

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 416/10
16 Sa 1502/09
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. September 2011

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. September 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Düwell, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer und Dr. Suckow sowie die ehrenamtlichen Richter Faltyn und Ropertz für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 22. April 2010 - 16 Sa 1502/09 - aufgehoben, soweit es der Klage stattgegeben hat.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bocholt vom 16. Oktober 2009 - 2 Ca 1497/09 - wird insgesamt zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Klägerin und ihr Sohn sind gemeinschaftliche Erben des am 16. April 2009 verstorbenen Ehemanns der Klägerin (*Erblasser*). 1

Der Erblasser war seit dem 23. April 2001 bis zu seinem Tod als Kraftfahrer bei der Beklagten mit einem durchschnittlichen Bruttomonatsverdienst iHv. 2.000,00 Euro in einer Fünf-Tage-Woche beschäftigt. Der jährliche Urlaubsanspruch des Erblassers betrug 28 Arbeitstage. Seit dem 14. April 2008 war er durchgehend arbeitsunfähig erkrankt. In den Jahren 2008 und 2009 war ihm kein Urlaub gewährt worden. 2

Nachdem die Klägerin - unter Fristsetzung bis zum 5. Juni 2009 - von der Beklagten erfolglos die Abgeltung des Urlaubs des Erblassers verlangte, hat sie schließlich Mitte 2009 Klage vor dem Arbeitsgericht erhoben. 3

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Beklagte habe den Urlaub aus den Jahren 2008 und 2009, den sie dem Erblasser nicht gewährt habe, abzugelten. Die bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses andauernde Erkrankung des Erblassers stehe dem erhobenen Urlaubsabgeltungsanspruch nicht entgegen. Die anderslautende bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sei aufgrund der Vorgaben des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG insoweit 4

abzuändern. Denn Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG eröffne die finanzielle Vergütung von Mindesturlaub bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die einen nach § 1922 BGB übertragbaren Vermögensanspruch darstelle.

Die Klägerin hat beantragt,

5

die Beklagte zu verurteilen, an sie 3.692,31 Euro brutto Urlaubsabgeltung zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 7. Juni 2009 zu zahlen;

hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, an die Erbengemeinschaft nach Herrn H 3.692,31 Euro brutto Urlaubsabgeltung zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 7. Juni 2009 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, der Urlaubsanspruch sei mit dem Tod des Erblassers erloschen. Ein Abgeltungsanspruch habe deshalb nicht entstehen können.

6

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht dem Hilfsantrag teilweise stattgegeben und die Beklagte verurteilt, insgesamt 35 Urlaubstage aus den Jahren 2008 und 2009 mit einem Gesamtbetrag iHv. 3.230,50 Euro brutto nebst anteiliger Zinsen abzugelten. Im Übrigen hat es die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Die Beklagte begehrt mit der Revision die Abweisung der Klage, soweit das Landesarbeitsgericht ihr stattgegeben hat.

7

Entscheidungsgründe

A. Die Revision der Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht ist rechtsfehlerhaft zu dem Ergebnis gelangt, die Beklagte sei verpflichtet, an die Erbengemeinschaft Urlaubsabgeltung in Höhe von 3.230,50 Euro brutto nach § 7 Abs. 4 BUrlG iVm. § 1922 Abs. 1, §§ 2032, 2039 BGB zu zahlen.

8

I. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, die Klage sei zulässig.

9

Die Klägerin ist prozessführungsbefugt, obwohl sie nur Miterbin neben ihrem Sohn ist. § 2039 Satz 1 BGB verleiht dem einzelnen Miterben die Prozessführungsbefugnis zur Durchsetzung von Ansprüchen, die der Erbengemeinschaft gegen Dritte zustehen (*vgl. Palandt/Weidlich BGB 70. Aufl. § 2039 Rn. 6 ff.*). Deshalb kann die Klägerin als Miterbin gemäß § 1922 Abs. 1, § 2032 Abs. 1, § 2039 Satz 1 BGB etwaige zum Nachlass gehörende Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis - wie den behaupteten Urlaubsabgeltungsanspruch - für die Erbengemeinschaft gerichtlich geltend machen. Ob das behauptete Recht tatsächlich besteht, ist eine Frage der Begründetheit der Klage. 10

II. Die Klage ist unbegründet. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts erwarb die Erbengemeinschaft gegen die Beklagte als ehemalige Arbeitgeberin des Erblassers keinen Anspruch auf Zahlung einer Urlaubsabgeltung in Höhe von 3.230,50 Euro brutto nach § 7 Abs. 4 BUrlG iVm. § 1922 Abs. 1 BGB. 11

