

C-192/22 - 1

Reg.-Nr.:1216865  
Eingegangen am 11.03.22

## BUNDEARBEITSGERICHT



9 AZR 577/20 (A)  
7 Sa 392/20  
Landesarbeitsgericht  
München

Verkündet am  
12. Oktober 2021

## BESCHLUSS

Brüne, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

FI

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Bayerische Motoren Werke AG

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 12. Oktober 2021 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Suckow sowie den ehrenamtlichen Richter Faltny und die ehrenamtliche Richterin Habendorf beschlossen:

Der Gerichtshof der Europäischen Union wird gemäß Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) um die Beantwortung über folgender Fragen ersucht:

1. Stehen Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG oder Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union der Auslegung einer nationalen Regelung wie § 7 Abs. 3 des Bundesurlaubsgesetzes entgegen, der zufolge der in der Arbeitsphase eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses erworbene, bisher nicht erfüllte Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub in der Freistellungsphase mit Ablauf des Urlaubsjahres oder zu einem späteren Zeitpunkt erlischt?

Sollte der Gerichtshof die Frage verneinen:

2. Stehen Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG oder Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union der Auslegung einer nationalen Regelung wie § 7 Abs. 3 des Bundesurlaubsgesetzes entgegen, der zufolge der bisher nicht erfüllte Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub eines Arbeitnehmers, der im Verlauf des Urlaubsjahres aus der Arbeits- in die Freistellungsphase eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses eintritt, mit Ablauf des Urlaubsjahres oder zu einem späteren Zeitpunkt erlischt, wenn der Arbeitgeber - ohne zuvor seine Mitwirkungsobliegenheiten bei der Verwirklichung des Urlaubsanspruchs erfüllt zu haben - dem Arbeitnehmer den gesamten Jahresurlaub antragsgemäß für einen Zeitraum unmittelbar vor Beginn der Freistellungsphase bewilligt hat, die Erfüllung des Urlaubsanspruchs aber - zumindest teilweise - nicht eintreten konnte, weil der Arbeitnehmer nach der Urlaubsbewilligung arbeitsunfähig erkrankte?

## **Gründe**

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 7  
Abs. 1 RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 1

4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Richtlinie 2003/88/EG) und Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Charta).

#### **A. Gegenstand des Ausgangsverfahrens**

Der Kläger nimmt die Beklagte ua. auf Abgeltung von  $2 \frac{2}{3}$  Arbeitstagen gesetzlichen Mindesturlaubs aus dem Jahr 2016 in Anspruch. 2

Der Kläger war vom 7. Januar 1986 bis zum 30. September 2019 bei der Beklagten beschäftigt. Mit Vertrag vom 5. Dezember 2012 kamen die Parteien überein, ihr Arbeitsverhältnis als Altersteilzeitarbeitsverhältnis im Blockmodell fortzuführen. Im Nachgang vereinbarten die Parteien eine Arbeitsphase vom 1. Februar 2013 bis zum 31. Mai 2016 und eine Freistellungsphase vom 1. Juni 2016 bis zum 30. September 2019. Auf einen entsprechenden Antrag des Klägers gewährte die Beklagte ihm für den Zeitraum vom 4. bis zum 25. Mai 2016 13 Arbeitstage und damit den vollständigen Urlaub aus dem Jahr 2016. Im Zeitraum vom 11. bis zum 31. Mai 2016 war der Kläger krankheitsbedingt arbeitsunfähig. Die Beklagte hatte ihn zuvor weder aufgefordert, seinen Urlaub zu nehmen, noch darauf hingewiesen, dass nicht beantragter Urlaub mit Ablauf des Kalenderjahres oder Übertragungszeitraums verfallen kann. 3

