

## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

### **Aktenzeichen: 4 Sa 209/10**

ö. D. 4 Ca 268 a/10 ArbG Kiel

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 16.12.2010

gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 16.12.2010 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 14.04.2010 – ö.D. 4 Ca 268 a/10 – teilweise abgeändert:

Der beklagte Bund wird verurteilt, an den Kläger 10.659,01 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit 15.02.2010 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage zurückgewiesen.

Der beklagte Bund trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Revision wird für den beklagten Bund zugelassen.

---

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann durch Einreichung einer Revisionsschrift bei dem Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1, Telefax: (0361) 26 36 - 20 00 Revision eingelegt werden.

Die Revisionsschrift muss

#### **binnen einer Notfrist von einem Monat**

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Revisionskläger muss die Revision begründen. Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionsschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt

**zwei Monate.**

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Revision beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Revisionsschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Die Revision und Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

An seine Stelle kann auch ein Vertreter eines Verbandes (Gewerkschaften, Arbeitgebervereinigungen) oder eines Spitzenverbandes (Zusammenschlüsse solcher Verbände) treten, sofern er kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt und die Partei Mitglied des Verbandes oder Spitzenverbandes ist. An die Stelle der vorgenannten Vertreter können auch Angestellte einer juristischen Person, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, treten, sofern die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung der Verbandsmitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und der Verband für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Ist die Partei Mitglied eines Verbandes oder Spitzenverbandes, kann sie sich auch durch einen Vertreter eines anderen Verbandes oder Angestellten einer der oben genannten juristischen Personen mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen. Die Personen, die für diese Organisationen handeln, müssen über die **Befähigung zum Richteramt** verfügen.

Der Revisionsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigefügt werden.

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments genügt, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Schriftsätze können dazu über eine gesicherte Verbindung in den elektronischen Gerichtsbriefkasten des Bundesarbeitsgerichts eingelegt werden. Die erforderliche Zugangs- und Übertragungssoftware kann lizenzkostenfrei über die Internetseite des Bundesarbeitsgerichts ([www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de)) heruntergeladen werden. Das Dokument ist mit einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen. Nähere Informationen finden sich auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (s.o.) sowie unter [www.egvp.de](http://www.egvp.de).

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen.)

## Tatbestand

Die Parteien streiten um die Abgeltung des gesetzlichen Jahresurlaubes für die Jahre 2005 bis 2008 und des anteiligen tariflichen Jahresurlaubes und des Zusatzurlaubes nach § 125 SGB IX für die Zeit vom 01.01. bis 31.03.2009. Während der gesamten Zeit erhielt der Kläger eine volle Erwerbsminderungsrente.

Der Kläger trat im Juni 1980 als Funkelektroniker in die Dienste des beklagten Bundes ein und arbeitete im M... K... . Auf sein Arbeitsverhältnis fanden die Bestimmungen des TVöD Anwendung. Der Kläger war eingegliedert in die Entgeltgruppe 8, Stufe 6 TVöD. Der Kläger erkrankte im Jahre 2004 und wurde im April 2004 wegen eines Tumors operiert. Im Zuge dieser Operation wurde bei ihm eine Krebserkrankung festgestellt. Der Kläger war infolgedessen seit April 2004 arbeitsunfähig erkrankt. Im März 2005 stellte er einen Antrag auf Rente wegen Erwerbsminderung. Diesem Antrag gab der Versicherungsträger rückwirkend zum 01.11.2004 statt. Dem Kläger wurde deshalb für die Zeit vom 01.11.2004 bis zum 31.10.2007 sowie in der Zeit vom 01.11.2007 bis 31.07.2009 jeweils eine befristete Rente wegen voller Erwerbsminderung bewilligt.

Das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis ruhte aufgrund der anzuwendenden Vorschrift des § 33 Abs. 2 Satz 6 TVöD-AT. Mit Bescheid vom 16.03.2009 bewilligte die Deutsche Rentenversicherung Nord dem Kläger die gewährte Versichertenrente als Dauerrente weiter. Das Arbeitsverhältnis der Parteien endete deshalb gemäß § 33 Abs. 2 Satz 1 TVöD-AT mit Ablauf des 31.03.2009.

Der Kläger begehrt die Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs in Höhe von 20 Urlaubstagen für die Jahre 2005 bis einschließlich 2008, weiterhin für das Urlaubsjahr 2009 anteilig die Abgeltung des tariflichen Urlaubs und des Zusatzurlaubes für Schwerbehinderte in Höhe von insgesamt 12 Urlaubstagen. Der Kläger machte diese Forderungen mit Schreiben vom 05.05.2009 erfolglos geltend. Die darauf gerichtete streitgegenständliche Klage wurde dem beklagten Bund am 15.02.2010 zugestellt. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, ihm stehe entsprechend der Rechtsprechung des EuGH und des BAG ein Anspruch auf Abgeltung des gesetzlichen Ur-

laubs zu. Für diesen gesetzlichen Anspruch könnten die Normen des TVöD keinen Ruhenstatbestand regeln beziehungsweise seinen gesetzlichen Urlaubsanspruch ausschließen. Aufgrund seiner Erkrankung habe er den gesetzlichen Erholungsurlaub nicht nehmen können, der abzugelten sei.

