

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 2 Sa 114 öD/18

5 Ca 115 c/18 ArbG Kiel
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 20.11.2018

gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die zweite Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 20.11.2018 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richterinnen ... und ... als Beisitzerinnen

für **Recht** erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 03.05.2018 - 5 Ca 115 c/18 - wird das Urteil abgeändert:

Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits (beide Instanzen).

Die Revision wird zugelassen.

.....

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann durch Einreichung einer Revisionschrift bei dem

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Telefax 0361 2636-2000
Save ID: govello-1143466074128-000000748
DE-Mail-Adresse: bag@bundesarbeitsgericht.de-mail.de

Revision eingelegt werden.

Die Revisionschrift 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 beigelegt werden.

Die Schriftform ist auch durch die Einreichung eines elektronischen Dokuments an das elektronische Postfach des oben genannten Gerichts gewahrt, wenn das elektronische Dokument mit einer qualifizierten Signatur der verantwortenden Person versehen ist oder das elektronische Dokument von der verantwortenden Person (einfach) signiert ist und auf einem der in § 46c Abs. 4 ArbGG genannten sicheren Übermittlungswege elektronisch versandt wird.

(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 das Bestehen von Resturlaubsansprüchen aus dem Jahre 2016.

Der Kläger ist bei der Beklagten seit dem 01.10.1980 als Elektromechaniker mit einem Bruttomonatsgehalt in Höhe von 3.000,00 Euro beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis des Klägers findet der TV-L Anwendung.

§ 26 Abs. 2 a TV-L lautet:

„Im Falle der Übertragung muss der Erholungsurlaub in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres angetreten werden. Kann der Erholungsurlaub wegen Arbeitsunfähigkeit oder aus betrieblichen/dienstlichen Gründen nicht bis zum 31. März angetreten werden, ist er bis zum 31. Mai anzutreten.“

§ 40 Nr. 7 TV-L hat zur Urlaubsregelung des § 26 Abs. 2 a) TV-L für Beschäftigte an Hochschulen folgendes geregelt:

„Im Falle der Übertragung muss der Erholungsurlaub bis zum 30. September des folgenden Jahres genommen werden.“

Der Kläger überträgt seit einer längeren Arbeitsunfähigkeit im Jahre 1998 regelmäßig seinen jeweiligen Jahresurlaub in das Folgejahr.

Der Kläger war während der Jahre 2016 und 2017 in folgenden Zeiten arbeitsunfähig erkrankt:

- 26.09.2016 bis 30.09.2016 (5 Tage)
- 07.11.2016 bis 09.12.2016 (25 Tage)
- 21.08.2017 bis 20.10.2017 (4 Tage).

Im Jahre 2017 hatte der Kläger bereits 8 Urlaubstage aus 2016 in Anspruch genommen, nämlich bis 30.09.2017 vom

- 22. bis 24.03.2017 (3 Tage)
- 28.04.2017 (1 Tag)
- 26.05.2017 (1 Tag)
- 16. bis 18.08.2017 (3 Tage).

Außerdem hatte der Kläger nach dem 30.09.2017 noch am 30.10.2017 (1 Tag) und vom 27. bis 29.12.2017 (3 Tage) Urlaub.

Die restlichen 22 Urlaubstage seines behaupteten Urlaubsanspruchs aus dem Jahre 2016 wollte er in der Zeit vom 31.08.2017 bis einschließlich 29.09.2017 nehmen. Dieser Urlaub ist ihm genehmigt worden. Der Kläger konnte den Urlaub jedoch wegen der oben dargestellten Erkrankung im Zeitraum vom 21.08.2017 bis 20.10.2017 nicht nehmen.

