

10. Arbeitstagung  
des Fachanwalt-Forum-Arbeitsrecht  
am 18. und 19. November 2011  
im Hotel Palace, Berlin

Das deutsche Urlaubsrecht  
im Spiegel des Unionsrechts  
- Urlaub zwischen Schultz-Hoff und KHS -

19. November 2011

Inken Gallner

<b>A. Das Thema</b>	<b>3</b>
I. Rechtsprechungsänderung nach Vorabentscheidung	5
II. Der Ausgangsfall	6
<b>B. Der Erzieherinnenfall: BAG 24. März 2009 (- 9 AZR 983/07 -)</b>	<b>8</b>
<b>C. Urlaubsrechtliche Rahmendaten</b>	<b>8</b>
<b>D. Nationale Rechtsprechungsgeschichte</b>	<b>9</b>
I. Urlaub und Arbeitsunfähigkeit seit 1982	9
II. Urlaub und Arbeitsunfähigkeit vor 1982	9
<b>E. EuGH Schultz-Hoff</b>	<b>9</b>
<b>F. Schultz-Hoff und die Folgen</b>	<b>10</b>
I. Problem: Bindungswirkung	10
1. Neunter Senat: Inhaltliche Bindung	10
2. Kritik: Bindung nur an den Tenor	10
3. Stellungnahme	10
II. Aufgabe der Rechtsprechung	10
III. Sonderfall Arbeitsunfähigkeit	11
1. Hauptergebnis	11
2. Ableitung aus Zwischenergebnissen, gebotene Änderung durch KHS?	11
3. Jedenfalls vor Lissabon: Keine Unanwendbarkeit von § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG	13
4. Keine horizontale Direktwirkung gegenüber Privaten	14
5. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung	14
a) Obersätze des EuGH am Beispiel von Pfeiffer ua.	15
b) Fortbildung von § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG	16

aa) Ergebnis	16
bb) Interkulturelle Besonderheit	16
cc) Auslegungsfundament: Nationales Recht	17
dd) Grenze der Rechtsfortbildung: Nicht immer der Wortlaut	17
ee) Gesetzesgeschichte und Zweck des § 7 BUrlG	17
ff) Kritik	19
gg) Stellungnahme	19
6. Rückzugslinie: Einfache einschränkende Auslegung	19
7. Absolute Grenze richtlinienkonformer Auslegung oder Rechtsfortbildung	20
8. Grundrechtsrelevanz gebotener Auslegung oder Rechtsfortbildung	20
IV. Vertrauensschutz?	21
1. Kernaussagen Neunter Senat ( <i>Schultz-Hoff</i> )	22
2. Ableitungen und Kritik	22
a) Gebot der Prüfung innerstaatlichen Vertrauensschutzes	22
b) Nationaler Vertrauensschutz: Primär- und Sekundärrecht	24
c) Kein Vertrauensschutz seit Inkrafttreten der ersten Arbeitszeitrichtlinie?	25
<b>G. Fazit</b>	<b>29</b>

## A. Das Thema

Ich freue mich über die Gelegenheit, mit Ihnen nach meinem Senatswechsel noch einmal über Schnittstellen zwischen Unionsrecht und deutschem Urlaubsrecht

sprechen zu können. Spätestens seit der Entscheidung Schultz-Hoff des EuGH<sup>1</sup> ist deutschen Urlaubsrechtlern bewusst, dass in diesem Thema einiger Sprengstoff steckt.<sup>2</sup>

Andererseits will ich nicht verhehlen, dass mich trotz aller Freude über die Einladung bei der Vorbereitung meines Referats eine gewisse Beklommenheit beschlich. Weiß ich doch, wie wenig die Rechtsprechungswende des Neunten Senats bei Urlaubsabgeltung und Arbeitsunfähigkeit vor allem Arbeitgebervertretern gefallen kann. Prominent bestätigt hat das vor nicht allzu langer Zeit der Präsident der BDA, Herr Prof. Hundt, anlässlich der Festschriftverleihung an Herrn Prof. Bauer am 6. März 2010 in Stuttgart. Herr Prof. Hundt hat dort sinngemäß ausgeführt, ihm missfalle weniges mehr als die Flashmob- und die Urlaubsrechtsprechung des BAG. Das ist ein Tenor, der seit zweieinhalb Jahren viele Podiumsäußerungen prägt.

Ich verstehe dieses Unbehagen. Es geht nicht nur rechtlich auf den drei Ebenen des Unionsrechts, des nationalen Verfassungsrechts und des innerstaatlichen einfachen Gesetzesrechts „zur Sache“. Die drei zuständigen Gerichte ringen auch mühevoll um ein sensibles Kompetenzgleichgewicht. Fast jede Entscheidung zu § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG bewegt sich nun im Dreieck zwischen Luxemburg, Karlsruhe und Erfurt.<sup>3</sup> Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie ist bei der Auslegung des nationalen Rechts immer mitzudenken. Das BVerfG hütet mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG die Vorlagepflicht der Bundesgerichte an den Gerichtshof der Europäischen Union aus Art. 267 Abs. 3 AEUV.<sup>4</sup> Kommen Vertrauensschutzfragen ins Spiel, treten schwierige Abgrenzungsfragen zwischen

---

<sup>1</sup> EuGH 20. Januar 2009 - C-350/06 und C-520/06 - (verbundene Rechtssachen Schultz-Hoff, Stringer ua., im Folgenden: Schultz-Hoff) NZA 2009, 135.

<sup>2</sup> Teile dieses Referats sind in der FS Etzel S. 155 ff. veröffentlicht.

<sup>3</sup> Es wird im Hinblick auf das allgemeine Arbeitsrecht - gelöst vom Urlaubsrecht - noch komplexer: Im Kündigungsrecht ist nun auch Straßburg immer mitzudenken, wie die im September 2010 entschiedenen „Kirchenkündigungen“ zeigen: EGMR 23. September 2010 - 425/03 - (Obst) NZA 2011, 277; 23. September 2010 - 1620/03 - (Schüth) NZA 2011, 279. Vgl. auch die Whistleblower-Entscheidung Heinisch: EGMR 21. Juli 2011 - 28274/08 - (Heinisch).

<sup>4</sup> Vgl. nur BVerfG 30. August 2010 - 1 BvR 1631/08 - Rn. 46 ff., Rn. 46 ff., NJW 2011, 288 mit Anm. Dreier GRUR 2010, 1002 und Hecht K & R 2010, 732; 25. Februar 2010 - 1 BvR 230/09 - Rn. 13 ff., NZA 2010, 439; dazu auch Thüsing/Pötters/Traut NZA 2010, 930; etwas anders: BVerfG 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - (Honeywell) Rn. 87 ff. (bloße Willkürkontrolle: BVerfG ist kein „oberstes Vorlagenkontrollgericht“), NZA 2010, 995 mit teils deutlich ablehnenden Anm. Bauer ArbR 2010, 483; derselbe Handelsblatt vom 7. September 2010; Gehlhaar NZA 2010, 1053; Grimm ArbRB 2010, 274; Lenz EWS 2010 Nr. 9; Schiefer DB 2010 Heft 37, M 1; zustimmend dagegen Schubert EWIR 2010, 685; Seifert JbArbR Bd. 48 S. 119 ff.; zu Honeywell vor dem Beschluss schon erläuternd: Frenz RdA 2010, 229; Pötter/Traut ZESAR 2010, 257.

unionsrechtlichem und nationalem Vertrauensschutz auf.<sup>5</sup> Karlsruhe hat auch hier mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG die nationale Verfassung zu schützen.<sup>6</sup> In der Umbruchphase ist mit dem noch auszubalancierenden Kompetenzgefüge eine erhebliche rechtliche Verunsicherung der Rechtsuchenden und Rechtsanwender verbunden.

Das Dreiebenensystem von Unionsrecht, nationalem Verfassungsrecht und einzelstaatlichem Gesetzesrecht ist - wie wir alle wissen - kein spezifisch urlaubsrechtlicher Brennpunkt. Die Brisanz der Kompetenz- und damit natürlich auch Machtfragen hat uns im Befristungsrecht letztes Jahr der am 26. August 2010 veröffentlichte Honeywell-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Juli 2010 vor Augen geführt.<sup>7</sup>

Im Augenblick ist auf europäischer Ebene im Urlaubsrecht aber besonders viel los. Hier wird die Verschränkung von supranationalem Unionsrecht und nationalem Recht auf den Ebenen des Verfassungsrechts und des einfachen Gesetzesrechts besonders deutlich.

## I. Rechtsprechungsänderung nach Vorabentscheidung

Gegenstand meines Referats sind deshalb die Probleme, die auf der Schnittstelle von Unionsrecht und nationalem Recht auftreten. Diese Problemlage ist eines der praktisch bedeutsamsten Querschnittsthemen der aktuellen Diskussion. Sie betrifft alle Senate des BAG und findet in der Literatur große Resonanz. Die zentralen Fragen sind:

- Muss innerstaatliches Recht unangewendet bleiben, weil es gegen primäres Unionsrecht verstößt?<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Vgl. zB BAG 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 72 ff. mit zahlreichen Nachweisen, NZA 2010, 810; dazu auch Arnold ArbRB 2010, 169; Besgen SAE 2010, 201; Fuhlrott EWIR 2010, 451; Lunk ArbRB 2010, 104; Powietzka/Fallenstein NZA 2010, 673; Pulz jurisPR-ArbR 29/2010 Anm. 1; Wagner FA 2010, 238.

<sup>6</sup> Vgl. etwa BVerfG 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - (Honeywell) Rn. 80 ff., NZA 2010, 995; siehe zu den Anm. zu dieser Entscheidung Fn. 4.

<sup>7</sup> BVerfG 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - (Honeywell) NZA 2010, 995; vgl. zu den Anm. zu dieser Entscheidung Fn. 4.

<sup>8</sup> Vgl. dazu EuGH 19. Januar 2010 - C-555/07 - (Küçükdeveci) Rn. 18 ff., 44 ff., NZA 2010, 85 mit zustimmender Besprechung Seifert JbArbR Bd. 48 S. 119 ff., teils zustimmender, teils ablehnender Besprechung Stenslik RdA 2010, 247 sowie der ersten Folgeentscheidung des Fünften Senats vom 1. September 2010 - 5 AZR 700/09 - Rn. 16 ff., NZA 2010, 1409 und der zweiten Folgeentscheidung des Zweiten Senats vom 9. September 2010 - 2 AZR 714/08 - Rn. 15 ff., NZA 2011, 343; kritisch zu der Rezeption des Fünften Senats Bauer ArbR 2010, 498 und Zirnbauer FA 2010, 289; siehe ferner EuGH 22. November 2005 - C-144/04 - (Mangold) Rn. 77, NZA 2005, 1345; BVerfG 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - (Honeywell) Rn. 53 ff., NZA 2010, 995; zu den Anm. zu Honeywell Fn. 4; BAG 26. April 2006 - 7 AZR 500/04 - Rn. 37 ff., NZA 2006, 1162.

