

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 19. Juni 2018
- 9 AZR 615/17 -
ECLI:DE:BAG:2018:190618.U.9AZR615.17.0

I. Arbeitsgericht
Lübeck

Schlussurteil vom 7. Dezember 2016
- 4 Ca 1284/15 -

II. Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Urteil vom 7. November 2017
- 1 Sa 29/17 -

Entscheidungsstichworte:

Ersatzurlaub - Ausschlussfristen - Anspruchsübergang

Leitsatz:

Der als Schadensersatz an die Stelle des erloschenen Urlaubsanspruchs tretende Ersatzurlaub unterliegt wie der Urlaubsanspruch keinen Ausschlussfristen.

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 615/17

1 Sa 29/17

Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. Juni 2018

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsklägerin,
Anschlussberufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Widerbeklagter, Berufungsbeklagter,
Anschlussberufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Juni 2018 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber, den

Richter am Bundesarbeitsgericht Zimmermann sowie die ehrenamtlichen Richter Ropertz und Gell für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 7. November 2017 - 1 Sa 29/17 - unter Zurückweisung der Revision im Übrigen teilweise aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen das Schlussurteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 7. Dezember 2016 - 4 Ca 1284/15 - teilweise abgeändert und Ziff. 1 des Tenors insgesamt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 5.040,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 3.489,23 Euro ab dem 7. Dezember 2016 und aus 1.550,77 Euro ab dem 28. Mai 2016 zu zahlen.
3. Von den Kosten erster Instanz hat der Kläger 43/100 und die Beklagte 57/100 zu tragen. Von den das Schlussurteil des Arbeitsgerichts betreffenden Kosten des Berufungsverfahrens hat der Kläger 13/100 und die Beklagte 87/100 zu tragen. Von den Kosten der Revision hat der Kläger 5/100 und die Beklagte 95/100 zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten - soweit für die Revision zuletzt noch von Bedeutung - über die Abgeltung von 18 Ersatzurlaubstagen. 1

Der Kläger war bei der Beklagten seit dem 1. Mai 2007 beschäftigt. Er hatte die Arbeitsleistung an fünf Tagen in der Woche zu erbringen und erzielte zuletzt einen Bruttomonatsverdienst von 4.200,00 Euro. 2

Im schriftlichen Arbeitsvertrag vom 17./18. Januar 2013 (im Folgenden
Arbeitsvertrag) heißt es ua.:

3

„§ 6 Urlaub

1. Der Mitarbeiter hat Anspruch auf Jahresurlaub von 24 Arbeitstagen. ...

...

3. Der Urlaub ist in dem jeweiligen Kalenderjahr zu nehmen. Ist dies aus betrieblichen Gründen oder krankheitsbedingt nicht möglich, kann der Urlaubsanspruch auf das nächstfolgende Kalenderjahr übertragen werden und ist dann bis spätestens 31.03. zu nehmen. Ist der Urlaub bis dahin, gleich aus welchen Gründen, nicht genommen, verfällt der Anspruch.

...

§ 22 Erklärung, Schadensersatzansprüche gegen Dritte, Verfall von Ansprüchen

...

3. Alle Ansprüche der Vertragsparteien aus oder im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis - mit Ausnahme von Ansprüchen, die aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit sowie aus vorsätzlich oder grob fahrlässigen Pflichtverletzungen des Arbeitgebers oder seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen resultieren - verfallen, wenn sie nicht innerhalb drei Monate nach Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich geltend gemacht werden. Lehnt die Gegenseite den Anspruch ab oder erklärt sie sich nicht innerhalb von zwei Wochen nach der Geltendmachung des Anspruchs, so verfällt dieser, wenn er nicht innerhalb von drei Monaten nach Ablehnung oder dem Fristablauf gerichtlich erhoben wird. Die Ausschlussfristen der vorstehenden Vertragsklausel beginnen, wenn der Anspruch entstanden ist und der/die Anspruchsteller/in von den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt oder grob fahrlässig keine Kenntnis erlangt hat. Die Versäumung der vorstehenden Ausschlussfristen führt zum Verlust des Anspruchs.“

Die Beklagte gewährte dem Kläger vom 7. bis zum 10. April 2015 an vier Arbeitstagen Erholungsurlaub. Am 27. Juli 2015 kündigte sie das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31. Oktober 2015 und bot dem Kläger die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen an. Der Kläger nahm das Änderungsangebot nicht - auch nicht unter Vorbehalt - an. Er erhob im vorliegenden zwischen den Parteien wegen anderer Streitpunkte bereits anhängigen Verfahren Kündigungsschutzklage verbunden mit dem Antrag, das Arbeitsverhältnis zum 31. Oktober 2015 aufzulösen. Mit Schriftsatz vom 24. November 2015 erweiterte der Kläger die Klage und begehrte die Abgeltung seiner restlichen Urlaubsansprüche aus dem Jahr 2015. Am 4. Dezember 2015 verlangte er in einem an die Prozessbevollmächtigten der Beklagten gerichteten Telefax „vorsorglich“ die Gewährung des ihm für das Jahr 2015 noch zustehenden Urlaubs.

In den Monaten November und Dezember 2015 war der Kläger arbeitsfähig und bezog Arbeitslosengeld iHv. monatlich 1.144,80 Euro. Am 7. Januar 2016 zahlte die Beklagte an den Kläger unter Anrechnung des von ihm bezogenen Arbeitslosengelds als restliche Vergütung für November und Dezember 2015 jeweils 941,42 Euro netto. Das Arbeitsgericht hat mit rechtskräftigem Urteil der Kündigungsschutzklage stattgegeben und den Auflösungsantrag des Klägers abgewiesen. Das Arbeitsverhältnis endete aufgrund Erklärung des Klägers gemäß § 12 KSchG mit Ablauf des 12. April 2016.

Erstmals mit Schriftsatz vom 17. November 2016 hat der Kläger die Abgeltung von Ersatzurlaub verlangt. Er hat - zuletzt - die Ansicht vertreten, die Beklagte habe sich mit der Gewährung von 18 Urlaubstagen aus dem Jahr 2015 in Verzug befunden. Sie sei deshalb verpflichtet gewesen, ihm für den infolge ihres Verzugs verfallenen Urlaub Schadensersatz in Form von 18 Ersatzurlaubstagen zu leisten. Der Ersatzurlaub sei abzugelten, weil er wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewährt werden könne.

Der Kläger hat - soweit für die Revision zuletzt noch von Bedeutung -
sinngemäß beantragt, 7

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 3.489,23 Euro brutto
zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Ba-
siszinssatz seit dem 13. April 2016 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffas- 8
sung vertreten, der Urlaub des Klägers aus dem Jahr 2015 sei verfallen, weil er
dessen Gewährung nicht rechtzeitig verlangt habe. Jedenfalls seien etwaige
Urlaubsabgeltungsansprüche in Höhe des vom Kläger bezogenen Arbeitslo-
sengelds auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangen.

