

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 30. November 2021
- 9 AZR 143/21 -
ECLI:DE:BAG:2021:301121.U.9AZR143.21.0

I. Arbeitsgericht Trier

Urteil vom 15. Mai 2019
- 4 Ca 160/19 -

II. Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

Urteil vom 14. Januar 2021
- 5 Sa 267/19 -

Entscheidungsstichworte:

Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen - Mitwirkungsobliegenheiten

Leitsätze:

1. Die Befristung des Zusatzurlaubsanspruchs schwerbehinderter Menschen nach § 208 Abs. 1 Satz 1 SGB IX ist nicht von der Erfüllung der Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten abhängig, wenn es dem Arbeitgeber unmöglich war, den Arbeitnehmer durch seine Mitwirkung in die Lage zu versetzen, den Zusatzurlaub zu realisieren.

2. Hat der Arbeitgeber keine Kenntnis von der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers und ist diese auch nicht offenkundig, verfällt der Anspruch auf Zusatzurlaub auch dann mit Ablauf des Urlaubsjahres oder eines zulässigen Übertragungszeitraums, wenn der Arbeitgeber seinen Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten nicht nachgekommen ist.

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 143/21
5 Sa 267/19
Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
30. November 2021

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 30. November 2021 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber und den Richter am Bundesarbeitsgericht Zimmermann sowie die ehrenamtlichen Richter Wullhorst und Dipper für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 14. Januar 2021 - 5 Sa 267/19 - 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 der Beklagten die Abgeltung von Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen aus den Jahren 2016 bis 2018. 1

Zwischen den Parteien bestand seit dem 22. August 2016 ein Arbeitsverhältnis. Der Kläger ist seit Oktober 2014 als schwerbehinderter Mensch mit einem Grad der Behinderung von 50 anerkannt. Die Beklagte beantragte bei der Bundesagentur für Arbeit die Bewilligung eines Eingliederungszuschusses nach §§ 88 ff. SGB III. In dem Fragebogen zur Prüfung der Förderungsvoraussetzungen führte sie zur Begründung des Antrags fachliche Defizite des Klägers auf. Mit Bescheid vom 5. September 2016 bewilligte die Bundesagentur für Arbeit der Beklagten einen Eingliederungszuschuss iHv. 50 vH des zu berücksichtigenden Arbeitsentgelts. Der Förderungsgrund ist im Bewilligungsbescheid nicht genannt. Eine Schwerbehinderung des Klägers wird in keinem der genannten Dokumente erwähnt. 2

Die Beklagte hat den Kläger weder aufgefordert, Urlaub zu nehmen, noch hat sie ihn darauf hingewiesen, dass nicht beantragter Urlaub mit Ablauf des Kalenderjahres oder Übertragungszeitraums verfallen kann. Der Kläger kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 3. Januar 2019 zum 15. Februar 2019. Mit Schreiben vom 23. Januar 2019 beantragte er erfolglos, ihm zwölf Arbeitstage Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen, davon zwei Urlaubstage aus 3

2016 und jeweils fünf Urlaubstage aus 2017 und 2018, zu gewähren. Dem Urlaubsantrag fügte der Kläger eine Kopie seines Schwerbehindertenausweises bei.

