

## Entscheidungsanmerkung

### Dauerhafte Erkrankung und Urlaubsabgeltung – Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung des § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG

#### Der Anspruch auf Abgeltung des gesetzlichen Voll- oder Teilzeiterlaubs erlischt nicht, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums erkrankt und deshalb arbeitsunfähig ist. (Amtlicher Leitsatz)

RL 2003/88/EG; BUrlG § 7 Abs. 3 und 4

BAG, Urt. v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07<sup>1</sup>

#### I. Einleitung und Sachverhalt

Mit seinem Urteil gibt das BAG im Anschluss an die Entscheidung Schultz-Hoff des EuGH seine ständige Rechtsprechung auf, wonach kein Urlaubsabgeltungsanspruch besteht, wenn der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt seines Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis fortwährend arbeitsunfähig war. Unabhängig von dieser Sachfrage ist das Urteil von höchstem methodischem Interesse. Nur wenige Monate nach dem grundlegenden Quelle-Urteil des BGH<sup>2</sup> nimmt nun auch das BAG zu Möglichkeit und Reichweite richtlinienkonformer Rechtsfortbildung Stellung. Die Entscheidung überzeugt nur im Ergebnis.

Im entschiedenen Fall war die Klägerin vom 22.8.2005 bis 31.1.2007 bei der Beklagten angestellt. Im Arbeitsvertrag war bestimmt, dass der Urlaub grundsätzlich im laufenden Kalenderjahr zu beantragen und zu nehmen ist, wobei unter gewissen Voraussetzungen der Urlaub noch bis zum 30.6. des Folgejahres genommen werden konnte. Infolge eines erlittenen Schlaganfalls war die Klägerin vom 2.6.2006 bis 29.8.2007 ununterbrochen arbeitsunfähig, das Arbeitsverhältnis endete schließlich durch Kündigung der Beklagten zum 31.1.2007. Die Klägerin machte daraufhin Abgeltung für noch nicht genommenen (gesetzlichen) Urlaub aus dem Jahr 2005 und 2006 geltend. So in vereinfachter und gekürzter Form der der Entscheidung zu Grunde liegende Sachverhalt, soweit er Gegenstand dieses Beitrages ist.

#### II. Bisherige Rechtsprechung des BAG

Gem. § 7 Abs. 3 S. 1 BUrlG muss der Urlaub grundsätzlich im jeweiligen Kalenderjahr gewährt und genommen werden, nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ist eine Übertragung des Urlaubsanspruchs auf die nächsten drei Monate des Folgejahres möglich, § 7 Abs. 3 S. 2 und 3 BUrlG. Vertraglich können die Anforderungen an eine Übertragung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs gesenkt werden, eine Verlängerung des Übertragungszeitraums ist bis zum Ende des Folgejahres möglich. Dem steht der Erholungszweck des Urlaubsanspruchs nicht entgegen. § 7 Abs. 3 S. 4 BUrlG selbst

<sup>1</sup> Das Urteil war am 20.07.2009 unter [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de) abrufbar.

<sup>2</sup> BGH NJW 2009, 427 = JZ 2009, 518 m. Anm. Gsell.

kennt die Übertragung bis zum Ende des Folgejahres. Die Abweichung vom Gesetz verstößt daher nicht gegen § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG.

Nach bislang ständiger Rechtsprechung des BAG soll der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers spätestens am Ende des Übertragungszeitraums erlöschen, und zwar auch dann, wenn der Arbeitnehmer infolge lang andauernder Arbeitsunfähigkeit gehindert war, den Urlaub vor Ablauf des Urlaubsjahres bzw. des Übertragungszeitraums zu nehmen.<sup>3</sup>

Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses wandelt sich dieser Urlaubsanspruch in einen Abgeltungsanspruch nach § 7 Abs. 4 BUrlG um. Dieser bildet das „Surrogat“ für die nun nicht mehr mögliche Freistellung von der Arbeitspflicht durch Urlaub und ist ansonsten an dieselben Voraussetzungen gebunden. Der Urlaubsanspruch muss, unterstellt das Arbeitsverhältnis bestünde fort, noch erfüllbar sein. Nur dann ist noch nicht genommener Urlaub abzugelten. Nach bisheriger Rechtsprechung des BAG folgte daraus, dass – wenn der Arbeitnehmer fortwährend bis zum Ende des Urlaubsjahres bzw. des Übertragungszeitraumes arbeitsunfähig erkrankt war – kein Abgeltungsanspruch in Betracht kam, da auch der Urlaubsanspruch selbst erloschen war.<sup>4</sup>

