

Ortstagung München am 22. September 2010

Am 22. September 2010 begrüßte die Präsidentin des Landesarbeitsgerichts München *Angelika Mack* im ehrwürdigen Max-Joseph-Saal der Industrie- und Handelskammer für München und Oberbayern die, trotz mächtiger Gegenveranstaltungen (Juristentag in Berlin und Münchner Oktoberfest!), zahlreich erschienenen Zuhörer aus allen Verbandsbereichen. Sie zeigte sich erfreut, dass nunmehr auch in München eine Ortstagung stattfinden konnte und dabei sogleich mit einem ebenso aktuellen Thema „Der EuGH und das deutsche Urlaubsrecht - Worauf können wir uns noch verlassen?“ wie auch mit einer hierfür bestens ausgewiesenen Referentin, der Richterin am Bundesarbeitsgericht *Inken Gallner*. Nach einer Kurzdarstellung der beeindruckend vielfältigen beruflichen Vita von Frau *Gallner* (u. a. als jüngste Richterin zum BAG, bis vor kurzem Mitglied im „Urlaubsrechtssenat“) übergab sie an diese das Wort und bedankte sich für die Bereitschaft, zu dem anspruchsvollen Thema zu referieren.

Die Referentin, Richterin am Bundesarbeitsgericht Frau *Inken Gallner*, stellte einleitend fest, dass es sich bei der Thematik um eine Schnittstellenproblematik zwischen Unionsrecht und nationalem Recht handle. Spätestens seit der Entscheidung Schultz-Hoff des EuGH vom 20. Januar 2009 (- C-350/06 - und - C-520/06 -) liege darin Sprengstoff und Brisanz. Rechtlich konkurrierten die drei Ebenen des Unionsrechts, des nationalen Verfassungsrechts und des innerstaatlichen einfachen Gesetzesrechts um ein sensibles Kompetenzgleichgewicht. Denn fast jede Entscheidung zu § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG bewege sich im Dreieck zwischen Luxemburg, Karlsruhe und Erfurt. Sie hob hervor, dass das Dreiebenensystem kein spezifisch urlaubsrechtlicher Brennpunkt sei und verwies dabei auf den Honeywell-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Juli 2010 (- 2 BvR 2661/06 -) im Zusammenhang mit dem Befristungsrecht.

Sodann zeigte *Gallner* die zentralen Fragestellungen auf, die aus der Schnittstelle von Unionsrecht und nationalem Recht folgten:

- Muss innerstaatliches Recht unangewendet bleiben, weil es gegen primäres Unionsrecht verstößt?
- Ist im Privatrechtsverkehr eine unionsrechtskonforme Auslegung oder Fortbildung des nationalen Rechts möglich?
- Welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit das Bundesarbeitsgericht Vertrauensschutz annehmen kann, wenn es seine bisherige Rechtsprechung in der Folge einer EuGH-Entscheidung ändert?

Um den Balanceakt zwischen sekundärem Unionsrecht und deutschem Recht - hier konkret Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG einerseits und § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG andererseits - zu verdeutlichen, stellte *Gallner* sodann den sog. Erzieherinnenfall des 9. Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 24. März 2009 (- 9 AZR 983/07 -) kurz dar, das erste Folgeurteil nach der Vorabentscheidung des EuGH in der Sache Schultz-Hoff, dem inzwischen drei weitere gefolgt sind (BAG 17. November 2009 - 9 AZR 844/08 -; 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 -; 4. Mai 2010 - 9 AZR 183/09 -).