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger die Abgeltung seines Zusatzurlaubs aus den Jahren 2016 bis 2018 verlangt. Er hat die Auffassung vertreten, der Zusatzurlaub sei nicht verfallen, weil die Beklagte ihren Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten nicht nachgekommen sei. Unabhängig davon habe er die Beklagte bereits bei seiner Einstellung im August 2016 über seine Schwerbehinderung informiert. Die Beklagte habe daraufhin bei der Bundesagentur für Arbeit einen Eingliederungszuschuss für schwerbehinderte Menschen beantragt und bewilligt bekommen.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.113,65 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15. März 2019 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, der Zusatzurlaub des Klägers sei vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses verfallen. Sie sei nicht verpflichtet gewesen, den Kläger aufzufordern den Urlaub zu nehmen und ihn auf die Befristung des Anspruchs hinzuweisen, weil der Kläger ihr seine Schwerbehinderung zunächst verschwiegen und sie erst im Januar 2019 hiervon in Kenntnis gesetzt habe. Den Eingliederungszuschuss habe sie im August 2016 beantragt, weil der Kläger vor Beginn des Arbeitsverhältnisses längere Zeit arbeitslos gewesen sei. Der Zuschuss sei aus diesem Grund und nicht wegen der Schwerbehinderung des Klägers bewilligt worden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage, soweit für die Revision von Bedeutung, stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat zuvor auf Antrag des Klägers über dessen Behauptung, der Geschäftsführer der Beklagten habe vor der Einstellung bei der Agentur für Arbeit einen Eingliederungszuschuss für schwerbehinderte Menschen beantragt und telefonischen Kontakt

zu deren Mitarbeitern P und D aufgenommen, durch Einholung schriftlicher Aussagen Beweis erhoben. Der Kläger begehrt mit der Revision die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist begründet. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts durfte der Berufung der Beklagten nicht stattgegeben und die Klage abgewiesen werden. Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen kann der Senat nicht entscheiden, ob die Klage begründet ist. Dies führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. 8

A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger habe keinen Anspruch nach § 7 Abs. 4 BUrlG auf Abgeltung von Zusatzurlaub aus den Jahren 2016 bis 2018, weil der Zusatzurlaub vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Ablauf des jeweiligen Urlaubsjahres nach § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG verfallen sei. Dem Kläger sei es nicht gelungen nachzuweisen, dass er die Beklagte zuvor von seiner Schwerbehinderung in Kenntnis gesetzt habe. Sein Anspruch auf Zusatzurlaub sei deshalb erloschen, obwohl die Beklagte es unterlassen habe, ihn aufzufordern, diesen zu nehmen, und darauf hinzuweisen, dass nicht beantragter Urlaub mit Ablauf des Kalenderjahres oder Übertragungszeitraums verfallen könne. 9

B. Diese Begründung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Annahme, ein Urlaubsabgeltungsanspruch des Klägers nach § 7 Abs. 4 BUrlG bestünde nicht, weil der Zusatzurlaub des Klägers aus den Jahren 2016 bis 2018 am Ende des jeweiligen Kalenderjahres nach § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG verfallen sei, wird von den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht getragen. 10

I. Der Kläger erwarb gemäß § 125 Abs. 1 Satz 1 SGB IX aF (*seit dem 1. Januar 2018 § 208 Abs. 1 Satz 1 SGB IX nF*) einen Anspruch auf Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen im Umfang von zwei Arbeitstagen für das Jahr 11

2016 (vgl. § 5 Abs. 1 Buchst. a BUrlG) und von fünf Arbeitstagen für das Jahr 2017 sowie gemäß § 208 Abs. 1 Satz 1 SGB IX nF von fünf Arbeitstagen für das Jahr 2018. Die Zusatzurlaubsansprüche sind unabhängig davon, ob die Beklagte von der Schwerbehinderteneigenschaft des Klägers Kenntnis hatte, entstanden (vgl. LAG Rheinland-Pfalz 22. September 2016 - 2 Sa 29/16 - Rn. 28; ErfK/Rolfs 21. Aufl. SGB IX § 208 Rn. 1; NPGWJ/Pahlen SGB IX 14. Aufl. § 208 Rn. 8) und nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht durch Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB erloschen.

II. Ein Anspruch des Klägers auf Urlaubsabgeltung nach § 7 Abs. 4 BUrlG 12
setzte voraus, dass zum Zeitpunkt der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein offener Anspruch auf Zusatzurlaub bestand, der wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden konnte. Ob der Anspruch des Klägers auf Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen gemäß § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG bereits mit dem Ablauf des jeweiligen Urlaubsjahres erloschen ist, steht bisher nicht fest.

