

Betriebs Berater

1/2 | 2019

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... **MwSt-Reform** ... **GrEStG** ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ...

7.1.2019 | 74. Jg.
Seiten 1–64

DIE ERSTE SEITE

Professor Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Corporate Governance – mit reformiertem Kodex auf die Überholspur

WIRTSCHAFTSRECHT

Katharina Mitterer, LL.M., RAin, **Dr. Markus Wiedemann**, RA, und **Dr. Thomas Zwissler**, RA

BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zu Industrie 4.0 und Digitalisierung 2018 | 3

STEUERRECHT

Dipl.-Finw. (FH) **Dr. Carsten Höink**, RA/StB

Quick fixes – die größte Mehrwertsteuer-Reform seit 25 Jahren – Sofortmaßnahmen für eine zukunftsfähige europäische Mehrwertsteuer doch nur Flickwerk!? (Teil I) | 23

Dr. Stephan Behrens, RA/FAStR/StB

Anmerkungen zu den gleich lautenden Ländererlassen zu § 1 Abs. 2a GrEStG vom 12.11.2018 | 30

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. habil. Heinrich Weber-Grellet, Vors. RiBFH a. D.

BB-Rechtsprechungsreport zu 2018 veröffentlichten bilanzsteuerrechtlichen BFH-Urteilen | 43

ARBEITSRECHT

Dr. Arnim Powietzka, RA/FAArbR

Verfall und Vererblichkeit von Urlaubsansprüchen – Neuregelung des Urlaubsrechts durch den EuGH | 52

Dr. Arnim Powietzka, RA/FAArbR

Verfall und Vererblichkeit von Urlaubsansprüchen – Neuregelung des Urlaubsrechts durch den EuGH

Der Europäische Gerichtshof hat am 6.11.2018 Urteile in drei urlaubsrechtlichen Fällen gesprochen, die jeweils von deutschen Gerichten vorgelegt worden waren. Die Entscheidungen werden erhebliche Auswirkungen für das deutsche Urlaubsrecht haben. Das BAG wird seine Rechtsprechung zum Verfall und zur Vererblichkeit von Urlaubsansprüchen ändern müssen. Arbeitgeber werden zukünftig gezwungen sein, Arbeitnehmer rechtzeitig vor Jahresende auf den drohenden Verfall von Urlaubsansprüchen hinzuweisen. Der Urlaubsanspruch ist jetzt vererblich. Darüber hinaus trifft der EuGH Aussagen zum Verhältnis zwischen europäischem Recht und dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten, insbesondere zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien zwischen Privaten, die weit über das Urlaubsrecht hinaus Bedeutung haben.

I. Die drei Ausgangsverfahren

Dem EuGH waren die folgenden drei Verfahren vorgelegt worden: In einem Rechtsstreit zwischen der Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V. und Herrn Shimizu¹ ging es um die Urlaubsansprüche eines Mitarbeiters, dessen Arbeitsverhältnis aufgrund Befristung zum 31.12.2013 endete. Mit Schreiben vom 23.10.2013 hatte die Arbeitgeberin ihn gebeten, seinen Urlaub noch vor Vertragsende zu nehmen. Herr Shimizu nahm jedoch nur zwei Tage Urlaub und verlangte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Abgeltung von 51 weiteren, nicht genommenen Urlaubstagen aus den Jahren 2012 und 2013. Das BAG legte den Fall dem EuGH vor und fragte u.a., ob der Arbeitgeber verpflichtet sei, von sich aus einseitig die zeitliche Lage des Urlaubs festzulegen.² Das BAG wies darauf hin, dass nach seiner bisherigen Rechtsprechung der Urlaubsanspruch gemäß § 7 Abs. 3 S. 1 BUrlG verfallen sei. Nur wenn der Arbeitgeber trotz eines rechtzeitigen Urlaubsantrags des Arbeitnehmers keinen Urlaub erteile, bleibe dem Arbeitnehmer der Urlaubsanspruch (in Form eines Schadenersatzanspruchs) erhalten. Der Arbeitgeber sei aber nicht verpflichtet, dem Arbeitnehmer die bezahlte Freistellung „aufzuzwingen“, um so den Anspruchsverlust am Ende des Bezugszeitraums zu verhindern. Das BAG wollte wissen, ob diese Rechtsprechung mit den europäischen Vorgaben (Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG und Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union – GRC) vereinbar sei.

Das zweite Verfahren betraf das Dienstverhältnis des Herrn Sebastian W. Kreuziger, eines Rechtsreferendars, der sich in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis mit dem Land Berlin befunden hatte.³ Im Zeitraum von Januar 2010 bis zur Beendigung des Ausbildungsverhältnisses im Mai 2010 hatte er keinen Urlaub mehr genommen. Bei Vertragsbeendigung verlangte er die Abgeltung des Urlaubs, obwohl die für Berliner Rechtsreferendare anwendbare beamtenrecht-

liche Landesverordnung (EUrlVO) – anders als § 7 Abs. 4 BUrlG – einen Anspruch auf finanzielle Abgeltung nicht genommenen Urlaubs nicht vorsah. Das OVG Berlin-Brandenburg⁴ legte den Fall dem EuGH vor mit der Begründung, ein Abgeltungsanspruch könne sich zwar nicht aus der EUrlVO, wohl aber aus einer unmittelbaren Wirkung von Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG ergeben. Das OVG stellte zum einen die Frage, ob der Abgeltungsanspruch ausgeschlossen sei, wenn der Arbeitnehmer keinen Antrag auf Gewährung des bezahlten Jahresurlaubs gestellt hat, obwohl ihm dies möglich gewesen sei. Zum anderen fragte das OVG, ob der Abgeltungsanspruch voraussetze, dass der Arbeitnehmer aus von seinem Willen unabhängigen Gründen nicht in der Lage gewesen sei, seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub vor Ende des Arbeitsverhältnisses auszuüben. Die dritte Entscheidung des EuGH betraf zwei Fälle, in denen jeweils der Arbeitnehmer während des bestehenden Arbeitsverhältnisses verstorben war. In beiden Fällen machten die Witwen als Erbinnen einen Anspruch auf Abgeltung des offenen Urlaubsanspruchs gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber geltend. Einer der beiden Fälle betraf einen öffentlichen Arbeitgeber (die Stadt Wuppertal), der andere einen privaten.⁵ Das BAG legte beide Verfahren dem EuGH jeweils mit der Frage vor, ob der Urlaubsanspruch mit dem Tod des Arbeitnehmers untergehe oder ob die Erben eine finanzielle Abgeltung verlangen könnten.⁶ Auf Grundlage seiner bisherigen Rechtsprechung hielt das BAG einen Anspruch der Erben nicht für gegeben.

II. Unmittelbare Wirkung der Richtlinie?

In allen vier Verfahren nimmt der EuGH zu der Frage Stellung, in welcher Weise Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG und Art. 31 Abs. 2 GRC in das nationale Recht der Mitgliedstaaten einwirken und unter welchen Voraussetzungen die Richtlinie unmittelbare Wirkung beansprucht. Der EuGH bestätigt hierzu weitgehend seine bisherige Rechtsprechung, trifft aber zur Geltung der in der GRC verbürgten Grundrechte auch neue Aussagen, die aufhorchen lassen.

1 EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – Max-Planck-Gesellschaft, RIW 2019, 48.

2 BAG, 13.12.2016 – 9 AZR 541/15 (A), BB 2016, 3123.

3 EuGH, 6.11.2018 – C-619/16 – Kreuziger, BB 2018, 2803 Ls. Weitere Informationen zu dem Verfahren finden sich auch auf der Homepage des inzwischen als Rechtsanwalt tätigen Klägers, abrufbar unter www.kreuziger.de (Abruf: 10.12.2018).