Im Jahre 2018 hatte der Kläger vom 26.02.2018 bis zum 27.03.2018 22 Tage Urlaub. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass dieser in 2018 genommene Urlaub sein Resturlaub im Umfang der ihm noch zustehenden 22 Tage aus dem Jahre 2016 gewesen sei. Der Resturlaubsanspruch aus dem Jahre 2016 verfalle erst am 31.12.2018, da er seinen Urlaub wegen der Arbeitsunfähigkeit nicht bis zum 30.09.2017 habe nehmen können und sich deshalb der Übertragungszeitraum um 15 Monate verlängere. Entsprechendes ergebe sich auch aus einem Infoheft des Personalrates aus dem Jahre 2016. Im Übrigen folge das Schicksal des Resturlaubs den allgemeinen Regeln des folgenden Urlaubsjahres, so dass sein Urlaub aus 2016 erst am 30.09.2018 verfalle.

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, dass es sich bei dem von der Beklagten dem Kläger gewährten Urlaub im Zeitraum vom 26.02.2018 bis einschließlich 27.03.2018 um 22 Resturlaubstage aus dem Jahr 2016 handele.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass der Urlaubsanspruch des Klägers aus dem Jahre 2016 am 30.09.2017 verfallen sei. Die Rechtsprechung des EuGHs zur Übertragung des Urlaubs mit einem 15-monatigen Übertragungszeitraum beziehe sich nur auf Fälle der dauerhaften Arbeitsunfähigkeit. Der Kläger habe jedoch die Möglichkeit gehabt in den Jahren 2016 und 2017 den Urlaub in Anspruch zu nehmen. Außerdem habe der Kläger im Jahre 2016 - unstreitig - mehr als 20 Tage Urlaub gehabt, so dass die europarechtlichen Vorgaben eingehalten seien. Es sei allein maßgeblich, dass der Arbeitnehmer tatsächlich Urlaub im Umfang von vier Wochen im Kalenderjahr in Anspruch nehmen könne, wobei es egal sei, ob es sich um Resturlaub aus dem vorangegangenen Urlaubsjahr oder um aktuellen Urlaub handele. Der übergesetzliche Urlaubsanspruch des Klägers sei verfallen.

Wegen des weiteren erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien wird auf die von ihnen eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 12.02.2018 und vom 03.05.2018 Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 03.05.2018 festgestellt, dass der von der Beklagten dem Kläger gewährte Urlaub im Zeitraum vom 26.02.2018 bis einschließlich 27.03.2018 12 Resturlaubstage aus dem Jahre 2016 beinhaltet. In Höhe von 10 Urlaubstagen hat es die Klage abgewiesen.

Zur Begründung hat das Arbeitsgericht ausgeführt, dass im Umfang von 12 Urlaubstagen der Urlaubsanspruch des Klägers aus dem Jahre 2016 im Februar bzw. März 2018 trotz § 40 TV-L i.V.m. § 26 Abs. 2a) TV-L noch nicht verfallen gewesen sei. Die tariflichen Vorschriften in den §§ 26, 40 TV-L zur Übertragung des Urlaubs in das Folgejahr und dem darauffolgenden Verfall des Urlaubs würden gegen § 13 Abs. 1 Satz 1 BurlG verstoßen und seien daher unwirksam, weil sie einen kürzeren als bei europarechtskonformer Auslegung gebotenen Übertragungszeitraum vorsehen. Um den Anspruch auf den Mindesturlaub von 4 Wochen i. S. d. Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 gerecht zu werden, müsse ein Übertragungszeitraum die Dauer des Bezugszeitraums, für den er gewährt werde, deutlich überschreiten. Nur so könne der Arbeitnehmer den Urlaub sinnvoll in gestaffelten Abständen nehmen. Der vom TV-L für den Bereich der Hochschulen gewählte Übertragungszeitraum unterschreite den