1. Für den gesetzlichen Mindesturlaub iSd. §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG schreibt 13
§ 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG vor, dass der Urlaub im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden muss. Eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr ist nach § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG nur statthaft, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen. Im Fall der Übertragung muss der Urlaub nach § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG grundsätzlich in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahrs gewährt und genommen werden; andernfalls erlischt er nach § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG.

a) Die Befristung des Urlaubsanspruchs nach § 7 Abs. 3 BUrlG setzt bei 14
einer mit Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG konformen Auslegung von § 7 BUrlG grundsätzlich voraus, dass der Arbeitgeber konkret und in völliger Transparenz dafür Sorge trägt, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage ist, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen. Dazu muss er den Arbeitnehmer - erforderlichenfalls förmlich - auffordern, seinen Urlaub zu nehmen, und ihm klar und rechtzeitig mitteilen, dass der Urlaub mit Ablauf des Kalenderjahres oder Übertra-

gungszeitraums verfällt, wenn er ihn nicht beantragt. In richtlinienkonformer Auslegung von § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG trifft den Arbeitgeber die Initiativlast bei der Verwirklichung des Urlaubsanspruchs. Die Erfüllung der hieraus abgeleiteten Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers ist grundsätzlich Voraussetzung für das Eingreifen des urlaubsrechtlichen Fristenregimes (*grundl. BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 39 ff., BAGE 165, 376*).

b) Hat der Arbeitgeber diesen Mitwirkungsobliegenheiten nicht entsprochen, tritt der am 31. Dezember des Urlaubsjahres nicht verfallene Urlaub zu dem Urlaubsanspruch hinzu, der am 1. Januar des Folgejahres entsteht. 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 (*BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 39 ff., BAGE 165, 376*). 15

2. Die Befristung des Anspruchs auf Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen nach § 125 Abs. 1 Satz 1 SGB IX aF bzw. § 208 Abs. 1 Satz 1 SGB IX nF setzt, wie die des gesetzlichen Mindesturlaubs, grundsätzlich voraus, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer durch Erfüllung seiner Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten in die Lage versetzt hat, den Urlaubsanspruch zu verwirklichen. 16

a) Der Anspruch schwerbehinderter Menschen auf Zusatzurlaub nach § 125 Abs. 1 Satz 1 SGB IX aF bzw. § 208 Abs. 1 Satz 1 SGB IX nF unterliegt zwar nicht den unionsrechtlichen Vorgaben, denn der nationale Gesetzgeber kann 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. Die Vorschriften über die Entstehung, Übertragung, Kürzung und Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs sind jedoch nach dem Grundsatz der urlaubsrechtlichen Akzessorietät auf den Anspruch schwerbehinderter Menschen auf Zusatzurlaub nach § 125 Abs. 1 Satz 1 SGB IX aF bzw. § 208 Abs. 1 Satz 1 17

SGB IX nF anzuwenden (vgl. hierzu im Einzelnen BAG 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 66 ff., BAGE 134, 1). Der Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen teilt - vorbehaltlich nach § 13 BUrlG zulässiger kollektivrechtlicher oder vertraglicher Vereinbarungen - grundsätzlich das rechtliche Schicksal des gesetzlichen Mindesturlaubs (st. Rspr., vgl. zB BAG 10. März 2020 - 9 AZR 109/19 - Rn. 11; 22. Januar 2019 - 9 AZR 149/17 - Rn. 26).

b) Deshalb ist dem Arbeitgeber regelmäßig die Berufung auf die Befristung und das Erlöschen des Zusatzurlaubsanspruchs versagt, wenn er seine Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten in Bezug auf diesen Anspruch nicht erfüllt hat, denn ein verständiger Arbeitnehmer hätte bei gebotener Aufforderung und Unterrichtung seinen Zusatzurlaub typischerweise rechtzeitig vor dem Verfall beantragt (vgl. zum gesetzlichen Mindesturlaub EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 45 f.; BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 16, 25, BAGE 165, 376). 18