4 OVG Berlin-Brandenburg, 14.9.2016 – OVG 4 B 38.14, ZESAR 2017, 222.

5 EuGH, 6.11.2018 – verb. Rs.C-569/16 u. C-570-16 – Stadt Wuppertal und Willmeroth, RIW 2019, 55.

6 BAG, 18.10.2016 – 9 AZR 45/16 (A) und BAG, 18.10.2016 – 9 AZR 196/16 (A), BB 2017, 766.

1. Unmittelbare Wirkung nur gegenüber dem Staat, nicht zwischen Privaten

Danach ist hinsichtlich der Wirkung von Richtlinien wie folgt zu differenzieren: Gegenüber dem Staat und allen Trägern der Verwaltung kann sich der Einzelne stets auf die Bestimmungen einer Richtlinie berufen, wenn diese inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind und wenn die Richtlinie nicht fristgemäß oder nicht ordnungsgemäß in nationales Recht umgesetzt wurde. Dies gilt unabhängig davon, ob der Staat in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber oder als Hoheitsträger handelt. Somit kann sich der Arbeitnehmer gegenüber dem staatlichen Arbeitgeber auf hinreichend genaue Richtlinienbestimmungen – wie etwa den Urlaubsanspruch aus Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG⁷ – berufen. Dagegen sind Richtlinien – anders als Verordnungen – im Verhältnis zwischen Privaten nicht unmittelbar anzuwenden. Gegenüber einem privaten Arbeitgeber kann sich der Arbeitnehmer daher nicht ohne Weiteres auf (nicht ordnungsgemäß umgesetzte) Richtlinienbestimmungen berufen. Selbst eine klare, genaue und nicht von Bedingungen abhängige Bestimmung einer Richtlinie kann in einem Rechtsstreit zwischen Privaten keine Anwendung finden, wenn sie im nationalen Recht nicht entsprechend umgesetzt ist.⁸ Insoweit gilt allerdings der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts. Demnach haben die Gerichte bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts unter Anwendung der anerkannten Auslegungsmethoden alles zu tun, um die volle Wirksamkeit der Richtlinie zu gewährleisten und somit zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel in Einklang steht.⁹ Mit anderen Worten: Wenn eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts möglich ist, ist diese Auslegung auch zwingend.

2. „Quasi-unmittelbare Wirkung“ aufgrund der GRC

Im Urlaubsrecht besteht nun die Besonderheit, dass das Recht auf bezahlten Jahresurlaub nicht (nur) durch Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG, sondern darüber hinaus auch durch Art. 31 Abs. 2 GRC verbürgt ist. Vor diesem Hintergrund war umstritten, ob die nationalen Gerichte verpflichtet seien, den Vorgaben des europäischen Rechts widersprechende nationale Regelungen unangewendet zu lassen,¹⁰ was zu einer „quasi-unmittelbaren Wirkung“ der Richtlinie führen würde. Die primärrechtliche Wirkung des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub wurde teilweise bejaht, teilweise jedoch auch verneint, weil Art. 31 Abs. 2 GRC den Urlaubsanspruch inhaltlich nicht weiter ausgestaltet und weil sich die GRC nach Art. 51 Abs. 1 GRC nicht an Private richten.¹¹ Nach Art. 51 Abs. 1 GRC gilt die Charta für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Unionsrechts.

Der EuGH bejaht den primärrechtlichen Charakter des Urlaubsanspruchs mit der Folge, dass den Richtlinienvorgaben widersprechenden Regelungen des nationalen Rechts unangewendet bleiben müssen. Die damit verbundene quasi-unmittelbare Wirkung ist im Ergebnis nachvollziehbar; verblüffend ist aber, mit welcher Begründung der EuGH die Hürde des Art. 51 GRC überspringt: Zwar erkläre Art. 51 Abs. 1 GRC die Charta ausdrücklich nur für Stellen der Union und die Mitgliedstaaten für anwendbar. Damit sei aber keine Regelung darüber getroffen, ob Privatpersonen ggf. unmittelbar zur Einhaltung einzelner Bestimmungen der Charta verpflichtet sein könnten. Art. 51 Abs. 1 GRC könne demnach nicht dahin ausgelegt werden, dass dies

kategorisch ausgeschlossen wäre. Dass sich Bestimmungen des Primärrechts „in erster Linie an die Mitgliedstaaten“ richteten, schließe nicht aus, dass diese auch für Rechtsbeziehungen zwischen Privatpersonen gelten könnten.¹² Der Laie mag über solche Auslegungskünste staunen. Manchem Juristen werden sich unwillkürlich die Nackenhaare stellen. Mit der Festlegung eines – begrenzten – Anwendungsbereichs bringt der Gesetzgeber üblicherweise zum Ausdruck, dass außerhalb dieses Anwendungsbereichs die entsprechende Regelung nicht anwendbar ist. Der EuGH kehrt diese „Binsenweisheit“ schlicht um: Wenn der Gesetzgeber nicht ausdrücklich sage, dass eine Vorschrift nicht auch außerhalb ihres Anwendungsbereichs angewendet werden solle, könnten dies offenbar die Gerichte in eigener Machtvollkommenheit bestimmen. Die Begründung des EuGH ist schlicht willkürlich, sein Auslegungsergebnis aber – wie immer – verbindlich und von den Mitgliedstaaten zu beachten.¹³

Im Ergebnis ist es zweifellos richtig, dass die in der GRC geregelten Grundrechte über den unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus Bedeutung haben. Als Vorbild mag die Rechtsprechung des BVerfG zur mittelbaren Wirkung der Grundrechte im Privatrecht und zur Ausstrahlungswirkung der Grundrechte¹⁴ dienen. Abhängig vom konkreten Gehalt des Grundrechtsnorm könnten auch die Grundrechte der GRC bei der Auslegung des Privatrechts, etwa im Rahmen der unionsrechtskonformen Auslegung oder allgemein bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe eine besondere Bedeutung erlangen. Man kann nur hoffen, dass der EuGH letztlich einen solchen Gedanken vor Augen hatte, wenn er die Anwendung der GRC auf Private nicht für „kategorisch ausgeschlossen“ hält. Es bleibt abzuwarten, wie der EuGH die konkrete Wirkung der GRC im Privatrecht zukünftig näher ausgestalten wird.

3. Folgerungen

Für den Bereich des Urlaubsrechts bedeutet dies, dass eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts letztlich kaum noch eine Rolle spielen wird. Entscheidungen des EuGH im Urlaubsrecht werden im Ergebnis fast immer eine unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten beanspruchen. Sind mit der Richtlinie bzw. der dazu ergangenen EuGH-Rechtsprechung vereinbare Auslegungsergebnisse nach allgemeinen Auslegungsregeln nicht möglich, muss dem Europarecht entgegenstehendes nationales Recht unangewendet bleiben. Dies hatte das BAG in der Vergangenheit (vor Inkrafttreten des Art. 31 Abs. 2 GRC) noch anders gesehen: Wenn das nationale Recht die Richtlinie zwar unzureichend oder fehlerhaft umsetze, aber einer richtlinienkonformen

7 Zu deren ausreichender Bestimmtheit s. bereits EuGH, 24.1.2012 – C-282/10 – Dominguez, RIW 2012, 236, NZA 2012, 139.

8 EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – Max-Planck-Gesellschaft, Rn. 63–68, RIW 2019, 48; EuGH, 6.11.2018 – verb. Rs. C-569/16 u. C-570/16 – Stadt Wuppertal und Willmeroth, Rn. 70–78, RIW 2019, 55.

9 EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – Max-Planck-Gesellschaft, Rn. 59f., RIW 2019, 48; EuGH, 6.11.2018 – verb. Rs. C-569/16 u. C-570/16 – Stadt Wuppertal und Willmeroth, Rn. 67f., RIW 2019, 55.

10 Vgl. dazu im Bereich der Diskriminierungsverbote etwa EuGH, 22.11.2005 – C-144/04 – Mangold, BB 2005, 2748; EuGH, 19.1.2010 – C-555/07 – Küçükdeveci, BB 2010, 507.

11 Zu diesem Problembereich ausf. Schubert, in: EuArbR, 2. Aufl. 2018, GRC Art. 51, Rn. 33 ff. m. w. N.; zum Urlaubsrecht Fenski, in: Neumann/Fenski/Kühn, BUrlG, 11. Aufl. 2016, RL 2003/88/EG, Rn. 6; Gallner, in: EuArbR, 2. Aufl. 2018, Art. 7 RL 2003/88/EG, Rn. 2f.; Gallner, in: ErfK, 19. Aufl. 2019, § 1 BUrlG, Rn. 6a; Powietzka/Rolf, BUrlG, 2. Aufl. 2017, Anh. 1, Rn. 6.

12 So EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – Max-Planck-Gesellschaft, Rn. 76ff., RIW 2019, 48; EuGH, 6.11.2018 – verb. Rs. C-569/16 u. C-570/16 – Stadt Wuppertal und Willmeroth, Rn. 87ff., RIW 2019, 55.

13 Vgl. Powietzka, Anm. zu BAG, 10.2.2015 – 9 AZR 53/14 (F), AP § 26 TVöD Nr. 6, wonach der EuGH „gelegentlich falsch, aber stets für die Mitgliedstaaten verbindlich“ entscheide.
14 Grundlegend BVerfG, 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198; BVerfG, 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242, BB 1990, 440; BVerfG, 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, BB 1998, 1058.

Auslegung nicht zugänglich sei, bleibe es bei der Anwendung des – europarechtswidrigen – nationalen Rechts.¹⁵ Eine Auslegung „contra legem“ wurde demnach für unzulässig gehalten. Diese Grenze der Auslegung gilt nun nicht mehr.

