

# Übertragung und Abgeltung von Urlaub bei Krankheit: Die Entscheidungen des EuGH vom 20. Januar 2009 und des BAG vom 24. März 2009 in der Praxis der Anwender des TV-L und TVöD

## ÜBERSICHT

1. Einführung
2. Die Entscheidungen des EuGH vom 20. Januar 2009 und des BAG vom 24. März 2009
3. Rechtsfolgen für die Praxis
  - 3.1 Neue Rechtsprechung bei gesetzlichen Ansprüchen
  - 3.2 Neue Rechtsprechung bei tariflichen Ansprüchen?
  - 3.3 Teilweise Urlaubsgewährung vor der Erkrankung
  - 3.4 Tarifliche „bzw. übertarifliche Verlängerung des Übertragungszeitraums“
  - 3.5 Übertragungszeitraum für den gesetzlichen Urlaubsanspruch bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis
  - 3.6 Erneute Erkrankung
  - 3.7 Verfallen von Urlaubsansprüchen, wenn sich an die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit unmittelbar ein Ruhendes Arbeitsverhältnis anschließt?
  - 3.8 Begrenzung der Ansprüche aus der Vergangenheit durch Vertrauensschutz?
  - 3.9 Anwendung der tariflichen Ausschlussfrist auf Urlaubsansprüche?
  - 3.10 Verjährung
4. Zusammenfassung

**1. Einführung**

Der EuGH hat mit seinem Urteil in der Sache „Schultz-Hoff“<sup>1</sup> eine weitreichende Entscheidung für das deutsche Urlaubsrecht getroffen. Es verstößt gegen Artikel 7 der Arbeitszeitrichtlinie<sup>2</sup>, wenn gesetzliche Urlaubsansprüche kraft Befristung untergehen, die wegen Krankheit des Beschäftigten gar nicht geltend gemacht werden konnten. Gegen die nunmehrige Entscheidung des vorliegenden LAG Düsseldorf ist die Revision beim BAG anhängig<sup>3</sup>. Das BAG hat in anderer Sache<sup>4</sup> bereits seine bisherige Rechtsprechung zur Urlaubsabgeltung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit entsprechend geändert. Die Entscheidungen werfen für die Praxis eine Reihe von Fragen auf, die der folgende Beitrag – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – beleuchtet.

Der EuGH hat diese Sichtweise als gemeinschaftsrechtswidrig verworfen und entschieden, dass

- das Entstehen des von der Arbeitszeitrichtlinie gewährten Urlaubsanspruchs bei arbeitsunfähig kranken Beschäftigten nicht davon abhängig ist, dass sie während des Bezugszeitraums tatsächlich gearbeitet haben<sup>5</sup>,
- die Festlegung eines Übertragungszeitraums für im laufenden Jahr nicht genommenen Urlaub grundsätzlich zulässig ist, aber der von der Arbeitszeitrichtlinie gewährte Urlaubsanspruch eines arbeitsunfähig kranken Beschäftigten nicht erlischt, wenn der Beschäftigte während des gesamten Bezugszeitraums oder eines Teils davon arbeitsunfähig krank war und tatsächlich nicht die Möglichkeit hatte, diesen Anspruch auszuüben<sup>6</sup>,
- der Anspruch auf Abgeltung des von der Arbeitszeitrichtlinie gewährten Urlaubsanspruchs auch für den Fall besteht, dass der Beschäftigte während des gesamten Bezugszeitraums und/oder Übertragungszeitraums oder eines Teils davon arbeitsunfähig krank war und deshalb seinen Urlaubsanspruch nicht ausüben konnte<sup>7</sup>.

Mit dem Urteil vom 24. März 2009 hat das BAG<sup>8</sup> nunmehr

für die Fälle der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit seine bisherige Rechtsprechung in neuer, gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung des § 7 BÜrlG geändert: Ansprüche auf Abgeltung des gesetzlichen Teil- oder Vollurlaubs erloschen nicht, wenn der Beschäftigte bis zum Ende

\* Der Autor ist stellv. Geschäftsführer der Tarifgemeinschaft deutscher Länder in Berlin.

1 EuGH, Urteil v. 20.1.2009, C-350/06 – Schultz-Hoff, ZTR 2009, 87 ff.; NJW 2009, 495 ff. = DB 2009, 234 ff.; siehe grundlegend hierzu Pickel, ZTR 2009, 230 ff.

2 Richtlinie 2003/88/EG, ABl. EG Nr. L 299 vom 18.11.2003, S. 9 ff.; Art. 7 lautet wie folgt:

„Jahresurlaub“

(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jeder Arbeitnehmer einen berezahlt Mindesturlaub von vier Wochen nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung erhält, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den Gegebenheiten vorgesehen sind.

(2) Der bezahlte Mindesturlaub darf außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden.“

3 LAG Düsseldorf, Urteil v. 22.2.2009, 12 Sa 486/06, ZTR 2009, 149 ff. = BB 2009, 437.

4 Az. 9 AZR 128/09.

5 BAG 24.3.2009, 9 AZR 983/07, ZTR 2009, 330 = NZA 2009, 538 = BB 2009, 717.

6 BAG 13.5.1982, 6 AZR 360/80, BAGE 39, 53 = DB 1982, 2193; BAG 24.11.1992, 9 AZR 549/91, ZTR 1993, 209 = BB 1993, 654; BAG 21.6.2005, 9 AZR 200/04, AIB 2007, 55.

7 BAG 8.2.1994, 9 AZR 332/92, ZTR 1994, 339 = BB 1994, 1218 f.; BAG 20.1.1998, 9 AZR 812/96, ZTR 1998, 330 f. = BB 1998, 1744 f.; BAG 27.5.2003, 9 AZR 366/02, ZTR 2003, 623 = NZA 2004, 1064; BAG 10.5.2005, 9 AZR 253/04, ZTR 2006, 204.

8 EuGH, Urteil v. 20.1.2009, Rz. 41, a.a.O. (Fn. 1).

9 EuGH, Urteil v. 20.1.2009, Rz. 52, a.a.O. (Fn. 1).

10 EuGH, Urteil v. 20.1.2009, Rz. 62, a.a.O. (Fn. 1).

11 BAG 24.3.2009, aa.O. (Fn. 5).

## Geyer, Übertragung und Abgeltung von Urlaub bei Krankheit

des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums erkrankt und deshalb arbeitsunfähig ist. Jedenfalls seit Bekanntwerden des Vorabentscheidungssuchens des LAG Düsseldorf vom 2. August 2006 in der Sache Schultz-Hoff bestehet kein schützenswertes Vertrauen in den Fortbestand der bisherigen Rechtsprechung.

### 3. Rechtsfolgen für die Praxis

Die Änderung der Rechtsprechung wirft für die Praxis der personalverwaltenden Stellen eine Vielzahl von Fragen auf. Einige sollen hier beleuchtet werden.

#### 3.1 Neue Rechtsprechung bei gesetzlichen Ansprüchen

Die Entscheidungen des EuGH und des BAG betreffen jedenfalls den (richtlinienkonformen) gesetzlichen Mindesturlaub von 20 Arbeitstageben einer Fünftagewoche (entspricht 24 Werktagen bei einer Sechstagewoche, vgl. § 3 Abs. 1 BUrG). Fraglich ist, wie der gesetzliche Anspruch auf Zusatzurlaub von schwerbehinderten Menschen nach § 125 Abs. 1 Satz 1 SGB IX zu behandeln ist. Das LAG Düsseldorf<sup>2</sup> hat hierzu kurz und knapp ausgeführt: „Der Zusatzurlaub nach § 125 Abs. 1 Satz 1 SGB IX folgt bundesurlaubsgesetzlichen Bedingungen. Er ist daher ebenfalls entstanden, nicht verfallen und somit abzugelten.“

Gegen teiliges wird in der Literatur vertreten: Für den Anspruch auf Zusatzurlaub nach § 125 SGB IX sei die bisherige Rechtsprechung des BAG anzuwenden. Der Zusatzurlaub könne daher im Krankheitsfalle nach wie vor erlöschener<sup>13</sup> Begründen ließe sich das damit die Entscheidung des EuGH nur den von der Arbeitszeitrichtlinie gewährleisteten Mindesturlaub von 20 Tagen betreffe und eben nicht einen darüber hinausgehenden gesetzlichen Urlaubsanspruch.<sup>14</sup> Z.T. wird aber auch vorgeschlagen, die Frage durch Auslegung der entsprechenden Vorschrift zu beantworten<sup>15</sup>. Dem ist zuzustimmen: Entscheidend ist, ob der Gesetzgeber den Zusatzurlaub von schwerbehinderten Menschen und seine Abgeltung vom Gesetzesrecht des Mindesturlaubs nach dem BUrg „abkoppe“ wollte. Diese Frage war schließlich auch für das BAG entscheidend, als es vom Erlöschen eines vertraglichen Abgeltungsanspruchs ausgegangen ist, weil die Vertragsparteien im entschiedenen Falle zwischen gesetzlichem und übergesetzlichem Urlaub differenziert hatten<sup>16</sup>. Der Zusatzurlaub nach § 125 SGB IX wird jedoch nicht von den Mindestansprüchen des BUrG abgekoppelt: Wegen seiner Akzessorietät zum gesetzlichen Anspruch auf Erholungsur laub<sup>17</sup> unterliegt er hinsichtlich seines Erlöschiens den gleichen Voraussetzungen wie der Anspruch nach dem BUrG<sup>18</sup>.

#### 3.2 Neue Rechtsprechung bei tariflichen Ansprüchen?

Bislang nicht höchstrichterlich entschieden ist die Frage, wie mit den tariflichen Urlaubsansprüchen nach dem derzeit geltenden Tarifrecht umzugehen ist. Für den Bereich des öffentlichen Dienstes ist hier § 26 TV-L/TVöD von Bedeutung, der über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgeht, indem er – abhängig vom Alter des Beschäftigten – Anspruch auf 26 bis 30 Tage Urlaub gewährt. Absatz 2 leitet mit der Formulierung ein, „Im Übrigen gilt das Bundesurlaubsgesetz mit folgenden Maßgaben“, um dann vergleichsweise längere Übertragungszeiträume festzulegen und eine gegenüber dem BUrG striktere Zwölfteilungsregelung bei Beginn bzw. Ende des Arbeitsverhältnisses im laufenden Jahr zu treffen (die freilich den § 5 BUrG ausdrücklich unberührt lässt).

Zur Frage, ob für *tarifliche* Urlaubsansprüche auch die neue Rechtsprechung gilt, musste das BAG in seiner Entscheidung vom 24. März 2009 nicht explizit Stellung nehmen,

denn der Sachverhalt stammte aus dem kirchlichen Bereich. Es hat aber den auf der Kirchlichen Arbeits- und Vergütungsordnung (KAVO) beruhenden, vertraglichen Teilurlaubsanspruch als nicht von der Arbeitszeitrichtlinie erfasst und daher als erloschen angesehen<sup>19</sup>. Die Arbeitszeitrichtlinie enthalte im Unterschied zur Mutterschutzrichtlinie<sup>20</sup> keine Regelung, die vertragliche Mehrurlaubsansprüche erfasst. Den Parteien des Einzelarbeitsvertrags stehe es deshalb frei, Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüche, die den Mindesturlaubsanspruch (Art. 7 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie, § 3 Abs. 1 BUrG) übersteigen, zu regeln. Voraussetzung sei aber, dass für den Regelungswillen der Parteien, zwischen gesetzlichen und übergesetzlichen vertraglichen Ansprüchen zu unterscheiden, deutliche Anhaltspunkte bestehen<sup>21</sup>. In der KAVO sei der vertragliche Mehrurlaub aufgrund der eigenständigen Verfallsvorschrift (§ 36 Abs. 8 Satz 6 KAVO<sup>22</sup>) vom Gesetzesrecht „abgekoppelt“ worden.

