

Bundesarbeitsgericht  
Neunter Senat

Urteil vom 19. Februar 2019  
- 9 AZR 541/15 -  
ECLI:DE:BAG:2019:190219.U.9AZR541.15.0

I. Arbeitsgericht München

Endurteil vom 13. November 2014  
- 13 Ca 7172/14 -

II. Landesarbeitsgericht München

Urteil vom 6. Mai 2015  
- 8 Sa 982/14 -

---

Entscheidungsstichworte:

Verfall von Urlaub - Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers

Hinweis des Senats:

Teilweise Parallelentscheidung zu - 9 AZR 423/16 -

# BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 541/15  
8 Sa 982/14  
Landesarbeitsgericht  
München

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
19. Februar 2019

## URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Februar 2019 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Suckow sowie die ehrenamtlichen Richter Wullhorst und Hampel für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 6. Mai 2015 - 8 Sa 982/14 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Der Kläger verlangt von dem Beklagten, 51 Urlaubstage aus den Jahren 2012 und 2013 mit einem Betrag iHv. 11.979,26 Euro abzugelten. 1

Der Beklagte beschäftigte den Kläger vom 1. August 2001 bis zum 31. Dezember 2013 aufgrund mehrerer befristeter Arbeitsverträge als Wissenschaftler am M Institut. Das Bruttomonatsentgelt des Klägers betrug zuletzt 5.089,23 Euro. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fand der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst vom 13. September 2005 (TVöD) Anwendung. Dieser bestimmt in der für den streitigen Zeitraum maßgeblichen Fassung ua.: 2

#### **„§ 26**

#### **Erholungsurlaub**

- (1) ... <sup>6</sup>Der Erholungsurlaub muss im laufenden Kalenderjahr gewährt und kann auch in Teilen genommen werden.
- (2) Im Übrigen gilt das Bundesurlaubsgesetz mit folgenden Maßgaben:
  - a) 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.

...“

Am 16. Mai 2013 sandte ein Mitarbeiter des Beklagten ua. an den Kläger eine E-Mail, in der er mitteilte, der Personalleiter des Beklagten habe ihn gebeten, alle Mitarbeiter darauf hinzuweisen, dass der „Urlaubsanspruch nach Vertragsende nicht ausgezahlt bzw. an einen neuen Arbeitgeber transferiert werden kann. Aller Urlaub, der nicht während der Vertragslaufzeit genommen wird, verfällt automatisch“. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2013, das dem Kläger Anfang November 2013 zuging, bat der Beklagte den Kläger, seine „noch vorhandenen Urlaubstage ... bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses einzubringen“. Der Beklagte erteilte dem Kläger am 15. November und 2. Dezember 2013 Urlaub. Unmittelbar vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. Dezember 2013 stand ihm noch ein Anspruch auf 51 Arbeitstage Urlaub zu. Unter dem 3. Juni 2014 verlangte der Kläger vom Beklagten ohne Erfolg, seinen noch nicht genommenen Urlaub abzugelten. 3

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, der Beklagte sei gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG zur Abgeltung des Resturlaubs verpflichtet. Der Kläger hat behauptet, wegen seiner Einbindung in mehrere Projekte sei es ihm nicht möglich gewesen, den Resturlaub vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu nehmen. 4

Der Kläger hat beantragt, 5  
den Beklagten zu verurteilen, an ihn Urlaubsabgeltung iHv. 11.979,26 Euro zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 10. Januar 2014 zu zahlen.

Der Beklagte hat die Abweisung der Klage mit der Begründung beantragt, der Urlaub sei mit Ablauf des 31. Dezember 2013 verfallen. Er sei nicht verpflichtet gewesen, dem Kläger unabhängig von einem entsprechenden Antrag Urlaub zu erteilen. 6

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte sein Ziel der Klageabweisung weiter. 7

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision des Beklagten ist begründet. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts durfte dem Kläger die begehrte Urlaubsabgeltung nicht zugesprochen werden. Auf der Grundlage der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kann der Senat nicht abschließend entscheiden, ob dem Kläger zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Anspruch auf Urlaub im Umfang von 51 Arbeitstagen zustand, den der Beklagte mit einem Brutobetrag iHv. 11.979,26 Euro abzugelten hat. Das angefochtene Urteil war deshalb aufzuheben und die Sache nach § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. 8

I. Das Landesarbeitsgericht ist rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dem Kläger stehe gegen den Beklagten ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 283 iVm. § 249 Abs. 1, § 251 Abs. 1 BGB zu. 9

1. Das Landesarbeitsgericht hat dem Kläger den erhobenen Zahlungsanspruch mit der Begründung zuerkannt, der Beklagte habe es schuldhaft unterlassen, dem Kläger vor dem Untergang des Urlaubsanspruchs von sich aus Urlaub zu gewähren. Der Beklagte sei als Arbeitgeber verpflichtet gewesen, dem Kläger rechtzeitig Urlaub unabhängig davon zu gewähren, ob der Kläger ihn dazu aufgefordert habe. Dies ergebe die Auslegung des Bundesurlaubsgesetzes im Lichte der Richtlinie 2003/88/EG. 10

