



Anmerkung zu:	LArbG Hamm 16. Kammer, EuGH-Vorlage vom 14.02.2013 - 16 Sa 1511/12	Quelle:	
Autor:	Peter Klenter, Referatsleiter Individualarbeitsrecht, DGB Bundesvorstand	Normen:	§ 613 BGB, § 280 BGB, § 287 BGB, § 249 BGB, § 251 BGB, § 286 BGB, § 7 BUrlG, 32003L0088
Erscheinungsdatum:	12.06.2013	Fundstelle:	jurisPR-ArbR 23/2013 Anm. 2
		Herausgeber:	Prof. Franz Josef Düwell, Vors. Ri-BAG a.D. Prof. Klaus Bepler, Vors. RiBAG a.D.
		Zitiervorschlag:	2 

Urlaubsabgeltung bei Tod des Arbeitnehmers

Leitsätze

1. Mit dem Tod des Arbeitnehmers erlischt dessen höchstpersönliche Leistungspflicht, damit nach der Rechtsprechung des BAG sein auf Befreiung von der Arbeitspflicht gerichteter Urlaubsanspruch. Demgegenüber werden der Anspruch auf Jahresurlaub und der auf Zahlung des Urlaubsentgelts nach der Rechtsprechung des EuGH in der Richtlinie 2003/88/EG als zwei Aspekte eines einzigen Anspruchs behandelt.

Dem EuGH wird zum einen die Frage vorgelegt, ob der mit dem Tod des Arbeitnehmers eintretende Untergang der einen Komponente des Urlaubsanspruchs, nämlich der Freistellung, den Untergang des Zahlungsanspruchs mit sich zieht.

Zum anderen wird der EuGH gefragt, ob der Anspruch auf Urlaubsabgeltung so an die Person des Arbeitnehmers gebunden ist, dass dies einer Beurteilung als reiner Geldforderung entgegensteht.

2. Nach der Rechtsprechung des BAG ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, den Urlaub von sich aus festzulegen.

Im Hinblick darauf, dass die Richtlinie Mindestvorschriften für die Sicherheit und Gesundheit des Arbeitnehmers bei der Arbeitszeitgestaltung enthält, stellt sich die Frage, ob eine effektive Umsetzung der Richtlinie eine dahin gehende Verpflichtung des Arbeitgebers erfordert.

A. Problemstellung

Auf die Urteile des EuGH vom 20.01.2009 (C-350/06 „Schultz-Hoff“) und vom 22.11.2011 (C-214/10 „KSH“) hat das BAG zur Transformation der unionsrechtlichen Vorgaben u.a. seine Surrogatstheorie der Urlaubsabgeltung aufgegeben und anerkannt, dass die Urlaubsabgeltung einen reinen Geldanspruch darstellt, der an die Stelle des nicht im Arbeitsverhältnis realisierten Urlaubsanspruchs des Arbeitnehmers tritt (BAG, Urte. v. 04.05.2010 - 9 AZR 183/09, und BAG, Urte. v. 19.06.2012 - 9 AZR 652/10). Es hätte deshalb nahegelegen, auch die aus der Surrogatstheorie abgeleitete Rechtsprechung aufzugeben, dass Urlaubsabgeltungsansprüche nicht vererblich sind (BAG v. 26.04.1990 - 8 AZR 247/89; BAG, Urte. v. 23.06.1992 - 9 AZR 111/91, und BAG, Urte. v. 20.01.1998 - 9 AZR 601/96). Das BAG hat diese Folgerung allerdings nicht gezogen, sondern stattdessen daran festgehalten, dass die im Zeitpunkt des Todes eines Arbeitnehmers offenen Urlaubsansprüche nicht abzugelten sind und deshalb auch kein vererbbarer Urlaubsabgeltungsanspruch bestehe (BAG, Urte. v. 20.09.2011 - 9 AZR 416/10). Darüber hinaus hat das BAG selbst für zum Zeitpunkt des Todes bereits entstandene und fällige Urlaubsabgeltungsansprüche ausdrücklich dahingestellt sein lassen, ob diese vererblich sind (BAG, Urte. v. 20.09.2011 - 9 AZR 416/10 Rn. 12).