Der Kläger hat beantragt,

den beklagten Bund zu verurteilen, an ihn 11.402,66 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit 15.02.2010 zu zahlen.

Der beklagte Bund hat beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der beklagte Bund hat die Auffassung vertreten, auf der Grundlage der tariflichen Vorschriften sei kein Urlaub abzugelten. Für die Zeit des Bezugs der befristeten Erwerbsminderungsrente habe das Arbeitsverhältnis aufgrund der tariflichen Vorschrift geruht und sich weiterhin nach § 26 Abs. 2 c TVöD-AT der Erholungsurlaub für jeden vollen Kalendermonat um 1/12 reduziert, weshalb ein Urlaubsanspruch nicht entstanden sei. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes und das übernehmende Urteil des Bundesarbeitsgerichts seien nicht dahin auszulegen, dass der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub auch während des Ruhens des Arbeitsverhältnisses, insbesondere wegen des Bezugs einer Zeitrente, entstehe.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der ersten Instanz wird Bezug genommen auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils mit seinen dortigen Verweisungen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, bei Gewährung von Erholungsurlaub handele es sich um die Erfüllung einer Hauptleistungspflicht aus dem Arbeitsverhältnis. Bestandteil der Vergütungspflicht sei auch die Gewährung des Erholungsurlaubs mit der Fortzahlung des Arbeitsentgelts. Durch den Vergütungscharakter, den der EuGH dem Urlaubsanspruch

zuerkenne, werde dieser zu einer Pflicht im Gegenseitigkeitsverhältnis. Da die Hauptleistungspflicht aber im ruhenden Arbeitsverhältnis suspendiert werde, sei auch der Urlaub nicht abzugelten. Wegen der weiteren Begründung des Arbeitsgerichts wird auf den Inhalt der Entscheidungsgründe Bezug genommen.

Der Kläger hat gegen das ihm am 05.05.2010 zugestellte Urteil am 19.05.2010 Berufung eingelegt und diese am 05.07.2010 begründet.

Der Kläger behauptet: Er wäre auch während des streitgegenständlichen Zeitraumes arbeitsunfähig erkrankt gewesen, wenn ihm nicht die befristete volle Erwerbsminderungsrente zugesprochen worden wäre. Diese sei ihm nicht wegen der Verschlusshheit des Arbeitsmarktes im Zusammenhang mit seinem Berufsschutz gewährt worden, sondern sie habe beruht auf medizinischen Gründen. Dass er keine entsprechenden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorgelegt habe, sei dem Umstand geschuldet, dass diese seitens des behandelnden Arztes lediglich für den Fall der Fortzahlung von Arbeitsentgelt im Krankheitsfall oder bei entsprechenden tariflichen Regelungen oder als sogenannter Zahlschein für die Gewährung von Krankengeld erstellt werden. Er sei jedenfalls auch im streitbefangenen Zeitraum arbeitsunfähig erkrankt gewesen (Beweis: Zeugnis Dr. H.B...).

Der Kläger meint, § 26 Abs. 2 c TVöD-AT könne sich allenfalls auf den tariflichen Urlaub auswirken, nicht aber auf seinen gesetzlichen Mindesturlaub. Dies ergebe sich aus § 13 Abs. 1 BUrlG. Es liege keine gesetzliche Regelung vor, die es zulasse, den gesetzlichen Mindesturlaub für den Zeitraum des Ruhens des Arbeitsverhältnisses wegen des Bezugs einer befristeten Erwerbsminderungsrente zu reduzieren. Bei der Pflicht des Arbeitgebers zur Urlaubsgewährung handele es sich auch nicht um eine Hauptpflicht aus dem Arbeitsverhältnis. Der Urlaubsanspruch stehe nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis, eine Mindestarbeitsleistung sei daher nicht erforderlich. Sein Anspruch werde auch nicht ausgeschlossen aufgrund der Tatsache, dass er eine befristete Erwerbsunfähigkeitsrente beziehe. Hinzuweisen sei auch auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, wonach die Entstehung des Anspruchs auf den Mindesturlaub nicht von irgendeiner Voraussetzung abhängig gemacht werden könne. Sein Anspruch sei auch nicht gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG verfallen. Zwar

habe sich der Europäische Gerichtshof bisher ausdrücklich nur mit dem Fall der Dauerarbeitsunfähigkeit befasst. Zwischen dieser und dem mehrjährigen Bezug einer Erwerbsunfähigkeitsrente bestehe jedoch kein Unterschied. Der EuGH weise ausdrücklich darauf hin, dass der Verfall des Urlaubsanspruchs nur dann eintreten könne, wenn das Fernbleiben von der Arbeit in den Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers falle, weil er die Möglichkeit gehabt habe, der Arbeit nachzugehen und sich von dieser zum Zwecke der Urlaubserfüllung freistellen zu lassen. Dies sei aber im Falle des Ruhens des Arbeitsverhältnisses wegen des Bezugs einer Erwerbsminderungsrente auf Zeit gerade nicht der Fall. Schließlich seien die Ansprüche auch nicht verfallen, denn Fälligkeit sei frühestens zum 31.03.2009 eingetreten.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 14.04.2010 – ö.D. 4 Ca 268 a/10 - abzuändern und den beklagten Bund zu verurteilen, an ihn EUR 11.402,66 brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klagzustellung zu zahlen.

