SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN VERICA TRSTENJAK

vom 24. Januar 2008 [1]

Inhaltsverzeichnis

I — Einleitung . . . . . I - 211

II — Rechtlicher Rahmen . . . . . I - 212

A — Gemeinschaftsrecht . . . . . I - 212

B — Nationales Recht . . . . . I - 212

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefragen . . . . . I - 216

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof . . . . . I - 218

V — Wesentliche Argumente der Parteien . . . . . I - 218

A — Zur ersten Frage . . . . . I - 218

B — Zur zweiten Frage . . . . . I - 221

VI — Rechtliche Würdigung . . . . . I - 223

A — Zur ersten Frage . . . . . I - 223

1. Einleitende Anmerkungen . . . . . I - 223

2. Der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub als soziales Grundrecht . . . . . I - 224

3. Der Anspruch auf bezahlten Mindestjahresurlaub im Gemeinschaftsrecht I - 228

a) Die Kompetenz der Gemeinschaft bei der Bestimmung des Schutzbereichs der Norm . . . . . I - 228

b) Das gemeinschaftsrechtlich gewährleistete Schutzniveau . . . . . I - 230

1 — Originalsprache: Deutsch.

c) Das vom IAO-Abkommen Nr. 132 gewährleistete Schutzniveau . . . . . I - 231

4. Das arbeitsrechtliche Beeinträchtigungsverbot als Schranke für die Ausübung des Rechts auf bezahlten Mindestjahresurlaub . . . . . I - 232

a) Das Beeinträchtigungsverbot gemäß dem IAO-Abkommen Nr. 132 . . . I - 233

b) Übertragbarkeit der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze I - 233

c) Unvereinbarkeit mit dem Sinn und Zweck von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 . . . . . I - 235

5. Ergebnis . . . . . I - 236

B — Zur zweiten Frage . . . . . I - 237

VII — Ergebnis . . . . . I - 239

I — Einleitung

1. Das House of Lords hat mit Beschluss vom 13. Dezember 2006 gemäß Art. 234 EG dem Gerichtshof zwei Fragen nach der Auslegung von Art. 7 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung [2] (im Folgenden: Richtlinie 2003/88) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2. Die Vorlagefragen stellen sich im Rahmen eines Rechtsstreits von ehemaligen bzw. weiterhin beschäftigten Arbeitnehmern (Kläger) der britischen Steuer- und Zollverwaltung HM Revenue and Customs gegen ebendiese Behörde (Beklagte), in dem das oberste Berufungsgericht in Zivilsachen des Vereinigten Königreichs über das Bestehen von Ansprüchen der Kläger auf bezahlten Jahresurlaub bzw. auf Urlaubsabgeltung gegen die Beklagte zu entscheiden hat.

3. Diese Fragen gehen im Wesentlichen dahin, ob ein Arbeitnehmer, der krankheitsbedingt abwesend ist, während des Krankheitsurlaubs ein Recht auf bezahlten Jahresurlaub hat und inwiefern ein Arbeitnehmer, der während des gesamten fraglichen Urlaubsjahrs oder während eines Teils davon aus Krankheitsgründen abwesend war, gegebenenfalls bei Beendigung des Arbeitsverhält-

2 — ABl. L 299, S. 9.

nisses eine finanzielle Ersatzvergütung beanspruchen kann.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

4. Die Richtlinie 2003/88 ist am 2. August 2004 an die Stelle der Richtlinie 93/104/EG vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung [3] getreten. Wie die Vorgängerrichtlinie bezweckt sie die Festlegung bestimmter Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung. Ihr unverändert übernommener Art. 7 besagt Folgendes:

„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.“

5. Art. 17 der Richtlinie 2003/88 sieht vor, dass die Mitgliedstaaten von bestimmten Vorschriften abweichen können. Art. 7 gehört nicht zu den Vorschriften, von denen die Richtlinie 2003/88 eine Abweichung zulässt.

B — *Nationales Recht*

6. Durch die Art. 13 und 16 der Working Time Regulations 1998 (SI 1998/1833) (Arbeitszeitverordnung, im Folgenden: WTR) werden Art. 7 Abs. 1 und teilweise auch Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 im Vereinigten Königreich umgesetzt. Sie bestimmen in ihrer durch die Working Time (Amendment) Regulations 2001 (SI 2001/3256) (Verordnung zur Änderung

3 — ABl. L 307, S. 18.

der Arbeitszeitverordnung) geänderten Fassung, soweit diese hier einschlägig ist, Folgendes:

„Artikel 13

(1) Gemäß Abs. 5 hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf vier Wochen Jahresurlaub pro Urlaubsjahr.

…

(5) Beginnt die Beschäftigung eines Arbeitnehmers (gemäß einer entsprechenden Vereinbarung) nach dem Beginn seines ersten Urlaubsjahrs, hat er in diesem Urlaubsjahr Anspruch auf Urlaub entsprechend dem Anteil des Zeitraums nach Abs. 1, der mit dem bei Beginn seiner Beschäftigung verbleibenden Anteil des Urlaubsjahrs identisch ist.

…

(9) Urlaub, auf den ein Arbeitnehmer nach dieser Regelung Anspruch hat, kann in mehrere Abschnitte aufgeteilt werden, jedoch

a) kann er nur in dem Urlaubsjahr genommen werden, in dem er zu gewähren ist, und

b) darf er nur durch eine Zahlung abgegolten werden, wenn das Beschäftigungsverhältnis des Arbeitnehmers beendet ist.

…

Artikel 16

(1) Ein Arbeitnehmer hat für jeden Zeitabschnitt des Jahresurlaubs, auf den er nach Art. 13 Anspruch hat, für jede Urlaubswoche Anspruch auf Entgelt in Höhe eines Wochenlohns.“

7. Die Berechnung eines „Wochenlohns“ ist gesetzlich festgelegt. Dieser entspricht unge-

fähr den normalen wöchentlichen Einkünften eines Arbeitnehmers.

8. Möchte ein Arbeitnehmer sein Recht auf Jahresurlaub nach Art. 13 WTR ausüben, hat er dies seinem Arbeitgeber gemäß Art. 15 WTR vorab mitzuteilen. Art. 15 WTR bestimmt, soweit hier maßgebend, Folgendes:

„(1) Ein Arbeitnehmer kann Urlaub, auf den er nach Artikel 13 Anspruch hat, an den von ihm gewählten Tagen nehmen, indem er dies seinem Arbeitgeber gemäß Abs. 3 mitteilt, wobei ihm sein Arbeitgeber Auflagen gemäß Abs. 2 machen kann.

(2) Ein Arbeitgeber kann von seinem Arbeitnehmer durch eine Mitteilung nach Abs. 3 verlangen, Urlaub, auf den er nach Art. 13 Anspruch hat, an bestimmten Tagen

a) zu nehmen oder

b) nicht zu nehmen.

(3) Eine Mitteilung nach Abs. 1 oder 2

a) kann sich auf den gesamten Urlaub, auf den der Arbeitnehmer in einem Urlaubsjahr Anspruch hat, oder auf einen Teil davon beziehen;

b) hat genau anzugeben, an welchen Tagen Urlaub zu nehmen oder (gegebenenfalls) nicht zu nehmen ist; wenn der Urlaub an einem bestimmten Tag nur für einen Teil dieses Tages zu nehmen ist, so ist dessen Dauer anzugeben;

c) ist dem Arbeitgeber bzw. dem Arbeitnehmer vor dem maßgeblichen Zeitpunkt zu machen.

(4) Der maßgebliche Zeitpunkt im Sinne von Abs. 3 liegt

a) im Fall einer Mitteilung nach Abs. 1 oder 2 lit. a doppelt so viele Tage vor dem frühesten in der Mitteilung genannten

Tag wie die Anzahl der Tage oder halben Tage, auf die sich die Mitteilung bezieht, und

b) im Fall einer Mitteilung nach Abs. 2 lit. b so viele Tage vor dem frühesten genannten Tag wie die Anzahl der Tage oder halben Tage, auf die sich die Mitteilung bezieht."

9. Art. 14 WTR betrifft den Fall, dass das Arbeitsverhältnis beendet wird. Soweit hier maßgeblich, bestimmt er Folgendes:

„(1) Dieser Artikel gilt, wenn

a) das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers während seines Urlaubsjahrs beendet wird und

b) an dem Tag, an dem die Beendigung wirksam wird (Tag der Beendigung), der Anteil des Urlaubs, auf den er gemäß Art. 13 im Urlaubsjahr Anspruch hat, von dem Anteil des bereits verronnenen Urlaubsjahrs abweicht.

(2) Ist der Anteil des vom Arbeitnehmer genommenen Urlaubs geringer als der bereits verstrichene Anteil des Urlaubsjahrs, hat ihm der Arbeitgeber eine finanzielle Ersatzvergütung nach Abs. 3 zu zahlen.

(3) Die Zahlung nach Abs. 2 beläuft sich

a) auf den Betrag, der im Sinne dieses Artikels in einer entsprechenden Vereinbarung vorgesehen ist, oder

b) … auf eine Summe, die dem Betrag entspricht, der dem Arbeitnehmer nach Art. 16 für einen nach folgender Formel berechneten Urlaub zu zahlen wäre:

$$(A \times B) - C$$

Dabei ist

A die Urlaubszeit, auf die der Arbeitnehmer gemäß Art. 13 Anspruch hat,

B der Anteil des Urlaubsjahrs des Arbeitnehmers, der vor dem Tag der Beendigung verstrichen ist, und

C die Urlaubszeit, die der Arbeitnehmer zwischen dem Beginn des Urlaubsjahrs und dem Tag der Beendigung genommen hat."

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

10. Die Kläger des Ausgangsrechtsstreits waren alle bei der Beklagten angestellt. Es können zwei Gruppen von Arbeitnehmern unterschieden werden [4].

11. Zur ersten Gruppe gehört Frau Khan. Sie war aus Krankheitsgründen auf unbestimmte Zeit mehrere Monate lang abwesend und erhielt Krankengeld. Am 10. Oktober 2003, während dieses Krankheitsurlaubs, teilte sie dem Arbeitgeber mit, dass sie vom 17. November bis zum 11. Dezember 2003 20 Tage bezahlten Jahresurlaub nehmen wolle. Diesem Urlaubsantrag gab der Arbeitgeber nicht statt. Frau Khan klagte vor dem Employment Tribunal (Arbeitsgericht) und machte nach Art. 13 WTR geltend, dass sie einen Anspruch darauf habe, Jahresurlaub zu nehmen, und dass ihr Gehalt gemäß Art. 16 WTR während dieses Jahresurlaubs fortgezahlt werden müsse. Das Employment Tribunal gab ihrer Klage statt und verurteilte den Arbeitgeber zur Zahlung von 595,32 GBP.

12. Zur zweiten Gruppe gehören Herr Ainsworth, Frau Kilic und Herr Thwaites. Sie wurden alle vom Arbeitgeber entlassen. Sie hatten sich alle in lang andauerndem Krankheitsurlaub befunden und befanden sich während des gesamten Urlaubsjahrs, in dem sie entlassen wurden, in Krankheitsurlaub. Keiner von ihnen hatte in diesem Jahr Jahresurlaub genommen. Sie klagten vor dem Employment Tribunal und verlangten Zahlungen gemäß Art. 14 WTR, der die Stellung des Arbeitnehmers bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses betrifft. In allen Fällen gab das Employment Tribunal ihren Klagen statt und berechnete die geschuldeten Ausgleichszahlungen gemäß der Formel nach Art. 14 Abs. 3 WTR. Danach erhielten Herr Ainsworth 16,14 GBP, Frau Kilic 454,74 GBP und Herr Thwaites 967,14 GBP.

13. Die Beklagte legte gegen diese Entscheidungen Rechtsmittel beim Employment Appeals Tribunal ein. Dieses wies die Rechts-

4 — Mit Ausnahme von Frau Stringer sind alle Kläger des Ausgangsrechtsstreits in dieser Rechtssache vertreten. Obwohl sie auch nicht im Rechtsmittelverfahren vor dem House of Lords vertreten ist, wird ihr Name weiterhin im nationalen Gerichtsverfahren als Bezeichnung der Rechtssache verwendet.

mittel zwar zurück, ließ aber das Rechtsmittel zum Court of Appeal zu.

