

Totgesagte leben länger – Comeback der Surrogatstheorie?

Bis zum Januar 2009 war die Welt noch in Ordnung: Deutschland hatte sein im Bundesurlaubsgesetz geregeltes Urlaubsrecht und keiner konnte hieran etwas ändern. Dann kam der 20.1.2009 und das Urteil des *EuGH* in der Rechtssache *Schultz-Hoff* (NZA 2009, 135). Von diesem Tag an blieb im deutschen Arbeitsrecht kein Stein mehr auf dem anderen und eine Legion weiterer *EuGH*-Urteile folgte.

Dies führte dazu, dass die deutsche Rechtsprechung allein aufgrund der pauschalen Regelung in Art. 7 RL 2003/88/EG liebgewordene Traditionen aufzugeben hatte. Insbesondere kam dies einem Todesurteil für die bis dahin herrschende Surrogatstheorie gleich. Zur Erinnerung: Eine Abgeltung sollte hiernach nur dann möglich sein, wenn auch eine (hypothetische) Inanspruchnahme des zu Grunde liegenden Urlaubs noch möglich gewesen wäre. Wäre der Urlaubsanspruch bei einem hypothetischen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses dagegen nicht mehr erfüllbar, musste eine Abgeltung ausscheiden. Der *EuGH* schob dem einen Riegel vor, sodass das *BAG* im Rahmen einer unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts gezwungen war, von einer „vollständigen Aufgabe der Surrogatstheorie“ zu sprechen und zu verkünden: „Urlaubsabgeltung – Aufgabe der Surrogatstheorie“ (*BAG*, NZA 2012, 1097).



Nimmt man indes ein aktuelles Vorabentscheidungsersuchen des *BAG* vom 18.10.2016 (9 AZR 196/16 [A] PM, NZA aktuell H. 19/2016, S. VII) beim Wort, zeigt sich nun eine deutliche unionsrechtliche Skepsis. Das Gericht fragt ua, ob sich aus Art. 7 der RL 2003/88/EG ein Anspruch des „Erben eines während des Arbeitsverhältnisses verstorbenen Arbeitnehmers auf einen finanziellen Ausgleich für den [...] Mindestjahresurlaub“ ergibt, „was nach § 7 IV BUrlG iVm § 1922 I BGB ausgeschlossen“ sei. Verwundert reibt man sich die Augen, hat der *EuGH* exakt diese Frage bereits in der Rechtssache *Bollacke* (NZA 2014, 651) auf Ersuchen des *LAG Hamm* hin entschieden – nachdem das *BAG* noch im Jahr 2012 auf eine Vorlage verzichtet hatte. Offensichtlich möchte das *BAG* nun im Gegensatz zur instanzlichen Rechtsprechung (etwa *LAG Düsseldorf*, BeckRS 2016, 67718) nicht klaglos das Judikat des *EuGH* übernehmen. Möglich wäre das durch den Einsatz einer juristischen Sekunde ohne Weiteres (s. nur *Pötters*, EuZW 2014, 591; *Höpfner*, RdA 2013, 70). Ist das *BAG* gegenüber dem *EuGH* etwa ein schlechter Verlierer? Seine Argumentation ist zweifelhaft: Weder steht das nationale Recht einer Vererblichkeit entgegen, noch kann auf die fehlende Möglichkeit der Erholung abgestellt werden. Das wäre eine Wiederbelebung der mit großem Tamtam beerdigten Surrogatstheorie. Wollen kann man das, kritisieren mag man die Rechtsprechung des *EuGH* in der Rechtssache *Bollacke* zu Recht, hier aber tatsächlich eine Rückkehr zum Gestern zu fordern, geht fehl und ist zum Scheitern verurteilt.

Der *EuGH* ist gut beraten, dem einen deutlichen Riegel vorzuschieben. Möglichkeiten dazu hat er: Entweder durch eine klare Entscheidung in der Sache oder durch einen Verweis auf die Fallgruppe des *acte clair*. Möge die Surrogatstheorie entsprechend der alten Boxerweisheit „They never come back“ auf dem rechtsgeschichtlichen Friedhof verbleiben.

Assessor Tom Stiebert, Universität Bonn