Der beklagte Bund beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der beklagte Bund verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung und bestreitet, dass der Kläger im streitbefangenen Zeitraum arbeitsunfähig erkrankt war. Erwerbsminderung und Arbeitsunfähigkeit hätten unterschiedliche Tatbestandsvoraussetzungen. Im Übrigen – so meint der beklagte Bund - seien während des Ruhens des Arbeitsverhältnisses wegen des Bezugs der befristeten Erwerbsunfähigkeitsrente Urlaubsansprüche des Klägers überhaupt nicht entstanden. Zwar hingen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Entstehung und der Bestand des Urlaubsanspruches nur vom Bestand des Arbeitsverhältnisses ab, nicht jedoch von einer im Urlaubsjahr erbrachten Arbeitsleistung. Damit sei jedoch noch keine Aussa-

ge darüber getroffen, ob Urlaubsansprüche auch bei einem ruhenden Arbeitsverhältnis entstehen könnten. Die Rechtsprechung habe sich durchweg befasst mit den Fällen langfristiger Erkrankung der Arbeitnehmer, sie lasse sich deshalb nicht ohne Friktion auf das ruhende Arbeitsverhältnis übertragen. Denn im Hinblick auf den Urlaubsanspruch bestünden maßgebliche rechtliche Unterschiede zwischen dem Krankheits- und dem Ruhenstatbestand. Sei der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt, so werde das Arbeitsverhältnis davon nicht berührt. Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit führe lediglich zu einer Leistungsstörung. Der Inhalt des Arbeitsverhältnisses werde dabei nicht verändert. Sei die Arbeitsfähigkeit wieder hergestellt, sei auch die Arbeitsleistung zu erbringen. Dies rechtfertige es, dem nicht im arbeitsvertraglichen Synallagma stehenden Urlaubsanspruch auch für die Zeit der Leistungsstörung aufrechtzuerhalten. Bei einem ruhenden Arbeitsverhältnis dagegen werde das Arbeitsverhältnis umgestaltet, die arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten entfielen. Das Arbeitsverhältnis bestehe seinem rechtlichen Wandel nach lediglich unter Aufrechterhaltung der Nebenpflichten. Diese Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses erfolge – außer im Fall des Wehr- oder Zivildienstes – stets auf Veranlassung des Arbeitnehmers. So liege es auch hier, denn der Kläger habe mit dem Antrag auf Erwerbsminderungsrente die Ursache für das spätere Ruhen des Arbeitsverhältnisses gesetzt. Dieser wesentliche Unterschied zeige, dass der vom Bundesarbeitsgericht entwickelte Grundsatz „Entstehung und Bestand des Urlaubsanspruchs sind von der Arbeitsleistung unabhängig“ sich auf die aus dem Arbeitsvertrag an sich geschuldete Arbeitsleistung beziehe. Im Umkehrschluss folge daraus, dass Urlaubsansprüche dann nicht entstehen könnten, wenn keine Arbeitsleistung geschuldet und erbracht wurde, wie im Fall des Ruhens des Arbeitsverhältnisses. Insoweit gebe es auch keine entgegenstehenden europarechtlichen Implikationen. Dass der Mindesturlaub nach Artikel 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG auch im Fall des ruhenden Arbeitsverhältnisses zu gewährleisten sei, lasse sich der Richtlinie gerade nicht entnehmen. Auch der Schultz-Hoff-Entscheidung lasse sich nichts anderes entnehmen. Sie befasse sich mit dem Fall der Arbeitsunfähigkeit. Die dortigen Grundsätze seien auf den Fall des Bezugs einer Erwerbsunfähigkeitsrente auf Zeit nicht zu übertragen. Im Übrigen erhebe sie jedenfalls die Einrede der Verjährung für etwaige Urlaubsansprüche des Klägers für die Jahre 2005 und 2006. Gesetzliche

Mindesturlaubsansprüche verjährten nach ihrer Auffassung binnen drei Jahren nach Ende des Urlaubsjahres.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufung wird Bezug genommen auf den Inhalt der dort gewechselten Schriftsätze.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist statthaft und frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden. In der Sache hat sie ganz überwiegend Erfolg.

