

Heidelberg-Mannheimer Kolloquium: Horizontale (Direkt-)Wirkung der
europäischen Grundrechte im Arbeits- und Zivilrecht

Universitäten Heidelberg und Mannheim

1. Februar 2019

Der Blickwinkel einer deutschen Arbeitsrichterin

Inken Gallner

Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht

A. Methodische Fragen und „Unfälle“ im Mehrebenensystem

Die unmittelbare Wirkung europäischen Primärrechts ist für die deutsche arbeitsrechtliche Praxis von großer Bedeutung.

I. Methodik

Ich bin von Haus aus Urlaubsrechtlerin. Deshalb möchte ich Ihnen in der Zeit, die ich habe, auch eine zum Teil selbst erlebte Geschichte zwischen Luxemburg und Erfurt aus dem Urlaubsrecht erzählen.

Das Urlaubsrecht ist mittlerweile ein wertvolles methodisches Labor des Unionsrechts und seiner einzelstaatlichen Rezeption geworden.

Aber: Die horizontale Direktwirkung europäischen Primärrechts hat in Fragen des Urlaubsrechts nur sein „jüngstes Kleid“ übergestreift. Dieser methodische Ansatz ist anhand des Urlaubsrechts noch deutlicher konturiert worden. Ich halte diese Methodik für konsequent, um es vorwegzunehmen.

Aus meiner Sicht viel neuralgischer ist die Beziehung zwischen der Religion im Arbeitsleben und der unternehmerischen Freiheit.

Solche Konflikte sind für die Betroffenen aus Gründen ihrer Identität existenziell. Der Betroffene kann nicht darauf verzichten, seine Religion auszuüben und zu bekunden, ohne ein anderer zu werden.

Ich möchte die methodischen Probleme vorab an dem Beispiel des Tragens religiöser Symbole am Arbeitsplatz sichtbar machen.

II. Tragen religiöser Symbole am Arbeitsplatz und Methodik

Was geschieht, wenn eine Frau muslimischen Glaubens, die Verkaufsberaterin in einer Drogeriemarktkette ist, während ihrer Arbeit ein islamisches Kopftuch tragen möchte?

Die Arbeitgeberin stützt sich für das Kopftuchverbot auf eine für alle Verkaufsfilialen geltende Kleiderordnung.

Nach ihr soll es verboten sein, in den Verkaufsfilialen auffällige großflächige religiöse, politische und sonstige weltanschauliche Zeichen am Arbeitsplatz zu tragen.

Der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat dem Gerichtshof der Europäischen Union am Mittwoch (30. Januar 2019) vier Fragen vorgelegt und darum gebeten, sie auf der Grundlage des Rechts der Europäischen Union zu beantworten.

Ein Gemeinplatz: Für die Auslegung des Unionsrechts ist der Gerichtshof der Europäischen Union zuständig.

Ein letztinstanzliches Gericht muss den EuGH nach Art. 267 Unterabs. 3 AEUV anrufen, wenn es Zweifel daran hat, wie das Recht der Europäischen Union auszulegen ist.

Im Schwerpunkt geht es bei den Fragen des Zehnten Senats des BAG darum, wie der Konflikt zwischen der unternehmerischen Freiheit der Arbeitgeberin und der Religionsfreiheit der Arbeitnehmerin aufzulösen ist.

Kann die Religionsfreiheit der unternehmerischen Freiheit auf der Grundlage des Rechts der Europäischen Union überhaupt gegenübergestellt werden?

Kann sie mit ihr abgewogen werden?

Wenn ja: Nach welchen Kriterien überwiegt der Schutz der unternehmerischen Freiheit oder umgekehrt der Schutz der Religionsfreiheit?

Hier sind drei Grund- und Menschenrechtsordnungen miteinander in Einklang zu bringen.

Die Religionsfreiheit wird dreifach geschützt, durch

- das deutsche Grundgesetz (Art. 4 GG),
 - die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC, Art. 10 GRC)
- und

- die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK, Art. 9 EMRK).

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in der Entscheidung Achbita/G4S Secure Solutions¹ eine allgemeine unternehmensweite Regel akzeptiert, die neutrale Bekleidung verlangte. Durch sie wurden auch islamische Kopftücher verboten.

Die Sache Achbita ist gemeinsam mit der Entscheidung Bougnaoui und ADDH des EuGH ebenfalls vom 14. März 2017 zu lesen.²

Eine Besonderheit der Fälle Achbita und Bougnaoui bestand darin, dass sie in Belgien und Frankreich angesiedelt waren, d. h. in laizistischen Rechts- und Gesellschaftsordnungen.

Nach der Rspr. des Bundesverfassungsgerichts ist es von der Religionsfreiheit des Grundgesetzes grundsätzlich geschützt, am Arbeitsplatz ein islamisches Kopftuch zu tragen.³

Der Arbeitgeber darf das nur verbieten, wenn betriebliche Störungen oder wirtschaftliche Einbußen drohen.

Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg nimmt eine Abwägung zwischen den Rechten der Kopftuch tragenden Arbeitnehmerin und denen des Arbeitgebers vor.⁴

¹ EuGH 14. März 2017 - C-157/15 - Rn. 38 ff. mwN auch aus der Rechtsprechung des EGMR: 15. Januar 2013 - 48420/10, 59842/10, 51671/10 und 36516/10 - [Eweida u. a./Großbritannien].

² EuGH 14. März 2017 - C-188/15 - [Bougnaoui und ADDH].

³ Z. B. BVerfG 18. Oktober 2016 - 1 BvR 354/11 -; praktische Konkordanz.

⁴ Etwa EGMR 15. Januar 2013 - 48420/10, 59842/10, 51671/10 und 36516/10 - [Eweida u. a./Großbritannien] Rn. 84, 93.

Der Zehnte Senat des BAG hat den EuGH nun gefragt, ob die drei Grundrechtssysteme für Kopftuchverbote am Arbeitsplatz im Wesentlichen übereinstimmen oder wie ein möglicher Konflikt aufzulösen ist.

Für uns war neben der richtlinienkonformen Auslegung von § 106 GewO und §§ 7, 1, 3 AGG anhand von Art. 2 Abs. 2 Buchst. b und Art. 8 der Richtlinie 2000/78/EG, der sog. Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie, auch die Frage nach der horizontalen Direktwirkung der von Art. 16 GRC geschützten unternehmerischen Freiheit von Bedeutung.

Weshalb? Es ist ein Fall zwischen Privaten, der Arbeitnehmerin und einem privatrechtlich strukturierten Unternehmen.

In der GRC ist auch die Religionsfreiheit geschützt, Art. 10 GRC.

Art. 10 AEUV weist der Europäischen Union die Aufgabe zu, Diskriminierungen aus Gründen der Religion zu bekämpfen.

Art. 21 GRC enthält ein primärrechtliches Diskriminierungsverbot. Primärrechtlich ist es deshalb, weil Art. 6 EUV die GRC mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 in den Stand der Verträge erhoben hat, ihr also die „Würde des Primärrechts verliehen“ hat.

Folge des primärrechtlichen Anwendungsvorrangs der „wirklichen“ Grundrechte der GRC ist es, dass nationales Recht, selbst Verfassungsrecht, auch im Privatrechtsverhältnis unangewendet bleiben muss.

Das hat der EuGH im Ausgangspunkt in Fragen der Altersdiskriminierung,⁵ aber auch im religiösen Bereich in der Sache Egenberger⁶ und im Chefarztfall IR⁷ und für den durch Art. 31 Abs. 2 GRC geschützten Jahresurlaub⁸ angenommen.

Die Grundrechtsdogmatik der GRC ist nach der Rspr. des EuGH jedoch differenziert. Nicht jedes Recht der Charta führt dazu, dass entgegenstehendes nationales Recht unangewendet bleiben muss.

Das hat der EuGH in der Sache Association de médiation sociale hervorgehoben. Dort ging es um das Unterrichts- und Anhörungsrecht des Art. 27 GRC und um die Unterrichtsrichtlinie 2002/14/EG. Der EuGH hat ein Konkretisierungsverhältnis mit dem Argument verneint, Art. 27 GRC verweise auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.⁹

Um auf die Problematik des islamischen Kopftuchs zurückzukommen. Art. 16 GRC enthält für die unternehmerische Freiheit mit Blick auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten eine identische Formulierung wie Art. 27 GRC.¹⁰

Für den Zehnten Senat des BAG ist es deshalb wichtig zu erfahren, ob das Abwägungserfordernis der in Art. 4 GG verfassungsrechtlich geschützten Religionsfreiheit wegen des möglichen, aber keineswegs sicheren, sondern eher

⁵ EuGH 19. April 2016 - C-441/14 - [Dansk Industri] Rn. 38 ff.; 19. Januar 2010 - C-555/07 - [Kücükdeveci] Rn. 48.

⁶ EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 70 ff.; vgl. zu Reichweite und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung dagegen z. B. EuGH 19. April 2016 - C-441/14 - [Dansk Industri] Rn. 38 ff.; 24. Januar 2012 - C-282/10 - [Dominguez] Rn. 25; 5. Oktober 2004 - C-397/01 bis C-403/01 - [Pfeiffer] Rn. 113 f.

⁷ EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - [IR, sog. Chefarztfall] Rn. 62 ff.

⁸ EuGH 6. November 2018 - C-619/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e. V.] Rn. 62 ff.; EuGH 6. November 2018 - C-569/16 und C-570/16 - [verbundene Rechtssachen Stadt Wuppertal und Willmeroth] Rn. 64 ff.

