

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 5 Sa 11/11  
4 Ca 940 c/10 ArbG Neumünster  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 16.06.2011

gez. Rudolph  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

**pp.**

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 16.06.2011 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und die ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 25.11.2010, Az. 4 Ca 940 c/10, teilweise wie folgt abgeändert:
  - a) Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 8.606,77 brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.07.2010 zu zahlen.
  - b) Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

3. Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz trägt die Beklagte zu 86 % und der Kläger zu 14 %.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

.....

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

### Tatbestand

Die Parteien streiten über Urlaubsabgeltungsansprüche des Klägers.

Der schwerbehinderte Kläger war bei der Beklagten seit dem 01.04.1994 als Mitarbeiter im wissenschaftlichen Außendienst (sog. Pharmareferent) tätig. Das Arbeitsverhältnis der Parteien endete durch ordentliche Kündigung der Beklagten zum 30.06.2010. Auf das Arbeitsverhältnis fanden kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme die jeweils gültigen Tarifverträge der Chemischen Industrie Anwendung. Bei einer Fünf-Tage-Woche betrug das Monatsgehalt des Klägers zuletzt € 3.330,00 brutto. Arbeitsvertraglich stand dem Kläger ein Jahresurlaub von 30 (Arbeits-)Tagen zu. Gemäß § 125 SGB IX konnte der Kläger einen jährlichen Zusatzurlaub von 5 Arbeitstagen beanspruchen.

Vor seinem Ausscheiden aus dem Unternehmen der Beklagten war der Kläger vom 13.05.2008 bis 30.09.2009 sowie ab 02.10.2009 fortlaufend bis zum 30.06.2010 arbeitsunfähig krank. Im Jahre 2008 hatte die Beklagte dem Kläger 17 Urlaubstage gewährt. Mit Anwaltsschreiben vom 05.07.2010 machte der Kläger Urlaubsabgeltungsansprüche für aufgrund Arbeitsunfähigkeit nicht gewährten Urlaub aus den Jahren 2008 bis 2010 geltend. Für 2008 beanspruchte er 18 Tage Urlaubsabgeltung, ausgehend von dem vertraglichen Urlaubsanspruch von 30 Tagen zzgl. 5 Urlaubstage nach § 125 SGB IX abzgl. 17 genommener Urlaubstage. Für 2009 und anteilig für 2010 beschränkte der Kläger den Abgeltungsanspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub und den gesetzlichen Zusatzurlaub für Schwerbehinderte, sodass ihm für 2009 ein Abgeltungsanspruch für 29 Tage und für 2010 anteilig aufgerundet für 18 Tage zustehe. Für insgesamt 65 offene Urlaubstage beanspruchte er € 9.990,00 brutto Urlaubsabgeltung ( $€ 3.330,00 \times 3 : 65 \times 65$ ). Die Beklagte lehnte die Forderung ab.

Mit seiner am 29.07.2010 vor dem Arbeitsgericht erhobenen Zahlungsklage hat der Kläger die Urlaubsabgeltungsansprüche weiterverfolgt.

Die Beklagte hat gemeint, der Abgeltungsanspruch sei gemäß § 17 MTV Chemieindustrie verfallen. Aufgrund der fortlaufenden Arbeitsunfähigkeit sei der Abgeltungsanspruch als Surrogat des Erfüllungsanspruchs verfallen. Im Übrigen hat sie mit einem im Jahre 1994 an den Kläger gezahlten Spesenvorschuss über DM 2.000,00 sowie mit Stornokosten für einen am 07.10.2009 gebuchten Flug über € 187,22 die Aufrechnung erklärt.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands in erster Instanz, insbesondere des weiteren streitigen Parteivorbringens, sowie der erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils einschließlich der Inbezugnahmen verwiesen, § 69 Abs. 2 ArbGG.

Das Arbeitsgericht hat der Zahlungsklage unter Berufung auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 24.03.2009, Az. 9 AZR 983/07, in vollem Umfang stattgegeben. Der Abgeltungsanspruch sei auch nicht durch Aufrechnung erloschen. Die Beklagte habe aufrechenbare Ansprüche nicht substantiiert dargelegt und im Übrigen seien diese aufgrund der tariflichen Ausschlussfrist verfallen.