Dabei gab die Referentin einen knappen Abriss über die nationale Rechtsprechungsgeschichte zum Verhältnis Urlaubsabgeltung und Arbeitsunfähigkeit. Vor 1982 habe der 5. Senat des Bundesarbeitsgerichts (13. November 1969 - 5 AZR 82/69 -) angenommen, Urlaubsabgeltungsansprüche bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit würden bis zum Ende des Urlaubsjahres oder des Übertragungszeitraums nicht verfallen. Seit 1982 hätten die für das

Urlaubsrecht zuständigen Senate § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG hingegen so ausgelegt, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch erlösche, wenn der Urlaubsanspruch aufgrund krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Übertragungszeitraums nicht erfüllt werden könne (grundlegend BAG 13. Mai 1982 - 6 AZR 360/80 -). Dieser seit 1982 kontinuierlich beibehaltenen Rechtsprechungslinie des Bundesarbeitsgerichts sei der EuGH in der Sache Schultz-Hoff nunmehr entgegengetreten. Danach verbiete Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie nationale Vorschriften, die am Ende des Arbeitsverhältnisses keine finanzielle Vergütung vorsehen, wenn Arbeitnehmer ihren Urlaub aufgrund einer Erkrankung nicht nehmen können. Nationale Bestimmungen dürften diese Ansprüche nicht untergehen lassen.

Im Folgenden stellte *Gallner* die Auswirkungen der Schultz-Hoff-Entscheidung auf die nationale Rechtsprechung dar.

Die nationalen Gerichte seien an die Auslegungsergebnisse des EuGH - auch außerhalb der jeweiligen Prozessrechtsverhältnisse - gebunden. Der EuGH sei als gesetzlicher Richter i. S. v. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zur endgültigen Entscheidung über die Auslegung des Unionsrechts berufen. Nach Auffassung von *Gallner* bestehe eine Bindung der Mitgliedstaaten und damit auch der nationalen Gerichte nur hinsichtlich der Entscheidungsformel. Der Tenor des Urteils in der Sache Schultz-Hoff lasse das Auslegungsergebnis des unterbleibenden Verfalls von Urlaubsabgeltungsansprüchen bei Arbeitsunfähigkeit klar erkennen. Sie wies dabei die Kritik aus dem Schrifttum zurück, wonach der Tenor in der Sache Schultz-Hoff das Auslegungsergebnis im Unklaren lasse und daher an eine zweite Vorlage zu denken gewesen wäre.

Der 9. Senat des Bundesarbeitsgerichts sei in der Erzieherinnenentscheidung vom 24. März 2009 zu dem Hauptergebnis gekommen, dass Ansprüche auf Abgeltung gesetzlichen Urlaubs nicht erlöschen, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Übertragungszeitraums krank und deshalb arbeitsunfähig ist; er habe seine bisherige Rechtsprechung nach 27 Jahren damit teilweise aufgegeben. Dieses Hauptergebnis lasse sich, so *Gallner*, aus drei Zwischenergebnissen ableiten:

- § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG sei im Verhältnis zu privaten Arbeitgebern nach den Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie unionsrechtskonform fortzubilden.
- Das mit der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit verbundene Hindernis, den Urlaubsanspruch zu verwirklichen, sei zugleich ein Sachgrund i. S. v. Art. 3 Abs. 1 GG für die Ungleichbehandlung der arbeitsfähigen Arbeitnehmer, deren Anspruch zeitlich begrenzt ist.
- Nationaler Vertrauensschutz in den Fortbestand der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bestehe nicht mehr seit Bekanntwerden des Vorabentscheidungsersuchens des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf in der Sache Schultz-Hoff vom 2. August 2006. *Gallner* wies darauf hin, dass der 9. Senat in seinem Urteil vom 23. März 2010 (- 9 AZR 128/09 -) den Vertrauensschutz noch weiter eingeschränkt habe. Danach bestehe seit Ablauf der Umsetzungsfrist der ersten Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG seit dem 24. November 1996 kein schutzwürdiges Vertrauen für private Arbeitgeber.