⁹ EuGH 15. Januar 2014 - C-176/12 - [Association de médiation sociale] Rn. 45 f.

¹⁰ In der Analyse ebenso *Morgenbrodt* ZESAR 2017, 17, 22.

zweifelhaften Anwendungsvorrangs der von Art. 16 GRC geschützten unternehmerischen Freiheit unangewendet bleiben muss.

Das ist national sensibel: Art. 4 GG enthält enge Bezüge zum höchsten Verfassungswert der Menschenwürde des Art. 1 GG.¹¹

III. Medienecho, Fachöffentlichkeit und Methodik

Die Vorlagefragen des Zehnten Senats des BAG in der Sache, die das Tragen eines islamischen Kopftuchs behandelt, haben dem Senat auf der Meinungsseite der Süddeutschen Zeitung vom 31. Januar 2019 die Überschrift „Ängstliche Richter“ eines Artikels von Detlef Esslinger eingetragen.

Herr Esslinger hat uns u. a. vorgehalten, wir suchten Verstärkung beim EuGH, obwohl wir das Kopftuchverbot in Wahrheit „kippen“ wollten.

Eine solche Kritik müssen wir jederzeit aushalten.

Sie ist in ihrer Pauschalität allerdings gefährlich, weil sie das behutsam auszubalancierende Gleichgewicht verschiedener rechtlicher Ebenen belastet.

An ihr wird das sensible Kooperationsverhältnis zwischen dem Gerichtshof der Europäischen Union, dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, dem Bundesverfassungsgericht und den nationalen Fachgerichten mit dem Bundesarbeitsgericht als dritter Instanz der Arbeitsgerichtsbarkeit besonders sichtbar.

Alle vier Ebenen hüten - etwas pathetisch formuliert - bestimmte Rechtsquellen.

Für letztinstanzliche nationale Gerichte besteht nach Art. 267 Unterabs. 3 AEUV eine Vorlagepflicht.

¹¹ BVerfG 24. September 2003 - 2 BvR 1436/02 - zu B II 5 a der Gründe.

Das Zusammenwirken aller vier Gerichte bzw. Gerichtszweige wird in der Fachöffentlichkeit und der rechtlich interessierten allgemeinen Öffentlichkeit aufmerksam beobachtet.

In redliche Auslegungsbemühungen in der jeweiligen Interpretationskompetenz werden leicht Machtbestreben, Verletztheit und Auflehnung hineingelesen. Dogmatisch-methodische Fragen werden als Machtfragen bewertet und entwertet.

So hat ein renommierter deutscher Professor in einer größeren Fachtagung das Vorabentscheidungsersuchen des Bundesarbeitsgerichts vom 28. Juli 2016 im Chefarztfall dahin persifliert, das BAG suche als vom Vater BVerfG gescholtenes Kind Schutz bei der Mutter EuGH.¹²

Ich halte solche Begebenheiten für schwerere Unfälle in dem behutsam auszutrierenden Kooperationsverhältnis zwischen dem EuGH, dem EGMR, dem BVerfG, dem BAG und den anderen Bundesgerichten.

Mein Bedauern ist umso größer, als ich es außerordentlich begrüße, dass die deutschen obersten Gerichtshöfe des Bundes inzwischen vermehrt von dem Instrument des Vorabentscheidungsersuchens Gebrauch machen.

Das Unionsrecht ist in den Köpfen und im prozessualen Vorgehen nun wirklich angekommen. Dem EuGH, dem EGMR, dem BVerfG und den nationalen Fachgerichten sind klar umgrenzte Auslegungskompetenzen zugewiesen.

Das wird besonders augenfällig an dem Umstand, dass jeder Senat des BAG mittlerweile zumindest ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet hat. Das spricht klar gegen eine Wagenburgmentalität.

¹² Vgl. das Vorabentscheidungsersuchen BAG 28. Juli 2016 - 2 AZR 746/14 (A) - Rn. 34 ff.; kritisch z. B. Gruber/Axtmann ZMV 2017, 122, 124 f.; Weis EuZA 2017, 214, 221.

Wegen der mitunter in Machtfragen „umgedeuteten“ und damit fehlinterpretierten methodischen Fragen möchte ich die Bedeutung des methodischen Problems der

- ausschließlich sekundärrechtlichen Verankerung eines Diskriminierungsverbots oder
- seiner bloßen Konkretisierung in der Richtlinie auf primärrechtlicher Grundlage

hervorheben.