14. Der Court of Appeal verband die Rechtssachen und gab den Rechtsmitteln des Arbeitgebers statt. Er entschied — u. a. — Folgendes:

— Im Fall von Frau Khan folgte der Court of Appeal dem Vorbringen des Arbeitgebers, dass ein Arbeitnehmer während eines Zeitraums, in dem er krankheitsbedingt abwesend sei, keinen Jahresurlaub im Sinne der Art. 13 nehmen könne und somit für ihn keine Arbeitspflicht bestehe.

— In den Fällen von Herrn Ainsworth, Frau Kilic und Herrn Thwaites folgte der Court of Appeal dem Vorbringen der Beklagten, dass bei der Berechnung der Ausgleichszahlung, die nach Art. 14 anlässlich der Vertragsbeendigung fällig wird, ein Arbeitnehmer, der wegen krankheitsbedingter Abwesenheit nach Art. 13 keinen Anspruch auf Jahresurlaub habe, auch nicht berechtigt sei, eine Ausgleichszahlung nach Art. 14 zu erhalten.

15. Die Arbeitnehmer legten daraufhin Rechtsmittel zum House of Lords ein. Das House of Lords geht nach Anhörung der Parteien davon aus, dass die Auslegung von Art. 7 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2003/88 streitig ist. Es ist der Auffassung, dass die im vorliegenden Verfahren aufgeworfenen Fragen sich zwar mit den in der Rechtssache C-350/06 (Schultz-Hoff) aufgeworfenen Fragen überschnitten, sich aber dennoch in gewisser Hinsicht auch von diesen unterschieden. Daher sei es möglich, dass die Antworten des Gerichtshofs in der Rechtssache C-350/06 (Schultz-Hoff) nicht entscheidend für die im vorliegenden Rechtsmittelverfahren aufgeworfenen Fragen seien. Es hat daher beschlossen, dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen, um über die Rechtsmittel entscheiden zu können:

1. Ist Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG dahin auszulegen, dass ein Arbeitnehmer, der aus Krankheitsgründen auf unbestimmte Zeit beurlaubt ist, berechtigt ist, während einer Zeit, zu der er sich andernfalls im Krankheitsurlaub befände, i) bezahlten Jahresurlaub für einen künftigen Zeitraum zu verlangen und ii) bezahlten Jahresurlaub zu nehmen?

2. Enthält Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG Voraussetzungen oder Kriterien in Bezug auf die Höhe und die Berechnung der finanziellen Ersatzvergütung, wenn ein Mitgliedstaat von seinem Ermessen Gebrauch macht, den Mindestzeitraum für bezahlten Jahresurlaub bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach Art. 7 Abs. 2 durch eine

finanzielle Vergütung zu ersetzen, falls sich ein Arbeitnehmer während des gesamten Urlaubsjahrs, in dem das Arbeitsverhältnis beendet wurde, oder während eines Teils davon im Krankheitsurlaub befand?

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof

16. Der Vorlagebeschluss ist am 20. Dezember 2006 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen.

17. Schriftliche Erklärungen haben die Kläger des Ausgangsverfahrens, die Regierungen des Vereinigten Königreichs, der Republik Slowenien, des Königreichs Belgien, der Italienischen Republik, der Republik Polen und der Tschechischen Republik sowie die Kommission der Europäischen Gemeinschaften innerhalb der in Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs genannten Frist eingereicht.

18. In der mündlichen Verhandlung vom 20. November 2007 sind die Prozessbevollmächtigten der Kläger des Ausgangsverfahrens, der Regierungen des Vereinigten Königreichs und des Königreichs der Niederlande sowie der Kommission erschienen, um mündliche Ausführungen zu machen.

V — Wesentliche Argumente der Parteien

A — *Zur ersten Frage*

19. Die *Kläger* sind der Auffassung, es handele sich beim Recht auf bezahlten Jahresurlaub, wie es in Art. 7 der Richtlinie 2003/88 vorgesehen ist, um ein soziales Grundrecht, von dem nicht abgewichen werden könne. Dem Ziel der Richtlinie 2003/88, die Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer durch eine Angleichung der innerstaatlichen Arbeitszeitvorschriften zu verbessern, würde nicht Rechnung getragen, wenn einem Arbeitnehmer das Recht verwehrt wäre, einen bestimmten Zeitraum als Urlaub zu bestimmen. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs folge ferner, dass ein durch Gemeinschaftsrecht gewährleisteter Urlaubsanspruch einen anderen gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Urlaubsanspruch nicht beeinträchtigen dürfe, der einem anderen Zweck diene. Schließlich erschwere eine Auslegung von Art. 7 der Richtlinie 2003/88 dahin, dass eine krankheitsbedingte Abwesenheit zum Verlust bzw. zur Minderung des Anspruchs auf Jahresurlaub führe, die tatsächliche Inanspruchnahme dieses Rechts.

20. Die Regierungen des *Königreichs Belgien*, der *Tschechischen Republik*, der *Slowenischen Republik* und des *Vereinigten Königreichs* vertreten eine andere Auffassung.

21. Nach Ansicht der *belgischen Regierung* ist die erste Frage angesichts des Ziels der Richtlinie zu verneinen. Das Ziel der Richt-

linie, nämlich die Verbesserung des Arbeitsbedingungen zum Schutz der Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer, ergebe sich u. a. aus den Erwägungsgründen der Richtlinie und ihrer Vorgängerrichtlinie 93/104, den Begründungen des Richtlinienentwurfs, aus Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie und aus ihrer Rechtsgrundlage, Art. 137 EG. Dieses Ziel sei durch die Rechtsprechung bekräftigt worden. Eine zustimmende Beantwortung der ersten Frage laufe diesem Ziel zuwider, da die Möglichkeit, während einer krankheitsbedingten Abwesenheit Jahresurlaub zu nehmen, nicht zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen beitrage. Das Ziel werde sinnvoll nur erreicht bei Inanspruchnahme von Urlaub während der tatsächlichen Ausübung der Arbeit oder der Erfüllung der Arbeitspflicht. Überdies unterlägen diese Fragen der nationalen Rechtsprechung und Praxis.

22. Auch die *tschechische Regierung* spricht sich für eine Verneinung der ersten Frage aus. Sie weist darauf hin, dass die Richtlinie nicht ausdrücklich das Recht des Arbeitnehmers erwähne, während seiner Krankheit Urlaub zu nehmen, so dass es für die Beantwortung der ersten Frage auf die Absichten des Gemeinschaftsgesetzgebers ankomme. Die entscheidende Frage sei, ob das Recht des Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub in allen Mitgliedstaaten absolut und unabhängig von der bestehenden Rechtslage respektiert werden müsse. Dies sei zu verneinen. Das Recht auf Urlaub werde nur im Rahmen des konkreten mitgliedstaatlichen Rechts gewährt, da das allgemeine Ziel der Richtlinie auf verschiedene Weise erreicht werden könne. Die im vorliegenden Rechtsstreit aufgeworfenen Fragen beträfen nicht die Existenz selbst des Rechts auf bezahlten Jahresurlaub, sondern nur die Modalitäten seiner Gewährung, die allein durch das nationale Recht zu regeln seien.

23. Nach Ansicht der *slowenischen Regierung* muss die Frage im Licht des Zwecks des Jahresurlaubs behandelt werden, der in der kurz- und langfristigen Erhaltung der Gesundheit der Arbeitnehmer bestehe. Das Ziel der Richtlinie ergebe sich aus ihren Erwägungsgründen und auch aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, nach der das Recht auf Jahresurlaub ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts sei, von dem nur in von der Richtlinie vorgesehenen Ausnahmefällen abgewichen werden könne. Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 erlaube es einem Arbeitnehmer, der für unbestimmte Zeit krankheitsbedingt abwesend ist, nicht, diese längere Abwesenheit als Jahresurlaub zu definieren und erlaube ihm auch nicht, seinen Jahresurlaub während seiner krankheitsbedingten Abwesenheit zu nehmen, da sich Jahresurlaub und krankheitsbedingte Abwesenheit von ihrem Zweck her gegenseitig ausschlössen.

24. Nach der Auffassung der *britischen Regierung* besteht der Sinn und Zweck von Art. 7 der Richtlinie 2003/88 darin, durch die Garantie von Urlaub die Gesundheit jener zu schützen, die tatsächlich arbeiteten. Arbeitnehmern, die nicht tatsächlich arbeiteten,

würde der Urlaub letztlich nichts nützen, so dass man sich die Frage stellen müsse „Urlaub wovon?“.

25. In Wirklichkeit gehe es bei der Frage des Jahresurlaubs während der Krankheit um die Frage der Aufrechterhaltung des Gehalts, welches beim Jahresurlaub höher sei als bei der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Dieser finanzielle Aspekt sei aber hinsichtlich des Ziels der Richtlinie, dem Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers, irrelevant. Die Zahlung von Urlaubsgeld an einen schon aus Krankheitsgründen abwesenden Arbeitnehmer sei ein ungerechtfertigter Vorteil für den Arbeitnehmer bzw. eine ungerechtfertigte Kostenbelastung für den Arbeitgeber. Weiterhin könnte die Pflicht zur Zahlung eines solchen Ausgleichs auch den unerwünschten Effekt haben, dass Arbeitgeber bei langer Krankheit Arbeitsverträge eher kündigen würden, um diesem Kostenrisiko zu entgehen.

26. Die Regierungen der *Italienischen Republik* und der *Republik Polen* sowie die *Kommission* vertreten eine etwas differenziertere Ansicht.

27. Die *italienische Regierung* trägt vor, Art. 7 der Richtlinie 2003/88 müsse dahin verstanden werden, dass der auf unbestimmte Dauer krankheitsbedingt abwesende Arbeitnehmer das Recht darauf habe, auch über das laufende Jahr hinaus Jahresurlaub in Anspruch zu nehmen, da es nicht mit den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts vereinbar sei, wenn der Urlaubsanspruch erlösche, obwohl die Abwesenheit des Arbeitnehmers aus Gesundheitsgründen gerechtfertigt sei. Die italienische Regierung verweist auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, nach der im Fall der Kumulierung unterschiedlicher, vom Gemeinschaftsrecht gewährleisteter Urlaubszeiträume zum Ende des laufenden Jahres eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr unvermeidlich sei. Gleichwohl schließe der unterschiedliche Zweck, den der Jahresurlaub und der Krankheitsurlaub verfolgten, es aus, dass der Arbeitnehmer Jahresurlaub während seines Krankheitsurlaubs nehme.

28. Die *polnische Regierung* ist der Meinung, dass die erste Vorlagefrage im Licht der Ziele und der Grundsätze der Richtlinie 2003/88 untersucht werden müsse. So sei der Zweck einer Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht aus Gesundheitsgründen ein anderer als der des Jahresurlaubs. Im ersten Fall handele es sich um eine Befreiung von der Arbeitspflicht, damit der Arbeitnehmer im Wege der Genesung seine Arbeitsfähigkeit wiedererlange. Im zweiten Fall werde dem Arbeitnehmer eine Befreiung von der Arbeitspflicht gewährt, damit er sich körperlich erholen und seine gewöhnliche Arbeitstätigkeit fortsetzen könne. Die polnische Regierung folgert daraus, dass Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 dahin ausgelegt werden müsse, dass ein Arbeitnehmer, der sich im Krankheitsurlaub befindet, nicht im selben Zeitraum Jahresurlaub beanspruchen kann.

29. Nach Ansicht der *Kommission* muss bei der Auslegung der Richtlinie deren Ziel, die Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer zu verbessern, berücksichtigt werden. Sie vertritt die Auffassung, dass eine Bejahung der ersten Vorlagefrage gewisse Risiken für die Rechte der Arbeitnehmer berge. Angesichts der Tatsache, dass die Entgeltfortzah-

lung im Krankheitsfall niedriger sei als das Durchschnittsgehalt des Arbeitnehmers, könne nicht ausgeschlossen werden, dass der kranke Arbeitnehmer aus finanziellen Gründen geneigt sein könnte, bezahlten Jahresurlaub zu beantragen.

