



# Was ist, wenn ...?

## Urlaub und krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat am 20.01.2009 eine Entscheidung gefällt, die sich mit dem Urlaubsanspruch bei langandauernder Krankheit befasst und in weiten Teilen Auswirkungen auf die bundesdeutsche Rechtsprechung haben wird. Franz Josef Düwell geht wichtigen Fragen nach, die sich aus dieser Entscheidung ergeben.

**D**ie bisherige ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Befristung und zum Verfall des Urlaubs- und Abgeltungsanspruchs kann nicht mehr uneingeschränkt fortgeführt werden. Grund dafür ist eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH). In der Sache Schultz-Hoff und Stringer hat der Gerichtshof Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG vom 04.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung so ausgelegt, dass die nach § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG geltende

Verfallsfrist 31. März für Urlaubsansprüche nur dann mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, wenn sie Ausnahmen für arbeitsunfähig erkrankte Beschäftigte vorsieht (vgl. dbr 3/2009, Seite 38).

### Bindung an die Entscheidung des EuGH

Die vom EuGH vorgenommene Auslegung des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG ist für die deutschen Gerichte bindend. Deswegen kommt es nicht

darauf an, ob man dem EuGH zustimmt oder seine Entscheidung für falsch hält.

Trotz dieser Bindung bleibt der deutsche Richter weiterhin an die Bestimmungen des Bundesurlaubsgesetzes (BUrlG) gebunden. Das Bundesarbeitsgericht hat daher am 24.03.2009 (9 AZR 983/07; vgl. Seite 38 in dieser Ausgabe) den Weg einer richtlinienkonformen Auslegung des Bundesurlaubsgesetzes beschritten. In dem Fall einer arbeitsunfähig aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedenen kranken Arbeitnehmerin hat es deshalb erkannt: Der

Anspruch auf Abgeltung gesetzlichen Voll- oder Teilurlaubs erlischt nicht, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums erkrankt und deshalb arbeitsunfähig ist.

## Lösung für Härtefälle

Positiv anzuerkennen ist, dass die Entscheidung des EuGH für die bislang nicht lösbaren Härtefälle eine Lösung ermöglicht, in denen der Urlaub betriebsbedingt übertragen wurde und von den Arbeitnehmern jedoch nicht mehr in Anspruch genommen werden konnte, weil sie kurz vor dem bestimmten Urlaubsantritt bis zum Ende des Übertragungszeitraums erkrankten.

Derartige Fälle werden mit der minimal invasiven Rechtsfortbildung des Bundesarbeitsgerichts in seinem Urteil vom 24.03.2009 einer sachgerechten Lösung zugeführt, denn sie werden von der Verlängerung der Übertragungsdauer für die Fälle erfasst, in denen die Inanspruchnahme des Urlaubs durch den Arbeitnehmer aus Gründen, die unabhängig vom Willen des beteiligten Arbeitnehmers bestehen, nicht möglich ist.

Minimal ist die Rechtsfortbildung, weil die längere Übertragungsfrist bereits aus § 7 Abs. 3 Satz 4 BUrlG für den Fall des Teilurlaubs und des Mutterschutzes aus § 17 Satz 2 MuSchG (Mutterschutzgesetz) bekannt ist und die in § 17 Abs. 2 BEEG (Bundeseelterngeld- und Elternzeitgesetz) geregelten mehrjährigen Verlängerungen der Übertragungsdauer bei Elternzeit erheblich unterschreitet.

## Urlaub für Ruhenszeiten

Da der EuGH bei ordnungsgemäß krankgeschriebenen Arbeitnehmern keine Arbeitsleistung in dem Bezugszeitraum verlangt, kommt eine unbegrenzte Kumulation von Urlaubsübertragungen in Betracht. Hierzu ein Bei-

spiel: Der Arbeitnehmer erkrankt am 30.08.2009. Der nicht genommene Mindesturlaub wird nach § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG übertragen. Bleibt der Arbeitnehmer im Jahr 2010 arbeitsunfähig, wird der übertragene Urlaub zuzüglich des 2010 entstandenen Urlaubs erneut nach § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG übertragen. Diese kettenartige Kumulierung setzt sich bei weiterer Arbeitsunfähigkeit fort. Es findet somit mehr als eine Verlängerung der Übertragungsfrist statt: Bei einer jahrelang andauernden Arbeitsunfähigkeit tritt jeweils ein Urlaubsanspruch für die Jahre hinzu, in denen die Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis ruhen. Das ist im Lichte der in Art. 5 bis 7 verfolgten Zwecksetzung der Arbeitszeitrichtlinie, im Interesse der Gesundheit und Arbeitssicherheit für tägliche, wöchentliche und jährliche Arbeitsunterbrechungen zu sorgen, sehr zweifelhaft.