Die Referentin ging im Folgenden vertieft auf das erste Zwischenergebnis, das dogmatische Konstrukt der unionskonformen Fortbildung, ein. Zunächst stellte sie klar, dass der 9. Senat des Bundesarbeitsgerichts die Befristung des Urlaubsanspruchs in § 7 Abs. 3 Satz 1 und 3

BUrlG nicht einfach unangewendet lassen konnte, da der EuGH seinem Urteil in der Sache Schultz-Hoff nicht das Primärrecht der Verträge, sondern ausschließlich sekundäres Richtlinienrecht des Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie zugrunde gelegt habe. *Gallner* wies darauf hin, dass bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 der von Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie verbürgte Mindestjahresurlaubsanspruch nicht auf Primärrecht beruhe, sondern, so der EuGH, nur ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Gemeinschaft (heute: Union) gewesen sei. Ein Grundsatz des Unionsrechts sei indes nicht gleichzusetzen mit einem Unionsgrundrecht. *Gallner* gab zu bedenken, dass sich für Urlaubs(-abgeltungs)ansprüche, die nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 entstünden, ein anderes Bild ergeben könnte, da durch Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 EUV die Grundrechte-Charta in den Rang von Primärrecht erhoben worden sei; die Charta verbürge in Art. 31 Abs. 2 GRC das Recht auf bezahlten Jahresurlaub.

Da Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie keine horizontale Direktwirkung gegenüber Privaten entfalte, sei das BUrlG aus Sicht des 9. Senats des Bundesarbeitsgerichts richtlinienkonform fortzubilden. *Gallner* ging sodann auf den sog. „effet-utile“ des Unionsrechts unter Verweis auf die EuGH-Entscheidungen Pfeiffer (5. Oktober 2004 - C-397/01 bis C-403/01 -) und Mono Car Styling (16. Juli 2009 - C-12/08 -) ein. Die nationalen Gerichte hätten den Rechtsschutz der Bürger der Mitgliedstaaten zu gewährleisten, der sich aus dem Unionsrecht ergebe. Die volle Wirkung des Unionsrechts müsse sichergestellt werden. Wegen Art. 288 Abs. 3 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) müssten die innerstaatlichen Gerichte davon ausgehen, dass der Mitgliedstaat den Verpflichtungen, die sich aus der Richtlinie ergeben, vollumfänglich nachkommen wolle. Der „effet-utile“ folge damit aus dem unmittelbar wirkenden Primärrecht des AEUV.

Der 9. Senat des Bundesarbeitsgerichts habe, so *Gallner*, in seiner Entscheidung vom 24. März 2009 offenlassen können, ob das nationale Recht des BUrlG innerhalb seines Wortlauts ausgelegt werden könne, jedenfalls sei es über seinen Wortlaut hinaus fortzubilden. *Gallner* wies dabei auf eine interkulturelle Besonderheit hin, was die Begrifflichkeiten Auslegung und Fortbildung angehe. Eine richtlinienkonforme Auslegung im Sinne des Unionsrechts verlange von den nationalen Gerichten mehr als bloße Auslegung im deutschen Sinn; sie verlange ggf. auch eine Einschränkung der Reichweite des innerstaatlichen Rechts. Der EuGH gehe hinsichtlich des Begriffs „Auslegung“ nicht von der bei uns üblichen Unterscheidung zwischen Auslegung im engeren Sinn und Rechtsfortbildung aus. Es handle sich bei der Unterscheidung Auslegung und Rechtsfortbildung um eine nationale Kleinteiligkeit.

Die Referentin stellte klar, Auslegungsfundament sei das nationale Recht. Da das deutsche Recht die Rechtsfortbildung kenne, sei es geboten, diese Methodik anzuwenden. Dabei sei nicht immer der Wortlaut Grenze der Rechtsfortbildung, sondern nur dann, wenn der nationale Gesetzgeber in ihm einen entgegenstehenden Willen ausdrücke; denn der nationale Richter dürfe sich wegen der Bindung der deutschen Gerichte an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) und an das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) nicht zum Ersatzgesetzgeber machen. Würden diese Grenzen nicht überschritten, so sei das nationale Recht richtlinienkonform fortzubilden, wo es nötig und möglich sei.