30. Die Kommission hält es zudem für unlogisch, zuzulassen, dass ein Arbeitnehmer Jahresurlaub zu einem Zeitpunkt nehme, in dem er sich erst von einer Krankheit oder einem Unfall erhole. Darüber hinaus meint sie, dass die Erholungsfunktion des Jahresurlaubs nur gewährleistet werde, wenn die Urlaubszeiträume aufeinander folgten, da andernfalls die Gefahr bestehe, dass der Arbeitnehmer, etwa auf Druck des Arbeitgebers, den Krankheitsurlaub durch den Jahresurlaub ersetze.

31. Die *niederländische Regierung* hinterfragt in ihrer mündlichen Stellungnahme die grundsätzliche Anwendbarkeit der Richtlinie 2003/88 auf Fälle krankheitsbedingter Abwesenheit von Arbeitnehmern mit der Begründung, dass diese nicht Regelungsgegenstand der Norm seien. Der Anwendungsbereich der Richtlinie 2003/88 beschränke sich ausschließlich auf aktive Arbeitnehmer, mit der Folge, dass im vorliegenden Fall allein nationales Recht gelte. Die Vielfalt an mitgliedstaatlichen Regelungen lasse jedoch keine allgemeingültigen Schlussfolgerungen im Hinblick auf die Rechte von kranken Arbeitnehmern zu.

B — *Zur zweiten Frage*

32. Die *Kläger* sind der Auffassung, dass der in Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 vorgesehene Anspruch auf Urlaubsabgeltung nicht gekürzt werden dürfe, wenn der Arbeitnehmer teilweise oder während des gesamten Jahres, in dem auch das Vertragsverhältnis beendet werde, krankheitsbedingt abwesend gewesen sei.

33. Vorsorglich machen sie geltend, dass Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 die Erfüllung des Urlaubsabgeltungsanspruchs an keine besonderen Voraussetzungen knüpfe.

34. Ebenso wie bei der ersten Frage ergibt sich nach Ansicht der *belgischen Regierung* auch die Antwort auf die zweite Frage aus dem Sinn und Zweck der Richtlinie, der Verbesserung der Arbeitsbedingungen zum Schutz der Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer, welche nach Ende des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gefährdet seien. Die belgische Regierung schlägt deshalb eine Verneinung der zweiten Frage dahin vor, dass die Voraussetzungen und Modalitäten einer finanziellen Entschädigung nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, sondern deren Regelung nationaler Gesetzgebung und Praxis obliegt.

35. Auch die *tschechische Regierung* stützt sich auf das Ziel der Richtlinie, um ihre Verneinung der zweiten Frage zu begründen. Nach Art. 2 der Richtlinie 2003/88 sei als „Arbeitszeit" die Zeit definiert, die der Arbeitnehmer tatsächlich zur Disposition des Arbeitgebers stehe, und als Ruhezeit die Zeit, die nicht Arbeitszeit sei. Die Tatsache, dass während der Abwesenheit wegen Krankheit z. B. auch keine täglichen Pausenzeiten gewährt würden, zeige, dass jede Gewährung von Erholungszeit davon abhängig sei, dass der Arbeitnehmer arbeite oder dem Arbeitgeber zur Verfügung stehe. Deshalb entstehe während der krankheitsbedingten Abwesenheit kein Urlaubsanspruch für diese Zeiten und damit auch kein entsprechender Abgeltungsanspruch. Folglich stelle die Richtlinie, auch wenn sie einer entsprechenden nationalen Regelung nicht entgegenstünde, keine Voraussetzungen für einen eventuellen Abgeltungsanspruch für wegen Krankheit nicht genommenen Urlaub auf.

36. Die *slowenische Regierung* spricht sich ebenfalls für eine Verneinung der zweiten Frage aus. Sie verweist auf ihre Argumentation zur ersten Frage und fügt hinzu, dass die Richtlinie dem Arbeitnehmer kein Recht auf eine finanzielle Abgeltung seines Urlaubs garantiere. Die Mitgliedstaaten könnten eine solche zwar vorsehen, und ein Vergleich der nationalen Regelungen zwischen Slowenien und dem Vereinigten Königreich zeige, dass die Mitgliedstaaten hier unterschiedliche Regelungen getroffen hätten. Sollte ein Mitgliedstaat jedoch eine solche Abgeltung vorsehen, unterläge ihre Berechnung allein dem nationalen Recht.

37. Die *britische Regierung* weist hinsichtlich der zweiten Frage darauf hin, dass sich die — verneinende — Antwort zwingend aus ihrer Ansicht zur ersten Frage ergebe: Da im Falle krankheitsbedingter Abwesenheit während des gesamten Referenzzeitraums schon kein Urlaubsanspruch bestehe, bestehe logischerweise in diesem Fall auch kein Abgeltungsanspruch. Außerdem erlaube Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 zwar den Mitgliedstaaten, für nicht genommenen Urlaub bei Vertragsbeendigung eine Abgeltung vorzusehen, verpflichte sie jedoch nicht hierzu. Zuständig zur Regelung der Modalitäten einer eventuell vorgesehenen Abgeltung seien deshalb allein die Mitgliedstaaten.

38. Nach Ansicht der *italienischen Regierung* folgt die Antwort auf die zweite Frage bereits aus ihrer Argumentation zur ersten Frage. Demzufolge stehe dem Arbeitnehmer stets ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung als Entschädigung für den bezahlten Jahresurlaub zu, den er krankheitsbedingt während des laufenden Jahres bis zum Zeitpunkt der Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht in Anspruch habe nehmen können. Die Berechnung der Höhe des Urlaubsabgeltungsanspruchs müsse die Anzahl der Monate berücksichtigen, die der Arbeitnehmer im Anschluss an die Urlaubsperioden gearbeitet habe. Dabei seien die Zeiten krankheitsbedingter Abwesenheit den Dienstzeiten gleichzusetzen.

39. Die *polnische Regierung* weist darauf hin, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch ein Ersatz des Anspruchs auf Jahresurlaub sei.

Letzterer verwandele sich im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung in einen Entschädigungsanspruch für den nicht genommenen Urlaub. Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 müsse demnach dahin ausgelegt werden, dass der Arbeitnehmer Anspruch auf Entschädigung im Hinblick auf den Zeitraum habe, für den er einen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erlangt habe.

40. Nach Ansicht der *Kommission* gewährt Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 eine finanzielle Entschädigung für den Verlust des Jahresurlaubs, den der Arbeitnehmer bis zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung nicht habe nehmen können. Abwesenheitszeiten aus Gründen, die der Arbeitnehmer nicht zu vertreten habe, wie Krankheit und Unfall, müssten als Dienstzeit angerechnet und somit bei der Berechnung des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub berücksichtigt werden. Ferner ermächtige die Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht, dieses Recht des Arbeitnehmers einzuschränken oder zu entziehen. Die Kommission spricht sich daher dafür aus, dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung trotz krankheitsbedingter Abwesenheit zuzubilligen.

41. Zur Höhe des Anspruchs auf Urlaubsabgeltung im Einzelfall vertritt die Kommission die Ansicht, dass diese, sofern ein Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub tatsächlich entstanden ist, sich nach demselben Satz bemessen sollte wie die dem Arbeitnehmer zustehende Entlohnung.

VI — Rechtliche Würdigung

A — *Zur ersten Frage*

1. Einleitende Anmerkungen

42. Mit der ersten Vorlagefrage wirft das House of Lords ein Problem der Auslegung von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 auf, das die normative Tragweite des durch diese Bestimmung gewährleisteten Rechts der Arbeitnehmer auf bezahlten Jahresurlaub betrifft. Konkret geht es um die Frage, ob krankheitsbedingt arbeitsunfähigen Arbeitnehmern kraft Gemeinschaftsrechts ein Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub grundsätzlich zusteht und ob sie gegebenenfalls diesen Urlaubsanspruch während eines Zeitraums geltend machen dürfen, in dem sie aus Krankheitsgründen beurlaubt sind.

43. Die Fragestellung betrifft zwei verschiedene Aspekte des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub, die es aus meiner Sicht klar zu unterscheiden gilt. Zum einen geht es um die Existenz des Rechts selbst, zum anderen um die Bedingungen für seine praktische Ausübung. Zugunsten der Übersichtlichkeit empfiehlt es sich, beide Aspekte nacheinander zu behandeln.

44. Der Gerichtshof wird in der vorliegenden Rechtssache um eine positive Feststellung darüber ersucht, ob das Gemeinschaftsrecht den Arbeitnehmern bestimmte Rechte ein-

räumt. Allerdings stellt sich auch implizit die Frage, welche Vorgaben die Richtlinie 2003/88 an das nationale Recht stellt, damit jene Arbeitnehmerrechte verwirklicht werden können. Infolgedessen läuft die anschließende rechtliche Untersuchung letztlich auf eine Auslegung des in Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 enthaltenen Ausdrucks „nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung …, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind“ hinaus.

45. Was die Verteilung der Rechtsetzungskompetenzen zwischen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten im Rahmen der Gewährleistung des Rechts auf bezahlten Jahresurlaub anbelangt, so ist zunächst darauf hinzuweisen, dass mit der Annahme der Richtlinie 2003/88 der Gemeinschaftsgesetzgeber sich eines Rechtsinstruments bedient hat, das zwar gemäß Art. 249 Abs. 3 EG den innerstaatlichen Stellen einen gewissen Spielraum hinsichtlich der Wahl der Mittel und der Form der Umsetzung überlässt, ihnen gleichzeitig aber insofern Vorgaben setzt, als die Richtlinie für jeden Mitgliedstaat hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist [5]. Die nationalen Rechtsordnungen erhalten somit im Bereich der Umsetzung des Rechts auf bezahlten Jahresurlaub große, wenn auch nicht unbegrenzte Gestaltungsmöglichkeiten [6]. Bei der Erfüllung des normativen Umsetzungsauftrags des Art. 7 haben die Mitgliedstaaten daher stets den Zielen der Richtlinie 2003/88 Rechnung zu tragen.

2. Der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub als soziales Grundrecht

46. Um dem vorlegenden Gericht in angemessener Weise antworten zu können, ist es meiner Auffassung nach notwendig, weit auszuholen und den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub sowohl in seiner sekundärrechtlichen Ausprägung innerhalb der Gemeinschaftsrechtsordnung als auch in dem größeren Zusammenhang der sozialen Grundrechte zu betrachten.

47. Bezüglich des Ziels der Richtlinie 2003/88 ergibt sich sowohl aus Art. 137 EG, der die Rechtsgrundlage dieser Richtlinie darstellt, als auch aus deren erstem, viertem, siebtem und achtem Erwägungsgrund sowie aus dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 1, dass durch die Richtlinie Mindestvorschriften festgelegt werden sollen, die dazu bestimmt sind, die Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer durch eine Angleichung namentlich der innerstaatlichen Arbeitszeitvorschriften zu verbessern [7]. Die gemeinschaftsweite Harmonisierung der Arbeitszeitgestaltung soll

5 — Siehe das grundlegende Urteil vom 8. April 1976, Royer (48/75, Slg. 1976, 497, Randnrn. 69 und 73), nach dem „die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, innerhalb der ihnen nach Artikel 249 EG belassenen Entscheidungsfreiheit die Formen und Mittel zu wählen, die sich zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit der Richtlinien unter Berücksichtigung des mit ihnen verfolgten Zwecks am besten eignen“.

6 — Vgl. Stärker, L., *Kommentar zur EU-Arbeitszeit-Richtlinie*, Wien 2006, S. 81.

7 — Urteile vom 26. Juni 2001, BECTU (C-173/99, Slg. 2001, I-4881, Randnr. 37), vom 9. September 2003, Jaeger (C-151/02, Slg. 2003, I-8389, Randnrn. 45 und 47), vom 5. Oktober 2004, Pfeiffer u. a. (C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835, Randnr. 91), und vom 1. Dezember 2005, Dellas u. a. (C-14/04, Slg. 2005, I-10253, Randnr. 40).

einen besseren Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer durch die Gewährung von täglichen, wöchentlichen und jährlichen Mindestruhezeiten und angemessenen Ruhepausen sowie die Festlegung einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit gewährleisten [8].