c) Maßgeblich für das Bestehen der Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers ist grundsätzlich die objektive Rechtslage (st. Rspr., vgl. zur Ungewissheit der Parteien über den (Fort)Bestand des Arbeitsverhältnisses BAG 22. Oktober 2019 - 9 AZR 98/19 - Rn. 20; 21. Mai 2019 - 9 AZR 579/16 - Rn. 48; 19. Februar 2019 - 9 AZR 321/16 - Rn. 55). Sind die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 125 Abs. 1 Satz 1 SGB IX aF bzw. § 208 Abs. 1 Satz 1 SGB IX nF erfüllt, hat der Arbeitgeber an der Verwirklichung des Zusatzurlaubs mitzuwirken. 19

3. Allerdings ist - wie das Landesarbeitsgericht im Ausgangspunkt zutreffend erkannt hat - die Befristung des Zusatzurlaubsanspruchs nicht von der Erfüllung der Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten abhängig, wenn es dem Arbeitgeber unmöglich war, den Arbeitnehmer durch seine Mitwirkung in die Lage zu versetzen, den Zusatzurlaub zu realisieren. Hiervon ist nicht nur auszugehen, wenn der Arbeitnehmer allein aufgrund einer langandauernden Erkrankung daran gehindert war, den Urlaub in Anspruch zu nehmen (vgl. zu den Voraussetzungen im Einzelnen BAG 7. Juli 2020 - 9 AZR 401/19 (A) - Rn. 23 ff., BAGE 171, 231), sondern auch, wenn es dem Arbeitgeber trotz gebotener Sorg- 20

falt nicht möglich war, seine Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten zu erfüllen. Hat der Arbeitgeber keine Kenntnis von der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers und ist diese auch nicht offenkundig, verfällt der Anspruch auf Zusatzurlaub auch dann mit Ablauf des Urlaubsjahres oder eines zulässigen Übertragungszeitraums, wenn der Arbeitgeber seinen Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten nicht nachgekommen ist.

a) 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. Dabei ist der Arbeitgeber infolge des Fehlens konkreter gesetzlicher Vorgaben 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. Der Arbeitgeber muss sich bei Erfüllung seiner Mitwirkungsobliegenheiten auf einen „konkret“ bezeichneten Urlaubsanspruch eines bestimmten Jahres beziehen und den Arbeitnehmer auffordern, diesen Jahresurlaub so rechtzeitig zu beantragen, dass er innerhalb des laufenden Urlaubsjahres oder im Fall seiner Übertragung im Übertragungszeitraum genommen werden kann, sowie den Arbeitnehmer über die Konsequenzen belehren, die eintreten, wenn er den Urlaub nicht entsprechend der Aufforderung beantragt. Ob der Arbeitgeber das Erforderliche getan hat, um seinen Mitwirkungsobliegenheiten zu genügen, ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls festzustellen (vgl. zum gesetzlichen Mindesturlaub BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 41, 43, BAGE 165, 376).

b) Die Erfüllung dieser Obliegenheiten ist dem Arbeitgeber nicht möglich, wenn ihm die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nicht bekannt und diese auch nicht offenkundig ist. Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer in diesem Fall nicht entsprechend den gesetzlichen Vorgaben rechtzeitig und zutreffend über den Umfang und die Befristung des Urlaubsanspruchs unter Berücksichtigung

der Schwerbehinderung unterrichten (*vgl. zum gesetzlichen Mindesturlaubs BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 41, 43, BAGE 165, 376*).

