

**Bundesarbeitsgericht**  
**Urt. v. 18.10.2016, Az.: 9 AZR 123/16**

---

**Feststellungsinteresse bei Anspruch auf zusätzliche Urlaubstage; Benachteiligung wegen Alters bei Urlaubsstaffel nach Lebensaltersstufen; Substantiiertes Sachvortrag bei Darlegung einer sachlich gerechtfertigten Ungleichbehandlung; "Anpassung nach oben" als Rechtsfolge einer Benachteiligung**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 18.10.2016

**Aktenzeichen:** 9 AZR 123/16

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2016, 31830

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

LAG Sachsen-Anhalt - 08.12.2015 - AZ: 2 Sa 106/15

**Rechtsgrundlage:**

§ 256 Abs. 1 ZPO

**Fundstellen:**

ArbR 2017, 94

AuUR 2017, 125

EzA-SD 3/2017, 15-16

FA 2017, 88

GWR 2017, 106

NJW 2017, 1340-1342

NZA 2017, 267-269

ZTR 2017, 164

---

**BAG, 18.10.2016 - 9 AZR 123/16**

**Orientierungssatz:**

1. Die Urlaubsstaffelung des § 7 Abs. 2 MTV, die dem Arbeitnehmer, der das 40., aber noch nicht das 50. Lebensjahr vollendet hat, einen drei Tage kürzeren Urlaub gewährt, verstößt gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 iVm. §§ 1, 3 Abs. 1 AGG und ist deshalb nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam.

2. Berufet sich der Arbeitgeber darauf, eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters sei zulässig, obliegt es ihm darzulegen, dass mit der Ungleichbehandlung ein legitimes Ziel iSv. § 10 Satz 1 AGG angestrebt wird und dass die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Der Arbeitgeber genügt seiner Darlegungslast nicht bereits dann, wenn er allgemein geltend macht, die Regelung diene dem Schutz älterer Arbeitnehmer. Vielmehr hat er substantiierten Sachvortrag zu leisten.

3. Die Unwirksamkeit der Urlaubsstaffelung in § 7 Abs. 2 MTV führt dazu, dass die Arbeitnehmer, die noch nicht das 50. Lebensjahr vollendet haben, dieselben Vorteile in Anspruch nehmen können wie die

Arbeitnehmer, die das 50. Lebensjahr bereits vollendet haben und deren Urlaubsanspruch nach § 7 MTV 30 Urlaubstage beträgt.

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. Oktober 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Suckow und Zimmermann sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Leitner und die ehrenamtliche Richterin Pielenz für Recht erkannt:

**Tenor:**

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 8. Dezember 2015 - 2 Sa 106/15 - aufgehoben.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Magdeburg vom 3. Dezember 2014 - 5 Ca 3363/13 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass unter Ziff. 2 des Tenors festgestellt wird, dass dem Kläger aus dem Jahr 2013 noch drei Urlaubstage als Ersatzurlaub zustehen.
3. Die Beklagte hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

**Tatbestand**

- 1 Die Parteien streiten über den Umfang des dem Kläger zustehenden tariflichen Urlaubsanspruchs.
- 2 Der am 2. Juli 1968 geborene Kläger ist seit dem 1. November 2000 im Hotel der Beklagten in M als Mitarbeiter für den Auf- und Abbau bei Veranstaltungen mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet kraft beiderseitiger Tarifbindung der zum 1. April 2007 wieder in Kraft gesetzte Manteltarifvertrag für das Hotel- und Gaststättengewerbe in Sachsen-Anhalt vom 18. Mai 2002 (MTV) Anwendung. Der MTV enthält ua. folgende Regelung:

"§ 7

Urlaub

(1) Das Urlaubsjahr ist das Kalenderjahr.

(2) Der Urlaubsanspruch der Arbeitnehmer staffelt sich nach dem Lebensalter lt. nachstehender Tabelle:

| Lebensalter  | Anzahl d. Urlaubstage |
|--------------|-----------------------|
| bis 25 Jahre | 23 Arbeitstage        |
| ab 26 Jahre  | 24 Arbeitstage        |
| ab 31 Jahre  | 25 Arbeitstage        |
| ab 40 Jahre  | 27 Arbeitstage        |
| ab 50 Jahre  | 30 Arbeitstage        |

Als Urlaubstage = Arbeitstage gelten die Tage Montag bis Freitag, soweit sie nicht gesetzliche Feiertage sind. Für die Feststellung des Urlaubsanspruchs gilt das Lebensalter bei Beginn des Kalenderjahres (Stichtag 01.01.).