- Was geschieht, wenn der EuGH die deutsche Rechtsanwendung durch eine Richtlinieninterpretation kräftig durcheinanderbringt? Ist im Privatrechtsverkehr eine unionsrechtskonforme Auslegung oder Fortbildung des nationalen Rechts möglich?
- Welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit das BAG Vertrauensschutz anzunehmen hat, wenn es seine bisherige Rechtsprechung in der Folge einer EuGH-Entscheidung ändert?

Meine Freude über die Gelegenheit zu diesem Referat ist wegen des Zuhörerkreises - lhretwegen - groß. Sie ist im Hinblick auf das Thema dennoch verhalten. Kein höchstes nationales Fachgericht freut sich, wenn es, vielleicht nicht immer ganz freiwillig, gezwungen ist, seine in langen Jahren gewachsene, wohlerrungene Rechtsprechung aufzugeben. Hinzu kommt, dass ein Umsteuern des großen und schwerfälligen Tankers einer höchstrichterlichen Rechtsprechung fast zwangsläufig mit erheblicher Kritik des arbeitsrechtlichen Schrifttums verbunden ist.<sup>9</sup> Außerdem gibt es nach der „Reformation“ in Sachen Schultz-Hoff vielleicht schon bald die „Gegenreformation“ in Sachen KHS.<sup>10</sup> Im Blog einer der jüngsten NZAs ist süffisant ausgeführt, der Chefarzt sei Luxemburg, die Oberärzte fänden sich in Erfurt.

## II. Der Ausgangsfall

Gestatten Sie mir eine weitere kurze Vorrede, um meinen heutigen Fahrplan zu erklären: Ich möchte die Sollbruchstellen zwischen sekundärem Unionsrecht und deutschem Recht durch richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im Ausgangspunkt anhand der Entscheidung des Neunten Senats vom 24. März 2009<sup>11</sup> dar-

---

<sup>9</sup> Vgl. zu einer vorgenommenen richtlinienkonformen Rechtsfortbildung ausführlich BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 44 ff., NZA 2009, 538; fortgeführt von BAG 17. November 2009 - 9 AZR 844/08 - Rn. 16 ff., NZA 2010, 1020; BAG 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 90 ff., NZA 2010, 810; BAG 4. Mai 2010 - 9 AZR 183/09 - Rn. 18 f., NZA 2010, 1011; BAG 12. April 2011 - 9 AZR 80/10 - Rn. 21 ff.; BAG 9. August 2011 - 9 AZR 253/10 -; BAG 9. August 2011 - 9 AZR 425/10 -; methodisch ablehnend und für eine richtlinienkonforme Auslegung Kamanabrou SAE 2009, 233, 236; kritisch zu der Rezeption Benecke RdA 2011, 241 ff.

<sup>10</sup> EuGH (- C-214/10 - KHS, vgl. die Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak vom 7. Juli 2011 DB 2011, 1757).

<sup>11</sup> BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - NZA 2009, 538 mit kritischen Besprechungen zB von Gaul/Bonanni/Ludwig DB 2009, 1013, 1017 (in der Frage des Vertrauensschutzes); von Steinau-Steinrück/Mosch NJW-Spezial 2009, 338; Kock BB 2009, 1181 („Amtsblatt zum Frühstück?“); Krieger/Arnold NZA 2009, 530; Picker ZTR 2009, 230, 232; richtlinienkonforme Auslegung bejahend Kamanabrou SAE 2009, 121, 126 f.; die Vertrauensschutzfrage letztlich offenlassend, die Begründung des Erzieherinnenurteils massiv ablehnend dieselbe SAE 2009, 233, 236 f.; kritisch zu der Rezeption Benecke RdA 2011, 241 ff.

stellen. Dieser sog. Erzieherinnenfall ist das erste Folgeurteil nach der Vorabentscheidung des EuGH in der Sache Schultz-Hoff vom 20. Januar 2009.<sup>12</sup>

Die als Auftakt mehrerer Folgeurteile<sup>13</sup> ergangene Entscheidung reiht sich in die Serie von Urteilen ein, die im Anschluss an EuGH-Vorabentscheidungen ergingen. Ich nenne vor allem die Junk-<sup>14</sup> und die Mangold-Folgeurteile<sup>15</sup> des Zweiten, Sechsten, Achten und Siebten Senats. In diesem Zusammenhang werde ich auch auf die in der Literatur geübte Kritik<sup>16</sup> an der Rechtsprechungswende des Neunten Senats für die Urlaubsabgeltung bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit eingehen. Im Zentrum dieses letzten Komplexes werden die Fragen des Vertrauensschutzes stehen. Sie sind vor allem in der Entscheidung vom 23. März 2010 aufbereitet.<sup>17</sup>

Ich meine, dass ich den Balanceakt zwischen sekundärem Unionsrecht und deutschem Recht mithilfe der ersten beiden Rezeptionsentscheidungen zu Schultz-Hoff besonders deutlich machen kann. Zugleich kann ich mich mit der Kritik im Schrifttum pointierter auseinandersetzen, als das in einem Urteil möglich ist. Mit anderen Worten: Ich bin Ihnen dankbar für die Gelegenheit zur authentischen Interpretation und Disputation.

Genug der Vorrede, zur Sache:

Der Neunte Senat hat am 24. März 2009 eindrücklich erlebt, welchen unmittelbaren Einfluss das Unionsrecht auf unsere nationale Rechtsordnung und Rechtsanwendung hat.

---

<sup>12</sup> EuGH 20. Januar 2009 - C-350/06 und C-520/06 - (Schultz-Hoff) NZA 2009, 135; erläuternd zB Abele EuZW 2009, 152; derselbe RdA 2009, 312; Bross ZAP Fach 25, 223; Petersen/Pietrek RVaktuell 2010, 217; Schlachter RdA 2009 Sonderbeilage Heft 5, 31; kritisch beispielsweise Baeck/Winzer NZG 2009, 336; Subatzus DB 2009, 510; zu Schultz-Hoff und der Rezeption dieser Entscheidung in der Rechtsprechung des BAG allgemein Richter PERSONAL 2010 Nr. 11, 50.

<sup>13</sup> BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 44 ff., NZA 2009, 538; fortgeführt von 17. November 2009 - 9 AZR 844/08 - Rn. 16 ff., NZA 2010, 1020; 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 90 ff., NZA 2010, 810; 4. Mai 2010 - 9 AZR 183/09 - Rn. 18 f., NZA 2010, 1011 BAG 12. April 2011 - 9 AZR 80/10 - Rn. 21 ff.; BAG 9. August 2011 - 9 AZR 253/10 -; BAG 9. August 2011 - 9 AZR 425/10 -.

<sup>14</sup> Grundlegend BAG 23. März 2006 - 2 AZR 343/05 - NZA 2006, 971; zustimmend 22. März 2007 - 6 AZR 499/05 - NZA 2007, 1101; 26. Juli 2007 - 8 AZR 769/06 - NZA 2008, 112.

<sup>15</sup> BAG 26. April 2006 - 7 AZR 500/04 - Rn. 40 ff., NZA 2006, 1162.

<sup>16</sup> Vgl. zB die in dem Artikel von Amann FAZ vom 4. April 2009 wiedergegebene Äußerung Wolfs und die Aufsätze von Kock BB 2009, 1181 („Amtsblatt zum Frühstück?“); Krieger/Arnold NZA 2009, 530; von Steinau-Steinrück/Mosch NJW-Spezial 2009, 338.

<sup>17</sup> BAG 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 72 ff., NZA 2010, 810.

Wir mussten unsere bisherige Rechtsprechung zum Urlaubsrecht in einem Punkt aufgeben.<sup>18</sup>

## **B. Der Erzieherinnenfall: BAG 24. März 2009 (- 9 AZR 983/07 -)**

Der Sachverhalt der Entscheidung vom 24. März 2009 ist in wenigen Sätzen geschildert:

Die Klägerin war von August 2005 bis Ende Januar 2007 als Erzieherin für einen eingetragenen Verein tätig, also eine juristische Person des Privatrechts. Sie erlitt im Juni 2006 einen Schlaganfall und war von Juni 2006 über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus zumindest bis August 2007 durchgehend arbeitsunfähig. Die auf Urlaubsabgeltung für 2005 und 2006 gerichtete Klage wurde im Januar 2007 rechtshängig.

## **C. Urlaubsrechtliche Rahmendaten**

Ich muss Ihnen einige Details in der bis vor nicht allzu langer Zeit weitgehend befriedeten Materie des Urlaubsrechts zumuten, um unseren Balanceakt zwischen Unionsrecht und nationalem Recht anschaulich zu machen.

Zum gesetzlichen Urlaub, seinen unionsrechtlichen und nationalen Rechtsgrundlagen:

- Ausgangspunkt ist ein vierwöchiger Urlaubsanspruch.
- Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG<sup>19</sup> gewährleistet diesen Anspruch.
- Das deutsche Bundesurlaubsgesetz begründet ihn in §§ 1 bis 4.
- Nach deutschem Recht gibt es in § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG einen allgemeinen Übertragungszeitraum. Danach muss der Urlaubsanspruch bis zum 31. März des Folgejahres gewährt und genommen werden.
- Kann der Urlaub wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht gewährt werden, ist er nach § 7 Abs. 4 BUrlG finanziell abzugelten.

---

<sup>18</sup> BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 47 ff., NZA 2009, 538.

<sup>19</sup> Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung ABl. EG L 299 vom 18. November 2003 S. 9.



## **D. Nationale Rechtsprechungsgeschichte**

### **I. Urlaub und Arbeitsunfähigkeit seit 1982**

Die für das Urlaubsrecht zuständigen Senate des Bundesarbeitsgerichts haben § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG seit 1982 so ausgelegt, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch erlischt, wenn der Urlaubsanspruch aufgrund krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Übertragungszeitraums nicht erfüllt werden kann.<sup>20</sup>

### **II. Urlaub und Arbeitsunfähigkeit vor 1982**

Der Fünfte Senat hatte das vor 1982 anders gesehen. Er hatte angenommen, dass Urlaubsabgeltungsansprüche bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Urlaubsjahres oder des Übertragungszeitraums nicht verfielen.<sup>21</sup>

## **E. EuGH Schultz-Hoff**

Der seit 1982 kontinuierlich beibehaltenen Rechtsprechungslinie des BAG ist der EuGH in der Sache Schultz-Hoff am 20. Januar 2009 in einer Vorabentscheidung entgegengetreten.<sup>22</sup> Der EuGH hat sich damit im Ergebnis einer Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf angeschlossen. Die Zwölfte Kammer des LAG Düsseldorf hielt die Rechtsprechung des Sechsten, Achten und zuletzt Neunten Senats seit langen Jahren für falsch.<sup>23</sup>

Nach der Entscheidung des EuGH in der Sache Schultz-Hoff verbietet Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie nationale Vorschriften, die am Ende des Arbeitsverhältnisses keine finanzielle Vergütung vorsehen, wenn Arbeitnehmer ihren Urlaub aufgrund einer Erkrankung nicht nehmen können. Nationale Bestimmungen dürfen diese Ansprüche nicht untergehen lassen.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> Vgl. nur BAG 21. Juni 2005 - 9 AZR 200/04 - zu II 1 a der Gründe, AP InsO § 55 Nr. 11 = EzA BUrlG § 7 Nr. 114; 10. Mai 2005 - 9 AZR 253/04 - zu III 2 a der Gründe, EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 13; grundlegend 13. Mai 1982 - 6 AZR 360/80 - zu II 4 b bis e der Gründe, BAGE 39, 53.

