

B. Voraussetzung der Erarbeitung

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist demnach die Frage, ob die Erarbeitung Voraussetzung ist, um den Urlaubsentgeltanspruch zu begründen. Wird Urlaub zu Beginn eines jeden Arbeitsjahres einfach gewährt, etwa als „Sozialanspruch“¹⁷, kultureller Grundwert¹⁸, „gesetzlich bedingte soziale Mindestleistung des Arbeitgebers“¹⁹ oder abstrakt zum Zweck der Erholung²⁰? Oder muss er gegebenenfalls verdient werden²¹ beziehungsweise muss ein Erholungsbedürfnis vorliegen²²?

Die Grundlage dieser Überlegung stellt dabei die Untersuchung dar, ob Urlaub dem Arbeitsschutz zuzurechnen und vorbehaltlos zu gewähren ist oder ob er als eine Art Entgelt der weiteren Voraussetzung der Erarbeitung unterliegt.²³

Auf den ersten Blick scheinen sich die beiden Positionen des Arbeitsschutz- und Entgeltcharakters des Urlaubs(entgelt)anspruchs kompromisslos gegenüberzustehen; entweder werden für die Entstehung des Urlaubsanspruchs weitere Voraussetzungen verlangt oder Urlaub entsteht ohne Weiteres zu Beginn des Arbeits- und Urlaubsjahres. Gegebenenfalls ist jedoch auch eine differenzierende Betrachtung angezeigt und ein Ausgleich der Gegensätze möglich.

¹⁷ So etwa das LAG München v. 26.05.2011, 4 Sa 66/11 – juris, Rn. 24, das dies jedoch ablehnt.

¹⁸ Güntner, AuR 1963, 77, 83.

¹⁹ BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch.

²⁰ LAG München v. 26.05.2011, 4 Sa 66/11 – juris, Rn. 24.

²¹ Siehe etwa LAG Düsseldorf v. 07.01.1997 – 8 (18) Sa 1586/96 – n.v.; Hohmeister/Oppermann/Hohmeister, § 3 BUrlG, Rn. 60 f.; Hohmeister, BB 1999, 798, 799; Buchner, DB 1982, 1823, 1823; Buchner, EzA § 3 BUrlG Nr. 14; so ebenfalls Güntner, AuR 1963, 77, 80.

²² Siehe etwa BAG v. 02.05.1961, AP § 611 BGB Nr. 82 Urlaubsrecht; Beckerle, RdA 1985, 352, 352 ff.; Wank, FS Reuter, S. 925 f.

²³ Siehe insbesondere den Aufsatz von Schubert, NZA 2013, 1105, 1106.

I. Grundlagen des Anspruchs auf Urlaubsentgelt

Um eine Auseinandersetzung mit der Voraussetzung der Erarbeitung des Urlaubsentgeltanspruchs zu ermöglichen, muss zunächst die grundsätzliche Einordnung des Anspruchs in das Gefüge des Urlaubsrechts vor dem Hintergrund des europäischen Einflusses untersucht werden. In diesem Rahmen sollen unionsrechtskonforme Grundlagen für die Bestimmung des Urlaubsentgeltanspruchs ermittelt werden, die in die Methodik des deutschen Rechts einzufügen sind. Dazu wird zunächst grundlegend dargestellt, wie das Urlaubsentgelt bisher bestimmt wird und im Anschluss daran untersucht, was das Wesen des Anspruchs auf Urlaubsvergütung ist.

1. Ursprüngliche Bestimmung des Urlaubsentgelts in Deutschland

Zur Berechnung des Urlaubsentgelts kamen in Deutschland bereits verschiedene Systeme zur Anwendung.²⁴

Vor Inkrafttreten des BUrlG wurde zunächst das aus allgemeinen Erwägungen entwickelte Lebensstandardprinzip angewandt.²⁵ Demnach sollte die Vergütung während des Urlaubs so beschaffen sein, dass der Arbeitnehmer die durch die Freistellung gewonnene Freizeit möglichst in seinem „gewohnten Lebenszuschnitt“²⁶ – also gewöhnlichen Lebensstil – zubringen konnte. Der Arbeitnehmer sollte also keinerlei Einschränkungen hinnehmen müssen und so gestellt werden, als hätte er gearbeitet.²⁷ Weder der Erholungszweck sollte gefährdet sein, noch sollte der Arbeitnehmer wegen finanzieller Überlegungen auf seinen Urlaub verzichten.²⁸

Bei der Einführung des BUrlG im Jahr 1963 fand das Lebensstandardprinzip jedoch keinen ausdrücklichen Eingang in das Gesetz.²⁹ Welches System stattdessen normiert werden sollte,

²⁴ Neumann/Fenski/Kühn/Neumann, § 11 BUrlG, Rn. 1 ff.; Schaub/Linck, § 104, Rn. 101.

²⁵ BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 11 Urlaubsrecht; BAG v. 27.07.1956, AP § 611 BGB Nr. 12 Urlaubsrecht; BAG v. 16.10.1959, AP § 611 BGB Nr. 48 Urlaubsrecht; BAG v. 13.11.1959, AP § 611 BGB Nr. 54 Urlaubsrecht; BAG v. 29.11.1962, AP § 3 UrlG Niedersachsen Nr. 5; *Leinemann/Linck*, § 11 BUrlG, Rn. 10; MünchHdb-ArbR/Diüwell, § 79, Rn. 17.

²⁶ BAG v. 27.07.1956, AP § 611 BGB Nr. 12 Urlaubsrecht.

²⁷ BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 11 Urlaubsrecht; BAG v. 13.05.1959, AP § 5 UrlG Niedersachsen Nr. 1.

²⁸ BAG v. 13.05.1959, AP § 5 UrlG Niedersachsen Nr. 1.

²⁹ Nach der Einführung des BUrlG wurde das Prinzip zwar teilweise vom BAG weiterhin als Auslegungshilfe für tarifliche Urlaubsentgeltregelungen verwendet. Nun aber eher, um die Nichtberücksichtigung von unregelmäßigen Leistungen zu rechtfertigen, also unter Umständen zuungunsten des Arbeitnehmers, siehe etwa BAG v. 27.01.1981, AP § 47 BAT Nr. 2; BAG v. 08.10.1981, AP § 47 BAT Nr. 3; siehe auch *Leinemann/Linck*, § 11 BUrlG, Rn. 12; a.A. etwa: BAG v. 09.12.1965, NJW 1966, 612, 613 f. Mitunter wurde auch argumentiert, das moderne Lohnfortzahlungsprinzip solle nur noch beinhalten, dass der Arbeitnehmer seinen bisherigen Lebensstandard aufrechterhalten können müsse, vgl. BAG v. 08.10.1981, AP § 47 BAT Nr. 3; *Heilmann*, § 11 BUrlG, Rn. 4. Teils wurde eine weitere Heranziehung auch offengelassen, vgl. BAG v. 25.02.1988, AP § 8 BUrlG Nr. 3. Nach anderer Ansicht wurde die Heranziehung der allgemeinen Erwägungen des Lebensstandardprinzips durch die gesetzlichen Regelungen in §§ 1 und 11 BUrlG jedoch obsolet, siehe nur *ErfK/Gallner*, § 11 BUrlG, Rn. 4; *Leinemann/Linck*, § 11 BUrlG, Rn. 10, 12; MünchHdb-ArbR/Diüwell, § 79, Rn. 17; Schaub/Linck, § 104, Rn. 101; dem schloss sich schließlich auch das BAG an, BAG v. 12.01.1989, AP § 47 BAT Nr. 13. Teilweise wurden hingegen auch § 1 BUrlG, § 11 BUrlG oder beide Paragraphen als Ausformung des Lebensstandardprinzips gesehen, siehe *Böckel*, S. 78; *Boewer*, Lohn-

war zunächst umstritten. Es wurden etwa sowohl ein reines Lohnausfallprinzip³⁰ als auch ein reines Referenzprinzip³¹ als Berechnungsgrundlage vorgeschlagen.

Bei dem Lohnausfallprinzip, das auch Entgeltausfallprinzip genannt wird und vor allem im Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) zum Tragen kommt,³² wird lediglich das Entgelt betrachtet, welches im Zeitraum der Urlaubsfreistellung bei erbrachter Arbeitsleistung gezahlt worden wäre.³³ Der Arbeitnehmer wird also so vergütet, als hätte er hypothetisch in dem Zeitraum des Arbeitsausfalls gearbeitet.³⁴ Es kommt damit nur auf eine zukunftsbezogene, voraussichtliche Betrachtung der Vergütung an.³⁵

Nach dem Referenzprinzip, auch Bezugsmethode genannt,³⁶ muss eine Bezugsperiode festgelegt werden, um dann ermitteln zu können, was in diesem Zeitraum durchschnittlich verdient wurde. Dies ist dann der heranzuziehende Wert für die Urlaubsvergütung.³⁷ Es handelt sich also um eine strikt vergangenheitsbezogene Betrachtung,³⁸ bei der es ausschließlich auf den tatsächlichen Lohn während des zurückliegenden Bezugszeitraums ankommt. Der hypothetische Zeitraum des Urlaubs selbst ist nicht von Bedeutung.³⁹

pfindung, S. 203; *Busch*, NZA 1996, 1246, 1246; *Gaul/Boewer*, S. 52; *Leinemann/Linck*, § 11 BUrlG, Rn. 12; *Renaud*, S. 75; *Schubert*, S. 310; *Staudinger/Richardi/Fischinger*, § 611 BGB, Rn. 1856; noch offenlassend *Gutzeit*, S. 85 f.

³⁰ BT-Drucks. IV/207, S. 2; so auch *Boldt*, RdA 1962, 129, 131; bei diesem Verfahren, das auch Entgeltausfallprinzip genannt wird und vor allem im EFZG zum Tragen kommt, wird der Arbeitnehmer also so vergütet, als hätte er hypothetisch in dem Zeitraum des Arbeitsausfalls gearbeitet. Es kommt damit lediglich auf eine zukunftsbezogene, voraussichtliche Betrachtung der Vergütung an.

³¹ BT-Drucks. IV/142, S. 2.

³² *Tschöpe/Tschöpe*, B III 4, Rn. 139 f.; *BeckOK-ArbR/Ricken*, § 4 EFZG, Rn. 1; *Leinemann/Linck*, § 11 BUrlG, Rn. 4; *MünchHdb-ArbR/Krause*, § 57, Rn. 25.

³³ *ErfK/Gallner*, § 11 BUrlG, Rn. 2a; *Hohmeister/Oppermann/Oppermann*, § 11 BUrlG, Rn. 5; *Neumann/Fenski/Kühn/Neumann*, § 11 BUrlG, Rn. 2; *Schaub/Linck*, § 104, Rn. 101.

³⁴ *BeckOK-ArbR/Ricken*, § 4 EFZG, Rn. 1; *Hohmeister/Oppermann/Oppermann*, § 11 BUrlG, Rn. 5.

³⁵ *BeckOK-ArbR/Lampe*, § 11 BUrlG, Rn. 1; *Heilmann*, § 11 BUrlG, Rn. 2; *HWK/Schinz*, § 11 BUrlG, Rn. 3; *MünchHdb-ArbR/Schlachter*, § 74, Rn. 2.

³⁶ *Powietzka/Rolf*, § 11 BUrlG, Rn. 4.

³⁷ *Schaub/Linck*, § 104, Rn. 101.

³⁸ *ErfK/Gallner*, § 11 BUrlG, Rn. 2a; *Friese*, S. 146; *HWK/Schinz*, § 11 BUrlG, Rn. 3.

³⁹ *Hohmeister/Oppermann/Oppermann*, § 11 BUrlG, Rn. 6; in Abgrenzung zum modifizierten Referenzprinzip: *MünchHdb-ArbR/Schüren*, § 46, Rn. 239.

Aus der Gesetzesbegründung des BUrlG⁴⁰ ist jedoch zu entnehmen, dass sich der Gesetzgeber schließlich für eine Mischung aus Lohnausfall- und Referenzprinzip entschieden hat, das sogenannte modifizierte Referenzprinzip.⁴¹ Dabei wird eine grundsätzliche Berechnung anhand eines Geld- und Zeitfaktors angenommen.⁴² Aus dem Wortlaut des § 11 Abs. 1 S. 1 BUrlG ergibt sich zunächst, dass gemäß dem Referenzprinzip auf die letzten dreizehn Wochen vor Urlaubsantritt abzustellen ist (Geldfaktor)⁴³. Der Geldfaktor ist damit der durchschnittliche Arbeitsverdienst im Bezugszeitraum.⁴⁴ Bereits an dieser Stelle erfolgt aber eine erste Modifizierung, indem in § 11 Abs. 1 S. 1 bis 3 BUrlG Ausnahmen von der Bezugsmethode aufgeführt werden.⁴⁵ Nach § 11 Abs. 1 S. 2 BUrlG sollen etwa längerfristige Verdiensterhöhungen Berücksichtigung finden, auch wenn sie zum Zeitpunkt des Urlaubs noch nicht bestanden. Dies soll bereits dem Lohnausfallprinzip entsprechen.⁴⁶

Das Lohnausfallprinzip kommt darüber hinaus insofern zum Tragen, als bisher für die Berechnung der Urlaubsvergütung auf die hypothetische Arbeitszeit während des Urlaubs abgestellt wird (Zeitfaktor)⁴⁷. Der Zeitfaktor ist demnach zwar nicht ausdrücklich normiert,⁴⁸ dennoch wird seine Anwendung allgemein anerkannt.⁴⁹ Der Urlaubsanspruch i.S.d. § 1 BUrlG wird ge-

⁴⁰ BT-Drucks. IV/785, S. 4, wo es heißt: „Für die Berechnung des Urlaubsentgelts gibt es zwei Möglichkeiten. Man kann einmal von dem Arbeitsverdienst einer in der Vergangenheit liegenden Referenzperiode ausgehen (z.B. von dem Arbeitsverdienst in den letzten 13 Wochen vor Urlaubsantritt). Man kann ferner den Verdienst zugrunde legen, den der Arbeitnehmer erzielt hätte, wenn er keinen Urlaub gehabt hätte (Lohnausfallprinzip). Beide Verfahren haben ihre Vor- und Nachteile. In den Urlaubsgesetzen der Länder sind beide Regelungen etwa gleich stark vertreten. Der Entwurf folgt dem ersteren Verfahren (§ 11 Abs. 1 Satz 1), das für das Arbeitsleben das praktisch brauchbarere ist. Der Ausschuß hat jedoch dieses Verfahren, um Nachteile für den Arbeitnehmer zu vermeiden, nach zwei Richtungen hin abgeändert. Einmal soll dann, wenn während der Referenzperiode oder während des Urlaubs Verdiensterhöhungen nicht nur vorübergehender Natur — z.B. Tarifloohnerhöhungen — eintreten, von dem erhöhten Verdienst ausgegangen werden (§ 11 Abs. 1 Satz 2). Zum anderen sollen Verdienstkürzungen, die im Berechnungszeitraum aus vom Arbeitnehmer unverschuldeten Gründen — wie z.B. infolge Kurzarbeit oder Arbeitsausfällen — eingetreten sind, bei der Berechnung des Urlaubsentgelts außer Betracht bleiben (§ 11 Abs. 1 Satz 3).“

⁴¹ BAG v. 07.07.1988, AP § 11 BUrlG Nr. 22; BAG v. 09.11.1999, AP § 11 BUrlG Nr. 47; BAG v. 22.01.2002, AP § 11 BUrlG Nr. 55; BAG v. 21.09.2010, AP § 11 BUrlG Nr. 68; BeckOK-ArbR/Lampe, § 11 BUrlG, Rn. 1; Bulla, S. 23; ErfK/Gallner, § 11 BUrlG, Rn. 2a; Friese, S. 146; HWK/Schinz, § 11 BUrlG, Rn. 3; MünchHdb-ArbR/Diwell, § 79, Rn. 14 f.; Powietzka/Rolf, § 11 BUrlG, Rn. 5; kritisch: Neumann/Fenski/Kühn/Neumann, § 11 BUrlG, Rn. 63; a.A. Oetker, EzA § 4 TVG Metallindustrie Nr. 41.

⁴² BAG v. 15.12.2009, EzA § 13 BUrlG Nr. 60; HWK/Schinz, § 11 BUrlG, Rn. 3 ff.; Friese, S. 146 ff.; Leinemann/Linck, § 11 BUrlG, Rn. 6; MüKo-BGB/Müller-Glöge, § 611 BGB, Rn. 946; Powietzka/Rolf, § 11 BUrlG, Rn. 5; Schneider, S. 58; a.A. Oetker, EzA § 4 TVG Metallindustrie Nr. 41.

⁴³ BeckOK-ArbR/Lampe, § 11 BUrlG, Rn. 2; ErfK/Gallner, § 11 BUrlG, Rn. 3.

⁴⁴ BeckOK-ArbR/Lampe, § 11 BUrlG, Rn. 2.

⁴⁵ Siehe hierzu auch z.B. Friese, S. 147 f.; MünchHdb-ArbR/Diwell, § 79, Rn. 18; Schneider, S. 114 f.

⁴⁶ Hohmeister/Oppermann/Oppermann, § 11 BUrlG, Rn. 52.

⁴⁷ BeckOK-ArbR/Lampe, § 11 BUrlG, Rn. 2; Powietzka/Rolf, § 11, Rn. 7; Schneider, S. 115 f. m.w.N.

⁴⁸ Hohmeister/Oppermann/Oppermann, § 11 BUrlG, Rn. 89; MünchHdb-ArbR/Diwell, § 79, Rn. 19.

⁴⁹ BAG v. 07.07.1988, AP § 11 BUrlG Nr. 22; BAG v. 09.11.1999, AP § 11 BUrlG Nr. 47; ErfK/Gallner, § 11 BUrlG, Rn. 3; Friese, S. 146; HWK/Schinz, § 11 BUrlG, Rn. 3; Leinemann/Linck, § 11 BUrlG, Rn. 74; Neumann/Fenski/Kühn/Neumann, § 11 BUrlG, Rn. 63.

meinhin als Anspruch auf Freistellung von der Arbeitspflicht gegen den Arbeitgeber verstanden, ohne jedoch die Pflicht zur gleichbleibenden Zahlung der Vergütung zu verändern.⁵⁰ Es wird argumentiert, dass Schwankungen der Arbeitszeit bei alleiniger Anwendung des Referenzprinzips zu ungerechten Abweichungen führen könnten.⁵¹ Demnach solle die konkrete Arbeitszeit für die Berechnung des Urlaubsentgelts herangezogen werden, in der der Arbeitnehmer aufgrund des Urlaubs seine Arbeitsleistung nicht erbringt.⁵²

Die Berechnung des Urlaubsentgelts erfolgt demnach, indem die zwei Faktoren – Geld- und Zeitfaktor – bestimmt und diese dann miteinander multipliziert werden:⁵³

$$\text{Geldfaktor} \quad \times \quad \text{Zeitfaktor} \quad = \quad \text{Urlaubsentgelt}$$

oder genauer:

$$\text{Urlaubsentgelt} \quad = \quad \frac{\text{Gehalt (letzte 13 Wochen)}}{\text{Arbeitstage (letzte 13 Wochen)}} \quad \times \quad \text{Urlaubstage}$$

Konkret bedeutet dies, dass bisher auch bei stundenweiser Entlohnung bei der Berechnung des Geldfaktors ein durchschnittlicher Tagesverdienst im Referenzzeitraum ermittelt werden muss, der dann mit dem Zeitfaktor multipliziert wird. Die Berechnung der durchschnittlichen Vergütung pro Stunde reicht für den Geldfaktor nicht aus, da auch der Urlaub nur tageweise gewährt wird.⁵⁴ Darüber hinaus wird auch in § 3 BUrlG von tageweisem Urlaub ausgegangen.⁵⁵

Die Betrachtung erfolgt dabei entsprechend dem Lohnausfallprinzip hypothetisch und aus einer ex-ante-Sicht.⁵⁶ Bei gleichbleibender Arbeitszeit kann also auch nur der Geldfaktor zur Bestimmung des Urlaubsentgelts herangezogen werden.⁵⁷

⁵⁰ *Leinemann/Linck*, § 11 BUrlG, Rn. 74; siehe zu der Freistellung bei gleichbleibender Zahlung etwa BAG v. 01.12.1983, AP § 7 BUrlG Nr. 15 Abgeltung; BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch; BAG v. 07.07.1988, AP § 11 BUrlG Nr. 22; BAG v. 09.11.1999, AP § 11 BUrlG Nr. 47.

⁵¹ *Friese*, S. 146; MünchHdb-ArbR/Düwell, § 79, Rn. 19.

⁵² BAG v. 07.07.1988, AP § 11 BUrlG Nr. 22; BAG v. 09.11.1999, AP § 11 BUrlG Nr. 47.

⁵³ BAG v. 09.11.1999, AP § 11 BUrlG Nr. 47; *Friese*, S. 147; Hohmeister/Oppermann/Oppermann, § 11 BUrlG, Rn. 4; *Kock/Heyde*, BB 2013, 2938, 2939; *Powietzka/Rolf*, § 11 BUrlG, Rn. 6.

⁵⁴ BAG v. 08.05.2001, AP § 1 TVG Tarifverträge: Blumenbinder Nr. 1; *ErfK/Gallner*, § 11 BUrlG, Rn. 16; *Fieberg*, NZA 2010, 925, 926 f.; Hohmeister/Oppermann/Oppermann, § 11 BUrlG, Rn. 92; MüKo-BGB/Müller-Glöge, § 611 BGB, Rn. 929; *Powietzka/Rolf*, § 11 BUrlG, Rn. 8; anders noch BAG v. 09.11.1999, AP § 11 BUrlG Nr. 47.

⁵⁵ A.A. etwa Hohmeister/Oppermann/Hohmeister, Vorbemerkungen, Rn. 28.

⁵⁶ *HWK/Schinz*, § 11 BUrlG, Rn. 3; MünchHdb-ArbR/Düwell, § 79, Rn. 1; *Powietzka/Rolf*, § 11 BUrlG, Rn. 7.

⁵⁷ BAG v. 07.07.1988, AP § 11 BUrlG Nr. 22; *Friese*, S. 147; Hohmeister/Oppermann/Oppermann, § 11 BUrlG, Rn. 89; MünchHdb-ArbR/Düwell, § 79, Rn. 16, 20; *Leinemann/Linck*, § 11 BUrlG, Rn. 9.

2. Abgrenzung

Die in Deutschland in § 11 BUrlG und § 1 BUrlG geregelte Urlaubsvergütung ist als Ersatz für die gewöhnliche Arbeitsvergütung während des Urlaubs anzusehen,⁵⁸ zu der der Arbeitgeber gesetzlich verpflichtet ist.⁵⁹ Sie ist nicht mit dem Urlaubsgeld oder der Urlaubsabgeltung zu verwechseln. Hierzu erfolgt zunächst eine Abgrenzung der Terminologie.

a) Zum Urlaubsgeld

Das Urlaubsgeld, auch Urlaubsgratifikation genannt,⁶⁰ ist gesetzlich nicht geregelt, es kann jedoch in Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen oder auch individualrechtlich festgelegt werden.⁶¹ Ferner kann der Anspruch durch eine betriebliche Übung entstehen.⁶² Es ist somit eine zusätzliche und nicht gesetzlich vorgeschriebene Leistung,⁶³ die häufig als dreizehntes Gehalt⁶⁴ ausgestaltet ist. Es handelt sich demnach um eine betriebliche Sonderzuwendung⁶⁵ oder auch Zahlung mit Gratifikationscharakter, mit der es dem Arbeitnehmer ermöglicht werden soll, im Urlaub außerplanmäßig anfallende Kosten zu decken.⁶⁶ Grundsätzlich können die Parteien Vereinbarungen diesbezüglich frei treffen, zum Beispiel Freiwilligkeit der Zahlung oder Abhängigkeit vom Urlaub.⁶⁷

Die Terminologie des Urlaubsgeldes war zunächst nicht eindeutig; ursprünglich wurden die Begriffe Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld teilweise noch synonym gebraucht.⁶⁸ Erst später erfolgte dann eine eindeutige Trennung und Abgrenzung der beiden Bezeichnungen.⁶⁹

⁵⁸ Böckel, S. 78

⁵⁹ Nipperdey-Lexikon-ArbR/Kortstock, Urlaubsentgelt.

⁶⁰ Siehe etwa BAG v. 03.10.1963, NJW 1964, 171, 172.

⁶¹ BeckOK-ArbR/Lampe, § 11 BUrlG, Rn. 16; ErfK/Gallner, § 11 BUrlG, Rn. 28; Neumann/Fenski/Kühn/Neumann, § 11 BUrlG, Rn. 71.

⁶² Hohmeister/Oppermann/Oppermann, § 11 BUrlG, Rn. 108.

⁶³ BAG v. 15.03.1973, AP § 611 BGB Nr. 78 Gratifikation; ErfK/Gallner, § 11 BUrlG, Rn. 28 f.; Hohmeister/Oppermann/Oppermann, § 11 BUrlG, Rn. 108; Schaub/Linck, § 104, Rn. 119.

⁶⁴ BAG v. 06.09.1994, NZA 1995, 232, 233; BAG v. 14.08.1996, NZA 1996, 1204, 1204; BAG v. 11.04.2000, NZA 2001, 24, 25.

⁶⁵ ErfK/Preis, § 611 BGB, Rn. 534d; Gross, S. 40.

⁶⁶ BAG v. 22.02.2000, AP § 1 TVG Nr. 171 Tarifverträge: Metallindustrie; Rambach/Feldmann, ZTR 2010, 561, 565.

⁶⁷ Schaub/Linck, § 104, Rn. 120 ff.

⁶⁸ Unschärf etwa noch BAG v. 09.02.1956, AP § 394 BGB Nr. 1; BAG v. 20.04.1956, AP § 611 BGB Nr. 6; BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 11 Urlaubsrecht ; BAG v. 27.07.1956, AP § 611 BGB Nr. 12 Urlaubsrecht; BAG v. 03.10.1958, AP § 394 BGB Nr. 3; siehe auch Nikisch, S. 542.

⁶⁹ Siehe etwa BAG v. 15.03.1973, AP § 611 BGB Nr. 78 Gratifikation.

b) Zur Urlaubsabgeltung

Die Höhe von Urlaubsentgelt und Urlaubsabgeltung ist grundsätzlich gleich,⁷⁰ und es wurde auch hier früher keine saubere Abgrenzung der Begriffe durch das BAG vorgenommen.⁷¹ Denoch ist die in § 7 Abs. 4 BUrlG geregelte Urlaubsabgeltung nicht identisch mit dem Urlaubsentgelt. Die Abgeltung besteht vielmehr anstelle des Urlaubsanspruchs⁷² und kommt immer dann zur Anwendung, wenn das Arbeitsverhältnis beendet wird und daher Urlaubsansprüche nicht mehr geltend gemacht werden können.⁷³ Bei laufenden Arbeitsverhältnissen ist eine solche Abgeltung dementsprechend ausgeschlossen.⁷⁴

Auch wenn sich der noch vorhandene Urlaubsanspruch bei Beendigung automatisch in einen Abgeltungsanspruch umwandelt,⁷⁵ wird dieser nicht mehr als Urlaubersatz oder Surrogat betrachtet,⁷⁶ sondern als unabhängiger, reiner Geldanspruch.⁷⁷ Die Surrogationstheorie wurde somit aufgegeben, was auf der Rechtsprechung des EuGH beruht.⁷⁸ Nach der Surrogationstheorie setzte ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung voraus, dass der Urlaubsanspruch in einem nach der Beendigung fiktiv weiterbestehenden Arbeitsverhältnis noch erfüllbar wäre.⁷⁹ Die Aufgabe dieser Theorie hat demnach zur Folge, dass der Abgeltungsanspruch nunmehr unabhängig von den Voraussetzungen des zugrunde liegenden Urlaubsanspruchs ist. Es ist damit beispielsweise unerheblich, ob der Arbeitnehmer zum Beendigungszeitpunkt der Beschäftigung arbeitsfähig ist.⁸⁰

⁷⁰ ErfK/Gallner, § 7 BUrlG, Rn. 73; Hohmeister/Oppermann/Oppermann, § 7 BUrlG, Rn. 62; Powietzka/Rolf, § 7 BUrlG, Rn. 135.

⁷¹ Noch nicht differenzierend siehe etwa BAG v. 29.09.1955, AP Art. 9 GG Nr. 4 Arbeitskampf; dagegen eindeutig etwa BAG v. 06.06.1968, AP § 3 BUrlG Nr. 5 Rechtsmissbrauch.

⁷² Heilmann, § 7 BUrlG, Rn. 27; Staudinger/Richardi/Fischinger, § 611 BGB, Rn. 1859 ff.

⁷³ Powietzka/Rolf, § 7 BUrlG, Rn. 119; Schaub/Linck, § 104, Rn. 124 f.

⁷⁴ BAG v. 16.10.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 98; BeckOK-ArbR/Lampe, § 7 BUrlG, Rn. 21a; Powietzka/Rolf, § 7 BUrlG, Rn. 123; Schaub/Linck, § 104, Rn. 96, 124 f.

⁷⁵ ErfK/Gallner, § 7 BUrlG, Rn. 71; Heilmann, § 7 BUrlG, Rn. 27; Hohmeister/Oppermann/Oppermann, § 7 BUrlG, Rn. 59; Powietzka/Rolf, § 7 BUrlG, Rn. 119.

⁷⁶ Zur früheren Ansicht, die die Wesensgleichheit des Urlaubsabgeltungsanspruchs mit dem Urlaubsanspruch bejahte, siehe: BAG v. 22.06.1956, NJW 1956, 1413, 1413; BAG v. 30.11.1977, AP § 13 BUrlG Nr. 4 Unabdingbarkeit; BAG v. 18.06.1980, AP § 13 BUrlG Nr. 6 Unabdingbarkeit; BAG v. 03.05.1994 NZA 1995, 476, 477; BAG v. 17.01.1995 NZA 1995, 531, 532; BAG v. 09.11.1999, AP § 11 BUrlG Nr. 47; ErfK/Dörner, 8. Aufl., § 7 BUrlG, Rn. 49; Leinemann/Linck, § 7 BUrlG, Rn. 189 ff.

⁷⁷ BAG v. 19.06.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 95 Abgeltung; BAG v. 14.05.2013, AP § 13 BUrlG Nr. 52; BAG v. 22.09.2015, Eza § 7 BUrlG Nr. 27 Abgeltung; BeckOK-ArbR/Lampe, § 7 BUrlG, Rn. 21; ErfK/Gallner, § 7 BUrlG, Rn. 73; Schaub/Linck, § 104, Rn. 124.

⁷⁸ Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 56; nuancierend Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761; siehe auch Urteil Neidel, C-337/10, EU:C:2012:263, Rn. 29; Urteil Bollacke, C-118/13, EU:C:2014:1755, Rn. 17; BAG v. 09.08.2011, NZA 2011, 1421; BAG v. 19.06.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 95 Abgeltung; BAG v. 14.05.2013, AP § 13 BUrlG Nr. 52; BAG v. 19.05.2015, Eza § 17 BEEG Nr. 1; BAG v. 22.09.2015, Eza § 7 BUrlG Nr. 27 Abgeltung; dies begrüßend siehe etwa Rummel, AuR 2009, 160, 160 ff.

⁷⁹ BAG v. 05.12.1995, NZA 1996, 594, 595 m.w.N.; BAG v. 20.09.2011, NZA 2012, 326, 327.

⁸⁰ ErfK/Gallner, § 7 BUrlG, Rn. 72; Heilmann, § 7 BUrlG, Rn. 27; Powietzka/Rolf, § 7 BUrlG, Rn. 128 ff.

Der Abgeltungsanspruch als reiner Geldanspruch kann dabei in Folge der EuGH-Rechtsprechung auch über das Ende des Kalenderjahres oder des Abgeltungszeitraums hinaus⁸¹ – jedoch gegebenenfalls nur innerhalb der Grenze von 15 Monaten – geltend gemacht werden.⁸²

Urlaubsabgeltung und Urlaubsentgelt stehen im Gegensatz zum Urlaubsgeld in einem recht engen Zusammenhang, was allein schon dadurch deutlich wird, dass einige Autoren die Abgeltung als fortgesetzten Urlaubsvergütungsanspruch betrachten.⁸³ Aufgrund dieser Verzahnung der beiden Vergütungsansprüche des Urlaubsrechts können zwar gegebenenfalls Erkenntnisse für die Untersuchung der Urlaubsvergütung durch die Betrachtung der Urlaubsabgeltung gewonnen werden, dennoch spielt der Urlaubsabgeltungsanspruch in der vorliegenden Arbeit lediglich am Rande eine Rolle und ist nicht als solcher Teil der Untersuchung des Urlaubsentgelts.

3. Wesen und normative Grundlage des Urlaubsentgeltanspruchs

Die Auseinandersetzung mit dem kontroversen Wesen des Urlaubsentgelts ist für die Auseinandersetzung mit der Voraussetzung der Erarbeitung des Urlaubsentgeltanspruchs notwendig, um die Grundlage des Anspruchs festzulegen. Denn je nachdem, wie man das Wesen der Urlaubsvergütung versteht, kann ein Ergebnis bezüglich der Voraussetzungen bereits vorgegeben sein. Insbesondere für die Frage, ob ein Zusammenhang zwischen erfolgter Arbeitsleistung und Urlaub durch die Vergütung besteht und ob das Urlaubsentgelt in diesem Zusammenhang sogar eine Art Entgelt für geleistete Arbeit darstellen könnte, ist das Wesen des Urlaubs von elementarer Bedeutung.⁸⁴

Zu untersuchen ist dabei, ob der Urlaubsentgeltanspruch nach der Entgeltfortzahlungstheorie eine Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs nach § 611 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) als Ausnahme zu § 326 Abs. 1 BGB⁸⁵, nach der Doppelanspruchstheorie einer von zwei

⁸¹ BAG v. 19.06.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 95 Abgeltung; BAG v. 14.05.2013, AP § 13 BUrlG Nr. 52; Hohmeister/Oppermann/Oppermann, § 7 BUrlG, Rn. 60.

⁸² Diese Grenze ist zumindest noch europarechtskonform, siehe Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 44.

⁸³ Friese, S. 195; siehe auch Schubert, RdA 2014, 9, 13; Weber, RdA 1995, 229, 233.

⁸⁴ Siehe Kapitel B. I. 3. d) bb) Perspektive der Einheitstheorie; Beitzke, SAE 1985, 113, 114 etwa schreibt, dass Urlaub entweder Entgelt für geleistete Arbeit ist oder Freistellung von der Arbeit bei fortdauernder Bezahlung; siehe auch Ihmels, JZ 1983, 18, 19, der auf das Folgeproblem des Urlaubsanspruchs bei langandauernden der Krankheit hinweist; so ist auch Schubert, NZA 2013, 1105, 1106 zu verstehen; so auch etwa ErK/Gallner, § 1 BUrlG, Rn. 8, die von erheblichen Auswirkungen auf die Entstehung des Urlaubsanspruchs sowie auf die Beurteilung des Urlaubsentgelts spricht; siehe auch Preis/Sagan/Mehrens/Witschen, § 7, Rn. 9; wenn hingegen konstatiert wird, beide Theorien würden sich weniger unterscheiden, als angenommen (siehe etwa NK-GA/Düwell, § 1 BUrlG, Rn. 23), beruht dies auf der Ablehnung der Voraussetzung der Erarbeitung. Lässt man lediglich das Bestehen des Arbeitsvertrags für die Entstehung des Urlaubsentgeltanspruchs ausreichen, kommen beide Theorien gleichermaßen in Betracht.

⁸⁵ BAG v. 13.05.1982, AP § 7 BUrlG Nr. 4 Übertragung; BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch; BAG v. 22.02.2000, NZA 2001, 268, 269; HWK/Schinz, 5. Aufl., § 1 BUrlG, Rn. 5 f., § 11 BUrlG, Rn. 2; nunmehr unentschieden, HWK/Schinz, § 1 BUrlG, Rn. 5 ff., siehe aber weiterhin HWK/Schinz, § 11 BUrlG, Rn. 2; Leinemann, NZA 1985, 137, 139; Leinemann, DB 1983, 989, 990; Moll/Jacobsen, § 27, Rn. 121; Schaub/Linck, § 104, Rn. 3.

eigenständigen Ansprüchen⁸⁶ oder nach der Einheitstheorie ein mit dem Urlaubsanspruch einheitlicher⁸⁷, aus dem BUrlG herzuleitender Anspruch ist.

Wäre die Entgeltfortzahlungstheorie vorzugswürdig, wäre die Ablehnung einer Voraussetzung der Erarbeitung des Urlaubsentgeltanspruchs somit bereits durch das Wesen des Urlaubsentgeltanspruchs determiniert und es bedürfte keiner weiteren Untersuchung. In diesem Fall würde die Verbindung zwischen Urlaub und Arbeitsleistung lediglich in der Suspendierung derselben liegen, ohne dass das Entgelt in Zusammenhang damit stünde. Der Urlaub hätte demnach sogar überhaupt keinen Einfluss auf die weitere Vergütung, die sich bereits aus dem Arbeitsverhältnis ergäbe.⁸⁸ Sollte die Erteilung von Urlaub dabei tatsächlich eine Nebenpflicht des Arbeitsverhältnisses darstellen – wie etwa die Entgeltfortzahlungstheorie impliziert –⁸⁹, dann könnte zumindest die Urlaubsfreistellung nicht als Gegenleistung für die Arbeitsleistung betrachtet werden.⁹⁰ Die Vergütung der arbeitsfreien Zeit könnte ebenfalls nicht von Arbeitsleistungen abhängig gemacht werden, wäre doch das Urlaubsentgelt in diesem Fall gerade als gewöhnliche Entgeltfortzahlung ohne Arbeitsleistung anzusehen. Dies würde bedeuten, dass in jedem Fall der Anspruch auf Entgeltfortzahlung während des Urlaubs unbeeinflusst von dem Urlaubsanspruch und unabhängig von weiteren Voraussetzungen – wie etwa der Erarbeitung – bestünde.⁹¹ Sollte das Urlaubsentgelt in Verbindung mit der Urlaubsfreistellung jedoch einen eigenständigen, auf dem BUrlG basierenden Anspruch darstellen, wie die Vertreter der Einheitstheorie vertreten,⁹² stünde die Möglichkeit der Voraussetzung einer Erarbeitung des Urlaubsentgelts – und damit auch des Urlaubs insgesamt – offen. Ebenso wenig vorweggenommen wäre die Voraussetzung der Erarbeitung des Urlaubsentgelts, wenn der Doppelanspruchstheorie gefolgt würde.

Die Fragestellungen nach dem Wesen und der Voraussetzung der Erarbeitung sind demnach eng verknüpft und bedingen sich gegenseitig.⁹³ So bezeichnet etwa *Renaud* die verschiedenen Ebenen des Wesens und der Voraussetzungen als häufig ineinander übergehend,⁹⁴ *Herlitzius* geht beispielsweise sogar von einer Übereinstimmung aus.⁹⁵ *Okoye-Montis* bringt es auf den

⁸⁶ In heutiger Zeit vor allem *Friese*, S. 15; *Herlitzius*, S. 66 ff.; *Streblov*, S. 55 ff.; *Weber*, RdA 1995, 229, 232.

⁸⁷ Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 58; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 60; Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 26; *Hohmeister*, BB 1995, 2110, 2111; Neumann/Fenski/Kühn/Neumann, § 1 BUrlG, Rn. 68; vgl. auch BAG v. 03.06.1960, AP § 611 BGB Nr. 73.

⁸⁸ Siehe dazu *Leinemann*, DB 1983, 989, 990, der sich der letzteren Meinung anschließt.

⁸⁹ Siehe Kapitel B. I. 3. a) aa) Entgeltfortzahlungstheorie.

⁹⁰ So auch *Leinemann*, NZA 1985, 137, 139.

⁹¹ So jedenfalls BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch; *Ihmels*, JZ 1983, 18, 21.

⁹² LAG Bremen v. 03.10.1956, AP § 611 Nr. 17 Urlaubsrecht; *Böckel*, S. 23; Neumann/Fenski/Kühn/Neumann, § 1 BUrlG, Rn. 68 ff.; *Rüthers/Benincia*, AP § 7 BUrlG Nr. 22; *Trappe*, BB 1963, 45, 45; *Trieschmann*, AuR 1962, 137, 138.

⁹³ Siehe etwa *ErFK/Gallner*, § 1 BUrlG, Rn. 7 f.; *Schaub/Linck*, § 104, Rn. 8.

⁹⁴ *Renaud*, S. 13.

⁹⁵ *Herlitzius*, S. 58.

Punkt, wenn sie schreibt, dass letztendlich alle Auffassungen zur dogmatischen Herleitung des Urlaubsanspruchs eine Erklärung dafür suchen, dass der Arbeitgeber während der Urlaubsfreistellung Entgelt schuldet, obwohl der Arbeitnehmer nicht arbeitet.⁹⁶

Die enge Verzahnung der Frage nach dem Wesen und der Frage der Erarbeitung des Urlaubsentgelts zeigt sich auch darin, dass die Terminologie diesbezüglich nicht einheitlich verwendet wird. Die Begriffe „Rechtsnatur“, „Inhalt“ und „Wesen“ des Urlaubsanspruchs werden vielmehr teilweise synonym gebraucht, teilweise wird ihnen auch eine unterschiedliche Bedeutung beigemessen und ihr Inhalt wird insgesamt uneinheitlich beurteilt.⁹⁷

Über die vorab zu untersuchende Frage des Wesens des Urlaubsentgeltsanspruchs herrscht indes Uneinigkeit.

Ein Teil der Literatur⁹⁸ und der Instanzgerichte⁹⁹ geht dabei von einer anderen Natur des Anspruchs aus als bis vor kurzem das BAG¹⁰⁰ sowie die überwiegende Ansicht des Schrifttums.¹⁰¹

⁹⁶ *Okoye-Montis*, S. 43.

⁹⁷ Siehe etwa BAG v. 09.02.1956, AP § 394 BGB Nr. 1; BAG v. 27.11.1959, AP § 611 BGB Nr. 55 Urlaubsrecht; LAG Bremen v. 03.10.1956, AP § 611 Nr. 17 Urlaubsrecht; *Kocks*, NZfA 1932-33, 99, 99; *Natzel*, § 1 BUrlG, Rn. 6 ff.; *Nikisch*, S. 520 und *Trieschmann*, AuR 1962, 137, 138, die diesbezüglich von dem „Wesen“ des Urlaubs sprechen; *Gaul/Boewer*, S. 48 und *Herlitzius*, S. 40 sprechen bei den Elementen des Urlaubs hingegen vom „Inhalt“ desselben. *Ricken* etwa spricht im Zusammenhang mit dem EFZG von der „Rechtsnatur“ des Anspruchs, BeckOK-ArbR/*Ricken*, § 3 EFZG, Rn. 1, ebenso wie *Lampe* in Bezug auf das BUrlG, BeckOK-ArbR/*Lampe*, § 1 BUrlG, Rn. 3 f. *Linck* und *Okoye-Montis* wiederum fassen sowohl die Entgelttheorie, als auch Einheits- und Entgeltfortzahlungstheorie unter der Problematik der „Rechtsnatur“ beziehungsweise der „Ausgestaltung des Urlaubsanspruchs“ zusammen, siehe *Okoye-Montis*, S. 34 ff. und *Schaub/Linck*, § 104, Rn. 2; *Preis/Sagan/Mehrens/Witschen*, § 7, Rn. 7 f. sprechen lediglich hinsichtlich der Einheits- beziehungsweise Entgeltfortzahlungstheorie von der „Rechtsnatur“; *Gamillscheg*, FS Schmitz, S. 73 versteht unter dem „Wesen“ die Frage nach dem Entgeltcharakter des Urlaubs.

⁹⁸ Z.B. *Böckel*, S. 23; *Neumann/Fenski/Kühn/Neumann*, § 1 BUrlG, Rn. 68 ff.; *Gaul*, NZA 1987, 473, 476; *Hohmeister*, BB 1995, 2110, 2111; *Schmelzer*, S. 31; *Trappe*, BB 1963, 45, 45; *Wicht*, BB 2012, 1349, 1351.

⁹⁹ Vgl. etwa LAG Kiel v. 16.07.1954, AP § 611 BGB Nr. 3 Urlaubsrecht; LAG Bremen v. 03.10.1956, AP § 611 BGB Nr. 17 Urlaubsrecht; ArbG Wuppertal v. 17.09.1970, DB 1971, 1773, 1773.

¹⁰⁰ St. Rechtsprechung seit BAG v. 13.05.1982, AP § 7 BUrlG Nr. 4 Übertragung; BAG v. 01.12.1983, AP § 7 BUrlG Nr. 15 Abgeltung; BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch; BAG v. 24.11.1987, AP § 7 BUrlG Nr. 41 Abgeltung; BAG v. 07.07.1988, AP § 11 BUrlG Nr. 22; BAG v. 28.11.1990, AP § 7 BUrlG Nr. 18; BAG v. 09.11.1999, AP § 11 BUrlG Nr. 47; BAG v. 24.06.2003, AP § 1 TVG Tarifverträge: Gebäudereinigung Nr. 15; BAG v. 14.08.2007, AP § 7 BUrlG Nr. 38; bis zur Rechtsprechungsänderung BAG v. 10.02.2015, NJW 2015, 2520.

¹⁰¹ *Arnold/Tillmanns/Tillmanns*, § 11 BUrlG, Rn. 2; BeckOK-ArbR/*Lampe*, § 1 BUrlG, Rn. 3 f.; *Diüwell*, NZA-Beil. 2011, 133, 134; *Fieberg*, NZA 2010, 925, 928; *Gaul*, NZA 1987, 473, 475; *Ihmels*, JZ 1983, 18, 21; *Leinemann*, DB 1983, 989, 989 f.; *Leinemann/Linck*, Einl., Rn. 49 f., § 1 BUrlG, Rn. 25 ff.; MünchHdb-ArbR/*Diüwell*, § 78, Rn. 43 f.; *Natzel*, § 11 BUrlG, Rn. 17; *Pfeifer*, NZA 1996, 738, 740; *Schütz/Hauck/Schütz*, C. Urlaubsanspruch, Rn. 94, wobei jedoch teilweise auch die Gegenansicht als herrschend bezeichnet wird, siehe etwa *Rüthers/Benincà*, AP § 7 BUrlG Nr. 22; *Weber*, RdA 1995, 229, 232; früher wurde vom Reichsarbeitsgericht sogar noch ein weiterer Ansatz vertreten, siehe etwa RAG v. 30.11.1927, ARS 1, 66, 70; RAG v. 12.01.1929, RAGE 3, 90, 93; RAG v. 12.01.1929, RAGE 3, 130, 131 f.; RAG v. 02.03.1929, ARS 5, 336, 338 f.; RAG v. 13.03.1929, RAGE 3, 306, 312; RAG v. 13.03.1929 ARS 6, 75, 79 f.; RAG v. 19.06.1929, RAGE 4, 114, 115 f.; das RAG folgte zum damaligen Zeitpunkt der Doppelanspruchstheorie.

Dabei erfolgte zumeist entweder gar keine,¹⁰² eine lediglich oberflächliche und sehr kurze¹⁰³ oder eine nur an wenige Argumente geknüpfte Auseinandersetzung mit dem Thema.¹⁰⁴

Der EuGH scheint sich nun der Einheitstheorie angeschlossen zu haben,¹⁰⁵ aber diese Interpretation seiner Rechtsprechung ist dabei keinesfalls zwingend. So führte etwa das BAG aus, dass es vorliegend dahinstehen könne, „ob dem LAG darin zu folgen ist, dass die Rechtsprechung des EuGH eine Rückkehr zur Einordnung des Urlaubsanspruchs als so genannten Einheitsanspruch mit allen in der Vergangenheit daraus gezogenen Schlussfolgerungen erfordert.“¹⁰⁶ Es kann somit nicht einfach mit dem EuGH angenommen werden, dass der Einheitstheorie zu folgen ist, vielmehr bedarf die Rechtsprechung des Gerichtshofs einer weitergehenden Interpretation und Untersuchung vor dem Hintergrund der europäischen Vorschriften.

a) Theorien zum Wesen des Urlaubsentgelts

aa) Entgeltfortzahlungstheorie

Die bereits erwähnte Entgeltfortzahlungstheorie besagt, dass Urlaub ein gesetzlicher Anspruch auf eine vorübergehende Suspendierung von der Arbeitspflicht sei, der die Pflicht des Arbeitgebers zur Vergütung des Arbeitnehmers nicht entfallen lasse.¹⁰⁷ Der gesetzliche Urlaubsanspruch sei dabei eine gesetzlich bedingte Nebenpflicht zur Freistellung.¹⁰⁸ Der davon unabhängige Anspruch auf Urlaubsentgelt hingegen sei ein reiner Entgeltfortzahlungsanspruch, der eine

¹⁰² Siehe etwa Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 58; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 60; Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 26; BAG v. 13.05.1982, AP § 7 BUrlG Nr. 4 Übertragung; Dahms, DB 1951, 604, 604 f.; Natzel, § 11 BUrlG, Rn. 3, 17; Trappe, BB 1963, 45, 45; Trieschmann, AuR 1962, 137, 138.

