

BUNDEARBEITSGERICHT



9 AZR 353/10

11 Sa 64/09

Landesarbeitsgericht

Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

7. August 2012

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. August 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer und Klose sowie die ehrenamtliche Richterin Neumann und den ehrenamtlichen Richter Dipper für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 29. April 2010 - 11 Sa 64/09 - unter Zurückweisung der Revision im Übrigen teilweise aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Freiburg vom 21. Juli 2009 - 7 Ca 198/09 - teilweise abgeändert und zur Klarstellung neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 3.919,95 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über den Basiszinsatz seit dem 9. April 2009 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits der ersten Instanz zu 80 % zu tragen, die Beklagte zu 20 %. Die Kosten der Berufung und der Revision hat die Klägerin zu 71 % zu tragen, die Beklagte zu 29 %.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten noch über die Abgeltung des gesetzlichen Erholungsurlaubs und des Schwerbehindertenzusatzurlaubs aus den Jahren 2005 bis 2009. 1

Die als schwerbehindert anerkannte Klägerin war vom 1. Juli 2001 bis zum 31. März 2009 in der Rehabilitationsklinik der Beklagten gegen eine monatliche Bruttovergütung iHv. zuletzt 2.737,64 Euro als Angestellte beschäftigt. 2
In § 2 des schriftlichen Arbeitsvertrags vom 21. Juni 2001 ist vereinbart, dass sich das Arbeitsverhältnis nach dem Bundes-Angestellentarifvertrag (*BAT*) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (*VKA*) jeweils geltenden Fassung bestimmt und außerdem die für die Arbeitgeberin jeweils geltenden sonstigen einschlägigen Tarifverträge Anwendung finden. Im Jahr 2004 erkrankte die Klägerin arbeitsunfähig. Ab dem 20. Dezember 2004

bezog sie eine befristete Rente wegen Erwerbsminderung, die sie nach den nicht mit Revisionsrügen angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts über den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus bezog.

Mit ihrer der Beklagten am 8. April 2009 zugestellten Klage hat die Klägerin die Abgeltung von 149 Urlaubstagen aus den Jahren 2005 bis 2009 verlangt und beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 18.841,05 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. April 2009 zu zahlen.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag die Auffassung vertreten, während des Bezugs der Erwerbsminderungsrente auf Zeit habe das Arbeitsverhältnis gemäß § 33 Abs. 2 Satz 6 TVöD geruht. Während des Ruhens des Arbeitsverhältnisses seien Urlaubsansprüche der Klägerin nicht entstanden, sodass kein Urlaubsabgeltungsanspruch bestehe. Jedenfalls habe die Klägerin nicht über mehrere Jahre hinweg Urlaubsansprüche ansammeln können. Dem stünden auch die allgemeinen Verjährungsregeln und die tariflichen Ausschlussfristen entgegen.

Das Arbeitsgericht hat die Beklagte zur Abgeltung des gesetzlichen Erholungsurlaubs und des der Klägerin zustehenden Schwerbehindertenzusatzurlaubs aus den Jahren 2005 bis 2009 verurteilt, der Klägerin 13.403,70 Euro brutto nebst Zinsen zugesprochen und die Klage in Bezug auf die von der Klägerin beanspruchte Abgeltung des tariflichen Mehrurlaubs abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Ziel der vollständigen Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet, soweit das Landesarbeitsgericht die Beklagte verurteilt hat, den gesetzlichen Erholungsurlaub und den zusätzlichen Urlaub für schwerbehinderte Menschen aus den Jahren 2005 bis 2007 abzugelten. Soweit das Landesarbeitsgericht die Beklagte zur Abgeltung des gesetzlichen Erholungsurlaubs und des Zusatzurlaubs der Klägerin aus den Jahren 2008 und 2009 verurteilt hat, ist die Revision der Beklagten unbegründet. 6

I. Ein Anspruch der Klägerin auf Abgeltung des Erholungsurlaubs gemäß § 1 iVm. § 3 Abs. 1 BUrlG und des Zusatzurlaubs nach § 125 Abs. 1 Satz 1 SGB IX aus den Jahren 2005 bis 2007 folgt entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts nicht aus § 7 Abs. 4 BUrlG. Urlaubsansprüche der Klägerin aus diesen Jahren haben bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. März 2009 nicht mehr bestanden. Entgegen der Ansicht der Beklagten hat der Bezug der befristeten Rente wegen Erwerbsminderung allerdings nicht das Entstehen von Urlaubsansprüchen der Klägerin in diesen Jahren gehindert. Insofern lässt das Urteil des Landesarbeitsgerichts keinen Rechtsfehler erkennen. 7

1. Für das Entstehen des Urlaubsanspruchs ist nach dem Bundesurlaubsgesetz allein das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses Voraussetzung (*st. Rspr. seit BAG 28. Januar 1982 - 6 AZR 571/79 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 37, 382; vgl. auch 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 21, BAGE 130, 119; ErfK/Gallner 12. Aufl. § 1 BUrlG Rn. 6; MüArbR/Düwell 3. Aufl. Bd. 1 § 77 Rn. 7*). Der Urlaubsanspruch nach §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG steht ebenso wie der Urlaubsanspruch nach § 125 SGB IX (*zur Bindung an das rechtliche Schicksal des Mindesturlaubsanspruchs: vgl. BAG 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 71 mwN, BAGE 124, 1*) nicht unter der Bedingung, dass der Arbeitnehmer im Bezugszeitraum eine Arbeitsleistung erbracht hat. Der Urlaubsanspruch entsteht auch dann, wenn der Arbeitnehmer nicht arbeitet (*st. Rspr., grundlegend* 8

BAG 13. Mai 1982 - 6 AZR 360/80 - zu II 4 a bis e der Gründe, BAGE 39, 53). Gegenteiliges ist auch den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen (*ErfK/Gallner aaO*). Der Ausschuss für Arbeit des Deutschen Bundestags führte zu dem Entwurf des § 4 BUrlG vielmehr aus, der Entwurf stelle auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses ab, sodass es unerheblich sei, ob der Arbeitnehmer während des Laufs der Wartezeit die ihm obliegende Beschäftigung tatsächlich ausgeübt habe (*BT-Drucks. IV/785 S. 3*). Gemäß § 4 BUrlG wird der volle Urlaubsanspruch nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses erworben. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Zeiträume nach Ablauf der Wartezeit anders behandeln wollte. Darüber, dass der seit dem 1. Juli 2001 bei der Beklagten beschäftigten Klägerin ungeachtet eines tariflichen Mehrurlaubs jährlich gemäß § 1 iVm. § 3 Abs. 1 BUrlG 20 Arbeitstage Erholungsurlaub und fünf weitere Arbeitstage Zusatzurlaub nach § 125 Abs. 1 Satz 1 SGB IX zustanden, besteht kein Streit.