<sup>21</sup> BAG 13. November 1969 - 5 AZR 82/69 - zu 2 der Gründe, BAGE 22, 211.

<sup>22</sup> EuGH 20. Januar 2009 - C-350/06 und C-520/06 - (Schultz-Hoff) Rn. 41, NZA 2009, 135.

<sup>23</sup> Siehe die vom LAG Düsseldorf in seiner Berufungsentscheidung in der Sache Schultz-Hoff vom 2. Februar 2009 - 12 Sa 486/06 - zu B I 3 der Gründe, NZA-RR 2006, 628 zitierte eigene Rechtsprechung.

<sup>24</sup> EuGH 20. Januar 2009 - C-350/06 und C-520/06 - (Schultz-Hoff) Rn. 33 und 52, NZA 2009, 135.

## **F. Schultz-Hoff und die Folgen**

### **I. Problem: Bindungswirkung**

#### **1. Neunter Senat: Inhaltliche Bindung**

Wir hatten aus diesem Auslegungsergebnis Konsequenzen zu ziehen. Der EuGH ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als gesetzlicher Richter iSv. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zur endgültigen Entscheidung über die Auslegung des Unionsrechts berufen.<sup>25</sup> Die nationalen Gerichte sind an die Auslegungsergebnisse des EuGH inhaltlich - auch außerhalb des jeweiligen Prozessrechtsverhältnisses - gebunden.<sup>26</sup>

#### **2. Kritik: Bindung nur an den Tenor**

Diese Sichtweise wird kritisch hinterfragt. Thüsing<sup>27</sup> und in seiner Folge von Steinau-Steinrück<sup>28</sup> machen darauf aufmerksam, dass die nationalen Gerichte nur an die Entscheidungsformel des EuGH gebunden seien. Der Tenor in der Sache Schultz-Hoff sei so eindeutig nicht. Es sei daher an eine zweite Vorlage zu denken gewesen.

#### **3. Stellungnahme**

Ich teile den Ansatz Thüsings. Eine Bindung der Mitgliedstaaten und damit auch ihrer Gerichte besteht nur hinsichtlich der Entscheidungsformel. Der Tenor des Urteils in der Sache Schultz-Hoff lässt das Auslegungsergebnis des unterbleibenden Verfalls von Urlaubsabgeltungsansprüchen bei Arbeitsunfähigkeit meines Erachtens jedoch klar erkennen.

### **II. Aufgabe der Rechtsprechung**

Um auf die Argumentationslinie der Entscheidung vom 24. März 2009 zurückzukommen: Wir haben der Klage auf Abgeltung des gesetzlichen Urlaubs abweichend von

---

<sup>25</sup> Vgl. nur BVerfG 30. August 2010 - 1 BvR 1631/08 - Rn. 46 ff., GRUR 2010, 999; 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - (Honeywell) Rn. 56 ff., NZA 2010, 995 zur Ultra-vires-Kontrolle; 25. Februar 2010 - 1 BvR 230/09 - Rn. 15 ff., NZA 2010, 439; siehe zu den Anm. zu diesen Entscheidungen Fn. 4.

<sup>26</sup> BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 47, NZA 2009, 538.

<sup>27</sup> Thüsing unter anderem im Rahmen eines Vortrags bei den Neunten Erfurter Tagen des Arbeitsrechts am 5. September 2009.

<sup>28</sup> Von Steinau-Steinrück bei der 58. Tagung der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein am 18. September 2009.

den Vorinstanzen stattgegeben. Das war für die Vorinstanzen besonders bitter, weil sie der bisherigen Rechtsprechung des Neunten Senats gefolgt waren. Damit hat der Urlaubssenat seine bisherige Rechtsprechung teilweise aufgegeben.

Genenger vermerkt in diesem Zusammenhang, das BAG füge sich den europarechtlichen Vorgaben in der Konfliktlage zwischen Unionsrecht und richtlinienkonformer Auslegung bis zur Grenze der Selbstmissachtung der eigenen Ansichten.<sup>29</sup> Thüsing meint, die Verneinung des Neunten Senats vor dem EuGH sei zu tief.<sup>30</sup> Darauf werde ich am Schluss meines Referats zurückkommen.

### **III. Sonderfall Arbeitsunfähigkeit**

#### **1. Hauptergebnis**

Ich möchte eine Ergebnismitteilung voranstellen. Der Neunte Senat ist zu dem Hauptergebnis gekommen:

- Ansprüche auf Abgeltung gesetzlichen Urlaubs erlöschen nicht, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Übertragungszeitraums krank und deshalb arbeitsunfähig ist.<sup>31</sup>

#### **2. Ableitung aus Zwischenergebnissen, gebotene Änderung durch KHS?**

Das Hauptergebnis leitet sich aus drei Zwischenergebnissen ab:

- § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG ist im Verhältnis zu privaten Arbeitgebern nach den Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie unionsrechtskonform fortzubilden.<sup>32</sup>
- Das mit der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit verbundene Hindernis, den Urlaubsanspruch zu verwirklichen, ist zugleich Sachgrund iSv. Art. 3 Abs. 1 GG für die Ungleichbehandlung der arbeitsfähigen Arbeitnehmer, deren Anspruch zeitlich begrenzt ist.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Genenger Anm. LAGE BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 22 zu IV 2.

<sup>30</sup> Unter anderem in verschiedenen Vorträgen, zB bei den Neunten Erfurter Tagen des Arbeitsrechts am 5. September 2009.

<sup>31</sup> BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 45 ff., NZA 2009, 538.

<sup>32</sup> BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 57 ff., NZA 2009, 538; sehr kritisch dazu zB Kamanabrou SAE 2009, 233, 234 ff.

<sup>33</sup> BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 68, NZA 2009, 538.

- Der Neunte Senat verneint nationalen Vertrauensschutz<sup>34</sup> in den Fortbestand der bisherigen Rechtsprechung des BAG jedenfalls seit Bekanntwerden des Vorabentscheidungsersuchens des LAG Düsseldorf in der Sache Schultz-Hoff vom 2. August 2006.<sup>35</sup> Damit nicht genug: Sie wissen alle, dass der Senat inzwischen noch über diese zeitliche Grenze hinausgegangen ist. Im Revisionsurteil in der Sache Schultz-Hoff vom 23. März 2010 hält der Senat das Vertrauen privater Arbeitgeber schon mit Ablauf der Umsetzungsfrist für die erste Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG seit 24. November 1996 für nicht länger schutzwürdig.<sup>36</sup>
- Ich erwarte nun mit Spannung das Urteil des EuGH in der Sache KHS. Die Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak lassen hoffen, dass es möglich ist, den Fortbestand von Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen für die Vergangenheit zu beschränken. Art. 7 Abs. 1 und 2 der Arbeitszeitrichtlinie soll danach einem von den Mitgliedstaaten festgelegten Übertragungszeitraum nicht entgegenstehen, wenn er so bemessen ist, dass der Zweck des primären Anspruchs auf Erholung gewahrt wird.<sup>37</sup> Frau Trstenjak hält 18 Monate für ausreichend und zieht dabei den Rechtsgedanken des Art. 9 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 132 der IAO heran. Sechs Monate seien demgegenüber zu kurz.<sup>38</sup> Wie der EuGH sich positionieren wird, ist hochinteressant. Wenn sich der Gerichtshof den Schlussanträgen anschließen sollte, ist gleichwohl ungewiss, ob der Neunte Senat im nationalen Urlaubsrecht eine Anknüpfung an den Rechtsgedanken des Art. 9 Abs. 1 des IAO-Übereinkommens Nr. 132 finden wird.

---

<sup>34</sup> BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 69 ff., NZA 2009, 538.

<sup>35</sup> LAG Düsseldorf 2. August 2006 - 12 Sa 486/06 - NZA-RR 2006, 628.

<sup>36</sup> BAG 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 96 ff., NZA 2010, 810 mit Besprechung Pulz jurisPR-ArbR 29/2010 Anm. 1, der mit Blick auf Art. 9 IAOÜbk Nr. 132 und die Vorlage des LAG Hamm vom 15. April 2010 (- 16 Sa 1176/09 - LAGE BUrIG § 7 Abgeltung Nr. 27 mit Besprechung Pulz jurisPR-ArbR 23/2010 Anm. 1) eine Verfallfrist von höchstens 18 Monaten nach dem Ende des Jahres, in dem der Urlaubsanspruch entstanden ist, in Erwägung zieht. Die erwähnte Vorlage des LAG Hamm - die Sache KHS - ist beim Gerichtshof unter - C-214/10 - anhängig. In dieser Sache hat am 3. Mai 2011 die mündliche Verhandlung vor der Großen Kammer stattgefunden. Die Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak stammen vom 7. Juli 2011 (DB 2011, 1757). Die Entscheidung wird mit Spannung erwartet.

<sup>37</sup> Schlussanträge Trstenjak vom 7. Juli 2011 - C-214/10 - (KHS) Rn. 48 ff., 97, DB 2011, 1757.

<sup>38</sup> Schlussanträge Trstenjak vom 7. Juli 2011 - C-214/10 - (KHS) Rn. 80 ff., DB 2011, 1757.

### 3. Jedenfalls vor Lissabon: Keine Unanwendbarkeit von § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG

Der Neunte Senat konnte die Befristung des Urlaubsanspruchs in § 7 Abs. 3 Satz 1 und 3 BUrlG nicht einfach unangewendet lassen. Die ersten Schultz-Hoff-Folgeentscheidungen aus den Jahren 2009 bis 2011<sup>39</sup> unterscheiden sich darin von der Mangold-Rezeption des Siebten Senats von 2006.<sup>40</sup> Der EuGH hat seinem Urteil in der Sache Schultz-Hoff nicht das Primärrecht der Verträge, sondern ausschließlich das sekundäre Richtlinienrecht des Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie zugrunde gelegt.