¹⁰³ BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch; Heilmann, § 1 BUrlG, Rn. 4; Hohmeister/Oppermann/Hohmeister, § 1 BUrlG, Rn. 2 f.; Schubert, NZA 2013, 1105, 1106; Weber, RdA 1995, 229, 229 ff.

¹⁰⁴ So bspw. Gaul/Boewer, S. 45 ff.; Leinemann, NZA 1985, 137, 139; Rüthers/Beninca, AP § 7 BUrlG Nr. 22; Schweer, BB 1961, 680, 680 ff.; Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein, § 1 BUrlG, Rn. 11 f.; Weber, RdA 1995, 229, 232.

¹⁰⁵ Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 58; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 60; Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 26 m.w.N.

¹⁰⁶ BAG v. 10.02.2015, NJW 2015, 2520, 2522; ähnlich auch Schaub/Linck, § 104, Rn. 4, der zwar von einer Unionsrechtswidrigkeit der ursprünglichen deutschen Annahmen bezüglich der Rechtsnatur des Urlaubs insgesamt ausgeht, die Konsequenzen dann aber offenlässt.

¹⁰⁷ St. Rechtsprechung des BAG seit 1982, vgl. BAG v. 13.05.1982, AP § 7 BUrlG Nr. 4 Übertragung; BAG v. 01.12.1983, AP § 7 BUrlG Nr. 15 Abgeltung; BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch; BAG v. 07.07.1988, AP § 11 BUrlG Nr. 22; BAG v. 09.11.1999, AP § 11 BUrlG Nr. 47; BAG v. 24.06.2003, AP § 1 TVG Nr. 15 Gebäudereinigung; BAG v. 14.08.2007, AP § 7 BUrlG Nr. 38; bis BAG v. 10.02.2015, NJW 2015, 2520; Däubler/Holthaus, § 1 BUrlG, Rn. 5; Fieberg, NZA 2010, 925, 928; Jesgarzewski, AuA 2016, 216, 216; Leinemann, DB 1983, 989, 989 f.; NK-GA/Diüwell, § 1 BUrlG, Rn. 23; Schaub/Linck, § 104, Rn. 3; Schneider, S. 102 ff.; Schütz/Hauck/Schütz, C. Urlaubsanspruch, Rn. 94.

¹⁰⁸ BAG v. 28.11.1990, AP § 7 BUrlG Nr. 18; BAG v. 24.11.1987, AP § 7 BUrlG Nr. 41 Abgeltung; BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch; BeckOK-ArbR/Lampe, § 11 BUrlG, Rn. 4; Diüwell, NZA-Beil. 2011, 133, 134; KassHdb/Schütz, 2.4, Rn. 35; MünchHdb-ArbR/Diüwell, § 78, Rn. 43 f.; Okoye-Montis, S. 43 ff.; Pfeifer, NZA 1996, 738, 740.

Ausnahme von dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ darstelle.¹⁰⁹ Er werde zwar vom BUrlG angeordnet, habe aber keine eigenständige Anspruchsgrundlage, sondern ergebe sich stattdessen direkt aus dem Arbeitsvertrag und § 611 BGB.¹¹⁰ Er sei somit mit dem gewöhnlichen Arbeitsentgelt identisch,¹¹¹ woraus sich ableite, dass der Anspruch auf Urlaubsentgelt keine eigene rechtliche Bedeutung besitze.¹¹² Der Vergütungsanspruch während der Freistellungszeit sei daher grundsätzlich unabhängig vom Anspruch auf Urlaub, die beiden Ansprüche stünden isoliert nebeneinander.¹¹³ So bleibt der Anspruch auf Urlaubsentgelt nach dieser Ansicht auch Hauptpflicht wie das übliche Arbeitsentgelt, anders als der Urlaubsfreistellungsanspruch, der im BUrlG geregelt ist.¹¹⁴

Diese grundsätzliche Auffassung, dass der Lohnanspruch von der Urlaubsgewährung nicht beeinflusst werde und sich weiterhin aus § 611 BGB ergebe, wurde unter dem Namen der Verzichtstheorie bereits sehr früh von Teilen des Schrifttums vertreten.¹¹⁵ Das BAG folgte der Entgeltfortzahlungstheorie nach einer Rechtsprechungsänderung im Jahr 1982¹¹⁶ zunächst kontinuierlich,¹¹⁷ bis es kürzlich aufgrund der Vorgaben des EuGH von dieser Theorie erneut Abstand nahm,¹¹⁸ jedoch ohne sich dabei klar zu positionieren.¹¹⁹ Das Schrifttum hingegen steht weiterhin vornehmlich hinter der Entgeltfortzahlungstheorie.¹²⁰

bb) Doppelanspruchstheorie

Vor Inkrafttreten des BUrlG vertrat das Reichsarbeitsgericht ursprünglich die Theorie des Doppelanspruchs, nach der die Elemente der Freistellung und der Urlaubsvergütung zwar zu einem Urlaubsanspruch gehörten und nur gleichzeitig entstehen könnten, aber dennoch im Weiteren

¹⁰⁹ KassHdb/Schütz, 2.4, Rn. 33, 39; *Leinemann/Linck*, § 1 BUrlG, Rn. 29; *Schubert*, S. 310; siehe auch *Küttner/Röller*, Urlaubsentgelt, A. Arbeitsrecht, Rn. 1; *Nipperdey-Lexikon-ArbR/Kortstock*, Urlaubsentgelt; *Reichold*, § 8, Rn. 80 f.

¹¹⁰ *Arnold/Tillmanns/Tillmanns*, § 11 BUrlG, Rn. 2; *Boewer*, Handbuch, S. 159; *Busch*, NZA 1996, 1246, 1246; *Däubler/Holthaus*, § 11 BUrlG, Rn. 2; *Leinemann/Linck*, § 1 BUrlG, Rn. 28; *NK-GA/Düwell*, § 1 BUrlG, Rn. 23; *Pfrang*, EuZA 2016, 207, 210; *Reichold*, § 8, Rn. 81; *Schütz/Hauck/Schütz*, L. Urlaubsentgelt, Rn. 677; *Sprink*, S. 197.

¹¹¹ *Hohmeister/Oppermann/Oppermann*, § 11 BUrlG, Rn. 1; *NK-GA/Düwell*, § 1 BUrlG, Rn. 23.

¹¹² *Hohmeister/Oppermann/Hohmeister*, § 1 BUrlG, Rn. 3.

¹¹³ *Dahns*, DB 1951, 604, 604 f.; *Gaul*, NZA 1987, 473, 475; *Schweer*, BB 1961, 680, 681.

¹¹⁴ *Arnold/Tillmanns/Zimmermann*, § 1 BUrlG, Rn. 20; *Powietzka/Rolf*, § 1 BUrlG, Rn. 1; *Schütz/Hauck/Schütz*, C. Urlaubsanspruch, Rn. 108.

¹¹⁵ *Specovius*, NZfA 1925, 441, 441 f.; *Nikisch*, NZfA 1928, 133, 136, 149; *Nikisch*, NZfA 1932-33, 563, 563, 567.

¹¹⁶ BAG v. 13.05.1982, AP § 7 BUrlG Nr. 4 Übertragung.

¹¹⁷ BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch; BAG v. 25.10.1994, AP § 7 BUrlG Nr. 20; BAG v. 09.11.1999, AP § 11 BUrlG Nr. 47; BAG v. 20.06.2000, AP § 7 BUrlG Nr. 28.

¹¹⁸ BAG v. 10.02.2015, NJW 2015, 2520, 2521 f.

¹¹⁹ Das BAG führte diesbezüglich lediglich aus: „Es kann vorliegend dahinstehen, ob dem LAG darin zu folgen ist, dass die Rechtsprechung des EuGH eine Rückkehr zur Einordnung des Urlaubsanspruchs als so genannten Einheitsanspruch mit allen in der Vergangenheit daraus gezogenen Schlussfolgerungen erfordert“, BAG v. 10.02.2015, NJW 2015, 2520, 2522.

¹²⁰ Siehe etwa *Arnold/Tillmanns/Tillmanns*, § 11 BUrlG, Rn. 2; *Ihmels*, JZ 1983, 18, 21; *Leinemann*, DB 1983, 989, 989 f.; *Leinemann*, NZA 1985, 137, 139; *Leinemann/Linck*, Einl., Rn. 49 f., § 1 BUrlG, Rn. 25 ff.; *MünchHdb-ArbR/Düwell*, § 77, Rn. 2; *Sprenger*, AuA 2015, 428, 428.

unabhängig voneinander als zwei kumulative und gleichwertige Teilansprüche anzusehen seien.¹²¹ Die Urlaubsvergütung sei demnach nicht Teil des Arbeitsvertrags, wie bei der Entgeltfortzahlungstheorie, sondern ein eigenständiger Anspruch¹²². Obschon der Urlaub demnach aus zwei (unterschiedlichen) Elementen bestehen sollte, wurde jedoch keine Einheit der beiden Komponenten angenommen.¹²³ Vielmehr wurde von einer Unabhängigkeit von Urlaubsvergütung und Freistellung im laufenden Arbeitsverhältnis ausgegangen.¹²⁴ Dies bedeutete, dass einer der beiden Ansprüche nicht ebenfalls untergehen musste, wenn der andere Anspruch erlosch.¹²⁵ Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sollte die Urlaubsabgeltung dabei den bestehen bleibenden Vergütungsanspruch darstellen.¹²⁶

Von Bedeutung im Rahmen dieser Theorie bleibt nach der Einführung des BUrlG nunmehr, dass Urlaubsentgelt und Urlaubsfreistellung zwar Elemente des Urlaubsanspruchs seien, aber keine Einheit bilden würden und somit auch nicht das gleiche Schicksal teilen müssten.¹²⁷ Der Anspruch auf Urlaubsvergütung sei dabei ein eigener Anspruch aus dem BUrlG, also nicht mit

¹²¹ RAG v. 30.11.1927, ARS 1, 66, 70; RAG v. 12.01.1929, RAGE 3, 90, 93; RAG v. 12.01.1929, RAGE 3, 130, 131 f.; RAG v. 02.03.1929, ARS 5, 336, 338 f.; RAG v. 13.03.1929, RAGE 3, 306, 312; RAG v. 13.03.1929 ARS 6, 75, 80; RAG v. 19.06.1929, RAGE 4, 114, 115 f.; RAG v. 08.01.1930, RAGE 5, 115, 116 f.; RAG v. 11.01.1930, ARS 8, 280, 284; RAG v. 19.03.1930, RAGE 5, 222, 225; RAG v. 19.03.1930, RAGE 5, 247, 248 f.; RAG v. 12.11.1930, RAGE 6, 336, 342.

¹²² RAG v. 30.11.1927, ARS 1, 66, 70; RAG v. 13.03.1929, RAGE 3, 306, 312; RAG v. 13.03.1929 ARS 6, 75, 80; RAG v. 19.06.1929, RAGE 4, 114, 115 f.; RAG v. 11.01.1930, ARS 8, 280, 284; RAG v. 21.01.1931, ARS 11, 358, 360 f.; *Ihmels*, S. 28 f.; teilweise wurde dies aber auch nicht konsequent vertreten, sondern von einem primären Anspruch auf Freistellung unter Fortzahlung der Vergütung einerseits und einem bei Unmöglichkeit der Erfüllung an dessen Stelle tretenden Anspruch auf Urlaubsabgeltung andererseits ausgegangen (unechter Doppelanspruch), siehe etwa RAG v. 12.01.1929, RAGE 3, 90, 93; RAG v. 12.01.1929, RAGE 3, 130, 131; RAG v. 02.03.1929, ARS 5, 336, 339; RAG v. 08.01.1930, RAGE 5, 115, 116 f.; RAG v. 19.03.1930, RAGE 5, 222, 225; RAG v. 19.03.1930, RAGE 5, 247, 248 f.; RAG v. 28.06.1930, RAGE 6, 107, 108 f.; RAG v. 12.11.1930, RAGE 6, 336, 342; *Renaud*, S. 22; *Streblov*, S. 12 m.w.N. Nach der Einführung des BUrlG und insbesondere des § 7 BUrlG ist die Konstruktion eines Doppelanspruchs aus dem Anspruch auf Urlaub und dem Anspruch auf Urlaubsabgeltung nach der Strömung des unechten Doppelanspruchs jedoch nicht mehr haltbar. Urlaubsabgeltung und Urlaub können schon begriffsnotwendig nicht (mehr) nebeneinander bestehen, kommt doch die Abgeltung erst in Betracht, wenn die Inanspruchnahme des Urlaubs unmöglich geworden ist, siehe etwa *Natzel*, § 1 BUrlG, Rn. 42; *Renaud*, S. 33.

¹²³ Siehe etwa RAG v. 12.01.1929, RAGE 3, 90, 93; RAG v. 02.03.1929, ARS 5, 336, 338 f.; *Renaud*, S. 23, 33 ff.

¹²⁴ RAG v. 30.11.1927, ARS 1, 66, 70; RAG v. 02.03.1929, ARS 5, 336, 338 f.; RAG v. 13.03.1929, ARS 6, 75, 80; RAG v. 06.07.1929, ARS 6, 384, 386; RAG v. 18.12.1929, ARS 7, 546, 549; *Zwiebler*, S. 20, 39, 74 f.

¹²⁵ RAG v. 02.03.1929, ARS 5, 336, 338 f.; RAG v. 13.03.1929, RAGE 3, 306, 312; RAG v. 13.03.1929 ARS 6, 75, 80; RAG v. 19.06.1929, RAGE 4, 114, 116; RAG v. 19.03.1930, RAGE 5, 247, 248 f.; *Streblov*, S. 13; *Zwiebler*, S. 39.

¹²⁶ Siehe exemplarisch für den echten Doppelanspruch: RAG v. 30.11.1927, ARS 1, 66, 70; RAG v. 21.01.1931, ARS 11, 358, 360 f.

¹²⁷ *Friese*, S. 15; *Herlitzius*, S. 66 ff.; *Natzel*, § 11 BUrlG, Rn. 3, 17; *Schwerdtner*, S. 191 ff.; *Streblov*, S. 55 ff.; *Weber*, RdA 1995, 229, 232; so wohl auch *Kothe*, FS Schwerdtner, S. 100 f.

dem Arbeitsentgelt identisch.¹²⁸ Diese Ansicht wurde dabei nicht mehr zwangsläufig als Doppelanspruchstheorie deklariert.¹²⁹

Aus diesen Erwägungen ergeben sich jedoch praktisch keine eigenen Rechtsfolgen neben der – im Folgenden dargestellten – eingeschränkten Einheitstheorie mehr,¹³⁰ sodass die Doppelanspruchstheorie im Rahmen der vorliegenden Arbeit keine eigenständige Untersuchung erfährt. Sie wird folglich als Unterfall der eingeschränkten Einheitstheorie behandelt.

cc) Einheitstheorie

Nach der Einheitstheorie sind Urlaubsfreistellung und Urlaubsentgelt zwei untrennbare Elemente eines einzigen Anspruchs – des Anspruchs auf Urlaub.

Dieser Anspruch enthalte damit sowohl den Aspekt der Freizeitgewährung als auch den der Vergütung. Urlaub und Urlaubsentgelt seien demnach nur einheitlich zu betrachten.¹³¹

Ob der Urlaub dabei insgesamt als Neben- oder als Hauptpflicht zu klassifizieren ist, wird innerhalb dieser Theorie nicht einheitlich betrachtet; teilweise wird vertreten, ähnlich wie bei der Entgeltfortzahlungstheorie sei der Urlaubsanspruch Nebenpflicht des Arbeitsverhältnisses, die Urlaubsvergütung müsse dabei einheitlich mit dem Urlaub betrachtet werden, sodass auch der Anspruch auf Urlaubsentgelt hier eine Nebenpflicht darstelle.¹³² Teilweise wird dagegen auch davon ausgegangen, dass das Urlaubsentgelt eher an die Hauptpflicht der Vergütung der Arbeitsleistung angelehnt sei und somit eine Hauptpflicht darstelle, was dazu führe, dass der Urlaub als Ganzes durch die Einheit der Komponenten Freistellung und Vergütung ebenfalls als Hauptpflicht angesehen werden solle.¹³³ Es besteht somit Uneinigkeit, auf welche der Komponenten bei der Bestimmung, ob Urlaub eine Haupt- oder Nebenpflicht darstellt, der Schwerpunkt zu legen ist. Dieser Frage wird noch nachzugehen sein.

¹²⁸ Herlitzius, S. 217 f.; Weber, AP § 7 BUrlG Nr. 63 Abgeltung, die jedoch ausdrücklich die Doppelanspruchstheorie ablehnen, diese aber zu Unrecht wie die Einheitstheorie darstellen; Trieschmann, AuR 1962, 137, 138; siehe auch Friese, S. 15 und Weber, RdA 1995, 229, 232, die zwar in § 1 BUrlG eine eigene Anspruchsgrundlage sehen, jedoch in diesem Zusammenhang vertreten, dass der Urlaubsanspruch als solcher lediglich auf Freistellung gerichtet ist.

¹²⁹ Friese, S. 15; Herlitzius, S. 66, 69 etwa spricht von einer 2-Komponenten-Theorie, deklariert jedoch auch die Bezeichnung „Doppelanspruch“ als „nicht unzutreffend“.

¹³⁰ So auch Okoye-Montis, S. 36; zu der Einheitstheorie siehe den nachfolgenden Textabschnitt; siehe auch Strehlow, S. 55, zumindest hinsichtlich der Vergleichbarkeit.

¹³¹ LAG Bremen v. 03.10.1956, AP § 611 Nr. 17 Urlaubsrecht; Böckel, S. 23; Borrmann, § 1 BUrlG, Rn. 7; Dahns, DB 1955, 604, 604; Dissinger, S. 17 f.; Maus, S. 26; Neumann/Fenski/Kühn/Neumann, § 1 BUrlG, Rn. 68 ff.; Rüthers/Benincà, AP § 7 BUrlG Nr. 22; Trappe, BB 1963, 45, 45; Schmelzer, S. 31, 101 f.; Trieschmann, AuR 1962, 137, 138.

¹³² Hohmeister/Oppermann/Hohmeister, Vorbemerkungen, Rn. 6, § 1 BUrlG, Rn. 10.

¹³³ LAG Baden-Württemberg v. 09.06.2011 – 6 Sa 109/10 – juris, Rn. 55; LAG Köln v. 19.08.2011, ZTR 2011, 732, 734; Gaul, NZA 1987, 473, 476; Staudinger/Richardi/Fischinger, 2011, § 611 BGB, Rn. 1132; Wicht, BB 2012, 1349, 1351; beschreibend auch Arnold/Tillmanns/Arnold, § 7 BUrlG, Rn. 155; siehe auch Leinemann, NZA 1985, 137, 139, der jedoch selbst nicht die Einheitstheorie vertritt.

Das BAG vertrat die Einheitstheorie bis 1982,¹³⁴ gab sie danach aber ohne eine ersichtliche Begründung auf.¹³⁵ Dabei wurde zunächst lediglich darauf hingewiesen, dass Urlaub ein gesetzlich bedingter Freistellungsanspruch sei.¹³⁶ Erst später führte das BAG aus, dass diese Rechtsprechungsänderung sinnvoll gewesen sei, da die Regelungen im BUrlG nur den Anspruch auf Lohn sichern sollten, auch wenn die Arbeitspflicht aufgrund von Urlaub entfiel. Ein eigener Anspruch auf Urlaubsentgelt, wie von der Einheitstheorie vertreten, sei somit überflüssig.¹³⁷ Diesem Wandel sind jedoch nicht alle gefolgt, zahlreiche Stimmen der deutschen Literatur vertraten die Einheitstheorie auch weiterhin.¹³⁸ Nun hat sich auch der EuGH – zumindest nominell – für diese Theorie ausgesprochen, indem er immer wieder betonte, dass der Anspruch auf Jahresurlaub und der auf Zahlung des Urlaubsentgelts zwei Aspekte eines einzigen Anspruchs seien.¹³⁹ Diese Ansicht bestätigte er in ständiger Rechtsprechung, ohne dies jedoch auch nur ansatzweise zu begründen.¹⁴⁰ Ob damit jedoch tatsächlich eine Einheit der Ansprüche im Sinne der Einheitstheorie gemeint war, ist nicht ganz eindeutig zu beurteilen.¹⁴¹ Die Festlegung durch den EuGH wurde von den Anhängern der Einheitstheorie im Weiteren dennoch entsprechend begrüßt.¹⁴²

Auch das BAG näherte sich kürzlich in Reaktion auf die EuGH-Rechtsprechung dieser Ansicht vorsichtig wieder an,¹⁴³ ob damit eine Rechtsprechungsänderung einhergeht, ließ das Gericht dabei jedoch offen.

Innerhalb dieser Theorie ist jedoch das Ausmaß der Einheit zwischen Urlaub und Vergütung nicht trennscharf umrissen; es bestehen wiederum einzelne Strömungen. Die Vertreter der

¹³⁴ Siehe etwa BAG v. 20.04.1956, AP § 611 BGB Nr. 6 Urlaubsrecht; BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 9 Urlaubsrecht; BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 10 Urlaubsrecht; BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 13 Urlaubsrecht; BAG v. 03.06.1960, AP § 611 BGB Nr. 73 Urlaubsrecht.

¹³⁵ BAG v. 13.05.1982, AP § 7 BUrlG Nr. 4 Übertragung; BAG v. 08.03.1984, NZA 1984, 197, 197; BAG v. 25.10.1994, AP § 7 BUrlG Nr. 20; BAG v. 20.06.2000, AP § 7 BUrlG Nr. 28.

¹³⁶ So noch BAG v. 13.05.1982, AP § 7 BUrlG Nr. 4 Übertragung.

¹³⁷ So etwa BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch.

¹³⁸ Siehe bspw. *Gaul*, NZA 1987, 473, 476; *Hohmeister/Oppermann/Hohmeister*, Vorbemerkungen, Rn. 5, § 1 BUrlG, Rn. 2 f.; *Richardi*, FS Hoyningen-Huene, S. 437 f.; *Staudinger/Richardi/Fischinger*, 2011, § 611 BGB, Rn. 1132; *Wicht*, BB 2012, 1349, 1351; wohl auch *Gutzeit*, S. 80 f.

¹³⁹ Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 58; siehe im Weiteren Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 60; Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 26.

¹⁴⁰ Der EuGH konstatiert lediglich immer wieder, dass der Anspruch auf Jahresurlaub und der auf Zahlung des Urlaubsentgelts zwei Aspekte eines einzigen Anspruchs seien, so zuerst Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 58; siehe im Weiteren Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 60; Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 26 m.w.N.

¹⁴¹ Etwa noch offen gelassen durch BAG v. 10.02.2015, NJW 2015, 2520, 2522; *Neumann/Fenski/Kühn/Neumann/Fenski/Kühn*, Vorwort, deklarieren etwa, der EuGH habe den früheren Einheitsanspruch europarechtlich wiederhergestellt.

¹⁴² *Fenski*, DB 2007, 686, 690.

¹⁴³ BAG v. 10.02.2015, NJW 2015, 2520, 2521 f.

strengen Einheitstheorie nehmen die Einheit der Ansprüche sehr ernst und erlauben keine Trennung.¹⁴⁴ Die Vertreter der eingeschränkten Einheitstheorie dagegen lassen eine selbstständige Betrachtung der Elemente durchaus zu.¹⁴⁵

b) Einfluss der unionsrechtlichen Urlaubsnormen auf das deutsche Recht

Wie bereits die Aussagen des EuGH zu dem einheitlichen Urlaubsanspruch verdeutlicht haben, ist das Wesen des Urlaubsentgeltanspruchs maßgeblich durch den europäischen Kontext beeinflusst.¹⁴⁶ Eine Auseinandersetzung diesbezüglich ist daher nur noch vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Urlaubsvorschriften möglich. Um jedoch die spezifischen Auswirkungen der europäischen Urlaubsnormen hinsichtlich einer Charakterisierung des Urlaubsentgelts beleuchten zu können, muss zunächst untersucht werden, welche Vorschriften an dieser Stelle überhaupt relevant sind und welchen Einfluss diese grundsätzlich auf das deutsche Recht haben. Darüber hinaus sind der unionsrechtliche Einfluss auf das deutsche Recht und die sich daraus ergebenden Konsequenzen hinsichtlich einer Voraussetzung der Erarbeitung zentraler Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit.

Auch wenn die europarechtlichen Normen zum Urlaubsrecht nicht sehr ausführlich sind,¹⁴⁷ ist der Anspruch auf bezahlten Urlaub dennoch Gegenstand des Art. 7 Abs. 2 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG und des Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GR-Charta).¹⁴⁸

Diese doppelte Normierung zeigt bereits, dass die Gewährung von Urlaub und seine Vergütung einen besonders bedeutsamen Grundsatz des Sozialrechts der europäischen Union darstellen, was auch der EuGH immer wieder betont und herausstellt.¹⁴⁹

¹⁴⁴ LAG Bremen v. 03.10.1956, AP § 611 Nr. 17 Urlaubsrecht; *Borrmann*, § 1 BUrlG, Rn. 7 f.; *Dersch*, AP § 611 Nr. 17 Urlaubsrecht; *AR-Blattei/Gros*, D Urlaub, VI Inhalt des Urlaubs, B Urlaubsentgelt; *Hohmeister*, BB 1995, 2110, 2110 ff.; *Hueck/Nipperdey*, S. 452; *Neumann/Fenski/Kühn/Neumann*, § 1 BUrlG, Rn. 77; *Trappe*, BB 1963, 45, 45.

¹⁴⁵ BAG v. 27.11.1959, AP § 611 BGB Nr. 55 Urlaubsrecht; *Boldt/Röhlsler*, § 1 BUrlG, Rn. 5 f.; *Dahns*, DB 1955, 604, 604; *Heußner*, S. 28 f.; *Hromadka/Maschmann*, § 8, Rn. 124; *Renaud*, S. 35; *Schelp/Herbst*, § 1 BUrlG, Rn. 6 f.; *Schönfelder*, AuR 1961, 201, 204 ff.

¹⁴⁶ Siehe nur die wiederholte Erwähnung durch den EuGH, Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 58; siehe im Weiteren Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 60; Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 26.

¹⁴⁷ *Preis/Sagan/Mehrens/Witschen*, § 7, Rn. 1; *Thüsing/Pöters/Stiebert*, RdA 2012, 281, 285.

¹⁴⁸ ABl. Nr. C 83 v. 30.03.2010, S. 389 ff.; verbindlich seit dem 01.12.2009 (Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13.12.2007, ABl. Nr. C 306 v. 13.12.2007).

¹⁴⁹ Urteil BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 43; Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 48; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 54; Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 28; Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 27; Urteil Sobczyszyn, C-178/15, EU:C:2016:502, Rn. 19; Urteil Maschek, C-341/15, EU:C:2016:576, Rn. 25; siehe auch *Riesenhuber*, § 14, Rn. 46.

aa) Art. 31 Abs. 2 Grundrechtecharta

In Art. 31 Abs. 2 GR-Charta wird bestimmt, dass jeder Arbeitnehmer das Recht auf bezahlten Jahresurlaub hat – eine Mindesturlaubszeit wird dabei nicht festgelegt.

Artikel 31 Grundrechtecharta***Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen***

(2) Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub.

Das Recht auf eine Urlaubsvergütung hat somit als Teil der GR-Charta Primärrechtsstatus gemäß Art. 6 Abs. 1 Hs. 2 des Vertrags über die Europäische Union (EUV)¹⁵⁰ und ist seit dem Vertrag von Lissabon vom 01.12.2009 auch als solches verbindlich. Es wird auch als echtes Grundrecht anerkannt, nicht lediglich als Grundsatz i.S.d Art. 52 Abs. 5 GR-Charta.¹⁵¹

Den Erläuterungen zu Art. 31 Abs. 2 der Charta zufolge stützt sich die Regelung des Absatzes 2 auf die Richtlinie 93/104/EG¹⁵², Art. 2 der Europäischen Sozialcharta (ESC) und auf Nr. 8 der Gemeinschaftscharta der Arbeitnehmerrechte (GSGA).¹⁵³ Dies bedeutet – durchaus überraschend –, dass Art. 31 Abs. 2 der Charta als Primärrecht gegebenenfalls auch im Licht der nunmehr neu gefassten Richtlinie 2003/88/EG ausgelegt werden kann, welche diesbezüglich als Rechtserkenntnisquelle dient.¹⁵⁴

Gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GR-Charta ist Art. 31 GR-Charta für die Union und die dazugehörigen Stellen verbindlich, verpflichtet aber auch unmittelbar die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts.¹⁵⁵ Eines Umsetzungsaktes oder Rechtsanwendungsbefehls bedarf es demnach prinzipiell nicht.¹⁵⁶ Werden vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Grundrechte etwa Richtlinien erlassen,¹⁵⁷ sind die Mitgliedstaaten dann weiterhin bei der Umsetzung dieser

¹⁵⁰ Siehe auch etwa Urteil Lock, C-539/12, EU:C:2014:351, Rn. 14; Urteil Greenfield, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 27; so auch EnzEuR/Rudkowski, § 12, Rn. 7; Stiebert/Pöters, EuZW 2011, 960, 961; Thüsing/Pöters/Stiebert, RdA 2012, 281, 285.

¹⁵¹ Franzen/Gallner/Oetker/Gallner, Art. 1 RL 2003/88/EG, Rn. 26; Greif, Unanwendbarkeit, S. 254 f.; Jarass, Art. 31 EU-GRCharta, Rn. 2; Kober, S. 110; Pöters/Stiebert, ZESAR 2012, 23, 28; Schubert, RdA 2013, 370, 375; Schlussanträge Dominguez der GÄin Trstenjak, C-282/10, EU:C:2011:559, Rn. 75 ff.

¹⁵² Die Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. Nr. L 307/18 v. 13.12.1993 stellt die Vorgängerrichtlinie der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG dar.

¹⁵³ Siehe die Erläuterungen zu Art. 31 GR-Charta, ABl. Nr. C 303/26 v. 14.12.2007; Greif, Assistententagung ArbR, S. 70 f.; Jarass, Art. 31 EU-GRCharta, Rn. 1.

¹⁵⁴ Jarass, Art. 31 EU-GRCharta, Rn. 4; Greif, Assistententagung ArbR, S. 70 f.; Schönberger, EuR 2003, 600, 622 m.w.N.

¹⁵⁵ ErfK/Wißmann, Vorbem. zum AEUV, Rn. 5 f.; Greif, Assistententagung ArbR, S. 69 f.; Greif, Unanwendbarkeit, S. 147 ff., 179; Hanau, NZA 2010, 1, 3; Herresthal, ZEuP 2014, 238, 247 f.; Jarass, Art. 31 EU-GRCharta, Rn. 3, Art. 51 EU-GRCharta, Rn. 13. ff.; Willemsen/Sagan, NZA 2011, 258, 258; siehe etwa zum Aspekt der unionsrechtskonformen Auslegung auch Riesenhuber/Roth/Jopen, § 13, Rn. 9.

¹⁵⁶ Jarass, Einl., Rn. 11.

¹⁵⁷ Siehe ErfK/Wißmann, Vorbem. zum AEUV, Rn. 5 m.w.N.

Richtlinien – zumindest hinsichtlich der Mindestvorgaben –¹⁵⁸ durch das Grundrecht gebunden.¹⁵⁹

Das Primärrecht kann auch grundsätzlich aufgrund seines Anwendungsvorrangs vor dem nationalen Recht zu einer Unanwendbarkeit von europarechtswidrigen Normen führen.¹⁶⁰

Der EuGH, der zuvor nur auf die Richtlinie abgestellt und den Anspruch auf Urlaub als wichtigen Grundsatz des Sozialrechts der Union dargestellt hatte,¹⁶¹ erwähnte den Art. 31 Abs. 2 der GR-Charta seit dessen Inkrafttreten 2009 zumeist zwar als Grundlage, jedoch lediglich zusätzlich und eher pro forma,¹⁶² im Urteil *Greenfield* wurde er dann schließlich als einzige Grundlage genannt.¹⁶³

bb) Art. 7 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG

Die Europäische Union kann nach Art. 153 Abs. 1 lit. a des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) Mindestvorschriften zum Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer bestimmen.¹⁶⁴ Im Unionsrecht existiert dabei zwar keine Urlaubsrichtlinie,¹⁶⁵ jedoch taucht der Urlaubsanspruch mehrfach in der auf Art. 153 Abs. 2 AEUV, ehemals Art. 137 Abs. 2 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag) gestützten Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG auf.¹⁶⁶ In der Vorgängerrichtlinie wurde ebenfalls

¹⁵⁸ Darüber hinaus auch gegen eine Bindung hinsichtlich eines Regelungsspielraums des nationalen Gesetzgebers Urteil Bartsch, C-427/06, EU:C:2008:517, Rn. 15 ff.; Meyer/Borowsky, Vor Titel VII, Rn. 24.

¹⁵⁹ Greif, Unanwendbarkeit, S. 150 ff. m.w.N.; Herresthal, ZEuP 2014, 238, 251, 252, mit Hinweis darauf, dass auch der überschießende Teil der Regelung des Unionsrecht natürlich nicht verletzen darf; Thüsing/Pöters/Stiebert, RdA 2012, 281, 289 f.

¹⁶⁰ Siehe etwa Urteil Murphy/An Bord Telecom Eireann, C-157/86, EU:C:1988:62, Rn. 11; Urteil Coloroll Pension Trustees/Russell, C-200/91, EU:C:1994:348, Rn. 29; Urteil Van Munster/Rijksdienst voor Pensioenen, C-165/91, EU:C:1994:359, Rn. 34; Urteil Sievers, C-270/97, EU:C:2000:76, Rn. 62; Urteil Leichtle, C-8/02, EU:C:2004:161, Rn. 58; Urteil Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, C-239/09, EU:C:2010:778, Rn. 52; Buschmann, FS Düwell, S. 42; Fenski, DB 2007, 686, 688; Riesenhuber/Leible/Domröse, § 8, Rn. 60 f.; Riesenhuber/Roth/Jopen, § 13, Rn. 9 f.

¹⁶¹ Etwa Urteil Robinson-Steele, C-131/04, EU:C:2006:177, Rn. 47 ff.; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 53 f.; Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 16, 32 ff.; Urteil Sobczyszyn, C-178/15, EU:C:2016:502, Rn. 19.

¹⁶² Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 18; Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 31, 37; Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 21 f.; Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 28; Urteil Lock, C-539/12, EU:C:2014:351, Rn. 14; Urteil Sähköalojen ammattiliitto ry, C-396/13, EU:C:2015:86, Rn. 64; kritisch dazu etwa Forst, EWIR 2013, 7, 8.

¹⁶³ Urteil Greenfield, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 27; später wurde Art. 31 Abs. 2 GR-Charta dann auch wieder neben der Arbeitszeitrichtlinie zur Hervorhebung des Ranges des Urlaubs genannt, Urteil Sobczyszyn, C-178/15, EU:C:2016:502, Rn. 20.

¹⁶⁴ Siehe auch Schlegel, NZA-Beil. 2014, 16, 17.

¹⁶⁵ Siehe auch Neumann/Fenski/Kühn/Fenski, RL 2003/88/EG, Rn. 1.

¹⁶⁶ Siehe etwa Art. 7 und Art. 16 der RL 2003/88/EG.

mehrfach ein bezahlter Jahresurlaub erwähnt,¹⁶⁷ der Norminhalt bezüglich des Urlaubs änderte sich jedoch nicht.¹⁶⁸ Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG lautet wie folgt:

Artikel 7 Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG

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.

Die Richtlinie ist also konkreter als Art. 31 Abs. 2 GR-Charta, indem sie zusätzlich eine Mindestdauer vorgibt.¹⁶⁹ Sie gilt in Deutschland seit der Änderung des § 3 BUrlG vom 06.06.1994 als umgesetzt.¹⁷⁰

Grundsätzlich entfalten Richtlinien gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV keine unmittelbare Wirkung zwischen Privaten, sondern bedürfen zunächst der Umsetzung durch den Mitgliedstaat.¹⁷¹ Dabei sind sie lediglich hinsichtlich ihres angestrebten Ziels normativ verbindlich,¹⁷² die Wahl der Form und Mittel verbleibt den Mitgliedstaaten.¹⁷³ Es besteht jedoch grundsätzlich eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung,¹⁷⁴ die sich aus der Umsetzungspflicht gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV ergibt.¹⁷⁵ Diese richtlinienkonforme Auslegung basiert wiederum auf

¹⁶⁷ Vorüberwägungen Nr. 8, Art. 7 und Art. 18 der Richtlinie 93/104/EG; Neumann/Fenski/Kühn/Fenski, RL 2003/88/EG, Rn. 2 ff.

¹⁶⁸ Siehe den Wortlaut des Art. 7 RL 93/104/EG im Vergleich zu Art. 7 RL 2003/88/EG; Powietzka/Rolf, Anhang 1 RL 2003/88/EG, Rn. 1; es ergaben sich auch keine Änderungen durch die Änderungsrichtlinie 2000/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 2000 zur Änderung der Richtlinie 93/104/EG des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung hinsichtlich der Sektoren und Tätigkeitsbereiche, die von jener Richtlinie ausgeschlossen sind, ABl. Nr. L 195/41 v. 01.08.2000.

¹⁶⁹ Höpfner, RdA 2013, 16, 19.

¹⁷⁰ BGBl. I 1994 S. 1170, 1177; Gebauer/Wiedmann/Oppertshäuser, Kap. 19, Rn. 133; Powietzka/Rolf, Anhang 1 RL 2003/88/EG, Rn. 1.

¹⁷¹ Beispielsweise bereits Urteil Marshall, C-152/84, EU:C:1986:84, Rn. 48; Urteil Faccini Dori, C-91/92, EU:C:1994:292, Rn. 20 ff.; Urteil Pfeiffer, C-397/01, EU:C:2004:584, Rn. 108; Urteil Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, Rn. 46; Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 32 f., 37; Calliess/Ruffert/Ruffert, § 288 AEUV, Rn. 57; Brechmann, S. 14 f. m.w.N.; Gallner, Urlaubsrecht, S. 14; Gallner, FS Etzel, S. 162; Höpfner, RdA 2013, 16, 19; Powietzka/Rolf, Anhang 1 RL 2003/88/EG, Rn. 4; differenzierend Forst, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 7.

¹⁷² Siehe auch Art. 288 Abs. 3 AEUV; Streinz/Schroeder, Art. 288 AEUV, Rn. 66, 68; Calliess/Ruffert/Ruffert, Art. 288 AEUV, Rn. 23.

¹⁷³ Martens, S. 172.

¹⁷⁴ St. Rechtsprechung seit Urteil Von Colson, C-14/83, EU:C:1984:153, Rn. 26; siehe etwa auch Urteil Faccini Dori, C-91/92, EU:C:1994:292, Rn. 26; Arnold/Tillmanns/Arnold/Tillmanns, Einl., Rn. 3; Riesenhuber/Roth/Jopen, § 13, Rn. 3 ff.; Streinz/Schroeder, Art. 288 AEUV, Rn. 125; vgl. auch BAG v. 17.11.2009, AP § 11 BUrlG Nr. 65.

¹⁷⁵ Gallner, FS Etzel, S. 162; Höpfner, S. 269 ff.; Höpfner, AP § 11 BUrlG Nr. 65.

einer autonomen Auslegung der Richtlinie, die unabhängig von nationalem Recht erfolgt.¹⁷⁶ Dabei ist vornehmlich auf Wortlaut und Zweck der Richtlinie abzustellen.¹⁷⁷

Ist die europäische Auslegung erfolgt, muss anschließend anhand des „Optimierungsgebots“¹⁷⁸ im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung das nationale Auslegungsergebnis, das der Richtlinie am meisten entspricht, ermittelt und von mehreren Ergebnissen präferiert werden.¹⁷⁹ Die richtlinienkonforme Auslegung der nationalen Vorschriften geht dabei über die Grenze des Wortlauts hinaus und umfasst insgesamt alle Methoden, die zur Rechtsgewinnung herangezogen werden können.¹⁸⁰ Unter die unionsrechtskonforme Auslegung fällt somit nicht nur die „einfache Gesetzesauslegung im engeren Sinne“¹⁸¹, sondern auch die Rechtsfortbildung, wenn eine planwidrige Regelungslücke vorliegt.¹⁸² Die Grenze dieser Rechtsfortbildung ist dabei jedoch der in der Norm eindeutig zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers, eine richtlinienkonforme Auslegung darüber hinaus ist insoweit *contra legem* und damit nicht möglich.¹⁸³

Fraglich ist, ob eine solche umfassende Auslegung auch dann geboten ist, wenn durch die Richtlinie lediglich ein bestehendes Gesetz in Teilen modifiziert oder wenn ein Umsetzungsspielraum gewährt wurde.¹⁸⁴ Dies ist im Rahmen der vorliegenden Untersuchung insbesondere in

¹⁷⁶ St. Rechtsprechung seit Urteil Pfeiffer, C-397/01, EU:C:2004:584, Rn. 114 ff.; siehe auch *Hanau*, NZA 2010, 1, 3; *Herresthal*, ZEuP 2014, 238, 272; *Joussen*, S. 67 f.; *Mörsdorf*, EuR 2009, 219, 236; *Riesenhuber/Roth/Jopen*, § 13, Rn. 9; *Thüsing/Pöters/Stiebert*, RdA 2012, 281, 288; so auch vorsichtig *Preis/Sagan/Mehrens/Witschen*, § 7, Rn. 3.

¹⁷⁷ Urteil *Marleasing*, C-106/89, EU:C:1990:395, Rn. 8; Urteil Pfeiffer, C-397/01, EU:C:2004:584, Rn. 113, 119; Urteil *Adeneler*, C-212/04, EU:C:2006:443, Rn. 108; Urteil *Kücükdeveci*, C-555/07, EU:C:2010:21, Rn. 48; Urteil *Deutsche Lufthansa*, C-109/09, EU:C:2011:129, Rn. 52; *Streinz/Schroeder*, Art. 288 AEUV, Rn. 128. BVerfG v. 26.09.2011, NJW 2012, 669, 670.

¹⁷⁸ *Plüm*, NZA 2013, 11, 17.

¹⁸⁰ Siehe etwa Urteil *Marleasing*, C-106/89, EU:C:1990:395, Rn. 8; Urteil *Faccini Dori*, C-91/92, EU:C:1994:292, Rn. 26; Urteil Pfeiffer, C-397/01, EU:C:2004:584, Rn. 113; Urteil *Adeneler*, C-212/04, EU:C:2006:443, Rn. 110 f.; Urteil *Angelidaki*, C-378/07, EU:C:2009:250; Rn. 199 f.; BGH v. 26.11.2008, NJW 2009, 427, 428 f.; BAG v. 24.03.2009, AP § 7 BUrtG Nr. 39; *Gebauer/Wiedmann/Wiedmann*, Kap. 2, Rn. 8; *Grobys*, NJW 2009, 2177, 2178; *Höpfner*, RdA 2013, 16, 22 ff.; *Joussen*, S. 46 ff.; *Leenen*, Jura 2012, 753, 753; *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47, 52; *Riesenhuber/Roth/Jopen*, § 13, Rn. 24, 46 ff.; *Streinz/Schroeder*, Art. 288 AEUV, Rn. 128; so auch eindeutig etwa *Pfeiffer*, NJW 2009, 412, 413; siehe auch *Abele*, RdA 2009, 312, 314 f., der auch „Altrecht“, bzw. die gesamte nationale Rechtsordnung für die richtlinienkonforme Auslegung heranziehen möchte; a.A. etwa *Krieger/Arnold*, NZA 2009, 530, 531.

¹⁸¹ BGH v. 21.12.2011, NJW 2012, 1073, 1076; siehe auch *Gallner*, Urlaubsrecht, S. 17 sowie *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47, 50.

¹⁸² BGH v. 26.11.2008, NJW 2009, 427, 429; BGH v. 21.12.2011, NJW 2012, 1073, 1076; *Gallner*, FS Etzel, S. 163; *Gebauer/Wiedmann/Gebauer*, Kap. 4, Rn. 38 ff.; *Greif*, Assistententagung ArbR, S. 72; *Schlachter*, RdA 2005, 115, 119 f.

¹⁸³ So etwa Urteil *Adeneler*, C-212/04, EU:C:2006:443, Rn. 110; Urteil *Angelidaki*, C-378/07, EU:C:2009:250; Rn. 199; BVerfG v. 22.10.1985, BVerfGE 71, 81, 105; BVerfG v. 14.06.2007, BVerfGE 118, 212, 234; BAG v. 24.03.2009, AP § 7 BUrtG Nr. 39; BAG v. 17.11.2009, AP § 11 BUrtG Nr. 65; m.E. siehe auch BAG 18.02.2003, AP § 611 BGB Nr. 12 Arbeitsbereitschaft; *Riesenhuber/Roth/Jopen*, § 13, Rn. 49; *Canaris*, FS Bydlinski, S. 91 ff. m.w.N.; *Gallner*, Urlaubsrecht, S. 17; *Gebauer/Wiedmann/Gebauer*, Kap. 4, Rn. 37; *Höpfner*, AP § 11 BUrtG Nr. 65; *Pöters/Stiebert*, ZESAR 2012, 23, 26; *Powietzka/Rolf*, Anhang 1 RL 2003/88/EG, Rn. 4; *Streinz/Schroeder*, Art. 288 AEUV, Rn. 128 m.w.N.; *Vogel/Pöters/Christensen*, S. 33 ff.; differenzierend *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47, 51 f.

¹⁸⁴ *Calliess*, EuZW 2001, 261, 267.

Bezug auf § 11 BUrlG, aber auch hinsichtlich der übrigen Normen des BUrlG von Bedeutung, die lange vor der Arbeitszeitrichtlinie erlassen wurden.¹⁸⁵ Der EuGH führte jedoch zur richtlinienkonformen Auslegung aus, dass die in einer Richtlinie enthaltenen Ziele zu erreichen seien und dazu alle geeigneten Maßnahmen angewandt werden sollten.¹⁸⁶ Um diesem Ziel möglichst umfassend zu entsprechen, ist auch nationales Recht von der Auslegung erfasst, das zeitlich vor der Richtlinie verabschiedet worden ist, und nicht nur Normen, die der Richtlinienumsetzung dienen.¹⁸⁷ Eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung in Bezug auf überschießende Richtlinienumsetzung wird hingegen verneint.¹⁸⁸

cc) Übereinkommen Nr. 132 der Internationalen Arbeitsorganisation über den bezahlten Jahresurlaub

Das Übereinkommen Nr. 132 der Internationalen Arbeitsorganisation über den bezahlten Jahresurlaub¹⁸⁹ ist zwar auf europäischer Ebene nicht ratifiziert. Dennoch sind die Grundsätze des Abkommens zur Auslegung der Richtlinie 2003/88/EG bereits nach der Begründungserwägung Nr. 6 der Arbeitszeitrichtlinie heranzuziehen.¹⁹⁰ Auch in diesem völkerrechtlichen Übereinkommen sind Regelungen über den Urlaub, beziehungsweise das Urlaubsentgelt getroffen worden. Art. 3 Abs. 1 des ILO-Übereinkommens Nr. 132 lautet:

Art. 3 ILO-Abkommen Mindesturlaub

(1) Jede Person, für die dieses Übereinkommen gilt, hat Anspruch auf einen bezahlten Jahresurlaub von einer bestimmten Mindestdauer.

Art. 4 des ILO-Übereinkommens Nr. 132 beinhaltet die folgende Regelung:

¹⁸⁵ Das BUrlG wurde 1963, die Arbeitszeitrichtlinie 2003 erlassen.

¹⁸⁶ Siehe u.a. Urteil Faccini Dori, C-91/92, EU:C:1994:292, Rn. 26; Urteil Pfeiffer, C-397/01, EU:C:2004:584, Rn. 110; Urteil Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, Rn. 47; Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 24.

¹⁸⁷ So auch Urteil Faccini Dori, C-91/92, EU:C:1994:292, Rn. 26; Urteil Marleasing, C-106/89, EU:C:1990:395, Rn. 8; Greif, Assistententagung ArbR, S. 72; Greif, Unanwendbarkeit, S. 65; Riesenhuber/Domröse, RIW 2005, 47, 50; Riesenhuber/Roth/Jopen, § 13, Rn. 3 ff. m.w.N.; so auch Pöiters/Stiebert, ZESAR 2012, 23, 25 f., die ausführen, dass hinsichtlich der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Urlaubsrechts „zurückliegende Fälle ab Wirksamkeit der ersten hierzu erlassenen Richtlinie 93/104/EG“ gelten.

¹⁸⁸ Perner, ZfRV 2011, 225, 228 f.; Pöiters/Stiebert, ZESAR 2012, 23, 24 f.; Riesenhuber/Habersack/Mayer, § 14, Rn. 26; so jedenfalls im Ergebnis unter Angabe der Gegenansicht: Streinz/Schroeder, Art. 288 AEUV, Rn. 131.