aa) Abstrakte Angaben zum Urlaubsanspruch - etwa im Arbeitsvertrag, in einem Merkblatt oder in einer Kollektivvereinbarung - würden den Anforderungen einer konkreten und transparenten Unterrichtung nicht genügen (*vgl. zum gesetzlichen Mindesturlaub BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 42, BAGE 165, 376*). Ebenso wenig könnte der Arbeitgeber durch die Unterrichtung über den gesetzlichen Mindesturlaub und die Aufforderung, diesen zu nehmen, seine Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten in Bezug auf den Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen erfüllen. Beides würde den Arbeitnehmer nicht in die Lage versetzen, den Zusatzurlaub wahrzunehmen, weil die Unterrichtung und Aufforderung den zusätzlichen Urlaubsanspruch nach § 208 Abs. 1 Satz 1 SGB IX nF (*bis 31. Dezember 2017 § 125 Abs. 1 Satz 1 SGB IX aF*) nicht umfassen würden. Ein Verfall des Zusatzurlaubs kommt deshalb entgegen der Ansicht des Klägers auch dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber seine Mitwirkungsobliegenheit hinsichtlich des gesetzlichen Mindesturlaubs nicht erfüllt hat.

23

bb) Der Arbeitgeber hat regelmäßig keinen Anlass, vorsorglich auf etwaigen Zusatzurlaub hinzuweisen und den Arbeitnehmer aufzufordern, diesen ggf. in Anspruch zu nehmen. Er muss auch nicht erfragen, ob der Arbeitnehmer schwerbehindert ist. Zwar ist im bestehenden Arbeitsverhältnis von einem entsprechenden Fragerecht auszugehen, wenn der Arbeitgeber nicht selbst über die notwendigen Informationen verfügt, denn der Anspruch auf Zusatzurlaub hängt von der Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers ab (*vgl. zum Fragerecht des Arbeitgebers BAG 16. Februar 2012 - 6 AZR 553/10 - Rn. 19 ff., BAGE 141, 1; vgl. auch zum Fragerecht hinsichtlich einer Vorbeschäftigung iSv. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 57, BVerfGE 149, 126; BAG 12. Juni 2019 - 7 AZR 477/17 - Rn. 26*). Der Arbeitgeber kann aber regelmäßig erwarten, dass ein Arbeitnehmer ihm seine Schwerbehinderteneigenschaft mitteilt, wenn er den Zusatzurlaub wahrnehmen möchte. Unterlässt der Arbeitnehmer diese Mitteilung, kann er - obwohl der gesetzliche Zu-

24

satzurlaub nach § 13 BUrlG nicht disponibel und ein wirksamer Verzicht auf diesen nicht möglich ist (vgl. zu tariflichen Kürzungsbestimmungen BAG 14. März 2006 - 9 AZR 312/05 - Rn. 42, BAGE 117, 23; 8. März 1994 - 9 AZR 49/93 - zu III 2 der Gründe, BAGE 76, 74) - seine Rechte aus § 208 Abs. 1 Satz 1 SGB IX nF bzw. § 125 Abs. 1 Satz 1 SGB IX aF nicht in Anspruch nehmen. Verschweigt er seine Schwerbehinderung muss er regelmäßig gewärtigen, dass der Zusatzurlaub nach § 7 Abs. 3 BUrlG verfällt, denn er wird in dieser Situation nicht auf Veranlassung des Arbeitgebers davon abgehalten, seine Rechte geltend zu machen (vgl. dazu EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 43).

4. Der Arbeitgeber trägt nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen aus denen sich ergeben soll, dass ihm die Erfüllung der Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten unmöglich war. Das hat das Landesarbeitsgericht nicht beachtet. Beruft er sich darauf, dass er die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers weder kannte noch kennen musste, kommen ihm die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast zu Gute. 25

a) Die Befristung des Anspruchs auf Zusatzurlaub nach § 125 Abs. 1 Satz 1 SGB IX aF bzw. § 208 Abs. 1 Satz 1 SGB IX nF setzt, wie bereits ausgeführt, grundsätzlich voraus, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer durch Erfüllung seiner Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten in die Lage versetzt hat, den Urlaubsanspruch zu verwirklichen. Ist der Arbeitnehmer seiner Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen nachgekommen, hat der Arbeitgeber die tatsächlichen Voraussetzungen der für ihn günstigen Befristung des Anspruchs auf Zusatzurlaub darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen (vgl. hierzu BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 40, BAGE 165, 376). 26

b) Beruft sich der Arbeitgeber darauf, dass die Befristung des Zusatzurlaubs nicht von der Erfüllung seiner Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten abhängig war, weil es ihm aufgrund fehlender Kenntnis von der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers trotz aller gebotenen Sorgfalt (vgl. EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] 27

