

Bundesarbeitsgericht
Sechster Senat

Urteil vom 23. November 2017
- 6 AZR 43/16 -
ECLI:DE:BAG:2017:231117.U.6AZR43.16.0

I. Arbeitsgericht
Frankfurt (Oder)

Urteil vom 14. Januar 2015
- 2 Ca 1255/14 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 7. Oktober 2015
- 23 Sa 346/15 -

Entscheidungsstichwort:

Zusatzurlaub nach § 27 TVöD-K

BUNDEARBEITSGERICHT



6 AZR 43/16

23 Sa 346/15

Landesarbeitsgericht

Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

23. November 2017

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter, Revisionskläger und Revisionsbeklagter,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin, Revisionsbeklagte und Revisionsklägerin,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. November 2017 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge, den Richter am Bundesarbeitsgericht Krumbiegel sowie den ehrenamtlichen Richter Lauth und die ehrenamtliche Richterin Klar für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen des Klägers und der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 7. Oktober 2015 - 23 Sa 346/15 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über den Anspruch auf Zusatzurlaub nach § 27 1
der Durchgeschriebenen Fassung des TVöD für den Dienstleistungsbereich
Krankenhäuser im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberver-
bände (TVöD-K) für die Jahre 2013 und 2014.

Der Kläger ist seit dem 1. März 1995 in dem von der Beklagten bzw. ih- 2
rem Rechtsvorgänger betriebenen Krankenhaus als Krankenpfleger beschäftigt.
Das mit dem Rechtsvorgänger der Beklagten geschlossene Arbeitsverhältnis
war zunächst befristet. Im Arbeitsvertrag vom 22. Februar 1995 war bestimmt,
dass sich das Arbeitsentgelt nach den „Lohngruppen des BAT-Ost“ richte und
im Übrigen die für die Beschäftigungsstelle geltenden Tarifverträge und sonsti-
gen Bestimmungen maßgebend seien. Außerdem war vereinbart, dass Ände-
rungen und Ergänzungen des Vertrags der Schriftform bedurften. Während des
Laufs der Befristung erklärte der Rechtsvorgänger der Beklagten am 15. März
1996 eine Änderungskündigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. März 1996.
Weiter heißt es in dem Kündigungsschreiben:

„Sie nehmen die Tätigkeit als Krankenpfleger ab
01.04.1996 auf. ... Sie erhalten die Gehaltsgruppe Kr. IV.
Die Arbeitszeit pro Woche beträgt 40 Stunden. Urlaub er-
halten Sie nach den tarifrechtlichen Bestimmungen. Der
Arbeitsvertrag ist unbefristet.“

Dieses mit der Änderungskündigung verbundene Änderungsangebot nahm der Kläger durch Unterzeichnung des Kündigungsschreibens an. Seit dem 1. Mai 2010 ist er in Teilzeit mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 35 Stunden beschäftigt. Er arbeitet nach Feststellung des Landesarbeitsgerichts seit Beginn des Arbeitsverhältnisses in Wechselschicht. Dabei dauert die Frühschicht von 06:00 Uhr bis 14:30 Uhr, die Spätschicht von 13:45 Uhr bis 22:15 Uhr und die Nachtschicht von 21:45 Uhr bis 06:15 Uhr. Die Beklagte zahlte dem Kläger im August 2014 ebenso wie bereits im November 2012 ein monatliches Grundentgelt von 2.149,88 Euro brutto. Dabei legte sie die Vergütungsgruppe 7a Stufe 6 der Tariftabelle „SKH-Pfl“ zugrunde. Außerdem zahlte sie dem Kläger eine „konstante Schichtzulage“ von 101,85 Euro, die ebenfalls seit 2012 unverändert geblieben war, sowie nach Feststellung des Landesarbeitsgerichts Zuschläge für Samstags-, Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit sowie für Überstunden nach den entsprechenden Regelungen im TVöD. Jeweils im November zahlte sie ihm eine Jahressonderzuwendung, die sie in den Abrechnungen als „JSZ TVöD ZVK pfl.“ auswies. Schließlich gewährte die Beklagte dem Kläger im Jahr 2014 zwei Zusatzurlaubstage wegen der von ihm 2013 geleisteten Nachtarbeit.

3

Mit Schreiben vom 21. Oktober 2005 teilte der Rechtsvorgänger der Beklagten dem Kläger die Überleitung seines Beschäftigungsverhältnisses in den TVöD mit. Auszugsweise heißt es in diesem Schreiben:

4

„...“

seit dem 1. Oktober 2005 ist ... ein neues Tarifrecht, der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD), in Kraft getreten. ...

Aus diesem Grund ist es erforderlich, Ihr Arbeitsverhältnis in dieses neue Tarifrecht überzuleiten. Einer Änderung Ihres Arbeitsvertrages bedarf es nicht. ...

...

Aufgrund Ihrer Eingruppierung am 30. September 2005 sind Sie der Entgeltgruppe 7a der Kr-Anwendungstabelle zugeordnet. ...

...

In Ihrem Falle ergibt sich folgende Vergleichsentgeltberechnung:

...

Vergleichsentgelt = 2248,25 Euro

Mit dem o. g. Vergleichsentgelt ... werden Sie für einen Übergangszeitraum von zwei Jahren einer betragsgleichen individuellen Zwischenstufe Ihrer Entgeltgruppe ... zugeordnet. ... Zum 01. Oktober 2007 erfolgt der Aufstieg in die nächst höhere reguläre Stufe, sofern der Betrag Ihrer individuellen Zwischenstufe nicht mit dem Betrag der Endstufe übereinstimmt.