Gegen dieses ihr am 09.12.2010 zugestellte Urteil hat die Beklagte am Montag, den 10.01.2011, beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein Berufung eingelegt und diese, nach gewährter Fristverlängerung bis zum 09.03.2011, am 08.03.2011 begründet.

Die Beklagte wiederholt im Wesentlichen ihren erstinstanzlichen Vortrag. Weder die EuGH-Entscheidung vom 20.01.2009 noch die darauf gestützte BAG-Entscheidung vom 24.03.2009, Az. 9 AZR 983/07, vermögen zu überzeugen. Diese Rechtsprechung verstoße gegen Art. 12 GG sowie gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Der Abgeltungsanspruch, der in Art. 7 der Richtlinie 2003/88 EG ausdrücklich als Ersatz für den Mindesturlaub bezeichnet werde, sei kein allgemeiner Abfindungsanspruch oder Geldanspruch, sondern als Surrogat für Urlaub anzusehen, der wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr genommen werden könne. Zum Zeitpunkt der Beendigung

des Arbeitsverhältnisses müsse der Urlaubsanspruch mithin erfüllbar sein, damit ein Abgeltungsanspruch bestehe. Wegen der andauernden Erkrankung des Klägers sei der Urlaubsanspruch mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses aber nicht erfüllbar gewesen. Das gleiche Schicksal gelte für den Urlaubsabgeltungsanspruch als dessen Surrogat. Die Beklagte beruft sich weiterhin auf die Aufrechnung mit dem Kostenvorschuss in Höhe von DM 2.000,00. Diesen habe der Kläger unterschlagen, sodass die tarifliche Ausschlussfrist nicht greife.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des am 25.11.2010 verkündeten und am 09.12.2010 zugestellten Urteils des Arbeitsgerichts Neumünster, Az.: 4 Ca 940 c/10, die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt  
das angefochtene Urteil.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf den mündlich vorgetragene Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie den Inhalt des Sitzungsprotokolls vom 16.06.2011 verwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

#### **I.**

Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist dem Beschwerdewert nach statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 64 Abs. 2 lit. b; 66 Abs. 1 ArbGG; §§ 519, 520 Abs. 3 ZPO.

1. Der Zulässigkeit der Berufung steht vorliegend (ausnahmsweise) nicht entgegen, dass die Beklagte mit der Berufungsbegründung lediglich fast wortgetreu ihren erstinstanzlichen Vortrag aus dem Schriftsatz vom 02.11.2010 wiederholt.

**a)** Nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG muss die Berufungsbegründung die Umstände bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung durch das angefochtene Urteil und deren Erheblichkeit für das Ergebnis der Entscheidung ergibt. Erforderlich ist eine hinreichende Darstellung der Gründe, aus denen sich die Rechtsfehlerhaftigkeit der angefochtenen Entscheidung ergeben soll (BAG Urt. v. 28.05.2009 - 2 AZR 223/08 -, AP Nr. 2 zu § 520 ZPO; Urt. v. 15.03.2011 – 9 AZR 813/09 -, zit. n. Juris). Die Regelung des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO soll gewährleisten, dass der Rechtsstreit für die Berufungsinstanz durch eine Zusammenfassung und Beschränkung des Rechtsstoffs ausreichend vorbereitet wird. Deshalb hat der Berufungsführer die Beurteilung des Streitfalls durch den Erstrichter zu überprüfen und darauf hinzuweisen, in welchen Punkten und mit welchem Grund er das angefochtene Urteil für unrichtig hält (vgl. BAG Urt. v. 06.03.2003 - 2 AZR 596/02 -, BAGE 105, 200). Dadurch soll bloß formelhaften Berufungsbegründungen entgegengewirkt und eine Beschränkung des Rechtsstoffs im Berufungsverfahren erreicht werden (BAG Urt. v. 15.08.2002 - 2 AZR 473/01 -, AP Nr. 55 zu § 519 ZPO). Die Berufungsbegründung muss deshalb auf den Streitfall zugeschnitten sein (BAG Urt. v. 08.05.2008 - 6 AZR 517/07 -, AP Nr. 40 zu § 620 BGB ‚Aufhebungsvertrag‘). Die Berufungsbegründung muss sich mit den rechtlichen oder tatsächlichen Argumenten des angefochtenen Urteils befassen, wenn sie diese bekämpfen will (BAG Urt. v. 10.02.2005 - 6 AZR 183/04 -, a. a. O.; Urt. v. 16.06.2004 - 5 AZR 529/03 - EzA ZPO 2002 § 520 Nr. 3; Urt. v. 15.08.2002 - 2 AZR 473/01 -, a. a. O.). Für die erforderliche Auseinandersetzung mit den Urteilsgründen der angefochtenen Entscheidung reicht es nicht aus, die tatsächliche oder rechtliche Würdigung durch das Arbeitsgericht mit formelhaften Wendungen zu rügen und lediglich auf das erstinstanzliche Vorbringen zu verweisen oder dieses zu wiederholen (BAG Urt. v. 25.04.2007 - 6 AZR 436/05 -, BAGE 122, 190; Urt. v. 15.03.2011 – 9 AZR 813/09 -, zit. n. Juris).