## Abfindung für dauerkranke Arbeitnehmer

Der EuGH hat das von der Rechtsprechung entwickelte Konzept des ersatzweisen Abgeltungsanspruchs, das eine Bevorzugung der arbeitsunfähig kranken Arbeitnehmer vermeiden soll, nicht gewürdigt. Er geht ohne jede Begründung davon aus, dass jedem Arbeitnehmer Urlaubsabgeltung unabhängig von seinem Gesundheitszustand gewährt werden müsse. Dabei wurde übersehen, dass das nationale Recht die Inanspruchnahme und Gewährung von Urlaub für den Zeitraum, in dem der Arbeitnehmer wegen Krankheit von der Arbeitspflicht frei ist, verwehren kann. Somit ist der dauerhaft arbeitsunfähig ausscheidende Arbeitnehmer im Vorteil. Er erhält nach der Entscheidung des EuGH sofort seine urlaubsrechtliche Abfindung, während der im Arbeitsverhältnis verbleibende Arbeitnehmer auf die Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit als Voraussetzung der Erfüllung des Urlaubsanspruchs oder auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses warten muss.

## Unendliche Übertragung?

Unklar ist, ob der EuGH mit seiner Auslegung von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG bei ununterbrochener Arbeitsunfähigkeit eine vollständige Entfristung des Urlaubsanspruchs verlangt. Auf Arbeitgeber, die „altgedien-



te“ Arbeitnehmer nicht entlassen, sondern deren seit mehreren Jahren fortführendes Arbeitsverhältnis fortführen, können hohe Forderungen wegen der Abgeltung der angesammelten Urlaubsansprüche zukommen. Diese Folgen der EuGH-Entscheidung können für Arbeitgeber zumeist am Tag des Rentenbeginns überraschend zu Tage treten. Hier ist noch zu prüfen, ob der vom EuGH bisher nicht beachtete Art. 9 des IAO-Übereinkommens Nr. 132 eingreift. Danach verfällt der Anspruch spätestens 18 Monate nach Ablauf des Jahres, in dem der Urlaubsanspruch entstanden ist.

## Schicksal des übergesetzlichen Urlaubs

Die Arbeits- sowie die Tarifvertragsparteien können vereinbaren, dass mehr als der Mindestjahresurlaub von vier Wochen gewährt werden soll. Tun sie das, sind sie frei, den Mehrurlaub nach eigenen Regeln auszugestalten. Ihre Regelungsmacht ist nicht durch die für gesetzliche Urlaubsansprüche vorgenommene richtlinienkonforme Fortbildung des § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG beschränkt.

Für einen eigenständigen Regelungswillen, der zwischen gesetzlichen und übergesetzlichen vertraglichen Ansprüchen unterscheidet, müssen jedoch Anhaltspunkte bestehen. Diese müssen auch im Regelungstext ihren Niederschlag gefunden haben. Das



Franz Josef Düwell  
ist Vorsitzender Richter  
am Bundesarbeits-  
gericht in Erfurt

„Die vom EuGH vorgenommene Auslegung des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG ist für die deutschen Gerichte bindend.“

den Mehrurlaub geleistet wird, der die geringere Sicherheit bietet, weil er früher verfällt.

### Verjährung

Die dreijährige Verjährungsfrist (vgl. §§ 195, 199 BGB) spielte angesichts der Befristung des Gewährungs- und Abgeltungsanspruchs nach § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG bislang keine Rolle. Die Einrede der Verjährung war daher nur von theoretischer Bedeutung. Sie hat jetzt praktische Bedeutung für die Urlaubsabgeltung erhalten. Für den Urlaubsanspruch als Freistellungsanspruch kommt sie weiterhin nicht in Betracht.

