
Datum: 18.08.2010
Gericht: Landesarbeitsgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 12. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 Sa 650/10
ECLI: ECLI:DE:LAGD:2010:0818.12SA650.10.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Wuppertal, 12 Ca 9324/09
Schlagworte: Verjährung von Urlaubsansprüchen
Normen: Gesetz: § 1, § 7 BUrlG, § 199, § 204, § 394 BGB, Art. 7 EGRL 2003/88
Sachgebiet: Arbeitsrecht

Leitsätze:

1. Urlaubsansprüche verjähren in drei Jahren (entgegen BAG 11.04.2006 - 9 AZR 523/05 - Juris Rn. 37, 05.12.1995 - 9 AZR 666/94 - Juris Rn. 41). 2. Die Verjährungsfrist beginnt stets zum Schluss des Urlaubsjahres. a) Für Beginn und Lauf der Verjährungsfrist ist unerheblich, ob der Arbeitnehmer arbeitsfähig oder langandauernd arbeitsunfähig ist. Zur Verjährungshemmung lässt § 204 Nr. 1 BGB die Feststellungsklage genügen. b) Für den Verjährungsbeginn ist unmaßgeblich, ob ein fortdauernd arbeitsunfähiger Arbeitnehmer bis zum EuGH-Urteil vom 20.01.2009 - C 350/06 Schultz-Hoff - aufgrund der ständigen Rechtsprechung des BAG meinte, dass der jährlich erworbene Urlaubsanspruch infolge Befristung gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG untergehe. Das Vertrauen auf eine ständige Rechtsprechung ist weder im Allgemeinen (vgl. BVerfG 06.05.2008 - 2 BvR 1926/07 - Juris Rn. 29) noch im Anwendungsbereich der §§ 199 Abs. 1 Nr. 2, 206 BGB schutzwürdig (evtl. anders BGH 19.03.2008 - III ZR 220/07 - Juris Rn. 8). Zudem war, früher oder später, die Rechtsprechungsänderung vorhersehbar, nachdem sie in einen signifikanten Widerspruch zu Art. 7 der Richtlinie 104/93/EG = 2003/88/EG und der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH (26.06.2001 - C-173/99 BECTU -, 18.03. 2004 - C-342/01 Merino Gomez -) geraten war. 3. Die Aufrechnung "Brutto gegen Brutto" ist unzulässig (wie BAG 13.11.1980 - 5 AZR 572/78 - Juris Rn. 21)

. Hinweis der Kammer: Zur unionsrechtlichen Problematik der Berechnung des Urlaubsentgelts (hier nicht entscheidungserheblich): Supreme Court UK, Vorlage vom 24.03.2010 - C-155/10 Williams ./.. British Airways plc - .

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 19.04.2010 teilweise abgeändert und die Beklagte verurteilt, an den Kläger 5.304,80 € brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus dem Betrag von 1.300,00 € brutto ab 01.02.2010, weiteren 1.300,00 € brutto ab 01.03.2010, weiteren 1.300,00 € brutto ab 01.04.2010, weiteren 104,80 € brutto ab 01.05.2010 und weiteren 1.300,00 € brutto ab 01.06.2010 zu zahlen. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Kosten erster Instanz tragen der Kläger zu 3/5 und die Beklagte zu 2/5. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 4/7 und die Beklagte zu 3/7.

Die Revision wird für beide Parteien zugelassen.

T A T B E S T A N D :	1
Die Parteien streiten um Restvergütung sowie um Urlaubsabgeltung.	2
Der im Juni 1951 geborene Kläger ist seit 1976 bei der Beklagten beschäftigt. Zwischen den Parteien ist vereinbart, dass er aufgrund einer Betriebsvereinbarung ("BV-Personalanpassungskonzept 2006") zum 30.06.2016 aus den Diensten der Beklagten ausscheiden wird.	3
Der Kläger hat arbeitsvertraglich Anspruch auf Jahresurlaub in Höhe von 33 Arbeitstagen. Der aus dem Jahr 2005 noch offene Resturlaub beläuft sich auf 13 Arbeitstage. Für das Jahr 2006 wurde dem Kläger kein Urlaub gewährt.	4
Der Kläger war vom 22.08.2005 bis Anfang Juni 2007 ununterbrochen arbeitsunfähig krank. Nach einer Wiedereingliederung und der Gewährung des Urlaubs 2007 stellte die Beklagte ihn aufgrund der in einem Prozessvergleich vom 18.09.2007 (Bl. 9 GA) getroffenen Freistellungsvereinbarung ab dem 01.10.2007 unter Vergütungsfortzahlung von der Arbeit frei. Als Ende der Freistellungszeit ist der 30.06.2016 vorgesehen. Gemäß Ziffer 1 des Prozessvergleichs ist auf die Freistellung die "BV-Personalanpassungskonzept 2006" anzuwenden. § 6 II der Betriebsvereinbarung bestimmt u. a. Folgendes:	5
2.1	6
Regelung für Tarifangestellte	7
Tarifangestellten Mitarbeiter/innen (Mitarbeiter/innen, die im Anstellungsvertrag nicht als außertarifliche/r Vertrags-angestellte/r bezeichnet sind, die das 50. Lebensjahr vollendet	8