Unmittelbar zu tariflichen Urlaubsansprüchen hat sich das LAG Düsseldorf<sup>23</sup> geäußert. Der entschiedene Fall betrifft allerdings nicht den in seinen Urlaubsvorschriften „schlanken“ TV-L/TVöD, sondern eine umfassende tarifliche Regelung, vergleichbar dem bisherigen BAT/BAT-O. Tariflicher Urlaub stehe außerhalb der gesetzlichen, von § 13 Abs. 1 BUrG geschützten Mindeststandards, so dass für ihn geltende Sonderregelungen zu einer abweichenden Beurteilung führen könnten. Im konkreten Fall hat es diese andere Beurteilung bejaht, denn nach der tariflichen Vorschrift galt, dass „Urlaub, der nicht innerhalb der genannten Fristen angetreten ist, verfällt“<sup>24</sup>. Damit bestanden deutliche Anhaltspunkte für eine Unterscheidung der Ansprüche im Sinne der geänderten Rechtsprechung des BAG.

Auch bei den tariflichen Urlaubsansprüchen nach § 26 TV-L/TVöD bestehen solche deutlichen Anhaltspunkte: Nach § 26 Abs. 2 gilt das BUrG nur mit gewissen „Maßgaben“, so dass zwischen gesetzlichem und tariflichem Urlaub zu unterscheiden ist: So gilt für den tariflichen Anspruch gemäß § 26 Abs. 2 Buchst. a ein weitergehender Übertragungszeitraum für die Fälle „Krankheit“ und „dienstliche/betriebliche Gründe“ als nach § 7 Abs. 3 BUrG für den gesetzlichen Anspruch. Ferner verfällt der Urlaub durch eigenständige Auslegung – § 7 BUrG spricht selbst nicht von „verfallen“ – der Formulierung „ist er bis zum 31. Mai anzutreten“ in § 26 Abs. 2 Buchst. a Satz 2 TV-L/TVöD, wenn Urlaub z.B. aus dienstlichen Gründen nicht vorher angetreten werden konnte. Die Eigenständigkeit der Regelungen zeigt sich auch, indem es tariflich auf das „Anitreten“ ankommt, während gesetzlich der Urlaub bis zum Ende des Übertragungszeitraums „genommen“ worden sein muss.

12 LAG Düsseldorf, UrL v. 22.2.2009, Rz. 119, aa.O. (Fn. 3); im Ergebnis ebenso Abg. Lörrach, UrL v. 6.2.2009, 3 Ima 161/08.

13 Bauer/Arnold, NJW 2009, 631, 634, Fn. 27; Pöller, ZTR 2009, 230, 236.

14 Vgl. BAG 24.3.2009, Rz. 82 ff., aa.O. (Fn. 5).

15 Gau/Joosten/Strauß, BB 2009, 497, 498 f.

16 BAG 24.3.2009, Rz. 85, aa.O. (Fn. 5).

17 Hauck/Völz/Marsch, § 125 SGB IX, Rz. 7, 12.

18 St. Rspr. BAG 21.2.1995, 9 AZR 166/94, ZTR 1995, 465 f. = BB 1995, 1410 f.; 25.6.1996, 9 AZR 182/95, ZTR 1996, 562 f. = BB 1996, 2361 f.; 24.10.2006, 9 AZR 669/05, ZTR 2007, 27 = NJW 2007, 1083 f.; vgl. auch Clemens/Schelling, TV-L, § 27 Rz. 15; EHK/Röls, § 125 SGB IX, Rz. 3.

19 BAG 24.3.2009, Rz. 83 ff., aa.O. (Fn. 5).

20 Richtlinie 92/85/EG, ABl. EG Nr. 1, 348 vom 28.11.1992, S. 1.

21 BAG 24.3.2009, 4, Orientierungssatz, aa.O. (Fn. 5).

22 § 36 Abs. 8 Satz 6 KAVO lautet: „Urlaub der nicht innerhalb der genannten Fristen angetreten ist, verfällt; soweit gesetzlich nichts anderes geregelt ist.“

23 LAG Düsseldorf, UrL v. 22.2.2009, Rz. 119 f., aa.O. (Fn. 3).

24 Vgl. die Wiedergabe der Vorschrift in den Ausführungen der Generalanwältin Tsienkik, Schlußanträge v. 24.1.2008 – C 330/06, Rz. 8; vergleichbar § 47 Abs. 7 Unterabs. 4 BAT/BAT-O, der wie folgt lautete: „Urlaub, der nicht innerhalb der genannten Fristen angetreten ist, verfällt.“

Aber auch eine historisch-teleologische Auslegung<sup>25</sup> spricht für die Abkoppelung des tariflichen Urlaubs von den gesetzlichen Mindestansprüchen: Hierfür ist zu fragen, wovon die Tarifvertragsparteien bei Abschluss des Tarifvertrages ausgegangen sind. Vergleichbare, in der Praxis bislang übliche arbeitsvertragliche Regelungen, die lediglich den Umfang des Urlaubsanspruch festgelegt, aber auf Regelungen zur Inanspruchnahme und zur Befristung verzichtet haben, seien z. B. so zu verstehen gewesen, dass die Vorschriften des BURL „im Übrigen“ Anwendung finden und damit auch der über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehende Urlaubsanspruch den Grundsätzen des BAG zur Befristung unterfallen. An dieser Auslegung ändere sich auch nach der Entscheidung des EuGH nichts; der über den Mindesturlaub hinausgehende Urlaub richte sich nach § 7 Abs. 3 und 4 BURL sowie der bisherigen Rechtsprechung des BAG<sup>26</sup>. Dies wird damit begründet, dass diese Regeln bei Abschluss der entsprechenden Vereinbarung der Vorstellung der Tarifvertragsparteien entsprachen. Eine Abweichung vom Vereinbarungsinhalt sei aber nur insoweit gerechtfertigt, als das zur Umsetzung der Entscheidung des EuGH unbedingt erforderlich sei. Diese Argumentation lässt sich auch für die Tarifvorschriften des öffentlichen Dienstes heranziehen: Der im Länderbereich im Jahr 2006 bzw. bei Bund und Kommunen im Jahr 2005 abgelöste BAT/BAT-O enthielt eine ausdrückliche Verfallsregelung in § 47 Abs. 7<sup>27</sup>. Mit der Tarifreform, an deren Ende der TV-L bzw. der TVöD standen, haben die Tarifvertragsparteien versucht, ein transparenteres Tarifrecht zu schaffen, z. B. durch Verweisungsregelungen: Eine eigenständige Verfallsklausel war in § 26 TV-L/TVöD nicht mehr erforderlich, denn die Rechtsfolge war auch mit dem Verweis „im Übrigen“ auf das BURL – versehen mit „Maßgaben“ – verdeutlicht: Die Tarifvertragsparteien hatten bei Abschluss der Tarifverträge – selbstverständlich – die Vorstellung, der tarifliche Urlaub richte sich nach der ständigen Rechtsprechung zu § 7 BURL und könne auch dementsprechend verfallen<sup>28</sup>.

Diese „Geschäftsgrundlage“ gilt weiterhin: Tarifverträge als „Dauerschuldverhältnisse“ sind grundsätzlich in dem Sinne zu leben, den die Erklärungen der Tarifvertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragschlusses hatten. Eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der nicht unmittelbar für den tariflichen Bereich geltenden Arbeitszeitrichtlinie bzw. Entscheidung des EuGH kommt, wenn man den Gedanken des § 313 Abs. 3 BGB zum Weißfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerschuldverhältnissen heranzieht, nur durch Kündigung und Neuabschluss der Tarifnormen in Frage: Der Arbeitgeberseite wäre die Fortsetzung des nunmehr in einem anderen Sinne auszulegenden Tarifvertrags unzumutbar, denn Tarifverträge beinhalten als Ergebnisse von Verhandlungen immer ein gegenseitiges Geben und Nehmen.

Wenn hiergegen vertreten würde, die geänderte Rechtsprechung des BAG sei auch auf den tarifvertraglichen „Mehrurlaub“ anzuwenden, denn für den Beschäftigten handele es sich um einen Gesamtanspruch – ihm sei schließlich nicht bewusst, dass er an dem einen Tag den Mindesturlaub und am nächsten den Mehrurlaub nehme –, so wäre bereits der gedankliche Ansatz problematisch. Bei dem tariflichen Urlaub handelt es sich nicht um einen Mehrurlaub in dem Sinne, dass etwa nur die Tage, die tatsächlich den gesetzlichen Urlaub überschreiten, den tariflichen Regelungen unterliegen. Vielmehr gilt der Tarifvertrag für den gesamten tariflichen Anspruch. So wird z. B. der nach § 26 Abs. 2 Buchst. a TV-L/TVöD verlängerte Übertragungszeitraum auf den vollen tariflichen Anspruch von 30 Tagen angewendet und nicht etwa auf die ersten 20 Tage die engere gesetzliche Regelung des § 7 Abs. 3 BURL. Entsprechendes gilt für die

Zwölftellungsregelung des § 26 Abs. 2 Buchst. b TV-L/TVöD. Daher wäre eher die Aussage zutreffend, dass der Beschäftigte nicht zwingend darüber nachdenke, ob er seinen (gesamten) tariflichen Urlaub nimmt, oder ob er – sozusagen als subsidiäres Auffangrecht, weil der tarifliche Anspruch aus bestimmten Gründen geringer ist – den gesetzlichen Mindesturlaub nimmt. Ist der tarifliche Urlaub günstiger, nimmt der Beschäftigte vom ersten Tag an seinen tariflichen Urlaub. Im gleichen Maße reduziert sich gleichzeitig auch der gesetzliche (subsidäre) Mindesturlaubsanspruch, der als Auffanganspruch nur dann zum Tragen käme, wenn inzwischen Ereignisse eingetreten wären, die den tariflichen Anspruch ungünstiger werden ließen als den gesetzlichen. Insofern handelt es sich um einen weitergeholten tariflichen Anspruch, der grundsätzlich eingebracht wird und einen hilfswise einzubringenden Mindestanspruch. Dieses Ergebnis steht im Übrigen auch im Einklang mit der Berechnung des Urlaubsentgelts, die nicht zwischen tariflichem und gesetzlichem Urlaub unterscheidet, sondern für den bestehenden Urlaubsanspruch (grds. tariflicher Urlaub bzw. hilfweise gesetzlicher Mindesturlaub) vorzunehmen ist. Das Argument eines „Gesamtanspruchs“ führt daher nicht zu einer Ausdehnung der geänderten Rechtsprechung auf tarifliche Ansprüche. Die Ansprüche auf tariflichen Urlaub können entsprechend den Tarifregelungen und der bisherigen Rechtsprechung des BAG weiterhin erloschen<sup>29</sup>.