Wichtiger Hinweis:

Diese Mitteilung dient Ihrer Information und begründet keine eigenen Entgeltansprüche. Sie steht unter dem Vorbehalt der Überprüfung. ... Alle Zahlungen aufgrund dieser Überleitungsmitteilung erfolgen unter Vorbehalt und haben deshalb Vorschusscharakter. ...“

Der Rechtsvorgänger der Beklagten war als Eigenbetrieb des Landkreises O über seine Mitgliedschaft im Kommunalen Arbeitgeberverband tarifgebunden. Mit Wirkung zum 1. Januar 2006 wurde die Beklagte, deren alleiniger Gesellschafter der Landkreis O ist, gegründet und nahm den Geschäftsbetrieb am 1. Januar 2006 auf. Seit 2007 ist sie Mitglied ohne Tarifbindung im Kommunalen Arbeitgeberverband Brandenburg e.V., der Kläger ist seit 1. Januar 2011 Mitglied von ver.di. 5

Mit Schreiben vom 20. Dezember 2005 informierte der Rechtsvorgänger der Beklagten den Kläger über den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte und teilte mit, dass die Beklagte gemäß § 613a BGB in die bestehenden Arbeitsverhältnisse eintrete. Aufgrund eines Personalüberleitungsvertrags fänden die tariflichen Regelungen des am 31. Dezember 2005 geltenden TVöD bis zum 31. Dezember 2007 weiter Anwendung. 6

Im TVöD-K ist der Anspruch auf Zusatzurlaub bei Wechselschichtarbeit wie folgt geregelt: 7

„§ 6

Regelmäßige Arbeitszeit

(1) ¹Die regelmäßige Arbeitszeit beträgt ausschließlich der Pausen für

...

b) die Beschäftigten ... im Tarifgebiet Ost durchschnittlich 40 Stunden wöchentlich.

...

§ 7

Sonderformen der Arbeit

(1) ¹Wechselschichtarbeit ist die Arbeit nach einem Schichtplan/Dienstplan, der einen regelmäßigen Wechsel der täglichen Arbeitszeit in Wechselschichten vorsieht, bei denen die/der Beschäftigte längstens nach Ablauf eines Monats erneut zu mindestens zwei Nachtschichten herangezogen wird. ²Wechselschichten sind wechselnde Arbeitsschichten, in denen ununterbrochen bei Tag und Nacht, werktags, sonntags und feiertags gearbeitet wird. ³Nachtschichten sind Arbeitsschichten, die mindestens zwei Stunden Nachtarbeit umfassen.

...

(5) Nachtarbeit ist die Arbeit zwischen 21 Uhr und 6 Uhr.

...

§ 8

Ausgleich für Sonderformen der Arbeit

...

(5) ¹Beschäftigte, die ständig Wechselschichtarbeit leisten, erhalten eine Wechselschichtzulage von 105 Euro monatlich. ...

...

§ 26

Erholungsurlaub

(1) ... ⁵Der Erholungsurlaub muss im laufenden Kalenderjahr gewährt und kann auch in Teilen genommen werden.

...

(2) Im Übrigen gilt das Bundesurlaubsgesetz mit folgenden Maßgaben:

a) Im Falle der Übertragung muss der Erholungsurlaub in den ersten drei Monaten des folgenden Kalender-

jahres angetreten werden. Kann der Erholungsurlaub wegen Arbeitsunfähigkeit oder aus betrieblichen/dienstlichen Gründen nicht bis zum 31. März angetreten werden, ist er bis zum 31. Mai anzutreten.

...

§ 27

Zusatzurlaub

(1) Beschäftigte, die ständig Wechselschichtarbeit nach § 7 Abs. 1 ... leisten und denen die Zulage nach § 8 Abs. 5 Satz 1 ... zusteht, erhalten

a) bei Wechselschichtarbeit für je zwei zusammenhängende Monate ...

...

einen Arbeitstag Zusatzurlaub.

...

(4) ¹Zusatzurlaub nach diesem Tarifvertrag und sonstigen Bestimmungen mit Ausnahme von § 125 SGB IX wird nur bis zu insgesamt sechs Arbeitstagen im Kalenderjahr gewährt. ²Erholungsurlaub und Zusatzurlaub (Gesamturlaub) dürfen im Kalenderjahr zusammen 35 Arbeitstage, bei Zusatzurlaub wegen Wechselschichtarbeit 36 Tage, nicht überschreiten. ...

(5) Im Übrigen gilt § 26 mit Ausnahme von Absatz 2 Buchst. b entsprechend.

Protokollerklärung zu den Absätzen 1, 2 und 3.1:

1. ¹Der Anspruch auf Zusatzurlaub nach den Absätzen 1 und 2 bemisst sich nach der abgeleisteten ... Wechselschichtarbeit und entsteht im laufenden Jahr, sobald die Voraussetzungen nach Absatz 1 erfüllt sind. ²Für die Feststellung, ob ständige Wechselschichtarbeit ... vorliegt, ist eine Unterbrechung durch Arbeitsbefreiung, Freizeitausgleich, bezahlten Urlaub oder Arbeitsunfähigkeit in den Grenzen des § 22 unschädlich.

...

§ 39

In-Kraft-Treten

(1) ¹Diese Regelungen treten am 1. August 2006 in Kraft und ersetzen in ihrem Geltungsbereich zu diesem Zeitpunkt die Durchgeschriebene Fassung des TVöD ... (TVöD-K) in der Fassung vom 7. Februar 2006. ...“

In der Ursprungsfassung des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst (TVöD) - Besonderer Teil Krankenhäuser - (BT-K) vom 13. September 2005 hieß es: 8

„§ 48

Wechselschichtarbeit

...

(2) Abweichend von § 7 Abs. 1 Satz 1 ist Wechselschichtarbeit die Arbeit nach einem Schichtplan/Dienstplan, der einen regelmäßigen Wechsel der täglichen Arbeitszeit in Wechselschichten vorsieht, bei denen die/der Beschäftigte längstens nach Ablauf eines Monats erneut zu mindestens zwei Nachtschichten herangezogen wird.

...

§ 54

In-Kraft-Treten, Laufzeit

¹Dieser Tarifvertrag tritt mit Wirkung am 1. Oktober 2005 in Kraft. ...“

Zum Inkrafttreten des § 27 TVöD-AT bestimmt § 39 TVöD-AT Folgendes: 9

¹Dieser Tarifvertrag tritt am 1. Oktober 2005 in Kraft.
²Abweichend von Satz 1 treten

...

b) ... § 27 am 1. Januar 2006 in Kraft.“

Der Kläger machte mit Schreiben vom 27. Februar 2014 vergeblich einen Anspruch von sechs Tagen Zusatzurlaub für das Kalenderjahr 2013 nach § 27 TVöD geltend. Mit seiner am 16. September 2014 rechtshängig gewordenen und im Kammertermin des Arbeitsgerichts vom 14. Januar 2015 geänderten Klage begehrt er zuletzt einen Zusatzurlaub von vier Tagen für das Kalenderjahr 2013 und von sechs Kalendertagen für 2014. Dabei lässt er sich die gewährten zwei Tage Zusatzurlaub für Nachtarbeit auf den beehrten Zusatzurlaub für das Jahr 2013 anrechnen. 10

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er habe einen tariflichen Anspruch auf Zusatzurlaub, weil er eine Wechselschichtzulage nach § 8 Abs. 5 TVöD erhalte. Auf weitere Voraussetzungen komme es nicht an. Dieser Anspruch sei auch nicht verfallen. Die Ausschlussfrist laufe erst an, wenn der Urlaubsanspruch fällig werde. Das setze seine Genehmigung voraus. Eine solche sei nicht erfolgt. 11

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 12
die Beklagte zu verurteilen, ihm für das Kalenderjahr 2013 einen Zusatzurlaub von weiteren vier Tagen sowie für das Kalenderjahr 2014 von sechs Tagen zu gewähren.

