

## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

### **Aktenzeichen: 1 Sa 88 a/15**

3 Ca 1123/14 ArbG Flensburg  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 12.01.2016

gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## Urteil

**Im Namen des Volkes**

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 12.01.2016 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Flensburg vom 19.02.2015 - 3 Ca 1123/14 - teilweise geändert:

Es wird festgestellt, dass der Klägerin noch Urlaubsansprüche aus dem Jahr 2012 im Umfang von 6,25 Arbeitstagen, aus dem Jahr 2013 von 2,08 Arbeitstagen und aus dem Jahr 2015 im Umfang von 2,08 Arbeitstagen zustehen. Im Übrigen wird der Hauptantrag der Klägerin abgewiesen und die weitergehende Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt 92 %, die Beklagte 8 % der Kosten des Berufungsverfahrens.

Die Revision für die Klägerin wird zugelassen.

.....

#### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann die Klägerin durch Einreichung einer Revisionschrift bei dem Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1, Telefax: (0361) 26 36 - 20 00 Revision eingelegen.

Die Revisionschrift muss

**binnen einer Notfrist von einem Monat**

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Revisionskläger muss die Revision begründen. Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt

**zwei Monate.**

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Revision beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Revisionschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Der Revisionschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigefügt werden.

Die Revision und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen.)

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments genügt, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Schriftsätze können dazu über eine gesicherte Verbindung in den elektronischen Gerichtsbriefkasten des Bundesarbeitsgerichts eingelegt werden. Die erforderliche Zugangs- und Übertragungssoftware kann lizenzkostenfrei über die Internetseite des Bundesarbeitsgerichts ([www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de)) heruntergeladen werden. Das Dokument ist mit einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen. Nähere Informationen finden sich auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (s.o.) sowie unter [www.egvp.de](http://www.egvp.de).

## Tatbestand

Die Parteien streiten über den Umfang des Urlaubsanspruchs der Klägerin während ihrer Elternzeit.

Die Klägerin ist seit dem 01.04.2007 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin auf Grundlage des Arbeitsvertrags vom 28.02.2007 (Bl. 153 - 156 d. A.) zu einem Bruttomonatsgehalt von zuletzt 1.105,-- € als Friseurin beschäftigt. Abweichend vom Arbeitsvertrag stehen der Klägerin, die regelmäßig an 5 Tagen in der Woche tätig ist, im Kalenderjahr 25 Arbeitstage Urlaub zu.

Nach der Geburt ihrer Kinder am 26.10.2009 und 05.12.2012 nahm die Klägerin - jeweils im Anschluss an die Mutterschutzfrist nach § 6 Abs. 1 MuSchG - in der Zeit vom 27.12.2009 bis 26.10.2012 und vom 30.01.2013 bis 04.12.2015 Elternzeit. Bereits am 15.10.2012 hatte die Schutzfrist der Klägerin nach § 3 Abs. 2 MuSchG im Hinblick auf den am 05.12.2012 geborenen Sohn begonnen. Tatsächlich arbeitete die Klägerin seit 2009 bis zum 04.12.2015 nicht. Am 05.12.2015 nahm sie ihre Arbeit auf. Seit dem 06.12. ist sie zunächst wegen der Erkrankung ihrer Kinder und im Anschluss daran wegen eigener Arbeitsunfähigkeit bis zum Berufungstermin nicht für die Beklagte tätig gewesen.

Mit Schreiben vom 10.10.2014 (Bl. 30 f. d. A.) machte die Beklagte über ihren Prozessbevollmächtigten für jeden vollen Monat der Elternzeit von ihrer Kürzungsbefugnis nach § 17 BEEG Gebrauch.

Mit ihrer am 20.10.2014 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat die Klägerin Zahlung von Urlaubsabgeltung für je 25 Tagen aus den Jahren 2012 bis 2014 verlangt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage durch Urteil vom 19.02.2015 abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, im bestehenden Arbeitsverhältnis könne eine Urlaubsabgeltung nicht verlangt werden.

Gegen dieses ihr am 13.03.2015 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 13.03.2015 Berufung eingelegt und diese - nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 15.06.2015 - am 08.06.2015 begründet.

