

## **Urlaubsansprüche im ruhenden Arbeitsverhältnis bei Bezug von Arbeitslosengeld/Urlaubsabgeltung**

**1. Auch in einem konkludent vereinbarten ruhenden Arbeitsverhältnis zum Bezug von Arbeitslosengeld entsteht bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch: Dieser verfällt nicht am Ende des Übertragungszeitraums nach § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG.**

**2. Urlaubsansprüche gehen bei durchgehender Arbeitsunfähigkeit jedoch spätestens 15 Monate nach Ende des Urlaubsjahres unter und sind bei einer späteren Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht abzugelten. Eine unbegrenzte Ansammlung überschreitet die Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung.**

LAG Baden-Württemberg, Urteil v. 21.12.2011 – 10 Sa 19/11 – (n. rkr.)

### **Zum Sachverhalt**

Die Parteien streiten im Berufungsverfahren noch über einen Urlaubsabgeltungsanspruch für Urlaubsansprüche aus den Jahren 2007-2009.

Der Kläger war bei der Beklagten als Kraftfahrer mit einer Bruttomonatsvergütung von zuletzt 2000 € beschäftigt.

Der Kläger war als Spätfolge eines Verkehrsunfalls aus dem Jahre 1998 von Oktober 2006 bis zum Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis arbeitsunfähig erkrankt. Mit Bescheid des Landratsamtes K., Amt für Gesundheit und Versorgung, vom 29.05.2008 wurde der Kläger mit einem Grad der Behinderung von 70 als schwerbehinderter Mensch anerkannt. Nach Aussteuerung aus dem Krankengeldbezug hat der Kläger auf der Grundlage von Arbeitsbescheinigungen der Beklagten vom 6.11.2007 und 4.7.2008 für die Zeit vom 25.6.2008 bis 31.5.2009 Arbeitslosengeld bezogen. Ab 1.6.2009 war der Kläger anderweitig in Vollzeit beschäftigt.

Am 13.05.2008 beantragte die Beklagte beim Integrationsamt F. ein Präventionsverfahren für den Kläger. Im Rahmen dieses zeitweise nicht betriebenen Präventionsverfahrens teilte das Integrationsamt der Beklagten am 08.02.2010 mit, dass der Kläger bereits seit mehreren Monaten ein neues Beschäftigungsverhältnis bei einem anderen Arbeitgeber angetreten habe und damit „das Ziel der Prävention, das bestehende Beschäftigungsverhältnis auf Dauer sicherzustellen, nicht erreicht werden könne“.

Auf Antrag vom 26.03.2010 beantragte die Beklagte hierauf beim Integrationsamt die Zustimmung zur personenbedingten ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses sowie zu einer hilfsweise verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung. Mit Bescheid vom 06.10.2010 erteilte das Integrationsamt die Zustimmung zur personenbedingten ordentlichen Kündigung, nicht aber zur hilfsweise verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung.

Am 19.10.2010 kündigte die Beklagte hierauf das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 30.11.2010. Im Verlauf des Zustimmungsverfahrens hatte am 28.06.2010 in den Räumlichkeiten der Beklagten eine Arbeitsplatzbegehung stattgefunden, in deren Rahmen der Kläger auch sein Leistungsvermögen demonstriert hat.

Der Kläger erhob am 11.11.2010 Kündigungsschutzklage zum erkennenden Gericht. Hilfsweise hat der Kläger einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung geltend gemacht. Er habe für den Fall der rechtswirksamen Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf Urlaubsabgeltung für 104 Tage nicht genommenen Urlaubs im Zeitraum 01.01.2007 bis 30.11.2010. Lediglich die Ansprüche aus dem Jahr 2006 seien verjährt. Der Kläger könne in Ansehung der Rechtsprechung des EuGH und nachfolgend des Bundesarbeitsgerichts Urlaubsabgeltung verlangen. Da ihm vertragsgemäß 26 Urlaubstage pro Jahr zugestanden hätten, errechne sich bei seinem Bruttoarbeitslohn von 2.000,00 € monatlich in der Sechs-Tage-Woche ein Abgeltungsanspruch in Höhe von 76,92 € pro Tag. Für 104 Urlaubstage ergebe dies einen Betrag von 7.999,68 € brutto.