48. Bei der Auslegung von Art. 7 der Richtlinie 2003/88 ist indes zu berücksichtigen, dass der Anspruch auf bezahlten Mindestjahresurlaub nicht erst mit der Richtlinie über Arbeitszeiten festgelegt worden ist, sondern eigentlich unabhängig von der Dauer der gewährleisteten Urlaubszeit seit Langem zu den völkerrechtlich anerkannten sozialen Grundrechten gezählt wird. Auf internationaler Ebene findet dieses Grundrecht etwa in Art. 24 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte [9] Erwähnung, der jedem „das Recht auf Erholung und Freizeit und insbesondere auf eine vernünftige Begrenzung der Arbeitszeit und regelmäßigen bezahlten Urlaub“ zuerkennt. Es wird ebenfalls in Art. 2 Abs. 3 der Sozialcharta des Europarates [10] sowie in Art. 7 Buchst. d des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte [11] als Ausdruck des Rechts eines jeden auf gerechte und billige Arbeitsbedingungen anerkannt.

49. Im Rahmen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) als Sonderorganisation der Vereinten Nationen ist das Recht auf bezahlten Mindestjahresurlaub bisher Gegenstand zweier multilateraler Abkommen gewesen, wobei das am 30. Juni 1973 in Kraft getretene Abkommen Nr. 132 [12] das bis dahin geltende Abkommen Nr. 52 [13] geändert hat. Sie enthalten zwingende Vorgaben an die Abkommensstaaten im Hinblick auf die Verwirklichung dieses sozialen Grundrechts innerhalb ihrer nationalen Rechtsordnungen.

50. Diese vielfältigen internationalen Akte unterscheiden sich allerdings sowohl in ihrem Regelungsgehalt als auch in ihrer normativen Tragweite, da es sich in einigen Fällen um völkerrechtliche Verträge, in anderen hingegen lediglich um feierliche Erklä-

8 — Urteile vom 3. Oktober 2000, Simap (C-303/98, Slg. 2000, I-7963, Randnr. 49), BECTU (in Fn. 7 angeführt, Randnr. 38), Jaeger (in Fn. 7 angeführt, Randnr. 46), vom 12. Oktober 2004, Wippel (C-313/02, Slg. 2004, I-9483, Randnr. 47), und Dellas u. a. (in Fn. 7 angeführt, Randnr. 41).

9 — Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, verabschiedet am 10. Dezember 1948 mit Resolution 217 A (III) durch die Vollversammlung der Vereinten Nationen.

10 — Europäische Sozialcharta, Vertrag aufgelegt zur Unterzeichnung durch die Mitgliedstaaten des Europarates am 18. Oktober 1961 in Turin und am 26. Februar 1965 in Kraft getreten. Ihr Art. 2 Abs. 3 besagt, dass sich die Vertragsparteien, um die wirksame Ausübung des Rechts auf gerechte Arbeitsbedingungen zu gewährleisten, dazu verpflichten, die Gewährung eines bezahlten Jahresurlaubs von mindestens zwei Wochen sicherzustellen.

11 — Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte wurde am 19. Dezember 1966 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen einstimmig verabschiedet. Sein Art. 7 Buchst. d besagt, dass „die Vertragsstaaten das Recht eines jeden auf gerechte und billige Arbeitsbedingungen anerkennen, durch die insbesondere Arbeitspausen, Freizeit, eine angemessene Begrenzung der Arbeitszeit, regelmäßiger bezahlter Urlaub sowie Vergütung gesetzlicher Feiertage gewährleistet werden“.

12 — Übereinkommen Nr. 132 über den bezahlten Jahresurlaub (Neufassung vom Jahr 1970), angenommen von der Allgemeinen Konferenz der Internationalen Arbeitsorganisation am 24. Juni 1970, in Kraft getreten am 30. Juni 1973.

13 — Übereinkommen Nr. 52 über den bezahlten Jahresurlaub, angenommen von der Allgemeinen Konferenz der Internationalen Arbeitsorganisation am 24. Juni 1936, in Kraft getreten am 22. September 1939. Dieses Übereinkommen ist mit dem Übereinkommen Nr. 132 neu gefasst worden, bleibt selbst aber weiterhin zur Ratifikation offen.

rungen ohne rechtliche Bindungswirkung handelt [14]. Auch ist der persönliche Geltungsbereich unterschiedlich ausgestaltet, so dass der Kreis der Berechtigten keinesfalls identisch ist. Dazu ist den Unterzeichnerstaaten als Adressaten dieser Akte in der Regel ein weiter Umsetzungsspielraum eingeräumt, so dass die begünstigten Individuen sich nicht unmittelbar auf dieses Recht berufen können. Dennoch ist es bezeichnend, dass der Anspruch auf bezahlten Urlaub von all diesen internationalen Akten in eindeutigen Worten zu den Grundrechten der Arbeitnehmer gezählt wird.

51. Umso bedeutsamer ist aus meiner Sicht die Tatsache, dass dieser Anspruch durch die Aufnahme in die Charta der Grundrechte der Europäischen Union [15] wohl die qualifizierteste und endgültige Bestätigung für dessen Grundrechtscharakter erfahren hat [16]. Art. 31 Abs. 2 der Charta bestimmt nämlich, dass „jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub hat". Entstehungsgeschichtlich ist diese Bestimmung an Art. 2 Abs. 3 der Sozialcharta des Europarates sowie an Nr. 8 der Gemeinschaftscharta der sozialen Rechte der Arbeitnehmer [17] angelehnt, wobei die Richtlinie 93/104 als Vorgängerrichtlinie der heutigen Richtlinie 2003/88 ausweislich der Erläuterungen des Sekretariats des Konventspräsidiums maßgeblich berücksichtigt wurde [18].

52. Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte schreibt somit den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub als jedermann zustehendes Menschenrecht fest [19]. Zwar ist der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ebenso wie auch einigen der zuvor genannten internationalen Rechtsinstrumente keine authentische normative Tragweite zuerkannt worden, so dass in ihr

14 — Zuleeg, M., „Der Schutz sozialer Rechte in der Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1992, Heft 15/16, S. 331, weist darauf hin, dass Akte ohne rechtliche Verbindlichkeit wie die Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer in erster Linie als programmatische Wegweiser dienen. Sie gewinnen allenfalls dann eine rechtliche Bedeutung, wenn Gerichte sie zur Auslegung oder Rechtsfortbildung heranziehen. Balze, W., „Überblick zum sozialen Arbeitsschutz in der EU", *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht*, 38. Ergänzungslieferung 1998, Randnr. 4, stellt zutreffend fest, dass obwohl die Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer zwar selbst als feierliche Erklärung keine Rechtsverbindlichkeit entfaltet, sie dennoch ein wesentlicher Auslöser für das Ende 1989 verabschiedete Aktionsprogramm der Kommission zur Anwendung der Gemeinschaftscharta vom 28. November 1989 war. Das Aktionsprogramm sah insgesamt 23 konkrete Richtlinienvorschläge u. a. auf dem Gebiet der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer vor, die im Wesentlichen bis 1993 umgesetzt wurden. Daraus folgt, dass auch feierliche Erklärungen als Inspirationsquelle für gesetzgeberische Tätigkeit schließlich doch Bedeutung bei der Verwirklichung der in ihnen proklamierten sozialen Grundrechte erlangen können.

15 — Charta der Grundrechte der Europäischen Union, proklamiert am 7. Dezember 2000 in Nizza (ABl. C 364, S. 1).

16 — Zu derselben Schlussfolgerung kommt Generalanwalt Tizzano in seinen Schlussanträgen vom 8. Februar 2001, BECTU (C-173/99, Slg. 2001, I-4881, Nr. 26).

17 — Die Gemeinschaftscharta der sozialen Rechte der Arbeitnehmer wurde am 9. Dezember 1989 in Straßburg von den Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft angenommen. Nr. 8 der Gemeinschaftscharta besagt, dass „jeder Arbeitnehmer der Europäischen Gemeinschaft Anspruch auf die wöchentliche Ruhezeit und auf einen bezahlten Jahresurlaub hat, deren Dauer gemäß den einzelstaatlichen Gepflogenheiten auf dem Wege des Fortschritts in den einzelnen Staaten einander anzunähern ist". Eichenhofer, E., *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (hrsg. von Dauses, M. A.), München 2004, Band 1, D. III., Randnrn. 38, 39, spricht in diesem Zusammenhang vom Recht auf bezahlten Jahresurlaub ausdrücklich als von einem in der Gemeinschaftscharta enthaltenen „sozialen Grundrecht".

18 — Siehe dazu Rengeling, H.-W., *Grundrechte in der Europäischen Union*, Köln 2004, Randnr. 1016, S. 812.

19 — Riedel, E., *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (hrsg. von Jürgen Meyer), 2. Auflage, Baden-Baden 2006, Art. 31, Randnr. 20, ist der Ansicht, dass die Bedeutung von Art. 31 Abs. 2 der Grundrechtecharta vor allem darin liegt, als soziales Minimum unstreitig die Prinzipien der Begrenzung von Höchstarbeitszeit, täglicher Ruhezeit und wöchentlich einzuräumender Ruhezeit, selbst bei Arbeitsverhältnissen mit Schicht- oder wechselnden Einsatzzeiten, sowie bezahlten Jahresurlaub als menschenrechtliche, jedermann zustehende Rechte festgeschrieben zu haben.

in erster Linie eine politische Erklärung zu erkennen ist. Dennoch bin ich der Auffassung, dass es verfehlt wäre, der Charta jegliche Bedeutung bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts abzusprechen [20]. Ungeachtet der in Zukunft noch zu klärenden Frage betreffend den endgültigen rechtlichen Status der Charta innerhalb der Rechtsordnung der Europäischen Union stellt sie bereits heute eine Konkretisierung gemeinsamer europäischer Grundwerte dar [21].

53. Darüber hinaus spiegelt sie zu einem beträchtlichen Teil auch die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten wider. Soweit ich es überblicken kann, lässt sich diese Schlussfolgerung in Bezug auf das Recht auf bezahlten Mindestjahresurlaub durchaus ziehen, da Art. 31 Abs. 2 der Charta Vorbilder in den Verfassungen zahlreicher Mitgliedstaaten hat [22]. Es ist somit durchaus vertretbar, in einem Rechtsstreit über die Natur und Tragweite eines Grundrechts wie dem vorliegenden den

20 — Diese Auffassung habe ich zuletzt in meinen Schlussanträgen vom 3. Mai 2007, Zefeser (C-62/06, Nr. 54 und Fn. 43), im Zusammenhang mit dem in Art. 47 der Grundrechtecharta gewährleisteten Recht auf einen fairen Prozess vertreten. Vorher bereits Generalanwalt Tizzano in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache BECTU (in Fn. 16 angeführt, Nr. 28) sowie Generalanwalt Léger in seinen Schlussanträgen vom 10. Juli 2001, Rat/Hautala (C-353/99 P, Slg. 2001, I-9565, Nrn. 73 bis 86). Auch der Gerichtshof beruft sich zunehmend auf die Bestimmungen der Grundrechtecharta. Siehe zuletzt das Urteil vom 27. Juni 2006, Parlament/Rat (C-540/03, Slg. 2006, I-5769, Randnr. 38), unter Verweis auf die in den Erwägungsgründen der streitgegenständlichen Richtlinie enthaltene Bezugnahme auf die Charta, sowie die Urteile vom 13. März 2007, Unibet (C-432/05, Randnr. 37), und vom 3. Mai 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05, Randnr. 46).

21 — Siehe dazu Poiares Maduro, M., „The double constitutional life of the Charter of Fundamental Rights", *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid 2004, S. 306; Schmitz, T., „Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union als Konkretisierung der gemeinsamen europäischen Werte", *Die Europäische Union als Wertegemeinschaft*, Berlin 2005, S. 85 sowie Beyer, U./Oehme, C./Karmrodt, F., „Der Einfluss der Europäischen Grundrechtecharta auf die Verfahrensgarantien im Unionsrecht, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht", Heft 34, November 2004, S. 14. García Perrote Escartín, I., „Sobre el derecho de vacaciones", *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Band 4 (2004), S. 3586, äußert die Vermutung, dass das Recht auf bezahlten Jahresurlaub, so wie es in Art. 40 Abs. 2 der spanischen Verfassung verankert ist, Ausfluss aller internationalen Instrumente zum Grundrechtsschutz ist. Er ist der Auffassung, dass diese Instrumente insgesamt zur Entstehung eines universellen oder gar spezifisch europäischen Bewusstseins über die Existenz jenes sozialen Grundrechts beigetragen haben.