Abzuweisen ist die Klage nur insoweit, als der Kläger anteilig für das Jahr 2009 über den gesetzlichen Mindesturlaub und den gesetzlichen Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen hinaus auch noch den tariflichen Urlaub geltend macht. Der Kläger hat gegen den beklagten Bund Anspruch auf Abgeltung seines gesetzlichen Jahresurlaubs gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG. Hinzu kommt anteilig für das Jahr 2009 noch der Zusatzurlaub gemäß § 125 SGB IX. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts und des beklagten Bundes sind in der Zeit vom 01.01.2005 bis 31.03.2009 trotz des Ruhens des Arbeitsverhältnisses wegen des Bezugs der befristeten Erwerbsminderungsrente die gesetzlichen Urlaubsansprüche entstanden. Dem steht nicht die Vorschrift des § 26 Abs. 2 c TVöD-AT entgegen. Trotz der Anordnung des ruhenden Arbeitsverhältnisses sind die gesetzlichen Urlaubsansprüche entstanden. Sie sind auch nicht gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG verfallen. Dies ergibt sich aus der Anwendung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum europarechtlichen Verständnis dieser Vorschrift. Schließlich sind die Ansprüche auch nicht verjährt.

Dazu im Einzelnen:

1. Der gesetzliche Urlaubsanspruch des Klägers gemäß §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG ist für die Zeit vom 01.01.2005 bis zum 31.03.2009 jeweils jährlich entstanden. Die Vorschrift des § 26 Abs. 2 c TVöD-AT wirkt sich nur auf den weitergehenden tariflichen Urlaubsanspruch aus.

**a.** Der gesetzliche Urlaubsanspruch entstand für den streitgegenständlichen Zeitraum auch trotz des in § 33 Abs. 2 Satz 6 TVöD angeordneten Ruhens des Arbeitsverhältnisses für den Zeitraum des Bezugs der befristeten Erwerbsminderungsrente. Der gesetzliche Urlaubsanspruch wäre allenfalls nur dann auf der Grundlage nationalen Rechts nicht entstanden, wenn es eine gesetzliche Vorschrift gegeben hätte, die ähnlich wie § 4 Abs. 1 ArbPISchG oder § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG anordnen würde, dass für den Zeitraum des Ruhens des Arbeitsverhältnisses wegen des Bezugs einer befristeten Erwerbsminderungsrente der Arbeitgeber den Erholungsurlaub für jeden vollen Kalendermonat um 1/12 kürzen kann. An einer solchen gesetzlichen Vorschrift fehlt es jedoch.

**b.** Vordergründig erweist sich die Argumentation des beklagten Bundes, während des Ruhens des Arbeitsverhältnisses könne ein Erholungsurlaubsanspruch nicht entstehen, als durchaus nachvollziehbar. Man könnte nämlich argumentieren, der Urlaub sei gerichtet auf die Freistellung von der Hauptleistungspflicht – Arbeitsleistung – bei Fortzahlung des Arbeitsentgelts. Wenn aber die Hauptleistungspflicht ruht, dann – so könnte weiter argumentiert werden – könnte auch von vornherein durch Urlaubsgewährung keine Befreiung von der Hauptleistungspflicht eintreten. Mit anderen Worten: Selbst wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Erholungsurlaub in der Zeit des ruhenden Arbeitsverhältnisses gewähren wollte, wäre er daran gehindert – so ließe sich schlussfolgern – dem Arbeitnehmer den Urlaub zu gewähren, weil es ihm – Arbeitgeber – unmöglich wäre, den Arbeitnehmer überhaupt von der Arbeitsleistung durch Gewährung von Urlaub zu befreien, weil bereits aufgrund des ruhenden Arbeitsverhältnisses ein anderer Befreiungstatbestand vorliegt.

**c.** Letztlich überzeugt eine solche Argumentation jedoch nicht und sie steht auch nicht im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

Der 8. Senat des Bundesarbeitsgerichts hat bereits mit Urteil vom 30.07.1986 (8 AZR 475/84 – zitiert nach juris, Rn. 25, 26) entschieden, es sei nicht der Auffassung zu folgen, wonach ein Urlaubsanspruch nicht entstehen könne für den Zeitraum, für den die gesetzlichen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ruhen. Zwar bezog sich die dortige Entscheidung nicht auf einen Zeitraum, für den ein Arbeitnehmer ei-

ne Erwerbsminderungsrente bezog. Er bezog sich auch nicht auf einen ganzjährigen Zeitraum des Ruhens des Arbeitsverhältnisses, sondern nur auf zwei Monate, in denen der dortige Kläger seine Wehrpflicht in der Türkei ableistete. Das Bundesarbeitsgericht weist allerdings in der dortigen Entscheidung bereits grundsätzlich (Rn. 34, zitiert nach juris) darauf hin, dass es seinerzeit der Einführung der Regelung in § 8 d MuSchG und in § 4 Abs. 1 Satz 1 ArbPISchG nicht bedurft hätte, wenn bereits allein der Tatbestand des Ruhens des Arbeitsverhältnisses eine Minderung des Urlaubsanspruches begründen würde.