Das Arbeitsgericht hat die Beklagte in antragsgemäßer Höhe zur Zah- 9
lung verurteilt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten
- soweit für die Revision noch von Bedeutung - zurückgewiesen. Mit der vom
Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Abwei-
sung der Klage.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist ganz überwiegend unbegründet. Das Landesarbeitsge- 10
richt hat die Berufung der Beklagten zu Recht zurückgewiesen, soweit das Ar-
beitsgericht die Beklagte zur Zahlung von 3.489,23 Euro brutto verurteilt hat.
Das Berufungsurteil ist jedoch hinsichtlich der Bestätigung des erstinstanzlichen
Zinsausspruchs zu korrigieren. Prozesszinsen stehen dem Kläger nicht ab dem
13. April 2016, sondern erst ab dem 7. Dezember 2016 zu.

I. Die Klage ist zulässig. Der Kläger ist prozessführungsbefugt. Er macht 11
mit der Klage ein behauptetes eigenes Recht im eigenen Namen geltend (*vgl.*
Zöller/Althammer ZPO 32. Aufl. Vor § 50 Rn. 16; Musielak/Voit/Weth ZPO
15. Aufl. § 51 Rn. 16). Ob die eingeklagte Forderung dem Kläger zusteht oder
infolge eines gesetzlichen Anspruchsübergangs in Höhe des dem Kläger ge-

währten Arbeitslosengelds der Bundesagentur für Arbeit, ist eine Frage der Aktivlegitimation, die erst im Rahmen der Prüfung der Begründetheit der Klage zu beantworten ist (vgl. BAG 25. Juni 2014 - 5 AZR 283/12 - Rn. 10, BAGE 148, 290; Musielak/Voit/Weth aaO Rn. 18).

II. Der Kläger kann für 18 Ersatzurlaubstage aus dem Jahr 2015, die ihm wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewährt werden können, nach § 7 Abs. 4 BUrlG Urlaubsabgeltung iHv. 3.489,23 Euro brutto nebst Prozesszinsen ab 7. Dezember 2016 verlangen. Der Anspruch des Klägers ist weder nach § 22 Nr. 3 Arbeitsvertrag verfallen noch in Höhe des für November und Dezember 2015 bezogenen Arbeitslosengelds gemäß § 115 Abs. 1 SGB X auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangen. 12

1. Die Beklagte war gemäß § 275 Abs. 1 und Abs. 4, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 283 Satz 1, § 286 Abs. 2 Nr. 3 iVm. Abs. 1 Satz 1, § 287 Satz 2, § 249 Abs. 1 BGB verpflichtet, dem Kläger 18 Arbeitstage Ersatzurlaub für verfallenen Urlaub aus dem Jahr 2015 zu gewähren. 13

a) Hat der Arbeitgeber den vom Arbeitnehmer rechtzeitig verlangten Urlaub nicht gewährt, wandelt sich der im Verzugszeitraum verfallene Urlaubsanspruch gemäß § 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 Schadensersatzanspruch um, der die Gewährung von Ersatzurlaub zum Inhalt hat (vgl. BAG 16. Mai 2017 - 9 AZR 572/16 - Rn. 12, BAGE 159, 106). 14

b) Danach hatte der Kläger einen Anspruch auf Gewährung von 18 Ersatzurlaubstagen. 15

aa) Der Kläger hat im Umfang von 18 Arbeitstagen den im Jahr 2015 noch bestehenden Urlaubsanspruch rechtzeitig verlangt. 16

(1) Das Landesarbeitsgericht hat das Telefax vom 4. Dezember 2015 als Urlaubsverlangen des Klägers gewertet. Diese Auslegung greift die Revision nicht an und lässt keinen Rechtsfehler erkennen (vgl. zur Überprüfung der 17

Auslegung atypischer Willenserklärungen in der Revision: BAG 23. Februar 2016 - 3 AZR 44/14 - Rn. 29; 24. September 2014 - 5 AZR 611/12 - Rn. 27, BAGE 149, 144; vgl. zu den Auslegungsgrundsätzen für atypische Willenserklärungen BAG 4. August 2015 - 3 AZR 137/13 - Rn. 30, BAGE 152, 164).

(2) Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob die Beklagte - auch ohne ausdrückliches Urlaubsverlangen des Klägers - gemäß Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Richtlinie 2003/88/EG) oder Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) verpflichtet gewesen wäre, von sich aus einseitig und für den Kläger verbindlich innerhalb des Bezugszeitraums die zeitliche Lage des Urlaubs festzulegen, um zu gewährleisten, dass der Kläger über den vom 7. bis zum 10. April 2015 an vier Arbeitstagen bereits genommenen Urlaub hinaus im Jahr 2015 weitere 16 Urlaubstage und damit insgesamt einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen in Anspruch nehmen würde (*vgl. hierzu den Vorlagebeschluss des Senats vom 13. Dezember 2016 - 9 AZR 541/15 (A) -*). 18

bb) Der Urlaubsanspruch war erfüllbar. Der Kläger war nach den nicht angegriffenen und damit den Senat bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 559 Abs. 2 ZPO) im Dezember 2015 arbeitsfähig. 19

cc) Die Beklagte war ungeachtet des zwischen den Parteien geführten Kündigungsschutzverfahrens und des vom Kläger gestellten Auflösungsantrags zur Urlaubsgewährung verpflichtet. Die vor der rechtskräftigen Entscheidung über den Kündigungsschutz- und den Auflösungsantrag bestehende Ungewissheit der Parteien über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses stand weder einem Urlaubsverlangen des Klägers noch einer Urlaubsgewährung durch die Beklagte entgegen. Maßgeblich war allein die objektive Rechtslage. 20

(1) Das der Kündigungsschutzklage stattgebende rechtskräftige Teilurteil des Arbeitsgerichts hatte lediglich feststellende und nicht rechtsgestaltende Wirkung. Es wurde hierdurch nicht rückwirkend für die Zeit nach dem Kündi- 21

gungstermin bis zur Rechtskraft des Urteils ein Arbeitsverhältnis geschaffen, sondern nur dessen Fortbestehen festgestellt (vgl. BAG 17. Juli 2012 - 1 AZR 563/11 - Rn. 16, BAGE 142, 290). Die Beklagte war rechtlich nicht gehindert, dem Kläger im nicht wirksam gekündigten und deshalb fortbestehenden Arbeitsverhältnis durch eine entsprechende Freistellungserklärung und die Zahlung der Urlaubsvergütung vor Antritt des Urlaubs oder eine sie bindende Zahlungszusage vorbehaltlos bezahlten Urlaub zu gewähren (vgl. zur Urlaubsgewährung für den Zeitraum nach dem Zugang einer fristlosen Kündigung BAG 10. Februar 2015 - 9 AZR 455/13 - Rn. 18 ff., BAGE 150, 355; vgl. auch BAG 19. Januar 2016 - 2 AZR 449/15 - Rn. 68). Es stand ihr frei, wollte sie dem ungewissen Ausgang des Bestandsschutzstreits Rechnung tragen, die Zahlung des Urlaubsentgelts mit der Tilgungsbestimmung zu verbinden, hilfsweise solle mit der Zahlung des Urlaubsentgelts ein ggf. bestehender Urlaubsabgeltungsanspruch des Klägers erfüllt werden (vgl. BAG 10. Februar 2015 - 9 AZR 455/13 - Rn. 26, aaO).