22 — Nach Gemeinschaftsrecht obliegt es in erster Linie den Mitgliedstaaten, den Bereich der Arbeitsbedingungen zu regeln. Mehrere Verfassungstexte enthalten Verbürgungen hinsichtlich der Arbeitsbedingungen, die das Recht der Arbeitnehmer auf Erholung umfassen. So legen Art. 11 Abs. 5 der Verfassung von *Luxemburg* und Art. 40 Abs. 2 der Verfassung von *Spanien* dem Staat die Pflicht auf, gesunde Arbeitsbedingungen zu schaffen und die Erholung der Arbeitnehmer zu gewährleisten bzw. dafür Sorge zu tragen (vgl. González Ortega, S., „El disfrute efectivo de la vacaciones anuales retribuidas: una cuestión de derecho y de libertad personal, de seguridad en el trabajo y de igualdad", *Revista española de derecho europeo*, Nr. 11 [2004], S. 423 ff.). Eine sehr viel ausführlichere, der Formulierung in Art. 31 der Charta viel eher entsprechende Regelung findet sich in Art. 36 der Verfassung *Italiens*, die u. a. ein Recht auf einen wöchentlichen Ruhetag und bezahlten Jahresurlaub vorsieht. Die Verfassung von *Portugal* scheint eines der Vorbilder der Regelungen der Charta gewesen zu sein, da ihr Art. 59 Abs. 1 Buchst. d das Recht auf Erholung und Freizeit, auf eine Höchstgrenze der täglichen Arbeitszeit, eine wöchentliche Erholungspause sowie regelmäßigen, bezahlten Urlaub festschreibt (vgl. Vieira De Andrade, J. C., „La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique du Portugal", *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l'Union européenne — Étude de droit comparé*, Athen/Brüssel/Baden-Baden 2000, S. 677). In den meisten alten Mitgliedstaaten der Europäischen Union gründet sich das Recht auf bezahlten Mindestjahresurlaub auf einfachgesetzliche Regelungen, welche die relevanten sekundärrechtlichen Vorgaben der Richtlinien widerspiegeln, soweit gemeinschaftsrechtliche Anwendungsfelder betroffen sind. Dagegen weisen die neuen Mitgliedstaaten bis auf *Zypern* eine recht ausführliche Kodifizierung dieses Rechts auf. Dies gilt etwa für Art. 36 Buchst. f der *slowakischen*, Art. 66 Abs. 2 der *polnischen*, Art. 70/B Abs. 4 der *ungarischen*, Art. 107 der *lettischen* sowie Art. 49 Abs. 1 der *litauischen* Verfassung, die den bezahlten Mindestjahresurlaub gewährleisten. Arbeitsbedingungen allgemein sind in der Verfassung *Sloweniens* (Art. 66), der *Tschechischen Republik* (Art. 28) sowie *Estlands* (Art. 29 Abs. 4) angesprochen (vgl. Riedel, E., a. a. O., Fn. 19, Art. 31, Randnrn. 3, 4).

Grundgedanken des Art. 31 Abs. 2 der Charta bei der Auslegung von Art. 7 der Richtlinie 2003/88 heranzuziehen [23].

3. Der Anspruch auf bezahlten Mindestjahresurlaub im Gemeinschaftsrecht

a) Die Kompetenz der Gemeinschaft bei der Bestimmung des Schutzbereichs der Norm

54. Der Gerichtshof hat die Tragweite des Rechts auf bezahlten Jahresurlaub anerkannt und festgestellt, dass „der Anspruch jedes Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub als ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Gemeinschaft anzusehen ist, von dem nicht abgewichen werden darf und den die zuständigen nationalen Stellen nur in den in der Richtlinie 93/104 ausdrücklich genannten Grenzen umsetzen dürfen“ [24]. Die Bestimmungen in Art. 7 der Richtlinie 2003/88 sind als Regel verfasst, die vorschreibt, dass ein Arbeitnehmer über eine tatsächliche Ruhezeit verfügen können muss, damit ein wirksamer Schutz seiner Sicherheit und seiner Gesundheit sichergestellt wird [25].

55. Gemäß der Rechtsprechung kommt den Mitgliedstaaten bei der Verwirklichung dieses Rechts eine maßgebliche Rolle zu, da ihnen in Erfüllung des Umsetzungsauftrags des Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 die Pflicht obliegt, die notwendigen innerstaatlichen Durchführungsmodalitäten festzulegen [26]. Dies schließt die Festlegung der Voraussetzungen für die Ausübung und die Umsetzung des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub ein, wobei es den Mitgliedstaaten freisteht, die konkreten Umstände zu bezeichnen, unter denen die Arbeitnehmer von diesem Recht, das ihnen für die Gesamtheit der zurückgelegten Beschäftigungszeiten zusteht, Gebrauch machen können [27].

56. Die in Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 enthaltene Verweisung auf die nationalen Rechtsvorschriften dient insbesondere dem Zweck, den Mitgliedstaaten zu ermöglichen, einen rechtlichen Rahmen festzulegen, der organisatorische und verfahrensmäßige Aspekte bei der Inanspruchnahme von Urlaub regelt, wie z. B. die Planung der Urlaubszeiten, die eventuelle Verpflichtung des Arbeitneh-

23 — Nach Ansicht von Smismans, S., „The Open Method of Coordination and Fundamental Social Rights“, *Social Rights in Europe* (hrsg. von Gráinne de Búrca und Bruno de Witte), Oxford 2005, S. 229, wird sich in Verfahren vor dem Gerichtshof die Frage nach dem Verhältnis zwischen Art. 7 der Richtlinie 2003/88 und den Grundrechten, allen voran Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, zwangsläufig stellen. Laut Krebber, S., *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag* (hrsg. von Christian Calliess/Matthias Ruffert), 1. Auflage, Neuwied 1999, Art. 136 EG, Randnr. 35, S. 1365, geben Europäische Sozialcharta und Gemeinschaftscharta wichtige Auslegungshilfen bei der Bedeutung arbeitsrechtlicher Begriffe auf Gemeinschaftsebene. Stärker, L., *Kommentar zur EU-Arbeitszeit-Richtlinie*, Wien 2006, S. 81, schreibt Art. 31 Abs. 2 der Grundrechtecharta offenbar sogar normativen Charakter zu, indem er darauf hinweist, dass diese Bestimmung die Festlegung eines bezahlten Jahresurlaubs vorschreibe. Nach Ansicht von Benedetti, G., „La rilevanza giuridica della Carta Europea innanzi alla Corte di Giustizia: il problema delle ferie annuali retribuite“, *Carta Europea e diritti dei privati*, 2000, S. 128, 129, kann in einem Rechtsstreit über die Tragweite des Rechts auf bezahlten Mindestjahresurlaub die Grundrechtecharta trotz ihrer fehlenden Rechtsverbindlichkeit nicht ignoriert werden, da diese Aussagen enthält, welche die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten widerspiegeln. Ihr kommt daher eine Funktion als Bezugspunkt bzw. Auslegungshilfe bei der Interpretation des Gemeinschaftsrechts zu.

24 — Urteile vom 6. April 2006, Federatie Nederlandse Vakbeweging (C-124/05, Slg. 2006, I-3423, Randnr. 28), Dellas u. a. (in Fn. 8 angeführt, Randnr. 49), vom 18. März 2004, Merino Gómez (C-342/01, Slg. 2004, I-2605, Randnr. 29), BECTU (in Fn. 7 angeführt, Randnr. 43).

25 — Urteil BECTU (in Fn. 7 angeführt, Randnr. 44).

26 — Urteil vom 16. März 2006, Robinson-Steele (C-131/04 und C-257/04, Slg. 2006, I-2531, Randnr. 57).

27 — Urteil BECTU (in Fn. 7 angeführt, Randnr. 53).

mers, dem Arbeitgeber vorher mitzuteilen, wann er seinen Urlaub nehmen will, das Erfordernis der Ableistung einer Mindestarbeitszeit, bevor der Urlaub genommen werden kann, die Kriterien für die anteilsmäßige Berechnung des Jahresurlaubsanspruchs, wenn das Arbeitsverhältnis weniger als ein Jahr andauert, usw. [28]. Es handelt sich aber immer um Maßnahmen zur Bestimmung der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung des Urlaubsanspruchs, die als solche von der Richtlinie 2003/88 zugelassen sind.

57. Wie ich in meinen Schlussanträgen in der gleichfalls anhängigen Rechtssache C-350/06 (Schultz-Hoff) ausgeführt habe [29], sind von diesen Durchführungsmodalitäten jene mitgliedstaatlichen Regelungen klar zu unterscheiden, welche die Existenz des Rechts auf bezahlten Mindestjahresurlaub selbst betreffen, etwa indem sie die Voraussetzungen für die Entstehung bzw. das Erlöschen des Urlaubsanspruchs festlegen. Anders als die als Beispiel für eine solche Durchführungsmodalität genannte Verpflichtung des Arbeitnehmers, dem Arbeitgeber einen Wunschtermin für die Inanspruchnahme von Jahresurlaub mitzuteilen, die lediglich eine Koordinierungsfunktion im Rahmen der betrieblichen Urlaubsplanung erfüllt, betrifft die hier streitige Frage, ob einem krankheitsbedingt arbeitsunfähigen Arbeitnehmer ein Recht auf bezahlten Jahresurlaub grundsätzlich zusteht, die Existenz eines solchen Grundrechts selbst.

58. Hierbei handelt es sich nicht mehr um die Entscheidung hinsichtlich der Art und Weise der Durchführung des bezahlten Jahresurlaubs [30], d. h. der konkreten Umsetzung dieses Rechts, sondern um die Definition der Tragweite einer Gemeinschaftsvorschrift, nämlich Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88.

59. Eine Auslegung dieser Bestimmung dahin, dass krankheitsbedingt arbeitsunfähigen Arbeitnehmern von vornherein kein Recht auf Jahresurlaub zusteht, läuft nämlich darauf hinaus, bestimmte Arbeitnehmer durch die Einschränkung des persönlichen Schutzbereichs von diesem Anspruch auszuschließen [31].

60. Infolge der Harmonisierung in diesem Bereich des sozialen Arbeitsschutzrechts, die laut Art. 137 Abs. 2 Buchst. b EG als Rechtsgrundlage der Richtlinie 2003/88 angestrebt wird, steht die Kompetenz, die Tragweite dieses Anspruchs zu bestimmen, jedoch

28 — So die Ausführungen der Kommission in der Rechtssache BECTU, die Generalanwalt Tizzano in seinen Schlussanträgen in dieser Rechtssache (in Fn. 16 angeführt, Nr. 34) aufgegriffen hat.

29 — Siehe Nrn. 45 bis 49 meiner Schlussanträge in der Rechtssache C-350/06 (Schultz-Hoff).

30 — Im Urteil BECTU (in Fn. 7 angeführt, Randnr. 61) stellte der Gerichtshof fest, dass die Richtlinie 93/104 die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, „die Art und Weise der Ausübung des Rechts auf Jahresurlaub im Einzelnen festzulegen, indem sie z. B. regeln, wie die Arbeitnehmer den Urlaub nehmen können, der ihnen für die ersten Wochen ihrer Beschäftigung zusteht".