Für die Praxis bedeutet das, dass jedenfalls für die Frage der Abgeltung von Urlaub bei Krankheit – also im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses – grundsätzlich eine Günstigerrechnung vorgenommen werden sollte: Wie bisher erlischt der Anspruch auf Abgeltung des tariflichen Urlaubs, wenn nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ende des (fiktiven) Übertragungszeitraums der tarifliche Urlaub aufgrund der Krankheit nicht hätte genommen werden können. Allerdings kommt die Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs zum Tragen.

#### Beispiel:

Ein Beschäftigter mit tariflichem Anspruch auf 30 Arbeitstage Urlaub ist vom 1. August 2007 bis zum Ausscheiden am 1. Oktober 2008 und darüber hinaus arbeitsunfähig krank. Für 2007 und 2008 hatte er noch keinen Urlaub genommen. Er verlangt am 20. Oktober 2008 Urlaubsabgeltung für 2007 und 2008.

##### a) Abgeltung für 2007

Der tarifliche Urlaub wurde gemäß § 26 Abs. 2 Buchst. a TV-L/TVöD bis zum 31. Mai 2008 übertragen. Da er bis dahin nicht angetreten worden ist, ist er erloschen.

Der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch von 20 Arbeitstagen ist nach § 7 Abs. 3 BURL in das Jahr 2008 übertragen worden und aufgrund der Krankheit des Beschäftigten nicht erloschen. Gemäß § 7 Abs. 4 BURL hat der Beschäftigte Anspruch auf entsprechende Urlaubsabgeltung, der aufgrund der Krankheit ebenfalls nicht erloschen ist.

Der Beschäftigte hat damit aus 2007 Anspruch auf Abgeltung von 20 Tagen.

<sup>25</sup> Bauer/Arnold, NJW 2009, 631, 634; Gaul/Josten/Strauf, BB 2009, 497, 498.

<sup>26</sup> Bauer/Arnold, NJW 2009, 631, 634; a.A. Gaul/Josten/Strauf, BB 2009, 497, 499. die die Fehlen einer abweichen den Vereinbarung für den tariflichen Urlaub als kritisch ansehen: Die Begr. (BAG 10.2.2004, 9 AZR 116/03, ZR 2004, 591 ff. = BB 2004, 2136) habe bisher eine Tteilung zwischen gesetzlichem und vertraglichem Urlaub abgelehnt, falls keine abweichende Regelung vereinbart sei. Daher sei denkbar, dass auch der zusätzliche, über den gesetzlichen Urlaub hinausgehende Urlaub nicht neu verfalle. Gaul/Josten/Strauf, DB 2009, 1013, 1017 schlagen vor, dass sich die frühere einheitliche Behandlung nunmehr durch europarechtekonforme Einschränkung der entsprechenden tariflichen Vorschrift fortsetzt.

<sup>27</sup> Vgl. den Wortlaut unter Fn. 24.

<sup>28</sup> Hierauf stellen zu Recht auch Krieger/Arnold, NZA 2009, 530 (532), ab. Vgl. auch Feuerberg, GKÖD IV, § 26 Rz. 95.

<sup>29</sup> So auch Küppenburg, jurisPR-ArbR 5/2009, Anm. 1.

## Geyer, Übertragung und Abgeltung von Urlaub bei Krankheit

### b) Abgeltung für 2008

Nach § 26 Abs. 2 Buchst. b TV-L./TVöD steht bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Laufe eines Jahres für jeden vollen Monat des Arbeitsverhältnisses ein Zwölftel des Anspruchs nach § 26 Abs. 1 TV-L./TVöD zu. Das Arbeitsverhältnis bestand 2008 neun volle Kalendermonate. Mithin beträgt der tarifliche Anspruch  $\frac{9}{12}$  von 30 Tagen = 23 Arbeitstage. Da der fragliche Urlaub bis zum Ende des – fiktiven – Übertragungszeitraums (31. Mai 2009) aufgrund der fortlaufenden Erkrankung nicht angetreten worden wäre, ist der Anspruch auf entsprechende Urlaubsabgeltung erloschen.

Der Beschäftigte hat noch seinen vollen gesetzlichen Mindesturlaubanspruch von 20 Arbeitstagen, denn eine Zweiteilung fände nach § 5 Abs. 1 Buchst. c BUfG nur statt, wenn der Beschäftigte in der ersten Jahreshälfte ausgeschieden wäre. Gemäß § 7 Abs. 4 BUfG hat der Beschäftigte Anspruch auf entsprechende Urlaubsabgeltung, der aufgrund der Krankheit nicht erloschen ist. Auf das – fiktive – Genommenhaben des Urlaubs bis zum Ende des – fiktiven – Übertragungszeitraums kommt es nicht an.

Der Beschäftigte hat damit aus 2008 einen Anspruch auf Abgeltung von 20 Tagen.

### Abgeltung:

Wie Ausgangsfall, jedoch legt der Beschäftigte mit dem Urlaubsabgeltungsverlangen ein ärztliches Attest vor, das seine Arbeitsfähigkeit ab dem 13. Oktober 2008 bescheinigt.

#### a) Abgeltung für 2007

Wie Ausgangsfall.

#### b) Abgeltung für 2008

Der tarifliche Urlaubanspruch beträgt wie im Ausgangsfall 23 Arbeitstage. jedoch ist der Anspruch auf eine entsprechende Urlaubsabgeltung nicht erloschen, da bis zum Ende des – fiktiven – Urlaubsjahres (31. Dezember 2008) der fragliche Urlaub verlangt worden ist und aufgrund der Genesung angereten worden wäre.

Wie im Ausgangsfall beträgt der gesetzliche Mindesturlaubanspruch 20 Arbeitstage. Der Beschäftigte hat Anspruch auf entsprechende Abgeltung.

Der Beschäftigte hat damit aus 2008 Anspruch auf Abgeltung von 23 Tagen.

Der Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen tritt nicht nur zum gesetzlichen Mindesturlaub nach § 3 Abs. 1 BUfG hinzu<sup>30</sup>, sondern auch zu dem nach Tarifvertrag zu gewährendem Urlaub<sup>31</sup>. Daher ist der Zusatzurlaub im Rahmen der Günstigerrechnung bei dem tariflichen und dem gesetzlichen Urlaub in Ansatz zu bringen:

### Beispiel:

Ein schwerbehindelter Beschäftigter mit tariflichem Anspruch auf 30 Arbeitstage Urlaub ist vom 1. August 2008 bis zum Ausscheiden am 15. Februar 2009 und darüber hinaus arbeitsunfähig krank. Für Urlaubsabgeltung für 2008.

### Abgeltung für 2008

Der tarifliche Urlaubanspruch von insgesamt 35 Arbeitstagen (30 Tage nach § 26 TV-L./TVöD, fünf Tage nach § 125 SGB IX) wurde gemäß § 26 Abs. 2 Buchst. a TV-L./TVöD zunächst bis zum 31. März 2009 übertragen. Da er bis zum Ende des – fiktiven, nochmals verlängerten<sup>32</sup> – Übertragungszeitraums (31. Mai 2009) aufgrund der fortlaufenden Erkrankung nicht angereten worden wäre, ist der Anspruch auf entsprechende Urlaubsabschöpfung erloschen.

Der gesetzliche Mindesturlaubanspruch von 25 Arbeitstagen (20 Tage nach § 3 BUfG, fünf Tage nach § 125 SGB IX) ist nach § 7 Abs. 3 BUfG in das Jahr 2008 übertragen worden und aufgrund der Krankheit des Beschäftigten nicht erloschen. Gemäß § 7 Abs. 4 BUfG hat der Beschäftigte einen Anspruch auf entsprechende Urlaubsabgeltung, der aufgrund der Krankheit nicht erloschen ist. Auf das – fiktive – Genommenhaben des Urlaubs bis zum Ende des – fiktiven – Übertragungszeitraums kommt es nicht an.

Der Beschäftigte hat damit aus 2008 Anspruch auf Abgeltung von 25 Tagen.

### 3.3 Teilweise Urlaubsgewährung vor der Erkrankung

Wurde bereits ein Teil des Urlaubs gewährt, ist er im Rahmen der Günstigerrechnung sowohl beim gesetzlichen Mindesturlaub als auch beim tariflichen Urlaub in Abzug zu bringen.

#### Beispiel:

Ein Beschäftigter mit tariflichem Anspruch auf 30 Arbeitstage wurde gemäß § 26 Abs. 2 Buchst. a TV-L./TVöD bis maximal zum 31. Mai 2009 übertragen. Da er bis zum Ende des – fiktiven – Übertragungszeitraums aufgrund der fortlaufenden Erkrankung nicht angetreten worden wäre, ist der Anspruch auf entsprechende Urlaubsabgeltung erloschen.

### Abgeltung für 2008

Der verbleibende tarifliche Urlaubanspruch von 19 Arbeitstagen und aufgrund der Krankheit des Beschäftigten nicht erloschen. Gemäß § 7 Abs. 4 BUfG hat der Beschäftigte Anspruch auf entsprechende Urlaubsabgeltung, der aufgrund der Krankheit nicht erloschen ist. Auf das – fiktive – Genommenhaben des Urlaubs bis zum Ende des – fiktiven – Übertragungszeitraums kommt es nicht an.

Der Beschäftigte hat damit aus 2008 Anspruch auf Abgeltung von neun Tagen.

Nach der Rechtsprechung des BAG ist gewährter Urlaub grundsätzlich zunächst auf den gesetzlichen Mindesturlaub anzurechnen<sup>33</sup>. Ein verbleibender darüber hinaus gehender tariflicher Urlaub kann damit weiterhin verfallen. Der Vorrang des gesetzlichen Urlaubs gilt auch gegenüber einem Anspruch auf tariflichen Zusatzurlaub (z. B. § 27 TV-L./TVöD, §§ 41 Nr. 17, 42 Nr. 8, 43 Nr. 7 TV-L.). Diese vorrangige Anrechnung des bereits genommenen Urlaubs auf den gesetzlichen Mindesturlaub kommt jeweils im Rahmen der Günstigerrechnung zum Tragen, indem sich vom ersten genommenen Urlaubstag an (auch) der gesetzliche Mindesturlaubanspruch vermindert.

**Beispiel:**  
Ein Beschäftigter mit tariflichem Anspruch auf 30 Arbeitstage Urlaub ist vom 1. August 2008 bis zum Ausscheiden am 15. April 2009 und darüber hinaus arbeitsunfähig krank. 2008 hatte er Anspruch auf einen Tag Zusatzurlaub wegen ständiger Wechselschichtarbeit nach § 27 Abs. 2 Buchst. a TV-L./TVöD und bereits elf Tage Urlaub genommen. Er verlangt u. a. Abgeltung seines restlichen Urlaubs für 2008.

### Abgeltung für 2008

Der tarifliche Urlaubanspruch betrug insgesamt 31 Arbeitstage. 2008 waren bereits elf Tage genommen. Die verbleibenden 20 Tage wurden gemäß § 26 Abs. 2 Buchst. a TV-L./TVöD (in Verbindung mit § 27 Abs. 5 TV-L./TVöD) bis maximal zum 31. Mai 2009 übertragen. Da der Urlaub bis zum Ende des – fiktiven – Übertragungszeitraums aufgrund der fortlaufenden Erkrankung nicht angetreten worden wäre, ist der Anspruch auf eine entsprechende Urlaubsabgeltung erloschen.