(2) Der Auflösungsantrag des Klägers rechtfertigt keine abweichende rechtliche Bewertung. Allein die vom Arbeitnehmer angestrebte Auflösung des Arbeitsverhältnisses lässt weder dessen - nach nationalem Recht bestehende - Obliegenheit, die Gewährung des Urlaubs zu verlangen (vgl. hierzu BAG 13. Dezember 2016 - 9 AZR 541/15 (A) - Rn. 13), noch die Pflicht des Arbeitgebers, den verlangten Urlaub zu gewähren, entfallen. § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG gewährt dem Arbeitnehmer kein Gestaltungsrecht, sondern lediglich einen Gestaltungsantrag. Rechtsgestaltende Wirkung hat allein ein rechtskräftiges Urteil, das den Auflösungsantrag für begründet erachtet (vgl. BAG 14. Dezember 2017 - 2 AZR 86/17 - Rn. 34). Wird der Auflösungsantrag, wie vorliegend durch das Teilurteil des Arbeitsgerichts, rechtskräftig als unbegründet abgewiesen, besteht das Arbeitsverhältnis ohne zeitliche Unterbrechung mit allen Rechten und Pflichten fort (vgl. BAG 14. Dezember 2017 - 2 AZR 86/17 - Rn. 37).

22

dd) Der Urlaub des Klägers aus dem Jahr 2015 verfiel gemäß § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG mit Ablauf des Urlaubsjahres, weil Übertragungsvoraussetzungen

23

iSv. § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG nicht vorlagen. Zu keinem anderen Ergebnis führte die Anwendung von § 6 Nr. 3 Arbeitsvertrag. Die Klausel ist intransparent und damit nach § 307 Abs. 1 Satz 2 iVm. Satz 1 BGB insgesamt unwirksam.

(1) Bei den Bestimmungen des Arbeitsvertrags handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen iSv. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dafür begründet das äußere Erscheinungsbild des Arbeitsvertrags eine tatsächliche Vermutung (vgl. BAG 9. Dezember 2015 - 7 AZR 68/14 - Rn. 12; 25. Juni 2015 - 6 AZR 383/14 - Rn. 23, BAGE 152, 82; 19. März 2014 - 5 AZR 299/13 (F) - Rn. 17 mwN), der keine der Parteien entgegengetreten ist (vgl. BAG 17. Oktober 2017 - 9 AZR 80/17 - Rn. 14). Der Vertrag enthält über die persönlichen Daten des Klägers hinaus keine individuellen Besonderheiten. 24

(2) § 6 Nr. 3 Arbeitsvertrag bezieht sich nicht nur auf den Mehrurlaub, sondern auch auf den gesetzlichen Mindesturlaub. Für einen Regelungswillen, der zwischen dem gesetzlichen und dem übergesetzlichen vertraglichen Urlaub unterscheidet, fehlt jeder Anhaltspunkt (vgl. BAG 14. Februar 2017 - 9 AZR 207/16 - Rn. 17). 25

(3) Die Regelung ist gemäß §§ 1, 3 Abs. 1, § 13 Abs. 1 Satz 3 BUrlG unwirksam, soweit sie sich auf den gesetzlichen Mindesturlaub bezieht, denn sie bestimmt zuungunsten des Arbeitnehmers vom Gesetz abweichende Voraussetzungen der Übertragung des Urlaubsanspruchs. 26

(a) Während die Arbeitsvertragsparteien Urlaubsansprüche, die den von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG gewährleisteten und von §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG begründeten Anspruch auf Mindestjahresurlaub von vier Wochen übersteigen, frei regeln können (vgl. BAG 16. Dezember 2014 - 9 AZR 295/13 - Rn. 15, BAGE 150, 207), ist der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub arbeitsvertraglichen Dispositionen entzogen, die sich zuungunsten des Arbeitnehmers auswirken (§ 13 Abs. 1 Satz 3 BUrlG). 27

(b) § 6 Nr. 3 Arbeitsvertrag weicht zum Nachteil des Arbeitnehmers vom Bundesurlaubsgesetz ab. Eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Ka- 28

lenderjahr ist in Satz 2 nicht wie in § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG generell vorgesehen, wenn dies aus in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen gerechtfertigt ist, sondern nur wenn der Urlaub krankheitsbedingt nicht genommen werden kann. Zudem soll der Urlaub nach Satz 3 ausnahmslos verfallen, wenn er - „gleich aus welchen Gründen“ - bis zum 31. März des nächstfolgenden Kalenderjahres nicht genommen wurde, während § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG in unionsrechtskonformer Auslegung bestimmt, dass der gesetzliche Mindesturlaub nicht vor Ablauf von 15 Monaten nach dem Ende des Urlaubsjahres erlischt, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums krank und deshalb arbeitsunfähig ist (vgl. BAG 14. Februar 2017 - 9 AZR 207/16 - Rn. 13; grdl. BAG 7. August 2012 - 9 AZR 353/10 - Rn. 23 ff., BAGE 142, 371).

(4) Der Aufrechterhaltung von § 6 Nr. 3 Arbeitsvertrag mit dem Inhalt, dass nur der vertragliche Mehrurlaub von dem darin festgelegten Fristenregime betroffen sein soll, steht das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (vgl. hierzu im Einzelnen: BAG 17. Oktober 2017 - 9 AZR 80/17 - Rn. 24; 24. August 2016 - 5 AZR 703/15 - Rn. 29, BAGE 156, 150; 21. Januar 2015 - 10 AZR 84/14 - Rn. 33, BAGE 150, 286) entgegen. Die Klausel stellt die Rechtslage irreführend dar und suggeriert dem durchschnittlichen Arbeitnehmer, er müsse auch den gesetzlichen Urlaubsanspruch innerhalb der dort vorgesehenen Fristen verlangen und nehmen. Damit besteht die Gefahr, dass bei Verstreichen dieser Fristen der Arbeitnehmer den Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub nicht mehr durchsetzt, obwohl unter Zugrundelegung der gesetzlichen Bestimmungen kein Verfall eingetreten ist. Um dieser Gefahr vorzubeugen, muss bei einer Regelung, die zuungunsten des Arbeitnehmers vom gesetzlichen Fristenregime abweicht, der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub klar und deutlich ausgenommen werden.

