

# BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 183/09  
5 Sa 944/08  
Landesarbeitsgericht  
Köln

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
4. Mai 2010

## URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 4. Mai 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell, den Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner sowie den ehrenamtlichen Richter Pfelzer und die ehrenamtliche Richterin Neumann für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 26. Januar 2009 - 5 Sa 944/08 - aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 13. Juni 2008 - 2 Ca 5559/07 - abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger Urlaubsabgeltung von 2.427,88 Euro brutto zu zahlen.

Der Kläger hat 34 % der Kosten erster Instanz zu tragen, der Beklagte 66 %.

Der Beklagte hat die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs und des vertraglichen Mehrurlaubs für das Jahr 2007. 1

Der Kläger war seit August 2006 in der Fünftageweche als Verkaufsfahrer für den Beklagten tätig. Er erzielte eine Vergütung von 2.054,40 Euro brutto. 2

Die Parteien regelten in einem Formulararbeitsvertrag vom 17. Juli 2006: 3

#### **„7. Urlaub**

Dem Angestellten wird ein Urlaub in Höhe von insgesamt 26 Arbeitstagen gewährt.

Der Angestellte hat auf Verlangen des Arbeitgebers die jeweilige Urlaubsanschrift mitzuteilen.“

Der Kläger war seit Ende Mai 2007 durchgehend arbeitsunfähig krank. 4  
Der Beklagte gewährte ihm 2007 keinen Urlaub.

Das Arbeitsverhältnis der Parteien endete durch ordentliche Kündigung des Beklagten mit dem 31. Juli 2007. Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers bestand über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus ununterbrochen fort. Sie dauerte noch am 1. Dezember 2008 an. 5

Der Kläger meint, die im Jahr 2007 nicht gewährten 26 Urlaubstage seien abzugelten, obwohl er über das Ende des Übertragungszeitraums hinaus arbeitsunfähig gewesen sei. Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG (*sog. Arbeitszeitrichtlinie, ABl. EU L 299 vom 18. November 2003 S. 9*) gewährleiste einen Anspruch auf Mindestjahresurlaub von vier Wochen. Die Urlaubsansprüche seien mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzugelten, wenn der Arbeitnehmer sie wegen einer Erkrankung nicht habe verwirklichen können. 6

Der Kläger hat zunächst Kündigungsschutzklage erhoben. Er hat diese Klage in erster Instanz um den Antrag auf Urlaubsabgeltung und einen weiteren Antrag auf Erteilung einer Verdienstabrechnung erweitert. Der Beklagte hat mit einer Widerklage die Herausgabe verschiedener Unterlagen verlangt. Die Parteien haben sich vor dem Arbeitsgericht durch Teilvergleich auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem 31. Juli 2007 geeinigt. Der Beklagte hat sich ferner dazu verpflichtet, die verlangte Verdienstabrechnung zu erteilen. Er hat die Widerklage zurückgenommen. 7

Der Kläger hat zuletzt beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an ihn 2.427,88 Euro brutto Urlaubsabgeltung zu zahlen. 8

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hält die Urlaubsabgeltungsansprüche aufgrund der Arbeitsunfähigkeit des Klägers für verfallen. 9

Das Arbeitsgericht hat die zuletzt noch erhobene Klage auf Urlaubsabgeltung abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Der Kläger verfolgt mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision seinen Urlaubsabgeltungsantrag weiter. 10