1. Dabei kann dahinstehen, ob die Annahme des Landesarbeitsgerichts zutrifft, dass ein entstandener Urlaubsabgeltungsanspruch im Hinblick auf die neuere Senatsrechtsprechung zur Urlaubsabgeltung bei dauernder Arbeitsunfähigkeit (*vgl. grundlegend BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 47 ff., BAGE 130, 119; fortgeführt von BAG 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 70, AP SGB IX § 125 Nr. 3 = EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 16; 4. Mai 2010 - 9 AZR 183/09 - Rn. 18, EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 17*) als reine Geldforderung nunmehr vererbbar ist und nach § 1922 Abs. 1 BGB in den Nachlass fällt (*vgl. hierzu näher AnwK-ArbR/Düwell 2. Aufl. § 7 BUrlG Rn. 141*). Denn vorliegend ist bereits kein Urlaubsabgeltungsanspruch nach § 7 Abs. 4 BUrlG entstanden, der nach § 1922 Abs. 1 BGB auf die Erben hätte übergehen können. 12

2. Zwar traten die Klägerin und ihr Sohn als Erben mit dem Erbfall im Wege der Universalsukzession (§ 1922 Abs. 1 BGB) in sämtliche Rechtsverhältnisse des Erblassers mit der Folge ein, dass sie aus diesen Rechtsverhältnissen des Erblassers berechtigt und verpflichtet wurden. Ein Urlaubsabgeltungsanspruch des Erblassers, der Teil der Erbmasse hätte sein können, bestand jedoch nicht. Der Urlaubsanspruch des Erblassers ging mit dessen Tod unter 13

und konnte sich nicht in einen Abgeltungsanspruch iSv. § 7 Abs. 4 BUrlG umwandeln.

a) Es entspricht bisheriger ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dass kein Urlaubsabgeltungsanspruch nach § 7 Abs. 4 BUrlG entsteht, wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers beendet wird (*vgl. zuletzt BAG 20. Januar 1998 - 9 AZR 601/96 - zu I 2 b der Gründe; 23. Juni 1992 - 9 AZR 111/91 - zu 2 der Gründe, BAGE 70, 348; 26. April 1990 - 8 AZR 517/89 - zu I 1 b der Gründe, BAGE 65, 122*). 14

aa) Im Streitfall endete das Arbeitsverhältnis zwischen dem Erblasser und der Beklagten aufgrund des Todes des Erblassers. Wenn die Pflicht zur Arbeitsleistung - wie hier - nicht übertragbar ist, endet das Arbeitsverhältnis mit dem Tod des Arbeitnehmers (*vgl. BAG 16. Mai 2000 - 9 AZR 277/99 - zu I 2 d der Gründe, AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 20 = EzA BGB § 611 Aufhebungsvertrag Nr. 36*). Dies folgt mittelbar aus § 613 Satz 2 BGB. Der Arbeitnehmer hat die von ihm geschuldete Arbeitsleistung im Regelfall in Person zu erbringen. Mangels Übertragbarkeit der Arbeitspflicht geht sie nicht gemäß § 1922 Abs. 1 BGB auf die Erben über. Der Ausnahmefall einer übertragbaren Arbeitspflicht lag hier nicht vor. 15

bb) Gleiches gilt nach bisheriger Rechtsprechung für den Urlaubsanspruch. Danach setzt der Anspruch auf Abgeltung von Urlaub nach § 7 Abs. 4 BUrlG voraus, dass der Arbeitnehmer bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses lebt (*BAG 23. Juni 1992 - 9 AZR 111/91 - zu 1 und 2 der Gründe, BAGE 70, 348*). Endet das Arbeitsverhältnis hingegen mit dem Tod des Arbeitnehmers, so erlischt mit der Beendigung zugleich der Urlaubsanspruch. Es kann deshalb kein Urlaubsabgeltungsanspruch mehr entstehen (*vgl. BAG 23. Juni 1992 - 9 AZR 111/91 - zu 3 der Gründe, aaO; 26. April 1990 - 8 AZR 517/89 - zu I 1 b der Gründe, BAGE 65, 122; so auch weiterhin das überwiegende Schrifttum: ErfK/Dörner/Gallner 11. Aufl. § 7 BUrlG Rn. 51; ErfK/Preis § 613 BGB Rn. 6; HWK/Schinz 4. Aufl. § 7 BUrlG Rn. 118; Arnold/Tillmanns/Zimmermann BUrlG 2. Aufl. § 1 Rn. 66; Staudinger/Richardi/Fischinger (2011) § 613 BGB Rn. 15*). 16

aA Schipper/Polzer NZA 2011, 80; ArbG Potsdam 15. Februar 2011 - 3 Ca 1512/10 -).