2. Die Begründung des Landesarbeitsgerichts ist in zweifacher Hinsicht unzutreffend. 11

a) Der Anspruch auf Abgeltung von Ersatzurlaub richtet sich nicht nach den Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts, sondern nach den Vorgaben des § 7 Abs. 4 BUrlG. Infolge des in § 249 Abs. 1 BGB festgelegten Grundsatzes der Naturalrestitution unterliegt der Anspruch eines Arbeitnehmers auf Ersatzurlaub den Modalitäten des verfallenen Urlaubs. Dies gilt sowohl für die Inanspruchnahme als auch für die Abgeltung des Ersatzurlaubs. Für eine Anwendung des § 251 Abs. 1 BGB bleibt kein Raum (*vgl. BAG 16. Mai 2017 - 9 AZR 572/16 - Rn. 11 ff., BAGE 159, 106*).

b) Die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Auslegung des § 7 BUrlG, der zufolge der Arbeitgeber verpflichtet ist, einem Arbeitnehmer Urlaub zu gewähren, ohne dass er zuvor Urlaubswünsche iSd. § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG geäußert hat, ist außerdem unionsrechtlich nicht geboten. Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG erlegt dem Arbeitgeber nicht die Pflicht auf, dass er einen Arbeitnehmer zwingt, seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub tatsächlich wahrzunehmen (*vgl. EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 44*).

II. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts erweist sich weder aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO), noch ist die Sache zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO). Auf der Grundlage der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts und des zwischen den Parteien unstreitigen Sachverhalts vermag der Senat nicht zu beurteilen, ob der dem Kläger unmittelbar vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses zustehende Urlaub mit Ablauf des 31. Dezember 2013 verfallen ist. Das Landesarbeitsgericht wird zu prüfen haben, ob der Beklagte im Vorfeld seinen Mitwirkungsobliegenheiten bei der Gewährung des Urlaubs genügt hat.

1. Der Anspruch auf Urlaubsabgeltung nach § 7 Abs. 4 BUrlG setzt voraus, dass zum Zeitpunkt der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein offener Urlaubsanspruch besteht, der wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann. Dem Kläger stand nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts unmittelbar vor der

Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Anspruch auf 51 Arbeitstage Urlaub zu.

2. Für den gesetzlichen Mindesturlaub iSd. §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG schreibt § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG vor, dass der Urlaub im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden muss. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts verfiel nicht genommener Urlaub unabhängig davon, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor in die Lage versetzt hatte, den Urlaub zu nehmen, nach § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG mit Ablauf des Urlaubsjahres, sofern kein Übertragungsgrund iSv. § 7 Abs. 3 Satz 2 und Satz 4 BUrlG gegeben war (vgl. BAG 19. Juni 2018 - 9 AZR 615/17 - Rn. 14; 13. Dezember 2016 - 9 AZR 541/15 (A) - Rn. 13). Dies galt selbst dann, wenn der Arbeitnehmer rechtzeitig vor Ablauf des Urlaubsjahres die Gewährung des Urlaubs verlangte und der Arbeitgeber den verlangten Urlaub nicht gewährte. Jedoch trat, wenn sich der Arbeitgeber mit der Urlaubsgewährung in Verzug befand, gemäß § 275 Abs. 1 und Abs. 4, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 283 Satz 1, § 286 Abs. 1 Satz 1, § 287 Satz 2 und § 249 Abs. 1 BGB an die Stelle des im Verzugszeitraum verfallenen Urlaubs ein Schadensersatzanspruch, der die Gewährung von Ersatzurlaub zum Inhalt hatte (vgl. BAG 16. Mai 2017 - 9 AZR 572/16 - Rn. 12, BAGE 159, 106) und - mit Ausnahme des Fristenregimes (vgl. BAG 11. April 2006 - 9 AZR 523/05 - Rn. 24) - hinsichtlich Inanspruchnahme und Abgeltung den Modalitäten des verfallenen Urlaubs unterlag (vgl. BAG 16. Mai 2017 - 9 AZR 572/16 - Rn. 13, aaO).

a) Nach dieser Rechtsprechung stand dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung nach § 7 Abs. 4 BUrlG nicht zu, wenn er mit dem Ende des Urlaubsjahres oder Übertragungszeitraums ausschied und der nicht genommene Urlaub wegen Fristablaufs verfiel (vgl. BAG 12. März 2013 - 9 AZR 292/11 - Rn. 14; 7. August 2012 - 9 AZR 353/10 - Rn. 42, BAGE 142, 371).

