

11 Sa 983/15
13 Ca 3620/15
(ArbG München)

Verkündet am: 20.04.2016

Öschay
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

A.
A-Straße, A-Stadt

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte B.
B-Straße, B-Stadt

gegen

Firma C.
vertreten durch den Vorstand,
dieser vertreten durch den
C-Straße, B-Stadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Syndizi D.

D-Straße, B-Stadt

hat die 11. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 6. April 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Neumeier und die ehrenamtlichen Richter Ahl und Büttner-Warga

für Recht erkannt:

- 1. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München (Az: 13 Ca 3620/15) vom 30.10.2015 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.**
- 2. Die Revision wird zugelassen.**

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Gewährung von Urlaubsansprüchen aus dem Jahr 2013..

Der Kläger war seit 01.08.1987 bei der österreichischen Konzerngesellschaft der Beklagten beschäftigt und wechselte zum 01.02.2009 zur Beklagten in B-Stadt. Mit Schreiben vom 05.12.2008 teilte die Beklagte dem Kläger betreffend seiner Einstellung in B-Stadt folgendes mit:

„Sehr geehrter Herr A.,

wie mit Ihnen besprochen, beschäftigen wir Sie ab 01.02.2009 im E. in der Abteilung F. in B-Stadt als Project Management (not yet assessed).

Wir führen Sie in der Vertragsgruppe Außertariflicher Mitarbeiter.

Die beiliegenden Vertragsbedingungen Führungskreis und Außertarifliche Mitarbeiter sind Bestandteil Ihres Dienstvertrages. Tarifvertragliche Regelungen gelten für Ihr Dienstverhältnis nicht.

Im Übertariflichen Kreis bestimmen nicht in erster Linie die aufgewandte Zeit, sondern die Aufgabe und deren sachgerechte Erfüllung den Inhalt des Dienstverhältnisses und damit auch die Höhe des Einkommens.

- 3 -

Ihr Einkommen ist individuell entsprechend Ihrer Aufgabe als Project Management (not yet assessed) festgelegt und als Jahreszieleinkommen*) definiert. Ihre künftige Aufgabe ist derzeit der Funktionsstufe 5 zugeordnet.

...

Ihr Jahreszieleinkommen setzt sich aus folgenden Komponenten zusammen:

- einem Monatsgehalt ab 01.02.2009 in Höhe von brutto **6.200,00** Euro.
- einer Jahreszahlung, für deren Berechnung ab 01.02.2009 ein individueller Grundbetrag gilt in Höhe von **180,00** Euro.

Der Bruttoauszahlungsbetrag der Jahreszahlung ergibt sich aus der Multiplikation des Grundgehalts mit einem jährlich festgelegten Unternehmensfaktor.

- einer variablen Vergütung (VZE/Beteiligung), für deren Berechnung ab 01.02.2009 ein Zielbetrag gilt in Höhe von **9.900,00** Euro.

Mit Wirkung ab 01.02.2009 beträgt Ihr Jahreszieleinkommen somit brutto **87000,00** Euro (bei Vollzeit).

...“

Die zuletzt erzielte Vergütung im August 2014 betrug € 6.300,-- brutto.

Bei der Beklagten wurde der Kläger als außertariflicher Mitarbeiter geführt mit einem jährlichen Urlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen. Bei der Beklagten existiert ein „Merkblatt über Erholungsurlaub“ vom Oktober 2012 (Bl. 77 d. A.). Darin heißt es unter

„I Geltungsbereich

„Der Anspruch auf Erholungsurlaub richtet sich in erster Linie nach den jeweiligen Bestimmungen des Tarifvertrages und des Dienstvertrages sowie nach dem Bundesurlaubsgesetz (BUrlG). Dieses Merkblatt gibt ergänzende Hinweise für

- Fragen, die nicht tarifvertraglich geregelt sind
- Mitarbeiter¹, für die die Tarifbestimmungen nicht gelten (insbesondere ÜT-Mitarbeiter).

...

V. Erlöschen, Übertragung, Vorgriff

1. Grundsätze

Urlaubsjahr ist das Kalenderjahr. Der Urlaub soll grundsätzlich im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden, andernfalls erlischt der Urlaubsanspruch grundsätzlich am 31.12., soweit keine Übertragung ins nächste Urlaubsjahr erfolgt.