Der Urlaubsabgeltungsanspruch wurde lange Zeit ebenso wie die Arbeitspflicht als höchstpersönlich und nicht übertragbar angesehen. Das mit der Surrogation begründete Merkmal der Erfüllbarkeit des Freistellungsanspruchs im fiktiv fortbestehenden Arbeitsverhältnis (*Kern der sog. Surrogats-
theorie*; vgl. BAG 5. Dezember 1995 - 9 AZR 871/94 - BAGE 81, 339) hat der Senat jedoch in seiner reformierten Rechtsprechung zur Umsetzung der Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache Schultz-Hoff aufgegeben (vgl. *grundlegend* BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 44 ff., BAGE 130, 119; *fortgeführt* von BAG 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 70, AP SGB IX § 125 Nr. 3 = EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 16; 4. Mai 2010 - 9 AZR 183/09 - Rn. 17, EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 17). Danach ist der Urlaubsabgeltungsanspruch nur noch ein reiner Geldanspruch. Davon bleibt die Rechtsnatur des Urlaubsanspruchs unberührt; denn Urlaub kann nur dem Arbeitnehmer durch Freistellung von dessen (*höchstpersönlicher*) Arbeitspflicht gewährt werden (vgl. BAG 28. August 2001 - 9 AZR 611/99 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 99, 5). Inhalt des Urlaubsanspruchs ist deshalb nach §§ 1, 3 BUrlG die Beseitigung der Arbeitspflicht für die Dauer der Urlaubszeit. Da die Arbeitspflicht nach § 613 BGB regelmäßig an die Person des Arbeitnehmers gebunden ist, können solche Pflichten, auf die der Urlaubsanspruch bezogen ist, nach dem Tode des Arbeitnehmers - als dem zur Arbeit Verpflichteten - nicht mehr entstehen. Ein Urlaubsanspruch entfällt daher schon deshalb, weil ein Arbeitgeber ihn nicht erfüllen könnte. Zudem endet das Arbeitsverhältnis zugleich mit dem Tod des Arbeitnehmers (*arg. § 613 BGB*), sodass ein Urlaubsanspruch nach dem Bundesurlaubsgesetz nicht in Betracht kommt. Aus diesem Grunde scheidet ebenso das Entstehen eines Urlaubsabgeltungsanspruchs iSv. § 7 Abs. 4 BUrlG aus Anlass dieser Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus, weil der Arbeitnehmer als möglicher Anspruchsinhaber eines Abgeltungsanspruchs, der nur in seiner Person entstehen könnte, nicht mehr lebt (vgl. BAG 26. April 1990 - 8 AZR 517/89 - zu I 1 b der Gründe, BAGE 65, 122; *fortgeführt* von BAG 23. Juni 1992 - 9 AZR 111/91 - zu 2 der Gründe,

17

BAGE 70, 348). Entsteht aber kein Abgeltungsanspruch in der Person des Arbeitnehmers, kann er auch nicht in den Nachlass fallen. Hieran hält der Senat im Ergebnis fest.

b) Nach Aufgabe des Merkmals der Erfüllbarkeit des Urlaubsanspruchs (*grundlegend BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 44 ff., BAGE 130, 119; fortgeführt von BAG 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 70, AP SGB IX § 125 Nr. 3 = EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 16*) kann das Entstehen eines Abgeltungsanspruchs nach § 7 Abs. 4 BUrlG aus folgenden Gründen nicht mehr verneint werden: Der Arbeitnehmer hätte bei (*fiktivem*) Fortbestand des Arbeitsverhältnisses wegen Arbeitsunfähigkeit nicht freigestellt werden können und deshalb müsse der Abgeltungsanspruch als Surrogat des Urlaubsanspruchs ebenso wie der Urlaubsanspruch untergehen (*vgl. BAG 20. Januar 2008 - 9 AZR 601/96 - zu I 2 b der Gründe; so auch noch Leinemann/Linck Urlaubsrecht 2. Aufl. § 7 BUrlG Rn. 218*). Nunmehr gilt Folgendes:

aa) Der für die Gesetzesauslegung maßgebliche Wortlaut des § 7 Abs. 4 BUrlG bestimmt, dass der Urlaub abzugelten ist, soweit er „wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden“ kann. Den Grund für das Entstehen des Abgeltungsanspruchs stellt demnach die Beendigung des Arbeitsverhältnisses dar. Der zu diesem Zeitpunkt noch bestehende Urlaubsanspruch wird nach § 7 Abs. 4 BUrlG mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch einen Abgeltungsanspruch ersetzt. Maßgeblicher Zeitpunkt für dessen Entstehen ist damit das Ende des Arbeitsverhältnisses.