Der verbleibende gesetzliche Mindesturlaubanspruch von neun Arbeitstagen ist nach § 7 Abs. 3 BUfG in das Jahr 2009 übertragen worden und aufgrund der Krankheit des Beschäftigten nicht erloschen. Gemäß § 7 Abs. 4 BUfG hat der Beschäftigte einen Anspruch auf entsprechende Urlaubsabgeltung, der aufgrund der Krankheit nicht erloschen ist. Auf das – fiktive – Genommenhaben des Urlaubs bis zum Ende des – fiktiven – Übertragungszeitraums kommt es nicht an.

<sup>30</sup> Siehe oben unter 3.1.

<sup>31</sup> BAG 24 I 10/2006, 9 AZR 669/05; NZA 2007, 330 = ZTR 2007, 332 (L); Err-Ref., § 25 SGB IX, Rz. 2.

<sup>32</sup> Vgl. § 26 Abs. 2 Buchst. a Satz 2 TV-L./TVöD.

<sup>33</sup> BAG 22 I 2002, 9 AZR 601/00; ZTR 2003, 33 ff. = NZA 2002, 1041 ff.

Der Beschäftigte hat damit aus 2008 einen Anspruch auf Abgeltung von neun Tagen.

### 3.4 Tarifliche bzw. übertarifliche Verlängerung des Übertragungszeitraums

Das BAG hat in seiner Entscheidung vom 24. März 2009 den vertraglich vereinbarten, längeren Übertragungszeitraum auf den gesetzlichen Urlaubsanspruch angewendet, während gleichzeitig der vertragliche Urlaub erloschen war<sup>34</sup>. Für die Praxis heißt das künftig: Ist der tarifliche<sup>35</sup>, übertarifliche<sup>36</sup> oder vertragliche Übertragungszeitraum länger als der gesetzliche, so kann für die Prüfung, ob zum Ende des Kalenderjahrs bzw. Übertragungszeitraums Arbeitsunfähigkeit bestand, nicht auf das Ende des Kalenderjahres bzw. des gesetzlichen Übertragungszeitraums abgestellt werden. Vielmehr ist einheitlich das tarifliche, übertarifische bzw. vertragliche Ende des Übertragungszeitraums maßgebend.

#### Beispiel:

Ein Beschäftigter mit tariflichem Anspruch auf 30 Arbeitstage Urlaub ist vom 1. Januar 2008 bis zum Ausscheiden am 15. Juli 2008 und darüber hinaus arbeitsunfähig krank. Übertariflich wird für die Übertragung des Urlaubs auf die für die Beamten geltenden Regelungen (generelle Übertragung bis zum 30. September des Folgejahrs) verwiesen. Für 2007 hatte er noch keinen Urlaub genommen. Am 11. Oktober 2008 verlangt er u.a. Urlaubsabgeltung für 2007.

#### Abgeltung für 2007

Der tarifliche Urlaub wurde gemäß den beamtenrechtlichen Regelungen bis maximal zum 30. September 2008 übertragen; bis zum Ausscheiden am 15. Juli 2008 war der Urlaubsanspruch damit noch nicht erloschen. Da der Urlaub jedoch bis zum Ende des – fiktiven – Übertragungszeitraums (30. September 2008) aufgrund der fortlaufenden Erkrankung nicht genommen worden wäre, ist der Anspruch auf eine entsprechende Urlaubsabgeltung erloschen.

Der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch von 20 Arbeitstagen wäre an sich erloschen, da er entgegen § 7 Abs. 3 Satz 1 BÜrG nicht im laufenden Kalenderjahr genommen wurde und kein gesetzlicher Übertragungstatbestand vorliegt. Der Urlaub wurde aber gemäß den beamtenrechtlichen Regelungen bis maximal zum 30. September 2008 übertragen; bis zum Ausscheiden am 15. Juli 2008 war der Urlaubsanspruch damit noch nicht erloschen. Gemäß § 7 Abs. 4 BÜrG hat der Beschäftigte einen Anspruch auf entsprechende Urlaubsabgeltung; auf eine etwaige Genesung vor dem – fiktiven – Ende des Übertragungszeitraums kommt es nicht an.

Der Beschäftigte hat damit aus 2007 einen Anspruch auf Abgeltung von 20 Tagen.

### 3.5 Übertragungszeitraum für den gesetzlichen Urlaubsanspruch bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis

Die Entscheidungen des BAG<sup>37</sup> und des LAG Düsseldorf<sup>38</sup> betreffen nur Ansprüche nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis, nämlich Ansprüche auf Urlaubsabgeltung. Der EuGH<sup>39</sup> hatte sich jedoch auch zum Erlöschen des gesetzlichen Anspruchs auf Urlaub – also für die Zeit des fortbestehenden Arbeitsverhältnisses – geäußert und entschieden, dass der Urlaubsanspruch nicht erlosche, „wenn der Arbeitnehmer während des gesamten Bezugszeitraums und/oder Übertragungszeitraums oder eines Teils davon krankgeschrieben bzw. im Krankheitsurlaub war und deshalb seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht ausüben konnte“. Dementsprechend hat das LAG Düsseldorf<sup>40</sup> geurteilt, dass der gesetzliche Anspruch auf Urlaub, den der Beschäftigte „wegen seiner Arbeitsunfähigkeit nicht ausüben konnte, auch nicht erloschen und daher abzugelten ist.“ Die Rechtsprechung des EuGH bzw. die geänderte Rechtsprechung des BAG ist daher auch auf gesetzliche Urlaubsansprüche bei Krankheit während des bestehenden Arbeitsverhältnisses anzuwenden. Krankheitsbedingt nicht genommener Urlaub kann deswegen auch noch nach Ablauf der Übertragsfristen genommen werden.

Der EuGH hat es freilich versäumt, eine praktikable zeitliche Grenze anzuerkennen, die in den internationalen Regelungen bereits angelegt ist<sup>41</sup>. Für die Praxis bleibt es deshalb fraglich, innerhalb welchen Zeitraums der übertragene Urlaub nach der Rückkehr zu nehmen bzw. anzutreten ist. Denkbar wäre zunächst, die „Uhr“ für den Übertragszeitraum mit dem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit „anzuhalten“ – also den Fristablauf mit dem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit zu hemmen und die Zeitspanne, die der Beschäftigte vor der Erkrankung noch zur Verfügung gehabt hätte, um seinen Urlaub zu nehmen, einzufrieren –, und die „Uhr“ nach der Genesung wieder „weiterlaufen“ zu lassen. Diese Variante würde zwar den jeweiligen Beschäftigten so stellen, wie er ohne Erkrankung gestanden hätte, jedoch dürfte der individuelle Feststellungs- und Überwachungsaufwand so hoch sein, dass dieser Ansatz schon aus Praktikabilitätsgründen ausscheidet<sup>42</sup>.

Es wird auch erwogen, eine „angemessene, kürzere Frist“ zur Realisierung des Urlaubs einzuräumen, analog der Rechtsprechung des BAG zur zeitweilig einwendungsbefreiten bzw. gehemnten Ausschlussfrist<sup>43</sup>. Der Verweis auf die Rechtsprechung zur Ausschlussfrist erscheint allerdings problematisch: Ausschlussfristen dienen einer kurzfristigen, möglichst umfassenden Bereinigung offener Fragen. Der Schuldner soll sich darauf verlassen können, nach Ablauf der (tariflichen) Verfallfristen nicht mehr in Anspruch genommen zu werden<sup>44</sup>. So soll die verspätete Geltendmachung oft zweifelhafter und rückwirkend schwer feststellbarer Ansprüche vermieden werden. Die (ggf. später schwerer zu klärende) Frage, ob Urlaubsansprüche überhaupt noch bestehen, ist jedoch streng von der Frage zu unterscheiden, bis wann dieser Urlaub genommen werden kann. Im Übrigen müsste nach dieser Auffassung der wieder genesene Beschäftigte sofort nach seiner Rückkehr den angesammelten Resturlaub antreten, um ein Verfallen zu vermeiden. Das dürfte weder aus Arbeitgeber- noch aus Beschäftigtensicht ein praktikables Ergebnis sein.

Denkbar wäre aber, den Urlaub im Kalenderjahr der Genesung als gesetzlichen Urlaub des laufenden Kalenderjahrs analog § 7 Abs. 3 Satz 1 BÜrG anzusehen<sup>45</sup>. Der Beschäftigte müsste den Urlaub dann bis zum Jahresende genommen haben. Unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 Satz 3 BÜrG bzw. einer längeren (über-)tariflichen Übertragungsregelung<sup>46</sup> würde der Urlaub auch in das folgende Kalenderjahr übertragen, längstens bis zum 30. September bei übertariflicher Anwendung der Regelungen aus dem Beamtenbe-

<sup>34</sup> BAG 24.3.2009, Rz. 42 f., a.a.O. (Fn. 5).

<sup>35</sup> Von Bedeutung ist hier insbesondere § 26 Abs. 2 Buchst. a TV-L/TvöD, sowie in den Ländern im Wissenschaftsbereich § 40 Nr. 7 TVL.

<sup>36</sup> Eine Reihe von Ländern wendet übertariflich die günstigeren, für die allgemeine Übertragung, ohne besondere Gründe – in das Folgejahr vorsehenden. Vgl. hierzu die Übersicht bei Clemens/Scheuring, TV-L, § 26 Rz. 185 ff. Entsprechend gilt im Bereich des Bundes (entsprechende Anwendung des § 7 der Entlohnungsurlaubsverordnung, wonach erst der nicht innerhalb von neun Monaten nach dem Ende des Urlaubsjahres nicht genommene Urlaub verfällt). Vgl. hierzu Rdschr. des BMI vom 25.8.2008 – D 5 – 210 – 2/26.

<sup>37</sup> BAG 24.3.2009, a.a.O. (Fn. 5).

<sup>38</sup> LAG Düsseldorf, Urt. v. 2.2.2009, a.a.O. (Fn. 3).

<sup>39</sup> EuGH, Urteil v. 20.1.2009, Rz. 49, a.a.O. (Fn. 1).

<sup>40</sup> LAG Düsseldorf, Urt. v. 2.2.2009, Rz. 114, a.a.O. (Fn. 3).

<sup>41</sup> Dornisch/Aigner, NZA 2009, 180–182.

<sup>42</sup> So auch Gaul/Bonanni/Lutzig, BB 2009, 497, 499.

<sup>43</sup> Fiberg, GKÖ IV, § 26 Rz. 95b.

<sup>44</sup> BAG 10.8.1967, 3 AZR 221/67, 1334; BAG 10.10.2002, 8 AZR 8/02, NZA 2003, 329 ff. = BB 2003, 508; Clemens/Scheuring, TV-L, § 37 Rz. 41ff. Spörner/Stehren, TV-L, § 37 Rz. 3.

<sup>45</sup> So Gaul/Bonanni/Lutzig, DB 2009, 1013, 1014 f.