Die Beklagte hat ihren Klageabweisungsantrag darauf gestützt, dass sie § 27 TVöD nie angewandt habe, sondern stets ausschließlich aufgrund der Anzahl der Nachtdienste berechnet habe, wieviel Urlaubstage es zusätzlich gebe. Das habe der Kläger akzeptiert. Jedenfalls seien die geltend gemachten Ansprüche verfallen. Die Ausschlussfrist sei nicht erst auf die Schadensersatzansprüche auf Ersatzzusatzurlaub, sondern bereits auf den Anspruch auf Zusatzurlaub selbst anzuwenden. Dieser müsse binnen sechs Monaten ab der jeweiligen Entstehung geltend gemacht werden. Seine Herausnahme aus dem Fristenregime des § 37 TVöD sei verfassungswidrig. Auch die Ersatzzusatzurlaubsansprüche des Klägers seien verfallen. 13

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, dem Kläger stehe ein noch erfüllbarer Anspruch auf einen Zusatzurlaubstag für das Jahr 2014 sowie ein Schadensersatzanspruch für fünf Zusatzurlaubstage für das Jahr 2014 und einen weiteren Zusatzurlaubstag für das Jahr 2013 zu, im Übrigen seien die Ansprüche verfallen. Es hat auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Arbeitsgerichts entsprechend abgeändert. Mit ihren vom Landesarbeitsgericht zugelassenen, im Umfang ihres jeweiligen Unterliegens eingelegten Revisionen verfolgen die Parteien ihre Klageziele weiter. 14

Entscheidungsgründe

Die vom Landesarbeitsgericht gegebene Begründung trägt den teilweisen Erfolg der Klage nicht. Es hat nicht berücksichtigt, dass die Klage un schlüssig ist. Der Kläger stützt seinen Anspruch auf § 27 TVöD-AT. Einschlägig ist jedoch § 27 TVöD-K, der über den Verweis auf § 7 Abs. 1 TVöD-K andere Anspruchsvoraussetzungen als die Zusatzurlaubsregelung des Allgemeinen Teils hat. Zu diesen Voraussetzungen fehlt es an Vortrag des Klägers. Das führt zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Revision der Beklagten ist darum begründet. Auch die Revision des Klägers ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat nicht geprüft, ob der Zusatzurlaub ohne Übertragungsgründe in das folgende Urlaubsjahr übertragen worden ist. 15

I. Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass die tariflichen urlaubsrechtlichen Bestimmungen aufgrund arbeitsvertraglicher Inbezugnahme zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses der Parteien geworden sind. Es hat dabei jedoch ebenso wie die Parteien des Rechtsstreits übersehen, dass die maßgebliche Bestimmung nicht § 27 TVöD-AT, sondern § 27 TVöD-K ist. 16

1. Die Anwendbarkeit des tariflichen Urlaubsrechts ergibt sich allerdings entgegen der Annahme der Vorinstanzen nicht aus dem Schreiben des Rechtsvorgängers der Beklagten vom 21. Oktober 2005, mit dem er dem Kläger die Überleitung des Arbeitsverhältnisses in den TVöD mitgeteilt hat. Das rügt die Revision der Beklagten mit Recht. Mit diesem Schreiben ist dem Kläger kein konkludentes Angebot zur Inbezugnahme von Tarifvorschriften unterbreitet worden. 17

a) Eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung liegt auch dann vor, wenn der Erklärende kein Erklärungsbewusstsein hat, aber bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung vom Empfänger als Willenserklärung aufgefasst werden darf, und wenn der Empfänger diese Äußerung tatsächlich so verstanden hat. Das 18

gilt auch bei konkludenten Willenserklärungen (*vgl. BAG 24. Juni 2010 - 6 AZR 75/09 - Rn. 23*).

b) Mit dem Schreiben vom 21. Oktober 2005 wollte der Rechtsvorgänger der Beklagten den Kläger eindeutig lediglich über die bestehende Rechtslage informieren. Er musste unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit des neuen Tarifrechts als Ganzen allein aufgrund der einzelvertraglichen Vereinbarung einer Vergütung aus der Vergütungsgruppe Kr IV den Kläger unter Bildung eines Vergleichsentgelts in das neue Entgeltsystem überleiten. Diesen bloßen Informationswillen macht der vorletzte, mit „Wichtiger Hinweis“ überschriebene Absatz dieses Schreibens unmissverständlich deutlich. Danach dient die Mitteilung allein der Information und begründet keine eigenen (Entgelt-)Ansprüche. Der Kläger konnte darum dieses Schreiben nicht so verstehen, dass dadurch die Rechtslage gestaltend geändert werden sollte, sondern musste es als rein deklaratorische Wissenserklärung ohne Rechtsbindungswillen auffassen. 19

