die Annahme nahe, die Tarifvertragsparteien hätten einem mit zunehmenden Alter gesteigerten Erholungsbedürfnis älterer Arbeitnehmer Rechnung tragen wollen. Diese Annahme darf freilich nicht durch die konkrete Wahl der Altersgrenze(n) widerlegt werden (*BAG 15. November 2016 - 9 AZR 534/15 - Rn. 23 mwN*). 40

(c) Die Beklagte hat pauschal darauf verwiesen, dass die Tarifvertragsparteien mit der Zubilligung zusätzlicher drei Urlaubstage für Arbeitnehmer, die das 50. Lebensjahr vollendet haben, deren höherem Erholungsbedürfnis und längerer Regenerationszeit Rechnung tragen und damit dem Gesundheitsschutz dienen wollten. Bei sämtlichen Arbeitnehmern, die älter als 50 Jahre sind, läge ein gegenüber jüngeren Arbeitnehmern erhöhtes Erholungsbedürfnis vor. Die physische Belastbarkeit eines Menschen nehme mit zunehmendem Alter ab, die Krankheitsanfälligkeit hingegen zu. Mit dieser Begründung hat die Beklagte die ihr obliegende Darlegungslast nicht erfüllt. Sie hat nicht dargetan, aufgrund welcher konkreten Umstände unter Berücksichtigung des den Tarifvertragsparteien zustehenden Ermessensspielraums (*vgl. BAG 21. Oktober 2014 - 9 AZR 956/12 - Rn. 18, BAGE 149, 315*) und ihrer grundsätzlichen Befugnis zur Generalisierung und Typisierung bei der Gruppenbildung (*vgl. hierzu BAG 16. Oktober 2014 - 6 AZR 661/12 - Rn. 28, BAGE 149, 297*) anzunehmen ist, dass bei sämtlichen tarifunterworfenen Arbeitnehmern, die das 50. Lebensjahr vollendet haben, unabhängig von ihrer ausgeübten Tätigkeit ein gegenüber anderen Arbeitnehmern erhöhtes Erholungsbedürfnis vorliegen soll. 41

(aa) Der von der Beklagten behauptete Erfahrungssatz, infolge einer Abnahme der physischen Belastbarkeit sei bei Arbeitnehmern, die das 50. Lebensjahr vollendet haben, generell, dh. beschäftigungsgruppenübergreifend von einem erhöhten Urlaubsbedürfnis und einer längeren Regenerationszeit auszugehen, existiert in dieser Allgemeinheit nicht. Die Abnahme körperli- 42

cher Fähigkeiten, die auch altersbedingt sein kann (*BAG 18. Oktober 2016 - 9 AZR 123/16 - Rn. 24 mwN*), bedeutet nicht, dass diese unabhängig vom Berufsbild zu einem in bestimmtem Umfang erhöhten Erholungsbedürfnis führt, das zudem an bestimmten Altersstufen festgemacht werden könnte (*BAG 15. November 2016 - 9 AZR 534/15 - Rn. 25; 12. April 2016 - 9 AZR 659/14 - Rn. 26*). Zwar führt die Beklagte zum Vorliegen eines erhöhten Erholungsbedürfnisses älterer Arbeitnehmer aus, dass diese im Klinikbereich tätig und deshalb durch ungünstige Arbeitszeiten mit Wechselschichtarbeit, Nachtarbeit und Arbeit an Wochenenden und Feiertagen belastet seien. Belastend sei zudem der ständige Umgang mit Menschen in schwierigen Lebenssituationen unter einem auf wirtschaftliche Zwänge zurückzuführenden Zeitdruck. Besonders im Pflegebereich beständen schwere körperliche Belastungen. Diese speziell auf den Klinikbereich bezogenen Ausführungen lassen unberücksichtigt, dass Art. III § 1 TV zu § 71 BAT nicht auf im Klinikbereich beschäftigte Arbeitnehmer begrenzt war, sondern für sämtliche (tarifgebundenen) Angestellten des Landes Hessen galt. Die Tarifnorm räumte mithin allen älteren Tarifangestellten des Landes Hessen unabhängig von der ausgeübten Tätigkeit und den bestehenden körperlichen Anforderungen einen erhöhten Urlaubsanspruch ein.

(bb) Im Übrigen galt die tarifliche Regelung auch für Arbeitnehmer, die bei 43
Vollendung des 50. Lebensjahres noch nicht längere Zeit im öffentlichen Dienst tätig waren. Die Begünstigung dieser Arbeitnehmer lässt sich jedenfalls nicht damit rechtfertigen, dass sie generell länger den dortigen Belastungen im Allgemeinen oder denen im Klinikbetrieb im Besonderen ausgesetzt gewesen seien (*vgl. BAG 15. November 2016 - 9 AZR 534/15 - Rn. 25*).

