

Ortstagung Hamm am 12.09.2012

Zu Beginn der Ortstagung nutzte *Dr. Holger Schrade*, Vizepräsident des Landesarbeitsgerichts Hamm, im Rahmen seiner Begrüßung die Gelegenheit, Ass. *Dr. Herbert Vollmer*, DGB, der in den wohlverdienten Ruhestand eingetreten ist, für seine langjährige Tätigkeit im Vorstand der Ortstagung Hamm zu danken und ihn zu verabschieden. Zugleich hieß er dessen Nachfolger Ass. *Andreas Kapeller*, DGB, herzlich willkommen.

Rechtsanwalt *Dr. Rainer Bernstein* vom Unternehmensverband Westfalen Mitte führte sodann im sehr gut besuchten Foyer des Landesarbeitsgerichts Hamm in das Thema ein und begrüßte die Referentin *Maria Hackmann*, Vorsitzende Richterin der 16. Kammer des Landesarbeitsgerichts Hamm. In ihrem Vortrag vor der Arbeitsgemeinschaft Hamm im Deutschen Arbeitsgerichtsverband e.V. setzte sich *Hackmann* vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung mit dem Thema „Aktuelle Fragen des Urlaubsrechts“ auseinander, wobei die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 19.06.2012 (9 AZR 652/10) und 07.08.2012 (9 AZR 353/10) noch nicht in vollständig abgefasster Form vorlagen.

Hackmanns wesentlichen Thesen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Das deutsche Urlaubsrecht ist in Fluss gekommen. Den Anstoß hierfür hat wiederholt der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) gegeben.

I. Bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und die europarechtlichen Vorgaben

1. Von der Einheitstheorie...

Es hat schon einmal einen grundlegenden Umbruch in der Rechtsprechung zum Urlaubsrecht gegeben, was auch damals große Aufregung verursacht hat.

Mit seiner Entscheidung vom 28.01.1982 (6 AZR 571/79) hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) den Inhalt des Urlaubsanspruchs neu definiert. Danach ist es die Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht freizustellen. Die übrigen Pflichten des Arbeitsvertrages werden durch die Urlaubsgewährung grundsätzlich nicht berührt. Das gilt vor allem für die Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers. Der Anspruch auf Urlaubsentgelt ist nach dieser Rechtsprechung letztlich nichts anders als der arbeitsvertragliche Entgeltan-

spruch. Der gesetzliche Urlaubsanspruch nach § 1 BUrlG enthält damit eine Ausnahme von dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“. Der Arbeitgeber ist nicht wegen der Urlaubsgewährung zur Zahlung des Urlaubsentgelts verpflichtet, vielmehr besteht der vertragliche Entgeltanspruch des Arbeitnehmers auch für die Dauer der Freistellung durch Urlaubsgewährung fort.

Mit dieser Rechtsprechung hat das BAG der sogenannten Einheitstheorie den Rücken gekehrt. Nach dieser früher sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur überwiegenden Auffassung handelte es sich bei dem Urlaubsanspruch um einen einheitlichen Anspruch, der aus den untrennbaren Wesenselementen Freizeitgewährung und Fortzahlung der Vergütung für die Urlaubszeit bestand.

Die neue rechtliche Einordnung des Urlaubsanspruchs hatte weitreichende Konsequenzen. Da der Urlaubsanspruch zugleich auf das Urlaubsjahr bzw. den Übertragungszeitraum bis zum 31.03. des Folgejahres befristet war, wenn die Voraussetzungen für eine Übertragung vorliegen, kam es darauf an, ob der Anspruch in dieser Zeit erfüllbar war, ob der Urlaub also im laufenden Kalenderjahr bzw. im Übertragungszeitraum gewährt werden konnte. War das nicht der Fall, so erlosch der Urlaubsanspruch (BAG, Urteil vom 13.05.1982, 6 AZR 360/80). Da der arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmer nicht zur Erbringung der Arbeitsleistung verpflichtet ist, kann er auch nicht hiervon freigestellt werden. Der gesetzliche Urlaubsanspruch ist bei dieser Sachlage nicht erfüllbar.

2. ... zur Surrogatstheorie

Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer nach § 7 Abs. 4 BUrlG einen auf Geldzahlung gerichteten Urlaubsabgeltungsanspruch. Hierbei handelte es sich nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG um den finanziellen Ersatz für den Teil des Urlaubsanspruchs, der wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewährt werden kann, also um das Surrogat für den nicht mehr realisierbaren Urlaubsanspruch (BAG, Urteil vom 20.04.1989) – daher Surrogats- oder auch Surrogationstheorie. Dieser Anspruch trat nicht nur an die Stelle des Urlaubsanspruchs, sondern wurde hinsichtlich seines Inhalts und Bestands auch wie der ursprüngliche Urlaubsanspruch behandelt. Der Urlaubsabgeltungsanspruch war kein reiner Abfindungs- bzw. Geldanspruch, sondern unterlag denselben rechtlichen Beschränkungen, die auch für den Urlaubsanspruch gelten. Zur Folge hatte die Auffassung des BAG, dass ein Urlaubsabgeltungsanspruch nicht bestand, wenn ein arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer nicht im Verlauf des Urlaubsjahres bzw. des Übertragungszeitraums wieder arbeitsfähig wurde. Selbst wenn er wieder arbeitsfähig wurde, kam es für den Umfang

des Urlaubsanspruchs darauf an, wie viele Tage, an denen der Arbeitnehmer arbeitsfähig war, noch bis zum Ablauf des Übertragungszeitraums zur Verfügung standen.