Mit der Klage begehrt der Kläger ua. Abgeltung von  $2 \frac{2}{3}$  Arbeitstagen gesetzlichen Mindesturlaubs. Er hat die Auffassung vertreten, der Urlaub sei nicht verfallen, da die Beklagte es unterlassen habe, ihn rechtzeitig auf den drohenden Verfall hinzuweisen. Die Beklagte hat geltend gemacht, der Urlaubsanspruch aus dem Jahr 2016 sei mit Ablauf des 31. März 2017 erloschen. 4

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter. 5

#### **B. Das einschlägige nationale Recht**

Im Bundesurlaubsgesetz, das auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung findet, heißt es ua.: 6

**„§ 7**

**Zeitpunkt, Übertragbarkeit und Abgeltung des Urlaubs**

- (1) Bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs sind die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, es sei denn, dass ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen, entgegenstehen. Der Urlaub ist zu gewähren, wenn der Arbeitnehmer dies im Anschluss an eine Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation verlangt.
- (2) ...
- (3) Der Urlaub muss im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden. Eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr ist nur statthaft, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen. Im Fall der Übertragung muss der Urlaub in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres gewährt und genommen werden. Auf Verlangen des Arbeitnehmers ist ein nach § 5 Abs. 1 Buchstabe a entstehender Teilurlaub jedoch auf das nächste Kalenderjahr zu übertragen.
- (4) Kann der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden, so ist er abzugelten.“

**C. Einschlägige Vorschriften des Unionsrechts**

Die Richtlinie 2003/88/EG lautet auszugsweise:

7

**„Artikel 7**

**Jahresurlaub**

- (1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung erhält, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind.
- (2) Der bezahlte Mindestjahresurlaub darf außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden.“

In der Charta der Grundrechte der Europäischen Union heißt es ua.:

8

**„Artikel 31**

**Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen**

...

- (2) Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub.“

**D. Nationale Rechtsprechung**

I. Der gesetzliche Mindesturlaub entsteht gemäß §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG für das Kalenderjahr als Urlaubsjahr und muss nach § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden. 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 Kalenderjahres gewährt und genommen werden; andernfalls erlischt er. Seit dem Ablauf der Umsetzungsfrist für die erste Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG am 23. November 1996 ist das Unionsrecht bei der Auslegung und Anwendung des § 7 Abs. 3 BUrlG zu berücksichtigen. Für das Verständnis der Bestimmung kommt es daher auf die Auslegung von Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG sowie von Art. 31 Abs. 2 der Charta an. Das Bundesarbeitsgericht hat die Bestimmungen des Bundesurlaubsgesetzes nach Maßgabe der Entscheidungen des Gerichtshofs bisher unter zwei Aspekten richtlinienkonform ausgelegt:

9

1. Im Anschluss an die Entscheidung des Gerichtshofs vom 6. November 2018 (- C-684/16 - [*Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*]) zu Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG sowie zu Art. 31 Abs. 2 der Charta hat das Bundesarbeitsgericht erkannt, dass bei einer mit Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG konformen Auslegung von § 7 BUrlG der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub grundsätzlich nur dann am Ende des Kalenderjahres (§ 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG) oder eines zulässigen Übertragungszeitraums (§ 7

10

*Abs. 3 Satz 2 und Satz 4 BUrlG*) erlischt, 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.

a) In richtlinienkonformer Auslegung von § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG trifft den Arbeitgeber die Initiativlast bei der Verwirklichung des Urlaubsanspruchs. Die Befristung des Urlaubsanspruchs nach § 7 Abs. 3 BUrlG setzt 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 Übertragungszeitraums verfällt, wenn er ihn nicht beantragt (*BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 39 ff., BAGE 165, 376*). Zudem darf der Arbeitgeber, will er seinen Mitwirkungsobliegenheiten genügen, den Arbeitnehmer nicht in sonstiger Weise daran hindern, den Urlaub in Anspruch zu nehmen (*vgl. EuGH 29. November 2017 - C-214/16 - [King] Rn. 37 ff. mwN, 65; BAG 21. Mai 2019 - 9 AZR 579/16 - Rn. 50*).

b) 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. 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 (*grundl. BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 44, BAGE 165, 376*).