haben und mindestens 10 Jahre betriebszugehörig sind und deren Arbeitsplatz wegfällt, wird die Bank unter Berücksichtigung der im jeweiligen Einzelfall gegebenen betrieblichen Voraussetzungen eine betriebliche Freistellungsregelung anbieten.	
...	9
2.1.4	10
Kinderbetreuungszuschuss, Urlaub /Urlaubsgeld	11
...	12
Ein eventueller Urlaubsanspruch wird mit der Freistellung verrechnet. Beginnt die Freistellung am 01.01. eines Jahres, so haben die Mitarbeiter/innen einen etwaigen Urlaubsanspruch bis zum 31.12. des Vorjahres zu nehmen. Beginnt die Freistellung im Laufe eines Kalenderjahres, so ist den Mitarbeiter/innen der bis zum Freistellungsbeginn anteilig berechnete Urlaub vor dem Freistellungsbeginn zu gewähren. Kann der Urlaub aus Gründen, die in der Person der Mitarbeiter/innen liegen, nicht bis zum Beginn der Freistellung genommen werden, so wird er auch in diesem Fall mit der Freistellung verrechnet.	13
...	14
...	15
2.1.6	16
Beendigung der Freistellung	17
Die Bank kann die Freistellung jederzeit mit einer Ankündigungsfrist von 3 Monaten widerrufen.	18
Im August 2009 beanspruchte der Kläger gegenüber der Personalreferentin Frau W. die Abgeltung der offenen Urlaubstage aus den Jahren 2005 und 2006. Anfang Oktober antwortete Frau W. ihm, dass die Beklagte den gesetzlichen Urlaub 2006 (20 Arbeitstage) abgelden werde, und wies seine weitergehende Forderung zurück. Die Beklagte zahlte daraufhin an den Kläger als Urlaubsabgeltung den Betrag von € 5.304,80 brutto (20 Arbeitstage x € 265,24 brutto).	19
Nachdem die Beklagte im Dezember 2009 dem Kläger mitgeteilt hatte, die Urlaubsabgeltung ohne Rechtsgrund gezahlt zu haben und zurückzufordern, und "den Einwand der Verjährung der geltend gemachten Ansprüche" erhoben hatte, behielt sie vom Gehalt des Klägers der Monate Januar, Februar, März und Mai 2010 jeweils 1.300,00 € brutto und € 104,80 vom April-Gehalt ein.	20
Mit der Ende Dezember 2009 vor dem Arbeitsgericht Düsseldorf erhobenen Klage hat der Kläger die Beklagte auf Abgeltung von insgesamt 26 Urlaubstagen aus 2005 und 2006 in Höhe von € 6.896,24 brutto in Anspruch genommen. Weiterhin hat er die ungekürzte Auszahlung der Gehälter 2010 verlangt und den Vergütungsrückstand in Höhe von damals € 3.900,00 eingeklagt.	21
Das Arbeitsgericht hat durch Urteil vom 19.04.2010 die Klage abgewiesen. Mit der Berufung greift der Kläger das Urteil, auf das hiermit zur näheren Darstellung des Sach- und Streitstandes verwiesen wird, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und unter	22

Wiederholung und Ergänzung seines erstinstanzlichen Vorbringens an. Er verfolgt weiter den Anspruch auf Abgeltung des aus 2005 und 2006 noch offenen Resturlaubs in Höhe von insgesamt € 6.896,24 brutto und wehrt sich dagegen, dass die Beklagte seine Gehaltsbezüge von Januar bis Mai 2010 um insgesamt € 5.304,80 brutto gekürzt habe. Er meint, dass ein aufrechenbarer Gegenanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht bestehe.	
Der Kläger hat zuletzt beantragt,	23
1.	24
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 6.896,24 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 30.12.2009 zu zahlen,	25
2.	26
die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 5.304,80 € brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus dem Betrag von 1.300,00 € brutto ab 01.02.2010, weiteren 1.300,00 € brutto ab 01.03.2010, weiteren 1.300,00 € brutto ab 01.04.2010, weiteren 104,80 € brutto ab 01.05.2010 und weiteren 1.300,00 € brutto ab 01.06.2010 zu zahlen.	27
Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil und beantragt die Zurückweisung der Berufung.	28
Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze mit den hierzu überreichten Anlagen Bezug genommen.	29
E N T S C H E I D U N G S G R Ü N D E :	30
1.Die Berufung hat teilweise Erfolg. Das Arbeitsgericht hat zu Recht die Klage auf Abgeltung von jeweils 13 Urlaubstagen aus den Jahren 2005 und 2006 abgewiesen. Hingegen ist die Klage begründet, soweit es um die ungekürzte Zahlung der Gehälter von Jaunuar bis Mai 2010 geht; die von der Beklagten vorgenommene Aufrechnung mit einem Anspruch auf Rückforderung der im Oktober gezahlten Brutto-Abgeltung ist unzulässig.	31
A.Die Klage auf Abgeltung des Urlaubs 2005 und 2006 ist endgültig abzuweisen.	32
Das Arbeitsgericht hat seine klageabweisende Entscheidung damit begründet, dass der erhobene Abgeltungsanspruch erst bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstehe und es nicht auszuschließen sei, dass schon vorher eine Urlaubsgewährung in natura möglich werde. Nach dieser Begründung hat das Arbeitsgericht in der Sache die Klage als "derzeit unbegründet" abgewiesen (vgl. BGH 21.01.2009 - VIII ZR 62/08 - Juris Rn. 12). Die Kammer sieht die Klage als "endgültig unbegründet" an. Sie ist als Berufungsgericht durch das sog. "Verbot der Schlechterstellung" (reformatio in peius) nicht daran gehindert, die Klage endgültig abzuweisen (vgl. BGH 06.04.2005 - XII ZR 158/01 - Juris Rn. 20).	33
I.Der Resturlaubsanspruch von 13 Tagen aus dem Jahr 2005 ist verjährt.	34
1.Die Beklagte hat vorprozessual unter dem 04.12.2009 die Verjährungseinrede erhoben, § 214 Abs. 1 BGB. Mit der Einrede hat die Beklagte, wie sich aus dem Schreiben vom 04.12.2009 ergibt, erkennbar jedwede Ansprüche des Klägers jedweder Art auf Urlaub, Urlaubsabgeltung oder -vergütung für die Jahre 2005 und 2006 zu Fall bringen wollen, §§ 133, 157 BGB.	35