Das war nach den Schlussanträgen der Generalanwältin nicht sicher.<sup>41</sup> Trstenjak hatte den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub als soziales Grundrecht und jedermann zustehendes Menschenrecht iSv. Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verstanden. Durch Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 EUV ist die Grundrechte-Charta in den Rang von Primärrecht erhoben. Die Charta verbürgt in Art. 31 Abs. 2 das Recht auf bezahlten Jahresurlaub.<sup>42</sup>

Der von Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie verbürgte Mindestjahresurlaubsanspruch beruhte zumindest bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 nicht auf Primärrecht. Der EuGH hat stets hervorgehoben, dass der Anspruch jedes Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Gemeinschaft (*heute: Union*) sei.<sup>43</sup> Der Gerichtshof hat diesen Grundsatz in seiner Urlaubsrechtsprechung - zB in der Sache Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols<sup>44</sup> - jedoch bisher nicht auf die Verträge, sondern auf das sekundäre Unionsrecht des Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie gestützt.<sup>45</sup> Ein Grundsatz des Unions-

---

<sup>39</sup> Grundlegend BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 53, NZA 2009, 538; fortgeführt von BAG 17. November 2009 - 9 AZR 844/08 - Rn. 18 f., NZA 2010, 1020; BAG 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 84, NZA 2010, 810; BAG 4. Mai 2010 - 9 AZR 183/09 - Rn. 19, NZA 2010, 1011; BAG 12. April 2011 - 9 AZR 80/10 - Rn. 21 ff.; BAG 9. August 2011 - 9 AZR 253/10 -; BAG 9. August 2011 - 9 AZR 425/10 -.

<sup>40</sup> BAG 26. April 2006 - 7 AZR 500/04 - Rn. 22 ff., NZA 2006, 1162; verfassungsrechtlich „bestätigt“ von BVerfG 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - (Honeywell) Rn. 52 ff., NZA 2010, 995.

<sup>41</sup> Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak in der Sache Schultz-Hoff vom 24. Januar 2008 - C-350/06 - Rn. 33 und 39; kritisch dazu Bauer/Arnold NJW 2009, 631, 633.

<sup>42</sup> Maul-Sartori jurisPR-ArbR 25/2010 Anm. 4 zu D; zu der Wirkungsweise der Charta zB Wißmann JbArbR Bd. 48 S. 73, 75 ff.

<sup>43</sup> Vgl. nur EuGH 10. September 2009 - C-277/08 - (Vicente Pereda) Rn. 18, NZA 2009, 1133.

<sup>44</sup> EuGH 22. 4. 2010 - C-486/08 - (Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols) Rn. 28 mwN, NZA 2010, 557.

<sup>45</sup> Näher BAG 17. November 2009 - 9 AZR 844/08 - Rn. 18 f., NZA 2010, 1020; 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 51, NZA 2009, 538, jeweils mwN.

rechts ist nicht gleichzusetzen mit einem Unionsgrundrecht.<sup>46</sup> Die Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak in der Sache Dominguez vom 8. September 2011 verneinen inzwischen in Abgrenzung zu Küçükdeveci ausdrücklich eine unmittelbare Anwendung des Grundrechts auf bezahlten Jahresurlaub aus Art. 31 Abs. 2 GRC und einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des primären Unionsrechts. Der richtlinienrechtlich verbürgte Urlaubsanspruch wirkt zwischen Privaten danach nicht direkt.<sup>47</sup> Wie der EuGH sich positioniert, bleibt abzuwarten.

Ich meine mit Frau Trstenjak auch nach Inkrafttreten von Lissabon: Für Richtlinienrecht kennt das Unionsrecht keinen Mechanismus, der es dem nationalen Gericht erlaubt, einzelstaatliche richtlinienwidrige Vorschriften zu „eliminieren“. Das betont der EuGH beispielsweise in der Sache Arcaro.<sup>48</sup>

#### **4. Keine horizontale Direktwirkung gegenüber Privaten**

Ich komme auf das Sekundärrecht zurück. Der Arbeitszeitrichtlinie kommt auch keine unmittelbare Wirkung gegenüber Privaten zu. Richtlinien verpflichten nach Art. 288 Abs. 3 AEUV die Mitgliedstaaten. Sie müssen die von der Richtlinie verfolgten Ziele innerhalb einer bestimmten Frist in nationales Recht umsetzen. Richtlinien wirken daher in aller Regel nicht direkt im Verhältnis zwischen Bürgern. Hierfür beziehe ich mich zB auf die Entscheidungen Küçükdeveci und Mono Car Styling des EuGH.<sup>49</sup>

#### **5. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung**

Das Bundesurlaubsgesetz muss aus Sicht des Neunten Senats richtlinienkonform fortgebildet werden, um die volle Wirkung des Unionsrechts sicherzustellen.

---

<sup>46</sup> Schlachter RdA 2009 Sonderbeilage Heft 5, 31, 32.

<sup>47</sup> Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak vom 8. September 2011 in der Sache Dominguez - C-282/10 – Rn. 115 ff.

<sup>48</sup> EuGH 26. September 1996 - C-168/95 - (Arcaro) Rn. 40 ff., Slg. 1996, I-4705; näher zur fehlenden horizontalen Direktwirkung gegenüber Privatrechtssubjekten BAG 16. Oktober 2008 - 7 AZR 253/07 (A) - Rn. 52, NZA 2009, 378.

<sup>49</sup> EuGH 19. Januar 2010 - C-555/07 - (Küçükdeveci) Rn. 46, NZA 2010, 85; 16. Juli 2009 - C- 12/08 - (Mono Car Styling) Rn. 59 mwN, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 98/59 Nr. 2; zur abzulehnenden sog. Abkopplung als der Möglichkeit, sich auf die Richtlinie zu berufen, um das entgegenstehende nationale Recht auszuschließen, BAG 17. November 2009 - 9 AZR 844/08 - Rn. 23 mwN, NZA 2010, 1020; siehe auch die Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak vom 8. September 2011 in der Sache Dominguez - C-282/10 - Rn. 115 ff..

### a) Obersätze des EuGH am Beispiel von Pfeiffer ua.

Dieser sog. effet utile des Unionsrechts findet sich besonders einprägsam in der Entscheidung Pfeiffer ua. des EuGH,<sup>50</sup> fortgeführt zB von der Entscheidung Mono Car Styling.<sup>51</sup> Erlauben Sie mir einige nahezu wörtliche, von mir kommentierte Zitate, die ich vom früheren Gemeinschaftsrecht in die Begrifflichkeit des Unionsrechts nach Lissabon „übersetze“:

- Danach haben die nationalen Gerichte den Rechtsschutz der Bürger der Mitgliedstaaten zu gewährleisten, der sich aus dem Unionsrecht ergibt.
- Die innerstaatlichen Gerichte müssen die volle Wirkung des Unionsrechts sicherstellen.
- Sie müssen wegen Art. 288 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) davon ausgehen, dass der Mitgliedstaat den Verpflichtungen, die sich aus der Richtlinie ergeben, in vollem Umfang nachkommen wollte. Der „effet utile“ folgt also aus dem unmittelbar wirkenden Primärrecht des AEUV.
- Die vom AEUV begründete Verpflichtung verlangt, dass die nationalen Gerichte das gesamte innerstaatliche Recht berücksichtigen, um zu beurteilen, inwieweit es angewandt werden kann, damit kein der Richtlinie widersprechendes Ergebnis herbeigeführt wird.<sup>52</sup>
- Ermöglicht es das nationale Recht, eine innerstaatliche Bestimmung so auszulegen, dass eine Kollision mit einer anderen Norm innerstaatlichen Rechts vermieden wird, sind die nationalen Gerichte verpflichtet, die gleichen Methoden anzuwenden, um das von der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen.

---

<sup>50</sup> Vgl. EuGH 5. Oktober 2004 - C-397/01 bis C-403/01 - (Pfeiffer ua.) Rn. 111 f., 115 ff., NZA 2004, 1145; fortgeführt von EuGH 16. Juli 2009 - C-12/08 - (Mono Car Styling) Rn. 59 ff., EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 98/59 Nr. 2; zum Gebot richtlinienkonformer Auslegung ferner EuGH 11. Juli 2006 - C-13/05 - (Chacón Navas) Rn. 56, NZA 2006, 839; BAG 23. März 2006 - 2 AZR 343/05 - Rn. 25, NZA 2006, 971; Winter JbArbR Bd. 40, 21, 46 f.; zu den Grenzen richtlinienkonformer Auslegung BAG 17. November 2009 - 9 AZR 844/08 - Rn. 24 ff. mwN, NZA 2010, 1020 mit ablehnender Anm. Rudkowski SAE 2011, 1 ff.; BAG 18. Februar 2003 - 1 ABR 2/02 - zu B IV 3 b dd der Gründe, NZA 2003, 742: Keine richtlinienkonforme Auslegung contra legem.

<sup>51</sup> EuGH 16. 7. 2009 - C-12/08 - (Mono Car Styling) Rn. 111 f., 115 ff., EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 98/59 Nr. 2.

<sup>52</sup> EuGH 5. Oktober 2004 - C-397/01 bis C-403/01 - (Pfeiffer ua.) Rn. 112, 115, NZA 2004, 1145.

- Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn die nationalen Gerichte die Reichweite der innerstaatlichen Bestimmung zu diesem Zweck einschränken müssen.<sup>53</sup>

## **b) Fortbildung von § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG**

### **aa) Ergebnis**

In Anwendung dieser Vorgaben ist das Bundesurlaubsgesetz aus Sicht des Neunten Senats so zu verstehen, dass gesetzliche Urlaubsabgeltungsansprüche nicht erlöschen, wenn Arbeitnehmer bis zum Ende des Übertragungszeitraums erkrankt und deshalb arbeitsunfähig sind.

Wir konnten unseres Erachtens offenlassen, ob das nationale Recht des Bundesurlaubsgesetzes in dieser Weise innerhalb seines Wortlauts ausgelegt werden kann. Es ist jedenfalls über seinen Wortlaut hinaus fortzubilden.<sup>54</sup>

### **bb) Interkulturelle Besonderheit**

Was Auslegung und Fortbildung angeht, gibt es eine interkulturelle Besonderheit.<sup>55</sup> Der von der Rechtsprechung des EuGH geprägte Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten mehr als bloße Auslegung im deutschen Sinn. Das zeigen die schon referierten Obersätze der Entscheidung des EuGH in der Sache Pfeiffer ua.<sup>56</sup> Sie verlangen auch eine Einschränkung der Reichweite des innerstaatlichen Rechts. Der EuGH geht hinsichtlich des Begriffs der „Auslegung“ nicht von

---

<sup>53</sup> EuGH 5. Oktober 2004 - C-397/01 bis C-403/01 - (Pfeiffer ua.) Rn. 116, NZA 2004, 1145.