Sie führt aus:

Der Argumentation des Arbeitsgerichts trage sie durch Umstellung ihrer Klageanträge Rechnung. Ihr stehe in vollem Umfang für die Jahre 2012 bis 2015 ihr Jahresurlaub zu. Die Kürzungsbefugnis des Arbeitgebers nach § 17 Abs. 1 BEEG sei europarechtswidrig und damit unwirksam.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Flensburg vom 19.02.2015 zum Az. 3 Ca 1123/14 wie folgt zu ändern:

Es wird festgestellt, dass der Klägerin gegenüber der Beklagten für die Jahre 2012 bis 2015 noch je Kalenderjahr ein Urlaubsanspruch im Umfang von 25 Urlaubstagen zusteht,

hilfsweise,

die Beklagte zu verurteilen an die Klägerin 1.291,50 € brutto Urlaubsabgeltung für das Jahr 2012 nebst 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit dem 10.10.2014 zu bezahlen,

an die Klägerin 1.291,50 € brutto Urlaubsabgeltung für das Jahr 2013 nebst 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit dem 10.10.2014 zu bezahlen,

an die Klägerin 1.291,50 € brutto Urlaubsabgeltung für das Jahr 2014 nebst 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit dem 10.10.2014 zu bezahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie erwidert:

Eine Abgeltung des Urlaubs habe das Arbeitsgericht mit zutreffender Begründung abgelehnt. Für die Jahre 2012 bis 2014 habe die Klägerin keinen Urlaub gewährt bekommen oder genommen, entsprechende Ansprüche seien daher erloschen. Im Übrigen habe sie den Anspruch zulässigerweise nach § 17 Abs. 1 BEEG gekürzt. Die Vorschrift sei europarechtskonform. Der Anspruch sei auch nach der arbeitsvertraglich vereinbarten Ausschlussfrist verfallen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Akte verwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Berufung der Klägerin ist nur zu einem geringen Teil begründet. Der Klägerin stehen für die Jahre 2012, 2013 und 2015 noch Resturlaubsansprüche zu, allerdings gekürzt nach Maßgabe des § 17 Abs. 1 BEEG. Der weitergehende Hauptantrag der Klägerin ist unbegründet, ebenso wie die Hilfsanträge. Im Einzelnen gilt Folgendes:

#### **A.**

Die Berufung der Klägerin ist zulässig.

Sie ist gemäß § 64 Abs. 2 lit b ArbGG statthaft und form- und fristgemäß eingelegt und begründet worden. Die Berufungsbegründung genügt auch im Hinblick auf den Hauptantrag (gerade noch) den Anforderungen.

Allerdings ist eine Berufung nur dann zulässig, wenn die Berufungsklägerin mit ihr die Beseitigung einer in dem angefochtenen Urteil liegenden Beschwer erstrebt. Eine Berufung ist daher unzulässig, wenn sie den in erster Instanz erhobenen Klageanspruch nicht wenigstens teilweise weiter verfolgt, also - im Falle einer erstinstanzli-

chen Klagabweisung - deren Richtigkeit gar nicht in Frage stellt, sondern lediglich im Wege der Klageänderung einen neuen bislang nicht geltend gemachten Anspruch zur Entscheidung stellt. Die bloße Erweiterung oder Änderung der Klage in zweiter Instanz (§§ 523, 263, 264 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) kann nicht alleiniges Ziel des Rechtsmittels sein; vielmehr setzt ein derartiges Prozessziel eine zulässige Berufung voraus (BGH, Urt. v. 11.10.2000 - VIII ZR 321/99 - Juris, Rn 7).

Mit dem in zweiter Instanz erstmals gestellten Hauptantrag verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Begehren zumindest teilweise weiter. Zwar hat das Arbeitsgericht den Zahlungsanspruch der Klägerin ausschließlich deswegen abgewiesen, weil ein Urlaubsabgeltungsanspruch ein beendetes Arbeitsverhältnis voraussetzt, die Klägerin aber - auch zum Zeitpunkt der Berufungsverhandlung - noch im Arbeitsverhältnis mit der Beklagten steht. Zugleich war Gegenstand des Rechtsstreits der Parteien aber auch bereits erstinstanzlich, in welchem Umfang der Klägerin dem Grunde nach Urlaubsansprüche zustehen. So hat sich die Beklagte bereits erstinstanzlich auf ihre Kürzungsbefugnis nach § 17 Abs. 1 BEEG berufen. Die Klägerin hat stets die Rechtmäßigkeit dieser Norm in Abrede gestellt.