Die Rechtsprechung hatte zuletzt nur noch vereinzelt Kritik erfahren<sup>5</sup>, allein die 12. Kammer des LAG Düsseldorf hatte dem BAG beständig die Gefolgschaft verweigert.<sup>6</sup>

#### III. Europarechtliche Vorgaben

##### 1. Das Urteil Schultz-Hoff

Auf Vorlage des LAG Düsseldorf<sup>7</sup> hat nun unlängst der EuGH entschieden, dass Art. 7 der RL 2003/88/EG<sup>8</sup> dem Erlöschen des Urlaubs- und Abgeltungsanspruchs bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Urlaubsjahres bzw. Übertragungszeitraums entgegensteht.<sup>9</sup>

Das Auslegungsurteil bindet zunächst nur inter partes, das Vorlagegericht ist gem. Art. 234 EGV zur Befolgung der Ansicht des EuGH im konkreten Fall verpflichtet. Darüber hinaus entfaltet es aber gem. Art. 10 EGV auch eine Präjudizwirkung für vergleichbare Situationen. Will ein anderes Gericht von der Richtlinienauslegung des EuGH abweichen,

<sup>3</sup> St. Rspr. seit BAG DB 1982, 2193 in Abkehr von seiner vorhergehenden Rechtsprechung, vgl. BAG NJW 1970, 679.

<sup>4</sup> Z.B. BAG NZA 1986, 132 und 391; in Abkehr von seiner vorhergehenden Rechtsprechung, vgl. BAG DB 1968, 1407.

<sup>5</sup> Siehe z.B. Kohte, BB 1984, 609 (615 ff.); Künzl, BB 1991, 1630 (1632); Schäfer, NZA 1993, 204 ff.

<sup>6</sup> Vgl. die Nachweise bei LAG Düsseldorf, Urt. v. 2.2.2009 – 12 Sa 486/06 Rn. 22.

<sup>7</sup> LAG Düsseldorf NZA-RR 2006, 628.

<sup>8</sup> Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl. L 299, S. 9).

<sup>9</sup> EuGH NJW 2009, 495 (497 f.) (Schultz-Hoff); ablehnend z.B. Bauer/Arnold, NJW 2009, 631 (632 f.); Subatzkus, DB 2009, 510 f.; befürwortend Rummel, AuR 2009, 160 (163 f.); offen Gaull/Josten/Stauf, BB 2009, 497 (501).

muss es erneut vorlegen.<sup>10</sup> Beachtet ein nationales Gericht diese Anforderungen nicht, kann dies zu einer Haftung des Mitgliedsstaates führen, betrifft die Haftung für eine Nichtbefolgung des Gemeinschaftsrechts doch alle nationalen Staatsgewalten einschließlich der Judikative.<sup>11</sup> Aus nationaler Sicht stellt sich eine Abweichung von der Richtlinienauslegung des EuGH ohne erneute Vorlage zudem als Entzug des gesetzlichen Richters dar, vgl. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG<sup>12</sup> und kann mit einer Verfassungsbeschwerde angegriffen werden.

## 2. Reaktionsmöglichkeiten des BAG

Richtlinien haben keine unmittelbare Wirkung zwischen Privatrechtssubjekten, sie bedürfen der Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber. Daher suspendieren Richtlinien entgegenstehendes nationales Recht nicht, auch eine solche sog. negative unmittelbare Wirkung gibt es nicht.<sup>13</sup> In Mangold erklärt der EuGH eine nationale Vorschrift allein wegen Verstoßes gegen ein primärrechtliches Diskriminierungsverbot für unanwendbar.<sup>14</sup> Da der EuGH in Schultz-Hoff den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub zwar als besonders bedeutsamen Grundsatz des Sozialrechts der Gemeinschaft, aber nicht als Teil des Primärrechts ansieht, konnte das BAG § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG nicht einfach unangewendet lassen.