2. Mangels anderer Anhaltspunkte im Vortrag der Parteien ist davon auszugehen, dass auf den Mehrurlaubsanspruch des Klägers die gesetzlichen Regeln Anwendung finden und zur Verjährung keine abweichenden Vereinbarungen getroffen wurden.	36
3. Die Verjährung des (Mehr)Urlaubsanspruchs aus dem Jahr 2005 ist mit Ablauf des 31.12.2008 eingetreten, §§ 199 Abs. 1, 195, 194 Abs. 1 BGB. Die dreijährige Verjährung ist nicht gehemmt gewesen. Mit der im Dezember 2009 beim Arbeitsgericht eingereichten und der Beklagten zugestellten Klage ist der Kläger zu spät gekommen. Infolge Verjährung des Urlaubsanspruchs gibt es von der Beklagten nichts mehr nach § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten.	37
Ob die auf Urlaubsabgeltung gerichtete (Zahlungs-)Klage nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB geeignet ist, die Verjährung des Anspruchs auf (Natural-) Urlaubsgewährung zu hemmen (vgl. BGH 17.02.2006 - V ZR 236/03 - Juris Rn. 23), braucht daher an dieser Stelle nicht vertieft zu werden.	38
4. Der Urlaubsanspruch unterliegt der Verjährung.	39
a) Die höchstrichterliche Rechtsprechung (BAG 11.04.2006 - 9 AZR 523/05 - Juris Rn. 37, 05.12.1995 - 9 AZR 666/94 - Juris Rn. 41) und ein Teil der Literatur (AnwK-ArbR/Düwell, 2. Aufl., § 7 BUrlG Rn. 91, 131, Leinemann/Linck, BUrlG, § 7 Rz 205) sehen den Urlaubsanspruch - in Abgrenzung zu dem "unbefristeten" Schadensersatzanspruch auf Ersatzurlaubsabgeltung und dem Abgeltungsanspruch - als unverjährbar an.	40
Die These der "Unverjährbarkeit" des Urlaubsanspruchs ist aus der Not geboren. Denn einerseits sieht die höchstrichterliche Judikatur sich veranlasst, einen Schadensersatzanspruch auf Ersatzurlaub (§ 280 Abs. 1, § 283 Satz 1 BGB) mittels einer - die Fälligkeit des Anspruchs voraussetzenden - Mahnung (§ 286 Abs. 1 BGB (§ 284 BGB a.F.) zu begründen; um die Anmahnbarkeit des Urlaubsanspruchs im laufenden Urlaubsjahr zu ermöglichen, muss sie den rechtlichen Ausgangspunkt einnehmen, dass der Urlaubsanspruch nach erfüllter Wartezeit jeweils mit Beginn des Urlaubsjahres entstehe (BAG 11.07.2006 - 9 AZR 535/05 - Juris Rn. 21, 24.06.2003 - 9 AZR 563/02 Juris Rn. 25) und gleichzeitig entsprechend der Regel des § 271 Abs. 1 BGB fällig werde (AnwK-ArbR/Düwell, BUrlG § 1 Rn. 31 f., § 7 Rn. 13, Düwell, dbr 2009, 11, ErfK/Dörner, 10. Aufl., § 1 BUrlG Rn. 21; vgl. Leinemann/Linck, Urlaubsrecht, 2. Aufl., § 7 Rn. 160, Kamanbrou, SAE 2009, 238). Andererseits hätte die auf den Beginn des Urlaubsjahres verlegte Fälligkeit des Anspruchs nicht nur mit Blick auf mögliche Ausschlussfristen groteske Konsequenzen (zutr. AnwK-ArbR/Düwell, § 7 Rn. 125), sondern liefe praktisch auf eine Verkürzung der Verjährungsfrist und damit auf "wenig sinnvolle und unbefriedigende Ergebnisse" hinaus (vgl. BGH 05.05.2010 - III ZR 209/09 - Juris Rn. 21, ferner Bamberger/Roth/Henrich/ Spindler, BGB, 2. Aufl., § 11 Rn. 4 f.), weil nach der Intention des Gesetzgebers der Urlaubsanspruch nicht beginnend mit dem ersten Werktag des Urlaubsjahres, sondern erst im Laufe des Jahres und dann im Konsens (§ 7 Abs. 1 BUrlG, § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG) erfüllt werden soll.	41
b) Die von der Rechtsprechung propagierte Unverjährbarkeit des Urlaubsanspruchs ist contra legem.	42
(11) Die gesetzlichen Verjährungsvorschriften erfassen prinzipiell sämtliche Ansprüche und dementsprechend auch gesetzlich unabdingbare Ansprüche. Weil die dreijährige gesetzliche Verjährungsfrist das Effektivitäts- und Äquivalenzprinzip wahrt, ist die nach nationalem Recht vorgesehene Verjährung des Urlaubsanspruchs aus unionsrechtlicher Sicht unbedenklich (dazu LAG Düsseldorf 05.05.2010 - 7 Sa 1571/09 - z. V.v., zu III 2 der Gründe).	43

(22)§ 194 Abs. 1 BGB nimmt "befristete" Ansprüche von der Verjährung nicht aus.