In einem weiter bestehenden Arbeitsverhältnis tritt der im Vorjahr wegen Krankheit nicht erfüllbare Urlaub entsprechend § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG als „Übertrag“ dem am 1. Januar entstehenden Urlaubsanspruch des Folgejahres hinzu. Wird der Arbeitnehmer im laufenden Jahr arbeitsfähig, dann ist der Freistellungsanspruch wieder erfüllbar. Die vom EuGH erfundene unbegrenzte Übertragung für den Fall, dass die Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses fortbesteht, wenn er seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht ausüben kann, liegt dann nicht mehr vor. Es gilt nun für den laufenden und den hinzugetretenen Anspruch einheitlich das Fristenregime, wie es sich aus § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG (Ende des Kalenderjahres) und aus § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG (bei Übertragung aus dringenden betrieblichen oder in der Person liegenden Gründen bis zum 31. März) ergibt. Danach muss der Arbeitnehmer seinen Anspruch so rechtzeitig geltend machen, dass der Urlaub vom Arbeitgeber noch als Freistellung im Urlaubsjahr gewährt werden kann. Folglich kann eine Verjährung nach § 195 BGB überhaupt nicht eintreten; denn der Urlaubsanspruch erlischt vor Ablauf der Verjährungsfrist.

Ein besonderes Ärgernis für Arbeitgeber ist, dass die von ihnen praktizierte „soziale Zurückhaltung“ durch Verzicht auf eine Kündigung von Langzeiterkrankten nach der vom EuGH veranlassten Fortbildung des Urlaubsrechts sich zu ihren Lasten auswirkt; denn die in den Vorjahren nicht erfüllbaren Urlaubsansprüche werden jeweils übertragen. Hierzu ein Beispiel: Der Arbeitnehmer ist vom 02.01.2003 bis zum 03.01.2009 arbeitsunfähig erkrankt. In 2009 kann er Urlaub für sieben Jahre beanspruchen.

Eine Verjährung des mehr als drei Jahre zurückliegend entstandenen Urlaubsanspruchs kann nicht eintreten; denn der jeweilige Übertrag führt zum Anwachsen des Urlaubsanspruchs im neuen Urlaubsjahr. Eine Begrenzung tritt auch nicht durch eine zu späte Genesung im laufenden Urlaubsjahr ein. Auch hierzu ein Beispiel: Der seit 2003 fortlaufend kranke Arbeitnehmer wird im Dezember 2009 wieder arbeitsfähig, so dass er nur noch für 20 Urlaubstage im laufenden Jahr freigestellt werden kann. Die restlichen 120 Arbeitstage für die von 2003 bis 2008 entstandenen Ansprüche verfallen nicht; denn nach der Entscheidung des EuGH ist davon auszugehen, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub auch dann nicht bei Ablauf des Bezugszeitraums erlischt, wenn der Arbeitnehmer während eines Teils davon krankgeschrieben war und seine Arbeitsunfähigkeit so lange fortgedauert hat, dass er seinen vollen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht ausüben konnte.

Die Rechtslage hat sich für den Urlaubsabgeltungsanspruch geändert. Nach der verbindlichen Auslegung von Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG durch den EuGH ist nicht genommener Urlaub am Ende des Arbeitsverhältnisses durch eine finanzielle Vergütung auch dann abzugelten, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten Bezugszeitraums arbeitsunfähig krank war und es ungewiss ist, ob er im laufenden Urlaubsjahr wieder gesundet. Das Bundesarbeitsgericht hat seine entgegenstehende Rechtsprechung, nach der der Abgeltungsanspruch nur zu erfüllen war, wenn der Arbeitnehmer wieder arbeitsfähig wurde, aufgegeben. Der „neue“ vom EuGH geforderte Abgeltungsanspruch unterliegt als reiner Geldanspruch folglich der Verjährung des § 195 BGB. Maßgeblich für den Fristlauf ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses (vgl. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB).