An dieser Rechtsprechung hat das BAG in der Folgezeit unbeirrt festgehalten, obwohl es mit Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie (AZRL) 93/103/EG vom 23.11.1996 neue europarechtliche Vorgaben gab. Die Umsetzungsfrist ist am 23.11.1996 abgelaufen. Das BAG hat sich – soweit ersichtlich – in den nach Ende der Umsetzungsfrist ergangenen zahlreichen Entscheidungen zum Urlaubsrecht überhaupt nicht mit Art. 7 AZRL befasst.

Die Richtlinie 93/103/EG ist später durch die Richtlinie 88/2003/EG ersetzt worden. Art. 7 ist jedoch unverändert geblieben, so dass frühere Entscheidungen des EuGH zur Auslegung dieser Bestimmung weiterhin Gültigkeit besitzen.

3. Auswirkungen von Art. 31 Abs. 2 Charta der Grundrechte der EU?

Wichtig als europarechtliche Vorgabe könnte in Zukunft noch Art. 31 Abs. 2 Charta der Grundrechte der EU werden.

In Art. 7 AZRL heißt es schlicht, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, 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 einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind. Abs. 2 bestimmt dann, dass der bezahlte Mindestjahresurlaub außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden darf. Außerdem ist in Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ein Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub vorgesehen. Seit 2009, mit dem Vertrag von Lissabon, ist die Charta der Grundrechte Bestandteil des Vertrags der Europäischen Union. Dies könnte bedeuten, dass sich Private unmittelbar auf Art. 31 Abs. 2 Grundrechtecharta berufen können. Welche Bedeutung der EuGH dem in Zukunft beimessen wird, lässt sich aber nicht vorhersagen.

4. Die Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf – ein „kleines gallisches Dorf“?

Da in der Richtlinie auf einzelstaatliche Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten abgestellt wird, hat Deutschland bei der Umsetzung der Richtlinie außer der Erhöhung des gesetzlichen Mindesturlaubs von 18 auf 24 Werktagen keine Änderungen des Bundesurlaubs-

gesetzes vorgenommen. Hierin liegt wohl auch der Grund dafür, dass das BAG der Richtlinie keine Bedeutung für seine Rechtsprechung beigemessen hat. Erst der Insidern bekannte hinhaltende Widerstand gegen die Rechtsprechung des BAG der 12. Kammer des Landesarbeitsgerichts (LAG) Düsseldorf – Preis sprach in einem Vortrag von dem „*kleinen gallischen Dorf*“ – hat letztendlich eine Änderung bewirkt. Der Vorlagebeschluss vom 02.08.2006 (12 Sa 486/06) in der Sache *Schultz-Hoff* hat den Umbruch in der deutschen Urlaubsrechtsprechung herbeigeführt, den wir in den letzten Jahren erlebt haben.

II. Die Entscheidungen des EuGH zum deutschen Urlaubsrecht

1. Rechtssache *Schultz-Hoff*

Die Entscheidung des EuGH vom 20.01.2009 in der Rechtssache *Schultz-Hoff* u.a. (C-350/06), die den Stein ins Rollen gebracht hat, ist zu der Frage ergangen, ob ein langfristig arbeitsunfähiger Arbeitnehmer einen Urlaubsanspruch besitzt:

Herr Schultz-Hoff, ein anerkannter Schwerbehinderter, war vom 01.04.1971 bis zum 30.09.2005 bei der Deutschen Rentenversicherung Bund beschäftigt. Seit 1995 lösten sich Zeiten krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit mit Zeiten der Arbeitsfähigkeit ab. Im Jahr 2004 war er bis Anfang September arbeitsfähig, anschließend fortlaufend bis zum 30.09.2005 krankgeschrieben. Mit Bescheid von September 2005 wurde Herrn Schultz-Hoff rückwirkend ab dem 01.03.2005 eine Rente wegen voller Erwerbsminderung bewilligt. Die Arbeitsunfähigkeit des Herr Schultz-Hoff dauerte auch im Jahr 2006 an.

Nach der oben dargestellten Rechtsprechung des BAG war der Urlaubsanspruch verfallen. Der EuGH hat nun entschieden, dass eine solche Rechtsprechung nicht mit Art. 7 AZRL im Einklang steht. Ein Arbeitnehmer, der während des gesamten Urlaubsjahrs krankgeschrieben war und dessen Arbeitsunfähigkeit bis zum Ablauf des Übertragungszeitraums andauert, behält den Anspruch auf den in der Richtlinie garantierten Mindesturlaub.

