



LANDEsarBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

der Frau N. B.-I., X. berg 6 A, O.,

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwalt Q. K., Rechtsanwälte in Büro-
gemeinschaft, X. wall 122, I.,

g e g e n

den Herrn Dr. U. G., H.-N.-Str. 10, O.,

- Beklagter und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte F. & Partner,
M. str. 165, P.,

hat die 12. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 04.05.2011
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Plüm als Vorsit-
zenden sowie den ehrenamtlichen Richter Flüss und den ehrenamtlichen Rich-
ter Helsper

für R e c h t erkannt:

**Unter Zurückweisung der Berufung des Beklagten im Übrigen wird
das Urteil des Arbeitsgerichts Krefeld vom 08.12.2010 teilweise ab-
geändert und die Klage in Höhe von 1.821,66 € brutto (nebst Zinsen)
abgewiesen.**

**Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 1/3 und der
Beklagte zu 2/3.**

Die Revision wird zugelassen.

TATBESTAND:

Die Parteien streiten über Urlaubsabgeltung für die Jahre 2006, 2007 und 2008.

Die Klägerin trat zum 01.11.1987 als zahnmedizinische Fachangestellte in die Dienste des Rechtsvorgängers des Beklagten. Nach § 5 des Arbeitsvertrages vom 30.10.1987 hatte sie „Anspruch auf Gewährung eines Jahresurlaubs von 30 Werktagen“. Tatsächlich erhielt sie regelmäßig mindestens 6 Wochen Urlaub pro Jahr. Als Teilzeitkraft in der 5-Tage-Woche tätig, bezog die Klägerin zuletzt ein Monatsgehalt von € 1.315,64 brutto.

Vom 21.03.2006 an war die Klägerin fortdauernd arbeitsunfähig erkrankt. Mit Bescheid vom 28.12.2009 bewilligte die DRV Bund ihr Rente wegen dauerhafter Erwerbsminderung mit Wirkung ab 01.09.2008. Die Parteien kamen anschließend überein, das Arbeitsverhältnis zum 31.08.2008 aufzuheben.

Anfang Februar 2010 machte die Klägerin gegenüber dem Beklagten schriftlich den Anspruch auf Urlaubsabgeltung für die Jahre 2006 bis 2008 geltend. Unter dem 22.02.2010 wies der Beklagte die Forderung zurück und berief sich auf Verwirkung und Verjährung.

Mit der Ende März 2010 vor dem Arbeitsgericht Krefeld erhobenen Klage hat die Klägerin den Beklagten auf Abgeltung von jährlich 30 Tagen Urlaub für 3 Jahre in Höhe von insgesamt € 5.464,98 brutto in Anspruch genommen.

Das Arbeitsgericht hat durch Urteil vom 08.12.2010 der Klage stattgegeben. Mit der form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung greift der Beklagte das Urteil, auf das hiermit zur näheren Darstellung des Sach- und Streitstandes verwiesen wird, unter Wiederholung und Ergänzung seines erstinstanzlichen Vorbringens an. Er meint, dass ein langzeiterkrankter Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Abgeltung des gesetzlichen Urlaubs und noch weniger auf Abgeltung des vertraglichen Mehrurlaubs habe. Die gesamten Urlaubsansprüche der Klägerin seien gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG verfallen, der Anspruch für das Jahr 2006 überdies verjährt.

Der Beklagte beantragt die Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und Abweisung der Klage. Die Klägerin verteidigt das Urteil und beantragt die Zurückweisung der Berufung.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze mit den hierzu überreichten Anlagen Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die Berufung hat teilweise Erfolg.

Das Arbeitsgericht hat zu Recht der Klägerin Urlaubsabgeltung für die Jahre 2007 und 2008 zugesprochen. Hingegen ist der Anspruch der Klägerin auf Abgeltung des Urlaubs 2006 verjährt, so dass die Klage unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils in Höhe von € 1.821,66 brutto abzuweisen ist.

1. Die Klägerin hat für die Jahre 2006, 2007 und 2008 Anspruch auf vollen Jahresurlaub erworben.

a) Nach § 1, § 3 Abs. 1, § 4 BUrlG, Art. 3 Abs. 1, Art. 5 Abs. 4 ILO-Convention 132 sowie Art. 7 Abs. 1 EGRL 2003/88 steht dem Arbeitnehmer Urlaub nicht nur für die Zeiten zu, in denen er seine Arbeitskraft dem Arbeitgeber zur Verfügung gestellt hat, sondern auch für Zeiten seiner krankheitsbedingten Arbeitsversäumnis. Da die Klägerin aus Krankheitsgründen an der Erbringung der Arbeitsleistung gehindert war, braucht an dieser Stelle nicht vertieft zu werden, ob unentschuldigte und vom Arbeitnehmer selbst gewollte Ausfallzeiten anspruchsbegründend sind.

b) Der Klägerin steht gemäß § 4 BUrlG Urlaub für das Jahr 2008 in voller Höhe selbst dann zu, wenn man von einer wirksam vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.08.2008 ausgeht (BAG 17.12.2009 – 6 AZR

242/09 – Rn. 19). Zwar entsteht nach Art. 4 Abs. 1 ILO-Convention 132 der Urlaubsanspruch nur zeitanteilig, so dass der volle Urlaubsanspruch erst zum Ablauf des Dienstjahres erworben wird. Unabhängig von der Frage, ob das Übereinkommen unmittelbar gilt, wofür die Entstehungsgeschichte des Transformationsgesetzes vom 30.04.1975 (BGBl. 1975 II, 745) spricht (BT-Drs. 7/2394, S. 16, 7/3174, S. 2, vgl. Wandt SAE 1986, 265), oder im Rahmen des Auslegungsgebots der Völkerrechtsoffenheit und Völkerrechtsfreundlichkeit zu beachten ist (vgl. BVerfG 08.07.2010 – 2 BvR 2485/07 – Rn. 24 ff., J/P/Jarass, GG 16. Aufl., Art. 25 Rn. 4 [Art. 59 Rn. 17 f.]), stellt jedoch die ILO-Convention 132 nur Mindeststandards zum Schutz der Arbeitnehmer auf und tritt daher hinter günstigeren Regelungen im Bundesurlaubsgesetz zurück. § 4 BUrlG nimmt – flankiert durch das Rückforderungsverbot nach § 5 Abs. 1 lit. c, Abs. 3 BUrlG – eine solche Besserstellung vor und verpflichtet den Arbeitgeber zur Gewährung des vollen Urlaubs und dementsprechend zu dessen Abgeltung nach § 7 Abs. 4 BUrlG.

2. Der Urlaubsanspruch ist nicht befristet.

Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt, hält die herrschende Rechtsmeinung auch nach dem Schultz-Hoff-Urteil des Europäischen Gerichtshofs daran fest, dass § 7 Abs. 3 Satz 1 und 3 BUrlG den Urlaubsanspruch auf das Ende des Urlaubsjahres bzw. des Übertragungszeitraums befristet. So wird die Befristungstheorie weiterhin in höchstrichterlichen Judikaten zugrunde gelegt (BAG 20.10.2010 – 4 AZR 552/08 – Rn. 50, 22.09.2010 – 4 AZR 117/09 – Rn. 12 – 20.05.2009 – 4 AZR 231/08 – Rn. 51) und vom Schrifttum kommuniziert (Preis, ArbR, 3. Aufl., § 47 III 3, Brox/Rüthers/Henssler, ArbR, 17. Aufl., Rn. 409, Junker, Grundkurs ArbR, 5. Aufl., Rn. 263, MüKo-BGB/Müller-Glöge, 5. Aufl., § 611 Rn. 925).