Der Kläger hat beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die ordentliche Kündigung vom 19.10.2010 zum 30.11.2010 beendet worden ist.

2. Für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag Ziff. 1 wird die Beklagte verurteilt, den Kläger zu unveränderten Bedingungen als Kraftfahrer weiter zu beschäftigen,

hilfsweise,

die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 7.999,68 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 30.11.2010 zu bezahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die ordentliche Kündigung sei sozial gerechtfertigt, da es dem Kläger auf Dauer unmöglich sei, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Ein Anspruch des Klägers auf Abgeltung nicht genommenen Urlaubs im Zeitraum 2007 bis 2010 bestehe nicht. Außerdem habe der Kläger ab 1.6.2009 in anderen Arbeitsverhältnissen gestanden, in denen ihm Urlaub gewährt worden sei.

Das Arbeitsgericht hat die Kündigungsschutzklage abgewiesen und auf den Hilfsantrag die Beklagte zur Zahlung einer Urlaubsabgeltung von € 4.845,96 brutto verurteilt. Für die Jahre 2007 und 2008 stehe dem Kläger ein Urlaubsanspruch von jeweils 26 Tagen zu. Bei dem Urlaub für die Kalenderjahre 2009 und 2010 sei zu berücksichtigen, dass der Kläger ab 01.06.2009 ein neues Arbeitsverhältnis begründet habe und jeweils einen Anspruch auf Urlaub gegenüber dem jeweiligen Arbeitgeber erworben habe. Für 2009 stehe dem Kläger daher ein Urlaubsanspruch für 5 Monate, d. h. gerundet 11 Tage zu. Zusammenfassend seien daher beim Ausscheiden 63 Urlaubstage offen gewesen, die unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts abzugelten seien. Der Kläger sei auf der Grundlage der bei der Beklagten geschuldeten Arbeitspflichten von Ende Oktober bis einschließlich 30.11.2010 arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Der Kläger sei daher aus in seiner Person liegenden Gründen wegen mangelnder Arbeitsfähigkeit gehindert gewesen, den jeweils im Kalenderjahr entstandenen Urlaubsanspruch durch Freizeitnahme zu realisieren.

Gegen das Urteil des Arbeitsgerichts hat die Beklagte Berufung eingelegt, soweit diese zur Zahlung einer Urlaubsabgeltung verurteilt wurde. Der Kläger hat gegen das Urteil keine Berufung eingelegt.

Im Berufungsverfahren vertritt die Beklagte die Auffassung, dass auch bei Arbeitsunfähigkeit der Urlaubsabgeltungsanspruch des Klägers zeitlich zu begrenzen sei. Auf der Grundlage des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 21.11.2011 seien zumindest die offenen Urlaubsansprüche für 2007 und 2008 verfallen. Für die Zeit vom 25.06.2008 bis einschließlich 24.06.2009 stehe dem Kläger der geltend gemachte Urlaubsabgeltungsanspruch auch deshalb nicht zu, weil dieser in diesem Zeitraum Arbeitslosengeld bezogen habe. Für diesen Zeitraum hätten die Parteien ein Ruhen des Arbeitsverhältnisses vereinbart, sodass für diesen Zeitraum Urlaubsansprüche nicht bestehen würden.