### Ausschlussfristen

Tarifliche Ausschlussfristen waren bislang auf den Urlaub schon wegen dessen besonderen Zeitregimes nicht anzuwenden. Sie spielten daher in der Praxis nur eine Rolle, wenn Schadenersatz für verfallene Urlaubsabgeltung geltend gemacht wurde. Gilt nach der neuen Rechtsprechung zum Abgeltungsanspruch das Befristungsrecht aus § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG nicht mehr, so steht der Erfassung der Urlaubsab-

folgt für tarifvertragliche Regelungen schon aus dem Grundsatz, dass Tarifverträge wie Normen auszulegen sind. Für arbeitsvertragliche Regelungen ergibt sich das aus dem Umstand, dass sie in aller Regel einseitig vom Arbeitgeber für eine Vielzahl von Anwendungen aufgestellt werden. Es kommt somit entscheidend darauf an, ob im Text der Mehrurlaubs-Vereinbarung eine abweichende Regelung erkennbar ist. Das entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

Für Tarifurlaub, der im Gleichklang mit dem Bundesurlaubsgesetz ausgestaltet ist, bedeutet dies: Mehrurlaub verfällt im Falle einer dauernden Arbeitsunfähigkeit ebenso wenig wie der Mindesturlaub; denn Mindest- und Mehrurlaub teilen dasselbe Schicksal.

Bei einer unterschiedlichen Regelung des Verfalls von Mindest- und Mehrurlaub stellt sich ein neues Problem: Wenn der Arbeitgeber den Urlaub gestückelt gewährt, ohne dass er eine ausdrückliche Erklärung abgibt, wird dann zunächst der gesetzliche Mindest- oder der tarifliche Mehrurlaub erfüllt? Das Bundesarbeitsgericht ist bisher von der vorrangigen Erfüllung des gesetzlichen Mindesturlaubs ausgegangen. Wegen der neuen Rechtslage muss das überprüft werden. Nach der Ansicht des Arbeitsgerichts Berlin (Urteil vom 22.04.2009 – 56 Ca 21280/08) sprechen gute Gründe dafür, dass nach § 366 Abs. 2 BGB zunächst auf

geltung durch tarifliche Ausschlussklauseln nichts im Weg. Der Arbeitnehmer muss seine Ansprüche fristgerecht nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend machen und gegebenenfalls gerichtlich einklagen; anderenfalls verfällt der Anspruch. Das gilt nicht nur für die Abgeltung des Mehrurlaubs, sondern auch für die Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs. Das Gemeinschaftsrecht steht dem nicht entgegen; denn das schützt nur den Arbeitnehmer, der gehindert ist, seine Ansprüche zu realisieren, nicht aber den, der untätig bleibt.

### Zusatzurlaub für Schwerbehinderte

Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG regelt nur den allen Arbeitnehmern zu gewährenden Mindesturlaub. Der Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen (vgl. § 125 SGB IX) wird nicht erfasst. Da dieser Zusatzurlaub jedoch

ebenso wenig am 31. März des Folgejahres wie bei der Inanspruchnahme des Mindesturlaubs.

Der schwerbehinderte Beschäftigte, der erst nach dem Ablauf des Übertragungszeitraums seine Arbeitsfähigkeit wiedererlangt, kann den entstandenen, aber bislang wegen Nichterfüllbarkeit nicht gewährten Erholungs- und Zusatzurlaub verlangen. Endet das Arbeitsverhältnis, so kann der dauerhaft arbeitsunfähig aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidende schwerbehinderte Beschäftigte die Abgeltung seines Erholungs- und Zusatzurlaubs nach § 7 Abs. 4 BUrlG fordern.

Unklar ist, ob die Änderung der Urlaubsrechtsprechung Auswirkungen auf die Auslegung des § 125 Abs. 3 SGB IX hat. Dort ist die Rechtsfrage angesprochen: Was ist, wenn über den Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderung erst nach Ablauf des Urlaubsjahres rückwirkend positiv entschieden wird? Die Antwort des Gesetzes ist: Die für den je-