<sup>54</sup> BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 59, NZA 2009, 538; für eine gebotene richtlinienkonforme Auslegung von § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG, jedoch ohne Differenzierung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung LAG Düsseldorf 2. Februar 2009 - 12 Sa 486/06 - zu B II der Gründe, NZA-RR 2006, 628 in dem auf die Vorabentscheidung des EuGH in der Sache Schultz-Hoff ergangenen Berufungsurteil, allerdings in einer Konstellation der ohnehin eingetretenen vertikalen Direktwirkung gegenüber einem öffentlichen Arbeitgeber; ebenfalls befürwortend Dornbusch/Ahner NZA 2009, 180, 183; Kloppenburg jurisPR-ArbR 5/2009 Anm. 1; Kohte/Beetz jurisPR-ArbR 11/2009 Anm. 3 zu D; Mestwerdt jurisPR-ArbR 10/2009 Anm. 1; wohl auch Gaul/Josten/Strauf BB 2009, 497, 498f.; aA Bauer/Arnold NJW 2009, 631, 633; Thüsing FA 2009, 65; gegen Auslegung und Fortbildung Picker ZTR 2009, 230, 233 ff.; gegen Fortbildung und die Methodik des Neunten Senats ablehnend Kamanabrou SAE 2009, 233, 234 ff.; Krieger/Arnold NZA 2009, 530, 531; offengelassen von Gaul/Bonanni/Ludwig DB 2009, 1013 ff.; Genenger Anm. LAGE BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 22 zu IV 2; Schmidt BB 2009, 504; von Steinau-Steinrück/Mosch NJW-Spezial 2009, 338 f.; Wolmerath FA 2009, 79; ausdrücklich für eine einfache einschränkende Auslegung Kamanabrou SAE 2009, 121, 126 f.; dieselbe SAE 2009, 233, 236; Kohte/Beetz jurisPR-ArbR 25/2009 Anm. 1 zu B 4; Rummel AuR 2009, 216.

<sup>55</sup> Kritisch zu diesem Ansatz Kamanabrou SAE 2009, 233, 234 ff.

<sup>56</sup> EuGH 5. Oktober 2004 - C-397/01 bis C-403/01 - (Pfeiffer ua.) Rn. 111 f., 115 ff., NZA 2004, 1145.



der bei uns üblichen Unterscheidung zwischen Auslegung im engeren Sinn und Rechtsfortbildung aus. Das betont Schlachter zu Recht.<sup>57</sup>

### **cc) Auslegungsfundament: Nationales Recht**

Um Missverständnissen vorzubeugen: Die vom EuGH nicht getroffene Unterscheidung zwischen Auslegung und Fortbildung bedeutet methodisch nicht, dass es für die Auslegung oder Rechtsfortbildung auf das Unionsrecht ankommt. Der EuGH unterstreicht in der Sache Pfeiffer ua. lediglich die Notwendigkeit, alle Möglichkeiten auszuschöpfen, die das nationale Recht bietet, um die Wirksamkeit des sekundären Unionsrechts zu gewährleisten. Da das deutsche Recht die Rechtsfortbildung kennt, ist es geboten, diese Methodik anzuwenden, wenn ihre Voraussetzungen erfüllt sind.

### **dd) Grenze der Rechtsfortbildung: Nicht immer der Wortlaut**

Der Wortlaut ist deswegen nur dann eine Grenze für die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung, wenn der nationale Gesetzgeber in ihm einen entgegenstehenden Willen ausdrückt.<sup>58</sup> Der nationale Richter darf sich nicht zum Ersatzgesetzgeber machen. Der Begriff der „Auslegung contra legem“<sup>59</sup> ist funktionell zu verstehen. Der innerstaatliche Richter darf eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers mit anderen Worten nicht aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen ändern. Die deutschen Gerichte sind nach Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden. Sie haben das Gewaltenteilungsprinzip des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG zu beachten. Werden diese Grenzen nicht überschritten, ist das nationale Recht richtlinienkonform fortzubilden, wo es nötig und möglich ist.<sup>60</sup>

### **ee) Gesetzesgeschichte und Zweck des § 7 BUrlG**

Der Neunte Senat hat die Voraussetzungen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion in der ersten Schultz-Hoff-Folgeentscheidung, dem Erzieherinnenfall, für erfüllt gehalten. Dafür spricht:

---

<sup>57</sup> Schlachter RdA 2005, 115, 119 f.; vgl. auch BGH 26. November 2008 - VIII ZR 200/05 - Rn. 21, NJW 2009, 427.

<sup>58</sup> BAG 17. November 2009 - 9 AZR 844/08 - Rn. 24 ff. mwN, NZA 2010, 1020.

<sup>59</sup> Vgl. dazu auch die Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak vom 8. September 2011 in der Sache Dominguez - C -282/10 - Rn. 115 ff.

<sup>60</sup> BGH 26. November 2008 - VIII ZR 200/05 - Rn. 21 und 29 ff. mwN, NJW 2009, 427.

- Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ist in den Gesetzesmaterialien des Bundesurlaubsgesetzes nicht erwähnt und war zu keinem Zeitpunkt Gegenstand der rechtspolitischen Auseinandersetzung.<sup>61</sup>
- Die Gesetzesmaterialien der vor Inkrafttreten der ersten Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG geltenden Fassung des Bundesurlaubsgesetzes behandeln den Fall der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit nicht.
- Die letzte Änderung des § 7 BUrlG trat mit Wirkung vom 1. Juni 1994 in Kraft.<sup>62</sup> Damals wurde § 7 Abs. 1 BUrlG um seinen heutigen Satz 2 ergänzt. Danach ist der Urlaub zu gewähren, wenn der Arbeitnehmer dies im Anschluss an eine Maßnahme der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation verlangt.
- Mit der Neufassung sollte das gesundheitspolitische Anliegen des Gesetzgebers betont werden.<sup>63</sup> Dieses Anliegen deckt sich mit einem der Ziele der Richtliniengeber. Der EuGH führt in der Sache Schultz-Hoff aus, der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub aus Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie solle jedem Arbeitnehmer unabhängig von seinem Gesundheitszustand zustehen.<sup>64</sup>

Aus der Gesetzesgeschichte des Bundesurlaubsgesetzes geht demnach kein Anhaltspunkt für eine den Richtlinienzielen widersprechende Zielsetzung des deutschen Gesetzgebers hervor. Die für die Fortbildung erforderliche Regelungslücke<sup>65</sup> und die planwidrige Unvollständigkeit des § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG sind zu bejahen. Die zeitlichen Beschränkungen des Urlaubsanspruchs in § 7 Abs. 3 Satz 1, 3 und 4 BUrlG bis zum Ende des Bezugs- und/oder des Übertragungszeitraums bestehen im Fall der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit nach Ansicht des Neunten Senats nicht. Die Reduktion erfasst den Urlaubsabgeltungsanspruch aus § 7 Abs. 4 BUrlG.

---

<sup>61</sup> Zur Gesetzesgeschichte Kamanabrou SAE 2009, 233, 234 ff., die die Methodik des Neunten Senats ablehnt.

<sup>62</sup> BGBl. I S. 2879.

<sup>63</sup> Vgl. zB AnwK-ArbR/Düwell 2. Aufl. § 7 BUrlG Rn. 2.

<sup>64</sup> EuGH 20. Januar 2009 - C-350/06 und C-520/06 - (Schultz-Hoff) Rn. 54, NZA 2009, 135. 58.

<sup>65</sup> Zum Lückenbegriff näher Kamanabrou SAE 2009, 233, 234 ff.

## **ff) Kritik**

Kamanabrou<sup>66</sup> und Krieger/Arnold<sup>67</sup> kritisieren die niedrige Schwelle des Neunten Senats für die richtlinienkonforme Fortbildung, die eine dem Richtlinienzweck nicht widersprechende Zielsetzung des nationalen Gesetzgebers ausreichen lässt.

## **gg) Stellungnahme**

Dieses Bedenken teile ich nicht. Die Begriffe der Regelungslücke und der planwidrigen Unvollständigkeit müssen im Bereich der richtlinienkonformen Fortbildung auf der Grundlage des regelmäßig anzunehmenden Umsetzungswillens des nationalen Gesetzgebers ausgefüllt werden. Nur eine dem Richtlinienzweck erkennbar gegenläufige Zielsetzung steht einer richtlinienkonformen Fortbildung des innerstaatlichen Rechts entgegen.

## **6. Rückzugslinie: Einfache einschränkende Auslegung**

Ich will nicht verhehlen, dass ich selbst schon eine einfache einschränkende Auslegung von § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG in den Grenzen des Wortlauts für möglich halte.<sup>68</sup> Argumente hierfür sind:

- Das Erfordernis der Erfüllbarkeit der Freistellung, der Verfall des Urlaubsanspruchs und der Surrogationscharakter des Abgeltungsanspruchs sind im Gesetzeswortlaut nicht ausdrücklich angelegt.
- Sie sind aus dem Gesetzeszusammenhang nicht in einer Weise zu entnehmen, die jede andere Auslegung ausschließt.
- Der Verfall ist in § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG nicht ausdrücklich angeordnet.
- Die Abgeltung ist im Wortlaut des § 7 Abs. 4 BUrlG nicht daran gebunden, dass der Urlaubsanspruch erfüllbar ist.
- Auf die Möglichkeit einer einfachen einschränkenden Auslegung deuten auch § 9 BUrlG sowie § 17 Abs. 2 und 3 BEEG hin. Zeiten, in denen der Urlaubsanspruch aus Gründen, die vom Willen des Arbeitnehmers unabhängig sind, nicht

---

<sup>66</sup> Kamanabrou SAE 2009, 233, 234 ff.

<sup>67</sup> Krieger/Arnold NZA 2009, 530, 531.

<sup>68</sup> Für eine einfache einschränkende Auslegung Kamanabrou SAE 2009, 121, 126 f.; dieselbe SAE 2009, 233, 236; Kohte/Beetz jurisPR-ArbR 25/2009 Anm. 1 zu B 4; Rummel AuR 2009, 216.

realisiert werden kann, dürfen sich nicht nachteilig auf den Bestand des Urlaubs- und des Urlaubsabgeltungsanspruchs auswirken.<sup>69</sup>

- Der Fünfte Senat, der vor 1982 für das Urlaubsrecht zuständig war, hatte noch angenommen, dass Urlaubsabgeltungsansprüche bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Urlaubsjahres oder des Übertragungszeitraums nicht verfielen.<sup>70</sup>
- Die vom Neunten Senat vorgenommene teleologische Reduktion hat jedoch einen klarstellenden Nebeneffekt. Sie macht deutlich, wie weit die Auslegungs- und Fortbildungsbemühungen eines nationalen Gerichts gehen müssen.<sup>71</sup>

## **7. Absolute Grenze richtlinienkonformer Auslegung oder Rechtsfortbildung**

Besonders wichtig scheint mir, auf die Grenze der richtlinienkonformen Auslegung und Rechtsfortbildung aufmerksam zu machen. Dazu hatte der Neunte Senat in seiner Entscheidung vom 17. November 2009 im Zusammenhang mit § 13 Abs. 2 Satz 1 BUrlG Gelegenheit.<sup>72</sup> Ist die Zielsetzung des innerstaatlichen Rechts eindeutig und widerspricht sie dem Richtlinienziel, fehlt ein besonderer oder auch nur allgemeiner Umsetzungswille des nationalen Gesetzgebers iSv. Art. 288 Abs. 3 AEUV. Ein Vorabentscheidungsersuchen des BAG scheidet aus, weil die Auslegung des Richtlinienrechts für das deutsche Gericht dann nicht entscheidungserheblich iSv. Art. 267 Abs. 3 iVm. Abs. 2 AEUV ist.<sup>73</sup>

## **8. Grundrechtsrelevanz gebotener Auslegung oder Rechtsfortbildung**

Die nach primärem Unionsrecht gebotene Auslegung oder Rechtsfortbildung ist grundrechtsrelevant und damit verfassungsrechtlich sensibel.