Die Beklagte beantragt:

Auf die Berufung der Beklagten wird Ziffer 1 des Urteils des Arbeitsgerichts Lörrach, Kammern Radolfzell vom 03.01.2011, Az. 4 Ca 434/10 abgeändert und die Klage abgewiesen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Urlaubsabgeltungsanspruch stehe ihm in der ausgeurteilten Höhe zu. Die während des bestehenden Arbeitsverhältnisses während der Dauer der Arbeitsunfähigkeit angesammelten Urlaubsansprüche würden mit Ausnahme der Verjährung keiner zeitlichen Begrenzung unterliegen. Anderes ergebe sich auch nicht aus der Entscheidung des EuGH vom 22.11.2011. Der EuGH habe nur entschieden, dass die Möglichkeit der Ansammlung von Ansprüchen von nicht genommenen bezahlten Jahresurlaubs, der während eines Zeitraumes der Arbeitsunfähigkeit erworben wurde, durch nationale Regelung zeitlich begrenzt werden könne. Voraussetzung einer solchen Begrenzung sei daher, dass ein Tarifvertrag oder eine vertragliche Regelung die Begrenzung erlaube. Eine solche Regelung existiere in diesem Arbeitsverhältnis nicht. Die Rechtsauffassung der Beklagten, wonach der Bezug von Arbeitslosengeld die Entstehung von Urlaubsansprüchen ausschließe, sei falsch. Es würde eine

europarechtlich verbotene Schlechterstellung im Hinblick auf den Urlaubsanspruch eintreten, wenn man langjährig erkrankten Arbeitnehmern Urlaubsansprüche streitig machen würde, indem man diese auf das Ruhen ihres Arbeitsverhältnisses verweisen würde.

### **Aus den Gründen**

Die zulässige Berufung ist teilweise begründet.

I. Die nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthafte Berufung ist zulässig. Sie ist insbesondere gemäß § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG i. V. m. den §§ 517, 519 Abs. 1, 2 ZPO fristgerecht eingelegt und begründet worden.

Da der Kläger keine Berufung eingelegt hat, steht rechtskräftig fest, dass das Arbeitsverhältnis mit dem 30.11.2010 geendet hat, gleichfalls, dass dem Kläger für 2010 kein Urlaubsabgeltungsanspruch und für 2009 kein 11 Tage übersteigender Urlaubsanspruch zusteht. Streitgegenstand des Berufungsverfahrens ist daher allein die ausgerichtete Urlaubsabgeltung von 63 Urlaubstagen für die Jahre 2007 bis 2009.

II. Der Kläger hat einen Anspruch auf Abgeltung der bei Ausscheiden offenen Urlaubsansprüche 2009. Ein Anspruch auf Abgeltung der Urlaubsansprüche 2007 und 2008 besteht nicht, da diese vor dem Ausscheiden verfallen sind.

1. Die Urlaubsansprüche für die Jahre 2007-2009 sind jeweils zu Beginn des Kalenderjahres entstanden. Dies gilt auch, soweit die Parteien das Ruhen des Arbeitsverhältnisses konkludent vereinbart haben.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist zu vermuten, dass die Parteien zumindest stillschweigend das Ruhen des Arbeitsverhältnisses vereinbart haben, wenn ein Arbeitnehmer bei fortbestehender Arbeitsunfähigkeit auf seinen Antrag hin nach Ablauf der Krankengeldzahlungen Arbeitslosengeld nach § 125 Abs. 1 SGB III bezieht (BAG 14.3.2006 - 9 AZR 312/05 - NZA 2006, 1322). Der Bezug von Arbeitslosengeld setzt im rechtlich fortbestehenden Arbeitsverhältnis voraus, dass der Arbeitgeber auf seine Verfügungsgewalt über den Arbeitnehmer und dessen Arbeitskraft verzichtet. Der Kläger hat mit der Beantragung des Arbeitslosengeldes und Vorlage der Arbeitsbescheinigung zu erkennen gegeben, dass er seine Hauptpflicht aus dem Arbeitsverhältnis, die Erbringung der Arbeitsleistung, wegen seiner krankheitsbedingten und nicht nur vorübergehenden Leistungsunfähigkeit zumindest vorläufig als beendet ansehe. Die Beklagte hat mit Erteilung der Arbeitsbescheinigungen auf ihr Direktionsrecht und damit auf ihre Verfügungsmacht über die Arbeitsleistung des Klägers verzichtet. Dadurch wurde die Dienstleistungspflicht des Klägers und gleichzeitig die Vergütungspflicht der Beklagten suspendiert und das Arbeitsverhältnis zum Ruhen gebracht (vgl. bereits BAG 27. Januar 1999 - 10 AZR 3/98). Damit hat das Arbeitsverhältnis ab dem 25.6.2008 geruht.