**b)** Eine rechtliche und tatsächliche Auseinandersetzung mit der angefochtenen erstinstanzlichen Entscheidung liefert die Berufungsbegründung vom 08.03.2011 zwar nicht. Indessen hat das Arbeitsgericht auch keine eigene Begründung dafür abgegeben, warum der gesetzliche Mindesturlaub sowie der Zusatzurlaub nach § 125 SGB IX nicht nach § 7 Abs. 3 Satz 3 BurlG befristet sind, wenn der Arbeitnehmer

- wie vorliegend – dauernd arbeitsunfähig ist und dementsprechend offene Urlaubsansprüche auch nach § 7 Abs. 3 und 4 BurlG abzugelten sind. Vielmehr hat das Arbeitsgericht zur Begründung des Urlaubsabgeltungsanspruchs lediglich auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 24.03.2009 – 9 AZR 983/07 – verwiesen, ohne die tragenden Gründe dieser in Bezug genommenen Entscheidung, die zudem noch einen Rechtsprechungswandel infolge der Schultz-Hoff-Entscheidung des EuGH eingeleitet hat, wiederzugeben. Die an die Berufungsbegründung zu stellenden Anforderungen nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO richten sich grundsätzlich nach dem Begründungsaufwand der angefochtenen Entscheidung. Begründet das erstinstanzliche Gericht die Klagstattgabe oder Klagabweisung nicht selbst, sondern verweist hierzu lediglich auf eine höchstrichterliche Entscheidung, so ist es zulässig, dass der Berufungsführer lediglich seine erstinstanzlichen, gegen die höchstrichterliche Entscheidung gerichteten (pauschalen) Einwände wiederholt.

## II.

Die Berufung ist indessen ganz überwiegend unbegründet.

Der Kläger hat dem Grunde nach Anspruch auf Abgeltung der noch offenen gesetzlichen Urlaubsansprüche sowie der Zusatzurlaubsansprüche für Schwerbehinderte für die Jahre 2008 bis 2010 (1.). Der Höhe nach steht dem Kläger indessen nicht Urlaubsabgeltung für insgesamt 65 Tage, sondern nur für 56 Tage zu (2.). Der Urlaubsabgeltungsanspruch in Höhe von € 8.606,77 brutto ist nicht durch Aufrechnung erloschen (3.).

1. Dem Grunde nach hat der Kläger wegen seiner seit dem 13.05.2008 andauernden Arbeitsunfähigkeit für noch aus den Jahren 2008 bis 2009 offene gesetzliche Urlaubs- und offene Zusatzurlaubstage für Schwerbehinderte einen entsprechenden Abgeltungsanspruch gemäß § 7 Abs. 3 und 4 BUrIG i. V. m. §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 c) und Abs. 2 BurlG, 125 Abs. 1 SGB IX. Entgegen der Auffassung der Beklagten sind diese jährlich während des Bestands des Arbeitsverhältnisses entstandenen gesetzlichen Mindesturlaubsansprüche des Klägers wegen seiner fortlaufenden Erkrankung nicht gemäß § 7 Abs. 3 Satz 3 BurlG verfallen.