2. Der TVöD-K findet auch nicht im Wege einer von der Beklagten begründeten betrieblichen Übung Anwendung auf das Arbeitsverhältnis der Parteien. Zwar ist eine solche Möglichkeit von der Rechtsprechung anerkannt (*vgl. BAG 19. Januar 1999 - 1 AZR 606/98 -; 22. März 1994 - 1 ABR 47/93 -*). Voraussetzung ist jedoch, dass der Arbeitgeber erkennen lässt, dass er das Tarifwerk als Ganzes anwenden will (*BAG 3. November 2004 - 4 AZR 541/03 - zu A 4 b der Gründe*). Dafür enthält der Vortrag des Klägers keine hinreichenden Anhaltspunkte. Er hat zwar unwidersprochen behauptet, der Rechtsvorgänger der Beklagten habe den BAT-O uneingeschränkt angewandt. Auch hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, dass die Beklagte „entsprechend den Regelungen des TVöD“ Zuschläge für Arbeit an Samstagen, Sonntagen, Feiertagen und in der Nacht sowie für Überstunden zahle. Zudem gewährt die Beklagte ausweislich der vom Kläger eingereichten Abrechnungen regelmäßig eine als „JSZ TVöD ZVK pfl.“ ausgewiesene Sonderzuwendung. Die Beklagte zahlt dem Kläger jedoch kein Entgelt, das dem nach dem TVöD-K geschuldeten entspricht. Im August 2014 erhielt der Kläger ausweislich der für diesen Monat erstellten Abrechnung ein Entgelt aus der Entgeltgruppe 7a Stufe 6 von 20

2.149,88 Euro. Zu diesem Zeitpunkt betrug das tarifliche Entgelt aus der Entgeltgruppe Kr 7a Stufe 6 3.070,84 Euro. Unter Berücksichtigung des Teilzeitfaktors des Klägers von 35/40 hätte dies einem monatlichen Entgelt von 2.686,99 Euro entsprochen. Ferner ergibt sich aus der Abrechnung für November 2012, dass die Beklagte dem Kläger bereits in diesem Monat ein Grundentgelt von 2.149,88 Euro zahlte, also die Entgelterhöhungen des TVöD-K nicht nachvollzieht. Zudem entsprach auch der im November 2012 gezahlte Betrag nicht dem damaligen zeitanteiligen tariflichen Entgelt der Entgeltgruppe Kr 7a Stufe 6 von 2.536,70 Euro. Bei der von der Beklagten gezahlten „konstanten Schichtzulage“ handelt es sich weder ihrer Bezeichnung noch ihrer Höhe nach um die Wechselschichtzulage nach § 8 Abs. 5 TVöD-K. Das hat das Landesarbeitsgericht zutreffend ermittelt. In der Gesamtschau lässt das Verhalten der Beklagten allenfalls erkennen, dass sie den TVöD-K punktuell anwenden will. Eine solche punktuelle Anwendung genügt für eine Inbezugnahme eines Tarifvertrags durch betriebliche Übung jedoch nicht (*vgl. BAG 3. November 2004 - 4 AZR 541/03 - aaO*).

3. Aus dem unter Beteiligung des Rechtsvorgängers der Beklagten geschlossenen Personalüberleitungsvertrag kann der Kläger die Geltung des tariflichen Urlaubsrechts für die Jahre 2013 und 2014 bereits deshalb nicht herleiten, weil die darin vereinbarte „Weitergeltung“ des TVöD bis zum 31. Dezember 2007 befristet war. 21

4. § 27 TVöD-K ist jedoch auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anzuwenden, weil zwischen dem Kläger und dem Rechtsvorgänger der Beklagten die dynamische Geltung des BAT-O vereinbart war. Damit war nicht nur der tarifliche Zusatzurlaub nach § 48a BAT-O in Bezug genommen, sondern auch der diese Bestimmung ablösende § 27 TVöD-K. Diese Auslegung, die das Landesarbeitsgericht unterlassen hat, kann der Senat selbst vornehmen, weil sie allein aus den Vertragsurkunden selbst und der allgemeinen Stellung der Vertragsparteien zueinander im Hinblick auf das abgeschlossene Rechtsgeschäft zu entnehmen ist (*BAG 12. September 2013 - 6 AZR 512/12 - Rn. 21*). An diesen Vertragsinhalt ist die Beklagte gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB statisch 22

gebunden. Die für den Rechtsstreit maßgeblichen Bestimmungen in § 27 Abs. 1, Abs. 4 Satz 2 und Abs. 5 TVöD-K gelten seit ihrer vor dem Betriebsübergang erfolgten Vereinbarung unverändert, so dass sie von der Beklagten für den vom Kläger begehrten Zusatzurlaub aus den Jahren 2013 und 2014 anzuwenden waren.

a) Im Arbeitsvertrag vom 22. Februar 1995 waren mit der Bestimmung, dass die für die Beschäftigungsstelle geltenden Tarifverträge maßgebend seien, die jeweils für kommunale Krankenhäuser geltenden tariflichen Regelungen zeit- und inhaltlich dynamisch in Bezug genommen. Diese umfassende Inbezugnahme ist durch die vom Kläger akzeptierte Änderungskündigung vom 15. März 1996 nicht in eine nur noch punktuelle Bezugnahme auf die urlaubs- und vergütungsrechtlichen Bestimmungen des BAT-O umgewandelt worden. Mit der Änderungskündigung hat der Rechtsvorgänger der Beklagten dem Kläger die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als Krankenpfleger unter Zahlung einer Vergütung der Gruppe Kr IV angeboten. Eine solche Vergütung erhielten nach der Anlage 1b zum BAT-O (Angestellte im Pflegedienst) für den Bereich der VKA Krankenschwestern und -pfleger als Eingangsentgelt. Der Kläger sollte also nach wie vor die tarifliche Vergütung erhalten, die Krankenpflegern in kommunalen Krankenhäusern zustand. Zugleich sollte er weiterhin Urlaub nach „den“ tarifrechtlichen Bestimmungen erhalten. Dieses Änderungsangebot musste der Kläger vor dem Hintergrund, dass die Änderungskündigung aus seiner Sicht nur den Zweck haben konnte, das Arbeitsverhältnis vorzeitig zu entfristen, so verstehen, dass keine Verschlechterung der übrigen Arbeitsbedingungen erfolgen sollte. Er musste das Änderungsangebot deshalb so verstehen, dass die umfassende Inbezugnahme der für kommunale Krankenhäuser jeweils geltenden Tarifverträge nicht aufgehoben werden sollte und dies mit dem Änderungsangebot durch die Nennung der für einen Arbeitnehmer wesentlichen Bestimmungen nur klargestellt werden sollte. Dementsprechend hat der Rechtsvorgänger der Beklagten auch nach der Änderungskündigung den BAT-O auf das Arbeitsverhältnis des Klägers angewandt, wie der Kläger mit Schriftsatz vom 21. Mai 2015 vorgetragen hat. Dem ist die Beklagte in den Tatsacheninstanzen nicht entgegengetreten. Ausgehend von der umfassenden