Ob auch im ruhenden Arbeitsverhältnis Urlaubsansprüche entstehen können, ist umstritten.

Das Bundesarbeitsgericht hat bisher als selbstverständlich angenommen, dass im ruhenden Arbeitsverhältnis Urlaubsansprüche entstehen (vgl. BAG 30.7.1986 - 8 AZR 475/84 - NZA 1987, 13; in der Folge auch BAG 15.12.2009 - 9 AZR 795/08 - NZA 2010, 728, allerdings ohne dass es tragend darauf ankam). In Folge der Auslegung der Richtlinie 2003/88/EG ist dies inzwischen umstritten (weiterhin bejahend z.B. LAG Baden-Württemberg 29.4.2010 - 11 Sa 64/09; LAG Düsseldorf 8.2.2011 - 6 Sa 1574/10 jeweils für Ruhen als Folge einer befristeten Erwerbsunfähigkeitsrente; a.A. z.B. LAG Baden-Württemberg 9.6.2011 - 6 Sa 109/10; LAG Nürnberg 8.2.2011 - 6 Sa 500/10 - ZTR 2011, 550 jeweils bei Ruhen zum Zwecke des Arbeitslosengeldbezugs für den Bezug von Arbeitslosengeld, LAG Düsseldorf 5.5.2010 - 7 Sa 1571/09 - NZA-RR 2010, 568; LAG Köln 10.3.2011 - 3 Sa 1057/10 jeweils bei Bezug einer Erwerbsminderungsrente). Das Bundesarbeitsgericht hat in der Entscheidung vom 17.5.2011 (BAG 17.5.2011 - 9 AZR 197/10 - ZTR 2011, 605) die Frage offen gelassen, jedoch darauf hingewiesen, dass im deutschen Recht keine Norm existiere, die die Erbringung von Arbeitsleistung zur Voraussetzung für den Urlaubsanspruch mache. Folgerichtig hat das Bundesarbeitsgericht in der Vergangenheit in den Fällen des Ruhens des Arbeitsverhältnisses wegen Bezug von Arbeitslosengeld nicht das Entstehen des Anspruchs verneint, vielmehr die Erfüllbarkeit innerhalb des Urlaubsjahres und des ersten Quartals des Folgejahres verneint. Dieser Auffassung wird von der Kammer weiterhin gefolgt. Entscheidend ist nicht, ob ein Urlaubsanspruch entsteht, vielmehr, ob dieser mangels Erfüllbarkeit jeweils am 31.3. des Folgejahres nach § 7 Abs. 3 S. 3 BurlG untergeht. Es kommt daher auch nicht darauf an, ob im Jahre 2008 der zu Jahresbeginn entstandene Urlaubsanspruch bei einem vereinbarten Ruhen ab 25.6.2008 gekürzt wird. Das BUrLG kennt diese Kürzungsmöglichkeit nicht. Ob allerdings, wie das Bundesarbeitsgericht in

dieser Entscheidung ausführt, es zweifelhaft sei, ob es mit der Rechtsprechung des EuGH für den unionsrechtlich verbürgten Mindesturlaubsanspruch iSv. Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG zu vereinbaren sei, wenn in einem ruhenden Arbeitsverhältnis keine Urlaubsansprüche entstehen, erscheint in dieser Allgemeinheit fraglich und erklärt sich mit einem unterschiedlichen Verständnis des Begriffes „Ruhens“. In der Schultz-Hoff Entscheidung des EuGH (20.1.2009 - C-350/06 und C-520/06) ist vom „Ruhens“ der Arbeitspflicht infolge Krankheit die Rede. Dies ist dem nationalen Recht bei Arbeitsunfähigkeit fremd. Entscheidend dürfte daher auch unionsrechtlich je nach Art des „Ruhens“ zu differenzieren sein.