Ist die Gewährung des Urlaubs im laufenden Kalenderjahr entweder aus dringenden betrieblichen Gründen oder aus in der Person des Mitarbeiters liegenden Gründen nicht möglich (Krankheit), wird der Urlaub in das erste Kalendervierteljahr (bis 31.03.) des Folgejahres übertragen. Liegen die Voraussetzungen tatsächlich vor, bedarf es keines Antrages bzw. keiner Vereinbarung der Übertragung.

...“

Die Beklagte sprach gegenüber dem Kläger mit Schreiben vom 25.02.2011 eine Änderungskündigung zum 30.09.2011 aus, die der Kläger nicht unter Vorbehalt annahm. Im Rahmen des diesbezüglich geführten Kündigungsschutzverfahrens wurde letztlich mit Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 14.11.2013 festgestellt, dass die Kündigung bzw. die angebotene Änderung der Arbeitsbedingungen unwirksam war. Die Revision wurde nicht zugelassen.

Im Kalenderjahr 2013 nahm und beantragte der Kläger keinen Urlaub. Erstmals mit E-Mail vom 06.02.2014 (Bl. 56 d. A.) wandte sich der Kläger an die Beklagte und beantragte, seinen Resturlaub von 2013 vom 17.02.2014 bis 28.03.2014 zu nehmen. Hierauf antwortete der Vorgesetzte des Klägers mit E-Mail vom 10.02.2014 (Bl. 57 d. A.) und wies u. a. darauf hin, dass die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts nicht rechtskräftig sei und daher über die organisatorischen Fragen und das weitere Vorgehen, wie auch bzgl. der Genehmigung von Urlaub erst nach rechtskräftigem Abschluss des gerichtlichen Verfahrens entschieden werde.

Mit Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Klägers vom Dezember 2014 und nochmals mit E-Mail vom 09.02.2015 (Bl. 58 d. A.) beantragte der Kläger, den Jahresurlaub 2013 im Zeitraum 16.02.2015 bis 27.03.2015 nehmen zu können. Mit E-Mail vom 12.02.2015 lehnte die Beklagte den Urlaubsanspruch ab mit Hinweis darauf, dass dieser mit Ablauf des 31.12.2013 verfallen sei.

Nach Rechtskraft der Entscheidung hinsichtlich der Kündigung erhielt der Kläger restliche Vergütung nachbezahlt, wobei sich diese auf monatlich ca. 7.250,-- € belief.

Die Beklagte ist tarifgebunden.

Nach § 1 Ziff. 3 d des Manteltarifvertrages für die Arbeitnehmer der bayerischen Metall- und Elektroindustrie ist außertariflicher Mitarbeiter, wessen garantiertes monatliches Entgelt den Tarifsatz der Entgeltgruppe 12 (Stufe B) um 30,5 v. H. übersteigt oder dem aufgrund außertariflicher Grundlage ein garantiertes Jahreseinkommen zugesagt worden ist, das den zwölfwachen Tarifsatz der Entgeltgruppe 12 (Stufe B) um 35 v. H. übersteigt.

Die Vergütung der Entgeltgruppe 12 (Stufe B) betrug seit 01.03.2013 € 5.035,--. 130,5 % waren demgemäß € 6.570, 68.

Gemäß § 18 Abschnitt A Ziff. 7 Abs. 1 des Manteltarifvertrages wird Urlaub eines Kalenderjahres zumindest auf das erste Quartal des Folgejahres übertragen.

Im vorliegenden Verfahren begehrt der Kläger die Gewährung des Urlaubs aus dem Jahr 2013, hilfsweise die Feststellung des Bestehens eines Urlaubsanspruches im Umfang von 30 Urlaubstagen aus dem Jahr 2013.

Der Kläger war erstinstanzlich der Auffassung, dass aufgrund eines „Merkblatts über Erholungsurlaub“ vom 02.07.1990, das die Beklagte veröffentlicht habe, der Urlaub nicht verfallen sei. Dort sei geregelt, dass der Anspruch auf Erholungsurlaub sich in erster Linie nach den jeweiligen Tarifbestimmungen richte. Grundsätzlich erlösche der Jahresurlaub im Übrigen erst am 31.03. des Folgejahres, soweit Urlaub nicht genommen worden sei. Dieses Merkblatt stelle eine Gesamtzusage dar, mit dem die Beklagte die Rechte ihrer Beschäftigten erweitert habe. Daher habe der Kläger im Februar 2014 rechtzeitig seinen Erholungsurlaub beantragt. Die Neufassung des Merkblatts aus dem Jahr 2012 stehe dem Anspruch nicht entgegen. Das Merkblatt aus 1990 enthalte keinen Änderungsvorbehalt. Letztlich komme es aber auf dieses Merkblatt aus dem Jahr 1990 nicht an, da der Urlaub bereits von Gesetzes wegen gemäß § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG auf das erste Quartal des Folgejahres übertragen worden sei, da ein dringender betrieblicher Grund für die