b) Mit Beschluss vom 13. Dezember 2016 (- 9 AZR 541/15 (A) -) hat der Senat den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV um Vorabentscheidung ersucht, ob Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG oder Art. 31 Abs. 2 GRC einer nationalen Regelung entgegenstehen, die vorsieht, dass der Arbeit-

nehmer Urlaub unter Angabe seiner Wünsche zu dessen zeitlicher Festlegung beantragen muss, damit der Urlaubsanspruch am Ende des Bezugszeitraums nicht ersatzlos untergeht, und die den Arbeitgeber damit nicht verpflichtet, von sich aus einseitig und für den Arbeitnehmer verbindlich die zeitliche Lage des Urlaubs innerhalb des Bezugszeitraums festzulegen. Sollte die Frage bejaht werden, hat der Senat den Gerichtshof weiter um Auskunft ersucht, ob dies auch für ein Arbeitsverhältnis zwischen Privatpersonen gilt.

c) Der Gerichtshof hat durch Urteil vom 6. November 2018 (- C-684/16 - *[Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften]*) entschieden, dass Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG und Art. 31 Abs. 2 GRC einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der ein Arbeitnehmer, der im betreffenden Bezugszeitraum keinen Antrag auf Wahrnehmung seines Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub gestellt hat, am Ende des Bezugszeitraums die ihm gemäß diesen Bestimmungen für den Bezugszeitraum zustehenden Urlaubstage und entsprechend seinen Anspruch auf eine finanzielle Vergütung für den bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommenen Urlaub automatisch verliert (*vgl. EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 61*).

aa) Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG könne zwar nicht dahin gehend ausgelegt werden, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub und - im Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses - der an seine Stelle tretende Anspruch auf Vergütung, dem Arbeitnehmer völlig unabhängig von den Umständen erhalten bleiben müssten, die dazu geführt hätten, dass er den bezahlten Jahresurlaub nicht genommen habe (*EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 30; vgl. so bereits zum Verfall des Urlaubs bei Vorliegen besonderer, dies rechtfertigender Umstände, insbesondere bei Erkrankung des Arbeitnehmers: EuGH 29. November 2017 - C-214/16 - [King] Rn. 56 ff.; 22. November 2011 - C-214/10 - [KHS] Rn. 28, 38, 44*). Eine nationale Regelung wie § 7 Abs. 1 und Abs. 3 BUrlG, die vorsehe, dass bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen seien, es sei denn, dass dringende be-



triebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer vorlägen, die den Vorrang verdienten, oder dass der Urlaub grundsätzlich im Bezugsjahr zu nehmen sei, falle zwar in den Bereich der Modalitäten für die Wahrnehmung des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub iSv. Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG. Eine solche Regelung gehöre zu den auf die Festlegung des Urlaubs der Arbeitnehmer anwendbaren Bestimmungen und Verfahren des nationalen Rechts, deren Ziel es sei, den verschiedenen widerstreitenden Interessen Rechnung zu tragen (*EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 36 f.*). Die Grenzen, die von den Mitgliedstaaten bei der Festlegung dieser Modalitäten zwingend einzuhalten seien, würden jedoch verkannt, wenn die Vorschriften des nationalen Rechts dahin gehend ausgelegt würden, dass der Arbeitnehmer seinen Urlaubsanspruch am Ende des Bezugszeitraums und entsprechend seinen Anspruch auf eine Vergütung für den bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommenen Urlaub automatisch verlöre, auch wenn er nicht in die Lage versetzt wurde, den Anspruch wahrzunehmen (*vgl. EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 40 ff.*).

bb) Der Arbeitgeber kann sich nach der vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung auf den fehlenden Urlaubsantrag des Arbeitnehmers deshalb nur berufen, wenn er zuvor konkret und in völliger Transparenz dafür Sorge getragen hat, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage war, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, indem er ihn - erforderlichenfalls förmlich - auffordert, dies zu tun, und ihm klar und rechtzeitig mitteilt, dass der Urlaub, wenn er ihn nicht nimmt, am Ende des Bezugszeitraums oder eines zulässigen Übertragungszeitraums verfallen wird. Der Arbeitgeber trägt die Beweislast für die Erfüllung dieser Mitwirkungsobliegenheiten (*vgl. EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 45 f.*). Erbringt der Arbeitgeber den ihm insoweit obliegenden Nachweis und zeigt sich daher, dass der Arbeitnehmer seinen bezahlten Jahresurlaub aus freien Stücken und in voller Kenntnis der sich daraus ergebenden Konsequenzen nicht genommen hat, stehen Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG und Art. 31

21

Abs. 2 GRC dem Verlust des Urlaubsanspruchs und - bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses - dem Wegfall der finanziellen Vergütung für nicht genommenen bezahlten Jahresurlaub nicht entgegen (*EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 47, 56*). Eine Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer dazu zu zwingen, diesen Anspruch tatsächlich wahrzunehmen, besteht nicht (*vgl. EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 44*).