Eine andere Sache ist es, dass bis zur EuGH-Entscheidung vom 20.01.2009 Schultz-Hoff die dreijährige Verjährungsfrist wegen der vom Bundesarbeitsgerichts angenommenen Befristung des Urlaubs(gewährungs)anspruchs praktisch keine Rolle spielte (Düwell, dbr 2009, 11). Der Hinweis auf das "Fristenregime" des § 7 Abs. 3 BUrlG (regimekritisch: Kammer 31.03.2010 - 12 Sa 1512/09 - Juris Rn. 26 ff.) gibt nichts her, weil die Vorschrift lediglich Erfüllungsmodalitäten regelt und in keiner Weise die Anwendung des gesetzlichen Verjährungsrechts einschränkt. Dies gilt umso mehr in der Erkenntnis, dass der Urlaubsanspruch ein auf die vereinbarte Arbeitszeit im Urlaubsjahr bezogener Anspruch ist (EuGH 22.04.2010 C-486/08 Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols - Rn. 32) und über das Urlaubsjahr und den Übertragungszeitraum hinaus fortbesteht, wenn der Arbeitnehmer vorher nicht die tatsächliche Möglichkeit hatte, den Anspruch auszuüben (EuGH Rn. 34).

c)Die Fälligkeit des Urlaubsanspruchs wird nicht durch das Urlaubsverlangen des Arbeitnehmers ausgelöst. Der Urlaubsanspruch ist kein verhaltener Anspruch (vgl. BAG 24.03.2009 - 9 AZR 983/07 - Juris Rn. 23). Zudem sind "Fälligkeit" des Urlaubsanspruchs einerseits und Erteilung und Verwirklichung des Urlaubs andererseits voneinander zu unterscheiden (vgl. Neumann/Fenski, BUrlG 9. Aufl., § 7 BUrlG Rn. 2). Das "Gewähren und Nehmen" ist kein Anspruchselement, sondern Erfüllungsvorgang.

d)Die Verjährung des Urlaubsanspruchs beginnt gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB mit dem Schluss des Urlaubsjahres. Die Gesetzesbestimmung setzt das "Entstehen" des Anspruchs voraus. Der Urlaubsanspruch entsteht im Urlaubsjahr (§ 1 BUrlG, Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 ILO-Convention 132).

Die dreijährige gesetzliche Verjährung ist auch nach ihrem Zweck anzuwenden, weil nach den Zeitabläufen des § 196, 199 Abs. 4 BGB Rechtssicherheit und Rechtsfrieden geschaffen und dem Bedürfnis des Schuldners Rechnung getragen werden soll, aus lange zurückliegenden Sachverhalten nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, (im Erg. ebenso Neumann/Fenski, § 13 Rn. 76, HK-BUrlG/Hohmeister, 3. Aufl., § 1 Rn. 21 = § 13 Rn. 70, Genenger, Anm. LAGE Nr. 22 zu § 7 BUrlG Abgeltung, S. 43).

Die zu § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB verbreitete Aussage, dass die "Entstehung des Anspruchs" mit der Fälligkeit des Anspruchs meistens zusammenfallen (Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, 12. Aufl., § 199 Rn. 3, PWW/Kessler, BGB, 4. Aufl., § 199 Rn. 3), ist auf die Auslegungsmaxime des § 271 Abs. 1 BGB bezogen. Indessen passt die Regel des § 271 Abs. 1 BGB nicht auf den Urlaubsanspruch wegen seiner Eigenheiten und besonderen Erfüllungsmodalitäten. § 271 Abs. 1 BGB ist auf eine einmalige Leistungshandlung zugeschnitten und fängt nicht die Konstellation ein, dass in einem Dauerschuldverhältnis Leistungspflichten entstehen und diese mit einem längeren Erfüllungszeitraum und Konsenssystem verbunden werden (Kammer 02.02.2008 - 12 Sa 486/06 - Juris Rn. 44, 20.02.2002 - 12 (8) Sa 56/02 - Juris Rn. 31).

e) Ist der Arbeitnehmer danach gehalten, die Verjährung des Urlaubsanspruchs durch Klageerhebung zu hemmen, lässt sich schließlich gegen den zum Schluss des Urlaubsjahres (= Kalenderjahres) eintretenden Verjährungsbeginn nicht einwenden, dass der Arbeitnehmer auf die Freistellungserklärung des Arbeitgebers angewiesen sei, um in Urlaub gehen zu dürfen, und für die Dauer krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit außerstande sei, ein auf Freistellung gerichtetes Leistungsurteil zu erwirken. Beides trifft zwar zu. Die Erhebung einer Leistungsklage ist indessen nicht notwendig; nach § 204 Nr. 1 BGB reicht die

Feststellungsklage aus. Das erforderliche Feststellungsinteresse ergibt sich aus der Vermeidung einer drohenden Verjährung (PWW/Kessler, § 199 Rn. 3; vgl. BGH 15.03.2006 - VIII ZR 123/05 - Juris Rn. 12).

Indem eine möglicherweise gegebene Arbeitsverhinderung sich nicht auf Beginn und Lauf der Verjährungsfrist auswirkt, wird - als Nebeneffekt - eine verjährungsrechtliche Ungleichbehandlung zwischen den Anspruchsberechtigten vermieden. 51

g)§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB setzt Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände voraus und stellt der positiven Kenntnis die grob fahrlässige Unkenntnis gleich. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH 19.03.2008 - III ZR 220/07 - Juris Rn. 8) genügt die Kenntnis der tatsächlichen Umstände; anders könne es sich verhalten, wenn es sich um eine unübersichtliche oder zweifelhafte Rechtslage handele, so dass sie selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermöge. 52

Der Kläger hat seine Abgeltungsforderung erstmals nach dem EuGH-Urteil vom 20.01.2009 - C-350/06 Schultz-Hoff - erhoben. Insoweit mag er reklamieren wollen, dass vor der EuGH-Entscheidung, dem Umsetzungsurteil der Kammer vom 02.02.2009 - 12 Sa 486/06 - und insbesondere dem Urteil des Bundes-arbeitsgerichts vom 24.03.2009 - 9 AZR 983/07 - die neue Urlaubsrecht-sprechung für ihn nicht vorhersehbar gewesen sei. 53