III. Europarechtlicher Abgeltungsanspruch

Der EuGH bestätigt außerdem seine ständige Rechtsprechung, wonach Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG einen Anspruch auf finanzielle Abgeltung nicht genommenen Urlaubs bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses regelt.¹⁶ Dieser europarechtliche Abgeltungsanspruch ist nur von zwei Voraussetzungen abhängig: Das Arbeitsverhältnis ist beendet und der Arbeitnehmer hat nicht den gesamten Urlaub genommen, auf den er Anspruch hatte.¹⁷

Diesen Abgeltungsanspruch unmittelbar der Richtlinie zu entnehmen, ist eine zumindest „mutige“ Auslegung. Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG enthält lediglich ein Verbot der finanziellen Abgeltung des Urlaubsanspruchs im bestehenden Arbeitsverhältnis, begründet nach seinem Wortlaut jedoch keinen Abgeltungsanspruch im Fall der Beendigung.¹⁸ Ein europarechtlicher Abgeltungsanspruch kann der Richtlinie allenfalls im Wege einer Rechtsfortbildung entnommen werden. Offenbar hält der EuGH – was gut nachvollziehbar ist – einen Anspruch auf finanzielle Abgeltung nicht genommenen Urlaubs im Fall der Vertragsbeendigung für notwendig, um den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers abzusichern. Die Begründung des europarechtlichen Abgeltungsanspruchs kann aber letztlich dahinstehen. Auch hier gilt, dass die Auslegung des europäischen Rechts durch den EuGH für die deutschen Gerichte bindend und daher zwingend zu beachten ist.

Für das deutsche Arbeitsrecht ist der europarechtliche Abgeltungsanspruch weitgehend unerheblich, da § 7 Abs. 4 BUrlG ausdrücklich einen Abgeltungsanspruch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorsieht und die europarechtlichen Vorgaben somit im Arbeitsrecht umfassend umgesetzt sind. Die Bedeutung des europarechtlich verankerten Abgeltungsanspruchs zeigt sich aber etwa am Fall „Kreuziger“. Die beamtenrechtliche Regelung der Berliner EUrVO sah einen Abgeltungsanspruch bei Vertragsbeendigung nicht vor. Aufgrund der unmittelbaren Wirkung der Richtlinie gegenüber staatlichen Arbeitgebern konnte sich Herr Kreuziger jedoch direkt auf Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG berufen. Hält das nationale Recht – etwa im Beamtenrecht – einen Abgeltungsanspruch nicht bereit, erlangt der europarechtliche Abgeltungsanspruch Bedeutung.

Auch insoweit bleibt es jedoch dabei, dass die unmittelbare Wirkung der Richtlinie auf staatliche Arbeitgeber beschränkt ist. In einem Rechtsstreit zwischen Privaten könnte die Richtlinie keine eigenständige Anspruchsgrundlage für die Abgeltung begründen. Auch die Vorgabe, dass richtlinienwidriges, nationales Recht „unangewendet bleiben“ muss, könnte die fehlende Anspruchsgrundlage nicht ersetzen.

IV. Verfall des Urlaubsanspruchs

Von wesentlicher Bedeutung sind die Aussagen des EuGH in den Fällen „Max-Planck-Gesellschaft“ und „Kreuziger“ zum Verfall des Urlaubsanspruchs. Das Gericht kommt hier zu teilweise durchaus überraschenden Erkenntnissen, die weitreichende Auswirkungen auf das deutsche Urlaubsrecht und die Praxis in den Betrieben haben werden.

1. Bisherige Rechtslage

Gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG muss der Urlaub grundsätzlich im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden. Eine Übertragung in das erste Quartal des Folgejahres ist nach § 7 Abs. 3 S. 2 und 3 BUrlG nur aus dringenden betrieblichen oder in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen statthaft. Abgesehen von diesen gesetzlich vorgesehenen Übertragungstatbeständen wurde eine Übertragung des Urlaubsanspruchs ausnahmsweise für zulässig gehalten, wenn der Arbeitnehmer aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen den Urlaub innerhalb des Befristungszeitraums nicht in Anspruch nehmen konnte. Insbesondere bei langzeiterkrankten Arbeitnehmern wurde im Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH ein Verfall des Urlaubsanspruchs erst 15 Monate nach Ablauf des Kalenderjahres angenommen.¹⁹ Das BAG entnahm aus § 7 Abs. 3 BUrlG in ständiger Rechtsprechung eine Befristung des Urlaubsanspruchs. Nicht gewährter Urlaub erlosch danach grundsätzlich am Ende des Kalenderjahres.²⁰ Der Urlaubsanspruch war auf das Kalenderjahr (bzw. den 31.3. des folgenden oder des übernächsten Jahres) befristet, so dass bis dahin nicht genommener Urlaub ersatzlos verfiel.

Dem Arbeitnehmer blieb nicht genommener Urlaub nur dann unter dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes erhalten, wenn er den Arbeitgeber in Verzug gesetzt hatte, indem er rechtzeitig die Urlaubsgewährung verlangte und diese vor dem Zeitpunkt des Verfalls des Urlaubsanspruchs noch möglich war. Nach dem Grundsatz der Naturalrestitution trat unter diesen Voraussetzungen der sog. Ersatzurlaubsanspruch als Schadenersatzanspruch in gleicher Höhe an die Stelle des bisherigen Urlaubsanspruchs.²¹ Im Ergebnis war daher der Erhalt des Urlaubsanspruchs davon abhängig, dass der Arbeitnehmer ihn rechtzeitig verlangt hatte; ohne entsprechenden Urlaubsantrag des Arbeitnehmers erlosch der Urlaubsanspruch. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer unaufgefordert Urlaub zu gewähren oder ihn auf die Notwendigkeit eines rechtzeitigen Urlaubsanspruchs hinzuweisen, bestand nicht.

Anders sah dies das LAG Berlin-Brandenburg, das dem BAG und seiner jahrzehntelangen Rechtsprechung zur Befristung und zum Verfall des Urlaubsanspruchs die Gefolgschaft verweigerte.²² Es hielt den Arbeitgeber vielmehr für verpflichtet, den Urlaubsanspruch von sich aus und unaufgefordert zu erfüllen. Der Arbeitgeber sei – so das LAG Berlin-Brandenburg – für die Urlaubsgewährung verantwortlich, auch wenn der Arbeitnehmer keine Urlaubswünsche äußere. Darauf deutet schon der Wortlaut des § 7 Abs. 3 BUrlG hin. Eine Verpflichtung zur unaufgeforderten Urlaubsgewährung folge im Übrigen aus einer uni-

15 BAG, 17.11.2009 – 9 AZR 844/08, RIW 2010, 398, NZA 2010, 1020.

16 Näher dazu Gallner, in: EuArbR, 2. Aufl. 2018, Art. 7 RL 2003/88/EG, Rn. 36.

17 EuGH, 6.11.2018 – C-619/16 – Kreuziger, BB 2018, 2803 Ls, Rn. 22 u. 30 f.; EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – Max-Planck-Gesellschaft, Rn. 22 f., RIW 2019, 48; EuGH, 6.11.2018 – verb. Rs. C-569/16 u. C-570-16 – Stadt Wuppertal und Willmeroth Rn. 43 f., RIW 2019, 55; ebenso bereits EuGH, 12.6.2014 – C-118/13 – Bollaack, BB 2014, 1587.

18 Vgl. Powietzka/Rolf, BUrlG, 2. Aufl. 2017, § 7, Rn. 127 – Der Wortlaut des Art. 7 Abs. 2 lautet: „Der bezahlte Mindestjahresurlaub darf außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden.“

19 EuGH, 22.11.2011 – C-214/10 – KHS, BB 2012, 59 m. BB-Komm. Fuhlrott, NZA 2011, 1333; BAG, 7.8.2012 – 9 AZR 353/10, BB 2012, 2886 m. BB-Komm. Wicht, NJW 2012, 3529 m. Anm. Pötters/Stiebert.