(d) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die unmittelbare Benachtei- 44
ligung des Klägers nicht dadurch gerechtfertigt, dass die Anlage 1b zum MTV UKGM eine diskriminierungsfreie Urlaubsregelung schaffe, die zugleich den Besitzstand zum Stichtag 1. Januar 2008 wahre.

(aa) Den Besitzstand einer Personengruppe zu wahren, kann zwar ein Ziel 45
sein, dass eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters rechtfertigt (*vgl.*

EuGH 19. Juni 2014 - C-501/12 ua. - [Specht ua.] Rn. 64). Wird eine altersdiskriminierende Regelung abgeschafft, kann es gerechtfertigt sein, den begünstigten Arbeitnehmern die bislang aus ihr folgenden Vorteile für einen Übergangszeitraum zu belassen (*vgl. EuGH 9. September 2015 - C-20/13 - [Unland] Rn. 46, 49; 11. November 2014 - C-530/13 - [Schmitzer] Rn. 42; 8. September 2011 - C-297/10 und C-298/10 - [Hennigs und Mai] Rn. 90, 92, 98; BAG 27. April 2017 - 6 AZR 119/16 - Rn. 35 mwN, BAGE 159, 92).* Das Ziel der Besitzstandswahrung kann jedoch keine Maßnahme rechtfertigen, mit der eine Ungleichbehandlung wegen des Alters endgültig festgeschrieben wird, die durch die Reform eines diskriminierenden Systems, zu der diese Maßnahme gehört, beseitigt werden soll. Eine solche Maßnahme ist, auch wenn sie die Wahrung des Besitzstands und den Schutz des berechtigten Vertrauens der vom früheren System begünstigten Arbeitnehmer sicherstellen kann, nicht geeignet, für die vom früheren System benachteiligten Arbeitnehmer ein diskriminierungsfreies System zu schaffen (*vgl. EuGH 28. Januar 2015 - C-417/13 - [Starjakob] Rn. 39; 11. November 2014 - C-530/13 - [Schmitzer] Rn. 44; BAG 27. April 2017 - 6 AZR 119/16 - Rn. 36, aaO).*

(bb) Das von der Beklagten vorgetragene Argument einer (vorübergehenden) Besitzstandswahrung als Rechtfertigungsgrund für die unmittelbare Benachteiligung des Klägers ist daher nicht belastbar. Da die Besitzstandsklausel in der Anlage 1b zum MTV UKGM keiner zeitlichen Beschränkung unterliegt, werden die am 1. Januar 2008 erworbenen Urlaubsansprüche dadurch dauerhaft fortgeschrieben. Dies wiederum bewirkt, dass die Ungleichbehandlung wegen des Alters endgültig festgeschrieben wird. Der nach der Anlage 1b zum MTV UKGM nach Beschäftigungsjahren zu berechnende Urlaubsumfang beträgt höchstens 30 Urlaubstage und kann somit den 33 Arbeitstage Urlaub umfassenden Besitzstand der Arbeitnehmer, die am 1. Januar 2008 das 50. Lebensjahr vollendet hatten, nicht erreichen.

46

(5) Die Rüge, der angebotene Zeugenbeweis sei nicht erhoben und die Beklagte dadurch in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör (*Art. 103 Abs. 1 GG*) verletzt worden, ist unzulässig. Ihre Begründung entspricht nicht den gesetzli-

47

chen Anforderungen. Allein die Verfahrensrüge, ein Beweis sei nicht erhoben worden, ist unzureichend, wenn die Beklagte - wie hier - nicht vorgetragen hat, wo und bei welcher Gelegenheit sie ein den Anforderungen des § 373 ZPO entsprechendes Beweisangebot gemacht habe (*vgl. BAG 28. September 2016 - 5 AZR 220/16 - Rn. 38 mwN*). Entsprechendes gilt für die Rüge, ein Sachverständigengutachten zu von ihr bezeichneten Punkten sei nicht eingeholt worden.

3. Die nicht gerechtfertigte unmittelbare Benachteiligung des Klägers führt dazu, dass diesem im Kalenderjahr 33 Arbeitstage Urlaub zustehen. Zwar folgt aus § 7 Abs. 2 AGG nur, dass die diskriminierende Regelung unwirksam ist. Jedoch kann die Beseitigung der Diskriminierung vorliegend nur durch eine „Anpassung nach oben“ erfolgen. Die begünstigende Regelung bleibt das einzige gültige Bezugssystem, solange - wie hier - das Unionsrecht nicht richtig durchgeführt ist (*vgl. ausf. BAG 27. April 2017 - 6 AZR 119/16 - Rn. 44 ff., BAGE 159, 92; 15. November 2016 - 9 AZR 534/15 - Rn. 29 ff.*). 48