In dieser Entscheidung, wie auch in früheren Urteilen, hat der EuGH herausgestellt, dass der Anspruch jedes Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub als ein *besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Union* anzusehen sei, von dem nicht abgewichen werden dürfe und für den die zuständigen nationalen Stellen bei der Umsetzung nicht über den Rahmen hinausgehen dürften, den die Richtlinie selbst ausdrücklich zuließe. Dementsprechend dürften die Mitgliedstaaten die Entstehung des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub nicht an Voraussetzungen knüpfen, die dazu führten, dass ein solcher Anspruch ausgeschlossen werde. In der Sache *Schultz-Hoff* hat der EuGH nun entschieden, dass diese

Grenze auch dann gilt, wenn nationale Rechtsvorschriften dazu führten, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erlösche, obwohl ein Arbeitnehmer nicht die Möglichkeit hatte, diesen Anspruch auszuüben.

2. Rechtssache *KHS*

Von vornherein hat der EuGH betont, dass mit dem Urlaubsanspruch ein doppelter Zweck verfolgt werde: er besteht zum einen darin, es dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, sich zu erholen und zum anderen über einen Zeitraum der Entspannung und Freizeit zu verfügen. Dies hat in der Sache *KHS* die entscheidende Rolle gespielt:

Bei der Firma KHS war seit April 1964 Herr Schulte beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis fanden die Metalltarifverträge NRW Anwendung. Im Januar 2002 erlitt Herr Schulte einen Herzinfarkt. Er war danach langfristig arbeitsunfähig, seine Schwerbehinderung wurde anerkannt. Ab Oktober 2003 bezog er, mehrfach befristet, Rente wegen voller Erwerbsminderung. Nach der Gewährung der unbefristeten Rente wurde das Arbeitsverhältnis zum 31. August 2008 beendet.

Herr Schulte machte nun die Abgeltung des Urlaubs für die Jahre 2006 - 2008 geltend. Mit Vorlagebeschluss vom 15. April 2010 der 16. Kammer des LAG Hamm bat diese den EuGH um Vorabentscheidung zu der Frage, ob Art. 7 AZRL die Ansammlung von Urlaubsansprüchen für mehrere Jahre erfordere. Dies war für einen eventuellen Anspruch aus dem Jahre 2006 von Bedeutung.

Der EuGH hat durch Urteil vom 22.11.2011 (C-214/10) seine Aussagen im Urteil *Schultz-Hoff* nuanciert. Er hat ausgeführt, dass ein unbegrenztes Ansammeln von Urlaubsansprüchen dem doppelten Zweck des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub nicht mehr entsprechen würde. Die positive Wirkung würde bei einem Ansammeln des Anspruchs über mehrere Jahre für den Erholungszweck entfallen. Er würde nur noch als Zeitraum der Entspannung und Freizeit erhalten bleiben. Es kann deshalb ein befristeter Übertragungszeitraum festgelegt werden. Im Fall *KHS* sieht der Metalltarifvertrag NRW in § 11 für langfristig Erkrankte einen Übertragungszeitraum von 15 Monaten vor. Diesen Zeitraum hat der EuGH gebilligt, da er den Bezugszeitraum von zwölf Monaten für den Erwerb des vollen Urlaubsanspruchs, um den es ging, *deutlich überschritt*.

3. Rechtssache *Neidel*

Einzugehen ist weiter auf das Urteil vom des EuGH vom 03.05.2012 in der Rechtssache *Neidel* (C-337/10), bei dem es sich um den Fall eines hessischen Beamten handelte, dessen Urlaubsabgeltungsanspruch der EuGH ebenfalls bejaht hat. Er ist für die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung von erheblicher Bedeutung.

Der EuGH ist davon ausgegangen, dass *Beamte Arbeitnehmer im Sinne der Arbeitszeitrichtlinie* sein können – es kommt auf die Art der ausgeübten Tätigkeit an. Er hat das Argument des öffentlichen Dienstherrn, dass der dienstunfähige Beamte seine Besoldung in vollem Umfang weiter bezieht und auch nicht wegen Krankheit gekündigt werden kann, nicht aufgegriffen, obwohl das Verwaltungsgericht (VG) Frankfurt in seinem Vorlagebeschluss hierauf besonders abgestellt hat. Der sozialen Absicherung der Arbeitnehmer durch Entgeltfortzahlung, Krankengeld und volle Erwerbsminderungsrente kommt damit für das Entstehen des Urlaubsanspruchs und seiner Abgeltung keine Bedeutung zu.

Das Oberverwaltungsgericht (OVG) Münster hat mit Beschluss vom 24.07.2012 Beamten in NRW den Anspruch auf Urlaubsabgeltung zuerkannt.

III. Die Konsequenzen der EuGH-Entscheidungen für das deutsche Urlaubsrecht

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 24.03.2009 seine Rechtsprechung den europarechtlichen Vorgaben angepasst (9 AZR 983/07). Es hat sich zum einen für befugt gehalten, § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG *europarechtskonform fortzubilden* und hat zum anderen seine entgegenstehende bisherige Rechtsprechung aufgegeben. Dies bedeutet einen schwerwiegenden Eingriff in das urlaubsrechtliche Gefüge, das das BAG nach seiner Rechtsprechungsänderung im Jahre 1982 entwickelt hatte.