Übertragung seit Verkündung des LAG-Urteils vom 14.11.2013 vorgelegen habe. Dies habe die Beklagte selbst ausgeführt, da sie Urlaub nicht gewähren wollte, solange eine Entscheidung über das Rechtsmittel noch nicht getroffen worden sei. Zudem habe der Kläger nicht die Möglichkeit gehabt, noch im Jahr 2013 Urlaub zu beantragen und zu nehmen, da das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Kündigungsfrist vorläufig beendet gewesen sei.

Der Kläger beantragte erstinstanzlich:

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Urlaub aus dem Jahr 2013 von 30 Arbeitstagen zu gewähren.

Hilfsweise:

Es wird festgestellt, dass der Kläger aus dem Kalenderjahr 2013 einen Urlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen hat.

Die Beklagte beantragte erstinstanzlich:

Klageabweisung.

Die Beklagte war erstinstanzlich der Auffassung, dass der Urlaubsanspruch des Klägers aus dem Jahr 2013 verfallen sei, da der Kläger trotz des noch anhängigen Kündigungsschutzverfahrens seinen Urlaub aus dem Jahr 2013 vor Ablauf des Jahres hätte geltend machen müssen. Persönliche oder betriebliche Gründe für eine Übertragung des Urlaubs auf das Jahr 2014 hätten nicht vorgelegen. Das vom Kläger vorgelegte Merkblatt über Erholungsurlaub vom 02.07.1990 enthalte keine Firmenbezeichnung. Es sei der Beklagten nicht bekannt. Daher sei nicht klar, warum es bei der Beklagten zur Anwendung kommen solle. Der Kläger sei auch erst zum 01.02.2009 eingestellt worden.

Das Arbeitsgericht München hat mit dem angefochtenen Endurteil vom 30.10.2015 die Klage abgewiesen.

Es hat dies damit begründet, dass der Kläger trotz des fortbestehenden Arbeitsverhältnisses keinen Urlaubsanspruch aus dem Jahr 2013 mehr habe, da der Urlaub grundsätzlich im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden müsse nach § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG. Der Kläger habe aber unstreitig im Jahr 2013 weder Urlaub beantragt noch genommen. Der Urlaub sei daher grundsätzlich erloschen. Ein Übertragungsgrund habe nicht vorgelegen. Ein Übertragungsgrund ergebe sich auch nicht aus dem „Merkblatt über Erholungsurlaub“ aus dem Jahr 2012. Ein dringender betrieblicher Grund habe ebenfalls nicht vorgelegen. Die Beklagte habe, auch wenn das Kündigungsschutzverfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen gewesen sei, noch im Jahr 2013 über einen dort gestellten Urlaubsantrag entscheiden können. Im Führen eines Kündigungsrechtsstreits liege auch kein dringender betrieblicher Übertragungsgrund. Der Kläger sei auch durch das Kündigungsschutzverfahren und durch die Kündigung nicht gehindert gewesen, Urlaub zu beantragen bzw. zu nehmen bzw. erteilt zu bekommen. Nach der Rechtsprechung des BAG im Nachgang zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Sache G. sei auch kein Anlass ersichtlich, § 7 Abs. 3 Satz 1 - 3 BUrlG zugunsten des Klägers einschränkend anzuwenden. Mit Ablauf der Kündigungsfrist wäre zwar der Arbeitnehmer von der Pflicht zum Angebot seiner weiteren Arbeitsleistung zunächst frei. Im Fall einer unwirksamen Kündigung bestehe das Arbeitsverhältnis jedoch rechtlich fort, so dass der Arbeitgeber auf einen rechtzeitig gestellten Antrag des Arbeitnehmers auch vorsorglich Urlaub gewähren könne. Ein solcher Antrag sei auch nicht entbehrlich. Weder eine ordentliche noch eine außerordentliche Kündigung könne ohne weiteres dahingehend verstanden werden, dass der Arbeitgeber die Erfüllung des Urlaubsanspruches verweigern werde. Die Tatsache, dass der gekündigte Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist seine Arbeit seinerseits nicht weiter anbieten müssen, da in der Kündigung die Ablehnung auch künftiger Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber zu sehen sei, hindere den Arbeitgeber nicht daran, im Rahmen eines Kündigungsrechtsstreits geltend gemachte Urlaubsansprüche jedenfalls vorsorglich zu erfüllen. Eine Übertragung des Urlaubs ergebe sich auch nicht aus dem Merkblatt aus dem Jahr 1990, da nicht substantiiert, trotz Bestreitens der Beklagten, von Seiten des Klägers dargelegt und unter Beweis gestellt worden sei, dass dieses Merkblatt auf den Kläger Anwendung gefunden hätte. Auch sei der E-Mail seines Vorgesetzten vom 10.02.2014 nicht zu entnehmen, dass die Beklagte die Übertragung des Urlaubes anerkenne. Vielmehr sei nur zum Ausdruck gebracht, dass aktuell keine Entscheidung über den Urlaubsanspruch ergehe.