Art. 10, 249 III EGV verpflichten alle Träger öffentlicher Gewalt, im Rahmen ihrer Zuständigkeit die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die sich aus einer Richtlinie ergebenden Verpflichtungen des Mitgliedstaates zu erfüllen. Die Gerichte haben die Auslegung nationalen Rechts so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck einschlägiger Richtlinien auszurichten. Ermöglicht es das nationale Recht durch Anwendung seiner Auslegungsmethoden, eine innerstaatliche Bestimmung so auszulegen, dass eine Kollision mit einer anderen Norm innerstaatlichen Rechts vermieden wird, haben die nationalen Gerichte die gleichen Methoden anzuwenden, um das von der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen. Diese Pflicht besteht auch dann, wenn die nationalen Gerichte die Reichweite der innerstaatlichen Bestimmung zu diesem Zweck einschränken müssen.<sup>15</sup>

Der Begriff der Auslegung ist dabei autonom zu bestimmen und meint nach deutscher Terminologie Auslegung und Rechtsfortbildung.<sup>16</sup> Nach ganz überwiegender Ansicht mar-

kiert der äußerste mögliche Wortlaut die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung.<sup>17</sup>

## IV. Die Umsetzung durch das BAG

### 1. Richtlinienkonforme Auslegung von § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG

Das BAG erwägt zunächst eine richtlinienkonforme Auslegung. Es soll viel dafür sprechen, dass schon über eine enge Wortlautauslegung ein richtlinienkonformes Ergebnis herzustellen sei.<sup>18</sup> Dem kann man nicht entgegenhalten, das Gericht widerspreche damit seiner vorherigen ständigen Rechtsprechung, mit der es eine solche Auslegung von § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG noch abgelehnt hat.<sup>19</sup> Denn dass seine (alte) Auslegung gegen die Richtlinie verstieß, war dem BAG nicht bewusst. Soweit aber ein Richtlinienverstoß vorliegt, ist nicht der Sinn des Gesetzes aus rein nationaler Sicht zu ermitteln, sondern ist zu prüfen, ob dem Gesetz ein durch die Richtlinie vorgegebener Sinn ohne Überschreiten des Wortlauts beigelegt werden kann.<sup>20</sup> Unverständlich bleibt, warum das BAG die Frage der richtlinienkonformen Auslegbarkeit letztlich offen lässt. Die damit überflüssigen Ausführungen sollen wohl die anschließend vorgenommene Rechtsfortbildung als nur geringfügige Korrektur des deutschen Gesetzgebers erscheinen lassen.

### 2. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung

#### a. Subjektiver Ansatz

Die Ausführungen des BAG zu der von ihm sodann vorgenommenen teleologischen Reduktion sind von bemerkenswerter Kürze.

Nach ganz überwiegender Ansicht erfordert die Rechtsfortbildung das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke.<sup>21</sup> Bei einer teleologischen Reduktion besteht diese darin, dass eine sinngemäß geforderte Einschränkung der Norm fehlt. Ein (vordergründig) klarer, aber verglichen mit der Teleologie des Gesetzes (bzw. des historischen Gesetzgebers oder der Gesamtrechtsordnung) zu weit gefasster Wortsinn ist auf den Anwendungsbereich zu reduzieren, welcher der ratio legis entspricht.<sup>22</sup> Dies bedeutet vorliegend, dass der Telos des § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG gerade das Nichterlöschen der Ansprüche im Krankheitsfall verlangen müsste.

Ohne auf diese Voraussetzungen einzugehen (das BAG verweist lediglich auf die Quelle-Entscheidung des BGH<sup>23</sup>)

<sup>10</sup> Vgl. *Hakenberg*, EuR 2008 Beiheft 3, 163 (171 ff.); *Streinz*, Europarecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 641.

<sup>11</sup> Vgl. EuGH NJW 2003, 3539 (3541) (Köbler); vgl. *Hakenberg*, Europarecht, 4. Aufl. 2007, S. 62.

<sup>12</sup> BVerfG NJW 1987, 577 (578) (Solange II).