2. Das Bundesarbeitsgericht hat außerdem unter Beachtung der Rechtsprechung des Gerichtshofs vom 20. Januar 2009 (- C-350/06 und C-520/06 -

[Schultz-Hoff] Rn. 43, 49) und vom 22. November 2011 (- C-214/10 - [KHS] Rn. 28, 38, 44; bestätigt durch EuGH 29. November 2017 - C-214/16 - [King] Rn. 55 ff. und zuletzt 25. Juni 2020 - C-762/18 und C-37/19 - [Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria] Rn. 71 ff.) entschieden, dass der gesetzliche Urlaub nach § 7 Abs. 3 BUrlG nicht verfällt, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums krankheitsbedingt arbeitsunfähig ist und es ihm deshalb nicht möglich ist, den Urlaub zu nehmen. Der aufrechterhaltene Urlaubsanspruch tritt in diesem Fall zu dem im Folgejahr entstandenen Urlaubsanspruch hinzu und ist damit erneut nach § 7 Abs. 3 BUrlG befristet (grundl. BAG 7. August 2012 - 9 AZR 353/10 - Rn. 23, 32 ff., BAGE 142, 371).

II. Mit dem Gerichtshof geht das Bundesarbeitsgericht davon aus, dass ein Erlöschen von Urlaubsansprüchen in Fällen, in denen es dem Arbeitnehmer nicht möglich war, den Urlaub zu nehmen, nur ausnahmsweise in Betracht kommt, wenn besondere Umstände vorliegen, die den Verfall des Urlaubs rechtfertigen (vgl. EuGH 25. Juni 2020 - C-762/18 und C-37/19 - [Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria] Rn. 73 ff.; BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 321/16 - Rn. 55 ff.). Solche besonderen Umstände bestehen nach der Rechtsprechung des Senats grundsätzlich nicht, wenn der Arbeitnehmer nicht in der Lage war, seinen Urlaub zu nehmen, weil der Arbeitgeber seinen Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten nicht nachgekommen ist (BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 39 ff., BAGE 165, 376), oder weil er den Arbeitnehmer in sonstiger Weise daran gehindert hat, seinen Urlaubsanspruch zu realisieren (vgl. im Einzelnen BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 321/16 - Rn. 55 ff.; 21. Mai 2019 - 9 AZR 579/16 - Rn. 50; 22. Oktober 2019 - 9 AZR 98/19 - Rn. 28). Jedoch kann für einen während mehrerer Bezugszeiträume in Folge arbeitsunfähigen Arbeitnehmer die Möglichkeit, Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub anzusammeln, nach der Erkenntnis des Gerichtshofs eingeschränkt sein, wenn einzelstaatliche Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten einen Übertragungszeitraum von 15 Monaten vorsehen, nach dessen Ablauf der Anspruch auf bezahlten Urlaub erlischt (zuletzt EuGH 25. Juni 2020 - C-762/18 und C-37/19 - [Varhoven kasatsionen

14

*sad na Republika Bulgaria]* Rn. 71 ff.). Der Urlaub erlischt daher bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit bei richtlinienkonformer Auslegung von § 7 Abs. 3 BUrlG 15 Monate nach dem Ende des Urlaubsjahres (vgl. BAG 18. März 2014 - 9 AZR 669/12 - Rn. 14).

## **E. Erforderlichkeit der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union und Erläuterung der Vorlagefragen**