2. Ohne Bedeutung ist, dass das Arbeitsverhältnis ab dem 20. Dezember 2004 bis zu seiner Beendigung am 31. März 2009 aufgrund des Bezugs der befristeten Rente wegen Erwerbsminderung gemäß § 33 Abs. 2 Satz 6 TVöD geruht hat. Zwar bestimmt § 26 Abs. 2 Buchst. c TVöD im Wesentlichen übereinstimmend mit der Vorgängervorschrift § 48 Abs. 3 Satz 1 BAT, dass sich die Dauer des Erholungsurlaubs einschließlich eines etwaigen Zusatzurlaubs für jeden vollen Kalendermonat um ein Zwölftel vermindert, wenn das Arbeitsverhältnis ruht. Diese Vorschrift ist jedoch jedenfalls insoweit unwirksam, als sie auch die Verminderung gesetzlicher Urlaubsansprüche von Arbeitnehmern und schwerbehinderten Menschen erfasst, die aus gesundheitlichen Gründen nicht die ihnen nach dem Arbeitsvertrag obliegende Leistung erbracht haben. Eine solche Verminderung gesetzlicher Urlaubsansprüche lässt § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG nicht zu. Der Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub und Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen steht auch dann nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien (*vgl. BAG 8. März 1994 - 9 AZR 49/93 - zu III 2 der Gründe, BAGE 76, 74*), wenn längere Zeit aus gesundheitlichen Gründen nicht die geschuldete Arbeitsleistung erbracht wurde. Kraft ausdrücklicher Anordnung des Gesetzgebers in § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG kann von den Vorschriften der

9

§§ 1, 2 und 3 Abs. 1 BUrlG auch in Tarifverträgen nicht abgewichen werden. Das Verbot der Abweichung gilt unabhängig davon, ob im Urlaubsjahr eine Arbeitsleistung erbracht wurde oder der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen daran ganz oder teilweise gehindert war.

3. Ein anderes Verständnis des Abweichungsverbots in § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG würde der Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts nicht gerecht (vgl. *Boecken FS Düwell S. 53, 59 ff.; Boecken/Jacobsen ZTR 2011, 267, 269 f.; Suckow/Klose JbArbR Bd. 49 S. 59, 63; aA ohne nähere Begründung wohl Düwell DB 2012, 1750, 1751*). 10

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (vgl. 24. Januar 2012 - C-282/10 - [Dominguez] Rn. 24, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 8) müssen die nationalen Gerichte bei der Anwendung des nationalen Rechts dieses so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auslegen, um das in der Richtlinie festgelegte Ziel zu erreichen und damit Art. 288 Abs. 3 AEUV nachzukommen. Die Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts ist dem System des AEU-Vertrags immanent, da den nationalen Gerichten dadurch ermöglicht wird, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten die volle Wirksamkeit des Unionsrechts sicherzustellen, wenn sie über die bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten entscheiden (vgl. *EuGH 19. Januar 2010 - C-555/07 - [Kücükdeveci] Rn. 48, Slg. 2010, I-365; 23. April 2009 - C-378/07 bis C-380/07 - [Angelidaki ua.] Rn. 197 f., Slg. 2009, I-3071; 5. Oktober 2004 - C-397/01 bis C-403/01 - [Pfeiffer ua.] Rn. 113 f., Slg. 2004, I-8835*). 11

b) Dies bewirkt, dass bei der Auslegung des Abweichungsverbots in § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG zu berücksichtigen ist, dass die Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (*ABl. EU L 299 vom 18. November 2003 S. 9; im Folgenden: Arbeitszeitrichtlinie*) nicht zwischen Arbeitnehmern, die während des Bezugszeitraums wegen Krankheit der Arbeit ferngeblieben sind, und solchen, die während dieses Zeitraums tatsächlich gearbeitet haben, differenziert, und dass nach ständiger Rechtsprechung des EuGH der Anspruch 12

jedes Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub als ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Union anzusehen ist, von dem nicht abgewichen werden darf und den die zuständigen nationalen Stellen nur in den Grenzen umsetzen dürfen, die in der Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (*ABl. EG L 307 vom 13. Dezember 1993 S. 18*), die durch die Arbeitszeitrichtlinie kodifiziert wurde, selbst ausdrücklich gezogen sind (*vgl. EuGH 22. November 2011 - C-214/10 - [KHS] Rn. 23, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 6 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 7; 20. Januar 2009 - C-350/06 und C-520/06 - [Schultz-Hoff] Rn. 22, Slg. 2009, I-179; 16. März 2006 - C-131/04 und C-257/04 - [Robinson-Steele ua.] Rn. 48, Slg. 2006, I-2531; 18. März 2004 - C-342/01 - [Merino Gómez] Rn. 29, Slg. 2004, I-2605; 26. Juni 2001 - C-173/99 - [BECTU] Rn. 43, Slg. 2001, I-4881*). Daraus folgt, dass bei „ordnungsgemäß krankgeschriebenen“ Arbeitnehmern der allen Arbeitnehmern zustehende Anspruch auf bezahlten Mindestjahresurlaub nicht von der Voraussetzung abhängig gemacht werden darf, dass sie während des Urlaubsjahres tatsächlich gearbeitet haben (*EuGH 24. Januar 2012 - C-282/10 - [Dominguez] Rn. 20 mwN, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 8; 20. Januar 2009 - C-350/06 und C-520/06 - [Schultz-Hoff] Rn. 41, aaO*). Wird § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG anhand des Wortlauts und des Zwecks der Arbeitszeitrichtlinie ausgelegt, steht diese Vorschrift einer Kürzung der Mindesturlaubsansprüche von Arbeitnehmern entgegen, die aus gesundheitlichen Gründen im Bezugszeitraum keine Arbeitsleistung erbracht haben, wobei es grundsätzlich nicht darauf ankommt, ob sie infolge eines Unfalls am Arbeitsplatz oder anderswo oder aber infolge einer Krankheit, welcher Art oder welchen Ursprungs auch immer, krankgeschrieben waren (*EuGH 24. Januar 2012 - C-282/10 - [Dominguez] Rn. 30, aaO*). Vor diesem Hintergrund bedarf es jedenfalls in den Fällen wie dem vorliegenden, in denen eine Erkrankung kausal für das Ruhen des Arbeitsverhältnisses war, keiner weiteren Klärung der Rechtslage durch den EuGH gemäß Art. 267 AEUV.

4. Ordnet eine Tarifvorschrift wie § 26 Abs. 2 Buchst. c TVöD an, dass sich die Dauer des gesetzlichen Urlaubs für jeden vollen Monat um ein Zwölftel

13

vermindert, wenn das Arbeitsverhältnis ruht, so weicht sie jedenfalls dann iSd. § 13 Abs. 1 BUrlG zu Ungunsten des Arbeitnehmers von §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG ab, wenn das Ruhen des Arbeitsverhältnisses darauf zurückzuführen ist, dass der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen seine Verpflichtung zur Arbeitsleistung nicht erfüllen kann. Unerheblich ist dabei, ob die Tarifvorschrift bereits das Entstehen von Urlaubsansprüchen hindern oder ob sie einen entstandenen Urlaubsanspruch vermindern will. Beide Konstellationen unterscheiden sich in ihrer Wirkung auf den Urlaubsanspruch im Ergebnis nicht.