31 — Gerade dies ist den Mitgliedstaaten jedoch nicht erlaubt (siehe Urteil BECTU, in Fn. 7 angeführt, Randnr. 52). Danach ist es den Mitgliedstaaten verwehrt, den allen Arbeitnehmern eingeräumten Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub dadurch einseitig einzuschränken, dass sie eine Voraussetzung für diesen Anspruch aufstellen, die bewirkt, dass bestimmte Arbeitnehmer von diesem Anspruch ausgeschlossen sind.

nunmehr der Gemeinschaft zu [32]. Stünde sie nämlich zur Disposition der Mitgliedstaaten, wäre es praktisch unmöglich, gemeinschaftsweit ein vergleichbares Schutzniveau und damit den Zweck der Harmonisierung zu gewährleisten. Aus diesem Grund ist das Vorbringen der belgischen und der tschechischen Regierung zurückzuweisen, der Anspruch eines krankheitsbedingt arbeitsunfähigen Arbeitnehmers auf Jahresurlaub zähle zu den Modalitäten der Urlaubsgewährung und unterliege der Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten.

b) Das gemeinschaftsrechtlich gewährleistete Schutzniveau

61. Ferner halte ich es für wichtig, daran zu erinnern, dass die Freiheit der Mitgliedstaaten bei der Festlegung von innerstaatlichen Durchführungsmaßnahmen durch den Umstand beschränkt ist, dass Art. 137 Abs. 2 Buchst. b EG mit dem Erlass von Mindestvorschriften ein bestimmtes gemeinschaftsrechtlich festgelegtes Schutzniveau gewährleisten will, welches von den Mitgliedstaaten nicht unterschritten werden darf. Wie der Gerichtshof im Urteil Vereinigtes Königreich/Rat [33] in Bezug auf den Begriff der „Mindestvorschriften" im Sinne der früheren Rechtsgrundlage in Art. 118a EG-Vertrag ausgeführt hat, beschränkt diese Bestimmung das Tätigwerden der Gemeinschaft nicht auf den kleinsten gemeinsamen Nenner, nämlich auf das niedrigste in einem Mitgliedstaat erreichte Schutzniveau. Vielmehr ist dieser Begriff dahin zu verstehen, dass die Mitgliedstaaten über den gegebenenfalls hohen Schutz hinausgehen können, der sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergibt.

62. Diese Auslegung wird durch den Wortlaut des Art. 136 EG bestätigt, der als Ziel der Sozialpolitik eine „Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen" vorschreibt. Dieses Ziel soll ausdrücklich durch eine Angleichung „im Wege des Fortschritts" erreicht werden [34]. Um diese primärrechtliche Zielsetzung zu erreichen, ermächtigt Art. 15 der Richtlinie 2003/88 die Mitgliedstaaten, für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer günstigere Maßnahmen anzuwenden oder zu fördern. Entsprechend heißt es in Art. 23 der Richtlinie 2003/88 im Hinblick auf das Niveau des Arbeitnehmerschutzes, dass unbeschadet des Rechts der Mitgliedstaaten,

32 — Art. 137 EG ist die bedeutendste Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Richtlinien im Kapitel über die Sozialpolitik. Sie verlangt eine bestimmte Zielrichtung der Harmonisierung, die sich aus der Verknüpfung von Abs. 2 mit Abs. 1 ergibt. Danach hat die Harmonisierung zu erfolgen, um die unterstützende und ergänzende Funktion der Tätigkeit der Gemeinschaft in den in Abs. 1 Buchst. a bis i genannten Bereichen zu fördern. Dazu gehört gemäß Abs. 1 Buchst. a der Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer. Grundlage war zuletzt Art. 118 EG-Vertrag, der ebenfalls eine primär sozialpolitische Ausrichtung aufwies und sich dadurch von der anderen Kompetenznorm in Art. 100a EG-Vertrag (Art. 94 EG) mit seiner Binnenmarktfinalität unterschied (siehe Krebber, S., a. a. O., Fn. 23, Art. 137 EG, Randnr. 18, S. 1373).

33 — Urteil vom 12. November 1996, Vereinigtes Königreich/Rat (C-84/94, Slg. 1996, I-5755, Randnr. 56).

34 — Balze, W., a. a. O., Fn. 14, 38. Ergänzungslieferung 1998, Randnr. 3.

unterschiedliche Vorschriften zu entwickeln, sofern die Mindestvorschriften der Richtlinie eingehalten würden, die Durchführung der Richtlinie keine wirksame Rechtfertigung für eine Zurücknahme des allgemeinen Arbeitnehmerschutzes darstelle [35].

63. Welches Mindestschutzniveau der Gemeinschaftsgesetzgeber für den Bereich des Urlaubsrechts festgelegt hat, lässt sich anhand der Richtlinie 2003/88 bestimmen. Hierzu ist festzustellen, dass Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 entgegen dem Vorbringen der niederländischen Regierung keine Einschränkung des Kreises der Anspruchsberechtigten enthält und erst recht nicht zwischen „gesunden, arbeitsfähigen" und „krankheitsbedingt arbeitsunfähigen" Arbeitnehmern unterscheidet. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung geht vielmehr eindeutig hervor, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen sollen, damit „jeder Arbeitnehmer" einen bezahlten Mindestjahresurlaub erhält. Auch gehört Art. 7 Abs. 1 nicht zu den Vorschriften, von denen Art. 17 der Richtlinie 2003/88 Abweichungen ausdrücklich zulässt [36].

c) Das vom IAO-Abkommen Nr. 132 gewährleistete Schutzniveau

64. Damit strebt der Gemeinschaftsgesetzgeber in Bezug auf die Rechtsstellung von aus Krankheitsgründen arbeitsunfähigen Arbeitnehmern jedenfalls ein vergleichbares Mindestschutzniveau wie das IAO-Abkommen Nr. 132 an [37]. So besagt etwa Art. 3 Abs. 1 dieses Abkommens, dass „jede Person", für die dieses Übereinkommen gilt, Anspruch auf einen bezahlten Jahresurlaub hat.

65. Ausnahmeregelungen, die sich zu Lasten von wegen Krankheit arbeitsunfähigen Arbeitnehmern auswirken, sind in diesem Abkommen ebenso wenig enthalten wie in Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88. Dies lässt die Schlussfolgerung zu, dass der Schutz, den das Gemeinschaftsrecht den Arbeitnehmern garantieren will, nach dem Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers nicht hinter dem Schutzniveau der arbeitsrechtlichen Normen des Völkervertragsrechts zurückstehen darf. Ein Unterschreiten dieses Mindestschutzniveaus

35 — Urteil vom 12. November 1996, Vereinigtes Königreich/Rat (in Fn. 33 angeführt, Randnr. 42). Balze, W., „Arbeitszeit, Urlaub und Teilzeitarbeit", *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht,* 79. Ergänzungslieferung (Oktober 2002), B 3100, Randnr. 6, S. 9, versteht die Regelungen der Arbeitszeitrichtlinie als Mindestbestimmungen entsprechend der Konzeption von Art. 137 EG, so dass die Mitgliedstaaten strengere Arbeitszeitregelungen treffen oder beibehalten dürfen. Allerdings verdrängen gemäß Art. 14 der Richtlinie 2003/88 spezifische Gemeinschaftsvorschriften die Bestimmungen der Richtlinie ungeachtet der Frage, ob deren Schutzniveau hinter dem der Arbeitszeitrichtlinie zurückbleibt.

36 — Vgl. Urteile Robinson-Steele (in Fn. 26 angeführt, Randnr. 62) und BECTU (in Fn. 7 angeführt, Randnr. 41). In diesem Sinne auch Balze, W., „Die Richtlinie über die Arbeitszeitgestaltung", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Nr. 7 (1994), S. 207, der keine inhaltliche Abweichungsbefugnis von dieser Regelung sieht.

37 — Es sei in diesem Zusammenhang daran erinnert, dass gemäß dem sechsten Erwägungsgrund zur Richtlinie 2003/88 hinsichtlich der Arbeitszeitgestaltung den Grundsätzen der IAO Rechnung zu tragen ist. Darauf weist ebenfalls Generalanwältin Kokott in Fn. 8 ihrer Schlussanträge vom 12. Januar 2006, Federatie Nederlandse Vakbeweging (Urteil in Fn. 24 angeführt), hin. Eine Auslegung der Richtlinie 2003/88 unter Berücksichtigung der wesentlichen Grundsätze des IAO-Abkommens Nr. 132 scheint mir unverzichtbar angesichts der Tatsache, dass das Recht der IAO maßgebende internationale Standards im Bereich des Arbeitsrechts gesetzt hat. Grob betrachtet besteht ein hoher Grad an Konvergenz zwischen beiden Rechtsinstrumenten. Allerdings ist bei näherer Untersuchung nicht zu übersehen, dass manche Regelungen der Richtlinie 2003/88 über das hinausgehen, was das IAO-Abkommen Nr. 132 vorschreibt. Aus diesem Grund kann zu Recht von der Richtlinie 2003/88 gesagt werden, sie sei eine gemeinschaftseigene Weiterentwicklung dieses Abkommens (siehe Murray, J., *Transnational Labour Regulation: The ILO and EC Compared*, Den Haag 2001, S. 185).

wäre jedoch gerade zu befürchten, wenn einer bestimmten Kategorie von Arbeitnehmern die Anerkennung eines sozialen Grundrechts von vornherein vorenthalten bliebe.

66. Dass der Urlaubsanspruch gemäß den Vorgaben des IAO-Abkommens Nr. 132 nicht von der Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers abhängig gemacht werden darf, belegt der eindeutige Wortlaut des Art. 5 Abs. 4 dieses Abkommens, wonach „Arbeitsversäumnisse aus Gründen, die unabhängig vom Willen des beteiligten Arbeitnehmers bestehen, wie zum Beispiel Krankheit, Unfall oder Mutterschaft, als Dienstzeit anzurechnen [sind]". Überdies schreibt Art. 6 Abs. 2 desselben Abkommens ausdrücklich vor, dass „Zeiten der Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit oder Unfall in den vorgeschriebenen Mindestjahresurlaub nicht eingerechnet werden [dürfen]".

67. Diese Bestimmungen sind entsprechend ihrer Zielrichtung dahin zu verstehen, dass die Entstehung des Urlaubsanspruchs dem Grunde nach nicht von Umständen abhängig gemacht werden darf, deren Ursachen außerhalb des Einflussbereichs des betroffenen Arbeitnehmers liegen, weil sie etwa auf natürliche Ereignisse zurückzuführen sind oder Fälle höherer Gewalt darstellen.

68. Damit stimmen die Normen des IAO-Abkommens Nr. 132 und der Richtlinie 2003/88 in ihrer rechtlichen Grundaussage im Hinblick auf die Entstehung des Urlaubsanspruchs im Wesentlichen überein [38]. Die Mitgliedstaaten sind dazu verpflichtet, diese Normen so auszulegen und ihre nationalen Rechtsordnungen so zu gestalten, dass die Entstehung des Anspruchs auf bezahlten Mindestjahresurlaub nicht von der Arbeitsfähigkeit eines Arbeitnehmers abhängig gemacht wird.

69. Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass ein Arbeitnehmer vom ersten Tag seiner Beschäftigung an Urlaubsansprüche erwirbt und diese infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht verliert [39]. Dieser ist daher berechtigt, während einer Zeit, zu der er sich andernfalls im Krankheitsurlaub befände, bezahlten Jahresurlaub für einen künftigen Zeitraum zu verlangen.

4. Das arbeitsrechtliche Beeinträchtigungsverbot als Schranke für die Ausübung des Rechts auf bezahlten Mindestjahresurlaub

70. Auch wenn das Recht auf bezahlten Mindestjahresurlaub gemäß Art. 7 Abs. 1

38 — Damit erübrigt sich eine Untersuchung der Frage, inwiefern die Mitgliedstaaten an inhaltlich voneinander abweichende Pflichten aus dem IAO-Abkommen Nr. 132 und der Richtlinie 2003/88 gebunden sind. Siehe dazu die Ausführungen von Generalanwalt Tesauro in seinen Schlussanträgen vom 24. Januar 1991, Stöckel (C-345/89, Slg. 1991, I-4047, Nr. 11).

39 — Ähnlich offenbar auch Generalanwalt Tizzano, der in Nr. 50 seiner Schlussanträge in der Rechtssache BECTU (Urteil in Fn. 7 angeführt) Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht einer mitgliedstaatlichen Regelung äußert, die Arbeitnehmer davon abhält, Urlaubsansprüche vom ersten Arbeitstag an zu erwerben.

der Richtlinie 2003/88 jedem Arbeitnehmer zusteht, schließt dies nicht aus, dass dessen tatsächliche Ausübung im Einzelfall an bestimmte Bedingungen geknüpft ist, die, ohne die Existenz dieses Rechts selbst in Frage zu stellen, sicherstellen sollen, dass die Ziele der Richtlinie erreicht werden.

a) Das Beeinträchtigungsverbot gemäß dem IAO-Abkommen Nr. 132

71. Aus Art. 5 Abs. 4 sowie Art. 6 Abs. 2 des IAO-Abkommens Nr. 132 lässt sich nämlich eine weitere bedeutsame normative Aussage herleiten, und zwar die, dass ein in Anspruch genommener Urlaub wegen Krankheit den Anspruch auf bezahlten Mindestjahresurlaub nicht beeinträchtigen darf [40]. Durch die Gleichsetzung von Krankheitszeiten mit Dienstzeiten bzw. durch das Verbot, Zeiten der Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit oder Unfall in den vorgeschriebenen Mindestjahresurlaub einzurechnen, soll verhindert werden, dass der Jahresurlaub mit einem Zeitraum zusammenfällt, der eigentlich dem Krankheitsurlaub als spezifischer Art des Urlaubs vorbehalten ist. Dieses Verbot der Überschneidung von Urlaubszeiten trägt dem Umstand Rechnung, dass Krankheits- und Jahresurlaub jeweils unterschiedlichen Zwecken dienen und daher rechtlich nicht als austauschbar angesehen werden können.