### Urlaubsgeld bei dauernder Arbeitsunfähigkeit

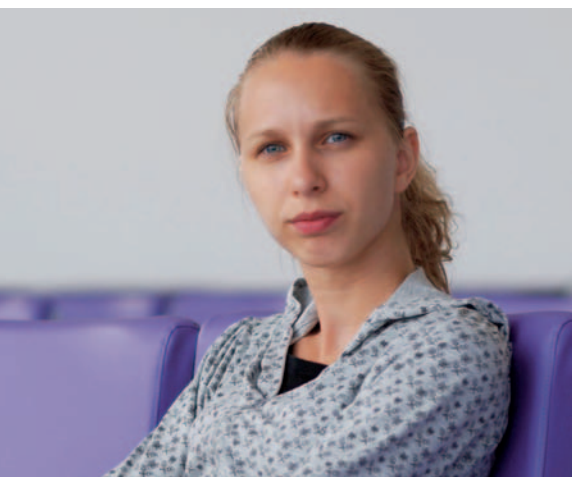
Nach § 7 Abs. 3 BUrlG erlöschen die Ansprüche auf Gewährung des gesetzlichen Urlaubs nicht, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums sowie darüber hinaus arbeitsunfähig erkrankt ist. Ist ein tarif- oder arbeitsvertraglich zugesagtes zusätzliches Urlaubsgeld mit der Urlaubsvergütung akzessorisch verknüpft, so ist es erst dann zu zahlen, wenn auch der Anspruch auf Urlaubsvergütung fällig ist. Für den ununterbrochen arbeitsunfähigen Arbeitnehmer ist mangels Urlaubsgewährung sowohl der Anspruch auf Urlaubsentgelt als auch auf zusätzliches Urlaubsgeld derzeit nicht begründet. Der Anspruch ist so lange nicht fällig, bis der festgelegte Urlaub beginnt (vgl. § 11 Abs. 2 BUrlG). Ebenso besteht kein Urlaubsabgeltungsanspruch, solange das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht beendet ist.

### Resümee

Die Auslegung der Arbeitszeitrichtlinie durch den EuGH hat die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Grundsatz bestätigt: Urlaub, der nicht im Urlaubsjahr genommen wird, verfällt. Der EuGH hat allerdings eine zwingende Ausnahme vom Verfall für die Fälle verlangt, in denen der Arbeitnehmer insbesondere durch langandauernde Arbeitsunfähigkeit gehindert ist, den Urlaub zu nehmen. Dann soll auch die in § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG enthaltene Übertragung auf das erste Quartal des Folgejahres nicht ausreichen. Es ist auf das gesamte Folgejahr übertragen. Das Bundesarbeitsgericht hat diese Auslegung des EuGH, ohne auf den Gesetzgeber zu warten, bisher in zwei Entscheidungen „umgesetzt“. Ob die vom EuGH verlangten Ausnahmen vom Verfall sozialpolitisch sinnvoll oder kontraproduktiv sind, weil vermehrt Krankheitskündigungen erwogen werden, war nicht zu bewerten. Das Gericht hatte seiner Pflicht zu genügen, dem Gemeinschaftsrecht zur vollen Wirksamkeit zu verhelfen. ■

### Lesetipp

Urlaub bei langandauernder Krankheit (Urteil des EuGH vom 20.01.2009); dbr 3/2009, Seite 38



„Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG regelt nur den allen Arbeitnehmern zu gewährenden Mindesturlaub.“

Fotos: 123RF/Okhritin schon wegen des Wortteils „Zusatz“ den Regeln des Grundurlaubs unterliegen soll, wirkt sich die geänderte Auslegung von § 7 Abs. 3 und Abs. 4 BUrlG auch auf diesen Zusatzurlaub aus. Dieses Ergebnis wird durch die in § 125 Abs. 3 SGB IX getroffene Entscheidung des Gesetzgebers bestätigt. Dort wird „auch“ für den Fall der rückwirkenden Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft die Anwendung der „urlaubsrechtlichen Regelungen“ angeordnet. Daraus folgt der Grundsatz der urlaubsrechtlichen Akzessorietät. Entstehung und Erlöschen des Zusatzurlaubsanspruchs sowie Abgeltung folgen dem Vorbild des § 7 BUrlG: Der Anspruch auf Zusatzurlaub erlischt bei Arbeitsunfähigkeit

weiligen Grundurlaub geltenden Übertragungsvorschriften sind anzuwenden. Nach der Vorabentscheidung des EuGH ist zu klären, ob auch für diesen vom Willen des Arbeitnehmers unabhängigen Fall der Verhinderung der Inanspruchnahme des Zusatzurlaubs ein Verfall des Zusatzurlaubs ausgeschlossen sein soll. Für die Fortführung der bisherigen den Verfall annehmenden Rechtsprechung spricht, dass der schwerbehinderte Beschäftigte den ersatzlosen Untergang des Zusatzurlaubs verhindern kann, wenn er den Zusatzurlaub rechtzeitig vor Ablauf des Urlaubsjahres unter Hinweis auf das laufende Feststellungsverfahren verlangt. An die Stelle des ursprünglichen Urlaubsanspruchs tritt dann ein Ersatzurlaubsanspruch.