d) Die nationalen Gerichte sind gehalten, bei der Anwendung des nationalen Rechts dieses so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen, um das in der Richtlinie festgelegte Ziel zu erreichen und damit Art. 288 Abs. 3 AEUV nachzukommen (*vgl. EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 58 f.*). 22

aa) Art. 267 AEUV weist dem Gerichtshof zur Verwirklichung der Verträge über die Europäische Union, der Rechtssicherheit und der Rechtsanwendungsgleichheit sowie einer einheitlichen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts die Aufgabe der verbindlichen Auslegung der Verträge und Richtlinien zu (*vgl. BAG 21. Februar 2017 - 1 ABR 62/12 - Rn. 27, BAGE 158, 121; 7. August 2012 - 9 AZR 353/10 - Rn. 26, BAGE 142, 371*). Daraus folgt, dass die nationalen Gerichte die Unionsvorschrift in dieser Auslegung (grundsätzlich) auch auf andere Rechtsverhältnisse als das dem Vorabentscheidungsersuchen zugrunde liegende anwenden können und müssen, und zwar auch auf solche, die vor Erlass der auf das Auslegungsersuchen ergangenen Entscheidung des Gerichtshofs entstanden sind (*BVerfG 10. Dezember 2014 - 2 BvR 1549/07 - Rn. 26*). 23

bb) Allerdings unterliegt der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts Schranken. Die Pflicht zur Verwirklichung eines Richtlinienziels im Wege der Auslegung findet ihre Grenzen an dem nach innerstaatlicher Rechtstradition methodisch Erlaubten. Sie darf nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts contra legem dienen. Besteht jedoch ein Aus- 24

legungsspielraum, ist das nationale Gericht verpflichtet, diesen zur Verwirklichung des Richtlinienziels bestmöglich auszuschöpfen (vgl. *BVerfG 26. September 2011 - 2 BvR 2216/06, 2 BvR 469/07 - Rn. 46 f.*). Ob und inwieweit das innerstaatliche Recht eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung zulässt, haben allein die nationalen Gerichte zu beurteilen (*BVerfG 26. September 2011 - 2 BvR 2216/06, 2 BvR 469/07 - Rn. 47; 21. Februar 2017 - 1 ABR 62/12 - Rn. 29, BAGE 158, 121; 7. August 2012 - 9 AZR 353/10 - Rn. 31, BAGE 142, 371*).

cc) Der Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 6. November 2018 ausgeführt, dass eine nationale Regelung über den Verfall des Urlaubs oder dessen finanzieller Abgeltung nicht anzuwenden sei, wenn sie nicht im Einklang mit Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG und Art. 31 Abs. 2 GRC ausgelegt werden könne. Das nationale Gericht habe aber auch dann dafür Sorge zu tragen, dass der Arbeitnehmer, wenn der Arbeitgeber nicht nachweisen könne, dass er ihn tatsächlich in die Lage versetzt habe, den ihm nach dem Unionsrecht zustehenden bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, weder seine erworbenen Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub noch - im Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses - den Anspruch auf finanzielle Vergütung für nicht genommenen Urlaub verliere (vgl. *EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 81*). Stehe dem Arbeitnehmer in einem Rechtsstreit ein staatlicher Arbeitgeber gegenüber, ergebe sich dieses Ergebnis aus Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG und aus Art. 31 Abs. 2 GRC. Stehe ihm ein privater Arbeitgeber gegenüber, folge dies aus Art. 31 Abs. 2 GRC (vgl. *EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 63 f., 74 ff.*). 25

e) Das Bundesurlaubsgesetz lässt eine richtlinienkonforme Auslegung von § 7 BUrlG zu. Danach trifft den Arbeitgeber die Initiativlast bei der Verwirklichung des Urlaubsanspruchs gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG. Grundsätzlich führt erst die Erfüllung der daraus abgeleiteten Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer in die Lage zu versetzen, seinen Urlaub auch tatsächlich zu nehmen, zur Befristung des Urlaubsanspruchs nach § 7 Abs. 3 26

BUrlG. Es bedarf deshalb keiner Entscheidung des Senats, ob und inwieweit diese Vorschrift des Bundesurlaubsgesetzes wegen Unvereinbarkeit mit Art. 31 Abs. 2 GRC unangewendet bleiben müsste (vgl. *EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 69 ff.*).

aa) Das Bundesurlaubsgesetz regelt die für die Arbeitsvertragsparteien im Zusammenhang mit der Gewährung und Inanspruchnahme von Urlaub bestehenden Mitwirkungsobliegenheiten und die Folgen deren Nichtbeachtung nicht ausdrücklich. Dies gestattet es, § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG richtlinienkonform dahin gehend auszulegen, dass der Arbeitgeber bei der ihm durch das Bundesurlaubsgesetz zugewiesenen Festlegung des Urlaubs die vom Gerichtshof aus Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG abgeleiteten Mitwirkungsobliegenheiten zu beachten hat. Der nicht erfüllte Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erlischt in der Regel nur dann am Ende des Kalenderjahres, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor in die Lage versetzt hat, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen, und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat. Bei einem richtlinienkonformen Verständnis des § 7 Abs. 3 BUrlG ist die Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers damit grundsätzlich Voraussetzung für das Eingreifen des urlaubsrechtlichen Fristenregimes. Der Senat entwickelt seine bisherige Rechtsprechung dementsprechend weiter.