Dieser Einwand verfährt nicht. Er reklamiert Gläubigerschutz für das in eine bisherige ständige Rechtsprechung gesetzte und enttäuschte Vertrauen. Ein solcher Schutz ist nicht Anliegen des gesetzlichen Verjährungsrechts. Zunächst darf die "Rückwirkung" von EuGH-Rechtsprechung mit den durch Verjährungsfristen gestellten Anforderungen an die Erhebung von Ansprüchen nicht verwechselt werden (vgl. EuGH 15.04.2010 - C-542/08 Barth - Rn. 30). Alsdann ist zwar richtig, dass eine "anspruchsfindliche" ständige BAG-Rechtsprechung existierte, nach der auch im Falle fortdauernder krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit Urlaubsansprüche spätestens zum Ende des Übertragungszeitraums erlöschen. Der Glaube an diese Rechtsprechung reicht jedoch nicht aus, um nach § 206 BGB (dazu BAG 06.12.1961 - 4 AZR 297/60 - Juris Rn. 16) oder nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB die Verjährung zu hemmen. Die letztgenannte Vorschrift hat die verschuldensabhängige Verjährung allein hinsichtlich der anspruchsbegründenden Tatsachenlage eingeführt. Was die Beurteilung der Rechtslage anbelangt, verbleibt es dabei, dass namentlich die "Unvorhersehbarkeit einer Rechtsprechungsänderung" nicht die Anspruchsverjährung hemmt. Dem Gläubiger obliegt es, angesichts einer ihm bekannten Sachlage seine möglichen Ansprüche auch gegen eine ständige höchstrichterliche Rechtsprechung und herrschende Rechtsmeinung zu verfolgen. Sieht er davon ab, ist im Licht und unter Abwägung des nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB geschützten Schuldnervertrauens die Forderungsverjährung hinzunehmen. Insoweit ist dem Arbeitnehmer ebenso wenig verjährungsrechtlich "Vertrauensschutz" zu gewähren wie dem Arbeitgeber Vertrauensschutz zugestanden wird, wenn dieser sich in der Vergangenheit auf die Urlaubsrecht-sprechung des Bundesarbeitsgerichts verlassen und seine Befreiung von der Urlaubsschuld mit Ablauf der Fristen des § 7 Abs. 3 BUrlG angenommen hatte (LAG Düsseldorf 05.05.2010, a.a.O., zu II 1 c). 54

5.Es ist auch nicht so, dass innerhalb der durch die im Dezember 2009 erhobene Klage gewährten Frist nach § 196, § 199 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Abgeltung des Jahresurlaubs 2005 als neuer Ersatzanspruch mit eigenem Lauf der Verjährungsfrist entstanden wäre. 55

a)Im laufenden Arbeitsverhältnis entsteht kein Abgeltungsanspruch. 56

Nach § 7 Abs. 4 BUrlG entsteht der Anspruch auf Urlaubsabgeltung erst bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Gleiches gilt nach Art. 11 der ILO-Convention Nr. 132 (Gesetz vom 30.04.1975, BGBl. II, 745). Wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, hat der Gerichtshof der Europäischen Union im Urteil vom 20.01.2009 (- C-350/06 Schultz-Hoff - Rn. 23) zu dem nach Art. 7 Abs. 2 EGRL 2003/88 unionsrechtlich geschützten Urlaubsanspruch judiziert, dass nur für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis beendet wird, der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werde. Diese Vorgabe hat der Gerichtshof in nachfolgenden Entscheidungen bekräftigt (EuGH 10.09.2009 - C-277/08 Vicente Pereda - Rn. 20, EuGH 22.04.2010 - C-486/08 Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols - Rn. 31). Die eindeutige Rechtslage kann nicht vom Kläger mit Vorstellungen über die Zweckmäßigkeit der gegenteiligen Regelung und noch weniger mit einseitigem Anspruchsdenken überwunden werden.

b)(11) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (20.05.2009 - 4 AZR 230/08 - 58
Juris Rn. 61, BAG 16.12.2008 - 9 AZR 164/08 - Juris Rn. 37) kann allerdings für den
Urlaubsanspruch, der am Ende des Kalenderjahres bzw. Übertragungszeitraums untergehe,
unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 286 Abs. 1, 287 Satz 2, 275 BGB
Schadensersatz geschuldet werden. Der Schadensersatz gehe nach § 249 BGB auf
Ersatzurlaub.

Dieser Argumentationsduktus ist unstimmtig: Die Naturalherstellung der unmöglichen und 59
daher nicht mehr geschuldeten Leistung (Urlaubsgewährung) ist denknotwendig
ausgeschlossen, so dass der Schadensersatz auf Geld gehen müsste (vgl. Kammer
25.07.2007 - 12 Sa 944/07 - Juris Rn. 55, MüKo/Oetker, BGB, 5. Aufl., § 251 Rn. 6).

(22) Ein Anspruch auf Geldersatz besteht allerdings deshalb nicht, weil der gesetzliche 60
Anspruch auf vierwöchigen Erholungsurlaub weder auf das Ende des Kalenderjahres noch
auf das Ende des Übertragungszeitraums befristet ist und damit nicht genommene
Urlaubstage übertragen und keinesfalls im laufenden Arbeitsverhältnis durch eine finanzielle
Vergütung in einem späteren Jahr ersetzt werden dürfen (vgl. EuGH 06.04.2006 - C-124/05
Federatie Nederlandse Vakbeweging - Rn. 29, 35).

Die Kammer hält an der Auffassung fest, dass der Urlaubsanspruch nicht befristet ist (LAG 61
Düsseldorf 31.03.2010 - 12 Sa 1512/09 - Juris Rn. 25). Nachdem das Bundesarbeitsgericht
die Surrogatstheorie aufgegeben hat, treten die Gerechtigkeitsdefizite der Befristungsthese
noch stärker hervor.