<sup>13</sup> Vgl. dazu *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 7 (10 f.). Der EuGH ist entsprechenden Vorstellungen einiger Generalanwälte (Nachweise bei *Herrmann*, EuZW 2006, 69 f.) nicht gefolgt; eine solche Wirkung befürwortend z.B. *Wank*, RdA 2004, 246 (250).

<sup>14</sup> EuGH NJW 2005, 3695 (3698) (Mangold).

<sup>15</sup> Siehe EuGH NJW 2004, 3547 (3549 f.) (Pfeiffer) m.w.N.

<sup>16</sup> Vgl. *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 7 (12) m.w.N.

<sup>17</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 191 ff. m.w.N.

<sup>18</sup> BAG, Urt. v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, Rn. 59-63; bejahend nun LAG Düsseldorf, Urt. v. 2.2.2009 – 12 Sa 486/06.

<sup>19</sup> So aber *Thüsing*, FA 2009, 65.

<sup>20</sup> Vgl. zur Diskussion *Schlachter*, ZfA 2007, 249 (259 f. m.w.N.).

<sup>21</sup> *Larenz/Canaris* (Fn. 17), S. 191 ff.; kritisch *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rn. 461 ff. jew. m.w.N.

<sup>22</sup> Vgl. z.B. *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2005, S. 193.

<sup>23</sup> BGH NJW 2009, 427.

stellt das BAG eine planwidrige Regelungslücke fest. Unmittelbar im nächsten Satz führt es aus, dass die Gesetzesmaterialien diesen Fall nicht behandelt hätten, die 1994 erfolgte Einfügung des § 7 Abs. 1 S. 2 BUrlG unterstreiche das gesundheitspolitische Anliegen des Gesetzgebers. Dieses Ziel decke sich mit Art. 7 Abs. 1 der RL.<sup>24</sup> Genau betrachtet lässt sich daraus doch nur schließen, dass der nun vorgenommenen Reduktion jedenfalls kein erkennbarer Wille des deutschen Gesetzgebers entgegensteht. Die Begründung für das gefundene Ergebnis kann dies nicht sein.

An anderer Stelle hatte das BAG freilich schon festgestellt, dass es (angeblich) europarechtlich davon auszugehen habe, der Mitgliedstaat habe den Verpflichtungen, die sich aus den Richtlinien ergeben, in vollem Umfang nachkommen wollen.<sup>25</sup> Allerdings liegt es evident außerhalb der Aufgabe und Kompetenz des EuGH, zu Motiven des deutschen Gesetzgebers Stellung zu nehmen.<sup>26</sup> Es ist damit an der methodischen Selbstverständlichkeit festzuhalten, dass wer sich zur teleologischen Reduktion einer Norm auf deren Telos beruft, dieses dieses nachzuweisen hat.

Vor allem aber klärt das BAG auch nicht, woran die von ihm postulierte Vermutung im vorliegenden Fall denn anknüpfen soll. Bereits der EuGH hat in der Rechtssache Pfeiffer diese Vermutung vor allem auf Umsetzungsgesetze bezogen.<sup>27</sup> Um ein solches handelt es sich bei § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG aber offensichtlich nicht.<sup>28</sup> Selbst der seinerzeit neu eingefügte § 7 Abs. 1 S. 2 BUrlG sollte nur den damals aufgehobenen § 7 Abs. 4 LohnfortzahlungsgG kompensieren. Allein aus systematischen Gründen wurde die Regelung nicht in das neue EFZG, sondern in das BUrlG eingestellt.<sup>29</sup> Allenfalls hätte das BAG aus der Nichtveränderung des BUrlG trotz des Inkrafttretens der Richtlinie darauf schließen können, dass der Gesetzgeber von dessen Richtlinienkonformität ausging.<sup>30</sup> Doch auch dies hilft nicht, denn um für die Auslegung relevant zu sein, muss der gesetzgeberische Wille in den Materialien zum Ausdruck kommen. Im Übrigen hätte auch dies nur bedeutet, dass der Gesetzgeber von einer Übereinstimmung der Richtlinie mit dem BUrlG, wie er es damals verstand, ausging. Der Wille des Gesetzgebers geht auch in einem solchen Fall nicht dahin, dass er eine quasidynamische Verweisung auf das sich ggf. erst Jahre später

sich zeigende Richtlinienverständnis des EuGH will und dieses automatisch Inhalt der nationalen Norm sein soll.<sup>31</sup>