Die Kammer sieht dies anders (LAG Düsseldorf 20.09.1989 – 12 Sa 945/89 – LAGE Nr. 2 zu § 7 BUrlG Übertragung, seither ständig, zuletzt 31.03.2010 – 12 Sa 1512/09 – Juris Rn. 25 ff. = ZInsO 2010, 1107 und 18.08.2010 – 12 Sa 650/10 – Juris Rn. 45 ff. = ZMV 2011, 56; zur Kontroverse allgemein Abele,

EuZW 2009, 152). Dabei gründet sie ihre abweichende Auffassung (a) auf den Gesetzeswortlaut, (b) das mit Art. 7 EGRL 2003/88 und ILO-Convention 132 konforme Auslegungsergebnis, (c) Sinn und Zweck des gesetzlichen Mindesturlaubs und (d) die zwingend aus der EuGH-Rechtsprechung abzuleitenden Konsequenzen.

a) Schon bei schlichter Wortlautauslegung ist nicht vermittelbar, dass der Gesetzgeber mit der Formulierung, dass der Urlaub im laufenden Kalenderjahr/in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahrs gewährt und genommen werden müsse, den Untergang des Urlaubsanspruchs zum Fristablauf statuiert (LAG Düsseldorf 02.02.2009 –12 Sa 486/06 – Rn. 33). So impliziert nach allgemeinem Sprachverständnis die Bestimmung eines Leistungszeitraums nicht das Erlöschen des in diesem Zeitraum unerfüllt gebliebenen Anspruchs, die Unmöglichkeit der „verspäteten“ Leistungsgewährung oder die „Befristung“ der Leistungsverpflichtung. Noch weniger ist die Realisierbarkeit des Urlaubsanspruchs wegen der von § 1 BUrlG verwendete Präposition „in“ auf das Kalenderjahr begrenzt. Die Diktion des Gesetzgebers selbst ist uneinheitlich (vgl. § 19 Abs. 1 JArbSchG „für“); die ILO-Convention 132 qualifiziert das anspruchsbegründende Urlaubsjahr als Referenzzeitraum (zB. Art. 4 Abs. 1 „in respect of“/„pour“). Damit indiziert der gesetzliche Wortlaut keine Befristung. Dass er dennoch ad libitum als Argumentationshilfe von der herrschenden Meinung für sich vereinnahmt wird, geschieht gleichsam gemäß der Devise *„Jedes Wort ist ein Wort der Beschwörung. Welcher Geist ruft – ein solcher erscheint“* (Novalis, Fragmente 32).

(11) Dass der Ablauf des festgelegten Leistungszeitraums nicht automatisch den Anspruch untergehen lässt, ist im bürgerlichen Recht allgemeine Rechtsmeinung (BGH 25.01.2001 – I ZR 287/98 – Rn. 11 f., BGH 04.07.2002 – I ZR 313/99 – Rn. 23, instruktiv BGH 19.11.1982 – V ZR 295/81 – ZIP 1983, 287 ff., Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 286 Rn. 22). Das Gegenteil wird von niemandem vertreten. Allemal lässt sich die Feststellung, dass eine Leistung nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt und danach überhaupt nicht mehr erbracht werden kann, „ausgesprochen selten“ treffen (Müko/Ernst, BGB, 5. Aufl., § 275

Rn. 47). Jeder Zweifel wirkt sich gegen die Annahme einer Fixschuld aus (vgl. BGH 25.01.2001 – I ZR 287/98 – Rn. 11, BGH 28.01.2003 – X ZR 151/00 – Rn. 5).

Schließlich tritt Schuldbefreiung nicht dadurch ein, dass der Gläubiger die ihm angebotene Leistung nicht annimmt; vielmehr sind hiermit grundsätzlich nur verzugsrechtliche Konsequenzen verknüpft (Staudinger/Löwisch/Feldmann, BGB [2009], § 286 Rn. 22).

(22) Weil die rechtvernichtende Wirkung der Befristung berechnete Gläubigerpositionen (hier: des Arbeitnehmers) zu Fall bringt, sind an die Legitimität des Eingriffs scharfe Anforderungen zu stellen. Dies fordern gleichermaßen europäisches Unionsrecht (EuGH 21.10.2010 – C-227/09 Antonino Accardo – Rn. 55 f., vgl. LAG Düsseldorf 05.05.2010 – 7 Sa 1571/09 – Juris Rn. 85) wie deutsches Verfassungsrecht (vgl. BVerfG 22.10.2004 – 1 BvR 894/04 – Rn. 12, BVerfG 01.12.2010 – 1 BvR 1662/07 – Rn. 24; ferner Nägele/Gerther NZA 2011, 444 [für Kontrolle anhand des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit]). Eine grammatikalische Auslegung des § 7 Abs. 3 BUrlG, wonach mit Ablauf der Leistungszeiträume der Urlaubsanspruch erlösche, scheidet deshalb an den Anforderungen der Normenbestimmtheit und Normenklarheit (LAG Düsseldorf 25.07.2007 – 12 Sa 944/07 – Juris Rn. 41). Zudem muss eine Auslegung, die zu Lasten des arbeitsfähigen Arbeitnehmers den Verlust des Urlaubsanspruchs und damit die Schlechterstellung gegenüber dem arbeitsunfähigen Arbeitnehmer propagiert, überwinden, dass der Urlaubsanspruch ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Union und ihm in Art 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechtsrang verliehen ist (vgl. Hanau StudZR 2010, 337 f. u. NZA 2010, 3, Willemsen/Sagan NZA 2011, 260). Dieser Aspekt streitet ebenfalls gegen die Befristung des Urlaubsanspruchs.

(33) Nach allem steht die aus den urlaubsrechtlichen Leistungszeiträumen gefolgerte Anspruchsbefristung außerhalb der rechtlichen Normalität, dies umso mehr, als sie über die Statuierung von Ausschluss- oder Verjährungsfristen hinausgeht und dem Arbeitnehmer den im Regelfall „erarbeiteten/verdienten“ Ur-

laubsanspruch deshalb entzieht, weil der Arbeitgeber die Urlaubsgewährung innerhalb der Fristen des § 7 Abs. 3 Satz 1 und 3 BUrlG verabsäumt hat.

– Ein Kurzschluss entstünde, wollte man aus den bloßen Zeitabläufen des § 7 Abs. 3 BUrlG auf den Untergang des Urlaubsanspruchs schließen (so wohl Leinemann/Linck, Urlaubsrecht, 2. Aufl., § 7 Rn. 113/152). Wie erwähnt, ist der Zeitablauf als solcher indifferent und könnte das Erlöschen des Urlaubsanspruchs nur dann begründen, wenn die Nachgewährung des Urlaubs nicht mehr sinnvoll und damit unmöglich wäre.

– Aus der Erkenntnis, dass das Arbeitsverhältnis ein Dauerschuldverhältnis und die Arbeitsleistung regelmäßig nicht nachholbar ist (Erman/Hager, BGB, 12. Aufl., § 286 Rn. 7), lässt nichts für das Schuldverhältnis „Urlaub“ ableiten: Der Urlaub ist keine fortlaufend zu erbringende Dauerleistung, sondern wiederkehrende Einzelleistung und deshalb grundsätzlich zu einem späteren Zeitpunkt nachholbar (vgl. auch BGH 04.07.2002, a.a.O., MüKo/Ernst, § 286 BGB Rn. 41).