Das BAG hat zunächst ausführlich begründet, dass es berechtigt sei, § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG *richtlinienkonform fortzubilden*. Es hat in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, dass der Verfall des Urlaubsanspruchs, der wegen Arbeitsunfähigkeit nicht genommen werden konnte, in § 7 Abs. 3 und 4 nicht ausdrücklich angeordnet sei. Die Abgeltung sei nicht davon abhängig gemacht, dass der Urlaubsanspruch erfüllbar sei. Das BAG habe vor 1982 angenommen, dass Urlaubsabgeltungsansprüche bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Urlaubsjahres oder des Übertragungszeitraums *nicht* verfielen.

Damit hat das BAG bereits in dieser Entscheidung für die Fälle, in denen ein Arbeitnehmer wegen Arbeitsunfähigkeit seinen Urlaubsanspruch nicht realisieren konnte, die Surrogatstheorie aufgegeben.

Mit Urteil vom 19.06.2012 (9 AZR 652/10) hat das BAG die Aufgabe der Surrogatstheorie auch für die Fälle bestätigt, in denen der Urlaub aus anderen Gründen nicht genommen werden konnte und abzugelten war.

Der Urlaubsabgeltungsanspruch wird nunmehr als reiner Geldanspruch betrachtet. Dies hat eine Reihe praktischer Konsequenzen.

IV. Auswirkungen der Rechtsprechungsänderung durch das BAG

1. Schwerbehindertenurlaub

In der Sache *Schultz-Hoff* hat das Bundesarbeitsgericht am 23.03.2010 (9 AZR 128/09) entschieden, dass der Schwerbehindertenzusatzurlaub nach § 125 Abs. 1 Satz 1 SGB IX wie der Mindesturlaub nach dem Bundesurlaubsgesetz am Ende des Arbeitsverhältnisses abzugelten ist, wenn der Zusatzurlaub nicht gewährt werden konnte, weil der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt war.

2. Vertrauensschutz

Die Entscheidung des BAG vom 23.03.2010 (9 AZR 128/09) enthält eine weitere wichtige Aussage. Das BAG hat abschließend zu der damals intensiv diskutierten Frage Stellung genommen, ob die Arbeitgeber auf die langjährige und sehr gefestigte Rechtsprechung zum Erlöschen von Urlaubsansprüchen langfristig erkrankter Arbeitnehmer mit Ablauf des Übertragungszeitraums *vertrauen* konnten. Einerseits hat das BAG gemeint, dass schutzwürdiges Vertrauen in den Fortbestand dieser Rechtsprechung begründet worden sei, andererseits hat es jedoch begründet, dass ab dem 24.11.1996 – dem Zeitpunkt, zu dem die Umsetzungsfrist der ersten Arbeitszeitrichtlinie abgelaufen war – kein Vertrauensschutz für die Arbeitgeber dahingehend bestand, dass mit einer Fortsetzung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gerechnet werden konnte.

Die Entscheidung des BAG ist auf viel Unverständnis gestoßen. Das BAG selbst hat Art. 7 AZRL jahrelang ignoriert, worauf sich die Rechtsunterworfenen aber nicht verlassen dürfen.

Durch die Entscheidung des EuGH in der Sache *KHS*, der sich das BAG nunmehr angeschlossen hat, hat die Rechtsprechung des BAG zum Vertrauensschutz allerdings ihre Bri-

sanz verloren. Sie bedeutet ja gerade, dass Urlaubsansprüche nicht über Jahre angesammelt werden können, auf Vertrauensschutz kommt es dann nicht mehr an.

3. Mehrurlaub

Sowohl in der ersten Entscheidung nach dem EuGH-Urteil vom 24.03.2009 als auch in der Entscheidung vom 23.03.2010 hatte sich das BAG mit der Frage arbeitsvertraglichen bzw. tariflichen Mehrurlaubs zu befassen. Danach wird der über den gesetzlichen Mindesturlaub von vier Wochen hinausgehende arbeits- oder tarifvertragliche Mehrurlaub nicht von Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie erfasst. Sowohl die Arbeitsvertrags- als auch die Tarifvertragsparteien können diese Ansprüche frei regeln. Hierin ist das BAG durch den EuGH in der Rechtsache *Neidel* ausdrücklich bestätigt worden – das VG Frankfurt hatte danach ausdrücklich gefragt.

