

## **40. Ortstagung Köln am 05.11.2012**

Zur 40. Ortstagung der Arbeitsgemeinschaft Köln des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands am 05.11.2012 versammelten sich ca. 100 Teilnehmer im Camphausen-Saal der Industrie- und Handelskammer zu Köln. Besonders herzlich begrüßte der Tagungsleiter, Vizepräsident des Landesarbeitsgerichts *Dr. Heinz-Jürgen Kalb*, den Referenten, Herrn Richter am Bundesarbeitsgericht *Oliver Klose*, sowie den Ehrenpräsidenten des Arbeitsgerichtsverbandes *Prof. Dr. Dres. h.c. Peter Hanau*. Auch die Vertreter der im Lenkungskreis mitwirkenden Verbände und Institutionen vom Arbeitgeberverband Metall/Arbeitgeber Köln, DGB Köln und vom Kölner Anwaltverein waren zahlreich erschienen, als Repräsentantin der Anwaltschaft namentlich Frau Rechtsanwältin *Hiltrud Kohnen* als Vorsitzende des Ausschusses für Arbeitsrecht. Der leider verhinderte Ehrenpräsident *Dr. Udo Isenhardt* ließ seine besten Grüße übermitteln.

Zu Beginn der Veranstaltung würdigte *Dr. Kalb* aus gegebenem Anlass die lange Tradition der Kölner Tagungen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes. Es sei an der Zeit, das **25-jährige Jubiläum** zu feiern. Fast auf den Tag genau vor 25 Jahren habe Herr *Prof. Dr. Hanau* bei der Auftaktveranstaltung über ein „ewig junges Thema“ gesprochen, nämlich über die „Grundlagen der betriebsbedingten Kündigung“. Eingeladen hatten damals der Präsident des Landesarbeitsgerichts *Dr. Eugen Stahlhacke*, der DGB-Rechtssekretär *Rudolf Liedtke*, DAG-Bezirksleiter *Alart Neuenhofer* und der Geschäftsführer des Arbeitgeberverbandes der Metallindustrie Köln *Dr. Rainer Peterek*. Die Namen der Referenten seither seien ebenso beeindruckend wie die behandelten Themen, die viel über die Entwicklung des Arbeitsrechts verrieten. Erstaunlicherweise fehle bisher das Thema Urlaub. Das habe man für die heutige Jubiläumsveranstaltung, die **40. Ortstagung**, als hochaktuelles Vortragsprogramm ausgewählt.

Bei seiner Einführung in das Thema sagte der Tagungsleiter, das Europarecht habe bekanntlich tiefe Spuren auch im nationalen Arbeitsrecht hinterlassen. Seit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 20.01.2009 in Sachen Schultz-Hoff sei das deutsche Urlaubsrecht nach der Diagnose renommierter Arbeitsrechtler nicht mehr zur Ruhe gekommen. Umso wichtiger sei es daher, sich die neue Rechtsprechung „aus erster Hand“ vorstellen und erläutern zu lassen. Freundlicherweise habe sich

dazu Herr Richter am Bundesarbeitsgericht *Oliver Klose* bereit erklärt, der seit seiner Ernennung am 01.11.2011 dem u. a. für das Urlaubsrecht zuständigen Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts angehöre. Das von ihm in Anlehnung an eine berühmte Filmreihe formulierte Thema „Zurück in die Zukunft – Der EuGH als Zeitmaschine des Urlaubsrechts“ verspreche Hochspannung.

