SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN VERICA TRSTENJAK

vom 24. Januar 2008 [1]

Inhaltsverzeichnis

I — Einleitung . . . . . I - 183

II — Rechtlicher Rahmen . . . . . I - 184

A — Gemeinschaftsrecht . . . . . I - 184

B — Nationales Recht . . . . . I - 184

1. Gesetzesrecht . . . . . I - 184

2. Anwendbare Tarifverträge . . . . . I - 185

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefragen . . . . . I - 186

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof . . . . . I - 189

V — Wesentliche Argumente der Parteien . . . . . I - 189

VI — Rechtliche Würdigung . . . . . I - 191

A — Zur ersten Frage . . . . . I - 191

1. Einleitende Bemerkungen . . . . . I - 191

2. Der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub als soziales Grundrecht . . . . . I - 192

3. Der Anspruch auf bezahlten Mindestjahresurlaub im Gemeinschaftsrecht I - 196

a) Die Umsetzungskompetenz der Mitgliedstaaten . . . . . I - 196

b) Das gemeinschaftsrechtlich gewährleistete Schutzniveau . . . . . I - 198

1 — Originalsprache: Deutsch.

c) Anknüpfung des Urlaubsanspruchs an die Arbeitsfähigkeit . . . . . I - 200

i) Übertragbarkeit der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze . . . . . I - 200

ii) Verstoß gegen Sinn und Zweck von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 . . . . . I - 202

— Gefahr der zweckentfremdenden Auslegung . . . . . I - 202

— Auslegung orientiert an den Interessen der Parteien des Arbeitsverhältnisses . . . . . I - 203

iii) Vergleich mit den Regelungen im IAO-Abkommen Nr. 132 . . . . . I - 204

B — Zur zweiten Frage . . . . . I - 205

C — Zur dritten Frage . . . . . I - 207

VII — Ergebnis . . . . . I - 209

I — Einleitung

1. Mit seiner Vorlage zur Vorabentscheidung ersucht das Landesarbeitsgericht Düsseldorf den Gerichtshof gemäß Art. 234 EG um 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).

2. Die Vorlagefrage stellt sich im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Gerhard Schultz-Hoff (Kläger) und seiner ehemaligen Arbeitgeberin, der Deutschen Rentenversicherung Bund (Beklagte), in dem das Landesarbeitsgericht darüber zu befinden hat, ob der Kläger nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Ansprüche auf Urlaubsabgeltung gegen die Beklagte hat.

3. Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf möchte im Wesentlichen wissen, ob es mit Art. 7 der Richtlinie 2003/88 vereinbar ist, dass der Anspruch eines Arbeitnehmers, bezahlten Mindesturlaub von vier Wochen zu erhalten, zum Ende des Urlaubsjahrs, spätestens aber mit dem Ende des Übertragungszeitraums erlischt und der Urlaub bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch finanzielle Vergütung zu ersetzen ist, wenn der Arbeitnehmer anschließend bis zum Ende des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig erkrankt.

2 — ABl. L 299, S. 9.

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*

1. Gesetzesrecht

6. Das Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) vom 8. Januar 1963 in der Fassung vom 7. Mai 2002 bestimmt u. a. Folgendes:

„§ 1 Urlaubsanspruch

Jeder Arbeitnehmer hat in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub.

...

3 — ABl. L 307, S. 18.

§ 3 Dauer des Urlaubs

(1) Der Urlaub beträgt jährlich mindestens 24 Werktage.

…

§ 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.

(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 Kalenderjahrs gewährt und genommen werden.

(4) Kann der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden, so ist er abzugelten."

7. § 13 BUrlG bestimmt, dass von den vorstehenden Vorschriften, darunter § 7 Abs. 3 BUrlG, in Tarifverträgen abgewichen werden kann, sofern dies nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers erfolgt.

2. Anwendbare Tarifverträge

8. Der Manteltarifvertrag für die Angestellten der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (im Folgenden: MTAng-BfA) sieht Folgendes vor:

„§ 47 Erholungsurlaub

(1) Der Angestellte erhält in jedem Urlaubsjahr Erholungsurlaub unter Zahlung der Urlaubsvergütung. Urlaubsjahr ist das Kalenderjahr.

…

§ 51 Urlaubsabgeltung

(7) Der Urlaub ist spätestens bis zum Ende des Urlaubsjahres anzutreten. Kann der Urlaub bis zum Ende des Urlaubsjahres nicht angetreten werden, ist er bis zum 30. April des folgenden Urlaubsjahres anzutreten. Kann der Urlaub aus dienstlichen Gründen, wegen Arbeitsunfähigkeit oder wegen der Schutzfristen nach dem Mutterschutzgesetz nicht bis zum 30. April angetreten werden, ist er bis zum 30. Juni anzutreten. War ein innerhalb des Urlaubsjahres für dieses Urlaubsjahr festgelegter Urlaub auf Veranlassung der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte in die Zeit nach dem 31. Dezember des Urlaubsjahres verlegt worden und konnte er wegen Arbeitsunfähigkeit nicht nach Satz 2 bis zum 30. Juni angetreten werden, ist er bis zum 30. September anzutreten.

(1) Ist im Zeitpunkt der Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Urlaubsanspruch noch nicht erfüllt, ist der Urlaub, soweit dies dienstlich oder betrieblich möglich ist, während der Kündigungsfrist zu gewähren und zu nehmen. Soweit der Urlaub nicht gewährt werden kann oder die Kündigungsfrist nicht ausreicht, ist der Urlaub abzugelten. Entsprechendes gilt, wenn das Arbeitsverhältnis durch Auflösungsvertrag (§ 58) oder wegen verminderter Erwerbsfähigkeit (§ 59) endet oder wenn das Arbeitsverhältnis nach § 59 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 5 zum Ruhen kommt.“

…

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

Urlaub, der nicht innerhalb der genannten Fristen angetreten ist, verfällt.

9. Die Parteien des Ausgangsverfahrens streiten nach der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses am 30. September 2005 darüber, ob der Kläger Ansprüche auf Urlaubsabgeltung für die Jahre 2004 und 2005 hat.

…

10. Der Kläger, am 14. Januar 1949 geboren, war seit dem 1. April 1971 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fand der MTAng-BfA Anwendung. Der Kläger bezog zuletzt eine Vergütung nach Vergütungsgruppe 11. Seit 1985 war der Kläger in der Zweigniederlassung Düsseldorf als Außendienstmitarbeiter tätig. Zu seiner Arbeitsaufgabe gehörte die Vornahme von Betriebsprüfungen und Prüfungen der Einzugsstellen; hierzu war er auf ein Kraftfahrzeug angewiesen.

11. Der Kläger, nach deutschem Recht als Schwerbehinderter (GdB 60 „G“ [4]) eingestuft, musste sich wegen eines schweren Bandscheibenleidens seit dem Jahr 1995 insgesamt 16 Operationen unterziehen. Es lösten sich Zeiten der Arbeitsfähigkeit und solche krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ab. Im Jahr 2004 war der Kläger bis Anfang September arbeitsfähig. Ab dem 8. September 2004 wurde er — dann fortlaufend bis zum 30. September 2005 — ärztlich krankgeschrieben. Die ständige Einnahme von morphinhaltigen Schmerzmitteln hindert den Kläger seither bis heute daran, ein Kraftfahrzeug zu führen.