29

(5) Infolge der Unwirksamkeit von § 6 Nr. 3 Arbeitsvertrag galt nach § 306 Abs. 1 und Abs. 2 BGB für den gesetzlichen und übergesetzlichen Urlaubsanspruch des Klägers § 7 Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 BUrlG. Eine geltungserhalten-

30

de Reduktion Allgemeiner Geschäftsbedingungen auf den zulässigen Inhalt durch die Gerichte findet grundsätzlich nicht statt (vgl. BAG 24. August 2016 - 5 AZR 703/15 - Rn. 25, BAGE 156, 150; 16. Dezember 2014 - 9 AZR 295/13 - Rn. 16 ff., BAGE 150, 207). Die Voraussetzungen einer ergänzenden Vertragsauslegung (vgl. hierzu: BAG 24. August 2016 - 5 AZR 703/15 - Rn. 31, aaO; 17. März 2016 - 8 AZR 665/14 - Rn. 31; 16. Dezember 2014 - 9 AZR 295/13 - Rn. 21, aaO) sind nicht gegeben. Die gesetzlichen Übertragungsbestimmungen des § 7 Abs. 3 BUrlG bieten eine den typischen Interessen der Vertragsparteien Rechnung tragende Lösung.

ee) Die Beklagte befand sich bei Ablauf des Urlaubsjahres 2015 mit der Gewährung von 18 Urlaubstagen in Verzug. 31

(1) Der Kläger hat mit Telefax vom 4. Dezember 2015 die Gewährung von 18 Urlaubstagen rechtzeitig verlangt. 32

(2) Allerdings konnte die Beklagte dem Kläger entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts aufgrund seines Urlaubsverlangens nicht ab 4. Dezember 2015, sondern erst beginnend mit dem 7. Dezember 2015 - der 5. und 6. Dezember 2015 fielen auf ein Wochenende - Urlaub vom 7. bis 11., vom 14. bis 18., vom 21. bis 24. und vom 28. bis 31. Dezember 2015, insgesamt für 18 Arbeitstage erteilen. Soweit kein Bruchteil von Urlaubstagen geschuldet ist, kann gemäß § 7 Abs. 2 BUrlG die Arbeitsbefreiung durch Erteilung von Urlaub nur für den ganzen Tag gewährt werden (vgl. BAG 29. Juli 1965 - 5 AZR 380/64 - BAGE 17, 263; ErfK/Gallner 18. Aufl. § 7 BUrlG Rn. 26; HWK/Schinz 8. Aufl. § 7 BUrlG Rn. 48; MüKoBGB/Müller-Glöge 7. Aufl. § 611 Rn. 929; Schaub ArbR-HdB/Linck 17. Aufl. § 104 Rn. 85). Eine Urlaubsgewährung ab 4. Dezember 2015 war deshalb nicht mehr möglich. 33

ff) Der im Verzugszeitraum verfallene Anspruch auf 18 Urlaubstage wandelte sich in einen Schadensersatzanspruch des Klägers um, der in gleichem Umfang die Gewährung von Ersatzurlaub zum Inhalt hatte (st. Rspr., zB BAG 34

16. Mai 2017 - 9 AZR 572/16 - Rn. 12, BAGE 159, 106; 12. April 2016 - 9 AZR 659/14 - Rn. 14; 19. Januar 2016 - 9 AZR 507/14 - Rn. 21).

gg) Der Kläger war nicht gehalten, den Ersatzurlaubsanspruch, der als Schadensersatz an die Stelle des verfallenen Urlaubsanspruchs trat, nach § 22 Nr. 3 Arbeitsvertrag innerhalb einer Ausschlussfrist geltend zu machen. Dies folgt aus dem Grundsatz der Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1 BGB). 35

(1) Unterliegt die Klageforderung einer Ausschlussfrist, ist deren Einhaltung ohne Rüge des Anspruchsgegners von Amts wegen zu prüfen (vgl. zu vertraglichen Ausschlussfristen BAG 11. Dezember 2014 - 8 AZR 838/13 - Rn. 21; vgl. zu tariflichen Ausschlussfristen: BAG 24. August 2016 - 5 AZR 853/15 - Rn. 26; 16. März 2016 - 4 AZR 421/15 - Rn. 14, BAGE 154, 252; 20. April 2012 - 9 AZR 504/10 - Rn. 18; Schaub ArbR-HdB/Treber 17. Aufl. § 209 Rn. 47 mwN). Der Schuldner muss sich nicht auf ihre Wirkung berufen. Es handelt sich um eine rechtsvernichtende Einwendung (vgl. BAG 24. August 2016 - 5 AZR 853/15 - aaO; 16. März 2016 - 4 AZR 421/15 - aaO). Die rechtzeitige Geltendmachung ist eine materiell-rechtliche Voraussetzung für den Fortbestand des behaupteten Anspruchs, die zur schlüssigen Darlegung der Begründetheit einer Klageforderung gehört (vgl. BAG 20. April 2012 - 9 AZR 504/10 - aaO). 36

(2) Der Anwendungsbereich von § 22 Nr. 3 Arbeitsvertrag erstreckte sich nicht auf den verfallenen - gesetzlichen wie übergesetzlichen - Urlaubsanspruch des Klägers. Dies ergibt die Auslegung des Arbeitsvertrags. 37

(a) Für den gesetzlichen Mindesturlaub können Ausschlussfristen, die zu einer Verkürzung der im Gesetz vorgesehenen Fristen zur Geltendmachung des Urlaubsanspruchs führten, nicht wirksam vereinbart werden. § 7 Abs. 3 BUrlG unterstellt die gesetzlichen Urlaubsansprüche einem eigenständigen Fristenregime, das den Arbeitnehmer lediglich zwingt, seine Ansprüche rechtzeitig vor Ablauf des Urlaubsjahres oder des Übertragungszeitraums zu verlangen (vgl. zu vertraglichen Ausschlussfristen BAG 18. November 2003 - 9 AZR 95/03 - zu B II 1 d der Gründe, BAGE 108, 357; vgl. zu tariflichen Aus- 38

schlussfristen: BAG 23. November 2017 - 6 AZR 43/16 - Rn. 38; 12. November 2013 - 9 AZR 727/12 - Rn. 20; HWK/Schinz 8. Aufl. § 13 BUrlG Rn. 24; vgl. auch MüKoBGB/Müller-Glöge 7. Aufl. § 611 Rn. 925; Schaub ArbR-HdB/Linck 17. Aufl. § 104 Rn. 123). Eine Abweichung hiervon zuungunsten des Arbeitnehmers durch Ausschlussfristen, die den Arbeitnehmer zwingen, die Erfüllung gesetzlicher Urlaubsansprüche zur Vermeidung ihres Erlöschens zu einem früheren Zeitpunkt geltend zu machen als nach § 7 Abs. 3 BUrlG gefordert, lässt § 13 BUrlG nicht zu.