Gegen dieses, dem Kläger am 04.11.2015 zugestellte, Endurteil richtet sich die Berufung des Klägers mit Schriftsatz vom 12.11.2015, am gleichen Tag beim Landesarbeitsgericht München eingegangen.

Der Kläger ist im Rahmen der Berufung weiterhin der Auffassung, dass der Urlaub nicht verfallen sei. Die Beklagte habe mit der Mail vom 10.02.2014 den Urlaub des Klägers abgelehnt. Da sie mit dieser Mail den Bestand des Urlaubsanspruches an den Bestand des Arbeitsverhältnisses angeknüpft habe, sei sie gleichsam davon ausgegangen, dass der Urlaubsanspruch des Klägers noch bestehe. Insoweit liege auch ein Anerkenntnis des Urlaubsanspruchs des Klägers zu diesem Zeitpunkt noch vor. Zudem sei die Auffassung, dass auch während eines Kündigungsrechtsstreits nach Ablauf der Kündigungsfrist Urlaub beantragt werden könne, nicht zutreffend. Nachdem nach Ausspruch der Kündigung keine Arbeitspflicht bestehe, habe der Arbeitgeber auch nicht die Möglichkeit neben der bereits erfolgten Freistellung eine erneute Freistellung von der Arbeitspflicht durch Urlaubsgewährung auszusprechen. Im gekündigten Arbeitsverhältnis könne daher nach Ablauf der Kündigungsfrist kein Urlaub gewährt werden. Dies ergebe sich auch aus der Rechtsprechung des EuGH, die einen Verfall des Urlaubsanspruches ablehne, wenn der Arbeitnehmer nicht die Möglichkeit gehabt habe, Urlaub zu nehmen. Dies sei infolge nicht mehr bestehender Arbeitspflicht nach Ablauf der Kündigungsfrist der Fall gewesen. Der Kläger sei aus tatsächlichen Gründen im Jahr 2013 nicht mehr in der Lage gewesen, den Urlaub zu nehmen. Schließlich sei der Urlaub auch aus tariflichen Gründen nicht verfallen. Der Kläger unterfalle als Mitglied der Gewerkschaft dem Tarifvertrag, da der Kläger im Jahr 2013 eine Vergütung erhalten habe in Höhe von € 6.300,-- brutto, welche unterhalb der Grenze der Vergütung für Außertarifliche Mitarbeiter nach dem Manteltarifvertrag gelegen habe. Infolge dessen sei der Kläger nicht außertariflicher Mitarbeiter gewesen, so dass die tarifvertraglichen Vorschriften auf ihn Anwendung fänden, so dass der Urlaub jedenfalls auf das erste Quartal des Jahres 2014 übertragen worden sei, in dem er rechtzeitig geltend gemacht worden sei. Zudem sei entgegen der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts ein Antrag im laufenden Kalenderjahr überhaupt nicht erforderlich. Vielmehr sei nach der gesetzlichen Regelung der Arbeitgeber seinerseits zur Gewährung des Urlaubs verpflichtet. Solange der Arbeitgeber dieser Pflicht nicht nachkomme, verfalle der Urlaub nicht bzw. sei der Urlaub als Schadensersatzanspruch zu gewähren.

Der Kläger beantragte zuletzt:

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 30.10.2015, Az: 13 Ca 3620/15 wird abgeändert.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Urlaub aus dem Jahr 2013 von 30 Arbeitstagen zu gewähren.