4 — Der Grad der Behinderung (GdB) ist ein Begriff aus dem deutschen Schwerbehindertenrecht. Es handelt sich um eine Maßeinheit für den Grad der Beeinträchtigung durch eine Behinderung. Benutzt wird der Begriff im Sozialgesetzbuch IX — Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen. Der GdB kann zwischen 20 und 100 variieren. Er wird in 10er-Schritten gestaffelt. Als schwerbehindert gelten alle Personen mit einem Grad der Behinderung von mindestens GdB 50, der vom Versorgungsamt oder dem Amt für Soziale Angelegenheiten festgestellt wird. Merkzeichen sind im Schwerbehindertenausweis eingetragen und weisen besondere Beeinträchtigungen nach. Das Merkzeichen „G“ steht für eine Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit im Straßenverkehr.

12. Mit Schreiben vom 13. Mai 2005 beantragte der Kläger, ihm ab dem 1. Juni 2005 den Urlaub für 2004 zu gewähren. Den Urlaubsantrag lehnte die Beklagte am 25. Mai 2005 mit der Begründung ab, dass zuvor der Personalärztliche Dienst gemäß § 7 Abs. 2 MTAng-BfA die Dienstfähigkeit feststellen müsse. Mit Schreiben vom 10. August 2005 bat der Kläger darum, ihm im Wege einer Wiedereingliederungsmaßnahme einen Vorschlag über häuslich zu verrichtende Arbeit zu unterbreiten. Am 6. September 2005 antwortete die Beklagte, dass sie nach dem vom Kläger kurzfristig gestellten Rentenantrag zunächst den Ausgang des Rentenverfahrens abwarten wolle.

13. Die Beklagte stellte als Rentenversicherungsträger mit im September 2005 zugegangenem Bescheid fest, dass der Kläger erwerbsgemindert sei und bewilligte rückwirkend ab 1. März 2005 eine unbefristete Rente wegen voller Erwerbsminderung. Aufgrund dieser Feststellung fand das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien gemäß § 59 MTAng-BfA zum 30. September 2005 sein Ende.

14. Im November 2005 erhob der Kläger vor dem Arbeitsgericht Düsseldorf Klage auf Abgeltung des Urlaubs 2004 und 2005. Durch Urteil vom 7. März 2006 wies das Arbeitsgericht die Klage ab. Gegen dieses Urteil legte der Kläger am 27. April 2006 Berufung bei dem vorlegenden Landesarbeitsgericht Düsseldorf ein.

15. Der Kläger beziffert unter Zugrundelegung von 35 Urlaubstagen pro Jahr und eines Monatsverdienstes von 4 362,67 Euro brutto seinen Zahlungsanspruch auf insgesamt 14 094,78 Euro brutto. Er trägt vor, dass er sich in dem ab 1. Juni 2005 beantragten Urlaub für die spätere Teilnahme an einer Wiedereingliederungsmaßnahme habe erholen wollen. Weiterhin macht er geltend, in der Lage zu sein, eine leichte Bürotätigkeit in Teilzeit auszuüben.

16. Die Beklagte hält dem entgegen, dass die vom Kläger aufgezeigte Teilzeit-Bürotätigkeit keine Erfüllung der vertraglichen Arbeitsleistungspflicht bedeute. Bestehe daher die Arbeitsunfähigkeit des Klägers bis heute fort, seien die Urlaubsansprüche bis zum jeweiligen Ende des Übertragungszeitraums nicht erfüllbar gewesen und verfallen. Dem Kläger stehe demnach auch nicht die geforderte Urlaubsabgeltung zu.

17. Das vorlegende Gericht ist der Auffassung, dass die Entscheidung des Rechtsstreits von der Auslegung der Richtlinie 2003/88 abhänge. Es hat daher das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG (= Art. 7 der Richtlinie 93/104/EG) dahin zu verstehen, dass Arbeitnehmer auf jeden Fall einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen erhalten müssen [und dass] insbesondere vom Arbeitnehmer wegen Krankheit im Urlaubsjahr nicht genommener Urlaub zu einer späteren Zeit zu gewähren ist, oder kann durch einzelstaatliche Rechtsvorschriften und/oder einzelstaatliche Gepflogenheiten vorgesehen werden, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erlischt, wenn Arbeitnehmer im Urlaubsjahr vor der Urlaubsgewährung arbeitsunfähig erkranken und vor Ablauf des Urlaubsjahrs bzw. des gesetzlich, kollektiv- oder einzelvertraglich festgelegten Übertragungszeitraums ihre Arbeitsfähigkeit nicht wiedererlangen?

2. Ist Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG dahin zu verstehen, dass Arbeitnehmern bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf jeden Fall ein Anspruch auf finanzielle Vergütung als Ersatz für erworbenen und nicht genommenen Urlaub (Urlaubsabgeltung) zusteht, oder können einzelstaatliche Rechtsvorschriften und/oder einzelstaatliche Gepflogenheiten vorsehen, dass Arbeitnehmern Urlaubsabgeltung nicht zusteht, wenn sie bis zum Ablauf des Urlaubsjahrs bzw. des anschließenden Übertragungszeitraums arbeitsunfähig erkrankt sind und/oder wenn sie nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit oder Invalidität beziehen?

3. Für den Fall, dass der Gerichtshof die Fragen zu 1 und 2 bejaht:

   Ist Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG dahin zu verstehen, dass der Anspruch auf Jahresurlaub oder auf finanziellen Ersatz voraussetzt, dass der Arbeitnehmer tatsächlich im Urlaubsjahr gearbeitet hat, oder entsteht der Anspruch auch bei entschuldigtem Fehlen (wegen Krankheit) oder unentschuldigtem Fehlen im gesamten Urlaubsjahr?

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof

18. Der Vorlagebeschluss mit Datum vom 2. August 2006 ist am 21. August 2006 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen.

19. Schriftliche Erklärungen sind von der Beklagten des Ausgangsverfahrens, den Regierungen der Bundesrepublik Deutschland, des Vereinigten Königreichs und der Italienischen Republik sowie von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften innerhalb der in Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs genannten Frist eingereicht worden.

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

V — Wesentliche Argumente der Parteien

21. Die *Beklagte* trägt vor, eine unbeschränkte Übertragung von Urlaubsansprüchen bei arbeitsfähigen Arbeitnehmern liefe dem von der Richtlinie verfolgten Schutzzweck (Gewährung von Mindestruhezeiten zum Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer) gerade zuwider. Bei arbeitsunfähigen Arbeitnehmern könnte die unbefristete Übertragung sogar dazu führen, dass Arbeitgeber geneigt seien könnten, sich früher von langfristig erkrankten Arbeitnehmern durch Kündigung zu trennen. Andernfalls liefen sie nämlich Gefahr, die gegebenenfalls über mehrere Jahre angesammelten erheblichen Urlaubsansprüche bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgelten zu müssen, was eine gravierende Beeinträchtigung betrieblicher Interessen nach sich ziehen könnte.

22. Die *deutsche Regierung* vertritt die Ansicht, dass Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie lediglich festlege, dass einem Arbeitnehmer ein bezahlter Mindestjahresurlaub von vier Wochen zustehe. Regelungsgegenstand dieser Vorschrift sei nur die Mindestdauer des jährlichen Urlaubs. Die Modalitäten der Urlaubsgewährung, zu denen das Erlö-

schen des Urlaubsanspruchs zähle, überlasse die Richtlinie der Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten und der Auslegung des nationalen Rechts durch die Rechtsprechung.

23. Im Hinblick auf die zweite Vorlagefrage trägt die deutsche Regierung vor, es sei den Mitgliedstaaten und ihren Institutionen überlassen, ob und unter welchen Voraussetzungen sie eine Urlaubsabgeltung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorsehen wollten.