Schließlich geht auch der Verweis auf den BGH<sup>32</sup> in die Irre. Der BGH reduzierte § 439 Abs. 4 BGB, weil die Nutzungersatzpflicht für Verbraucher im Falle der Nachlieferung gegen die VerbrauchsgüterkaufRL verstieß. Mit § 439 BGB wollte der Gesetzgeber aber diese Richtlinie umsetzen. In den Materialien setzt er sich ausdrücklich mit der zugrunde liegenden Richtlinie auseinander und geht von einer Richtlinienkonformität seiner Regelung aus. Nur weil die angeordnete Nutzungersatzpflicht aus Sicht des BGH mit der vom Gesetzgeber ausdrücklich geäußerten und auf die konkrete Norm bezogenen Absicht, richtlinienkonform zu handeln im Widerspruch stehen soll, liegt eine planwidrige Lücke vor. Voraussetzung ist, dass der Gesetzgeber sich ausdrücklich mit der Richtlinienkonformität einer konkreten Regelung befasst hat und sich dabei geirrt hat.<sup>33</sup> Auch diese Argumentation ist damit für den vorliegenden Fall unbrauchbar.

#### b. Objektiver Ansatz

Das Urteil ist mit dem vom BAG gewählten Begründungsansatz nicht zu halten. Gleichwohl ist es im Ergebnis zutreffend.

Denn aus den auch vom BAG zumindest zitierten Anforderungen des EuGH an eine richtlinienkonforme Auslegung ergibt sich, dass die Gerichte von einer im nationalen Recht bestehenden Möglichkeit, Normkollisionen im Wege der Auslegung aufzulösen, auch zu Gunsten von Richtlinienrecht Gebrauch machen müssen. Ein etwaiger Widerspruch zwischen einer Richtlinie und einer nationalen Vorschrift ist damit – ungeachtet des Fehlens einer „echten“ Normkollision mangels unmittelbarer Anwendbarkeit der Richtlinie – mit denselben methodologischen Mitteln im Wege der Auslegung aufzulösen.<sup>34</sup> Mit Pfeiffer gibt der EuGH zugleich vor, in welche Richtung die Kollision aufzulösen ist: die der Richtlinie entgegenstehende Norm ist soweit einzuschränken, bis das mit der Richtlinie verfolgte Ziel erreicht wird.<sup>35</sup>

Es handelt sich bei der Entscheidung Pfeiffer genau betrachtet um eine zulässige Rechtsfortbildung des EuGH zu den Wirkungen von Richtlinien. Das BVerfG hat sogar die

<sup>24</sup> BAG, Urt. v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07 Rn. 67.

<sup>25</sup> BAG, Urt. v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07 Rn. 58.

<sup>26</sup> Ähnlich *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 315; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 257 ff.

<sup>27</sup> EuGH NJW 2004, 3547 (3549 f.) (Pfeiffer). Ansonsten bietet es sich an, ein richtlinienkonformes Ergebnis über Auslegung der Generalklauseln und der unbestimmten Rechtsbegriffe zu erreichen. Dies hilft aber eben nicht, wenn man eine Norm teleologisch reduzieren will.

<sup>28</sup> Vgl. *Leinemann/Linck*, Urlaubsrecht, 2. Aufl. 2001, Einl. Rn. 7 ff.; *Ernst*, BB 2007, 111 (112).

<sup>29</sup> BT-Drucks. 12/5263, S. 15 f.

<sup>30</sup> Vgl. die Antwort der Bundesregierung v. 11.10.1995 auf eine große Anfrage, BT-Drucks. 13/2581.

<sup>31</sup> Ebenso *Herdegen*, WM 2005, 1921 (1929); *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (913), ähnlich *Osterloh-Konrad*, CR 2008, 545 (547); a.A. wenn sich aus den Materialien eindeutig ergebe, dass der Gesetzgeber bei Kenntnis des Richtlinienverstößes die Norm nicht in gleicher Weise erlassen hätte BGH NJW 2009, 427, 429; vgl. auch *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 123, 126 f.