27

(1) Der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub ist nach den Bestimmungen des Bundesurlaubsgesetzes grundsätzlich auf das Kalenderjahr als Urlaubsjahr bezogen ausgestaltet (vgl. *zB §§ 1, 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG*). § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG sieht vor, dass der Urlaub im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden muss. Eine Übertragung des Urlaubs auf die ersten drei Monate des nächsten Kalenderjahres ist nach § 7 Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 BUrlG nur statthaft, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen. Liegen solche Gründe nicht vor, verfällt der Urlaub zum Ende eines Kalenderjahres. § 7 Abs. 3 BUrlG steht einer richtlinienkonformen Auslegung damit jedoch nicht entgegen. Die Vorschrift re-

28

gelt weder die Modalitäten für die Inanspruchnahme und Gewährung des Urlaubs, noch sind dort die Voraussetzungen für den Verfall ausdrücklich festgelegt.

(2) Auch durch § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG wird das Verfahren der Gewährung und Inanspruchnahme von Urlaub nicht abschließend bestimmt. Die zeitliche Festlegung des Urlaubs ist nach Maßgabe dieser Bestimmung dem Arbeitgeber vorbehalten. Er gewährt den Urlaub durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (vgl. BAG 10. Februar 2015 - 9 AZR 455/13 - Rn. 21 ff., BAGE 150, 355). Ein Recht des Arbeitnehmers, sich selbst zu beurlauben, besteht grundsätzlich nicht (vgl. BAG 22. Januar 1998 - 2 ABR 19/97 - zu B II 3 der Gründe). Der Arbeitgeber hat bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, es sei denn, dass ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten Vorrang verdienen, entgegenstehen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass neben dem Urlaubswunsch des Arbeitnehmers die Interessen der Belegschaft und die betrieblichen Belange ausreichende Berücksichtigung finden und unter Umständen betriebsverfassungs- oder personalvertretungsrechtliche Vorgaben beachtet werden, sodass der Urlaub des einzelnen Arbeitnehmers tatsächlich im laufenden Urlaubsjahr gewährt werden kann, idealerweise in dem vom Arbeitnehmer gewünschten Zeitraum (vgl. BT-Drs. IV/785 S. 3). Diese gesetzlichen Vorgaben zur „zeitlichen Festlegung des Urlaubs“ stehen einer Einbindung der unionsrechtlich gebotenen Mitwirkungsobliegenheiten in das ohnehin vom Arbeitgeber zu steuernde Verfahren der Urlaubsfestlegung nicht entgegen.

29

bb) Die unionsrechtlich gebotenen Mitwirkungshandlungen unterstützen den Sinn und Zweck der Befristungsregelung des § 7 Abs. 3 BUrlG. Die Vorschrift dient in erster Linie dem Gesundheitsschutz. Die Befristung des Urlaubsanspruchs ist ein vom deutschen Gesetzgeber gewähltes Mittel, um den Arbeitnehmer dazu anzuhalten, den Urlaubsanspruch grundsätzlich im Urlaubsjahr geltend zu machen. Dadurch soll erreicht werden, dass jeder Arbeitnehmer tat-

30

sächlich in einem einigermaßen regelmäßigen Rhythmus eine gewisse Zeit der Erholung und Entspannung erhält (vgl. BAG 7. August 2012 - 9 AZR 353/10 - Rn. 24, 39, BAGE 142, 371). Der vom Bundesurlaubsgesetz intendierte Gesundheitsschutz durch eine tatsächliche Inanspruchnahme der bezahlten Arbeitsbefreiung wird gefördert, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über den Umfang des noch bestehenden Urlaubs informiert, ihn auf die für die Urlaubsnahme maßgeblichen Fristen hinweist und ihn zudem auffordert, den Urlaub tatsächlich in Anspruch zu nehmen. In diesem Fall wird ein verständiger Arbeitnehmer seinen Urlaub typischerweise rechtzeitig vor dem Verfall beantragen. Dem steht nicht entgegen, dass § 7 Abs. 3 BUrlG auch im Interesse des Arbeitgebers ein unbegrenztes Ansammeln von Urlaubsansprüchen durch den Arbeitnehmer verhindern soll. Dieses Interesse ist nur dann schützenswert, wenn es im Einklang mit Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG steht (vgl. EuGH 29. November 2017 - C-214/16 - [King] Rn. 54 ff.; BAG 7. August 2012 - 9 AZR 353/10 - Rn. 26, aaO). Dies setzt regelmäßig voraus, dass der Arbeitgeber seinen Mitwirkungsobliegenheiten nachgekommen ist.