24. Nach Ansicht der *britischen Regierung* hat der Kläger nicht gearbeitet, solange er sich im Krankheitsurlaub befunden habe, so dass er auch keiner „tatsächlichen Ruhezeit" bedurft habe, um sich von der Arbeit zu erholen. Ziel des Art. 7 ist es nach der von der britischen Regierung vertretenen Auffassung, die Sicherheit und die Gesundheit derer, die tatsächlich arbeiten, dadurch zu schützen, dass Ruhezeiten für sie vorgesehen seien. Im vorliegenden Fall hätte die Gewährung von Urlaub sich jedoch nicht positiv auf die Sicherheit oder die Gesundheit des Arbeitnehmers ausgewirkt. Der Urlaub hätte vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommen werden können. Hätte der Kläger im vorliegenden Fall einen Anspruch auf Jahresurlaub, wäre zu fragen: Urlaub wovon? Die Aussage, dass der Kläger „Jahresurlaub" während seines „Krankheitsurlaubs" nehme, ergebe daher keinen Sinn.

25. Die britische Regierung weist darauf hin, dass sich die Antwort auf die zweite Vorlagefrage aus der Antwort auf die erste Frage ergebe. Da ein solcher Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Jahresurlaub nach Art. 7 Abs. 1 habe, könne er auch keinen Anspruch auf eine Urlaubsabgeltung nach Art. 7 Abs. 2 haben. Überdies sei nach Art. 7 Abs. 2 eine Urlaubsabgeltung am Ende eines Arbeitsverhältnisses zwar zulässig, aber nicht vorgeschrieben. Daher könne keine Verpflichtung zu einer solchen Zahlung bestehen, wenn jemand der Arbeit wegen längerer krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ferngeblieben sei.

26. Die *italienische Regierung* verweist sowohl auf die Übereinkommen Nrn. 52 und 132 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO oder ILO entsprechend der englischsprachigen Abkürzung) als auch auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Auslegung des Art. 7 der Richtlinie. Unter Berücksichtigung der vom Gerichtshof entwickelten Grundsätze ist es nach Ansicht dieser Regierung nicht möglich, zu dem Ergebnis zu gelangen, dass der Anspruch auf tatsächliche Gewährung des Urlaubs seitens des Klägers des Ausgangsverfahrens erlösche, sollten nicht die unterschiedlichen Zwecke des Erholungsurlaubs und des Krankheitsurlaubs in Frage gestellt werden.

27. Aus den vorstehenden Erwägungen schließt die italienische Regierung, dass ein Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf jeden Fall Anspruch auf finanzielle Vergütung als Ersatz für den erworbenen und nicht genommenen Urlaub habe. Eine nationale Vorschrift, wonach die Arbeitnehmer keinen Anspruch auf eine

Urlaubsabgeltung hätten, wenn sie bis zum Ablauf des Urlaubsjahrs oder des entsprechenden Übertragungszeitraums arbeitsunfähig erkrankt seien, erscheine daher nicht im Einklang mit den Gemeinschaftsgrundsätzen.

28. Die *Kommission* ist der Auffassung, dass der Einwand, wonach ein Arbeitnehmer, der krankheitsbedingt abwesend gewesen sei und nicht gearbeitet habe, keine entsprechende Ruhezeit benötige, nicht mit dem vom Gerichtshof in der Rechtsprechung zum Ausdruck gebrachten Ansatz vereinbar sei. Im Fall einer Krankschreibung des Arbeitnehmers könne der Anspruch auf Jahresurlaub nicht als erfüllt angesehen werden, da die Krankschreibung Folge der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers sei und nicht dem Ausruhen, der Abstandgewinnung und der Erholung, sondern der Genesung und der Wiedererlangung von Gesundheit und Arbeitsfähigkeit diene. Nach Meinung der Kommission müssen die Mitgliedstaaten die ihnen von der Richtlinie gesetzten Grenzen respektieren. Mitgliedstaatliche Maßnahmen könnten daher nicht so weit gehen, den Arbeitnehmer zu verpflichten, den Jahresurlaub innerhalb eines begrenzten Übertragungszeitraums im Folgejahr zu nehmen, und die Nichtbefolgung dieser Bedingungen mit dem automatischen Erlöschen des Urlaubsanspruchs zu sanktionieren. Das ersatzlose Erlöschen des Anspruchs stehe daher im Widerspruch zum Ziel der Richtlinie.

29. Bezüglich der zweiten Vorlagefrage bringt die Kommission vor, dass die der Rechtsprechung des Gerichtshofs zugrunde liegende Argumentation, nach der die Möglichkeit, den Anspruch auf Jahresurlaub durch eine finanzielle Vergütung ersetzen zu können, mit der Richtlinie 2003/88 grundsätzlich unvereinbar sei, *a fortiori* auch auf eine nationale Regelung anwendbar sei, nach der die fehlende Inanspruchnahme des Jahresurlaubs dazu führe, dass dieser automatisch verfalle.

30. 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.

VI — Rechtliche Würdigung

A — *Zur ersten Frage*

1. Einleitende Bemerkungen

31. Mit der ersten Vorlagefrage wirft das Landesarbeitsgericht Düsseldorf ein Problem der Auslegung von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 auf, insbesondere des Ausdrucks „nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung …, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschrif-

ten und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind". In rechtlicher Hinsicht betrifft dieses Auslegungsproblem die Frage, ob bzw. inwieweit die Mitgliedstaaten über die Kompetenz verfügen, die gesetzlichen Voraussetzungen für ein Erlöschen des Anspruchs auf bezahlten Mindestjahresurlaub festzulegen.

2. Der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub als soziales Grundrecht

33. 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.

32. 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 Schranken 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.

34. 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 einen besseren Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer durch die Gewährung von täglichen, wöchentlichen

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).

und jährlichen Mindestruhezeiten und angemessenen Ruhepausen sowie die Festlegung einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit gewährleisten [8].

35. 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 [9]. Auf internationaler Ebene findet dieses Grundrecht etwa in Art. 24 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte [10] 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 [11] sowie in Art. 7 Buchst. d des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte [12] als Ausdruck des Rechts eines jeden auf gerechte und billige Arbeitsbedingungen anerkannt.

36. 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 [13] das bis dahin geltende Abkommen Nr. 52 [14] geändert hat. Sie enthalten zwingende Vorgaben an die Abkommensstaaten im Hinblick auf die Verwirklichung dieses sozialen Grundrechts innerhalb ihrer nationalen Rechtsordnungen.

37. Diese vielfältigen internationalen Akte unterscheiden sich allerdings sowohl in

8 — Urteile vom 3. Oktober 2000, Simap (C-303/98, Slg. 2000, I-7963, Randnr. 49), vom 26. Juni 2001, BECTU (in Fn. 7 angeführt, Randnr. 38), vom 9. September 2003, 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 — Wie Generalanwalt Tizzano in seinen Schlussanträgen vom 8. Februar 2001, BECTU (Urteil in Fn. 7 angeführt, Nr. 22), ausführt, wird der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub seit Langem zu den sozialen Grundrechten gezählt.

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

11 — 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.

12 — 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“.

13 — 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.

14 — 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.

ihrem Regelungsgehalt als auch in ihrer normativen Tragweite, da es sich in einigen Fällen um völkerrechtliche Verträge, in anderen hingegen lediglich um feierliche Erklärungen ohne rechtliche Bindungswirkung handelt [15]. 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.