Davon ausgehend bedarf es für die Entscheidung des Rechtsstreits einer Klärung durch den Gerichtshof, ob das Unionsrecht den Verfall des Urlaubsanspruchs nach Ablauf des Urlaubsjahres oder ggf. einer längeren Frist auch dann gestattet, wenn der Arbeitnehmer von der Arbeits- in die Freistellungsphase seines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses wechselt, ohne seinen aus demselben Kalenderjahr stammenden Urlaub - vollständig - genommen zu haben. Dabei geht es insbesondere um die Frage, ob Unionsrecht einem Verfall entgegensteht, wenn der Arbeitgeber seine Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten gegenüber einem Arbeitnehmer zwar nicht erfüllt hat, diesem aber antragsgemäß den noch bestehenden Urlaub gewährt hat und die - vollständige - Erfüllung des Urlaubsanspruchs nur deshalb nicht eintreten konnte, weil der Arbeitnehmer nach der Urlaubsbewilligung arbeitsunfähig erkrankte. Darüber kann der Senat nicht befinden, ohne den Gerichtshof anzurufen, dem nach Art. 267 AEUV die Aufgabe der verbindlichen Auslegung des Unionsrechts zugewiesen ist.

15

### **I. Erläuterung der ersten Vorlagefrage**

1. Für den Senat stellt sich zunächst die Frage, ob Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG oder Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union der Auslegung einer nationalen Regelung wie § 7 Abs. 3 des Bundesurlaubsgesetzes entgegenstehen, der zufolge der in der Arbeitsphase eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses erworbene, bisher nicht erfüllte Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub in der Freistellungsphase mit Ablauf des Urlaubsjahres oder zu einem späteren Zeitpunkt erlischt.

16

2. Der Gerichtshof hat seine Rechtsprechung, Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG stehe einer Auslegung einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder

17



Gepflogenheiten nicht entgegen, die die Möglichkeit für einen während mehrerer Bezugszeiträume in Folge arbeitsunfähigen Arbeitnehmer, Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub anzusammeln, durch einen Übertragungszeitraum von 15 Monaten beschränken, maßgeblich damit begründet, der Arbeitgeber müsse vor der Gefahr der Ansammlung von zu langen Abwesenheitszeiträumen und den Schwierigkeiten geschützt werden, die sich daraus für die Arbeitsorganisation ergeben können (*grundlegend EuGH 22. November 2011 - C-214/10 - [KHS] Rn. 39; siehe ferner EuGH 29. November 2017 - C-214/16 - [King] Rn. 55*). In den Fällen der sog. verblockten Altersteilzeit, in denen ein Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung allein in der sog. Arbeitsphase erbringt und in der sich anschließenden Freistellungsphase von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung entbunden ist, rechtfertigen nach Auffassung des Senats allein diese Erwägungen den Verfall von Urlaub nicht.

- a) Wechselt ein Arbeitnehmer von der Arbeitsphase in die Freistellungsphase seines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses, tritt der Fall nicht ein, dass er weiteren Urlaub ansammelt. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts steht dem Arbeitnehmer für die Freistellungsphase - unabhängig von deren Dauer - kein gesetzlicher Anspruch auf Erholungsurlaub zu (*vgl. BAG 24. September 2019 - 9 AZR 481/18 - Rn. 26, BAGE 168, 70*). 18
- b) Schwierigkeiten, die sich aus der Nachgewährung von Urlaub ergeben können, treten in der fraglichen Fallkonstellation nicht auf. Hat der Arbeitnehmer die Arbeitsphase abgeschlossen, ist er aus rechtlichen Gründen nicht mehr in der Lage, seinen Urlaub bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses tatsächlich in Anspruch zu nehmen. Da der Altersteilzeitarbeitsvertrag den Arbeitnehmer in der Freistellungsphase von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung entbindet, besteht in dieser Zeit keine Arbeitspflicht, von der der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Wege der Urlaubsgewährung entbinden könnte (*vgl. BAG 24. September 2019 - 9 AZR 481/18 - Rn. 50, BAGE 168, 70*). 19
- c) Verfielen der aus der Arbeitsphase stammende Urlaub, der in der Freistellungsphase nicht mehr erfüllt werden kann, nicht nach Maßgabe einzelstaatlicher 20

Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten am Ende des Urlaubsjahres bzw. Übertragungszeitraums, müsste er bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgegolten werden.