a) In Rechtsprechung und Literatur wird allerdings teilweise angenommen, während des Ruhens eines Arbeitsverhältnisses entstünden keine Urlaubsansprüche bzw. die Kürzung des Urlaubsanspruchs um Zeiten des Ruhens sei zulässig (vgl. *nur LAG Düsseldorf 19. Januar 2012 - 15 Sa 380/11 - ZTR 2012, 283; LAG Baden-Württemberg 9. Juni 2011 - 6 Sa 109/10 -; LAG München 26. Mai 2011 - 4 Sa 66/11 -; LAG Düsseldorf 1. Oktober 2010 - 9 Sa 1541/09 -; LAG Köln 29. April 2010 - 6 Sa 103/10 - ZTR 2010, 589; Düwell DB 2012, 1750, 1751; Wicht BB 2012, 1349; Bürger ZTR 2011, 707, 713; Fieberg NZA 2009, 929*). Dem liegt die Erwägung zugrunde, wenn aufgrund der Suspendierung der Hauptleistungspflichten des Arbeitsvertrags kein Vergütungsanspruch bestehe, könne auch kein Annex- oder Neben- oder Sekundäranspruch auf Urlaub begründet werden (*LAG München 26. Mai 2011 - 4 Sa 66/11 - zu II 2 c bb der Gründe mwN*). Andererseits soll es nur dann gerechtfertigt sein, dem Arbeitgeber die Verpflichtung zuzuweisen, Urlaub zu gewähren und Urlaubsentgelt zu zahlen, wenn vertraglich eine Arbeitspflicht des Arbeitnehmers besteht (*LAG Düsseldorf 1. Oktober 2010 - 9 Sa 1541/09 - zu B I 3 b aa (1) der Gründe*). Maßgebend soll sein, dass nicht die (Dauer-)Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers per se das Ruhen des Arbeitsverhältnisses bewirke, sondern die Vereinbarung des Ruhens als willensgesteuertes Element alleinige Ursache für das Ruhen des Arbeitsverhältnisses sei (vgl. *Wicht BB 2012, 1349, 1352; Fieberg NZA 2009, 929, 934; Picker ZTR 2009, 230, 237 jeweils mwN*). Angeknüpft wird auch unter Hinweis auf die Regelung in § 125 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 SGB IX an die Abhängigkeit der Urlaubstage von der Anzahl der Arbeitstage in der Kalenderwoche. Bei konsequenter Anwendung der Berechnungsformel für den

14

Urlaubsanspruch bei einer Beschäftigung von weniger als fünf Tagen in der Woche betrage die Höhe des Urlaubsanspruchs bei einem ruhenden Arbeitsverhältnis „Null“ (*Wicht aaO*). Die „Anpassung“ des Urlaubsanspruchs stehe insofern in Einklang mit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols vom 22. April 2010 - C-486/08 - (vgl. *LAG Düsseldorf 5. Mai 2010 - 7 Sa 1571/09 - zu II 2 a der Gründe, NZA-RR 2010, 568*). Teilweise wird eine Einschränkung dahingehend vorgenommen, das Ruhen hindere das Entstehen von Urlaubsansprüchen nur dann, wenn es bereits zu Beginn des Urlaubsjahres vorgelegen habe und während des gesamten Jahres fortbestehe (*LAG Düsseldorf 1. Oktober 2010 - 9 Sa 1541/09 - zu B I 3 b bb der Gründe; Düwell DB 2012, 1750*).

b) Die Annahme, dass Urlaubsansprüche im ruhenden Arbeitsverhältnis auch dann nicht entstehen, wenn das Ruhen des Arbeitsverhältnisses auf eine Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zurückzuführen ist, ist mit der in § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG angeordneten Unabdingbarkeit des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs nicht zu vereinbaren (*abl. auch Boecken/Jacobsen ZTR 2011, 267, 268 ff.; noch offengelassen in BAG 9. August 2011 - 9 AZR 475/10 - Rn. 16, NZA 2012, 166*). 15

aa) Der Hinweis auf das willensgesteuerte Element auch auf Seiten des Arbeitnehmers überzeugt nicht. Von den §§ 1, 2 und § 3 Abs. 1 BUrlG können nach der ausdrücklichen Anordnung in § 13 Abs. 1 BUrlG weder die Tarifvertragsparteien geschweige denn die Arbeitsvertragsparteien abweichen, indem sie im Rahmen einer Ruhensvereinbarung ausdrücklich oder konkludent vorsehen, dass keine Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers entstehen, wenn dieser aus gesundheitlichen Gründen längere Zeit an seiner Arbeitsleistung gehindert ist. Nicht nur der Umfang des Mindesturlaubsanspruchs, sondern auch die Definition des Geltungsbereichs des BUrlG ist der Disposition der Tarifvertragsparteien entzogen. Nach § 2 Satz 1 BUrlG sind Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Indem die Tarifvertragsparteien des TVöD als Folge der Anordnung des Ruhens in § 33 Abs. 2 Satz 6 TVöD die Kürzung des Urlaubsanspruchs 16

nach § 26 Abs. 2 Buchst. c TVöD angeordnet haben, haben sie Arbeitnehmer, die eine befristete Rente wegen Erwerbsminderung beziehen, während des Ruhens des Arbeitsverhältnisses nach § 33 Abs. 2 Satz 6 TVöD im Ergebnis aus dem Anwendungsbereich des BUrlG ausgenommen. Dies lässt § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG nicht zu. § 2 Satz 1 BUrlG nimmt arbeitsunfähige Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis kraft Abrede der Arbeitsvertragsparteien oder aufgrund tariflicher Anordnung ruht, nicht aus. Sinn und Zweck der §§ 1, 2 BUrlG gebieten auch keine teleologische Reduktion (*aA jetzt Düwell DB 2012, 1750*). Die Freistellung von der Arbeit ist kein Selbstzweck, sondern der Urlaub dient grundsätzlich dazu, es dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, sich zum einen von der Ausübung der ihm nach seinem Arbeitsvertrag obliegenden Aufgaben zu erholen und zum anderen über einen Zeitraum für Entspannung und Freizeit zu verfügen (*EuGH 22. November 2011 - C-214/10 - [KHS] Rn. 31, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 6 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 7*). Die Entstehung des Urlaubsanspruchs ist allerdings weder von einem konkreten noch von einem abstrakten Erholungsbedürfnis des Arbeitnehmers abhängig (*BAG 20. Mai 2008 - 9 AZR 219/07 - Rn. 30 mwN, BAGE 126, 352; Boecken/Jacobsen ZTR 2011, 267, 268*). Mit dem Zusatz „Erholung“ wird in § 1 BUrlG lediglich der sozialpolitische Zweck des Urlaubs beschrieben (*Mü-ArbR/Düwell § 77 Rn. 8*).

bb) Aus der zu § 3 Abs. 1 BUrlG abgeleiteten Umrechnungsformel für die Fälle der Beschäftigung an nicht allen Werktagen der Kalenderwoche und aus der Regelung in § 125 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 SGB IX kann nicht abgeleitet werden, dass Urlaubsansprüche im ruhenden Arbeitsverhältnis auch dann nicht entstehen, wenn die Ruhensvereinbarung für den Fall des Bezugs einer Rente wegen Minderung der Erwerbsfähigkeit des Arbeitnehmers getroffen wurde. In einem solchen Fall kann der Arbeitnehmer ebenso wie ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer ohne Ruhensvereinbarung aus gesundheitlichen Gründen seine Verpflichtung zur Arbeitsleistung nicht erfüllen. Dadurch reduziert sich der Umfang der Arbeitspflicht jedoch nicht auf „Null“. Auch im ruhenden Arbeitsverhältnis wird „an sich“ eine Arbeitsleistung geschuldet, die Pflicht ruht lediglich (*Boecken/Jacobsen ZTR 2011, 267, 269*). Zudem dient die Umrechnungsformel