a) Der gesetzliche Mindesturlaub nach § 3 Abs. 1 BurlG sowie der gesetzliche Schwerbehindertenzusatzurlaub gemäß § 125 Abs. 1 SGB IX sind nicht nach § 7 Abs. 3 Satz 3 BurlG befristet, wenn der Arbeitnehmer dauernd arbeitsunfähig ist. Infolgedessen erlischt der Abgeltungsanspruch dieser gesetzlichen Voll- oder Teilurlaubsansprüche nicht, auch wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des laufenden Urlaubsjahres und/oder des Übertragungsjahres fortlaufend krank und deshalb arbeitsunfähig ist. § 7 Abs. 3 und 4 BurlG ist im Verhältnis zu privaten Arbeitgebern nach den Vorgaben des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG gemeinschaftsrechts-konform fortzubilden (BAG Urt. v. 24.03.2009 – 9 AZR 983/07 -, AP Nr. 39 zu § 7 BUrlG). Der gesetzliche Mindesturlaub ist mithin bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses - unabhängig von der Erfüllbarkeit des Freistellungsanspruchs in einem gedachten fortbestehenden Arbeitsverhältnis - nach § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten. § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG ist danach so zu verstehen, dass gesetzliche Urlaubsabgeltungsansprüche nicht erlöschen, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums erkrankt und deshalb arbeitsunfähig ist. Das entspricht Wortlaut, Systematik und Zweck der innerstaatlichen Regelungen, wenn die Ziele des Art. 7 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2003/88/EG und der regelmäßig anzunehmende Wille des nationalen Gesetzgebers zur ordnungsgemäßen Umsetzung von Richtlinien berücksichtigt werden. Der nach deutschem Recht für Arbeitgeber aus Art. 12, 20 Abs. 3 GG abgeleitete Grundsatz des Vertrauensschutzes steht den Ansprüchen auf Abgeltung des gesetzlichen Urlaubs nicht entgegen. Auch das Vertrauen privater Arbeitgeber, gegenüber denen Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie nicht unmittelbar wirkt, ist seit 24.11.1996 nicht länger schutzwürdig. Die Grundlage des Vertrauens in den Fortbestand der früheren BAG-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 23.11.1996 zerstört (BAG Urt. v. 04.05.2010 - 9 AZR 183/09 - NZA 2010, 810-822). Der Grundsatz des Vertrauensschutzes verlangt nicht, die vor der Verkündung der Entscheidung des EuGH in der Sache Schultz-Hoff vom 20.01.2009 und schon vor den Schlussanträgen vom 24.01.2008 und 17.01.2007 fällig gewordenen Urlaubsabgeltungsansprüche zu verneinen. Der Arbeitgeber musste seit Bekanntwerden des Vorabentscheidungsersuchens des LAG

Düsseldorf vom 20.08.2006 in der Sache Schultz-Hoff damit rechnen, Urlaubsansprüche noch erfüllen und mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgeltet zu müssen (vergl.: BAG vom 24.03.2009 - 9 AZR 983/07 -, DB 2009, 1018, 1021; LAG Niedersachsen Urtr. v. 17.2.2010 – 16 Sa 297/10 -, zit. n. Juris; LAG Schleswig-Holstein Urtr. v. 17.02.2010 – 3 Sa 410/09 -, zit. n. Juris; LAG Schleswig-Holstein Urtr. v. 16.12.2010 – 4 Sa 209/10 -, zit. n. Juris).

Diese Grundsätze gelten nicht nur für den gesetzlichen Mindesturlaub, sondern auch für den Zusatzurlaub für Schwerbehinderte nach § 125 Abs. 1 SGB IX. Der Schwerbehindertenzusatzurlaub aus § 125 Abs. 1 Satz 1 SGB IX ist ebenso wie der Mindesturlaub nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses abzugelten, wenn der Zusatzurlaub nicht gewährt werden konnte, weil der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt war. Dieser gesetzliche Zusatzurlaubsanspruch für Schwerbehinderte ist an das rechtliche Schicksal des Mindesturlaubsanspruchs gebunden (BAG Urtr. v. 23.02.2010 – 9 AZR 128/09 -, a. a. O.).