¹⁸⁹ Übereinkommen Nr. 132 der Internationalen Arbeitsorganisation über den bezahlten Jahresurlaub (ILO-Abkommen) in der Neufassung vom Jahre 1970, BGBl. II 1975 S. 746.

¹⁹⁰ So auch Buschmann, FS Düwell, S. 40; Buschmann, FS Etzel, S. 107 ff.; Eckstein, SAE 2010, 336, 337; Preis/Sagan/Mehrens/Witschen, § 7, Rn. 4; Rummel, AuR 2009, 160, 163; a.A. Fenski, NZA 2014, 1381, 1382 f., der konstatiert, die Arbeitszeitrichtlinie verweise nicht auf das ILO-Übereinkommen Nr. 132; siehe auch Neumann/Fenski/Kühn/Fenski, RL 2003/88/EG, Rn. 11.

Art. 4 ILO-Abkommen
Anteiliger Urlaubsanspruch

(1) Eine Person, deren Dienstzeit während eines bestimmten Jahres kürzer war als die im vorangehenden Artikel für den vollen Anspruch vorgeschriebene Dienstzeit, hat für dieses Jahr Anspruch auf bezahlten Urlaub im Verhältnis zur Dauer ihrer Dienstzeit während dieses Jahres.

(2) Der Ausdruck „Jahr“ in Absatz 1 dieses Artikels bedeutet Kalenderjahr oder jeden anderen gleich langen Zeitabschnitt, der von der zuständigen Stelle oder durch geeignete Verfahren in dem betreffenden Land bestimmt wird.

Art. 5 Abs. 4 des ILO-Abkommens lautet:

Art. 5 ILO-Abkommen
Anspruchsvoraussetzung

(4) Unter Bedingungen, die von der zuständigen Stelle oder durch geeignete Verfahren in jedem Land zu bestimmen sind, sind Arbeitsversäumnisse aus Gründen, die unabhängig vom Willen des beteiligten Arbeitnehmers bestehen, wie z.B. Krankheit, Unfall oder Mutterschaft, als Dienstzeit anzurechnen.

Schließlich enthält Art. 7 des ILO-Übereinkommens die folgende Regelung:

Art. 7 ILO-Abkommen
Lohnanspruch

(1) Jede Person, die den in diesem Übereinkommen vorgesehenen Urlaub nimmt, hat für die ganze Urlaubsdauer mindestens ihr normales oder durchschnittliches Entgelt zu erhalten (einschließlich des Gegenwertes in bar für jeden Teil dieses Entgelts, der aus Sachleistungen besteht, sofern es sich nicht um Dauerleistungen handelt, die ohne Rücksicht darauf weitergewährt werden, ob sich die betreffende Person auf Urlaub befindet oder nicht); dieses Entgelt ist in jedem Land auf eine von der zuständigen Stelle oder durch geeignete Verfahren zu bestimmende Weise zu berechnen.

(2) Die nach Absatz 1 dieses Artikels zustehenden Beträge sind dem betreffenden Arbeitnehmer vor Urlaubsantritt auszuzahlen, sofern in einer für ihn und seinen Arbeitgeber geltenden Vereinbarung nichts anderes vorgesehen ist.

Die Vorschriften sind damit viel umfangreicher als die vergleichbaren Vorschriften in der Arbeitszeitrichtlinie sowie der Grundrechtecharta.

Das Übereinkommen stellt kein unmittelbar anwendbares Recht zwischen Privaten dar,¹⁹¹ es ist aber bei der Auslegung des Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG zu beachten.¹⁹² Darüber hinaus ist das Übereinkommen Nr. 132 in Deutschland seit dem 30.04.1975 ratifiziert¹⁹³ und bindet die Bundesrepublik als Rechtssubjekt.¹⁹⁴ Es kann demnach auch mittelbar zur Auslegung des BUrlG herangezogen werden.¹⁹⁵ Durch seinen Einfluss auf die Auslegung der Arbeitszeitrichtlinie und das deutsche Urlaubsrecht kann das Übereinkommen bei der Untersuchung der Voraussetzungen des Urlaubsentgelts im Rahmen der vorliegenden Arbeit eine mittelbare Wirkung entfalten.

dd) Auswirkung auf die Anwendung des nationalen Rechts

Aus dem Vorliegen der europäischen Normen ergeben sich Fragen für die Anwendung des nationalen Urlaubsrechts, insbesondere hinsichtlich des Verhältnisses der europäischen Vorschriften zueinander und weiter zu den deutschen Normen, hier vor allem denen des BUrlG. Zur Beantwortung dieser Fragen muss zunächst das Verhältnis des Art. 31 Abs. 2 GR-Charta und der Arbeitszeitrichtlinie zueinander untersucht werden. Denn anders als bei Primärrechtsverstößen¹⁹⁶ führt es nicht zur Unanwendbarkeit des nationalen Rechts, wenn eine nationale Norm trotz Ausschöpfung aller Möglichkeiten nicht richtlinienkonform ausgelegt werden

¹⁹¹ BAG v. 07.12.1993, AP § 7 BUrlG Nr. 15; Däubler/Holthaus, § 1 BUrlG, Rn. 4; Fenski, DB 2007, 686, 686 f.; Fenski, DB 2007, 686, 686 f.; Friese, S. 3; Leinemann/Linck, § 15 BUrlG, Rn. 57 ff.; Ostrop, NZA 1993, 208, 209 ff. m.w.N.; Preis/Sagan/Mehrens/Witschen, § 7, Rn. 4; offengelassen durch BAG v. 07.03.1985, AP § 7 BUrlG Nr. 27 Abgeltung; a.A. LAG Niedersachsen, 26.03.1982 – 10 Sa 112/81 – n.v.

¹⁹² Buschmann, FS Düwell, S. 40; Ostrop, NZA 1993, 208, 211 m.w.N.; Powietzka/Rolf, Anhang 1 ILO-Übereinkommen Nr. 132, Rn. 1; Preis/Sagan/Mehrens/Witschen, § 7, Rn. 4; auch der EuGH erkennt dies an und berücksichtigt das Abkommen, siehe etwa Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 37 f.

¹⁹³ BGBl. II 1975 S. 745; siehe auch etwa BAG v. 07.12.1993, AP § 7 BUrlG Nr. 1.

¹⁹⁴ BAG v. 23.01.1997 – 8 AZR 800/94 – juris; Däubler/Holthaus, § 1 BUrlG, Rn. 4; Leinemann/Linck, § 15 BUrlG, Rn. 57 ff.

¹⁹⁵ Siehe etwa BAG v. 07.03.1985, AP § 7 BUrlG Nr. 21 Abgeltung; BAG v. 10.02.1987, AP § 13 BUrlG Nr. 12 Unabdingbarkeit; BAG v. 28.11.1990, AP § 7 BUrlG Nr. 18 Übertragung; BeckOK-ArbR/Lampe, § 1 BUrlG, Rn. 1; Friese, S. 3; Kothe, BB 1984, 609, 615 m.w.N.; Powietzka/Rolf, Anhang 1 ILO-Übereinkommen Nr. 132, Rn. 1; das Übereinkommen wurde darüber hinaus auch bereits vermehrt im Rahmen von Schlussanträgen zu Verfahren des EuGH herangezogen, ohne auf eine Unterzeichnung durch den Mitgliedstaat abzustellen. So etwa Schlussanträge Schultz-Hoff der GÄin Trstenjak, C-350/06, EU:C:2008:37, Rn. 53 f., 66 ff.; Schlussanträge Stringer der GÄin Trstenjak, C-520/06, EU:C:2008:38, Rn. 64 ff., 71; Schlussanträge KHS der GÄin Trstenjak, C-214/10, EU:C:2011:465, Rn. 83 ff.; siehe diesbezüglich auch die Ausführungen von Buschmann, FS Düwell, S. 40; a.A. etwa Leinemann/Linck, § 7 BUrlG, Rn. 151 m.w.N., die eine Pflicht zur Auslegung anhand des Übereinkommens ablehnen.

¹⁹⁶ Siehe etwa Urteil Murphy/An Bord Telecom Eireann, C-157/86, EU:C:1988:62, Rn. 11; Urteil Coloroll Pension Trustees/Russell, C-200/91, EU:C:1994:348, Rn. 29; Urteil Van Munster/Rijksdienst voor Pensioenen, C-165/91, EU:C:1994:359, Rn. 34; Urteil Sievers, C-270/97, EU:C:2000:76, Rn. 62; Urteil Leichte, C-8/02, EU:C:2004:161, Rn. 58; Urteil Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, C-239/09, EU:C:2010:778, Rn. 52; Fenski, DB 2007, 686, 688; Riesenhuber/Leible/Domrose, § 8, Rn. 60 f.; Riesenhuber/Roth/Jopen, § 13, Rn. 9 f.

kann.¹⁹⁷ Wäre somit bei der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung der deutschen Normen nur Art. 31 Abs. 2 der Grundrechtecharta maßgeblich und wäre eine solche unionsrechtskonforme Auslegung diesbezüglich nicht möglich, wäre die entsprechende Norm unanwendbar, während die Norm bei einem Abstellen auf die Richtlinie weiterhin anwendbar bliebe.

Zu fragen ist an dieser Stelle demnach, ob und gegebenenfalls wie sich der Einfluss der Richtlinie seit dem Inkrafttreten des Art. 31 GR-Charta verändert hat, der als Primärrechtsnorm in Deutschland grundsätzlich Anwendungsvorrang vor dem deutschen Recht besitzt¹⁹⁸ und gegebenenfalls unmittelbare Wirkung entfalten und zur Auslegung herangezogen werden könnte.¹⁹⁹ Zunächst könnte angenommen werden, der Rückgriff auf den mittelbaren Einfluss der Richtlinie 2003/88/EG als Sekundärrecht auf das Urlaubsrecht könnte durch die Entwicklung der Charta und ihre unmittelbare Wirkung überflüssig geworden sein.²⁰⁰ Grundsätzlich könnte hier jedoch auch laut des Grundsatzes der Normanwendung auf niedrigster Stufe weiterhin eine Anwendung der vom EuGH zu der Richtlinie 2003/88/EG entwickelten Konkretisierungen und damit auch der Richtlinie geboten sein.²⁰¹ Der Richtlinie käme dann eine Art „Türöffner“-Funktion zu, zumal sie laut den Charta-Erwägungsgründen für die Auslegung von Art. 31 Abs. 2 GR-Charta herangezogen werden kann.²⁰³

Dabei könnte auf der anderen Seite ein Abstellen auf Art. 31 Abs. 2 GR-Charta aber auch dazu führen, dass langfristig eine horizontale Drittwirkung der Arbeitszeitrichtlinie in Deutschland anerkannt werden könnte.²⁰⁴

Es besteht insoweit Unsicherheit bezüglich des Verhältnisses der Anwendung von Grundrechtecharta und Richtlinie, insbesondere, da der EuGH zunächst beide Rechtsquellen erwähnt und unkommentiert kombiniert hatte.²⁰⁵

¹⁹⁷ Urteil Arcaro, C-168/95, EU:C:1996:363, Rn. 39 ff; BAG v. 16.10.2008, AP § 14 TzBfG Nr. 55; BAG v. 24.03.2009, AP § 7 BUrlG Nr. 39; auch BAG v. 17.11.2009, AP § 11 BUrlG Nr. 65; *Buschmann*, FS Düwell, S. 42; *Höpfner*, RdA 2013, 16, 19; *Mörsdorf*, EuR 2009, 219, 223; *Riesenhuber/Roth/Jopen*, § 13, Rn. 9 f., 32 f; Schlussanträge Dominguez der GAIN *Trstenjak*, C-282/10, EU:C:2011:559, Rn. 68 ff., 170; so ist auch der EuGH im Urteil *Domínguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 44 zu verstehen.

¹⁹⁸ Siehe *Höpfner*, AP § 11 BUrlG Nr. 65.

¹⁹⁹ Zur „negative[n] Drittwirkung“ siehe diesbezüglich etwa *Hanau*, NZA 2010, 1, 4 f.; zu der grundsätzlichen Wirkung von Grendrechten siehe etwa *Herresthal*, ZEuP 2014, 238, 275 m.w.N.; *Jarass*, Art. 51 EU-GRCharta, Rn. 31 ff.; die Gesamtsystematik, die sich aufgrund der Vorgehensweise im Rahmen der Altersdiskriminierungsfrage ergibt, darstellend *Forst*, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 7; *Sprink*, S. 9 ff.; a.A. *Bauer/v. Medem*, NZA 2012, 113, 116.

²⁰⁰ In diese Richtung tendierend siehe etwa *Stiebert/Pötters*, EuZW 2011, 960, 961 f., die davon sprechen, dass damit eine „methodische ‚Verrenkung‘ über den Weg einer Reduktion durch richtlinienkonforme Rechtsfortbildung“ nicht mehr erforderlich sei; siehe auch die Ausführungen des GA *Villalón* in den Schlussanträgen *Association de médiation sociale*, C-176/12, Rn. 65 ff. zu Art. 27 GR-Charta.

²⁰¹ *Herresthal*, ZEuP 2014, 238, 260; *Höpfner*, RdA 2013, 16, 20 f.; *Wank*, FS Bepler, S. 585, 587 f. m.w.N.

²⁰² *Preis/Temming*, NZA 2008, 1209, 1211 ff.; *Preis/Temming*, NZA 2010, 185, 186 f.

²⁰³ Sie ist insoweit eine „grundrechtskonkretisierende“ Richtlinie, siehe bereits Kapitel B. I. 3. b) aa) Art. 31 Abs. 2 Grundrechtecharta; *Greif*, Assistententagung ArbR, S. 70 f.; *Greif*, Unanwendbarkeit, S. 136 f., 213 ff.; *Schönberger*, EuR 2003, 600, 622 m.w.N.

²⁰⁴ Siehe zu ähnlichen Problematiken etwa Schlussanträge Küçükdeveci des GA *Bot*, C-555/07, EU:C:2009:429, Rn. 70; *Hanau*, NZA 2010, 1, 4 f.; Schlussanträge Bartsch der GAIN *Sharpston*, C-427/06, EU:C:2008:297, Rn. 80 ff.

²⁰⁵ So z.B. Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 31; *Schin*, RdA 2012, 181, 183.

Einer unmittelbaren Anwendung der Arbeitszeitrichtlinie aufgrund eines Durchgriffs des Art. 31 Abs. 2 GR-Charta ist jedoch entgegenzuhalten, dass es der Differenzierung zwischen Verordnungen und Richtlinien gemäß Art. 288 Abs. 2 und 3 AEUV widerspräche, wenn Richtlinien unmittelbar zwischen Privaten Geltung entfalten würden.²⁰⁶ Eine solche unmittelbare horizontale Drittwirkung zwischen Privaten ist demnach abzulehnen.²⁰⁷ Dabei entfaltet die Richtlinie 2003/88/EG zwar als „grundrechtskonkretisierende“ Richtlinie grundsätzlich keine Sperrwirkung gegenüber einem unmittelbaren Rückgriff auf die Grundrechtecharta.²⁰⁸ Sie stellt allerdings zunächst vorrangig den Überprüfungsmaßstab des nationalen Rechts dar.²⁰⁹ Das europäische Primärrecht strahlt dabei auf das europäische Sekundärrecht aus und konkretisiert dieses.²¹⁰

Daher muss die Richtlinie zunächst insgesamt unionsrechtskonform ausgelegt werden,²¹¹ um dann in Form der richtlinienkonformen Auslegung im nationalen Recht Wirkung zu entfalten.²¹² Nur wenn das nationale Recht dabei gegen die Richtlinie verstößt und dieser unionsrechtswidrige Zustand auch nicht durch den Anwendungsvorrang der Richtlinie beseitigt werden kann, wird das Primärrecht „aktiviert“²¹³ und gilt unmittelbar.²¹⁴

²⁰⁶ Urteil Faccini Dori, C-91/92, EU:C:1994:292, Rn. 20 ff.; EnzEuR/Rudkowski, § 12, Rn. 8; Höpfner, RdA 2013, 16, 21; Mörsdorf, EuR 2009, 219, 232 ff.; Pöters/Christensen, JZ 2011, 387, 394; Pöters/Stiebert, ZESAR 2012, 23, 27; Schlussanträge Dominguez der GÄin Trstenjak, C-282/10, EU:C:2011:559, Rn. 62 f.; siehe zu der gesamten Problematik auch Greif, Assistententagung ArbR, S. 44 ff., der die Problematik über den Anwendungsvorrang der Unionsgrundrechte löst, S. 73 f.; Vogel/Pöters/Christensen, S. 36 f.

²⁰⁷ So auch der EuGH Urteil Marshall, C-152/84, EU:C:1986:84, Rn. 48; Urteil Faccini Dori, C-91/92, EU:C:1994:292, Rn. 20; Urteil Pfeiffer, C-397/01, EU:C:2004:584, Rn. 108; Urteil Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, Rn. 46; Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 37; Urteil Fenoll, C-316/13, EU:C:2015:200, Rn. 48; siehe auch Callies/Ruffert/Kingreen, Art. 51 EU-GRCharta, Rn. 21; Franzen/Gallner/Oetker/Gallner, Art. 1 RL 2003/88/EG, Rn. 2; Herresthal, ZEuP 2014, 238, 254; Huber, NJW 2011, 2385, 2389 f.; Kober, S. 180 ff.; Meyer/Borowsky, Art. 51, Rn. 31; Okoye-Montis, S. 32 f.; Preis/Sagan/Mehrens/Witschen, § 7, Rn. 3; Sprink, S. 12; Schlussanträge Dominguez der GÄin Trstenjak, C-282/10, EU:C:2011:559, Rn. 83, 88 m.w.N.; Vedder/Heintschel von Heinegg/Folz, Art. 51 GR-Charta, Rn. 11; Vogel/Pöters/Christensen, S. 36 f.

²⁰⁸ Greif, Unanwendbarkeit, S. 227 f.

²⁰⁹ Greif, Unanwendbarkeit, S. 227 f.; HWK/Schinz, § 1 BuRG, Rn. 2a.

²¹⁰ Siehe etwa Urteil Pfeiffer, C-397/01, EU:C:2004:584, Rn. 114 ff.; siehe auch etwa Urteil Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, Rn. 65; Buschmann, FS Düwell, S. 38; ErfK/Wißmann, Vorbem. zum AEUV, Rn. 5 f.; Greif, Unanwendbarkeit, S. 227 f.; Höpfner, RdA 2013, 16, 21 f.; Jarass, Art. 31 EU-GRCharta, Rn. 4; Jousen, S. 67 f.; Mörsdorf, EuR 2009, 219, 236; Pöters/Christensen, JZ 2011, 387, 393 f.; Riesenhuber/Roth/Jopen, § 13, Rn. 9; Schlussanträge Dominguez der GÄin Trstenjak, C-282/10, EU:C:2011:559, Rn. 74, 83; Sprink, S. 15; Willemsen/Sagan, NZA 2011, 258, 260.

²¹¹ Franzen/Gallner/Oetker/Schubert, Art. 31 GRC, Rn. 22; Jarass, Art. 31 EU-GRCharta, Rn. 4.

²¹² Grundsätzlich ist dies auch st. Rechtsprechung seit Urteil Pfeiffer, C-397/01, EU:C:2004:584, Rn. 114 ff.; Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 24, 27; Urteil Alemo-Herron, C-426/11, EU:C:2013:521, Rn. 30; siehe auch etwa Urteil Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, Rn. 65; Buschmann, FS Düwell, S. 38; ErfK/Wißmann, Vorbem. zum AEUV, Rn. 5; Herresthal, ZEuP 2014, 238, 259; Höpfner, RdA 2013, 16, 21; Höpfner, RdA 2013, 16, 21 f.; Mörsdorf, EuR 2009, 219, 236; Riesenhuber/Roth/Jopen, § 13, Rn. 9; Schlussanträge Dominguez der GÄin Trstenjak, C-282/10, EU:C:2011:559, Rn. 74, 83; Sprink, S. 15; Willemsen/Sagan, NZA 2011, 258, 260; Wißmann, RdA 2015, 301, 303; so sind auch Powietzka/Rolf, Anhang 1 RL 2003/88/EG, Rn. 6 zu verstehen; siehe zusammenfassend auch Greif, Unanwendbarkeit, S. 250.

²¹³ So etwa Greif, Unanwendbarkeit, S. 137 zunächst zu ungeschriebenen Unionsgrundrechten, diesen Grundsatz überträgt er dann später auch auf die Grundrechte der Charta, S. 179 ff., 227 f.

²¹⁴ Greif, Unanwendbarkeit, S. 253.

Somit erfährt die Wirkung des urlaubsrechtlichen Sekundärrechts durch die Bestimmung in der GR-Charta lediglich eine Verstärkung²¹⁵ und keine Modifikation.²¹⁶ Statt hinter Art. 31 Abs. 2 GR-Charta zurückzutreten, bildet Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie damit vielmehr den Hauptanhaltspunkt für den Urlaubsanspruch auf unionaler Ebene²¹⁷ und ist als das „Herzstück“²¹⁸ des europäischen Urlaubsrechts anzusehen. Statt nunmehr also nur noch auf das Primärrecht zu schauen, kann so weiterhin an der Anwendung der Richtlinie festgehalten werden ohne ihren Einfluss zu sehr zu überdehnen.²¹⁹

In diese Richtung weist auch das *Lock*-Urteil, in dem der EuGH zunächst die Richtlinie 2003/88/EG erwähnte. Nachdem zusätzlich noch Art. 31 Abs. 2 GR-Charta genannt wurde, stellte der Gerichtshof jedoch ausdrücklich klar, dass die Richtlinie zur Beantwortung der Vorlagefragen im Licht des Grundrechts auszulegen sei.²²⁰ Verstößt das daraufhin auszulegende nationale Recht dabei gegen diese Richtlinie, so bleibt es daher weiterhin anwendbar.²²¹

Die richtlinienkonforme Auslegung des Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie ist damit – wie aufgezeigt – nicht durch Art. 31 Abs. 2 GR-Charta verdrängt oder modifiziert, sondern kommt also nach wie vor neben der generellen gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung zur Anwendung. Für die Auslegung des Unionsrechts und damit auch der Richtlinie 2003/88/EG besteht dabei eine Auslegungshoheit des EuGH – seine Urteile besitzen Bindungswirkung und er hat die Auslegungskontrollkompetenz.²²²

Im Rahmen der Untersuchung wird demnach in der vorliegenden Arbeit vornehmlich auf die Arbeitszeitrichtlinie und den Duktus des EuGH diesbezüglich abgestellt, die für die Auslegung des nationalen Rechts maßgeblich sind. Für diese richtlinienkonforme Auslegung ist dabei wiederum eine unionsrechtskonforme Auslegung der Richtlinie erforderlich, bei der auch die Vorgaben des ILO-Übereinkommens Nr. 132 Beachtung finden.

²¹⁵ Das Gewicht und die Relevanz des Urlaubsanspruchs auf europäischer Ebene werden durch den Primärrechtsstatus aufgrund der Bestimmung in Art. 31 Abs. 2 GR-Charta hervorgehoben, so auch *Hanau*, NZA 2010, 1, 3; *Willemsen/Sagan*, NZA 2011, 258, 260.

²¹⁶ *Hanau*, NZA 2010, 1, 3, der von „zusätzlich Schwung verleihen“ spricht; *Herresthal*, ZEuP 2014, 238, 272; *Thüsing/Pöters/Stiebert*, RdA 2012, 281, 288; so auch vorsichtig *Preis/Sagan/Mehrens/Witschen*, § 7, Rn. 3.

²¹⁷ *EnzEuR/Rudkowski*, § 12, Rn. 1.

²¹⁸ *Preis/Sagan/Mehrens/Witschen*, § 7, Rn. 1; *EnzEuR/Rudkowski*, § 12, Rn. 1 etwa spricht davon, dass das europäische Urlaubsrecht im Wesentlichen aus einer einzigen Vorschrift – Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie – besteht.

²¹⁹ *Herresthal*, ZEuP 2014, 238, 259, 260 f.

²²⁰ Urteil *Lock*, C-539/12, EU:C:2014:351, Rn. 14 f.

²²¹ *Höpfner*, RdA 2013, 16, 21; zu diesem Ergebnis kommt auch *Sprink*, S. 15.

²²² Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV; Urteil *Kühne & Hetz*, C-453/00, EU:C:2004:17, Rn. 21; Urteil *Kempter*, C-2/06, EU:C:2008:78, Rn. 35; *Hantel*, S. 12 m.w.N.; *Höpfner*, S. 319; *Iglesias*, NJW 2000, 1889, 1890 f.; differenzierend *Jousen*, S. 42 ff. m.w.N.; *Powietzka/Rolf*, Anhang 1 RL 2003/88/EG, Rn. 1; *Preis/Sagan/Sagan*, § 1, Rn. 79; *Riesenhuber/Schmidt-Räntsch*, § 23, Rn. 8 f.; *Rebhahn*, FS Wank, S. 435; Schlussanträge *Williams der Gain Trstenjak*, C-155/10, EU:C:2011:403, Rn. 33.

c) Argumente und Auseinandersetzung

Vor dem Hintergrund des soeben dargestellten europäischen Einflusses auf das deutsche Urlaubsrecht erfolgt nun eine systematische Auseinandersetzung mit den Theorien über das Wesen des Urlaubsentgeltanspruchs.

Die bestehende Diskrepanz zwischen den unterschiedlichen Meinungen, die besonders hinsichtlich der divergierenden Ansichten des EuGH und der bis vor Kurzem vom BAG vertretenen Ansicht zu Tage tritt, wird zum Teil lediglich auf die in Deutschland vorherrschende Dogmatik zurückgeführt, die im europäischen Raum so nicht bestehe.²²³ Dabei sind jedoch bereits die europäischen Vorgaben diesbezüglich nicht ganz eindeutig. Der EuGH spricht zwar insoweit wiederholt von Urlaubsentgelt und -freistellung als zwei Teilen eines einzigen Anspruchs,²²⁴ die genaue Bedeutung dieser Aussage und ob damit unionsrechtlich die Einheitstheorie vorgegeben wird, ist jedoch nicht von vornherein klar. Wie sich diese europäischen Vorgaben dann weiter in die deutsche Dogmatik einfügen lassen, bedarf ebenfalls einer Untersuchung.

aa) Wortlaut

(1) Europäische Erwägungen

Der Wortlaut ist ein sehr wichtiges Instrument und Ausgangspunkt der europäischen Betrachtung,²²⁵ es muss jedoch die Sprachvielfalt beachtet werden, aus der sich unterschiedliche Bedeutungen ergeben können.²²⁶

Vorliegend kommen für eine Untersuchung des Wortlauts Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG und Art. 31 Abs. 2 GR-Charta in Betracht.²²⁷ Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie beinhaltet die Vorgabe eines Rechts auf „bezahlten Mindestjahresurlaub“, ebenso wie Art. 31 Abs. 2 GR-Charta, bei dem die Formulierung „bezahlten Jahresurlaub“ gewählt wurde. Diese Verbindung bringt eine enge Zusammengehörigkeit zum Ausdruck,²²⁸ denn der europäische Gesetzgeber hätte die Begriffe sprachlich ohne Weiteres trennen können. Dass er sich nicht dafür entschieden hat, kann als erstes Indiz für eine Einheit der Komponenten, also für die Einheitstheorie, verstanden werden. Auch bei Beachtung anderer Sprachfassungen, wie beispielsweise der gleichlautenden englischen und französischen Fassungen der Richtlinie 2003/88/EG: „paid annual leave“ und

²²³ Schubert, NZA 2013, 1105, 1106; Schubert, RdA 2014, 9, 10; Rambach/Feldmann, ZTR 2010, 561, 563.

²²⁴ Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 58; siehe im Weiteren Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 60; Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 26.

²²⁵ Siehe etwa die Ausführungen zur grammatikalischen Auslegung vom EuG v. 08.07.2008, EuR 2010, 207, 216 f.; Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 16; Urteil Lock, C-539/12, EU:C:2014:351, Rn. 15; siehe auch Vogel/Pöters/Chistensen, S. 33.

²²⁶ Siehe etwa Art. 55 EUV.

²²⁷ Dabei muss die juristisch-fachsprachliche Bedeutung des Ausdrucks im Gesetz ermittelt werden, vgl. Bydlinski, S. 437 ff.; Larenz/Canaris, S. 141 ff.; Wank, Auslegung, S. 41 ff.; Zippelius, S. 39.

²²⁸ So auch Wank, FS Reuter, S. 927.

„congé annuel payé“ bleibt diese Tendenz bestehen. Darüber hinaus spiegelt sich dieses Verständnis am ehesten in der EuGH-Rechtsprechung wider, in der immer wieder die Rede vom Anspruch auf Jahresurlaub und dem auf Zahlung des Urlaubsentgelts als zwei Aspekten eines einzigen Anspruchs ist.²²⁹ Der Gerichtshof begründet diese Aussage jedoch nicht explizit mit dem Wortlaut, sondern lässt sie vielmehr unkommentiert.

(2) Nationale Erwägungen

Im deutschen Recht kommen für eine Betrachtung des Wortlauts bezüglich des Wesens des Urlaubsentgeltanspruchs lediglich §§ 11 und 1 BUrlG in Betracht. Hierbei geht es vornehmlich um die Frage, ob die Paragraphen gegebenenfalls eigene Anspruchsgrundlagen der Urlaubsgütung darstellen, was gegen die Entgeltfortzahlungstheorie sprechen würde, nach der der Urlaubsentgeltanspruch lediglich aus dem Arbeitsverhältnis und § 611 BGB hergeleitet wird. Denn laut dieser Ansicht bedürfte es für die Urlaubsgütung keiner weiteren Anspruchsgrundlage neben dem Arbeitsvertrag, da eine solche dem Arbeitnehmer lediglich etwas zusprechen würde, was diesem aufgrund seines Arbeitsvertrags ohnehin bereits zustünde.²³⁰

(a) § 11 BUrlG

§ 11 BUrlG ist die einzige Norm des BUrlG, die Angaben zur Bestimmung des Urlaubsentgelts enthält.

§ 11 BUrlG

Urlaubsentgelt

(1) Das Urlaubsentgelt bemißt sich nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst, das der Arbeitnehmer in den letzten dreizehn Wochen vor dem Beginn des Urlaubs erhalten hat, mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes. Bei Verdiensterhöhungen nicht nur vorübergehender Natur, die während des Berechnungszeitraums oder des Urlaubs eintreten, ist von dem erhöhten Verdienst auszugehen. Verdienstkürzungen, die im Berechnungszeitraum infolge von Kurzarbeit, Arbeitsausfällen oder unverschuldeter Arbeitsversäumnis eintreten, bleiben für die Berechnung des Urlaubsentgelts außer Betracht. Zum Arbeitsentgelt gehörende Sachbezüge, die während des Urlaubs nicht weitergewährt werden, sind für die Dauer des Urlaubs angemessen in bar abzugelten.

(2) Das Urlaubsentgelt ist vor Antritt des Urlaubs auszusahlen.

²²⁹ Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 58; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 60; Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 26.

²³⁰ BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch; *Leinemann*, NZA 1985, 137, 140.

Zu untersuchen ist daher zunächst, ob § 11 BUrlG bereits eine Anspruchsgrundlage darstellen könnte²³¹ oder ob die Norm lediglich als Berechnungsvorschrift anzusehen ist²³².

Eine Anspruchsgrundlage muss einen Anspruch beinhalten. Dieser ist in § 194 Abs. 1 BGB legaldefiniert als „das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen“. Dabei kann der Wortlaut als Verpflichtung oder Berechtigung ausgestaltet sein.²³³ Jedenfalls muss eine Rechtsfolge genannt werden.²³⁴

In § 11 Abs. 1 BUrlG wird das Urlaubsentgelt genannt, jedoch wird lediglich beschrieben, wie es sich bemisst. Durch die Beschreibung der Berechnungsmodalitäten wird deutlich, dass ein Anspruch auf Urlaubsvergütung grundsätzlich vorgesehen ist, andernfalls wäre § 11 BUrlG überflüssig. Der Anspruch als solcher beziehungsweise eine Verpflichtung oder Berechtigung zu einem Handeln kommen jedoch nicht vor. Auch die Formulierungen des Gesetzgebers „das Urlaubsentgelt bemisst sich“, beziehungsweise „Berechnung des Urlaubsentgelts“ lassen darauf schließen, dass hier lediglich eine Klarstellung der Berechnungsmodalitäten vorliegt.

§ 11 Abs. 2 BUrlG dagegen enthält die Formulierung „Das Urlaubsentgelt ist (...) auszus zahlen.“ Dies könnte zunächst auf einen Anspruch hindeuten, jedoch wird hier lediglich die Modalität des Fälligkeitszeitpunkts normiert. Dementsprechend liegt der Schwerpunkt darauf, dass zu Beginn des Urlaubs ausgezahlt wird, also auf der zeitlichen Komponente und nicht auf der Zahlung generell. Dies wird auch durch die Formulierung „auszus zahlen“ statt „zu zahlen“ deutlich.

§ 11 BUrlG regelt demnach insgesamt nur Modalitäten des Anspruchs auf Urlaubsvergütung, nicht den Anspruch selbst.²³⁵

(b) § 1 BUrlG

§ 1 BUrlG *Urlaubsanspruch*

Jeder Arbeitnehmer hat in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub.

Nachdem klargestellt wurde, dass § 11 BUrlG lediglich eine Berechnungs- und Fälligkeitsvorschrift ist, erfolgt nun eine Untersuchung des Wortlauts von § 1 BUrlG. In diesem Paragraphen wird die Urlaubsvergütung nicht direkt erwähnt, sie kommt jedoch indirekt durch die Worte „bezahlten Erholungsurlaub“ zum Ausdruck.

²³¹ Bauer/Kern, NZA 2009, 925, 926; Hohmeister/Oppermann/Hohmeister, Vorbemerkungen, Rn. 5.

²³² So etwa BeckOK-ArbR/Lampe, § 11 BUrlG, Rn. 1; ErfK/Gallner, § 11 BUrlG, Rn. 1; KassHdb/Schütz, 2.4, Rn. 34; Leinemann/Linck, § 11 BUrlG, Rn. 1; Leinemann/Lipke, DB 1988, 1217, 1217.

²³³ Wank, Auslegung, S. 7.

²³⁴ BeckOK-ArbR/Ricken, § 3 EFZG, Rn. 2.

²³⁵ So auch Arnold/Tillmanns/Tillmanns, § 11 BUrlG, Rn. 2; Wedde/Denecke/Steiner, § 11 BUrlG, Rn. 1.

Jedenfalls für den Freistellungsanspruch im Rahmen des Urlaubs ist § 1 BUrlG Anspruchsgrundlage.²³⁶ Die amtliche Überschrift des Paragraphen lautet „Urlaubsanspruch“ und der Anspruch ist auch unzweifelhaft in der Norm selbst enthalten: „Jeder Arbeitnehmer hat (...) Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub“. Fraglich ist jedoch, ob dies auch bedeutet, dass hier eine Anspruchsgrundlage für die Urlaubsvergütung vorliegt. Zumindest das Erfordernis eines Entgelts ist enthalten. Dies könnte aber auch so verstanden werden, dass lediglich eine Ausnahmeregelung gewollt ist, die beinhaltet, dass das Arbeitsentgelt trotz Entfallens der Arbeitsverpflichtung weiterzuzahlen sei,²³⁷ also eine „besondere gesetzliche Entgeltfortzahlungsregelung“²³⁸. Hätte der Gesetzgeber die Formulierungen „Anspruch auf Erholungsurlaub und Urlaubsentgelt“ oder etwa „Anspruch auf Urlaub unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts“ gewählt, wäre in beiden Fällen deutlicher hervorgetreten, ob diesbezüglich eine Anspruchsgrundlage vorliegt oder nicht.

Der Umstand, dass in § 1 BUrlG jedoch nicht die konkrete Formulierung „Anspruch auf Urlaubsentgelt“ gewählt wurde, könnte so ausgelegt werden, dass nur ein Anspruch auf Urlaubsfreistellung gemeint und ein Anspruch auf Vergütung in dieser Norm gerade nicht vorgesehen ist.²³⁹ Dann hätte das Wort „bezahlt“ jedoch keine Erwähnung finden müssen, der Paragraph hätte auch lediglich eine Freistellung von der Arbeitspflicht enthalten können.²⁴⁰ Teilweise wird auch vorgebracht, gerade dass das Wort „bezahlt“ aufgenommen wurde, spreche dagegen, Urlaub grundsätzlich als Einheit von Freistellung und Bezahlung zu sehen, da Selbstverständliches nicht erwähnt werden müsse und in dem Fall eine Tautologie vorläge.²⁴¹ Dagegen ist zu sagen, dass der Gesetzeswortlaut solche Grundlagen zumeist gerade erst verdeutlicht und die Vergütung der Urlaubsfreistellung als arbeitsfreie Zeit zumindest an einer Stelle im Gesetz Erwähnung finden muss. Bei der Betrachtung von § 1 BUrlG wird zudem deutlich, dass Urlaub und Urlaubsentgelt – wie auch auf europäischer Ebene – in einem sehr engen Zusammenhang stehen. Dass der Normgeber nicht eine längere Formulierung beider Ansprüche separat gewählt hat („einen Anspruch auf Erholungsurlaub und einen Anspruch auf Urlaubsentgelt“), lässt sich einerseits auf eine vereinfachende Verkürzung des Normtextes zurückführen. Andererseits lässt

²³⁶ So auch etwa Arnold/Tillmanns/Zimmermann, § 1 BUrlG, Rn. 20; KassHdb/Schütz, 2.4, Rn. 31; Schütz/Hauck/Schütz, C. Urlaubsanspruch, Rn. 108; teilweise auch noch in Verbindung mit § 3 BUrlG: *Powitzka/Rolf*, § 1 BUrlG, Rn. 1.

²³⁷ So etwa Ihmels, JZ 1983, 18, 21; KassHdb/Schütz, 2.4, Rn. 31; MünchHdb-ArBR/Düwell, § 79, Rn. 1.

²³⁸ Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein, § 1 BUrlG, Rn. 12, der jedoch dennoch zumindest nominal der Einheitstheorie folgt und diese aus dem Wortlaut des § 1 BUrlG ableitet; siehe diesbezüglich auch die Ausführungen von Schneider, S. 102 ff.

²³⁹ So etwa Ihmels, S. 74, 86; Leinemann, DB 1983, 989; 989; Leinemann, NZA 1985, 137, 140, der in der Formulierung lediglich eine Sicherstellung dahingehend sieht, dass der dem Arbeitnehmer ohnehin zustehende Lohn während des Urlaubs nicht berührt wird.

²⁴⁰ Streblow, S. 52.

²⁴¹ Pfeifer, NZA 1996, 738, 740.

es aber auch darauf schließen, dass bewusst eine Verbindung der beiden Komponenten hergestellt wurde und dieser enge Zusammenhang somit absichtlich hervorgehoben werden sollte.²⁴² Es soll gerade keine Trennung in zwei isolierte Ansprüche erfolgen.²⁴³ Diese Formulierung ist somit so zu verstehen, dass der Anspruch auf Urlaub die Komponenten Vergütung und Freistellung enthält, aber eben nur ein einziger Anspruch ist.²⁴⁴ Gleichzeitig wird eine komplizierte Formulierung eines Anspruchs auf Bezahlung umgangen, die Vergütung wird ohne Umstände verkürzt miteinbezogen. Dies spricht sogar in zweierlei Hinsicht für die Einheitstheorie; einerseits besteht durch die enge Verbindung eine Art „Einheit“, und andererseits enthält § 1 BUrlG damit neben der Urlaubsfreistellung auch den verkürzt niedergeschriebenen Anspruch auf eine Bezahlung während dieser Zeit. § 1 BUrlG enthält somit sowohl den Hinweis auf die Akzessorietät der Anspruchsteile Urlaub und Vergütung als auch eine elegante, kurze und zusammenfassende Formulierung beider Ansprüche in einem. Die Vertreter der Entgeltfortzahlungstheorie lehnen die Eigenschaft als Anspruchsgrundlage des § 1 BUrlG für das Urlaubsentgelt indes ab.²⁴⁵ Somit spricht zumindest der Wortlaut des § 1 BUrlG, aus dem hervorgeht, dass § 1 BUrlG einen Anspruch auf Urlaubsentgelt enthält, gegen diese Theorie. Die Vertreter der Einheitstheorie gehen von einer Anspruchsgrundlage der Urlaubsvergütung im BUrlG aus, die eingeschränkte Einheitstheorie bringt dabei jedoch die aus dem Wortlaut des § 1 BUrlG hervorgehende enge Verbindung der beiden Ansprüche nicht ausreichend genug zur Geltung. Der Wortlaut des § 1 BUrlG deutet also insgesamt auf einen eigenen Anspruch auf Urlaubsentgelt hin, der mit dem Urlaub eng zusammenhängt und von § 11 BUrlG konkretisiert wird²⁴⁶. Lediglich die strenge Einheitstheorie lässt dies zur Geltung kommen.

bb) Historie

(1) Europäische Erwägungen

Im Rahmen der historischen Betrachtung sind sowohl die Ausfertigung als auch Änderungen einer Norm – hier Art. 31 Abs. 2 GR-Charta und Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG – von Bedeutung.²⁴⁷ Eine Begründung der Regelungen der Bezahlung des Urlaubs sucht man

²⁴² Siehe etwa *Borrmann*, § 1 BUrlG, Rn. 7; a.A. *Ihmels*, S. 74, der die Formulierung „bezahlter Erholungsurlaub“ nur als Abgrenzung zu unbezahltem Urlaub etc. sieht.

²⁴³ *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 1 BUrlG, Rn. 12.

²⁴⁴ *Borrmann*, § 1 BUrlG, Rn. 7; *Neumann/Fenski/Kühn/Neumann*, § 1 BUrlG, Rn. 65; siehe auch *Sprink*, S. 49, die zumindest die Möglichkeit anerkennt, die Einheitstheorie jedoch letztendlich ablehnt, S. 50.

²⁴⁵ Siehe etwa *Arnold/Tillmanns/Tillmanns*, § 11 BUrlG, Rn. 5; *Busch*, NZA 1996, 1246, 1246; *Däubler/Holt-Haus*, § 11 BUrlG, Rn. 2; *Leinemann*, DB 1983, 989, 989.

²⁴⁶ *Heilmann*, § 1 BUrlG, Rn. 1.

²⁴⁷ Dabei erfolgt eine Orientierung an der geschichtlichen Entwicklung und Funktion einer Norm und am Willen des Gesetzgebers, siehe etwa *Riesenhuber/Riesenhuber*, § 10, Rn. 32. Bei historischen Erwägungen können somit Vor-, Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte betrachtet werden, um den Willen des Gesetzgebers zu ermitteln, vgl. *Wank*, Auslegung, S. 67. Dies gilt sowohl auf deutscher als auch auf europäischer Ebene, siehe für die europäische Ebene etwa *Riesenhuber/Pechstein/Drechsler*, § 7, Rn. 33; für die deutsche Ebene

jedoch vergeblich: Die Präambel²⁴⁸ und die Erläuterungen der Grundrechtecharta²⁴⁹ enthalten dazu keine Angaben. Auch aus den Erwägungsgründen der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG sowie ihrer Vorgängerrichtlinie 93/104/EG, deren Art. 7 Abs. 1 beide inhaltsgleich sind, ergibt sich als Intention des Normengebers für den Urlaub lediglich, dass Ruhezeiten für die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer unumgänglich sind.²⁵⁰ Ruhezeiten sind dabei nach Art. 2 Nr. 2 RL 2003/88/EG Zeiten, in denen keine Arbeit geleistet wird.²⁵¹ Eine Vergütung solcher Ruhezeiten wird dabei nicht gesondert erwähnt.

Der EuGH betont zwar immer wieder die Bedeutsamkeit des Anspruchs auf bezahlten Urlaub, indem er mittelbar von dem Gewicht der Normen auf die Intention des Gesetzgebers schließt.²⁵² Für das vorliegende Problem des Wesens des Anspruchs auf Urlaubsentgelt lassen sich daraus aber keine weiterführenden Schlüsse ziehen. Auch bei historischen Erwägungen hinsichtlich des europäischen Rechts können demnach diesbezüglich keine weiteren Erkenntnisse gewonnen werden.

(2) Nationale Erwägungen

Weder in der Gesetzesbegründung noch in den Entwürfen zum BUrlG wird auf eine mögliche Anspruchsgrundlage für Urlaubsentgelt oder auf eine beabsichtigte Einheits- beziehungsweise Entgeltfortzahlungsregelung hingewiesen.²⁵³ Es fällt lediglich auf, dass ein Entwurf das Lohnfortzahlungsprinzip vorschlug,²⁵⁴ der andere dagegen das Referenzprinzip²⁵⁵ und dass in der endgültigen Fassung aus Praktikabilitätsgründen das Referenzprinzip (mit Modifikationen) präferiert wurde²⁵⁶. Hieraus kann geschlussfolgert werden, dass eine eher vergangenheitsbezogene Betrachtungsweise gewählt wurde und somit nicht einfach das gewöhnliche Arbeitsentgelt gemeint sein konnte, wie von der Entgeltfortzahlungstheorie vertreten. Für diese Theorie hätte eher ein rein zukunftsbezogenes Lohnfortzahlungsprinzip gesprochen.

etwa *Wank*, Auslegung, S. 67 ff. Die historische Betrachtung des europäischen Primär- und Sekundärrechts ist im europäischen Kontext jedoch nicht so bedeutsam wie auf nationaler Ebene, siehe *Calliess/Ruffert/Wegener*, Art. 19 EUV, Rn. 14; *Dederichs*, S. 118; siehe auch *Lutter*, JZ 1992, 593, 599 und *Joussen*, S. 59 ff., beide m.w.N.

²⁴⁸ Vgl. ABl. Nr. C 83/389 v. 30.03.2010, S. 391.

²⁴⁹ Vgl. ABl. Nr. C 303/27 v. 14.12.2007, S. 26.

²⁵⁰ Siehe den Erwägungsgrund Nr. 5 der RL 2003/88/EG und Erwägungsgründe der RL 93/104/EG.

²⁵¹ Siehe auch *Wank*, RdA 2014, 285, 286.

²⁵² Siehe etwa Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 48; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 54; Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 28; Urteil Heimann/Tolttschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 22.

²⁵³ Vgl. BT-Drucks. III/1376; BT-Drucks. IV/142; BT-Drucks. IV/207, S. 4, 7; BT-Drucks. IV/785, S. 2, 4.

²⁵⁴ BT-Drucks. IV/207, S. 2.

²⁵⁵ BT-Drucks. IV/142, S. 2.

²⁵⁶ Siehe BT-Drucks. IV/785, S. 4, 7; § 11 Abs. 1 BUrlG.

Darüber hinaus spricht die Tatsache, dass überhaupt eine eigenständige Regelung wie § 11 BUrlG in das Gesetz eingefügt wurde, bereits grundsätzlich gegen § 611 BGB als Anspruchsgrundlage. Denn wenn lediglich das übliche Arbeitsentgelt gemeint wäre, bedürfte es keiner weiteren konkretisierenden Norm zur Berechnung des Urlaubsentgelts.²⁵⁷

Diese Tendenzen sind jedoch lediglich mögliche Folgerungen und damit in keinem Fall zwingend im Rahmen der historischen Erwägungen. Darüber hinaus haben weder § 1 BUrlG noch § 11 BUrlG seit ihrem Inkrafttreten gravierende Änderungen erfahren, die für diese Problematik relevant wären.²⁵⁸

Dementsprechend sind aus nationalen historischen Überlegungen hier keine weiteren zielführenden Erkenntnisse zu ziehen.

cc) Systematik

(1) Europäische Erwägungen

Systematisch betrachtet²⁵⁹ ist Art. 31 GR-Charta in Kapitel IV der Charta unter der Überschrift „Solidarität“ geregelt und trägt die Überschrift „Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen“. Die Richtlinie 2003/EG/88 regelt ebenfalls Arbeitszeiten, wie Ruhezeit, Ruhepausen, Höchstarbeitszeit und eben auch den Urlaub.²⁶⁰ Art. 1 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie beinhaltet darüber hinaus den Hinweis, dass die Richtlinie Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung bezweckt. Beide Normen unterfallen demnach dem Bereich des Arbeitsschutzes.²⁶¹

Allein von diesem Standpunkt aus lässt sich jedoch nichts für das Wesen des Urlaubsanspruchs ableiten; gleich welcher der Theorien die Ansicht des EuGH letztendlich zuzuordnen ist, ergeben sich zunächst keine absehbaren gravierenden Konsequenzen für den Arbeitsschutz des einzelnen Arbeitnehmers an sich. Es mögen sich zwar Unterschiede hinsichtlich des Ausmaßes der zu erwartenden Erholung ergeben, je nachdem, welcher Theorie gefolgt wird.²⁶² Da jedoch das zu erreichende Ausmaß des Arbeitsschutzes nicht durch die Richtlinie und erst recht nicht durch den der Richtlinie zugrunde liegenden Art. 31 GR-Charta konkretisiert oder bestimmt

²⁵⁷ *Hohmeister*, BB 1995, 2110, 2111.