17

bei einer Beschäftigung an nicht allen Werktagen der Kalenderwoche der Ermittlung der Anzahl der Urlaubstage. Diese Formel setzt damit das Bestehen eines Urlaubsanspruchs voraus und kann daher nicht zur Klärung der Frage herangezogen werden, ob überhaupt für bestimmte Zeiträume ein Urlaubsanspruch entstanden ist.

cc) Auch der Gesetzgeber ist in § 17 BEEG und § 4 ArbPISchG davon ausgegangen, dass im ruhenden Arbeitsverhältnis Urlaubsansprüche entstehen. Dies zeigen die in diesen Vorschriften enthaltenen Kürzungsmöglichkeiten (vgl. für die Elternzeit: BAG 17. Mai 2011 - 9 AZR 197/10 - Rn. 24, EzA TVG § 4 Metallindustrie Nr. 138). Nur ein entstandener Urlaubsanspruch kann gekürzt werden (so schon BAG 30. Juli 1986 - 8 AZR 475/84 - zu I 3 der Gründe, BAGE 52, 305). Davon sind auch die Tarifvertragsparteien des TVöD ausgegangen. Sie haben nicht angenommen, dass die Anordnung des Ruhens des Arbeitsverhältnisses in § 33 Abs. 2 Satz 6 TVöD per se bewirkt, dass während des Bezugs der befristeten Rente wegen Erwerbsminderung keine Urlaubsansprüche entstehen, sondern haben es für erforderlich gehalten, die Verminderung des Urlaubs in § 26 Abs. 2 Buchst. c TVöD ausdrücklich zu regeln. 18

dd) Die in § 17 Abs. 1 BEEG und § 4 Abs. 1 ArbPISchG vorgesehenen Kürzungsmöglichkeiten sind auch nicht Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, der für eine teleologische Reduktion des BUrlG in Bezug auf ruhende Arbeitsverhältnisse herangezogen werden könnte (vgl. BAG 30. Juli 1986 - 8 AZR 475/84 - zu I 3 b der Gründe, BAGE 52, 305; vgl. auch allg. gegen eine Übertragung von urlaubsrechtlichen Sonderbestimmungen auf den Urlaub nach dem BUrlG: BAG 13. Mai 1982 - 6 AZR 360/80 - zu II 4 d der Gründe, BAGE 39, 53). Dem steht schon entgegen, dass der Gesetzgeber in dem am 1. Juli 2008 in Kraft getretenen Pflegezeitgesetz nicht die Möglichkeit der Kürzung des Urlaubs vorgesehen hat (Liebscher ArbR 2011, 189, 191), obwohl während der Pflegezeit die Hauptleistungspflichten ruhen (ErfK/Gallner § 3 PflegeZG Rn. 4; DFL/Böck 4. Aufl. § 3 PflegeZG Rn. 11). 19

5. Die in den Jahren 2005 bis 2007 entstandenen Urlaubsansprüche der Klägerin sind jedoch vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. März 20

2009 verfallen. Dies folgt allerdings nicht bereits aus den tariflichen Fristenregelungen.

a) Der Verfall der in den Jahren 2005 bis 2007 entstandenen gesetzlichen Urlaubsansprüche ergibt sich nicht aus § 26 Abs. 2 Buchst. a TVöD. Zwar verfallen Urlaubsansprüche nach dieser Tarifregelung auch bei fortbestehender Erkrankung am 31. Mai des dem Urlaubsjahr folgenden Jahres, die Vorschrift gilt jedoch nur für den tariflichen Mehrurlaub und erfasst nicht den gesetzlichen Mindesturlaub (*vgl. BAG 22. Mai 2012 - 9 AZR 618/10 - Rn. 18, NZA 2012, 987*). Nur Letzterer ist in der Revision noch Streitgegenstand. Die Klägerin hat die Klageabweisung durch das Arbeitsgericht insofern nicht mit Rechtsmitteln angegriffen. 21

b) Entgegen der Rechtsansicht der Beklagten folgt der Verfall der Urlaubsansprüche auch nicht aus der Nichteinhaltung der in § 37 Abs. 1 TVöD geregelten Ausschlussfrist. Diese findet auf den Urlaubsanspruch keine Anwendung (*vgl. BAG 18. November 2003 - 9 AZR 95/03 - zu A II 1 d der Gründe mwN, BAGE 108, 357; HWK/Schinz 5. Aufl. § 7 BUrlG Rn. 74e*). 22

6. Die in den Jahren 2005 bis 2007 entstandenen Urlaubsansprüche der Klägerin sind jedoch 15 Monate nach Ablauf des jeweiligen Kalenderjahres und damit am 31. März des zweiten auf das jeweilige Urlaubsjahr folgenden Jahres gemäß § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG verfallen, sodass diese Urlaubsansprüche bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. März 2009 nicht gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten waren. 23

a) Nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG muss der Urlaub im Fall seiner Übertragung in das nächste Kalenderjahr in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres gewährt und genommen werden. Danach erlischt er (*st. Rspr. seit BAG 26. Juni 1969 - 5 AZR 393/68 - zu 1 der Gründe, BAGE 22, 85; vgl. AnwK-ArbR/Düwell 2. Aufl. Bd. 2 § 7 BUrlG Rn. 86, 89*). Dass nicht zeitgerecht geltend gemachter bzw. gewährter Urlaub verfällt, folgt aus der vom Gesetz (§§ 1, 13 BUrlG) unabdingbar festgelegten Bindung des Urlaubsanspruchs an das Kalenderjahr, die zugleich dem Sinn und Zweck der gesamten 24

gesetzlichen Urlaubsregelung entspricht. Der Gesetzgeber wollte damit erreichen, dass jeder Arbeitnehmer in einem einigermaßen regelmäßigen Rhythmus eine gewisse Zeit der Erholung auch tatsächlich erhält. Diesem Ziel dienen die im Vergleich zu den Regelungen in den Landesurlaubsgesetzen wesentlich striktere zeitliche Begrenzung des Urlaubsanspruchs und die eingeschränkte Möglichkeit der Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr. Nicht zeitgerecht in Anspruch genommener Urlaub sollte verfallen (*BAG 26. Juni 1969 - 5 AZR 393/68 - aaO mwN*).

b) Seit dem Ablauf der Umsetzungsfrist für die erste Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG am 23. November 1996 ist das Unionsrecht bei der Auslegung und Anwendung des § 7 Abs. 3 BUrlG freilich mitzuberücksichtigen (*vgl. BAG 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 101 ff., BAGE 134, 1*). Art. 7 dieser Richtlinie lautet:

„Jahresurlaub

(1) Die Mitgliedstaaten treffen 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.