Rn. 46; BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 40, BAGE 165, 376; 19. Februar 2019 - 9 AZR 278/16 - Rn. 40) unmöglich gewesen sei, den Arbeitnehmer entsprechend den gesetzlichen Vorgaben über den Umfang und die Befristung des Zusatzurlaubsanspruchs zu unterrichten, hat er seine Unkenntnis darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. Die Unkenntnis ist eine für den Arbeitgeber günstige Tatsache, weil das Eingreifen des Ausnahmetatbestands der Befristung des Urlaubsanspruchs trotz Nichterfüllung der Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten Voraussetzung für den Verfall des Zusatzurlaubs ist.

c) Für den Nachweis der fehlenden Kenntnis der Schwerbehinderteneigenschaft gelten die Grundsätze einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast. Die Auferlegung der Beweislast für eine negative Tatsache ist nur in engen Grenzen zulässig (vgl. BAG 27. April 2021 - 2 AZR 357/20 - Rn. 22; 26. Juni 2019 - 5 AZR 178/18 - Rn. 15, BAGE 167, 144; 26. Juni 2008 - 2 AZR 264/07 - Rn. 25, BAGE 127, 102). Vom Arbeitgeber dürfen nicht Darlegungen und Nachweise verlangt werden, die er mangels eigener Kenntnismöglichkeiten nicht erbringen kann (vgl. BAG 26. Juni 2008 - 2 AZR 264/07 - Rn. 25, aaO). 28

aa) Die Kenntnis der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers ist nicht von sich aus naheliegend (vgl. BAG 27. April 2021 - 2 AZR 357/20 - Rn. 22). Der Arbeitgeber genügt deshalb seiner Darlegungslast zunächst, wenn er behauptet, ihm sei die Erfüllung der Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten nicht möglich gewesen, weil ihm die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nicht bekannt gewesen sei. Von ihm kann nicht verlangt werden, alle theoretisch denkbaren Umstände auszuräumen, welche seine Unkenntnis - als negative Tatsache - begründen könnten (vgl. BGH 22. Oktober 2020 - IX ZR 208/18 - Rn. 11; vgl. auch BAG 26. Juni 2019 - 5 AZR 178/18 - Rn. 15, BAGE 167, 144). 29

bb) Den Arbeitnehmer trifft - bei vom Arbeitgeber behaupteter Unkenntnis - eine sekundäre Darlegungslast. Es ist seine Sache, unter Benennung der ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel konkret vorzutragen, auf welche Weise er den Arbeitgeber in Kenntnis gesetzt hat, oder Umstände zu benennen, aus denen auf die Kenntnis des Arbeitgebers geschlossen werden kann. Trägt der Ar- 30

beitnehmer nichts oder nicht substantiiert vor, gilt der Sachvortrag des Arbeitgebers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (vgl. BAG 24. März 2021 - 10 AZR 16/20 - Rn. 61).

cc) Genügt der Arbeitnehmer seiner sekundären Darlegungslast, bleibt es bei dem Grundsatz, dass der Arbeitgeber seine Unkenntnis darlegen und - wenn nötig - beweisen muss. Er muss, will er seiner Darlegungslast gerecht werden, zum Vortrag des Arbeitnehmers konkret Stellung nehmen und für das Gegenteil sprechende Tatsachen und Umstände benennen sowie Beweis antreten. Hat der Arbeitgeber keine eigenen Kenntnisse über die vom Arbeitnehmer behaupteten Tatsachen, kann er sich auf die sich aus dem Vorbringen des Arbeitnehmers ergebenden Beweismittel stützen und die ihm bekannten Anhaltspunkte dafür vortragen, dass er entgegen den Angaben des Arbeitnehmers keine Kenntnis von dessen Behinderung hatte (vgl. BAG 26. Juni 2008 - 2 AZR 264/07 - Rn. 26 ff., BAGE 127, 102). 31