20 BAG, 13.5.1982 – 6 AZR 360/80, BAGE 39, 53; BAG, 28.11.1990 – 8 AZR 570/89, BB 1991, 764.

21 BAG, 6.8.2013 – 9 AZR 956/11, NZA 2014, 545; BAG, 11.4.2006 – 9 AZR 523/05, Eza § 7 BUrlG Nr. 116.

22 LAG Berlin-Brandenburg, 12.6.2014 – 21 Sa 221/14, BB 2014, 2554; LAG Berlin-Brandenburg, 7.5.2015 – 10 Sa 86/15, 10 Sa 108/15, BeckRS 2015, 70307; ebenso LAG München, 6.5.2015 – 8 Sa 982/14, ZTR 2016, 35; Polzer/Kafka, NJW 2015, 2289, 2291 f.; „regimekritisch“ zu dem vom BAG befürworteten Fristenregime auch LAG Düsseldorf, 18.8.2010 – 12 Sa 650/10, BeckRS 2010, 73376 u. LAG Düsseldorf, 31.3.2010 – 12 Sa 1512/09, ZTR 2010, 381.

onsrechtskonformen Auslegung des BUrlG. Da der gesetzliche Urlaubsanspruch dem Gesundheitsschutz der Beschäftigten diene und arbeitsschutzrechtlichen Charakter habe, müsse der Arbeitgeber seinen Betrieb so organisieren, dass diese Bestimmungen eingehalten würden. Der Arbeitgeber habe den gesetzlichen Jahresurlaub ebenso unaufgefordert zu erfüllen, wie er etwa die Einhaltung der täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten nach dem ArbZG sicherzustellen habe. Folge der Sichtweise des LAG Berlin-Brandenburg wäre, dass sich der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers mit Ablauf des Kalenderjahres bzw. des Übertragungszeitraums grundsätzlich in einen Ersatzurlaubsanspruch umwandeln würde, da der Arbeitgeber die unterbliebene Urlaubserteilung stets zu vertreten hätte. Auf die Voraussetzungen des Verzugs käme es entgegen der bisherigen BAG-Rechtsprechung nicht mehr an.²³

Das BAG hielt die Sichtweise des LAG Berlin-Brandenburg zwar offensichtlich nicht für überzeugend. Der 9. Senat gab deutlich zu erkennen, an seiner Rechtsprechung festhalten zu wollen. Die Frage, ob der Arbeitgeber auch unaufgefordert Urlaub erteilen müsse oder – gemäß der bisherigen Rechtslage in Deutschland – nicht beantragter Urlaub regelmäßig verfallende, sei aber in der Rechtsprechung des EuGH noch nicht abschließend geklärt. Es legte daher die Rechtsstreitigkeit zwischen der Max-Planck-Gesellschaft und Herrn Shimizu dem EuGH vor.²⁴

2. EuGH: Hinweispflicht des Arbeitgebers

Der EuGH hatte daher im Kern über die Frage zu entscheiden, ob es Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG ausschließt, die Aufrechterhaltung des Urlaubsanspruchs über den Bezugszeitraum hinaus von einem entsprechenden Urlaubsantrag des Arbeitnehmers abhängig zu machen, ohne dass der Arbeitgeber verpflichtet wäre, von sich aus einseitig die zeitliche Lage des Urlaubs festzulegen.²⁵

Der EuGH verweist zunächst allgemein darauf, dass das Recht des Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub nicht restriktiv ausgelegt werden dürfe. Es sei grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten, in ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften die Voraussetzungen für die Wahrnehmung und die Umsetzung des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub festzulegen. Die nationalen Regelungen dürften insoweit auch Modalitäten vorsehen, die den Verlust des Urlaubsanspruchs am Ende eines Bezugszeitraums oder einen Übertragungszeitraums umfassten; dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass der Arbeitnehmer tatsächlich die Möglichkeit hatte, den Urlaubsanspruch wahrzunehmen. Die Regelungen in § 7 Abs. 1 und 3 BUrlG ordnet der EuGH ausdrücklich dem Bereich der Modalitäten für die Wahrnehmung des Urlaubsanspruchs, die somit weitgehend der Regelung der Mitgliedstaaten unterlägen.²⁶ Demnach dürfe ein Erlöschen der Urlaubsansprüche im nationalen Recht vorgesehen werden, wenn es dem Arbeitnehmer tatsächlich möglich war, diese Ansprüche wahrzunehmen.

Für problematisch hält der EuGH insoweit einen „automatischen Verlust“ des Urlaubsanspruchs, der „keine vorherige Prüfung voraussetzt, ob der Arbeitnehmer tatsächlich in die Lage versetzt wurde, diesen Anspruch wahrzunehmen.“²⁷ Des Weiteren weist der EuGH darauf hin, dass der Arbeitnehmer „als die schwächere Partei des Arbeitsvertrags anzusehen“ sei. Er könne davon abgeschreckt werden, seine Rechte gegenüber dem Arbeitgeber ausdrücklich geltend zu machen. Zudem sei die Schaffung eines Anreizes, auf den Erholungsurlaub zu verzichten oder die Arbeitnehmer zu einem Verzicht anzuhalten, mit

den Zielen der Richtlinie unvereinbar. Daher verstoße jede Praxis oder Unterlassung eines Arbeitgebers, die den Arbeitnehmer davon abhalten könne, den Jahresurlaub zu nehmen, gegen das mit dem Recht auf Jahresurlaub verfolgte Ziel.²⁸ Allerdings ginge die Verpflichtung des Arbeitgebers zwar „nicht soweit“, „dass er seine Arbeitnehmer zwingt, ihren Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub tatsächlich wahrzunehmen“. Er müsse den Arbeitnehmer jedoch in die Lage versetzen, einen solchen Anspruch wahrzunehmen.²⁹ Demnach sei der Arbeitgeber „u.a. verpflichtet, konkret und in völliger Transparenz dafür zu sorgen, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage ist, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, indem er ihn – erforderlichenfalls förmlich – auffordert, dies zu tun und ihm [...] klar und rechtzeitig mitteilt, dass der Urlaub, wenn er ihn nicht nimmt, am Ende des Bezugszeitraums oder eines zulässigen Übertragungszeitraums verfallen wird.“³⁰

Die Beweislast trage insoweit der Arbeitgeber. Könne er nicht nachweisen, dass er mit aller gebotenen Sorgfalt gehandelt habe, um den Arbeitnehmer tatsächlich in die Lage zu versetzen, den ihm zustehenden bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, verstieße das Erlöschen des Urlaubsanspruchs gegen Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG.³¹ Könne der Arbeitgeber hingegen beweisen, dass der Arbeitnehmer „aus freien Stücken“ und in voller Kenntnis der Konsequenzen auf die Inanspruchnahme des Urlaubs verzichtet habe, sei der Verlust des Anspruchs nicht zu beanstanden.³² Ergänzend weist der EuGH darauf hin, dass es auch nicht den Zielen der Richtlinie entspreche, wenn die Arbeitnehmer dazu veranlasst würden, keinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, um die „Vergütung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ – also die Urlaubsabgeltung – zu erhöhen.³³

3. Kritik

Dass Urlaubsansprüche nur dann verfallen dürfen, wenn der Arbeitnehmer die Möglichkeit der Inanspruchnahme hatte, ist nicht neu. Insoweit bewegt sich der EuGH noch auf bekanntem Terrain.³⁴ Nicht recht nachvollziehbar ist es jedoch, inwieweit der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber erst in die Lage versetzt werden müsse, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen. Die Möglichkeit, innerhalb des Kalenderjahres bzw. bis zum Ablauf eines Übertragungszeitraums die Urlaubserteilung zu verlangen, ist auch nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG jederzeit gegeben. Der EuGH befürchtet allerdings, dass Arbeitnehmer als schwächere Vertragspartei von einem Urlaubsantrag abgehalten werden und ihren Urlaubsanspruch verfallen lassen könnten oder dass die Geltendmachung des Urlaubs sogar zu Nachteilen durch den Arbeitgeber führen könne. Dass Arbeitgeber es ihren Mitarbeitern übel nehmen würden, wenn sie ihren Urlaub tatsächlich

23 Dagegen LAG Schleswig-Holstein, 9.2.2016 – 1 Sa 321/15, BeckRS 2016, 68977; LAG Köln, 9.8.2016 – 12 Sa 257/16, NZA-RR 2017, 127; Gooren, NZA 2016, 1374; Neumann, in: Neumann/Fenski/Kühn, BUrlG, 11. Aufl. 2016, § 7, Rn. 70 f.; Powietzka/Rolf, BUrlG, 2. Aufl. 2017, § 7, Rn. 24.

24 BAG, 13.12.2016 – 9 AZR 541/15 (A), BB 2016, 3123.

25 So EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – Max-Planck-Gesellschaft, Rn. 29, RIW 2019, 48.

26 EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – Max-Planck-Gesellschaft, Rn. 34–36, RIW 2019, 48.

27 EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – Max-Planck-Gesellschaft, Rn. 40, RIW 2019, 48; ebenso EuGH, 6.11.2018 – C-619/16 – Kreuziger, BB 2018, 2803 Ls, Rn. 47.