Das BAG begründet das Ergebnis der Nichtvererblichkeit mit dem Argument, der Urlaubsanspruch zielt auf eine Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitsleistung ab. Dieser Freistellungsanspruch ginge jedoch mit dem Tod des Arbeitnehmers unter (BAG, Urte. v. 20.09.2011 - 9 AZR 416/10).

Rn. 22). Diesem Argument liegt eine Konzeption des Urlaubsanspruchs als Nebenpflicht im Arbeitsverhältnis zugrunde, die sich im Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers bei Aufrechterhaltung der Hauptpflicht der Entgeltzahlung erschöpft (so auch Binder, ArbuR, 2012, 239, 241). Demgegenüber hat der EuGH die unionsrechtliche Regelung des Art. 7 der RL 2003/88/EG dahingehend ausgelegt, dass „die Richtlinie [...] den Anspruch auf Jahresurlaub und denjenigen auf Zahlung des Urlaubsentgeltes als die zwei Teile eines einzigen Anspruchs“ behandelt: „Durch das Erfordernis der Zahlung dieses Urlaubsentgeltes soll der Arbeitnehmer während des Jahresurlaubs in eine Lage versetzt werden, die in Bezug auf das Entgelt mit den Zeiten geleisteter Arbeit vergleichbar ist.“ (EuGH, Urt. v. 16.03.2006 - C-131/04 „Robinson-Steele“ und C-257/04 „Michael Jason Clarke“ Rn. 58). Es steht deshalb in Frage, ob die Urlaubskonzeption des BAG, die den Arbeitnehmer und seine Erben im Falle des Todes des Arbeitnehmers in eine Lage versetzen, die nicht damit vergleichbar ist, dass der Arbeitnehmer gearbeitet hätte, mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

Die Konzeption des BAG, der Urlaubsanspruch stelle lediglich eine Nebenpflicht zur Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitsleistung dar, bewirkt zudem eine Relativierung des unionsrechtlichen Urlaubsanspruchs, der einen besonders bedeutsamen Grundsatz des Sozialrechts der Union darstellt (u.a. EuGH, Urt. v. 20.01.2009 - C-350/06 Rn. 22 „Schultz-Hoff“): „Der Arbeitnehmer muss normalerweise über eine tatsächliche Ruhezeit verfügen können, damit ein wirksamer Schutz seiner Sicherheit und seiner Gesundheit sichergestellt ist“ (EuGH, Urt. v. 20.01.2009 - C-350/06 Rn. 23 „Schultz-Hoff“). Obgleich der Wortlaut des § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG nicht anders als als Gesetzesbefehl auf Gewährung des Urlaubs im Urlaubsjahr (unter Berücksichtigung der Wünsche des Arbeitnehmers hinsichtlich der zeitlichen Konkretisierung des Urlaubs) und der Wortlaut des § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG nicht anders als als ebensolcher Gesetzesbefehl für die Gewährung des übertragenen Urlaubs im Übertragungszeitraum verstanden werden kann, kennt die Urlaubskonzeption des BAG keine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Urlaubsgewährung und keine Sanktionen für den Fall, dass der Arbeitgeber diese Verpflichtung nicht erfüllt. Ganz im Gegenteil sollen sogar wegen langandauernder Erkrankung des Arbeitnehmers übertragene Urlaubsansprüche verfallen, wenn der Arbeitnehmer ihre Realisierung nicht von sich aus innerhalb des engen „Fristenregimes“ des § 7 Abs. 3 BUrlG betrieben hat (BAG, Urt. v. 09.08.2011 - 9 AZR 425/10 und BAG, Urt. v. 10.07.2012 - 9 AZR 11/11). Da der Urlaubsanspruch unionsrechtlich Teil des Arbeitsschutzes ist, für dessen Umsetzung der Arbeitgeber verantwortlich ist, ist es auch unter diesem Gesichtspunkt die Frage, ob die Konzeption des BAG mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