dd) In den Tatsacheninstanzen ist, wenn der Arbeitgeber die Unkenntnis der Schwerbehinderteneigenschaft behauptet, zunächst zu prüfen, ob der Arbeitnehmer substantiiert Tatsachen vorgetragen hat, die auf die Kenntnis des Arbeitgebers schließen lassen. Genügt das Vorbringen des Arbeitnehmers diesen Anforderungen, ist zu bewerten, ob der Arbeitgeber den Vortrag des Arbeitnehmers hinreichend konkret bestritten hat. Ist dem so, sind die vom Arbeitgeber angetretenen Beweise zu erheben. Die Ergebnisse der Beweisaufnahme sind unter Beachtung der den Arbeitgeber treffenden objektiven Beweislast für seine Unkenntnis von der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers und der daraus folgenden Unmöglichkeit der Erfüllung seiner Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten zu würdigen (§ 286 Abs. 1 ZPO). Bei alledem ist das Tatsachengericht grundsätzlich frei darin, welche Beweiskraft es den - unstreitigen oder bewiesenen - Tatsachen und Indizien im Einzelnen und in der Gesamtschau für seine Überzeugungsbildung beimisst (vgl. BAG 15. Juni 2021 - 9 AZR 217/20 - Rn. 50; 24. September 2015 - 2 AZR 562/14 - Rn. 48, BAGE 152, 345; 18. Juni 2015 - 2 AZR 480/14 - Rn. 35 mwN, BAGE 152, 47). 32

ee) Gelingt es dem Arbeitgeber, den Vortrag des Arbeitnehmers, er habe Kenntnis von dessen Schwerbehinderung gehabt, zu entkräften, ist der Beweis der negativen Tatsache erbracht (vgl. *BGH 22. Oktober 2020 - IX ZR 208/18 - Rn. 11*). Bestätigt die Beweisaufnahme den Vortrag des Arbeitnehmers oder bleibt sie unergiebig (*non liquet*), trifft den Arbeitgeber die objektive Beweislast (vgl. *BAG 26. Juni 2008 - 2 AZR 264/07 - Rn. 26, BAGE 127, 102*).

C. Auf Grundlage der getroffenen Feststellungen kann der Senat nicht entscheiden, ob die Klage begründet ist. Es steht bisher nicht fest, ob die Beklagte Kenntnis von der Schwerbehinderung des Klägers hatte. Das Landesarbeitsgericht hat - unter Zugrundelegung seiner Rechtsauffassung konsequent - die Beklagte nicht darauf hingewiesen, dass sie die Darlegungs- und Beweislast für ihre Unkenntnis von der Schwerbehinderung des Klägers trägt. Einen entsprechenden Hinweis hat auch das Arbeitsgericht nicht erteilt. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

I. Die Verkennung der Darlegungs- und Beweislast ist ein materieller Rechtsfehler, der im Revisionsverfahren ohne Verfahrensrüge von Amts wegen zu beachten ist (vgl. *BAG 7. Mai 2020 - 2 AZR 692/19 - Rn. 70; 28. Mai 2014 - 7 AZR 276/12 - Rn. 32*). Der Anspruch auf rechtliches Gehör und der Grundsatz der Gewährleistung eines fairen Verfahrens (vgl. dazu *BAG 18. Februar 2021 - 6 AZR 702/19 - Rn. 37; 17. Dezember 2020 - 6 AZR 639/19 - Rn. 33*) gebieten es, den Parteien im Rahmen des fortgesetzten Berufungsverfahrens Gelegenheit zu weiterem Vortrag und Beweisantritt zu geben.