cc) Diese Auslegung von § 7 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 BUrlG steht im Einklang mit § 7 Abs. 3 Satz 2 und Satz 4 BUrlG. 31

(1) Nach § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG ist eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr nur statthaft, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen. Die Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr setzt voraus, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub andernfalls nach § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG erloschen wäre. Ohne eine zulässige Befristung des Urlaubsanspruchs wäre die gesetzliche Anordnung einer Übertragung des Urlaubsanspruchs in das Folgejahr bei Vorliegen besonderer Übertragungsgründe entbehrlich. Bei einer richtlinienkonformen Auslegung von § 7 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 BUrlG ist der Anwendungsbereich von § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG deshalb grundsätzlich auf die Fälle beschränkt, in denen der Arbeitgeber seinen Mitwirkungsobliegenheiten iSv. § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG nachgekommen ist und infolgedessen der Urlaubsanspruch iSv. § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG befristet war. Hat der Arbeitgeber 32

seine Mitwirkungsobliegenheiten nicht erfüllt, ist der Urlaubsanspruch für das jeweilige Urlaubsjahr unabhängig vom Vorliegen eines Übertragungsgrundes regelmäßig nicht iSv. § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG an das Urlaubsjahr gebunden. Einer Übertragung auf das nächste Kalenderjahr bedarf es nicht.

(2) Entsprechendes gilt für die Übertragungsregelung des § 7 Abs. 3 Satz 4 BUrlG, der zufolge ein nach § 5 Abs. 1 Buchst. a BUrlG entstehender Teilurlaub auf Verlangen des Arbeitnehmers auf das nächste Kalenderjahr zu übertragen ist. Diese Bestimmung setzt ebenfalls eine (wirksame) Befristung des (Teil-)Urlaubsanspruchs voraus. Auch sie verlangt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer grundsätzlich durch Erfüllung seiner Mitwirkungsobliegenheiten in die Lage versetzt hat, seinen (Teil-)Urlaubsanspruch tatsächlich wahrzunehmen, damit der Arbeitnehmer durch ein entsprechendes Verlangen den andernfalls verfallenden Teilurlaub auf das nächste Kalenderjahr übertragen kann. 33

3. Die dargestellten Grundsätze gelten auch für den tariflichen Mehrurlaub. Im Hinblick auf die Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers haben die Tarifvertragsparteien des TVöD den tariflichen Mehrurlaub nicht abweichend von den gesetzlichen Vorgaben geregelt. 34

a) Die unionsrechtlichen Vorgaben betreffen ausschließlich den gesetzlichen Urlaubsanspruch von vier Wochen. Die Tarifvertragsparteien können Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüche, die den von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG gewährleisteten und von §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG begründeten Anspruch auf Mindestjahresurlaub von vier Wochen übersteigen, frei regeln. Ihre Regelungsmacht ist nicht durch die für gesetzliche Urlaubsansprüche erforderliche richtlinienkonforme Auslegung der §§ 1, 7 BUrlG beschränkt (vgl. BAG 5. August 2014 - 9 AZR 77/13 - Rn. 30; vgl. ferner EuGH 3. Mai 2012 - C-337/10 - [Neidel] Rn. 34 ff. mwN). 35

b) Für einen Regelungswillen der Tarifvertragsparteien, dem zufolge der tarifliche Mehrurlaub mit Ablauf des Kalenderjahres respektive am Ende des Übertragungszeitraums unabhängig von einem entsprechenden Hinweis des Arbeitgebers verfällt, müssen deutliche Anhaltspunkte vorliegen. Fehlen solche, 36

ist von einem diesbezüglichen Gleichlauf des gesetzlichen Urlaubsanspruchs und des Anspruchs auf tariflichen Mehrurlaub auszugehen (*vgl. zum sog. Fristenregime BAG 14. Februar 2017 - 9 AZR 386/16 - Rn. 15*).

c) In § 26 TVöD hat ein vom Gesetzesrecht abweichender Regelungswille der Tarifvertragsparteien keinen Niederschlag gefunden. Abweichungen ergeben sich hinsichtlich des Fristenregimes (*vgl. BAG 22. Mai 2012 - 9 AZR 575/10 - Rn. 11*), nicht jedoch hinsichtlich der Obliegenheit des Arbeitgebers, dafür Sorge zu tragen, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage ist, den tariflichen Mehrurlaub zu nehmen. 37