In dem vom LArbG Hamm dem EuGH vorgelegten Fall wurde das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers beendet. Im Kalenderjahr vor seinem Tod war der Arbeitnehmer zunächst etwa sieben Monate durchgängig und dann in diesem und im Folgejahr immer wieder kurzzeitig erkrankt. Im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestand soweit unstrittig ein Urlaubsguthaben von 140,5 Urlaubstagen. Ob dieses mit Billigung des Arbeitgebers aufgrund einer Entscheidung des Arbeitnehmers angesammelt worden ist oder ob dieses dadurch entstanden ist, dass aus betrieblichen Gründen kein Urlaub gewährt worden war, oder ob beide Momente zur Ansammlung eines derart großen Urlaubsguthabens geführt haben, ist nicht geklärt. Jedenfalls hat der Arbeitgeber sich am Beginn des Jahres, in dem der Arbeitnehmer verstorben ist, auf die schriftliche Aufforderung an seine Arbeitnehmer beschränkt, keine weiteren Resturlaube aufzubauen.

Das LArbG Hamm thematisiert in seinem Vorlagebeschluss erstens die Vererblichkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs und zweitens eventuelle Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers wegen nicht gewährten Urlaubs.

Hinsichtlich der Vererblichkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs hebt das Landesarbeitsgericht darauf ab, dass die klagende Erbin des Arbeitnehmers aufgrund der Entscheidung des BAG vom 20.09.2011 (9 AZR 416/10) – wie auch von der Vorinstanz entschieden – eine Abgeltung des Urlaubsanspruchs ihres verstorbenen Ehemanns nicht beanspruchen könne. Es arbeitet heraus, dass das BAG auch nach der Anpassung seiner Rechtsprechung an die unionsrechtlichen Vorgaben weiterhin an der Konzeption des Urlaubsanspruchs als Nebenpflicht des Arbeitgebers, durch die die arbeitsvertragliche Leistungspflicht des Arbeitnehmers bei Aufrechterhaltung seiner Vergütungsansprüche aufgehoben werde (BAG, Urt. v. 28.01.1982 - 6 AZR 571/79), festhalte. Insoweit argumentiere das BAG hinsichtlich der Vererblichkeit der Urlaubsabgeltungsansprüche ungebrochen, dass durch den Tod des Arbeitnehmers dessen höchstpersönliche Leistungspflicht (§ 613 BGB) erlösche und folglich der Anspruch auf Arbeitsbefreiung durch Urlaubsgewährung untergehe (BAG, Urt. v. 20.09.2011 - 9 AZR 416/10 Rn. 17 und 20). Dies habe zur Konsequenz, dass im bestehenden Ar-

beitsverhältnis im Todesfalle ein Urlaubsabgeltungsanspruch nicht entstehen würde (BAG, Urt. v. 20.09.2011 - 9 AZR 416/10 Rn. 22, 23 und 31).

Das LArbG Hamm konfrontiert diese Konzeption mit der Rechtsprechung des EuGH, derzufolge die RL 2003/88/EG einen einheitlichen Mindestanspruch auf jährlichen Urlaub als Freistellung von der Arbeitsleistung und Urlaubsvergütung schaffe (EuGH, Urt. v. 16.03.2006 - C-131/04 Rn. 58 „Robinson-Steele“ und EuGH, Urt. v. 20.01.2009 - C-350/06 Rn. 60 „Schultz-Hoff“), der gegebenenfalls nach nationalem Recht vererblich wäre. Allerdings hätten die Mitgliedstaaten der Union einen Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Voraussetzungen für die Ausübung, die Umsetzung und das Erlöschen des unionsrechtlichen einheitlichen Urlaubs- und Urlaubsentgeltanspruchs, soweit durch diese Voraussetzungen die Anspruchsentstehung nicht verhindert wird. Deshalb könnten nationale Bestimmungen, die ein Erlöschen des Urlaubsabgeltungsanspruchs im Falle des Todes eines Arbeitnehmers regeln, u.U. mit dem Unionsrecht vereinbar sein.