2. Die entstandenen Urlaubsansprüche sind trotz vereinbarten Ruhens des Arbeitsverhältnisses nicht entsprechend § 7 Abs. 3 S. 3 BUrlG jeweils zum 31.3. des Folgejahres untergegangen.

Als Folge der Schultz-Hoff Entscheidung des EuGH erlischt nach der geänderten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (grundlegend BAG v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07 – NZA 2009, 538) der Anspruch auf Abgeltung des gesetzlichen Voll- oder Teilurlaubs nicht, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums erkrankt und deshalb arbeitsunfähig ist. § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG ist im Verhältnis zu privaten Arbeitgebern nach den Vorgaben des Art. 7 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2003/88/EG unionsrechtskonform fortzubilden. Zwar steht Art. 7 Abs. 1 der Richtlinien 2003/88/EG grundsätzlich einer nationalen Regelung nicht entgegen, die für die Ausübung des mit dieser Richtlinie ausdrücklich verliehenen Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub Modalitäten vorsieht, die sogar den Verlust dieses Anspruchs am Ende eines Bezugszeitraums oder eines Übertragungszeitraums umfassen (bestätigt durch EuGH 22.11.2011, C-214/10). Entscheidend ist danach, ob ein Arbeitnehmer, dessen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erlöschen soll, tatsächlich die Möglichkeit gehabt hat, den ihm mit der Richtlinie verliehenen Anspruch auszuüben. Wird hierauf abgestellt, ist entscheidend, ob ein vom Arbeitnehmer nicht beeinflussbarer Grund Ursache dafür war, dass wegen des Ruhens des Arbeitsverhältnisses offene Ansprüche nicht erfüllbar sind. In der Entscheidung vom 24.3.2009 hat das BAG betont, dass die Aufrechterhaltung des Urlaubsanspruchs in den Ausnahmefällen, in denen vom Willen des Arbeitnehmers unabhängige Gründe der Urlaubsgewährung entgegenstehen, an enge Voraussetzungen zu binden ist (BAG 24.3.2009 - 9 AZR 983/07 - NZA 2009, 538). Dies spricht für eine Anwendung der Befristungsregelungen. Allerdings haben nach Auffassung des EuGH die nationalen Gerichte ihrer Verpflichtung nachzukommen, die volle Wirkung des Unionsrechts sicherzustellen und den Anspruch des Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub als besonders bedeutsamen Grundsatz des Sozialrechts der Union nur in den in der Richtlinie 2003/88/EG gezogenen Grenzen umzusetzen (EuGH, 16.3.2006, C-131/04 und C-257/04 - NZA 2006, 481). Dies verbietet nach Auffassung des EuGH (EuGH 22.10.2009 - C-116/08) eine restriktive Auslegung. Für die vorliegende Fallgestaltung bedeutet dies, dass, auch wenn der Kläger bewusst und gewollt mit seinen Erklärungen die rechtlichen Voraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosengeld geschaffen hat, darauf abzustellen ist, dass der Urlaubsanspruch nicht wegen dem vereinbarten „Ruhens“ des Arbeitsverhältnisses nicht erfüllbar war, vielmehr weil der Kläger weiterhin arbeitsunfähig erkrankt war. Hierfür spricht auch, dass die konkludente Vereinbarung so zu verstehen ist, dass die Beklagte für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit auf ihre Verfügungsmacht über die Arbeitsleistung verzichtet hat und nicht darüber hinaus. Unstreitig war der Kläger trotz Arbeitslosengeldbezug und anschließender Aufnahme einer anderweitigen Tätigkeit im Rahmen des bestehenden Arbeitsverhältnisses bis zum Ende dieses Arbeitsverhältnisses arbeitsunfähig erkrankt.

3. Die durchgehende Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses führt jedoch nicht dazu, dass bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses die gesetzlichen Urlaubsansprüche ohne Begrenzung angesammelt werden.