38. Umso bedeutsamer ist aus meiner Sicht die Tatsache, dass dieser Anspruch durch die Aufnahme in die Charta der Grundrechte der Europäischen Union [16] wohl die qualifizierteste und endgültige Bestätigung für dessen Grundrechtscharakter erfahren hat [17]. 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 Europarats, sowie an Nr. 8 der Gemeinschaftscharta der sozialen Rechte der Arbeitnehmer [18] angelehnt, wobei die Richtlinie 93/104 als Vorgängerrichtlinie der heutigen Richtlinie 2003/88 ausweislich der Erläuterungen des Sekretariats des Konventspräsidiums maßgeblich berücksichtigt wurde [19].

39. Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte schreibt somit den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub als jedermann zustehendes Menschenrecht fest [20]. Zwar ist der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ebenso wie auch einigen der zuvor genannten internationalen Rechtsin-

15 — 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.

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

17 — Zu derselben Schlussfolgerung kommt Generalanwalt Tizzano in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache BECTU (in Fn. 9 angeführt, Nr. 26).

18 — 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".

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

20 — 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.

strumente keine authentische normative Tragweite zuerkannt worden, so dass in ihr 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 [21]. 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 [22].

40. 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 [23]. Es ist somit durchaus vertretbar, in einem

21 — 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. 9 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).

22 — 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.

23 — 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. 20, Art. 31, Randnrn. 3, 4).

Rechtsstreit über die Natur und Tragweite eines Grundrechts wie dem vorliegenden den Grundgedanken des Art. 31 Abs. 2 der Charta bei der Auslegung von Art. 7 der Richtlinie 2003/88 heranzuziehen [24].

3. Der Anspruch auf bezahlten Mindestjahresurlaub im Gemeinschaftsrecht

a) Die Umsetzungskompetenz der Mitgliedstaaten

41. 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“ [25]. 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 [26].

42. Um die Richtlinienziele erreichen zu können, ist mit der Rechtsprechung von einem weiten zeitlichen Schutzbereich des Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 auszugehen, so dass die folgenden Ausführungen ebenfalls für den Urlaub gelten, der nicht im laufenden Jahr, sondern zu einem späteren Zeitpunkt genommen wird. Der Gerichtshof hat nämlich hierzu festgestellt, dass die positive Wirkung des Jahresurlaubs für die Sicherheit und die Gesundheit des Arbeitnehmers sich zwar dann vollständig entfaltet, wenn der Urlaub in dem hierfür vorgesehenen, also dem laufenden Jahr genommen wird, allerdings diese Ruhezeit ihre Bedeutung insoweit nicht verliert, wenn sie zu einer späteren Zeit genommen wird. Da der Urlaub auch dann zur Sicherheit und zur Gesundheit des Arbeitnehmers beitragen kann, wenn er in einem späteren Jahr genommen wird, unterfällt er auch in diesem Fall dem Anwendungsbereich der Richtlinie [27].

24 — 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.

25 — Urteile vom 6. April 2006, Federatie Nederlandse Vakbeweging (C-124/05, Slg. 2006, I-3423, Randnr. 28), Dellas u. a. (in Fn. 7 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).

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

27 — Urteil Federatie Nederlandse Vakbeweging (in Fn. 25 angeführt, Randnrn. 30 und 31).

43. 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 [28]. 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 [29].

44. 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 Arbeitnehmers, 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. [30]. 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.

45. Aus dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue nach Art. 10 EG leitet sich umgekehrt die gemeinschaftsrechtliche Pflicht der Mitgliedstaaten ab, bei der Umsetzung von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 in nationales Recht alles zu unterlassen, was diesem Ziel im Wege stehen könnte [31]. Dies betrifft insbesondere die Ergreifung von Maßnahmen, welche die Existenz des Rechts auf bezahlten Mindestjahresurlaub selbst gefährden könnten [32]. Folgerichtig hat der Gerichtshof im Urteil BECTU [33] eine mitgliedstaatliche Regelung, die eine Voraussetzung für den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub aufstellt, die für bestimmte Arbeitnehmer bereits die Entstehung dieses Anspruchs verhindern kann, für nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar erklärt mit der Begründung, dass sie nicht nur ein durch die Richtlinie 93/104 ausdrücklich eingeräumtes individuelles Recht seines Inhalts beraubt, sondern auch im Widerspruch zum Ziel dieser Richtlinie steht.

46. Wie ich meine, hat der Gerichtshof in dem besagten Urteil den Gedanken der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts angewandt und dabei zu Recht erkannt, dass ein Mitgliedstaat, der über die Entstehung eines Anspruchs entscheiden darf, diesen auch dadurch unterlaufen oder gar

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

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

30 — So die Ausführungen der Kommission in der Rechtssache BECTU, die Generalanwalt Tizzano in seinen Schlussanträgen in dieser Rechtssache (in Fn. 9 angeführt, Nr. 34) aufgegriffen hat.

31 — Nach ständiger Rechtsprechung folgt aus Art. 10 EG die Pflicht der Mitgliedstaaten, eine Richtlinie so umzusetzen, dass deren vollständige Anwendung tatsächlich gewährleistet ist (Urteile vom 11. Juli 2002, Marks & Spencer, C-62/00, Slg. 2002, I-6325, Randnrn. 24 bis 26, vom 16. November 2000, Kommission/Griechenland, C-214/98, Slg. 2000, I-9601, Randnr. 49, und vom 9. September 1999, Kommission/Deutschland, C-217/97, Slg. 1999, I-5087, Randnr. 31). Der nationale Gesetzgeber hat daher das innerstaatliche Recht so zu novellieren, aufzuheben bzw. zu ergänzen, dass die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts ihre volle praktische Wirksamkeit entfalten können (vgl. Urteil vom 8. Februar 1973, Kommission/Italien, 30/72, Slg. 1973, 161, Randnr. 11; Kahl, W., *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, hrsg. von Christian Calliess/Matthias Ruffert, 1. Auflage, Neuwied 1999, Art. 10 EG, Randnr. 19, S. 374).

32 — In diesem Sinne 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. 897, wonach eine nationale Regelung nicht so weit gehen kann, die Existenz des Rechts auf bezahlten Mindestjahresurlaub zu verneinen.

33 — Urteil BECTU (in Fn. 7 angeführt, Randnr. 48).

zunichte machen kann, dass er dessen Inanspruchnahme von schwer zu erfüllenden Voraussetzungen abhängig macht. Ich bin der Ansicht, dass dieser Anspruch in gleicher Weise unterlaufen werden kann, wenn ein Mitgliedstaat die Voraussetzungen für das Erlöschen eines Anspruchs festlegen darf, da es in beiden Fällen um das Bestehen dieses Rechts selbst geht.

47. Es besteht nämlich dieselbe Gefahr für die Verwirklichung des Rechts auf bezahlten Jahresurlaub, wenn einem Mitgliedstaat die Befugnis eingeräumt wird, festzulegen, unter welchen Umständen ein Arbeitnehmer nach Ablauf einer bestimmten Frist diesen Anspruch verliert. Hierbei handelt es sich nicht mehr um die Entscheidung hinsichtlich der Art und Weise der Durchführung des bezahlten Jahresurlaubs [34], d. h. der konkreten Umsetzung dieses Rechts, sondern um die Definition der Tragweite einer Gemeinschaftsvorschrift, nämlich Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88.