23

Inbezugnahme des BAT-O wurde die Tarifsukzession im öffentlichen Dienst, durch die in kommunalen Krankenhäusern der BAT-O durch den TVöD-K ersetzt worden ist, auf der arbeitsvertraglichen Ebene mit Inkrafttreten des neuen Tarifrechts am 1. Oktober 2005 ohne weitere Vereinbarungen nachvollzogen.

b) Seit dem Betriebsübergang auf die nicht tarifgebundene Beklagte am 1. Januar 2006 gilt der TVöD-K im Arbeitsverhältnis der Parteien nur noch statisch. Die Bezugnahme auf den TVöD-K war als Gleichstellungsabrede im Sinne der mit der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 18. April 2007 (- 4 AZR 652/05 - BAGE 122, 74) aufgegebenen Rechtsprechung zu verstehen. Das führt aus Gründen des Vertrauensschutzes (Altfall) dazu, dass die im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, in die die Beklagte nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB eingetreten ist, wie im Fall einer Transformation nach § 613a Abs. 1 Satz 2 bis Satz 4 BGB „eingefroren“ sind (BAG 29. August 2001 - 4 AZR 332/00 - zu I 3 b bb (3) der Gründe, BAGE 99, 10). Zu den danach im streitbefangenen Zeitraum 2013 und 2014 im Arbeitsverhältnis der Parteien weiter anzuwendenden Vorschriften gehörten auch die Bestimmungen in § 27 Abs. 1, Abs. 4 Satz 2 und Abs. 5 TVöD-K, weil sie bereits vor dem Betriebsübergang normativ begründet und seitdem unverändert geblieben waren. 24

aa) Der Geltung des TVöD-K im Arbeitsverhältnis der Parteien steht nicht entgegen, dass er erst im Februar 2006 erstellt worden ist. Dieser Tarifvertrag fasst gemäß Nr. 1 und Nr. 2 seiner Vorbemerkungen lediglich den TVöD-AT und den TVöD-BT-K, die in ihrer Gesamtheit das Tarifrecht für kommunale Krankenhäuser bilden, im Interesse einer besseren Übersicht und Lesbarkeit zusammen. Gemäß der Vorbemerkung Nr. 4 bleiben der TVöD-AT und der TVöD-BT-K rechtlich selbständige Tarifverträge. Der TVöD-K ist die „Lesefassung“ der für kommunale Krankenhäuser maßgeblichen und vor dem Betriebsübergang auf die Beklagte normierten tariflichen Bestimmungen. 25

bb) Das gilt auch für die streitbefangene Vorschrift des § 27 TVöD-K. Allerdings ist diese Bestimmung erst am 1. Januar 2006 und damit nicht vor, sondern zeitgleich mit dem Wirksamwerden des Betriebsübergangs auf die Beklagte 26

te in Kraft getreten. Bis zum 31. Dezember 2005 galt gemäß § 15 Abs. 1 TVÜ-VKA die Bestimmung des § 48a BAT-O fort. Der danach zustehende Urlaub wurde gemäß § 15 Abs. 4 TVÜ-VKA - entsprechend § 48a Abs. 9 Satz 2 BAT-O - erst im Kalenderjahr 2006 gewährt und dabei auf den nach § 27 TVöD-K zustehenden Zusatzurlaub angerechnet. Der Zusatzurlaub als Grundregel war jedoch am 13. September 2005 in § 27 TVöD-AT bereits vereinbart. Nur das Inkrafttreten dieser Bestimmung war bis zum 1. Januar 2006 hinausgeschoben. Der ebenfalls am 13. September 2005 vereinbarte TVöD-BT-K enthielt in § 48 Abs. 2 bereits die § 7 Abs. 1 TVöD-K entsprechende und von § 7 Abs. 1 TVöD-AT abweichende Definition von Wechselschichtarbeit. Ebenso war in § 53 Satz 3 TVöD-BT-K die nunmehr in § 27 Abs. 4 Satz 2 TVöD-K geregelte Höchstgrenze für Gesamturlaub bei Wechselschichtarbeit festgelegt. In der Gesamtschau von § 27 TVöD-AT sowie von § 48 Abs. 2 und § 53 Satz 3 TVöD-BT-K war damit die nunmehr in § 27 Abs. 1 iVm. § 7 Abs. 1 TVöD-K sowie in § 27 Abs. 4 Satz 2 und Abs. 5 TVöD-K zusammengefasste tarifliche Zusatzurlaubsregelung bereits vor dem Betriebsübergang auf die Beklagte normiert.

cc) Mit diesem Normenbestand ist das Arbeitsverhältnis auf die Beklagte übergegangen. Kollektiv-rechtlich geltende Tarifnormen werden bei statischer Fortgeltung mit dem Tarifstand Inhalt des Arbeitsverhältnisses, den sie zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs aufweisen. Ist in dem Bestand der zu diesem Zeitpunkt geltenden Tarifverträge eine Veränderung bereits unbedingt vereinbart worden, gehen sie mit dieser künftigen Änderung auch dann auf den Erwerber über, wenn die Änderung erst nach dem Betriebsübergang wirksam werden soll. Erst die Änderungen, die nach dem Betriebsübergang vereinbart werden, haben keinen Einfluss mehr auf den Inhalt der übergebenen Tarifnormen (*vgl. BAG 22. April 2009 - 4 AZR 100/08 - Rn. 82 ff., BAGE 130, 237; 19. September 2007 - 4 AZR 711/06 - Rn. 13, BAGE 124, 123*).

dd) Änderungen der Absätze 1, 4 und 5 des § 27 TVöD-K, die für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits allein von Bedeutung sind, sind nach dem 1. Januar 2006 nicht erfolgt. Die Beklagte musste darum im streitbefangenen Zeitraum ungeachtet der lediglich statischen Fortgeltung des § 27 TVöD-K

die sich aus diesen Regelungen gegenüber dem Kläger ergebenden Pflichten erfüllen. Dass sie dieser Verpflichtung bisher nicht nachgekommen ist, ändert daran entgegen ihrer Auffassung nichts.