– Dass die Nachholung des Urlaubs möglich ist, konzidiert die BAG-Judikatur durch den „Ersatzurlaub“, der die Entfristung des vorgeblich auf den 31.12.KJ/31.03.FJ befristeten Original-Urlaubsanspruchs camouffiert und für den unmöglich gewordenen bezahlten Urlaub Schadensersatz in Form von möglichem bezahlten Urlaub gewährt. Der mit der Normenkette §§ 275, 280 Abs. 1, 286 Abs. 1, 287 Satz 2, 249 BGB gekrönte Ersatzurlaub stellt dabei eine „rechtsdogmatische Merkwürdigkeit“ dar (Staudinger/Richardi/ Fischinger, BGB [2011], § 611 Rn. 1154 a.E.) und ist aus dem gesetzlichen Leistungsstörungsrecht nicht seriös begründbar (LAG Düsseldorf 25.07.2007 – 12 Sa 944/07 – Juris Rn. 49 ff.).

b) Die Auslegung bundesurlaubsgesetzlicher Bestimmungen muss auf Konformität mit Art. 9 ILO-Convention 132 sowie mit Art. 7 EGRL 2033/88 abzielen. Die genannten Normen erlauben nicht die Annahme, dass der Urlaubsanspruch einem in Art. 7 Abs. 3 BUrlG etablierten, kurzen Fristenregime unterworfen sei.

(11) Soweit das Bundesarbeitsgericht demgegenüber seine Auslegung des § 7 Abs. 3 BUrlG damit verteidigt, dass auch Art. 9 Abs. 1 ILO-Convention 132 [„Der .. ununterbrochene Teil des bezahlten Jahresurlaubs ist spätestens ein Jahr und der übrige Teil des bezahlten Jahresurlaubs spätestens achtzehn Monate nach Ablauf des Jahre, für das der Urlaubsanspruch erworben wurde, zu gewähren und zu nehmen“] eine Befristung des Urlaubsanspruchs zugrunde lege (BAG 07.12.1993 – 9 AZR 683/92 – Rn. 23), genügt es, an die Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak vom 24.01.2008 in der Rechtssache Schultz-Hoff zu erinnern: *„Aus der Fristregelung in Art. 9 des IAO-Abkommens Nr. 132 ergibt sich auch nichts, was auf einen etwaigen Rechtsverlust des Arbeitnehmers hinweisen könnte, da diese Fristregelung selbst keine Rechtsfolgen für den Fall anordnet, dass der Urlaub nicht vor Ablauf der Frist in Anspruch genommen bzw. gewährt wird. Vielmehr geht aus Art. 12 desselben Abkommens eindeutig hervor, dass der Anspruch auf bezahlten Mindestjahresurlaub nicht zur Disposition steht, so dass jede Vereinbarung über die Abbedingung des Anspruchs oder den Verzicht darauf je nach den Verhältnissen des betreffenden Landes als nichtig zu gelten hat oder zu verbieten ist...“* (Fn. 43). *„[Ein Kumulierungsverbot] könne insofern einen unter Arbeitsrechtlern nicht unbekanntes ‚Bumerangeffekt‘ haben, als es durchaus möglich sein könne, dass der Arbeitnehmer sein Urlaubsrecht schließlich gänzlich verliere, wodurch einem eventuellen Rechtsbruch des Arbeitgebers Vorschub geleistet werde. ... Der Arbeitgeber könne nämlich zusehen, wie der Arbeitnehmer seinen Jahresurlaub verliere, ohne dass er zu einer finanziellen Entschädigung verpflichtet sei. Dies habe zur Folge, dass nicht derjenige sanktioniert werde, der die Rechtsverletzung zu vertreten habe (der Arbeitgeber), sondern derjenige, der nicht imstande sei, sein Recht durchzusetzen (der Arbeitnehmer)“* (Fn. 53).

(22) Ebenso wenig ist mit Art. 7 EGRL 2003/88 die Befristung des Urlaubsanspruchs zu begründen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs „entfaltet sich die positive Wirkung des bezahlten Jahresurlaubs für die Sicherheit und die Gesundheit des Arbeitnehmers zwar dann vollständig, wenn der Urlaub in dem hierfür vorgesehenen, also dem laufenden

Jahr genommen wird, doch verliert diese Ruhezeit ihre Bedeutung insoweit nicht, wenn sie zu einer späteren Zeit genommen wird“ (EuGH 10.09.2009 – C-277/08 Vicente Pereda – Rn. 24). Bleibt die Nachgewährung des Urlaubs also möglich, sind die Fristen des § 7 Abs. 3 BUrlG nicht mehr als „best before-Daten“ (LAG Düsseldorf 25.07.2007 – 12 Sa 944/07 – Rn. 40).

Des Weiteren liegt auf der Hand, dass sich die positive Urlaubswirkung gleichermaßen für den fortdauernd arbeitsfähigen wie arbeitsunfähigen Arbeitnehmer entfaltet. Deshalb würde die EuGH-Rechtsprechung eludiert, wollte man die Entfristung des Urlaubsanspruchs auf die Konstellation des fortdauernd arbeitsunfähigen Arbeitnehmers verengen (Kammer 18.08.2010 – 12 Sa 650/10 - Rn. 48). Der Europäische Gerichtshof hat mit dem Urteil „Schultz-Hoff“ nicht nur den Mindesturlaubsanspruch des arbeitsunfähigen Arbeitnehmers vor dem Erlöschen gemäß § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG gesichert, sondern ist ebenso in den Fällen der Wiedergenesung des Arbeitnehmers im Laufe des Urlaubsjahrs (EuGH 10.09.2009 – C-277/08 Vicente Pereda – Rn. 13, 20) oder der fortdauernden Arbeitsfähigkeit (EuGH 22.04.2010 – C-486/08 Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols – Rn. 34) von dem unbefristeten Fortbestand des Urlaubsanspruchs ausgegangen.

(33) Wenn § 7 Abs. 3 BUrlG die Auslegung zulässt, dass der Urlaubsanspruch nicht befristet ist (offen gelassen in BAG 24.03.2009 – 9 AZR 983/07 – Rn. 60-63), und mit diesem Auslegungsergebnis dem krankgeschriebenen Arbeitnehmer ein unbefristeter Anspruch zugebilligt wird, kann prinzipiell nichts anders für den arbeitsfähigen Arbeitnehmer gelten. Aus dem Gesetz lassen sich dann keine tragfähigen Anhaltspunkte für die Rückausnahme gewinnen, dass der Urlaubsanspruch im Falle der Arbeitsfähigkeit doch befristet sei.

c) § 7 Abs. 3 BUrlG hat nicht den Sinn und Zweck, den Urlaubsanspruch nach Ablauf der Leistungszeiträume untergehen zu lassen.