Mit der Umstellung auf den Feststellungsantrag ist dieser Teil des Streitgegenstands aus erster Instanz nunmehr zum alleinigen Gegenstand des Hauptsacheantrags der Klägerin geworden.

Die Klagänderung in zweiter Instanz ist im Übrigen zulässig. Sie ist jedenfalls sachdienlich im Sinne des § 533 Nr. 1 ZPO. Die Voraussetzungen des § 533 Nr. 2 ZPO liegen vor. Der Ermittlung weiterer Tatsachen bedarf es nicht.

## **B.**

Die Berufung ist jedoch nur zu einem geringen Teil begründet.

Der im Berufungstermin zuletzt gestellte Hauptantrag ist zulässig aber nur zu einem geringen Teil begründet. Der Klägerin stehen für das Jahr 2012 noch 6,25 Urlaubs-

tage und für die Jahre 2013 und 2015 jeweils 2,08 Urlaubstage zu. Die Hilfsanträge der Klägerin sind unbegründet.

### I.

Der Hauptantrag der Klägerin ist in der Form, wie er im Berufungstermin gestellt worden ist, zulässig. Der Umfang des Urlaubsanspruchs eines Arbeitnehmers kann Gegenstand einer Feststellungsklage sein (Elementenfeststellungsklage). Das Feststellungsinteresse der Klägerin resultiert daraus, dass die Beklagte der Auffassung ist, für die Jahre 2012 bis 2015 bestünden keine Urlaubsansprüche der Klägerin mehr.

### II.

Der Hauptantrag ist nur zum Teil begründet.

1. Für die Jahre 2012 bis 2015 ist der Urlaubsanspruch der Klägerin in vollem Umfang entstanden. Urlaubsansprüche entstehen auch in dem Zeitraum, in dem ein Arbeitnehmer in Elternzeit ist. Das folgt schon aus § 17 Abs. 1 BEEG, der die Kürzungsbefugnis des Arbeitgebers begründet, also das Entstehen des Urlaubsanspruchs voraussetzt (vgl. BAG v. 17.05.2011 - 9 AZR 197/10 - Juris, Rn 24).
2. Der Anspruch ist jedoch im Wesentlichen infolge der Kürzung durch die Beklagte nach § 17 Abs. 1 BEEG entfallen. Nach § 17 Abs. 1 BEEG kann der Arbeitgeber den Erholungsurlaub, der dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin für das Urlaubsjahr zusteht, für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um 1/12 kürzen.
  - a) Von dieser Kürzungsbefugnis hat die Beklagte mit Schreiben vom 10.10.2014 für sämtlichen hier in Rede stehenden Erholungsurlaub der Klägerin Gebrauch gemacht. Sie hat in diesem Schreiben ausdrücklich mitgeteilt, dass sie für jeden vollen Monat in der Elternzeit sowohl für die Zeit des Betriebsübergangs - das war unstreitig der 01.01.2014 - als auch für die Zeit davor ab Beginn der Elternzeit sowohl für die Vergangenheit als auch für die Zukunft bis zum Ende der Elternzeit von ihrem Kürzungsrecht Gebrauch macht.

**b)** Für den Anspruch der Klägerin auf Erholungsurlaub für die Jahre 2012 bis 2015 folgt hieraus:

**aa)** Im Jahr 2012 war die Klägerin vom 01.01. bis 26.10.2012 in Elternzeit, das sind 9 volle Monate. Demzufolge erfasst die Kürzungserklärung der Beklagten 9/12 des Urlaubsanspruchs, das sind 18,75 Tage. Es verbleibt ein Rest von 6,25 Urlaubstagen. Ab dem 27.10.2012 bis zum 31.10.2012 war die Klägerin infolge der Schutzfristen aus § 3 Abs. 2 und 6 Abs. 1 MuSchG freit gestellt. Nach § 17 MuSchG gelten diese Ausfallzeiten für den Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub als Beschäftigungszeiten.