<sup>46</sup> Vgl. § 26 Abs. 2 Buchst. b TV-L/TvöD bzw. die übertariflich anwendbaren Vorschriften des Beamtenrechts.

reich. Dieser Ansatz erscheint vertretbar, ist jedoch dem Einwand ausgesetzt, unter Umständen zu unbefriedigenden Ergebnissen zu führen, je nach dem, wann die Genesung eintritt: Ohne übertarifliche Heranziehung der beamtenrechtlichen Regelungen im Bereich des öffentlichen Dienstes müsste ein kurz vor Jahresende genesener Beschäftigter sofort seinen Alt-Urlaub nehmen, um das Erlöschen zu vermeiden. Gleichzeitig drohte der Urlaub aus dem laufenden Kalenderjahr zu verfallen. Wäre der Beschäftigte hingegen schon zu Beginn des Jahres genesen, verbliebe zumindest das restliche laufende Jahr, um den angesammelten Urlaub einzubringen.

In Betracht kommt aber auch eine analoge Anwendung der Regelungen zur Elternzeit (§ 17 Abs. 2 BEEG), zum Mutter-schutz (§ 17 Satz 2 MuSchG) und zum Wehrdienst (§ 4 Abs. 2 ArbPiSchG<sup>47</sup>): Der Resturlaub aus der Zeit vor der Erkrankung und der während der Krankheit erworbene Urlaub sind im Jahr der Rückkehr oder im nächsten Jahr zu nehmen. Das hätte zum einen eine einheitliche und klare Rechtsanwendung zur Folge, was im Interesse der Praxis liegen dürfte. Zum anderen dürfte der Ansatz zu angemessenen Ergebnissen führen, denn auch der gegen Ende des Kalenderjahres genesene Beschäftigte hat hier – ohne zusätzliche (analoge) übertarifliche Anwendung der Regelungen aus dem Beamtenbereich – die Möglichkeit, seinen Urlaub im folgenden Kalenderjahr zu nehmen. Das setzt sowohl die Beschäftigten als auch die Arbeitgeber nicht unter Zeitdruck: Die Beschäftigten könnten den Urlaub mit einem Vorlauf planen, die Arbeitgeber (und Kollegen) könnten sich auf den erneuten Vertretungsbedarf einstellen. Entsprechend enthält auch die Begründung des Gesetzentwurfs zur Änderung des MuSchG<sup>48</sup> zu § 17 Satz 2 MuSchG die knappe Bemerkung: „Satz 2 ist eine angemessene ergänzende Regelung wegen des Resturlaubs“.

Für die Entscheidung, welche Vorschriften im vorliegenden Fall als analogefähig herangezogen werden sollen, ist mit Blick auf die von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Voraussetzungen der Analogie die Frage nach der vergleichbaren Interessenslage zu stellen.<sup>49</sup> Hierzu ist zunächst zu klären, welchen direkten Anwendungsbereich § 7 Abs. 3 BUrlG bzw. die entsprechenden (über-)tariflichen Vorschriften zur Übertragung von Urlaub haben: Sie legen jeweils einen Zeitraum fest, in dem der Urlaub aus dem *laufenden Kalenderjahr* zu nehmen bzw. anzutreten ist. Dieser Urlaub konnte im bisherigen Normgefüge des Urlaubsrechts grundsätzlich nicht über längere Zeit anwachsen, so dass die vorgesehenen Übertragungszeiträume bei direkter Anwendung angemessen sind. Der unmittelbare Anwendungsbereich der großzügigeren Übertragungsregelungen in § 17 Abs. 2 BEEG, § 17 Satz 2 MuSchG und § 4 Abs. 2 ArbPiSchG betrifft hingegen auch angewachsene Urlaubsansprüche aus der Zeit vor der vorübergehenden Unterbrechung der Arbeitspflicht. In Krankheitsfällen können Ansprüche zwar auch aus der Zeit vor der Erkrankung herrühren, weitere Ansprüche wachsen aber auch während der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit an. Inssofern gleichen sich die Interessen hier und bei Elternzeit usw. nicht vollständig<sup>50</sup>, erscheinen aber gegenüber der Interessenslage bei § 7 Abs. 3 BUrlG eher miteinander vergleichbar, denn sie betreffen jeweils Urlaubsansprüche, die nicht aus dem laufenden Kalenderjahr herrühren.<sup>51</sup> Im Übrigen dürfen sich die Zeiträume, in denen Beschäftigte den Alt-Urlaub einbringen müssen, bei übertariflicher Anwendung der beamtenrechtlichen Vorschriften nur um drei Monate unterscheiden, da dann Urlaub zwar nicht bis Ende Dezember, aber doch bis Ende September des Folgejahres übertragen wird.

In der Praxis sollte – wie bei der Frage der Abgeltung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses – auch bei bestehen-

dem Arbeitsverhältnis in Krankheitsfällen zwischen gesetzlichem Mindesturlaub und tariflichem Urlaub unterschieden und eine Günstigerrechnung durchgeführt werden.

#### Beispiel:

Ein Beschäftigter mit tariflichem Anspruch auf 30 Arbeitstage Urlaub ist vom 1. August 2007 bis zum 19. Oktober 2008 arbeitsunfähig krank. Übertariflich wird für die Übertragung des Urlaubs auf die für die Beamten geltenden Regelungen (generelle Übertragung bis zum 30. September des Folgejahrs) verwiesen. Für 2007 hatte er noch keinen Urlaub genommen. Am 20. Oktober 2008 verlangt er seinen Urlaub für 2007.

#### Urlaub für 2007

Der tarifliche Urlaub wurde gemäß den beamtenrechtlichen Regelungen bis zum 30. September 2008 übertragen. Da er bis dahin nicht genommen worden ist, ist er erloschen.

Der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch von 20 Arbeitstagen ist nach § 7 Abs. 3 BUrlG in das Jahr 2008 übertragen und aufgrund der Krankheit des Beschäftigten nicht erloschen. Analog § 17 Abs. 2 BEEG, § 17, 5, 2 MuSchG, § 4 Abs. 2 ArbPiSchG ist der Urlaub bis zum 31. Dezember 2009 zu nehmen.

Der Beschäftigte hat damit aus 2007 noch einen Urlaubsanspruch von 20 Tagen.

#### 3.6 Erneute Erkrankung

Ist also Urlaub aus der Zeit vor der Erkrankung sowie aus der Zeit der Erkrankung spätestens bis zum Ende des Kalenderjahres zu nehmen, das der Genesung folgt, stellt sich die Frage, was für noch nicht eingebrachte Alt-Urlaubsansprüche gilt, wenn der Beschäftigte in diesem Zeitraum erneut erkrankt. Der Urlaub könnte in die Zeit nach der erneuten Genesung weiter übertragen werden<sup>52</sup> oder verfallen. Auch für diese Frage sollte die Rechtsprechung des EuGH herangezogen werden: Danach ist die Festlegung eines Übertragungszeitraums für im laufenden Jahr nicht genommenen Urlaub grundsätzlich zulässig. Allerdings darf der Anspruch auf den Mindesturlaub nicht erloschen, wenn der Beschäftigte während des gesamten Bezugszeitraums oder eines Teils davon arbeitsunfähig krank war und tatsächlich nicht die Möglichkeit hatte, diesen Anspruch auszuüben.<sup>53</sup> Dauert also die erneute Erkrankung so lange, dass die spätere Rückkehr erst nach dem Ende des ursprünglichen „Nach-Rückkehr-Zeitraums“ liegt, und hatte der Beschäftigte deshalb keine Möglichkeit, den Alt-Urlaub zu nehmen, muss der Urlaub erneut übertragen werden. Entsprechendes gilt, wenn der Beschäftigte den Alt-Urlaub kurz vor Ende des „Nach-Rückkehr-Zeitraums“ nehmen wollte – der verbleibende Zeitraum hätte noch das vollständige Einbringen des Urlaubs ermöglicht – und jetzt aber erneut erkrankt. Hingegen erlischt der Urlaub, soweit er auch ohne die erneute Erkrankung nicht mehr (vollständig) vor Ablauf des „Nach-Rückkehr-Zeitraums“ hätte genommen werden können.

#### Beispiel:

Ein Beschäftigter mit tariflichem Anspruch auf 30 Arbeitstage Urlaub ist vom 1. August 2006 bis zum 3. Dezember 2007 arbeitsunfähig krank. Für 2006 hatte er noch keinen Urlaub genommen. Am 27.9.2007, 8 AZR 941/06, NZA 2006, 1130ff. = ZIP 2006, 801ff.

48 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Mutterschutzrechts vom 13.3.2002, BT-Drs. 14/825, S. 9, 49 BAG 30.4.1984, 1 AZR 34/84, NJW 1984, 2466 ff. = NZA 1984, 191 ff., BAG 27.9.2007, 8 AZR 941/06, NZA 2006, 1130ff. = ZIP 2006, 801ff.

50 Gemäß § 17 Satz 1 in Verbindung mit Satz 2 MuSchG wird im Falle von Mutter- und Vaterschaft auch während der freistellenden erworbenen Urlaub übertragen. Anders *Gau/Bonnni/Flutwog*, DB 2009, 1013, 1015, die ohne Thematisierung der Analogie zu § 17 Abs. 2 BEEG, § 17 Satz 2 MuSchG, § 4 Abs. 2 ArbPiSchG eine vergleichbare Interessenslage zu § 7 Abs. 3 BUrlG annehmen.

52 So auch *Gau/Bonnni/Flutwog*, DB 2009, 1013, 1016; vgl. hierzu auch die Rspr. des BAG zur Urlaubsabgeltung bei zweiter Elternzeit: BAG, Urt. v. 20.5.2008, 9 AZR 219/07, ZIR 2008, 621 ff. = NZA 2008, 1237 ff.

## Geyer, Übertragung und Abgeltung von Urlaub bei Krankheit

11. Februar 2008 erkrankt der Beschäftigte erneut, ohne Urlaub für 2006 eingebracht zu haben. Nach seiner Genesung kehrt er am 14. November 2008 zurück.

### Urlaub für 2006

Der tarifliche Urlaub wurde gemäß § 26 Abs. 2 Buchst. a TV-L./TVöD bis zum 31. Mai 2007 übertragen. Da er bis dahin nicht angetreten worden ist, ist er erloschen.

Der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch von 20 Arbeitstagen ist nach § 7 Abs. 3 BÜrlG in das Jahr 2007 übertragen worden und aufgrund der Krankheit des Beschäftigten nicht erloschen. Analog § 17 Abs. 2 BEEG, § 17 S. 2 MuSchG, § 4 Abs. 2 ArbPISchG war der Urlaub bis zum 31. Dezember 2008 zu nehmen. Aufgrund der erneuten Erkrankung hatte der Beschäftigte tatsächlich keine Möglichkeit, den Urlaub einzubringen – ohne Eintritt der erneuten Arbeitsunfähigkeit am 11. Februar 2008 hätte der Beschäftigte den Urlaub noch vollständig einbringen können –, der Urlaub erlischt daher weiterhin nicht. Analog § 17 Abs. 2 BEEG, § 17 S. 2 MuSchG, § 4 Abs. 2 ArbPISchG ist der Urlaub nunmehr bis zum 31. Dezember 2009 zu nehmen.