Sodann ging *Gallner* auf die Gesetzesgeschichte und den Zweck des § 7 BUrlG ein. Sie stellte u. a. heraus, dass die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit in den Gesetzesmaterialien des BUrlG keine Erwähnung finde und zu keinem Zeitpunkt Gegenstand rechtspolitischer Auseinandersetzungen gewesen sei. Mit der Neufassung des § 7 Abs. 1 Satz 2 BUrlG sollte das gesundheitspolitische Anliegen des Gesetzgebers betont werden; dieses Anliegen decke

sich mit einem der Ziele der Richtliniengeber. Der EuGH habe in der Sache Schultz-Hoff ausgeführt, der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub aus Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie solle jedem Arbeitnehmer unabhängig von seinem Gesundheitszustand zustehen. Unionsrechtlich sei Urlaub Arbeitsschutz und „Pause der Arbeit im Jahr“. Aus der Gesetzesgeschichte des BUrlG gebe es daher keine Anhaltspunkte für eine den Richtlinienzwecken widersprechende Zielsetzung des deutschen Gesetzgebers. Die für die Fortbildung erforderliche Regelungslücke und die planwidrige Unvollständigkeit des § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG seien daher zu bejahen; die zeitlichen Beschränkungen des Urlaubsanspruchs in § 7 Abs. 3 BUrlG bestünden für den Fall krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht.

Die Referentin setzte sich anschließend mit der methodischen Kritik im Schrifttum auseinander, wonach der 9. Senat des Bundesarbeitsgerichts eine dem Richtlinienzweck nicht widersprechende Zielsetzung des nationalen Gesetzgebers für eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung ausreichen lasse und die Schwelle daher zu niedrig sei. *Gallner* wandte dagegen ein, dass die Begriffe Regelungslücke und planwidrige Unvollständigkeit im Bereich der richtlinienkonformen Fortbildung auf der Grundlage des regelmäßig anzunehmenden Umsetzungswillens des nationalen Gesetzgebers ausgefüllt werden müssten. Danach stehe nur eine dem Richtlinienzweck erkennbar gegenläufige Zielsetzung einer richtlinienkonformen Fortbildung des innerstaatlichen Rechts entgegen. Bürger und auch die nationalen Gerichte müssten akzeptieren, dass insoweit Kompetenzen an die Union abgegeben worden seien.

Zudem äußerte *Gallner* ihre persönliche Rechtsauffassung, dass die Möglichkeit einer einfachen einschränkenden Auslegung des § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG innerhalb der Grenzen des Wortlauts möglich sei. Dafür spreche insbesondere, dass es für das Erfordernis der Erfüllbarkeit der Freistellung, den Verfall des Urlaubsanspruchs und den Surrogationscharakter des Urlaubsabgeltungsanspruchs keinen Anhaltspunkt im Gesetzeswortlaut gebe. Aus § 9 BUrlG und § 17 Abs. 2 und 3 BEEG folge zudem, dass sich Zeiten, in denen der Urlaubsanspruch aus Gründen, die vom Willen des Arbeitnehmers unabhängig sind, nicht realisiert werden kann, nicht nachteilig auf den Bestand des Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsanspruchs auswirken dürften.

Schließlich verwies die Referentin noch auf die Grundrechtsrelevanz der nach primärem Unionsrecht gebotenen Auslegung oder Rechtsfortbildung. Die komplexe Frage des Vorrangs des Unionsrechts vor nationalem Verfassungsrecht konnte in den vier Folgeurteilen des Bundesarbeitsgerichts zur Schultz-Hoff-Entscheidung des EuGH auf sich beruhen. Das mit der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit verbundene Hindernis, den Urlaubsanspruch zu verwirklichen, stelle zugleich einen Sachgrund für die Ungleichbehandlung der arbeitsfähigen Arbeitnehmer dar, deren Anspruch zeitlich begrenzt ist. Die richtlinienkonforme Fortbildung des § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG genüge damit den Anforderungen an eine verfassungskonforme Auslegung im Lichte des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG.

Im letzten Teil des Vortrags ging die Referentin auf die Problematik des Vertrauensschutzes in die bisherige Rechtsprechung der für das Urlaubsrecht zuständigen Senate des Bundesarbeitsgerichts seit 1982 ein. Zunächst stellte *Gallner* die Kernaussagen des 9. Senats des Bundesarbeitsgerichts in dem Revisionsurteil in der Sache Schultz-Hoff vom 23. März 2010 dar:

- Die innerstaatlichen Gerichte seien als Teil der Staatsgewalt an das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG gebunden; sie hätten den Grundsatz des Vertrauensschutzes zu beachten.