..."

- 3 Die Beklagte berechnete den Urlaubsanspruch des Klägers für das Jahr 2013 mit 27 Urlaubstagen. Der Kläger beantragte mit Schreiben vom 12. November 2013 die Gewährung von drei weiteren Urlaubstagen vom 29. November bis zum 3. Dezember 2013. Dies lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 22. November 2013 ab.
- 4 Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er habe auch schon vor Vollendung des 50. Lebensjahres einen Anspruch auf jährlich 30 und nicht nur auf 27 Urlaubstage. Die an das Lebensalter anknüpfende Staffelung sei eine Diskriminierung wegen des Alters, da sie sachlich nicht gerechtfertigt iSv. § 10 AGG sei.
- 5 Der Kläger hat zuletzt beantragt
  1. festzustellen, dass ihm in jedem Kalenderjahr 30 Urlaubstage zustehen und die Beklagte verpflichtet ist, diese auch zu gewähren
  2. festzustellen, dass ihm aus dem Jahr 2013 noch drei Urlaubstage als Ersatzurlaub zustehen.
- 6 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, die Ungleichbehandlung aufgrund des Alters in § 7 Abs. 2 MTV sei gemäß § 10 AGG sachlich gerechtfertigt. Die Regelung trage dem mit zunehmendem Alter aufgrund der körperlichen Beanspruchung gesteigerten Erholungsbedürfnis der Beschäftigten Rechnung und diene dem Gesundheitsschutz. Die Berufe im Hotel- und Gaststättengewerbe seien typischerweise durch körperlich anstrengende Tätigkeiten gekennzeichnet, die überwiegend im Stehen oder Gehen sowie im Schichtdienst ausgeübt würden. Die besondere Belastungssituation treffe die Berufsgruppe der Kellner, der Köche, des Zimmerreinigungspersonals, der Metzger und der Konditoren. Die Staffelung ab dem 26. Lebensjahr trage dem Umstand Rechnung, dass schon nach fünf bis zehn Jahren Arbeitstätigkeit ein zusätzlicher Urlaubstag gewährt werden solle, um die "Berufsfähigkeit" für das Gewerbe dauerhaft zu ermöglichen. Bereits zu diesem Zeitpunkt sei mit Verschleißerscheinungen zu rechnen. Regelmäßig trete bereits nach dem 25. Lebensjahr "ein biologisch bedingter stetiger Verlust der Körperkraft" ein.
- 7 Schließlich hätten die Beschäftigten besonders auf ein repräsentatives Äußeres zu achten, da der wirtschaftliche Erfolg der Branche besonders durch sein Personal und dessen entspanntes und erholttes Auftreten bestimmt werde. Da die Pflege dieses Erscheinungsbilds durch eigene Erholung positiv unterstützt werde und mit zunehmendem Alter mehr Zeit in Anspruch nehme, werde der Urlaubsanspruch mit zunehmendem Alter entsprechend erhöht.
- 8 Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

## Entscheidungsgründe

- 9 A. Die zulässige Revision ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage zu Unrecht abgewiesen. Die Klage ist zulässig und begründet. Die Beklagte ist verpflichtet, dem Kläger auch schon vor Vollendung des 50. Lebensjahres insgesamt 30 Arbeitstage Erholungsurlaub pro Jahr zu gewähren. Für das Kalenderjahr 2013 steht ihm der geltend gemachte Ersatzurlaub von drei weiteren Arbeitstagen zu.