Ob tariflicher bzw. arbeitsvertraglicher Mehrurlaub verfällt oder nicht, ist nach der Rechtsprechung des BAG durch Auslegung zu ermitteln. Hierzu hat es Auslegungsgrundsätze entwickelt: Es müssen deutliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Tarifvertragsparteien den Mehrurlaub eigenständig regeln wollten, ein eigenständiges Urlaubsregime geschaffen haben. Fehlen solche Anhaltspunkte, so ist von einem „Gleichlauf“ des gesetzlichen Urlaubsanspruchs und des Anspruchs auf tariflichen oder arbeitsvertraglichen Mehrurlaub auszugehen. In seiner Entscheidung vom 23.03.2010 (9 AZR 128/09) hat sich das BAG ausführlich mit Kritik an seiner Rechtsprechung auseinandergesetzt. Umso mehr hat dann das Urteil vom 12.04.2011 (9 AZR 618/10) überrascht. Hier heißt es zur Auslegung eines Tarifvertrags auf einmal:

„....die Auslegung (muss) ergeben, dass der Tarifvertrag vom grundsätzlichen Gleichlauf zwischen gesetzlichen Mindesturlaub und tariflichem Mehrurlaub abweicht. Das ist der Fall, wenn er entweder zwischen gesetzlichem Urlaub und tariflichem Urlaub unterscheidet oder sowohl für Mindest- als auch Mehrurlaub wesentlich von § 7 Abs. 3 BurlG abweichende Übertragungs- und Verfallregeln bestimmt.“

Damit hat das BAG seine zuvor entwickelte Rechtsprechung „nuanciert“, ohne dies zunächst offen zu legen. Im Urteil vom 22.05.2012 (9 AZR 618/10) bekennt es jetzt aber Farbe und stellt selbst klar, dass es seine Rechtsprechung „präzisiert“ habe. Das BAG stellt nicht mehr maßgeblich – wie zu Beginn der Rechtsprechungsänderung – auf ein eigenständiges

Urlaubsregime, sondern auf ein eigenständiges *Fristenregime* ab. Es nimmt also nicht mehr die Gesamtheit der urlaubsrechtlichen Regelungen eines Tarifvertrags in den Blick, sondern nur noch die Regelungen zur Befristung und Übertragung bzw. zum Verfall des Urlaubs. Es heißt jetzt:

Ein „Gleichlauf“ ist nicht gewollt, wenn die Tarifvertragsparteien entweder bei der Befristung und Übertragung bzw. beim Verfall des Urlaubs zwischen gesetzlichem Mindesturlaub und tarifvertraglichem Mehrurlaub unterschieden oder sich vom gesetzlichen Fristenregime gelöst und eigenständige, vom Bundesurlaubsgesetz abweichende Regelungen zur Befristung und Übertragung bzw. zum Verfall des Urlaubsanspruchs getroffen haben (BAG vom 22.05.2012, 9 AZR 618/10).

Für Arbeitsrechtler und Arbeitsrechtlerinnen bedeutet dies eine große Arbeitserleichterung.

4. Verfall des Urlaubsabgeltungsanspruchs nach dem BUrlG

Mit Urteil vom 04.05.2010 (9 AZR 183/09) hat das BAG in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch eines bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses arbeitsunfähigen Arbeitnehmers nicht mehr davon abhängig ist, ob der Arbeitnehmer bis zum 31.12. des Kalenderjahres bzw. 31.03. des Folgejahres wieder arbeitsfähig geworden ist. Dies wäre nach früherer Rechtsprechung bei Anwendung der Surrogatstheorie der Fall gewesen. Nach Aufgabe der Surrogatstheorie entstehen Urlaubsabgeltungsansprüche mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und sind grundsätzlich auch zu diesem Zeitpunkt fällig.

Dies gilt auch für den tariflichen Mehrurlaub, wie das BAG in seinem Urteil vom 22.05.2012 (9 AZR 618/10) mit ausführlicher Begründung klargestellt hat.

Nach der geänderten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der Anspruch auf Urlaubsabgeltung aufgrund arbeitsvertraglicher oder tariflicher Ausschlussfristen nunmehr verfallen. Er ist nicht Surrogat des Urlaubsanspruchs, sondern ein reiner Geldanspruch, der sich nicht mehr von sonstigen Entgeltansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis unterscheidet. Der Verfall von Urlaubsabgeltungsansprüchen ist mit Art. 7 Abs. 2 der Arbeitszeitrichtlinie und der hierzu vom EuGH aufgestellten Grundsätze vereinbar. Der europarechtlich gesicherte Anspruch auf einen jährlichen Mindesturlaub ist der Regelung durch die Nationalstaaten zugänglich. Solche Regelungen dürfen sogar den Verlust dieses Anspruchs zur Folge haben, solange gesichert ist, dass der Arbeitnehmer tatsächlich die Möglichkeit gehabt hätte,

den ihn mit der Richtlinie verliehenen Anspruch auszuüben. Das ist bei der Wahrung von Ausschlussfristen regelmäßig der Fall (BAG vom 09.08.2011, 9 AZR 365/10 zum MTV Einzelhandel NRW; BAG vom 09.08.2011, 9 AZR 75/10 zu den Arbeitsvertragsrichtlinien des Diakonischen Werkes).