B. Szenenwechsel: Urlaubsrecht, EuGH 6. November 2018

I. Pflicht des Arbeitgebers, Urlaub zu gewähren

Der EuGH hat am 6. November 2018 u. a. entschieden, dass der Arbeitgeber Urlaub auch dann gewähren muss, wenn der Arbeitnehmer ihn nicht beantragt hat.¹³

Das BAG hatte bisher angenommen, dass der Urlaubsanspruch am Ende des Urlaubsjahres verfällt, wenn kein Übertragungsgrund iSv. § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG besteht. Ein Schadensersatzanspruch aufgrund Verzugs setzt nach dieser Rspr. grundsätzlich eine Mahnung voraus.¹⁴

Das LAG München war demgegenüber davon ausgegangen, dass ein Schadensersatzanspruch bereits deswegen entstehe, weil der Arbeitgeber seine Pflicht, Urlaub zu gewähren, nicht erfüllt habe.¹⁵

¹³ EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e. V. gegen Shimizu] Rn. 18 ff.; 6. November 2018 - C-619/16 - [Kreuziger] Rn. 27 ff.; die Frage noch verneinend *Leopold* FA 2016, 330, 334; s. auch *Zaumseil* DB 2016, 2845, 2846; krit. *Barthel/Parafianowicz* AuA 2018, 86 ff.; *Bauckhage-Hoffer* SAE 2017, 73 ff.; *Glatzel* NZA-RR 2017, 131, 132.

¹⁴ Z. B. BAG 15. Oktober 2013 - 9 AZR 374/12 - Rn. 22.

¹⁵ LAG München 6. Mai 2015 - 8 Sa 982/14 - zu I 2 der Gründe mwN; s. z. B. auch OVG Berlin-Brandenburg 14. September 2016 - OVG 4B 38.14 -; zu weiterer Instanzrechtsprechung *Gooren* NZA 2016, 1374, 1376; *Leopold* FA 2016, 330, 331 ff.

Die Entscheidung des LAG München führte zu einem Vorabentscheidungsersuchen des BAG nach Art. 267 AEUV.¹⁶ Die Fragen lauteten grob umrissen:

Steht Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG oder Art. 31 Abs. 2 GRC einer nationalen Regelung wie der des § 7 BUrlG entgegen, wonach der Arbeitnehmer den Urlaub unter Angabe seiner Urlaubswünsche beantragen muss, damit der Urlaubsanspruch nicht ersatzlos untergeht? Das bedeutet, dass der Arbeitgeber nach nationalem Recht nicht verpflichtet ist, den Urlaub von sich aus einseitig - ohne Antrag oder Wunsch des Arbeitnehmers - zu gewähren und ihn zeitlich festzulegen.

Wird die erste Frage bejaht: Gilt das auch, wenn das Arbeitsverhältnis zwischen Privatpersonen besteht?

Sollte der nationalen Regelung Unionsrecht entgegenstehen, stellte sich aus Sicht des BAG die weitere Frage, ob die aus Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie oder aus Art. 31 Abs. 2 GRC entnommene Verpflichtung unmittelbare Wirkung zwischen Privatpersonen entfaltet.

Es handelt sich gewissermaßen um die Gretchenfrage auf der Schnittstelle zwischen unionsrechtlichem und deutschem Urlaubsverständnis.¹⁷

Der EuGH hat angenommen, dass Urlaubs(-abgeltungs)ansprüche bei einem fehlenden Urlaubsantrag nur untergehen können, wenn der Arbeitnehmer als schwächere Partei des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber tatsächlich in die

¹⁶ BAG 13. Dezember 2016 - 9 AZR 541/15 (A) - Rn. 10 ff., beim EuGH anhängig gewesen unter - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e. V. gegen Shimizu]; Urteile des EuGH vom 6. November 2018; die Frage verneinend *Leopold* FA 2016, 330, 334; s. auch *Zaumseil* DB 2016, 2845, 2846; krit. *Barthel/Parafianowicz* AuA 2018, 86 ff.; *Bauckhage-Hoffer* SAE 2017, 73 ff.; *Glatzel* NZA-RR 2017, 131, 132.

¹⁷ Für die Pflicht des Arbeitgebers, Urlaub ohne Antrag zu gewähren, schon *Kohte* FS Schwedtdner S. 99, 115; ebenso in jüngerer Vergangenheit *Hackmann* FS Kohte S. 293, 307 ff.; *Hlava* jurisPR-ArbR 41/Anm. 6; *Klenter* PersR 2016, 40; *Polzer/Kafka* NJW 2015, 2289, 2293; dagegen unter Hinweis auf das Übertragungsverbot des § 7 Abs. 3 BUrlG und den einer Ansammlung entgegenstehenden Urlaubszweck z. B. *Boemke* jurisPR-ArbR 37/2015 Anm. 5; *Ecklebe* DB 2014, 1991; *Geyer* ZTR 2016, 629; *Gooren* NZA 2016, 1374, 1376 ff. mwN; *Schlachter/Heinig/Rudkowski* § 12 Rn. 41; im Ergebnis offengelassen von *Schmidt* ZESAR 2017, 125, 127 f.