(1) Der Abgeltungsanspruch entsteht folglich nicht bereits zu dem Zeitpunkt, zu dem feststeht, dass das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Termin enden wird und eine Urlaubsnahme nicht möglich ist (*so aber Compensis DB 1992, 888, 892*). Vielmehr entsteht dieser nach dem insoweit klaren Wortlaut des § 7 Abs. 4 BUrlG erst mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

(2) Zudem folgt bereits aus der Formulierung des § 7 Abs. 4 BUrlG selbst, dass bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein noch offener Urlaubsanspruch bestehen muss, der sodann wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

nisses nicht mehr gewährt werden kann und deshalb kraft Gesetzes abzugelten ist. So heißt es ausdrücklich in § 7 Abs. 4 BUrlG: „Kann der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ... nicht mehr gewährt werden ...“ Ein Urlaubsabgeltungsanspruch kann danach nur dann entstehen, wenn der Arbeitnehmer bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch einen Urlaubsanspruch hatte (*vgl. auch ErfK/Dörner/Gallner § 7 BUrlG Rn. 51*).

bb) Mit dem Tod des Arbeitnehmers erlischt dessen regelmäßig höchstpersönliche Leistungspflicht im Sinne des § 613 Satz 1 BGB. Hieraus folgt zugleich, dass auch alle Ansprüche auf Befreiung von dieser Arbeitspflicht untergehen (*vgl. ErfK/Preis § 613 BUrlG Rn. 5*). Verstirbt ein Arbeitnehmer, so erlischt bereits deshalb zugleich auch sein auf Befreiung von der Arbeitspflicht gerichteter Urlaubsanspruch. Der Urlaubsabgeltungsanspruch kann damit nicht vor dem Tod des Arbeitnehmers, der erst zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt, entstanden sein. § 7 Abs. 4 BUrlG statuiert insoweit mittelbar ein Abgeltungsverbot im bestehenden Arbeitsverhältnis. Im Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion zum BUrlG vom 23. Januar 1962 war dies noch klarer formuliert. Nach dessen § 6 Abs. 3 sollte eine Abgeltung des Urlaubs nur statthaft sein, wenn der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr als Freizeit gewährt werden kann (*BT-Drucks. IV/142, abgedr. in RdA 1962, 142*). Nur für den Fall, dass der Arbeitnehmer infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses den Urlaub ganz oder teilweise nicht mehr erhalten kann, sollte die Abgeltung erlaubt sein. Die Regelung soll eine Ausnahme vom finanziellen Abgeltungsverbot allein für den Fall der Beendigung zulassen, um den Arbeitnehmer vor völligem Anspruchsverlust wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu schützen (*vgl. auch HK-ArbR/Holthaus 2. Aufl. § 7 BUrlG Rn. 99*). Dabei kann dahinstehen, ob sich der Urlaubsanspruch mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses oder erst danach in einen Abgeltungsanspruch umwandelt. Der mit dem Tod des Arbeitnehmers untergehende Urlaubsanspruch kann sich jedenfalls nicht zeitgleich in einen Abgeltungsanspruch umwandeln. Anspruchsuntergang und gleichzeitige Umwandlung des Anspruchs schließen sich aus.

22

cc) Schließlich spricht der systematische Kontext des § 7 Abs. 4 BUrlG dafür, dass der Tod als Auslöser für einen Abgeltungsanspruch nach dieser Norm ausscheidet. Denn § 7 Abs. 4 BUrlG stellt einen besonders geregelten Fall des Leistungsstörungsrechts dar, der die allgemeinen Regelungen des § 275 ff. BGB, die ansonsten bei Unmöglichkeit von Leistungen gelten, verdrängt (*vgl. hierzu auch HWK/Schinz § 7 BUrlG Rn. 111*). Die Erfüllung des eigentlichen Urlaubsanspruchs durch Freistellung ist wegen der Beendigung nicht mehr möglich. An dessen Stelle tritt sodann (*als Ersatzanspruch*) der Anspruch auf Urlaubsabgeltung. Stirbt der Arbeitnehmer, ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht ursächlich für die Unmöglichkeit, den Urlaubsanspruch zu erfüllen (*so auch HK-ArbR/Holthaus § 7 BUrlG Rn. 102; Friese Urlaubsrecht Rn. 458, 463; aA Schipper/Polzer NZA 2011, 80, 81*). Denn stirbt der Arbeitnehmer, so folgt daraus zugleich auch, dass auch der auf die Beseitigung der nach § 613 Satz 1 BGB regelmäßig höchstpersönlichen Arbeitspflicht gerichtete Urlaubsanspruch mit dem Tod untergeht. Dementsprechend führt gerade nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern vielmehr bereits der Tod des Arbeitnehmers zum Untergang des Urlaubsanspruchs.