Der Beschäftigte hat damit nach der Genesung am 14. November 2008 aus 2006 noch einen Urlaubsanspruch von 20 Tagen.

### Abwandlung:

Der Beschäftigte erkrankt erst am 2. Dezember 2008 wieder, ohne Urlaub für 2006 eingebracht zu haben. Nach seiner Genesung kehrt der Beschäftigte am 6. Januar 2009 zurück.

### Urlaub für 2006

Der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch von 20 Arbeitstagen ist nach § 7 Abs. 3 BÜrlG in das Jahr 2007 übertragen worden und aufgrund der Krankheit des Beschäftigten nicht erloschen. Analog § 17 Abs. 2 BEEG, § 17 S. 2 MuSchG, § 4 Abs. 2 ArbPISchG war der Urlaub zunächst bis zum 31. Dezember 2008 zu nehmen. Aber auch ohne die erneute Erkrankung hätte der Beschäftigte nur noch 17 Urlaubstage bis zum 31. Dezember 2008 einbringen können (entsprechend den 17 Arbeitstagen in der Zeit vom 2. Dezember bis zum 31. Dezember 2008). Die darüber hinausgehenden drei Tage sind folglich erloschen. Für 17 Tage hatte der Beschäftigte tatsächlich keine Möglichkeit mehr, den Urlaub einzubringen, insoweit erlischt der Urlaub weiterhin nicht; sondern ist nunmehr analog § 17 Abs. 2 BEEG, § 17 S. 2 MuSchG, § 4 Abs. 2 ArbPISchG bis zum 31. Dezember 2009 zu nehmen.

Der Beschäftigte hat damit aus 2006 noch einen Urlaubsanspruch von 17 Tagen.

## 3.7 Verfallen von Urlaubsansprüchen, wenn sich an die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit unmittelbar ein Ruhens des Arbeitsverhältnisses anschließt?

An eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit kann sich unmittelbar ein Ruhens des Arbeitsverhältnisses anschließen.

Für die Frage, bis wann gesetzlicher Urlaub aus der Zeit der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit – also aus der Zeit vor dem Ruhens – zu nehmen ist, muss differenziert werden<sup>54</sup>.

Bei *Elternteil*, *Mutterschutz* und *Wehr-/Zivildienst* gelten die gesetzlichen Regelungen der §§ 17 Abs. 2 BEEG, 17 S. 2 MuSchG und 4 Abs. 2 ArbPISchG: Danach ist bei Eintritt des Ruhens noch vorhandener Urlaub nach der Beendigung des Ruhens bis zum Ende des darauffolgenden Kalenderjahres zu nehmen. Das gilt auch, wenn unmittelbar vor der Zeit des Ruhens Zeiten krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit liegen.

### Beispiel:

Ein Beschäftigter mit tariflichem Anspruch auf 30 Arbeitstage Urlaub ist vom 1. August 2007 bis zum 30. November 2008 arbeitsunfähig krank. Für 2007 hatte er noch keinen Urlaub genommen. Vom 1. Dezember 2008 bis zum 31. Mai 2009 ist der Beschäftigte in Elternzeit.

### Urlaub für 2007

Der tarifliche Urlaub wurde gemäß § 26 Abs. 2 Buchst. a TV-L. bis zum 31. Mai 2008 übertragen. Da er bis dahin nicht angetreten worden ist, ist er erloschen.

Der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch von 20 Arbeitstagen ist gemäß § 7 Abs. 3 BÜrlG in das Jahr 2008 übertragen worden und aufgrund der Krankheit des Beschäftigten bis zum Antritt der Elternzeit nicht erloschen. Nach § 17 Abs. 2 BEEG ist der Urlaub nunmehr bis Ende 2010 zu nehmen.

Der Beschäftigte hat damit nach seiner Rückkehr am 1. Juni 2009 noch einen Urlaubsanspruch aus dem Jahr 2007 von 20 Tagen. Er kann die 20 Tage Urlaub noch bis zum 31. Dezember 2010 nehmen.

Für Pflegezeit<sup>55</sup> oder *Rente auf Zeit*<sup>56</sup> gibt es keine entsprechende Vorschrift zur Übertragung von Urlaub, der aus der Zeit vor dem jeweiligen Eintritt des Ruhens herrührt. Hier ist zu differenzieren: Handelt es sich bei dem Urlaubsanspruch aus der Zeit vor dem Eintritt des Ruhens um einen Anspruch im Sinne der neuen Rechtsprechung des BAG bei Krankheit, ist die zeitliche Begrenzung analog § 17 Abs. 2 BEEG, § 17 S. 2 MuSchG, § 4 Abs. 2 ArbPISchG<sup>57</sup> auf das Ende des Jahres abzustellen, das dem Jahr des Übergangs von der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit zum Ruhens des Arbeitsverhältnisses folgt. Unterliegt der Anspruch hingegen trotz Arbeitsunfähigkeit noch den bisherigen Befristungsregelungen, verfällt der Anspruch entsprechend diesen Regelungen.

### Beispiel:

Ein Beschäftigter mit tariflichem Anspruch auf 30 Arbeitstage Urlaub ist vom 1. August 2007 bis zum 30. November 2008 arbeitsunfähig krank. Für 2007 hatte er noch keinen Urlaub genommen. Vom 1. Dezember 2008 bis zum 31. Mai 2009 ist der Beschäftigte in Sonderurlaub.

### Urlaub für 2007

Der tarifliche Urlaub wurde gemäß § 26 Abs. 2 Buchst. a TV-L. bis zum 31. Mai 2009 in Sonderurlaub. Übertariflich wird für die Übertragung des Urlaubs auf die für die Beamten Geltenden Regelungen (generelle Übertragung bis zum 30. September des Folgejahres) verwiesen.

### Urlaub für 2007

Der tarifliche Urlaub wurde gemäß den beamtenrechtlichen Regelungen bis zum 30. September 2008 übertragen. Da er bis dahin nicht genommen worden ist, ist er erloschen.

Der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch von 20 Arbeitstagen war gemäß den beamtenrechtlichen Regelungen bis zum 30. September 2008 zu nehmen. Das Ruhens des Arbeitsverhältnisses aufgrund des Sonderurlaubs hat diesen Zeitpunkt nicht weiterverschoben. Da der Urlaub bis dahin nicht genommen worden ist, ist er erloschen.

<sup>54</sup> Ob Urlaubsansprüche auch bei ruhendem Arbeitsverhältnis entstehen ist umstritten, vgl. LAG Düsseldorf, Ur. v. 2.2.2009, Rz. 93, a.a.O. (Fn. 3); Pöker, ZTR 2009, 230 (236 f.) sowie Fieberg, GKdD IV, E § 26 Rz. 52 ff. Auf diese Frage soll hier nicht eingegangen werden.

<sup>55</sup> Pflegezeit gemäß § 3 PflegeZG.

<sup>56</sup> Einige Gleichstellungsgesetze der Länder räumen einen unabdingbaren Anspruch auf Urlaubaufenthalt aus familialen Gründen ein, vgl. Clemens/Schäfer, § 28 Rz. 73 ff. Der tarifliche Sonderurlaub ist in § 28 TV-L./TVöD geregelt. Zur Rechtsfolge des Ruhens vgl. BAG 6.9.1994, 9 AZR 221/93, ZR 1995, 168 = NZA 1995, 953; Clemens/Schäfer, TV-L, § 28 Rz. 47 ff.

<sup>57</sup> Rente auf Zeit wegen Erwerbsminderung, vgl. §§ 43, 102 Abs. 2 SGB VI, zur Rechtsfolge des Ruhens vgl. § 33 Abs. 2 Satz 6 TV-L./TVöD.

<sup>58</sup> Siehe unter 3.5.

### 3.8 Begrenzung der Ansprüche aus der Vergangenheit durch Vertrauensschutz?

Nachdem das BAG seine Rechtsprechung geändert hat, werden in der Praxis auch Fälle aus der Vergangenheit aufzugehen sein. Für Arbeitgeber ist es dabei mit erheblichen finanziellen Belastungen verbunden, wenn Beschäftigte über Jahre dauerkrank waren und nunmehr Urlaub bzw. Urlaubsabgeltung für große und zum Teil weit zurückliegende Zeitraume verlangen. Bei Entscheidungen des EuGH, die einer langjährigen mitgliedstaatlichen Praxis widersprechen, könnten sowohl der EuGH als auch nationale Gerichte Vertrauensschutz gewähren<sup>59</sup>. Der EuGH hat sich hierzu nicht geäußert. Nach den Aussagen des BAG besteht jedenfalls seit Bekanntwerden des Vorabentscheidungsersuchens des LAG Düsseldorf vom 2. August 2006 kein schützenswertes Vertrauen in den Fortbestand der Senatsrechtsprechung, denn das Vorlageersuchen des LAG an den EuGH sei eine Zäsur in der Rechtsentwicklung gewesen<sup>60</sup>. Diese Auffassung ist nicht unumstritten, sowohl innerhalb der Senate des BAG<sup>61</sup> als auch in der Literatur<sup>62</sup>. Bislang wurde überwiegend davon ausgegangen, dass Arbeitgeber erst mit der Verkündung des Urteils des EuGH an dessen Rechtsaufassung gebunden sind. Das BAG verweist nunmehr darauf, dass bereits in den Jahren 1984 und 1991 ein Teil des Schriftstoffs<sup>63</sup> gemeinschaftsrechtliche Bedenken geäußert habe. Damit sei es ungewiss gewesen, ob der EuGH die Rechtsprechung des BAG als mit der Arbeitszeitrichtlinie vereinbar beurteilen würde.

Arbeitgeber sollten sich daher im Umkehrschluss jedenfalls bei Ansprüchen, die am 2. August 2006 bereits verfallen waren, auf Vertrauensschutz berufen. Im Bereich des TV-L und des TVöD wären damit Urlaubsansprüche für das Jahr 2005 und früher sowie daraus folgende Urlaubsabgeltungsansprüche wegen des geschützten Vertrauens in den Fortbestand der bisherigen Rechtsprechung nicht mehr zu erfüllen. Hatte der Arbeitgeber den Urlaubsübertragungszeitraum übertariflich bis zum 30. September des Folgejahres verlängert, könnte der Arbeitgeber für die Ansprüche aus dem Jahr 2005 wohl keinen Vertrauensschutz geltend machen. Verfallen wären dann nur die Ansprüche aus den Jahren 2004 und früher. Zwar mit einem erheblichen Prozessrisiko, aber dennoch mit guten Gründen, könnten sich Arbeitgeber auch auf Vertrauensschutz bis zur Entscheidung des EuGH am 20. Januar 2009 berufen. Damit wären z.B. sogar Ansprüche aus dem Jahr 2007 am 30. September 2008 (bei Anwendung der entsprechenden Beamtentregelungen) verfallen und bräuchten nicht mehr erfüllt zu werden.

### 3.9 Anwendung der tariflichen Ausschlussfrist auf Urlaubsansprüche?

Zur Anwendung von Ausschlussfristen musste sich das BAG in seiner Entscheidung vom 24. März 2009 nicht äußern, da zeitnah Klage erhoben wurde. Es hat die Frage aber ausdrücklich offen gelassen<sup>64</sup>.