Bezugszeitraum von einem Jahr deutlich. Es sei für die weitere Übertragung des Urlaubs unerheblich, ob es sich um eine langandauernde Arbeitsunfähigkeit oder einen kurzen Arbeitsunfähigkeitszeitraum handele direkt am Ende des Urlaubsjahres bzw. des gesetzlichen oder tariflichen Übertragungszeitraumes. In beiden Fällen werde der Arbeitnehmer schließlich an der tatsächlichen Inanspruchnahme des gesetzlichen Mindesturlaubs bzw. des Mindesturlaubs nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 gehindert. Dies gelte auch, wenn der Arbeitnehmer 20 Urlaubstage in Anspruch nehmen konnte. Entscheidend sei der Erholungszweck des Urlaubs, der es gebiete bei einer gesundheitlichen Verhinderung der Inanspruchnahme des Urlaubs diesen in den darauffolgenden Bezugszeitraum zu übertragen. Dieser Urlaub sei auch nicht am 31.12.2017 verfallen, sondern er trete dem am 01. Januar neu erworbenen Urlaubsanspruch hinzu und unterliege sodann dessen Fristenregime, sodass nach § 40 TV-L in Verbindung mit § 26 Abs. 2a) TV-L eine Übertragung bis zum 30.09. des Folgejahres vorgesehen sei.

Im Umfang von 10 Urlaubstagen sei der am 30.09.2017 noch bestehende Resturlaub des Jahres 2016 als tarifvertraglicher Mehrurlaub von insgesamt 22 Urlaubstagen mit Ablauf des 30.09.2017 nach § 40 TV-L i. V. m. § 26 Abs. 2 a) TV-L verfallen.

Informationen aus dem Info-Heft des Personalrates müsse sich die Beklagte nicht zurechnen lassen.

Gegen dieses der Beklagten am 22.05.2018 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit Originalschriftsatz vom 31.05.2018 am 01.06.2018 Berufung eingelegt. Der Kläger hat gegen das ihm am 22.05.2018 zugestellte Urteil mit Originalschriftsatz vom 18.06.2018 am 18.06.2018 Anschlussberufung eingelegt. Die Beklagte hat die Berufung sodann mit Originalschriftsatz am 20.06.2018 begründet. Der Kläger hat seine Anschlussberufung nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 20.08.2018 am 20.08.2018 begründet.

Zur Begründung der Berufung führt die Beklagte Folgendes aus:

Die vom Arbeitsgericht in seinem Urteil vom 03.05.2018 vertretene Rechtsauffassung, dass der gesetzliche Mindesturlaub aus dem Jahre 2016 im Umfang von 12

Tagen über den 30.09.2018 hinaus übertragen werden konnte, sei unrichtig. Das Arbeitsgericht würde den Ausgangspunkt der aus Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG herrührenden Rechtsprechung des EuGHs und des BAG verkennen. Allen ergangenen und benannten Entscheidungen sei gemeinsam, dass der EuGH es zunächst als Sache des nationalen Rechtes ansehe, Übertragungszeiträume für einen Urlaubsanspruch mit begrenzter Wirkung festzulegen. Ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG liege erst dann vor, wenn diese Übertragungszeiträume erst für Fallgestaltungen gelten würden, in denen der Arbeitnehmer/Beamte aus krankheitsbedingten Gründen tatsächlich nicht in der Lage sei, den Urlaub im Urlaubsjahr oder dem Übertragungszeitraum zu nehmen. Dies sei vom EuGH bisher für die Fälle der dauerhaften Arbeitsunfähigkeit während des Urlaubsjahres und des Übertragungszeitraumes angenommen worden. In Fallkonstellationen, wie der vorliegenden, in denen der Kläger im Urlaubsjahr 2016 und im Übertragungszeitraum bis zum 30.09.2017 nur in einem geringen Umfang erkrankt gewesen sei, orte der EuGH dies nicht dem Geltungsbereich des Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG zu, sondern gestatte es dem nationalen Recht insoweit eigenständige Regelungen zu treffen, wie dies in § 40 Nr. 7 TV-L der Fall sei. Das BAG habe diese Rechtsprechung des EuGHs in vollem Umfang rezipiert.