²⁵⁸ In § 11 BUrlG wurde lediglich ab dem 01.10.1996 eine Regelung bezüglich der Handhabung von bezahlten Überstunden eingefügt.

²⁵⁹ Bei der Systematik sind die Stellung einer Norm im Gesetz und damit der Gesamtzusammenhang zu betrachten. Es soll dabei möglichst eine „Einheit des Rechts“ hergestellt werden, vgl. etwa *Zippelius*, S. 35, 43. Dabei können insbesondere auch Vergleiche mit anderen Normen gezogen werden, siehe etwa *Wank*, Auslegung, S. 57; so im Ergebnis auch *Bydlinksi*, S. 443.

²⁶⁰ Siehe Art. 3 ff. der Richtlinie 2003/EG/88.

²⁶¹ *Schlottfeldt*, ZESAR 2013, 222, 222; *Schubert*, AP § 7 BUrlG Nr. 76; so zum Urlaub auch der EuGH, Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 23; Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 48; Franzen/Gallner/Oetker/Gallner, Art. 1 RL 2003/88/EG, Rn. 1; siehe zur Vorgängerrichtlinie bereits *Kothe*, FS Schwerdtner, S. 114.

²⁶² Siehe Kapitel B. I. 3. c) dd) Telos.

wird und nach allen Theorien die Zahlung von Entgelt während der Freistellung zumindest grundsätzlich gesichert ist, ist davon auszugehen, dass der Arbeitsschutz jeweils ausreichend Beachtung findet. Die Systematik lässt demnach kein eindeutiges Verständnis der Aussage des EuGH in eine Richtung zu.

Auch ein Vergleich mit der Urlaubsabgeltungs-Rechtsprechung des EuGH, in der dieser unter anderem von einer Vererblichkeit der finanziellen Vergütung des Urlaubs nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses beziehungsweise nach dem Tod des Arbeitnehmers ausgeht,²⁶³ führt hier nicht zu weiteren Erkenntnissen; der EuGH behandelt die Abgeltung als unabhängigen reinen Geldanspruch und gerade nicht als Surrogat des Urlaubs²⁶⁴ – und damit auch nicht des Urlaubentgelts²⁶⁵. Aus dem *Bollacke*-Urteil lassen sich also keine zwingenden Schlüsse in systematischer Hinsicht zugunsten einer der Theorien ziehen.

Hinsichtlich der Systematik können somit aus dem europäischen Recht keine Zielrichtungen bezüglich des Wesens des Urlaubsanspruchs abgeleitet werden.

(2) Nationale Erwägungen

Im deutschen Recht müssen die Urlaubsentgeltnormen in den Gesamtzusammenhang des Arbeits- und Zivilrechts gestellt werden, wobei sich auch Vergleiche mit anderen Regelungen anbieten und gegebenenfalls Aufschluss geben können.

(a) Zivilrechtlicher Hintergrund

Fraglich ist zunächst, ob die von den Vertretern der Einheitstheorie geforderte Konstruktion eines aus zwei untrennbaren Ansprüchen bestehenden Anspruchs zivilrechtlich überhaupt systematisch möglich ist. Ansonsten wäre die Einheitstheorie in Deutschland bereits an diesem Punkt problematisch. So wird etwa vertreten, die Einheitstheorie bewirke „dogmatisches Chaos“²⁶⁶, denn in der Schuldrechtsdogmatik sei jeder Anspruch nur auf eine Rechtsfolge gerichtet.²⁶⁷ Die Zusammenfügung der urlaubsrechtlichen Aspekte Freiheit und Entgeltfortzahlung in einem Anspruch sei nicht widerspruchsfrei möglich und ignoriere das „Einmaleins des Schuldrechts“²⁶⁸.

Ein Anspruch beinhaltet gemäß § 194 Abs. 1 BGB „das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen“, also eine Leistung²⁶⁹. Die Formulierung „ein Tun“ könnte dabei darauf hinweisen, dass ein Anspruch wirklich lediglich *eine* Handlung, *eine* Pflicht oder *eine*

²⁶³ Urteil *Bollacke*, C-118/13, EU:C:2014:1755, Rn. 30.

²⁶⁴ Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 56.

²⁶⁵ Urteil *Robinson-Steele*, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 58; Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 60; Urteil *Williams*, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 26.

²⁶⁶ *Ihmels*, JZ 1983, 18, 21; *Weber*, RdA 1995, 229, 232; *Leinemann/Linck*, Einl., Rn. 51 etwa sprechen von einer paradoxen Konstruktion.

²⁶⁷ *Leinemann/Linck*, Einl., Rn. 51; *Weber*, RdA 1995, 229, 232.

²⁶⁸ *Ihmels*, JZ 1983, 18, 21.

²⁶⁹ *Staudinger/Olzen*, § 241 BGB, Rn. 133.

Forderung beinhaltet.²⁷⁰ Somit würde die Systematik des Zivilrechtes einem Anspruch mit zwei Elementen widersprechen.²⁷¹ Diese Ansicht findet sich vor allem bei den Befürwortern der Entgeltfortzahlungstheorie häufig, sie wird meist als entscheidendes Argument gegen die Einheits-theorie vorgebracht.²⁷²

Andererseits kann ein Anspruch auch aus mehreren Leistungen und damit aus einem Pflichten-bündel bestehen.²⁷³ Die Begriffe „Forderung“, „Pflicht“ und „Anspruch“ sind dabei gleichzu-setzen.²⁷⁴ Ein Anspruch bestehend aus mehreren weiteren Ansprüchen wäre demnach grund-sätzlich möglich. Dies wird insbesondere auch hinsichtlich der Pflichten deutlich, die sich aus einem Reisevertrag ergeben.²⁷⁵ Wenn es heißt, der Reisevertrag verpflichte den Veranstalter zu einer „Mehrheit von Leistungen“²⁷⁶ und man die Definition des Anspruchs als Recht auf eine Leistung beachtet und den Anspruch mit der Pflicht gleichsetzt, bedeutet dies ebenfalls, dass mehrere Leistungen²⁷⁷ den Anspruch aus einem Reisevertrag bilden.²⁷⁸

Ein Anspruch kann also zivilrechtlich durchaus aus mehreren weiteren Aspekten bestehen, ein aus zwei Ansprüchen – beziehungsweise Leistungen – zusammengesetzter Einheitsanspruch ist demnach grundsätzlich möglich und nicht systemfremd.

(b) § 1 BUrlG als Anspruchsgrundlage

Hinweise bezüglich des Wesens des Urlaubsentgelts können sich gegebenenfalls auch aus einer systematischen Untersuchung des § 1 BUrlG ergeben. Während etwa die rechtssystematische Einordnung des § 1 BUrlG als Anspruchsgrundlage im Rahmen der Entgeltfortzahlungstheorie kategorisch abgelehnt wird,²⁷⁹ lassen die Vertreter der Einheitstheorie²⁸⁰ diese Kategorisierung durchaus zu, beziehungsweise begrüßen diese. § 323 BGB normiert für die Fälle des Ausbleibens der Leistung auch das Ausbleiben der Gegenleistung, sodass es einer gesonderten Vor-schrift oder Vertragsvereinbarung bedarf, die die weitere Lohnzahlung anordnet.²⁸¹ Eine solche

²⁷⁰ *Ihmels*, S. 72; *Okoye-Montis*, S. 45 f.

²⁷¹ *Leinemann/Linck*, Einl., Rn. 51; MünchHdb-ArbR/*Leinemann*, 2. Aufl., § 89, Rn. 5; *Rambach/Feldmann*, ZTR 2010, 561, 563; so im Ergebnis auch *Strehlow*, S. 54, der dies damit begründet, dass die beiden Elemente nicht gleichartig und gleichgerichtet sind.

²⁷² Siehe etwa *Ihmels*, JZ 1983, 18, 21; *Leinemann/Linck*, Einl., Rn. 51; *Okoye-Montis*, S. 45 f.; *Weber*, RdA 1995, 229, 232.

²⁷³ *Fikentscher/Heinemann*, § 7, Rn. 44; *Renaud*, S. 33 f.

²⁷⁴ Eine Forderung bezeichnet bspw. den Anspruch aus Gläubigersicht, *Staudinger/Peters/Jacoby*, § 194 BGB, Rn. 14.

²⁷⁵ *MüKo-BGB/Tonner*, § 651a BGB, Rn. 12 ff.

²⁷⁶ *Staudinger/Staudinger*, § 651a BGB, Rn. 12.

²⁷⁷ Siehe *Staudinger/Olzen*, § 241 BGB, Rn. 133.

²⁷⁸ So ist zumindest *Staudinger/Staudinger*, § 651a BGB, Rn. 12 ff. zu verstehen.

²⁷⁹ Siehe etwa BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch; BAG v. 07.07.1988, AP § 11 BUrlG Nr. 22; ohne Eingehen auf § 1 BUrlG auch BAG 14.08.2007, AP § 7 BUrlG Nr. 38; siehe ebenfalls *Arnold/Tillmanns/Tillmanns*, § 11 BUrlG, Rn. 5; *Busch*, NZA 1996, 1246, 1246; *Däubler/Holthaus*, § 11 BUrlG, Rn. 2; *Ihmels*, S. 73 f.; *Leinemann*, DB 1983, 989, 989.

²⁸⁰ Siehe etwa *Gutzeit*, S. 80; *Hohmeister/Opfermann/Hohmeister*, Vorbemerkungen, Rn. 5.

²⁸¹ Siehe dazu auch *Herlitzius*, S. 66 f.

Vorschrift kann eigentlich nur der obligatorische § 1 BUrlG sein, da § 11 BUrlG, wie gezeigt,²⁸² lediglich eine Berechnungsvorschrift ist.²⁸³ Das BAG vertritt jedoch im Rahmen der Entgeltfortzahlungstheorie, dass § 1 BUrlG nur deklaratorisch – und keinesfalls Anspruchsgrundlage – sei, der Anspruch ergebe sich aus dem Arbeitsvertrag.²⁸⁴ Es muss jedoch davon ausgegangen werden, dass der arbeitsvertraglich vereinbarte Normalfall während einer Freistellung ist, dass der Arbeitnehmer seine Bezüge für diese Zeit verliert und dass diese gerade nicht weitergezahlt werden.²⁸⁵ Jedenfalls genügt eine individuelle Vereinbarung, die möglicherweise geschlossen wird, nicht der Regelung des § 13 Abs. 1 BUrlG, der die Unabdingbarkeit einer Urlaubsvergütung anordnet. Das Hineinlesen der Gewährung eines solchen Urlaubsentgelts in jeden Arbeitsvertrag von vornherein, woran in diesem Fall gedacht werden könnte, ist jedoch umständlich und entbehrlich, da § 1 BUrlG bereits den Anspruch auf die Zahlung der Urlaubsvergütung enthält. Dies hat bereits die Betrachtung des Wortlauts gezeigt. Auch systematisch sprechen § 323 BGB und § 1 BUrlG demnach gegen die Entgeltfortzahlungstheorie.

(c) Fälligkeit des Urlaubsentgeltanspruchs

Gemäß § 11 Abs. 2 BUrlG muss das Urlaubsentgelt zu Beginn des Urlaubs ausgezahlt werden, ist also zu diesem Zeitpunkt auch fällig. Abweichungen von dieser Regelung lässt § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG außer im Rahmen von Tarifverträgen aufgrund der Nachteiligkeit für den Arbeitnehmer nicht zu.²⁸⁶ Das Arbeitsentgelt hingegen ist nach § 614 S. 1 BGB zumindest im gesetzlichen Normalfall erst nach Erbringung der Arbeitsleistung fällig.²⁸⁷ Von dieser grundsätzlichen Regelung kann abgewichen werden, sodass auch eine Auszahlung ohne bereits erbrachte Leistung vereinbart werden kann.²⁸⁸ Jedoch machen die Diskrepanz der grundsätzlichen gesetzlichen Bestimmungen sowie die unterschiedlichen Möglichkeiten der Abweichung von diesen Regelungen deutlich, dass zumindest in dieser Hinsicht ein formaler Unterschied zwischen Urlaubsentgelt und dem gewöhnlichen Arbeitsentgelt besteht und kein Gleichlauf gewollt ist. Dies könnte wiederum dafür sprechen, dass die Urlaubsvergütung eben keine Fortzahlung des Arbeitseinkommens darstellt, sondern vielmehr eigenständige Bezüge.²⁸⁹ Laut der Entgeltfortzahlungsansicht müsste nämlich theoretisch bei beiden Vergütungsbestandteilen

²⁸² Siehe Kapitel B. I. 3. c) aa) (2) (a) § 11 BUrlG.

²⁸³ *Streblow*, S. 53.

²⁸⁴ § 1 BUrlG stelle lediglich sicher, dass der Lohnanspruch trotz des Urlaubs erhalten bleibe, siehe etwa BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch; vgl. auch BAG v. 07.07.1988, AP § 11 BUrlG Nr. 22; ohne Eingehen auf § 1 BUrlG auch BAG 14.08.2007, AP § 7 BUrlG Nr. 38.

²⁸⁵ Es gilt der Grundsatz: „Ohne Arbeit kein Lohn“, siehe etwa *Hueck/Nipperdey*, S. 324; *Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 383, 442; *Gutzeit*, S. 17 m.w.N.; *Schneider*, S. 45 m.w.N.; *Söllner*, AcP 167 (1967), 132, 132 m.w.N.; *Soergel/Kraft*, § 616 BGB, Rn. 2; so auch *Herlitzius*, S. 67.

²⁸⁶ *ErfK/Gallner*, § 11 BUrlG, Rn. 27.

²⁸⁷ *BeckOK-ArbR/Joussen*, § 611 BGB, Rn. 191; *ErfK/Preis*, § 614 BGB, Rn. 1; *MünchHdb-ArbR/Krause*, § 614, Rn. 3.

²⁸⁸ *BeckOK-ArbR/Joussen*, § 614 BGB, Rn. 8 ff.

²⁸⁹ So etwa *Hohmeister*, BB 1995, 2110, 2112.

gleichzeitig Fälligkeit eintreten. Dies ist jedoch zugegebenermaßen kein besonders starkes Argument, da § 11 Abs. 2 BUrlG auch so ausgelegt werden kann, dass er lediglich eine Ausnahme bezüglich der Fälligkeitsregelung des § 614 BGB darstellt.²⁹⁰

(d) Pfändbarkeit nach § 850a Nr. 2 ZPO

Die Pfändbarkeit beziehungsweise die Möglichkeit der Rückforderung, die Vererbbarkeit und die Abtretbarkeit des Urlaubsentgelts folgen direkt aus dem Wesen der Urlaubsvergütung, denn je nachdem, welcher Meinung gefolgt wird, ist die Pfändbarkeit der Urlaubsvergütung zwangsläufig zu bejahen oder zu verneinen.²⁹¹

Der Freistellungsanspruch an sich ist nach ganz vorwiegender Auffassung weder pfändbar²⁹² noch übertragbar.²⁹³ Zu untersuchen ist nun, wie sich dies auf das Urlaubsentgelt auswirkt. Nach der Entgeltfortzahlungstheorie ist das Urlaubsentgelt ohnehin eigenständig und unabhängig vom Urlaub zu betrachten. Darüber hinaus ist es mit dem Arbeitsentgelt identisch und besitzt keine eigene gesetzliche Qualität.²⁹⁴ Dem von dieser Ansicht vertretenen Wesen des Urlaubsentgelts folgend, ist dessen Pfändbarkeit nur logische Konsequenz.²⁹⁵ Von der Einheitsstheorie hingegen wird das Urlaubsentgelt grundsätzlich als eine vom Arbeitsentgelt unabhängige und eigenständige Vergütung verstanden.²⁹⁶ Somit ist die Pfändbarkeit des Entgelts während des Urlaubs nach dieser Theorie gerade nicht obligatorisch und logische Folge des Wesens. Folgt man der Einheitstheorie, ist vielmehr entscheidend, wie eng man die Bindung der Ansprüche auf Urlaub und auf Bezahlung während der Freistellung versteht. Nach der strengen

²⁹⁰ So etwa BeckOK-ArbR/Joussen, § 614 BGB, Rn. 12.

²⁹¹ Siehe auch BAG v. 11.01.1990, AP § 4 TVG Nr. 11 Gemeinsame Einrichtungen; BAG v. 20.06.2000, AP § 7 BUrlG Nr. 28; LAG Bremen v. 03.10.1956, AP § 611 BGB Nr. 17 Urlaubsrecht; LAG Kiel v. 31.10.1963, DB 1964, 555, 555; ArbG Bremen v. 12.04.1956, AP § 850a ZPO Nr. 2; *Borrmann*, § 1 BUrlG, Rn. 8; *Dersch*, AP § 611 BGB Nr. 3 Urlaubsrecht; *Dersch*, AP § 611 Nr. 17 Urlaubsrecht; *ErfK/Gallner*, § 11 BUrlG, Rn. 32; *Friese*, S. 144; *Gaul*, NZA 1987, 473, 475; *Hohmeister*, AP § 7 BUrlG Nr. 28; *Köst*, BB 1956, 564, 566; *Leinemann/Linck*, § 11 BUrlG, Rn. 1, 96; *Natzel*, § 11 BUrlG, Rn. 21; *Neumann/Fenski/Kühn/Neumann*, § 1, Rn. 76 f.; *Pfeifer*, NZA 1996, 738, 740; *Rewolle*, DB 1962, 936, 937; *Schmelzer*, S. 90 f.; *Schütz/Hauck/Schütz*, C. Urlaubsanspruch, Rn. 784 f.; *Stahlhacke/Bachmann/Bleistain/Berscheid/Bleistain*, § 1 BUrlG, Rn. 71 ff.

²⁹² *BeckOK-ArbR/Lampe*, § 1 BUrlG, Rn. 6; *Beetz*, ZVI 2008, 244, 246; *Boewer*, Lohnpfändung, S. 202; *Moll/Jacobsen*, § 27, Rn. 14 ff.; *MünchHdb-ArbR/Düwell*, § 78, Rn. 17 ff.; *Musielak/Becker*, § 850a ZPO, Rn. 3; *Neumann*, DB 1957, 68, 69; *Pohle*, AP § 850a ZPO Nr. 1; *Powietzka/Rolf*, § 1 BUrlG, Rn. 31; *Schaub/Linck*, § 104, Rn. 3; *Schütz/Hauck/Schütz*, C. Urlaubsanspruch, Rn. 138; a.A. *Leinemann/Linck*, § 1 BUrlG, Rn. 125.

²⁹³ *Arnold/Tillmanns/Zimmermann*, § 1 BUrlG, Rn. 76 f.; *Hromadka/Maschmann*, § 8, Rn. 124 f.; *Schütz/Hauck/Schütz*, C. Urlaubsanspruch, Rn. 137.

²⁹⁴ Siehe zum Vorgesagten Kapitel B. I. 3. a) aa) Entgeltfortzahlungstheorie.

²⁹⁵ BAG v. 11.01.1990, AP § 4 TVG Nr. 11 Gemeinsame Einrichtungen; BAG v. 20.06.2000, AP § 7 BUrlG Nr. 28; ArbG Bremen v. 12.04.1956, AP § 850a ZPO Nr. 2; *Boewer*, Handbuch, S. 159; *ErfK/Gallner*, § 11 BUrlG, Rn. 32; *Leinemann/Linck*, § 11 BUrlG, Rn. 1, 96; *Pfeifer*, NZA 1996, 738, 740; *Schütz/Hauck/Schütz*, C. Urlaubsanspruch, Rn. 784 f.; siehe auch *Schaub/Linck*, § 104, Rn. 118, der jedoch dabei eingesteht, dass sich aus der Rechtsprechung des EuGH als logische Folge der Einheitstheorie die Unpfändbarkeit des Urlaubsentgelts ergibt.

²⁹⁶ Siehe Kapitel B. I. 3. a) cc) Einheitstheorie.

Einheitstheorie ist der hier bereits im Rahmen der Wortlautbetrachtung festgestellte²⁹⁷ enge Zusammenhang so bedeutend, dass eine Pfändbarkeit ausgeschlossen ist.²⁹⁸ Die Vertreter der eingeschränkten Einheitstheorie sehen zwar die Verbindung der Ansprüche, wollen aber die eigentlich aus der Einheit resultierenden Rechtsfolgen hinsichtlich der Pfändbarkeit etc. nicht hinnehmen.²⁹⁹ Sie sind diesbezüglich daher weniger streng und bejahen die Pfändbarkeit.³⁰⁰ Verschärft wird der eben dargestellte Streit hinsichtlich der Pfändbarkeit und damit auch hinsichtlich der Theorien durch § 850a Nr. 2 der Zivilprozessordnung (ZPO).

§ 850a ZPO

Unpfändbare Bezüge

Unpfändbar sind [...]

2. die für die Dauer eines Urlaubs über das Arbeitseinkommen hinaus gewährten Bezüge, Zuwendungen aus Anlass eines besonderen Betriebsereignisses und Treugelder, soweit sie den Rahmen des Üblichen nicht übersteigen; [...]

Überwiegend wird aus § 850a Nr. 2 ZPO hergeleitet, dass durch diese Norm die Pfändbarkeit des Urlaubsgeldes ausgeschlossen werde. Der Gesetzgeber habe dabei eindeutig das Urlaubsentgelt als Arbeitsentgelt und somit als pfändbar bezeichnet.³⁰¹ Dies spreche entscheidend gegen die Einheitstheorie.³⁰² Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass weder Urlaubsgeld noch Urlaubsentgelt in diesen Normen explizit Erwähnung gefunden haben, es geht vielmehr um „für die Dauer eines Urlaubs über das Arbeitseinkommen hinaus“ gewährte Bezüge.³⁰³ Diese Formulierung muss nicht zwingend bedeuten, dass das Urlaubsentgelt als Entgeltfortzahlung – also Arbeitseinkommen – zu klassifizieren ist.³⁰⁴ Zu diesem Ergebnis kommt man nur,

²⁹⁷ Siehe Kapitel B. I. 3. c) aa) Wortlaut.

²⁹⁸ LAG Bremen v. 03.10.1956, AP § 611 BGB Nr. 17 Urlaubsrecht; LAG Kiel v. 31.10.1963, DB 1964, 555, 555; *Borrmann*, § 1 BUrlG, Rn. 8; *Dersch*, AP § 611 BGB Nr. 3 Urlaubsrecht; *Dersch*, AP § 611 Nr. 17 Urlaubsrecht; *Neumann/Fenski/Kühn/Neumann*, § 1, Rn. 76 f.; *Hohmeister*, AP § 7 BUrlG Nr. 28; *Hohmeister*, BB 1995, 2110, 2112; *Köst*, BB 1956, 564, 566; *Rewolle*, DB 1962, 936, 937; *Schmelzer*, S. 90 f.; so zur Abgeltung, die aber diesbezüglich mit dem Urlaub gleichgesetzt wird: LAG Kiel v. 15.07.1954, AP § 611 BGB Nr. 3 Urlaubsrecht.

²⁹⁹ Siehe etwa *Friese*, S. 144; *Gaul*, NZA 1987, 473, 475; *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 1 BUrlG, Rn. 71 ff. m.w.N.; siehe auch die angeführte Literatur bei *Dersch/Neumann*, § 1 BUrlG, Rn. 76.

³⁰⁰ So etwa *Dahns*, DB 1955, 604, 604 f.; *Hromadka/Maschmann*, § 8, Rn. 124; *Pohle*, AP § 850a ZPO Nr. 1; *Staudinger/Richardi/Fischinger*, 2011, § 611 BGB, Rn. 1132 f., die vertreten, dass Unterhaltsansprüche pfändbar sind.

³⁰¹ BAG v. 30.09.1965, NJW 1966, 222, 222; BAG v. 11.01.1990, AP § 4 TVG Nr. 11 Gemeinsame Einrichtungen; BAG v. 20.06.2000, AP § 7 BUrlG Nr. 28; *Leinemann/Linck*, § 11 BUrlG, Rn. 96; *Musielak/Becker*, § 850a ZPO, Rn. 3; *Peters*, DB 1966, 1133, 1135 f.

³⁰² *Pfeifer*, NZA 1996, 738, 740; so sinngemäß auch *Gaul*, NZA 1987, 473, 475, der darauf hinweist, dass die Frage der Pfändbarkeit des Urlaubsentgelts nicht gesetzlich geregelt ist, auch wenn er diese letztendlich bejaht.

³⁰³ Bzgl. des Urlaubsgeldes siehe etwa *MüKo-ZPO/Smid*, § 850a ZPO, Rn. 8.

³⁰⁴ LAG Bremen v. 03.10.1956, AP § 611 Nr. 17 Urlaubsrecht.

wenn man annimmt, der Gesetzgeber wollte mit dieser Formulierung das Urlaubsgeld umschreiben und vom Urlaubsentgelt abgrenzen.³⁰⁵

Versteht man die Urlaubsvergütung jedoch als vom üblichen Arbeitsentgelt unabhängige Leistung, die ihre Anspruchsgrundlage in § 1 BUrlG und nicht im Arbeitsvertrag hat, kann man die Vorschrift auch so verstehen, dass nicht (nur) das Urlaubsgeld unpfändbar sein soll, sondern vielmehr (auch) das Urlaubsentgelt. Wenn der Gesetzgeber festlegt, dass schon das im Vergleich zum Urlaubsentgelt recht geringe Urlaubsgeld nicht pfändbar sein soll, dann doch erst recht auch nicht die Urlaubsvergütung selbst.³⁰⁶ Das Urlaubsentgelt wäre demnach gerade nicht als „Arbeitseinkommen“ gemäß § 850a Nr. 2 ZPO zu klassifizieren.³⁰⁷

Für diese Folgerung spricht auch, dass das Urlaubsgeld in arbeitsrechtlichen Normen keinerlei Beachtung findet. § 850a ZPO wäre somit der einzige Paragraph, der eine Aussage darüber träge,³⁰⁸ und dies nicht einmal ausdrücklich. Es ist unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber ausgerechnet in der ZPO eine Regelung über ansonsten nicht erwähnte Bezüge treffen würde. Zudem können aus einem Paragraphen der ZPO kaum Ergebnisse für das Wesen eines erst viel später normierten Urlaubsentgelts entnommen werden, über das sich der damalige Normgeber wohl keine Gedanken gemacht haben dürfte.³⁰⁹

§ 850a ZPO kann somit auch als Regelung der Pfändbarkeit des Urlaubsentgelts gesehen werden.

Doch selbst wenn die Norm lediglich als Bestimmung über die Pfändbarkeit des Urlaubsgeldes angesehen würde, spräche auch diese Ansicht nicht zwingend für eine Pfändbarkeit des Urlaubsentgelts. In diesem Fall wäre durch die Norm lediglich geregelt, dass das Urlaubsgeld nach § 850a ZPO nicht der Pfändung unterläge, um dem Arbeitnehmer neben dem generellen Urlaubsentgelt auch zusätzliche Bezüge zu Erholungszwecken zu sichern.³¹⁰ Gleichzeitig wäre die Urlaubsvergütung jedoch ebenfalls unpfändbar, wenn sie mit der Freistellung verbunden und nicht mit dem Arbeitseinkommen gleichzusetzen wäre.³¹¹ Dieses Ergebnis entspricht der strengen Einheitstheorie, nach der die Pfändbarkeit ohnehin abgelehnt wird.

³⁰⁵ So etwa BAG v. 30.09.1965, AP § 850 ZPO Nr. 5; *Boewer*, Lohnpfändung, S. 209; *Natzel*, § 11 BUrlG, Rn. 24.

³⁰⁶ Siehe auch ArbG Wuppertal v. 17.09.1970, DB 1971, 1773, 1773.

³⁰⁷ LAG Bremen v. 03.10.1956, AP § 611 BGB Nr. 17 Urlaubsrecht.

³⁰⁸ *Beetz*, ZVI 2008, 244, 246 f.

³⁰⁹ Zur Einführung des § 850a ZPO siehe BGBl. I 1953 S. 952, 955.

³¹⁰ LAG Bremen v. 03.10.1956, AP § 611 Nr. 17 Urlaubsrecht; *Dersch*, AP § 611 BGB Nr. 17 Urlaubsrecht; siehe auch *Neumann/Fenski/Kühn/Neumann*, § 1 BUrlG, Rn. 77, der aber eine Ausnahme bei der Pfändbarkeit von Unterhalt zulässt.

³¹¹ So etwa BAG v. 03.10.1956, AP § 611 BGB Nr. 17 Urlaubsrecht; *Dersch*, AP § 611 BGB Nr. 17 Urlaubsrecht.

Insgesamt ist das Argument der Regelung des § 850a ZPO also nicht zwingend, wie teilweise angenommen wird.³¹² Auch wenn vertreten wird, dass Arbeitnehmer im Urlaub finanziell so gestellt werden sollen, als würden sie arbeiten³¹³ – und nicht besser –³¹⁴, so ist dies lediglich im Hinblick auf die grundsätzliche Höhe des Urlaubsentgelts zu verstehen und nicht hinsichtlich der Pfändbarkeit etc. Soweit die Urlaubsvergütung als eine nicht mit dem Arbeitsentgelt identische Sonderleistung mit Ursprung im BUrlG gesehen wird, sind für sie eigenständige Regelungen zu beachten, auch wenn sie an die Höhe des normalen Entgelts angelehnt ist. Urlaubsentgelt ist demnach eben gerade nicht Arbeitseinkommen gemäß §§ 850 ff. ZPO.

Auch wenn nach der strengen Einheitstheorie aufgrund der der Theorie immanenten Eigenständigkeit des Urlaubsentgelts vom grundsätzlichen Arbeitseinkommen und seiner gleichzeitigen Einheit mit dem Urlaubsfreistellungsanspruch eine Pfändbarkeit des Urlaubsentgelts nicht möglich ist, so ist dies lediglich eine logische Folge der vorangegangenen Erwägungen beziehungsweise Argumentation und nicht *contra legem*. Die Bejahung einer solchen Einheit führt selbstverständlich auch zu Folgen für die Vererblichkeit, Rückforderung und Abtretbarkeit der Urlaubsvergütung, es sollte bei allen Konstellationen immer danach gefragt werden, ob der Urlaub als Ganzes, also auch die Freistellung, diese Voraussetzungen erfüllt. Zunächst einen Zusammenhang zwischen Urlaubsentgelt und -freistellung wegen der überzeugenden Argumente zu bejahen und diesen dann wieder aufgrund der daraufhin zu erwartenden Rechtsfolgen aufzuweichen, wie es die Vertreter der eingeschränkten Einheitstheorie fordern, ist widersprüchlich.³¹⁵

(e) Rückzahlungsverbot des § 5 Abs. 3 BUrlG

§ 5 BUrlG

Teilurlaub

(3) Hat der Arbeitnehmer im Falle des Absatzes 1 Buchstabe c bereits Urlaub über den ihm zustehenden Umfang hinaus erhalten, so kann das dafür gezahlte Urlaubsentgelt nicht zurückgefordert werden.

Diese Norm enthält eine Regelung zur Rückforderung zu viel gezahlten Urlaubsentgelts. Dabei ist anerkannt, dass der Arbeitgeber jeweils Freistellung oder Urlaubsvergütung nach § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB kondizieren kann, wenn jeweils die andere Komponente noch

³¹² Siehe andernfalls *Neumann*, DB 1957, 68, 69, der die Norm für unwirksam hält, sollte sie die Unpfändbarkeit des Urlaubsentgelts anordnen und *Köst*, BB 1956, 564, 566, der in diesem Fall § 850a ZPO hinter § 851 Abs. 2 ZPO zurücktreten lässt (beide bezeichnen das Urlaubsentgelt als Urlaubsgeld).

³¹³ *Heilmann*, § 11 BUrlG, Rn. 23.

³¹⁴ *Beetz*, ZVI 2008, 244, 246; *Boewer*, Lohnpfändung, S. 203; *Pfeifer*, NZA 1996, 738, 741.

³¹⁵ So auch *Hohmeister*, AP § 7 BUrlG Nr. 28; *Ihmels*, AuR 1973, 78, 78 fragt in diesem Zusammenhang, welche Bedeutung der Einheit in diesem Fall überhaupt noch zukäme.

nicht gewährt wurde.³¹⁶ Ist jedoch sowohl Freistellung gewährt worden, als auch Urlaubsvergütung bezahlt, so steht der Kondition § 5 Abs. 3 BUrlG entgegen.³¹⁷ Der Arbeitnehmer muss nicht Urlaubsentgelt für in Anspruch genommene Freizeit, also Urlaub, zurückerstatten,³¹⁸ da die Freistellung nach erfolgter Inanspruchnahme ohnehin nicht erfolgreich rückgängig gemacht werden kann.³¹⁹ Wäre die Vergütung des Urlaubs jedoch davon unabhängig, wäre ihre nachträgliche Rückforderung ohne Probleme möglich. Der Arbeitgeber könnte im Fall zu viel gewährten Urlaubs wenigstens das zu viel gezahlte Urlaubsentgelt wieder vom Arbeitnehmer zurückfordern. Die Regelung des § 5 Abs. 3 BUrlG steht dem jedoch ausdrücklich entgegen, sie kann damit als deklaratorischer Hinweis auf die Einheit der Komponenten verstanden werden. Kann eine der beiden Komponenten nicht zurückgewährt werden, kann es denkbare die andere bei einer einheitlichen Betrachtung ebenfalls nicht.³²⁰ Wird jedoch Freizeit gewährt, ohne diese zu bezahlen, stellt sie keinen Urlaub dar. Genauso stellt andersherum lediglich das bezahlte Urlaubsentgelt allein ebenfalls keinen Urlaub dar und kann zurückgefordert werden. Wenn demnach keine Einheit der beiden Urlaubsbestandteile bestünde, wäre die Regelung des § 5 Abs. 3 BUrlG nicht logisch, insbesondere, da es nicht darauf ankommt, auf wessen Initiative hin das Arbeitsverhältnis beendet wird.³²¹ Der Arbeitnehmer kann somit sogar während des Urlaubs selbst kündigen und wissen, dass er zu viel Urlaub gewährt bekommen hat,³²² ein Rückforderungsverbot aufgrund von Vertrauensschutzerwägungen des Arbeitnehmers scheidet also aus.³²³ § 5 Abs. 3 BUrlG ist damit ein klarer Hinweis auf die Einheit von Urlaubsentgelt und Urlaubsfreistellung. So wurde darüber hinaus auch bereits lange vor dem Inkrafttreten der Norm ein generelles Rückforderungsverbot der Urlaubsvergütung vom RAG aus der einheitlichen Betrachtung des Urlaubs hergeleitet.³²⁴

(f) Vergleich mit der Urlaubsabgeltung hinsichtlich der Vererblichkeit

Auch ein Vergleich mit den Modalitäten der Vererblichkeit der Urlaubsabgeltung gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG könnte zu einem weiteren Ergebnis im Rahmen der systematischen Erwägungen führen.

³¹⁶ BAG v. 23.04.1996, AP § 1 TVG Nr. 140 Tarifverträge: Metallindustrie; BeckOK-ArbR/Lampe, § 5 BUrlG, Rn. 8 f.; ErfK/Gallner, § 5 BUrlG, Rn. 18; Hohmeister/Oppermann/Hohmeister, § 5 BUrlG, Rn. 109 ff.; Leinemann/Linck, § 5 BUrlG, Rn. 54; Schaub/Linck, § 104, Rn. 72.

³¹⁷ Arnold/Tillmanns/Arnold, § 5 BUrlG, Rn. 40; BeckOK-ArbR/Lampe, § 5 BUrlG, Rn. 8; ErfK/Gallner, § 5 BUrlG, Rn. 19; Leinemann/Linck, § 5 BUrlG, Rn. 54; Schaub/Linck, § 104, Rn. 72.

³¹⁸ BAG v. 23.04.1996, AP § 1 TVG Nr. 140 Tarifverträge: Metallindustrie; Arnold/Tillmanns/Arnold, § 5 BUrlG, Rn. 40; BeckOK-ArbR/Lampe, § 5 BUrlG, Rn. 8 f.; ErfK/Gallner, § 5 BUrlG, Rn. 19.

³¹⁹ Schaub/Linck, § 104, Rn. 72.

³²⁰ So auch die Vertreter der strengen Einheitstheorie, siehe etwa LAG Düsseldorf v. 21.04.1967, DB 1967, 1140, 1140; LAG Niedersachsen v. 20.08.1980, LAGE § 7 BUrlG Nr. 3; Dersch/Neumann, § 5 BUrlG, Rn. 48 ff. m.w.N.

³²¹ ErfK/Gallner, § 5 BUrlG, Rn. 19.

³²² ErfK/Gallner, § 5 BUrlG, Rn. 19.

³²³ A.A. Sprink, S. 186 ff.

³²⁴ Siehe etwa RAG v. 18.10.1939, ARS 38, 40, 42; RAG v. 31.08.1938, ARS 34, 21, 24.

§ 7 BUrlG

Zeitpunkt, Übertragbarkeit und Abgeltung des Urlaubs

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

Nach der *Bollacke*-Entscheidung des EuGH³²⁵ und seit der Aufgabe der Surrogationstheorie³²⁶ wird in Deutschland die Ansicht vertreten, dass der finanzielle Ausgleich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, also der Urlaubsabgeltungsanspruch,³²⁷ vererblich sei.³²⁸ Der Urlaubsanspruch dagegen ist als höchstpersönliches Recht als solcher nicht vererblich.³²⁹ Fraglich ist nun, ob aus dieser Sichtweise Folgen für das Wesen des Urlaubsentgelts abgeleitet werden können. Die Höhe des Urlaubsabgeltungsanspruchs und die des Urlaubsentgelts ist identisch, das ist soweit unbestritten.³³⁰

Wird nun aber angenommen, für Urlaubsentgelt und Urlaubsabgeltung würden auch darüber hinaus die gleichen Regelungen gelten, wie dies teilweise vertreten wird,³³¹ könnte dies als Aussage zur (Un-)Trennbarkeit von Urlaubsfreistellung und Urlaubsentgelt gewertet werden.³³² Sollte die Urlaubsabgeltung demnach vererblich, also nicht höchstpersönlich sein und sollte das Gleiche für das Urlaubsentgelt gelten, so würde die eben genannte Ansicht der Einheitstheorie entgegenstehen. Denn dann könnte das vererbliche Urlaubsentgelt schwerlich mit dem nicht vererblichen Urlaubsfreistellungsanspruch eine Einheit bilden. Dieser Rückschluss lässt sich jedoch nach der Aufgabe der Surrogationstheorie nicht mehr ziehen. Die Urlaubsabgeltung ist nun europarechtskonform als reiner Geldanspruch zu verstehen, der unabhängig

³²⁵ Urteil *Bollacke*, C-118/13, EU:C:2014:1755, Rn. 30.

³²⁶ Siehe bereits Kapitel B. I. 2. b) Zur Urlaubsabgeltung.

³²⁷ *Powietzka/Rolf*, § 7 BUrlG, Rn. 119; *Schaub/Linck*, § 104, Rn. 124.

³²⁸ So etwa BAG v. 22.09.2015, EZA § 7 BUrlG Nr. 27 Abgeltung, interessanterweise jedoch nicht unter Verweis auf das zeitlich vorangehende *Bollacke*-Urteil des EuGH; siehe dazu auch *Kuner*, *öAT* 2016, 34, 34, der sich hierüber ebenfalls wundert. Bezüglich der Vererbbarkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs siehe auch LAG Düsseldorf v. 15.12.2015 – 3 Sa 21/15 – juris, Rn. 21 ff.; LAG Köln v. 14.07.2016 – 8 Sa 324/16 – juris, Rn. 26 ff.; *Bayreuther*, *ZESAR* 2014, 442, 443; *Jesgarzewski*, *AA* 2014, 137, 137; *Kloppenburger*, *jurisPR-ArbR* 29/2014, Anm. 1; *Naber*, *NJW* 2014, 2415, 2417; *Schubert*, *AP* § 7 BUrlG Nr. 76; *Worm/Thelen*, *NJW* 2016, 1764, 1764 ff.; so auch bereits vor dem *Bollacke*-Urteil *Bieder*, *AuR* 2012, 239, 239 ff.; die Vererblichkeit zuvor bereits grundsätzlich bejahend, aber mit der Ausnahme der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Tod selbst, siehe etwa BAG v. 20.09.2011, NZA 2012, 326; kritisch *Jesgarzewski*, *BB* 2012, 1347, 1347 ff.

³²⁹ So schon RAG v. 08.01.1930, RAGE 5, 115, 117; BAG v. 20.04.1956, *AP* § 611 BGB Nr. 7 Urlaubsrecht; BAG v. 13.11.1985, *AP* § 1 TVG Nr. 35 Tarifverträge: Metallindustrie; BAG v. 23.06.1992, NZA 1992, 1088, 1088; BAG v. 20.09.2011, NZA 2012, 326, 327; *Moll/Jacobsen*, § 27, Rn. 14; *MünchHdb-ArbR/Diwiell*, § 78, Rn. 17; *Neumann/Fenski/Kühn/Neumann*, § 1 BUrlG, Rn. 85; *Schütz/Hauck/Schütz*, C. Urlaubsanspruch, Rn. 135.

³³⁰ Siehe etwa nur *Erk/Gallner*, § 7 BUrlG, Rn. 73; *Hohmeister/Oppermann/Oppermann*, § 7 BUrlG, Rn. 62; *Powietzka/Rolf*, § 7 BUrlG, Rn. 135.

³³¹ So hinsichtlich der Pfändbarkeit BAG v. 28.08.2001, NZA 2002, 323; 324; *Arnold/Tillmanns/Zimmermann*, § 1 BUrlG, Rn. 20, 72.

³³² So zumindest *Arnold/Tillmanns/Zimmermann*, § 1 BUrlG, Rn. 20, noch zu der Vorlage des LAG Hamm v. 14.02.2013, *AuR* 2013, 362.

vom Urlaubsanspruch ist.³³³ Ein zwingender Gleichlauf von Abgeltung und Urlaubsvergütung ist demnach nicht (mehr) geboten. Im Gegenteil könnte jedoch auch die Vererblichkeit der Urlaubsabgeltung dafür sprechen, dass Freistellung und Urlaubsentgelt eine Einheit darstellen.³³⁴ Denn sieht man den Urlaub lediglich als einen Anspruch auf Freistellung an, so entstünde der Anspruch auf Urlaubsvergütung als Entgeltfortzahlungsanspruch erst mit Inanspruchnahme des Urlaubs, was durch den Tod des Arbeitnehmers unmöglich würde. Im Rahmen der Einheitstheorie entsteht der Anspruch auf Urlaubsvergütung jedoch als Teil des Urlaubs bereits gleichzeitig mit dem Entstehen des Anspruchs auf Freistellung, nicht erst mit der Inanspruchnahme. Der Anspruch auf Urlaubsentgelt kann demnach schon vor dem Tod des Arbeitnehmers bestehen und sich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Versterben in einen unabhängigen vererblichen Geldanspruch – die Abgeltung – umwandeln.³³⁵ Die Vererblichkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs spricht demnach eher für eine Einheit der Komponenten des Urlaubs als gegen sie.

(g) Vergleich mit anderen arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungstatbeständen

Als weiteres, abschließendes systematisches Argument bietet sich ein Vergleich mit den übrigen Entgeltfortzahlungstatbeständen des Arbeitsrechts an.

Hier wäre das EFZG, genauer zunächst § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG zu nennen, denn auch in diesem Fall wird trotz Unterbleiben der Arbeitsleistung weiterhin Lohn gezahlt.³³⁶

§ 3 EFZG

Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

(1) Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, so hat er Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen.

³³³ Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 56; nuancierend Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761; siehe auch Urteil Neidel, C-337/10, EU:C:2012:263, Rn. 29; Urteil Bollacke, C-118/13, EU:C:2014:1755, Rn. 17; BAG v. 19.06.2012, NZA 2012, 1087, 1088; BAG v. 14.05.2013, AP § 13 BUrlG Nr. 52; BAG v. 19.05.2015, EzA § 17 BEEG Nr. 1; BAG v. 22.09.2015, EzA § 7 BUrlG Nr. 27 Abgeltung; BeckOK-ArbR/Lampe, § 7 BUrlG, Rn. 21; ErfK/Gallner, § 7 BUrlG, Rn. 73; Heilmann, § 7 BUrlG, Rn. 27; Powietzka/Rolf, § 7 BUrlG, Rn. 128 ff.; Schaub/Linck, § 104, Rn. 124; Schmidt, NZA 2014, 701, 703.

³³⁴ So etwa auch Bieder, AuR 2012, 239, 241.

³³⁵ Bieder, AuR 2012, 239, 241.

³³⁶ Siehe etwa MünchHdb-ArbR/Schlachter, § 72, Rn. 9.

§ 3 EFZG beinhaltet einen „Anspruch auf Entgeltfortzahlung“. Diese Wortwahl ist – wie bei § 1 BUrlG auch – nicht ganz eindeutig, einerseits wird wörtlich ein Anspruch erwähnt, andererseits ist eine „Fortzahlung“ normiert. Dementsprechend ist auch bei § 3 EFZG umstritten, ob der Paragraph eine Anspruchsgrundlage enthält.³³⁷

Teilweise wird aufgrund eines Vergleichs mit der vorherigen Fassung³³⁸ vertreten, die Vorschrift sei lediglich eine Ausnahmeregelung zu § 326 Abs. 1 BGB,³³⁹ teilweise wird die Anspruchseigenschaft wegen des Wortlauts des § 3 EFZG bejaht³⁴⁰. Dabei soll aber die Vergütung trotz Krankheit nach beiden Ansichten qualitativ als normales Arbeitsentgelt ausgestaltet sein, eben eine „Entgeltfortzahlung“³⁴¹. Der Wortlaut der Norm enthält rein grammatikalisch sowohl das Element „Anspruch“, als auch das Element „Entgeltfortzahlung“. Dass in dieser Regelung demnach ähnlich wie in § 1 BUrlG aufgrund des Wortlauts eine Anspruchsgrundlage gesehen wird, ist überzeugend. Gleichzeitig wird jedoch durch die Formulierung der Fortzahlung klar gestellt, dass nichts anderes gemeint sein kann, als die Weiterzahlung des gewöhnlichen Arbeitsentgelts trotz Arbeitsausfall, die eben nicht im Arbeitsvertrag verankert ist, sondern in § 3 EFZG; dies macht auch § 4 EFZG deutlich. In § 1 BUrlG dagegen wird keine Fortzahlung erwähnt, hier wird lediglich zu einer Bezahlung verpflichtet.

Maßgeblich für die Bestimmung der Höhe der Vergütung bei Krankheit ist darüber hinaus das Entgeltausfallprinzip,³⁴² es ist also eine zukunftsbezogene Berechnung zugrunde zu legen. Auch dies unterstreicht den Charakter als Entgeltfortzahlung, anders als im BUrlG.

Dies zeigt sich auch bei einer Betrachtung des § 2 Abs. 1 EFZG, durch den die Zahlung bei Feiertagen geregelt ist und der als weitere zu vergleichende Norm des EFZG in Betracht kommt.

§ 2 EFZG

Entgeltzahlung an Feiertagen

³³⁷ BeckOK-ArbR/Ricken, § 3 EFZG, Rn. 1 f. m.w.N.; Staudinger/Oetker, § 616 BGB, Rn. 187 ff. m.w.N.; siehe diesbezüglich auch die Ausführungen von Schneider, S. 77 ff.

³³⁸ § 3 EFZG [Vorherige Fassung, gültig bis 30.09.1996]: (1) Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, so verliert er dadurch nicht den Anspruch auf Arbeitsentgelt für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen.

³³⁹ Siehe bspw. BAG v. 11.09.2003, AP § 611 BGB Nr. 1 Gleitzeit; Däubler/Spengler, § 3 EFZG, Rn. 1; ErK/Reinhard, § 3 EFZG, Rn. 3, 45; Erman/Belling, § 616 BGB, Rn. 96; Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge/Dunkl, § 3 EFZG, Rn. 2, 184; Müller-Glöge, RdA 2006, 105, 105; MünchHdb-ArbR/Schlachter, § 72, Rn. 2, 9; MüKo-BGB/Müller-Glöge, § 3 EFZG, Rn. 3; Waltermann, NZA 1997, 177, 177.

³⁴⁰ Siehe bspw. BAG v. 13.07.2005, AP § 3 EFZG Nr. 25; BeckOK-ArbR/Ricken, § 3 EFZG, Rn. 2; Feichtinger/Malkmus/Feichtinger, § 3 EFZG, Rn. 1; Giesen, RdA 1997, 194; Gutzeit, S. 87 m.w.N.; Schmitt, § 3 EFZG, Rn. 9.

³⁴¹ Siehe beispielhaft etwa BeckOK-ArbR/Ricken, § 3 EFZG, Rn. 2; Staudinger/Oetker, § 616 BGB, Rn. 189; Treber, § 3 EFZG, Rn. 6.