28 EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – Max-Planck-Gesellschaft, Rn. 41 f., RIW 2019, 48.

29 EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – Max-Planck-Gesellschaft, Rn. 44, RIW 2019, 48.

30 EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – Max-Planck-Gesellschaft, Rn. 45, RIW 2019, 48.

31 EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – Max-Planck-Gesellschaft, Rn. 46, RIW 2019, 48.

32 EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – Max-Planck-Gesellschaft, Rn. 47, RIW 2019, 48.

33 EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – Max-Planck-Gesellschaft, Rn. 48, RIW 2019, 48.

34 S. z. B. bereits EuGH, 20.1.2009 – C-350/06 u. C-520/06 – Schultz-Hoff, RIW 2009, 163, BB-Entscheidungsreport Schmidt, BB 2009, 504, NZA 2009, 135; EuGH, 22.11.2011 – C-214/10 – KHS, BB 2012, 59 m. BB-Komm. Fuhlrott, NZA 2011, 1333.

in Anspruch nehmen, erscheint jedenfalls aus der Praxis deutscher Betriebe – möglicherweise mag dies in anderen EU-Staaten anders sein – eher fernliegend. Im Übrigen würde das Maßregelungsverbot (§ 612a BGB) greifen, wenn Arbeitnehmer tatsächlich aus diesem Grund benachteiligt würden. Unterstellt man aber, dass einem Arbeitnehmer wegen eines Urlaubsantrags tatsächlich Nachteile drohen können, so stellt sich die Frage, ob ein formales Schreiben des Arbeitgebers, mit dem er pflichtschuldig zur Stellung von Urlaubsanträgen auffordert, daran etwas zu ändern vermag. Muss der Arbeitnehmer dann wirklich nicht mehr mit Repressalien wegen seines Urlaubswunsches rechnen? Vor diesem Hintergrund erscheint die Lösung des EuGH jedenfalls nicht zwingend.

Zu begrüßen ist jedoch, dass der EuGH keine Pflicht zur unaufgeforderten Urlaubsgewährung, sondern nur eine Hinweispflicht des Arbeitgebers statuiert. Damit wird ein mit den Zielen der Richtlinie nicht zu vereinbarendes Anhäufen von Urlaubsansprüchen über Jahre hinweg auch zukünftig vermieden werden können. Ein automatischer Übertrag der Urlaubsansprüche in das Folgejahr – wie z. B. vom LAG Berlin-Brandenburg vertreten – würde letztlich auch den berechtigten Interessen der Arbeitnehmer nicht dienen.

Erstaunlich ist aber immer wieder, welche konkreten Regelungen der EuGH einem einzigen Satz zum bezahlten Jahresurlaub in Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG³⁵ entnehmen kann. Mag die Hinweispflicht des Arbeitgebers noch aus dem Sinn und Zweck des europarechtlichen Urlaubsanspruchs abgeleitet werden können, so mutet es doch befremdlich an, wenn der EuGH den nationalen Gerichten auch noch die passenden Beweislastregeln mit auf den Weg gibt. Es ist verständlich, dass dem Arbeitnehmer der Beweis schwerfallen würde, dass er *keine* Aufforderung zur Inanspruchnahme des Urlaubs erhalten habe. Der Beweis negativer Tatsachen ist naturgemäß nicht ganz einfach zu führen. Solche Fragen haben die Gerichte der Mitgliedstaaten indes täglich zu bewältigen. Ein wenig Vertrauen des EuGH darin, dass dies in den Mitgliedstaaten auf Grundlage des jeweiligen nationalen Prozessrechts angemessen gelöst werden kann, wäre durchaus ein Signal dafür gewesen, dass das Subsidiaritätsprinzip nicht völlig in Vergessenheit geraten ist.

4. Praktische Konsequenzen

a) Das Hinweisschreiben

Die Praxis wird mit den Vorgaben des EuGH umgehen müssen. Ein allgemeiner Hinweis des Arbeitgebers (z. B. bereits im Arbeitsvertrag) auf den Verfall von Urlaubsansprüchen wird den Anforderungen des EuGH nicht gerecht werden. Arbeitgebern ist zu empfehlen, rechtzeitig in jedem Kalenderjahr eine schriftliche Mitteilung an alle Arbeitnehmer zu verteilen, mit der sie ausdrücklich aufgefordert werden, ihren Urlaub innerhalb des Kalenderjahres (bzw. eines ggf. tariflich oder arbeitsvertraglich vorgesehenen Übertragungszeitraums) in Anspruch zu nehmen, verbunden mit dem Hinweis, dass der Urlaubsanspruch ansonsten verfallen wird. Ob dabei die Höhe des individuellen Urlaubsguthabens mitgeteilt werden muss, sagt der EuGH nicht. Da diese Angabe jedoch nicht notwendig ist, um dem Arbeitnehmer die Wahrnehmung des Urlaubsanspruchs zu ermöglichen, ist sie nicht erforderlich. Haben die Arbeitnehmer ein solches Schreiben erhalten, steht einem Verfall des Urlaubsanspruchs am Ende des Bezugszeitraums nichts entgegen. Der Arbeitgeber muss allerdings nachweisen können, dass dem einzelnen Arbeitnehmer das Hinweisschreiben zugegangen ist. Daher wird sich die Einholung von Empfangsbestäti-

gungen empfehlen, an deren Rückgabe die Mitarbeiter bei Bedarf erinnert werden müssen. Damit die Arbeitnehmer das Urlaubsrunds schreiben rechtzeitig erhalten, ist dessen Versendung etwa im September zu empfehlen, da der Urlaubsanspruch (auch bei eventuell kollidierenden Urlaubswünschen von Kollegen) dann zumindest in den meisten Fällen noch vollständig erfüllt werden kann. Für Arbeitnehmer, die Urlaubsansprüche wirksam in das Folgejahr übertragen haben, muss das Runds schreiben im ersten Quartal des Folgejahres wiederholt werden, damit ein Verfall des Urlaubsanspruchs am 31.3. ermöglicht wird.

Allen Lippenbekenntnissen zum Trotz, die sich in Sonntagsreden für einen Bürokratieabbau aussprechen, wird der Alltag in den Betrieben wieder einmal durch zusätzliche administrative Vorgänge aufwändiger und komplizierter gemacht. In größeren Unternehmen und Konzernen werden Rechts- und Personalabteilungen zuverlässig dafür sorgen, dass die entsprechenden Schreiben rechtzeitig versandt werden. In diesem Fall ändert sich gegenüber der bisherigen Rechtslage nichts. Urlaubsansprüche verfallen am Ende des Bezugszeitraums. Schwierigkeiten mit den neuen Vorgaben werden kleinere und mittelständische Unternehmen haben, die die Rechtsprechung nicht immer im Detail verfolgen können. Wer den Formalismus des jährlichen Runds schreiben nicht einhält, wird sich zukünftig nicht mehr auf den Verfall von Urlaubsansprüchen berufen können. Praktisch werden solche Fälle häufig erst dann relevant werden, wenn ein Mitarbeiter das Unternehmen verlässt und dann eine Urlaubsabgeltung nicht nur für den Urlaub des aktuellen, sondern auch mehrerer zurückliegender Jahre geltend macht.

b) Zurückliegende Urlaubsjahre

Einen Vertrauensschutz in die bisherige Rechtsprechung gibt es gegenüber Entscheidungen des EuGH in aller Regel nicht.³⁶ Die neue Rechtslage ist jedenfalls im Jahr 2018 zu beachten. Man muss darüber hinaus davon ausgehen, dass die neue Rechtsprechung des EuGH auch für zurückliegende Jahre anwendbar ist. Arbeitnehmer, die in den letzten Jahren ihren Urlaub nicht oder nicht vollständig genommen haben, könnten daher grundsätzlich auch aus länger zurückliegenden Jahren ihre (vermeintlich verfallenen) Urlaubsansprüche nunmehr wieder mit der Begründung geltend machen, sie seien nicht auf den drohenden Verfall der Ansprüche hingewiesen worden. Dies wird aber nicht zeitlich unbegrenzt möglich sein. Auf Grundlage der „KHS“-Entscheidung des EuGH³⁷ wird der Urlaub 15 Monate nach Ende des jeweiligen Urlaubsjahres verfallen sein. Im Übrigen unterliegen Urlaubsansprüche, wenn sie nicht verfallen sind, der allgemeinen Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB).³⁸

c) Arbeitsvertragsgestaltung

Die erhöhten Voraussetzungen für den Verfall von Urlaubsansprüchen unterstreichen einmal mehr die Bedeutung der Vertragsgestaltung im Urlaubsrecht. Die Rechtsprechung des EuGH ist im Grund-

³⁵ Art. 7 Abs. 1 lautet: „Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung erhält, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind.“

³⁶ Zu den Voraussetzungen BVerfG, 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, RIW 2010, 699, NZA 2010, 995; BVerfG, 10.12.2014 – 2 BvR 1549/07, NZA 2015, 375.