Die Beklagte verteidigt sich im Weiteren gegen die Feststellungen des Arbeitsgerichts in seinem Urteil vom 03.05.2018 mit Rechtsansichten.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 03.05.2018
- 5 Ca 115 c/18 - abzuändern und die Klage insgesamt
abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

1. die Berufung der Beklagten und Berufungsklägerin zurückzuweisen.
2. Das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel zum Az. 5 Ca 115 c/18 vom 03. Mai 2018 wird insoweit abgeändert, als durch Ziffer 1 des Urteilstenors festgestellt wurde, dass der von der Beklagten dem Kläger gewährte Urlaub in einem Zeitraum vom 26.02.2018 bis

einschließlich 27.03.2018 lediglich 12 Resturlaubstage aus dem Jahre 2016 beinhaltet; im Anschluss dessen wird festgestellt, dass der von der Beklagten dem Kläger gewährte Urlaub im Zeitraum vom 26.02.2018 bis einschließlich 27.03.2018 22 Resturlaubstage aus dem Jahr 2016 beinhaltet.

Die Beklagte beantragt,

die Anschlussberufung des Klägers zurückzuweisen.

Der Kläger begründet seine Anschlussberufung wie folgt:

Soweit das Arbeitsgericht davon ausgehe, dass der tarifvertragliche Mehrurlaub in einem Umfang von 10 Tagen mit Ablauf des 30.09.2017 verfallen sei, halte dies einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Es müsse auf die Auslegungsregel des § 366 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden, mit der Folge, dass die Beklagte zunächst den tariflichen Mehrurlaub erfüllt habe, da dieser mit einer geringeren Sicherheit versehen sei. Es sei gerade nicht von einem einheitlichen Urlaubsanspruch auszugehen, da vorliegend zwischen dem gesetzlichen und tarifvertraglichen Mehrurlaub unterschieden werde. Bei den von der Beklagten in 2016 erfüllten 10 Urlaubstagen handle es sich um den tarifvertraglichen Mehrurlaub des Klägers aus dem Jahre 2016. Für das Jahr 2016 seien daher 20 Tage gesetzlicher Mindesturlaub verblieben, der nicht mit Ablauf des 30.09.2017 verfallen seien.

Der Kläger verteidigt im Weiteren das erstinstanzliche Urteil.

Die Beklagte verteidigt sich gegen die Anschlussberufung mit Rechtsansichten.

Wegen des weiteren zweitinstanzlichen Vorbringens der Parteien wird auf die von ihnen eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Protokoll der Berufungsverhandlung vom 20.11.2018 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

A.

Die Berufung der Beklagten und des Klägers sind zulässig. Sie sind dem Beschwerdewert nach statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, § 64 Abs. 2 lit. B, § 66 Abs. 1 ArbGG, § 519 ZPO.

Bedenken gegen den von dem Kläger geltend gemachten Feststellungsantrag bestehen nicht. Der Kläger hat ein rechtliches Interesse daran, durch das Gericht feststellen zu lassen, ob im gewährten Urlaub im Zeitraum vom 26.02.2018 bis 27.03.2018 Resturlaub aus dem Jahre 2016 enthalten war (§ 256 Abs. 1 ZPO). Die Feststellungsklage ist nicht wegen des Vorrangs der Leistungsklage unzulässig (vgl. dazu grundlegend BAG 12.04.2011 - 9 AZR 80/10 - Rn. 13 bis 15, AP BUrlG § 7 Nr. 50 = EzA BUrlG § 7 Nr. 123).

B.

In der Sache selbst hat lediglich die Berufung der Beklagten Erfolg, die Berufung des Klägers ist unbegründet.

Die Klage des Klägers ist insgesamt unbegründet. Es besteht kein Anspruch auf Feststellung, dass der von der Beklagten dem Kläger gewährte Urlaub im Zeitraum vom 26.02.2018 bis einschließlich 27.03.2018 22 Resturlaubstage aus dem Jahr 2016 beinhaltet.

Der Resturlaubsanspruch des Klägers in einem Umfang von 12 Tagen als gesetzlichem Mindesturlaub aus dem Jahre 2016 ist mit Ablauf des 30.09.2017 verfallen (1.). Der darüberhinausgehende tarifliche Urlaubsanspruch des Klägers in einem Umfang von 10 Tagen ist nach § 40 TV-L in Verbindung mit § 26 Abs. 2 a TV-L am 30.09.2017 verfallen (2.).