(2) Der bezahlte Mindestjahresurlaub darf außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden.“

aa) Der EuGH, dem nach Art. 267 AEUV die Aufgabe der verbindlichen Auslegung von Richtlinien zugewiesen ist (*vgl. BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 47, BAGE 130, 119*), hat festgestellt, dass Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie grundsätzlich einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, die für die Ausübung des mit dieser Richtlinie ausdrücklich verliehenen Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub Modalitäten vorsieht, die sogar den Verlust dieses Anspruchs am Ende eines Bezugszeitraums oder eines Übertragungszeitraums umfassen. Allerdings hat er dieser grundsätzlichen Feststellung die Voraussetzung hinzugefügt, dass der Arbeitnehmer, dessen Anspruch auf

bezahlten Jahresurlaub erloschen ist, tatsächlich die Möglichkeit gehabt haben muss, den ihm mit der Richtlinie verliehenen Anspruch auszuüben (*EuGH 20. Januar 2009 - C-350/06 und C-520/06 - [Schultz-Hoff] Rn. 43, 49, Slg. 2009, I-179*). Der EuGH hat später ergänzend festgestellt, dass ein Recht auf ein unbegrenztes Ansammeln von Ansprüchen auf bezahlten Jahresurlaub aus mehreren Bezugszeiträumen, die während eines solchen Zeitraums der Arbeitsunfähigkeit erworben wurden, nicht mehr dem Zweck des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub entsprechen würde (*EuGH 22. November 2011 - C-214/10 - [KHS] Rn. 30, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 6 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 7*). Der Anspruch eines während mehrerer Bezugszeiträume in Folge arbeitsunfähigen Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub könne den Zweckbestimmungen des Urlaubs nur insoweit entsprechen, als der Übertrag eine gewisse zeitliche Grenze nicht überschreite. Das nationale Recht könne daher Übertragungszeiträume vorsehen, an deren Ende auch bei fortbestehender Arbeitsunfähigkeit der Urlaubsanspruch entfalle. Ein solcher Übertragungszeitraum müsse die Dauer des Bezugszeitraums, für den er gewährt werde, deutlich überschreiten (*EuGH 22. November 2011 - C-214/10 - [KHS] Rn. 38, aaO; 3. Mai 2012 - C-337/10 - [Neidel] Rn. 41, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 9*). Bei der Festlegung der Länge sei einerseits zu berücksichtigen, dass jeder Übertragungszeitraum den spezifischen Umständen Rechnung tragen müsse, in denen sich ein Arbeitnehmer befinde, der während mehrerer Bezugszeiträume in Folge arbeitsunfähig sei. Dieser Zeitraum müsse daher für den Arbeitnehmer insbesondere die Möglichkeit gewährleisten, bei Bedarf über Erholungszeiträume zu verfügen, die längerfristig gestaffelt und geplant werden sowie verfügbar sein können (*EuGH 22. November 2011 - C-214/10 - [KHS] aaO*). Andererseits müsse der Übertragungszeitraum den Arbeitgeber vor der Gefahr der Ansammlung von zu langen Abwesenheitszeiträumen und den Schwierigkeiten schützen, die sich daraus für die Arbeitsorganisation ergeben können (*EuGH 22. November 2011 - C-214/10 - [KHS] Rn. 39, aaO*).

bb) Nach der Schultz-Hoff-Entscheidung des EuGH hat der Senat angenommen, der Anspruch auf Abgeltung des gesetzlichen Urlaubs erlösche nicht,

27

wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des in § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG genannten Übertragungszeitraums erkrankt und deshalb arbeitsunfähig ist, und hat § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG nach den Vorgaben des Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie in der Auslegung des EuGH in der Schultz-Hoff-Entscheidung richtlinienkonform ausgelegt bzw. fortgebildet (*BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 57 ff., BAGE 130, 119*).

cc) Nunmehr hat der EuGH in der KHS-Entscheidung seine Schlussfolgerung im Schultz-Hoff-Urteil, dass eine nationale Bestimmung, mit der ein Übertragungszeitraum festgelegt wird, nicht das Erlöschen des Anspruchs des Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub vorsehen kann, wenn der Arbeitnehmer nicht tatsächlich die Möglichkeit hatte, diesen Anspruch auszuüben, ausdrücklich „nuanciert“ (*EuGH 22. November 2011 - C-214/10 - [KHS] Rn. 28, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 6 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 7*). Er hat erkannt, dass Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie dahin auszulegen ist, dass er einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten nicht entgegensteht, die die Möglichkeit für einen während mehrerer Bezugszeiträume in Folge arbeitsunfähigen Arbeitnehmer, Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub anzusammeln, dadurch einschränken, dass sie einen Übertragungszeitraum von 15 Monaten vorsehen, nach dessen Ablauf der Anspruch auf bezahlten Urlaub erlischt (*EuGH 22. November 2011 - C-214/10 - [KHS] Rn. 44, aaO*). Angesichts dieser geänderten Rechtsprechung des EuGH ist die Frage in Rechtsprechung (*Hessisches LAG 7. Februar 2012 - 19 Sa 818/11 - Revision anhängig unter - 9 AZR 305/12 -; LAG Hamm 12. Januar 2012 - 16 Sa 1352/11 - Revision anhängig unter - 9 AZR 232/12 -; LAG Baden-Württemberg 21. Dezember 2011 - 10 Sa 19/11 - Revision anhängig unter - 9 AZR 225/12 -*) und Literatur (*vgl. nur Bauer/von Medem NZA 2012, 113, 115 f.; Gehlhaar NJW 2012, 271, 273 f.; Pötters/Stiebert NJW 2012, 1034, 1037; Schinz RdA 2012, 181, 184; Bayreuther DB 2011, 2848, 2849; Franzen NZA 2011, 1403, 1405; Forst Anm. EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 7*) unterschiedlich beantwortet worden, ob auch nach der „nuancierten“ Rechtsprechung des EuGH an einer zeitlich nicht begrenzten Ansammlung von Urlaubsansprüchen bei lang andauernder Arbeitsunfähigkeit festzuhalten sei. Erörtert wurde, ob

28

aufgrund der Erkenntnis des EuGH in der KHS-Entscheidung, dass die Arbeitszeitrichtlinie nur einen Übertragungszeitraum verlangt, der die Dauer des Bezugszeitraums deutlich überschreitet (*EuGH 22. November 2011 - C-214/10 - [KHS] Rn. 38, aaO*), und ein Übertragungszeitraum von 15 Monaten diese Voraussetzung bei einem Bezugszeitraum von einem Jahr erfüllt, § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG unionsrechtskonform so ausgelegt werden kann oder muss, dass diese Vorschrift auch die Mindesturlaubsansprüche bei lang andauernder Arbeitsunfähigkeit begrenzt. Diskutiert wurde auch, ob der Wortlaut des § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG („drei Monate“) aufgrund der Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz (*Art. 20 Abs. 3 GG*) einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung und zeitlichen Begrenzung der gesetzlichen Urlaubsansprüche bei Dauererkrankung des Arbeitnehmers entgegensteht (*vgl. BAG 13. Dezember 2011 - 9 AZR 399/10 - Rn. 37, EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 20; Schinz RdA 2012, 181, 185; Suckow/Klose JbArbR Bd. 49 S. 59, 73*). Letzteres ist nicht der Fall. Eine modifizierte unionsrechtskonforme Auslegung von § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG ist nach der modifizierten Rechtsprechung des EuGH in der KHS-Entscheidung geboten.

(1) Einzelstaatliche Normen sind im Verhältnis zu einem privaten Arbeitgeber wie der Beklagten allerdings grundsätzlich unangewendet zu lassen, wenn das nationale Recht gegen das Primärrecht der Union verstößt (*BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 53, BAGE 130, 119*). Der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub ist auch in Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ausdrücklich verankert, der von Art. 6 Abs. 1 EUV der gleiche rechtliche Rang wie den Verträgen zuerkannt wird (*EuGH 22. November 2011 - C-214/10 - [KHS] Rn. 37, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 6 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 7*). Diese Rechtslage führt vorliegend jedoch nicht dazu, dass die Befristung des Urlaubsanspruchs in § 7 Abs. 3 BUrlG im Falle einer Dauererkrankung des Arbeitnehmers nicht berücksichtigt werden darf. Dies folgt hier bereits aus dem Umstand, dass die Grundrechtecharta erst mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 den Rang von Primärrecht erhielt. Das Arbeitsverhältnis der Parteien war zu diesem Zeitpunkt bereits beendet.