Hilfsweise:

Es wird festgestellt, dass der Kläger aus dem Kalenderjahr 2013 einen Urlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen hat.

Die Beklagte beantragte zuletzt:

Zurückweisung der Berufung.

Die Beklagte ist auch im Rahmen des Berufungsverfahrens weiterhin der Auffassung, dass die Urlaubsansprüche aus dem Jahr 2013 verfallen seien, da der Kläger diese Urlaubsansprüche nicht im Jahr 2013 geltend gemacht habe. Ein dringender betrieblicher Grund für die Übertragung der Urlaubsansprüche habe nicht vorgelegen. Der Kläger habe die Urlaubsansprüche auch im Jahr 2013 geltend machen können. Die E-Mail vom 10.02.2014 beinhalte auch keine Anerkennung des Urlaubsanspruches. Es sei lediglich zum Ausdruck gebracht worden, dass gegenwärtig über einen Urlaubsantrag keine Entscheidung getroffen werden könne. Der Kläger habe auch während des laufenden Kündigungsrechtsstreits Urlaub beantragen können. Er habe dies auch tun müssen, um den Verfall des Urlaubs zu verhindern. Dies entspreche auch der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Die Rechtsprechung des EuGH stehe dem nicht entgegen. Die Regelungen des Manteltarifvertrages seien auf den Kläger nicht anzuwenden. Der Kläger sei unstreitig Außertariflicher Mitarbeiter, so dass er nicht unter den Anwendungsbereich des Manteltarifvertrages falle. Die Mitgliedschaft des Klägers bei der Gewerkschaft werde mit Nichtwissen bestritten. Dem Kläger sei auch die ausstehende, nicht zutreffend abgerech-

nete Vergütung nach Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens nachbezahlt worden. Soweit seien die Vorschriften des Manteltarifvertrages auch nicht anzuwenden.

Im Übrigen wird auf die Schriftsätze vom 12.11.2015, 02.02.2016, 22.03.2016 sowie auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

I.

Die nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthafte Berufung des Klägers ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 4 ArbGG, 519, 520 ZPO). Sie ist daher zulässig.

II.

Die Berufung ist jedoch unbegründet.

1. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Gewährung von 30 Urlaubstagen aus dem Jahr 2013 bzw. auf Feststellung, dass ein entsprechender Urlaubsanspruch noch besteht, da der Urlaubsanspruch des Klägers aus dem Jahr 2013 im Umfang von 30 Urlaubstagen mit Ablauf des Jahres 2013 mangels Geltendmachung verfallen ist.

a) § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG bindet den Urlaubsanspruch an das Urlaubsjahr, soweit keine abweichenden arbeits- oder tarifvertraglichen Regelungen bestehen. Der Urlaubs-

anspruch verfällt am Ende des Urlaubsjahres, wenn nicht einer der in § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG genannten Übertragungsgründe vorliegt (vgl. BAG U. v. 13.12.2011 - 9 AZR 420/10; v. 21.06.2005 - 9 AZR 200/04).

Lediglich wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe vorliegen, wird der Urlaub ipso jure auf die ersten drei Monate des Folgejahres übertragen (vgl. BAG U. v. 24.03.2009 - 9 AZR 983/07).

aa) Eine von dieser gesetzlichen Regelung abweichende arbeitsvertragliche Vereinbarung hat der Kläger nicht hinreichend nachweisen können. Insbesondere hat er sich nicht mehr in der Berufungsinstanz auf das „Merkblatt über Erholungsurlaub“ aus dem Jahr 1990 berufen, bzgl. dessen das Arbeitsgericht zu Recht darauf hingewiesen hat, dass der Kläger trotz Bestreitens der Beklagten keinen Nachweis dahingehend geführt hat, dass dieses auf das vorliegende Arbeitsverhältnis zur Anwendung gelangt.

bb) Auch eine tarifvertragliche Regelung greift zugunsten des Klägers nicht ein. Soweit sich der Kläger darauf berufen hat, dass die Regelung des Manteltarifvertrages, welche grundsätzlich eine Übertragung auf das erste Quartal des Folgejahres vorsehen würde, auch auf ihn anwendbar wäre, so folgt dem die Kammer nicht, da nach der arbeitsvertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien der Kläger Außertariflicher Mitarbeiter war und insoweit nicht den tarifvertraglichen Regelungen unterlag.