³⁷ EuGH, 22.11.2014 – C-214/10, BB 2012, 59.

³⁸ Sehr str. vgl. Powietzka/Rolf, BURLG, 2. Aufl. 2017, § 7, Rn. 120; LAG Düsseldorf, 18.8.2010 – 12 Sa 650/10, BeckRS 2010, 73376; a. A. Hessisches LAG, 7.12.2010 – 19 Sa 939/10, NZA-RR 2011, 120.

satz für den gesetzlichen Mindesturlaub und für einen eventuellen gesetzlichen Zusatzurlaub für schwerbehinderte Arbeitnehmer (§ 208 SGB IX) oder Jugendliche (§ 19 ArbSchG) anzuwenden. Für den vertraglichen Mehrurlaub können abweichende Vereinbarungen auch zu Ungunsten des Arbeitnehmers getroffen werden. Dazu gehören insbesondere auch strengere Verfallsregelungen.³⁹ Es bedarf aber einer klaren und ausreichend deutlich von den gesetzlichen Regelungen abweichenden vertraglichen Regelung; ansonsten geht das BAG von einem Gleichlauf von gesetzlichem Mindest- und vertraglichem Mehrurlaub aus,⁴⁰ so dass auch die neuen Anforderungen an den Verfall des Urlaubsanspruchs anzuwenden sind. Eine Klausel im Arbeitsvertrag, wonach der vertragliche Mehrurlaub ohne weitere Voraussetzungen am Ende des Kalenderjahres erlischt, führt also zumindest zum Verfall des Anspruchs auf den Mehrurlaub, auch wenn das Hinweisschreiben unterblieben ist.

d) Die Vorlageverfahren

Für die beiden Vorlagefälle werden die Aussagen des EuGH unterschiedliche Folgen zeitigen: Herr Shimizu wurde mehr als zwei Monate vor Ende des Arbeitsverhältnisses darum gebeten, seinen restlichen Urlaub zu nehmen. Wie sich aus dem Tatbestand des zweitinstanzlichen Urteils ergibt, war er wohl auch auf den drohenden Verfall des Urlaubsanspruchs hingewiesen worden. Soweit die noch offenen 51 Tage ab dem 24.10.2013 bis zum Jahresende hätten realisiert werden können, wird seine Klage auf Urlaubsabgeltung abzuweisen sein.⁴¹ Anders im Fall des Rechtsreferendars Herrn Kreuziger: In seinem Fall geht es allein um die Abgeltung des im laufenden Jahr erworbenen Urlaubsanspruchs. Der nicht genommene Urlaub des aktuellen Jahres ist bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne weitere Voraussetzungen abzugelten. Die Frage eines Verfalls des Urlaubsanspruchs stellt sich hier nicht. Eine Obliegenheit, den Urlaub vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Anspruch zu nehmen, gibt es als Voraussetzung des Abgeltungsanspruchs nicht (s.o. III.). Die Klage des Herrn Kreuziger dürfte daher Erfolg haben.⁴²

V. Vererblichkeit des Urlaubs

Keine größeren Überraschungen bringt hingegen das Urteil des EuGH zur Vererblichkeit des Urlaubsanspruchs.⁴³ Zwar wird auch hier das BAG seine Rechtsprechung ändern müssen; die Sichtweise des EuGH war allerdings bereits bekannt.

1. Bisherige Rechtslage

In der Vergangenheit hatte das BAG weder den Urlaubs- noch den Abgeltungsanspruch für vererblich gehalten. Den Urlaubsanspruch sah das BAG seit jeher als höchstpersönliches Recht an, das aufgrund seiner Eigenart nur durch den Arbeitnehmer selbst wahrgenommen werden könne. Da ein Arbeitsverhältnis mit dem Tod des Arbeitnehmers automatisch sein Ende finde, sei eine Freistellung von der Arbeitspflicht gegenüber den Erben des Arbeitnehmers nicht möglich. Den mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstehenden Anspruch auf finanzielle Abgeltung des noch offenen Urlaubs (§ 7 Abs. 4 BUrlG) sah das BAG in der Vergangenheit als Surrogat des Urlaubsanspruchs an, das deshalb grundsätzlich denselben Regeln unterliege. Daher sei auch der Abgeltungsanspruch nicht vererblich.⁴⁴ Infolge der „Schultz-Hoff“-Rechtsprechung des EuGH gab das BAG die sog. Surrogatstheorie zwar auf. Der Anspruch auf Urlaubsabgeltung wird

seitdem nicht mehr den für den Urlaubsanspruch selbst geltenden Regeln unterworfen. Vielmehr handelt es sich um eine reine Geldforderung, die den allgemeinen rechtlichen Bestimmungen unterliegt,⁴⁵ so dass beispielsweise auch tarifliche oder arbeitsvertragliche Ausschlussfristen auf den Anspruch anzuwenden sind.⁴⁶ Daraus folgt, dass der Anspruch auf Urlaubsabgeltung zumindest dann vererblich ist, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Tod des Arbeitnehmers aus anderen Gründen geendet und der Abgeltungsanspruch damit entstanden ist. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb dieser Abgeltungsanspruch nicht auf die Erben übergehen sollte.⁴⁷

Umstritten blieb aber die Rechtslage in dem Fall, dass der Arbeitnehmer im bestehenden Arbeitsverhältnis verstirbt, das Arbeitsverhältnis also durch seinen Tod endet. Die überwiegende Meinung in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur hielt den Urlaubsanspruch zuletzt für vererblich. Nach der Aufgabe der Surrogatstheorie sei für den Abgeltungsanspruch ohne Bedeutung, ob der Urlaubsanspruch in einem fortbestehenden Arbeitsverhältnis noch erfüllbar wäre. Daher wurde den Erben überwiegend ein Anspruch auf Abgeltung des dem verstorbenen Arbeitnehmer bei seinem Tod noch zustehenden Urlaubs zugestanden.⁴⁸ Das BAG hielt aber an seiner bisherigen Rechtsprechung fest. Der Urlaubsanspruch erlösche mit dem Tod des Arbeitnehmers. Er wandle sich nicht nach § 7 Abs. 4 BUrlG in einen Abgeltungsanspruch um.⁴⁹ Nach Ansicht des BAG entstehe der Abgeltungsanspruch mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Tod des Arbeitnehmers erst gar nicht und könne daher auch nicht auf die Erben übergehen. Der Urlaubsanspruch als höchstpersönlicher Anspruch sei nach wie vor nicht vererblich. Auch wenn es sich nicht um ein „Surrogat“ des Urlaubsanspruchs handle, gehe es doch um einen „Ersatzanspruch“, der an die Stelle des Urlaubsanspruchs trete. Letztlich wurde die vermeintlich aufgegebene Surrogatstheorie damit ein Stück weit aufrechterhalten, auch wenn das BAG den lateinischen Begriff des Surrogats nunmehr ins Deutsche übersetzte („Ersatzanspruch“).

Das Ende dieses Sonderwegs des BAG schien besiegelt, als der EuGH am 12.6.2014 entschied, dass es mit der Richtlinie 2003/88/EG nicht vereinbar sei, wenn der Urlaubsanspruch ohne Begründung eines Ab-

39 BAG, 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, RIW 2009, 393, NZA 2009, 538; BAG, 23.3.2010 – 9 AZR 128/09, RIW 2010, 480, NZA 2010, 810; ausf. dazu *Powietzka/Fallenstein*, NZA 2010, 673.

40 BAG, 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, RIW 2009, 393, NZA 2009, 538; BAG, 4.5.2010 – 9 AZR 183/09, AP § 7 BUrlG Abgeltung Nr. 49 m. Anm. *Powietzka*, BB-Entscheidungsreport *Lipinski/Hund*, BB 2011, 1663.

41 GA *Yves Bot* war in seinen Schlussanträgen vom 29.5.2018 davon ausgegangen, der Hinweis sei zu spät erfolgt. Zumindest den ganz überwiegenden Teil seines Urlaubsanspruchs von 53 Tagen hätte Herr Shimizu jedoch noch nehmen können.

42 Auch dies hatte der GA in den Schlussanträgen anders bewertet. Da Herr Kreuziger die Möglichkeit gehabt habe, den Urlaub vor Vertragsbeendigung zu nehmen, sei dieser verfallen. Davon ist der Abgeltungsanspruch nach Ansicht des EuGH jedoch in Bezug auf den Urlaub des laufenden Jahres nicht abhängig.

43 EuGH, 6.11.2018 – verb. Rs. C-569/16 und C-570-16 – Stadt Wuppertal und Willmeroth, RIW 2019, 55.

44 BAG, 20.9.2011 – 9 AZR 416/10, BB 2012, 1867.

45 BAG, 19.6.2012 – 9 AZR 652/10, BB 2012, 3018 m. BB-Komm. *Holzinger/Köhler*, NZA 2012, 1087; BAG, 22.9.2015 – 9 AZR 170/14, NZA 2016, 37.