(b) Demgegenüber können die Arbeitsvertragsparteien Urlaubsansprüche, die den gesetzlichen Mindesturlaub übersteigen, frei regeln (vgl. BAG 16. Dezember 2014 - 9 AZR 295/13 - Rn. 15, BAGE 150, 207). Das schließt die Möglichkeit ein, den Mehrurlaub - ausdrücklich oder konkludent - dem Fristenregime des Bundesurlaubsgesetzes oder aber einem vom Bundesurlaubsgesetz abweichenden eigenständigen Fristenregime zu unterwerfen. In beiden Fällen ist die Vereinbarung dahin gehend auszulegen, dass das für den Mehrurlaubsanspruch geltende Fristenregime als speziellere Regelung vertraglich vereinbarten Ausschlussfristen vorgeht. 39

(c) Danach unterfielen die gesetzlichen wie übergesetzlichen Urlaubsansprüche des Klägers nicht den Ausschlussfristen des § 22 Nr. 3 Arbeitsvertrag. 40

(aa) Ausgehend von dem bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen anzuwendenden abstrakt-generellen Prüfungsmaßstab (vgl. BAG 19. August 2015 - 5 AZR 450/14 - Rn. 14; 17. April 2013 - 10 AZR 281/12 - Rn. 12), wird nach dem Regelungskonzept des Arbeitsvertrags § 22 Nr. 3 Arbeitsvertrag durch § 6 Nr. 3 Arbeitsvertrag als speziellere Regelung verdrängt. Ein verständiger Arbeitnehmer musste davon ausgehen, Urlaubsansprüche seien allein innerhalb der dort vorgesehenen Fristen geltend zu machen, ohne dass die Ausschlussfristen des § 22 Nr. 3 Arbeitsvertrag zu beachten seien. 41

(bb) Auf die Unwirksamkeit von § 6 Nr. 3 Arbeitsvertrag kann sich die Beklagte als Verwenderin der von ihr gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verhältnis zum Kläger nicht berufen. Die Inhaltskontrolle schafft lediglich einen Ausgleich für die einseitige Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit durch den Verwender der Klausel, sie dient aber nicht dem Schutz des Verwenders vor den von ihm selbst eingeführten Formularbestimmungen (vgl. BAG 22. September 2016 - 2 AZR 509/15 - Rn. 20; 27. Oktober 2005 - 8 AZR 3/05 - zu II 1 a der Gründe; BGH 2. April 1998 - IX ZR 79/97 - zu II 3 a der Gründe; 4. Dezember 1986 - VII ZR 354/85 - zu 3 b der Gründe, BGHZ 99, 160). Im Übrigen führte die Unwirksamkeit von § 6 Nr. 3 Arbeitsvertrag dazu, dass - wie bereits ausgeführt (vgl. Rn. 30) - an die Stelle der unwirksamen Vertragsklausel die gesetzlichen Bestimmungen des § 7 Abs. 3 BUrlG traten. Die gesetzlichen und übergesetzlichen Urlaubsansprüche des Klägers unterlagen damit weiterhin einem gegenüber § 22 Nr. 3 Arbeitsvertrag spezielleren Fristenregime. 42

(3) Der Ersatzurlaubsanspruch, der dem Kläger gemäß § 275 Abs. 1 und Abs. 4, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 283 Satz 1, § 286 Abs. 2 Nr. 3 iVm. Abs. 1 Satz 1, § 287 Satz 2, § 249 Abs. 1 BGB als Schadensersatz zustand, unterfiel ebenfalls nicht den Ausschlussfristen des § 22 Nr. 3 Arbeitsvertrag. 43

(a) Nach dem in § 249 Abs. 1 BGB festgelegten Grundsatz der Naturalrestitution ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Schadensersatz im Wege der Naturalrestitution für den infolge Verzugs des Arbeitgebers verfallenen Urlaubsanspruch erhält der Arbeitnehmer mit der Entstehung eines Ersatzurlaubsanspruchs, der den Fortbestand des Anspruchs auf bezahlte Freistellung zu den bisherigen Bedingungen zum Inhalt hat und - mit Ausnahme des Fristenregimes (vgl. BAG 11. April 2006 - 9 AZR 523/05 - Rn. 24) - hinsichtlich Inanspruchnahme und Abgeltung den Modalitäten des verfallenen Urlaubsanspruchs unterliegt (vgl. BAG 16. Mai 2017 - 9 AZR 572/16 - Rn. 13, BAGE 159, 106). Der Ersatzurlaubsanspruch dient der Sicherstellung des Anspruchs auf bezahlte 44

Freistellung und tritt als inhaltsgleicher Schadensersatz an die Stelle des erloschenen Urlaubsanspruchs.

(b) Aus § 249 Abs. 1 BGB folgt, dass der Ersatzurlaubsanspruch des Klägers wie der Urlaubsanspruch selbst keiner Ausschlussfrist unterlag. 45

(aa) Naturalrestitution erhält der Arbeitnehmer, indem er auch im Hinblick auf vereinbarte Ausschlussfristen so gestellt wird, als sei der von ihm rechtzeitig verlangte und vom Arbeitgeber nicht gewährte Urlaub am Ende des Urlaubsjahres oder des Übertragungszeitraums nicht erloschen. Dies schließt die Geltung von Ausschlussfristen für den Ersatzurlaubsanspruch aus, der als Schadensersatz an die Stelle des erloschenen Urlaubsanspruchs tritt. 46

(bb) Dem steht nicht entgegen, dass der aus der unterlassenen Urlaubsgewährung erwachsene Schadensersatzanspruch keiner gesetzlichen Befristung unterliegt (*aA HWK/Schinz 8. Aufl. § 7 BUrlG Rn. 138; NK-ArbR/Düwell § 7 BUrlG Rn. 130; Schaub ArbR-HdB/Linck 17. Aufl. § 104 Rn. 97*). Dies trägt allein dem Umstand Rechnung, dass der Arbeitnehmer die Anforderungen, die das für den Urlaubsanspruch geltende Fristenregime an ihn stellt, bereits erfüllt hat. Die Weigerung des Arbeitgebers, Urlaub zu gewähren, führt nicht dazu, dass dem Arbeitnehmer im Hinblick auf die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs Obliegenheiten auferlegt werden, die über das hinausgehen, was zur Wahrung des Primäranspruchs erforderlich war bzw. von ihm verlangt werden kann. 47

(c) Der Senat hat in der Entscheidung vom 18. November 2003 (- 9 AZR 95/03 - BAGE 108, 357) offengelassen, ob der Ersatzurlaubsanspruch einer - im damaligen Streitfall zweistufigen vertraglichen - Ausschlussfrist unterliegt, wenn diese den Urlaubsanspruch nicht erfasste (*vgl. BAG 18. November 2003 - 9 AZR 95/03 - zu A II 2 c bb der Gründe, aaO*). Sofern die Rechtsprechung des Senats (*vgl. zB BAG 12. April 2016 - 9 AZR 659/14 - Rn. 33; 15. November 2005 - 9 AZR 633/04 - Rn. 41; 24. Oktober 1995 - 9 AZR 547/94 - zu II 3 der Gründe, BAGE 81, 173*) dahin gehend verstanden werden könnte, der Senat 48

gehe davon aus, der Ersatzurlaubsanspruch des Arbeitnehmers unterfalle Ausschlussfristen, stellt der Senat klar, dass der als Schadensersatz an die Stelle des erloschenen Urlaubsanspruchs tretende Ersatzurlaub wie der Urlaubsanspruch keinen Ausschlussfristen unterliegt.