(aa) Die Surrogatstheorie definierte den Urlaubsabgeltungsanspruch als Ersatz für die nach 62
Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr mögliche Befreiung von der Arbeitspflicht:
Der Anspruch sei - abgesehen von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses - an die gleichen
Voraussetzungen gebunden wie der Freistellungsanspruch im bestehenden Arbeitsverhältnis.
Da der Urlaubsanspruch auf das Kalenderjahr befristet sei, müsse auch der ihn ersetzende
Abgeltungsanspruch bis zum Ende des Kalenderjahres bzw. Übertragungszeitraums verlangt
und erfüllt werden. Andernfalls gehe er ebenso wie der Urlaubsanspruch ersatzlos unter
(BAG 17.01.1995 - 9 AZR 664/93 Juris Rn. 12). Der Urlaubssenat hatte die - dogmatisch
fragwürdige (dazu Rummel DB 2010, 206 f.) - Surrogatstheorie ergebnisorientiert aus dem
Zwang heraus entwickelt, eine Besserstellung des ausgeschiedenen Arbeitnehmers zu
verhindern, welche entstünde, wenn bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit der
Urlaubsanspruch im laufenden Arbeitsverhältnis aufgrund Befristung ersatzlos unterginge,
hingegen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzugelten wäre. Die Surrogatstheorie
verhalf dazu, die für den Urlaubsanspruch angenommene Befristung und die
Mahnungsobliegenheit (als Voraussetzung für den Anspruch auf "Ersatzurlaub") auf den

Abgeltungsanspruch zu erstrecken und im Fall fortdauernder Krankheit diesen Anspruch genauso zu begraben wie den Naturalanspruch.

(bb)Im Urteil vom 20.01.2009 (- C-350/06 Schultz-Hoff - Rn. 54-56) hat der Europäische Gerichtshof erkannt, dass nach Art. 7 Abs. 2 EGRL 2003/88 dem Arbeitnehmer unabhängig von seinem Gesundheitszustand mit der Urlaubsabgeltung eine finanzielle Vergütung als Ausgleich dafür zustehe, dass ihm bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr möglich sei, tatsächlich bezahlten Jahresurlaub zu nehmen. Die EuGH-Rechtsprechung gebietet urlaubsrechtlich die prinzipielle Gleichbehandlung von Arbeitsfähigkeit und Arbeitsunfähigkeit und reduziert die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf die Rechtsfolge, dass der Naturalanspruch in einen Vergütungsanspruch übergeht (ähnlich nunmehr BAG 23.03.2010 - 9 AZR 128/09 - Juris Rn. 43 a.E.). Dem folgend hat sich das Bundesarbeitsgericht von der Surrogatstheorie verabschiedet (BAG 24.03.2009 - 9 AZR 983/07 - Juris Rn. 47, 59, 62, AnwK-ArbR/Düwell, § 7 Rn. 127).

(cc)Ist Urlaubsabgeltung unabhängig vom Gesundheitszustand des Arbeitnehmers zu gewähren, erzeugt der "entfristete" Abgeltungsanspruch im beendeten Arbeitsverhältnis die Gleichstellung des arbeitsfähigen mit dem arbeitsunfähigen Arbeitnehmer. Sollen aber der Freistellungsanspruch im bestehenden Arbeitsverhältnis und der Abgeltungsanspruch an die "gleichen Voraussetzungen" gebunden bleiben, müsste zwangsläufig im bestehenden Arbeitsverhältnis der Urlaubsanspruch des arbeitsfähigen Arbeitnehmers ebenso entfristet werden, wie dies bei den Arbeitnehmern geschieht, die entweder infolge vorübergehender krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit einen festgelegten Urlaub nicht antreten konnten (EuGH 10.09.2009 Vicente Pereda, a.a.O.) oder aufgrund fortdauernder Arbeitsunfähigkeit daran gehindert sind, den Urlaub im Bezugs- oder Übertragungszeitraum tatsächlich zu nehmen (EuGH 20.01.2009 Schultz-Hoff).

Die Befristung des Urlaubsanspruchs ist nicht mehr vermittelbar. Indem nur noch Arbeitsfähige in bestehenden Arbeitsverhältnissen dem Anspruchsverlust ausgesetzt ist, trifft die Befristungsthese eher die Falschen. Sie liegt zwar weiterhin im Interesse der Arbeitgeber, von der Verpflichtung, bezahlten Urlaub zu gewähren, befreit zu werden. Hierbei handelt es sich jedoch lediglich um das Interesse eines jeden Schuldners, seine Schulden quitt zu werden. Das Anliegen ist verständlich; berechtigt ist es nicht.

6.Wäre die Klage nicht schon wegen Anspruchsverjährung unbegründet, müsste sie deshalb abgewiesen werden, weil der Urlaubsanspruch für 2005 durch Erfüllung (§ 362 BGB) erloschen ist.

a)Die BV-Personalanpassungskonzept 2006 schreibt in II 2.1.4 Abs. 1 Satz 1 u. 4 vor, dass Urlaub, auch soweit vor der Freistellung erworben worden, mit der gemäß der Betriebsvereinbarung erfolgten Freistellung zu verrechnen ist. Dass im Streitfall die Freistellungszeiten ab 01.10.2007 ausreichen, um die Jahresurlaubsansprüche des Klägers zu erfüllen, liegt auf der Hand.

b)Der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG 16.12.2008 - 9 AZR 164/08 - Juris Rn. 35) ist zu entnehmen, dass die Betriebsparteien festlegen können, dass der Jahresurlaubsanspruch durch Zeiten, in denen der Arbeitnehmer unwiderruflich unter Fortzahlung der Bezüge von der Arbeitspflicht befreit ist, erfüllt wird. Der Anrechnung der Freistellung auf den Urlaubsanspruch steht nicht entgegen, dass zwischen den Tagen, an denen die Arbeitspflicht wegen Urlaubs nicht besteht, und den Tagen, an denen sie wegen der Freistellung entfällt, zeitlich nicht unterschieden wird (BAG 06.09.2006 - 5 AZR 703/05 - Juris Rn. 19).