1. In einem Umfang von 12 Urlaubstagen ist der Urlaubsanspruch des Klägers aus dem Jahre 2016 nach § 40 TV-L i. V. m. § 26 Abs. 2a) TV-L mit Ablauf des 30.09.2017 verfallen.

Der EuGH hat in seiner Entscheidung Sch.-H. (EuGH, Urteil vom 20.01.2009 - C 350/06, Rn. 34, juris) darauf hingewiesen, dass aus Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 hervorgehe, dass die Anwendungsmodalitäten des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub in den verschiedenen Mitgliedsstaaten durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten geregelt werden. Es sei daher der deutschen Regierung zuzustimmen, wonach die Tage der Urlaubsübertragung und damit die Festlegung des Zeitraumes, in dem ein Arbeitnehmer, der während des Bezugszeitraumes daran gehindert war, seinen Jahresurlaub zu nehmen, noch in den Genuss des entsprechenden Jahresurlaub kommen kann, zu den Voraussetzungen für die Ausübung und Umsetzung des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub gehört und damit von den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten geregelt werden kann (EuGH, Urt. vom 20.01.2009 - a. a. O.). Es sei somit zu prüfen, welche Begrenzungen dieses Grundsatzes unter den speziellen Umständen der Rechtssache C 350/06 geboten seien. Sodann weist der EuGH darauf hin, dass eine Krankschreibung während des gesamten Bezugszeitraumes vorliegen müsse, die bei Ablauf dieses Zeitraumes und/oder eines Übertragungszeitraumes fortbestehe (EuGH v. 20.01.2009, a. a. O., Rn. 36).

Des Weiteren hat der EuGH in seiner Entscheidung Sch.-H. deutlich gemacht, dass es dem nationalen Recht vorbehalten bleibe, zeitliche Begrenzungen der Übertragbarkeit des Urlaubsanspruches vorzusehen. Nur für den Fall, dass der Arbeitnehmer aus tatsächlichen Gründen nicht in der Lage war, den Urlaub im Urlaubsjahr oder im Übertragungszeitraum zu nehmen, könnten die entsprechenden nationalen Regelungen gegen Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG verstoßen (EuGH v. 20.01.2009, a. a. O., Rn. 42 f.).

Auch in der „KHS-Entscheidung“ des EuGHs ist diese Rechtsprechung bestätigt worden. So ist dort ausgeführt, dass Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88 grundsätzlich einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, die für die Ausübung des mit dieser Richt-

linie ausdrücklich verliehenen Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub Modalitäten vorsieht, die sogar den Verlust dieses Anspruchs am Ende eines Bezugszeitraums oder Übertragungszeitraumes umfassen. Allerdings hat er (der Gerichtshof, Anm. der Verf.) dieser grundsätzlichen Feststellung die Voraussetzung hinzugefügt, dass der Arbeitnehmer, dessen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erloschen ist, tatsächlich die Möglichkeit gehabt haben muss, den ihm mit dieser Richtlinie verliehenen Anspruch auszuüben (vgl. Urt. Sch.-H., a.a.O., Rn. 43; EuGH - KHS - v. 22.11.2011 - C 214/10 -, Rn. 26, juris)

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass den genannten EuGH-Entscheidungen zu entnehmen ist, dass der EuGH es als Sache des nationalen Rechts ansieht, Übertragungszeiträume für einen Urlaubsanspruch mit begrenzender Wirkung festzulegen. Ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88 liegt erst dann vor, wenn diese Übertragungszeiträume auch für Fallgestaltungen gelten, in denen der Arbeitnehmer aus krankheitsbedingten oder anderen Gründen tatsächlich nicht in der Lage war, den Urlaub im Urlaubsjahr oder im Übertragungszeitraum zu nehmen. Solche Fälle hat der EuGH bei einer dauerhaften Arbeitsunfähigkeit während des Urlaubsjahres und des Übertragungszeitraumes angenommen. War jedoch der Arbeitnehmer im Urlaubsjahr und im Übertragungszeitraum nur in einem geringen Umfang krank, so unterfällt dies nicht dem Geltungsbereich des Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88, sondern gestattet es dem nationalen Recht eigenständige Regelungen zum Verfall des Anspruchs zu schaffen.