Ich kann es mir hier aber erfreulicherweise einfach machen und muss nicht näher auf die komplexen Fragen des Vorrangs des Unionsrechts vor nationalem Verfassungsrecht eingehen. Das mit der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit verbundene Hin-

---

<sup>69</sup> Näher BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983 /07 - Rn. 63, NZA 2009, 538.

<sup>70</sup> Vgl. BAG 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 117, NZA 2010, 810; BAG 13. November 1969 - 5 AZR 82/69 - zu 2 der Gründe, BAGE 22, 211.

<sup>71</sup> EuGH 5. Oktober 2004 - C-397/01 bis C-403/01 - (Pfeiffer ua.) Rn. 111 f., 115 ff., NZA 2004, 1145.

<sup>72</sup> BAG 17. November 2009 - 9 AZR 844/08 - NZA 2010, 1020 mit zustimmender Anm. Höpfner AP BUrlG § 11 Nr. 65 und ablehnender Anm. Rudkowski SAE 2011, 1 ff.

<sup>73</sup> BAG 17. November 2009 - 9 AZR 844/08 - Rn. 24 ff. mwN, NZA 2010, 1020.

dernis, den Urlaubsanspruch zu verwirklichen, ist zugleich Sachgrund für die Ungleichbehandlung der arbeitsfähigen Arbeitnehmer, deren Anspruch zeitlich begrenzt ist.

Die richtlinienkonforme Fortbildung des § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG genügt damit auch den Anforderungen an eine verfassungskonforme Auslegung im Licht des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>74</sup> Die Schwierigkeiten, die etwa in der Lissabon-Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2009<sup>75</sup> auftraten, hatte der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts im Erzieherinnenfall nicht zu bewältigen.

#### IV. Vertrauensschutz?

Ich komme nun zu einem letzten neuralgischen Punkt: der Frage des Vertrauensschutzes in die bisherige Rechtsprechung der für das Urlaubsrecht zuständigen Senate des BAG seit 1982. Die Vertrauensschutzerwägungen des Neunten Senats in den Urteilen vom 24. März 2009<sup>76</sup> und 23. März 2010<sup>77</sup> haben vor allem in der arbeitgebernahen Literatur vehemente Kritik hervorgerufen.<sup>78</sup> Vertrauensschutzerwägungen stoßen im Schrifttum nicht erst seit der Junk-Rezeption auf großes Interesse.<sup>79</sup>

---

<sup>74</sup> Vgl. zu den Erfordernissen verfassungskonformer Auslegung auch BAG 20. Mai 2008 - 9 AZR 219/07 - Rn. 32 ff., NZA 2008, 1237.

<sup>75</sup> BVerfG 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 und 2 BvR 182/09 - (Lissabon-Vertrag, EU-Vertrag) Rn. 207 ff., BVerfGE 123, 167.

<sup>76</sup> BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 69 ff., NZA 2009, 538.

<sup>77</sup> BAG 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 72 ff. mit zahlreichen Nachweisen, NZA 2010, 810; dazu auch Arnold ArbRB 2010, 169; Besgen SAE 2010, 201; Fuhlrott EWiR 2010, 451; Lunk ArbRB 2010, 104; Powietzka NZA 2010, 673; Pulz jurisPR-ArbR 29/2010 Anm. 1; Wagner FA 2010, 238; zu der Vertrauensschutzfrage im Zusammenhang mit der ersten Folgeentscheidung des BAG zu Schultz-Hoff vom 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 69 ff., NZA 2009, 538 Lunk FS Kreutz S. 689, 699 ff.

<sup>78</sup> Für Vertrauensschutz Bauer/Arnold NJW 2009, 631, 633 f.; dieselben Anm. AP BUrlG § 7 Nr. 39 zu 2; Gaul/Bonanni/Ludwig DB 2009, 1013 f., 1017; Kock BB 2009, 1181; Krieger/Arnold NZA 2009, 530, 531 f.; von Steinau-Steinrück/Mosch NJW-Spezial 2009, 338f.; im Ergebnis offengelassen, aber wohl für Vertrauensschutz Genenger LAGE BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 22 zu IV 2; Picker ZTR 2009, 230, 235 f.; offengelassen von Kamanabrou SAE 2009, 121, 127 und SAE 2009, 233, 236 f.; gegen Vertrauensschutz Abele RdA 2009, 312, 317; Kohte/Beetz jurisPR-ArbR 25/2009 Anm. 1 zu B 5 aE; Rummel AuR 2009, 217 f.; Schlachter RdA 2009 Sonderbeilage Heft 5, 31, 35 f., die einen zeitlich unbegrenzten Ausschluss von Vertrauensschutz erwägt.

<sup>79</sup> Siehe in dem allgemeineren Zusammenhang von Rückwirkung und Vertrauensschutz - zum Teil gelöst von der unionsrechtlichen Problematik - zB Buchner FS Dietz S. 175 ff.; Höpfner RdA 2006, 156 ff.; derselbe NZA 2008, 91 ff.; derselbe NZA 2009, 420 ff.; Linsenmaier FS Kreutz S. 287 ff.; Löwisch FS Arbeitsgerichtsbarkeit S. 601 ff.; Louven Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts; Lunk FS Kreutz S. 689 ff.; Medicus NJW 1995, 2577 ff.; Spielberger NZA 2007, 1086 ff.; Stoffels NZA 2005, 726 ff.; Tillmanns FS Buchner S. 885 ff.; Wißmann FS Bauer S. 1161 ff.; vgl. auch die Übersicht bei Lunk „Vertrauensschutz in der Rechtsprechung des BAG, des BGH und des EuGH - kein Vertrauen mehr auf Vertrauensschutz?“ in seinem Vortrag während der 60. Tagung der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein in Erfurt am 17. September 2010; der-

## 1. Kernaussagen Neunter Senat (*Schultz-Hoff*)

Die Kernaussagen des Neunten Senats zum Vertrauensschutz sind seit der Revisionsentscheidung in der Sache Schultz-Hoff vom 23. März 2010:<sup>80</sup>

- Die innerstaatlichen Gerichte sind als Teil der Staatsgewalt an das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG gebunden. Sie haben den Grundsatz des Vertrauensschutzes zu beachten.
- Die langjährige Rechtsprechung der Urlaubssenats des Bundesarbeitsgerichts, die seit 1982 vom Verfall von Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen bei bis zum Ende des Übertragungszeitraums fortdauernder Arbeitsunfähigkeit ausging, war geeignet, berechtigtes Vertrauen der Arbeitgeberseite auf den Fortbestand dieser Rechtsprechung zu begründen.
- Die Vertrauensgrundlage entfiel jedoch mit dem Ende der Umsetzungsfrist für die erste Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG am 23. November 1996. Seit dem 24. November 1996 ist das Vertrauen von Arbeitgebern auf die Fortdauer der ausschließlich zum nationalen Recht ergangenen Rechtsprechung nicht länger schutzwürdig.

## 2. Ableitungen und Kritik

Die Revisionsentscheidung in der Sache Schultz-Hoff vom 23. März 2010 ist noch relativ jung.<sup>81</sup> Sie erinnern sich deshalb vielleicht trotz ihrer Ausführlichkeit an die dortigen Vertrauensschutzerwägungen. Aus Zeitgründen beschränke ich mich an dieser Stelle auf eine sehr schlichte, wenig vertiefte Mitteilung der wesentlichen Einzelergebnisse.

### a) Gebot der Prüfung innerstaatlichen Vertrauensschutzes

Innerstaatlicher Vertrauensschutz ist von den nationalen Gerichten auf der Grundlage von Art. 12 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG zu prüfen, auch wenn der EuGH keinen uni-

---

*selbe mit dem Titel „Rückwirkung versus Vertrauensschutz in der neueren Judikatur des BAG“ zu IV in seinem Vortrag anlässlich eines Treffens von Richterinnen und Richtern des BAG mit Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht des Deutschen Anwaltvereins in Erfurt am 25. Juni 2009.*

<sup>80</sup> BAG 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 72 ff. mit zahlreichen Nachweisen, NZA 2010, 810; dazu auch Arnold ArbRB 2010, 169; Besgen SAE 2010, 201; Fuhlrott EWiR 2010, 451; Lunk ArbRB 2010, 104; Powietzka NZA 2010, 673; Pulz jurisPR-ArbR 29/2010 Anm. 1; Wagner FA 2010, 238; zu der Vertrauensschutzfrage im Zusammenhang mit der ersten Folgeentscheidung des BAG zu Schultz-Hoff vom 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 69 ff., NZA 2009, 538 Lunk FS Kreuzt S. 689, 699 ff.

<sup>81</sup> BAG 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 72 ff. mit zahlreichen Nachweisen, NZA 2010, 810.

onsrechtlichen Vertrauensschutz annimmt. Die beiden Arten des Vertrauensschutzes unterscheiden sich in ihren Voraussetzungen.