23

dd) Dem steht nicht entgegen, dass es nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts für das Entstehen des Urlaubsabgeltungsanspruchs nach § 7 Abs. 4 BUrlG grundsätzlich nicht auf die Art der Beendigung ankommt (*vgl. etwa BAG 18. Oktober 1990 - 8 AZR 490/89 - zu 3 b der Gründe, BAGE 66, 134*). So ist die Art der Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich unerheblich. Der Urlaubsabgeltungsanspruch entsteht nicht nur bei Beendigung wegen Befristung, Kündigung oder Aufhebungsvertrag, sondern etwa auch bei Eintritt einer auflösenden Bedingung (*vgl. zum Erreichen der Altersgrenze: BAG 21. April 1966 - 5 AZR 510/65 - AP BUrlG § 7 Nr. 3*). Insbesondere ist es irrelevant, welche Arbeitsvertragspartei die Beendigung des Arbeitsverhältnisses veranlasst hat. Deshalb entsteht der Urlaubsabgeltungsanspruch auch, wenn der Arbeitnehmer die Beendigung verschuldet hat (*vgl. BAG 18. Juni 1980 - 6 AZR 328/78 - zu 1 b der Gründe, AP BUrlG § 13 Unabdingbarkeit Nr. 6 = EzA BUrlG § 13 Nr. 14*). Ebenso wenig kommt es darauf an, auf welchem rechtlichen Weg die Beendigung herbeigeführt wird.

24

Die einzige Ausnahme von diesem Grundsatz bildet nach der Rechtsprechung der Tod des Arbeitnehmers (*vgl. BAG 23. Juni 1992 - 9 AZR 111/91 - zu 2 der Gründe, BAGE 70, 348; 26. April 1990 - 8 AZR 517/89 - zu I 1 b der Gründe, BAGE 65, 122*).

c) Diese Grundsätze stehen im Einklang mit Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (*sog. Arbeitszeitrichtlinie; ABl. EU L 299 vom 18. November 2003 S. 9*).

aa) Danach darf der jedem Arbeitnehmer nach Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie zustehende bezahlte Mindestjahresurlaub außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden. Damit geht auch die Richtlinie grundsätzlich von einem Abgeltungsverbot im laufenden Arbeitsverhältnis aus (*vgl. so bereits zur Vorgängerrichtlinie 93/104/EG in der Fassung der Richtlinie 2000/34/EG: EuGH 6. April 2006 - C-124/05 - [Federatie Nederlandse Vakbeweging] Rn. 29 ff., Slg. 2006, I-3423*). Wenn das Arbeitsverhältnis endet, ist es nicht mehr möglich, bezahlten Jahresurlaub zu nehmen. Deshalb sieht die Regelung des Art. 7 Abs. 2 der Arbeitszeitrichtlinie für diesen Fall einen Anspruch vor, der den bezahlten Mindesturlaub durch eine finanzielle Vergütung ersetzt. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass dem Arbeitnehmer wegen der Unmöglichkeit der Urlaubsgewährung aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses jeder Genuss des bezahlten Jahresurlaubsanspruchs, selbst in finanzieller Form, verwehrt wird (*vgl. EuGH 20. Januar 2009 - C-350/06 und C-520/06 - [Schultz-Hoff] Rn. 56, Slg. 2009, I-179*).

bb) Aus diesen sowohl von § 7 Abs. 4 BUrlG als auch von Art. 7 Abs. 2 der Arbeitszeitrichtlinie verfolgten Zwecken (*Abgeltungsverbot des Urlaubsanspruchs des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis einerseits sowie Schutz des Arbeitnehmers vor völligem Anspruchsverlust bei Beendigung durch eine finanzielle Vergütung andererseits*) folgt zugleich, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch nur in der Person des ausgeschiedenen Arbeitnehmers entstehen kann. Denn sowohl die Normierung des Abgeltungsverbots im laufenden

Arbeitsverhältnis als auch die Zuerkennung einer finanziellen Vergütung im Falle der Beendigung - anstelle des dem Arbeitnehmer sonst zustehenden Urlaubs - knüpfen an dessen Person an.

cc) Unerheblich ist im Streitfall der Umstand, dass der Erblasser bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses arbeitsunfähig erkrankt war. 29

Denn Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie steht lediglich einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten entgegen, nach denen der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub bei Ablauf des Bezugszeitraums und/oder eines im nationalen Recht festgelegten Übertragungszeitraums auch dann erlischt, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten Bezugszeitraums oder eines Teils davon krankgeschrieben war und seine Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende seines Arbeitsverhältnisses fortgedauert hat, weshalb er seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht ausüben konnte (*vgl. EuGH 20. Januar 2009 - C-350/06 und C-520/06 - [Schultz-Hoff] Rn. 49, 52, Slg. 2009, I-179*). Dies führt jedoch lediglich dazu, dass entsprechend der neueren Senatsrechtsprechung der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch bei andauernder Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers nicht mehr nach § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG befristet ist. 30