Der unionsrechtliche Urlaubsanspruch verfolge zwei Regelungszwecke, nämlich den der Erholung von der Arbeitsbelastung und den einer arbeitsfreien Zeit (EuGH, Urt. v. 20.01.2009 - C-350/06 Rn. 25 „Schultz-Hoff“ und EuGH, Urt. v. 22.11.2011 - C-214/10 Rn. 31 „KHS“). Da diese Zwecke beim Tod des Arbeitnehmers nicht mehr erfüllbar seien, wäre es womöglich mit dem Unionsrecht vereinbar, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch mit dem Tode des Arbeitnehmers untergehen würde, falls der Urlaubsentgeltanspruch von der Realisierbarkeit des Urlaubsanspruchs abhängig wäre. Demgegenüber würde die Annahme eines Urlaubsentgeltanspruchs als eigenständigem Anspruch neben dem Urlaubsanspruch dazu führen, dass der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis fortlaufend Urlaubs- und Urlaubsentgeltansprüche erwerbe. Für letztere Auffassung spreche die Entscheidung des EuGH vom 22.04.2010 (C-486/08 „Tirol“), derzufolge dem im Vollzeitarbeitsverhältnis erworbenen Urlaubsanspruch ein Vermögenswert zukomme, der auch nach Übergang in ein Teilzeitarbeitsverhältnis erhalten bleibe. Wegen dieser zwei möglichen Auffassungen sei zum einen klärungsbedürftig, ob unionsrechtlich eine durch den Tod eines Arbeitnehmers eintretende Unmöglichkeit der Urlaubsgewährung als Freistellung von der Arbeitsleistung den Untergang des Anspruchs auf Urlaubsentgelt bewirke.

Falls diese Folge mit dem Unionsrecht nicht vereinbar sein sollte, besteht aus Sicht des LArbG Hamm weiterer Klärungsbedarf, ob der bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstehende Urlaubsabgeltungsanspruch einen höchstpersönlichen Anspruch des Arbeitnehmers und deshalb u.U. keine reine Geldforderung darstelle. Eine solche Auslegung des in diesem Falle entstehenden Urlaubsabgeltungsanspruchs könnte sich aus der Regelung des Art. 7 Abs. 2 RL 2003/88/EG ergeben, die eine Abgeltung des Urlaubsanspruchs im laufenden Arbeitsverhältnis untersagt und lediglich für den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zulässt. Durch diese Regelung werde der Zweck verfolgt, dass der Arbeitnehmer entweder Urlaub oder – bei der Unmöglichkeit der Urlaubsgewährung im laufenden Arbeitsverhältnis – eine entsprechende finanzielle Vergütung erhalte (EuGH, Urt. v. 20.01.2009 - C-350/06 Rn. 56 „Schultz-Hoff“). Gerade dieser Umstand führe nach dem Urteil des BAG vom 20.09.2011 (9 AZR 416/10 Rn. 28) dazu, dass ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung einen höchstpersönlichen Anspruch darstelle, der nach nationalem Recht nicht vererblich sei.