Lage versetzt werde, die Urlaubstage rechtzeitig zu nehmen. Das hat der Arbeitgeber zu beweisen. Der Arbeitnehmer darf nicht abgeschreckt werden, seine Ansprüche geltend zu machen.¹⁸

Die Pflicht des Arbeitgebers geht jedoch nicht so weit, dass er den Arbeitnehmer zwingen muss, die Ruhezeiten in Anspruch zu nehmen. Der Urlaubsanspruch aus Art. 31 Abs. 2 GRC, Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie darf auch nicht dazu genutzt werden, Urlaubstage anzusammeln, um sie nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgelten zu lassen.

Der Schutz von Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer liegt nicht nur in individuellem Interesse, sondern auch im Interesse des Arbeitgebers und der Allgemeinheit.

Dem Neunten Senat ging es mit seinem Vorabentscheidungsersuchen auch um das Problem, ob Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie in seinen beiden Absätzen seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon eine bloße Konkretisierung des im Primärrecht des Art. 31 Abs. 2 GRC (Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Halbs. 2 EUV) verankerten Urlaubsanspruchs ist.

Das hätte zur Folge, dass entgegenstehendes innerstaatliches Recht - hier ggf. § 7 Abs. 3 BUrlG - auch im Verhältnis zwischen Privaten unangewandt bleiben müsste. Der EuGH hatte diese Frage bislang noch nicht beantwortet, weil den bisherigen Vorabentscheidungsersuchen Urlaubs(-abgeltungs)ansprüche aus Bezugszeiträumen vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 zugrunde lagen.¹⁹

¹⁸ EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e. V.] Rn. 18 ff.; 6. November 2018 - C-619/16 - [Kreuziger] Rn. 27 ff.

¹⁹ EuGH 26. März 2015 - C-316/13 - [Fenoll] Rn. 13, 44 ff.; 3. Mai 2012 - C-337/10 - [Neidel] Rn. 14; 24. Januar 2012 - C-282/10 - [Dominguez] Rn. 10.

Der EuGH hat in diesen Entscheidungen stets betont, dass Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG selbst keine unmittelbare Wirkung zwischen Privaten zu-
kommt, wenn eine richtlinienkonforme Auslegung oder Fortbildung scheitert.

Vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon blieb der Betroffene auf einen Staats-
haftungsanspruch gegen den Mitgliedstaat wegen nicht ordnungsgemäßer Um-
setzung der Arbeitszeitrichtlinie verwiesen.²⁰

Die Fragen des Vorabentscheidungsersuchens des Neunten Senats in der Sache
Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e. V.²¹ waren durch
das Urteil des EuGH in der Sache King jedenfalls nicht vollständig beantwortet.²²

Die Entscheidung in der Sache King behandelt ein Ausgangsverfahren, das aus
dem Vereinigten Königreich stammt und ein Arbeitsverhältnis von mehr als
13 Jahren zum Gegenstand hat. Der EuGH hat entschieden, dass Urlaubs- und
Urlaubsabgeltungsansprüche wegen Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG
nicht verfallen dürfen, wenn der Arbeitgeber verhindert, dass der Arbeitnehmer
bezahlten Jahresurlaub nimmt. Die Urlaubs(-abgeltungs)ansprüche sammeln
sich an.²³ Eine solche unionsrechtswidrige Verhinderung kann auch jede Praxis
oder Unterlassung des Arbeitgebers sein, die den Arbeitnehmer davon abhalten
kann, den Jahresurlaub zu nehmen. Im konkreten Fall hatte der Arbeitgeber in
über 13 Jahren keinen bezahlten Urlaub gewährt. Wenn Herr King frei hatte,
wurde er nicht vergütet.

Der Gerichtshof unterscheidet in der Kategorie der Urlaubsansprüche, die der
Arbeitnehmer aus Gründen nicht verwirklicht, die von seinem Willen unabhängig

²⁰ EuGH 26. März 2015 - C-316/13 - [Fenoll] Rn. 44 ff., vor allem Rn. 48; *Biltgen* NZA 2016, 1245, 1251.

²¹ BAG 13. Dezember 2016 - 9 AZR 541/15 (A) -, beim EuGH anhängig gewesen unter - C-684/16 - [Max-
Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e. V. gegen Shimizu]; Urteile des EuGH vom 6. No-
vember 2018.

²² EuGH 29. November 2017 - C-214/16 - [King]; s. auch die Schlussanträge in dieser Sache von General-
anwalt Tanchev vom 8. Juni 2017.