(11) Die gesetzliche Regelung will den Arbeitgeber veranlassen, fristgerecht den Urlaub zu gewähren. Hiermit ist das Erlöschen des Urlaubsanspruchs un-

vereinbar. Im Falle der Nichtgewährung „ist es besser, den Urlaub wenigstens verspätet als überhaupt nicht zu gewähren“ (Richardi, Anm. AP Nr. 1 zu § 7 BurlG Urlaubsjahr). Entsprechend dem Leitmotiv „better late than never“ befreift auch der Europäische Gerichtshof das in Art. 7 Abs. 1 EGRL 2003/88 verliehene Recht auf Urlaub. Danach ist – wie erwähnt – zwar wünschenswert, wenn der Urlaubsanspruch im laufenden Urlaubsjahr verwirklicht wird; jedoch behält die Urlaubszeit ihre Bedeutung auch dann, wenn sie zu einer späteren Zeit gewährt und genommen wird (EuGH 06.04.2006 – C-124/05 Federatie Nederlandse Vakbeweging – Rn. 30 f.). Erst die Beendigung des Arbeitsverhältnisses lässt den (Natural)Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erlöschen und in den Anspruch auf finanzielle Vergütung übergehen (EuGH 18.03.2004 – C-342/01 Merino Gomez – Rn. 30).

Dabei braucht in diesem Zusammenhang nicht vertieft zu werden, inwieweit der bezahlte Mindesturlaub Entgeltcharakter trägt oder als Sozialleistung in der persönlichen Fürsorgepflicht wurzelt. Ebenso wenig braucht in die Diskussion zum Sinngehalt des Urlaubs und dem Wandel der Anschauungen seit dem 16. Jhdt. (Shakespeare, König Heinrich IV.: *„If all the year were playing holidays, to sport would be as tedious as to work“*) und 19. Jhdt. (Nietzsche, Morgenröthe: *„Nur darf man diesen armen Zugtieren ihre „Ferien“ nicht versagen – wie man es nennt, dieses Muße-Ideal eines überarbeiteten Jahrhunderts: wo man einmal nach Herzenslust faulenzten und blödsinnig und kindisch sein darf.“*) bis hin zur Gegenwart eingestiegen und geklärt zu werden, ob der Jahresurlaub dem Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers dient oder primär dem Arbeitnehmer freie Zeit zur Selbstbestimmung gewährt werden soll. Die Nachgewährung des Urlaubs bleibt in jedem Fall sinnvoll und möglich.

(22) Die Auslegung des § 7 Abs. 3 BUrlG hat wie jede andere Gesetzesauslegung nach den betroffenen Interessen zu fragen und diese offenzulegen (vgl. Limbach, RdA 1997, 4 f.). Danach ist der „Befristungsthese“ ein Vorverständnis immanent, das die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers übergeht und als Folge der Nichtgewährung des Urlaubs einerseits den Arbeitnehmer mit dem Anspruchsverlust belastet und andererseits den Arbeitgeber mit Schuldbe-

freierung belohnt. Das Bundesurlaubsgesetz, die ILO-Convention 132 und die Richtlinie 2003/88/EG stellen hingegen Mindeststandards zum Schutz der Arbeitnehmer auf. Die Interpretation, dass der Urlaubsanspruch gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG erlösche, pervertiert tendenziell diesen Schutzzweck, indem sie den Arbeitgeber vor der Erfüllung von berechtigten Urlaubsansprüchen in Schutz nimmt (LAG Düsseldorf 02.02.2009 – 12 Sa 486/06 – Rn. 70). Auch wenn die Vorschrift der Kumulation („Hortung“) von Urlaubsansprüchen entgegenwirken will, ist der Arbeitgeber nicht im Sinne einer Schuldbefreiung schutzwürdig, denn sein Interesse geht nicht über das Interesse eines jeden Schuldner hinaus, Verbindlichkeiten nicht erfüllen zu müssen.

(33) Somit erschöpfen sich die für Anspruchsbefristung vorgebrachten Argumente in dem gegenüber dem Arbeitnehmer plakativ erhobenen Vorwurf der Passivität (ErfK/Dörner/Gallner, 11. Aufl., § 7 BUrlG Rn. 39m) und der formaljuristischen Unterstellung, dass europäisches Unionsrecht der Anspruchsbefristung nicht entgegen stehe. Beide Überlegungen erweisen sich als oberflächlich und bei näherem Hinsehen als definitiv falsch.

(aa) Das Unionsrecht steht – vorbehaltlich der Wahrung der Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität – grundsätzlich innerstaatlichen Rechtsvorschriften nicht entgegen, die die Ausübung eines unionsrechtlich geschützten Recht mit der Obliegenheit der frist- und/oder formgerechten Geltendmachung verbinden (EuGH 15.04.2010 – C-542/08 Barth – Rn. 28 [Verjährung], EuGH 08.07.2010 – C-246/09 Bulicke – Rn. 36). Das gilt auch für Art. 7 Abs. 1 EGRL 2003/88, hier allerdings unter der zwingenden Voraussetzung, dass der Arbeitnehmer tatsächlich die Möglichkeit hatte, den ihm mit der Richtlinie verliehenen Anspruch auszuüben (EuGH 20.01.2009 – C-350/06 Schultz-Hoff – Rn. 43). Damit hängt die Beurteilung, ob urlaubsrechtliche Leistungsfristen die Ausübung des Urlaubsanspruchs nach Art. 7 Abs. 1 EGRL 2003/88 praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren können, ab von den jeweiligen innerstaatlichen Bedingungen und seinen Garantien für die fristgerechte Urlaubsverwirklichung.

Das nationale Recht stellt nicht die tatsächliche Möglichkeit sicher, dass der Arbeitnehmer stets fristgerecht den Mindesturlaub erhält (Leinemann, FS-Stahlhacke [1995], S. 328-330). Dem Arbeitnehmer ist die Selbstbeurlaubung verwehrt; § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG weist dem Arbeitgeber das Recht und die Pflicht zu, den Urlaub zu erteilen. Indem es dem Arbeitgeber obliegt, durch Festlegung des Urlaubs den Arbeitnehmer in die Lage zu versetzen, seinen ihm zustehenden Urlaub tatsächlich zu nehmen (vgl. EuGH 05.10.2004 – C-397/01 Pfeiffer – Rn. 82, EuGH 07.09.2006, C-484/04 Kommission/Vereinigtes Königreich – Rn. 40 ff., Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl 27.10.2005 - C-131/04 Robinson-Steele – Rn. 55), hat also er es zu verantworten, wenn die gesetzlichen Leistungszeiträume nicht eingehalten werden. Der Urlaubsanspruch ist auch kein sog. verhaltener Anspruch (BAG 24.03.2009 – 9 AZR 983/07 – Rn. 23). Der Arbeitgeber hat zwar etwaige Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Die ohne einen solchen Wunsch des Arbeitnehmers erfolgte zeitliche Festlegung des Urlaubs ist aber rechtswirksam, wenn der Arbeitnehmer auf die Erklärung des Arbeitgebers hin keinen anderweitigen Urlaubswunsch äußert (BAG 11.04.2006 – 9 AZR 523/05 – Juris Rn. 32). Das Bundesurlaubsgesetz legt dem Arbeitnehmer weder die Pflicht auf, einen „Urlaubsantrag“ zu stellen, noch sieht es bei versäumter Antragstellung den Anspruchsverlust vor (Richardi, Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 7 BUrlG Urlaubsjahr). Damit erledigen sich Überlegungen, die den Arbeitnehmer für die Nichtgewährung des Urlaubs mit dem Anspruchsverlust bestrafen wollen. Die offen oder klammheimlich auf den Vorwurf der Passivität gestützte Gegenauffassung bleibt jede Antwort darauf schuldig, welche urlaubsgesetzliche Rechtsnorm (unter Androhung der Sanktion des Anspruchsverlusts) den Arbeitnehmer zu welcher Aktivität veranlasst und welcher zumutbare Weg die tatsächliche Verwirklichung des Urlaubsanspruchs regelmäßig bis zum Ende des Kalenderjahrs ermöglicht. Sie konzidiert vielmehr den Befund, dass es keinen rechtssicheren Weg gibt, den Einheitsanspruch auf bezahlten Urlaub durchzusetzen, durch den sog. „Ersatzurlaub“ (dazu LAG Düsseldorf 02.02.2009 – 12 Sa 486/06 – Juris Rn. 74).