Bislang war es ständige Rechtsprechung des BAG, tarifliche Ausschlussfristen (z. B. § 70 BAT, § 37 TV-L/TVöD) weder auf gesetzliche Urlaubs- noch auf Urlaubsabgeltungsansprüche anzuwenden<sup>65</sup>. Diese Ansprüche würden befristet für einen bestimmten Zeitraum bestehen und ihre Erfüllung könnte während dieser Zeit stets verlangt werden. Das folge aus der Ausgestaltung der Urlaubsvorschriften im Tarifvertrag und im Gesetz, die den Beschäftigten lediglich zwängen, seine Ansprüche rechtzeitig vor Ablauf des Urlaubsjahrs oder des Übertragungszeitraumes zu verlangen. Wäre daneben die Ausschlussfrist anzuwenden, müssten die Beschäftigten im Juni jeden Jahres ihre Urlaubsansprüche

geltend machen, wollten sie deren Verfall verhindern. Das entspreche weder den Vorstellungen der Tarifvertragsparteien über Bestand und Erlöschen von Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen noch dem Gesamtzusammenhang der von ihnen getroffenen Regelungen. Als Surrogat des Mindesturlaubsanspruchs genieße der gesetzliche Abgeltungsanspruch gemäß § 13 Abs. 1 BÜrlG denselben Unabdingbarkeitschutz, wie der Urlaubsanspruch selbst. Die tariflichen Abgeltungsansprüche unterliegen hingegen der Ausschlussfrist<sup>66</sup>. Fraglich ist, ob diese Rechtsprechung nach den Entscheidungen des EuGH und des BAG noch uneingeschränkt fortgilt.

Auf gesetzliche Urlaubsansprüche dürfte weiterhin keine tarifliche Ausschlussfrist anzuwenden sein<sup>68</sup>. Grund hierfür ist die Regelungstechnik der Ausschlussfristen: Nach § 37 TV-L/TVöD verfallen z. B. Ansprüche, wenn sie nicht innerhalb von sechs Monaten nach Fälligkeit geltend gemacht werden. Fällig ist ein Urlaubsanspruch nach § 271 BGB aber bereits mit Beginn der Arbeitspflicht im neuen Kalenderjahr<sup>69</sup>. Der Beschäftigte müsste also im Regelfall spätestens im Juni seinen Urlaub geltend machen – ein „offenkundig abwegiges Ergebnis“<sup>70</sup>. Im Dauerkrankheitsfall wird der Urlaubsanspruch erst mit der Genesung fällig, denn individuellen Ausschlussfrist schon für den unmittelbar befristeten Urlaubsanspruch keinen Sinn macht, weil der Beschäftigte eben nicht nur die sechsmonatige Ausschlussfrist, sondern das gesamte Kalenderjahr bzw. zusätzlich den Übertragungszeitraum zur Verfügung hat, den Urlaub zu verlangen, machte es ebenso wenig Sinn, wenn der Beschäftigte, der nach der Genesung – wie z. B. hier vorgeschlagen – analog § 17 Abs. 2 BEEG, § 17 S. 2 MuSchG, § 4 Abs. 2 ArbPfISchG seinen Urlaub bis zum Ende des folgenden Kalenderjahres nehmen kann, verpflichtet wäre, den Urlaub innerhalb der sechsmonatigen Ausschlussfrist geltend zu machen. Der auch aus Gründen der Praktikabilität länger gewählte Zeitraum würde so über die Ausschlussfrist wieder verkürzt<sup>71</sup>. Praktische Bedeutung hat die tarifliche Ausschlussfrist aber für die Abgeltung von Urlaubsansprüchen nach dem Aus-

<sup>59</sup> Bauer/Arnold, NJW 2009, 631, 633.

<sup>60</sup> BAG 24.3.2009, Rz. 77, aa.O. (Fn.5); das LAG Düsseldorf, Urt. v. 22.2.2009, a.a.O. (Fn.3) hatte hingegen unter Rz. 137 ff. ebenfalls Vertrauensschutz generell abgelehnt.

<sup>61</sup> BAG 25.3.2006, 2 AZR 343/05, Rz. 40 ff., NJW 2006, 3161 ff. = NZA 2006, 971 ff.; BAG 12.7.2007, 2 AZR 448/05, Rz. 27 ff., NZA 2008, 425 ff. = DB 2009, 573; BAG 24.8.2006, 8 AZR 317/05, Rz. 431, NZA 2007, 1287 ff.

<sup>62</sup> Bauer/Arnold, NJW 09, 631, 634; Gaul/Fosten/Strauf, BB 2009, 497, 500; Picker, ZTR 2009, 230, 236.

<sup>63</sup> Köthe, BB 1984, 609, 615 ff.; Küntz, BB 1991, 1630, 1632.

<sup>64</sup> BAG 24.3.2009, Rz. 77, aa.O. (Fn.5).

<sup>65</sup> St. Rspr. des BAG 24.11.1992, 9 AZR 549/91, ZTR 1993, 209 ff. = NZA 1993, 472 ff.; BAG 23.4.1996, 9 AZR 165/95, ZTR 1996, 560 = BB 1996, 2046 ff.; 201.2009, 9 AZR 650/07.

<sup>66</sup> BezwEIFT z. B. von Beppler in: Beppler/Böhle, TV-L, § 37 Rz. 19. Rz. 23.

<sup>67</sup> Beppler in: Beppler/Böhle, TV-L, § 37 Rz. 23; Clemens/Scheuring, TV-L, § 37 Rz. 23.

<sup>68</sup> Gaul/Bonamini/Ludwig, DB 2009, 1013, 1015, A.A. Bauer/Arnold, NJW 2009, 631, 635 sowie Gaul/Fosten/Strauf, BB 2009, 497, 499 ff.: Eine jahrlange Anhäufung von vierwöchigen Mindesturlaubsansprüchen, die keiner Begrenzung unterliegt, sei mit der allgemein anerkannten Befriedigungsfunktion von Ausschlussfristen kaum in Einklang bringbar.

<sup>69</sup> Clemens/Scheuring, TV-L, § 26 Rz. 26; Efk/Dörner, § 1 BÜrlG, Rz. 21 mit Verweis auf die h.M.; Sporer/Scheiner, TV-L, § 26 Rz. 33.

<sup>70</sup> So Fietz, GKÖD IV, E 37 Rz. 46a.

<sup>71</sup> Bauer/Arnold, NJW 2009, 631, 635; vgl. auch Gaul/Bonamini/Ludwig, DB 2009, 1013, 1014.

<sup>72</sup> Siehe oben 3.5. Vgl. auch Gaul/Bonamini/Ludwig, DB 2009, 1013, 1015, die einen von der Ausschlussfrist begrenzten Übertragungszeitraum u.a. deshalb ablehnen, weil man zwischen der Geltendmachung des Urlaubsanspruchs und seiner Inanspruchnahme zu unterscheiden habe. Die Ausschlussfrist betreffe nur die Geltendmachung, so dass offen bleibe, innerhalb welcher Zeitspanne dann die tatsächliche Freistellung durch den Arbeitgeber zu erfolgen habe.

scheiden aus dem Arbeitsverhältnis: Der *tarifliche Abgeltungsanspruch* nach § 26 Abs. 2 TV-L./TVöD in Verbindung mit § 7 Abs. 4 BÜrlG unterlag schon bisher der Ausschlussfrist des § 37 TV-L./TVöD<sup>73</sup>. Er verfällt, wenn er nicht innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach Fälligkeit gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich geltend gemacht worden ist. Die Ausschlussfrist spielt aber aufgrund der für tarifliche Ansprüche nach wie vor anwendbaren bisherigen Rechtsprechung des BAG nur dann eine Rolle, wenn der Beschäftigte – unterstellt, das Arbeitsverhältnis würde fortbestehen – innerhalb des Übertragungszeitraumes genesen wäre und den Urlaub angetreten bzw. genommen hätte. Mit der Genesung entsteht in diesem Fall der fällige Abgeltungsanspruch und der Ablauf beginnt. Arbeitgeber sollten daher tarifliche Urlaubsabgeltungsansprüche nur erfüllen, wenn der ehemalige (genesene) Beschäftigte mit ärztlichen Attest nachweist, dass die Genesung weniger als sechs Monate zurückliegt.

Aber auch für *gesetzliche Abgeltungsansprüche*, die krankheitsbedingt unbefristet bestehen, wird nunmehr die Anwendung von Ausschlussfristen bejaht<sup>74</sup>. Das BAG habe sich bislang in seiner Begründung dafür, die Ausschlussfrist des § 70 BAT<sup>75</sup> nicht anzuwenden, auf die urlaubsrechtliche Befristung des Abgeltungsanspruchs berufen. Da der Anspruch jetzt aber unbefristet fortbestehe, sei die Anwendung einer tariflichen Ausschlussfrist nur konsequent. Dem ist zuzustimmen, denn es erscheint nicht notwendig, den Abgeltungsanspruch als reinen Zahlungsanspruch über § 13 Abs. 1 BÜrlG zu schützen. Im Übrigen ist das Ergebnis auch mit dem Zweck des Abgeltungsanspruchs vereinbar, dem Beschäftigten noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Zeit bezahlter Erholung zu ermöglichen, bevor er in ein neues Arbeitsverhältnis eintritt<sup>76</sup>. Dieses Bedürfnis wird umso geringer, je länger die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zurückliegt. Sechs Monate nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses wiegen die Interessen des Arbeitgebers an einer endgültigen Klärung des Sachverhalts (der Zweck der Ausschlussfrist<sup>77</sup>) schwerer als ein aus dem beendeten Arbeitsverhältnis fließendes Erholungsbedürfnis. Mithin sollten sich Arbeitgeber künftig auch bei gesetzlichen Abgeltungsansprüchen, die der geänderten Rechtsprechung des BAG unterfallen, auf die Ausschlussfrist nach § 37 TV-L./TVöD berufen. Die für den Beginn des Fristlaufs maßgebende Fälligkeit des gesetzlichen Abgeltungsanspruchs tritt mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein.

### 3.10 Verjährung

Mit der Entscheidung des EuGH stellt sich nunmehr auch die Frage der Verjährung von Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen. Nach bisheriger Auffassung unterlagen diese Ansprüche nicht der Verjährung, da sie wegen der Befristung auf das Urlaubsjahr bzw. den Übertragungszeitraum ohnehin vor Ablauf der Verjährungsfristen verloren wären<sup>78</sup>. Nach den Entscheidungen des EuGH und des BAG erloschen im Falle der Krankheit die gesetzlichen Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüche nicht mehr, sondern werden in das folgende Kalenderjahr übertragen. Sie sollten daher der regelmäßigen Verjährung von drei Jahren (§ 195 BGB) unterworfen werden, so wie bisher schon der beim Verzug des Arbeitgebers nach dem Erlöschen des Abgeltungsanspruchs entstehende Schadensersatzanspruch<sup>79</sup>.