Hingegen beruht das Erlöschen des Urlaubsanspruchs bei Versterben des Arbeitnehmers nicht auf einer nationalen Befristungsregelung. Vielmehr führt der Tod des Arbeitnehmers zum Untergang des Urlaubsanspruchs. 31

Zudem handelt es sich bei dem Anspruch jedes Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub nach Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union um einen besonders bedeutsamen Grundsatz des Sozialrechts der Gemeinschaft. Der Arbeitnehmer muss regelmäßig über eine tatsächliche Ruhezeit verfügen können, damit ein wirksamer Schutz seiner Sicherheit und seiner Gesundheit sichergestellt ist. Nur für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis beendet wird, lässt Art. 7 Abs. 2 der Arbeitszeitrichtlinie zu, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub durch eine finanzielle Vergütung ersetzt wird. Mit dem Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub wird das Ziel verfolgt, es dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, sich zu erholen und über einen Zeitraum für Entspannung und Freizeit zu verfügen (*vgl.* 32

EuGH 20. Januar 2009 - C-350/06 und C-520/06 - [Schultz-Hoff] Rn. 22 ff., Slg. 2009, I-179). Dies belegt, dass die Regelung des Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie ihrem Zweck nach dem Schutz des Arbeitnehmers dient. Dieser Zweck kann jedoch nur zu Lebzeiten des Arbeitnehmers erfüllt werden. Es wird an die Person des Arbeitnehmers angeknüpft. Deshalb steht ebenso wie Art. 7 Abs. 2 auch Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie einem Erlöschen des Urlaubsanspruchs bei Tod des Arbeitnehmers mit der Folge des Nichtentstehens eines Urlaubsabgeltungsanspruchs nicht entgegen.

d) Dementsprechend scheidet auch eine erstmalige unmittelbare und originäre Anspruchsentstehung in der Person des Erben aus (*vgl. hierzu auch Arnold/Tillmanns/Zimmermann § 1 Rn. 66; aA wohl Schipper/Polzer NZA 2011, 80, 81*). Das gilt unabhängig davon, dass § 7 Abs. 4 BUrlG den Anspruchsinhaber nicht ausdrücklich benennt, zumal § 7 Abs. 4 BUrlG kein eigenes Forderungsrecht des Erben normiert, das durch den Tod des Arbeitnehmers ausgelöst wird, wie dies etwa § 844 ff. BGB bei unerlaubten Handlungen für Ersatzansprüche Dritter bei Tötung vorsehen. Selbst wenn man also mit dem Landesarbeitsgericht davon ausgeht, dass es sich beim Abgeltungsanspruch um eine Geldleistung ohne strikte Zweckbindung oder um eine Art finanzielle Abfindung (*so AnwK-ArbR/Düwell § 7 BUrlG Rn. 141*) handelt, ändert dies nichts daran, dass dieser zunächst eine Entstehung in der Person des Arbeitnehmers voraussetzt. 33

Ob der Urlaubsabgeltungsanspruch vererbbar ist, ist eine hiervon zu trennende Frage, die im Streitfall nicht entscheidungserheblich ist. Dies hat das Landesarbeitsgericht außer Acht gelassen. 34

3. Der Erblasser erwarb auch nicht noch zu Lebzeiten ein Anwartschaftsrecht auf Urlaubsabgeltung, das als vermögenswertes Recht nach § 1922 Abs. 1 BGB auf die Erben hätte, übergehen und dort zum Vollrecht erstarken können. Denn die Voraussetzungen für ein entsprechendes Anwartschaftsrecht sind nicht erfüllt. 35