III. Das Landesarbeitsgericht hat - von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent - nicht geprüft, ob der Beklagte den Kläger durch Erfüllung seiner Mitwirkungsobliegenheiten in die Lage versetzt hat, seine Urlaubsansprüche aus den Jahren 2012 und 2013 tatsächlich wahrzunehmen, und hierzu keine Tatsachen festgestellt. 38

1. Im erneuten Berufungsverfahren wird das Landesarbeitsgericht zu beachten haben, dass das Klagebegehren die - vorrangig zu prüfende - Abgeltung des Primäranspruchs umfasst. Das ergibt die Auslegung der Klagebegründung. Der Kläger verlangt gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG die Abgeltung von Urlaubsansprüchen für die Jahre 2012 und 2013 unabhängig davon, ob ihm bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch Urlaub als Primär- oder Sekundäranspruch zustand (*vgl. BAG 5. August 2014 - 9 AZR 77/13 - Rn. 12*). Dem Kläger könnte deshalb ohne Verstoß gegen § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Abgeltung von Primäransprüchen zugesprochen oder aberkannt werden (*vgl. BAG 15. April 2015 - 4 AZR 796/13 - Rn. 21 mwN, BAGE 151, 235*). 39

2. Das Landesarbeitsgericht wird erneut zu prüfen haben, ob der Urlaub des Klägers, dessen Abgeltung er begehrt, nach § 7 Abs. 3 BUrlG verfallen ist. Dies hängt maßgeblich davon ab, ob der Beklagte seinen bei richtlinienkonformer Auslegung von § 7 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 BUrlG gebotenen Mitwirkungsobliegenheiten nachgekommen ist. Bei der erneuten Prüfung sind die folgenden allgemeinen Grundsätze zu beachten: 40



a) Der Arbeitgeber muss konkret und in völliger Transparenz dafür sorgen, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage ist, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen. Er muss ihn - erforderlichenfalls förmlich - dazu auffordern, seinen Urlaub zu nehmen, und ihm klar und rechtzeitig mitteilen, dass der Urlaub verfällt, wenn er ihn nicht nimmt (*vgl. EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 45*). 41

aa) Der Inhalt der in richtlinienkonformer Auslegung von § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG bestehenden Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers ergibt sich aus ihrem Zweck, zu verhindern, dass der Arbeitnehmer den Urlaubsanspruch nicht wahrnimmt, weil der Arbeitgeber ihn hierzu nicht in die Lage versetzt hat. Infolge des Fehlens konkreter gesetzlicher Vorgaben ist der Arbeitgeber grundsätzlich in der Auswahl der Mittel frei, derer er sich zur Erfüllung seiner Mitwirkungsobliegenheiten bedient. Die Mittel müssen jedoch zweckentsprechend sein. Sie müssen geeignet sein, den Arbeitnehmer in die Lage zu versetzen, in Kenntnis aller relevanten Umstände frei darüber zu entscheiden, ob er seinen Urlaub in Anspruch nimmt. Deshalb darf der Arbeitgeber, will er seinen Mitwirkungsobliegenheiten genügen, den Arbeitnehmer auch nicht in sonstiger Weise daran hindern, den Urlaub in Anspruch zu nehmen (*vgl. EuGH 29. November 2017 - C-214/16 - [King] Rn. 39, 65*). Er darf zudem weder Anreize schaffen noch den Arbeitnehmer dazu anhalten, seinen Urlaub nicht zu nehmen und dadurch - faktisch - auf ihn zu verzichten (*vgl. EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 41 f.*). Es ist der Eintritt einer Situation zu vermeiden, in der ein Arbeitnehmer auf Veranlassung des Arbeitgebers davon abgehalten werden kann, seine Rechte gegenüber seinem Arbeitgeber geltend zu machen. Ob der Arbeitgeber das Erforderliche getan hat, um seinen Mitwirkungsobliegenheiten zu genügen, ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls festzustellen. Die Erfüllung seiner Mitwirkungsobliegenheiten hat der Arbeitgeber darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, weil er hieraus eine für sich günstige Rechtsfolge ableitet. 42

bb) Der Arbeitgeber muss sich bei Erfüllung seiner Mitwirkungsobliegenheiten auf einen „konkret“ bezeichneten Urlaubsanspruch eines bestimmten Jahres beziehen und den Anforderungen an eine „völlige Transparenz“ genügen. Er kann seine Mitwirkungsobliegenheiten regelmäßig zum Beispiel dadurch erfüllen, dass er dem Arbeitnehmer zu Beginn des Kalenderjahres in Textform mitteilt, wie viele Arbeitstage Urlaub ihm im Kalenderjahr zustehen, ihn auffordert, seinen Jahresurlaub so rechtzeitig zu beantragen, dass er innerhalb des laufenden Urlaubsjahres genommen werden kann, und ihn über die Konsequenzen belehrt, die eintreten, wenn dieser den Urlaub nicht entsprechend der Aufforderung beantragt. Die Anforderungen an eine „klare“ Unterrichtung sind regelmäßig durch den Hinweis erfüllt, dass der Urlaub grundsätzlich am Ende des Kalenderjahres verfällt, wenn der Arbeitnehmer in der Lage war, seinen Urlaub im Kalenderjahr zu nehmen, er ihn aber nicht beantragt. Nimmt der Arbeitnehmer in diesem Fall seinen bezahlten Jahresurlaub nicht in Anspruch, obwohl er hierzu in der Lage war, geschieht dies aus freien Stücken und in voller Kenntnis der sich daraus ergebenden Konsequenzen. 43