²³ EuGH 29. November 2017 - C-214/16 - [King] Rn. 31 ff.

sind, zwischen arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmern und Arbeitnehmern, deren Urlaub der Arbeitgeber verhindert. Bei lang andauernden Erkrankungen muss der Arbeitgeber davor geschützt werden, dass sich zu lange Abwesenheitszeiten ansammeln und arbeitsorganisatorische Schwierigkeiten auftreten.

Deshalb hat es der EuGH in der Sache KHS nicht beanstandet, wenn nationales Recht die Ansammlung von Urlaubsansprüchen auf einen Übertragungszeitraum von 15 Monaten begrenzt.²⁴ Der Gerichtshof charakterisiert den Fall der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit als besondere Konstellation innerhalb der Gruppe der vom Willen des Arbeitnehmers unabhängigen Gründe für nicht genommenen Urlaub.²⁵ Es handelt sich also um eine Ausnahme. Die Rspr. des BAG in der Folge von KHS wird durch diese Klarstellung nicht beeinträchtigt. Auch das BAG hat den Übertragungszeitraum von 15 Monaten für Fälle krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit in § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG hineingelesen.²⁶

Die Frage der Rechtsnatur von Art. 31 Abs. 2 GRC stellte sich in der Entscheidung King nicht.

Der EuGH hat die Frage nun in den Sachen Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e. V.,²⁷ Stadt Wuppertal und Willmeroth²⁸ beantwortet. Er kommt zu dem Ergebnis, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub, wie er seit dem 1. Dezember 2009 in Art. 31 Abs. 2 GRC niedergelegt ist, nicht nur ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der EU ist, sondern ein vollwertiges soziales Grundrecht, das gegenüber privatrechtlich strukturierten

²⁴ EuGH 22. November 2011 - C-214-10 - [KHS] Rn. 38 f., 44.

²⁵ EuGH 22. November 2011 - C-214-10 - [KHS] Rn. 54 ff.

²⁶ BAG 7. August 2012 - 9 AZR 353/10 - Rn. 23 ff.

²⁷ EuGH 6. November 2018 - C-619/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e. V.] Rn. 62 ff.

²⁸ EuGH 6. November 2018 - C-569/16 und C-570/16 - [verbundene Rechtssachen Stadt Wuppertal und Willmeroth] Rn. 64 ff.

Arbeitgebern unmittelbar wirkt.²⁹ Art. 31 Abs. 2 GRC ist nach dieser Auffassung zwingend. Die Erläuterungen der GRC verweisen auf die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG. Art. 31 Abs. 2 GRC garantiert dem Arbeitnehmer aus Sicht des EuGH deshalb einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen.

Die Normenverflechtung aus Art. 31 Abs. 2 GRC und Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie schützt auch den Urlaubsabgeltungsanspruch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, selbst wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers endet. Entgegenstehendes nationales Recht muss ungeachtet einer langjährigen abweichenden innerstaatlichen Rspr. unangewendet bleiben.

Im deutschen Recht stellt sich bei Urlaubs(-abgeltungs)ansprüchen, deren Bezugszeiträume in der Vergangenheit über die dreijährige Frist des § 195 BGB hinausreichen, die Frage der Verjährung.³⁰

II. Urlaubsabgeltung bei Tod des Arbeitnehmers: EuGH Bollacke und das BAG

Der Neunte Senat ist bislang davon ausgegangen, der Urlaubsanspruch gehe mit dem Tod des Arbeitnehmers unter und könne sich nicht mehr in einen Abgeltungsanspruch zugunsten der Erben umwandeln.³¹

Diese Lösung ist nach Auffassung des EuGH mit dem Richtlinienrecht unvereinbar. Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie steht einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten entgegen, nach denen der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub ohne Begründung eines Abgeltungsanspruchs für nicht genommenen

²⁹ AA *Rambach/Rambach* ZTR 2018, 374: reines Sekundärrecht; krit. *Krimphove* ArbRAktuell 2018, 295, 296 f.

³⁰ *Oberthür* RdA 2018, 286, 293 ff.

³¹ BAG 12. März 2013 - 9 AZR 532/11 - Rn. 10 ff.; zust. *Höpfner* RdA 2013, 65, 67, 70; *C. Schubert* RdA 2014, 9, 15 f. Anderes gilt, wenn der Erblasser vor seinem Tod wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bereits einen Urlaubsabgeltungsanspruch erworben hatte. Der entstandene Urlaubsabgeltungsanspruch ist als reiner Geldanspruch unbedenklich vererblich: BAG 22.9.2015 - 9 AZR 170/14 - Rn. 18; *ErfK/Gallner* 19. Aufl. BUrlG § 7 Rn. 81; *Höpfner* RdA 2013, 65, 69 f.; *C. Schubert* RdA 2014, 9, 14 ff.; *die-selbe* AP BUrlG § 7 Nr. 76.