- a) Dies entspricht schon der bisherigen Senatsrechtsprechung. Danach besteht neben dem Urlaubsanspruch kein Anwartschaftsrecht auf Urlaubsabgeltung, das als vermögenswertes Recht nach § 1922 BGB auf die Erben übergehen und dort zum Vollrecht erstarken könnte. Dies hat der Senat allerdings damit begründet, dass der Abgeltungsanspruch unter den im Gesetz oder im Tarifvertrag genannten Voraussetzungen als Surrogat anstelle des untergehenden Urlaubsanspruchs und damit seinerseits als Vollrecht nur in der Person des Arbeitnehmers entstehe. Sterbe dieser, so entstehe der Anspruch nicht (*vgl. BAG 23. Juni 1992 - 9 AZR 111/91 - zu 3 der Gründe, BAGE 70, 348*). 36
- b) Diese Begründung lässt sich nicht mehr aufrechterhalten. Sie beruht noch auf der Surrogatstheorie. Der Senat hat infolge der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache Schultz-Hoff die Surrogatstheorie, jedenfalls für den Fall der andauernden Arbeitsunfähigkeit, aufgegeben. Danach stellt der Urlaubsabgeltungsanspruch zumindest bei andauernder Arbeitsunfähigkeit eine auf finanzielle Vergütung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 der Arbeitszeitrichtlinie gerichtete reine Geldforderung dar (*vgl. BAG 4. Mai 2010 - 9 AZR 183/09 - Rn. 17 ff., EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 17; 23. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 44 ff., BAGE 130, 119*). 37
- c) Ein Anwartschaftsrecht entsteht immer dann, wenn von einem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechts schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, dass von einer gesicherten Rechtsposition des Erwerbers gesprochen werden kann (*vgl. Palandt/Ellenberger Einf. v. § 158 BGB Rn. 9 mwN*). Eine solche gesicherte Rechtsposition besteht hinsichtlich des Urlaubsabgeltungsanspruchs im bestehenden Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht. Denn während des laufenden Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer nur Anspruch auf Freistellung von der Arbeitspflicht. Dies folgt bereits aus dem sich aus § 7 Abs. 4 BUrlG ergebenden Abgeltungsverbot. Danach darf der Urlaub nur abgegolten werden, soweit er wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewährt werden kann. Dieses Abgeltungsverbot steht der Annahme entgegen, ein Urlaubsabgeltungsanspruch entstehe im laufenden Arbeitsverhältnis. Im laufenden Arbeitsverhältnis ist der Urlaubsanspruch durch Freistellung 38

des Arbeitnehmers zu erfüllen. Demgegenüber entsteht der Urlaubsabgeltungsanspruch erst unmittelbar mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses anstelle des noch bestehenden Urlaubsanspruchs in der Person des Arbeitnehmers. Es steht deshalb im laufenden Arbeitsverhältnis nicht fest, ob überhaupt ein Abgeltungsanspruch entstehen kann. Zunächst und vorrangig ist der Urlaub durch Freistellung zu gewähren.

d) Ein Anwartschaftsrecht könnte hier ohnehin nicht mit dem Tod des Arbeitnehmers zu einem Vollrecht auf Urlaubsabgeltung erstarken. Denn wie bereits unter A II 2 dargelegt, geht der Anspruch des Erblassers auf Urlaub stets mit dessen Tod unter und kann sich nicht in einen Abgeltungsanspruch umwandeln. 39

4. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts konnte ein Urlaubsabgeltungsanspruch auch nicht als werdendes Recht auf die Erben nach § 1922 Abs. 1 BGB übergehen. 40

a) Hierzu hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, der Umstand, dass der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt seines Todes einen Geldleistungsanspruch nicht besessen habe, stehe der Vererbbarkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs nicht entgegen. Zwar entstehe dieser, da die Urlaubsabgeltung das Ende des Arbeitsverhältnisses voraussetze, erst mit dem Tod des Arbeitnehmers. Doch handele es sich insoweit um einen noch „nicht fertigen, im Werden begriffenen Anspruch“, dessen Vererbbarkeit bei nicht höchstpersönlichen Angelegenheiten grundsätzlich anerkannt sei. 41

b) Zutreffend ist insoweit allein, dass im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge nach § 1922 Abs. 1 BGB Erben grundsätzlich auch in werdende Rechte, sog. Rechtsverkehrslagen, eintreten (vgl. *Palandt/Weidlich § 1922 Rn. 26; Staudinger/Marotzke (2008) § 1922 BGB Rn. 303 ff.; MünchKommBGB/Leipold 5. Aufl. § 1922 Rn. 41*). Denn der Tod unterbricht die rechtlichen Beziehungen des Menschen in dem Zustand, in welchem sie sich gerade befinden. Deshalb können auf den Erben auch vorgefundene noch im Werden begriffene Rechte und Rechtsbeziehungen übergehen, zu deren vollständiger Entstehung 42

es noch weiterer Ereignisse oder Willenserklärungen bedarf. In der Person des Erben kann sich die Entstehung eines Rechts in dieser Situation in derselben Weise vollenden, wie dies bei Fortleben des Erblassers möglich gewesen wäre (vgl. *MünchKommBGB/Leipold aaO; Bamberger/Roth/Müller-Christmann BGB 2. Aufl. § 1922 Rn. 48*).