Nach § 1 Ziff. 3. II. b des Manteltarifvertrages gelten nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Tarifvertrages sonstige Arbeitnehmer, denen auf außertariflicher Grundlage ein garantiertes monatliches Entgelt zugesagt worden ist, das den Tarifsatz der Entgeltgruppe 12 (Stufe B) um 30,5 v. H. übersteigt, oder denen auf außertariflicher Grundlage ein garantiertes Jahreseinkommen zugesagt worden ist, das den zwölfwachen Tarifsatz der Entgeltgruppe 12 (Stufe B) um 35 v. H. übersteigt. Dies war beim Kläger der Fall. Dabei ist zunächst zu beachten, dass die tarifliche Regelung nicht darauf abstellt, ob der Arbeitnehmer dieses Entgelt im jeweiligen Zeitraum erhalten hat, sondern ob ein entsprechend hohes Entgelt zugesagt worden ist. Dies war aber der Fall, nachdem der Kläger mit Schreiben vom 05.12.2008 eine Zusage von Seiten der Beklagten erhalten hatte, wonach er als Außertariflicher Mitarbeiter geführt werde. Die damals zugesagte Vergütung lag jedenfalls über

der entsprechenden tarifvertraglichen Grenze. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine konstitutive Ernennung zum außertariflichen Angestellten regelmäßig bei beiderseitiger Tarifgebundenheit die arbeitsvertragliche Zusicherung beinhaltet, diesen Status durch Zahlung einer der Tarifentwicklung und ggf. einer tarifvertraglichen Abstandsklausel entsprechenden außertariflichen Vergütung zu erhalten (vgl. BAG U. v. 03.09.2014 - 5 AZR 1020/12). Wie dem Schreiben vom 05.12.2008 aber zu entnehmen ist, sollte durch diese Einstellung des Klägers bei der Beklagten gerade konstitutiv der Kläger der Vertragsgruppe der außertariflichen Mitarbeiter zugeordnet werden. Entsprechend waren auch dem Schreiben die Vertragsbedingungen des Führungskreises und außertariflicher Mitarbeiter als Bestandteil dieses Dienstvertrages beigelegt. Tarifvertragliche Regelungen sollten gerade nicht für das Dienstverhältnis gelten. Der Kläger hat auch nicht vorgetragen, dass während der Vertragsdauer diese Bedingungen nicht eingehalten worden wären oder sonstig der Tarifvertrag zur Anwendung gelangt wäre. Vielmehr haben die Parteien den Kläger als Außertariflichen Mitarbeiter, als der er sich selbst auch in der Klage bezeichnet hat, geführt. Unstreitig hat der Kläger auch nachträglich, nachdem sich die Unwirksamkeit der Kündigung herausgestellt hat, eine entsprechende Vergütung erhalten, die oberhalb der Grenze des § 1 Ziff. 3 II b MTV gelegen hat. Die Beklagte hat also die Zusage, wonach der Kläger auch außertariflich bezahlt wird, auch eingehalten. Dies geschah auch ohne dass der Kläger hierauf einen Anspruch erhoben hätte. Die Parteien gingen daher übereinstimmend davon aus, dass der Kläger außertariflicher Mitarbeiter ist und ein entsprechend hohes Entgelt beanspruchen kann. Somit kamen auch die Regelungen des Tarifvertrages hinsichtlich des Urlaubs nicht zum Tragen. Daher verblieb es bei der gesetzlichen Regelung, wonach der Urlaubsanspruch an sich mit Ablauf des Kalenderjahres, soweit er nicht vorher beansprucht wurde, verfallen ist.

cc) Es liegt auch kein gesetzlicher Übertragungsgrund unstreitig in der Person des Arbeitnehmers vor in Form von Gründen, die diesen an einer Urlaubsnahme gehindert hätten im Jahr 2013. Auch dringende betriebliche Gründe für eine Übertragung lagen nicht vor. Insbesondere führte der Kündigungsrechtsstreit nicht dazu, dass es aus betrieblichen Gründen nicht möglich gewesen wäre, dass der Kläger den Urlaub im Jahr 2013 genommen hätte. Die E-Mail der Beklagten vom 10.02.2014 auf die Geltendmachung des Urlaubsanspruches im Februar 2014 durch den Kläger beinhaltet keine Begründung eines dringenden betrieblichen Erfordernisses der Übertragung. Zudem hätten diese Gründe ja