40 — In diesem Sinne auch García Perrote Escartín, I., a. a. O., Fn. 22, S. 3584, 3595.

b) Übertragbarkeit der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze

72. Dieser Grundgedanke findet sich in dem vom Gerichtshof in den Urteilen Merino Gómez [41] und FNV [42] zugrunde gelegten Ansatz wieder.

73. Der Gerichtshof hatte sich in der Rechtssache Merino Gómez mit dem gemeinschaftsrechtlichen Verhältnis von Jahresurlaub und Mutterschaftsurlaub zu befassen. Konkret ging es um die Frage, ob eine Arbeitnehmerin aufgrund von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88, Art. 11 Nr. 2 Buchst. a der Richtlinie 92/85/EWG [43] und Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 76/207/EWG [44] in Fällen, in denen die zwischen einem Unternehmen und den Arbeitnehmervertretern geschlossenen betrieblichen Kollektivvereinbarungen die Urlaubszeiten für die gesamte Belegschaft festlegen und diese Zeiten mit ihrem Mutterschaftsurlaub zusammenfallen, den Anspruch hat, ihren Jahresurlaub in einem anderen als dem vereinbarten Zeitraum zu nehmen, der nicht mit ihrem Mutterschaftsurlaub zusammenfällt. Der Gerichtshof hat dabei festgestellt, dass der Anspruch auf Jahresurlaub einem anderen Zweck dient als der Anspruch auf Mutterschaftsurlaub. Letzterer dient zum einen dem Schutz der körperlichen Verfas-

41 — Urteil Merino Gómez (in Fn. 24 angeführt).

42 — Urteil Federatie Nederlandse Vakbeweging (in Fn. 24 angeführt).

43 — Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (ABl. L 348, S. 1).

44 — Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. L 39, S. 40).

sung der Frau während und nach der Schwangerschaft und zum anderen dem Schutz der besonderen Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind während der Zeit, die an die Schwangerschaft und die Entbindung anschließt [45]. Der Gerichtshof urteilte daher, dass eine Arbeitnehmerin ihren Jahresurlaub zu einer anderen Zeit als der ihres Mutterschaftsurlaubs nehmen können muss [46].

74. Diesen Grundsatz hat der Gerichtshof im Urteil FNV bestätigt und dahin gehend präzisiert, dass die Kumulierung mehrerer durch Gemeinschaftsrecht gewährleisteter Urlaubszeiten die Übertragung des Jahresurlaubs oder eines Teils davon auf das folgende Jahr unvermeidlich machen kann [47], weil ein durch Gemeinschaftsrecht gewährleisteter Urlaub einen anderen gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Urlaub nicht beeinträchtigen darf [48].

75. Obwohl eine Schwangerschaft gewiss nicht mit einem Krankheitszustand gleichgesetzt werden kann, lassen sich mehrere Gründe für eine entsprechende Anwendung dieser Rechtsprechung auf das Verhältnis von Jahresurlaub und Urlaub wegen Krankheit anführen. Ähnlich dem Mutterschaftsurlaub bezweckt der Urlaub wegen Krankheit nämlich, die physische und psychische Integrität des Arbeitnehmers zu bewahren, indem ihm durch die Befreiung von der Arbeitspflicht und die Gewährung einer Ruhezeit die Möglichkeit gegeben wird, sich körperlich zu erholen und später in seine Arbeitsstelle wiedereinzugliedern. Anders als der Jahresurlaub, der dem Ausruhen, der Abstandgewinnung und der Erholung dient, bezweckt der Urlaub wegen Krankheit somit ausschließlich die Genesung und die Heilung, d. h. die Überwindung eines pathologischen Zustands, dessen Ursachen darüber hinaus außerhalb des Einflussbereichs des betroffenen Arbeitnehmers liegen [49].

76. Insofern ist, der Auffassung der italienischen und der polnischen Regierung folgend, zu sagen, dass es unter Berücksichtigung der vom Gerichtshof entwickelten Grundsätze nicht möglich ist, zu dem Ergebnis zu gelangen, dass der Krankheits- und der Jahresurlaub in demselben Zeitraum zusammenfallen dürfen, sollen nicht die unterschiedlichen Zwecke des Erholungsurlaubs und des Krankheitsurlaubs in Frage gestellt werden. Dem Grundgedanken der oben genannten Rechtsprechung folgend, müsste sich die Gewährung von Urlaub wegen Krankheit zu Lasten des bezahlten Jahresurlaubs verbieten, da es andernfalls zu einer Aushöhlung dieses grundrechtlich verbrieften Rechts kommen könnte.

45 — Urteile Merino Gómez (in Fn. 24 angeführt, Randnr. 32), vom 27. Oktober 1998, Boyle u. a. (C-411/96, Slg. 1998, I-6401, Randnr. 41), vom 30. April 1998, Thibaut (C-136/95, Slg. 1998, I-2011, Randnr. 25), vom 14. Juli 1994, Webb (C-32/93, Slg. 1994, I-3567, Randnr. 20), vom 5. Mai 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Slg. 1994, I-1657, Randnr. 21), und vom 12. Juli 1984, Hofmann (184/83, Slg. 1984, 3047, Randnr. 25).

46 — Urteil Merino Gómez (in Fn. 24 angeführt, Randnr. 38).

47 — Urteile Federatie Nederlandse Vakbeweging (in Fn. 24 angeführt, Randnr. 24) und vom 14. April 2005, Kommission/Luxemburg (C-519/03, Slg. 2005, I-3067, Randnr. 33).

48 — Urteile Federatie Nederlandse Vakbeweging (in Fn. 24 angeführt, Randnr. 24), Kommission/Luxemburg (in Fn. 47 angeführt, Randnr. 33) und Merino Gómez (in Fn. 24 angeführt, Randnr. 41).

49 — González Ortega, S., a. a. O., Fn. 22, S. 432, stellt fest, dass die erste Phase des Mutterschaftsurlaubs der physischen Erholung bzw. dem biologischen Schutz der Mutter nach der Entbindung dient. Sie verfolgt damit einen anderen Zweck als die weitere Phase dieses Urlaubs, die zur Pflege des Kindes sowie zur Förderung der Beziehung zwischen Mutter und Kind bestimmt ist. Der Autor zieht Parallelen zwischen dieser ersten Phase des Mutterschaftsurlaubs und dem Urlaub wegen Krankheit und spricht sich daher für eine entsprechende Anwendung der Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen Mutterschafts- und Jahresurlaub auf das Verhältnis zwischen dem Urlaub wegen Krankheit und dem Jahresurlaub aus.

c) Unvereinbarkeit mit dem Sinn und Zweck von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88

77. Über die bereits angeführten Bedenken gegen eine Auslegung von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88, die dem Arbeitnehmer die Möglichkeit einräumt, seinen Urlaubsanspruch während seiner krankheitsbedingten Abwesenheit zu verwirklichen, hinaus lässt sich als zusätzliches Argument die Unvereinbarkeit einer solchen Auslegung mit dem Ziel der Richtlinie 2003/88, die Verbesserung der Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten, vorbringen.

78. Auf den ersten Blick erscheint die Einräumung einer solchen Möglichkeit als eine Erweiterung seines Rechtskreises und somit als rechtlich vorteilhaft. Hinzu kommt, dass der Arbeitnehmer bei Inanspruchnahme von Jahresurlaub nicht selten finanziell besser gestellt ist, als wenn er im Krankheitsurlaub wäre, da er während der Dauer seines Jahresurlaubs vom Anspruch auf Fortzahlung seines Entgelts gemäß Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 in ungekürzter Höhe profitiert, sein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall hingegen, nach Maßgabe der jeweiligen mitgliedstaatlichen Regelungen, nur einen Bruchteil davon beträgt. Dies trifft etwa auf die Umstände des Ausgangsrechtsstreits zu, denn den Angaben des vorlegenden Gerichts [50] zufolge schreibt Art. 16 Abs. 1 WTR für jede Urlaubswoche ein Urlaubsentgelt in Höhe eines Wochenlohns vor. Dagegen sahen die vertraglichen Vereinbarungen mit den Klägern für den Krankheitsfall, wie von der britischen Regierung im schriftlichen Verfahren angeführt [51] und in der mündlichen Verhandlung auf Nachfrage des Gerichtshofs präzisiert, einen sechsmonatigen Krankheitsurlaub unter Fortzahlung der vollen Bezüge vor, gefolgt von weiteren sechs Monaten, in denen nur die Hälfte des üblichen Gehalts gezahlt werden sollte.

79. Bei genauerer rechtlicher Betrachtung käme die Ausübung dieses Rechts durch den Arbeitnehmer jedoch einem Grundrechtsverzicht [52] im Gegenzug für eine Fortzahlung seines üblichen Gehalts gleich. Bedingt durch ihre Zweckgebundenheit sind beide Urlaubsarten nicht austauschbar und schließen deshalb, wie die slowenische Regierung zu Recht

50 — Randnr. 13 des Vorlagebeschlusses des House of Lords vom 13. Dezember 2006.

51 — Randnr. 22 der Stellungnahme der britischen Regierung vom 13. April 2007.

52 — Laut Fischinger, P., „Der Grundrechtsverzicht", *Juristische Schulung* (2007), Heft 9, S. 808, ist unter einem Grundrechtsverzicht die Einwilligung eines Grundrechtsträgers in konkrete Eingriffe in und Beeinträchtigung von Grundrechten zu verstehen. Nicht gemeint ist demgegenüber ein dauerhafter, vollständiger, schon praktisch kaum vorstellbarer Totalverzicht auf den Schutz eines oder mehrerer Grundrechte. Ein derart verstandener Grundrechtsverzicht ist ebenfalls streng vom rein tatsächlichen Nichtgebrauch des Grundrechts zu unterscheiden. Diesem wohnt in Abgrenzung zum rein tatsächlichen Nichtgebrauch grundrechtlicher Freiheiten ein rechtliches Element inne, da der Zustimmende an die Einwilligung dergestalt gebunden ist, dass er später nicht die Rechtswidrigkeit des Grundrechtseingriffs geltend machen kann. Mit dem Grundrechtsverzicht ebenfalls nichts zu tun hat die sogenannte negative Dimension der Grundrechte, die etwa das Recht des Einzelnen impliziert, keine Meinung zu haben oder keiner Glaubensgemeinschaft anzugehören. Nach Ansicht von Adam, R., „Der Grundrechtsverzicht des Arbeitnehmers", *Arbeit und Recht* (2005), Heft 4, S. 130, liegt ein solcher Verzicht vor, wenn ein Grundrecht des Arbeitnehmers durch Vertrag oder Direktionsrecht des Arbeitgebers ohne gegenseitiges Nachgeben wie bei einem Vergleich eingeschränkt wird. Im Fall der Geltendmachung des Urlaubsanspruchs in Krankheitszeiten kann von einem Nachgeben des Arbeitgebers nicht die Rede sein, da dieser sich lediglich dazu verpflichtet, dem Arbeitnehmer das übliche Entgelt zu zahlen, ohne dass der Arbeitnehmer für die Aufopferung seines Jahresurlaubs entschädigt würde.

ausführt, einander aus. Die mit der Geltendmachung des Urlaubsanspruchs einhergehende Überschneidung von Jahresurlaub mit Krankheitszeiten hätte insofern einen freiwilligen Verzicht auf den Urlaubsanspruch zur Folge, als der Arbeitnehmer durch die Ausübung dieses Rechts darin einwilligen würde, im Austausch für eine finanzielle Zuwendung den Jahresurlaub nicht seinem eigentlichen Zweck entsprechend zu nutzen.