Die Schultz-Hoff Entscheidung des EuGH (EuGH 22.11.2011, C-214/10) hat dazu geführt, dass nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch bei dauernder Arbeitsunfähigkeit nicht mehr nach § 7 Abs. 3 S. 3 BUrlG befristet ist (grundlegend BAG 24.3.2009 – 9 AZR 983/07 – NZA 2009, 538). Der EuGH hatte im Rahmen seiner Begründung auch das Übereinkommen Nr. 132 IAO herangezogen, da für die Auslegung der Richtlinie 2003/88/EG auch den Grundsätzen der Internationalen Arbeitsorganisation Rechnung zu tragen sei. Er hat jedoch keine Ausführungen zu einer Begrenzung der Ansammlung möglicher Urlaubsansprüche gemacht, insbesondere zur Bedeutung von Artikel 9 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 132 IAO. Auf ein Vorabentscheidungsersuchen des LAG Hamm (LAG Hamm – 15.4.2010 – 16 Sa 1176/09) hat nunmehr der EuGH seine Rechtsprechung konkretisiert. Der EuGH anerkennt zunächst grundsätzlich, dass, auch wenn der Mindesturlaubsanspruch aus Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG einen bedeutenden Grundsatz des Sozialrechts der Union darstellt, mitgliedstaatliche Regelungen akzeptiert werden, aufgrund derer

der Anspruch auf den Urlaub nach dem Ende eines Übertragungszeitraums verfallen kann, soweit der betroffene Arbeitnehmer tatsächlich die Möglichkeit gehabt hat, den Anspruch auf Mindesturlaub wahrzunehmen. Zugleich verweist der EuGH jedoch darauf, dass Zweck des Urlaubsanspruches sei, dem Arbeitnehmer zu ermöglichen sich zum einen von der Ausübung der ihm nach seinem Arbeitsvertrag obliegenden Aufgaben zu erholen und zum andern über einen Zeitraum für Entspannung und für Freizeit zu verfügen. Der Erholungszweck kann nach Auffassung des EuGH nicht erreicht werden, wenn Urlaubsansprüche über mehrere Jahre zeitlich unbegrenzt angesammelt werden. Daher ist es möglich, durch mitgliedstaatliche Regelungen den Verfall von Mindesturlaubsansprüchen bei über mehrere Jahre arbeitsunfähigen Arbeitnehmern zu begrenzen, soweit der Übertragungszeitraum die Dauer des Bezugszeitraums, für den er gewährt wird, deutlich überschritten wird. Die Vorlagefrage hat der EuGH daher dahingehend beantwortet, dass Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG dahin auszulegen ist, dass diese nicht einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten, wie etwa Tarifverträgen entgegensteht, die die Möglichkeit Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub anzusammeln dadurch einschränken, dass sie einen Übertragungszeitraum von 15 Monaten vorsehen, nach dessen Ablauf der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erlischt.

Diese Entscheidung des EuGH ist im Rahmen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung der nationalen Rechtsprechung zu berücksichtigen. Das Bundesarbeitsgericht geht auch nach der Schultz-Hoff Entscheidung des EuGH weiterhin davon aus, dass das BUrlG in § 7 Abs. 3 eine Begrenzung des Bezugs- und Übertragungszeitraums enthält, die weiterhin gilt und dem Willen des nationalen Gesetzgebers entspricht. Eine Ausnahme macht das Bundesarbeitsgericht nur in den Fällen, in denen ein Arbeitnehmer wegen Arbeitsunfähigkeit nicht in der Lage war, den Urlaub in Anspruch zu nehmen. Zur Begründung hat das Bundesarbeitsgericht dabei den Weg der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion gewählt (BAG 24.3.2009 – 983/07, NZA 2009, 538). Es ist dabei von einer planwidrigen Unvollständigkeit des BUrlG ausgegangen. Daher steht der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung insoweit eine erkennbar gegenläufige Zielsetzung des nationalen Gesetzgebers nicht entgegen (vgl. hierzu Düwell - NZA Beilage 2011, 133 unter Hinweis auf die gegenläufige Entscheidung des BAG zu § 13 Abs. 2 BUrlG, BAG 17.11.2009 – 9 AZR 844/08, NZA 2010 1020).

Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als Sonderfall der richtlinienkonformen Auslegung vermag angesichts der neuen Entscheidung des EuGH (EuGH 22.11.2011, C-214/10) eine unbegrenzte Ansammlung von Urlaubsansprüchen bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit nicht (mehr) begründen. Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung verlangt die Feststellung eines Konformitätswillens des Gesetzgebers (vgl. BGH 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 – NJW 2009, 427; Pfeiffer - NJW 2009 412). Um einer grenzenlosen Rechtsfortbildung nicht Tür und Tor zu öffnen, sind daher an den festzustellenden Konformitätswillen strenge Anforderungen zu stellen (MK-BGB/S.Lorenz – 6. Aufl. 2012 – Vorbem. Vor § 474 BGB, Rn 3). Art. 20 Abs. 3 GG bindet den Richter bei seiner Rechtsfindung an Gesetz und Recht. Auch eine Rechtsfortbildung ist an den normativen Vorgaben der nationalen Gesamtrechtsordnung auszurichten. Daher ist bei einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung dem in der Norm zum Ausdruck kommenden Willen des nationalen Gesetzgebers so weit als möglich Rechnung zu tragen und zu respektieren (Hergenröter, Richtlinienwidriges Gesetz und richterliche Rechtsfortbildung FS Wolfgang Zöllner, 1155, 1159). Es geht daher nicht darum, ob eine unbegrenzte Ansammlung von Urlaubsansprüchen unionsrechtlich zulässig wäre. Vielmehr ist zu prüfen, ob das Unionsrecht die bisherige vermeintliche richtlinienkonforme Rechtsfortbildung gebietet. Dies ist nicht der Fall. Das Bundesarbeitsgericht geht als Grundsatz weiterhin davon aus, dass grundsätzlicher Willen des nationalen Gesetzgebers eine Begrenzung des Übertragungszeitraumes von drei Monaten ist. Wird hiervon im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung eine Ausnahme für den Fall der fortdauernden Arbeitsunfähigkeit gemacht, muss diese richtlinienkonforme Rechtsfortbildung den nationalen Willen der Begrenzung des Übertragungszeitraums respektieren, soweit nicht Unionsrecht die Rechtsfortbildung gebietet (so auch Bayreuther – DB 2011, 2824). Eine unbegrenzte Ansammlung überschreitet daher die Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung.

Der Übertragungszeitraum ist danach angesichts der nationalen Regelungen auf 15 Monate nach Ablauf des Bezugszeitraums zu begrenzen. Der EuGH (EuGH 22.10.2009 - C-116/08) verlangt, dass der Übertragungszeitraum die Dauer des Bezugszeitraums deutlich überschreiten muss. Eine nationale Regelung mit einem Übertragungszeitraum von 15 Monaten steht danach Art. 7 der Richtlinie 2000/88/EG nicht entgegen. Auch wenn der EuGH in der Entscheidung auf Art 9 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 132 IAO Bezug genommen hat, hat er sich nicht an den dort geregelten Fristen von einem Jahr für den ununterbrochenen Teil des bezahlten Jahresurlaubs (zwei Wochen) und der 18 Monatsfrist für den weitergehenden Urlaubsanspruch orientiert. Auch im Rahmen der Begrenzung der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung ist auf diese Fristen nicht abzustellen. Das Bundesarbeitsgericht

hat zuletzt in der Entscheidung vom 9.8.2011 (BAG 9.8.2011 – 9 AZR 425/10 - NZA 2012, 29) betont, dass das Übereinkommen Nr. 132 der IAO mit den 12 bzw. 18 Monaten lediglich eine Höchstfrist setzt, die unterschritten werden darf, um den Arbeitnehmer zu einer zeitnahen Urlaubsnahme anzuhalten.