- Unionsrechtlicher Vertrauensschutz setzt
  - neben dem guten Glauben des Betroffenen
  - die Gefahr schwerwiegender wirtschaftlicher Störungen bei Anwendung der vom EuGH vorgenommenen Auslegung des Unionsrechts auf vergangene Vorgänge voraus.<sup>82</sup>
- Der Gerichtshof kann die Rückwirkung seiner gefundenen Auslegungsergebnisse nur ganz ausnahmsweise aufgrund des allgemeinen unionsrechtlichen Grundsatzes der Rechtssicherheit beschränken. Er hat auf eine solche Lösung bisher nur zurückgegriffen, wenn
  - die Gefahr schwerwiegender wirtschaftlicher Auswirkungen im Zusammenhang mit der großen Zahl von Rechtsverhältnissen bestand, die gutgläubig auf der Grundlage der als gültig betrachteten Regelung eingegangen worden waren, und
  - eine objektive, bedeutende Unsicherheit hinsichtlich der Tragweite der gemeinschafts- oder unionsrechtlichen Bestimmungen gegeben war, zu der gegebenenfalls auch das Verhalten anderer Mitgliedstaaten oder der Kommission beigetragen hatte.<sup>83</sup>
- Äußert sich der EuGH nicht zu der Frage der Rückwirkung oder zeitlichen Begrenzung seiner Antwort, schließt er damit inzident unionsrechtlichen Vertrauensschutz aus.
- Anderes gilt nur, wenn das vorliegende Gericht den Gerichtshof ausdrücklich nach einer möglichen zeitlichen Begrenzung seiner Antwort gefragt hat.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Vgl. nur EuGH 21. Oktober 2010 - C-242/09 - (Albron Catering) Rn. 36 mwN, ZIP 2010, 2170; EuGH 1. April 2008 - C-267/06 - (Maruko) Rn. 77 mwN, NZA 2008, 459; EuGH 15. März 2005 - C-209/03 - (Bidar) Rn. 68 f., Slg. 2005, I-2119.

<sup>83</sup> EuGH 21. Oktober 2010 - C-242/09 - (Albron Catering) Rn. 37 mwN, ZIP 2010, 2170.

<sup>84</sup> Vgl. Riesenhuber Anm. AP KSchG 1969 § 17 Nr. 21; Wißmann FS Bauer S. 1161, 1164; zu ausdrücklich angefragten zeitlichen Begrenzungen zB EuGH 21. Oktober 2010 - C-242/09 - (Albron Catering) Rn. 33 f., ZIP 2010, 2170; EuGH 12. Februar 2009 - C-138/07 - (Cobelfret) Rn. 66 ff., EuZW 2009, 329; EuGH 15. März 2005 - C-209/03 - (Bidar) Rn. 64 ff., Slg. 2005, I-2119.

- Der EuGH hebt selbst hervor, die Pflicht des nationalen Gerichts zur unionsrechtskonformen Auslegung werde durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze, insbesondere den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot begrenzt.<sup>85</sup>
- Das BVerfG betont seinerseits in der Sache Honeywell, die Möglichkeiten mitgliedstaatlicher Gerichte zur Gewährung von Vertrauensschutz seien unionsrechtlich vorgeprägt und begrenzt.<sup>86</sup>

## b) Nationaler Vertrauensschutz: Unterscheidung von Primär- und Sekundärrecht

Das BAG differenziert in der Frage nationalen Vertrauensschutzes zwischen Primär- und Sekundärrecht.<sup>87</sup>

- Der Siebte Senat nimmt an, für die zeitliche Begrenzung der Unanwendbarkeit einer gegen das Primärrecht der Gemeinschaft (*heute: Union*) verstoßenden nationalen Norm sei allein der EuGH zuständig.<sup>88</sup>
- Der Zweite, der Sechste und der Achte Senat gehen davon aus, dass nationaler Vertrauensschutz bei Sekundärrecht auch dann möglich ist, wenn der EuGH die Wirkung einer Vorabentscheidung nicht zeitlich begrenzt hat.<sup>89</sup>
- Das deutsche Schrifttum bejaht im Fall sekundären Unionsrechts überwiegend die Möglichkeit nationalen Vertrauensschutzes in den Fortbestand einer inner-

---

<sup>85</sup> Vgl. EuGH 16. Juli 2009 - C-12/08 - (*Mono Car Styling*) Rn. 61, EZA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 98/59 Nr. 2; EuGH 26. Oktober 2006 - C-4/05 - (*Güzeli*) Rn. 36, Slg. 2006, I-10279; EuGH 4. Juli 2006 - C-212/04 - (*Adeneler*) Rn. 110, NZA 2006, 909; EuGH 8. Oktober 1987 - *Rechtssache 80/86* - (*Kolpinghuis Nijmegen*) Rn. 13, Slg. 1987, 3969.

<sup>86</sup> BVerfG 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - (*Honeywell*) Rn. 83, NZA 2010, 995.

<sup>87</sup> Vgl. dazu Wißmann FS Bauer S. 1161, 1164 ff.

<sup>88</sup> Vgl. die Entscheidung des BAG vom 26. April 2006 - 7 AZR 500/04 - Rn. 21, 24, 28 und 40 ff., NZA 2006, 1162, die das Urteil Mangold des EuGH vom 22. November 2005 (- C-144/04 - Rn. 55 ff., 74 ff., NZA 2005, 1345) rezipiert; dazu BVerfG 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - (*Honeywell*) Rn. 80 ff., NZA 2010, 995; siehe auch EuGH 19. Januar 2010 - C-555/07 - (*Kücükdeveci*) Rn. 18 ff., 44 ff., NZA 2010, 85; zu *Kücükdeveci* und *Honeywell* auch Seifert JbArbR Bd. 48 S. 119 ff.

<sup>89</sup> Vgl. in der Folge der Entscheidung Junk des EuGH vom 27. Januar 2005 (- C-188/03 - Rn. 31 ff., 40 ff., NZA 2005, 213) grundlegend BAG 23. März 2006 - 2 AZR 343/05 - Rn. 32 ff., vor allem Rn. 42, NZA 2006, 971; bestätigt zB von BAG 12. Juli 2007 - 2 AZR 619/05 - Rn. 20 ff., AP KSchG 1969 § 17 Nr. 33; BAG 8. November 2007 - 2 AZR 554/05 - Rn. 27 ff., AP KSchG 1969 § 17 Nr. 28 = EZA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 156; dem zustimmend BAG 22. März 2007 - 6 AZR 499/05 - Rn. 16 ff., NZA 2007, 1101; BAG 26. Juli 2007 - 8 AZR 769/06 - Rn. 66 f., NZA 2008, 112.



staatlichen Rechtsprechung ohne (*weitere*) Anrufung des EuGH, auch wenn der Gerichtshof die Rückwirkung seiner Auslegung des Unionsrechts nicht beschränkt hat.<sup>90</sup>

- Der von Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie gewährleistete Mindestjahresurlaubsanspruch beruht(e) jedenfalls vor Inkrafttreten von Lissabon am 1. Dezember 2009 nicht auf Primärrecht.<sup>91</sup>

### c) Kein Vertrauensschutz seit Inkrafttreten der ersten Arbeitszeitrichtlinie?

Das mögliche Vertrauen privater Arbeitgeber auf den Fortbestand der früheren ständigen Rechtsprechung ist nach den bisherigen Aussagen des Neunten Senats seit dem 24. November 1996 nicht länger schutzwürdig. Die Grundlage des Vertrauens auf die Fortdauer der früheren Rechtsprechung, die den Verfall von Urlaubs(-abgeltungs)ansprüchen bei Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Übertragungszeitraums annahm, war nach Ablauf der Umsetzungsfrist für die erste Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG mit dem 23. November 1996 zerstört. Dafür sprechen aus meiner Sicht mehrere Argumente:

- Es verstößt nicht als solches gegen Art. 20 Abs. 3 GG, eine in der Rechtsprechung bislang vertretene Gesetzesauslegung aufzugeben. Höchststrichterliche Urteile sind kein Gesetzesrecht und erzeugen keine vergleichbare Rechtsbindung. Ein Gericht kann deswegen von seiner bisherigen Rechtsprechung abweichen, auch wenn keine wesentlichen Änderungen der Verhältnisse oder der allgemeinen Anschauungen eintreten. Es muss jedoch den im Rechtsstaatsprinzip verankerten Grundsatz des Vertrauensschutzes beachten und ihm erforderlichenfalls durch Billigkeitserwägungen Rechnung tragen.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> Vgl. zB Bauer/Arnold Anm. AP BUrlG § 7 Nr. 39 zu 2; Höpfner RdA 2006, 156, 164 f.; Kamanabrou SAE 2009, 233, 236 f.; Lunk FS Kreuzt S. 689, 699 ff.; Schlachter RdA 2009 Sonderbeilage Heft 5, 31, 35 f.; Sedlmeier EuZA 2010, 88, 97 f.; Tillmanns FS Buchner S. 885, 894 ff.; Wißmann FS Bauer S. 1161, 1164 ff., der als Korrektiv fehlenden innerstaatlichen Vertrauensschutzes einen Schadensersatzanspruch gegen den Mitgliedstaat Bundesrepublik in Betracht zieht; dazu auch die Schlussanträge Trstenjak vom 8. September 2011 in der Sache Dominguez -C-282/10- Rn. 171 ff.; BVerfG 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - (Honeywell) Rn. 84 f., NZA 2010, 995; nationalen Vertrauensschutz nur in engen Grenzen bejahend Riesenhuber Anm. AP KSchG 1969 § 17 Nr. 21; gegen innerstaatlichen Vertrauensschutz ohne Anrufung des EuGH etwa Abele RdA 2009, 312, 317; Schiek AuR 2006, 41, 43 f.

<sup>91</sup> Vgl. nur EuGH 10. September 2009 - C-277/08 - (Vicente Pereda) NZA 2009, 1133.

<sup>92</sup> Vgl. für die st. Rspr. BVerfG 15. Januar 2009 - 2 BvR 2044/07 - Rn. 85, BVerfGE 122, 248; BVerfG 26. Juni 1991 - 1 BvR 779/85 - zu C I 2 b und c der Gründe, BVerfGE 84, 212; BVerfG 14. Januar 1987 - 1 BvR 1052/79 - zu B II 1 der Gründe, BVerfGE 74, 129; siehe auch BAG 23. März 2006 - 2 AZR 343/05 - Rn. 33, NZA 2006, 971; kritisch gegenüber einem nur deduktiven Rechtsprechungsverständnis

- Nationaler Vertrauensschutz in eine bestehende, vom Richtlinienrecht abweichende nationale Rechtsprechung ist im Privatrechtsverkehr ausnahmsweise anzuerkennen, wenn das einzelstaatliche Recht der richtlinienkonformen Rechtsfindung Grenzen setzt. In diesem Fall kann sich der nationale Vertrauensschutz durchsetzen.<sup>93</sup> Dieses seltene und nur ausnahmsweise anzunehmende Ergebnis wird von der Rechtsprechung des EuGH anerkannt.<sup>94</sup>
- Die Ermittlung nationalen Vertrauensschutzes muss ebenso wie die richtlinienkonforme Rechtsfindung den grundsätzlichen Durchsetzungsanspruch des Unionsrechts beachten. Zu Gesetz und Recht, die die innerstaatliche Rechtsprechung nach Art. 20 Abs. 3 GG binden, gehören die unionsrechtlichen Richtlinienvorgaben. Auch das Inkrafttreten einer Richtlinie ist ein vertrauensbegründender Umstand.<sup>95</sup>
- Schützenswertes Vertrauen auf eine einzelstaatliche richtlinienwidrige ständige Rechtsprechung ist wegen der Mehrgliedrigkeit von Unionsrecht und innerstaatlichem Recht nur ausnahmsweise anzunehmen. Nationaler Vertrauensschutz setzt besondere Umstände voraus. Die richtlinienwidrige Rechtsfindung darf nur im Ausnahmefall fortgesetzt werden.
- Die Sachverhaltsgestaltungen, die den Junk-Folgeentscheidungen und der Rezeption des EuGH-Urteils in der Sache Schultz-Hoff zugrunde liegen, sind meines Erachtens nicht vergleichbar.
  - Für die Schutzwürdigkeit des Vertrauens von Arbeitgebern nach der Entscheidung Schultz-Hoff spricht nur, dass der Urlaubssenat des BAG über das Ende der Umsetzungsfrist für die ursprüngliche Arbeitszeit-

---

*nis iS reiner Rechtserkenntnis Buchner Gedächtnisschrift R. Dietz S. 175, 184 ff.; ihm zustimmend Tillmanns FS Buchner S. 885, 886 f.; für höchstrichterliche Rspr. ähnlich Höpfner RdA 2006, 156, 158, 161 ff.; derselbe NZA 2008, 91, 92; derselbe NZA 2009, 420, 421.*

<sup>93</sup> Vgl. Riesenhuber Anm. AP KSchG 1969 § 17 Nr. 21.