Resturlaubstage, die sich bei der Kürzungsbefugnis nach § 17 Abs. 1 BEEG ergeben, sind weder ab- noch aufzurunden (vgl. Tillmanns/Mutschler, MuSchG und Bundeselternzeit- und Elterngeldgesetz, 1. Aufl. 2015, § 17 BEEG, Rn 12).

**bb)** Im Jahr 2013 war die Klägerin ab dem 30.01. bis zum 31.12.2013 in Elternzeit, also für 11 volle Monate. Demnach ist der Urlaubsanspruch um 22,92 Tage zu kürzen und es verbleibt ein Rest von 2,08 Urlaubstagen.

**cc)** Im Jahr 2014 war die Klägerin durchgehend in Elternzeit, so dass ihr für dieses Jahr infolge der Kürzung kein Urlaubsanspruch zusteht.

**dd)** Im Jahr 2015 war die Klägerin vom 01.01. bis 04.12.2015 in Elternzeit, also wiederum 11 volle Monate. Es verbleibt danach wie im Jahr 2013 ein Rest von 2,08 Tagen.

**c)** Das Kürzungsrecht der Beklagten ist auch in § 17 Abs. 1 BEEG wirksam begründet worden. Insbesondere liegt insoweit entgegen der Auffassung der Berufung kein Verstoß gegen die Richtlinie 2003/88/EG über die Gewährung von bezahltem Jahresurlaub vor.

**aa)** Nach Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2003/88/EG treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung erhält, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind. Zu diesen in einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen Bedingungen für die Inanspruchnahme und Gewährung des Mindestjahresurlaubs gehört auch die Kürzungsbestimmung in § 17 Abs. 1 BEEG (LAG Niedersachsen, Urt. v. 16.11.2010 - 3 Sa 1280/10 - Juris, Rn 21; Erf. Komm./Gallner, 16. Aufl., § 17 BEEG, Rn 2; Tillmanns, a. a. O., § 17 BEEG, Rn 7). Auch verstößt § 17 Abs. 1 BEEG nicht gegen § 2 Nr. 6 u. 7 der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub (Richtlinie 96/34/BEEG) (LAG Hamm, Urt. v. 27.06.2013 - 16 Sa 51/13 - Juris, Rn 23 f.).

**bb)** Dieser Auffassung schließt sich die erkennende Kammer uneingeschränkt an. Soweit die Berufung ausführt, Urlaub diene dem Erholungsbedürfnis des Arbeitnehmers und verfolge einen anderen Zweck als die Inanspruchnahme von Elternzeit, verkennt sie, dass der Urlaub dem Erholungsbedürfnis wegen geleisteter Arbeit Rechnung tragen soll. Die Richtlinie 2003/88/EG dient der Verbesserung des Arbeitsschutzes der Arbeitnehmer (vgl. Erwägung 1 u. 4 der Richtlinie). Wo es aber geleistete Arbeit nicht gibt, fehlt auch ein Bedürfnis für korrespondierenden Erholungsurlaub des Arbeitnehmers. Dementsprechend hat der Europäische Gerichtshof (Urt. v. 08.11.2012 - C 229/11 -) auch entschieden, dass gegen eine zeitanteilige Kürzung des Erholungsurlaubs wegen Kurzarbeit und dem damit verbundenen Ruhen des Arbeitsverhältnisses keine Bedenken bestehen (ebenso: LAG Hamm, a. a. O., Rn 22). Im Hinblick auf diese Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs hält die Kammer die Rechtslage auch für ausreichend geklärt und hat auch deswegen im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens von einer Vorlage des Rechtsstreits an den Europäischen Gerichtshof abgesehen.