Insoweit bestehe auch eine Kontinuität der Rechtsprechung des BAG, dass selbst ein bereits entstandener Urlaubsabgeltungsanspruch nicht vererblich sei (BAG, Urt. v. 22.10.1991 - 9 AZR 433/90). Nicht vereinbar sei diese Auffassung jedoch mit der neueren Rechtsprechung des BAG, dass die Urlaubsabgeltung eine reine Geldforderung darstelle (BAG, Urt. v. 19.06.2012 - 9 AZR 652/10). Eine solche reine Geldforderung sei nicht an die Person des Arbeitnehmers gebunden und also vererblich. Allerdings biete sich eine derartige Auslegung der Urlaubsabgeltung als reine Geldleistung nicht von selbst als günstigere Qualifizierung des Anspruchs gemäß Art. 15 der RL 2003/88/EG an, weil der Anspruch dann zwar vererblich, jedoch auch pfändbar wäre, was für höchstpersönliche Forderungen nicht zutrifft.

Hinsichtlich eventueller Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers wegen nicht gewährtem Urlaub stellt das Landesarbeitsgericht zunächst klar, dass eine Ansammlung von Urlaubstagen wie im vorliegenden Fall in Absprache mit dem Arbeitgeber zulässig sei (BAG, Urt. v. 21.06.2005 - 9 AZR 200/04). Die erfolglose und rechtzeitige Geltendmachung von Urlaub durch den Arbeitnehmer begründe zudem Schadensersatzansprüche (§§ 280 Abs. 1, 286 Abs. 1, 287 BGB), wenn der Arbeitgeber ohne Rechtfertigung keinen Urlaub gewährt und der Urlaub durch Ablauf der Fristen des § 7 Abs. 3 BUrlG verfällt. Der Schadensersatz sei als Naturalrestitution zu leisten (§ 249 Abs. 1 BGB). Kann diese Naturalrestitution wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht geleistet werden, wandle sie sich in einen Anspruch auf Abgeltung des Schadensersatzurlaubs um (§ 251 BGB, nicht

§ 7 Abs. 4 BUrlG, so auch BAG, Urt. v. 17.05.2011 - 9 AZR 197/10 Rn. 10; BAG, Urt. v. 07.11.1985 - 6 AZR 169/84, und BAG, Urt. v. 26.06.1986 - 8 AZR 75/83).

Im Gegensatz zur Urlaubsabgeltung nach § 7 Abs. 3 BUrlG sei eine Vererblichkeit dieser vergeldlichten Naturalrestitution zwar „nicht ausgeschlossen“. Jedoch seien die Hürden der prozessualen Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des Bestehens des Anspruchs für den Erben äußerst hoch, weil dieser für jeden einzelnen nicht gewährten Urlaub darlegen und beweisen müsse, dass er geltend gemacht worden ist und dass der Arbeitgeber ihn grundlos verweigert habe. Diese Hürden würden wegfallen, wenn eine Mahnung des Urlaubs nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht erforderlich wäre, weil die Leistung des Urlaubs durch das Urlaubsjahr (§ 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG) bzw. den Übertragungszeitraum (§ 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG) nach dem Kalender bestimmt ist. Dieser zum Teil in der Literatur vertretenen Auffassung stehe jedoch die Rechtsprechung des BAG entgegen, derzufolge der Arbeitgeber nicht von sich aus zur Urlaubsgewährung verpflichtet ist (BAG, Urt. v. 18.09.2001 - 9 AZR 571/00).

Das LArbG Hamm problematisiert, ob diese Auffassung des BAG mit den unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist. Es hebt insoweit hervor, dass die RL 2003/88/EG Mindestvorschriften für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung schaffe, die u.a. in Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie den Anspruch auf einen Mindesturlaub ausweisen. Da der Arbeitgeber über die Organisationsgewalt verfüge, den Mindesturlaub zu gewähren, könne die Verantwortung für die Realisierung des Urlaubs und damit der Umsetzung der Richtlinie nicht alleine dem Arbeitnehmer zugewiesen werden. Hierbei sei insbesondere zu berücksichtigen, dass neben einer nationalen Pflichtenverteilung, die allein zulasten des Arbeitnehmers gehe, auf Seiten des Arbeitgebers möglicherweise auch noch dem Gesundheitsschutz widerstreitende wirtschaftliche Interessen bestünden, indem die nationale Rechtspraxis ihm die Möglichkeit eröffne, von der Verpflichtung zur Zahlung der Urlaubsvergütung frei zu werden. Deshalb stellt sich aus Sicht des LArbG Hamm die Frage, ob es zum Zweck der effektiven Umsetzung der RL 2003/88/EG unionsrechtliche Verpflichtungen des Arbeitgebers zur Urlaubsgewährung gibt.