29

(2) Unabhängig davon stellt sich die Frage, ob eine nationale Bestimmung wegen ihrer Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht unangewendet bleiben muss, nur dann, wenn eine unionsrechtskonforme Auslegung nicht möglich ist (*EuGH 24. Januar 2012 - C-282/10 - [Dominguez] Rn. 23, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 8; vgl. Wißmann FS Bepler S. 649, 654*). § 7 Abs. 3 BUrlG kann und muss unionsrechtskonform ausgelegt werden (*vgl. BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 57, BAGE 130, 119*). Ermöglicht es das nationale Recht durch Anwendung seiner Auslegungsmethoden, eine innerstaatliche Bestimmung so auszulegen, dass eine Kollision mit einer anderen Norm innerstaatlichen Rechts vermieden wird, sind die nationalen Gerichte verpflichtet, die gleichen Methoden anzuwenden, um das von der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen (*BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 58 mwN, aaO; vgl. auch EuGH 24. Januar 2012 - C-282/10 - [Dominguez] Rn. 24 mwN, aaO*). Mehrere mögliche Auslegungsmethoden sind daher hinsichtlich des Richtlinienziels bestmöglich anzuwenden im Sinne eines Optimierungsgebots (*BVerfG 26. September 2011 - 2 BvR 2216/06 ua. - Rn. 46, NJW 2012, 669*). Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn die nationalen Gerichte die Reichweite der innerstaatlichen Bestimmung zu diesem Zweck einschränken müssen (*BAG 17. November 2009 - 9 AZR 844/08 - Rn. 25 mwN zur Rspr. des EuGH, BAGE 132, 247; Gallner FS Etzel S. 155, 163*). Ergebnis der richterlichen Rechtsanwendung kann dabei auch die Festlegung einer konkreten Zahl sein (*vgl. zur Zahl von 15 Überhangmandaten: BVerfG 25. Juli 2012 - 2 BvE 9/11 ua - Rn. 144*).

30

(3) Allerdings unterliegt der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts Schranken. Die Pflicht zur Verwirklichung eines Richtlinienziels im Auslegungsweg findet zugleich ihre Grenzen an dem nach innerstaatlicher Rechtstradition methodisch Erlaubten (*BVerfG 26. September 2011 - 2 BvR 2216/06 ua. - Rn. 47, NJW 2012, 669*). Sie darf nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts dienen (*EuGH 24. Januar 2012 - C-282/10 - [Dominguez] Rn. 25 mwN, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 8; BAG 17. November 2009 - 9 AZR 844/08 - Rn. 26, BAGE 132, 247*). Ob und inwieweit das innerstaatliche Recht eine entspre-

31

chende richtlinienkonforme Auslegung zulässt, können nur innerstaatliche Gerichte beurteilen (*BVerfG 26. September 2011 - 2 BvR 2216/06 ua. - Rn. 47 f., NJW 2012, 669*).

c) In Anwendung dieser Grundsätze ist § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG 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 gehen jedoch mit Ablauf des 31. März des zweiten Folgejahres unter. Dies gilt auch bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit. Ein solcher Übertragungszeitraum von 15 Monaten wurde vom EuGH als unionsrechtskonform gebilligt, sodass es keiner Einleitung eines Verfahrens nach Art. 267 AEUV zur Klärung der Auslegung der Arbeitszeitrichtlinie bedarf. Dabei ist klarzustellen, dass sich die Länge des Übertragungszeitraums von 15 Monaten nicht zwingend aus dem Unionsrecht ergibt. Der Gesetzgeber wäre nicht gehindert, einen anderen Übertragungszeitraum festzusetzen, der lediglich deutlich länger sein müsste als der Bezugszeitraum. Ein solches Tätigwerden des Gesetzgebers ist in der Literatur vielfach gefordert worden (*vgl. Bauer/von Medem NZA 2012, 113, 116 f.; Düwell jurisPR-ArbR 16/2012 Anm. 3; Franzen NZA 2011, 1403, 1404 f.*) - bislang ohne Erfolg.

32

aa) Eine solche unionsrechtskonforme Auslegung entspricht dem vom Gesetzgeber mit der Regelung in § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG verfolgten Zweck, wenn die Ziele des Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie und der regelmäßig anzunehmende Wille des nationalen Gesetzgebers zur ordnungsgemäßen Umsetzung von Richtlinien berücksichtigt werden (*BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 59 mwN, BAGE 130, 119*). Dabei kann dahinstehen, inwieweit rechtmethdisch an der klassischen Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung festzuhalten ist (*kritisch zur Wortlautgrenze: Pötters/Christensen JZ 2011, 387, 389 ff.; kritisch zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung: Kamanabrou SAE 2009, 233, 234 ff.; Höpfner Anm. AP BUrlG § 11 Nr. 65*). Auch das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass der Wortlaut im Regelfall keine starre Auslegungsgrenze zieht und zählt zu den

33

anerkannten Methoden der Auslegung von Gesetzen auch die teleologische Reduktion (*BVerfG 26. September 2011 - 2 BvR 2216/06 ua. - Rn. 57, NJW 2012, 669*). Entscheidend ist, dass sich weder aus dem Wortlaut der Norm noch aus den Gesetzesmaterialien zum BUrlG ein eindeutiger Wille des Gesetzgebers ergibt, den Urlaubsanspruch auch dann zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des in § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG genannten Übertragungszeitraums erlöschen zu lassen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund von Krankheit nicht dazu in der Lage war, den Urlaub in Anspruch zu nehmen. Es ist ebenso möglich, dass der Gesetzgeber den Fall nicht im Auge hatte, dass die Verwirklichung des Urlaubs im Kalenderjahr und im Übertragungszeitraum wegen Arbeitsunfähigkeit nicht möglich gewesen ist (*vgl. BAG 13. November 1969 - 5 AZR 82/69 - zu 2 der Gründe, BAGE 22, 211*).

bb) Insofern gebietet der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung eine weitgehende Rückkehr zum Auslegungsergebnis der früheren Rechtsprechung zu § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG (*BAG 13. November 1969 - 5 AZR 82/69 - zu 2 der Gründe, BAGE 22, 211; zur Ähnlichkeit dieser Rspr. mit der Rspr. des EuGH: vgl. Polzer Die Befristung des Urlaubsanspruchs auf das Kalenderjahr S. 21*). Danach verfiel der Urlaubsanspruch nicht, wenn der Arbeitnehmer infolge lang andauernder Arbeitsunfähigkeit gehindert war, den Urlaub vor Ablauf des Kalenderjahres bzw. des Übertragungszeitraums zu nehmen. Vielmehr wurde § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG so ausgelegt, dass der Urlaub im Falle der Unmöglichkeit der Urlaubsverwirklichung im Kalenderjahr infolge lang andauernder Arbeitsunfähigkeit auf das folgende Kalenderjahr ohne Beschränkung auf die Dreimonatsfrist des § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG übergeht. Dementsprechend hat der Senat in seiner Entscheidung vom 9. August 2011 (- 9 AZR 425/10 - Rn. 19, *EzA BUrlG § 7 Nr. 125*) bereits klargestellt, dass zum Urlaubsanspruch nicht nur der jeweils neueste, am 1. Januar eines jeden Kalenderjahres entstehende Anspruch gehört, sondern auch der infolge der Übertragung hinzutretende, noch zu erfüllende Anspruch aus dem Vorjahr. Auf diese kumulierende Weise wächst der Urlaubsanspruch an. Nach § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG besteht nur die Besonderheit, dass der Arbeitgeber im Interesse einer zeitnahen Erholung den Anteil des Urlaubsanspruchs, der vor dem laufenden Ur-