II. Der aufgrund einer „Anpassung nach oben“ erhöhte Urlaubsanspruch bleibt dem Kläger auch nach dem Inkrafttreten des aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anwendbaren MTV UKGM erhalten. Satz 1 der Besitzstandsklausel in der Anlage 1b zum MTV UKGM unterfallen nicht nur diejenigen Arbeitnehmer, die entsprechend dem Wortlaut von Art. III § 1 TV zu § 71 BAT iVm. § 4 Abs. 1 Satz 2 HUrlVO 1982 einen erhöhten Urlaubsanspruch hatten, sondern auch diejenigen Arbeitnehmer, die aufgrund einer „Anpassung nach oben“ Inhaber eines erhöhten Urlaubsanspruchs waren. Dies hat der Senat bereits in einem früheren zwischen den Parteien geführten Rechtsstreit entschieden (*vgl. ausf. BAG 12. April 2016 - 9 AZR 659/14 - Rn. 27 ff.*). Neue Gesichtspunkte, die eine hier von abweichende Auslegung gebieten, liegen nicht vor. Der Umstand, dass wegen des Austritts des Landes Hessen als Rechtsvorgänger der Beklagten aus der Tarifgemeinschaft deutscher Länder § 4 Abs. 1 Satz 2 HUrlVO 1982 und nicht § 5 Abs. 1 Satz 2 HUrlVO 2006 maßgeblicher Bezugsgegenstand der Verweisungsnorm des (nachwirkenden) Art. III § 1 TV zu § 71 BAT ist, führt zu 49

keinem abweichenden Auslegungsergebnis. Denn durch die Besitzstandsklausel soll verhindert werden, dass Arbeitnehmer, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des MTV UKGM einen höheren Urlaubsanspruch hatten, durch das neue Tarifregime schlechter gestellt werden (*BAG 12. April 2016 - 9 AZR 659/14 - Rn. 30*). Von diesem Regelungszweck werden auch Arbeitnehmer erfasst, denen ein erhöhter Urlaubsanspruch aus Gründen der Gleichbehandlung zusteht. Auch für diese besteht das von den Tarifvertragsparteien anerkannte Bedürfnis, durch das Inkrafttreten des MTV UKGM gegen eine Absenkung ihres bisherigen Urlaubsanspruchs geschützt zu werden.

III. Die Beklagte befand sich mit der Gewährung von jeweils drei Arbeitstagen Urlaub für die Jahre 2013 bis 2016 in Verzug. 50

1. Für eine nach § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB den Schuldnerverzug begründende Mahnung ist grundsätzlich erforderlich, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber verlangt, ihm für einen bestimmten Zeitraum Urlaub zu gewähren (*BAG 17. Mai 2011 - 9 AZR 197/10 - Rn. 13 mwN, BAGE 138, 58*). Es kann aber auch ausreichen, dass der Arbeitnehmer verlangt, ihm den Urlaub zu gewähren. In diesem Fall überlässt er dem Arbeitgeber die Festlegung des Urlaubszeitraums (*BAG 17. Mai 2011 - 9 AZR 197/10 - aaO*). Nach § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB tritt der Verzug ein, ohne dass es einer Mahnung bedarf, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert. An das Vorliegen einer ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung sind in der Regel strenge Anforderungen zu stellen. Eine Leistungsverweigerung liegt vor, wenn der Schuldner unmissverständlich und eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten unter keinen Umständen nachkommen. Dies ist regelmäßig nur anzunehmen, wenn dieser sich beharrlich weigert, die Leistung zu erbringen. In diesem Fall entbehrt die Mahnung ihres Sinnes, den Schuldner zu vertragsgrechtem Verhalten anzuhalten (*BAG 14. Mai 2013 - 9 AZR 760/11 - Rn. 12*). Führen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einen Rechtsstreit über die Gewährung zusätzlichen Urlaubs für ein oder mehrere bestimmte Urlaubsjahre, stellt sich die streitige Rechtsfrage jedoch in gleicher Weise für die Urlaubsansprüche der Folgejahre, kann das Verhalten des Arbeitgebers in diesem 51

Rechtsstreit für den Arbeitnehmer den Rückschluss zulassen, er werde ihm den erhöhten Urlaub für die Folgejahre auch dann nicht gewähren, wenn er dazu ausdrücklich aufgefordert würde. Beziehen sich die Verteidigungsmittel des Arbeitgebers nicht ausschließlich auf die Besonderheiten des streitgegenständlichen Urlaubs eines einzelnen Kalenderjahres, sondern stellt er das Bestehen des erhöhten Urlaubsanspruchs grundsätzlich infrage, entbehrt eine Mahnung regelmäßig ihres Sinnes. Sie erwiese sich in diesem Falle als eine bloße Förmelerei, weil der Arbeitnehmer damit rechnen müsste, dass der Arbeitgeber einem entsprechenden Urlaubsverlangen ohnehin nicht nachkommen werde. Bestreitet der Arbeitgeber somit im Prozess das Bestehen eines erhöhten Urlaubsanspruchs grundsätzlich, liegt darin regelmäßig die ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung des Arbeitgebers als Schuldner der im Streit stehenden Anzahl der Urlaubstage auch für die Folgejahre.