C. Kontext der Entscheidung

Das LArbG Hamm weitet durch seinen Vorlagebeschluss den Blick auf die Umsetzung des unionsrechtlichen Mindesturlaubsanspruchs über die in den vergangenen Jahren zumindest in Deutschland beherrschende Themenstellung „Urlaub und Krankheit“ auf andere, zumindest ebenso wichtige Problemlagen. Eine Auswertung der sozio-ökonomischen Panels (SOEP) der Jahre 1999, 2004 und 2009 kommt zu dem Ergebnis, „dass bis zu 37 Prozent der Vollzeitbeschäftigten ihren Jahresurlaub nicht voll ausnutzen. Vor allem Jüngere, Arbeitnehmer in kleineren Betrieben und Personen mit kurzer Betriebszugehörigkeit schöpfen ihren Urlaub nicht voll aus. Die Folgen eines nicht voll genutzten Urlaubs sind auf der einen Seite eine signifikante Verschlechterung der Zufriedenheit mit der Freizeit und der Gesundheit sowie ein Anstieg der krankheitsbedingten Fehltage und auf der anderen Seite ein signifikanter Lohnanstieg. Die Ergebnisse legen den Schluss nahe, dass selbst wenn die Nichtausschöpfung von Urlaub kurzfristig mit Karriere und höherer Entlohnung einhergeht, dies Einschränkungen der Lebensqualität zur Folge hat.“ (Daniel D. Schnitzlein, Umfang und Folgen der Nichtinanspruchnahme von Urlaub in Deutschland, DIW-Wochenbericht 51+52.2011).

Während Schnitzlein darauf abstellt, Arbeitnehmer würden von sich aus Urlaubsansprüche nicht in Anspruch nehmen, macht der Sachverhalt des Vorlagebeschlusses des LArbG Hamm plastisch, welche unmittelbaren personalwirtschaftlichen Interessen Arbeitgeber an der „Nichtinanspruchnahme“ von Urlaubsansprüchen haben. Aus der Rechtspraxis ist bekannt, dass gerade in weniger geschützten Arbeitsverhältnissen – Teilzeitarbeitsverhältnissen, Minijobs, befristeten Arbeitsverhältnissen – Urlaubsansprüche durch Arbeitnehmer vorsorglich oder aus Unkenntnis nicht geltend gemacht werden. Die Folgen solchen Unterlaufens der Urlaubsansprüche bringt Schnitzleins Auswertung auf den Punkt.

Insoweit greift das LArbG Hamm gerade mit seiner zweiten Vorlagefrage eine Problematik auf, die im deutschen Recht der Lösung harret. Die Transformation der Entscheidungen des EuGH vom 20.01.2009 „Schultz-Hoff“ und vom 22.11.2011 „KHS“ hat sich im Grunde genommen darauf beschränkt, die Surrogatstheorie der Urlaubsabgeltung aufzugeben und die Rechtsnatur der Urlaubsabgeltung als „reinen Geldanspruch“ anzuerkennen (BAG, Urt. v. 04.05.2010 - 9 AZR 183/09; BAG, Urt. v. 09.08.2011 - 9 AZR 365/10 und BAG, Urt. v. 19.06.2012 - 9 AZR 652/10) und bei langzeitiger Erkrankung den Verfall des übertragenen Urlaubsanspruchs nach Ablauf des dreimonatigen Übertragungszeitraums des § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG bei ununterbrochener Fortdauer der Erkrankung zunächst unbefristet (BAG, Urt. v. 24.03.2009 - 9 AZR 983/07), schließlich bis zu 15 Monate