II. Das Landesarbeitsgericht wird erneut zu prüfen haben, ob die Beklagte nach § 7 Abs. 4 BUrlG verpflichtet ist, dem Kläger den Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen aus den Jahren 2016 bis 2018 abzugelten. Dies hängt maßgeblich davon ab, ob die Beklagte vor Ablauf des jeweiligen Urlaubsjahres Kenntnis von der Schwerbehinderung des Klägers erlangt hat.

1. Sollte es der Beklagten nicht gelingen, ihre Unkenntnis nachzuweisen, wäre ihre Berufung gegen das klagestattgebende Urteil des Arbeitsgerichts als unbegründet zurückzuweisen. Der Zusatzurlaubsanspruch wäre nicht vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses erloschen, weil die Beklagte ihren in diesem Fall bestehenden Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten nicht nachgekommen ist und der Anspruch deshalb nicht nach § 7 Abs. 3 BUrlG befristet war. Er wäre von der Beklagten nach § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten. 37

2. Sollte es der Beklagten gelingen, ihrer Unkenntnis nachzuweisen, wäre ihre Berufung begründet. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätte kein offener Anspruch des Klägers auf Zusatzurlaub aus den Jahren 2016 bis 2018 bestanden, zu dessen Abgeltung die Beklagte nach § 7 Abs. 4 BUrlG verpflichtet wäre. Der Zusatzurlaub wäre nach § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG bereits mit Ablauf des jeweiligen Urlaubsjahres verfallen. 38

3. Im erneuten Berufungsverfahren wird zudem Folgendes zu beachten sein: 39
 - a) Die Beklagte hat ausreichend dargelegt, dass ihr die Erfüllung der Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten in Bezug auf den Zusatzurlaub des Klägers aus den Jahren 2016, 2017 und 2018 unmöglich war, indem sie behauptet hat, erst im Januar 2019 Kenntnis von der Schwerbehinderung des Klägers erlangt zu haben. 40

 - b) Demgegenüber ergibt sich aus den bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht, dass Kläger seiner sekundären Darlegungslast nachgekommen ist. Ein Vortrag „ins Blaue hinein“ genügt hierfür nicht. 41
 - aa) Den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kann nicht entnommen werden, wann und in welcher Weise der Kläger wen auf Seiten der Beklagten bei seiner Einstellung oder zu einem späteren Zeitpunkt auf seine Schwerbehinderung hingewiesen haben will. Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte bei der Bundesagentur für Arbeit einen Eingliederungszuschuss für schwerbehinderte Men- 42

schen beantragt hätte, ergeben sich weder aus dem Bewilligungsantrag der Beklagten noch aus dem Bewilligungsbescheid oder sonstigen in der Akte befindlichen Unterlagen. Die Angaben der Beklagten im Fragebogen zur Prüfung der Förderungsvoraussetzungen und die Höhe des bewilligten Eingliederungszuschusses sprechen eher für das Gegenteil. Soweit der Kläger vorgetragen hat, der Geschäftsführer der Beklagten habe vor der Einstellung wegen der Bewilligung eines Eingliederungszuschusses für schwerbehinderte Menschen telefonischen Kontakt zu den von ihm als Zeugen benannten Mitarbeitern der Bundesagentur aufgenommen, fehlt es an einer zeitlichen Präzisierung. Allein in der schriftlichen Aussage der Zeugin P ist von einem Telefongespräch mit dem Geschäftsführer der Beklagten die Rede. Ob dieses Gespräch bereits im Zusammenhang mit dem Bewilligungsantrag stattgefunden hat oder zu einem späteren Zeitpunkt - möglicherweise erst nach Erlöschen der Ansprüche des Klägers - ergibt sich daraus jedoch nicht.

bb) Das Landesarbeitsgericht wird vor diesem Hintergrund das Vorbringen des Klägers unter Berücksichtigung seiner sekundären Darlegungslast erneut zu bewerten haben und zunächst dem Kläger sowie anschließend der Beklagten Gelegenheit zu geben haben, weiter vorzutragen.

43

Kiel

Zimmermann

Weber

Wullhorst

Matth. Dipper