2. Voraussetzung des Verzugs bleibt jedoch in diesen Fällen, dass der Anspruch des Gläubigers entstanden (*vgl. BAG 23. November 2017 - 6 AZR 43/16 - Rn. 46*) und fällig (*vgl. BGH 28. September 2007 - V ZR 139/06 - Rn. 11*) ist. Eine grundlose endgültige Weigerung des Schuldners, eine noch nicht entstandene oder nicht fällige Verpflichtung aus dem Vertragsverhältnis zu erfüllen, führt dabei nicht dazu, dass die Leistung vorzeitig fällig wird und der Schuldner sofort in Verzug gerät (*vgl. BGH 28. September 2007 - V ZR 139/06 - aaO*). 52
3. Die Beklagte befand sich danach mit der Gewährung von jeweils drei Arbeitstagen Urlaub aus den Jahren 2013 bis 2016 in Verzug. 53
- a) Für die Jahre 2014 bis 2016 hat der Kläger diese Ansprüche rechtzeitig geltend gemacht. 54
- aa) Er hat mit Schreiben vom 12. November 2014 und vom 4. Dezember 2015 für einen fest umrissenen Zeitraum (17. bis 19. Dezember 2014 bzw. 28. bis 30. Dezember 2015) die Gewährung von Urlaub verlangt. Der Umstand, dass die Schreiben die Zusätze „bzw. Übertrag auf das nächste Jahr“ und „bzw. 55

Übertrag auf 2016“ enthielten, steht einer ordnungsgemäßen Geltendmachung nicht entgegen. Die Beklagte musste diesen Hinweis wegen der - nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats (*vgl. BAG 13. Dezember 2016 - 9 AZR 541/15 (A) - Rn. 13*) - grundsätzlich bestehenden Befristung des Urlaubsanspruchs auf das Kalenderjahr so verstehen, dass der Urlaub nur dann in das Folgejahr übertragen werden sollte, wenn dessen Gewährung im beantragten Zeitraum dringende betriebliche Gründe iSv. § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG entgegenstanden.

bb) Seinen Urlaubsanspruch für das Jahr 2016 machte der Kläger mit seiner am 23. September 2016 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 27. September 2016 zugestellten Klage rechtzeitig innerhalb des laufenden Urlaubsjahres geltend. 56

b) Zur Begründung des Verzugs mit der Erfüllung des Urlaubsanspruchs aus dem Jahr 2013 bedurfte es gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB keiner Mahnung. Die Beklagte hat in dem Vorprozess, in dem die Parteien über (Ersatz-)Urlaub für die Jahre 2009 bis 2012 gestritten haben, das Bestehen eines erhöhten Urlaubsanspruchs aufgrund Gleichbehandlung grundsätzlich in Abrede gestellt. Spätestens durch den Klageabweisungsantrag im Termin zur Kammerverhandlung vor dem Arbeitsgericht am 22. März 2013 hat sie zum Ausdruck gebracht, auch den zu diesem Zeitpunkt bereits entstandenen und fälligen erhöhten Urlaubsanspruch des Klägers für das Jahr 2013, der ebenfalls unter dem rechtlichen Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Benachteiligung wegen des Alters besteht und damit auf demselben Rechtsgrund beruht, nicht gewähren zu wollen. Darin lag eine ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung der Beklagten als Schuldnerin des Urlaubsanspruchs, die eine Mahnung des Klägers, falls es an ihr gefehlt haben sollte, entbehrlich machte. 57

C. Der Anspruch des Klägers auf Gewährung von jeweils drei Arbeitstagen Ersatzurlaub für die Jahre 2013 bis 2016 ist nicht aufgrund der Ausschlussfristenregelung in § 34 Nr. 1 MTV UKGM verfallen. Der Anspruch auf Ersatzurlaub, der als Schadensersatz an die Stelle des verfallenen Urlaubsanspruchs tritt, 58

unterliegt keinen Ausschlussfristen (*grdl. BAG 19. Juni 2018 - 9 AZR 615/17 - Rn. 35 ff.*). Deshalb war der Kläger nicht gehalten, seine Ersatzurlaubsansprüche innerhalb der Ausschlussfrist des § 34 Nr. 1 MTV UKGM geltend zu machen.

D. Die Beklagte hat die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO). 59

Kiel

Suckow

Zimmermann

Spiekermann

Winzenried