³⁴² BeckOK-ArbR/Ricken, § 4 EFZG, Rn. 1; Gutzeit, S. 88.

(1) Für Arbeitszeit, die infolge eines gesetzlichen Feiertages ausfällt, hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das Arbeitsentgelt zu zahlen, das er ohne den Arbeitsausfall erhalten hätte.

Auch hier kommt durch die Formulierung „ohne den Arbeitsausfall erhalten“ das zukunftsbezogene Lohnausfallprinzip zum Ausdruck.³⁴³ Darüber hinaus ist hier eindeutig das „Arbeitsentgelt“ genannt, § 11 BUrlG spricht dagegen von „Urlaubsentgelt“. Die Vermutung liegt demnach an dieser Stelle nahe, dass in § 2 Abs. 1 EFZG eine Entgeltfortzahlung gemeint ist, während § 11 BUrlG im Vergleich Modalitäten von etwas Eigenständigem, nämlich dem auf einen zurückliegenden Referenzzeitraum bezogenen Urlaubsentgelt enthält.

Auch der Vergleich mit § 2 EFZG spricht demnach gegen eine Entgeltfortzahlungsregelung im Urlaubsrecht.

Noch weitergehend kann sich die Frage nach einer Einheit wie bei der Urlaubsregelung im Rahmen des EFZG gar nicht stellen, ein mit der Vergütung zusammenhängender Anspruch auf Freistellung existiert nicht, der Arbeitsausfall ist vielmehr der Krankheit oder einem offiziellen Feiertag geschuldet. Ein Theorienstreit wie bei den Modalitäten des Urlaubsentgelts existiert hier demnach nicht. Insgesamt geht es lediglich darum, dem Arbeitnehmer die Vergütung, also den Lebensunterhalt während der Krankheit, zu sichern,³⁴⁴ während mit Urlaub und Urlaubsentgelt noch weitergehende Ziele verfolgt werden.³⁴⁵

Es zeigt sich somit, dass EFZG und BUrlG nur bedingt vergleichbar sind, da es sich um zwei Regelungen mit grundsätzlich verschiedenem Inhalt handelt.

Zumindest in dreierlei Hinsicht kann jedoch ein Vergleich erfolgen: Im EFZG ist eindeutig vom „Arbeitsentgelt“ die Rede, während das BUrlG „Urlaubsentgelt“ erwähnt, was demnach systematisch an dieser Stelle als vom Arbeitsverdienst unabhängig interpretiert werden kann.

Auch berechnen sich die Bezüge nach dem EFZG anhand des Lohnausfallprinzips, also zukunftsbezogen, nach dem BUrlG kommt jedoch das modifizierte Referenzprinzip zur Anwendung. Es kann sich demnach bei § 11 BUrlG bereits nicht um eine Regelung der Entgeltfortzahlung handeln, da es dann des § 11 Abs. 1 BUrlG nicht bedurft hätte. Dass der Absatz 1 der Norm so besteht, zeigt, dass das Urlaubsentgelt gerade nicht einfach das weitergezahlte Arbeitsentgelt sein kann.³⁴⁶

Ferner kann angeführt werden, dass dem Gesetzgeber durchaus in einigen Fällen eine Entgeltfortzahlung vorschwebte und er diese in solchen Fällen wie bei dem *Entgeltfortzahlungsgesetz*

³⁴³ Siehe auch *Friese*, S. 146.

³⁴⁴ *ErfK/Reinhard*, § 3 EFZG, Rn. 1, der dies als „zentrale Aussage“ des Gesetzes deklariert; *MünchHdb-ArbR/Schlachter*, § 72, Rn. 7 spricht daneben noch von einer Entlastung der Krankenkassen.

³⁴⁵ Siehe Kapitel B. I. 3. c) dd) *Telos*.

³⁴⁶ So auch *Hohmeister*, AP § 7 BUrlG Nr. 28.

oder beispielsweise in § 37 Abs. 3 S. 1 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG)³⁴⁷ durchaus deutlich formulierte, anders als in § 11 BUrlG oder in § 1 BUrlG. Darüber hinaus ist zu beachten, dass das Prinzip der Entgeltfortzahlung im EFZG viel offensichtlicher Erwähnung findet als im BUrlG, woraus dennoch im Krankheitsfall nicht einheitlich eine Entgeltfortzahlung ohne eigene Anspruchsgrundlage gefolgert wird. Daraus kann geschlossen werden, dass eine solche Regelung folglich im BUrlG erst recht nicht in dieser Form gewollt ist.

Auf der anderen Seite müssen zwar Anspruchsgrundlagen grundsätzlich nicht zwangsläufig wörtlich das Wort „Anspruch“ enthalten, wie beispielsweise §§ 280 und 823 BGB aufzeigen. Aber gerade wenn ein Anspruch wörtlich formuliert wurde, wie etwa bei § 1a Abs. 1 des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG), § 76a Abs. 3 BetrVG oder eben auch bei § 1 BUrlG, wird erst recht deutlich, dass der Gesetzgeber an diesen Stellen Anspruchsgrundlagen konkret normieren wollte.

(h) Zwischenergebnis

Die Untersuchung der Systematik der nationalen Vorschriften hat insgesamt gezeigt, dass die strenge Einheitstheorie dem BUrlG bereits immanent und auch mit dem Gesamtgefüge der nationalen Normen mit Urlaubsbezug kompatibel ist.

dd) Telos

(1) Europäische Erwägungen

Für die Auseinandersetzung mit dem Anspruch auf Urlaubsentgelt ist eine teleologische Untersuchung von wesentlicher Bedeutung,³⁴⁸ denn zum einen lassen sich die Grundlagen des Urlaubsentgelts ohne konkrete Zielvorstellung nicht finden und der Zweck zieht sich zum anderen im Sinne der Erholung als „roter Faden“³⁴⁹ durch die Urlaubsrechtsprechung des EuGH³⁵⁰.

Vornehmlich sind aus den Erwägungsgründen der Arbeitszeitrichtlinie die Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer als direkter Zweck der Ruhezeit zu entnehmen.³⁵¹ Auch

³⁴⁷ „Zum Ausgleich für Betriebsrattätigkeit, die aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen ist, hat das Betriebsratsmitglied Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts.“

³⁴⁸ *Renaud*, S. 36; siehe zu der Relevanz der teleologischen Auslegung im europäischen Kontext auch *Joussen*, S. 115 ff., 169 ff.; *Riesenhuber/Riesenhuber*, § 10, Rn. 41 ff.; *Riesenhuber/Stotz*, § 22, Rn. 15; im Rahmen von teleologischen Überlegungen wird nach der *ratio legis* gesucht, also nach dem Sinn und Zweck einer Norm, siehe etwa BGH v. 23.05.1951, NJW 1951, 602, 603; BGH v. 24.06.1955, NJW 1955, 1433, 1433; *Staudinger/Honsell*, Einl. z. BGB, Rn. 149.

³⁴⁹ *Schlottfeldt*, ZESAR 2013, 222, 231.

³⁵⁰ Siehe etwa Urteil BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 63; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 25; Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 30; Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 23; Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 31.

³⁵¹ Zumindest lassen die Erwägungsgründe 1, 4, 5, 11 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG sich so verstehen, ABl. Nr. L 299/9 v. 18.11.2003; so auch Urteil BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 44; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 23; Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 16;

Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie lässt sich so verstehen.³⁵² Das abstrakte Ziel ist demnach zunächst der Arbeitsschutz.³⁵³ Zu untersuchen ist, ob alle erwähnten Theorien dies in einem Maße erfüllen, dass es der Richtlinie gerecht wird. Lediglich auf den grundsätzlichen Anspruch auf Entgelt während der Freistellung bezogen dürfte dies der Fall sein. Dass das Urlaubsentgelt nicht entfallen kann, ist Teil sowohl der Entgeltfortzahlungs- als auch der Einheitstheorie, insofern wird der Arbeitsschutz gleich gewährt. Jedoch ergeben sich hinsichtlich des Ausmaßes an Erholungsmöglichkeit Unterschiede. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass der Arbeitsschutz ohne Erholung von der Arbeit und ohne Freizeit nicht erreicht würde, was sich auch aus anderen Artikeln der Richtlinie ableiten lässt, in denen ebenfalls Regelungen über Ruhezeiten von der Arbeit enthalten sind.³⁵⁴ Die Urlaubsvergütung sorgt dabei wie die Freistellung selbst für Erholung beziehungsweise sichert die Erholungsmöglichkeit.³⁵⁵ Kann sie jedoch gepfändet werden – etwa nach der Entgeltfortzahlungstheorie –, wird sie gegebenenfalls vermindert ausbezahlt, was aufgrund der trotz der Pfändungsfreigrenze dann entstehenden finanziellen Engpässe zu einer geringeren Erholung führen würde. Diesem Verlust von Entspannung aufgrund der Pfändbarkeit sorgt nur die strenge Einheitstheorie vor, die eine solche nicht zulässt.³⁵⁶ Die strenge Einheitstheorie würde also für den größtmöglichen Arbeitsschutz durch Entspannung sorgen. Jedoch ist in der Richtlinie nichts zu einem vorgeschriebenen Ausmaß des zu erreichenden Arbeitsschutzes enthalten. Es muss also zunächst davon ausgegangen werden, dass es im Rahmen des in der Richtlinie vorgesehenen Arbeitsschutzes ausreichend ist, wenn lediglich grundsätzlich die Erholung durch eine Urlaubsvergütung gefördert wird, was bei allen Alternativen gegeben ist.

Auf dieser Grundlage kann jedoch festgehalten werden, dass der Urlaub demnach dem Arbeitsschutz durch Erholung und Entspannung dient.³⁵⁷

Eine Verpflichtung zur Vergütung dieser Entspannungszeit durch eine Urlaubsfreistellung kommt dabei jeweils nur durch das Wort „bezahlt“ zum Ausdruck.³⁵⁸ Durch die Verwendung dieses Zusatzes lässt sich jedoch entnehmen, dass ein Entgelt für die Erreichung des Zwecks unumgänglich zu sein scheint. Würde der Arbeitnehmer während der Urlaubszeit nicht bezahlt, könnte er zunächst in Versuchung geraten, seinen Urlaubsanspruch nicht geltend zu machen,

Schlussanträge Robinson-Steele der GAIN *Stix-Hackl*, C-131/04, EU:C:2005:650, Rn. 52 ff.; 78; Schlussanträge Williams der GAIN *Trstenjak*, C-155/10, EU:C:2011:403, Rn. 44; Franzen/Gallner/Oetker/*Gallner*, Art. 1 RL 2003/88/EG, Rn. 1; *Thüsing*, § 7, Rn. 23.

³⁵² Art. 1 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie lautet: „Diese Richtlinie enthält Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung.“

³⁵³ Siehe auch *Schubert*, AP § 7 BUrtG Nr. 76; *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1106 m.w.N.

³⁵⁴ Art. 3 ff. der Richtlinie 2003/EG/88.

³⁵⁵ Schlussanträge Williams der GAIN *Trstenjak*, C-155/10, EU:C:2011:403, Rn. 53.

³⁵⁶ Siehe Kapitel B. I. 3. c) cc) (1) (d) Pfändbarkeit nach § 850a Nr. 2 ZPO.

³⁵⁷ Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 25; Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 30 f.; Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 31; *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 76; siehe auch *Höpfner*, RdA 2013, 65, 66.

³⁵⁸ Siehe Art. 31 Abs. 2 GR-Charta und Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie.

um keine finanziellen Einbußen hinnehmen zu müssen.³⁵⁹ Der Arbeitnehmer soll durch das Urlaubsentgelt also wirtschaftlich in die Lage versetzt werden, seinen Jahresurlaub in Anspruch nehmen zu können.³⁶⁰

Darüber hinaus müsste der Arbeitnehmer so gestellt werden, wie er stünde, wenn er gearbeitet hätte, da auch mit weniger Entgelt nach wie vor eine Furcht vor Gehaltseinbußen gegeben wäre.³⁶¹

Nach der vom EuGH vertretenen Einheitstheorie³⁶² sind dabei also auch hier die Zwecke von Urlaubsfreistellung und Urlaubsentgelt gleichzusetzen.

Teilweise wird vertreten, der EuGH spreche zwar von zwei Teilen eines Anspruchs, damit sei aber nicht die Einheitstheorie gemeint,³⁶³ er wolle mit seiner Klassifizierung als Einheit auch keine Aussage über die Konstruktion des Urlaubsanspruchs treffen, sondern diesen lediglich durch eine Verknüpfung von Vergütung und Freistellung sichern.³⁶⁴ Doch wenn zu einer „effektive(n) Sicherung des Urlaubsanspruchs“³⁶⁵ eine „feste Verbindung“ zwischen Urlaubsentgelt und -gewährung nötig ist, so ist es doch nur sinnvoll und einleuchtend, direkt von einer vom EuGH gewollten Einheit auszugehen, die der Erholung der Arbeitnehmer dient.

Diese Folgerung lässt sich auch noch aus einem anderen Urteil des EuGH ableiten, nämlich dem *Robinson-Steele*-Urteil.³⁶⁶ Hier hatte der EuGH entschieden, dass es gegen die Arbeitszeitrichtlinie verstoße, das Urlaubsentgelt nicht während des Urlaubs auszuzahlen, sondern vielmehr einen Teil des monatlich gezahlten Arbeitsentgelts als Urlaubsentgelt auszuweisen.³⁶⁷ Dabei führte der EuGH aus, dass die Richtlinie zwar keinen Zeitpunkt für die Auszahlung des Urlaubsentgelts festlege, dass aber gewährleistet werden müsse, dass der Arbeitnehmer seine Ruhezeit in Verbindung mit einer Vergütung, die in ihrer Höhe dem normalen Arbeitsentgelt entspricht, erhalte.³⁶⁸ Zum Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer solle verhindert werden, dass diese ihren Urlaub aus Furcht vor finanziellen Engpässen nicht nehmen würden.³⁶⁹ Dabei erwähnte der EuGH auch ausdrücklich erneut das Wesen der Elemente als „zwei Teile eines einzigen Anspruchs“³⁷⁰. Bei einer Einheit von Freistellung und Vergütung ist

³⁵⁹ *Sutschet*, EuZA 2012, 399, 401 f.

³⁶⁰ Schlussanträge Robinson-Steele der G^Ain *Stix-Hackl*, C-131/04, EU:C:2005:650, Rn. 55; so auch sinngemäß Schlussanträge Williams der G^Ain *Trstenjak*, C-155/10, EU:C:2011:403, Rn. 53.

³⁶¹ Siehe zu der Höhe des Urlaubsentgelts zunächst Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 58; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 60; später auch Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 21.

³⁶² Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 58; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 60.

³⁶³ Arnold/Tillmanns/*Zimmermann*, § 1 BUrlG, Rn. 20.

³⁶⁴ *Beetz*, ZVI 2008, 244, 245 mit Verweis auf *Höland*, ZESAR 2006, 315, 317.

³⁶⁵ *Beetz*, ZVI 2008, 244, 245.

³⁶⁶ Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177.

³⁶⁷ Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 52.

³⁶⁸ Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 54 ff.

³⁶⁹ Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 54 ff.; *Höland*, ZESAR 2006, 315, 316; Schlussanträge Robinson-Steele der G^Ain *Stix-Hackl*, C-131/04, EU:C:2005:650, Rn. 78.

³⁷⁰ Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 58.

es zwingend, dass eine Auszahlung des Urlaubsentgelts in über das Jahr verteilten Teilbeträgen nicht möglich ist, was der eben genannten EuGH-Entscheidung entspricht. Würde stattdessen der Entgeltfortzahlungstheorie gefolgt, könnte die Urlaubsvergütung theoretisch auf die Monate des Jahres verteilt werden, ist sie doch nach dieser Theorie ohnehin identisch mit dem normalen Arbeitsverdienst. Anhand des eben genannten *Robinson-Steele*-Urteils wird demnach deutlich, dass der EuGH die Einheit der Komponenten nicht nur als leere Worthülse verwendet hat, sondern dass durchaus die Folgerungen, die sich daraus ergeben, von Bedeutung sind.

Spricht der EuGH demnach von der Urlaubsvergütung als einem Entgelt, das „mit den Zeiten geleisteter Arbeit vergleichbar ist“³⁷¹, ist dies auf dieser Grundlage so zu verstehen, dass damit lediglich eine Bestimmung hinsichtlich der Höhe des Urlaubsentgelts gemeint ist.

Die teleologische Betrachtung der Arbeitszeitrichtlinie bekräftigt also die vom EuGH immer wieder hervorgehobene Einheit der Ansprüche Urlaubsentgelt und Ruhezeit, die Rechtsprechung des EuGH ist insoweit konsistent.

In europäischer Hinsicht ist demnach von einer Einheit der beiden Komponenten Vergütung und Freistellung auszugehen.

(2) Nationale Erwägungen

(a) Urlaubszweck

Das BUrlG nennt nicht ausdrücklich einen Urlaubszweck, in den §§ 1, 13 Abs. 2 S. 1 BUrlG taucht jedoch der Begriff „Erholungsurlaub“ auf, was zunächst auch national auf einen Erholungszweck hinweist.³⁷² Auch die Regelungen in den §§ 8, 9 und 7 Abs. 2 BUrlG deuten in diese Richtung.³⁷³ Die Erholung wird dabei grundsätzlich definiert als „das Zurückgewinnen von Gesundheit und Leistungsfähigkeit“³⁷⁴. Wird nun die Erholung in Verbindung zur Arbeit gesetzt, so kommt der Faktor der Erhaltung und Wiederauffrischung der Arbeitskraft hinzu.³⁷⁵ Auch der Wille des Gesetzgebers lässt sich in diese Richtung interpretieren; in den Entwürfen des BUrlG wurde dies ausdrücklich erwähnt.³⁷⁶ Darauf aufbauend kann dann noch auf das Bedürfnis nach Freiraum zur Selbstentfaltung des Arbeitnehmers als weiteres Zweckmerkmal abgestellt werden.³⁷⁷ Wer arbeitet, stellt seine Zeit in den Dienst des Arbeitgebers, daher ist ein

³⁷¹ Urteil *Robinson-Steele*, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 58; Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 60; Urteil *Williams*, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 20.

³⁷² *Schütz/Hauck/Schütz*, C. Urlaubsanspruch, Rn. 109; *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 1 BUrlG, Rn. 1; *Streblow*, S. 84.

³⁷³ *Streblow*, S. 86.

³⁷⁴ Siehe Duden, Erholung.

³⁷⁵ BAG v. 09.02.1956, AP § 611 BGB Nr. 9 Urlaubsrecht; BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 10 Urlaubsrecht; BAG v. 26.10.1956, AP § 611 BGB Nr. 14 Urlaubsrecht; *Hueck/Nipperdey*, S. 432; *Kammann/Ziepke/Weinspach*, § 1 BUrlG, Rn. 3; *Nikisch*, S. 520; *Schmelzer*, S. 13; *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 1 BUrlG, Rn. 2.

³⁷⁶ BT-Drucks. IV/207, S. 3; BT-Drucks. IV/785, S. 1.

³⁷⁷ BAG, AP § 611 BGB Nr. 1 Urlaub und Kur; so auch *BeckOK-ArbR/Lampe*, § 1 BUrlG, Rn. 5; *Renaud*, S. 40.

Ausgleich in Form von Zeit, über die der Arbeitnehmer selbst bestimmen kann, unbedingt erforderlich. Urlaub dient demnach grundsätzlich zum einen der Freizeit und Entspannung und zum anderen der Erhaltung und Wiederherstellung der Arbeitskraft.³⁷⁸ Dabei grenzt der Erholungszweck diesen Urlaub gleichzeitig von anderen Urlaubsarten (Mutterschafts-, Bildungs-, Erziehungsurlaub etc.) ab.³⁷⁹

(b) Zweck des Urlaubsentgelts

Urlaub hat, wie bereits aufgezeigt, den Sinn, der Erholung durch Freizeit zu dienen. Diese Erholungs- und Freizeitmöglichkeit könnte neben dem Ziel der Arbeitsfreistellung ebenso das Ziel des Urlaubsentgelts darstellen.

Damit die Arbeitnehmer die durch das Entfallen der Arbeitspflicht gewonnene Freizeit zur bezweckten Erholung nutzen können, könnte es einer fortlaufenden Bezahlung bedürfen.³⁸⁰ Teilweise wird dem widersprechend jedoch auch vertreten, nicht das Urlaubsentgelt, sondern lediglich die Freizeit allein solle für die Erholung.³⁸¹ Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass eine unbezahlte Freistellung bei vielen Arbeitnehmern zu finanziellen Engpässen führen würde, die einer erfolgreichen Erholung entgegenstünden.³⁸² Durch die Sicherung der finanziellen Lebensgrundlage während des Urlaubs wirkt das Urlaubsentgelt etwa einer zusätzlichen Belastung des Arbeitnehmers in Form von Geldsorgen entgegen und trägt auf diese Weise dazu bei, dass der Urlaub zur Entspannung und Erholung genutzt werden kann.³⁸³ Ohne ausreichende Geldmittel kann die Freizeit auch nicht nach Belieben genutzt und somit nicht unbeschwert genossen werden.³⁸⁴ Sollte jedoch keine oder nur eine unzureichende Vergütung erfolgen, hätte der Arbeitnehmer dabei darüber hinaus keine Möglichkeit, dennoch an Geld zu gelangen, denn § 8 BUrlG verbietet es Arbeitnehmern, dem Erholungszweck durch Erwerbstätigkeit während des Urlaubs entgegenzuwirken und diese Engpässe so auszugleichen. Somit könnten die Arbeitnehmer nicht selbst für einen finanziellen Ausgleich sorgen, würde es das Urlaubsentgelt nicht geben oder sollte es zu gering bemessen sein. Der Zweck des Urlaubsentgelts ist demnach zunächst, sich eine Zeitlang entspannen zu können, ohne aus finanziellen Gründen zu einer – ohnehin untersagten – Erwerbstätigkeit gezwungen zu sein.³⁸⁵ Die Urlaubs-

³⁷⁸ So aktuell etwa BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61; siehe auch *Kothe*, BB 1984, 609, 610 ff.

³⁷⁹ *Kreitner*, DStR 1996, 1856, 1856; *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 1 BUrlG, Rn. 1.

³⁸⁰ So zumindest *Dissinger*, S. 16 f.; *Heilmann*, Einführung, Rn. 15; *Zwiebler*, S. 19.

³⁸¹ *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 1 BUrlG, Rn. 75.

³⁸² So bereits RAG v. 15.02.1930, ARS 8, 388, 389; siehe auch *Gaul/Boewer*, S. 52; *Renaud*, S. 34.

³⁸³ *Borrmann*, § 1 BUrlG, Rn. 7; *Friese*, S. 144; *Heilmann*, Einführung, Rn. 15, § 11 BUrlG, Rn. 1; so jetzt auch BAG v. 10.02.2015, NJW 2015, 2520, 2522; a.A. *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 1 BUrlG, Rn. 75; *Renaud*, S. 34.

³⁸⁴ ArbG Wuppertal v. 17.09.1970, DB 1971, 1773, 1774.

³⁸⁵ So bereits *Nikisch*, NZfA 1928, 133, 147.

vergütung ist somit eine Voraussetzung für die Möglichkeit der Erholung und dient dieser unmittelbar.³⁸⁶ Der Zweck ist dabei auch bestimmend für das Wesen,³⁸⁷ der enge Zusammenhang von Urlaubsentgelt und Freistellung ist jedenfalls auch an dieser Stelle wieder augenscheinlich. Die Vergütung ist eine Voraussetzung für Freizeit und Erholung, ebenso wie die Befreiung von der Arbeitspflicht.

Dies vertrat sogar auch das BAG in seiner früheren Rechtsprechung, in der es die Einheitstheorie noch ablehnte.³⁸⁸ Die Vergütung des Urlaubs kann nicht von der Freistellung getrennt werden, ohne den Urlaub in seinem Kern zu tangieren.³⁸⁹ Dies wird nun auch aus der neuen Rechtsprechung des BAG deutlich, in der das Gericht anerkennt, dass eine reine Freistellung ohne den Bezug von Urlaubsentgelt nach einer Kündigung nicht als erteilter Urlaub anzusehen ist.³⁹⁰ Das Urlaubsentgelt stellt demnach nicht lediglich Lohn ohne Arbeit dar, sondern eine Bezahlung der Freizeit zum Zweck der Erholung.³⁹¹

Urlaub ohne Entgelt ist also nicht zielführend und bereits wesensmäßig somit kein Erholungsurlaub.³⁹² Es existieren zwar durchaus Urlaubsarten, bei denen die Freistellung nicht bezahlt wird, wie etwa eine Beurlaubung zum Zweck eines Studiums im zweiten Bildungsweg. Diese Arten der Freistellung werden jedoch als „Sonderurlaub“³⁹³ bezeichnet und sind nicht Urlaub im Sinne des BUrlG.

Gegen den Erholungszweck der Urlaubsvergütung wird teilweise noch als weiteres Argument vorgebracht, dass die Arbeitnehmer während des Urlaubs ohnehin ihre laufenden Kosten weiter decken müssten und somit das Geld nicht (ausschließlich) für Erholung ausgeben könnten.³⁹⁴ Diese Argumentation ist jedoch eher bei der Diskussion um die Höhe des Urlaubsentgelts zu verorten; denn jedenfalls bei dem umgekehrten Fall, dass die Arbeitnehmer während des Urlaubs gar kein oder zu wenig Geld zur Verfügung hätten, würde die fehlende Vergütung sicher – gerade aufgrund der anfallenden Lebenserhaltungskosten – einer Erholung entgegenstehen. Darüber hinaus ist es den Arbeitnehmern freigestellt, wie sie das Urlaubsentgelt im Einzelnen verwenden, also beispielsweise ob sie es rein für die Freizeit oder auch für Verpflichtungen ausgeben.³⁹⁵

³⁸⁶ BAG v. 10.02.2015, NJW 2015, 2520, 2522; a.A. etwa *Renaud*, S. 35.

³⁸⁷ So bereits *Maus*, S. 22.

³⁸⁸ Siehe etwa BAG v. 21.03.1985, AP § 13 BUrlG Nr. 11 Unabdingbarkeit.

³⁸⁹ So bereits *Hohmeister*, BB 1995, 2110, 2111.

³⁹⁰ BAG v. 10.02.2015, NJW 2015, 2520, 2521.

³⁹¹ So auch etwa BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 9 Urlaubsrecht; *Trieschmann*, AuR 1962, 137, 138.

³⁹² So auch *Dersch/Neumann*, § 1 BUrlG, Rn. 69; bereits *Hueck/Nipperdey*, S. 432; *Hecklinger*, BB 1963, 818, 819; siehe auch *Inhester*, DB 2015, 1904, 1904 unter Verweis auf BAG v. 10.02.2015, NJW 2015, 2520; *Hohmeister*, BB 1995, 2110, 2111 etwa konstatiert, dass Erholungsurlaub ohne Bezahlung sogar „undenkbar“ sei.

³⁹³ Siehe hierzu auch weiterführend *Küttner/Poeche*, Urlaub, unbezahlter, A. Arbeitsrecht, Rn. 1 ff.; *Schaub/Linck*, § 105, Rn. 12 ff.

³⁹⁴ *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 1 BUrlG, Rn. 75.

³⁹⁵ LAG Bremen v. 03.10.1956, AP § 611 BGB Nr. 17 Urlaubsrecht; das BUrlG enthält hierzu auch keine Regelung.

Festzuhalten ist, dass das Urlaubsentgelt nach dem bereits Gesagten den bisherigen Lebensstandard während des Urlaubs sichern³⁹⁶ und auf diese Weise der Freizeitmöglichkeit und Erholung dienen soll. Die Erholung im Rahmen des Urlaubs soll durch das Urlaubsentgelt dabei aber noch auf eine andere Weise gewährleistet werden: Das Entgelt soll auch der Gefahr entgegenwirken, dass der Arbeitnehmer aufgrund von Furcht vor Gehaltseinbußen keinen Urlaub nimmt.³⁹⁷ In diesem Fall könnte erst gar keine Erholung entstehen.

Es fällt also auf, dass das Urlaubsentgelt ebenso wie die Freistellung der Erholungs- und Freizeitmöglichkeit dient. Keines der beiden Elemente könnte weggelassen werden, ohne dass die Möglichkeit der Erholung entfielen. Entgelt ohne Freistellung alleine kann kaum für Erholung sorgen. Aber auch der umgekehrte Fall der Freistellung ohne Entgelt wäre für den Arbeitnehmer mit Stress verbunden. Auch bei anderen Konstellationen, die dem Urlaub ähneln und in denen die Arbeitspflicht aufgehoben wird, wie etwa ein „Sabbatical“, werden in der Regel Bezüge gewährt, auch wenn diese zuvor angespart werden müssen.³⁹⁸ Bezogen auf die Arbeitnehmer bedeutet dies, dass sie Urlaub, bestehend aus Vergütung und Freistellung, zur Erhaltung und Wiederauffrischung ihrer Arbeitskraft und Motivation sowie für ihre Selbstentfaltung beziehungsweise ihren Freiraum benötigen. Urlaub wiederum bedeutet demnach sowohl Freizeit als auch Bezahlung derselben. Wenn nun argumentiert wird, alle Theorien würden dieses Zusammenspiel berücksichtigen und es sei demnach nicht entscheidend oder praxisrelevant, welcher gefolgt werde,³⁹⁹ so muss sich diese Ansicht entgegenhalten lassen, dass eben nicht alle Theorien diesem Faktor die gleiche Relevanz zukommen lassen. Lediglich bei der strengen Einheitstheorie kommt diese Verbindung wirklich zur Geltung, denn nur durch die Verbindung – also Einheit – der beiden Komponenten kann dieser Zweck verfolgt werden.

ee) Zusammenfassende Stellungnahme

Zusammenfassend lässt sich zunächst konstatieren, dass sowohl die europäischen Normen als auch § 1 BUrlG einen Anspruch beziehungsweise ein Recht auf bezahlten Jahresurlaub beinhalten. Lediglich die Bezeichnungen des Urlaubs weichen voneinander ab, teilweise wird von Erholungsurlaub, teilweise von Mindestjahresurlaub beziehungsweise Jahresurlaub gesprochen, was aber insgesamt keine weiteren Auswirkungen hat. Diese Ähnlichkeit der Formulierungen lässt bereits auf eine gleichlaufende Sichtweise in Bezug auf das Wesen schließen.

(1) Wesen des Urlaubsentgelts als Einheit

Darüber hinaus haben sowohl die Betrachtung des deutschen als auch die des europäischen Rechts ergeben, dass Urlaubsfreistellung und -entgelt eine Einheit darstellen und nur zusammen

³⁹⁶ So auch *Busch*, NZA 1996, 1246, 1246.

³⁹⁷ *Sutseth*, EuZA 2012, 399, 402 f.

³⁹⁸ Siehe etwa zum Sabbatical MünchHdb-ArbR/*Reichold*, § 37, Rn. 30.

³⁹⁹ So z.B. *Heilmann*, § 1 BUrlG, Rn. 4.

als Urlaub zu betrachten sind. Es wird zwar vertreten, auf europäischer Ebene sei zumindest der EuGH so zu verstehen, dass kein einheitlicher Urlaubsanspruch gemäß der Einheitstheorie vorgeschrieben, sondern stattdessen lediglich die Sicherung der gleichbleibenden Vergütung während des Urlaubs gewollt sei; § 1 BUrlG sei somit auch im Rahmen der Entgeltfortzahlungstheorie europarechtskonform, da dieser ebenfalls die Entgeltfortzahlung während des Urlaubs sichere.⁴⁰⁰ Wie die Betrachtung der europäischen Normen jedoch gezeigt hat, sprechen diese gerade für einen einheitlichen Anspruch nach der Einheitstheorie, es ist somit nicht nachvollziehbar, warum der EuGH dies nicht auch ausdrücklich so gemeint haben sollte.⁴⁰¹ Er erwähnt das Auslegungsergebnis des Jahresurlaubsanspruchs nach der Arbeitszeitrichtlinie als Einheit der zwei Teile der Vergütung und Freistellung nicht nur wiederholt wörtlich,⁴⁰² er bezweckt auch die daraus resultierenden Rechtsfolgen. Im Rahmen der *Robinson-Steele*-Entscheidung etwa war die Einheit der Komponenten maßgebliches Argument des EuGH gegen die grundsätzliche Möglichkeit der Auszahlung des Urlaubsentgelts in Teilbeträgen über das Jahr verteilt,⁴⁰³ was stark für die Bedeutung der praktischen Umsetzung dieser Auslegung spricht. Die Einheit der Komponenten Freizeit und Entgelt ist demnach unionsrechtlich gerade nicht nur theoretischer Natur. Dieses Ergebnis wird sogar durch die *Brandes*-Entscheidung⁴⁰⁴ noch gefestigt: Infolge der *Tirol*-Entscheidung wurden viele Stimmen laut, die die in dem Urteil noch etwas uneindeutig vertretene Meinung des EuGH⁴⁰⁵ in die Richtung auslegen wollten, dass das Urlaubsentgelt bei einem Wechsel von Voll- zu Teilzeit durchaus von der Urlaubsfreistellung abgespalten und eigenständig betrachtet werden könne.⁴⁰⁶ Dieser Auslegung schob der EuGH jedoch im *Brandes*-Urteil selbst einen Riegel vor, indem er sinngemäß ausführte, dass nicht nur das Urlaubsentgelt, sondern auch der Urlaub nicht zu kürzen sei.⁴⁰⁷ Diese Aussage entspricht der Einheitstheorie, nach der eine Abspaltung und eigenständige Betrachtung der Urlaubsvergütung nicht möglich ist. Die Auslegung der Arbeitszeitrichtlinie des EuGH ist hinsichtlich der Einheit der Komponenten somit sehr wohl für die Mitgliedstaaten beachtlich, die Betrachtung des Jahresurlaubs als aus zwei Teilen bestehender Anspruch ist nicht lediglich ein unverbindlicher Hinweis.

⁴⁰⁰ Arnold/Tillmanns/Zimmermann, § 1 BUrlG, Rn. 20; Leinemann/Linck, § 1 BUrlG Rn. 26 m. w. N.; siehe zur Darstellung auch Fenski, DB 2007, 686, 690, der allerdings nicht dieser Ansicht ist.

⁴⁰¹ Zu einem Gleichlauf der EuGH-Sichtweise mit der Einheitstheorie tendiert auch Franzen/Gallner/Oetker/Gallner, Art. 1 RL 2003/88/EG, Rn. 4.

⁴⁰² Siehe exemplarisch Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 58; Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 60; Urteil Lock, C-539/12, EU:C:2014:351; Rn. 17.

⁴⁰³ Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 58 f.

⁴⁰⁴ Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398.

⁴⁰⁵ Näheres siehe Kapitel B. II. 1. a) cc) (1) Annahme eines Einflusses auf das Urlaubsentgelt, jedoch nicht auf die Freistellung.

⁴⁰⁶ Fieberg, NZA 2010, 925, 928 f.; Junker, NZA 2011, 950, 954; Powietzka/Christ, NJW 2010, 3397, 3399 f.; Schubert, NZA 2013, 1105, 1107 ff.

⁴⁰⁷ Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 30 ff.

Der Rechtsprechung des BAG seit 1982 ist somit hinsichtlich der Entgeltfortzahlungstheorie nicht mehr zu folgen. Dies ergibt sich auch – wie gezeigt – insgesamt aus den herangezogenen Kriterien der Auslegung und nicht nur aus teleologischen Erwägungen, also dem Zweck, wie teilweise behauptet wurde.⁴⁰⁸

Die Anspruchsgrundlage des Urlaubsentgelts ist etwa in § 1 BUrlG zu finden, wie Wortlaut und Systematik gezeigt haben. Demnach ist das Urlaubsentgelt eben nicht das gewöhnliche Arbeitsentgelt, es ist vielmehr eine besondere eigenständige und zum Urlaub gehörende Vergütung, die nicht für sich stehen kann.

Wenn Vertreter der Entgeltfortzahlungstheorie weiter kritisieren, die Einheitstheorie sei ein diffiziles dogmatisches Konstrukt,⁴⁰⁹ wird nicht bedacht, dass die Ansicht der Entgeltfortzahlung ebenfalls mit einer Konstruktion arbeitet, in diesem Fall mit der Annahme, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein jährlich fortlaufendes Entgelt vereinbart hätten, das durch Freistellungszeiten im Rahmen des Urlaubs nicht beeinträchtigt wird.

Vielfach drängt sich darüber hinaus die Vermutung auf, dass diese Einheit zwar gesehen, aber aufgrund der unerwünschten Rechtsfolgen, zum Beispiel der Unpfändbarkeit, abgelehnt wird.⁴¹⁰ Wenn jedoch sowohl das deutsche BUrlG als auch die europäischen Normen insbesondere im Rahmen der Interpretation durch den EuGH für eine solche Einheit sprechen, sollten auch die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen anerkannt und nicht umgangen werden.

Zwar ist bis zu diesem Punkt der Untersuchung eine europarechtlich indizierte Pflicht der deutschen Rechtsprechung von der Entgeltfortzahlungstheorie abzuweichen, noch nicht zwingend zu bejahen, zumindest wenn man von der Prämisse ausgeht, dass das Wesen des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub lediglich eine Umsetzungs- und Ausübungsmodalität darstellt, die die Mitgliedstaaten ja in jedem Fall eigenständig festlegen dürften.⁴¹¹ Auch ist die Dogmatik des deutschen Vertragsrechts, auf der die Ansprüche des BUrlG beruhen, natürlich eine andere als die des europäischen Rechts.⁴¹² Die europarechtliche Regelung in Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, „die notwendigen innerstaatlichen Durchführungsmodalitäten festzulegen“⁴¹³, um einen Anspruch auf Urlaubsentgelt sicherzustellen. Dabei finden jedoch die „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten“ Beachtung. Das BAG scheint jedoch bereits jüngst in diese Richtung entschieden zu haben, es stellte fest, dass „der Urlaubsanspruch nach dem Bundesurlaubsgesetz nicht allein auf die Freistellung von

⁴⁰⁸ LAG Bremen v. 03.10.1956, AP § 611 BGB Nr. 17 Urlaubsrecht; *Besuden*, S. 44.

⁴⁰⁹ So etwa *Ihmels*, JZ 1983, 18, 21.

⁴¹⁰ Siehe etwa *Gaul/Boewer*, S. 45 ff.; *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 1 BUrlG, Rn. 11 f., 70 ff.; siehe auch *NK-GA/Diüwell*, § 11 BUrlG, Rn. 5, der von einer Akzessorietät zwischen Freistellung und Vergütung während des Urlaubs spricht, die Einheit aber ablehnt, siehe auch Rn. 4.

⁴¹¹ So jedenfalls *Rambach/Feldmann*, ZTR 2010, 561, 563.

⁴¹² *Schubert*, RdA 2014, 9, 10.

⁴¹³ Schlussanträge Williams der GA in *Trstenjak*, C-155/10, EU:C:2011:403, Rn. 46; vgl. auch Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 55; so auch bereits sinngemäß Urteil Vereinigtes Königreich/Rat, C-84/94, EU:C:1996:431, Rn. 47.

der Arbeitsleistung gerichtet“⁴¹⁴ ist und stützte diese Aussage auf die durch den EuGH vorgenommene Auslegung des Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie, dass der Urlaub vergütet sein müsse und darauf, dass die Freistellung auch nach § 1 BUrlG – den das BAG in diesem Rahmen als europarechtskonform ansieht – bezahlt sein müsse.⁴¹⁵ Diese Ansicht stellt eine Diskrepanz zu der vorherigen Sichtweise des BAG dar, in der dieses immer davon ausgegangen war, dass der Urlaubsanspruch lediglich aus der Freistellung bestand.⁴¹⁶ In seiner Entscheidung vom 10.02.2015 geht das BAG jedoch einer klaren Positionierung – beziehungsweise einer ausdrücklichen Rechtsprechungsänderung – aus dem Weg.⁴¹⁷ Ob dieses Urteil nun bedeutet, dass damit gemeint ist, dass lediglich der eingeschränkten Einheitstheorie gefolgt wird, oder ob dies bedeutet, dass eine Entscheidung grundsätzlich aufgeschoben wird, bleibt dabei noch offen.⁴¹⁸ Die unionsrechtliche Betrachtung spricht jedoch – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH – wie aufgezeigt – für die Einheitstheorie. Somit sollte auch auf nationaler Ebene ein solches Ergebnis präferiert werden.

Wenn sich sowohl das europäische Recht und dessen Betrachtung durch den EuGH, als auch das deutsche Recht so verstehen lassen, dass sie eine Einheit zwischen Urlaubsvergütung und -freistellung vorsehen – warum sollten dann noch andere Wege durch dogmatische Konstruktionen gesucht und Verrenkungen bei der Interpretation der Aussagen des EuGH vorgenommen werden? Im Rahmen der richtlinienkonformen Betrachtung des § 1 BUrlG ist somit die Einheitstheorie aufgrund der interpretatorischen Vorrangregel anderen national möglichen Untersuchungsergebnissen vorzuziehen.⁴¹⁹ Das Wesen des Urlaubsentgelts besteht also in einer vom Arbeitsentgelt unabhängigen Vergütung, die eine eigene rechtliche Qualität innehat oder, wie *Hohmeister* es ausdrückt, in einem „Anspruch eigener urlaubsrechtlicher Qualität“⁴²⁰. Die Urlaubsvergütung hat dabei ihre Anspruchsgrundlage in § 1 BUrlG und bildet mit der Freistellung eine so enge Einheit – den Urlaubsanspruch –, dass beispielsweise eine Pfändung oder Vererblichkeit ausgeschlossen ist. Die Urlaubsvergütung besitzt damit eine eigene rechtliche Qualität in Abgrenzung zum Arbeitsentgelt. Dies entspricht der strengen Einheitstheorie, der demnach zu folgen ist. Die Notwendigkeit, eigens eine weitere Theorie zu erarbeiten, ist demnach nicht gegeben. Die Untersuchung hat vielmehr gezeigt, dass die strenge Einheitstheorie dem Wesen

⁴¹⁴ BAG v. 10.02.2015, NJW 2015, 2520, 2521.

⁴¹⁵ BAG v. 10.02.2015, NJW 2015, 2520, 2521.

⁴¹⁶ So etwa BAG v. 28.11.1990, AP § 7 BUrlG Nr. 18; BAG v. 24.11.1987, AP § 7 BUrlG Nr. 41 Abgeltung; BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch.

⁴¹⁷ Das BAG konstatiert, es könne dahinstehen, ob die Rechtsprechung des EuGH eine Rückkehr zu der Einheitstheorie „mit allen in der Vergangenheit daraus gezogenen Schlussfolgerungen“ indiziere, BAG v. 10.02.2015, NJW 2015, 2520, 2522.

⁴¹⁸ BAG v. 10.02.2015, NJW 2015, 2520, 2522.

⁴¹⁹ Das BAG hat diesbezüglich ebenfalls seine Meinung in Folge der EuGH- Rechtsprechung geändert und vertritt nun im Ergebnis die Einheit der Komponenten, BAG v. 10.02.2015, NJW 2015, 2520, 2521; a.A. bezüglich der Umsetzungspflicht *Preis/Sagan/Mehrens/Witschen*, § 7, Rn. 8, die eine zwingende Umsetzungspflicht der Einheitstheorie nicht befürworten; zu den Grundlagen der richtlinienkonformen Auslagen siehe bereits Kapitel B. I. 3. b) bb) Art. 7 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG.

⁴²⁰ *Hohmeister*, AP § 7 BUrlG Nr. 28.

des Urlaubsentgelts als Teil des Urlaubs entspricht. Auch wenn dabei (noch) nicht abschließend deutlich ist, ob der EuGH der strengen oder der eingeschränkten Einheitstheorie folgt und wie seine Einstellung etwa bezüglich einer Pfändbarkeit des Urlaubsentgeltanspruchs ist, hat die Betrachtung sowohl des europäischen als auch des nationalen Rechts gezeigt, dass die strenge Einheitstheorie insgesamt zu favorisieren ist. Diese ist somit auch im Rahmen der richtlinienkonformen Betrachtung geboten.⁴²¹

Basierend auf den bisherigen Erkenntnissen ist im Folgenden mit der Formulierung „Urlaub“ stets sowohl der Anspruch auf die Urlaubsfreistellung als auch der auf die Urlaubsvergütung gemeint; der Urlaubsanspruch beinhaltet beide Komponenten.

(2) Wesen des Urlaubsentgelts als Hauptleistungspflicht als Konsequenz der Einheit

Im Hinblick auf die im Weiteren zu betrachtenden Voraussetzungen des Urlaubsentgelts ist nun vor dem Hintergrund der hier vertretenen Ansicht zu untersuchen, ob das Wesen des Urlaubs als Ganzes nun eine Haupt- oder eine Nebenleistungspflicht darstellt.

Hauptpflichten sind dabei die vertragstypischen, den Vertragstyp charakterisierenden Verbindlichkeiten aus dem Vertrag. Vertragstypusbestimmende Leistungspflichten hingegen, die sich auf die Hauptpflichten beziehen, kennzeichnen Nebenpflichten.⁴²² Diese dienen der Vorbereitung, Sicherung oder Durchführung der Hauptleistungspflichten.⁴²³ Nimmt man nun zunächst den Wortlaut des § 611 BGB als Maßstab, sind die vertragstypischen Pflichten die Arbeitsleistung und die Vergütung derselben. Der einheitliche Urlaubsanspruch ist hier zunächst nicht genannt, er gestaltet den Inhalt dieser beiden Verbindlichkeiten jedoch maßgebend. Der Arbeitnehmer erhält Urlaubsentgelt, obwohl er von der Arbeitsverpflichtung freigestellt ist. Der Urlaubsanspruch bereitet somit nicht etwa die Hauptleistungspflichten vor, er verändert ihren Inhalt so grundsätzlich, dass er selbst als charakterisierende und vertragstypische Verbindlichkeit des Arbeitsrechts angesehen werden muss.⁴²⁴ Betrachtet man dabei weiter das Urlaubsentgelt, besteht darüber hinaus eine so bedeutende Nähe zu der Hauptleistungspflicht des Arbeitsentgelts, dass teilweise sogar eine Einheit von Arbeits- und Urlaubsentgelt angenommen wird.⁴²⁵ Darüber hinaus bekommen die Arbeitnehmer während des Urlaubs kein Arbeitsentgelt, weil sie

⁴²¹ Noch offen gelassen: *Powietzka/Rolf*, § 1 BUrLG, Rn. 33.

⁴²² *MüKo-BGB/Kramer*, 5. Aufl., § 241 BGB, Rn. 16; *Bürger*, ZTR 2011, 707, 713.

⁴²³ *Palandt/Grüneberg*, § 241 BGB, Rn. 5.

⁴²⁴ *Bürger*, ZTR 2011, 707, 713; dieses Ergebnis zumindest in Erwägung ziehend *Wicht*, BB 2012, 1349, 1351.

⁴²⁵ Siehe die Vertreter der Entgeltfortzahlungstheorie *Arnold/Tillmanns/Tillmanns*, § 11 BUrLG, Rn. 2; *Busch*, NZA 1996, 1246, 1246; *Däubler/Holthaus*, § 11 BUrLG, Rn. 2; *Hohmeister/Oppermann/Oppermann*, § 11 BUrLG, Rn. 1; *Leinemann/Linck*, § 1 BUrLG, Rn. 29; *Schubert*, S. 310; *Schütz/Hauck/Schütz*, L. Urlaubsentgelt, Rn. 677, *Sprink*, S. 197.

keine Gegenleistung erbringen. Stattdessen tritt an diese Stelle die Urlaubsvergütung als Äquivalent.⁴²⁶ Aus dieser Perspektive wäre das Urlaubsentgelt also wie das Arbeitsentgelt als Hauptleistungspflicht anzusehen, was dann auch den Urlaub als Hauptleistungspflicht qualifizieren könnte.

Etwas anderes könnte im Rahmen der hier vertretenen Einheitstheorie nur gelten, wenn die Freistellung als Nebenpflicht angesehen und einen so überwiegenden Teil des Urlaubsanspruchs ausmachen würde, dass dieser Teil insgesamt als Schwerpunkt angesehen werden müsste.⁴²⁷ Bei der Betrachtung des Wesens des Urlaubs und des Urlaubsentgelts und hierbei insbesondere des jeweiligen Zwecks sowie des Wortlauts von § 1 BUrlG, wurde jedoch deutlich, dass beide Teile nebeneinander stehen und gleichermaßen für Erholung und Freizeit notwendig sind. Jedenfalls kann davon ausgegangen werden, dass nicht der Teil der Freistellung überwiegt. Davon abgesehen ist die Befreiung des Arbeitnehmers von seiner Arbeitspflicht – also seiner Hauptleistungspflicht – so eng mit dieser verknüpft – ebenso wie das Urlaubs- mit dem Arbeitsentgelt –, dass sie seinen Inhalt maßgebend verändert. Hat der Arbeitnehmer Urlaub, wird die Hauptleistungspflicht der Arbeitsleistung ausgesetzt. Es besteht demnach ein solcher Zusammenhang zwischen der Freistellung und der Arbeitsleistung, dass auch die Aufhebung derselben als Hauptpflicht gesehen werden kann.⁴²⁸ Daher stellt sich die Frage innerhalb der Einheitstheorie, ob Entgelt oder Freistellung bezüglich der Betrachtung des Urlaubs als Haupt- oder Nebenleistungspflicht überwiegen, im Zweifel gar nicht. Auch wenn der Schwerpunkt auf der Freistellung läge, wäre diese immer noch als Befreiung von einer Hauptpflicht selbst einer Hauptpflicht so nahe, dass der Urlaub selbst in dieser Konstellation ebenfalls eine solche darstellen würde.