nach Ablauf des Urlaubsjahres, in dem sie entstanden sind (BAG, Urt. v. 07.08.2012 - 9 AZR 353/10 und BAG, Urt. v. 18.09.2012 - 9 AZR 623/10) hinauszuschieben. Im Übrigen hat das BAG an seinem „Fristenregime“ festgehalten mit der Folge, dass z.B. nach einer langen Erkrankung auch die übertragenen Urlaubsansprüche verfallen können (BAG, Urt. v. 09.08.2011 - 9 AZR 425/10 und BAG, Urt. v. 10.07.2012 - 9 AZR 11/11).

Eine Verantwortlichkeit des Arbeitgebers dafür, dass Urlaube genommen werden, sieht das BAG auch in neuerer Zeit nicht: Lediglich durch eine „bezahlte Geltendmachung“ innerhalb des engen „Fristenregimes“ kann ggf. ein Schadensersatzanspruch auf Ersatzurlaub gegen den Arbeitgeber ausgelöst werden (BAG, Urt. v. 10.07.2012 - 9 AZR 11/11); durch Erhebung einer Kündigungsschutzklage werden die ab dem Kündigungstermin entstehenden Urlaubsansprüche nicht geltend gemacht – es bedarf vielmehr weiterhin wiederkehrender gesonderter Geltendmachungen über die Dauer des Kündigungsschutzprozesses (BAG, Urt. v. 13.12.2011 - 9 AZR 420/10).

In diesem Kontext stellt sich – wie vom LArbG Hamm zutreffend erkannt – die Frage, ob neben dem Arbeitnehmer nicht auch der Arbeitgeber in die Verantwortung der Urlaubsrealisierung einzubinden ist. Gegenstandsbereich dieser Fragestellung sind nicht die tariflichen Mehrurlaube, sondern der unionsrechtliche Mindesturlaubsanspruch, der im BUrlG normiert ist. Zwar würde bereits eine wortwörtliche Auslegung der Regelungen des § 3 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3, die ausdrücklich formulieren, dass der Urlaub „im Urlaubsjahr [bzw. im Übertragungszeitraum] gewährt [...] werden [muss]“, dafür sprechen, dass der Arbeitgeber eine Verpflichtung zur Gewährung von Urlaub hat, soweit der Arbeitnehmer sein Gestaltungsrecht gar nicht bzw. auch nicht rechtzeitig ausübt. Jedoch hat die deutsche Rechtsprechung diese sich anbietende Lösung, das BUrlG nach dem Regelungszweck des Gesundheitsschutzes und der Arbeitssicherheit auszulegen, bisher nicht angenommen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung des Vorlagebeschlusses entfällt für Arbeitnehmer der Vertrauensschutz in den Fortbestand der Rechtsprechung des BAG zur Vererblichkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs und der prozessualen Voraussetzungen für die Durchsetzung von auf Schadensersatzansprüche für nicht gewährten Urlaub gestützte Abgeltungsforderungen (BAG, Urt. v. 09.08.2011 - 9 AZR 365/10, für Tarifvertragsparteien: BAG, Urt. v. 13.11.2012 - 9 AZR 64/11). Da die tariflichen und gegebenenfalls die arbeitsvertraglichen Ausschlussfristen auch Abgeltungsansprüche des gesetzlichen Mindesturlaubs erfassen (BAG, Urt. v. 09.08.2011 - 9 AZR 352/10 und BAG, Urt. v. 09.08.2011 - 9 AZR 365/10; BAG, Urt. v. 13.12.2011 - 9 AZR 399/10 und BAG, Urt. v. 21.02.2012 - 9 AZR 486/10), ist es erforderlich, solche Ansprüche nunmehr fristwährend zu verfolgen.