II. Der Klage fehlt die von Amts wegen zu prüfende Schlüssigkeit. Der Kläger und die Vorinstanzen haben übersehen, dass tarifliche Anspruchsgrundlage § 27 TVöD-K ist. § 27 Abs. 1 TVöD-K enthält durch den Verweis auf § 7 Abs. 1 TVöD-K Anspruchsvoraussetzungen, die von den in § 27 iVm. § 7 Abs. 1 TVöD-AT normierten abweichen. Darum bindet die auf der Grundlage des § 27 TVöD-AT getroffene Feststellung des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe Wechselschichtarbeit geleistet, den Senat nicht. Zu den Tatbestandsvoraussetzungen des § 27 Abs. 1 TVöD-K hat der Kläger bisher nicht ausreichend vorgebracht. 29

1. Der Kläger stützt den Anspruch auf den begehrten Zusatzurlaub allein darauf, dass er die Wechselschichtzulage nach § 8 Abs. 5 TVöD-K erhalte. Auf weitere Voraussetzungen komme es nicht an. Dabei übersieht er, dass § 27 Abs. 1 TVöD-K zusätzlich die ständige Leistung von Wechselschichtarbeit iSd. § 7 Abs. 1 TVöD-K verlangt. Dazu hat der Kläger nichts vorgetragen. 30

a) Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 TVöD-K sind Wechselschichten wechselnde Arbeitsschichten, in denen ununterbrochen bei Tag und Nacht, werktags, sonntags und feiertags gearbeitet wird. Das setzt voraus, dass in dem Arbeitsbereich, in dem der Beschäftigte tätig ist, an allen Kalendertagen ununterbrochen 24 Stunden gearbeitet wird. Unerheblich ist hingegen, in wie viele Schichten der 24-Stunden-Tag aufgeteilt wird oder ob in allen Schichten der Arbeitsanfall gleich groß ist und deshalb in jeder Schicht die gleiche Anzahl von Arbeitnehmern arbeitet (vgl. zu § 7 Abs. 1 Satz 2 TVöD-F BAG 16. Oktober 2013 - 10 AZR 1053/12 - Rn. 43). Dazu fehlt zwar Tatsachenvortrag des Klägers. Es ist aber gerichtsbekannt, dass diese Voraussetzung im Pflegebereich eines Krankenhauses als dem Arbeitsbereich, in dem der Kläger eingesetzt ist, erfüllt ist. 31

b) Es fehlt jedoch an der unentbehrlichen Darlegung des Klägers, dass in dem von der Beklagten betriebenen Krankenhaus nicht nur in Wechselschichten gearbeitet wird, sondern dass er im streitbefangenen Zeitraum tatsächlich Wechselschichtarbeit geleistet hat. Das setzt gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 TVöD-K voraus, dass er nach einem Schicht- oder Dienstplan unter regelmäßigem Wechsel der täglichen Arbeitszeit in allen Schichtarten eingesetzt worden und dabei längstens nach Ablauf eines Monats erneut zu mindestens zwei Nachtschichten herangezogen worden ist. Dazu hat der Kläger nichts vorgetragen. Er hat sich nur darauf berufen, dass er in Früh-, Spät- und Nachtschichten arbeite. Er leistet nach seinem unbestrittenen Vortrag dabei zwar durch die Tätigkeit zwischen 21:45 Uhr und 06:15 Uhr auch Nachtarbeit iSv. § 7 Abs. 1 Satz 3, Abs. 5 TVöD-K. Er hat jedoch nicht dargelegt, ob und in welchen Monaten er längstens nach Ablauf eines Monats wieder zu mindestens zwei Nachtschichten herangezogen worden ist und damit Wechselschichtarbeit iSv. § 7 Abs. 1 Satz 1 TVöD-K geleistet hat. 32

c) Vortrag des Klägers zu den tariflichen Voraussetzungen der Wechselschichtarbeit war auch nicht deshalb entbehrlich, weil die Beklagte ihm in dieser Zeit durchgehend eine „konstante Schichtzulage“ gezahlt hat. Es handelt sich dabei wie in Rn. 20 ausgeführt weder ihrer Bezeichnung noch ihrer Höhe nach um die Wechselschichtzulage nach § 8 Abs. 5 TVöD-K, deren Voraussetzung das Leisten von Wechselschichtarbeit ist. 33

2. Die fehlende Schlüssigkeit der Klage führt zur Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht. Bevor die Klage mangels Schlüssigkeit abgewiesen werden kann, ist ein Hinweis des Gerichts erforderlich, das der Partei Gelegenheit geben muss, die Bedenken gegen die Schlüssigkeit auszuräumen (*BGH 8. Mai 2002 - IZR 28/00 - zu II D der Gründe; Zöller/Greger ZPO 31. Aufl. Vor § 253 Rn. 23*). Die zur Schlüssigkeit fehlenden Tatsachen kann der Kläger in der Revisionsinstanz nicht mehr vortragen. Deshalb ist der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen, um dem Kläger Gelegenheit zu geben, seinen Vortrag zu ergänzen (*vgl. BAG 24. September 2014 - 5 AZR 611/12 - Rn. 19, BAGE 149, 144*). 34

III. Sollte der Kläger schlüssig darlegen, dass und in welchen Monaten er in den Jahren 2013 und 2014 Wechselschichtarbeit iSd. § 27 Abs. 1 TVöD-K geleistet hat, wird das Landesarbeitsgericht bei seiner weiteren Prüfung Folgendes beachten müssen: 35

1. Sämtliche Ansprüche des Klägers auf Zusatzurlaub nach § 27 TVöD-K für die Jahre 2013 und 2014 wären inzwischen erloschen. Das Landesarbeitsgericht wird dem Kläger Gelegenheit geben müssen, zu Übertragungsgründen vorzutragen. Gegebenenfalls wird es die bisher unterlassene Prüfung, ob eine Übertragung auch ohne solche Gründe erfolgt ist, nachzuholen haben. Sodann wird es zu prüfen haben, ob Ansprüche des Klägers auf Ersatzurlaub entstanden sind. 36

a) Der Anspruch auf Zusatzurlaub entsteht nach Nr. 1 Satz 1 der Protokollerklärung zu § 27 Abs. 1, 2 und 3.1 TVöD-K im laufenden Jahr, sobald die Voraussetzungen nach § 27 Abs. 1 TVöD-K erfüllt sind. Dabei kommt es nicht auf das Kalenderjahr, sondern auf die in den von den Tarifvertragsparteien festgelegten Monatszeiträumen erbrachte Arbeitsleistung an (*für § 27 TVöD-B BAG 7. Juli 2015 - 10 AZR 939/13 - Rn. 19, 21*). Darum kann ein Zusatzurlaubsanspruch für Wechselschichtarbeit auch jahresübergreifend für den Zeitraum Dezember/Januar oder - etwa bei einer nach Satz 2 der Protokollerklärung Nr. 1 zu § 27 Abs. 1, 2 und 3.1 TVöD-K schädlichen Unterbrechung der Wechselschicht oder erstmaliger Aufnahme einer derartigen Tätigkeit - beispielsweise für April/Mai eines Jahres entstehen. 37