In einer weiteren Entscheidung des 8. Senats vom 26.05.1988 (8 AZR 774/85, zitiert nach juris, Rn. 20, 21) hat der erkennende Senat ausgeführt, dass weder Erwerbsunfähigkeit noch Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers für das Entstehen und das Bestehen urlaubsrechtlicher Ansprüche von Bedeutung seien. Zwar unterscheidet sich der dortige Sachverhalt von dem hier zu beurteilenden in der Weise, dass es dort an einer tariflichen Regelung fehlte, die das Ruhen des Arbeitsverhältnisses für den Fall des Bezugs der Erwerbsunfähigkeitsrente anordnet. Deutlich gemacht hat aber das Bundesarbeitsgericht in dieser Entscheidung, dass die Erwerbsunfähigkeit der Erfüllbarkeit des Anspruchs auf Urlaub oder Urlaubsabgeltung nicht unbedingt entgegenstehe.

Jüngst hat der 9. Senat mit Urteil vom 15.12.2009 (9 AZR 795/08, zitiert nach juris, Rn. 24 – 29) entschieden, dass das Ruhen des Arbeitsverhältnisses während der Teilnahme an Wehrübungen – der Zeitraum der Wehrübungen erreichte nicht einen vollen Kalendermonat – nicht aufgrund allgemeiner Bestimmungen dazu führe, dass der Jahresurlaub zeitanteilig entfalle.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist daher nicht erkennbar, dass das Gericht die Auffassung vertritt, allein wegen des Ruhens des Arbeitsverhältnisses könne ein Urlaubsanspruch nicht generiert werden.

**d.** Nach Auffassung der erkennenden Berufungskammer ist daran auch hier aufgrund der bisherigen nationalen Rechtsvorschriften festzuhalten. Hinzuweisen ist insoweit zunächst auf § 1 und § 4 BUrlG. Danach gibt es für das Entstehen des Urlaubsan-

spruches nur zwei Tatbestandsvoraussetzungen. Nämlich erstens den Bestand des Arbeitsverhältnisses und zweitens den Ablauf der Wartefrist. Die Tatsache, dass der Kläger wiederum während des Ruhens seines Arbeitsverhältnisses keine Arbeitsleistung erbracht hat, wirkt sich ebenso wenig auf die Entstehung des Urlaubsanspruches aus wie bei einem Arbeitnehmer, der aufgrund dauernder Arbeitsunfähigkeit die Arbeitsleistung nicht erbrachte. Das Gesetz kennt insoweit neben den Anforderungen in § 1 und § 4 BUrlG keine weiteren Tatbestandsvoraussetzungen für das Entstehen des Urlaubsanspruches.

Hinzu kommt, dass beim ruhenden Arbeitsverhältnis lediglich die wechselseitigen Hauptleistungspflichten entfallen, also die Pflicht zur Arbeitsleistung und die zur Vergütung derselben. Diese beiden Pflichten allein stehen im Synallagma. Die Pflicht des Arbeitgebers zur Urlaubsgewährung ist dagegen keine Hauptpflicht, weil ihr keine entsprechende Gegenleistungspflicht des Arbeitnehmers entspricht. Sie ist zwar auf die Arbeitspflicht als Hauptpflicht des Arbeitnehmers bezogen, aber nicht in der Weise, dass bei Leistungsstörungen wie etwa Nichterfüllung der Vergütung oder der Arbeitspflicht Leistungsverweigerungsrechte ausgelöst werden, sondern sie ist ausschließlich darauf gerichtet, die Arbeitspflicht für die Dauer des dem Arbeitnehmer zustehenden Urlaubs zu beseitigen. Sie ist eine auf Gesetz beruhende Nebenpflicht des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis. Diese Nebenpflicht wird durch das Ruhen des Arbeitsverhältnisses nicht tangiert.

Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn es eine nationale Vorschrift gäbe, die anordnen würde, dass für den Fall des Bezugs einer befristeten Erwerbsminderungsrente der Arbeitgeber berechtigt ist, den Urlaubsanspruch entsprechend zu kürzen. Allein die Existenz der Vorschriften des § 4 Abs. 1 Satz 1 ArbPISchG und des § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG belegen, dass grundsätzlich der nationale Gesetzgeber davon ausgeht, dass auch im ruhenden Arbeitsverhältnis gesetzliche Urlaubsansprüche entstehen. Denn anderenfalls wären die beiden zitierten Vorschriften überflüssig. Zudem sprechen sowohl § 4 Abs. 1 Satz 1 ArbPISchG als auch § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG im Wortlaut davon, dass der Arbeitgeber berechtigt sei, den Urlaub jeweils um 1/12 für jeden vollen Kalendermonat zu kürzen. Wenn etwas gekürzt wird, dann bedeutet es, dass es zunächst entstanden sein muss. Auch der Wortlaut dieser beiden

Vorschriften ist daher ein gewichtiger Anhaltspunkt dafür, dass im nationalen Recht das Ruhen des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich dem Entstehen des gesetzlichen Urlaubsanspruches nicht entgegensteht. Soll dies erreicht werden, so bedarf es eben einer gesetzlichen nationalen Vorschrift. Ob diese im Übrigen mit Europarecht im Einklang stehen würde, kann hier dahingestellt bleiben, denn es fehlt bereits für den Fall des Bezugs einer befristeten Erwerbsminderungsrente an einer entsprechenden nationalen gesetzlichen Vorschrift, die eine Kürzungsbefugnis begründet.