Urlaub ist demnach insgesamt als Hauptleistungspflicht im Arbeitsverhältnis anzusehen.⁴²⁹

d) Konsequenzen für die Voraussetzung der Erarbeitung

Bereits anhand der bislang gefundenen Ergebnisse lassen sich erste Prämissen für die Voraussetzung einer Erarbeitung der Urlaubsvergütung ableiten.

⁴²⁶ So im Ergebnis *Bauer/Kern*, NZA 2009, 925, 926.

⁴²⁷ Siehe Kapitel B. I. 3. a) cc) Einheitstheorie.

⁴²⁸ So etwa auch LAG Köln v. 29.04.2010, ZTR 2010, 589, 590; LAG Baden-Württemberg v. 09.06.2011 – 6 Sa 109/10 – juris, Rn. 55; LAG Köln v. 19.08.2011 – 12 Sa 110/11 – juris, Rn. 43; LAG München v. 26.05.2011 – 4 Sa 66/11 – juris, Rn. 24; *Arnold/Tillmanns/Arnold*, § 7 BUrlG, Rn. 154 ff.; *Pulz*, jurisPR-ArbR 32/2011, Anm. 2; *Wicht*, BB 2012, 1349, 1951.

⁴²⁹ LAG Baden-Württemberg v. 09.06.2011 – 6 Sa 109/10 – juris, Rn. 55 ff.; *Arnold/Tillmanns/Arnold*, § 7 BUrlG, Rn. 155; *Bürger*, ZTR 2011, 707, 713.

aa) Perspektive der Entgeltfortzahlungstheorie

Die eingangs gestellte Frage,⁴³⁰ ob Urlaub zu Beginn eines jeden Arbeitsjahres einfach als „Sozialanspruch“ oder zum Zweck der Erholung gewährt wird oder ob er vielmehr verdient werden muss, hätte sich nach der Entgeltfortzahlungstheorie gar nicht gestellt, zumindest nicht hinsichtlich des Urlaubsentgelts. Als gesetzlich normierter Fortzahlungstatbestand müsste die Urlaubsvergütung immer dann fortgezahlt werden, wenn Urlaubsfreistellung gewährt würde. Wäre die Entgeltfortzahlungstheorie vorzuziehen, müsste daher konsequenterweise zumindest also die Voraussetzung der Erarbeitung des Urlaubsentgelts abgelehnt werden. Nach dieser Theorie stellt die Urlaubsvergütung ja gerade eine eher zukunftsbezogene Entgeltfortzahlung und Ausnahme zu dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ dar.⁴³¹ Somit wäre es widersinnig, gleichzeitig dennoch von einer Erarbeitung oder gar einem Wertguthabencharakter auszugehen; so ist die gesetzliche Entgeltfortzahlung doch gerade davon geprägt, dass keine Arbeitsleistung vorangehen muss.⁴³² Auch wenn die Fortzahlung nach der Entgeltfortzahlungstheorie also grundsätzlich mit dem Arbeitsentgelt identisch sein soll, kann sie zwecknotwendig nicht „verdient“ werden müssen. So führte auch das BAG im Rahmen der dort vertretenen Entgeltfortzahlungstheorie aus: „Der gesetzliche Urlaubsanspruch ist keine Gegenleistung des Arbeitgebers für erbrachte oder noch zu erbringende Arbeitsleistungen, sondern eine gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis, den Arbeitnehmer für die Dauer des Urlaubs von der Arbeitspflicht zu befreien“⁴³³.

Darüber hinaus solle die Pflicht zur Urlaubserteilung lediglich eine Nebenpflicht sein, die nicht im synallagmatischen Verhältnis zur Arbeitsleistung stehe und somit nicht von einer Gegenleistung in Form von vorangehender Arbeit abhängen solle.⁴³⁴ Sie beseitige nur die Hauptpflicht der Arbeitsleistung. Das Arbeits- beziehungsweise Urlaubsentgelt werde einfach unabhängig

⁴³⁰ Siehe Kapitel B. Voraussetzung der Erarbeitung.

⁴³¹ Siehe Kapitel B. I. 3. a) aa) Entgeltfortzahlungstheorie; siehe auch *Stedle*, S. 58, 60, der aufzeigt, dass im Rahmen dieser Ansicht kein Raum für ein Synallagma bestünde; siehe auch die Überlegungen von *Dissinger*, S. 104 ff.

⁴³² Siehe beispielhaft für die verschiedenen Entgeltfortzahlungstatbestände BeckOGK/*Bieder*, § 615 BGB, Rn. 2; BeckOK-ArbR/*Joussen*, § 616 BGB, Einl.; BeckOK-ArbR/*Ricken*, § 3 EFZG, Rn. 3; MüKo-BGB/*Müller-Glöge*, § 3 EFZG, Rn. 1.

⁴³³ BAG v. 17.05.2011, AP § 17 BEEG Nr. 1 m.w.N.

⁴³⁴ Z.B. BAG v. 24.11.1987, AP § 7 BUrlG Nr. 41 Abgeltung; BAG v. 28.11.1990, AP § 7 BUrlG Nr. 18 Übertragung; BAG v. 19.3.1992 – 8 AZR 353/91 – juris, Rn. 17; LAG Baden-Württemberg v. 29.04.2010, LAGE § 7 BUrlG Nr. 28 Abgeltung; LAG Baden-Württemberg v. 02.12.2010, LAGE § 7 BUrlG Nr. 29 Abgeltung; LAG Schleswig-Holstein v. 16.12.2010 – 4 Sa 209/10 – juris; LAG Düsseldorf v. 08.02.2011 – 16 Sa 1574/10 – juris; LAG Hessen v. 29.03.2011 – 15 Sa 191/10 – juris; LAG Köln v. 10.08.2011 – 9 Sa 394/11 – juris; LAG Baden-Württemberg v. 21.12.2011, ZTR 2012, 347, 348 f.; *Boecken*, FS Düwell, S. 55 f.; *Düwell*, DB 2012, 1749, 1749; *Tschöpe/Zerbe*, C. Urlaub, Rn. 1; das LAG Schleswig-Holstein, 16.12.2010 – 4 Sa 209/10 – juris, Rn. 50, äußerte dabei jedoch bereits Bedenken: „Abschließend möchte die Berufungskammer darauf hinweisen, dass das hier gefundene Ergebnis nach ihrer Auffassung rechtspolitisch bedenklich sein könnte. [...] Die erkennende Kammer sieht sich aber angesichts der bisherigen nationalen Rechtslage daran gehindert, mit der Argumentation des beklagten Bundes bereits das Entstehen des Urlaubsanspruchs für den Fall des Ruhens des Verfahrens zu verneinen. Mag der Gesetzgeber eine entsprechende Regelung treffen.“

davon durchgängig bezahlt.⁴³⁵ Auf der Grundlage, dass im Rahmen der Entgeltfortzahlungstheorie der Urlaub keinen eigenen Anspruch auf Freistellung und Vergütung wie nach der Einheitstheorie darstelle, sondern lediglich eine Suspendierung der Arbeitspflicht, könne kein Bezug zwischen geleisteter Arbeit und Urlaub bestehen.⁴³⁶

bb) Perspektive der Einheitstheorie

Nach der hier vertretenen strengen Einheitstheorie ist dies jedoch anders zu bewerten. Wie bereits zuvor ausgeführt, ist das Urlaubsentgelt einheitlich mit der Urlaubsfreistellung als Urlaub zu betrachten. Alle Voraussetzungen, die für die Freistellung gelten, müssen auch für die Urlaubsvergütung gelten. Diese ist als Entgelt gemäß § 1 BUrlG vom Arbeitsentgelt unabhängig und eine selbstständige Zahlung, dennoch ist sie Teil des Urlaubs.

Betrachtet man die Frage nach der Erarbeitung des Urlaubs nun im Rahmen der Einheitstheorie aus der Perspektive der Urlaubsvergütung, fällt zunächst auf, dass diese zwar anders als die Arbeitsvergütung, die eine vorangegangene Arbeitsleistung voraussetzt, gerade nur bei einer urlaubsbedingten Freistellung gewährt wird. Trotzdem kann eine gewisse Nähe zum Arbeitsentgelt nicht geleugnet werden, vor allem bezüglich der Berechnung der Höhe. Für einen Arbeitnehmer wird es dementsprechend üblicherweise, insbesondere bei einem vierwöchigen Urlaub, so aussehen, als arbeite er elf Monate, bekomme aber zwölf Monate bezahlt. Dass das Urlaubsentgelt tatsächlich kein zwölftes Monatsgehalt darstellt – wie in dem Beispiel suggeriert –, wurde im vorherigen Kapitel ausführlich behandelt. Aber auch wenn Arbeits- und Urlaubsentgelt nicht identisch sind, lassen sich gegebenenfalls dennoch Parallelen aus der Ähnlichkeit ableiten – die dann auf den Urlaub als Ganzes zu übertragen wären.

Das Arbeitsentgelt als Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers ist eine synallagmatische Vergütung von vorangegangenen Leistungen.⁴³⁷ Entfällt die Arbeitsleistung, entfällt damit nach § 326 BGB grundsätzlich auch die Zahlungspflicht, wenn nicht eine Fortzahlung durch das Gesetz angeordnet wird, wie etwa durch § 4 EFZG. Das Urlaubsentgelt ist aber wie gezeigt gerade keine solche gesetzlich angeordnete Fortzahlung bei Ausbleiben der Arbeitsleistung, sondern vielmehr eine unabhängige Vergütung. Die Urlaubsvergütung ist also kein Fall der Durchbrechung der Gegenseitigkeit gemäß § 326 BGB, sondern etwas Eigenständiges, was durchaus von einer vorangegangenen Leistung abhängig gemacht werden kann. Es besteht demnach an dieser Stelle eine bedeutende Differenz zu der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, bei der die Gegenleistung der Arbeit ja gerade irrelevant ist.

⁴³⁵ BAG v. 08.03.1984, AP § 13 BUrlG Nr. 15.

⁴³⁶ BAG v. 08.03.1984, AP § 13 BUrlG Nr. 15; im Ergebnis so auch NK-GA/Düwell, § 3 BUrlG, Rn. 32.

⁴³⁷ Siehe etwa BeckOK-ArbR/Joussen, § 611 BGB, Rn. 143; ErtK/Preis, § 611 BGB, Rn. 389; HWK/Thüsing, § 611 BGB, Rn. 85; MünchHdb-ArbR/Krause, § 54, Rn. 1; Schaub/Vogelsang, § 67, Rn. 3, 5; Staudinger/Richardi/Fischinger, § 611 BGB, Rn. 1308 f.; dies ergibt sich auch bereits aus § 611 Abs. 1 BGB.

Darüber hinaus führt insbesondere die Nähe zu der Hauptleistungspflicht der Vergütung des Arbeitsverhältnisses, wie bereits im Rahmen der Betrachtung des Wesens der Urlaubsvergütung aufgezeigt,⁴³⁸ dazu, dass das Urlaubsentgelt als Hauptleistungspflicht anzusehen ist. Der Anspruch auf eine hauptpflichtbezogene Leistung in einem gegenseitigen Vertrag, welcher in diesem Fall ein Arbeitsverhältnis ist,⁴³⁹ setzt jedoch die Durchsetzbarkeit einer anderen Hauptpflicht voraus, in diesem Fall der Arbeitsleistung.⁴⁴⁰ Ist jedoch das Urlaubsentgelt demnach erarbeitet, so ist es der Urlaub insgesamt nach der Einheitstheorie ebenfalls, insbesondere aufgrund des großen Gewichts der Urlaubsvergütung. Infolgedessen stellt die gesamte Urlaubsgewährung bereits aufgrund ihres Wesens eine Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers dar und ist damit im synallagmatischen Gefüge des Arbeitsvertrags ebenso eine Gegenleistung für die getane Arbeit wie die Arbeitsvergütung, es gilt der Grundsatz des „do ut des“-Prinzips.⁴⁴¹ Das vorausgesetzt, kann der Urlaub als Ganzes nicht völlig abstrahiert von der Arbeitsverpflichtung und dem arbeitsvertraglichen Synallagma gesehen werden, etwa als Leistung ohne Voraussetzungen.⁴⁴² Als Hauptpflicht steht ihm vielmehr gerade eine Gegenleistung gegenüber und er setzt nicht nur ein Arbeitsverhältnis an sich voraus, andernfalls käme der Urlaub einer Schenkung gleich.⁴⁴³ Wie bereits unter anderem das LAG München in seinem Urteil vom 26.05.2011 ausführte, kann Urlaub kein vom arbeitsvertraglichen Synallagma völlig unabhängiger „Sozialanspruch“ sein, der lediglich abstrakt zum Zwecke der Erholung besteht.⁴⁴⁴

So kann man zu dem Schluss kommen, dass nicht das zwölfte Monatsgehalt in Form von Urlaubsentgelt in den übrigen elf Monaten erarbeitet wird, sondern der Urlaub insgesamt, bestehend aus Entgelt und Freistellung. Der Urlaubsentgeltanspruch in Verbindung mit dem Anspruch auf Freistellung im Sinne der Einheitstheorie wäre demnach insgesamt Hauptpflicht im Arbeitsverhältnis und dadurch zunächst auch eine „Art von Entgelt“ für geleistete oder noch zu erbringende Arbeit.⁴⁴⁵ Spricht das Wesen der Urlaubsvergütung dabei für einen Entgeltcharakter des Urlaubs insgesamt, so spricht es gerade auch für die Vorgabe einer Voraussetzung der Erarbeitung.⁴⁴⁶

⁴³⁸ Siehe Kapitel B. I. 3. c) ee) (2) Wesen des Urlaubsentgelts als Hauptleistungspflicht als Konsequenz der Einheit.

⁴³⁹ BeckOK-ArbR/Joussen, § 611 BGB, Rn. 32.

⁴⁴⁰ Siehe bereits § 320 BGB, zum Hauptpflichtcharakter der Arbeitsleistung siehe etwa Jauernig/Mansel, § 611 BGB, Rn. 2; MünchHdb-ArbR/Giesen, § 325 BGB, Rn. 7.

⁴⁴¹ So bereits Schlephorst, S. 38; im weiteren Sinne auch Buchner, DB 1982, 1823, 1823; ebenfalls in diese Richtung tendierend siehe auch Schäfer, NZA 1993, 204, 205 ff.

⁴⁴² Siehe auch LAG München v. 26.05.2011 – 4 Sa 66/11 – juris, Rn. 24; LAG Baden-Württemberg v. 09.06.2011 – 6 Sa 109/10 – juris, Rn. 55 ff.

⁴⁴³ Peterek, EzA § 3 BUrlG Nr. 13.

⁴⁴⁴ LAG München v. 26.05.2011 – 4 Sa 66/11 – juris, Rn. 24.

⁴⁴⁵ So bereits von Schubert, NZA 2013, 1105, 1106 angesprochen.

⁴⁴⁶ So auch Richardi, FS Hoyningen-Huene, S. 437, der dabei zwar einen Vermögenswert des Urlaubs bejaht, jedoch gleichwohl – wenig überzeugend – den konkreten Gegenleistungscharakter des Urlaubsanspruchs ablehnt.

Auf Grundlage dieser ersten Tendenz wird nun im Folgenden eine vertiefte Untersuchung der Voraussetzung einer Erarbeitung des Urlaubsentgeltanspruchs vorgenommen. Dabei ist aufgrund der strengen Einheit der Komponenten nicht nur die Urlaubsvergütung selbst zu betrachten, sondern der Urlaub insgesamt.

II. Grundsätzliche Annahme der Voraussetzung der Arbeitsleistung

Wie bereits angeführt, kommt als denkbare elementare Voraussetzung des Urlaubs und damit auch des Urlaubsentgelts die dem Urlaub vorangehende Arbeitsleistung als Voraussetzung der Erarbeitung des Anspruchs in Frage.

Der BGH geht – in allgemein-zivilrechtlicher Hinsicht – ganz selbstverständlich und ohne weitere Begründung von dieser Prämisse aus, indem er im Zusammenhang mit Schadensersatzansprüchen wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit feststellt: „Wie immer man aus arbeitsrechtlicher Sicht den Anspruch des Arbeitnehmers auf Gewährung von Urlaub einstuft, der bezahlte Urlaub wird mit der normalen Arbeitsleistung mitverdient, also „erkauft“ in dem erwähnten Sinn.“⁴⁴⁷ Darüber hinaus sieht er den Urlaub als Vermögenswert an.⁴⁴⁸ Problematisch ist aber, ob diese schadensrechtlichen Aussagen des BGH ohne Weiteres auf das BUrLG übertragen werden können.

Der EuGH scheint dabei – zumindest zum Teil – in diese Richtung zu tendieren.⁴⁴⁹ So argumentiert er etwa in den *Tirol-* und *Brandes-*Entscheidungen, dass in der Vollzeit erworbener Urlaub auch in der Teilzeit nicht gekürzt werden dürfe⁴⁵⁰, und weiter, dass kein Zusammenhang zwischen der aktuellen Arbeitszeit eines Arbeitnehmers und der Zeit des Erwerbs des Urlaubs, also dem Bezugszeitraum, bestehe.⁴⁵¹ Auch das *Heimann/Toltschin-Urteil*, das der EuGH bezüglich des Urlaubs im Zusammenhang mit Kurzarbeit fällte, ist kongruent dazu, sollen danach doch Urlaubsansprüche während einer „Kurzarbeit Null“-Periode, in der nicht gearbeitet wird, nicht entstehen.⁴⁵²

Auf der anderen Seite sprach der EuGH nie ausdrücklich von einer Voraussetzung der Erarbeitung des Urlaubs.⁴⁵³ Vielmehr schien die Rechtsprechung des Gerichtshofs bezüglich der Entstehung von Urlaubsansprüchen während Krankheitszeiten des Arbeitnehmers genau in die entgegengesetzte Richtung zu deuten.⁴⁵⁴ In der *Schultz-Hoff-*Entscheidung etwa führte der EuGH aus, dass der Anspruch auf den Jahresurlaub auch bestehe, wenn der Arbeitnehmer das gesamte

⁴⁴⁷ BGH v. 10.10.1974, NJW 1975, 40, 41; so im Ergebnis auch BGH v. 12.05.1980, NJW 1980, 1947, 1947.

⁴⁴⁸ BGH v. 10.10.1974, NJW 1975, 40, 41; BGH v. 12.05.1980, NJW 1980, 1947, 1947.

⁴⁴⁹ Vgl. Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 32 ff.; Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 30 ff.; so fasst dies auch *Betz*, BB 2015, 886, 886 f. auf; *Schaub/Linck*, § 104, Rn. 10 sieht dies indes eher kritisch, er vermutet zwar, dass es dem EuGH um den Erhalt des „Geldwertes“ des Urlaubs gehe, führt aber gleichzeitig aus: „Da nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs das Entstehen des Urlaubsanspruchs nicht von einer Wartezeit abhängig gemacht werden darf, hat der AN ab dem 1.1. eines jeden Jahres einen Anspruch auf vollen Urlaub. Ausgehend hiervon kann der AN im Laufe seiner Beschäftigung keinen weiteren Anspruch „erwerben“, weil er bereits den vollen Urlaubsanspruch hat.“

⁴⁵⁰ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 32 ff.; Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 30 ff.; so auch *Kock/Heyde*, BB 2013, 2938, 2939.

⁴⁵¹ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn.32; Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 30.

⁴⁵² Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 26 ff; siehe auch *Joussen*, RdA 2015, 305, 317.

⁴⁵³ *Eckstein*, BB 2012, 1164, 1164.

⁴⁵⁴ So etwa *Leuchten/Klapper*, ZESAR 2013, 114, 115; *Plüm*, NZA 2013, 11, 13 f.

Urlaubsjahr krank war.⁴⁵⁵ Wörtlich hieß es dort: „Daraus folgt, dass ein Mitgliedstaat den mit der Richtlinie 2003/88/EG allen Arbeitnehmern unmittelbar verliehenen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub [...] bei ordnungsgemäß krankgeschriebenen Arbeitnehmern nicht von der Voraussetzung abhängig machen kann, dass sie während des von diesem Staat festgelegten Bezugszeitraums tatsächlich gearbeitet haben.“⁴⁵⁶ Auch im *Dominguez*-Urteil wurde entschieden, dass die Entstehung von Urlaubsansprüchen nicht von Voraussetzungen abhängig gemacht werden dürfe, die einzelne Arbeitnehmer von dem Anspruch ausnehmen würden.⁴⁵⁷ Darüber hinaus wurde das Erfordernis einer Mindestarbeitszeit für den bezahlten Jahresurlaub – zumindest in Bezug auf Krankheitszeiten – entschieden abgelehnt.⁴⁵⁸ Auch wurde ausgeführt, dass die Arbeitnehmer während des Urlaubs das gewöhnliche Arbeitsentgelt erhalten sollten, um zu verhindern, dass sie aus Furcht vor finanziellen Einbußen ihre Freistellung nicht beantragen könnten.⁴⁵⁹

Dies scheint zunächst im Widerspruch zu den eben genannten *Tirol*-, *Heimann/Toltschin*- und *Brandes*-Urteilen zu stehen.⁴⁶⁰ Sinnbildlich für die sich daraus ergebende Unsicherheit ist hier *Schinz* zu zitieren, der diesbezüglich ausführte: „Dahinter steht offenbar die Vorstellung, dass unionsrechtlich ein durch Vollzeittätigkeit „erarbeiteter“ Urlaubsanspruch nicht nachträglich wegen des Wechsels in Teilzeit verringert werden dürfe. Dies ist vielleicht mit einem allgemeinen Gerechtigkeitsgefühl, nicht aber mit dem vom EuGH selbst aufgestellten Grundsatz zu vereinbaren, dass eine Arbeitsleistung nicht Anspruchsvoraussetzung für den Urlaub ist; es führt auch zu absurden Ergebnissen.“⁴⁶¹

Diese Diskrepanz kann aber eventuell doch aufgelöst und die verschiedenen Aussagen des EuGH in Einklang gebracht werden, was noch zu untersuchen sein wird.⁴⁶² Festzuhalten ist jedoch, dass bereits die europarechtlichen Vorgaben bezüglich der Entstehung des Urlaubsentgeltanspruchs nicht eindeutig sind.

Auch in Deutschland sind die Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs bereits ohne den europäischen Einfluss unklar und stark umstritten. So wurde auf der einen Seite bereits früh die Erarbeitung als Voraussetzung des Urlaubs vertreten.⁴⁶³ Auf der anderen Seite wurden das Bestehen

⁴⁵⁵ Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 38 ff.

⁴⁵⁶ Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 41.

⁴⁵⁷ Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 17 ff.; siehe auch Urteil BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 52 ff.; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 46 ff.

⁴⁵⁸ Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 20 f.

⁴⁵⁹ Urteil Lock, C-539/12, EU:C:2014:351, Rn. 20 ff.

⁴⁶⁰ So etwa Neumann/Fenski/Kühn/*Fenski*, RL 2003/88/EG, Rn. 19 ff.

⁴⁶¹ HWK/*Schinz*, § 3 BUrlG, Rn. 36.

⁴⁶² Siehe Kapitel B. II. Grundsätzliche Annahme der Voraussetzung der Arbeitsleistung sowie Kapitel B. III. Ausnahmen von der Voraussetzung der Erarbeitung; ablehnend Neumann/Fenski/Kühn/*Fenski*, RL 2003/88/EG, Rn. 22.

⁴⁶³ Siehe etwa RAG v. 13.03.1929 ARS 6, 75, 79 f.; RAG v. 24.11.1937, ARS 31, 273, 274 f.; LAG Düsseldorf v. 02.02.2009, NZA-RR 2009, 242, 246 f.; LAG Köln v. 29.04.2010, ZTR 2010, 589, 590; LAG Düsseldorf v. 05.05.2010, NZA-RR 2010, 568, 570; LAG Düsseldorf v. 01.10.2010 – 9 Sa 1541/09 – juris; LAG Niedersachsen v. 16.11.2010 – 3 Sa 1288/10 – juris, Rn. 21; LAG Nürnberg v. 08.02.2011, ZTR 2011, 550, 551;

des Arbeitsverhältnisses sowie das Erfüllen der Wartezeit als einzige Voraussetzungen für das Entstehen des vollen Urlaubs(entgelt)anspruchs angesehen.⁴⁶⁴ Die letztgenannte Ansicht setzte sich dabei zunächst durch und erfuhr in Deutschland – zumindest höchststrichterlich – auch durch den Einfluss des Europarechts bislang keine Modifikation.⁴⁶⁵ Die Linie des BAG wurde auch insbesondere noch einmal durch ein Urteil vom 07.08.2012⁴⁶⁶ verdeutlicht, in dem klargestellt wurde, dass allein das Bestehen des Arbeitsverhältnisses Voraussetzung für den Urlaub sei.⁴⁶⁷ Das BAG rekurrierte dabei sogar ausdrücklich auf die europarechtlichen Vorgaben und betonte, dass es diese umzusetzen versuche.⁴⁶⁸ Diese Sichtweise wurde im Folgenden auch noch erneut durch ein Urteil vom 06.05.2014 bestätigt.⁴⁶⁹

Im Anschluss an die *Brandes*-Entscheidung erfolgte dann zwar ein Rechtsprechungswechsel des BAG, welches nunmehr ebenfalls eine Kürzung oder Umrechnung der Urlaubsansprüche bei einem Wechsel von einer Voll- in eine Teilzeitbeschäftigung ablehnt.⁴⁷⁰ Dabei erfolgte jedoch weder eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit einer Voraussetzung der Erarbeitung noch wurde erwähnt, wie sich dieser Ausschluss der nachträglichen Pro-rata-temporis-Umrechnung mit der bisherigen deutschen Vorgehensweise vereinbaren lässt – vielmehr wurde das

LAG Köln v. 10.03.2011, ZTR 2011, 689, 689; LAG München v. 26.05.2011 – 4 Sa 66/11 – juris; LAG Baden-Württemberg v. 09.06.2011 – 6 Sa 109/10 – juris, Rn. 57; LAG Düsseldorf v. 07.07.2011, ZTR 2011, 730, 730 f.; LAG Köln v. 19.08.2011, ZTR 2011, 732, 735; LAG München v. 17.11.2011 – 3 Sa 594/11 – juris; LAG Düsseldorf v. 19.01.2012, ZTR 2012, 283, 285; so auch *Bühlig*, AuR 1954, 371, 372 f.; *Günther*, AuR 1963, 77, 79; *Maus*, S. 26 ff.; siehe darstellend auch *Schlephorst*, S. 35; *Schütz/Hauck/Schütz*, L. Urlaubsentgelt, Rn. 693 ff.; *Steudle*, S. 56 ff.; ebenfalls in diese Richtung tendierend LAG Baden-Württemberg v. 21.12.2011, ZTR 2012, 347, 348 f.; *Bruns*, S. 141; *Fenski*, NZA 2014, 1381, 1381 ff.; auch *Beckerle*, RdA 1985, 352, 353 und *Kamanabrou*, SAE 2009, 121, 122 f.

⁴⁶⁴ Siehe etwa RAG v. 16.03.1938, ARS 32, 316, 319 f.; BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 9; BAG v. 28.01.1982, AP § 3 BUrlG Nr. 11 Rechtsmissbrauch; BAG v. 13.05.1982, AP § 7 BUrlG Nr. 4 Übertragung; BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch; BAG v. 14.05.1986, AP § 7 BUrlG Nr. 26 Abgeltung; BAG v. 30.07.1986, AP § 13 BUrlG Nr. 22; BAG v. 24.10.1989, AP § 7 BUrlG Nr. 52 Abgeltung; BAG v. 21.06.2005, NZA 2006, 232; BAG v. 24.03.2009, AP § 7 BUrlG Nr. 39; BAG v. 15.12.2009 – 9 AZR 795/08 – juris; BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61; LAG Baden-Württemberg v. 29.04.2010, LAGE § 7 BUrlG Nr. 28 Abgeltung; LAG Schleswig-Holstein v. 16.12.2010 – 4 Sa 209/10 – juris; LAG Hessen v. 29.03.2011 – 15 Sa 191/10 – juris; LAG Köln v. 10.08.2011 – 9 Sa 394/11 – juris; LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 12.02.2015 – 5 Sa 47/14 – juris; BeckOK-Arbr/Lampe, § 1 BUrlG, Rn. 9 ff.; *Boemke*, JuS 2015, 560, 561 f.; *Dahms*, DB 1955, 604, 604; *Dersch/Neumann*, § 1 BUrlG, Rn. 2; *Erk/Gallner*, § 1 BUrlG, Rn. 14 ff.; *Heußner*, S. 27; *Hueck/Nipperdey*, S. 432 f.; *KassHdb/Schütz*, 2.4, Rn. 36; *Natzel*, § 1 BUrlG, Rn. 44, § 11 BUrlG, Rn. 18; *Nikisch*, S. 520 f.; *NK-GA/Düwell*, § 1 BUrlG, Rn. 26; *Okoye-Montis*, S. 44 ff., 61 ff.; *Schaub/Linck*, § 104, Rn. 20 ff., 31; *Siara*, DB 1975, 836, 838; *Stahlhake/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 1 BUrlG, Rn. 5; *Wedde/Denecke/Steiner*, § 1 BUrlG, Rn. 1; *Weiler/Rath*, NZA 1987, 337, 340 f.; *Winderlich*, AuR 1989, 300, 303.

⁴⁶⁵ So etwa BAG v. 13.10.2009 – 9 AZR 763/08 – juris, Rn. 15; BAG v. 15.12.2009 – 9 AZR 795/08 – juris, Rn. 29; BAG v. 17.05.2011, AP § 17 BEEG Nr. 1; BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61; BAG v. 21.12.2012, AP § 6 BUrlG Nr. 5; siehe auch *Günther/Salomon-Hengst*, AuA 2016, 90, 92; *Kothe*, FS Schwerdtner, S. 110; *NK-GA/Düwell*, § 1 BUrlG, Rn. 26.

⁴⁶⁶ BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61.

⁴⁶⁷ BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61.

⁴⁶⁸ BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61.

⁴⁶⁹ BAG v. 06.05.2014, AP § 1 BUrlG Nr. 24.

⁴⁷⁰ BAG v. 10.02.2015, NZA 2015, 1005, 1006 ff.; so jetzt auch LAG Hessen v. 30.09.2015, ZTR 2016, 261, 261 f.

Quotierungsverbot als „widersinnig“⁴⁷¹ dargestellt. Eine Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung erfolgte demnach lediglich hinsichtlich des jeweiligen Ergebnisses. Diese Annahme der Unerheblichkeit von Arbeitsausfällen auf der einen und der Ablehnung einer Kürzung erworbener Urlaubsansprüche auf der anderen Seite ist dabei bereits in sich nicht schlüssig.

Die Vorgaben des Unionsrechts, die durch die Rechtsprechung des EuGH konkretisiert wurden, haben demnach insoweit noch nicht nennenswert zu einer Verdeutlichung der Voraussetzungen des Urlaubs und insbesondere des Urlaubsentgelts in Deutschland geführt. Eine grundlegende Auseinandersetzung mit der Problematik erfolgte noch nicht, weder die europarechtlichen Vorgaben noch die deutsche Umsetzung diesbezüglich sind hinreichend analysiert. Die Interpretationen der EuGH-Rechtsprechung sind dabei vielfältig, ebenso wie die darauf aufbauenden Vorschläge zu der weiteren Vorgehensweise in Deutschland.⁴⁷²

Um eine eigene Interpretation vornehmen zu können, erfolgt daher im Weiteren eine umfassende Untersuchung der sich aus dem Unionsrecht ergebenden Vorgaben hinsichtlich der Erarbeitung des Urlaubsanspruchs.

Aufgrund der sich aus der Kürze der europäischen Urlaubsnormen⁴⁷³ und des diesbezüglich bestehenden Auslegungsvorrangs⁴⁷⁴ ergebenden Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH, der als eine Art „Ersatzgesetzgeber“⁴⁷⁵ angesehen werden kann, erfolgt dabei zuerst eine Betrachtung der einschlägigen EuGH-Entscheidungen vor dem Hintergrund des nationalen Verständnisses. In diesem Rahmen wird auch bereits eine Betrachtung des Urlaubszwecks vorgenommen. Im Anschluss erfolgt dann die Untersuchung der Übereinstimmung der gefundenen Ergebnisse mit den unionsrechtlichen Normen – insbesondere mit Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie –, bevor dann die Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung des deutschen Rechts analysiert wird.

1. Herleitung anhand ruhender Arbeitsverhältnisse

Um der Frage der Erarbeitung nachzugehen, kann zunächst die Konstellation der verschiedenen ruhenden Arbeitsverhältnisse betrachtet werden.⁴⁷⁶ Sollten in diesen Fällen Urlaubsansprüche

⁴⁷¹ BAG v. 10.02.2015, NZA 2015, 1005, 1007.

⁴⁷² Dies wird umfassend in Kapitel B. II. 1. Herleitung anhand von ruhenden Arbeitsverhältnissen dargestellt.

⁴⁷³ Da die europäischen Vorgaben bezüglich des Urlaubs(entgelts) sehr knapp gehalten sind, ist die Rechtsprechung des EuGH bei der Interpretation von besonderer Bedeutung, EnzEuR/Rudkowski, § 12, Rn. 1.

⁴⁷⁴ Zu der Auslegungsprärogative des EuGH siehe Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV; Urteil Kühne & Hetz, C-453/00, EU:C:2004:17, Rn. 21; Urteil Kempter, C-2/06, EU:C:2008:78, Rn. 35; Hantel, S. 12 m.w.N.; Iglesias, NJW 2000, 1889, 1890 f.; Jousen, S. 42 ff.; Preis/Sagan/Sagan, § 1, Rn. 79; Riesenhuber/Schmidt-Räntsch, § 23, Rn. 8 f.; Rebhahn, FS Wank, S. 435; Schlussanträge Williams der GAIN Trstenjak, C-155/10, EU:C:2011:403, Rn. 33.

⁴⁷⁵ So etwa Jousen, S. 156; Rebhahn, FS Wank, S. 435.

⁴⁷⁶ So auch bereits Sprink, S. 207 ff.

entstehen, ist nicht von einer Voraussetzung der Arbeitsleistung auszugehen, da ruhende Arbeitsverhältnisse ja gerade von der Aussetzung der Arbeitspflicht geprägt sind.⁴⁷⁷ Anhand dieser Vorgehensweise kann auch der europäische Einfluss diesbezüglich näher beleuchtet werden. Aufgrund der Kürze der legislatorischen Vorgaben zum europäischen Urlaubsrecht hat die Rechtsprechung des EuGH an dieser Stelle eine tragende Rolle.⁴⁷⁸ Der Gerichtshof hat in diesem Rahmen bereits eine recht umfängliche Auslegung der europäischen Normen vorgenommen – so hatten etwa fast alle für die Erarbeitung relevanten Urteile des EuGH die Entstehung von Urlaub in ruhenden Arbeitsverhältnissen zum Gegenstand.⁴⁷⁹ Auch wenn nicht zu Unrecht moniert wird, dass die Urlaubsrechtsprechung des EuGH zum Teil schwammig, unklar und dunkel sei,⁴⁸⁰ so sind seine Urteile doch als Rechtsquelle⁴⁸¹ und als verbindlich⁴⁸² anzusehen. Somit ist die Auslegung des EuGH primär für das Verständnis der Arbeitszeitrichtlinie heranzuziehen⁴⁸³ und enthält etwaig wichtige Anhaltspunkte und Richtungsvorgaben, wenn auch gegebenenfalls nur mittelbar.

Wie bereits ausgeführt,⁴⁸⁴ scheint jedoch die Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich der Voraussetzungen des Urlaubs(entgelt)anspruchs auf den ersten Blick wenig konsistent zu sein, teilweise scheinen in ruhenden Arbeitsverhältnissen Urlaubsansprüche zu entstehen,⁴⁸⁵ teilweise nicht.⁴⁸⁶

Darüber hinaus wurde unabhängig von dem Einfluss der Rechtsprechung des EuGH auch bereits die Entstehung von Urlaubsansprüchen in ruhenden Arbeitsverhältnissen nach dem BUrlG in Deutschland nicht einheitlich beurteilt. So bejahte etwa das BAG dies wie selbstverständlich⁴⁸⁷ und führte in ständiger Rechtsprechung seit 1982 aus, dass der Mindesturlaubsanspruch

⁴⁷⁷ Der Begriff des ruhenden Arbeitsverhältnisses wird nicht einheitlich verstanden, hier wird das Verständnis von *Hanau* zugrunde gelegt, der darunter alle Fälle fasst, bei denen die Arbeitsleistung und die Entgeltspflicht – nicht die Entgeltfortzahlungspflicht – zeitweise oder auf Dauer entfallen, *Hanau*, jM 2016, 27, 27, Fn. 2.

⁴⁷⁸ *Schneider*, ZESAR 2016, 165, 166.

⁴⁷⁹ Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18; Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215; Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588; Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693; Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761; Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398; Urteil Lock, C-539/12, EU:C:2014:351; Urteil Sähköalojen ammattiliitto ry, C-396/13, EU:C:2015:86; Urteil Greenfield, C-219/14, EU:C:2015:745.

⁴⁸⁰ *Schinz*, EuZA 2015, 92, 97, stellvertretend zum Urteil Lock.

⁴⁸¹ *Joussen*, S. 117 ff., 156; *Rebhahn*, FS Wank, S. 435; differenzierend *Greif*, Unanwendbarkeit, S. 288 ff., der die Rechtsprechung des EuGH als „tatsächliche rechtsbildende Kraft“ ansieht.

⁴⁸² NK-GA/*Düwell*, § 1 BUrlG, Rn. 17, 18; *Zimmermann/Lutz*, BWGZ 2016, 419, 419.

⁴⁸³ Zur grundsätzlichen Auslegungshoheit des EuGH siehe Urteil Kühne & Hetz, C-453/00, EU:C:2004:17, Rn. 21; Urteil Kempter, C-2/06, EU:C:2008:78, Rn. 35; *Hantel*, S. 12 m.w.N.; *Höpfner*, S. 319; *Iglesias*, NJW 2000, 1889, 1890 f.; *Joussen*, S. 42 ff.; *Preis/Sagan/Sagan*, § 1, Rn. 79; *Riesenhuber/Schmidt-Räntsch*, § 23, Rn. 8 f.; *Rebhahn*, FS Wank, S. 435; *Besgen*, B+P 2014, 523, 523 etwa spricht vom EuGH als „Herr über die Auslegung“.

⁴⁸⁴ Siehe Kapitel B. II. Grundsätzliche Annahme der Voraussetzung der Arbeitsleistung.

⁴⁸⁵ So etwa Urteil BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 52 ff.; *Domínguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 20; *Arnold/Tillmanns/Zimmermann*, § 1 BUrlG, Rn. 33.

⁴⁸⁶ Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 36.

⁴⁸⁷ Siehe etwa beispielhaft BAG v. 24.11.1987, AP § 7 BUrlG Nr. 41 Abgeltung; siehe auch *Arnold/Tillmanns/Arnold*, § 7 BUrlG, Rn. 155.

auch entstehe, wenn der Arbeitnehmer nicht arbeite.⁴⁸⁸ Diese Ansicht wurde dann auch vom BAG unter Beachtung der Arbeitszeitrichtlinie bestätigt,⁴⁸⁹ Teile der Instanzrechtsprechung und Literatur teilten sie jedoch nicht.⁴⁹⁰ Dementsprechend unterschiedlich und inkongruent fällt die Interpretation der Rechtsprechung des EuGH in Deutschland aus.⁴⁹¹

a) Teilzeit

Zuerst erfolgt eine Untersuchung der Auswirkungen der Teilzeit als Konstellation der ruhenden Arbeitsverhältnisse auf den Urlaubsentgeltanspruch, da der EuGH in diesem Rahmen erstmalig die Voraussetzungen des Urlaubs maßgeblich geprägt hat.

Eine Teilzeitbeschäftigung ist gemäß § 2 TzBfG gegeben, wenn die wöchentliche Arbeitszeit einer Vollzeitbeschäftigung nicht erreicht wird. Die Norm dient der Umsetzung von § 3 der Rahmenvereinbarung über Teilzeit in der Richtlinie 97/81/EWG⁴⁹², auch hier besteht demnach wie im Urlaubsrecht ein bedeutender Einfluss des Europarechts.

⁴⁸⁸ BAG v. 28.01.1982, AP § 3 BUrlG Nr. 11 Rechtsmissbrauch; BAG v. 26.05.1983, AP § 7 BUrlG Nr. 12 Abgeltung; BAG v. 07.11.1985, AP § 7 BUrlG Nr. 8 Übertragung; BAG v. 30.07.1986, AP § 13 BUrlG Nr. 22; BAG v. 28.02.1991, AP § 6 BUrlG Nr. 4; BAG v. 14.03.2006, AP § 7 BUrlG Nr. 90 Abgeltung; BAG v. 21.11.2006, AP § 11 BUrlG Nr. 59; BAG v. 13.10.2009 – 9 AZR 763/08 – juris, Rn. 15; BAG v. 15.12.2009 – 9 AZR 795/08 – juris, Rn. 29; BAG v. 17.05.2011, AP § 17 BEEG Nr. 1; BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61; BAG v. 21.12.2012, AP § 6 BUrlG Nr. 5; siehe etwa auch Küttner/Röllner, Urlaubsanspruch, A. Arbeitsrecht, Rn. 11.

⁴⁸⁹ BAG v. 13.10.2009 – 9 AZR 763/08 – juris, Rn. 15; BAG v. 15.12.2009 – 9 AZR 795/08 – juris, Rn. 29; BAG v. 17.05.2011, AP § 17 BEEG Nr. 1; BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61; BAG v. 21.12.2012, AP § 6 BUrlG Nr. 5; siehe etwa auch Reichold, § 8, Rn. 83; so auch Bernhardt/Kilian, DB 2014, 1619, 1620, die diese Vorgehensweise als dogmatisch einleuchtend erachten.

⁴⁹⁰ Siehe etwa LAG Düsseldorf v. 7.1.1997 – 8 (18) Sa 1586/96 – juris; Hohmeister/Oppermann/Hohmeister, § 3 BUrlG, Rn. 60 f.; Hohmeister, BB 1999, 798, 799; ein Äquivalenzerfordernis zwischen der Arbeit und des Urlaubs bejahend, jedoch noch im Zusammenhang mit § 242 BGB, Peterek, EZA § 3 BUrlG Nr. 13; Buchner, DB 1982, 1823, 1823; Buchner, EZA § 3 BUrlG Nr. 14; siehe auch Scharff, AuA 2015, 412, 412, die etwa kritisiert, bei einer solchen Vorgehensweise könne der Arbeitnehmer „Urlaub vom Urlaub“ nehmen; ebenso Korinth, ZTR 2014, 691, 693; so vorsichtig auch Besgen, B+P 2014, 523, 526.

⁴⁹¹ Siehe nur die unterschiedlichen Ansätze von LAG Düsseldorf v. 02.02.2009, NZA-RR 2009, 242, 246 f.; LAG Köln v. 29.04.2010, ZTR 2010, 589, 590; LAG Düsseldorf v. 05.05.2010, NZA-RR 2010, 568, 570; LAG Baden-Württemberg v. 29.04.2010, LAGE § 7 BUrlG Nr. 28 Abgeltung; LAG Düsseldorf v. 01.10.2010 – 9 Sa 1541/09 – juris, Rn. 39 ff.; LAG Nürnberg v. 08.02.2011, ZTR 2011, 550, 551; LAG München v. 26.05.2011 – 4 Sa 66/11 – juris; LAG Baden-Württemberg v. 21.12.2011, ZTR 2012, 347, 348; Arnold/Tillmanns/Zimmermann, § 1 BUrlG, Rn. 35; Boecken/Jacobsen, ZTR 2011, 267, 269; Fieberg, AP § 1 BUrlG Nr. 24; Fieberg, NZA 2009, 929, 934; Fieberg, ZESAR 2013, 258, 261; Groeger, ArbRB 2010, 119, 120 f.; Höpfner, AP § 7 BUrlG Nr. 61; Okoye-Montis, S. 64; Picker, ZTR 2009, 230, 237; Rudkowski, NZA 2012, 74, 75; Schneider, S. 488 ff.; Sprink, S. 222 ff.; Wank, FS Reuter, S. 925, 925 ff.; Wicht, BB 2012, 1349, 1352.

⁴⁹² Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit v. 06.06.1997, aufgenommen in die Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997, ABl. Nr. L 14 v. 20.01.1998, S. 9 ff.; siehe auch bspw. Erfk/Preis, § 2 TzBfG, Rn. 1.

Teilzeit wird in dieser Arbeit mit dem EuGH in die Gruppe der ruhenden Arbeitsverhältnisse eingeordnet, da während dieser Zeit – wie eben ausgeführt – kein Arbeitsverhältnis mit hundertprozentiger Arbeitszeit besteht; die Arbeitsverpflichtung ruht somit – von Arbeitnehmer und Arbeitgeber vereinbart – zumindest zum Teil.⁴⁹³

Um aus Teilzeitkonstellationen Implikationen hinsichtlich einer Voraussetzung einer Erarbeitung des Urlaubsentgelts ableiten zu können, ist insbesondere von Relevanz, was unionsrechtlich für den Urlaubsanspruch bei einem Arbeitszeitwechsel vorgegeben ist. Kann der Anspruch jeweils an die neuen Umstände angepasst werden oder bleibt er als Wert erhalten?

aa) Rechtsprechung des EuGH

Im Rahmen von Teilzeitkonstellationen wurden vom EuGH in einer Reihe von Entscheidungen viele Vorgaben bezüglich der Urlaubs- und damit auch der Urlaubsentgeltansprüche entwickelt.

(1) *Landeskrankenhäuser Tirols-Entscheidung*

Das erste Urteil des EuGH, das auf eine Voraussetzung der Erarbeitung hinwies, war die *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols-Entscheidung* vom 22.04.2010⁴⁹⁴, in der es mittelbar um die Beurteilung eines österreichischen Gesetzes ging. Dieses Gesetz⁴⁹⁵ beinhaltete, dass bei einer Änderung der Beschäftigungsdauer das Ausmaß des noch nicht verbrauchten Urlaubs aliquot – also anteilig – angepasst werden müsse. In Frage stand also die unionsrechtliche Bestimmung des Urlaubsanspruchs bei einem Wechsel von einer Voll- in eine Teilzeitbeschäftigung und damit zusammenhängend, ob die daraus resultierende Verringerung des Urlaubsentgelts europarechtskonform ist.⁴⁹⁶

Grundlegend entschied der EuGH an dieser Stelle, dass der Jahresurlaub und damit auch die Urlaubsvergütung bei einer Teilzeitbeschäftigung nach dem Pro-rata-temporis-Grundsatz umzurechnen und so an die Arbeitszeit anzupassen seien.⁴⁹⁷ Dabei ließ er es jedoch nicht bewenden und führte erstmalig aus, dass der Urlaubsanspruch und seine Vergütung bei einem unterjähri-

⁴⁹³ Auch der Gerichtshof sieht Teilzeit und ruhende Arbeitsverhältnisse – wie etwa in der Konstellation der Kurzarbeit – als vergleichbar an. So führte der EuGH diesbezüglich etwa aus: „Dazu ist festzustellen, dass Kurzarbeiter, formell betrachtet, zwar einen Vollzeitarbeitsvertrag haben. Während der Kurzarbeit sind je doch, wie in den Randnrn. 13 und 28 des vorliegenden Urteils dargelegt worden ist, die gegenseitigen Leistungspflichten des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers nach Maßgabe der Arbeitszeitverkürzung suspendiert, wenn nicht gar völlig aufgehoben. Daraus folgt, dass Kurzarbeiter, als „vorübergehend teilzeit beschäftigte Arbeitnehmer“ anzusehen sind, da ihre Situation faktisch der von Teilzeitbeschäftigten vergleichbar ist.“, Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 32.

⁴⁹⁴ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215.

⁴⁹⁵ § 55 Abs. 2 Landes-Vertragsbedienstetengesetz (L-VBG).

⁴⁹⁶ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 27 ff.