**b)** Nach Maßgabe dieser Rechtsgrundsätze muss die Beklagte die noch offenen gesetzlichen Urlaubstage und Zusatzurlaubstage für Schwerbehinderte abgeltet. Die hiergegen von der Beklagten erhobenen Einwände rechtfertigen kein anderes Ergebnis. Die Beklagte verkennt, dass das Bundesarbeitsgericht infolge des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 20.01.2009 zum Fall Schultz-Hoff (C-350/06 und C-520/06) die sog. Surrogats-Theorie zur Urlaubsabgeltung aufgegeben hat und aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen auch aufgeben musste. Die Beklagte kann sich insbesondere auch nicht auf eine Verletzung der grundrechtlich geschützten Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG) berufen. Ein Arbeitgeber ist nach wie vor nicht verpflichtet, einem erkrankten Arbeitnehmer möglichst bald zu kündigen. Eine derartige Verpflichtung ergibt sich insbesondere nicht aus der Aufgabe der sog. Surrogats-Theorie. Dies gilt auch dann, wenn – wie vorliegend – bei einer mehrjährigen Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers sich die jährlichen gesetzlichen Urlaubstage und Zusatzurlaubstage für Schwerbehinderte kumulieren. Der damit einhergehenden, möglicherweise bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses drohenden hohen wirtschaftlichen Belastung durch Urlaubsabgeltungsansprüche, kann der Arbeitgeber durch Bildung rechtzeitiger Rücklagen begegnen.

Dies gilt auch unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Vertrauensschutzes. Die Grundlage des Vertrauens in den Fortbestand der früheren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur sog. Surrogats-Theorie war nach Ablauf der Umsetzungsfrist für die erste Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG mit dem 23.11.1996 zerstört (BAG Urt. v. 23.03.2010 – 9 AZR 128/09 –, Rn. 96 ff., a. a. O.).

**2.** Der Kläger hat gegenüber der Beklagten für den streitgegenständlichen Zeitraum von 2008 bis zum 30.06.2010 Anspruch auf Abgeltung von insgesamt 56 Tagen, d. h. € 8.606,77 brutto. Die weitergehende Klage war unter Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen.

**a)** Der Kläger hatte einen einzelvertraglichen Jahresurlaubsanspruch von 30 Tagen. Darin ist der von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2008/88/EG gewährleistete und von § 3 Abs. 1 BurlG begründete Anspruch auf Mindesturlaub von vier Wochen bzw. 24 Werktagen enthalten. Dadurch sind von den einzelvertraglich vereinbarten 30 Urlaubstagen – gemessen an einer Fünf-Tage-Woche – gemäß § 3 Abs. 1 BurlG 20 Urlaubstage ( $24 : 6 \times 5$ ) gesetzlich abgesichert. Darüber hinaus hatte der Kläger gemäß § 125 Abs. 1 SGB IX einen gesetzlich abgesicherten Zusatzurlaubsanspruch für Schwerbehinderte in Höhe von fünf Tagen pro Jahr.

**b)** Unstreitig hat die Beklagte dem Kläger in 2008 insgesamt 18 Urlaubstage gewährt. Der einzelvertragliche und damit nicht gesetzlich abgesicherte Mehrurlaub von 10 Tagen ist mithin nach § 362 Abs. 1 i. V. m. § 366 Abs. 2 BGB vollständig erfüllt und damit erloschen. Von dem noch verbleibenden gesetzlichen Mindesturlaub und dem gesetzlichen Zusatzurlaub für Schwerbehinderte sind unstreitig noch 18 Urlaubstage offen.

**c)** Entgegen der Auffassung des Klägers stand ihm für 2009 nur ein gesetzlicher Urlaubsanspruch in Höhe von 20 Tagen zu. Gemäß § 3 Abs. 1 BurlG beträgt der gesetzliche Urlaubsanspruch 24 Werktage. Der gesetzliche Urlaubsanspruch setzt mithin voraus, dass der Arbeitnehmer regelmäßig an sechs Tagen von Montag bis Samstag arbeitet. Vorliegend galt indessen – wie der Kläger in der Berufungsver-

handlung ausdrücklich bestätigt hat - eine regelmäßige Arbeitszeit von Montag bis Freitag, d. h. eine Fünf-Tage-Woche. Der von einer Sechs-Tage-Woche ausgehende gesetzliche Urlaubsanspruch von 24 Werktagen muss in diesem Fall auf eine Fünf-Tage-Woche umgerechnet werden. Der gesetzliche Urlaubsanspruch beträgt dann 20 Tage pro Jahr ( $24 : 6 \times 5$ ). Mit dem Zusatzurlaub nach § 125 SGB IX standen dem Kläger mithin für das Jahr 2009 insgesamt 25 gesetzlich gesicherte Urlaubstage zu. Unstreitig hat die Beklagte dem Kläger in 2009 wegen der fortlaufenden Erkrankung keinen Urlaub gewährt.