(d) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist der Ersatzurlaubsanspruch des Klägers nicht nach § 22 Nr. 3 Arbeitsvertrag erloschen. Für den Rechtsstreit ist damit nicht entscheidungserheblich, ob Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG und Art. 31 Abs. 2 GRC nationalen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten entgegenstehen, die vorsehen, dass der Arbeitnehmer Ersatzurlaubsansprüche, die aufgrund der Weigerung des Arbeitgebers, den Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub von vier Wochen zu erfüllen, als mit dem erloschenen Urlaubsanspruch inhaltsgleicher Schadensersatzanspruch entstanden sind, vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses innerhalb bestimmter Fristen gegenüber dem Arbeitgeber gerichtlich oder außergerichtlich geltend zu machen hat, damit diese nicht ersatzlos untergehen, und ob ggf. dies auch bei einem Arbeitsverhältnis zwischen Privatpersonen gilt (*vgl. zu den Rechtsfolgen einer vom Arbeitgeber verhinderten Inanspruchnahme des gesetzlichen Mindesturlaubs: EuGH 29. November 2017 - C-214/16 - [King] Rn. 51 ff.; Bayreuther NZA 2018, 24*). Einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV bedarf es deshalb nicht. 49

2. Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat der Kläger für 18 Ersatzurlaubstage nach Maßgabe des § 7 Abs. 4 BUrlG einen Abgeltungsanspruch iHv. 3.489,23 Euro brutto erlangt. Der Ersatzurlaub kann ihm wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewährt werden. Er ist deshalb nach § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten (*vgl. BAG 16. Mai 2017 - 9 AZR 572/16 - Rn. 11 f., BAGE 159, 106*). Gegen die Berechnung der Höhe der dem Kläger zustehenden Urlaubsabgeltung richtet sich die Revision nicht. 50

3. Der Abgeltungsanspruch des Klägers ist nicht wegen Nichteinhaltung der Ausschlussfristen nach § 22 Nr. 3 Arbeitsvertrag verfallen. 51

- a) Der streitgegenständliche Anspruch auf Abgeltung von Ersatzurlaub kann als reiner Geldanspruch einer arbeitsvertraglichen Ausschlussfrist unterliegen (*vgl. zum Urlaubsabgeltungsanspruch BAG 17. Oktober 2017 - 9 AZR 80/17 - Rn. 11*). 52
- b) § 22 Nr. 3 Satz 1 und Satz 2 Arbeitsvertrag sollen - als wirksam gedacht - „alle Ansprüche der Vertragsparteien aus oder im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis - mit Ausnahme von Ansprüchen, die aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit sowie aus vorsätzlich oder grob fahrlässigen Pflichtverletzungen des Arbeitgebers oder seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen resultieren -“ erfassen. Dies schliesse unter Beachtung der in § 22 Nr. 3 Satz 1 Arbeitsvertrag genannten Ausnahmen und der spezielleren Regelung in § 6 Nr. 3 Arbeitsvertrag sowie den daraus für den Ersatzurlaubsanspruch resultierenden Folgen alle gesetzlichen und vertraglichen Ansprüche ein, die Arbeitsvertragsparteien aufgrund ihrer durch den Arbeitsvertrag begründeten Rechtsstellung gegeneinander haben (*vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 39, BAGE 144, 306*). Erfasst wäre demnach auch der Anspruch des Klägers auf Abgeltung von Ersatzurlaub. 53
- c) Der Kläger musste die Ausschlussfristen nach § 22 Nr. 3 Arbeitsvertrag nicht einhalten. Die Ausschlussfristenregelung ist intransparent und damit nach § 307 Abs. 1 Satz 2 iVm. Satz 1 BGB unwirksam. 54
- aa) Auch bei einer die Art und Weise der Geltendmachung eines entstandenen Geldanspruchs regelnden Klausel muss der Arbeitnehmer bei Vertragsabschluss erkennen können, was auf ihn zukommt (*vgl. BAG 19. Februar 2014 - 5 AZR 700/12 - Rn. 19*). Wegen der weitreichenden Folgen von Ausschlussfristen muss aus der Klausel, wenn diese dem Transparenzgebot genügen soll, ersichtlich sein, welche Rechtsfolgen der Arbeitnehmer zu gewärtigen hat und was er zu tun hat, um deren Eintritt zu verhindern (*st. Rspr., vgl. zB BAG 24. August 2016 - 5 AZR 703/15 - Rn. 29, BAGE 156, 150; 21. Januar 2015 - 10 AZR 84/14 - Rn. 33, BAGE 150, 286*). 55

bb) Diesen Anforderungen genügt § 22 Nr. 3 Arbeitsvertrag nicht. Der Beginn der ersten und zweiten Stufe der Ausschlussfrist ist nicht klar und eindeutig geregelt. 56

(1) § 22 Nr. 3 Satz 1 Arbeitsvertrag stellt für die erste Stufe der Ausschlussfrist hinsichtlich des Fristbeginns auf die Fälligkeit des Anspruchs ab. Fälligkeit bezeichnet nach § 271 BGB den Zeitpunkt, von dem ab der Gläubiger die Leistung verlangen kann. Dieser Zeitpunkt richtet sich in erster Linie nach den Vereinbarungen der Parteien. Haben diese eine Zeit bestimmt, so ist gemäß § 271 Abs. 2 BGB im Zweifel anzunehmen, dass der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner aber sie vorher bewirken kann. Das bedeutet, dass die Forderung zwar erfüllbar, jedoch noch nicht fällig ist (vgl. BAG 19. Februar 2014 - 5 AZR 700/12 - Rn. 22; BGH 1. Februar 2007 - III ZR 159/06 - Rn. 16, BGHZ 171, 33). 57