34

laubsjahr entstanden ist, innerhalb des ersten Quartals gewähren muss. Geht der aus dem Vorjahr übertragene Urlaubsanspruch trotz Ablaufs des Übertragungszeitraums - etwa wegen andauernder krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers - nicht unter, ist dieser Teil des Urlaubsanspruchs gegenüber dem Teil, den der Arbeitnehmer zu Beginn des aktuellen Urlaubsjahres erworben hat, nicht privilegiert. Er unterliegt dem Fristenregime des § 7 Abs. 3 BUrlG (*BAG 9. August 2011 - 9 AZR 425/10 - aaO*). Soweit in der Vergangenheit offengelassen wurde, ob der übertragene Urlaubsanspruch am Ende des Jahres im Falle fortbestehender Arbeitsunfähigkeit untergeht (*BAG 13. November 1969 - 5 AZR 82/69 - zu 2 der Gründe, BAGE 22, 211; vgl. auch 9. August 2011 - 9 AZR 425/10 - Rn. 19, EzA BUrlG § 7 Nr. 125; 9. August 2011 - 9 AZR 365/10 - Rn. 11, EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 18; 13. Dezember 2011 - 9 AZR 399/10 - Rn. 37, EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 20*), ist diese Frage zu verneinen.

- (1) Dies ergibt sich zum einen bereits aus der Anwendbarkeit des § 7 Abs. 3 BUrlG - insbesondere des Satzes 2 - auf den übertragenen Urlaub (*vgl. Bauer/von Medem NZA 2012, 113, 116 unter Hinweis auf § 7 Abs. 3 Satz 4 BUrlG*). Wegen des (*weiterhin*) vorliegenden Grundes in der Person des Arbeitnehmers wird der Urlaubsanspruch (*erneut*) übertragen, diesmal in das - vom Urlaubsjahr aus betrachtet - übernächste Kalenderjahr. 35
- (2) Zum anderen steht einem Untergang des in das Folgejahr übertragenen Urlaubsanspruchs der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung entgegen. 36
- (a) Nach der Rechtsprechung des EuGH folgt aus Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie, dass ein Übertragungszeitraum die Dauer des Bezugszeitraums, für den er gewährt wird, deutlich überschreiten muss (*EuGH 22. November 2011 - C-214/10 - [KHS] Rn. 38, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 6 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 7; 3. Mai 2012 - C-337/10 - [Neidel] Rn. 41, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 9*). Der Bezugszeitraum ist nach dem BUrlG das Kalenderjahr. Würde der übertragene Urlaub bereits am Ende des Folgejahres verfallen, würde der Übertragungszeitraum 37

nur dem Bezugszeitraum entsprechen, diesen aber nicht deutlich überschreiten. Diese Rechtsfrage war bereits mehrfach Gegenstand der Auslegung durch den EuGH (*acte éclairé*). Eine erneute Vorlage dieser Rechtsfrage nach Art. 267 AEUV ist nicht geboten (*vgl. jüngst BVerfG 29. Mai 2012 - 1 BvR 3201/11 - Rn. 30*).

(b) Art. 9 des Übereinkommens Nr. 132 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) über den bezahlten Jahresurlaub vom 24. Juni 1970 (*vgl. BGBl. II 1975 S. 746*) gebietet keine europarechtswidrige Auslegung des § 7 Abs. 3 BUrlG im Sinne eines (*teilweisen*) Erlöschens des übertragenen Urlaubs 12 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres (*aA Düwell jurisPR-ArbR 16/2012 Anm. 3*). Nach dieser Regelung ist der in Art. 8 Abs. 2 des Übereinkommens genannte ununterbrochene Teil des bezahlten Jahresurlaubs spätestens ein Jahr und der übrige Teil des bezahlten Jahresurlaubs spätestens 18 Monate nach Ablauf des Jahres, für das der Urlaubsanspruch erworben wurde, zu gewähren und zu nehmen. Die Bestimmungen des IAO-Übereinkommens Nr. 132 sind jedoch keine unmittelbar anwendbaren völkerrechtlichen Normen (*BAG 7. Dezember 1993 - 9 AZR 683/92 - zu I 5 der Gründe, BAGE 75, 171; vgl. auch 9. August 2011 - 9 AZR 425/10 - Rn. 23, EzA BUrlG § 7 Nr. 125; Powietzka/Rolf BUrlG § 1 Rn. 16; ErfK/Gallner § 7 BUrlG Rn. 35 mwN*). Durch das Zustimmungsgesetz ist das IAO-Übereinkommen Nr. 132 nicht innerstaatliches Recht in dem Sinne geworden, dass seine Vorschriften normativ auf alle Arbeitsverhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland einwirken mit der Folge, dass die Gerichte für Arbeitssachen entgegenstehende gesetzliche oder kollektiv-rechtliche Bestimmungen oder einzelvertragliche Vereinbarungen nicht zu beachten haben oder zumindest völkerrechtsfreundlich auszulegen haben (*BAG 7. Dezember 1993 - 9 AZR 683/92 - zu I 5 b der Gründe, aaO*). Insbesondere ist die durch die Ratifizierung begründete Bindung nicht derart, dass sie die Bindung an das Unionsrecht außer Kraft setzen könnte. Der EuGH hat bei seiner Auslegung des Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie die in Art. 9 Abs. 1 des IAO-Übereinkommens Nr. 132 enthaltene zwölfmonatige Frist berücksichtigt (*EuGH 22. November 2011 - C-214/10 - [KHS] Rn. 41 f., AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 6 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 7*)

38

und ist dennoch zu dem Ergebnis gelangt, der Übertragungszeitraum müsse deutlich länger als 12 Monate sein. Hieran sieht sich der Senat wegen Art. 23 GG, Art. 267 AEUV gebunden.

Es kann daher offenbleiben, ob Art. 9 Abs. 1 des IAO-Übereinkommens Nr. 132 den Fall der Unmöglichkeit der Inanspruchnahme des Urlaubs überhaupt erfasst und ob dieser Vorschrift die Verpflichtung zu entnehmen ist, dass der Urlaubsanspruch nach einem bestimmten Zeitraum untergehen muss (*in diesem Sinne: BAG 7. Dezember 1993 - 9 AZR 683/92 - zu I 5 c der Gründe, BAGE 75, 171*). Die Befristung des Urlaubsanspruchs ist ein vom deutschen Gesetzgeber gewähltes Mittel, um den Arbeitnehmer dazu anzuhalten, den Urlaubsanspruch zeitnah zum Urlaubsjahr geltend zu machen. Im IAO-Übereinkommen Nr. 132 ist dieses Mittel nicht vorgegeben. Art. 14 des Übereinkommens schreibt nur vor, dass mit der Art der Durchführung des Übereinkommens im Einklang stehende wirksame Maßnahmen zu treffen sind, um die ordnungsgemäße Anwendung und Durchsetzung der Vorschriften oder Bestimmungen über den bezahlten Urlaub „durch eine angemessene Aufsicht oder durch sonstige Mittel“ zu gewährleisten.