bereits im Jahr 2013 vorliegen müssen. In der E-Mail vom 10.02.2014 wird auch ein Urlaubsanspruch des Klägers nicht anerkannt, vielmehr wird die Entscheidung hinsichtlich des weiteren Vorgehens betreffend das Arbeitsverhältnis des Klägers, was auch den Urlaubsanspruch anbelangt, lediglich verschoben und darauf hingewiesen, dass erst nach rechtskräftigem Abschluss des gerichtlichen Verfahrens hierüber entschieden wird. Eine entsprechende Entscheidung konnte also auch das Berufen auf das Verfallen des Urlaubsanspruchs beinhalten. Ein Anerkenntnis des Urlaubsanspruchs dahingehend, dass dieser im Jahr 2013 nicht verfallen war, ist der E-Mail in keiner Weise zu entnehmen.

Da somit auch gesetzliche Übertragungstatbestände nicht vorgelegen haben, verbleibt es bei dem Verfall des Urlaubsanspruches, soweit er nicht hinreichend geltend gemacht wurde.

b) Der Urlaubsanspruch des Klägers ist auch verfallen, ein Schadensersatzanspruch steht dem Kläger nicht zu.

aa) Entgegen der Auffassung des Klägers ist der Urlaubsanspruch auch deswegen verfallen, weil der Kläger ihn nicht rechtzeitig geltend gemacht hat. Auch trotz erfolgter Kündigung ist es dem Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts möglich, Urlaub zu beantragen. Gleichermaßen kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auch nach Ablauf der Kündigungsfrist wirksam Urlaub gewähren. Denn der Arbeitgeber ist rechtlich nicht gehindert, einem Arbeitnehmer in einem unwirksam gekündigten und deshalb fortbestehenden Arbeitsverhältnis Urlaub zu erteilen (vgl. BAG U. v. 13.12.2011 - 9 AZR 420/10). Diese Auffassung hat das Bundesarbeitsgericht auch erneut bestätigt durch seine Entscheidung vom 10.02.2015 - 9 AZR 455/13 -. Der Bestand des Arbeitsverhältnisses wird durch die Kündigung nicht berührt. Soweit die Kündigung unwirksam ist, ist eine Gewährung von Urlaub durch den Arbeitgeber vorsorglich für den Fall, dass eine von ihm erklärte ordentliche oder außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht auflöst, möglich. Denn mit der Kündigung macht der Arbeitgeber lediglich geltend, er gehe davon aus, dass das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt enden wird. Er behauptet lediglich eine Beendigung. Damit erfolgt auch keine Freistellung von der Arbeitspflicht. Denn der Arbeitgeber geht davon aus, dass seine Arbeitspflicht infolge der wirksamen Beendigung nicht besteht. Insofern ist es dem Arbeitgeber auch möglich den

Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht vorsorglich, für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis nicht beendet sein sollte und insofern eine Arbeitspflicht bestehen sollte, vorsorglich freizustellen durch Urlaubsgewährung. Insofern liegt keine doppelte Befreiung von der Arbeitspflicht vor.

bb) Dies widerspricht auch nicht europäischem Recht, wie das Bundesarbeitsgericht bereits in der Entscheidung vom 13.12.2011 (9 AZR 420/10) entschieden hat. Maßgeblich insoweit ist lediglich, dass für den Arbeitnehmer die Möglichkeit besteht, den auch unter Erholungsgesichtspunkten dem Arbeitnehmer zustehenden Urlaub zu nehmen. Auch wenn das Arbeitsverhältnis zunächst gekündigt ist und die Frage des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses im Raum steht, kann der Arbeitnehmer vorsorglich den Urlaub einbringen. Dies ist sogar in seinem Interesse, da der Erholungsaspekt dem Arbeitnehmer ja möglichst zeitnah zustehen soll. Dem Arbeitnehmer ist es nicht damit gedient, nach Jahren des Führens eines Kündigungsrechtsstreits und der dann erfolgenden Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung Jahre später den Erholungsurlaub zu erhalten. Vielmehr soll dem Arbeitnehmer gerade im jeweiligen Jahr auch die Erholung durch den Urlaub zukommen. Lediglich wenn der Arbeitnehmer nicht in der Lage ist, Urlaub einzubringen, etwa wegen bestehender Arbeitsunfähigkeit, bleibt der Urlaub bestehen. Die Auffassung des Bundesarbeitsgerichts verstößt daher auch nicht gegen europäisches Recht.