3. Ungeachtet dieser Erwägungen neigt der Senat zu der Auffassung, dass die arbeitsvertragliche Vereinbarung von Altersteilzeit besondere Umstände begründet, die einen Verfall von Urlaub nach Ablauf des Urlaubsjahres, in dem die Arbeitsphase endet und der Urlaub hätte erfüllt werden können, bzw. des nach § 7 Abs. 3 BUrlG maßgeblichen Übertragungszeitraums gestatten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber seine Mitwirkungsobliegenheiten im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme und Gewährung von Urlaub erfüllt hat, indem er den Arbeitnehmer - erforderlichenfalls förmlich - aufgefordert hat, seinen Urlaub bis zum Ablauf der Arbeitsphase zu nehmen, und ihm klar und rechtzeitig mitgeteilt hat, dass der Urlaub in der Freistellungsphase mit Ablauf des Kalenderjahres oder Übertragungszeitraums verfällt, wenn er ihn nicht rechtzeitig beantragt. 21
- a) Die Parteien bestimmen mit dem Abschluss eines derartigen Vertrags in Ausübung der ihnen zukommenden Vertragsfreiheit den Zeitraum, binnen dessen dem Arbeitnehmer Urlaub gewährt werden kann. Die Freistellungsvereinbarung als integraler Bestandteil einer Altersteilzeitvereinbarung war auch im Streitfall allein kausal dafür, dass die Beklagte außerstande war, dem Kläger nach seiner Genesung Urlaub zu gewähren. 22
- b) Bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen ist zudem zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer dem Verfall des in der Arbeitsphase erworbenen Urlaubsanspruchs im Regelfall dadurch vorbeugen kann, dass er den Urlaub vor dem Eintritt in die Freistellungsphase tatsächlich in Anspruch nimmt. 23
- c) Schließlich erlaubt nur die Annahme, der gesetzliche Mindesturlaub verfallt ungeachtet der Besonderheiten des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses, eine konsistente Weiterentwicklung der unionsrechtlich geprägten Verfallsvorschriften der § 7 Abs. 1 und Abs. 3 BUrlG. Stünde das Unionsrecht einem Verfall von 24

Urlaubsansprüchen in der Freistellungsphase entgegen, privilegierte dies Alters-  
teilzeitarbeitnehmer, deren Altersteilzeitarbeitsvertrag eine Freistellungsphase  
vorsieht, die mehr als 15 Monate nach dem Ende des Kalenderjahres endet, in  
dem sich der Wechsel von der Arbeits- in die Freistellungsphase vollzieht,  
gegenüber Arbeitnehmern, die wegen einer dauerhaften Erkrankung ihre  
Urlaubsansprüche am 31. März des zweiten auf das Urlaubsjahr folgenden Jah-  
res verlören. Dies wäre ein Wertungswiderspruch, da Arbeitnehmer, die für das  
Erfüllungshindernis in Form der Arbeitsunfähigkeit keine Verantwortung tragen,  
schlechter ständen als Altersteilzeitarbeitnehmer, die das Erfüllungshindernis  
durch die Vereinbarung von Altersteilzeit maßgeblich selbst herbeigeführt haben.

4. Die an den Gerichtshof gerichtete Frage ist für die Entscheidung des 25  
Rechtsstreits erheblich. Verböte es das Unionsrecht, dass die in der Freistel-  
lungsphase entstandenen Urlaubsansprüche in der Freistellungsphase verfallen,  
wäre die Revision des Klägers begründet. Sein Urlaubsanspruch für das Jahr  
2016 wäre nicht vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 30. September  
2019 verfallen und deshalb von der Beklagten gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG abzugel-  
ten. Gestattete das Unionsrecht hingegen einen Verfall, hinge der Erfolg der  
Revision von der Beantwortung der zweiten Vorlagefrage ab.