(bb) Darf der arbeitsfähige Arbeitnehmer nicht dafür, dass der Arbeitgeber die Erteilung von bezahltem Jahresurlaub innerhalb der Fristen des § 7 Abs. 3 Satz

1 und 3 BUrlG versäumt, mit dem Verlust des „verdienten“ Urlaubs bestraft werden, muss es den Gesetzen der Denklogik zufolge bei dem Fortbestand des Original-Urlaubsanspruchs bleiben. Dieser Anspruch (und kein Ersatzurlaubsanspruch) ist aufgrund ausdrücklicher Bestimmung des § 7 Abs. 4 BUrlG bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzugelten (so bereits Zeuner, Anm. AP Nr. 63 zu § 7 BUrlG).

(cc) Der Europäische Gerichtshof hat konsequenterweise in den Urteilen vom 10.09.2009 und vom 22.04.2010 auf (Nach-)Gewährung des in Art. 7 Abs. 1 EGRL 2003/88 verliehenen Anspruchs bestanden und sich nicht auf innerstaatliche Schadensersatzkonstruktionen eingelassen. Die Arbeitszeitrichtlinie nimmt den Arbeitgeber in die Pflicht, auf die Einhaltung der unionsrechtlichen Standards zu achten; diese Verpflichtung kann nicht auf den Arbeitnehmer durch diesem auferlegte „Antragsobliegenheiten“ abgewälzt werden (vgl. EuGH 25.11.2010 – C-429/09 Fuß – Rn. 71/78, 83). Die Erwägung, dass der Arbeitnehmer, um den prinzipalen Gewährungsakt zu erheischen, um Urlaub bitten und dabei Urlaubswünsche äußern könne, ist vor dem Hintergrund der auf innerbetrieblichen Konsens angelegten Bestimmung des § 7 Abs. 1 BUrlG (§ 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG) zutreffend. Indessen können Urlaubsanfragen ebenso wie der Appell an die Beteiligten, einzelvertraglich die Nachgewährung des Urlaubs zu vereinbaren (einerseits Leinemann AuR 1987, 184 [Fn. 12], andererseits BAG 23.06.1988 – 8 AZR 459/86 – Rn. 21), an der Realität abprallen. Sie sind daher nicht ausreichend, den Justizgewährungsanspruch zu verwirklichen.

(dd) Schließlich kann nicht vom Arbeitnehmer verlangt werden zu versuchen, den jährlichen Urlaubsanspruch im Wege der Klage oder der einstweiligen Verfügung durchzusetzen (vgl. EuGH 24.03.2009 – C-445/06 Danske Slagterier – Rn. 62 f.). Beide Rechtsschutzmöglichkeiten bieten keinen sicheren und zumutbaren Weg zur rechtzeitigen Anspruchsverwirklichung (LAG Düsseldorf 31.03.2010 – 12 Sa 1512/09 – Juris Rn. 33, LAG Düsseldorf 02.02.2009 – 12 Sa 485/06 – Juris Rn. 61 ff.).

(44) Die Kammer übersieht nicht, dass vor allem in der Klientel- und Lagerliteratur an der „Befristungstheorie“ festgehalten und gegen die Entfristung eingewendet wird, dass Arbeitgeber aufgrund der Verpflichtung, die während langandauernder Arbeitsunfähigkeit angesammelten Urlaubsansprüche zu erfüllen bzw. abzugelten, veranlasst würden, sich frühzeitig von langfristig erkrankten Arbeitnehmern durch Kündigung zu trennen. Eine solche Reaktion der Arbeitgeber, am Europäischen Gerichtshof erwartet, ist dort ohne Durchschlagskraft geblieben: *„Will man einem missbräuchlichen Rückgriff auf das Kündigungsrecht zwecks Umgehung dieses gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Grundrechts vorbeugen, so muss dem Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf jeden Fall ein Anspruch auf finanzielle Vergütung als Ersatz für erworbenen und nicht genommenen Urlaub zugestanden werden“* (Schlussanträge vom 24.01.2009, Rn. 74). Die zugrunde liegende Einschätzung, dass es „sozialer“ sei, dem Arbeitnehmer nach u.U. langandauernder Arbeitsunfähigkeit bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Urlaubsabgeltung zukommen zu lassen als – ohne diesen Anspruch – das nicht mehr vollzogene Arbeitsverhältnis zu verlängern, braucht nicht Jeder zu teilen. Sie erklärt sich jedoch plausibel aus dem des Fehlens eines unionsweit einheitlichen Bestandsschutzes. Das Ansinnen, dass der Gerichtshof die Auslegung von Richtlinien an den in den einzelnen Mitgliedsstaaten zu derselben oder zu verwandten Rechtsmaterien jeweils bestehenden Gesetze und Gepflogenheiten orientieren solle, dürfte kaum operabel und allemal realitätsfern sein.

In der Beratungspraxis mag das EuGH-Urteil „Schultz-Hoff“ als Überraschung empfunden worden sein, was ein gewisses fachliterarisches Bemühen erklärt, die Bedeutung des Urteils auf die Konstellation fortdauernder Arbeitsunfähigkeit herunterzuspielen und die Rechtsprechung des Gerichtshofs mit den hieraus zu ziehenden weiteren Konsequenzen zu ignorieren. Der Überraschungseffekt und die Enttäuschung, lieb gewordene Grundsätze des Urlaubsrechts aufgeben zu müssen, sind freilich keine im Rahmen von § 7 Abs. 3 BurlG auslegungsrelevanten Gesichtspunkte. Tatsächlich war nach den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 7 EGRL 93/104 (= Art. 7 EGRL 2003/88) vom 26.06.2001 – C-173/99 *The Queen/BECTU* – und vom 18.03.2004 – C-342/01 *Merino Gomez* – vorhersehbar, dass die Urlaubsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

keinen Bestand haben würde (zutr. BAG 23.03.2010 – 9 AZR 128/09 – Rn. 115 ff.).

(55) Schließlich kommt gut an, rechtspolitische Bedenken gegen die Gut-schrift von Krankheitszeiten (dazu LAG Düsseldorf 02.02.2009 – 12 Sa 486/06 – Juris Rn. 108 ff.) nicht mit der Einsicht zu verwursteln, dass die – im Regelfall erarbeiteten – Urlaubsansprüche auch nach dem 31.12.KJ/31.03.FJ erfüllbar sind.

d) Die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung beruht auf einem ge-fühlten Gleichgewicht von Anspruchserwerb und Anspruchsuntergang im Sinne einer höheren Gerechtigkeit (Hiob 1, 21). „Verneinung des Rechtsmissbrauchs als Ausschluss des Urlaubsanspruchs bei fehlender Arbeitsleistung wegen Ar-beitsunfähigkeit einerseits – Befristung des Urlaubsanspruchs auf das Urlaubs-jahr bzw. den Übertragungszeitraum andererseits sind die Angelpunkte für das mit der Rechtsprechung geschaffene Gleichgewicht“ (Leinemann, NZA 1985, 137). Indem der Europäische Gerichtshof dem arbeitsunfähigen Arbeitnehmer den „unbefristeten“ Anspruch auf bezahlten Urlaub zugesteht und die Surro-gatstheorie verwirft, ist die BAG-Rechtsprechung mit dem von ihr geschaffenen Gleichgewicht aus den Angeln gehoben (s. – echauffiert – Leinemann, DB 2009 Nr. 8 I).