46 BAG, 7.8.2012 – 9 AZR 353/10, BB 2012, 2886 m. BB-Komm. *Wicht*, AP Nr. 53 zu § 7 BUrlG; BAG, 13.12.2011 – 9 AZR 399/10, AP Nr. 93 zu § 7 BUrlG Abgeltung m. Anm. *Powietzka*.

47 S. dazu BAG, 22.9.2015 – 9 AZR 170/14, NZA 2016, 37; zur Vererblichkeit eines Schadenersatzanspruchs auf Ersatzurlaub BAG, 19.11.1996 – 9 AZR 376/95, BB 1997, 1415, NZA 1997, 879.

48 So z. B. LAG Hamm, 22.4.2010 – 16 Sa 1502/09, NZA 2011, 106, BB-Entscheidungsreport *Bissels/Haag*, BB 2010, 3160; LAG Düsseldorf, 13.11.2016 – 4 Sa 888/15, BeckRS 2016, 68559; *Schipper/Polzer*, NZA 2011, 80; *Gallner*, in: *ErfK*, 19. Aufl. 2019, § 7 BUrlG, Rn. 81.

49 BAG, 12.3.2013 – 9 AZR 532/11, BB 2013, 1790 m. BB-Komm. *Jesgarzewski*, NZA 2013, 678; BAG, 20.9.2011 – 9 AZR 416/10, BB-Entscheidungsreport *Lipinski/Praß*, BB 2012, 1867, NZA 2012, 326; ebenso bspw. *Zimmermann*, in: *Arnold/Tillmans*, BUrlG, 3. Aufl. 2014, § 1, Rn. 67; *Bauer/Arnold*, NJW 2009, 631, 635; *Fischinger*, Anm. zu BAG, 20.9.2011 – 9 AZR 416/10, AP Nr. 92 zu § 7 BUrlG Abgeltung.

geltungsanspruchs untergehe, wenn das Arbeitsverhältnis durch Tod des Arbeitnehmers ende.⁵⁰ Es wurde daher allgemein erwartet, dass das BAG nunmehr seine Rechtsprechung an die – verbindlichen – Vorgaben des EuGH anpassen werde. Der 9. Senat zeigte sich jedoch hartnäckig und legte die Frage erneut dem EuGH zur Vorabentscheidung vor. Die Begründung, weshalb zu der bereits entschiedenen Rechtsfrage erneut die Meinung des EuGH eingeholt wurde, war durchaus pfiffig: Zum einen meinten die Erfurter Richter, nach deutschem Erbrecht würde eine solche finanzielle Vergütung nicht Teil der Erbmasse werden. Im Kern gehe es daher nicht um die Auslegung und Anwendung des Arbeits- bzw. Urlaubsrechts, sondern das Erbrecht stünde in Deutschland der Sichtweise des EuGH entgegen. Zum anderen verfolge der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nach ständiger EuGH-Rechtsprechung den Zweck, dem Arbeitnehmer Erholung zu ermöglichen und einen Zeitraum für Entspannung und Freizeit zu gewähren; dieser Zweck könne nach dem Tod des Arbeitnehmers ersichtlich nicht mehr erreicht werden, insbesondere nicht durch eine finanzielle Leistung an die Erben des Arbeitnehmers.⁵¹

2. Entscheidung des EuGH

Es war nicht zu erwarten, dass der EuGH seine Rechtsprechung aufgrund dieser Hinweise diametral ändern (oder, wie dies in Luxemburg formuliert wird: „nuancieren“⁵²) würde. Immerhin wurden die Vorabentscheidungsersuchen für zulässig erachtet, obwohl der EuGH die gestellte Rechtsfrage bereits früher entschieden habe.⁵³ In der Sache selbst zeigte sich der EuGH jedoch unbeirrt: Ende das Arbeitsverhältnis, sehe Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG vor, dass der Arbeitnehmer Anspruch auf eine finanzielle Vergütung für die nicht genommenen Urlaubstage habe (s.o. III.). Dieser Anspruch sei an keine anderen Voraussetzungen gebunden als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und einen zu diesem Zeitpunkt noch bestehenden Urlaubsanspruch. Der Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses spiele daher keine Rolle. So hätten beispielsweise auch Arbeitnehmer einen Anspruch auf finanzielle Vergütung nicht genommenen Urlaubs, die ihr Arbeitsverhältnis wegen Eintritts in den Ruhestand beendeten. Auch in diesem Fällen sei der Arbeitnehmer nicht mehr in der Lage, einen Urlaub in dem Sinne wahrzunehmen, sich im Hinblick auf die zukünftige Fortführung seiner beruflichen Tätigkeit zu erholen und zu entspannen. Von seinem finanziellen Aspekt betrachtet, sei der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub „rein vermögensrechtlicher Natur“ und daher vererbbar. Ein ersatzloses Erlöschen des Anspruchs, ohne dass der Arbeitnehmer tatsächlich die Möglichkeit gehabt hätte, den Anspruch wahrzunehmen, widerspreche den Vorgaben der Richtlinie. Daher sei, wenn das Arbeitsverhältnis durch Tod des Arbeitnehmers geendet habe, ein finanzieller Ausgleich „unerlässlich, um die praktische Wirksamkeit des [...] Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub sicherzustellen“.⁵⁴

Das BAG hatte jeweils einen Fall vorgelegt, der einen öffentlichen und einen privaten Arbeitgeber betraf. Der EuGH hatte deshalb die Gelegenheit, auf Grundlage der Vorlagefragen die unterschiedlichen Wirkungen der Richtlinie und des Art. 31 Abs. 2 GRC gegenüber privaten und öffentlichen Arbeitgebern klarzustellen. Gegenüber dem Staat als Arbeitgeber kann sich der Arbeitnehmer unmittelbar auf die Richtlinie berufen, der Abgeltungsanspruch des Erben folgt daher unmittelbar aus Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG. Gegenüber privaten Arbeitgebern gelte die Richtlinie nicht unmittelbar. Aufgrund der aus Art. 31 Abs. 2 GRC folgenden „quasi-unmittelbaren“ Wirkung

folge aber, dass der Richtlinie entgegenstehende Bestimmungen des nationalen Rechts unangewendet bleiben müssten. Ob es sich dabei um arbeits- oder erbrechtliche Bestimmungen handele, hält der EuGH für unerheblich. Hier ergibt sich der Abgeltungsanspruch somit aus § 7 Abs. 4 BUrlG, wobei der Vererblichkeit des Anspruchs entgegenstehende erbrechtliche Bestimmungen unangewendet zu bleiben haben. Im Ergebnis werden daher beide Klägerinnen eine Abgeltung des ihren Ehegatten bei deren Ableben jeweils noch zustehenden Urlaubs erhalten.

3. Praktische Konsequenzen

Es ist zu erwarten, dass das BAG seinen Widerstand nunmehr fallen lassen und Urlaubsansprüche für vererblich erklären wird. Es ist nicht davon auszugehen, dass der 9. Senat den EuGH zum dritten Mal um eine Entscheidung zu derselben Rechtsfrage bitten wird. Stirbt ein Arbeitnehmer während des bestehenden Arbeitsverhältnisses, so steht seinen Erben damit stets ein finanzieller Anspruch auf Abgeltung der zu diesem Zeitpunkt noch offenen Urlaubstage zu. Dies mag man für sinnvoll halten oder nicht; die damit verbundene wirtschaftliche Zusatzbelastung der Arbeitgeber dürfte erträglich sein, zumal für die Urlaubstage regelmäßig Rückstellungen gebildet sind, die nun allerdings nicht mehr mit der Folge einer Verbesserung des Unternehmensergebnisses aufgelöst werden können.

Nicht abschließend geklärt ist die Frage, wie die dem Erben zustehende Urlaubsabgeltung steuer- und sozialversicherungsrechtlich zu behandeln ist. Richtig dürfte sein, dass die vererbte Urlaubsabgeltung – ebenso wie der Anspruch des Arbeitnehmers selbst – der Lohnsteuer, nicht aber der Beitragspflicht in der Sozialversicherung unterliegt. Denn es handelt sich nicht um Arbeitsentgelt im Sinne von §§ 14 Abs. 1, 23a SGB IV.⁵⁵

VI. Zusammenfassung

1. Der EuGH nimmt aufgrund von Art. 31 Abs. 2 GRC eine primärrechtliche Wirkung des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub an. Daher sind Bestimmungen des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten, die dem europäischen Urlaubsrecht entgegenstehen, unangewendet zu lassen. Die allgemeinen Auslegungsregeln des nationalen Rechts stellen keine Grenze für die Umsetzung der urlaubsrechtlichen Vorgaben des EuGH mehr da.