5. Vererblichkeit

Entgegen dem Urteil der 16. Kammer des LAG Hamm hat das BAG mit Urteil vom 20.09.2011 (9 AZR 416/10) entschieden, dass der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers, der im bestehenden Arbeitsverhältnis verstirbt, sich nicht in einen Urlaubsabgeltungsanspruch umwandelt und deshalb auch nicht vererblich ist. Es hat dies damit begründet, dass die Freistellung von der Arbeitspflicht dem Arbeitnehmer nur *höchstpersönlich gewährt* werden könne und deshalb mit dem Tod des Arbeitnehmers nicht mehr erfüllbar sei. Sterbe der Arbeitnehmer, sei nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ursächlich für die Unmöglichkeit, den Urlaubsanspruch zu erfüllen, sondern dessen Tod. Ein Anwartschaftsrecht, das vererbt werden könne, hat es mit der Begründung verneint, dass in der Person des Arbeitnehmers nur ein Freistellungsanspruch bestehe und sich dieser bei Beendigung durch den Tod in seiner Person nicht in einen Geldanspruch umwandeln könne. Die Erben träten aber nur in die Rechtsstellung ein, die der Erblasser selbst besessen hätte.

6. Ruhen des Arbeitsverhältnisses

Die Frage, ob ein Urlaubsanspruch bei ruhendem Arbeitsverhältnis entsteht bzw. ob ein entstandener Urlaubsanspruch um die Zeiten, in denen das Arbeitsverhältnis ruht, gekürzt werden kann, war heftig umstritten.

Ruht ein Arbeitsverhältnis, so entfallen die gegenseitigen Hauptleistungspflichten, also die Pflicht zur Arbeitsleistung und die Pflicht zur Vergütung. Der Arbeitnehmer kann damit nicht bei Fortzahlung des geschuldeten Arbeitsentgelts zur Urlaubsgewährung von der Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt werden. Hieraus haben zahlreiche Landesarbeitsgerichte geschlossen, dass ein Urlaubsanspruch gar nicht entstehen könne. Andere sind entsprechend der gesetzlichen Regelung des § 17 Abs. 1 BEEG davon ausgegangen, dass ein Urlaubsanspruch entsteht. Ob dieser nach tariflichen Regelungen wie der in § 26 Abs. 2 TVöD gekürzt werden kann oder ob dies gegen Art. 7 AZRL verstößt, war dann die weitere Streitfrage.

Mit Urteil vom 07.08.2012 (9 AZR 353/10) hat das BAG entschieden, dass der Anspruch der dortigen Klägerin nicht wegen eines im Tarifvertrag angeordneten Ruhens des Arbeitsverhältnisses entfiel.

Eine besondere Problematik stellt sich in den Fällen, in denen Arbeitnehmer nach Ende des Krankengeldbezugs Arbeitslosengeld beziehen. Der Arbeitgeber verzichtet dann regelmäßig auf die Ausübung des Direktionsrechts, sei es ausdrücklich, sei es konkludent, indem er die Bescheinigung nach § 312 SGB III zur Vorlage bei der Arbeitsagentur ausfüllt. Für diese besondere Fallkonstellation hat die 16. Kammer des LAG Hamm angenommen, dass kein Urlaubsanspruch entsteht (Urteile vom 13.02.2012, 16 Sa 560/10 und 16 Sa 148/11). In beiden Fällen ist Revision eingelegt worden.

7. Ansammeln von Urlaubsansprüchen

Ebenfalls mit Urteil vom 07.08.2012 (9 AZR 353/10) hat das BAG zur Frage der Ansammlung von Urlaubsansprüchen Stellung genommen und entschieden, dass entsprechend der Rechtsprechung des EuGH in Sachen *KHS* der Urlaubsanspruch des langfristig erkrankten Arbeitnehmers nach Ablauf von 15 Monaten verfällt. Dies bedeutet z.B., dass der Urlaubsanspruch des langfristig erkrankten Arbeitnehmers aus dem Jahre 2010 mit Ablauf des 31.03.2012 verfallen ist.

8. Verfall des Urlaubsanspruchs nach Genesung

Mit Urteil vom 09.08.2011 (9 AZR 425/10) hatte sich das BAG mit folgendem Fall zu befassen:

Der seit dem 01.01.1991 beschäftigte Arbeitnehmer war ab dem 11.01.2005 krankheitsbedingt arbeitsunfähig. Er nahm am 09.06.2008 seine Arbeit wieder auf und erhielt im Verlauf des Jahres 2008 an 30 Arbeitstagen Erholungsurlaub. Mit Schreiben vom 22.04.2009 machte er erfolglos Urlaub aus den Jahren 2005 bis 2007 geltend.

Seine Klage hatte in allen drei Instanzen keinen Erfolg. Das BAG hat sie mit der Begründung abgewiesen, dass die aus den Jahren 2005 bis 2007 resultierenden Urlaubsansprüche am 31.12.2008 untergegangen seien. Wird der Arbeitnehmer im Urlaubsjahr so rechtzeitig wieder arbeitsfähig, dass er seinen Urlaub aus der Vergangenheit noch nehmen kann, so erlischt dieser, wenn dies nicht geschieht.