b) Entstandener Zusatzurlaub muss gemäß § 27 Abs. 5 iVm. § 26 Abs. 1 Satz 5 TVöD-K im laufenden Kalenderjahr gewährt und kann auch in Teilen genommen werden. Geschieht das nicht, bestimmt sich seine Übertragung auf das nächste Kalenderjahr nach § 7 Abs. 3 BUrlG iVm. § 26 Abs. 2 Buchst. a TVöD-K. Liegen die darin geregelten Voraussetzungen vor, vollzieht sich die Übertragung kraft Gesetzes und damit unabhängig vom Willen der Vertragsparteien und insbesondere des Arbeitgebers (*vgl. BAG 15. Dezember 2015 - 9 AZR 52/15 - Rn. 25, BAGE 154, 1; für § 27 TVöD-K BAG 12. Dezember 2012 - 10 AZR 192/11 - Rn. 29*). Entgegen der Ansicht der Beklagten ist diese 38

Rechtslage, die Urlaubsansprüche einem eigenständigen Fristenregime unterstellt, das den Arbeitnehmer lediglich zwingt, seine Ansprüche rechtzeitig vor Ablauf des Urlaubsjahres oder des Übertragungszeitraumes zu verlangen, und auf das deshalb tarifliche Ausschlussfristen keine Anwendung finden (*vgl. BAG 12. November 2013 - 9 AZR 727/12 - Rn. 20*), nicht widersprüchlich. Diese Rechtslage ist vielmehr die Konsequenz des Regelungswillens der Tarifvertragsparteien über Bestand und Erlöschen dieses Anspruchs (*vgl. BAG 24. November 1992 - 9 AZR 549/91 - zu 3 der Gründe*). Gründe, warum die Tarifvertragsparteien mit der von ihnen getroffenen Regelung ihren Gestaltungsspielraum in verfassungswidriger Weise überschritten haben sollten, zeigt die Beklagte nicht auf. Solche Gründe sind auch nicht erkennbar.

c) Der Kläger hat allerdings nichts dazu vorgetragen, dass Übertragungsgründe iSv. § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG, § 26 Abs. 2 Buchst. a Satz 2 TVöD-K vorlagen. Darauf hat das Landesarbeitsgericht zu Recht abgestellt. Die Zurückverweisung gibt dem Kläger Gelegenheit, dazu Vortrag zu erbringen. Das Landesarbeitsgericht wird allerdings beachten müssen, dass eine Übertragung auch dann erfolgte, wenn der Zusatzurlaub erst so spät im Jahr 2013 bzw. 2014 entstanden war, dass er faktisch nicht mehr genommen werden konnte (*für den Zusatzurlaub nach § 27 Abs. 3.1 TVöD-K BAG 12. Dezember 2012 - 10 AZR 192/11 - Rn. 34*). Schließlich wird das Landesarbeitsgericht zu prüfen haben, ob sich dem Vortrag der Parteien eine konkludente Vertragspraxis entnehmen lässt, den Zusatzurlaub unabhängig von den gesetzlichen und tariflichen Voraussetzungen in das nächste Kalenderjahr zu übertragen (*vgl. BAG 12. Dezember 2012 - 10 AZR 192/11 - Rn. 35*). 39

d) Ist der Zusatzurlaub ins folgende Urlaubsjahr übertragen worden, sind insoweit gemäß § 275 Abs. 1 und Abs. 4, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 283 Satz 1, § 286 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 3, § 287 Satz 2, § 249 Abs. 1 BGB Ersatzzusatzurlaubsansprüche entstanden. 40

aa) Der Kläger hat in diesem Fall die Zusatzurlaubsansprüche für 2013 mit seinem Schreiben vom 27. Februar 2014 und die Ansprüche für 2014 mit seiner Antragstellung im Termin des Arbeitsgerichts vom 14. Januar 2015 rechtzeitig 41

vor dem Untergang dieser Urlaubsansprüche, der nach § 27 Abs. 5, § 26 Abs. 2 Buchst. a TVöD-K, § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG frühestens am 31. März des Folgejahres eintrat, verlangt (*zu dieser Anspruchsvoraussetzung BAG 3. Juni 2014 - 9 AZR 944/12 - Rn. 10*). Die begehrten vier bzw. sechs Tage Urlaub hätten ihm in diesem Zeitraum noch gewährt werden können.

bb) Die Ersatzzusatzurlaubsansprüche sind dann auch nicht teilweise nach § 37 TVöD-K verfallen. Dabei kann dahinstehen, ob die Auffassung der Beklagten zutrifft, der Ersatzzusatzurlaub unterliege zwar nicht mehr dem gesetzlichen oder tariflichen Fristenregime (*BAG 16. Mai 2017 - 9 AZR 572/16 - Rn. 13 mwN*), wohl aber der tariflichen Ausschlussfrist (*in diesem Sinne Schaub ArbR-Hdb/Linck 17. Aufl. § 104 Rn. 97; AnwK-ArbR/Düwell 2. Aufl. Bd. 2 § 7 BUrlG Rn. 130; AR/Gutzeit 8. Aufl. § 7 BUrlG Rn. 52; offengelassen von BAG 18. November 2003 - 9 AZR 95/03 - zu A II 2 c bb der Gründe, BAGE 108, 357*). Selbst wenn jedenfalls für den Ersatzzusatzurlaubsanspruch § 37 TVöD-K Anwendung fände, hätte bei Vorliegen von Übertragungsgründen das im Übertragungszeitraum erfolgte Urlaubsverlangen des Klägers die Ausschlussfrist gewahrt. Nach der Geltendmachung, die die Beklagte als Anspruchsvoraussetzung für den Ersatzzusatzurlaub in Verzug setzte, hätte sich eine erneute Geltendmachung als Schadensersatzanspruch erübrigt (*vgl. BAG 18. November 2003 - 9 AZR 95/03 - aaO; AnwK-ArbR/Düwell aaO; Fieberg in Fürst GKÖD Bd. IV Stand Dezember 2009 E § 37 Rn. 46 f.*).