cc) Die Kammer schließt sich auch nicht der Auffassung des LAG Berlin-Brandenburg (21 Sa 221/14) bzw. der Auffassung der 8. Kammer des LAG München (8 Sa 982/14) an. Nach Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet den Arbeitnehmer, soweit er keine Urlaubswünsche anmeldet oder einen Urlaubsantrag nicht stellt, anzuhören oder seine Urlaubswünsche zu erfragen, um den Urlaubszeitraum von sich aus zu bestimmen (vgl. BAG U. v. 15.09.2011 - 8 AZR 846/09; v. 24.03.2009 - 9 AZR 983/07).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bleibt der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers nur dann bestehen und wandelt sich in einen Schadensersatzanspruch um, soweit der Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber zuvor in Verzug gesetzt hatte (vgl. z. B. BAG U. v. 19.04.1994 - 9 AZR 671/92; U. v. 17.01.1995 - 9 AZR 664/93; U. v. 15.10.2013 - 9 AZR 374/12).

Zwar spricht der Wortlaut des § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG davon, dass der Urlaub im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden muss. Damit wird aber grundsätzlich vor allem die Bindung des Urlaubs an das jeweilige Kalenderjahr zum Ausdruck gebracht. Zudem sind beide Elemente erforderlich dafür, dass der Urlaub nicht verfällt. Zwar besteht die Möglichkeit, wenn der Arbeitnehmer keinen Antrag stellt, dass der Arbeitgeber von sich aus auch Urlaub gewähren kann, andererseits lässt sich hieraus noch keine Verpflichtung dazu ableiten, den Urlaub auch zu gewähren.

Dies verlangt auch nicht das europäische Recht bzw. die Rechtsprechung des EuGH. Auch dieser hat letztlich in der Entscheidung vom 20.01.2009 (C 350/06) darauf abgestellt, dass zum einen der Erholungszweck im Vordergrund steht, andererseits aber vor allem ein Verfall des Urlaubs dann nicht stattfinden soll, wenn der Arbeitnehmer nicht die Möglichkeit hatte, Erholungsurlaub einzubringen. Wie bereits oben dargelegt dient der Erholungszweck vor allem auch dazu, dass zeitnah die Beschäftigten während eines Jahres die Erholungswirkung des Urlaubs in Anspruch nehmen können. Dies rechtfertigt die Bindung des Urlaubs auch an das Kalenderjahr und einen nicht zu lange andauernden Übertragungszeitraum. Des Weiteren ist aber hier vor allem zu berücksichtigen, dass der jeweilige Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, durch einen Antrag, wie auch im vorliegenden Fall, den Urlaub einzubringen. Er hat gerade die Möglichkeit den Urlaub zu nehmen. Des Weiteren hat der EuGH in der oben genannten Entscheidung auch ausgeführt, dass grundsätzlich Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, wonach für die Ausübung des mit dieser Richtlinie ausdrücklich verliehenen Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub gewisse Modalitäten zu beachten seien. Dies gelte selbst dann, wenn diese Modalitäten den Verlust des Anspruchs am Ende eines Bezugszeitraums oder eines Übertragungszeitraums beinhalteten. Es sei alleinige Voraussetzung, dass der Arbeitnehmer tatsächlich die Möglichkeit gehabt hätte, den ihn mit der Richtlinie verliehenen Anspruch auszuüben (vgl. EuGH 20.01.2009 - C-350/06 und C-520/06; BAG U. v. 09.08.2011 - 9 AZR 365/10). Demgemäß besteht durchaus die Möglichkeit, soweit ein Antrag jedenfalls nicht unzumutbar ist, dies als Voraussetzung aufzustellen und die Bindung des Urlaubs an diese Modalität zu knüpfen.

Insofern besteht auch keine Schadensersatzverpflichtung, da der Arbeitgeber, wenn ein Urlaubsantrag nicht gestellt wurde, jedenfalls die Nichtgewährung des Urlaubs auch nicht zu vertreten hat.

Demgemäß ist der Urlaub des Klägers mit Ablauf des Jahres 2013 verfallen, da er nicht geltend gemacht wurde. Die Berufung war daher zurückzuweisen.

2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

3. Wegen grundsätzlicher Bedeutung der zugrundeliegenden Rechtsfrage und unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsprechung einer anderen Kammer des Landesarbeitsgerichts München wird die Revision zugelassen. Auf die nachfolgende Rechtsmittelbelehrung wird verwiesen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann der Kläger Revision einlegen.

Für die Beklagte ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

- 17 -

Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>

Neumeier

Ahl

Büttner-Warga