### **III. Erläuterung der zweiten Vorlagefrage**

Sollte der Gerichtshof die erste Vorlagefrage verneinen, stellt sich im 26  
Streitfall die Frage, ob Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG und Art. 31 Abs. 2 der  
Charta unter den in der Frage zu 1. genannten Umständen der Auslegung einer  
nationalen Regelung wie § 7 Abs. 3 BUrlG entgegen steht, der zufolge in der  
geschilderten Situation der bisher nicht erfüllte Anspruch auf bezahlten Jahres-  
urlaub mit Ablauf des Urlaubsjahres oder zu einem späteren Zeitpunkt erlischt,  
wenn der Arbeitgeber - ohne zuvor seine Mitwirkungsobliegenheiten bei der Ver-  
wirklichung des Urlaubsanspruchs erfüllt zu haben - dem Arbeitnehmer den  
gesamten Jahresurlaub antragsgemäß für einen Zeitraum unmittelbar vor Beginn  
der Freistellungsphase bewilligt hat, die Erfüllung des Urlaubsanspruchs aber  
- zumindest teilweise - nicht eintreten konnte, weil der Arbeitnehmer nach der Ur-  
laubsbewilligung arbeitsunfähig erkrankte.

1. Der Zweck der Mitwirkungsobliegenheiten besteht darin, es dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, in Kenntnis aller relevanten Umstände frei darüber zu entscheiden, ob und in welchem Zeitraum er seinen Urlaub in Anspruch nimmt (vgl. BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 40, BAGE 165, 376). Ihre rechtzeitige Erfüllung stellt sicher, dass der Arbeitnehmer die durch das Bundesurlaubsgesetz mit § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG intendierte Dispositionsmöglichkeit hinsichtlich des Zeitraums der Inanspruchnahme des Urlaubs nutzen und ab dem ersten Arbeitstag Urlaub bei Bedarf längerfristig gestaffelt und geplant in Anspruch nehmen kann (vgl. BAG 7. September 2021 - 9 AZR 3/21 (A) - Rn. 27 unter Hinweis auf EuGH 22. November 2011 - C-214/10 - [KHS] Rn. 38). Dieser Zweck steht in einem Fall wie dem vorliegenden einem Verfall des Urlaubsanspruchs nicht zwingend entgegen. 27

a) Regelmäßig ist dem Arbeitgeber die Berufung auf die Befristung und das Erlöschen des Urlaubsanspruchs versagt, wenn er seine Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten nicht erfüllt hat, denn ein verständiger Arbeitnehmer hätte bei gebotener Aufforderung und Unterrichtung seinen Urlaub typischerweise rechtzeitig vor dem Verfall beantragt (vgl. EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 45 f.). 28

b) Anders verhält es sich, wenn der gewünschte Erfolg, die antragsgemäße Gewährung von Urlaub durch den Arbeitgeber vor dem Verfallszeitpunkt, ohne Rücksicht darauf eingetreten ist, dass der Arbeitgeber seinen Mitwirkungsobliegenheiten nicht nachgekommen ist. Die Unterlassung des Arbeitgebers, an der Realisierung des Urlaubs mitzuwirken, hat den Arbeitnehmer in einem solchen Fall nicht davon abgehalten, seinen Urlaub zu beantragen und - wie im Streitfall, in dem die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit erst zu einem späteren Zeitpunkt eintrat, - den Urlaub vor dem Verfall anzutreten. Eine Situation, in der der Arbeitnehmer davon abgeschreckt werden könnte, seine Rechte gegenüber seinem Arbeitgeber geltend zu machen, da insbesondere die Einforderung dieser Rechte ihn Maßnahmen des Arbeitgebers aussetzen könnte, die sich zu seinem Nachteil auf das Arbeitsverhältnis auswirken können (vgl. EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften]) 29