2. Aus Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG entnimmt der EuGH einen europarechtlichen Anspruch auf finanzielle Abgeltung des bei Vertragsbeendigung offenen Urlaubsanspruchs. Auf diesen können sich Arbeitnehmer gegenüber staatlichen Arbeitgebern auch dort berufen, wo ein gesetzlicher Abgeltungsanspruch nicht geregelt ist.

3. Urlaubsansprüche verfallen am Jahresende (oder am Ende eines Übertragungszeitraums) nur noch dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor rechtzeitig und nachweisbar zur Inanspruchnahme des Urlaubs aufgefordert und auf den drohenden Verfall hingewiesen hat. Dies wird auch für Urlaubsansprüche gelten, die der Ar-

50 EuGH, 12.6.2014 – C-118/13 – Bollacke, BB 2014, 1587.

51 BAG, 18.10.2016 – 9 AZR 45/16 (A) u. 9 AZR 196/16 (A), BB 2017, 766.

52 Vgl. EuGH, 22.11.2011 – C-214/10 – KHS, BB 2012, 59 m. BB-Komm. Fuhlrott, NZA 2011, 1333.

53 EuGH, 6.11.2018 – verb. Rs.C-569/16 u. C-570-16 – Stadt Wuppertal und Willmeroth, Rn. 21 ff., RIW 2019, 55.

54 EuGH, 6.11.2018 – verb. Rs.C-569/16 u. C-570-16 – Stadt Wuppertal und Willmeroth, Rn. 46–50, RIW 2019, 55.

55 Powietzka/Rolf, BUrlG, 2.Aufl. 2017, § 7, Rn. 150; ausführlich Ricken, NZA 2014, 1361.

beitnehmer in zurückliegenden Jahren erworben hat. Nicht genommener Urlaub aus früheren Jahren ist aber 15 Monate nach Ende des Urlaubsjahres verfallen; sieht man dies anders, ist der Anspruch jedenfalls, auch wenn kein entsprechender Hinweis erfolgt ist, nach drei Jahren verjährt (§ 195 BGB). Vertraglicher Mehrurlaub, der über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgeht, kann von strengeren Verfallsregelungen abhängig gemacht werden und verfällt dann auch ohne Hinweis des Arbeitgebers.

4. Der Urlaubsanspruch ist vererblich. Die Erben können die Abgeltung der offenen Urlaubstage auch dann verlangen, wenn der Arbeit-

nehmer im bestehenden Arbeitsverhältnis verstorben ist, das Arbeitsverhältnis also durch den Tod des Arbeitnehmers geendet hat.

Dr. Arnim Powietzka, RA/FAArbR, ist Partner bei Pohl & Bauer Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Mannheim. Außerdem ist er als Of Counsel für Gowling NLG (UK) LLP, Stuttgart tätig. Er ist Lehrbeauftragter der Universität Heidelberg.



BAG: Maßstäbe für die Betriebsrentenanpassung nach § 16 Abs. 1 BetrAVG

BAG, Urteil vom 12.12.2017 – 3 AZR 305/16

ECLI:DE:BAG:2017:121217.U.3AZR305.16.0

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2018-1203-3](#)

unter [www.betriebs-berater.de](#)

AMTLICHE LEITSÄTZE

1. Unterhalten international tätige Unternehmen in Deutschland weder eine Zweigniederlassung noch eine Agentur oder sonstige Niederlassung iSv. Art. 18 Abs. 2 EuGVVO aF und gibt es keine vorrangigen Regelungen in internationalen Verträgen oder Übereinkommen, richtet sich die internationale Zuständigkeit der deutschen Arbeitsgerichte gemäß Art. 4 Abs. 2 EuGVVO nach der örtlichen Zuständigkeit im deutschen Recht.

2. Ein Arbeitgeber, der nicht verpflichtet ist, Jahresabschlüsse nach dem Handelsgesetzbuch zu erstellen, muss für die behauptete schlechte wirtschaftliche Lage iSv. § 16 Abs. 1 BetrAVG die notwendigen Berechnungsfaktoren, wie etwa die Betriebsergebnisse und die Höhe des Eigenkapitals, anhand der von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zu den handelsrechtlichen Abschlüssen nachvollziehbar darlegen und hierbei erläutern, wie er dieses Zahlenwerk ermittelt hat.

BetrAVG § 16 Abs. 1

SACHVERHALT

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte verpflichtet ist, die Betriebsrente der Klägerin zum 1. Januar 2010, zum 1. Januar 2011, zum 1. Januar 2012 und zum 1. Januar 2013 anzupassen.

Die Beklagte ist eine weltweit tätige Fluggesellschaft in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft nach kanadischem Recht. Sie erstellt keine Jahresabschlüsse nach dem Handelsgesetzbuch, sondern dem kanadischen Recht entsprechend Abschlüsse nach den „International Financial Reporting Standards“ (im Folgenden IFRS).

Die Klägerin war aufgrund Arbeitsvertrags vom 7. Februar 1967 ab dem 1. April 1967 bis zum 31. Juli 2005 bei der Beklagten zuletzt als Customer Service Manager am Flughafen Frankfurt am Main beschäftigt. Die Beklagte gewährt ihren weltweit tätigen Mitarbeitern Altersversorgungen nach verschiedenen Pensionsplänen. Für die Klägerin gilt aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme die A Versorgungsordnung Deutschland (im Folgenden VO Deutschland). Die VO Deutschland enthält – in deutscher Übersetzung – ua. folgende Regelung:

„REGEL 24 – ANPASSUNGEN

Die laufenden Rentenzahlungen werden alle drei Jahre von der Gesellschaft überprüft und nach freiem Ermessen gemäß den deutschen Rentenbestimmungen angepasst. Die Gesellschaft berücksichtigt dabei die Interessen der Rentner und ihre eigene wirtschaftliche Situation.“

Die Beklagte führt – regelmäßig nach einer Wartezeit von drei Jahren ab Rentenbeginn – jährliche Anpassungsprüfungen zum 1. Januar eines Jahres durch. In den Jahren 1995 bis 2009 passte sie die Betriebsrenten der deutschen Versorgungsempfänger jeweils zum 1. Januar eines Jahres an. Auch in den Jahren 2003 und 2004 erfolgte eine Anpassung, obwohl der Beklagten vom 1. April 2003 bis zum 30. September 2004 Schuldnerschutz nach dem „Companies Creditors' Arrangement Act“ bewilligt worden war. Im März 1998 und im März 2000 wandte sich die Beklagte schriftlich in englischer Sprache an die Betriebsrentner in Deutschland und teilte ihnen – übersetzt – ua. mit:

„AN ALLE EMPFÄNGER DES A PENSIONSPLANS – DEUTSCHLAND

Die Regeln des A Pensionsplans schreiben eine jährliche Anpassung der monatlichen Rente vor, sobald ein berechtigter Rentner/Hinterbliebener seine monatliche Rente seit drei Jahren oder länger erhält. Diese Erhöhungen basieren auf der Erhöhung des deutschen Verbraucherpreisindex seit dem vorangegangenen Jahr.“

Die Klägerin bezieht seit dem 1. August 2005 eine Betriebsrente. Diese betrug bis zum 31. Dezember 2008 monatlich 1.060,70 Euro brutto. Zum 1. Januar 2009 erhöhte die Beklagte die Betriebsrente der Klägerin um 2,39 vH auf 1.086,05 Euro brutto und zum 1. Januar 2011 um 1,31 vH auf 1.100,28 Euro brutto. Über die Anpassung zum 1. Januar 2011 informierte sie die Klägerin mit Schreiben vom 2. Dezember 2010 und teilte mit, dass die Erhöhung der „Steigerungsrate der allgemeinen Lebenshaltungskosten im Vergleich Oktober 2009 zu Oktober 2010“ entspreche. In den Jahren 2010, 2012 und 2013 passte die Beklagte die Betriebsrenten der deutschen Versorgungsempfänger – so auch die der Klägerin – nicht an. Die unter den Pensionsplan „U.K. and Ireland“ fallenden Betriebsrentner erhielten dagegen zum 1. Januar 2014 eine Erhöhung ihrer Betriebsrenten um 3,2 vH und zum 31. Mai 2006 um 2,5 vH.

Mit Schreiben vom 3. Februar 2012 widersprach die Klägerin der unterbliebenen Anpassung zum 1. Januar 2012. Nachdem die Beklagte die Betriebsrente auch zum 1. Januar 2013 nicht erhöht hatte, forderte die Klägerin mit Schreiben vom 19. Februar 2013 eine Anpassung ihrer Betriebs-