48. Eine Auslegung dieser Bestimmung dahin gehend, dass der Jahresurlaub nach Ablauf einer bestimmten Frist verfällt, obwohl Arbeitnehmer infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit diesen nicht in Anspruch nehmen konnten, läuft nämlich darauf hinaus, bestimmte Arbeitnehmer durch die Einschränkung des persönlichen Schutzbereichs von diesem Anspruch auszuschließen [35].

49. 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 nunmehr der Gemeinschaft zu [36]. 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 deutschen Regierung zurückzuweisen, das Erlöschen des Urlaubsanspruchs zähle zu den Modalitäten der Urlaubsgewährung und unterliege der Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten.

b) Das gemeinschaftsrechtlich gewährleistete Schutzniveau

50. Ferner halte ich es für wichtig, daran zu erinnern, dass die Freiheit der Mitgliedstaaten

34 — 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“.

35 — 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.

36 — 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. 24, Art. 137 EG, Randnr. 18, S. 1373).

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 [37] 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 so zu verstehen, dass die Mitgliedstaaten über den gegebenenfalls hohen Schutz hinausgehen können, der sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergibt.

51. 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 [38]. 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, 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 [39].

52. 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 keine Einschränkung des Anspruchs auf Urlaub enthält. Die Bedingung, dass der Arbeitnehmer bis zu einem bestimmten Zeitpunkt, d. h. bis zum Ende des Urlaubsjahrs bzw. des Übertragungszeitraums, den Urlaub rechtzeitig verlangen und tatsächlich nehmen muss, ist in der Richtlinie ebenso wenig vorgesehen wie das Erlöschen des Anspruchs. Auch gehört Art. 7 Abs. 1 nicht zu den Vorschriften, von denen Art. 17 der Richtlinie 2003/88 Abweichungen ausdrücklich zulässt [40].

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

38 — Balze, W., a. a. O., Fn. 15, 38. Ergänzungslieferung 1998, Randnr. 3.

39 — Urteil Vereinigtes Königreich/Rat (in Fn. 37 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.

40 — Vgl. Urteile Robinson-Steele (in Fn. 28 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.

53. Damit strebt der Gemeinschaftsgesetzgeber bewusst ein höheres Mindestschutzniveau als das IAO-Abkommen Nr. 132 an [41]. Während Art. 9 des IAO-Abkommens Nr. 132 für die Gewährung und die Inanspruchnahme des Jahresurlaubs eine zeitliche Grenze von einem Jahr bzw. 18 Monaten nach Ablauf des Jahres, für das der Urlaubsanspruch erworben wurde, vorsieht [42], fehlt eine entsprechende Regelung in Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 gänzlich. Dies lässt die Schlussfolgerung zu, dass der Schutz, den das Gemeinschaftsrecht den Arbeitnehmern garantieren will, weitreichender als der der arbeitsrechtlichen Normen des Völkervertragsrechts ist [43].

54. Eine Auslegung von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 dahin gehend, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nach einer bestimmten Zeit erlischt, wenn er nicht rechtzeitig genommen wird, ist somit weder mit dem Ziel des Gemeinschaftsgesetzgebers, ein höheres Schutzniveau als das IAO-Abkommen Nr. 132 zu gewährleisten, vereinbar, noch findet sie eine Grundlage im Wortlaut dieser Vorschrift.

c) Anknüpfung des Urlaubsanspruchs an die Arbeitsfähigkeit

i) Übertragbarkeit der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze

55. Entgegen der Ansicht der britischen und der niederländischen Regierung bestehen

41 — 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. 25 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).

42 — Art. 9 des IAO-Abkommens Nr. 132 ist eine besondere Bestimmung zum Urlaubsrecht, die sich auf die in Art. 8 vorgesehene Möglichkeit einer Teilung des bezahlten Jahresurlaubs bezieht. Diese Teilung des Jahresurlaubs kann von der zuständigen Behörde erlaubt werden, allerdings hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf mindestens zwei ununterbrochene Wochen, wenn der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer nichts vereinbart haben. Art. 9 bestimmt, dass dieser ununterbrochene Teil spätestens ein Jahr und der übrige Teil des bezahlten Jahresurlaubs spätestens 18 Monate nach Ablauf des Jahres, für das der Urlaubsanspruch erworben wurde, zu gewähren und zu nehmen ist. Eine Verschiebung eines Teils, der eine vorgeschriebene Mindestdauer übersteigt, ist mit Zustimmung des Arbeitnehmers über diese Zeitpunkte bis zu einem späteren Termin zulässig. Die Festsetzung des Termins ist unter Anhörung der Berufsverbände auf nationaler Ebene zu treffen (siehe dazu Böhmert, S., *Das Recht der ILO und sein Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration*, Baden-Baden 2002, S. 128).

43 — Aus der Fristregelung in Art. 9 des IAO-Abkommens Nr. 132 ergibt sich auch nichts, was auf einen etwaigen Rechtsverlust des Arbeitnehmers hinweisen könnte, da diese Fristregelung selbst keine Rechtsfolgen für den Fall anordnet, dass der Urlaub nicht vor Ablauf der Frist in Anspruch genommen bzw. gewährt wird. Vielmehr geht aus Art. 12 desselben Abkommens eindeutig hervor, dass der Anspruch auf bezahlten Mindestjahresurlaub nicht zur Disposition steht, so dass jede Vereinbarung über die Abbedingung des Anspruchs oder den Verzicht darauf je nach den Verhältnissen des betreffenden Landes als nichtig zu gelten hat oder zu verbieten ist. García Perrote Escartín, I., a. a. O., Fn. 22, S. 3602, ist ebenfalls der Auffassung, dass eine Regelung, nach der der Anspruch auf Mindestjahresurlaub nach Ablauf einer bestimmten Frist erlischt, weder im IAO-Abkommen Nr. 132 noch in der Richtlinie 2003/88 eine Rechtsgrundlage besitzt. Aus Art. 12 des IAO-Abkommens Nr. 132 ergebe sich vielmehr, dass dieser Anspruch unabdingbar sei.

auch keine Anhaltspunkte dafür, dass Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 den Anspruch auf bezahlten Mindestjahresurlaub an die Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers im Urlaubsjahr oder im Übertragungszeitraum anknüpft. Zwar könnte im Prinzip eingewandt werden, dass ein Arbeitnehmer, der krankheitsbedingt abwesend war und nicht gearbeitet hat, keine entsprechende Ruhezeit benötigt. Wie die Kommission jedoch zu Recht ausführt, ist dieser Ansatz nicht mit dem des Gerichtshofs vereinbar, wie er in den Urteilen Merino Gómez [44] und FNV [45] zum Ausdruck kommt.

56. 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 [46] und Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 76/207/EWG [47] 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 dazu festgestellt, dass der Anspruch auf Jahresurlaub einem anderen Zweck dient als der Anspruch auf Mutterschaftsurlaub. Letzterer dient zum einen dem Schutz der körperlichen Verfassung 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 [48]. Der Gerichtshof urteilte daher, dass eine Arbeitnehmerin ihren Jahresurlaub zu einer anderen Zeit als der ihres Mutterschaftsurlaubs nehmen können muss [49].

57. 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 [50], weil ein durch Gemeinschaftsrecht gewährleisteter Urlaub einen anderen gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Urlaub nicht beeinträchtigen darf [51].

44 — Urteil Merino Gómez (in Fn. 25 angeführt).

45 — Urteil Federatie Nederlandse Vakbeweging (in Fn. 25 angeführt).

46 — 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).

47 — 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).

48 — Urteile Merino Gómez (in Fn. 25 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).

49 — Urteil Merino Gómez (in Fn. 25 angeführt, Randnr. 38).