**3.** Der danach bestehende Anspruch auf Gewährung von 10,41 Arbeitstagen Urlaub ist entgegen der Auffassung der Beklagten nicht verfallen. Zwar muss gemäß § 7 Abs. 3 S. 1 BUrtIG der Urlaub im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden und ist eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr nach

S. 2 der Vorschrift nur statthaft, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen. Gemäß § 17 Abs. 2 BEEG hat jedoch der Arbeitgeber Resturlaub nach der Elternzeit im laufenden oder im nächsten Urlaubsjahr zu gewähren, wenn der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin den ihm oder ihr zustehenden Urlaub vor dem Beginn der Elternzeit nicht oder nicht vollständig erhalten hat. § 17 BEEG regelt damit für die Jahre, in denen Elternzeit ggf. auch nur anteilig in Anspruch genommen wurde, die Voraussetzungen für die Gewährung und Übertragung in Abs. 2 abweichend von § 7 BUrlG (Tillmanns, a. a. O., § 17 BEEG, Rn 5). Die Vorschrift geht als *lex specialis* in ihrem Anwendungsbereich § 7 BUrlG vor. Für den hier zu entscheidenden Fall bedeutet das:

Den bei Beendigung der ersten Elternzeit bestehenden Resturlaubsanspruch von 6,25 Tagen aus dem Jahr 2012 konnte die Klägerin zunächst wegen der Beschäftigungsverbote in 2012 nicht nehmen. Dieser wurde nach § 7 Abs. 3 S. 2 BUrlG wegen Gründen in der Person der Klägerin auf das erste Quartal 2013 übertragen. Für den Urlaubsanspruch nach Beendigung der Elternzeit gilt § 17 BEEG nicht (Tillmanns, § 17 BEEG, Rn 17). Da dieser Resturlaub vor Beginn der Elternzeit am 30.01.2013 nicht mehr gewährt werden konnte, kann er zusammen mit dem anteiligen Urlaub aus 2013 im Jahr 2015 oder 2016 genommen werden (§ 17 Abs. 2 BUrlG).

**b)** Der anteilige Urlaub aus 2015 kann im ersten Quartal 2016 noch genommen werden und ist nicht verfallen, § 7 Abs. 3 S. 2 u. 3 BUrlG. Einer Inanspruchnahme der Klägerin ab dem 05.12.2015 stand entgegen, dass die Klägerin nach dem 05.12.2015 zunächst nach § 45 Abs. 3 SGB V wegen der Betreuung ihrer erkrankten Kinder von der Arbeit freigestellt war und im Anschluss selbst erkrankte, und zwar über das Jahresende 2015 hinaus. Das haben die Parteivertreter im Berufungstermin übereinstimmend erklärt.

**c)** Da der Anspruch auf Urlaubsgewährung noch nicht fällig ist, kommt ein Verfall nach den arbeitsvertraglich vereinbarten Ausschlussfristen nicht in Betracht. Diese sind im Übrigen im Hinblick darauf, dass es sich offensichtlich um allgemeine Geschäftsbedingungen handelt erkennbar unwirksam, weil zu kurz bemessen.

**III.**

Die Hilfsanträge der Klägerin sind unbegründet.

1. Die Hilfsanträge sind zur Entscheidung angefallen. Die Prozessbevollmächtigte der Klägerin hat im Berufungstermin ausdrücklich erklärt, über die Hilfsanträge solle auch dann entschieden werden, wenn dem Hauptantrag nur teilweise stattgegeben werde.

2. Die Hilfsanträge sind unbegründet. Bereits das Arbeitsgericht hat zu Recht auf die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hingewiesen, wonach im laufenden Arbeitsverhältnis die Zahlung einer Urlaubsabgeltung nicht verlangt werden kann. Das folgt ohne weiteres aus § 7 Abs. 4 BUrlG wonach der Urlaub abzugelten ist, wenn er wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewährt werden kann. Die Vorschrift entspricht auch unzweifelhaft den europarechtlichen Vorgaben. Nach Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 2003/88/EG darf der bezahlte Mindestjahresurlaub außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden.

**IV.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die Revision ist im Hinblick auf die Frage zugelassen worden, ob § 17 Abs. 1 BEEG europarechtskonform ist. Dass dies eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung ist, hat das Bundesarbeitsgericht in dem von der Klägerin zur Gerichtsakte gereichten Beschluss vom 12.03.2013 - 9 AZN 2383/12 - bereits einmal entschieden.

gez. ...

gez. ...

gez. ...