e. Im Übrigen überzeugt es auch nicht, danach zu differenzieren, ob das Arbeitsverhältnis bereits zu Beginn und während des gesamten Kalenderjahres oder erst später ruhte (so aber LAG Düsseldorf, Urteil vom 01.10.2010 – 9 Sa 1541/09 -, zitiert nach juris, Rn. 49). Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf begründet die Differenzierung mit dem Hinweis darauf, dass nach Ablauf der Wartezeit der volle Jahresurlaub bereits zu Beginn des Jahres entstehe, folglich dieser Urlaub dem Arbeitnehmer nicht ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung gekürzt werden könne, wenn das Ruhen des Arbeitsverhältnisses erst im Laufe des Jahres eintrete. Dem ist nicht zu folgen. Zwar ist es richtig, dass sich das Bundesarbeitsgericht bisher noch nicht ausdrücklich damit befasst hat, ob ein Urlaubsanspruch auch dann entsteht, wenn das Arbeitsverhältnis bereits zu Beginn des Urlaubsjahres und für das volle Urlaubsjahr ruht. Einen Unterschied macht dies jedoch nicht. Denn insoweit gilt weiterhin, dass es nur bei einer den § 4 Abs. 1 Satz 1 ArbPISchG oder § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG entsprechenden nationalen Regelung gerechtfertigt wäre, den Jahresurlaub anteilig für den Zeitraum des Ruhens des Arbeitsverhältnisses zu kürzen. Zudem ist es nicht einsichtig, allein auf den – häufig zufälligen – Zeitpunkt des Eintritts des Ruhens abzustellen. Soll es einen Unterschied in der Bewertung machen, ob das Ruhen des Arbeitsverhältnisses schon am 01. Januar vorlag oder erst am 02. Januar eintrat?

Nach alledem ist nicht bereits aus allgemeinen Grundsätzen – weil im ruhenden Arbeitsverhältnis die Hauptleistungspflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung nicht besteht – das Entstehen des Urlaubsanspruches für den Zeitraum des Ruhens des Arbeitsverhältnisses wegen Bezug einer befristeten Erwerbsminderungsrente zu verneinen.

**2.** Die Kürzungsregel in § 26 Abs. 2 c TVöD-AT steht deshalb der Abgeltung des gesetzlichen Urlaubsanspruches nicht entgegen. Nach dieser tariflichen Vorschrift vermindert sich die Dauer des Erholungsurlaubes einschließlich eines etwaigen Zusatzurlaubes für jeden vollen Kalendermonat des Ruhens des Arbeitsverhältnisses um 1/12. Diese Vorschrift ist nur anwendbar auf den über den gesetzlichen Urlaubsanspruch hinausgehenden tariflichen Urlaubsanspruch. Denn die Dauer des gesetzlichen Mindesturlaubs darf wegen § 13 Abs. 1 BUrlG durch eine tarifliche Kürzungsregelung wie § 26 Abs. 2 TVöD nicht unterschritten werden. § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG regelt, dass von den Vorschriften des § 1, 2 und 3 Abs. 1 BUrlG nicht durch Tarifvertrag abgewichen werden kann. Es bedarf vielmehr einer gesetzlichen Regelung, die hier fehlt.

**3.** Der gesetzliche Urlaubsanspruch des Klägers für die Jahre 2005 bis 2008 ist auch nicht gemäß § 7 Abs. 3 Satz 1 und 2 BUrlG verfallen. Nach dieser Vorschrift muss der Urlaub im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden. Eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr ist nur statthaft, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts verfiel daher der Urlaubsanspruch ersatzlos, wenn der Arbeitnehmer bis zum 31.03. des Folgejahres weiterhin arbeitsunfähig erkrankt war.

**a.** Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 20.01.2009 (Schultz-Hoff) ist Artikel 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung jedoch dahin auszulegen, dass er einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten entgegensteht, nach denen der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub bei Ablauf des Bezugszeitraumes und/oder eines im nationalen Recht festgelegten Übertragungszeitraumes auch dann erlischt, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten Bezugszeitraumes oder eines Teils davon krank geschrieben war und seine Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende seines Arbeitsverhältnisses fortgedauert hat, weshalb er seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht ausüben konnte. In einem solchen Fall ist bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine finanzielle Vergütung zu zahlen. Der Europäische Gerichtshof weist (zitiert nach juris, Rn. 43) aber darauf hin, dass Artikel 7 Abs. 1 der genannten Richtlinie grundsätzlich

einer nationalen Regelung, die für die Ausübung des mit dieser Richtlinie ausdrücklich verliehenen Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub Modalitäten vorsieht, die sogar den Verlust dieses Anspruchs am Ende des Bezugszeitraumes oder des Übertragungszeitraumes beinhalten, nicht entgegensteht, sofern die Voraussetzung erfüllt wird, dass der Arbeitnehmer, dessen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erloschen ist, tatsächlich die Möglichkeit hatte, den ihm mit der Richtlinie verliehenen Anspruch auszuüben.