50 — Urteile Federatie Nederlandse Vakbeweging (in Fn. 25 angeführt, Randnr. 24) und vom 14. April 2005, Kommission/Luxemburg (C-519/03, Slg. 2005, I-3067, Randnr. 33).

51 — Urteile Federatie Nederlandse Vakbeweging (in Fn. 25 angeführt, Randnr. 24), vom 14. April 2005, Kommission/Luxemburg (C-519/03, Slg. 2005, I-3067, Randnr. 33), und Merino Gómez (in Fn. 25 angeführt, Randnr. 41).

58. 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 [52].

59. Insofern ist, der Auffassung der italienischen Regierung folgend, zu sagen, dass es unter Berücksichtigung der vom Gerichtshof entwickelten Grundsätze nicht möglich ist, zu dem Ergebnis zu gelangen, dass der Anspruch des Klägers des Ausgangsverfahrens auf tatsächliche Gewährung des Urlaubs erlischt, 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.

ii) Verstoß gegen Sinn und Zweck von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88

— Gefahr der zweckentfremdenden Auslegung

60. Über die bereits angeführten Bedenken gegen eine Auslegung von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88, die einen Verlust des Urlaubsanspruchs nach Ablauf einer bestimmten Frist zulässt, hinaus lässt sich als zusätzliches Argument die Unvereinbarkeit einer solchen Regelung mit dem Ziel der Richtlinie 2003/88, die Verbesserung der Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten, vorbringen.

61. Der ursprüngliche Sinn und Zweck des arbeitsrechtlichen Verbots, nicht genommene Urlaubstage zu akkumulieren, wie es einige nationale Rechtsordnungen, darunter die deutsche, bisher vorgesehen haben, besteht anscheinend darin, die tatsächliche Inanspruchnahme von Urlaub innerhalb des

52 — González Ortega, S., a. a. O., Fn. 23, 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.

laufenden Jahres sicherzustellen, indem dem Arbeitnehmer selbst die Verantwortung für die Durchsetzung seines Urlaubsanspruchs im Einzelfall auferlegt wird. Diesem Konzept zufolge scheint es offenbar konsequent, den Arbeitnehmer die Folgen seiner Passivität oder der verspäteten Geltendmachung durch den Verlust dieses Rechts tragen zu lassen [53].

62. Indes gilt zu bedenken, dass das ursprüngliche Ziel des sozialen Schutzes des Arbeitnehmers, das hinter dieser Regelung steht und als solches mit dem der Richtlinie 2003/88 identisch ist, gerade in sein Gegenteil verkehrt wird, wenn der Arbeitnehmer aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, seinen Anspruch auf Jahresurlaub nicht verwirklichen kann. Zu den vom Arbeitnehmer nicht zu vertretenden Umständen gehört zum einen die Möglichkeit der absichtlichen Nichterfüllung durch den Arbeitgeber, die durch eine solche Regelung zusätzlich belohnt wird. Dazu gehören aber auch natürliche, außerhalb des Einflussbereichs des Betroffenen liegende Umstände höherer Gewalt wie Krankheit.

63. In beiden Fällen wird durch den Verlust des Urlaubsanspruchs das angestrebte Ziel nicht nur verfehlt, sondern er wirkt sich letztlich als eine sachlich nicht zu rechtfertigende Sanktion des Arbeitnehmers aus. Eine solche Rechtsfolge ist offenkundig nicht mit dem Sinn und Zweck der Richtlinie 2003/88 vereinbar. Demzufolge darf Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 nicht dahin ausgelegt werden, dass die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zu einem Verlust des grundrechtlich garantierten Anspruchs auf den Mindestjahresurlaub führt.

53 — Glaser, R./Lüders, H., „§ 7 BUrlG auf dem Prüfstand des EuGH — Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des LAG Düsseldorf", *Betriebs-Berater*, 61. Jahrg. (2006), Heft 49, S. 2692, vertreten die Ansicht, dass ein drohender Verfall des Urlaubsanspruchs gerade dafür sorge, dass der Urlaub auch tatsächlich und rechtzeitig genommen werde. García Perrote Escartín, I., a. a. O., Fn. 22, S. 3593, 3600, weist darauf hin, dass dieses Kumulierungsverbot dem Arbeitnehmer ermöglichen will, in den tatsächlichen Genuss des Jahresurlaubs zu kommen. Nach diesem Konzept trage der Arbeitnehmer die „Last" der konsequenten Verteidigung seines Urlaubsrechts. Der Autor macht jedoch darauf aufmerksam, dass dieses Verbot nicht wenige Nachteile mit sich bringe. Es könne insofern einen unter Arbeitsrechtlern nicht unbekannten „Bumerangeffekt" haben, als es durchaus möglich sein könne, dass der Arbeitnehmer sein Urlaubsrecht schließlich gänzlich verliere, wodurch einem eventuellen Rechtsbruch des Arbeitgebers Vorschub geleistet werde. Der Autor ist der Auffassung, dass eine solche Regelung Rechtsverletzungen rechtfertige und Gelegenheit zu ungerechtfertigten Bereicherungen seitens des Arbeitgebers biete. Der Arbeitgeber könne nämlich zusehen, wie der Arbeitnehmer seinen Jahresurlaub verliere, ohne dass er zu einer finanziellen Entschädigung verpflichtet sei. Dies habe zur Folge, dass nicht derjenige sanktioniert werde, der die Rechtsverletzung zu vertreten habe (der Arbeitgeber), sondern derjenige, der nicht imstande sei, sein Recht durchzusetzen (der Arbeitnehmer).

— Auslegung orientiert an den Interessen der Parteien des Arbeitsverhältnisses

64. Entgegen dem Vorbringen der Beklagten des Ausgangsverfahrens ist eine Auslegung

von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88, die den Interessen des Arbeitgebers Rechnung trägt und gleichzeitig das Grundrecht auf Mindestjahresurlaub weniger einschränkt als die streitige deutsche Regelung, durchaus möglich. Wie von der Kommission zutreffend dargelegt, erscheint es angemessen, wenn ein Mitgliedstaat Bedingungen festlegt, damit im Interesse der Gesundheit und der Sicherheit beispielsweise Urlaubsansprüche nur übertragen werden, soweit dies notwendig erscheint. Ebenfalls durchführbar wäre die Schaffung von Anreizen, um Arbeitnehmer dazu zu bewegen, ihren Jahresurlaub innerhalb eines vernünftigen Zeitraums im Folgejahr zu nehmen.

65. Die konkrete Umsetzung dieser Maßnahmen auf Unternehmensebene obliegt wiederum dem Arbeitgeber, der kraft seiner umfassenden Organisations- und Koordinierungsbefugnisse [54] in der Lage ist, das Recht der Arbeitnehmer auf Urlaub möglichst in Einklang mit den jeweiligen betrieblichen Bedürfnissen zu bringen.