Im Allgemeinen gibt es keine Gründe, die Erklärung des Arbeitgebers, dass die künftige, unwiderrufliche und bezahlte Freistellungszeit auf den Urlaub angerechnet werde, zu beanstanden: Der Arbeitnehmer hat Freizeit und weiß, dass er Urlaub machen soll und darf. Danach ist sein materielles Interesse, dass die Freistellungszeit nicht angerechnet und der Urlaub abgegolten wird, nicht weiter schutzwürdig. Richtig ist wohl, dass es im Einzelfall dem Arbeitnehmer ungelegen kommen kann, den Urlaub in dem vom Arbeitgeber festgesetzten Zeitraum nehmen zu müssen. Davor kann (und muss) er sich dadurch schützen, dass er von sich aus rechtzeitig vorher seine Urlaubswünsche anmeldet (Kammer 20.02.2002 - 12 (8) Sa 56/02 - Juris Rn. 35). 69

Dass nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG der Arbeitgeber die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers bei der Urlaubserteilung zu berücksichtigen hat, ist in diesem Zusammenhang ohne Belang. Ein dem Arbeitgeber mitgeteilter Urlaubswunsch ist nicht Voraussetzung des Rechts des Arbeitgebers, die zeitliche Lage des Urlaubs festzulegen. Die ohne einen solchen Wunsch des Arbeitnehmers erfolgte zeitliche Festlegung des Urlaubs durch den Arbeitgeber ist rechtswirksam. Sollte im Einzelfall der Arbeitnehmer außerstande gewesen sein, seine Urlaubswünsche vorher anzumelden, wird er jedenfalls dann die Freistellungserklärung des Arbeitgebers als Urlaubserteilung gelten lassen müssen, wenn er auf die Erklärung hin keinen abweichenden Urlaubswunsch äußert (vgl. BAG 11.04.2006 - 9 AZR 523/05 - Juris Rn. 32). Ohne einen solchen Protest ist der Arbeitgeber nicht nach § 242 BGB iVm. § 7 Abs. 1 BUrlG gehalten, die erfolgte Urlaubsfestsetzung zu widerrufen und den Urlaub in eine andere (dann vom Arbeitnehmer gewünschte) Zeit zu legen. 70

c) Gemessen an diesen Grundsätzen hat die Freistellung des Klägers die Urlaubsansprüche aus 2005 und 2006 erfüllt. 71

Die nach II 2.1.4 Abs. 1 Satz 1 u. 4 der Betriebsvereinbarung vorgesehene Verrechnung der Urlaubsansprüche musste der Kläger so verstehen, dass er die Freistellungszeit uneingeschränkt als Urlaub nutzen durfte (vgl. BAG 11.04.2006 - 9 AZR 523/05 - Juris Rn. 35). Damit erfüllte die Beklagte durch die Freistellung ab 01.10.2007 die streitgegenständlichen Urlaubsansprüche. Indem sie für den etwaigen Widerruf der Freistellung eine Dreimonatsfrist einzuhalten hatte (II 2.1.6 Satz 1), war seitens des Klägers der Urlaub planbar. Hätte die Dreimonatsfrist, weil zu kurz, für eine bestimmte Urlaubsplanung nicht genügt, wäre es ihm möglich und zumutbar gewesen, seine Wünsche an die Urlaubszeit zu äußern. Das hat er unterlassen. 72

II. Der Urlaubsanspruch von 13 Tagen aus dem Jahr 2006 ist ebenfalls durch Erfüllung erloschen. Die vorstehenden Ausführungen zu A I 6 sind in jeder Hinsicht auf den Urlaub 2006 übertragbar. 73

Nach Dafürhalten der Kammer ist der Urlaubsanspruch 2006 zudem verjährt. Die im Dezember 2009 erhobene (Zahlungs-)Klage hat nicht die Verjährung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt. Denn mit der vorliegenden Klage ist es dem Kläger zu keiner Zeit um den Erhalt bezahlten Erholungsurlaubs gegangen, sondern gerade und nur um dessen "Auszahlung". 74

Ist Ende 2009 die Verjährung des Urlaubsanspruchs 2006 eingetreten, schuldet die Beklagte keine Abgeltung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die Klage ist auch deshalb endgültig und nicht nur "zur Zeit unbegründet". 75

B. Der Kläger hat Anspruch auf das volle Gehalt der Monate Januar bis Mai 2010. Die Beklagte hat zu Unrecht die Gehälter um insgesamt € 5.304,80 brutto gekürzt. Die der 76

Kürzung zugrunde liegende Aufrechnung bezieht sich auf die im Oktober 2009 erfolgte und nach Meinung der Beklagten kondizierbare Brutto-Zahlung in der selben Höhe. Die Aufrechnung ist unzulässig.