Der 9. Senat des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 24.03.2009 – 9 AZR 983/07 -, DB 2009, S. 1018) hat diese Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs übernommen und geurteilt, der Anspruch auf Abgeltung des gesetzlichen Voll- oder Teilurlaubs erlösche nicht, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraumes erkrankt und deshalb arbeitsunfähig sei. § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG seien auch im Verhältnis zu privaten Arbeitgebern nach den Vorgaben des Artikels 7 der Richtlinie 2003/88/EG gemeinschaftskonform fortzubilden.

Zutreffend ist danach der Hinweis des beklagten Bundes, dass sich sowohl der Europäische Gerichtshof als auch das Bundesarbeitsgericht nur befassen mit dem Fall der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit.

**b.** Nach Auffassung der Berufungskammer – die sich insoweit in Übereinstimmung mit der 11. Kammer des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg (Urteil vom 29.04.2010 – 11 Sa 64/09 -) sieht, besteht jedoch insoweit kein Unterschied zwischen der Dauerarbeitsunfähigkeit und dem mehrjährigen Bezug einer Erwerbsunfähigkeitsrente. Denn der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs ist zu entnehmen, dass es für den Verfall des Mindesturlaubs entscheidend darauf ankommt, ob der Arbeitnehmer tatsächlich die Möglichkeit hatte, den ihm mit der Richtlinie verliehenen Anspruch auszuüben. Nach der Auffassung des Europäischen Gerichtshofs kann ein Verfall des Urlaubsanspruchs nur dann eintreten, wenn das Fernbleiben von der Arbeit in den Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers fällt, weil er grundsätzlich die Möglichkeit hatte, der Arbeit nachzugehen und von der Arbeitsleistung zum Zwecke der Urlaubserfüllung freigestellt zu werden.

Nach Auffassung der Berufungskammer gilt dies aber auch für den Fall des Ruhens des Arbeitsverhältnisses wegen Bezugs einer Erwerbsunfähigkeitsrente auf Zeit. Auch in diesem Fall war der Arbeitnehmer tatsächlich nicht in der Lage, den ihm mit der Richtlinie verliehenen Anspruch auszuüben. Dem kann nicht widersprochen werden mit dem Hinweis darauf, er selbst habe den Antrag auf Erwerbsminderungsrente gestellt und damit die Ursache für das Ruhen des Arbeitsverhältnisses gesetzt, also willensgesteuert gehandelt, folglich das Fernbleiben von der Arbeit in seinem Verantwortungsbereich liege.

Dagegen spricht, dass der Kläger im Jahre 2004 wegen einer Krebserkrankung arbeitsunfähig wurde. Infolge dieser Krebserkrankung stellte er sodann im Frühjahr 2005 einen Antrag auf Erwerbsminderungsrente, dem rückwirkend für die Zeit ab 01.11.2004 stattgegeben wurde. Bei dieser Sachverhaltskonstellation ist davon auszugehen, dass der Kläger voll erwerbsgemindert nach § 43 Abs. 2 SGB XI war, weil er wegen Krankheit außerstande war, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein. Damit ist – ebenso wie in dem vom Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg entschiedenen Fall – die Nähe der Dauerarbeitsunfähigkeit zur Erwerbsminderung auf Zeit so evident, dass das Ruhen des Arbeitsverhältnisses kausal der vorherigen Arbeitsunfähigkeit zuzuschreiben ist. Zutreffend weist deshalb auch Fabian in seiner Anmerkung zum Urteil des LAG Düsseldorf vom 05.05.2010 – 7 Sa 1571/09 – im Jurispraxisreport vom 10.11.2010 (zitiert nach juris) darauf hin, dass es sehr zweifelhaft sei, ob angenommen werden dürfe, die Vereinbarung des Ruhens des Arbeitsverhältnisses wegen befristeter Erwerbsminderungsrente beruhe anders als die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit auf einem willensgesteuerten Verhalten des Arbeitnehmers. Er führt richtig dazu aus, dass auch beim Bezug einer befristeten Erwerbsunfähigkeitsrente das Arbeitsverhältnis ruhe auf der Grundlage von anspruchsbegründenden Voraussetzungen, die ebenso wenig willensgesteuert seien wie eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit.

Der gesetzliche Urlaub des Klägers für die Zeit von 2005 bis zum 31.03.2009 ist deshalb nicht gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG verfallen.

4. Entgegen der Auffassung des beklagten Bundes steht dem Anspruch des Klägers auch nicht § 5 BUrlG entgegen. Das Ruhen des Arbeitsverhältnisses kann nicht der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach § 5 BUrlG gleichgestellt werden. Das Bundesarbeitsgericht hat schon in der Entscheidung vom 30.07.1986 ( – 8 AZR 475/84 – zitiert nach juris, Rn. 35) darauf hingewiesen, dass die Anwendung des § 5 BUrlG als Grundlage einer Kürzungsbefugnis für den Arbeitgeber bereits daran scheiterte, dass im Falle des Ruhens des Arbeitsverhältnisses der Arbeitnehmer nicht aus dem Arbeitsverhältnis ausscheide, sondern nur die Hauptleistungspflichten suspendiert werden.