<sup>32</sup> BGH NJW 2009, 427. Durch die zwischenzeitliche Neufassung von § 474 Abs. 2 BGB mit Wirkung zum 16.12.2008 (vgl. BGBl. I S. 2399) hat sich diese Problematik nun erledigt.

<sup>33</sup> BGH NJW 2009, 427, 429; vgl. auch *St. Lorenz*, LMK 2009, 273611.

<sup>34</sup> Ebenso *Mörsdorf*, ZIP 2008, 1409 (1413 f.); *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (51); ähnlich *W.-H. Roth*, EWS 2005, 385 (395).

<sup>35</sup> EuGH NJW 2004, 3547 (3549 f.) (Pfeiffer).

weitergehende Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien als zulässige Rechtsfortbildung akzeptiert, ebenso hat es die Zulässigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung in einem obiter dictum grundsätzlich anerkannt.<sup>36</sup> Weithin wird schließlich eine negativ horizontale Wirkung von Richtlinien zwar abgelehnt, aber grundsätzlich nicht bezweifelt, dass der EuGH eine solche feststellen könnte.<sup>37</sup>

Weil in der deutschen Rechtsordnung jedenfalls die Möglichkeit der Reduktion einer Norm anerkannt ist, muss von dieser Figur auch zugunsten von Richtlinien Gebrauch gemacht werden. Teilweise wird auch vertreten, dass in Deutschland auf die Grundsätze der verfassungskonformen Auslegung, zu deren Bereich auch die teleologische Reduktion einer Norm gehöre, zurückzugreifen sei.<sup>38</sup> Insoweit wird ein Gleichlauf mit der verfassungskonformen Auslegung angenommen.<sup>39</sup>

Allerdings kann die richtlinienkonforme Auslegung eine Auslegung des nationalen Rechts contra legem nicht rechtfertigen.<sup>40</sup> Der Begriff des contra legem-Judizierens ist dabei funktionell zu verstehen und bezeichnet den Bereich in dem eine richterliche Rechtsfindung nach nationalen Methoden unzulässig ist.<sup>41</sup> Eine teleologische Reduktion ist daher dann nicht möglich, wenn ihr der eindeutige Wortlaut und der auch in den Gesetzesmaterialien klar erkennbare Wille des Gesetzgebers entgegenstehen.<sup>42</sup> Dies ist hier aber nicht der Fall (siehe oben III.2.a.). Weiter soll eine Reduktion der betreffenden Norm auf Null unzulässig sein, da dies faktisch zu deren Derogation führt; der Norm muss noch ein gewisser Anwendungsbereich verbleiben.<sup>43</sup> Da auch diese Grenze

vorliegend gewahrt ist, ist dem BAG zumindest im Ergebnis zuzustimmen.

## V. Resümee und Examensrelevanz

Mit seinem Urteil hat sich das BAG auf einen methodischen Abweg begeben, den es nicht weiter beschreiten sollte. Zum offensichtlich von ihm gewollten Ergebnis einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung kommt das BAG nur mit einer Scheinbegründung. Für die Zukunft ist zu hoffen, dass das Gericht konsequent den vom EuGH in Pfeiffer skizzierten Anforderungen folgt. Nur dies ermöglicht auch eine Argumentation ohne Brüche.