80. Meines Erachtens kann ein solcher Verzicht nicht für mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar erklärt werden, ohne dass das gesetzgeberische Ziel von Art. 7 der Richtlinie 2003/88 vereitelt würde. Nicht nur würde die angestrebte Erholungsfunktion des Anspruchs auf Jahresurlaub nicht erfüllt, wenn dieser Anspruch zweckwidrig und damit rechtsmissbräuchlich [53] in Krankheitszeiten wahrgenommen würde. Auch ist der Kommission darin zuzustimmen, dass eine solche Verzichtsmöglichkeit gewisse Risiken für die Rechte der Arbeitnehmer birgt. Die Aussicht auf eine höhere Entgeltfortzahlung in Krankheitszeiten wäre nämlich geeignet, einen Anreiz für den Arbeitnehmer zu schaffen, den Verlust dieser Rechtsposition in Kauf zu nehmen. Zudem bestünde die Gefahr, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu einem solchen Verzicht anhalten könnte [54]. Indes widerspräche eine solche Vereinbarung zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses, die im Wesentlichen den „Abkauf" des Jahresurlaubs vorsieht, eindeutig der Regelung in Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88, die ausdrücklich vorschreibt, dass der bezahlte Mindestjahresurlaub nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden darf. Eine solche Regelung würde sich auch gegen die Interessen des Arbeitgebers richten, da dieser trotz Zahlung eines höheren Urlaubsentgelts nicht vom Arbeitnehmer verlangen könnte, den in Anspruch genommenen Urlaub tatsächlich zur Genesung zu verwenden, um seine Arbeitsfähigkeit wiederherzustellen.

81. Zum Schutz von Arbeitnehmer und Arbeitgeber sowie zur Vermeidung einer Aushöhlung des gemeinschaftsrechtlich verbrieften Grundrechts auf bezahlten Mindestjahresurlaub ist davon auszugehen, dass dieses Grundrecht grundsätzlich nicht zur Disposition des Arbeitnehmers steht, so dass dieser darauf nicht rechtswirksam verzichten kann.

5. Ergebnis

82. Aus den vorstehenden Erwägungen folgt somit, dass das Bestehen des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub nicht von der Arbeitsfähigkeit eines Arbeitnehmers abhängig gemacht werden darf, so dass auch einem aus Krankheitsgründen arbeitsunfähigen Arbeitnehmer ein entsprechender Anspruch auf

53 — Rechtsmissbrauch wird als zweckwidrige Inanspruchnahme einer Rechtsposition definiert und begrenzt die Möglichkeit, ein bestehendes Recht auszuüben. Dies bedeutet, dass die Inanspruchnahme eines formal gegebenen Rechtsanspruchs durch den Grundsatz von Treu und Glauben beschränkt ist. Auch wer über ein formal einklagbares Recht verfügt, darf dieses nicht missbräuchlich ausüben. Ähnlich Creifelds, *Rechtswörterbuch* (hrsg. von Klaus Weber), 17. Auflage, München 2002, S. 1109, wonach die Ausübung eines subjektiven Rechts missbräuchlich ist, wenn sie zwar formell dem Gesetz entspricht, die Geltendmachung jedoch wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls treuwidrig ist.

54 — In Nr. 32 ihrer Schlussanträge in der Rechtssache Federatie Nederlandse Vakbeweging (Urteil in Fn. 24 angeführt) verwies Generalanwältin Kokott auf ein ähnliches Risiko im Falle einer finanziellen Abgeltung für den übertragenen Mindestjahresurlaub. Ihrer Ansicht nach würde diese Möglichkeit mit den Zielen der Arbeitszeitrichtlinie unvereinbare Anreize schaffen, auf Erholungsurlaub zu verzichten bzw. Arbeitnehmer zum Verzicht anzuhalten.

Jahresurlaub nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 grundsätzlich zusteht. Er darf diesen Urlaub jedoch nicht während einer Zeit nehmen, in der er sich andernfalls im Krankheitsurlaub befände.

B — *Zur zweiten Frage*

83. Gegenstand der zweiten Vorlagefrage ist die normative Tragweite des in Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 vorgesehenen Anspruchs auf Urlaubsabgeltung. Die Urlaubsabgeltung, also die Auszahlung des nicht genommenen Jahresurlaubs, tritt an die Stelle der Freizeitgewährung, wenn der Urlaub infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewährt werden kann. Dieser Anspruch stellt die einzige Ausnahme zum grundsätzlichen Abgeltungsverbot der Richtlinie dar, welches es den Parteien eines Arbeitsverhältnisses sonst kategorisch untersagt, den Jahresurlaub — unabhängig davon, ob er im laufenden Jahr oder im Übertragungszeitraum genommen werden sollte — durch eine finanzielle Vergütung zu ersetzen.

84. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs soll dieses Verbot gewährleisten, dass der Arbeitnehmer normalerweise über eine tatsächliche Ruhezeit verfügen kann, damit ein wirksamer Schutz seiner Sicherheit und seiner Gesundheit sichergestellt ist [55]. Verhindert werden soll dadurch ein missbräuchlicher „Abkauf" des Urlaubsanspruchs durch den Arbeitgeber bzw. ein Verzicht des Arbeitnehmers darauf aus rein finanziellen Erwägungen [56].

85. Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 unterstreicht die Funktion der Fortzahlung des Arbeitsentgelts während des Urlaubszeitraums, die darin besteht, den Arbeitnehmer während dieser Zeit in eine Lage zu versetzen, die in Bezug auf das Entgelt mit den Zeiten geleisteter Arbeit vergleichbar ist [57]. Mit anderen Worten, das Erfordernis der Zahlung dieses Urlaubsentgelts gewährleistet, dass der Arbeitnehmer wirtschaftlich in der Lage ist, seinen Jahresurlaub tatsächlich in Anspruch zu nehmen [58]. Nichts anderes bezweckt die Urlaubsabgeltung. Die ersatzweise finanzielle Vergütung soll nämlich dem Arbeitnehmer grundsätzlich auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Zeit bezahlter Erholung ermöglichen, bevor er in ein neues Arbeitsverhältnis eintritt [59]. Ein Wegfall dieser Vergütung hätte daher zur Folge, dass das mit der Richtlinie 2003/88 verfolgte Ziel der Erholung des Arbeitnehmers nicht erreicht werden könnte.

55 — Urteile BECTU (in Fn. 7 angeführt, Randnr. 44), Merino Gómez (in Fn. 24 angeführt, Randnr. 30) und Robinson-Steele (in Fn. 26 angeführt, Randnr. 60).

56 — Im Urteil Federatie Nederlandse Vakbeweging (in Fn. 24 angeführt, Randnr. 32) stellte der Gerichtshof fest, dass die Möglichkeit einer finanziellen Entschädigung für den Mindestjahresurlaub einen mit den Zielen der Richtlinie unvereinbaren Anreiz schaffen würde, auf den Erholungsurlaub zu verzichten oder die Arbeitnehmer dazu anhalten könnte, darauf zu verzichten. Fenski, M., „Urlaubsrecht im Umbruch?", *Der Betrieb*, Heft 12 (2007), S. 688, sowie Jacobsen, K., *Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht* (hrsg. von Wilhelm Moll), 1. Auflage 2005, § 25, Randnr. 102, verweisen auf die unzulässige Praxis, den Urlaub während des bestehenden Arbeitsverhältnisses „abzukaufen".

57 — Urteil Robinson-Steele (in Fn. 26 angeführt, Randnr. 58).

58 — Bogg, A. L., „The right to paid annual leave in the Court of Justice: the eclipse of functionalism", *European Law Review*, Band 31 (2006), Nr. 6, S. 899.

59 — In diesem Sinne auch Generalanwalt Tizzano in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache BECTU (Urteil in Fn. 7 angeführt, Nr. 38).

86. Der Gerichtshof hat im Urteil Robinson-Steele [60] festgestellt, dass die Richtlinie 2003/88 den Anspruch auf Jahresurlaub und denjenigen auf Zahlung des Urlaubsentgelts als zwei Teile eines einzigen Anspruchs behandelt. Aus meiner Sicht spricht gerade diese Funktionsidentität von Lohn- und Urlaubsabgeltungsanspruch dafür, Letzteren ebenfalls als untrennbaren Teil des Anspruchs auf bezahlten Mindestjahresurlaub zu behandeln.

87. Insofern ergibt sich die Antwort auf die zweite Vorlagefrage bereits aus meinen Ausführungen zum ersten Teil der ersten Vorlagefrage. Zudem möchte ich in diesem Zusammenhang auf die Schlussfolgerungen in den Nrn. 77 und 78 meiner Schlussanträge in der gleichfalls anhängigen Rechtssache C-350/06 (Schultz-Hoff) verweisen. Demnach darf der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht nur nicht von der Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers abhängig gemacht werden. Vielmehr folgt aus einer teleologischen Auslegung von Art. 7 der Richtlinie 2003/88 sowie aus dem Rechtsgedanken des Art. 5 Abs. 4 des IAO-Abkommens Nr. 132, dass die Krankheitszeit der Dienstzeit gleichzusetzen ist, da es sich um eine Abwesenheit aus Gründen, die vom Willen des Arbeitnehmers unabhängig sind, handelt, die daher gerechtfertigt ist.

88. In demselben Zeitraum entstehen deshalb alle Ansprüche des Arbeitnehmers, einschließlich des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub, der genommen werden kann, wenn die Arbeitsfähigkeit wiederhergestellt ist, oder der — bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses — auch bei eingetretener vollständiger Erwerbsunfähigkeit durch Zahlung einer Abgeltung ersetzt wird.

89. Auf die zweite Frage ist daher zu antworten, dass Arbeitnehmern bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf jeden Fall ein Anspruch gemäß Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 auf finanzielle Vergütung als Ersatz für erworbenen und aus Krankheitsgründen nicht genommenen Urlaub zusteht. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten fraglichen Urlaubsjahrs oder während eines Teils davon aus Krankheitsgründen abwesend war.

90. Was die weitergehende Frage bezüglich der Berechnung jener finanziellen Ersatzvergütung angeht, ist darauf zu antworten, dass Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 keine bestimmte Berechnungsmethode vorgibt, ihre genaue Regelung vielmehr dem nationalen Gesetzgeber überlässt. Sofern Arbeitnehmern aber ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung dem Grunde nach zusteht, muss bei der Bemessung der Höhe dieses Anspruchs dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Arbeitnehmer ursprünglich einen Anspruch auf Urlaubsentgelt in Höhe seines üblichen Gehalts erlangt hatte. Daraus leitet sich die Pflicht der Mitgliedstaaten gemäß Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 ab, sicherzustellen, dass die finanzielle Ersatzvergütung, die der Arbeitnehmer erhält, der Höhe nach mit seinem üblichen Gehalt gleichwertig ist.

60 — Urteil Robinson-Steele (in Fn. 26 angeführt, Randnr. 58).

VII — Ergebnis

91. Im Hinblick auf die vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf das Vorabentscheidungsersuchen des House of Lords wie folgt zu antworten:

1. Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 ist dahin auszulegen, dass ein Arbeitnehmer, der aus Krankheitsgründen auf unbestimmte Zeit beurlaubt ist, berechtigt ist, während einer Zeit, zu der er sich andernfalls im Krankheitsurlaub befände, bezahlten Jahresurlaub für einen künftigen Zeitraum zu verlangen.

   Er darf diesen Urlaub jedoch nicht während einer Zeit nehmen, in der er sich andernfalls im Krankheitsurlaub befände.

2. Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 ist dahin auszulegen, dass Arbeitnehmern bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf jeden Fall ein Anspruch auf finanzielle Vergütung als Ersatz für erworbenen und aus Krankheitsgründen nicht genommenen Urlaub (Urlaubsabgeltung) zusteht. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten fraglichen Urlaubsjahrs oder während eines Teils davon aus Krankheitsgründen abwesend war.

   Bei der Bemessung der Höhe dieses Anspruchs muss sichergestellt werden, dass die finanzielle Ersatzvergütung, die der Arbeitnehmer erhält, der Höhe nach mit seinem üblichen Gehalt gleichwertig ist.