(11) Dabei ist der Balanceakt der Rechtsprechung schon in den Fällen miss-glückt, in denen entweder der Arbeitnehmer nach längerer, auch unentschuldig-ter Arbeitsversäumnis sich rechtzeitig vor den Fristen des § 7 Abs. 3 BUrlG zu-rückmeldet und bezahlten Urlaub verlangt oder in denen er den durch Arbeit im Urlaubsjahr erworbenen Urlaubsanspruch deshalb verliert, weil Arbeitsunfähig-keit eintritt und diese die Erfüllung des Anspruchs bis spätestens zum 31.03.FJ wie auch dessen Anmahnung verhindert. Damit zeitigt die mit der Befristungs-these typischerweise verbundene Ungleichbehandlung von arbeitsfähigen und arbeitsunfähigen Arbeitnehmern mit dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) unvereinbare Ergebnisse und führt zu unerträglichen Wertungswidersprüchen (LAG Düsseldorf 02.02.2009 – 12 Sa 486/06 – Rn. 81 ff., LAG Düsseldorf

18.08.2010 – 12 Sa 650/10 – Rn. 37; vgl. Rummel NZA 986, 384, AnwK-ArbR/Düwell, 2. Aufl., § 7 BUrlG Rn. 134). Sind schon geringe Ungerechtigkeiten zu missbilligen (Lukas 16, 10 [2. Hs.]), kann noch weniger die aus der Anspruchsbefristung sich ergebende signifikante Benachteiligung der arbeitsfähigen Mitarbeiter hingenommen werden. Mit dem Kriterium der Erfüllbarkeit verkennt die Gegenauffassung (BAG 23.03.2010 – 9 AZR 128/09 – Rn. 43) eisern die unionsrechtliche Obliegenheit des Arbeitgebers, für die tatsächliche Verwirklichung des Urlaubsanspruchs zu sorgen.

(22) Auch sonst ist nur mühsam vermittelbar, dass der Arbeitnehmer für Zeiten unentschuldigtem Fehlen oder selbst gewünschten Sonderurlaubs einen Anspruch auf bezahlten Urlaub erwerben soll.

Art. 5 Abs. 4 ILO-Convention 132 schreibt die Anrechnung solcher Ausfallzeiten nicht vor. Auch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 20.01.2009 – C-350/06 Schultz-Hoff – Rn. 41 [38/61] verhält sich lediglich dazu, dass der in Art. 7 EGRL 2003/88 verliehene Urlaubsanspruch auch bei unabhängig vom Willen des Arbeitnehmers eingetretenen Arbeitsversäumnissen, namentlich Zeiten ordnungsgemäßer Krankschreibung entsteht. Auf die von der Kammer im Vorlagebeschluss vom 02.08.2006 – 12 Sa 486/06 – aufgeworfene dritte Frage, ob der Arbeitnehmer Urlaubsansprüche auch durch auf seinem Willen beruhende Fehlzeiten erwirbt, ist der Gerichtshof – auf Empfehlung der Generalanwältin Trstenjak (Schlussanträge vom 24.01.2008 – C-350/06 – Rn. 84) – nicht eingegangen. Demnach ist die generelle Annahme, dass der Mindesturlaubsanspruch iSv. Art. 7 Abs. 1 EGRL 2003/88 auch dann entstehe, wenn der Arbeitnehmer nicht arbeite (so BAG 15.12.2009 – 9 AZR 795/08 – Rn. 29), voreilig und von der EuGH-Rechtsprechung nicht gedeckt. So ist auch in dieser Hinsicht die hiesige Geschichte des Urlaubsrechts eine Geschichte der Missverständnisse. Tatsächlich legt die im Urteil vom 22.04.2010 (– C-486/08 Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols – Rn. 33) getroffene Feststellung des Gerichtshofs, dass eine vereinbarte Reduzierung der Arbeitszeit den Urlaubsanspruch mindere, den Schluss nahe, dass nach Art. 7 Abs. 1 EGRL 2003/88 der Arbeitnehmer für Zeiten selbst gewünschter Arbeitsbefreiung keinen Urlaubsanspruch erwirbt, und stellt den bezahlten Urlaub nach Art. 7 Abs. 1

EGRL 2003/88 in ein Äquivalenzverhältnis zu der im Urlaubsjahr zur Verfügung gestellten Arbeitsleistung (einschl. vom Arbeitnehmer ungewollter Krankheitszeiten). Folgerichtig können auch eigenmächtige Fehlzeiten keinen Anspruch auf bezahlten Urlaub auslösen.

Zum Bundesurlaubsgesetz vertritt das Bundesarbeitsgericht freilich die Auffassung, dass es für den Urlaubsanspruch lediglich auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses ankomme (BAG 15.12.2009 – 9 AZR 795/08 – Rn. 29, AnwK-ArbR/Düwell, 2. Aufl., § 1 Rn. 26). Diese Auffassung hat den Wortlaut des Gesetzes für sich, hingegen nicht dessen Sinn und Zweck. Zunächst bedeutet der Gesetzeswortlaut nicht alles: *„Durch Worte und Begriffe werden wir fortwährend verführt, die Dinge uns einfacher zu denken als sie sind“* (Nietzsche, Der Wanderer und sein Schatten, 11). Eruiert man die gesetzliche Zielsetzung und die hierin reflektierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen im Arbeitsleben, fallen Zweifel an, ob das bloße Rechtsband des Arbeitsvertrages stets zum Erwerb von Urlaubsansprüchen ausreicht. So wird im Rechtsverständnis der Arbeitsvertragsparteien Urlaub „erarbeitet“ oder „verdient“ und nicht „erfehlt“. Das Rechtsgefühl der arbeitenden Menschen vereint sich mit Fundamenteinsichten des Verfassungsrechts: Um die Belastung des Arbeitgebers mit bezahltem Urlaub zu legitimieren, bedarf es aus grundgesetzlichen Gründen (Art. 12 Abs. 1 GG) einer **Verantwortungsbeziehung** des Arbeitgebers zu dem seine Leistungspflicht auslösenden Sachverhalt (BVerfG 15.12.1987 – 1 BvR 563/85 – Rn. 104). Daher ist der bundesurlaubsgesetzlich statuierte Mindesturlaubsanspruch aufgrund des Gebotes der verfassungskonformen Gesetzesauslegung (dazu BVerfG 30.08.2010 – 1 BvR 1631/08 – Rn. 61) im Licht des Vorliegens bzw. Fehlens dieser Verantwortungsbeziehung zu erfassen. Aus der Sozialpflichtigkeit der Unternehmen und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber den bei ihm angestellten Arbeitnehmern ist die Verpflichtung zu begründen, bezahlten Urlaub für Arbeitszeiten zu gewähren. Gleiches kann für krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeitszeiten angenommen werden, weil sich im Eintritt von Krankheitsfällen das typische Risiko aus der Beschäftigung von Arbeitnehmern verwirklicht. Hingegen lässt sich eine Verantwortungsbeziehung des Arbeitgebers, für vom Arbeitnehmer selbstbestimmte Fehlzeiten (zB. Arbeitsverweigerung oder erwünschten Sonderurlaub) bezahlten Erholungsurlaub

zu gewähren, nicht ausmachen (LAG Düsseldorf 02.02.2009 – 12 Sa 486/06 – Juris Rn. 93/95; a.A. ErfK/Dörner/Gallner, 11. Aufl., § 1 BUrlG Rn. 6, HzA/Schütz, Gruppe 4 "Urlaub", Rn. 94, Schaub/Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, 12. Aufl., § 102, Rn. 26). Dieser Befund gebietet die teleologische Reduktion des gesetzlichen Urlaubsanspruchs.