Dem Urteil kommt große Examensrelevanz zu, da die Problematik der Urlaubsabgeltung mühelos z.B. mit Kündigungsschutzklagen verbunden werden kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass, wie auch das BAG zu Recht klarstellt, die richtlinienkonforme Auslegung zunächst nur den gemeinschaftsrechtlich verpflichtenden Mindesturlaub von vier Wochen erfasst (der dem in § 3 BUrlG entspricht). Darüber hinausgehender Urlaub kann weiterhin verfallen. Soweit im Arbeitsvertrag nur pauschal eine bestimmte Urlaubsdauer genannt ist, folgen die Bedingungen für den vertraglichen Mehrurlaub – wie bislang – dem des gesetzlichen Mindesturlaubs. Dies dürfte sich schon aus §§ 305c Abs. 2, 307 Abs. 1 S. 2 BGB ergeben.<sup>44</sup> Dies ist gleichwohl bislang ebenso wenig entschieden wie die Frage, ob der Zusatzurlaub für Schwerbehinderte gem. § 125 Abs. 1 S. 1 SGB IX nach wie vor bundesurlaubsgesetzlichen Bedingungen folgt.<sup>45</sup> Unabhängig von der konkreten Sachmaterie wird anhand dieser Entscheidung erneut deutlich, dass Fragen der Richtlinienkonformität weder dem (öffentlichenrechtlichen) Europarecht noch bestimmten Schwerpunktbereichen vorbehalten sind. Der richtlinienkonformen Auslegung und Rechtsfortbildung kommt mittlerweile gerade im Zivilrecht erhebliche Bedeutung zu. Auch diese Problematik kann gut in eine Klausur eingebaut werden, um diese um ein weiteres Problem anzureichern. Nach den genannten Entscheidungen von BGH<sup>46</sup> und BAG ist sie zudem höchst aktuell.

Wiss. Mitarbeiter Christian Sperber, M.A., Bayreuth

<sup>36</sup> BVerfGE 75, 223 (237 f., 240 f.).

<sup>37</sup> Vgl. Konzen, SAE 2005, 33 (36).

<sup>38</sup> So z.B. Wissmann, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2009, Vorb. zum EG Rn. 28; Colneric, ZEuP 2005, 225 (232); vgl. auch Canaris, in: Festschrift für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, 2006, S. 41 ff. A.A. Kamanabrou, EzA EG-Vertrag Richtlinie/93/104 Nr. 1, 22 (27), da eine verfassungskonforme Reduktion immer eine Teilverwerfung der Norm sei und diese wegen Art. 100 GG ausschließlich dem BVerfG vorbehalten sei. Es geht aber nicht darum, eine Norm zu verwerfen. Das Gemeinschaftsrecht zwingt Gerichte weder dazu, noch bildet es eine Rechtfertigung, eine Norm für unanwendbar zu erklären, soweit das nationale Recht ihnen diese Befugnis nicht einräumt. Dies bedeutet aber eben noch nicht, dass eine richtlinienwidrige Norm deshalb in ihrem gemeinschaftsrechtswidrigen Gehalt anzuwenden wäre, vgl. zutreffend Schlachter, RdA 2005, 115 (119).

<sup>39</sup> Ob dieser Rückgriff erforderlich und geboten ist, kann an dieser Stelle nicht untersucht werden.

<sup>40</sup> EuGH NJW 2006, 2465 (2467) (Adeneler).

<sup>41</sup> Mustergültig insoweit BGH, NJW 2009, 427.

<sup>42</sup> Vgl. Canaris, in: Festschrift für Franz Bydlinski zum 70. Geburtstag, 2002, S. 47 (92); aus der Rspr. z.B. BVerfGE 101 (312, 319).

<sup>43</sup> H.M., vgl. nur Canaris (Fn. 42), S. 94; Gebauer, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem

Einfluss, 2005, Kap. 3 Rn. 51; a.A. Herresthal (Fn. 26), S. 321 ff. und wohl auch Auer, NJW 2007, 1106 (1108).

<sup>44</sup> Siehe dazu Gaul/Bonanni/Ludwig, DB 2009, 1013 (1017); a.A. Bauer/Arnold, NJW 2009, 631 (634).

<sup>45</sup> Dies bejahend LAG Düsseldorf, Urt. v. 2.2.2009 – 12 Sa 486/06; Rummel, AuR 2009, 160 (162); a.A. Bauer/Arnold, NJW 2009, 631 (634) ohne Begründung.

<sup>46</sup> Vgl. auch den jüngsten Vorlagebeschluss des BGH JZ 2009, 310 = ZJS 2009, 181 mit Anm. Hilbig, der die Frage nach der Richtlinienkonformität der absoluten Unverhältnismäßigkeit (§ 439 Abs. 3 BGB) und des Ausschlusses des Ausbaus aus dem Nacherfüllungsanspruch stellt.