## Entscheidungsgründe

- A. Die Revision ist begründet. Die Ansprüche des Klägers auf Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs von 20 Tagen in der Fünftageweche und des vertraglichen Mehrurlaubs von sechs Tagen für das Jahr 2007 sind mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der zweiten Jahreshälfte am 31. Juli 2007 entstanden (§§ 1, 3 Abs. 1, §§ 4, 7 Abs. 4 BUrlG). Sie sind nicht nach § 7 Abs. 3 Satz 3, Abs. 4 BUrlG mit dem 31. März 2008 untergegangen. 11
- I. Der Kläger konnte den Urlaub für das Jahr 2007 nicht bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses am 31. Juli 2007 antreten. Er war seit Ende Mai 2007 zumindest bis 1. Dezember 2008 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt und in dieser Zeit nicht imstande, seine vertragsgemäße Arbeitsleistung zu erbringen. Die Ansprüche auf den gesetzlichen Mindesturlaub von 20 Tagen und den übergesetzlichen vertraglichen Urlaub von sechs Tagen waren damit auch bis zum Ende des gesetzlichen Übertragungszeitraums am 31. März 2008 nicht erfüllbar. Das führt nach der neueren Rechtsprechung des Senats weder zur mangelnden Durchsetzbarkeit noch zum Untergang des Abgeltungsanspruchs (*vgl. grundlegend Senat 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 47 ff., AP BUrlG § 7 Nr. 39 = EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 15; fortgeführt von 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 70, NZA 2010, 810*). 12
- II. Der Abgeltungsanspruch für den in der Fünftageweche mit einer Dauer von 20 Urlaubstagen entstandenen gesetzlichen Vollurlaubsanspruch aus dem Jahr 2007 ist vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht untergegangen. Er ist auch nicht erloschen, weil der Urlaubsanspruch bis zum Ende der Übertragungsfrist am 31. März 2008 nicht erfüllbar gewesen wäre. Dem steht insbesondere nicht entgegen, dass der Kläger den Urlaub wegen seiner Arbeitsunfähigkeit nicht bis 31. März 2008 hätte antreten können. 13
1. Der Beklagte stützt sich für seine abweichende Auffassung wie die Vorinstanzen auf die frühere ständige Senatsrechtsprechung zur sog. Surrogatstheorie. 14

- a) Danach wandelte sich ein noch bestehender gesetzlicher Urlaubsanspruch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ersatzweise in einen Abgeltungsanspruch nach § 7 Abs. 4 BUrlG um. Mit Ausnahme der Beendigung des Arbeitsverhältnisses war dieser Anspruch an dieselben Voraussetzungen gebunden wie der Urlaubsanspruch selbst (*vgl. nur Senat 21. Juni 2005 - 9 AZR 200/04 - zu II 1 a der Gründe, AP InsO § 55 Nr. 11 = EzA BUrlG § 7 Nr. 114; 10. Mai 2005 - 9 AZR 253/04 - zu III 2 a der Gründe, EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 13; grundlegend BAG 13. Mai 1982 - 6 AZR 360/80 - zu II 4 b bis e der Gründe, BAGE 39, 53*). 15
- b) Die Anwendung der Surrogatstheorie führte im Streitfall dazu, dass der Urlaubsanspruch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem 31. Juli 2007 in einen Abgeltungsanspruch umgewandelt worden wäre. Er wäre wegen der fortdauernden Arbeitsunfähigkeit des Klägers jedoch nicht erfüllbar und damit nicht durchsetzbar gewesen. Der Abgeltungsanspruch wäre deshalb mit Ablauf der Übertragungsfrist am 31. März 2008 untergegangen. 16
2. Der Senat hat die Surrogatstheorie für den Fall der Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Übertragungszeitraums mit Urteil vom 24. März 2009 aufgegeben (*- 9 AZR 983/07 - Rn. 44 ff., AP BUrlG § 7 Nr. 39 = EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 15; fortgeführt von 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 70, NZA 2010, 810*). 17
- a) Nach der neueren Senatsrechtsprechung in der Folge der Entscheidung Schultz-Hoff des EuGH vom 20. Januar 2009 (*- C-350/06 und C-520/06 - Rn. 42 ff., AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 1 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 1*) ist der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch nicht nach § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG befristet, wenn der Arbeitnehmer dauernd arbeitsunfähig ist. Der Mindesturlaub ist bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses - unabhängig von der Erfüllbarkeit des Freistellungsanspruchs in einem gedachten fortbestehenden Arbeitsverhältnis - nach § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten (*Senat 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 70, NZA 2010, 810; 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 47 ff. mwN, AP BUrlG § 7 Nr. 39 = EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 15*). Diese Erkenntnisse hat der Senat für Arbeitsverhältnisse mit privat- 18

rechtlich organisierten Arbeitgebern aus einer Rechtsfortbildung von § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG anhand der Vorgaben in Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie gewonnen.

b) § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG ist danach so zu verstehen, dass gesetzliche Urlaubsabgeltungsansprüche nicht erlöschen, wenn Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums erkrankt und deswegen arbeitsunfähig sind. Das entspricht Wortlaut, Systematik und Zweck der innerstaatlichen Regelungen, wenn die Ziele des Art. 7 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2003/88/EG und der regelmäßig anzunehmende Wille des nationalen Gesetzgebers zur ordnungsgemäßen Umsetzung von Richtlinien berücksichtigt werden (*vgl. zu den Einzelheiten der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion ausführlich Senat 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 59 ff. mwN, AP BUrlG § 7 Nr. 39 = EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 15*).

3. Der nach deutschem Recht für Arbeitgeber aus Art. 12, 20 Abs. 3 GG abgeleitete Grundsatz des Vertrauensschutzes steht den Ansprüchen des Klägers auf Abgeltung des gesetzlichen Urlaubs nicht entgegen. Auch das Vertrauen privater Arbeitgeber, gegenüber denen Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie nicht unmittelbar wirkt, ist seit 24. November 1996 nicht länger schutzwürdig. Die Grundlage des Vertrauens in den Fortbestand der früheren Senatsrechtsprechung, die den Verfall von Urlaubs(-abgeltungs)ansprüchen bei Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Übertragungszeitraums annahm, war nach Ablauf der Umsetzungsfrist für die erste Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG (*vgl. Art. 7 und 18 Abs. 1 Buchst. a, ABI. EG L 307 vom 13. Dezember 1993 S. 18*) mit dem 23. November 1996 zerstört (*vgl. zu den Fragen innerstaatlichen Vertrauensschutzes im Einzelnen Senat 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 96 ff. mwN, NZA 2010, 810*).

4. Der Anspruch des Klägers auf Abgeltung des gesetzlichen Vollurlaubs für 2007 ist mit Verstreichen des 31. Juli 2007 als reiner Geldanspruch entstanden. Diese auf eine finanzielle Vergütung iSv. Art. 7 Abs. 2 der Arbeitszeitrichtlinie gerichtete Forderung bleibt in ihrem Bestand davon unberührt, dass

die Arbeitsunfähigkeit des Klägers über das Ende des Übertragungszeitraums am 31. März 2008 fort dauerte.

III. Auch der Anspruch des Klägers auf Abgeltung des vertraglichen Mehrurlaubs für 2007 in Höhe von sechs Urlaubstagen ist nicht untergegangen. 22

1. Die Vertragsparteien können Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüche, die den von Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie gewährleisteten und von §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG begründeten Anspruch auf Mindestjahresurlaub von vier Wochen übersteigen, frei regeln. Ihre Regelungsmacht ist nicht durch die für gesetzliche Urlaubsansprüche erforderliche richtlinienkonforme Fortbildung des § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG beschränkt. Einem tariflich angeordneten Verfall des übergesetzlichen Urlaubsanspruchs und seiner Abgeltung steht nach dem klaren Richtlinienrecht und der gesicherten Rechtsprechung des EuGH kein Unionsrecht entgegen (*vgl. näher Senat 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 81 ff. mwN, AP BUrlG § 7 Nr. 39 = EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 15; zur Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 19 ff., NZA 2010, 810*). 23