- 10 I. Die Klage ist in der gebotenen Auslegung zulässig, insbesondere besteht das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse.
- 11 1. Der grundsätzliche Vorrang der Leistungsklage steht der Zulässigkeit einer Klage, mit der ein Arbeitnehmer den Umfang des ihm zustehenden Urlaubs gerichtlich festgestellt wissen will, nicht entgegen ( BAG 21. Oktober 2014 - 9 AZR 956/12 - Rn. 9 mwN, BAGE 149, 315).
- 12 2. Der am 2. Juli 1968 geborene Kläger hat ein rechtlich anerkennenswertes Interesse daran, alsbald zu erfahren, ob ihm bereits vor Vollendung seines 50. Lebensjahres drei weitere Urlaubstage pro Jahr zustehen. Der Kläger hat in der Revisionsbegründung klargestellt, dass sich der Klageantrag zu 1. nur auf drei weitere Urlaubstage im Kalenderjahr bezieht. Es handelt sich insoweit um einen gegenwartsbezogenen Feststellungsantrag, für dessen Entscheidung grundsätzlich auf die Sachlage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht abzustellen ist (vgl. BAG 21. Oktober 2014 - 9 AZR 956/12 - Rn. 10, BAGE 149, 315; 15. Mai 2013 - 7 AZR 494/11 - Rn. 15 ff.). Darüber hinaus hat der Kläger ein rechtliches Interesse daran, durch das Gericht feststellen zu lassen, ob ihm für das Jahr 2013 drei weitere Urlaubstage als Ersatzurlaub zustehen (vgl. BAG 20. März 2012 - 9 AZR 529/10 - Rn. 9, BAGE 141, 73).
- 13 II. Die Klage ist begründet. Dem Kläger stehen kalenderjährlich drei weitere Arbeitstage Urlaub zu. Für die ihm im Jahr 2013 verweigerten drei weiteren Urlaubstage hat der Kläger gegen die Beklagte gemäß § 275 Abs. 1 und Abs. 4, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 283 Satz 1, § 286 Abs. 1 Satz 1 iVm. Abs. 2 Nr. 3, § 287 Satz 2, § 249 Abs. 1 BGB Anspruch auf Ersatzurlaub. Die Urlaubsstaffelung des § 7 Abs. 2 MTV verstößt gegen die §§ 1, 3 Abs. 1 AGG. Sie ist deshalb nach § 7 Abs. 1 und Abs. 2 AGG unwirksam. Dies hat zur Folge, dass der Kläger auch schon vor Vollendung seines 50. Lebensjahres in jedem Kalenderjahr Anspruch auf 30 Urlaubstage hat.
- 14 1. Die Rechtsnormen des MTV gelten für das zwischen dem Kläger und der Beklagten bestehende Arbeitsverhältnis kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit ( § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG ).
- 15 2. Die Urlaubsstaffelung nach § 7 Abs. 2 MTV, die dem Arbeitnehmer, der das 40., aber noch nicht das 50. Lebensjahr vollendet hat, einen drei Tage kürzeren Urlaub gewährt, enthält eine unmittelbare Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer wegen des Alters iSv. § 3 Abs. 1 AGG. Die Tarifnorm knüpft die Dauer des dem Arbeitnehmer zustehenden Urlaubs an dessen Lebensalter und behandelt Beschäftigte, die das 50. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, unmittelbar wegen des Alters anders als Beschäftigte, die 50 Jahre oder älter sind (vgl. hierzu BAG 20. März 2012 - 9 AZR 529/10 - Rn. 14 f., BAGE 141, 73).
- 16 3. Diese Ungleichbehandlung ist nicht gerechtfertigt.
- 17 a) Bei ihr handelt es sich nicht um eine nach § 8 AGG zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen. Die Urlaubsstaffelung des § 7 Abs. 2 MTV knüpft nicht an die Art der auszuübenden Tätigkeit oder die Bedingungen ihrer Ausübung an. Sie stellt nicht auf die Art der auszuübenden Tätigkeit ab und beansprucht damit Geltung für alle dem MTV unterfallenden Beschäftigten (vgl. zu § 26 Abs. 1 Satz 2 TVöD aF BAG 20. März 2012 - 9 AZR 529/10 - Rn. 17, BAGE 141, 73).
- 18 b) Die Ungleichbehandlung ist auch nicht nach § 10 AGG sachlich gerechtfertigt.
- 19 aa) Nach § 10 Satz 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen nach § 10 Satz 2 AGG angemessen und erforderlich sein. Beides ist im Hinblick auf das konkret angestrebte Ziel zu beurteilen. Die Mittel sind deshalb nur dann angemessen und erforderlich, wenn sie es erlauben, das mit der unterschiedlichen Behandlung verfolgte Ziel zu erreichen, ohne zu einer übermäßigen Beeinträchtigung der legitimen Interessen derjenigen Arbeitnehmer zu führen, die wegen ihres Alters benachteiligt werden, und die Maßnahme

nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des angestrebten Ziels notwendig ist. § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG konkretisiert ua. das legitime Ziel der Sicherstellung des Schutzes "älterer Beschäftigter", wobei dieser Schutz auch die Festlegung besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließen kann ( BAG 12. April 2016 - 9 AZR 659/14 - Rn. 22; vgl. BAG 22. Oktober 2015 - 8 AZR 168/14 - Rn. 47 ff.).