Soweit sich die Gegenauffassung vordem auf eine von Dersch begründete Kommentierung bezogen hat (BAG 05.02.1970 – 5 AZR 470/69 – BAGE 22, 275), sei daran erinnert, dass Dersch in der Anmerkung zu RAG 24.11.1937, ARS 35, 277, sein urlaubsrechtliches Verständnis wie folgt offenbart hat: *"Vielmehr ist der Urlaub im Gefüge der heutigen Sozialordnung eine vom Unternehmer zu erfüllende Fürsorgepflicht im Interesse der Gemeinschaft zur Erhaltung der Arbeitskraft der Gefolgschaftsmitglieder für die Volksgemeinschaft und damit zugleich ebenso sehr eine Pflicht des Gefolgschaftsmitgliedes, den Urlaub auch tatsächlich zu diesem Zweck zur Erholung zu nutzen."* Diese oder ähnliche geartete Sinngebungen hält die Kammer für falsch, weil sich die grundrechtlich präsumierte Verantwortungsbeziehung nicht durch amorphe sozialpolitische Zielsetzungen substituieren lässt (LAG Düsseldorf 17.06.1998 – 12 Sa 520/98 – Juris Rn. 46; zur historischen Analyse Leege, Das Verhältnis von Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsanspruch [1996], S. 15 ff.).

e) Indem die einfache, richtlinienkonforme Gesetzesauslegung die Entfristung des Urlaubsanspruchs trägt, ist die von Hanau angeregte EuGH-Vorlage (StudZR 2010, 339) nach Meinung der Kammer verzichtbar.

3. a) Der Klägerin steht vertraglich ein jährlicher Mehrurlaub von zwei Wochen vor. Nach § 5 des Arbeitsvertrages vom 30.10.1987 beträgt der jährlichen Urlaubsanspruch zwar „30 Werktage“. In der Berufungsinstanz ist jedoch unstreitig geworden, dass die Klägerin seit langer Zeit (mindestens) 6 Wochen Urlaub pro Jahr erhielt. Das gleichförmige und wiederholte Verhalten des Beklagten bzw. seines Rechtsvorgängers war geeignet, einen über § 5 des Arbeitsvertrages hinausgehenden Urlaubsanspruch der Klägerin auf 30 Arbeitstage zu begründen. Aus der langjährigen vorbehaltlosen Gewährung eines

sechswöchigen Erholungsurlaubs durfte die Klägerin schließen, ihr werde Jahresurlaub von dieser Dauer auch künftig gewährt.

Die in § 9 des Arbeitsvertrages vereinbarte einfache Schriftformklausel hat das Entstehen eines Anspruchs aus ständiger Übung nicht verhindert. Nach gefestigter Rechtsprechung können die Vertragsparteien das für eine Vertragsänderung vereinbarte Schriftformerfordernis jederzeit schlüssig und formlos aufheben. Das ist selbst dann möglich, wenn sie bei ihrer mündlichen Abrede oder konkludenten Erklärungsverhalten an die Schriftform überhaupt nicht gedacht haben (BAG 20.05.2008 – 9 AZR 382/07 – Rn. 17).

b) Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts folgt der Anspruch auf vertraglichen Mehrurlaub dem Gesetzesrecht, solange deutliche Anhaltspunkte für den Regelungswillen der Parteien fehlen, zwischen gesetzlichem und vertraglichem Urlaubsanspruch zu unterscheiden (BAG 04.05.2010 – 9 AZR 183/09 – Rn. 25 f.; weitergehend Abele, RdA 2009, 315 f.). Die Kammer kann offen lassen, ob dieser Auslegungsmaxime zuzustimmen ist und ob nicht ebensogut vermutet werden könnte, dass Parteien für den Mehrurlaubsanspruch eine nennenswerte Arbeitsleistung im Urlaubsjahr voraussetzen (vgl. Staudinger/Richardi/Fischinger, BGB [2011], § 611 Rn. 1154). Denn jedenfalls bleiben beide Auslegungsmöglichkeiten rechtlich vertretbar, so dass die nunmehr in § 305c Abs. 2 BGB normierte Unklarheitenregel auf den arbeitgeberseitig verwendeten Formularvertrag zur Anwendung gelangt und den Beklagten zur Abgeltung des Mehrurlaubs auch für die langandauernden Krankheitszeiten der Klägerin verpflichtet.

4. Der Urlaubsanspruch 2006 ist zum 31.12.2009 verjährt und daher nicht abzugelten.

a) Das Arbeitsgericht hat seine gegenteilige Ansicht mit der früheren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts begründet. Die Kammer hält diese Rechtsprechung für obsolet und daran fest, dass Urlaubsansprüche stets in drei Jahren verjähren, wobei die Verjährungsfrist zum Schluss des Urlaubsjahres beginnt (LAG Düsseldorf 18.08.2010 – 12 Sa 650/19 – Juris Rn. 27, 35).

b) Die Verjährung des Urlaubsabgeltungsanspruchs richtet sich nach dem ihm zugrunde liegenden Urlaubsanspruch (Kammer 18.08.2010 – 12 Sa 650/10 – Juris Rn. 26, LAG Düsseldorf 01.10.2010 – 9 Sa 1541/09 – Juris Rn. 109/115). Ist der Primäranspruch auf bezahlten Urlaub verjährt, unterfällt der mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstehende Sekundäranspruch auf Urlaubsabgeltung der Verjährung (vgl. allgemein zu dieser Konstellation KG 01.07.2004 – 12 U 51/02 - Rn. 45 f., Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl., § 199 Rn. 15, Palandt/Grüneberg, § 285 BGB Rn. 6). Denn der Anspruch aus § 7 Abs. 4 BUrlG beruht auf demselben urlaubsrechtlichen Schuldverhältnis, steht in Abhängigkeit zu dem nicht erfüllten Urlaubsanspruch und dem diesem Anspruch zugrunde liegenden Urlaubsjahr und ist lediglich Wertersatz für den ursprünglichen Naturalanspruch auf bezahlten Urlaub.