2. Der Senat darf die hier zu beurteilende Regelung in Nr. 7 Satz 1 des Arbeitsvertrags deshalb anhand des innerstaatlichen Rechts auslegen. Diese Auslegung ergibt, dass der Anspruch des Klägers auf Abgeltung des vertraglichen Mehrurlaubs für 2007 in Höhe von sechs Urlaubstagen nicht verfallen ist, sondern fortbesteht. 24

a) Der Senat hat für eine kirchliche Arbeits- und Vergütungsordnung erkannt, für einen Regelungswillen der Parteien des Einzelarbeitsvertrags, der zwischen gesetzlichen und übergesetzlichen vertraglichen Ansprüchen unterscheidet, müssten im Rahmen der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB deutliche Anhaltspunkte bestehen. Regel ist der „Gleichlauf“ der Ansprüche. Ausnahme ist ihr unterschiedliches rechtliches Schicksal. Das gilt auch für Arbeitsverträge, die vor der Entscheidung des EuGH in der Sache Schultz-Hoff vom 20. Januar 2009 (- C-350/06 und C-520/06 - AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 1 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 1) geschlossen wurden (*vgl. Senat 24. März* 25

2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 84 f., AP BUrlG § 7 Nr. 39 = EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 15; vgl. zu der Auseinandersetzung mit der Kritik an dieser Rspr. im Zusammenhang mit der Auslegung eines Tarifvertrags ausführlich 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 34 ff., NZA 2010, 810).

b) Dieser Auslegungsansatz ist auf den Streitfall zu übertragen. Ein vom Gesetzesrecht abweichender Regelungswille der Vertragsparteien ist nicht zu erkennen. Das ergibt die Auslegung des Formulararbeitsvertrags, die dem Revisionsgericht uneingeschränkt obliegt. Die Parteien haben in Nr. 7 Satz 1 des Arbeitsvertrags ohne jede Unterscheidung zwischen dem gesetzlichen und dem vertraglichen Urlaubsanspruch einen Gesamturlaubsanspruch von 26 Urlaubstagen festgehalten. Sie haben keine eigenständigen Regeln für die Gewährung und die Abgeltung des vertraglichen Mehrurlaubsanspruchs aufgestellt. Der Anspruch auf Abgeltung des vertraglichen Mehrurlaubs in Höhe von sechs Tagen nimmt daher mittelbar an der richtlinienkonformen Fortbildung von § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG teil. Er besteht fort, obwohl der Kläger über das Ende des Übertragungszeitraums am 31. März 2008 hinaus arbeitsunfähig war. 26

IV. Der Kläger hat demnach Anspruch auf Abgeltung des gesetzlichen und des vertraglichen Urlaubs von 26 Urlaubstagen für das Jahr 2007 in der verlangten Gesamthöhe von 2.427,88 Euro brutto. Sein Anspruch beläuft sich auf 2.465,27 Euro brutto (*2.054,40 Euro brutto x 3 Monate : 13 Wochen : 5 Arbeitstage x 26 Urlaubstage*). Der Senat ist nach § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO an die geringere Klageforderung von 2.427,88 Euro brutto gebunden. 27

B. Die Kosten des Rechtsstreits bestimmen sich nach den Kostenanteilen und dem Unterliegen der Parteien in den Instanzen. 28

I. Die Parteien haben die Kosten erster Instanz im Umfang ihres Unterliegens, der Vergleichskosten und der Rücknahme der Widerklage zu tragen (§ 92 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, § 98 Satz 1 Alt. 1 und Satz 2, § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO). Es errechnet sich ein fiktiver Gesamtstreitwert erster Instanz von 9.141,08 Euro (*Kündigungsschutzantrag = 6.163,20 Euro, Klage auf Erteilung der Verdienstabrechnung = 50,00 Euro, Widerklage = 500,00 Euro, Urlaubs-* 29



*abgeltung = 2.427,88 Euro*). Auf den Kläger entfällt ein rechnerischer Anteil von 3.106,60 Euro (*die Hälfte des Kündigungsschutz- und des Abrechnungsantrags*). Der Beklagte ist mit einem rechnerischen Anteil von 6.034,48 Euro belastet (*der Hälfte des Kündigungsschutz- und des Abrechnungsantrags sowie den Werten der Widerklage und der Klage auf Urlaubsabgeltung*). Die Kosten erster Instanz sind also im Verhältnis von 34 % zu 66 % zu teilen.

II. Der Beklagte hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens zu tragen.

30

Düwell

Krasshöfer

Gallner

Pfelzer

Neumann