5. Entgegen der Auffassung der 9. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf (Urteil vom 01.10.2010 – 9 Sa 1541/09 -, zitiert nach juris, Rn. 89) ist auch nicht davon auszugehen, dass die Urlaubsansprüche des Klägers während des Ruhenszeitraumes nicht werthaltig sind. Insoweit liegt nach Auffassung der erkennenden Berufungskammer ein Zirkelschluss vor. Zwar ist grundsätzlich der Ansatz richtig, dass der Urlaubsanspruch ein auf die vereinbarte Arbeitszeit im Urlaubsjahr bezogener Anspruch ist. Die Höhe der Urlaubsvergütung hängt daher vom Umfang der Beschäftigung im jeweiligen Urlaubsjahr ab. Allerdings hat der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 20.01.2009 (Schultz-Hoff) darauf hingewiesen, für die Berechnung der entsprechenden finanziellen Vergütung sei das gewöhnliche Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers, das während der den bezahlten Jahresurlaub entsprechenden Ruhezeit weiter zu zahlen ist, maßgebend. Dies führt nach Auffassung der erkennenden Berufungskammer dazu, dass zu beachten ist die Vergütung, die dem Kläger hätte gezahlt werden müssen, wenn das Arbeitsverhältnis nicht wegen befristeter Erwerbsminderung geruht hätte, sondern wenn er gearbeitet hätte. Denn es wäre widersprüchlich, einerseits dem Ruhen des Arbeitsverhältnisses keine Relevanz für das Entstehen des Urlaubsanspruches beizumessen, andererseits aber für die Höhe des Urlaubsanspruches wiederum abzustellen auf den Tatbestand des Ruhens unter Hinweis darauf, dass bei einem Ruhen des Arbeitsverhältnisses eine Vergütungspflicht nicht bestehe.

6. Der Anspruch des Klägers ist auch nicht verjährt. Die erkennende Kammer schließt sich insoweit der Auffassung der 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts

Düsseldorf (Urteil vom 05.05.2010 – 7 Sa 1571/09 -, NZA-RR 1010/568) und der 11. Kammer des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg (Urteil vom 29.04.2010 – 11 Sa 64/09 –, zitiert nach juris, Rn. 49) an, wonach Beginn der Verfallfrist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist, weil zu diesem Zeitpunkt der Abgeltungs- und Vergütungsanspruch des Klägers entstanden ist und zugleich fällig wurde. Nicht abzustellen ist für den Beginn der Verjährungsfrist auf das Ende des Kalenderjahres, denn zu diesem Zeitpunkt war der Anspruch für den Kläger noch nicht fällig. Der Lauf der Verjährungsfrist kann nicht vor dem Eintritt der Fälligkeit beginnen (Gaul/Bonanni, DB 2009, 1014, bezogen auf den Fall der Arbeitsunfähigkeit).

Nach alledem hat der Kläger Anspruch auf Abgeltung seines gesetzlichen Urlaubsanspruches für die Jahre 2005 bis 2008. Für 2009 ist der gesetzliche Anspruch wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.03.2009 und der Zusatzurlaub gemäß § 125 SGB IX jedoch zu kürzen. Es verbleiben für das Jahr 2009 6 abzugeltende Tage (20 Urlaubstage zuzüglich 5 Tage Zusatzurlaub ./ 4). Bei insgesamt 86 abzugeltenden Tagen ergibt sich damit eine Forderung in Höhe von insgesamt 10.659,01 EUR brutto (pro Tag 7,8 Stunden x 15,89 EUR pro Stunde).

Abschließend möchte die Berufungskammer darauf hinweisen, dass das hier gefundene Ergebnis nach ihrer Auffassung rechtspolitisch bedenklich sein könnte. Zutreffend weist Dörner im Erfurter Kommentar (10. Auflage, § 7 BUrlG, Rn. 39 o) darauf hin, dass eine solche Lösung Missbehagen verursacht. Er lehnt es aber zutreffend ab, unter Rückgriff auf § 242 BGB vorzuschlagen, solch skurrile Ergebnisse zu vermeiden, die dazu führen, dass Urlaubsansprüche mehrerer Jahre bestehen. Es ist nicht die Aufgabe der Rechtsprechung, solche Ergebnisse zu verhindern. Vielmehr ist der nationale Gesetzgeber zunächst gefordert – wenn dies gewollt ist – für den Fall des Bezugs einer befristeten Erwerbsminderungsrente eine Kürzungsbefugnis gesetzlich zu verankern, die jener des § 4 Abs. 1 Satz 1 ArbPISchG beziehungsweise § 17 Abs. 1 Satz BEEG entspricht. Die erkennende Kammer sieht sich aber angesichts der bisherigen nationalen Rechtslage daran gehindert, mit der Argumentation des beklagten Bundes bereits das Entstehen des Urlaubsanspruches für den Fall des Ruhens des Verfahrens zu verneinen. Mag der Gesetzgeber eine entsprechende Regelung treffen.

Die Revision wird wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen.

gez. ...

gez. ...

gez. ...