⁴⁹⁷ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 33; siehe zum Pro-rata-temporis-Grundsatz § 4 Abs. 2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeit im Anhang der Richtlinie 97/81/EG, ABl. Nr. L 14/9 v. 20.09.1998.

gen Wechsel von einer Voll- auf eine Teilzeitbeschäftigung nicht anhand der aktuellen Arbeitszeit der Inanspruchnahme des Urlaubs, sondern vielmehr anhand der Zeit des Entstehens des Anspruchs zu bemessen seien.⁴⁹⁸ Dies begründete der Gerichtshof vornehmlich mit der Erholungsfunktion des Jahresurlaubs. Die Bedeutung der Ruhezeit für die Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer werde nicht dadurch beeinträchtigt, dass sie nicht im Bezugszeitraum sondern später in Anspruch genommen werde.⁴⁹⁹ Daraus ergebe sich, dass die Arbeitszeit des Arbeitnehmers während der Inanspruchnahme des Urlaubs in keinem Zusammenhang mit der Zeit des Erwerbs des Urlaubs während eines früheren Bezugszeitraums stehe.⁵⁰⁰ Der EuGH konstatierte hierzu, dass das Europarecht einer Bestimmung entgegenstehe, „nach der bei einer Änderung des Beschäftigungsausmaßes eines Arbeitnehmers das Ausmaß des noch nicht verbrauchten Erholungsurlaubs in der Weise angepasst wird, dass der von einem Arbeitnehmer, der von einer Vollzeit- zu einer Teilzeitbeschäftigung übergeht, in der Zeit der Vollzeitbeschäftigung erworbene Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub, dessen Ausübung dem Arbeitnehmer während dieser Zeit nicht möglich war, reduziert wird oder der Arbeitnehmer diesen Urlaub nur mehr mit einem geringeren Urlaubsentgelt verbrauchen kann.“⁵⁰¹ Durch die Arbeitszeitveränderung dürfe also ein bereits entstandener Urlaubsanspruch auf diese Weise nicht gemindert werden – und zwar ausdrücklich weder die Freistellungszeit noch die Urlaubsvergütung. Anders sei dies für den laufenden Urlaub zu beurteilen, dieser dürfe durchaus pro-rata-temporis angepasst werden; nicht jedoch der Urlaubsanspruch, der in der Vollzeit bereits „erworben“⁵⁰² wurde.⁵⁰³ Dabei leitete der EuGH den Pro-rata-temporis-Grundsatz zwar aus § 4 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit⁵⁰⁴ ab,⁵⁰⁵ bezog sich aber ansonsten und auch insgesamt vornehmlich auf die Arbeitszeitrichtlinie, die auch den Urlaub regelt.⁵⁰⁶ Weder die Richtlinie 2003/88/EG noch § 4 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung würden dabei jedoch Regelungen enthalten, die es den Mitgliedstaaten erlaubten, einen Verlust eines einmal erworbenen Urlaubsanspruchs vorzusehen.⁵⁰⁷

(2) *Brandes-Entscheidung*

Diese Ausführungen wurden durch das *Brandes*-Urteil vom 13.06.2013 noch weiter konkretisiert.⁵⁰⁸ Auch hier wurde die Vorlage an den EuGH durch die Frage nach der Pro-rata-temporis-

⁴⁹⁸ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 32.

⁴⁹⁹ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 30.

⁵⁰⁰ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 32.

⁵⁰¹ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 35.

⁵⁰² Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 32 f.

⁵⁰³ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 32 ff.

⁵⁰⁴ Anhang der Richtlinie 97/81/EG.

⁵⁰⁵ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 33.

⁵⁰⁶ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 31, 34.

⁵⁰⁷ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 34, unter Verweis auf Urteil Vicente Pereda, C-277/08, EU:C:2009:542, Rn. 19.

⁵⁰⁸ Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398.

Umrechnung von Urlaubsansprüchen aus der Vollzeit bei dem Wechsel von Voll- in Teilzeit ausgelöst. Grundlage der Entscheidung war jedoch diesmal keine abstrakte Urlaubsregelung, sondern der Fall einer Arbeitnehmerin, die ihre Beschäftigung von einer Vollzeitbeschäftigung mit fünf Tagen in der Woche auf eine Teilzeitregelung mit drei Arbeitstagen pro Woche umgestellt hatte.⁵⁰⁹ Das vorlegende Arbeitsgericht Nienburg wehrte sich dabei gegen das Vorbringen des Arbeitgebers, der eine Quotierung des Urlaubsanspruchs auch nach der *Tirol*-Entscheidung für unionsrechtskonform erachtet hatte. Er hatte angeführt, dass es in dem vorliegenden Fall nicht wie in der Rechtssache *Tirol* um eine stundenweise Berechnung der Urlaubsdauer gegangen, sondern dass stattdessen der Bezugszeitraum „Woche“ anzuwenden gewesen sei. Bei einer anteiligen Berechnung der Arbeitstage hätte sich die Anzahl der Urlaubswochen und damit auch die Urlaubsdauer nicht verringert, es hätten sich somit in diesem Fall keine Nachteile für den Arbeitnehmer ergeben.⁵¹⁰ Dem stellte sich das Arbeitsgericht entgegen und legte stattdessen dem EuGH die Frage als Vorabentscheidung vor.⁵¹¹ Es konstatierte, der Arbeitgeber habe die Zeit des „Urlaubs“ mit der Zeit der „betrieblichen Arbeitszeit“ verwechselt, eine Quotierung einmal erworbener Urlaubsansprüche sei grundsätzlich europarechtsrechtswidrig.⁵¹²

Der Gerichtshof bestätigte daraufhin das vom Arbeitsgericht zum Ausdruck gebrachte Verständnis des Unionsrechts.⁵¹³ Dabei bezog er sich neben der Arbeitszeitrichtlinie und nun auch Art. 31 Abs. 2 GR-Charta⁵¹⁴ maßgeblich auf das *Tirol*-Urteil und wiederholte die dort getroffenen Aussagen ohne eine weitere Argumentation.⁵¹⁵ Er betonte zunächst unter Bezugnahme auf § 4 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit und das *Tirol*-Urteil den grundsätzlich weiterhin anzuwendenden Pro-rata-temporis-Grundsatz bei der Teilzeit.⁵¹⁶ Im Anschluss konstatierte der Gerichtshof dann erneut ausdrücklich, dass mit einer Kürzung des bereits während der Vollzeit erworbenen Urlaubs auch eine – widerrechtliche – Kürzung des Urlaubsentgelts einhergehe.⁵¹⁷ Dabei sprach er im Zusammenhang mit der Zeit der Vollzeitbeschäftigung wiederum von „Bezugszeiträumen“⁵¹⁸ für die Urlaubsberechnung.

Im Anschluss daran hob der EuGH erstmalig ausdrücklich hervor, dass ein Arbeitnehmer, der eine Woche urlaubsbedingt freigestellt werde, aber nur an drei Tagen in der Woche arbeite, dennoch nur drei Tage Urlaub habe und dies nicht etwa als Äquivalent zur Vollzeit fünf Urlaubstagen entspreche.⁵¹⁹ Damit lehnte der Gerichtshof ein Abstellen lediglich auf die reine

⁵⁰⁹ Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 10 ff.

⁵¹⁰ ArbG Nienburg v. 04.09.2012, BB 2012, 3080, 3080 ff.; siehe im Nachgang auch Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 16 ff.

⁵¹¹ ArbG Nienburg v. 04.09.2012, BB 2012, 3080, 3080 ff.

⁵¹² ArbG Nienburg v. 04.09.2012, BB 2012, 3080, 3080 ff.; siehe auch Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 18 f.

⁵¹³ Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 22.

⁵¹⁴ Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 26 ff.

⁵¹⁵ Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 30 ff.

⁵¹⁶ Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 31.

⁵¹⁷ Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 33.

⁵¹⁸ Siehe etwa Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 30.

⁵¹⁹ Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 38.

Freizeitphase – hier eine arbeitsfreie Woche – als Urlaubszeit ab.⁵²⁰ Dies stelle eine Verwechslung der normalen beruflichen Inaktivität aufgrund der Vereinbarung im Arbeitsverhältnis und des tatsächlich genommenen Urlaubs dar.⁵²¹

(3) *Greenfield-Entscheidung*

In seinem am 11.11.2015 ergangenen *Greenfield*-Urteil hatte der Gerichtshof dann weiter zu entscheiden, wie der Urlaubsanspruch in dem umgekehrten Fall eines Wechsels von einer Teilzeit- in eine Vollzeitstätigkeit zu berechnen ist.⁵²² Hier führte der EuGH aus, dass weder § 4 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit noch Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG nach der erfolgten Änderung der Arbeitszeit eine Nachberechnung der „bereits entstandenen Ansprüche auf Jahresurlaub“⁵²³ gemessen an dem aktuellen Arbeitsrhythmus verlangten. Vielmehr sei hinsichtlich des Entstehens des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub jeweils zwischen diesen verschiedenen Arbeitsrhythmen zu unterscheiden.⁵²⁴ Die Zahl der erworbenen „Einheiten an jährlicher Ruhezeit“ im Vergleich zur jeweiligen Zahl der „geleisteten Arbeitseinheiten“ sei daher für jeden Arbeitsabschnitt einzeln zu berechnen.⁵²⁵ Diese vorzunehmende Unterscheidung habe dabei jedoch keinerlei Auswirkung auf deren Ausübung,⁵²⁶ was dazu führen würde, dass sich der Jahresurlaubsanspruch bei einem Wechsel von Teil- in die Vollzeit grundsätzlich insgesamt verringere.⁵²⁷ Eine Nachberechnung auf einen vollen Vollzeit-Urlaubsanspruch sei demnach nicht vorzunehmen.⁵²⁸ Selbstverständlich sei es den Mitgliedstaaten dabei jedoch freigestellt, günstigere Regelungen für die Arbeitnehmer diesbezüglich zu erlassen, dies ergebe sich auch bereits aus § 6 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit und Art. 15 der Richtlinie 2003/88/EG, die klarstellen würden, dass nur ein Mindestschutz gewährleistet sei.⁵²⁹

Zur Begründung dieser unionsrechtlich vorgegebenen Verringerung der Urlaubsansprüche bei einem Wechsel von der Teil- in die Vollzeit argumentierte der EuGH dabei erneut maßgeblich mit dem Zweck der Erholung. Daraus ergebe sich, dass der Anspruch auf Urlaub in Relation zur Arbeitsleistung erworben werde.⁵³⁰ Darüber hinaus erfolgte wiederum ein Rekurs auf die

⁵²⁰ Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 40.

⁵²¹ Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 41.

⁵²² Urteil Greenfield, C-219/14, EU:C:2015:745.

⁵²³ Urteil Greenfield, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 38.

⁵²⁴ Urteil Greenfield, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 29, 35.

⁵²⁵ Urteil Greenfield, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 35, 42.

⁵²⁶ Urteil Greenfield, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 40.

⁵²⁷ Urteil Greenfield, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 44.

⁵²⁸ Im Ergebnis Urteil Greenfield, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 44.

⁵²⁹ Urteil Greenfield, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 38 ff.

⁵³⁰ Urteil Greenfield, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 29.

Tirol-Entscheidung und diesmal auch auf die *Brandes*-Entscheidung, was die Argumentation erneut größtenteils ersetzte.⁵³¹

bb) Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland

In Deutschland wurde der Urlaub, also insbesondere auch die Urlaubsvergütung, zunächst in der Weimarer Zeit als Gegenleistung für erbrachte Dienste angesehen, also als eine Art Entgelt.⁵³² Diese Strömung wurde dementsprechend dann auch Entgelttheorie genannt.⁵³³ Dabei wurde zwar der Urlaub insgesamt als Lohn gesehen, wie bereits anhand der Terminologie zu sehen ist, wurde der Akzent jedoch auf das Urlaubsentgelt gelegt.⁵³⁴ So wurde etwa vertreten, der Arbeitnehmer einige sich mit dem Arbeitgeber darauf, lediglich elf Monate im Jahr zu arbeiten, der zwölfte sei frei. Das durch die Arbeitsleistung im restlichen Jahr verdiente Urlaubsentgelt solle dann während dieses freien Monats ausgezahlt werden, und somit den Urlaub ausmachen.⁵³⁵ Urlaub sei demnach insgesamt ein reiner Lohnanspruch.⁵³⁶

Nachdem die Entgelttheorie 1938 aufgegeben worden war,⁵³⁷ galt in Deutschland grundsätzlich die Prämisse, dass die Teilzeit keinen Einfluss auf die Entstehung des Urlaubsanspruchs habe, da jedem Arbeitnehmer ein Anspruch auf bezahlten Urlaub zustehe.⁵³⁸ Dies wurde zunächst darauf zurückgeführt, dass das Arbeitsverhältnis ein Treueverhältnis darstelle und Urlaub in

⁵³¹ Urteil *Greenfield*, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 33 f.; siehe auch Rn. 40 mit den Verweisen auf Urteil *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, C-124/05, EU:C:2006:244, Rn. 30 sowie Urteil *KHS*, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 32.

⁵³² Siehe etwa RAG v. 13.03.1929 ARS 6, 75, 79 f.; RAG v. 11.01.1930, ARS 8, 280, 284; RAG v. 26.03.1930, ARS 9, 222, 222 ff.; RAG v. 20.05.1931, ARS 3, 92, 93 ff.; RAG v. 20.05.1931, ARS 12, 92, 94; RAG v. 24.11.1937, ARS 31, 273, 274 f.; *Bührrig*, AuR 1954, 371, 372 f.; *Dänzer-Vanotti*, NZfA 1929, 455, 459 ff.; *Dissinger*, NZfA 1926, 595, 596 ff.; *Günther*, AuR 1963, 77, 79; *Ihmels*, S. 36; *Möckel*, Das Schlichtungswesen 1927, 29, 30; *Nikisch*, NZfA 1928, 133, 148; *Nipperdey*, ARS 6, 80, 81; *Schwerdtner*, S. 154 f., 160 ff.; *Zunft*, NZfA 1926, 589, 591; a.A. *Dersch*, ARS 31, 276, 276 f.; siehe auch *Dissinger*, S. 18 ff., der Urlaub zwar für eine Gegenleistung für geleistete Dienste ansieht, ihn dabei jedoch nicht direkt als eine Art von Entgelt charakterisiert, sondern als Anspruch sui generis.

⁵³³ Darstellend *Neumann*, Rda 1977, 265, 266; *Renaud*, S. 15 ff.; *Schlephorst*, S. 35; *Streblov*, S. 6 ff. m.w.N.

⁵³⁴ *Ihmels*, S. 36; *Schwerdtner*, S. 154 f., 160 ff.; andere differenzierten bei der Betrachtung als Entgelt nicht zwischen Freistellung und Vergütung. Es sei unerheblich, dass der Urlaub schwerlich einer bestimmten Arbeitsleistung zuzuordnen sei, es ginge vielmehr um das Gesamtgefüge von Leistungen und Gegenleistungen innerhalb des Arbeitsverhältnisses, RAG v. 24.11.1937, ARS 31, 273, 274 f.; *Renaud*, S. 30 f.; siehe auch *Ihmels*, S. 23 f. m.w.N.

⁵³⁵ *Dänzer-Vanotti*, NZfA 1929, 455, 459 ff.; *Zunft*, NZfA 1926, 589, 592; siehe auch *Ihmels*, S. 21 und *Renaud*, S. 14 f., beide m.w.N. Dabei wurde angenommen, dass der Arbeitnehmer jeweils etwas weniger Lohn pro Stunde und Tag erhalte und dies dann addiert die Vergütung während des Urlaubs darstelle, siehe etwa *Schütz/Hauck/Schütz*, L. Urlaubsentgelt, Rn. 693 ff.

⁵³⁶ *Klotz*, NZfA 1932-33, 555, 557 ff.; *Simson*, NZfA 1929, 139, 139; *Zunft*, NZfA 1926, 589, 592; diese Ansicht besagt, dass der Gesamtlohn eines Jahres der Lohn für die reine Arbeitszeit und der Urlaubszeit ist, darstellend *Streblov*, S. 11.

⁵³⁷ Seit RAG v. 16.03.1938, ARS 32, 316, 319 f.; im Weiteren etwa BAG v. 20.04.1956, AP § 611 BGB Nr. 6 Urlaubsrecht; BAG v. 07.02.1957, AP § 611 BGB Nr. 18 Urlaubsrecht; *Hueck/Nipperdey*, S. 432; siehe darstellend und befürwortend auch *Nikisch*, S. 520 f.

⁵³⁸ BAG v. 21.10.1965, AP § 1 BUrlG Nr. 1; BAG v. 14.02.1991, AP § 3 BUrlG Nr. 1 Teilzeit; BAG v. 14.01.1992, AP § 3 BUrlG Nr. 5; *Hohmeister/Oppermann/Hohmeister*, § 1 BUrlG, Rn. 12; *Hueck/Nipperdey*, S. 440; *Leinemann/Linck*, § 1 BUrlG, Rn. 63; *Powietzka/Rolf*, § 3 BUrlG, Rn. 14.

diesem Zusammenhang dazu dienen sollte, im Interesse des Volksganzen Arbeitskraft zu erhalten und neu zu beleben.⁵³⁹ Später wurde hingegen insbesondere argumentiert, im BUrlG werde nicht zwischen Arbeitnehmern in Vollzeit und Arbeitnehmern in Teilzeit und größerem und kleinerem Erholungsbedürfnis differenziert,⁵⁴⁰ einer solchen Diskriminierung stehe auch § 4 TzBfG entgegen.⁵⁴¹ Seien demnach die allgemeinen Voraussetzungen des Bestehens des Arbeitsverhältnisses und der Beendigung der Wartezeit erfüllt, könne der Arbeitnehmer in jedem Fall den vollen Urlaubsanspruch geltend machen. Aber es erfolgte bereits damals in Deutschland eine anteilige Berechnung in Bezug auf die zum Zeitpunkt der Urlaubsfreistellung geschuldete Arbeitsleistung. So hatte jeder Arbeitnehmer zwar zunächst grundsätzlich einen Urlaubsanspruch in Höhe der gesetzlich vorgegebenen 24 Werktage nach § 3 Abs. 1 BUrlG,⁵⁴² wobei Werktage nach § 3 Abs. 2 BUrlG alle „Kalendertage, die nicht Sonn- oder gesetzliche Feiertage sind“ waren.⁵⁴³ Betrug die Arbeitszeit zum Zeitpunkt des Urlaubs jedoch nicht sechs Tage pro Woche, wurde diese Teil- zur Vollzeittätigkeit ins Verhältnis gesetzt und der Urlaubsanspruch nach dem im BUrlG nicht explizit erwähnten Pro-rata-temporis-Grundsatz umgerechnet.⁵⁴⁴ Es erfolgte demnach eine Anpassung der vom BUrlG vorgeschriebenen Mindestanzahl der freigestellten Arbeitstage bei einer Sechstageswoche im Jahr auf die konkret zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Urlaubs bestehende Arbeitszeit⁵⁴⁵ nach der folgenden Formel: Mindesturlaubstage geteilt durch Werktage pro Woche multipliziert mit den Arbeitstagen einer Woche.⁵⁴⁶

⁵³⁹ RAG v. 16.03.1938, ARS 32, 316, 319 f.

⁵⁴⁰ BAG v. 26.10.1956, AP § 611 BGB Nr. 16 Urlaubsrecht; BAG v. 21.10.1965, AP § 1 BUrlG Nr. 1; Hohmeister/Oppermann/Hohmeister, § 2 BUrlG, Rn. 13; Neumann/Fenski/Kühn/Neumann, § 2 BUrlG, Rn. 44; Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein, § 1 BUrlG, Rn. 58 f.; Trieschmann, BB 1956, 372, 373; a.A. Nikisch, AP § 1 BUrlG Nr. 1.

⁵⁴¹ Kock/Heyde, BB 2013, 2938, 2938.

⁵⁴² BAG v. 08.03.1984 – 6 AZR 442/83 – juris; BAG v. 27.01.1987, NZA 1987, 462, 463; BAG v. 14.01.1992, NZA 1992, 759, 760; Krasshöfer, AuA 1995, 299, 301 f.; vertiefend und m.w.N. Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein, § 1 BUrlG Rn. 57 ff.; Trieschmann, BB 1956, 372, 373.

⁵⁴³ Siehe auch Leinemann/Linck, DB 1999, 1498, 1498.

⁵⁴⁴ BAG v. 28.04.1998, NZA 1999, 156, 157; BAG v. 08.05.2001, NZA 2001, 1254, 1256; Busch, NZA 1996, 1246, 1248; Danne, DB 1990, 1965, 1969 f.; Friese, S. 39; Kock/Heyde, BB 2013, 2938, 2938; Leinemann/Linck, § 3 BUrlG, Rn. 53 ff.; Leinemann/Linck, DB 1999, 1498, 1499; Schaub/Linck, § 104, Rn. 49.

⁵⁴⁵ BAG v. 14.01.1992, AP § 3 BUrlG Nr. 5; Bengelsdorf, DB 1988, 1161, 1162 ff.; Erfk/Gallner, § 3 BUrlG, Rn. 20; Hueck/Nipperdey, S. 441; Nikisch, S. 538; Schneider, S. 108 f. m.w.N.; siehe auch Entscheidung BAG v. 23.07.1976, AP § 11 BUrlG Nr. 1 Urlaubsgeld, in der das BAG das Urlaubsgeld in Abhängigkeit von einem für den betreffenden Urlaubstag bestehenden Anspruch auf Urlaubsentgelt ansah; zu der Zeit vor Inkrafttreten des BUrlG siehe etwa auch BAG v. 26.10.1956, AP § 611 BGB Nr. 16 Urlaubsrecht.

⁵⁴⁶ BAG v. 27.01.1987, AP § 13 BUrlG Nr. 30; BAG v. 08.05.2001, AP § 1 TVG Nr. 1 Tarifverträge: Blumenbinder; MünchHdb-ArbR/Leinemann, 2. Aufl., § 89, Rn. 61. Bei unregelmäßigen Arbeitszeiten wurde dabei hinsichtlich der Arbeitstage teilweise auch ein längerer Zeitraum als die vier Wochen während des Urlaubs für die Berechnung des Zeitfaktors herangezogen, z.B. ein Jahr, siehe etwa BAG v. 22.10.1991, NZA 1993, 79, 80 f.; BAG v. 03.05.1994, NZA 1995, 477, 478 f.; Busch, 1996, 1246, 1248; Hahn, öAT 2014, 222, 223; Krasshöfer, AuA 1995, 299, 302 f.; Leinemann/Linck, DB 1999, 1498, 1500; MünchHdb-ArbR/Leinemann, 2. Aufl., § 89, Rn. 63, 64. Arbeite ein Arbeitnehmer an mehr Tagen als den gesetzlich vorgegebenen sechs Werktagen, so konnte es auch durchaus auf der Grundlage der Pro-rata-temporis-Berechnung zu einer Vermehrung der Urlaubs- und entgeltansprüche kommen, Krasshöfer, AuA 1995, 299, 302; Leinemann/Linck, DB 1999, 1498, 1502; Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein, § 3 BUrlG, Rn. 23.

Diese Berechnungsweise führte zwar dazu, dass bei einer Teilzeitbeschäftigung von etwa drei Tagen pro Woche ein im Vergleich zu der Vollzeitkonstellation verminderter Anspruch auf *bezahlte* Freistellungstage – also Urlaubstage – bestand. Es wurde jedoch maßgeblich darauf abgestellt, dass sich hingegen die Anzahl der *Urlaubswochen* nicht verringere.⁵⁴⁷ Denn an den übrigen Werktagen der vier Wochen Mindesturlaub sei der Arbeitnehmer ja ohnehin aufgrund der teilzeitbedingt fehlenden Arbeitsverpflichtung – wenn auch unbezahlt – freigestellt. Der Fokus bei der Bestimmung des Urlaubs wurde somit statt auf die *Urlaubstage* auf die *Urlaubswochen* gelegt.

Da damit auch der Zeitfaktor bei der Berechnung des Urlaubsentgelts pro-rata-temporis berechnet wurde, führte dies in Teilzeitkonstellationen zu einer im Vergleich zur Vollzeit verminderten Urlaubsvergütung.⁵⁴⁸

Verringerte ein Arbeitnehmer hingegen nicht seine Arbeitstage pro Woche, sondern seine Stunden pro Tag, veränderte sich der Zeitfaktor nicht. In dieser Konstellation verringerte sich jedoch der Geldfaktor, der wie gehabt anhand der letzten dreizehn Wochen vor dem Urlaub bemessen wurde.⁵⁴⁹

Diese Annahmen führen zu folgender stark vereinfachter, beispielhafter Berechnung: Ein Arbeitnehmer, der zunächst bis zum 30.06. eines Jahres in Vollzeit mit sechs Arbeitstagen pro Woche mit einem Entgelt von 3000 Euro monatlich beschäftigt war und ab dem 01.07. einer Teilzeitbeschäftigung von drei Tagen pro Woche mit 1500 Euro monatlichem Gehalt bei demselben Arbeitgeber nachgeht, möchte zum 01.11. seinen Jahresurlaub antreten. Dabei ist der gesetzliche Mindesturlaub in § 3 BUrlG geregelt und beträgt 24 Werktage, also für den Arbeitnehmer im Beispiel vier Wochen im Fall der Vollzeit. Um zu eruieren, welchen Mindesturlaubs- und damit auch Urlaubsentgeltanspruch der Arbeitnehmer nun nach der ursprünglichen Sichtweise während der Teilzeit nach einem unterjährigen Wechsel hätte, müsste man die Werk- auf die Arbeitstage umrechnen, das wären in diesem Fall drei, also die Hälfte. Folglich würde auch der Urlaubsanspruch um die Hälfte gekürzt. Der Jahresurlaub des Arbeitnehmers als Zeitfaktor des Urlaubsentgelts betrüge demnach nur noch zwölf Tage, was aber faktisch immer noch vier Wochen Freistellung ergäbe. Der Geldfaktor wäre nun weiter das durchschnittliche Tages-Teilzeitgehalt der letzten dreizehn Wochen vor Urlaubsantritt, was in diesem Fall hieße, dass der Geldfaktor im Vergleich zur Vollzeit gleichbliebe. In diesem Fall würde sich

⁵⁴⁷ Siehe etwa BAG v. 08.05.2001, AP § 1 TVG Nr. 1 Tarifverträge: Blumenbinder; Hohmeister/Oppermann/Hohmeister, § 1 BUrlG, Rn. 12; siehe zu dem Beispiel auch Powietzka/Rolf, § 3 BUrlG, Rn. 14 oder Hueck/Nipperdey, S. 441, Fn. 58; zu der grundsätzlichen Berechnung bei einem Wechsel siehe Arnold/Tillmanns/Tillmanns, § 11 BUrlG, Rn. 81; Kock/Heyde, BB 2013, 2938, 2938.

⁵⁴⁸ Im Ergebnis BAG v. 23.07.1976, AP § 11 BUrlG Nr. 1 Urlaubsgeld; Gumpert, BB 1956, 375, 375; Nikisch, RdA 1949, 70; a.A. Trieschmann, BB 1956, 372, 374, der vertritt, dass der Zeitfaktor des Urlaubsentgelts anhand der *Werktage* aus der Vollzeit zu berechnen sei, nicht anhand der tatsächlichen *Arbeitstage*; diesbezüglich möchte er die Freistellung von der Urlaubsvergütung abkoppeln.

⁵⁴⁹ BAG v. 28.04.1998, NZA 1999, 156, 157; siehe auch etwa das Berechnungsbeispiel bei Leinemann/Linck, § 11 BUrlG, Rn. 53 f.; zu der stundenweisen Berechnung des Geldfaktors siehe Powietzka/Rolf, § 11 BUrlG, Rn. 34.

zwar das Arbeitsentgelt pro Woche halbieren, die Vergütung pro Arbeitstag jedoch gleichbleiben, da sich nicht die Arbeitsstunden pro Tag verringert hätten, sondern die Arbeitstage pro Woche. Der Arbeitnehmer könnte also zum 01.11. zwölf Tage – beziehungsweise unverändert vier Wochen – Urlaub mit einem halbierten Urlaubsentgelt von nunmehr ca. 1500 Euro verlangen. Hätte er den Jahresurlaub eher, beispielsweise zum 01.03., also in der Vollzeit-Arbeitsperiode genommen, hätte er Anspruch auf 24 Tage beziehungsweise immer noch vier Wochen Freistellung und ca. 3000 Euro Urlaubsvergütung gehabt.

Bei dem anderen möglichen Modell eines Wechsels in eine Teilzeitbeschäftigung, bei dem keine Verringerung der Tage pro Woche, sondern lediglich eine Verringerung der Stunden pro Tag erfolgt, bliebe hingegen die grundsätzliche Zahl der Urlaubstage trotz des Bestehens der Pro-rata-temporis-Umrechnung aufgrund der in Deutschland vorgenommenen Berechnung des Urlaubs in Tagen gleich. Das hieße, dass sich der Zeitfaktor von 24 Tagen bei der Berechnung des Urlaubsentgelts im Vergleich zur Vollzeit nicht verändern würde. Bei diesem Arbeitszeit-Verringerungs-Modell würde sich aber der Geldfaktor halbieren, indem sich das Arbeitsentgelt pro gearbeitetem Arbeitstag halbierte; es würden ja auch nur noch halb so viele Stunden pro Tag gearbeitet. Der Geldfaktor betrüge demnach hier nur noch halb so viel wie bei der Vollzeittätigkeit. Auch bei diesem Teilzeitmodell könnte der Arbeitnehmer in dem Beispielfall zum 01.11. demnach ca. 1500 Euro Urlaubsentgelt und weiterhin vier Wochen Urlaub verlangen, hätte aber diesmal einen Anspruch auf 24 Tage Freistellung.

Das in Deutschland vorzunehmende Berechnungsmodell der Urlaubsvergütung führte somit bei einem Wechsel in die Teilzeit in jedem Fall zu einer Kürzung:⁵⁵⁰ Wurden die Arbeitstage reduziert, reduzierte sich dementsprechend der Zeitfaktor, erfolgte eine Reduktion der Stunden pro Tag, führte dies zu einer Kürzung des Geldfaktors. Der jeweils andere Berechnungsfaktor blieb dabei hingegen konstant. Diese Vorgehensweise war also für den Arbeitnehmer bei einem Wechsel von einer Voll- in die Teilzeit in jedem Fall unvorteilhaft. Vorteilhaft war sie dagegen bei einem Wechsel in die Vollzeit.⁵⁵¹

Diese Verfahrensweise ging auf die grundsätzliche Annahme zurück, dass der Urlaubsanspruch von der aktuell bestehenden Arbeitspflicht befreien solle, ohne die Pflicht zur Zahlung des aktuell vorliegenden *Arbeitsentgelts* zu berühren.⁵⁵² Bei der Umrechnung sei es daher nicht erheblich, welche Arbeitsleistung pro Jahr insgesamt geleistet werde, sondern vielmehr, welche Arbeitszeit aktuell geschuldet sei.⁵⁵³ Dieses zukunftsbezogene Vorgehen bei der Konstellation eines Arbeitszeitwechsels verdeutlicht, dass es nach der ursprünglich in Deutschland vertrete-

⁵⁵⁰ Siehe grundsätzlich dazu etwa *Stiebert/Imani*, ZESAR 2013, 164, 167.

⁵⁵¹ BAG v. 28.04.1998, AP § 3 BUrlG Nr. 7; *Kock/Heyde*, BB 2013, 2938, 2941.

⁵⁵² Siehe dazu beispielhaft BAG v. 22.01.2002, NZA 2002, 1041, 1044; BAG v. 20.09.2011, NJW 2012, 634, 635; *Erk/Gallner*, § 1 BUrlG, Rn. 7; *Kock/Heyde*, BB 2013, 2938, 2938 f.

⁵⁵³ BAG v. 28.04.1998, NZA 1999, 156, 157; *Kock/Heyde*, BB 2013, 2938, 2939; MünchHdb-ArbR/*Leinemann*, 2. Aufl., § 89, Rn. 63.

nen Ansicht bei der Entstehung des Anspruchs auf Urlaubsentgelt nicht auf ein Vorliegen besonderer Voraussetzungen, etwa einer Erarbeitung ankam.⁵⁵⁴ Das Arbeitsverhältnis musste lediglich bestehen und die Wartezeit erfüllt sein.⁵⁵⁵ Als Begründung wurde unter anderem angeführt, dass der Urlaub im Rahmen der Entgeltfortzahlungstheorie losgelöst vom Urlaubsentgelt die Arbeitsleistung suspendiere und dabei keine Hauptpflicht, sondern lediglich Nebenpflicht sei. Er könne somit nicht das Synallagma zwischen Arbeitsleistung und deren Vergütung beeinflussen;⁵⁵⁶ insbesondere sei der Urlaub kein Entgelt für Arbeitsleistungen.⁵⁵⁷ Der dem Urlaubanspruch zugrunde liegende Gedanke war somit lediglich der des grundsätzlichen Arbeitsschutzes, in dessen Zusammenhang das Erbringen von Arbeitsleistungen beziehungsweise eine daraus resultierende Erholungsbedürftigkeit jedoch unerheblich war. Urlaub war demnach als eine Art Selbstzweck anzusehen.

Diese Ansicht war bereits damals nicht unumstritten,⁵⁵⁸ so wurde etwa auch vertreten, dass der Urlaub jeweils nach dem Zeitabschnitt zu berechnen sei, in dem der Anspruch entstehe.⁵⁵⁹

cc) Rezeption der EuGH-Rechtsprechung

In Bezug auf die Teilzeit scheinen der EuGH und die ursprüngliche Berechnungsweise in Deutschland also grundlegend zu divergieren; der EuGH favorisiert hier die Sichtweise von Urlaub als „Wertguthaben“⁵⁶⁰, also eine Art von „Entgelt“, in Deutschland scheint die Grundlage des Urlaubs größtenteils eher im Arbeitsschutz angesiedelt zu werden. Es mögen zwar aus europäischer Sicht „klare Hinweise“⁵⁶¹ für die Berechnung des Urlaubs im Zusammenhang mit der Teilzeit gegeben worden sein. Dennoch werden zu der Frage, wie dies nun im Rahmen des BUrlG zusammenzuführen und in einen Ausgleich zu bringen ist, in der Rechtsprechung und Literatur verschiedenste Lösungsansätze vorgeschlagen.

⁵⁵⁴ So insbesondere ausdrücklich BAG v. 08.03.1984 – 6 AZR 442/83 – juris; BAG v. 28.04.1998, NZA 1999, 156, 157; nicht bezüglich Teilzeitregelungen, aber grundsätzlich, siehe BAG v. 28.01.1982, AP § 3 BUrlG Nr. 11 Rechtsmissbrauch; BAG v. 13.05.1982, AP § 7 BUrlG Nr. 4 Übertragung.

⁵⁵⁵ St. Rechtsprechung seit BAG v. 28.01.1982, AP § 3 BUrlG Nr. 11 Rechtsmissbrauch; BAG v. 14.05.1986, AP § 7 BUrlG Nr. 26 Abgeltung; BAG v. 24.10.1989, AP § 7 BUrlG Nr. 52 Abgeltung; BAG v. 24.03.2009, AP § 7 BUrlG Nr. 39; BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61.

⁵⁵⁶ Danne, DB 1990, 1965, 1966.

⁵⁵⁷ Leinemann, DB 1983, 989, 990.

⁵⁵⁸ LAG Düsseldorf v. 07.10.1997 – 8 (18) Sa 1586/96 – juris; Fenski, NZA 2014, 1381, 1382 ff; Hohmeister/Oppermann/Hohmeister, § 3 BUrlG, Rn. 60 f.; Hohmeister, BB 1999, 798, 799; ein Äquivalenzerfordernis zwischen der Arbeit und dem Urlaub bejahend, jedoch noch im Zusammenhang mit § 242 BGB: Buchner, DB 1982, 1823, 1823; Buchner, EzA § 3 BUrlG Nr. 14; Peterek, EzA § 3 BUrlG Nr. 13.

⁵⁵⁹ So etwa für den aus dem Vorjahr übertragenen Urlaub LAG Düsseldorf v. 07.01.1997 – 8 (18) Sa 1586/96 – juris; Hohmeister, BB 1999, 798, 799.

⁵⁶⁰ Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 30 ff.

⁵⁶¹ So zumindest der EuGH im Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 33.

(1) Annahme eines Einflusses auf das Urlaubsentgelt, jedoch nicht auf die Freistellung

Der EuGH wurde zunächst im Rahmen des *Tirol*-Urteils größtenteils so verstanden, dass der Zeitfaktor in Form der Urlaubstage dennoch weiterhin umgerechnet werden könne,⁵⁶² andernfalls komme es zu einer Vermehrung von Urlaubsansprüchen und damit zu „geradezu skurrilen Ergebnissen“⁵⁶³ oder „erheblichen Wertungswidersprüchen“⁵⁶⁴. Es wurde geltend gemacht, dem EuGH sei lediglich daran gelegen gewesen, einen Verlust von Urlaubsansprüchen zu verhindern.⁵⁶⁵ Bei der nach deutschem Recht bis dato üblichen Pro-rata-temporis-Anpassung komme es jedoch nur zu einer Umrechnung der Anzahl der Urlaubstage, nicht einer Kürzung der Urlaubswochen.⁵⁶⁶ Insofern werde auch eine unzulässige Kürzung des Freistellungsanspruchs verhindert und die von der Richtlinie geforderte Zeitspanne von vier Wochen eingehalten.⁵⁶⁷

Das *Tirol*-Urteil habe darüber hinaus auch deshalb keinen Einfluss auf die Berechnung des Urlaubs im deutschen Recht, da es sich in dem damaligen Fall um österreichisches Recht gehandelt habe, wo das Stundenprinzip zur Anwendung komme. Daher wirke sich in Österreich jede Veränderung der täglichen Arbeitszeit auf die Urlaubsdauer aus. In Deutschland gelte hingegen das Tagesprinzip,⁵⁶⁸ bei dem es unerheblich sei, an wie vielen Stunden eines Arbeitstages der Arbeitnehmer zu arbeiten habe. Es sei nur relevant, an wie vielen Tagen pro Woche Arbeit zu leisten sei. Bleibe nach einer Verkürzung der wöchentlichen Arbeitszeit die Zahl der Arbeitstage gleich, ändere sich auch an der Zahl von Urlaubstagen nichts.⁵⁶⁹ Wende man darüber hinaus bei einer Verringerung der Arbeitstage pro Woche den Pro-rata-temporis-Grundsatz an, so verringere sich ebenfalls nicht die Urlaubsdauer, denn die Urlaubswochen blieben auch in diesem Fall gleich.⁵⁷⁰

Der Arbeitnehmer habe nunmehr aber einen Anspruch auf Bezahlung des vollständigen, während der Vollzeit erworbenen Urlaubsentgelts, etwa als eine Art „Wertguthaben“.⁵⁷¹ Schließlich

⁵⁶² LAG Hessen v. 30.10.2012, LAGE § 3 BuRlG Nr. 4; *Eckstein*, BB 2012, 3083, 3083 f.; *Fieberg*, NZA 2010, 925, 927 f.; *Bayreuther*, DB 2012, 2748, 2748; *Giesen*, FA 2013, 257, 257; HWK/Schinz, § 3 BuRlG, Rn. 37a; *Junker*, NZA 2011, 950, 954; *Powietzka/Christ*, NJW 2010, 3397, 3399; *Rambach/Feldmann*, ZTR 2010, 561, 565; *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 75; wohl auch *Wicht*, BB 2012, 1349, 1352; a.A. *Mittag*, AiB 2011, 65, 67.

⁵⁶³ *Bayreuther*, DB 2012, 2748, 2748, der auch Beispiele anführt; siehe auch HWK/Schinz, § 3 BuRlG, Rn. 36.

⁵⁶⁴ *Powietzka/Rolf*, § 3 BuRlG, Rn. 18.

⁵⁶⁵ *Fieberg*, NZA 2010, 925, 929; *Junker*, NZA 2011, 950, 954; *Powietzka/Christ*, NJW 2010, 3397, 3399.

⁵⁶⁶ *Bayreuther*, DB 2012, 2748, 2748; *Fieberg*, NZA 2010, 925, 929; *Junker*, NZA 2011, 950, 954; *Powietzka/Christ*, NJW 2010, 3397, 3399; *Powietzka/Rolf*, § 3 BuRlG, Rn. 20; *Rambach/Feldmann*, ZTR 2010, 561, 565 f.

⁵⁶⁷ *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1107 ff.

⁵⁶⁸ *ErtK/Gallner*, § 3 BuRlG, Rn. 14; *Fieberg*, NZA 2010, 925, 927; *Hohmeister/Oppermann/Hohmeister*, § 3 BuRlG, Rn. 33; *Junker*, NZA 2011, 950, 954; a.A. *Schubert*, RdA 2013, 370, 372.

⁵⁶⁹ *Fieberg*, NZA 2010, 925, 926 f.; *Junker*, NZA 2011, 950, 954.

⁵⁷⁰ *Fieberg*, NZA 2010, 925, 927, mit verdeutlichendem Beispiel.

⁵⁷¹ *Fieberg*, NZA 2010, 925, 928 f.; *Powietzka/Christ*, NJW 2010, 3397, 3399 f.; *Powietzka/Rolf*, § 11 BuRlG, Rn. 34; *Rambach/Feldmann*, ZTR 2010, 561, 566; *Schaub/Linck*, 15. Aufl., § 104, Rn. 48b; auf diese Weise würde der „Wert“ des Urlaubs aus der Vollzeit in Form der Ur-

sei für den EuGH nur maßgebend gewesen, dass sich das Urlaubsentgelt nicht verringere.⁵⁷² Eine solche Vergütung, bei der der Geld- von dem Zeitfaktor abgekoppelt werden müsste, sieht das BUrlG jedoch zunächst nicht vor, die Höhe des Urlaubsentgelts richtet sich grundsätzlich nach der Höhe der tatsächlichen Freistellung, sodass eine Herleitung aus §§ 1, 3 BUrlG nicht in Betracht kam.⁵⁷³ Als methodische Einordnung wurde stattdessen teilweise eine europarechtskonforme Auslegung des § 11 BUrlG⁵⁷⁴ oder eine analoge Anwendung des § 7 Abs. 4 BUrlG⁵⁷⁵ vorgeschlagen.

Dieser Linie treu bleibend, wurde hinsichtlich einer Vermehrung der Arbeitszeit – selbst im Nachgang der *Greenfield*-Entscheidung – vertreten, dass eine Quotierung weiterhin vorzunehmen sei, die in einem solchen Fall zu einer Vermehrung der Urlaubstage und Urlaubsvergütung führen würde.⁵⁷⁶

(2) Annahme eines Einflusses auf Urlaubsentgelt und -freistellung

Auch zum damaligen Zeitpunkt gab es jedoch bereits Gegenstimmen, die diese Vorgehensweise hinterfragten und sehr wohl einen Einfluss des *Tirol*-Urteils des EuGH auf das deutsche Recht bejahten.⁵⁷⁷

So konstatierte etwa *Höpfner*, der EuGH stelle durch sein Verbot der Minderung von Urlaubsansprüchen auf einen entgeltlichen Freizeitcharakter des Urlaubs ab.⁵⁷⁸

In der deutschen Rechtsprechung und teilweise auch in der Literatur wurde der EuGH darüber hinaus besonders in Folge der *Brandes*-Entscheidung so verstanden, dass die Zeit der Vollzeittätigkeit europarechtskonform nun vollständig in die Berechnung der Höhe der Ansprüche sowohl auf Urlaubsfreistellung als auch auf Urlaubsentgelt miteinbezogen werden müsse. Weder die Urlaubsdauer noch die Urlaubsvergütung dürfe sich verringern.⁵⁷⁹ Der während des Bezugszeitraums der Vollzeit erworbene Urlaubsanspruch liege in der Vergangenheit und stehe

laubsvergütung vollständig erhalten bleiben, Arnold/Tillmanns/Tillmanns, § 11 BUrlG, Rn. 85 f.; Powietzka/Christ, NJW 2010, 3397, 3399 f.; Schubert, NZA 2013, 1105, 1107 ff.

⁵⁷² Rambach/Feldmann, ZTR 2010, 561, 566 f.; Schaub/Linck, 15. Aufl., § 104, Rn. 48b; Schubert, NZA 2013, 1105, 1105.

⁵⁷³ Schubert, NZA 2013, 1105, 1109.

⁵⁷⁴ Fieberg, NZA 2010, 925, 930; Powietzka/Christ, NJW 2010, 3397, 3399 f.; Powietzka/Rolf, § 11 BUrlG, Rn. 35; es wurde mitunter auch vertreten, § 11 Abs. 1 BUrlG sei im Fall eines Wechsels in die Teilzeit unwirksam, da das Referenzprinzip in dem Fall nicht mehr einzuhalten sei, Kock/Heyde, BB 2013, 2938, 2940.

⁵⁷⁵ Schubert, NZA 2013, 1105, 1109.

⁵⁷⁶ NK-GA/Düwell, § 3 BUrlG, Rn. 30.

⁵⁷⁷ Höpfner, RdA 2013, 65, 66; Mittag, AiB 2011, 65, 67; nicht eindeutig entscheidend Rudkowski, EuZA 2013, 260, 264; siehe auch ArbG Nienburg v. 04.09.2012, BB 2012, 3080, 3081 ff.; nach der Vorlage, aber noch vor der Brandes-Entscheidung des EuGH auch Stiebert/Imani, ZESAR 2013, 164, 167 ff.

⁵⁷⁸ Siehe Höpfner, RdA 2013, 65, 66, der dies kritisiert. Es werde nicht beachtet, dass der eigentliche Zweck des Urlaubs, der Erholungszweck, auch schon bei der Pro-rata-temporis-Umrechnung ausreichend erfüllt werde.

⁵⁷⁹ LAG Niedersachsen v. 11.06.2014, NZA-RR 2014, 527, 529 f.; hinsichtlich der Urlaubsdauer auch ArbG Nienburg v. 19.12.2013, ZTR 2014, 285, 285 f., beide Entscheidungen im Nachgang des Gerichtsverfahrens der Brandes-Entscheidung des EuGH; so auch Franzen/Gallner/Oetker/Gallner, Art. 7 RL 2003/88/EG, Rn. 21; Jousen, RdA 2015, 305, 320; Kock/Heyde, BB 2013, 2938, 2939 f.; Latzel/Saumschik, JA 2015, 497, 502; Schubert, RdA 2013, 370, 376 f.; Stiebert/Imani, NZA 2013, 1338, 1339 ff.; Worzalla, PuR 2013, 152,

nicht in Bezug zu der Zeit der Inanspruchnahme, er dürfe folglich nicht an die aktuelle Teilzeitbeschäftigung angepasst werden.⁵⁸⁰ Mitunter könne dies nunmehr auch zur Folge haben, dass sich die Urlaubswochenzahl eines Arbeitnehmers erhöhe.⁵⁸¹

Teilweise wurde hinsichtlich der *Brandes*-Entscheidung auch vertreten, diese Ablehnung der Freistellungsverminderung ergebe sich bereits aus dem vom EuGH angenommenen Einheitsanspruch – denn verringere sich die Urlaubsdauer, verringere sich gleichzeitig auch die Urlaubsvergütung, was laut dem Gerichtshof bereits unzulässig sei.⁵⁸²

Der EuGH wurde mitunter auch so verstanden, dass die Ablehnung der Kürzung sich zunächst lediglich auf aus dem Bezugszeitraum des Vorjahres übertragene Ansprüche beziehe.⁵⁸³ Ob diese Prämisse folglich auch für Arbeitszeitwechsel im laufenden Bezugszeitraum gelte, also ob dort eine abschnittsweise Berechnung angewandt werden solle oder nicht, wurde im Rahmen dieser Ansicht teilweise aufgrund von Überlegungen bezüglich des Erholungszwecks bejaht⁵⁸⁴, teilweise auch verneint⁵⁸⁵.

Vor der *Greenfield*-Entscheidung wurde dabei stellenweise eine Ungleichbehandlung favorisiert, bei einem Wechsel von der Voll- in die Teilzeit sei eine anteilige Berechnung zwar abzulehnen, bei einem Wechsel von der Teil- in die Vollzeit jedoch nach wie vor vorzunehmen. Ansonsten würden die vorgeschriebenen vier Wochen Mindesturlaubszeit unterschritten.⁵⁸⁶ Teils wurde hingegen auch bereits zum damaligen Zeitpunkt ein solches „Rosinenpicken“ abgelehnt.⁵⁸⁷ Der Urlaub sei ebenso wie im umgekehrten Fall nicht umzurechnen, was auch zu weniger als vier Wochen Jahresurlaub führen könne – die in der Arbeitszeitrichtlinie enthaltene

153; *Zimmermann/Lutz*, BWGZ 2016, 419, 422; wie das ArbG Nienburg lediglich auf die Urlaubsdauer rekurrierend *Dassau/Wulfers*, ZTR 2013, 476, 477; *ErfK/Gallner*, § 3 BUrlG, Rn. 15, 20; ebenso *Hartmann/Dehmel*, DB 2015, 1168, 1169, die die Frage der Entgeltberechnung als weiterhin ungeklärt ansehen.