- Die langjährige Rechtsprechung der Urlaubssenate des Bundesarbeitsgerichts sei geeignet gewesen, ein berechtigtes Vertrauen der Arbeitgeberseite auf den Fortbestand dieser Rechtsprechung zu begründen.
- Die Vertrauensgrundlage sei indes mit dem Ende der Umsetzungsfrist für die erste Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG am 23. November 1996 entfallen. Seit dem 24. November 1996 sei das Vertrauen von Arbeitgebern auf die Fortdauer der ausschließlich zum nationalen Recht ergangenen Rechtsprechung nicht länger schutzwürdig.

Gallner stellte klar, dass man zwischen nationalem und unionsrechtlichem Vertrauensschutz trennen müsse; denn die beiden Arten des Vertrauensschutzes seien in ihren Voraussetzungen unterschiedlich: So setze unionsrechtlicher Vertrauensschutz die Gefahr schwerwiegender wirtschaftlicher Störungen bei Anwendung der vom EuGH vorgenommenen Auslegung des Unionsrechts auf vergangenen Vorgänge voraus. Äußere sich der EuGH nicht zur Frage der Rückwirkung oder zeitlichen Begrenzung seiner Antwort, so schließe er damit inzident unionsrechtlichen Vertrauensschutz aus; etwas anderes gelte nur, wenn das vorliegende Gericht ausdrücklich nach einer möglichen zeitlichen Begrenzung seiner Antwort gefragt hat. Gleichzeitig hebe der EuGH indes hervor, dass die Pflicht der nationalen Gerichte zur unionskonformen Auslegung durch den Grundsatz der Rechtssicherheit und durch das Rückwirkungsverbot begrenzt werde. *Gallner* verwies zudem auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Juli 2010 (- 2 BvR 2661/06 - Honeywell), wonach die Möglichkeiten mitgliedstaatlicher Gerichte zur Gewährung von Vertrauensschutz unionsrechtlich vorgeprägt und begrenzt seien.

Das Bundesarbeitsgericht unterscheide in der Frage des nationalen Vertrauensschutzes zwischen Primär- und Sekundärrecht. Der 7. Senat des Bundesarbeitsgericht (26. April 2006 - 7 AZR 500/04 -) nehme an, dass für die zeitliche Begrenzung der Unanwendbarkeit einer gegen das Primärrecht der Gemeinschaft (heute: Union) verstoßenden Norm allein der EuGH zuständig sei. Der 2., 6. und 8. Senat des Bundesarbeitsgerichts bejahten die Möglichkeit, nationalen Vertrauensschutz für Sekundärrecht auch dann anzunehmen, wenn der EuGH keinen unionsrechtlichen Vertrauensschutz anerkennt.

Da der von Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie gewährleistete Mindestjahresurlaubsanspruch jedenfalls vor Inkrafttreten von Lissabon am 1. Dezember 2009 nicht auf Primärrecht beruht habe, bestehe kein unionsrechtlicher Vertrauensschutz in der Folge der Vorabentscheidung *Schultz-Hoff*, aber das Gebot der Prüfung innerstaatlichen Vertrauensschutzes sei zu beachten.

Die Referentin betonte, dass das mögliche Vertrauen privater Arbeitgeber auf den Fortbestand der früheren ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts mit Inkrafttreten der ersten Arbeitszeitrichtlinie seit dem 24. November 1996 nicht länger schutzwürdig gewesen sei. Es stelle keinen Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG dar, wenn eine in der Rechtsprechung bislang vertretene Gesetzesauslegung aufgegeben werde; höchstrichterliche Urteile seien kein Gesetzesrecht und erzeugten keine vergleichbare Rechtsbindung. Daher könnten die Gerichte auch ohne wesentliche Änderungen von der bisherigen Rechtsprechung abweichen. Nur wenn das einzelstaatliche Recht der richtlinienkonformen Rechtsfindung Grenzen setzt, sei ausnahmsweise nationaler Vertrauensschutz in eine bestehende, vom Richtlinienrecht abweichende nationale Rechtsprechung im Privatrechtsverkehr anzuerkennen. Dieses Ergebnis billige auch der EuGH (16. Juli 2009 - C-12/08 - *Mono Car Styling*). Bei der Ermittlung nationalen Vertrauensschutzes sei ebenso wie bei der richtlinienkonformen