54 — Die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen des technischen und des sozialen Arbeitsschutzes tragen den umfassenden Organisations- und Koordinierungsbefugnissen des Arbeitgebers Rechnung, indem sie ihm etwa gemäß Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit (ABl. L 183, S. 1) die Pflicht auferlegen, für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer in Bezug auf alle Aspekte, die die Arbeit betreffen, zu sorgen. Siehe zuletzt Urteil vom 14. Juni 2007, Kommission/Vereinigtes Königreich (C-127/05, Randnrn. 40 und 41), in dem der Gerichtshof die Pflicht des Arbeitgebers bestätigte, ein sicheres Arbeitsumfeld für die Arbeitnehmer sicherzustellen.

iii) Vergleich mit den Regelungen im IAO-Abkommen Nr. 132

66. Gegen eine Anknüpfung des Urlaubsanspruchs an die Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers spricht zudem, dass nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 5 Abs. 4 des IAO-Abkommens Nr. 132 „Arbeitsversäumnisse aus Gründen, die unabhängig vom Willen des beteiligten Arbeitnehmers bestehen, wie zum Beispiel Krankheit, Unfall oder Mutterschaft, als Dienstzeit anzurechnen [sind]“ [55]. 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 somit entsprechend ihrer Zielrichtung dahin gehend zu verstehen, dass ein zuvor in Anspruch genommener Urlaub wegen Krankheit den Anspruch auf bezahlten Mindestjahresurlaub nicht beeinträchtigen darf [56]. Zwar haben die Unterzeichnerstaaten, zu denen die meisten

55 — Die Gleichstellung von Krankheit und Mutterschaft in Hinsicht auf die Rechtsfolge in Art. 5 Abs. 4 des IAO-Abkommens Nr. 132 bestätigt im Übrigen die in Nr. 60 vertretene Auffassung, dass in beiden Fällen die Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers gleich ist.

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

Mitgliedstaaten der Europäischen Union zählen [57], dies „unter Bedingungen sicherzustellen, die von der zuständigen Stelle oder durch geeignete Verfahren in jedem Land zu bestimmen sind", dennoch beschränkt sich die Kompetenz der Mitgliedstaaten auch hier auf den Erlass von Durchführungsmaßnahmen, so dass es ihnen rechtlich verwehrt sein dürfte, jene Arbeitsversäumnisse nicht als Dienstzeit anzusehen.

68. Damit stimmen die Normen des IAO-Abkommens Nr. 132 und der Richtlinie 2003/88 in ihrer rechtlichen Grundaussage im Wesentlichen überein [58]. Demzufolge sind die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, diese Normen so auszulegen und ihre nationalen Rechtsordnungen so zu gestalten, dass Arbeitsversäumnisse infolge von Krankheit den Anspruch auf den bezahlten Mindestjahresurlaub unberührt lassen.

B — *Zur zweiten Frage*

69. 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.

70. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs soll dieses Verbot gewährleisten, dass der

57 — Alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind Mitglieder der IAO. Die Europäische Gemeinschaft ist zwar kein Mitglied, jedoch setzen sich beide Organisationen gemäß dem bisherigen Schriftwechsel zwischen der Europäischen Kommission und dem Generaldirektor der IAO vom 14. Mai 2001 für den sozialen und wirtschaftlichen Fortschritt, die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen sowie die Förderung der Beschäftigung ein (ABl. C 165, S. 23). Seit der ersten Vereinbarung zwischen der IAO und der Europäischen Gemeinschaft im Jahr 1958 haben die beiden Organisationen ihre Zusammenarbeit zur Verwirklichung dieser Ziele schrittweise ausgebaut. Auf institutioneller Ebene besitzt die Europäische Kommission Beobachterstatus. Sie beteiligt sich an der Koordinierung der Position der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft innerhalb der IAO, um so die Übereinstimmung zwischen den IAO-Normen und den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft zu gewährleisten und damit die Ratifizierung der IAO-Normen zu erleichtern. Ratifiziert haben das IAO-Abkommen Nr. 132 bis heute Belgien (2. Juni 2003), die Tschechische Republik (23. August 1996), Finnland (15. Januar 1990), Deutschland (1. Oktober 1975), Ungarn (19. August 1998), Irland (20. Juni 1974), Italien (28. Juli 1981), Lettland (10. Juni 1994), Luxemburg (1. Oktober 1979), Malta (9. Juni 1988), Portugal (17. März 1981), Slowenien (29. Mai 1992), Spanien (30. Juni 1972) und Schweden (7. Juni 1978). Andere Mitgliedstaaten wie Bulgarien (29. Dezember 1949), Dänemark (22. Juni 1939), Frankreich (23. August 1939), Griechenland (13. Juni 1952) und die Slowakei (1. Januar 1993) sind vorerst noch Unterzeichnerstaaten des älteren IAO-Abkommens Nr. 52. Ferner ist zu bedenken, dass den IAO-Abkommen nicht selten auch faktische Wirkung zukommt, da sie aufgrund ihrer Vorbildfunktion auch ohne förmliche Ratifizierung Einfluss auf die Entwicklung der Rechtsordnungen zahlreicher Staaten nehmen (siehe dazu Verdier, J.-M., „L'apport des normes de l'OIT au droit français du travail", *Revue internationale du Travail*, Band 132, 1993, Nr. 5-6, S. 474, 478; Kohl, H., „Pas de paix possible sans une politique sociale internationale", *Regards sur l'avenir de la justice sociale — Mélanges à l'occasion du 75e anniversaire de l'OIT,* Genf 1994, S. 177).

58 — 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).

Arbeitnehmer normalerweise über eine tatsächliche Ruhezeit verfügen kann, damit ein wirksamer Schutz seiner Sicherheit und seiner Gesundheit sichergestellt ist [59]. Verhindert werden soll dadurch ein missbräuchlicher „Abkauf" des Urlaubsanspruchs durch den Arbeitgeber bzw. ein Verzicht des Arbeitnehmers darauf aus rein finanziellen Erwägungen [60].

71. 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 [61]. 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 [62]. 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 [63]. 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.

72. Der Gerichtshof hat im Urteil Robinson-Steele [64] 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.

73. Insofern ergibt sich die Antwort auf die zweite Vorlagefrage bereits aus der Antwort auf die erste Frage. Wenn nämlich das automatische Erlöschen des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub nach Ablauf einer bestimmten Frist, wie bereits festgestellt, im Widerspruch zum Ziel der Richtlinie 2003/88 steht, dann muss dies in gleicher Weise für den an den Urlaubsanspruch anknüpfenden Urlaubsabgeltungsanspruch als Sekundäranspruch gelten.

74. Dagegen kann dem Vorbringen der Beklagten des Ausgangsrechtsstreits nicht gefolgt werden, wonach die Aussicht, die gegebenenfalls über mehrere Jahre angesammel-

59 — Urteile BECTU (in Fn. 7 angeführt, Randnr. 44), Merino Gómez (in Fn. 25 angeführt, Randnr. 30) und Robinson-Steele (in Fn. 28 angeführt, Randnr. 60).

60 — Im Urteil Federatie Nederlandse Vakbeweging (in Fn. 25 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".

61 — Urteil Robinson-Steele (in Fn. 28 angeführt, Randnr. 58).

62 — Bogg, A. L., a. a. O., Fn. 32, S. 899.

63 — In diesem Sinne auch Generalanwalt Tizzano in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache BECTU (in Fn. 9 angeführt, Nr. 38).

64 — Urteil Robinson-Steele (in Fn. 28 angeführt, Randnr. 58).

ten erheblichen Urlaubsansprüche bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgelten zu müssen, Arbeitgeber dazu bewegen könnte, sich früher von langfristig erkrankten Arbeitnehmern durch Kündigung zu trennen. Hiergegen lässt sich nämlich einwenden, dass gerade das Fehlen einer Pflicht des Arbeitgebers zur Abgeltung des nicht genommenen Urlaubs ihn dazu ermutigen könnte, Arbeitnehmer vor Gewährung des Jahresurlaubs zu entlassen, da er andernfalls verpflichtet wäre, den Anspruch der Arbeitnehmer auf bezahlten Mindestjahresurlaub nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 zu erfüllen. Will man einem missbräuchlichen Rückgriff auf das Kündigungsrecht zwecks Umgehung dieses gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Grundrechts vorbeugen, so muss dem Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf jeden Fall ein Anspruch auf finanzielle Vergütung als Ersatz für erworbenen und nicht genommenen Urlaub zugestanden werden.