<sup>94</sup> Vgl. EuGH 16. Juli 2009 - C-12/08 - (Mono Car Styling) Rn. 61, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 98/59 Nr. 2; EuGH 26. Oktober 2006 - C-4/05 - (Güzeli) Rn. 36, Slg. 2006, I-10279; EuGH 4. Juli 2006 - C-212/04 - (Adeneler) Rn. 110, NZA 2006, 909; EuGH 8. Oktober 1987 - Rechtssache 80/86 - (Kollpinghuis Nijmegen) Rn. 13, Slg. 1987, 3969; siehe auch die Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl vom 14. März 2006 in der Sache - C-475/03 - (Banca Popolare di Cremona) Rn. 147.

<sup>95</sup> Vgl. Riesenhuber Anm. AP KSchG 1969 § 17 Nr. 21.

richtlinie hinaus an seiner Rechtsprechung zum Verfall von Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen bei Arbeitsunfähigkeit festhielt.<sup>96</sup>

- Mit Inkrafttreten von Art. 7 der ersten Arbeitszeitrichtlinie war unklar, ob der EuGH die frühere Auffassung des BAG, wonach Urlaubs(-abgeltungs)ansprüche bei Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Übertragungszeitraums untergingen, auf der Grundlage des Richtlinienrechts teilen würde.
- Art. 7 der ersten Arbeitszeitrichtlinie traf nach Ablauf der Umsetzungsfrist am 24. November 1996 auf eine seit über 14 Jahren bestehende Rechtsprechung des BAG zu §§ 1, 3 Abs. 1, § 7 BUrlG. Dadurch unterschied sich die Sachlage von der Geschichte der ersten Massenentlassungsrichtlinie 75/129/EWG. Art. 3 der ursprünglichen Massenentlassungsrichtlinie wurde durch § 17 KSchG in deutsches Recht umgesetzt. Die nationale Rechtsprechung zu § 17 KSchG baute von vornherein auf dem „Fundament“ des Richtlinienrechts auf, während Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie mit einem „alten“ System der Auslegung des nationalen Rechts in Einklang gebracht werden musste.
- Mit Ablauf der Umsetzungsfrist für die erste Arbeitszeitrichtlinie im Jahr 1996 trat deshalb eine objektive und bedeutende Unsicherheit darin auf, wie § 7 BUrlG richtlinienkonform zu verstehen war.
- Hinzu kommt, dass die Rechtsprechung des BAG zu § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG bei Arbeitsunfähigkeit nicht von jeher einheitlich war. Der Fünfte Senat, der vor 1982 für das Urlaubsrecht zuständig war, hatte noch angenommen, dass Urlaubsabgeltungsansprüche bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Übertragungszeitraums nicht verfielen.<sup>97</sup>
- Den Arbeitgeber trifft nach § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG die Handlungspflicht zur Erstattung der Massenentlassungsanzeige gegenüber der Ar-

---

<sup>96</sup> Vgl. etwa BAG 11. April 2006 - 9 AZR 523/05 - Rn. 24, AP BUrlG § 7 Übertragung Nr. 28 = EzA BUrlG § 7 Nr. 116; BAG 7. September 2004 - 9 AZR 587/03 - zu I 2 a der Gründe, EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 12.

<sup>97</sup> Grundlegend BAG 13. November 1969 - 5 AZR 82/69 - zu 2 der Gründe, BAGE 22, 211.

beitsverwaltung. Er muss sein Vertrauen aktiv betätigen. Der Zweite Senat differenziert in der Frage des Vertrauensschutzes selbst ausdrücklich zwischen der bloßen rechtlichen Beurteilung der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts und der bereits erfolgten Ausübung eines Gestaltungsrechts.<sup>98</sup>

- Der Zweite Senat hatte nicht sehr lange vor der Entscheidung Junk des EuGH vom 27. Januar 2005<sup>99</sup> mit Urteil vom 18. September 2003 seine bisherige Auffassung bestätigt. Danach kam es für die Erstattung der Massenentlassungsanzeige nicht auf den Zugang der Kündigung, sondern auf die Entlassung - den tatsächlichen Beendigungszeitpunkt - an.<sup>100</sup> Die Entscheidung vom 18. September 2003 setzte sich im Einzelnen mit den Fragen der Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG auseinander.
- Vor der Vorabentscheidung Schultz-Hoff vom 20. Januar 2009 mussten Arbeitgeber ihr Vertrauen auf die Fortdauer der nationalen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Verfall von Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen bei Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Übertragungszeitraums dagegen nicht aktiv betätigen. Sie konnten nicht beeinflussen, ob ein Arbeitnehmer bis zum Ende des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig bleiben würde. Der Neunte Senat hatte sich in diesem Zusammenhang auch noch nie mit Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie befasst.
- Die spannende Frage ist nun, ob sich der EuGH den Schlussanträgen der Generalanwältin Trstenjak in der Sache KHS anschließen und es zulassen wird, Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüche auf 18 Monate vor dem Beginn des aktuellen Urlaubsjahres zu beschränken.<sup>101</sup> Sollte dieser Fall eintreten, stellt sich die interessante Folgefrage, ob der Neunte Senat daraus eine Beschränkung der Ansprüche oder jedenfalls einen zeitlich begrenzten Vertrauensschutz

---

<sup>98</sup> Vgl. BAG 23. März 2006 - 2 AZR 343/05 - Rn. 33, NZA 2006, 971.

<sup>99</sup> EuGH 27. Januar 2005 - C-188/03 - (Junk) NZA 2005, 213.

<sup>100</sup> BAG 18. September 2003 - 2 AZR 79/02 - zu B III der Gründe, NZA 2004, 375.

<sup>101</sup> Schlussanträge Trstenjak vom 7. Juli 2011 - C-214/10 - (KHS) Rn. 48 ff, 97, DB 2011, 1757.

der Arbeitgeberseite ableiten wird, indem er den Rechtsgedanken des Art. 9 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 132 der IAO heranzieht.<sup>102</sup>

## **G. Fazit**

Erlauben Sie mir im Anschluss an die Vertrauensschutzüberlegungen ein Fazit zu den Schultz-Hoff-Folgeentscheidungen vor allem vom 24. März 2009 und 23. März 2010.<sup>103</sup>

Ich hatte schon erwähnt, dass es einem deutschen Bundesgericht schwerfällt, seine langjährige wohlerwogene Rechtsprechung aufzugeben, zumal ich selbst noch immer von dem „Kollateralschaden“ ausgehe, dass personenbedingte Kündigungen in der Folge von Schultz-Hoff faktisch zugenommen haben.<sup>104</sup> Auch die Rückstellungsprobleme der Arbeitgeberseite sehe ich. Um mit Thüsing zu sprechen: Das Spiel über Bande des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf hatte Erfolg.<sup>105</sup>

Es hilft nichts: Wir sind inhaltlich an die in der Entscheidungsformel der Sache Schultz-Hoff gefundenen Auslegungsergebnisse des EuGH gebunden, solange sich der Gerichtshof nicht selbst korrigiert. Soweit möglich, haben wir das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen oder fortzubilden. Die Voraussetzungen nationalen Vertrauensschutzes sind nach dem bisherigen Verständnis des Neunten Senats seit Inkrafttreten der ersten Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG nicht erfüllt.

Ich meine deshalb, dass das eingangs erwähnte, von Genenger und Thüsing vermisste Aufbegehren des Neunten Senats<sup>106</sup> gegen die Rechtsprechung des EuGH unrichtig wäre und dem Kooperationsverhältnis mit dem EuGH widerspräche. Eine Blockadehaltung wäre darüber hinaus ein wenig souveräner Akt mangelnder professioneller Distanz. Trotz ist unsere Sache nicht.

---

<sup>102</sup> *Schlussanträge Trstenjak vom 7. Juli 2011 - C-214/10 - (KHS) Rn. 48 ff, 97, DB 2011, 1757.*

<sup>103</sup> *BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 44 ff., NZA 2009, 538; fortgeführt von BAG 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 90 ff., NZA 2010, 810.*

<sup>104</sup> *Ebenso zB Bauer/Arnold NJW 2009, 631, 635 f.; Gaul/Bonanni/Ludwig DB 2009, 1013, 1017; siehe ferner von Steinau-Steinrück/Mosch NJW-Spezial 2009, 338, 339.*

<sup>105</sup> *Thüsing FA 2009, 65.*

<sup>106</sup> *Genenger Anm. LAGE BUrIG § 7 Abgeltung Nr. 22 zu IV 2; Thüsing im Rahmen verschiedener Vorträge, beispielsweise bei den Neunten Erfurter Tagen des Arbeitsrechts am 5. September 2009.*

Gegebenenfalls ebnet der EuGH nun aber selbst in der Sache KHS<sup>107</sup> den Weg für eine Begrenzung von Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen für die Vergangenheit. Das Pendel schläge dann ein wenig zurück.

Grund zu Mitgefühl mit dem BAG besteht nicht. Lassen Sie mich mit einer verallgemeinernden Plattitüde und ein bisschen europäischem Pathos schließen. Beides legt meine durch eine Brüsseler Arbeitsphase geprägte unionsrechtsfreundliche Sicht offen: Die Mitgliedschaft in der Europäischen Union bietet der Bundesrepublik seit den Römischen Verträgen politisch, wirtschaftlich und rechtlich weit mehr Vorteile als Nachteile.

---

<sup>107</sup> EUGH - C-214/10 - (KHS); *Schlussanträge Trstenjak vom 7. Juli 2011 DB 2011, 1757.*