Rechtsfortbildung der grundsätzliche Durchsetzungsanspruch des Unionsrechts zu beachten. Zu Recht und Gesetz, an die die nationalen Gerichte nach Art. 20 Abs. 3 GG gebunden sind, gehörten die unionsrechtlichen Richtlinienvorgaben. Auch das Inkrafttreten einer Richtlinie sei ein vertrauensbegründender Umstand. Eine richtlinienwidrige Rechtsfindung dürfe nur im Ausnahmefall fortgesetzt werden.

Schließlich stellte die Referentin heraus, dass nach ihrer Rechtsauffassung die Sachverhaltsgestaltungen, die den Junk-Folgeentscheidungen und der Rezeption des EuGH-Urteils in der Sache Schultz-Hoff zugrunde lagen, nicht vergleichbar seien. Während sich das Bundesarbeitsgericht nicht lange vor der Junk-Entscheidung des EuGH (27. Januar 2005 - C-188/03 -) mit den unionsrechtlichen Fragen der Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG auseinandergesetzt und seine bisherige Rechtsprechung bestätigt habe (18. September 2003 - 2 AZR 79/02 -), habe sich der 9. Senat des Bundesarbeitsgerichts mit Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie in seiner bisherigen Rechtsprechung nicht auseinandergesetzt und entsprechende Einwände des Schrifttums nicht behandelt.

Gallner schloss ihren Vortrag mit dem Resümee, dass das Bundesarbeitsgericht sich nicht - wie indes *Prof. Thüsing* anmerkte - „zu tief vor dem EuGH verneigt“ habe. Ein Aufbegehren gegen die Rechtsprechung des EuGH wäre unrichtig und widerspräche dem Kooperationsverhältnis mit dem EuGH. Die Mitgliedschaft in der Europäischen Union biete der Bundesrepublik seit den Römischen Verträgen weit mehr Vorteile als Nachteile.

Prof. Franzen von der LMU-München dankte der Referentin für ihren faktenreichen, in Stil, Form und Inhalt beeindruckend strukturierten Vortrag und moderierte eine sich hieran anschließende Diskussion. Zur Sprache kam dabei u. a. die Problematik der Fälligkeit der Ansprüche. *Gallner* verwies in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des 9. Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 4. Mai 2010 (- 9 AZR 183/09 -), wonach der Urlaubsabgeltungsanspruch mit Ende des Arbeitsverhältnisses als reiner Geldanspruch entstehe und diese Forderung in ihrem Bestand unberührt bleibe, wenn die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bis zum Ende des Übertragungszeitraums am 31. März des dem Urlaubsjahr folgenden Jahres fort dauere. Für diesen Fall habe der 9. Senat die Surrogatstheorie aufgegeben.

Außerdem wurde das Thema Staatshaftung angesprochen. *Prof. Franzen* vertrat die Auffassung, dass wohl kein Fall der Staatshaftung vorliege, sondern an einen Aufopferungsanspruch zu denken sei.

Weiter wurde die Problematik Verfall von Urlaubs(-abgeltungs)ansprüchen angerissen.⁷

Schließlich wurde - vor dem Hintergrund des Vorlagebeschlusses des LAG Hamm vom 15. April 2010 (- 16 Sa 1176/09 -) diskutiert, ob es möglich sei, unter Verweis auf das Übereinkommen Nr. 132 der Internationalen Arbeitsorganisation die Anhäufung von Urlaubsansprüchen im Falle der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit auf einen Referenzzeitraum von maximal 18 Monate zu begrenzen.

Manfred Müller
Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht,
München

Aurel Waldenfels
Richter am Arbeitsgericht,
München