c) Bei einem (*unterstellten*) Fortleben des Erblassers über den 16. April 2009 hinaus würde das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten unverändert fortbestehen. Für einen Urlaubsabgeltungsanspruch nach § 7 Abs. 4 BUrlG wäre von vornherein überhaupt kein Raum. Vielmehr stände dem Erblasser der - wegen der seit 14. April 2008 andauernden Arbeitsunfähigkeit - nicht realisierbare gesetzliche Mindest- und vertragliche Mehrurlaub aus den Jahren 2008 und 2009 weiterhin zu. Der gesetzliche Mindesturlaub aus dem Jahr 2008 war wegen der andauernden Arbeitsunfähigkeit nach der maßgeblichen neueren Senatsrechtsprechung nicht nach § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG befristet (vgl. *BAG 4. Mai 2010 - 9 AZR 183/09 - Rn. 18, EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 17*). Entsprechendes gilt auch für den vertraglichen Mehrurlaub. Zwar können die Parteien des Einzelarbeitsvertrags Urlaubsansprüche, die den von Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie gewährleisteten und von § 3 Abs. 1 BUrlG begründeten Mindestjahresurlaubsanspruch von vier Wochen übersteigen, frei regeln, doch müssen für einen Regelungswillen der Arbeitsvertragsparteien, der zwischen gesetzlichen und übergesetzlichen vertraglichen Ansprüchen unterscheidet, im Rahmen der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB deutliche Anhaltspunkte bestehen (vgl. *BAG 4. Mai 2010 - 9 AZR 183/09 - Rn. 25, aaO; 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 81 ff., BAGE 130, 119*). Im Streitfall gibt es jedoch, wie das Landesarbeitsgericht festgestellt hat, keine Anhaltspunkte, die auf eine Ausnahme von der Regel des „Gleichlaufs“ der Ansprüche hindeuten. Der Arbeitsvertrag, der den Erblasser und die Beklagte verband, enthält keine abweichende Regelung für den übergesetzlichen Mehrurlaub. Deshalb war auch dessen Abgeltung an die Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 BUrlG gebunden und daher nur bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses möglich.

43

Der Tod unterbricht im vorliegenden Fall gerade nicht die „Vollendung“ des Urlaubsabgeltungsanspruchs, da bei Fortleben des Ehemanns der Klägerin mangels Beendigung des Arbeitsverhältnisses schon kein Urlaubsabgeltungsanspruch entstanden wäre. Dies hat das Landesarbeitsgericht übersehen. 44

d) Darüber hinaus ist die finanzielle Abgeltung des nicht verfallenen gesetzlichen Mindesturlaubs im bestehenden Arbeitsverhältnis grundsätzlich verboten. Es handelte sich unter Verstoß gegen § 1 iVm. § 13 Abs. 1 BUrlG letztlich um einen „Abkauf“ von Urlaub (vgl. *HWK/Schinz § 7 BUrlG Rn. 98*). Von einem Abgeltungsverbot im bestehenden Arbeitsverhältnis geht zudem auch Art. 7 Abs. 2 der Arbeitszeitrichtlinie aus, wonach der bezahlte Mindestjahresurlaub außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden darf. Deshalb steht Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie nationalen Rechtsvorschriften entgegen, die es während der Dauer des Arbeitsverhältnisses erlauben, dass die Tage eines Jahresurlaubs, die nicht in einem bestimmten Jahr genommen werden, durch eine finanzielle Vergütung in einem späteren Jahr ersetzt werden (vgl. *so bereits zur Vorgängerrichtlinie 93/104/EG in der Fassung der Richtlinie 2000/34/EG: EuGH 6. April 2006 - C-124/05 - [Federatie Nederlandse Vakbeweging] Rn. 29 ff., Slg. 2006, I-3423*). 45

e) Überdies ist der Ausgangspunkt der Überlegungen des Landesarbeitsgerichts unzutreffend, dass der Urlaubsanspruch mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Tod des Arbeitnehmers nicht erloschen sei und ein Urlaubsabgeltungsanspruch bestehe. 46

5. Die Klägerin beruft sich ohne Erfolg hilfsweise auf Schadensersatz. 47

Es bestand kein Anspruch des Erblassers gegenüber der Beklagten auf Schadensersatz, der nach § 1922 Abs. 1 BGB auf die Erben hätte übergehen können. Ein Schadensersatzanspruch nach § 275 Abs. 1 und Abs. 4, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 283 Satz 1, § 286 Abs. 1 Satz 1, § 249 BGB kommt allenfalls dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber sich gegenüber dem Erblasser bereits zu dessen Lebzeiten in Verzug mit der Leistung befand. Das ist vorliegend 48

nicht der Fall. Die Beklagte konnte bis zum Tod des Erblassers mit der Urlaubsgewährung schon deshalb nicht in Verzug geraten, da dessen Urlaubsanspruch aufgrund der andauernden Arbeitsunfähigkeit nicht erfüllbar war. Erst recht war die Beklagte nicht mit der Urlaubsabgeltung in Verzug, da dem Erblasser ein solcher Anspruch mangels Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu Lebzeiten nicht zustand.

B. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

49

Düwell

Suckow

Krasshöfer

Ropertz

Faltyn