- 20** bb) Beruft sich der Arbeitgeber darauf, eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters sei zulässig, obliegt es ihm darzulegen, dass mit der Ungleichbehandlung ein legitimes Ziel iSv. § 10 Satz 1 AGG angestrebt wird und dass die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Der Arbeitgeber genügt seiner Darlegungslast nicht bereits dann, wenn er allgemein geltend macht, die Regelung diene dem Schutz älterer Arbeitnehmer. Vielmehr hat er substantiierten Sachvortrag zu leisten ( BAG 12. April 2016 - 9 AZR 659/14 - Rn. 23; vgl. BAG 22. Oktober 2015 - 8 AZR 168/14 - Rn. 50, 52).
- 21** cc) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat die Beklagte nicht ausreichend dargelegt, aufgrund welcher Umstände die in § 7 Abs. 2 MTV bestimmte Ungleichbehandlung wegen des Alters sachlich gerechtfertigt ist.
- 22** (1) Die Beklagte hat pauschal auf die körperliche Belastung verschiedener Berufsgruppen im Hotel- und Gaststättengewerbe und auf das mit zunehmendem Alter gesteigerte Erholungsbedürfnis verwiesen. Das reicht nicht aus. Es ist bereits ausgeschlossen, dass eine Urlaubsstaffelung, die - wie in § 7 Abs. 2 MTV - bereits ab dem vollendeten 26. Lebensjahr eine Erhöhung des Urlaubsumfangs vorsieht, den Zweck verfolgt, ältere Arbeitnehmer zu schützen (vgl. BAG 20. März 2012 - 9 AZR 529/10 - Rn. 20, BAGE 141, 73). Soweit die Beklagte behauptet, die Staffelung bereits ab dem 26. Lebensjahr habe einen anderen Zweck, ist dies nicht nachvollziehbar. Die Beklagte meint insoweit, diese Staffelung trage dem Umstand Rechnung, dass bereits nach fünf bis zehn Jahren Arbeitstätigkeit (mit körperlichen Belastungen) auch bei jüngeren Arbeitnehmern ein gesteigertes Erholungsbedürfnis entstehe. Dem steht aber entgegen, dass die tarifliche Staffelung allein auf das Lebensalter abstellt und nicht auf die im Hotel- und Gaststättengewerbe zurückgelegte Beschäftigungszeit.
- 23** (2) Die Beklagte hat weiterhin nicht dargetan, aufgrund welcher konkreten Umstände unter Berücksichtigung des den Tarifvertragsparteien zustehenden Ermessensspielraums (vgl. BAG 21. Oktober 2014 - 9 AZR 956/12 - Rn. 18, BAGE 149, 315) und ihrer grundsätzlichen Befugnis zur Generalisierung und Typisierung bei der Gruppenbildung (vgl. hierzu BAG 16. Oktober 2014 - 6 AZR 661/12 - Rn. 28, BAGE 149, 297) anzunehmen ist, dass bei sämtlichen Arbeitnehmern, die das 50. Lebensjahr vollendet haben, ein gegenüber jüngeren Arbeitnehmern erhöhtes Erholungsbedürfnis vorliegen soll. Darüber hinaus hat sie nicht vorgetragen, dass die Tarifvertragsparteien diesem Bedürfnis durch die Gewährung eines erhöhten Urlaubsanspruchs Rechnung tragen wollten und dass die von den Tarifvertragsparteien gewählte Lösung ihrem Wesen nach geeignet ist, den mit der Urlaubsgewährung verfolgten Zweck merklich zu fördern.
- 24** (a) Der von der Beklagten behauptete Erfahrungssatz, infolge einer Abnahme der physischen Belastbarkeit sei bei Beschäftigten, die das 50. Lebensjahr vollendet haben, generell von einem erhöhten Urlaubsbedürfnis und einer längeren Regenerationszeit auszugehen, existiert in dieser Allgemeinheit nicht. Die Abnahme körperlicher Fähigkeiten, die auch altersbedingt sein kann (vgl. BAG 22. Oktober 2015 - 8 AZR 168/14 - Rn. 56), bedeutet nicht, dass diese unabhängig vom Berufsbild zu einem in bestimmtem Umfang erhöhten Erholungsbedürfnis führt, das zudem an bestimmten Altersstufen festgemacht werden könnte ( BAG 12. April 2016 - 9 AZR 659/14 - Rn. 26). Zwar führt die Beklagte Berufsgruppen (zB Kellner, Köche, Zimmerreinigungspersonal) auf, deren Tätigkeiten mit besonderen körperlichen Belastungen verbunden sein sollen. Die Urlaubsstaffelung differenziert aber nicht nach Berufsgruppen. Im Hotel- und Gaststättengewerbe sind auch Arbeitnehmer tätig, deren Arbeit nicht mit besonderen körperlichen Belastungen, die einen solchen Ausgleich rechtfertigen könnten, verbunden ist (zB Verwaltungsmitarbeiter, Diätassistenten etc.). Auch für diese erhöht sich der jährliche Urlaubsanspruch.