(2) Im Gegensatz zu § 22 Nr. 3 Satz 1 Arbeitsvertrag stellt Satz 3 der Ausschlussfristenregelung auf das Entstehen des Anspruchs ab. Bereits diese Anknüpfung an juristisch zu unterscheidende Zeitpunkte erschwert dem Arbeitnehmer das Verständnis der ihm mit der Klausel auferlegten Obliegenheit. Die „Fälligkeit“ eines Anspruchs ist von dessen „Entstehung“ zu unterscheiden. Entstehungs- und Fälligkeitszeitpunkt einer Forderung können auseinanderfallen (vgl. BAG 23. September 2003 - 1 AZR 576/02 - zu II 1 c der Gründe, BAGE 107, 347; ErfK/Preis 18. Aufl. §§ 194 - 218 BGB Rn. 52). Ein Anspruch entsteht, sobald die dafür festgelegten tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind (BAG 23. September 2003 - 1 AZR 576/02 - aaO). Seine Fälligkeit kann erst zu einem späteren Zeitpunkt eintreten. Vorliegend bleibt für den Arbeitnehmer unklar, ob ein Anspruch bereits dann, wenn die in § 22 Nr. 3 Satz 3 Arbeitsvertrag bezeichneten Voraussetzungen erfüllt sind, innerhalb von drei Monaten geltend zu machen ist oder ob die Ausschlussfrist in jedem Fall erst ab Fälligkeit zu laufen beginnt. Die Regelung enthält damit Unklarheiten und Spielräume, die den Arbeitnehmer von der Durchsetzung erworbener Rechte abhalten könnten. Dies hätte unschwer vermieden werden können, wenn die Beklag- 58

te als Verwenderin der Klausel klargestellt hätte, dass die erste Stufe der Ausschlussfrist frühestens zu laufen beginnt, wenn die Voraussetzungen des § 22 Nr. 3 Satz 3 Arbeitsvertrag erfüllt sind, jedoch in keinem Fall vor Eintritt der Fälligkeit (vgl. BAG 19. Februar 2014 - 5 AZR 700/12 - Rn. 25).

(3) Der wegen dieser doppelten Anknüpfung undeutliche Regelungsgehalt wird vollkommen unverständlich, weil § 22 Nr. 3 Satz 3 Arbeitsvertrag zudem auf „die Ausschlussfristen der vorstehenden Vertragsklausel“ Bezug nimmt und damit auch auf die in Satz 2 geregelte zweite Stufe der Ausschlussfrist. Für den Arbeitnehmer ist damit zusätzlich unklar, ob der Beginn der Frist, innerhalb derer Ansprüche gerichtlich erhoben werden müssen, durch § 22 Nr. 3 Satz 2 Arbeitsvertrag bestimmt wird oder unabhängig hiervon und von der ersten Stufe der Ausschlussfrist durch § 22 Nr. 3 Satz 3 Arbeitsvertrag. 59

cc) Eine Streichung von § 22 Nr. 3 Satz 3 Arbeitsvertrag unter Aufrechterhaltung der Ausschlussfristenregelung im Übrigen in Anwendung des sog. Blue-Pencil-Tests scheidet aus, weil es sich um eine einheitliche Regelung handelt, die inhaltlich nicht teilbar ist (vgl. BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 251/11 - Rn. 37, BAGE 141, 340; 12. März 2008 - 10 AZR 152/07 - Rn. 26 ff. mwN). § 22 Nr. 3 Arbeitsvertrag enthält nicht jeweils verschiedene, nur formal verbundene AGB-Bestimmungen. Diese sind vielmehr untrennbar miteinander verknüpft. Mit § 22 Nr. 3 Satz 3 Arbeitsvertrag soll der Beginn der Ausschlussfristen in der ersten und zweiten Stufe festgelegt werden. 60

dd) Es bedarf deshalb keiner Entscheidung, ob § 22 Nr. 3 Arbeitsvertrag selbst bei Streichung von Satz 3 intransparent bliebe und nach § 307 Abs. 1 Satz 2 iVm. Satz 1 BGB unwirksam wäre, weil die im Arbeitsvertrag vom 17./18. Januar 2013 vereinbarte Klausel auch den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn (§ 1 Abs. 1 und Abs. 2 MiLoG) erfasst, der nach dem am 16. August 2014 in Kraft getretenen Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (MiLoG) ab dem 1. Januar 2015 zu zahlen ist (vgl. hierzu im Einzelnen jeweils mwN zum Meinungsstand: BAG 17. Oktober 2017 - 9 AZR 80/17 - Rn. 19 ff.; 24. August 2016 - 5 AZR 703/15 - Rn. 26 ff., BAGE 156, 150; 61

Riechert/Nimmerjahn MiLoG 2. Aufl. § 3 Rn. 27 ff.; Roloff FS Willemsen 2018 S. 407).

ee) Eine geltungserhaltende Reduktion der Klausel scheidet ebenso aus wie eine ergänzende Vertragsauslegung durch Einfügung einer rechtskonformen Ausschlussfrist (*vgl. zu deren Voraussetzungen im Einzelnen: BAG 24. August 2016 - 5 AZR 703/15 - Rn. 31, BAGE 156, 150; 17. März 2016 - 8 AZR 665/14 - Rn. 31; 16. Dezember 2014 - 9 AZR 295/13 - Rn. 21, BAGE 150, 207*). Die Intransparenz der Klausel führt zu deren ersatzlosem Wegfall unter Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrags im Übrigen (§ 306 Abs. 1 und Abs. 2 BGB). Dem mit einer Ausschlussfrist verfolgten Zweck, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit zu erreichen, wird durch die gesetzlichen Verjährungsfristen hinreichend Rechnung getragen. Die Beklagte hat zudem kein schutzwürdiges Interesse an der Aufrechterhaltung der Ausschlussfrist mit einem zulässigen Inhalt. Sie hatte es als Klauselverwenderin in der Hand, eine transparente Ausschlussfristenregelung zu formulieren (*vgl. BAG 16. Dezember 2014 - 9 AZR 295/13 - aaO*).

62

4. Der Kläger ist entgegen der Auffassung der Revision hinsichtlich des streitgegenständlichen Anspruchs - uneingeschränkt - aktivlegitimiert. Der Anspruch auf Abgeltung von Ersatzurlaub ist nicht nach § 115 Abs. 1 SGB X in Höhe des vom Kläger für die Monate November und Dezember 2015 bezogenen Arbeitslosengelds von insgesamt 2.289,60 Euro netto auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangen.