e) Soweit Zusatzurlaubsansprüche des Klägers nicht übertragen worden sind, sind Ersatzzusatzurlaubsansprüche als Schadensersatz nur entstanden, wenn der Kläger die Beklagte hinsichtlich der Gewährung des Urlaubs durch das rechtzeitig vor Verfall des Urlaubs erfolgte, vergebliche Verlangen, ihm Zusatzurlaub zu gewähren, in Verzug gesetzt hat.

aa) Entgegen der vom Kläger in der Revision vertretenen Ansicht folgt aus dem von § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG abweichenden Wortlaut des § 26 Abs. 1 Satz 5 TVöD-K nichts anderes. Damit wird lediglich klargestellt, dass der Urlaub auch in Teilen genommen werden kann. Davon geht auch der für das Urlaubsrecht zuständige Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts in ständiger Recht-

sprechung aus (vgl. BAG 13. Dezember 2016 - 9 AZR 541/15 (A) - Rn. 13; 20. März 2012 - 9 AZR 529/10 - Rn. 33 ff., BAGE 141, 73). Mit dem Verweis in § 27 Abs. 5 TVöD-K auf die urlaubsrechtlichen Bestimmungen des § 26 TVöD-K haben die Tarifvertragsparteien entgegen der Annahme der Revision des Klägers im Übrigen deutlich gemacht, dass sie an dem Fristenregime des Erholungsurlaubs und der dazu ergangenen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts jedenfalls für den Zusatzurlaub nach § 27 TVöD-K festhalten wollen. Danach besteht keine Pflicht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer die bezahlte Freistellung aufzuzwingen, um so den Anspruchsverlust am Ende des Bezugszeitraums zu verhindern (BAG 13. Dezember 2016 - 9 AZR 541/15 (A) - Rn. 13). An unionsrechtliche Vorgaben waren die Tarifvertragsparteien dabei nicht gebunden, so dass dahinstehen kann, welche Anforderungen das Unionsrecht insoweit stellt. Tarifvertragsparteien können Urlaubsansprüche, die wie der Zusatzurlaub nach § 27 TVöD-K über den gesetzlichen Urlaubsanspruch von vier Wochen hinausgehen, frei regeln. Insbesondere können sie die Voraussetzungen für seine Inanspruchnahme und Gewährung festlegen (vgl. EuGH 20. Juli 2016 - C-341/15 - [Maschek] Rn. 38; BAG 5. August 2014 - 9 AZR 77/13 - Rn. 30). Von dieser Regelungsfreiheit haben sie in § 27 Abs. 1 Buchst. a TVöD-K Gebrauch gemacht und bestimmt, dass der Anspruch nach zwei zusammenhängenden Monaten Wechselschichtarbeit entsteht. Entstanden iSd. § 199 Abs. 1 Nr. 1, § 194 BGB ist ein Anspruch, sobald er erstmals geltend gemacht und notfalls im Wege der Klage durchgesetzt werden kann (BGH 3. August 2017 - VII ZR 32/17 - Rn. 14). Charakteristisch für den Anspruch auf Zusatzurlaub nach § 27 Abs. 1 Buchst. a TVöD-K ist wie für jeden schuldrechtlichen Anspruch damit grundsätzlich seine Geltendmachung (Bauckhage-Hoffer SAE 2017, 73, 78). Das steht der Annahme des Klägers entgegen, es bestünde eine Pflicht des Arbeitgebers, den arbeitsschutzrechtlich motivierten Zusatzurlaub initiativ zu gewähren.

bb) Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass der Kläger mit der am 16. September 2014 zugestellten Klageschrift die bis zu diesem Zeitpunkt im Jahr 2014 entstandenen Urlaubsansprüche vor deren Erlöschen

45

am 31. Dezember 2014 rechtzeitig geltend gemacht hat. Insoweit kommt es auf Übertragungsgründe nicht an.

cc) Die erst nach Zustellung der Klage im Jahr 2014 entstandenen Ansprüche hat der Kläger dagegen entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts mit der Klage und ihrer Erweiterung mit Schriftsatz vom 18. September 2014 nicht rechtzeitig vor ihrem Erlöschen am 31. Dezember 2014 verlangt. Dem stand der Umstand entgegen, dass diese Ansprüche zu diesem Zeitpunkt noch nicht entstanden waren. Aus der vom Landesarbeitsgericht herangezogenen Bestimmung des § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB folgt nichts anderes. Zwar ist eine Mahnung nach § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich, wenn der Arbeitgeber sich ernsthaft und endgültig weigert, Urlaubsansprüche zu erfüllen (*BAG 13. Dezember 2011 - 9 AZR 420/10 - Rn. 43 ff.*). Das setzt jedoch voraus, dass im Zeitpunkt der Weigerung bereits ein vollwirksamer und damit durchsetzbarer Anspruch besteht. Ohne einen solchen Anspruch kann kein Verzug entstehen. § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB ändert daran nichts (*MüKoBGB/Ernst 7. Aufl. § 286 Rn. 20 ff., 65*). Eine Leistungsverweigerung des Arbeitgebers vor Entstehen des Urlaubsanspruchs kann darum keinen Verzug bewirken, so dass zu diesem Zeitpunkt auch noch kein Ersatzzusatzurlaubsanspruch entstehen kann. Den am 16. September 2014 noch nicht entstandenen Anspruch auf Zusatzurlaub hat der Kläger erst mit der Antragstellung im Kammertermin des Arbeitsgerichts am 14. Januar 2015, mit der er für das gesamte Kalenderjahr 2014 Zusatzurlaub begehrte, im urlaubsrechtlichen Sinne geltend gemacht. 46

2. Sollten dem Kläger die begehrten vier bzw. sechs Zusatzurlaubstage für 2013 bzw. 2014 zu gewähren sein, würde dadurch die in § 27 Abs. 4 Satz 2 47

Halbs. 2 TVöD-K festgesetzte tarifliche Höchsturlaubsgrenze für die Summe aus Erholungs- und Zusatzurlaubstagen von 36 Tagen nicht überschritten.

Fischermeier

Spelge

Krumbiegel

C. Klar

Lauth