Urlaub untergeht, wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers endet. Eine solche Abgeltung kann aus Sicht des EuGH nicht davon abhängen, dass der Betroffene im Vorfeld einen Antrag gestellt hat.³²

Der Neunte Senat hat darauf am 18. Oktober 2016 mit zwei Vorabentscheidungsersuchen reagiert.³³ Er hat dem EuGH in der Rechtsbeziehung zwischen Privaten folgende Fragen vorgelegt:

- Räumt Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG oder Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) dem Erben eines während des Arbeitsverhältnisses verstorbenen Arbeitnehmers einen Anspruch auf einen finanziellen Ausgleich für den dem Arbeitnehmer vor seinem Tod zustehenden Mindestjahresurlaub ein, was nach § 7 Abs. 4 BUrlG iVm. § 1922 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist?
- Falls die Frage zu 1. bejaht wird: Gilt dies auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis zwischen zwei Privatpersonen bestand?

Der EuGH hat in den verbundenen Rechtssachen Stadt Wuppertal und Willmeroth erneut erkannt, dass der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers mit seinem Tod nicht untergeht.³⁴ Das Grundrecht auf bezahlten Jahresurlaub hat eine zeitliche und eine vermögensrechtliche Komponente. Der vermögensrechtliche Aspekt führt dazu, dass die Erben des verstorbenen Arbeitnehmers einen Urlaubsabgeltungsanspruch erwerben.

³² EuGH 12. Juni 2014 - C-118/13 - [Bollacke] Rn. 14 ff.

³³ BAG 18. Oktober 2016 - 9 AZR 196/16 (A) - Rn. 10 ff. (privater Arbeitgeber); s. auch 18. Oktober 2016 - 9 AZR 45/16 (A) - Rn. 12 ff. (öffentlicher Arbeitgeber).

³⁴ EuGH 6. November 2018 - verbundene Rechtssachen C-569/16 und C-570/16 - [Stadt Wuppertal und Willmeroth] Rn. 35 ff.

Die Literatur ging vor der Entscheidung des EuGH in den Sachen Stadt Wuppertal und Willmeroth überwiegend davon aus, dass der EuGH inhaltlich an den Grundsätzen der Entscheidung in der Sache Bollacke festhalten würde.³⁵

Der Neunte Senat hat die Rechtsprechung des EuGH inzwischen mit Urteil vom 22. Januar 2019 nachvollzogen.³⁶

III. Fazit Urlaubsrecht

Gerade das zuletzt genannte „Wechselspiel“ zwischen dem EuGH in der Sache Bollacke und dem Neunten Senat des BAG macht deutlich, dass das Urlaubsrecht im vielbemühten europäischen Mehrebenensystem zu einer sehr komplexen und mitunter wenig vorhersehbaren Materie geworden ist.

Besonders wichtig ist, dass nun geklärt ist, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub aufgrund von Art. 31 Abs. 2 GRC iVm. Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Halbs. 2 EUV ein Grundrecht ist.

Je länger die Rezeption des unionsrechtlichen Urlaubsverständnisses durch das BAG andauert, desto klarer wird, dass es ursprünglich zu einem „clash of cultures“, etwas stark ausgedrückt: einem Kulturkampf, gekommen ist.

Urlaubsrecht ist unionsrechtlich betrachtet Arbeitszeitrecht im weiteren Sinn zum Zweck des Gesundheitsschutzes. Der Jahresurlaub ist nach diesem Verständnis die jährliche Mindestruhezeit. Dieses öffentlich-rechtliche Verständnis der Arbeitszeitregulierung und -harmonisierung im Rahmen des nichttechnischen Arbeitsschutzes ist für die deutsche Kategorisierung noch immer unvertraut.

³⁵ *Buschmann* AuR 2016, 479; *Jesgarzewski* BB 2017, 766, 767; *Klein* jurisPR-ArbR 49/2016; *Schneider* ZESAR 2017, 79, 83; offengelassen von *Gröne* ArbRB 2016, 356, 357; für die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung nach nationalem Recht z. B. *Kamanabrou* RdA 2017, 162, 164 f.

³⁶ BAG 22. Januar 2019 - 9 AZR 45/16 -.

Allerdings haben einzelne Stimmen im deutschen Arbeitsrecht schon früh auf die Parallele des Urlaubsrechts zum Arbeitszeitrecht hingewiesen.³⁷

Das im ArbZG kodifizierte Arbeitszeitrecht im engeren deutschen Sinn ist ebenso wie nach unionsrechtlicher Einordnung öffentliches Recht. Es ist in der Bundesrepublik Deutschland staatlich überwacht und gibt den privatrechtlichen Beziehungen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern einen zwingenden öffentlich-rechtlichen Regelungsrahmen. Weist der Arbeitgeber Arbeit über die wöchentliche Höchstarbeitszeit hinaus zu, verstößt er gegen ein Verbotsgesetz im Sinn von § 134 BGB.³⁸

Urlaubsrecht ist nach der hM im langjährigen deutschen Verständnis demgegenüber reines, wenn auch hinsichtlich des Mindesturlaubs zwingendes Privatrecht.