Dieser Rechtsprechung des EuGHs ist das BAG in diversen Entscheidungen gefolgt (vgl. BAG v. 24.03.2009 - 9 AZR 983/07 -, juris; BAG, Urt. V. 07.08.2012 - 9 AZR 353/10, juris; BAG v. 10.07.2012 - 9 AZR 11/11, juris).

Soweit das Arbeitsgericht daher in seiner Entscheidung vom 03.05.2018 die Auffassung vertreten hat, dass es unerheblich sei, ob bei dem Kläger eine langandauernde Arbeitsunfähigkeit oder nur ein kurzer Arbeitsunfähigkeitszeitraum direkt am Ende des Übertragungszeitraumes vorgelegen habe, steht dies nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGHs und des BAG. Für den Kläger bestand nämlich während eines überwiegenden Zeitraumes des gesamten Urlaubsjahres und des Übertra-

gungszeitraumes, also für ein Jahr und 9 Monate, die Möglichkeit seinen gesetzlichen Mindesturlaub zu nehmen. Lediglich für die Dauer von 60 Tagen, nämlich 5 Tage (26.09.2016 bis 30.09.2016), 25 Tage (07.11.2016 bis 09.12.2016) und 30 Tage (21.08.2017 bis 30.09.2017) hatte er wegen Krankheit keine Möglichkeit seinen Urlaub zu nehmen. Eine langandauernde Arbeitsunfähigkeit des Klägers im Urlaubsjahr und im Übertragungszeitraum lag nicht vor. Der Kläger war nicht aus personenbedingten Gründen gehindert seinen Urlaub zu nehmen, sondern er hat es sich aus freiem Willen zur Regel gemacht, den Urlaub vor sich herzuschieben. Derartige Fallkonstellationen fallen nicht in den Anwendungsbereich des Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG.

Zu Recht hat die Beklagte darauf hingewiesen, dass es der Kläger, sollte die vom Arbeitsgericht vertretene Rechtsansicht richtig sein, in der Hand hätte, die Übertragung des Urlaubs unter Anwendung des Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG beliebig herbei zu führen. Er müsste seinen Urlaub nur an das Ende des Übertragungszeitraumes legen und könnte bei einer erneuten Arbeitsunfähigkeit weiter seinen fortbestehenden Urlaub beanspruchen. Dies ist mit der Schutzwirkung des Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG nicht vereinbar und auch nicht gewollt.

Soweit das Arbeitsgericht in seiner Entscheidung mit dem Erholungszweck des Urlaubs argumentiert, ist darauf hinzuweisen, dass Sinn und Zweck des Urlaubs die zeitnahe Erholung des Arbeitnehmers im Urlaubsjahr ist. Der EuGH hat seiner Sch.-H.-Entscheidung (EuGH vom 20.01.2009, a. a. O., Rn. 43) deutlich darauf hingewiesen, dass Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG grundsätzlich eine nationale Regelung zulässt, die für die Ausübung des mit dieser Richtlinie ausdrücklich verliehenen Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub Modalitäten vorsieht, die sogar den Verlust dieses Anspruchs am Ende eines Bezugszeitraumes oder eines Übertragungszeitraumes beinhalten, allerdings unter der Voraussetzung, dass der Arbeitnehmer die Möglichkeit hatte, den ihm mit dieser Richtlinie verliehenen Anspruch auszuüben. Auch aus der KHS-Entscheidung des EuGHs (Urt. vom 22.11.2011 - C 214/10 -, juris) und der BAG-Entscheidung (Urt. v. 07.08.2012 - 9 AZR 353/10 -, juris) folgt, dass bei krankheitsbedingte Unmöglichkeit der Urlaubsnahme der Urlaub nach 15 Monaten verfällt.