*Klose* ging in seinem Referat zunächst auf die grundlegenden Entscheidungen des EuGH vom 20.01.2009 (C-350/06 und C-520/06 – Schultz-Hoff) sowie des BAG vom 24.03.2009 (9 AZR 983/07) ein. Er erinnerte daran, dass das BAG bereits mit Urteil vom 13.11.1969 (5 AZR 82/69) auf ein Fortbestehen des Urlaubsanspruchs bei lang andauernder Erkrankung erkannte hatte. Mit der neuen Entwicklung werde also durchaus an frühere Erkenntnisse angeknüpft. Der Referent stellte heraus, dass nach dem Urteil des BAG vom 07.08.2012 (9 AZR 353/10) gesetzliche Urlaubsansprüche auch dann entstünden, wenn der Arbeitnehmer eine befristete Rente wegen Erwerbsminderung beziehe und eine tarifliche Regelung das Ruhen des Arbeitsverhältnisses an den Bezug dieser Rente knüpfe. Zum Problemkomplex des Entstehens von Urlaubsansprüchen im ruhenden Arbeitsverhältnis verwies *Klose* ferner auf den Vorlagebeschluss des Arbeitsgerichts Passau vom 16.05.2011 (1 Ca 62/11) betreffend „Kurzarbeit Null“, wozu inzwischen das Urteil des EuGH vom 08.11.2012 in dem Verfahren Heimann (C-229/11) vorliegt: Danach stehen Art. 31 Abs. 2 der Grundrechtecharta und Art. 7 Abs. 1 der RL 2003/88/EG nationalen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten, nach denen der Anspruch eines Kurzarbeiters auf bezahlten Jahresurlaub pro rata temporis berechnet wird, nicht entgegen. Eine ähnliche Problematik habe der Vorlagebeschluss des Arbeitsgerichts Nienburg vom 04.09.2012 (2 Ca 257/12 Ö) zur Auswirkung des Wechsels von Voll- in Teilzeit zum Gegenstand, derzeit anhängig beim EuGH unter dem Aktenzeichen C-415/12 (Brandes). Die Frage der Zulässigkeit einer Kürzung des Urlaubs nach § 17 BEEG sei bislang offen, weil die Revision gegen eine dies bejahende Entscheidung des LAG Niedersachsen vom 16.11.2010 (3 Sa 1288/10) zurückgenommen worden sei. Dagegen sei das Revisionsverfahren gegen eine weitere Entscheidung des LAG Niedersachsen vom 29.03.2012 (5 Sa 140/12), wonach die Norm nicht richtlinienkonform auslegbar sei, beim Neunten Senat noch anhängig (9 AZR 449/12). Die Unzulässigkeit einer Staffelung der Urlaubsdauer nach Alter – betroffen war die Regelung in § 26 Abs. 1 Satz 2 TVöD – habe das BAG mit Urteil vom 20.03.2012 (9 AZR 529/10) festgestellt. Dem-

gegenüber dürfte die gesetzliche Staffelung in § 19 JArbSchG wohl aus sachlichen Gründen zulässig sein.

Skeptisch äußerte sich der Referent zu der Frage, ob Urlaub während einer Krankheit in Anspruch genommen werden könne. Die dies in Anlehnung an „Schultz-Hoff“ bejahende Entscheidung des LAG Köln vom 07.02.2011 (5 Sa 891/10) sei prozessual erledigt worden, ohne die Rechtsfrage entscheiden zu müssen. In diesem Zusammenhang sei auch die Entscheidung des EuGH vom 21.06.2012 (C-78/11 – ANGED) zu berücksichtigen, wonach ein Arbeitnehmer, der während des bezahlten Jahresurlaubs arbeitsunfähig werde, den Urlaub später in Anspruch nehmen dürfe. Mit der Anrechnung von Urlaub, der von anderen Arbeitgebern gewährt worden sei, beschäftige sich das Urteil des BAG vom 21.02.2012 (9 AZR 934/06), welches zur Lösung auf eine Analogie zu § 11 Nr. 1 KSchG abstelle. Ob an der These, der Urlaubsanspruch sei kein Einheitsanspruch (vgl. BAG vom 14.08.2007 – 9 AZR 934/06) künftig festgehalten werden könne, sei mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des EuGH fraglich. Zum Umfang der Urlaubsvergütung verwies *Klose* zunächst auf die Entscheidung des EuGH vom 15.09.2011 (C-155/10 – Williams), ferner auf einige Vorlagen zum BRTV-Bau, anhängig beim EuGH unter C-317/11 (Reimann) und C-311/12 (Kassner), die sich aber wohl anderweitig erledigen würden.

Einen besonderen Schwerpunkt des Referats bildete angesichts der jüngsten Rechtsprechung die Befristung des Urlaubsanspruchs. Im Anschluss an die Entscheidung des EuGH vom 22.11.2011 (C-214/10 – KHS) habe das BAG am 07.08.2012 (9 AZR 353/10) entschieden, § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG sei unionsrechtskonform so auszulegen, dass gesetzliche Urlaubsansprüche vor Ablauf eines Zeitraums von 15 Monaten nach dem Ende des Urlaubsjahres nicht erlöschen, wenn der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen an seiner Arbeitsleistung gehindert war. Sie gingen jedoch mit Ablauf des 31. März des zweiten Folgejahres unter. Dies gelte auch bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit. Damit habe das BAG nach Ansicht des Referenten den fortbestehenden Urlaubsanspruch auf das europarechtlich geforderte Maß reduziert. Die Abgeltung könne also maximal drei Jahre umfassen, wenn der Arbeitnehmer im ersten Quartal ausscheide, ansonsten höchstens zwei Kalenderjahre. Hinsichtlich tariflichen Mehrurlaubs könnten dagegen bei eigenem Fristenregime – kürzere – Verfallsregelungen eingreifen, wie dies etwa für den TV-L angenommen worden sei