Rn. 41 f.), besteht in einer solchen Fallkonstellation nicht. Im Streitfall hat der Kläger rechtzeitig vor dem Beginn der Freistellungsphase einen auf die Gewährung von Urlaub im Zeitraum vom 4. bis 25. Mai 2016 gerichteten Antrag gestellt, dem die Beklagte entsprochen hat. Wäre der Kläger im Zeitraum vom 11. bis zum 31. Mai 2016 nicht krankheitsbedingt arbeitsunfähig gewesen, hätte er den Urlaub nicht nur im Umfang von vier Arbeitstagen, sondern im vollen Umfang von 13 Arbeitstagen unter Einschluss des gesetzlichen Resturlaubs im Umfang von  $2 \frac{2}{3}$  Arbeitstagen tatsächlich realisieren können.

c) Im Ergebnis dasselbe gilt für den Zeitraum ab Eintritt in die Freistellungsphase. Wenn auch bei Erfüllung der Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten deren Zweck nicht hätte erreicht werden können, es dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, in Kenntnis aller relevanten Umstände frei darüber zu entscheiden, ob er seinen Urlaub in Anspruch nimmt (vgl. BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 40, BAGE 165, 376), fehlt es an dem kausalen Zusammenhang zwischen dem Unterlassen des Arbeitgebers und dem Verfall des Urlaubs (vgl. BAG 7. Juli 2020 - 9 AZR 401/19 (A) - Rn. 26, BAGE 171, 231). Sobald der Arbeitnehmer die Freistellungsphase erreicht hat, ist nicht das Verhalten des Arbeitgebers, sondern allein die Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitsverpflichtung für den Verfall des Urlaubs kausal. Unter diesen Umständen ist es dem Arbeitgeber, der seinen Obliegenheiten nicht nachgekommen ist, nicht verwehrt, sich auf die Befristung und das Erlöschen des Urlaubsanspruchs zu berufen. 30

2. Durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs ist bislang - soweit ersichtlich - nicht zweifelsfrei geklärt, wie sich eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit auf den unionsrechtlich garantierten Mindesturlaub auswirkt, wenn diese erst eintritt, nachdem der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auf dessen Antrag hin Urlaub genehmigt hat. Für den Senat stellt sich insoweit die Frage, welche Partei in einem solchen Fall das Risiko des Verfalls trägt. Auf der einen Seite ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer, ohne Sorge zu haben, er habe im Falle eines Urlaubsantrags Nachteile seitens des Arbeitgebers zu fürchten, über seinen Urlaub disponiert hat und es zum allgemeinen Lebensrisiko eines Vertragspartners gehört, Ansprüche infolge eines Erfüllungshindernisses zu verlieren. Auf 31

der anderen Seite könnte auch in einem Fall wie dem vorliegenden das Risiko dem Arbeitgeber zuzuordnen sein, weil nicht generell ausgeschlossen werden kann, dass der Arbeitnehmer seinen Urlaub abweichend geplant hätte, wenn der Arbeitgeber ihn rechtzeitig auf die Möglichkeit hingewiesen hätte, dass eine Urlaubnahme in der Freistellungsphase nicht möglich ist und der Urlaub am Ende des Kalenderjahres verfällt.

3. Für den Fall, dass der Gerichtshof die erste Vorlagefrage verneinen sollte, ist die zweite Vorlagefrage für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich. Im Streitfall hat der Beklagte dem Kläger auf dessen Antrag hin für den Zeitraum vom 4. bis zum 25. Mai 2016 Urlaub gewährt, ohne ihn zuvor aufzufordern, seinen Urlaub zu nehmen, und ihn darauf hinzuweisen, dass nicht beantragter Urlaub mit Ablauf des Kalenderjahres oder Übertragungszeitraums verfallen kann. Der Kläger trat den Urlaub am 4. Mai 2016 an. Erlaubte das Unionsrecht einen Verfall unter den geschilderten Umständen, bliebe der Revision des Klägers - bezogen auf den gesetzlichen Mindesturlaub - der Erfolg versagt. Verbote Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG und Art. 31 Abs. 2 der Charta einen Verfall, wäre der Klage insoweit auf die Revision des Klägers stattzugeben.

32

Kiel

Weber

Suckow

Faltyn

C. Habendorf