cc) Abstrakte Angaben etwa im Arbeitsvertrag, in einem Merkblatt oder in einer Kollektivvereinbarung werden den Anforderungen einer konkreten und transparenten Unterrichtung hingegen in der Regel nicht genügen. Andererseits verlangt der Zweck der vom Arbeitgeber zu beachtenden Mitwirkungsobliegenheiten grundsätzlich nicht die ständige Aktualisierung dieser Mitteilungen, etwa anlässlich jeder Änderung des Umfangs des Urlaubsanspruchs. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls. Setzt sich der Arbeitgeber in Widerspruch zu seinen Erklärungen, indem er etwa einen Urlaubsantrag aus anderen als den in § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG genannten Gründen ablehnt oder anderweitig eine Situation erzeugt, die geeignet ist, den Arbeitnehmer davon abzuhalten, seinen Urlaub zu beantragen, entfällt die Befristung des Urlaubsanspruchs nach § 7 Abs. 3 BUrlG. Dem Arbeitgeber obliegt es in diesem Fall, seine Mitwirkungshandlungen erneut vorzunehmen. 44

b) Hat der Arbeitgeber durch Erfüllung seiner Mitwirkungsobliegenheiten den Urlaubsanspruch an das Urlaubsjahr gebunden und verlangt der Arbeit- 45

nehmer dennoch nicht, ihm Urlaub zu gewähren, verfällt sein Anspruch nach Maßgabe von § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG mit Ablauf des Urlaubsjahres. Liegen die Voraussetzungen einer Übertragung des Urlaubs nach § 7 Abs. 3 Satz 2 oder Satz 4 BUrlG vor, wird der Urlaub „von selbst“ auf die ersten drei Monate des Folgejahres übertragen (vgl. BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 52, BAGE 130, 119). Der Urlaubsanspruch kann in diesem Fall grundsätzlich nur dann mit Ablauf des Übertragungszeitraums untergehen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auffordert, seinen Urlaub noch innerhalb des Übertragungszeitraums zu nehmen, und ihn darauf hinweist, dass der Urlaubsanspruch anderenfalls erlischt.

c) Hat der Arbeitgeber seinen Mitwirkungsobliegenheiten nicht entsprochen, tritt der am 31. Dezember des Urlaubsjahres nicht verfallene Urlaub zu dem Urlaubsanspruch hinzu, der am 1. Januar des Folgejahres entsteht. Dieser Teil des Urlaubsanspruchs ist gegenüber dem Teil, den der Arbeitnehmer zu Beginn des aktuellen Urlaubsjahres erworben hat, nicht privilegiert. Für ihn gelten, wie für den neu entstandenen Urlaubsanspruch, die Regelungen des § 7 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BUrlG. Der Arbeitgeber kann deshalb das uneingeschränkte Kumulieren von Urlaubsansprüchen aus mehreren Jahren dadurch vermeiden, dass er seine Mitwirkungsobliegenheiten für den Urlaub aus zurückliegenden Urlaubsjahren im aktuellen Urlaubsjahr nachholt. Nimmt der Arbeitnehmer in einem solchen Fall den kumulierten Urlaubsanspruch im laufenden Urlaubsjahr nicht wahr, obwohl es ihm möglich gewesen wäre, verfällt der Urlaub am Ende des Kalenderjahres bzw. eines (zulässigen) Übertragungszeitraums.

46

3. Das Landesarbeitsgericht wird, nachdem es den Parteien rechtliches Gehör gewährt hat, sowohl die E-Mail vom 16. Mai 2013 als auch das Schreiben des Beklagten vom 23. Oktober 2013 im Hinblick darauf zu würdigen haben, ob diese unter Berücksichtigung der Begleitumstände den oben beschriebenen Anforderungen genügen. In diesem Zusammenhang wird es erforderlichenfalls festzustellen haben, ob die E-Mail vom 16. Mai 2013 im E-Mail-Postfach des Klägers eingegangen ist, an welchem Tag dem Kläger das

47

Schreiben vom 23. Oktober 2013 zugegangen ist und ob - gegebenenfalls an wie vielen Tagen - es dem Kläger infolge der Einbindung in laufende Projekte des Beklagten nicht möglich war, den ihm zustehenden Resturlaub tatsächlich zu nehmen.

Kiel

Weber

Suckow

Wullhorst

Hampel