I.1. Nach § 394 Satz 1 BGB findet die Aufrechnung gegen eine Forderung nur statt, soweit diese der Pfändung unterworfen ist. § 850 e Abs. 1 ZPO entzieht Lohnsteuer, Solidaritätszuschlag, Kirchensteuer und Sozialversicherungsbeträge der Pfändbarkeit. Daher ist die Aufrechnung gegen einen Bruttobetrag unzulässig (BAG 13.11.1980 - 5 AZR 572/78 - Juris Rn. 21), dies gilt jedenfalls dann, wenn - wie hier - die Gegenforderung auf ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) gestützt wird. 77

Eine Literaturmeinung (Schaub/Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, 13. Aufl., § 74 Rn. 13, ErfK/Preis, 10. Aufl., § 611 BGB Rn. 450, Küttner/Griese, Personalbuch 2010, 65 'Aufrechnung' Rn. 5) hält gleichwohl die Aufrechnung "brutto gegen brutto" ausnahmsweise für zulässig, weil das wirtschaftliche Ergebnis dasselbe sei wie die Aufrechnung gegen einen Nettolohnanspruch. Dem folgt die Kammer nicht. Den Aufrechnungsschutz nach § 394 Satz 1 BGB, §§ 850 ff. ZPO kann nicht einer amorphen wirtschaftlichen Sichtweise und Praktikabilitätsabwägungen geopfert werden. 78

2. Die zur Aufrechnung gestellten Forderungen sind zudem hinsichtlich der steuerlichen Abgaben (Lohnsteuer, Solidaritätszuschlag, Kirchensteuer) nicht bestimmbar. Dabei vermag über die nach § 322 Abs. 1 ZPO erforderliche Bestimmbarkeit nicht die Erwägung hinwegzuhelfen, dass die Steuer, die hinsichtlich der im Oktober 2009 gezahlten Brutto-Abgeltung abgeführt wurde, betragsmäßig der Steuer entspräche, die der Kläger infolge der (hier durch Gehaltsabzug bewerkstelligten) Rückzahlung der Abgeltung im Jahr 2010 einspare. 79

Nach § 38 Abs. 2 EStG ist der Arbeitnehmer Schuldner der Lohnsteuer, nach § 2 SolZG des Solidaritätszuschlags, nach § 3, § 4 Abs. 1 Nr. 1 a KiStG NRW der Kirchensteuer. Die Steuerpflicht entsteht in dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitslohn dem Arbeitnehmer zufließt. Den Arbeitgeber trifft nach § 42 d Abs. 1 Nr. 1 EStG lediglich die Haftung für die von ihm einzubehaltenden und abzuführenden steuerlichen Abgaben. Dementsprechend tilgte die Beklagte, indem sie im Oktober 2009 die auf den Betrag von € 5.304,80 entfallende Lohnsteuer nebst Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer abführte, die Steuerschuld des Klägers im Lohnsteuerabzugsverfahren. Die Höhe der abgeführten Beträge ist von ihr nicht vorgetragen. Die Befreiung des Klägers von der nach § 38 Abs. 2 EStG erhobenen Steuer ist im Übrigen nicht identisch mit der für 2009 festgesetzten Steuer (§ 25, § 36 Abs. 2 EStG). 80

Die (bereicherungsrechtlich auszugleichende) Schuldbefreiung muss nicht der Steuerersparnis 2010 entsprechen. Die Kürzung der Gehälter 2010 um insgesamt € 5.304,80 brutto verringert zwar die Steuerpflicht des Klägers im laufenden Jahr. Angesichts der jährlich divergierenden persönlichen Einkommensteuerschuld folgt daraus aber nicht zwangsläufig, dass der Kläger in Höhe der im Oktober 2009 abgeführten Steuer bereichert ist (a.A. wohl BAG 09.07.1992 - 6 AZR 623/90 - Juris Rn. 20). Ist somit ungewiss, ob die durch den Zufluss in einem Jahr entstandene steuerliche Mehrbelastung durch den Abfluss in einem späteren Jahr saldiert wird, kann zu Lasten der darlegungspflichtigen Beklagten nicht angenommen werden, dass die steuerliche Bereicherung durch die im Jahr 2009 gezahlte Urlaubsabgeltung der Entreicherung durch die Rückforderung im Jahr 2010 entspricht. Es mag bei etwaigen Differenzbeträgen um kleines Geld gehen. Das ändert jedoch nichts daran, dass das wirtschaftliche Ergebnis der Aufrechnung "brutto gegen brutto" ein anderes ist als das bei der gesetzlich vorgesehenen Aufrechnung gegen den Nettolohnanspruch. 81

3. Der Kläger unterliegt nicht der Sozialversicherungspflicht. Daher fällt die Problematik der Rückzahlung der auf eine überzahlte Vergütung abgeführten Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung hier nicht an (vgl. dazu LAG Düsseldorf 03.05.2010 - 14 Sa 71/10 - zu I 3 b aa, unter Hinweis auf BAG 09.04.2008 - 4 AZR 164/07 - Juris Rn. 19 ff, LAG Rheinland-Pfalz 26.02.2010 - 9 Sa 599/09 - Juris Rn. 19 ; Kammer 20.03.2007 - 12 Sa 306/07, - Juris Rn. 34).	
II. Gegen die Zinsforderung hat die Beklagte keine Einwände erhoben.	83
C. Die Kosten des Rechtsstreits sind nach § 92 Abs. 1 (§ 97 Abs. 1) ZPO zu verteilen gewesen.	84
Die Kammer hat den entscheidungserheblichen Rechtsfragen grundsätzliche Bedeutung beigemessen und daher die Revision für beide Parteien zugelassen, § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.	85
RECHTSMITTELBELEHRUNG	86
Gegen dieses Urteil kann von beiden Parteien	87
R E V I S I O N	88
eingelegt werden.	89
Die Revision muss innerhalb einer Notfrist* von einem Monat schriftlich beim	90
Bundesarbeitsgericht	91
Hugo-Preuß-Platz 1	92
99084 Erfurt	93
Fax: 0361 2636 2000	94
eingelegt werden.	95
Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.	96
Die Revisionsschrift muss von einem Bevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Bevollmächtigte sind nur zugelassen:	97
1. Rechtsanwälte,	98
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,	99
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.	100

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.	101
Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.	102
* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.	103
Dr. Plüm Kudella Lauer	104