Damit geht die Gegenauffassung (Thüsing/Stiebert, ZESAR 2010, 478) in die Irre, wenn sie damit argumentiert, dass, wenn selbst aus einem unmöglichen bzw. nicht erfüllbaren Urlaubsanspruch noch als Surrogat ein Abgeltungsanspruch entstehen könne, erst recht aus einem verjährten Urlaubsanspruch ein Abgeltungsanspruch entstehe.

c) Auch nach ihrem Sinn und Zweck ist die dreijährige gesetzliche Verjährung anzuwenden, denn nach den Zeitabläufen der §§ 195 ff. BGB soll Rechtssicherheit und Rechtsfrieden geschaffen und dem Bedürfnis des Schuldners Rechnung getragen werden, aus lange zurückliegenden Sachverhalten nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Bei dieser Ausgangslage fehlt jeder Grund, den arbeitsunfähig erkrankten verjährungsrechtlich gnädiger zu behandeln als den arbeitsfähigen Arbeitnehmer. Warum der in der Sphäre des arbeitsunfähigen Arbeitnehmers liegende Hinderungsgrund, Urlaub anzutreten, im Rahmen des § 199 Abs. 1 BGB dem Arbeitgeber zugerechnet werden soll, ist nicht wirklich nachvollziehbar. Der Urlaubsanspruch ist – wie ausgeführt – kein verhaltener Anspruch, der erst entsteht, wenn der Gläubiger die Erfüllung verlangt. Gegen den Verjährungsbeginn kann ebenso wenig eingewendet werden, dass der Arbeitnehmer während der Arbeitsunfähigkeit nicht verlangen könne und es damit an der Fälligkeit fehle, die das Entstehen eines Anspruchs im Sin-

ne von § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB regelmäßig voraussetze (Hess. LAG 07.12.2010 – 19 Sa 939/10 – Juris Rn. 47). Denn der Umstand, dass die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers den Arbeitgeber daran hindert, Urlaub zu erteilen, ist nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB für den Verjährungsbeginn unmaßgeblich: Die fortdauernde Arbeitsunfähigkeit hindert nicht die Entstehung des Urlaubsanspruchs, sondern dessen Erfüllung (LAG Düsseldorf 18. 08. 2010 – 12 Sa 650/10 – Juris Rn. 34, 35.) und begründet als in der Person des Arbeitnehmers liegendes und vom Arbeitgeber nicht zu vertretendes Leistungshindernis lediglich den Einwand aus § 286 Abs. 4 BGB.

d) Die Erwägung, dass der wegen Krankheit nicht verfallende (gesetzliche) Urlaub dem Urlaubsanspruch des Folgejahres zugeschlagen und damit Bestandteil des im nächsten Kalenderjahr entstandenen Urlaubs werde (LAG München 30.11.2010 – 6 Sa 684/10 – Rn. 33, im Anschluss an AnwK-ArbR/Düwell, 2. Aufl., § 7 BUrlG Rn. 91), ändert nichts daran, dass der Urlaubsanspruch entstanden ist und lediglich in die Neuberechnung des Gesamtanspruchs einfließt. Unabhängig hiervon ist die "Anwachsung von Urlaubsansprüchen" nicht mehr vertretbar, weil sich der Urlaubsanspruch mit Ablauf des Urlaubsjahrs verselbständigt und nach dem Beschäftigungsausmaß im Urlaubsjahr zu berechnen ist (EuGH –22.04.2010 C-486/08 Tirol – Tenor zu 1) .

e) Schließlich ist Arbeitsunfähigkeit keine höhere Gewalt iSv. § 206 BGB. Eine Krankheit wird im Rheinischen nur dann als höhere Gewalt anerkannt, wenn sie, wie zB. Bewusstlosigkeit, dem Berechtigten die Besorgung seiner Angelegenheiten schlechthin unmöglich macht (a. A. LAG München 30.11.2010 – 6 Sa 684/10 – Rn. 41, HzA/Schütz, Gr. 4 Urlaub, Rn. 44/24). Ebenso geht die Überlegung fehl, dass der Arbeitnehmer außerstande sei, für die Dauer krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ein auf Freistellung gerichtetes Leistungsurteil zu erwirken. Die Erhebung einer Leistungsklage ist nicht notwendig: § 204 Nr. 1 BGB lässt die Feststellungsklage ausreichen. Das erforderliche Feststellungsinteresse ergibt sich nach allgemeiner und zutreffender Rechtsauffassung aus der Vermeidung einer drohenden Verjährung (vgl. BGH 15.03.2006 – VIII ZR

123/05 – Juris Rn. 12, Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, 12. Aufl., § 199 Rn. 3 PWW/Kessler, BGB, 4. Aufl., § 199 Rn. 3).

5. Danach ist auf die vom Beklagten erhobene Einrede der Verjährung der Anspruch auf Urlaubsabgeltung für das Jahr 2006 (€ 1.821,66 brutto) abzuweisen.

Dem hält die Klägerin – ohnehin gemäß § 67 Abs. 4 ArbGG verspätet – ohne Erfolg entgegen, dass der Urlaub des Jahres 2006 mit Einverständnis des Beklagten auf das Jahr 2007 übertragen worden sei. Ihre schriftliche Bitte im Oktober 2006, den Urlaub 2006 im Anschluss an eine anstehende Reha-Maßnahme im Jahr 2007 zu gewähren, bedeutet die Äußerung eines Urlaubswunsches iSv. § 7 Abs. 1 BUrlG, womöglich den Antrag, die Nachgewährung des Urlaubs im Jahr 2007 über dessen (vermeintliche) „Befristung“ auf den 31.12.2006/31.03.2007 hinaus zu vereinbaren. Auf einen Vertragswillen, eine iSv. § 202 BGB verjährungshemmende oder -verlängernde Absprache zu treffen, ist hieraus nicht zu schließen (§ 133 BGB). Zudem hat der Beklagte das Vorbringen der Klägerin bestritten, mit der Urlaubsübertragung auf das Jahr 2007 einverstanden gewesen zu sein. In der Verhandlung vor der Kammer hat die Klägerin eingeräumt, dass eine Einverständniserklärung des Beklagten nicht existiere. Das Schweigen des Beklagten hatte sie angesichts des zwischen den Parteien eingetretenen Spannungsverhältnisses auch nicht als Zustimmung verstehen dürfen.

6. Der Urlaubsanspruch für 2007 und 2008 in Höhe von insgesamt 12 Wochen (2 x 6 Wochen) ist mit dem Betrag von € 3.643,23 brutto abzugelten.

In diesem Zusammenhang kann unerörtert bleiben, ob § 11 Abs. 1 BUrlG der durch die Richtlinie vorgeschriebenen Berechnung des Urlaubsentgelts genügt (Supreme Court UK, EuGH-Vorlage vom 24.03.2010 – C-155/10 Williams ./ British Airways plc – ABI. C 161, S. 23). Es reicht die Feststellung, dass die von der Klägerin geforderte Urlaubsabgeltung der Höhe nach von allen Berechnungsanweisungen getragen wird.

Die Geldschuld ist mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 23.02.2010 zu verzinsen (§ 286 Abs. 2 Nr. 1, § 288 BGB). Der Beklagte hat im Berufungsverfahren auf Einwände gegen die Verurteilung zur Verzinsung verzichtet.

Nebenentscheidungen

Die Kosten des Rechtsstreits sind nach § 92 Abs. 1 ZPO zu verteilen.

Die Kammer hat nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG für beide Parteien die Revision an das Bundesarbeitsgericht zugelassen. Im Hinblick auf die Vorabentscheidungsersuchen des LAG Hamm vom 15.04.2010 – 16 Sa 1176/09 – [Rs. C-214/10 KHS] und des Cour de cassation (Frankreich) [Rs. C-282/10 Dominguez] sind die entscheidungserheblichen Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von beiden Parteien

REVISION

eingelegt werden.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361-2636 2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Dr. Plüm

Flüss

Helsper