V. Sonstiges

1. Nach Altersstufen gestaffelte Urlaubsdauer

Mit Urteil vom 20.03.2012 (9 AZR 529/10) hat das BAG entschieden, dass der nach Lebensalter gestaffelte Urlaubsanspruch des § 26 Abs. 1 TVöD eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters darstelle. § 26 TVöD sieht einen Urlaubsanspruch in Höhe von 26 Arbeitstagen bis zum vollendeten 30. Lebensjahr, von 29 Arbeitstagen bis zum vollendeten 40. Lebensjahr und danach bis zum Rentenalter von 30 Arbeitstagen vor. In dieser an das Lebensalter anknüpfende Staffelung der Urlaubsdauer sieht das BAG einen unmittelbaren Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung in § 7 Abs. 1 i.V.m. § 1 AGG, der sachlich nicht gerechtfertigt ist. Die tarifliche Regelung dient nicht dem Schutz älterer Beschäftigter, was daraus erkennbar wird, dass bereits nach Vollendung des 30. Lebensjahres drei weitere Urlaubstage und nach Vollendung des 40. Lebensjahres letztmals ein zusätzlicher Urlaubstag gewährt wird. 31-jährige Arbeitnehmer sind offensichtlich keine älteren Beschäftigten, auch dass der Gruppe der älteren Beschäftigten all diejenigen angehören sollen, die das 40. Lebensjahr vollendet haben, ist nicht nachvollziehbar. Gleiches gilt für die Frage, ob mit der Staffelung das Ziel des Gesundheitsschutzes älterer Arbeitnehmer verfolgt wird. Hiergegen spricht nicht nur, dass den Beschäftigten bereits ab Vollendung des 30. Lebensjahres drei weitere Urlaubstage eingeräumt werden, sondern auch, dass dies letztmalig nach Vollendung des 40. Lebensjahres im Umfang von nur einem Urlaubstag geschieht. Für die Zeit danach ist ein gesteigertes Erholungsbedürfnis der Beschäftigten bis zum Erreichen des Rentenalters nicht berücksichtigt. Hätten die Tarifvertragsparteien ein gesteigertes Erholungsbedürfnis älterer Beschäftigter vor Augen gehabt, hätten sie nicht einem 30-jährigen einen gegenüber einem 29-jährigen Beschäftigten um drei Tage längeren Urlaub gewährt, nach Vollendung des 40. Lebensjahres des Beschäftigten eine wesentlich geringere Steigerung des Erholungsbedürfnisses angenommen und für die Zeit danach bis zum Erreichen des gesetzlich festgelegten Alters für den Bezug der Regelaltersrente ein zunehmendes Erholungsbedürfnis des Beschäftigten überhaupt nicht mehr berücksichtigt. Die Beseitigung der damit festzustellenden Diskriminierung jüngerer Arbeitnehmer kann nur durch eine Angleichung nach oben erfolgen. Die bereits eingetretene Diskriminierung ist nicht anders zu beseitigen, da der Arbeitgeber den die jeweiligen Altersgrenzen überschreitenden Arbeitnehmern bereits den höheren Urlaubsanspruch gewährt hat.

Für den Bereich des Einzelhandels in NRW hatte das LAG Düsseldorf bereits mit Urteil vom 18.01.2011 (8 Sa 1274/10) die dortige an das Lebensalter anknüpfende Urlaubsstaffelung für

rechtswidrig erklärt. Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision ist zurückgenommen worden. Der Einzelhandel hat seine tarifliche Regelung im Jahre 2011 geändert.

2. Urlaubserteilung

Die Frage, ob der Arbeitgeber wirksam Urlaub erteilt hat, beschäftigt die Gerichte immer wieder.

Zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht freistellen. Die Freistellung erfolgt durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, wobei der Arbeitgeber die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen hat. Beginn und Ende des Urlaubs sind vorab festzulegen. Die erklärte Freistellung muss hinreichend deutlich erkennen lassen, dass eine Befreiung von der Arbeitspflicht zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs gewährt wird. Die Befreiung von der Arbeitspflicht muss sich auf einen künftigen Zeitraum beziehen.

Ein Omnibusunternehmen, das den Fahrern einen Pauschallohn zahlte, durfte deshalb nicht einfach freie Tage, an denen es die Fahrer nicht einsetzen konnte, als Urlaub verbuchen (BAG, Urteil vom 20.01.2008, 9 AZR 650/07) – eigentlich eine Selbstverständlichkeit.

Auch die folgende Freistellungserklärung in einem Kündigungsschreiben führte nicht zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs:

„Gem. Punkt 8 Ihres Arbeitsvertrags stellen wir sie sofort bis auf Widerruf unter Fortzahlung der Bezüge und unter Anrechnung Ihres Resturlaubs und dem Guthaben auf dem Gleitzeitkonto von jeglicher Arbeit frei.“

Dem stand entgegen, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nur widerruflich freigestellt hatte, es diesem damit nicht möglich war, seine Freizeit uneingeschränkt selbstbestimmt zu nutzen (BAG, Urteil vom 10.05.2009, 9 AZR 433/08)

Mit Urteil vom 17.05.2011 (9 AZR 189/10) hatte das BAG den folgenden Sachverhalt zu entscheiden:

*In einem Schreiben vom 13.11.2006, in dem die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis zum 31.03.2007 kündigte, erklärte sie zugleich:
„Sie werden ab sofort unter Anrechnung ihrer Urlaubstage von ihrer Arbeit unter Fortzahlung ihrer Bezüge freigestellt“.*

Der Kläger gewann in der Folgezeit den Kündigungsschutzprozess. Die Parteien haben darüber gestritten, ob durch die Freistellungserklärung der gesamte Jahresurlaub des Klägers für das Jahr 2007 in der Zeit vom 01. bis 31.03.2007 erfüllt worden ist. Das BAG hat zunächst ausgeführt, dass der Arbeitgeber Urlaub auch im Vorgriff auf das kommende Urlaubsjahr gewähren kann, hier am 13.11.2006 also bereits den Urlaub für das Jahr 2007 festlegen konnte. Jedoch war die Erklärung des Arbeitgebers *nicht bestimmt genug*. Ihr war nicht zu entnehmen, ob in der Zeit bis Ablauf der Kündigungsfrist der *gesamte* Jahresurlaub 2007 erteilt werden sollte oder nur der *anteilige* bis zum 31.03.2007.

VI. Zusammenfassung

1. Es hat sich vieles geändert:

- Der langfristig arbeitsunfähige Arbeitnehmer behält für einen Zeitraum von 15 Monaten seinen gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch einschließlich des Schwerbehindertenzusatzurlaubs.
- Für tariflichen und arbeitsvertraglichen Mehrurlaub können wie bisher kürzere Übertragungszeiträume gelten. Ob das der Fall ist, ist durch Auslegung anhand der Regelungen zur Befristung und Übertragbarkeit des Urlaubs, dem Fristenregime, zu ermitteln.
- Der Urlaubsabgeltungsanspruch ist nunmehr ein reiner Geldanspruch, der mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses entsteht und – wenn keine anderen Regelungen gelten – auch fällig wird.
- Das Ruhen des Arbeitsverhältnisses führt nicht zur Kürzung bzw. Totalverlust des Urlaubsanspruchs, auch wenn ein Tarifvertrag das so vorsieht.
- Das Europarecht hat über das AGG auch bewirkt, dass tarifliche Altersstaffelungen bei der Urlaubsdauer vielfach unwirksam sind.

2. Es ist einiges gleichgeblieben:

- Urlaubsabgeltungsansprüche entstehen nicht und sind damit auch nicht vererblich, wenn der Arbeitnehmer im bestehenden Arbeitsverhältnis stirbt, anders, wenn er einen Tag nach seinem Ausscheiden verstirbt.
- Der Urlaub eines langwierig erkrankten Arbeitnehmers verfällt, wenn er im Urlaubsjahr oder im Übertragungszeitraum bis zum 31.03. des Folgejahres wieder arbeitsfähig wird und seinen Urlaub *nicht* nimmt.
- Die Freistellungserklärung, mit der der Urlaub gewährt wird, muss unwiderruflich und hinreichend bestimmt sein.

3. Es ist manches nicht so schlimm gekommen wie nach der *Schultz-Hoff-Entscheidung* des EuGH von vielen befürchtet wurde:

- Es gibt kein unbegrenztes Ansammeln von Urlaubsansprüchen.
- Die Befürchtungen, es werde zu vermehrten Aussprüchen krankheitsbedingter Kündigungen kommen, haben sich nicht bestätigt und sind aufgrund der Entwicklung der Rechtsprechung auch nicht gerechtfertigt.

In der sich an den Vortrag *Hackmanns* anschließenden **Diskussion** wurden verschiedene Aspekte des „alten und neuen“ Urlaubsrechts erörtert.

Unter anderem wurden die urlaubsrechtlichen Auswirkungen auf Fallkonstellationen beleuchtet, in denen ein Arbeitsverhältnis ruht (so zum Beispiel im Falle eines Sabbaticals). Auch die Gestaltung von Aufhebungsverträgen und arbeitsgerichtlichen Vergleichen wurde besprochen.

Ein großes Augenmerk wurde ferner auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 07.08.2012 gerichtet, nach der Urlaub auch im Falle andauernder Arbeitsunfähigkeit 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres verfällt. Da zum Zeitpunkt der Ortstagung die vollständig abgefasste Entscheidung noch nicht vorlag, wurden verschiedene dogmatisch denkbare Begründungsansätze diskutiert. Hierbei wurde deutlich herausgearbeitet, dass nach den Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *KHS* und auch *Neidel* in jedem Fall ein Übertragungszeitraum verbleiben muss, der *die Dauer des Bezugszeitraums* (nicht: *den Bezugszeitraum!*), für den er gewährt wird, deutlich überschreiten muss. Dies bedeutet wiederum, dass der Übertragungszeitraum deutlich länger als zwölf Monate sein muss. Hierbei floss auch bereits die nunmehr vom Bundesarbeitsgericht in den Entscheidungsgründen des Urteils vom 07.08.2012 dargestellte Anwachsung des übertragenen Urlaubs einschließlich der dann erfolgenden Anwendung des § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG auf den übertragenen Urlaub mit in die Debatte ein.