Die Anwendung der 15-Monatsfrist fügt sich unter Berücksichtigung der Unionsvorgaben am stimmigsten in die Regelungen des BUrlG zum Bezugs- und Übertragungszeitraums ein. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG 9.8.2011 – 9 AZR 425/10 - NZA 2012, 29) teilt der aus dem Vorjahr übertragene Urlaubsanspruch, der nach Ablauf des Übertragungszeitraums nicht untergegangen ist, das rechtliche Schicksal des Urlaubsanspruchs, den der Arbeitnehmer zu Beginn des aktuellen Urlaubsjahres erworben hat. Er unterliegt damit dem Fristenregime des zu Beginn des neuen Urlaubsjahres entstandenen Urlaubsanspruchs. Wird der danach übertragene Urlaubsanspruch innerhalb dieses Zeitraum erfüllbar, hat der Arbeitnehmer zur Vermeidung des Untergangs diesen bis zum Ende des Bezugs- oder Übertragungszeitraums zu nehmen. Der nicht untergegangene Urlaubsanspruch ist daher innerhalb von 15 Monaten nach Ende des Kalenderjahres als Bezugszeitraum zu nehmen. Bleibt der Arbeitnehmer weiterhin arbeitsunfähig erkrankt, ist der Urlaubsanspruch weiterhin nicht erfüllbar. Er geht mit Ablauf der 15-Monatsfrist unter. Damit verbleibt dem Arbeitnehmer ein Kalenderjahr sowie der gesetzlich vorgesehene Übertragungszeitraum von drei Monaten nach § 7 Abs. 3 S. 3 BUrlG zur Realisierung. Die gebotene richtlinienkonforme Rechtsfortbildung und der nationale Wille des Gesetzgebers werden damit soweit wie möglich in Einklang gebracht. Insbesondere werden den Regelungen des BUrlG keine weiteren Fristen im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung hinzugefügt (für Anwendung der 15-Monatsfrist auch Bayreuther – DB 2011, 2824).

Eine Begrenzung der Ansammlung von Urlaubsansprüchen über mehrere Jahre setzt nach dieser Lösung entgegen der Auffassung des Klägers keine tarifvertragliche oder vertragliche Regelung voraus. Dem Vorlagebeschluss des LAG Hamm lag zwar eine tarifliche Verfallfrist von 15 Monaten zu Grunde. Durch welche nationale Regelung die Ansammlung begrenzt wird, ist jedoch Sache der nationalen Mitgliedstaaten. Dies geschieht über eine einschränkende richtlinienkonforme Rechtsfortbildung.

Für den konkreten Fall bedeutet dies, dass die Urlaubsansprüche für 2007 mit dem 31.3.2009 und die Urlaubsansprüche für 2008 mit dem 31.3.2010 untergegangen sind. Dies gilt sowohl für den gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch von 24 Werktagen als auch für den weitergehenden vertraglichen Mehrurlaub von zwei Werktagen, da für einen Regelungswillen der Arbeitsvertragsparteien, der zwischen gesetzlichen und übergesetzlichen vertraglichen Ansprüchen unterscheidet, keine Anhaltspunkte bestehen (vgl. hierzu BAG 4.5.2010 – 9 AZR 183/09 – NZA 2010, 1011).

4. Zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses war daher für 2009 der im Berufungsverfahren anhängige offene Urlaubsanspruch von 11 Werktagen abzugelten. Der Urlaubsabgeltungsanspruch stellt jedenfalls bei andauernder Arbeitsunfähigkeit eine reine Geldforderung dar (BAG 04.05.2010 - 9 AZR 183/09 – NZA 2010, 1011).

Bei einem Urlaubsanspruch von 11 Werktagen bei 6-Tage-Woche besteht daher ein Abgeltungsanspruch von 846,12 brutto (76,92 x 11).

5. Der Zinsanspruch ergibt sich aus den §§ 286 Abs. 2, 288 Abs. 1 BGB.

III. Die Kostenentscheidung bestimmt sich nach § 92 ZPO nach dem unterschiedlichen Obsiegen in erster und zweiter Instanz. Die Zulassung der Revision für beide Parteien erfolgt nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.