**d)** Dementsprechend hatte der Kläger im Jahr 2010 bis zu seinem Ausscheiden am 30.06.2010 gemäß § 5 Abs. 2 c) BUrlG einen anteiligen gesetzlichen Urlaubsanspruch von 10 Tagen und einen Zusatzurlaubsanspruch für Schwerbehinderte von gemäß § 5 Abs. 2 BUrlG aufzurechnenden 3 Tagen, mithin insgesamt einen gesetzlich abgesicherten anteiligen Urlaubsanspruch von 13 Tagen. Der Anspruch auf Schwerbehindertenzusatzurlaub wird nur dann und insoweit erworben, als ein Hauptanspruch auf Erholungsurlaub entstanden ist. Daher findet auch für den Zusatzurlaub gemäß § 125 Abs. 1 SGB IX eine Zwölfteilung nach dem allgemeinen Grundsatz statt (Neumann/*Pahlen*, SGB IX, 12. Aufl., Rn. 10 zu § 125 m. Rspr.-Nachw.).

**e)** Dementsprechend hat der Kläger für den streitgegenständlichen Zeitraum einen Urlaubsabgeltungsanspruch von insgesamt 56 offenen gesetzlichen Erholungs- und Zusatzurlaubsansprüchen für Schwerbehinderte (2008: 18, 2009: 25, 2010: 13). Unter Zugrundelegung seines Monatsgehalts von € 3.330,00 brutto steht ihm ein Urlaubsabgeltungsanspruch in Höhe von € 8.606,77 brutto zu ( $\text{€ } 3.330,00 \times 3 : 65 \times 56$ ).

**3.** Der Zahlungsanspruch ist nicht gemäß §§ 389, 387 BGB erloschen. In der Berufungsinstanz beruft sich die Beklagte nur noch auf einen (vermeintlichen) Rückzahlungsanspruch betreffend einen dem Kläger 1994 gewährten und von ihm nicht verbrauchten Kostenvorschuss über DM 2.000,00. Zutreffend hat bereits das Arbeitsgericht darauf hingewiesen, dass die Beklagte diesen Rückzahlungsanspruch in keiner Weise substantiiert dargelegt hat. Es bleibt völlig offen, wann genau sie dem Kläger

für welche von ihm zu tätigen Aufwendungen DM 2.000,00 ausgehändigt oder überwiesen haben will. Auch kann nicht nachvollzogen werden, ob dieser Kostenvorschuss vom Kläger verbraucht worden ist oder nicht. Der gesamte Vortrag ist pauschal und nicht einlassungsfähig. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Kläger gemäß § 4 Nr. 4 des Arbeitsvertrages verpflichtet war, monatliche Spesenabrechnungen auf dem vorgeschriebenen Spesenformular zu fertigen.

Auch wenn es sich bei dem strittigen Kostenvorschuss um einen Monat für Monat fortgeschriebenen Spesenvorschuss i. S. v. § 4 Nr. 6 des Arbeitsvertrages gehandelt haben sollte, wäre der Rückzahlungsanspruch nach § 17 Nr. 3 MTV Chemieindustrie verfallen. Danach erloschen die wechselseitigen Ansprüche spätestens einen Monat nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die Beklagte hat – soweit ersichtlich – erstmals mit Schriftsatz vom 04.08.2010 den (vermeintlichen) Rückzahlungsanspruch in Form der gerichtlichen Aufrechnungserklärung geltend gemacht. Es ist dem Kläger auch nicht gemäß § 242 BGB verwehrt, sich auf die Ausschlussfrist zu berufen. Allein der Umstand, dass ein Arbeitnehmer einen bereits erhaltenen und nicht verbrauchten Spesenvorschuss nicht unaufgefordert zurückzahlt, belegt nicht den Tatbestand einer Unterschlagung.

### III.

Nach alledem hatte die Berufung nur teilweise Erfolg. Die Zahlungsklage war nur in Höhe von € 8.606,77 brutto begründet, sodass sie im Übrigen abzuweisen war.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 5 ArbGG.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision lagen hier nicht vor, § 72 Abs. 2 ArbGG. Die strittigen Rechtsfragen zum Verfall und zur Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs sowie des Zusatzurlaubs nach § 125 SGB IX im Falle fortdauernder Arbeitsunfähigkeit sind höchstrichterlich geklärt.

gez. ...

gez. ...

gez. ...