Die Verjährungsfrist für den gesetzlichen Urlaubsanspruch beginnt gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB grundsätzlich mit dem Ablauf des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist. Neben der Entstehung des Anspruchs ist auch seine Fälligkeit erforderlich<sup>80</sup>. Grundsätzlich ist daher auf das Ende des Jahres abzustellen, aus dem der Urlaub herrührt<sup>81</sup>. Das gilt

jedoch nur, wenn der Beschäftigte nicht während des gesamten Jahres erkrankt war. In diesem Fall beginnt die Verjährung erst am Ende des Jahres, in dem der Beschäftigte genesen ist, denn der Urlaubsanspruch wird erst mit dem individuellen Beginn der Arbeitspflicht fällig<sup>82</sup>. Der Eintritt der Verjährung könnte problematisch werden, wenn ein dauerkranker Beschäftigter geltend machen würde, er habe – entsprechend der Rechtsprechung des BAG – tatsächlich nicht die Möglichkeit gehabt, seinen Urlaubsanspruch vor dem Eintritt der Verjährung auszuüben. Hier könnte der Verjährungszeitraum den Zeitraum zu verlängern sein, der es dem Beschäftigten ermöglicht, den Urlaub zu nehmen.

#### Beispiel:

Ein Beschäftigter mit tariflichem Anspruch auf 30 Arbeitstage Urlaub ist vom 13. November 2007 bis zum 29. Oktober 2010 arbeitsunfähig krank. Für diesen Urlaub genommen. Ab 4. Februar 2011 möchte er den Urlaub aus 2007 antreten.

#### Urlaub für 2007

Der tarifliche Urlaub wurde gemäß § 26 Abs. 2 Buchst. a TV-L. bis zum 31. Mai 2008 übertragen. Da er bis dahin nicht angetreten worden ist, ist er erloschen.

Der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch von 20 Arbeitstagen ist nach § 7 Abs. 3 BÜrlG in das Jahr 2008 übertragen worden und aufgrund der Krankheit des Beschäftigten nicht erloschen. Analog § 17 Abs. 2 BEEG, § 17 S. 2 MuSchG, § 4 Abs. 2 ArbPfSchG wäre der Urlaub bis zum 31. Dezember 2011 zu nehmen. Der Arbeitgeber kann sich aber auf Verjährung berufen: Verjährungsbeginn war Ende 2007, denn der Anspruch war am 2. Januar 2007 (Beginn der Arbeitspflicht) fällig. Der Urlaubsanspruch ist am 31. Dezember 2010 verjährt.

#### Abwandlung:

Der Beschäftigte ist bis zum 3. Februar 2011 arbeitsunfähig krank und möchte den Urlaub aus 2007 ab 4. Februar 2011 antreten.

#### Urlaub für 2007

Analog § 17 Abs. 2 BEEG, § 17 S. 2 MuSchG, § 4 Abs. 2 ArbPfSchG wäre der gesetzliche Mindesturlaub bis zum 31. Dezember berufen? zu nehmen. Kann sich der Arbeitgeber auf Verjährung berufen? Verjährungsbeginn: Der Anspruch war am 2. Januar 2007 (Beginn der Arbeitspflicht) fällig, die Verjährung begann daher Ende 2007, und der Urlaubsanspruch wäre am 31. Dezember 2010 verjährt. Der Beschäftigte könnte aber geltend machen, tatsächlich keine Möglichkeit gehabt zu haben, den Anspruch auszuüben. Der Verjährungszeitraum könnte daher bis zum 3. März 2011 zu verschieben sein.

Der – krankheitsbedingt unbefristete – gesetzliche Abgeltungsanspruch entsteht und wird fällig mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses und könnte dementsprechend verjähren. Fraglich ist jedoch, ob der Abgeltungsanspruch überhaupt einer eigenständigen Verjährung unterliegt. Denkbar wäre auch, den Abgeltungsanspruch als Surrogat des Urlaubsanspruchs anzusehen, der das Schicksal des Urlaubsanspruchs teilt und entsprechend verjährt. Für die Frage der Anwendung der tariflichen Ausschlussfrist wurde jedoch ein eigenständiger Abgeltungsanspruch bejaht<sup>83</sup>, der mit dem Ende des

<sup>73</sup> Fieber, GKÖD IV, § 37 Rz. 46.

<sup>74</sup> Fieber, GKÖD IV, B § 26, Rz. 46 ff.; Gaulosten/Strauf, BB 2009, 497, 500 ff.; Picker, ZTR 2009, 230, 239; undkar insoweit Bauer/Arnold, NJW 2009, 631, 635.

<sup>75</sup> § 37 TV-L./TVöD stimmt hinsichtlich des Absatzes 1 mit § 70 BAT überein. Vgl. die Ausführungen der Generalanwälte Tztenjat, Schiessanträge v. 24.1.2008 – C-350/06, Rz. 71 unter Verweis auf Generalanwalt Tizzano, Schlussanträge v. 8.2.2001 – C-173/99, Rz. 38.

<sup>76</sup> Zum Zweck tariflicher Ausschlussfristen vgl. Clemens/Scheuring, TV-L., § 37 Rz. 4ff.; Sporer/Schäffer, TV-L., § 37 Rz. 1 ff.

<sup>77</sup> Bauer/Arnold, NJW 2009, 631, 634; zum Abgeltungsanspruch in diesem Sinne Einf-Dörner, § 7 BÜrlG, Rz. 63.

<sup>78</sup> Bauer/Arnold, NJW 2009, 631, 635.

<sup>79</sup> Bauer/Arnold, NJW 2009, 631, 635.

<sup>80</sup> Palandt-Henrichs, BGB, § 199 Rz. 3.

Arbeitsverhältnisses erst entsteht. Die eigenständige dreijährige Verjährungsfrist für den Abgeltungsanspruch beginnt damit am Schluss des Kalenderjahres, in dem der Beschäftigte ausgeschieden ist. Der Abgeltungsanspruch dürfte aber entfallen, wenn der zugrunde liegende Urlaubsanspruch – z. B. wegen Verjährung – nicht mehr (wirksam) besteht<sup>84</sup>.

#### **4. Zusammenfassung**

Das BAG hat aufgrund der Entscheidung des EuGH in der Sache „Schultz-Hoff“ seine ständige Rechtsprechung zu Ansprüchen auf Urlaubsabgeltung bei Krankheit geändert: Der Anspruch auf Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaub erlischt danach nicht mehr, wenn ein Beschäftigter bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder Übertragungszeitraums erkankt und deshalb arbeitsunfähig ist. Die Entscheidung gilt nur für den gesetzlichen Mindesturlaub nach

dem BUrfG und den Zusatzurlaub für Schwerbehinderte nach § 125 SGB IX. Für tarifliche Ansprüche gilt weiterhin die bisherige Rechtsprechung des BAG. Die neue Rechtsprechung des BAG ist nur in den Fällen anzuwenden, in denen Urlaub aufgrund von Krankheit nicht gewährt worden ist. Sie gilt sowohl für Ansprüche auf Abgeltung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses als auch für Ansprüche auf Gewährung von Urlaub nach Krankheit bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis. Die tarifliche Ausschlussfrist des § 37 TV-L./TVöD ist auch auf gesetzliche Abgeltungsansprüche anzuwenden, die nunmehr nicht mehr kraft urlaubsrechtlicher Befristung erloschen sind. Arbeitgeber können sich künftig auf Verjährung berufen und für Altfälle Vertrauensschutz geltend machen.

<sup>84</sup> Vgl. BAG 24.3.2009, 9 AZR 983/07, (Fn. 5) Rz. 44, 78.

**Dr. Joachim Eder**

## **Regelungen für den Sozial- und Erziehungsdienst im Arbeitsvertragsrecht der bayerischen Diözesen (ABD)**

### **ÜBERSICHT**

- 1. Grundlagen des kirchlichen bayerischen Arbeitsvertragsrechtes**
- 2. Grundproblematik des TVöD im Bereich der Kindertagesstätten**
- 3. Generelle Regelungen zur Lösung**
  - 3.1 Sonderregelungen bei Arbeitgeberwechsel
  - 3.2 Besitzstandsregelungen für Vergütungsgruppenzulagen
  - 3.3 Möglichkeit der Anerkennung der bisherigen Entgeltgruppe
  - 3.4 Möglichkeit der Anerkennung der bisherigen Erfahrungsstufe
- 4. Kindertagesstättenspezifische Regelungen zur Lösung**
  - 4.1 „Plätzeregelung“ als Grundlage für die Eingruppierung der Leiterin
  - 4.2 „Tariflicher Fahrstuhl“ im Leistungsbereich und Herabgropolierungsschutz für Leiterinnen
  - 4.3 Erzieherinnen in Integrationsgruppen
  - 4.4 Kinderpflegerinnen in Integrationsgruppen
  - 4.5 Zusätzliche Qualifizierungszeit
  - 4.6 Fortbildungsanspruch und Verfügungszzeit
- 5. Ausblick**

Die Anwendung des TVöD im Bereich der Kindertagesstätten in den bayerischen Diözesen führte ab dem 1.10.2005 aufgrund der Struktur der Einrichtungen zu erheblichen Nachteilen für die dort Beschäftigten. Die Kindertagesstätten stehen in der Regel in der Trägerschaft von Kirchenstiftungen, von denen jede für sich als einzelner Arbeitgeber fungiert, obwohl die kirchliche Stiftungsaufsicht alle Arbeitsverträge zu ihrer Gültigkeit genehmigen muss. Aufgrund der jährlich schwankenden Kinderzahl in den einzelnen – vorwiegend kleineren – Gemeinden ist eine hohe Fluktuation gegeben, so dass die mit einem Arbeitgeber voll zum Tragen kommen. Eine vergleichbare Situation besteht für die anderen kirchlichen Mitarbeiter in den bayerischen Diözesen nicht, da sie entweder – wie Gemeinde-

### **1. Grundlagen des kirchlichen bayerischen Arbeitsvertragsrechtes**

Dem kirchlichen bayerischen Arbeitsvertragsrecht ABD liegt der TVöD/VKA als Referenztarifvertrag zugrunde<sup>1</sup>. Die Bayerische Regional-KODA als kirchlich zuständige Tarifkommission hatte sich bewusst für den TVöD/VKA als Referenztarifvertrag entschieden, da die Struktur der Einrichtungen und die Struktur des Personals weitgehend mit der Struktur im Bereich der Kommunen vergleichbar ist. Damit gelten auch die „Zusätzlichen Tätigkeitsmerkmale für den Sozial- und Erziehungsdienst“ des BAT/VKA für die Eingruppierung der Beschäftigten. Mit der Übernahme des TVöD/VKA wurden allerdings auch alle Schwierigkeiten

<sup>1</sup> Vgl. Eder, Kirchenspezifische TVöD-Übernahme in das Arbeitsvertragsrecht der bayerischen (Eiz-)Diözesen ABD, ZTR 2006, 470 ff. und Eder, Abschluss der TVöD-Übernahme in das kirchliche bayerische Arbeitsvertragsrecht (ABD), ZTR 2008, 189 ff.

<sup>2</sup> Dabei ist zu beachten, dass im Bereich der Kindertagesstätten in Bayern ebenfalls noch einmal ca. 10 000 Mitarbeiterinnen beschäftigt sind, für die allerdings die AVR des Deutschen Caritasverbandes Anwendung finden.

<sup>3</sup> Vgl. www.onlineABD.de. Diese von der Geschäftsstelle der Bayerischen Regional-KODA gepflegte Internetseite ermöglicht es, auf aktuellem Stand das gesamte Arbeitsvertragsrecht der bayerischen Diözesen ABD abzurufen.