63

a) Nach § 115 Abs. 1 SGB X geht, soweit der Arbeitgeber den Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt nicht erfüllt und deshalb ein Leistungsträger Sozialleistungen erbracht hat, der Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf den Leistungsträger bis zur Höhe der erbrachten Sozialleistungen über. § 115 Abs. 1 SGB X schafft einen Vermögensausgleich zwischen dem Sozialleistungsträger und dem Arbeitgeber für die Fälle, in denen der Leistungsträger in Vorleistung getreten ist, weil der Arbeitgeber unberechtigterweise Entgeltansprüche nicht erfüllt. Zweck der Vorschrift ist es, dem Sozialleistungs-

64

träger die Leistungen zurückzuerstatten, die nicht angefallen wären, wenn der Arbeitgeber seiner Leistungspflicht rechtzeitig nachgekommen wäre. § 115 Abs. 1 SGB X soll Doppelleistungen an den Arbeitnehmer und Entlastungen des Arbeitgebers durch Sozialleistungen verhindern. Der Anspruchsübergang nach § 115 Abs. 1 SGB X erfordert eine sachliche und zeitliche Kongruenz von Entgeltanspruch und Sozialleistung (vgl. BAG 29. April 2015 - 5 AZR 756/13 - Rn. 8 mwN, BAGE 151, 281).

b) Die Voraussetzungen eines Anspruchsübergangs nach § 115 Abs. 1 SGB X sind für den streitigen Abgeltungsanspruch nicht erfüllt. 65

aa) Leistungen zur Urlaubsabgeltung sind Arbeitsentgelt iSv. § 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV. Auch wenn diese grundsätzlich die Beendigung des Arbeitsverhältnisses voraussetzen, stehen sie nach ihrer Zweckbestimmung noch im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis (vgl. BAG 14. März 2006 - 9 AZR 312/05 - Rn. 51, BAGE 117, 231; BSG 6. September 2017 - B 13 R 21/15 R - Rn. 24 ff.). Für die Einordnung als Arbeitsentgelt iSv. § 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV ist es nicht entscheidend, ob der jeweilige Urlaubsabgeltungsanspruch den gesetzlichen Mindesturlaub bzw. eventuell darüber hinausgehenden Urlaub betrifft (vgl. BSG 6. September 2017 - B 13 R 21/15 R - Rn. 27). 66

bb) Zwischen der von der Beklagten geschuldeten Abgeltung von Ersatzurlaub und der als Arbeitslosengeld an den Kläger erbrachten Sozialleistung besteht jedoch keine sachliche Kongruenz. Diese setzt voraus, dass der Arbeitgeber den Anspruch auf Arbeitsentgelt nicht erfüllt und deshalb ein Sozialleistungsträger Sozialleistungen erbracht hat. Die Entstehung des Sozialleistungsverhältnisses muss auf der Nichtzahlung des Arbeitsentgelts beruhen (vgl. BAG 29. April 2015 - 5 AZR 756/13 - Rn. 8 mwN, BAGE 151, 281). Der Kläger hat Arbeitslosengeld zwar als eine Sozialleistung nach dem Recht der Arbeitsförderung im Wege der Gleichwohlgewährung erhalten. Allerdings beruhte die Gewährung von Arbeitslosengeld nicht auf der unterbliebenen Abgeltung von Ersatzurlaub, sondern darauf, dass die Beklagte ihre wegen Annahmeverzugs in 67

den Monaten November und Dezember 2015 gemäß § 615 Satz 1, § 611 Abs. 1 iVm. §§ 293 ff. BGB bestehende Vergütungspflicht nicht erfüllte.

cc) Auch die für einen Anspruchsübergang erforderliche zeitliche Kongruenz ist nicht gegeben. Sie setzt keine völlige Deckung von arbeitsrechtlichem Vergütungs- und sozialrechtlichem Leistungszeitraum voraus. Entscheidend ist, für welchen Zeitraum die Leistungen des Arbeitgebers auf der einen und die des Sozialleistungsträgers auf der anderen Seite bestimmt sind (vgl. BAG 10. April 2014 - 2 AZR 812/12 - Rn. 77; 21. März 2012 - 5 AZR 61/11 - Rn. 20 f., BAGE 141, 95). Ob im Einzelfall ein mit dem Arbeitslosengeld kongruent erzielt „einmaliges Arbeitsentgelt“ vorliegt, erfordert eine wertende Betrachtung von Art und Charakter der einmaligen Leistung (vgl. BSG 6. September 2017 - B 13 R 21/15 R - Rn. 45). Die Bundesagentur für Arbeit gewährte dem Kläger für die Monate November und Dezember 2015 Arbeitslosengeld. Der Abgeltungsanspruch des Klägers entstand erst mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Ablauf des 12. April 2016 (vgl. BAG 16. Mai 2017 - 9 AZR 572/16 - Rn. 15, BAGE 159, 106). Aus dem Charakter des Anspruchs Abgeltung von Ersatzurlaub ergibt sich außerdem, dass dieser nicht dem Urlaubsjahr - hier 2015 - zugeordnet werden kann, in dem der dem Arbeitnehmer ursprünglich zustehende Urlaubsanspruch entstanden ist, denn der Ersatzurlaubsanspruch, der dem Anspruch auf Urlaubsabgeltung zugrunde liegt, entsteht gerade deshalb, weil der Urlaub im Jahr seiner Entstehung bzw. im Übertragungszeitraum vom Arbeitgeber nicht gewährt wurde (vgl. zur Abgeltung des originären Urlaubsanspruchs BSG 6. September 2017 - B 13 R 21/15 R - Rn. 48).

68

5. Prozesszinsen nach § 291 iVm. § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB sind dem Kläger erst ab dem 7. Dezember 2016 zuzusprechen. § 291 Satz 1 Halbs. 1 BGB legt als materielle Wirkung der Rechtshängigkeit (hier § 261 Abs. 2 ZPO) die Verpflichtung des Schuldners fest, Zinsen zu zahlen. Der Anspruch auf Prozesszinsen ist eine prozessuale, aus dem Prozessrechtsverhältnis erwachsende Nebenforderung (vgl. BAG 25. April 2007 - 10 AZR 586/06 - Rn. 11). Ein auf

69

die Abgeltung von Ersatzurlaub bezogenes Prozessrechtsverhältnis wurde erst durch Zustellung des Schriftsatzes vom 17. November 2016 begründet, mit dem der Kläger die Klage - erstmals - auf Abgeltung von Ersatzurlaub gerichtet hat. Der Zinsanspruch des Klägers besteht ab dem Tag danach (*vgl. BAG 11. Oktober 2017 - 5 AZR 621/16 - Rn. 33; 16. Mai 2017 - 9 AZR 377/16 - Rn. 40*).

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1, § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Die Pflicht zur Kostentragung bestimmt sich nach den Kostenanteilen und dem Unterliegen der Parteien in den Instanzen. Dabei sind die im Verlauf des Rechtsstreits erfolgten teilweise Klagerücknahmen ebenso zu berücksichtigen wie die rechtskräftige Entscheidung des Landesarbeitsgerichts mit Urteil vom 19. Juli 2016 (- 1 Sa 37/16 -) über die Kosten des Berufungsverfahrens, welches das Teilurteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 23. Dezember 2015 (- 4 Ca 1284/15 -) betraf. 70

Brühler

Zimmermann

Weber

Ropertz

Gell