- 25** (b) Auch die Argumentation der Beklagten, die Beschäftigten des Hotel- und Gaststättengewerbes hätten besonders auf ein repräsentatives Äußeres zu achten, dessen Pflege mit zunehmendem Alter einen höheren Urlaubsanspruch erfordere, ist nicht belastbar. Unabhängig davon, ob überhaupt ein aus Anlass der Pflege des äußeren Erscheinungsbilds gesteigertes Erholungsbedürfnis angenommen werden kann, räumt § 7 Abs. 2 MTV allen Arbeitnehmern, die das 50. Lebensjahr vollendet haben, einen erhöhten Urlaubsanspruch ein. Dieser soll unabhängig davon bestehen, welche konkrete Tätigkeit der einzelne Arbeitnehmer ausübt und ob damit ein direkter Kundenkontakt verbunden ist.
- 26** 4. Da die in § 7 Abs. 2 MTV vorgesehene Urlaubsstaffelung nach dem Lebensalter gegen §§ 1 , 3 Abs. 1 , § 7 Abs. 1 AGG verstößt und nicht nach §§ 8 , 10 AGG gerechtfertigt ist, ist sie gemäß § 7 Abs. 2 AGG unwirksam (vgl. BAG 12. April 2016 - 9 AZR 659/14 - Rn. 18 mwN; 22. Oktober 2015 - 8 AZR 168/14 - Rn. 61 mwN). Dies führt dazu, dass die Arbeitnehmer der Beklagten, die noch nicht das 50. Lebensjahr vollendet haben, dieselben Vorteile beanspruchen können wie die Arbeitnehmer, die das 50. Lebensjahr bereits vollendet haben und deren Urlaubsanspruch nach § 7 MTV 30 Urlaubstage beträgt (zu der Rechtsfolge einer "Anpassung nach oben": vgl. BAG 22. Oktober 2015 - 8 AZR 168/14 - Rn. 36, 62; 20. März 2012 - 9 AZR 529/10 - Rn. 27 ff., BAGE 141, 73).
- 27** 5. Dem Kläger steht gegen die Beklagte für das Jahr 2013 ein Anspruch auf drei Tage Ersatzurlaub zu. Anspruchsgrundlage sind § 275 Abs. 1 und Abs. 4, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 283 Satz 1, § 286 Abs. 1 Satz 1 iVm. Abs. 2 Nr. 3, § 287 Satz 2 , § 249 Abs. 1 BGB .
- 28** a) Hat der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer rechtzeitig verlangten Urlaub nicht gewährt, wandelt sich der im Verzugszeitraum verfallene Urlaubsanspruch in einen Schadensersatzanspruch um, der die Gewährung von Ersatzurlaub zum Inhalt hat (st. Rspr., zB BAG 12. April 2016 - 9 AZR 659/14 - Rn. 14).
- 29** b) Hinsichtlich des Urlaubsanspruchs aus dem Jahr 2013 liegen diese Voraussetzungen vor. Die Beklagte befand sich spätestens nach der mit Schreiben vom 22. November 2013 erklärten Ablehnung des Urlaubsgesuchs des Klägers vom 12. November 2013 mit der Gewährung von Urlaub in Verzug (§ 286 Abs. 1 Satz 1 iVm. Abs. 2 Nr. 3 BGB), bevor der Anspruch am 31. Dezember 2013 unterging ( § 7 Abs. 5 Satz 1 MTV ).
- 30** B. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 Satz 1 , § 97 Abs. 1 ZPO .

---

Brühler  
Suckow  
Zimmermann  
Leitner  
Pielenz

Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung:

Zu OS 1. bis 3.: Fortführung von BAG 12. April 2016 - 9 AZR 659/14 -

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.