39

cc) Besteht die Arbeitsunfähigkeit auch am 31. März des zweiten auf das Urlaubsjahr folgenden Jahres fort, so verfällt der Urlaubsanspruch gemäß § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG. Der in das Folgejahr übertragene Urlaub unterliegt dem Fristenregime des § 7 Abs. 3 BUrlG (*BAG 9. August 2011 - 9 AZR 425/10 - Rn. 19, EzA BUrlG § 7 Nr. 125*). Eine erneute Privilegierung des bereits einmal übertragenen Urlaubs ist europarechtlich nicht geboten. Soweit der Senat (*24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 59, BAGE 130, 119*) aufgrund der Schlussfolgerungen des EuGH in der Schultz-Hoff-Entscheidung angenommen hat, dass Urlaubsansprüche bei fortbestehender Krankheit unabhängig von der Länge des Zeitraums der Unmöglichkeit der Inanspruchnahme zu keinem Zeitpunkt verfallen, hält der Senat nach der „Nuancierung“ der Rechtsprechung des EuGH und der Erkenntnis des Gerichtshofs in der KHS-Entscheidung, dass ein Recht des Arbeitnehmers, der während mehrerer Bezugszeiträume in Folge arbeitsunfähig ist, unbegrenzt alle während des Zeitraums seiner Abwesenheit

40

von der Arbeit erworbenen Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub anzusammeln, nicht mehr dem Zweck des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub entsprechen würde, daran nicht fest. Verfällt der aufrechterhaltene Urlaub nach nationalem Recht entsprechend § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG am 31. März des zweiten auf das Urlaubsjahr folgenden Jahres, mithin 15 Monate nach dem Ende des Bezugszeitraums, bedarf es keiner Klärung der Frage, ob unionsrechtlich auch ein kürzerer Übertragungszeitraum von zB 13 oder 14 Monaten zulässig wäre (*zu dieser Frage: vgl. Forst Anm. EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 7*).

dd) Eine weitere Reduktion des § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG ist weder nach nationalem Recht noch nach Unionsrecht geboten. Der Gesetzgeber hat den Urlaub in §§ 1, 13 Abs. 1 BUrlG grundsätzlich unabdingbar an das Urlaubsjahr gebunden (*vgl. BAG 26. Juni 1969 - 5 AZR 393/68 - zu 1 der Gründe, BAGE 22, 85*). Selbst dann, wenn eine Übertragung ausnahmsweise gestattet ist, muss der Urlaub in engem zeitlichen Anschluss an das Kalenderjahr durchgeführt werden. Aus §§ 1, 7 Abs. 3 BUrlG ergibt sich insofern das Gebot der zeitnahen Erfüllung des Urlaubsanspruchs (*BAG 21. Juni 2005 - 9 AZR 200/04 - zu II 3 b bb der Gründe, AP InsO § 55 Nr. 11 = EzA BUrlG § 7 Nr. 114*). Das Bedürfnis nach urlaubsgemäßer Erholung verringert sich auch, je mehr sich der zeitliche Abstand zum Entstehungsjahr des Urlaubs vergrößert (*vgl. BAG 21. Juli 1973 - 5 AZR 105/73 - AP BUrlG § 7 Übertragung Nr. 3 = EzA BUrlG § 7 Nr. 15*). Darüber hinaus ist das Interesse des Arbeitgebers an einer zeitlichen Begrenzung der Urlaubsansprüche anzuerkennen. Eine solche Begrenzung kann auch im Interesse des Arbeitnehmers liegen. Muss ein Arbeitgeber im Falle einer Dauererkrankung des Arbeitnehmers nicht mit einer unbegrenzten Ansammlung von Urlaubsansprüchen rechnen, wird er in aller Regel trotz der lang anhaltenden Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers eher zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bereit sein und von einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses Abstand nehmen.

41

d) Bei Anwendung dieser Grundsätze verfiel der im Jahr 2005 entstandene Urlaub am 31. März 2007, der im Jahr 2006 entstandene Urlaub am

42

31. März 2008 und der im Jahr 2007 entstandene Urlaub am 31. März 2009. Der Urlaub aus diesen Jahren ist wegen seines Verfalls nach § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG nicht gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten.

II. Ohne Erfolg rügt die Beklagte, sie sei nicht verpflichtet, den gesetzlichen Erholungsurlaub und den der Klägerin zustehenden Schwerbehinderten-zusatzurlaub aus den Jahren 2008 und 2009 im Umfang von insgesamt 31 Urlaubstagen gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG mit insgesamt 3.919,95 Euro brutto nebst Zinsen abzugelten. Darüber, dass ein Urlaubstag mit 126,45 Euro brutto abzugelten ist, besteht kein Streit. 43

1. Der im Jahr 2008 erworbene gesetzliche Urlaubsanspruch von insgesamt 25 Urlaubstagen verfiel nicht mit Ablauf des 31. März 2009. Dies folgt schon aus § 26 Abs. 2 Buchst. a Satz 2 TVöD, wonach der Urlaub, der wegen Arbeitsunfähigkeit nicht bis zum 31. März angetreten werden kann, bis zum 31. Mai anzutreten ist. Diese zugunsten der Beschäftigten von § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG abweichende Regelung verstößt nicht gegen die Regelung in § 13 Abs. 1 BUrlG. Die Voraussetzung, dass der Urlaub von der Klägerin wegen Arbeitsunfähigkeit nicht angetreten werden konnte, ist erfüllt. Die Beklagte hat selbst behauptet, dass die Klägerin im Jahr 2008 und darüber hinaus bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. März 2009 aufgrund ihrer gesundheitlichen Konstitution nicht in der Lage war, ihre Arbeitskraft für die vertragsgemäße Tätigkeit anzubieten. Die Klägerin beansprucht auch mit Recht die Abgeltung des im Jahr 2009 entstandenen anteiligen gesetzlichen Erholungsurlaubs von fünf Urlaubstagen und des anteiligen Zusatzurlaubs von einem Tag, sodass die Beklagte insgesamt 31 Urlaubstage mit jeweils 126,45 Euro brutto abzugelten hat und deshalb zur Zahlung von 3.919,95 Euro brutto zu verurteilen war. 44

2. Die Zinsentscheidung beruht auf §§ 291, 288 Abs. 1 BGB. Es ist nicht festgestellt, dass die Klägerin die Beklagte zu einem früheren Zeitpunkt bezüglich der Urlaubsabgeltung iSd. § 286 Abs. 1 BGB durch eine Mahnung in Verzug gesetzt hat. Aus § 7 Abs. 4 BUrlG folgt nur das Entstehen des Abgeltungsanspruchs mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses (*BAG 9. August 2011 - 9 AZR 365/10 - Rn. 17, EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 18*). Für die Leistung der 45

Abgeltung ist damit jedoch nicht iSd. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine Zeit nach dem Kalender bestimmt. Soweit der Senat in der Vergangenheit angenommen hat, der Arbeitgeber gerate ohne Weiteres bereits mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Verzug, hält er daran nicht mehr fest.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 ZPO.

46

Brühler

Krasshöfer

Klose

Matthias Dipper

Neumann