(BAG vom 22.05.2012 – 9 AZR 618/10). Am 07.08.2012 (9 AZR 760/10, bisher n.v.) habe der Senat ebenfalls entschieden, dass bei der Urlaubsgewährung die Tilgungsbestimmung des § 366 BGB nicht anwendbar sei. Mit der Gewährung des Urlaubs würden daher gleichzeitig beide Urlaubsansprüche erfüllt. Der Arbeitnehmer könne nicht etwa den gesetzlichen Urlaub neben dem tariflichen Urlaub fordern, sondern es bestünden für die ersten 24 Werktage Urlaub im Jahr mehrere Anspruchsgrundlagen. Sei der gesetzliche Urlaubsanspruch erfüllt, verbleibe allein der diesen Anspruch übersteigende tarifliche Erholungsurlaub (vgl. auch LAG Berlin-Brandenburg vom 02.12.2009 – 17 Sa 621/09).

Schließlich wandte sich *Klose* der Urlaubsabgeltung zu und stellte klar, dass der Abgeltungsanspruch kein Surrogat des Urlaubsanspruchs sei (BAG vom 19.06.2012 – 9 AZR 652/10; Rückkehr zu BAG vom 21.07.1978 – 6 AZR 1/77). Als Zahlungsanspruch unterliege er tariflichen Verfallfristen (BAG vom 09.08.2011 – 9 AZR 365/10) ebenso wie ausreichend langen einzelvertraglichen Ausschlussfristen (BAG vom 09.08.2011 – 9 AZR 475/10; ferner BAG vom 13.12.2011 – 9 AZR 399/10). Zu beachten sei auch, dass eine Urlaubsabgeltung beim Tod des Arbeitnehmers ausscheide: Ende nämlich das Arbeitsverhältnis mit dem Tod des Arbeitnehmers, so erlösche zugleich der Urlaubsanspruch, ohne sich in einen Abgeltungsanspruch iSv. § 7 Abs. 4 BUrlG umzuwandeln (vgl. BAG vom 20.09.2011 – 9 AZR 416/10). Ob ein bereits entstandener Abgeltungsanspruch vererblich sei, habe nicht entschieden werden müssen. Der Referent meinte abschließend, dass der EuGH vielleicht bald wieder als Zeitmaschine tätig werde und weiterer Klärungsbedarf bestehe.

Nach dem mit großem Beifall aufgenommenen Vortrag entwickelte sich eine außergewöhnlich intensive Diskussion zu einzelnen Aspekten der Urlaubsgewährung, insbesondere zu Fragen der Berechnung bei Teilzeitarbeit und der Bemessung der Urlaubsvergütung. Naturgemäß wurden auch die Befristung des Urlaubsanspruchs und der Verfall des Abgeltungsanspruchs bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses erörtert. Problematisiert wurde dabei vor allem, ob der Abgeltungsanspruch auch den verbreiteten Ausgleichsklauseln in Aufhebungsverträgen oder Prozessvergleichen unterfällt. Hier riet *Klose*, bis auf Weiteres möglichst an der Formulierung festzuhalten, dass der Resturlaub in natura gewährt worden sei. Kritisiert wurde die abwartende Haltung des Gesetzgebers, der eigentlich zuständig und aufgerufen sei, das Ur-

laubsrecht europarechtskonform auszugestalten. Der Tagungsleiter schloss die Veranstaltung mit einem herzlichen Dank an den Referenten auch für die Beantwortung der an ihn gestellten Fragen und einem Dank für die zahlreichen Diskussionsbeiträge. Er lud die Teilnehmer sodann wie üblich und wegen des Jubiläums ganz besonders dazu ein, den Gedankenaustausch bei einem Kölsch fortzusetzen.

*Dr. Heinz-Jürgen Kalb, Köln*