Vorliegend ist durch die Einführung von § 40 TV-L i.V.m. § 26 Abs. 2a) TV-L von der Möglichkeit der Einführung einer nationalen Regelung mit einem Übertragungszeitraum auf den 30.09. des Folgejahres festgelegt worden. Da der Urlaub bis zu diesem Datum durch den Kläger nicht genommen worden war, ist er mit Ablauf des 30.09.2017 verfallen.

2. Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf die Feststellung, dass der von der Beklagten dem Kläger gewährte Urlaub im Zeitraum vom 26.02.2018 bis 27.03.2018 10 Tage tariflichen Mehrurlaub aus dem Jahre 2016 enthielt.

Im Umfang von 10 Urlaubstagen ist der am 30.09.2017 noch bestehende Resturlaub aus dem Jahre 2016 mit Ablauf des 30.09.2017 nach § 40 TV-L i.V.m. § 26 Abs. 2 a) TV-L verfallen.

Zu Recht hat das Arbeitsgericht darauf hingewiesen, dass es sich bei diesen 10 Arbeitstagen um den über 20 Tage hinausgehenden tariflichen Mehrurlaub gehandelt hat. Im Umfang von 8 Urlaubstagen hatte die Beklagte dem Kläger bereits den gesetzlichen Mindesturlaub aus dem Jahre 2016 im Jahre 2017 erfüllt. Soweit sich der Kläger nunmehr in der Berufungsinstanz darauf stützt, dass es sich bei dem Urlaubsanspruch des Klägers gerade nicht um einen einheitlichen Urlaubsanspruch handeln würde und damit ein Rückgriff auf § 366 Abs. 2 BGB möglich ist, ist dem nicht zu folgen.

Das BAG hat in seiner Entscheidung vom 22.05.2012 (- 9 AZR 618/10 -, Rn. 12, juris) bestätigt, dass die Tarifvertragsparteien in § 26 Abs. 2a) TV-L hinsichtlich der Befristung und Übertragung und damit auch mittelbar bezüglich des Verfalls des Urlaubs von § 7 Abs. 3 BurlG abweichende eigenständige Regelung geschaffen haben. § 26 TV-L differenziert hinsichtlich der Befristung und der Übertragung des Urlaubs zwar nicht ausdrücklich zwischen gesetzlichem Mindesturlaub und tariflichem Mehrurlaub. Die Tarifvertragsparteien des TV-L haben sich jedoch vom gesetzlichen Fristenregime gelöst, indem sie die Befristung und Übertragung und damit auch den Verfall des Urlaubsanspruchs abweichend vom Bundesurlaubsgesetz eigenständig

geregelt haben (BAG, Urt. V. 22.05.2012, a. a. O., Rn. 14, juris).

Demgemäß ist § 366 Abs. 2 BGB nicht anzuwenden und zunächst der gesetzliche und anschließend der tarifliche Urlaub gewährt wird. Dies hat zur Folge, dass die Beklagte dem Kläger gewährten 8 Urlaubstage, die ihm bis zum 30.09.2017 gewährt worden sind, auf den gesetzlichen Urlaub anzurechnen sind und demgemäß 10 Urlaubstage tariflicher Urlaubsanspruch verblieben sind, die jedoch nach § 40 TV-L i. V. m. § 26 Abs. 2 a) TV-L verfallen sind. Auf die Ausführungen im arbeitsgerichtlichen Urteil wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen.

Auf die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 03.05.2018 - 5 Ca 115 c/18 - war das Urteil daher abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen. Die Berufung des Klägers war zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 64 Abs. 6 ArbGG, § 91 ZPO.

Die Revision war nach § 72 Abs. 2 ArbGG zuzulassen, da die entscheidungserhebliche Rechtsfrage des Fortbestehens des Urlaubsanspruchs bei Erkrankung am Ende des Übertragungszeitraumes grundsätzliche Bedeutung hat.

gez. ... gez. ... gez. ...