75. Auch eine rechtsvergleichende Untersuchung der einschlägigen Bestimmungen des IAO-Abkommens Nr. 132 lässt keine abweichende Schlussfolgerung zu. Art. 11 des Abkommens stipuliert den grundsätzlichen Anspruch eines Arbeitnehmers auf eine Urlaubsabgeltung im Verhältnis zu der Dienstzeit, für die er keinen solchen Urlaub erhalten hat. Da der Urlaubsabgeltungsanspruch auch hier an den Anspruch auf den Mindestjahresurlaub als Primäranspruch anknüpft, ist Art. 5 Abs. 4 des Abkommens heranzuziehen, wonach Arbeitsversäumnisse aus Gründen, die unabhängig vom Willen des beteiligten Arbeitnehmers bestehen, wie z. B. Krankheit, Unfall oder Mutterschaft, als Dienstzeit anzurechnen sind [65]. Demzufolge kann sich eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit nicht zum Nachteil des Urlaubsabgeltungsanspruchs auswirken.

76. Vor diesem Hintergrund ist Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 dahin zu verstehen, dass Arbeitnehmern bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf jeden Fall ein Anspruch auf finanzielle Vergütung als Ersatz für erworbenen und nicht genommenen Urlaub zusteht.

C — *Zur dritten Frage*

77. Wie bereits festgestellt, folgt sowohl aus einer teleologischen Auslegung von Art. 7 der Richtlinie 2003/88 [66] als auch aus dem Rechtsgedanken des Art. 5 Abs. 4 des IAO-Abkommens Nr. 132 [67], 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.

78. Im selben Zeitraum entstehen deshalb alle Ansprüche des Arbeitnehmers, einschließlich des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub, der genommen werden kann, wenn die Arbeitsfähigkeit wiederhergestellt

65 — Siehe Nr. 66.

66 — Siehe Nrn. 55 bis 65.

67 — Siehe Nrn. 66 bis 68.

ist, oder der — bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses — auch bei eingetretener vollständiger Erwerbsunfähigkeit durch Zahlung einer Abgeltung ersetzt wird.

79. Die Entstehung des Anspruchs auf Jahresurlaub bzw. auf Abgeltung dem Grunde nach ist nicht an die Bedingung der vorherigen Erbringung einer effektiven Tätigkeit geknüpft, so dass diese Ansprüche dem Arbeitnehmer auch dann zustehen, wenn er im gesamten Urlaubsjahr aus Krankheitsgründen gefehlt hat.

80. Was die weitergehende Teilfrage, ob diese Ansprüche auch bei unentschuldigtem Fehlen im gesamten Urlaubsjahr entstehen, betrifft, möchte ich daran erinnern, dass nach ständiger Rechtsprechung das mit Art. 234 EG eingerichtete Verfahren der Vorabentscheidung ein Instrument der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten ist, mit dem der Gerichtshof diesen Gerichten die Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts gibt, die sie zur Entscheidung des bei ihnen anhängigen Rechtsstreits benötigen [68].

81. Im Rahmen dieser Zusammenarbeit ist es allein Sache des mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Gerichts, in dessen Verantwortungsbereich die zu erlassende gerichtliche Entscheidung fällt, im Hinblick auf die Besonderheiten der Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof von ihm vorgelegten Fragen zu beurteilen. Betreffen daher die vorgelegten Fragen die Auslegung des Gemeinschaftsrechts, so ist der Gerichtshof grundsätzlich gehalten, darüber zu befinden [69].

82. Der Gerichtshof hat jedoch auch entschieden, dass es ihm in Ausnahmefällen obliegt, zur Prüfung seiner eigenen Zuständigkeit die Umstände zu untersuchen, unter denen er von dem nationalen Gericht angerufen wird. Er kann die Entscheidung über die Vorlagefrage eines nationalen Gerichts nur ablehnen, wenn die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn er nicht über die tatsächlichen oder rechtlichen Angaben verfügt, die für eine sachdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Frage erforderlich sind [70].

83. Der Geist der Zusammenarbeit, in dem das Vorlageverfahren durchzuführen ist, impliziert nämlich, dass das nationale Gericht seinerseits auf die dem Gerichtshof übertragene Aufgabe Rücksicht nimmt, die darin besteht, zur Rechtspflege in den Mitgliedstaaten beizutragen, nicht aber darin, Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen abzugeben [71].

68 — Vgl. u. a. Urteile vom 16. Juli 1992, Meilicke (C-83/91, Slg. 1992, I-4871, Randnr. 22), und vom 5. Februar 2004, Schneider (C-380/01, Slg. 2004, I-1389, Randnr. 20).

69 — Urteil Schneider (in Fn. 68 angeführt, Randnr. 21) und die dort zitierte Rechtsprechung.

70 — Vgl. u. a. Urteile vom 16. Dezember 1981, Foglia/Novello (244/80, Slg. 1981, 3045, Randnr. 18), vom 15. Juni 1995, Zabala Erasun u. a. (C-422/93 bis C-424/93, Slg. 1995, I-1567, Randnr. 29), vom 12. März 1998, Djabali (C-314/96, Slg. 1998, I-1149, Randnr. 19), und Schneider (in Fn. 68 angeführt, Randnr. 22). Siehe zuletzt die Schlussanträge von Generalanwalt Tizzano vom 18. Januar 2005 in der Rechtssache Längst (C-165/03, Slg. 2005, I-5637, Nr. 45) und das Urteil vom 30. Juni 2005 in derselben Rechtssache (Slg. 2005, I-5637, Randnrn. 30 bis 35).

71 — Urteil Schneider (in Fn. 68 angeführt, Randnr. 23).

84. Aus dem Vorlagebeschluss geht hervor, dass der Kläger des Ausgangsrechtsstreits ab dem 8. September 2004 fortlaufend bis zum 30. September 2005, also bis zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ärztlich krankgeschrieben war. Sein Fehlen war somit eindeutig entschuldigt, so dass der Gerichtshof zur Teilfrage, ob der Anspruch auf Jahresurlaub oder auf finanziellen Ersatz auch bei unentschuldigtem Fehlen entsteht, mangels Entscheidungserheblichkeit für die Lösung des Ausgangsrechtsstreits nicht Stellung zu nehmen braucht.

VII — Ergebnis

85. Im Hinblick auf die vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf das Vorabentscheidungsersuchen des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf wie folgt zu antworten:

1. Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG ist dahin zu verstehen, dass Arbeitnehmer auf jeden Fall einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen erhalten müssen. Insbesondere ist ein vom Arbeitnehmer wegen Krankheit im Urlaubsjahr nicht genommener Urlaub zu einer späteren Zeit zu gewähren.

2. Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG ist dahin zu verstehen, dass Arbeitnehmern bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf jeden Fall ein Anspruch auf finanzielle Vergütung als Ersatz für erworbenen und nicht genommenen Urlaub (Urlaubsabgeltung) zusteht.

3. Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG ist dahin zu verstehen, dass der Anspruch auf Jahresurlaub oder auf finanziellen Ersatz auch bei entschuldigtem Fehlen (wegen Krankheit) im gesamten Urlaubsjahr entsteht.