Die Verfechter der arbeitsschutzrechtlichen These machen jedoch zu Recht darauf aufmerksam, dass Arbeitsschutzrecht nach deutscher Vorstellung nicht auf öffentlich-rechtliche Schutznormen beschränkt ist, sondern auch privatrechtlich ausgestaltet sein kann. Das zeigt § 618 BGB.³⁹

Der Urlaubsanspruch muss nach tradierter deutscher Vorstellung vom Arbeitnehmer durchgesetzt werden, wenn der Arbeitgeber ihn pflichtwidrig nicht gewährt, um den Verfall abzuwenden. Ein Schadensersatzanspruch wegen Verzugs setzt eine Mahnung voraus. Dem hat der EuGH nun eine Absage erteilt.⁴⁰

Die unionale und die deutsche Gedankenwelt nähern sich in der Rezeption der Urlaubsrechtsprechung des EuGH durch das BAG aber zunehmend an. Das zeigte sich schon an dem Vorabentscheidungsersuchen des Neunten Senats zu

³⁷ *Kohte* BB 1984, 609, 614; krit. zu dem Schattendasein der gesundheitsschutzrechtlichen Seite des Urlaubsanspruchs in der Rspr. des BAG *Hackmann* FS Kohte S. 293, 305; *Kohte* FS Schwerdtner S. 99, 114 f.

³⁸ BAG 24.8.2016 - 5 AZR 129/16 - Rn. 31 ff.

³⁹ *Hackmann* FS Kohte S. 293, 307 mwN.

⁴⁰ EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e. V. gegen Shimizu] Rn. 18 ff.

der Frage, ob der Arbeitgeber ohne Mahnung des Arbeitnehmers verpflichtet ist, Urlaub von sich aus zu gewähren.⁴¹ Die Annäherung wird nun auch an der Rezeptionsentscheidung vom 22. Januar 2019 deutlich.⁴²

C. Bewertung der methodischen Dogmatik des EuGH

Ich halte die methodische Dogmatik des EuGH in ihrer Unterscheidung

- der Regel der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts,
- der Horizontalwirkung des Primärrechts, soweit es nicht einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkennt, und
- des nur äußerst selten anzunehmenden Vertrauensschutzes

für konsistent. Sie ist inzwischen in allen drei Punkten durch eine klare Rechtsprechungstradition ausgereift.

D. Meine Schlussfolgerung aus dem rechtlichen Mehrebenensystem: Notwendige Kooperation nach innen und nach außen

Die Fragen des Tragens religiöser Symbole, der kirchlichen Selbstbestimmung und des Urlaubsrechts zeigen die Brisanz des Zusammentreffens der unionsrechtlichen, konventionsrechtlichen, verfassungsrechtlichen und arbeitsrechtlichen Auslegungsmechanismen. Die deutsche Arbeitsgerichtsbarkeit tastet in mehreren Bereichen in der Frage, ob Richtlinienrecht Primärrecht lediglich konkretisiert.

⁴¹ BAG 13. Dezember 2016 - 9 AZR 541/15 (A) -, beim EuGH anhängig gewesen unter - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V. gegen Shimizu]; Urteile des EuGH vom 6. November 2018.

⁴² BAG 22. Januar 2019 - 9 AZR 45/16 -.

Hinsichtlich des Tragens religiöser Symbole verlangt der deutsche Verfassungsrang der Religionsfreiheit eine besonders behutsame Abgrenzung der jeweiligen Auslegungskompetenzen.

Die Wirkung dieser Fragen auf die allgemeine Öffentlichkeit und die Fachöffentlichkeit machen für mich deutlich, wie wichtig das Kooperationsverhältnis der in der Europäischen Union und im Rahmen des Konventionsrechts der EMRK befassten Gerichte ist.

Unsere Aufgabe ist es, unsere unterschiedlichen Interpretationskompetenzen unabhängig von den jeweiligen Ergebnissen der Entscheidungen herauszuarbeiten und die Gesamtrechtsordnung konstruktiv fortzuentwickeln.

Das halte ich gerade in europapolitisch krisenhaften Zeiten nicht für einen Gemeinplatz.

Es geht in der zugrunde liegenden Werteordnung nicht nur um Rechtsfragen, sondern auch um Zusammenhalt und gemeinsames Einstehen gegen Hass und Ausgrenzung.

Ich werbe deshalb dafür, diese vertrauensvolle Kooperation in Entscheidungen zu betonen und ihr auch in öffentlicher Rede Ausdruck zu verleihen.