⁵⁸⁰ LAG Niedersachsen v. 11.06.2014, NZA-RR 2014, 527, 529 f.; *ErfK/Gallner*, § 3 BUrlG, Rn. 15; *Joussen*, RdA 2015, 305, 320; *Kock/Heyde*, BB 2013, 2938, 2939 f.; *Schubert*, RdA 2013, 370, 376 f.; *Stiebert/Imani*, NZA 2013, 1338, 1339 f.

⁵⁸¹ *Joussen*, RdA 2015, 305, 320; *Kock/Heyde*, BB 2013, 2938, 2939; *Schubert*, RdA 2013, 370, 377; *Stiebert/Imani*, NZA 2013, 1338, 1340; so auch bereits *Stiebert/Imani*, ZESAR 2013, 164, 167; dies etwa insgesamt ablehnend *Giesen*, FA 2013, 257, 257.

⁵⁸² *Franzen/Gallner/Oetker/Gallner*, Art. 7 RL 2003/88/EG, Rn. 21.

⁵⁸³ *Franzen/Gallner/Oetker/Gallner*, Art. 7 RL 2003/88/EG, Rn. 21; *Preis/Sagan/Mehrens/Witschen*, § 7, Rn. 26 f.; so bereits zum *Tirol*-Urteil *Hohmeister/Oppermann/Hohmeister*, § 3 BUrlG, Rn. 60 f.; siehe darüber hinaus auch *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1108 f., die davon ausgeht, dass sich der EuGH nur auf den übertragenen Urlaub bezog, sie lehnt jedoch die sich daraus ggf. ergebende Folge einer Erhöhung des Urlaubsanspruchs ab und vertritt stattdessen eine Abgeltung für die gekürzte Freistellung analog § 7 Abs. 4 BUrlG.

⁵⁸⁴ *Franzen/Gallner/Oetker/Gallner*, Art. 7 RL 2003/88/EG, Rn. 22; *Latzel*, EuZA 2014, 80, 90.

⁵⁸⁵ *Preis/Sagan/Mehrens/Witschen*, § 7, Rn. 26 ff., außer der Arbeitnehmer konnte den Urlaub zuvor nicht nehmen; ähnlich ebenfalls *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1109 f., die jedoch eine Abgeltung des dadurch gekürzten Urlaubsentgelts analog § 7 Abs. 4 BUrlG fordert, wenn der Arbeitnehmer bei einem unterjährigen Wechsel den Urlaub in der Teilzeit nicht nehmen konnte.

⁵⁸⁶ *EnzEuR/Rudkowski*, § 12, Rn. 36, 78; so vorsichtig auch *Latzel*, EuZA 2014, 80, 91; *Rief*, ZESAR 2010, 427, 428.

⁵⁸⁷ *Polzer/Kafka*, NJW 2015, 2289, 2291.

Mindestvorgabe der vier Wochen sei insoweit lediglich als Berechnungsgrundlage zu verstehen.⁵⁸⁸

Im Nachgang des *Greenfield*-Urteils wurde dann zumeist einfach ohne weitere Auseinandersetzung hingenommen, dass nun die Frage der Behandlung des Urlaubsanspruchs bei einem Wechsel von Teil- in Vollzeit geklärt sei.⁵⁸⁹ Dabei wurde insgesamt zwar von erworbenen Ansprüchen gesprochen,⁵⁹⁰ beziehungsweise von einer Erarbeitung „Stück für Stück“⁵⁹¹ oder davon, „dass sich der Urlaub schlicht nach der Zeit berechnet, in der er entsteht, also im Bezugszeitraum“⁵⁹². Es wurde jedoch zumeist nicht direkt auf eine Voraussetzung der Erarbeitung abgestellt. Vielmehr wurden die sich aus den Urteilen ergebenden Folgen größtenteils einfach ohne eine weitere Auseinandersetzung akzeptiert.⁵⁹³ Einige empfanden das Quotierungsverbot des EuGH jedoch auch insgesamt als ungerecht und unverständlich und lehnten es grundsätzlich ab, obschon sie anerkannten beziehungsweise hinnahmen, dass es für die Praxis Wirkung entfalte.⁵⁹⁴ So konstatierte etwa *Powietzka*: „Die Rechtsprechung des EuGH zu diesem Punkt ist zwar unsinnig, aber geltendes Recht.“⁵⁹⁵ In diese Richtung entschied zuletzt auch das BAG, das sich kürzlich – jedoch nicht ohne das Ergebnis als widersinnig zu bezeichnen⁵⁹⁶ – der EuGH-Rechtsprechung anpasste, indem es die Kürzung – oder Quotierung – von Urlaubsansprüchen bei einem Wechsel von einer Voll- in eine Teilzeittätigkeit ablehnte.⁵⁹⁷ Eine nähere Begründung für diesen Rechtsprechungswechsel führte das BAG dabei nicht an, es rekurrierte vielmehr ausschließlich auf die Ansicht des EuGH und das europarechtliche Verbot der Diskriminierung von Teilzeitkräften.⁵⁹⁸ Gleichzeitig kritisierte es in diesem Zusammenhang die Vorgehensweise des Europäischen Gerichtshofs und bezweifelte, ob hinsichtlich des Erholungsgedankens eine Notwendigkeit bestehe, einem Arbeitnehmer aufgrund des Quotierungsverbots beispielhaft einen Resturlaub von 15 Wochen zuzugestehen. Durch das *Brandes*-Urteil sei je-

⁵⁸⁸ *Karb*, öAT 2013, 164, 164; *Stiebert*, ZESAR 2014, 331, 334; vorsichtig in diese Richtung tendierend auch *Schaub/Linck*, § 104, Rn. 50; *Worzalla*, PuR 2013, 152, 153.

⁵⁸⁹ LAG Baden-Württemberg v. 03.08.2015 – 11 Sa 15/15 – juris; *Howald*, öAT 2015, 253, 253; *Merten*, ArbRAktuell 2015, 578, 578; *Pulz*, jurisPR-ArbR 2/2016, Anm. 2; *Schneider*, EuZA 2016, 327, 331; *Stiebert*, EuZW 2016, 65, 65; *Zimmermann/Lutz*, BWGZ 2016, 419, 423.

⁵⁹⁰ LAG Niedersachsen v. 11.06.2014, NZA-RR 2014, 527, 529 f.; *Weigert/Zeising*, NZA 2016, 862, 864 ff. etwa rekurrieren darauf, dass Urlaub nach dem EuGH einen „leistungsabhängigen Entgeltanspruch“ darstelle und stellen daneben auch noch auf das Diskriminierungsargument ab, teilen diese Ansicht jedoch nicht.

⁵⁹¹ *Schneider*, EuZA 2016, 327, 331.

⁵⁹² *Joussen*, RdA 2015, 305, 320; so auch *Schubert*, RdA 2013, 370, 377; *Zimmermann/Lutz*, BWGZ 2016, 419, 422 f.

⁵⁹³ *Schneider*, EuZA 2016, 327, 331 ff.; dies wird auch besonders deutlich bei LAG Baden-Württemberg v. 03.08.2015 – 11 Sa 15/15 – juris, das zwar die Rechtsfolgen der *Greenfield*-Entscheidung anerkannte, jedoch in diesem Rahmen weiterhin von einer Pro-rata-temporis-Berechnung sprach, Rn. 45 ff.

⁵⁹⁴ *NK-GA/Düwell*, § 3 BUrlG, Rn. 30; *Powietzka*, AP § 26 TVöD Nr. 6; *Weigert/Zeising*, NZA 2016, 862, 863 f.

⁵⁹⁵ *Powietzka*, AP § 26 TVöD Nr. 6.

⁵⁹⁶ BAG v. 10.02.2015, NZA 2015, 1005, 1007.

⁵⁹⁷ BAG v. 10.02.2015, NZA 2015, 1005, 1006 ff.

⁵⁹⁸ BAG v. 10.02.2015, NZA 2015, 1005, 1006 ff.

doch deutlich geworden, dass sich die ausdrücklichen Vorgaben des EuGH bezüglich eines Umrechnungsverbots auch auf das deutsche Urlaubsrecht beziehen würden.⁵⁹⁹ Das BAG nahm daher von einer erneuten Vorlage an den EuGH lediglich deshalb Abstand, da es die Frage der Kürzung von Urlaubsansprüchen durch den EuGH als „acte éclairé“⁶⁰⁰ ansah.

dd) Zusammenführung und eigene Stellungnahme

Wie angeführt, besteht hinsichtlich der EuGH-Urteile zu Teilzeitkonstellationen eine Vielzahl an unbeantworteten Fragen und unterschiedlichen – sich zum Teil widersprechenden – Lösungsansätzen.

Doch auch wenn diesbezüglich zum Teil so verschiedene Folgerungen aus der EuGH-Rechtsprechung abgeleitet werden, können aus den *Tirol*-, *Brandes*- und *Greenfield*-Urteilen sehr wohl grundsätzliche Schlüsse zur Behandlung dieser Fragen und auch allgemein zur Berechnung des Urlaubs bei Teilzeitkonstellationen gezogen werden, wenn man die Argumente des Gerichtshofs nicht nur vor dem Hintergrund der jeweiligen konkreten Sachverhalte sieht, sondern vielmehr versucht, die Ausführungen des EuGH abstrahierend zu betrachten und daraus allgemeingültige Aussagen zu entnehmen.

(1) Auseinandersetzung mit dem Hintergrund der deutschen Vorgehensweise

Vorausgesetzt, dem europäischen Recht wäre eine Voraussetzung der Erarbeitung zu entnehmen, würde das Erfordernis einer eventuell vorangegangenen Arbeitsleistung dem aktuellen Verständnis in Deutschland widersprechen. Denn nach diesem besteht der Anspruch auf Urlaub schon bei Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses und Beendigung der Wartezeit zu Beginn des Jahres⁶⁰¹ und mit „Urlaub“ ist lediglich die Freistellung gemeint, während das Urlaubsentgelt nichts weiter als das ausnahmsweise ohne Arbeitsleistung weitergezahlte Arbeitsentgelt sein soll.⁶⁰² Letzteres wurde bereits durch die hier vertretene Einheitstheorie⁶⁰³ entkräftet, die Urlaubsvergütung ist als Bestandteil des Urlaubs unabhängig vom Arbeitsentgelt und kann nicht mehr als Ausnahme zu dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ gesehen werden; sie kann im Rahmen der Einheitstheorie grundsätzlich der Voraussetzung der Erarbeitung unterliegen. Sieht man den Urlaub also als eine eigenständige, einheitliche, bezahlte Freistellung mit Grundlage im BUrlG, kann er durchaus eine Art Wertguthaben darstellen, das eine Erarbeitung voraussetzt.⁶⁰⁴

⁵⁹⁹ BAG v. 10.02.2015, NZA 2015, 1005, 1007.

⁶⁰⁰ So ausdrücklich das BAG v. 10.02.2015, NZA 2015, 1005, 1007.

⁶⁰¹ St. Rechtsprechung seit BAG v. 28.01.1982, AP § 3 BUrlG Nr. 11 Rechtsmissbrauch; BAG v. 14.05.1986, AP § 7 BUrlG Nr. 26 Abgeltung; BAG v. 24.10.1989, AP § 7 BUrlG Nr. 52 Abgeltung; BAG v. 24.03.2009, AP § 7 BUrlG Nr. 39; BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61.

⁶⁰² Siehe Kapitel B. I. 3. a) aa) Entgeltfortzahlungstheorie

⁶⁰³ Siehe Kapitel B. I. 3. c) ee) Zusammenfassende Stellungnahme.

⁶⁰⁴ Siehe bereits Kapitel B. I. 3. d) Konsequenzen für die Voraussetzung der Erarbeitung.

Betrachtet man dahingehend die in Deutschland bislang gängige und vom EuGH bestätigte Praxis der Pro-rata-temporis-Umrechnung des Urlaubsentgelts bei laufenden Teilzeitbeschäftigungen, so fällt auf, dass diese Vorgehensweise auch bereits von einem Erarbeitings-Gedanken geprägt ist. So bedeutet pro-rata-temporis nichts anderes als „anteilmäßig“ und „auf einen bestimmten Zeitablauf bezogen“⁶⁰⁵. Aber warum sollte man etwas anteilig berechnen, wenn doch gleichzeitig die einzigen Voraussetzungen für die Entstehung des vollen Urlaubs- und Urlaubsentgeltanspruchs das Arbeitsverhältnis und das Erfüllen der Wartezeit sein sollen? Wären diese beiden Voraussetzungen die einzigen, müsste jeder Arbeitnehmer in Deutschland gleichermaßen das jeweilige Urlaubsentgelt und die Freistellung gemäß seiner jeweiligen Arbeitsstelle in Vollzeit bekommen. Bezüglich der Wochenanzahl der Freistellungszeit war dies, gemessen an der ursprünglich in Deutschland vorgenommenen wochenweisen Betrachtungsweise der Berechnung zwar der Fall, die Arbeitnehmer erhielten somit – scheinbar – sowohl in Voll- als auch in Teilzeit vier Wochen Jahresurlaub. Spätestens bei der eigentlich vorgesehenen tagweisen Berechnung wird jedoch deutlich, dass dies nicht uneingeschränkt gilt: Wenn sich die Arbeitstage pro Woche durch die Teilzeit verringern, werden bei einer Pro-rata-temporis-Anpassung auch die Urlaubstage als Zeitfaktor gekürzt. Dies gilt ebenso für den vergangenheitsbezogenen Geldfaktor, der der ursprünglichen Berechnung nach nicht dem Vollzeit-Arbeitsentgelt entspricht.⁶⁰⁶

Hier könnte argumentiert werden, dass das BUrlG einfach mit 24 Tagen Urlaub bei sechs Werktagen pro Woche insgesamt vier Wochen bezahlten Urlaub fordere, wobei alle Werktage jeweils in diesen Anspruch hineingerechnet würden, ob an ihnen Arbeitsleistung zu erbringen sei oder nicht – wie in Deutschland ursprünglich angenommen. Dies solle faktisch nur zu einer Pro-rata-temporis-Umrechnung statt einer Kürzung führen, die vier Wochen Urlaub blieben insgesamt ja erhalten.⁶⁰⁷ An dieser Stelle werden aber arbeitsfreie Werktage mit Urlaubstagen verwechselt, was insbesondere anhand des verringerten Urlaubsentgelts deutlich wird – der Urlaub wäre in diesem Fall faktisch weniger wert.⁶⁰⁸ Urlaubstage im Sinne des BUrlG sind lediglich freigestellte, aber mit Urlaubsentgelt vergütete Tage.⁶⁰⁹ Arbeitsfreie Werktage sind zwar ebenfalls arbeitsfreie Tage, sie können aber eben ohne Vergütung keine Urlaubstage sein. Es ist mit der Einheitstheorie demnach nicht vereinbar, arbeitsfreie Werktage und Urlaubstage gleichzusetzen, Urlaub kann nur bei Gewährung von Entgelt und Freistellung zugleich bestehen.⁶¹⁰

⁶⁰⁵ Siehe Duden, pro-rata-temporis.

⁶⁰⁶ Siehe zum Vorgesagten Kapitel B. II. 1. a) bb) Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland; siehe auch Rief, ZESAR 2010, 422, 428.

⁶⁰⁷ Siehe etwa Bayreuther, DB 2012, 2748, 2748; Fieberg, NZA 2010, 925, 929; Junker, NZA 2011, 950, 954; Powietzka/Christ, NJW 2010, 3397, 3399; Powietzka/Rolf, § 3 BUrlG, Rn. 20; Rambach/Feldmann, ZTR 2010, 561, 565 f.; Schneider, S. 487 f.

⁶⁰⁸ So auch Rief, ZESAR 2010, 422, 428.

⁶⁰⁹ So jetzt auch BAG v. 10.02.2015, NJW 2015, 2520, 2521.

⁶¹⁰ So auch unabhängig von dem Argument der Einheit von Entgelt und Freistellung ausdrücklich der EuGH, siehe etwa Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 40 f.

Wenn man nun also vertritt, es sollten grundsätzlich die Verhältnisse an einem Stichtag zu Beginn des Jahres gelten, an dem dann bereits der volle Jahresurlaub entstehe⁶¹¹ und dass das BUrlG streng nach dem Wortlaut ausdrücklich keine weiteren Voraussetzungen als ein Arbeitsverhältnis und das Erfüllen der Wartezeit für das Entstehen des vollen Urlaubsanspruchs enthalte, so müsste man auch konsequenterweise bei Vorliegen dieser Modalitäten nach § 3 BUrlG in jedem Fall zumindest einen Zeitfaktor von 24 Tagen Urlaubsfreistellung annehmen.⁶¹² Arbeitstage und Werkstage wären dann gleichzusetzen, da nur bezahlte Freistellungstage den Urlaubsanspruch nach § 1 BUrlG erfüllen. Bei einer Teilzeit mit drei Arbeitstagen pro Woche wären das acht Wochen bezahlter Urlaub. Dieses Ergebnis dann wieder durch eine Pro-rata-temporis-Kürzung an die aktuellen Verhältnisse im Urlaubsjahr anzupassen, ist faktisch nichts anderes, als den Urlaub mit der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung zu verknüpfen – sozusagen die Annahme einer Voraussetzung der Erarbeitung durch die Hintertür.

Zu welchen skurrilen Ergebnissen diese ursprüngliche Ansicht, die der gängigen Rechtsprechung des BAG entspricht, führen kann, wird anhand eines Vergleichs der Teilzeit mit dem Sonderurlaub deutlich. Einem Arbeitnehmer steht nach dieser Sichtweise im Anschluss an ein Jahr unbezahlten Sonderurlaub ein voller Urlaubs- und damit auch Urlaubsentgeltanspruch zu⁶¹³, einem Arbeitnehmer in Teilzeit jedoch insgesamt lediglich ein gekürzter Freistellungs- sowie Urlaubsvergütungsanspruch⁶¹⁴. Dabei ist der Sonderurlaub in einem solchen Fall doch nichts anderes als „Teilzeit Null“. Ein Grund, die beiden Konstellationen ungleich zu behandeln, ist somit nicht ersichtlich.

Die ursprüngliche Berechnungsweise in Deutschland, nach der eine Pro-rata-temporis-Nachberechnung des Urlaubsanspruchs erfolgte, ist also bereits in sich unschlüssig, wenn in ihrem Rahmen einerseits eine anteilige Kürzung vorgenommen, aber andererseits die Voraussetzung der Erarbeitung des Urlaubsentgelts und damit auch des Urlaubs abgelehnt wurde. Diese Ansicht beinhaltete, dass ein Arbeitnehmer in Teilzeit ein Teilzeit-Urlaubsentgelt erhielt, bei völligem Leistungsausfall jedoch ein Vollzeit-Urlaubsentgelt – die Widersprüchlichkeit liegt hier auf der Hand.⁶¹⁵

Der anteilig berechnete Urlaub stellte damit faktisch, wenn auch nicht nominell in Deutschland bereits eine Art Äquivalent für die geleistete Arbeit dar. Darüber hinaus stellt die Umrechnung

⁶¹¹ Heußner, S. 36 f.

⁶¹² Zu dieser Meinung siehe etwa Leube, S. 66, 70.

⁶¹³ BAG v. 06.05.2014, AP § 1 BUrlG Nr. 24; siehe auch bezüglich anderer Ruhenskonstellationen BAG v. 28.01.1982, AP § 3 BUrlG Nr. 11 Rechtsmissbrauch; BAG v. 13.05.1982, AP § 7 BUrlG Nr. 4 Übertragung; BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch; BAG v. 14.05.1986, AP § 7 BUrlG Nr. 26 Abgeltung; BAG v. 30.07.1986, AP § 13 BUrlG Nr. 22; BAG v. 24.10.1989, AP § 7 BUrlG Nr. 52 Abgeltung; BAG v. 21.06.2005, NZA 2006, 232; BAG v. 24.03.2009, AP § 7 BUrlG Nr. 39; BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61.

⁶¹⁴ Siehe bereits die Darstellungen in Kapitel B. II. 1. a) bb) Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland.

⁶¹⁵ So etwa auch Hanau, jM 2016, 27, 28, der auf das a minore ad maius-Argument verweist. Dabei verneint er zwar ein Abstellen auf die Arbeitsleistung, kommt aber zu ähnlichen Ergebnissen über ein Abstellen auf das im Rahmen des Arbeitsverhältnisses geschuldete Entgelt, S. 28 f.

des Urlaubs nach einem Arbeitszeitwechsel jedenfalls eine Kürzung dar, sodass ein Einfluss der EuGH-Rechtsprechung sowohl auf die Bestimmung der Freistellungszeit als auch der Urlaubsvergütung angenommen werden muss.

(2) Eigene Interpretation

Wie dieser Einfluss im Einzelnen aussieht und was er bewirkt, wird im Folgenden untersucht.

(a) Grundsätzlicher Entgeltcharakter des Urlaubs

Die Kernaussage des EuGH im Rahmen der *Tirol-* und *Brandes-*Entscheidungen war, dass in der Vollzeit einmal angesammelte Urlaubs- und damit auch Urlaubsentgeltansprüche bei einem Wechsel in die Teilzeit nicht gekürzt werden dürften, selbst wenn dies bedeute, dass sich dadurch die tatsächliche Urlaubswochenanzahl in der Teilzeit verlängere.⁶¹⁶ In dieser Kernaussage sind dabei mehrere Vorgaben enthalten.

Zum einen, dass Urlaubsansprüche in Bezugszeiträumen erworben werden. Dies stellte der EuGH auch wiederholt ausdrücklich klar.⁶¹⁷ Die entsprechenden und vom EuGH erwähnten Bezugszeiträume für die Berechnung scheinen dabei weit zurück zu reichen, in beiden Fällen zumindest bis in die Vollzeitbeschäftigung hinein und wohl – auch wenn der EuGH dies so nicht ausdrücklich aussagt – bis zu Beginn des Urlaubsjahres. Der Erwerb des Urlaubs steht daher bereits in einem klaren Bezug zur jeweiligen Arbeitszeit während des Bezugszeitraums – hier der Arbeitszeit während der Vollzeittätigkeit.

Weiter ist die Aussage enthalten, dass Urlaubsansprüche, wenn sie einmal erworben worden sind, nicht mehr entfallen oder gekürzt werden können. Auch dies wurde durch den Gerichtshof wiederholt verdeutlicht, indem er ausführte, die Arbeitszeit zur Zeit der Urlaubsgewährung stehe mit dem zurückliegenden Bezugszeitraum ausdrücklich in keiner Beziehung.⁶¹⁸ Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob es sich um im laufenden Jahr erworbene oder um aus dem Vorjahr übertragene Urlaubs- und damit auch Urlaubsentgeltansprüche handelt, von Bedeutung ist lediglich, dass sie überhaupt erworben wurden. Dies deutet bereits stark auf eine Werthaltigkeit des Urlaubs hin, denn sein Wert soll auch bei einem Wechsel der Arbeitszeit erhalten bleiben.

Schließlich ist in der Kernaussage des EuGH aus den *Tirol-* und *Brandes-*Entscheidungen die Vorgabe enthalten, dass Urlaubsansprüche in Abhängigkeit zur Arbeitsleistung erworben, also

⁶¹⁶ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 35; Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 42.

⁶¹⁷ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 32, 34; Urteil Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 30, 32.

⁶¹⁸ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 32; Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 30.

anteilig erarbeitet werden.⁶¹⁹ Dies ergibt sich insbesondere durch eine Verbindung der beiden eben genannten Vorgaben. Wenn der EuGH konstatiert, Urlaubsansprüche würden in Bezugszeiträumen erworben, geht er nicht davon aus, dass der vollständige Urlaubsanspruch bereits zu Beginn eines jeden Kalenderjahres entsteht. Vielmehr gibt er damit einen anteiligen Erwerb vor.⁶²⁰ Wenn Urlaub dabei abhängig von der Arbeitszeit während eines Bezugszeitraums ist, ist er auch abhängig von der Arbeitsleistung währenddessen. Wenn diese erworbenen Urlaubsansprüche weiter nicht nachträglich reduziert werden dürfen, stellen sie einen Wert dar, nämlich gerade den Gegenwert dieser Arbeitsleistung. Vor diesem Hintergrund ist der Ausdruck „erworben“⁶²¹ nicht so zu deuten, dass der Arbeitnehmer den Anspruch lediglich zugesprochen bekommt. Er ist vielmehr als „erarbeitet“ zu verstehen. Diese sich aus den *Tirol-* und *Brandes-*Urteilen ergebende Vorgehensweise deutet bereits ganz konkret darauf hin, dass Urlaubsansprüche anteilig erarbeitet werden und somit Entgeltcharakter besitzen.

In diese Richtung weist erneut auch die jüngste diesbezüglich ergangene *Greenfield*-Entscheidung des EuGH, in der dieser klarstellt: „Somit werden die Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub im Hinblick auf den im Arbeitsvertrag vorgesehenen Arbeitsrhythmus erworben.“⁶²² An dieser Stelle konstatierte der EuGH auch noch einmal ausdrücklich, dass die Zahl der erworbenen „Einheiten an jährlicher Ruhezeit“⁶²³ im Vergleich zur jeweiligen Zahl der „geleisteten Arbeitseinheiten“⁶²⁴ für jeden Arbeitsabschnitt einzeln zu berechnen sei.⁶²⁵ Die somit vorzunehmende Berechnung des Urlaubsanspruchs anhand eines Vergleichs mit der jeweiligen Arbeitsleistung spricht deutlich dafür, dass jede Arbeitsleistung bereits unterjährig zu einer Erarbeitung von Urlaubsansprüchen führt.⁶²⁶ Nimmt man dies so an, muss Entsprechendes aber konsequenterweise auch für den umgekehrten Fall gelten: Werktage, an denen nicht gearbeitet wurde, führen nicht zu der Entstehung von Urlaubsvergütungsansprüchen. Es tritt also grundsätzlich eine Verminderung der Urlaubsansprüche bei einem unterjährigen Wechsel von Teil- in Vollzeit ein.⁶²⁷ Dass in diesem Fall negative Folgen für den Arbeitnehmer bestehen, während die *Tirol-* und *Brandes-*Urteile lediglich positive Auswirkungen hatten, ist vorliegend nicht von

⁶¹⁹ So verstehen etwa auch *Weigert/Zeising*, NZA 2016, 862, 864 den EuGH, obschon sie diese Ansicht insgesamt als kritikwürdig und unzutreffend betrachten.

⁶²⁰ So auch *Powietzka*, AP § 26 TVöD Nr. 6.

⁶²¹ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 32 ff.; Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 30 ff.

⁶²² Urteil *Greenfield*, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 29.

⁶²³ Urteil *Greenfield*, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 35.

⁶²⁴ Urteil *Greenfield*, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 35, 42.

⁶²⁵ Urteil *Greenfield*, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 35, 42.

⁶²⁶ Wenn man aber zu diesem Ergebnis kommt, muss man auch die Voraussetzung einer Arbeitsleistung für den Urlaubsanspruch grundsätzlich anerkennen, sonst ergeben sich Widersprüche. So nimmt etwa *Schneider*, EuZA 2016, 327, 331 zwar diesbezüglich eine Erarbeitung an, legt sich aber im Folgenden nicht auf eine solche Voraussetzung fest, was inkonsistent ist.

⁶²⁷ So auch im Ergebnis der EuGH im Urteil *Greenfield*, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 44.

Bedeutung. Zum einen nahm der EuGH eine solche Verminderung von Urlaubs(entgelt)ansprüchen in seiner *Greenfield*-Entscheidung gerade trotz ihrer negativen Folgen an.⁶²⁸ Zum anderen deutet schließlich auch die Vorgabe, dass Urlaubsansprüche bei der Teilzeit grundsätzlich *pro-rata-temporis* umgerechnet werden müssten⁶²⁹ in diese Richtung. Denn auch eine solche Umrechnung wirkt sich für den Arbeitnehmer grundsätzlich negativ auf die Anzahl der Urlaubstage aus. Der EuGH ist demnach nicht so zu verstehen, dass das Kürzungsverbot einmal entstandener Urlaubsansprüche lediglich besteht, um dem Arbeitnehmer Vorteile zu sichern beziehungsweise um ihn vor Nachteilen zu bewahren. Vor dem Hintergrund der Entscheidungen zu den verschiedenen Konstellationen unterjähriger Arbeitszeitwechsel lehnt der Gerichtshof vielmehr eine Umrechnung jeglicher einmal entstandener Urlaubsansprüche ab. Er tendiert somit vorliegend zu einer Erarbeitung und somit auch zu einem Entgeltcharakter des Urlaubs.

Wenn der EuGH darüber hinaus wiederholt argumentiert, der Erholungszweck würde dazu führen, dass der Urlaubsanspruch in Abhängigkeit von der Arbeitszeit in bestimmten Bezugszeiträumen erworben werde,⁶³⁰ spricht dies ebenfalls stark für eine Voraussetzung der Erarbeitung. Dem Umstand, dass der EuGH zusätzlich die grundsätzliche Voraussetzung aufgestellt hat, dass der Arbeitnehmer zuvor – hier während der Vollzeitbeschäftigung – den Anspruch nicht hätte geltend machen können,⁶³¹ kommt insoweit keine weitere Bedeutung bei der grundsätzlichen Frage nach der Erarbeitung zu; stellt dies doch lediglich eine Modalität der Geltendmachung des Anspruchs dar.

Ebenfalls zu vernachlässigen ist, dass vom EuGH zum Teil auf das übliche Arbeitsentgelt verwiesen wird, das während des Urlaubs „weiterzuzahlen“ sei, um zu verhindern, dass die Arbeitnehmer aus Furcht vor finanziellen Einbußen ihre Freistellung nicht beantragen könnten.⁶³² Auch wenn dies gegebenenfalls eher als Indiz für den Fürsorgegedanken und gegen eine Erarbeitung gesehen werden könnte, so wird mit dieser Aussage lediglich die besondere Bedeutung der Urlaubsvergütung für den Urlaub und die Erholung durch den EuGH hervorgehoben. Der Gerichtshof führte nämlich ebenfalls ausdrücklich aus, dass ein Urlaubsentgelt unionsrechtlich nicht ausreiche, welches zwar die Gefahr ausschließe, dass der Arbeitnehmer seinen Jahresurlaub nicht in Anspruch nehme, aber nicht vergleichbar mit dem gewöhnlichen Arbeitsentgelt sei.⁶³³

⁶²⁸ Urteil *Greenfield*, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 44.

⁶²⁹ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 33; Urteil *Brandes*, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 31.

⁶³⁰ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 30 ff.; siehe auch Urteil *Greenfield*, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 29.

⁶³¹ Urteil *Vicente Pereda*, C-277/08, EU:C:2009:542, Rn. 19; Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 34 f.; Urteil *Brandes*, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 32.

⁶³² Urteil *Lock*, C-539/12, EU:C:2014:351, Rn. 20 ff.

⁶³³ Urteil *Williams*, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 21.

Aus dem Vorausgesagten scheint sich also die Voraussetzung der Arbeitsleistung für den Urlaub bereits abzuzeichnen. Diese ist auch nicht lediglich spezifisch der Teilzeitrichtlinie zuzuschreiben, sondern ergibt sich bereits aus den europäischen Vorgaben in Bezug auf den Urlaubsanspruch. Zwar wird stattdessen vertreten, die Aussagen des EuGH bezüglich des Urlaubsanspruchs in den *Tirol*-, *Brandes*- und *Greenfield*-Entscheidungen würden sich lediglich aus dem Benachteiligungsverbot der Teilzeitbeschäftigten und aus der Teilzeitrichtlinie 97/81/EG ergeben.⁶³⁴ Dagegen ist jedoch vorzubringen, dass der EuGH sowohl in der *Tirol*- als auch in der *Brandes*- und der *Greenfield*-Entscheidung ausdrücklich die große Bedeutung des Urlaubs im Unionsrecht hervorgehoben hat.⁶³⁵ Dies wäre nicht notwendig gewesen, hätte man nur auf die Teilzeitregelungen abgestellt. Vor allem in der *Brandes*-Entscheidung stellte der EuGH darüber hinaus explizit klar, dass, auch wenn das vorlegende Gericht seine Vorlagefrage vornehmlich auf § 4 der Rahmenvereinbarung über Teilzeit bezogen hat, der Gerichtshof unabhängig davon das gesamte einschlägige Unionsrecht in seine rechtliche Würdigung einfließen lassen kann.⁶³⁶ Hier erwähnte der EuGH auch erneut ausdrücklich die Relevanz des Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie.⁶³⁷ Die Teilzeit- und Arbeitszeitrichtlinien sind demnach bei der Frage nach Urlaub in Teilzeitkonstellationen nebeneinander anzuwenden.⁶³⁸ Eine Voraussetzung der Erarbeitung wäre demnach gerade nicht spezifisch der Teilzeitrichtlinie zuzuschreiben, sondern ergäbe sich aus den europäischen Vorgaben in Bezug auf den Urlaubsanspruch.

(b) Auswirkungen

Diese grundlegende Prämisse hat bestimmte Auswirkungen auf die Bestimmung des Urlaubsentgelts, die im Folgenden vor dem Hintergrund der bestehenden Diskussion untersucht werden.

(aa) Auswirkungen auf Geld- und Zeitfaktor

Zumindest hinsichtlich des Urlaubsentgelts scheint die Pflicht zum Umdenken und zur Veränderung der bisher gängigen Praxis der Berechnung in Deutschland in Folge der EuGH-Rechtsprechung nun auch nicht mehr angezweifelt zu werden. Hat man in Vollzeit gearbeitet, so solle man nunmehr auch die entsprechende Urlaubsvergütung dafür bekommen.⁶³⁹

⁶³⁴ BAG v. 10.02.2015, NJW 2015, 2520, 2520 f.; Arnold/Tillmanns/Tillmanns, § 11 BUrlG, Rn. 82; Bayreuther, DB 2012, 2748, 2748; in diese Richtung deutend auch NK-GA/Düwell, § 1 BUrlG, Rn. 33.

⁶³⁵ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 28; Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 27; Urteil Greenfield, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 26.

⁶³⁶ Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 25.

⁶³⁷ Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 26.

⁶³⁸ Stiebert/Imani, NZA 2013, 1338, 1338 f.; Stiebert/Imani, ZESAR 2013, 164, 168; Weigert/Zeising, NZA 2016, 862, 863.

⁶³⁹ BAG v. 10.02.2015, NZA 2015, 1005, 1006 ff.; LAG Niedersachsen v. 11.06.2014, NZA-RR 2014, 527, 529 f.; Fieberg, NZA 2010, 925, 928 f.; Franzen/Gallner/Oetker/Gallner, Art. 7 RL 2003/88/EG, Rn. 21; HWK/Schinz, § 3 BUrlG, Rn. 37a; Jousen, RdA 2015, 305, 320; Kock/Heyde, BB 2013, 2938, 2939 f.;

Der Geldfaktor werde also bei einem unterjährigen Wechsel anteilig aus der Zeit der Vollzeit übernommen und das Vollzeitgehalt bei der Berechnung während der Teilzeit zugrunde gelegt. Dabei könne zumindest der Referenzzeitraum von dreizehn Wochen nach § 11 BUrlG nicht wie bislang zur Anwendung kommen.⁶⁴⁰ Verringerte der Arbeitnehmer also lediglich seine Stunden pro Tag, so wäre der Zeitfaktor konstant, der Geldfaktor hingegen müsste angepasst werden.

Selbst wenn man jedoch den Vollzeit-Geldfaktor als Maßstab nähme, der Zeitfaktor sich aber verringern würde, weil der Arbeitnehmer seine Arbeitstage pro Woche halbierte, so verringerte sich automatisch auch das Urlaubsentgelt, was dem Wertguthaben-Gedanken zuwiderliefe. Also muss gegebenenfalls auch der Zeitfaktor, der die Freistellungszeit darstellt, angepasst werden, um die Urlaubsvergütung aus der Vollzeit zu erhalten. Um keine Verringerung des Urlaubsentgelts zu erhalten, müssen demnach auch die Urlaubstage aus der Vollzeit übernommen werden. Dieses Ergebnis überrascht an dieser Stelle nicht, es ist ja auch bereits durch die Einheit der Urlaubselemente determiniert.⁶⁴¹ Wenn man, wie hier vertreten, der Einheitstheorie folgt, kann bei einem unterjährigen Wechsel in die Teilzeit keine Kürzung des Freistellungsanspruchs bei einem im Rahmen der Vollzeit berechneten Urlaubsentgelt erfolgen.⁶⁴² Beide Elemente des Urlaubs müssen sich jeweils im gleichen Maße verändern, sie sind interdependent.

(bb) Auswirkungen auf Berechnungsmodalitäten

An dieser Stelle könnte man auch vertreten, dass der Zeitfaktor grundsätzlich in Wochen zu bemessen sein sollte,⁶⁴³ schließlich ist in Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie von vier Wochen bezahltem Jahresurlaub die Rede. Hätten somit die Arbeitnehmer gleich viele Wochen Urlaub, also den gleichen Zeitfaktor in der Teil- wie in der Vollzeit, sähe es auf den ersten Blick so aus, als wäre keine Verminderung des Anspruchs erfolgt.⁶⁴⁴

Ob die Anzahl der Wochen des Urlaubs bei Teil- und Vollzeitarbeit gleich bleibt, ist jedoch nicht von Bedeutung. Denn auf den zweiten Blick ist zu konstatieren, dass eine Woche Urlaub in der Vollzeit und eine Woche Urlaub in der Teilzeit sowohl hinsichtlich der Freistellung, als auch hinsichtlich der Vergütung nicht grundsätzlich gleich sind. Dies wird insbesondere deutlich wenn man bei dieser Konstellation das Urlaubsentgelt betrachtet.⁶⁴⁵ Die Vergütung für eine

Mittag, AiB 2011, 65, 67; Powietzka/Christ, NJW 2010, 3397, 3399 f.; Powietzka/Rolf, § 11 BUrlG, Rn. 34; Rambach/Feldmann, ZTR 2010, 561, 566 f.; Schaub/Linck, 15. Aufl. § 104, Rn. 48b; Schubert, NZA 2013, 1105, 1110; Schubert, RdA 2013, 370, 376 f.; Stiebert/Imani, NZA -2013, 1338, 1339 ff.; Stiebert/Imani, ZESAR 2013, 164, 167 ff.; a.A. wohl NK-GA/Düwell, § 1 BUrlG, Rn. 45.

⁶⁴⁰ Zu der dogmatischen Betrachtung siehe Kapitel B. VI. 1. i) § 11 Abs. 1 BUrlG – Urlaubsentgelt.

⁶⁴¹ So wohl auch Franzen/Gallner/Oetker/Gallner, Art. 7 RL 2003/88/EG, Rn. 21, die die Ablehnung einer Kürzung des Urlaubs durch den EuGH als Ausdruck der Einheitstheorie versteht.

⁶⁴² Schubert, RdA 2013, 370, 373.

⁶⁴³ Siehe bezüglich der Fragestellung etwa Powietzka, AP § 26 TVöD Nr. 6; Rief, ZESAR 2010, 427, 427.

⁶⁴⁴ Siehe beschreibend etwa Latzel, EuZA 2014, 80, 83, der das System als „einfach und ausgeglichen“ bezeichnet.

⁶⁴⁵ So auch Rief, ZESAR 2010, 427, 428, 430.

Woche Teilzeurlaub etwa kann nicht ebenso hoch sein wie für eine Woche Vollzeurlaub, denn das Gehalt pro Woche ist in der Teilzeit in den meisten Fällen geringer. Somit müsste man auch bei einer wochenweisen Berechnung des Urlaubsentgelts dem Arbeitnehmer nach einem Wechsel in die Teilzeit mehr Wochen Urlaub als Zeitfaktor zugestehen, als er während der Vollzeit bekommen hätte. Dies wäre lediglich eine logische Folge der Voraussetzung der Erarbeitung. Es kann also festgehalten werden, dass zumindest nicht strikt an einer gleichbleibenden wochenweisen Berechnung des Zeitfaktors festgehalten werden kann, dies käme einer verdeckten Quotierung gleich.⁶⁴⁶

Im Rahmen der Diskussion um die *Tirol*-Entscheidung wurde darüber hinaus oft argumentiert, dass es dort um eine stundenweise Berechnung des Urlaubs ginge und dies keinerlei Auswirkungen für Deutschland habe.⁶⁴⁷ Dagegen lässt sich konstatieren, dass es zwar stimmt, dass der Urlaub in Deutschland tageweise berechnet wird. Jedoch würde einerseits die ursprünglich in Deutschland bei unterjährigen Wechseln übliche Pro-rata-temporis-Umrechnung auch bei einer stundenweisen Berechnung funktionieren. Der Freistellungsanspruch, der den Zeitfaktor darstellt, würde bei einem Wechsel in eine fünfzigprozentige Teilzeit einfach halbiert, der Geldfaktor, also der Stundenlohn bliebe gleich. Somit würden sich Urlaubsentgelt und Freistellung im eben genannten Beispiel halbieren. Andererseits ist der EuGH der eben genannten Ansicht auch in der *Brandes*- und ebenfalls auch bereits in der *Tirol*-Entscheidung entschieden entgegengetreten.⁶⁴⁸ Eine Verringerung der einmal erarbeiteten Ansprüche ist unzulässig und dabei kann es keinen Unterschied machen, ob mit Stunden oder Tagen gerechnet wird; in beiden Fällen muss das gleiche gelten. Dies hat der EuGH nun auch erneut in der *Greenfield*-Entscheidung bekräftigt, in der er klarstellte, dass die in der Richtlinie 2003/88/EG vorgesehene Einheit zwar die „Stunde“ sei, der Gesetzgeber der Europäischen Union jedoch entweder von Stunden, Tagen und/oder Teilen davon als Referenz ausgegangen sei.⁶⁴⁹ Dies werde auch durch den Erwägungsgrund Nr. 5 der Arbeitszeitrichtlinie deutlich.⁶⁵⁰ Es wird sogar mittlerweile vorgeschlagen, auch in Deutschland die stundenweise Berechnung des Urlaubsentgelts gegebenenfalls de lege ferenda einzuführen, da diese unkomplizierter sei.⁶⁵¹ Da der Geldfaktor nämlich in Voll- und Teilzeit identisch wäre, weil das Stundenentgelt gleich bliebe, müsste lediglich beim

⁶⁴⁶ Siehe auch bereits ArbG Nienburg v. 04.09.2012, BB 2012, 3080, 3082; so auch *Joussen*, RdA 2015, 305, 320, der auf den aus dieser Vorgehensweise resultierenden Widerspruch zu der EuGH-Rechtsprechung hinweist.

⁶⁴⁷ *Fieberg*, NZA 2010, 925, 927; Hohmeister/Oppermann/Hohmeister, § 3 BUrlG, Rn. 33; *Junker*, NZA 2011, 950, 954.

⁶⁴⁸ Siehe bereits Kapitel B. II. 1. a) dd) (2) (a) Grundsätzlicher Entgeltcharakter des Urlaubs.

⁶⁴⁹ Urteil *Greenfield*, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 30 ff.

⁶⁵⁰ Urteil *Greenfield*, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 30 ff.

⁶⁵¹ BeckOK-ArbR/*Lampe*, § 3 BUrlG, Rn. 7 ff.; so im Ergebnis etwa *Latzel*, EuZA 2014, 80, 92, der dies damit begründet, dass auch die Arbeitszeit typischerweise in Stunden berechnet wird. Da sich der Urlaub aber an der Arbeitszeit orientiere und Teilzeit nur bedeute, dass die Arbeitszeit unter der eines Vollzeitbeschäftigten liege, würden Urlaubstage für jeden Arbeitnehmer etwas unterschiedliches bedeuten.

Zeitfaktor die Stundenanzahl während der Vollzeitarbeit beachtet und anteilig in die freizustellenden Stunden miteingerechnet werden. Auf diese Weise wäre der Urlaub bestehend aus Entgelt und Freistellung nicht vermindert; auf die Anzahl der Urlaubstage käme es hierbei nicht mehr an. Während diese Methode mit Sicherheit ihre Vorzüge hat, da bei ihr nicht zwischen den beiden Teilzeitarten der Verringerung der Tage oder der stundenweisen Verringerung pro Tag unterschieden werden muss und sie zu exakteren Ergebnissen führt⁶⁵², ist dennoch im BUrlG eindeutig das Tagesprinzip nach § 3 Abs. 1 BUrlG enthalten.⁶⁵³ An der tageweisen Berechnung kann daher auch weiterhin festgehalten werden – sofern § 3 BUrlG nicht ohnehin europarechtswidrig wäre.⁶⁵⁴

Aber auch im Rahmen dieses Tagesprinzips kommt es nur auf die Anzahl der *urlaubsbedingten* Ruhetage an.⁶⁵⁵ Dies lässt sich insbesondere mit dem Wesen der Urlaubsvergütung begründen. Denn Urlaub ist ja gerade Freistellung unter Zahlung des Urlaubsentgelts, welches an generell arbeitsfreien (Werk-)Tagen nicht gewährt wird; so kann also an diesen Tagen auch keine Erholung eintreten.⁶⁵⁶ Demnach dürfen also aufgrund des Arbeitsvertrags gewährte freie Tage nicht in die Urlaubsfreistellung mit einberechnet werden; zumindest bei einem unterjährigen Arbeitszeitwechsel würden so die mit Urlaubsentgelt vergüteten Ruhe- und Erholungsphasen des Urlaubs mit der nicht vergüteten arbeitsvertraglich bedingten Freizeit vermischt.⁶⁵⁷ Wurde demnach in der Vollzeit ein Anspruch auf drei Wochen bezahlten Urlaub erworben und nicht genommen, bedeutet dies, dass der entsprechende Arbeitnehmer in einer sich anschließenden Teilzeit mit drei Arbeitstagen pro Woche vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung sechs Wochen Urlaub erhält.

Die bestehende Diskussion, ob diese Vorgehensweise nun zu einer Vermehrung von Urlaubsansprüchen führt⁶⁵⁸ oder ob keine Vermehrung vorliegt, da die ohnehin aufgrund der Teilzeit arbeitsfreien Tage ja nicht in den Urlaub hineingerechnet werden dürfen⁶⁵⁹, spielt insoweit keine Rolle, als auch eine tatsächliche Vermehrung von Urlaubs- und Urlaubsentgeltansprü-

⁶⁵² Dies wird bspw. etwa anhand des Urteils des LAG Baden-Württemberg v. 03.08.2015 – 11 Sa 15/15 – juris, Rn. 10 deutlich. Hier arbeitete die Arbeitnehmerin erst 32 Stunden an vier Tagen pro Woche, danach wechselte sie auf 23,5 Stunden an fünf Tagen pro Woche. Nach der stundenweisen Berechnung verringerte sie damit ihre Arbeitszeit, nach der tageweisen erhöhte sie sie jedoch.

⁶⁵³ Siehe beispielhaft BAG v. 12.02.2001, NZA 2001, 1254, 1255 f.; BeckOK-ArbR/Lampe, § 3 BUrlG, Rn. 4; ErfK/Gallner, § 3 BUrlG, Rn. 2.

⁶⁵⁴ Siehe dazu genauer Kapitel B. VI. 1. b) § 3 BUrlG – Dauer des Urlaubs.

⁶⁵⁵ So auch BAG v. 08.05.2001, NZA 2001, 1254, 1255; ErfK/Gallner, § 11 BUrlG, Rn. 16; Hahn, öAT 2014, 222, 222; Latzel, EuZA 2014, 80, 86.

⁶⁵⁶ Siehe dazu insgesamt bereits Kapitel B. I. 3. Wesen und normative Grundlage des Urlaubsentgeltanspruchs; so im Ergebnis auch Latzel, EuZA 2014, 80, 86 f.

⁶⁵⁷ Ausdrücklich EuGH im Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 40 f.; so auch Schubert, RdA 2013, 370, 377.

⁶⁵⁸ Siehe etwa Powietzka/Christ, NJW 2010, 3397, 3399.

⁶⁵⁹ ArbG Nienburg v. 04.09.2012, BB 2012, 3080, 3081 f.; Stiebert/Imani, ZESAR 2013, 164, 166.

chen im Rahmen eines unterjährigen Arbeitszeitwechsels unionsrechtlich aufgrund der Erarbeitung zulässig und sogar geboten wäre. Es kommt folglich nicht länger auf eine Erholungswochengleichheit an.⁶⁶⁰

(cc) Auswirkung auf die Frage der Kürzung oder der verminderten Entstehung

Da jedenfalls im Ergebnis eine Verringerung einmal entstandener Ansprüche als unzulässig anzusehen ist, hat an dieser Stelle auch die Differenzierung, ob nun bei einem unterjährigen Arbeitszeitwechsel eine Kürzung eines einmal entstandenen Anspruchs vorliegt⁶⁶¹ oder ob der Anspruch vielmehr von vornherein einfach umgerechnet wird und nicht in vollem Umfang entsteht⁶⁶² keine Bedeutung, beides würde gleichermaßen eine unwirksame Verringerung darstellen. Denn zum einen sind Kürzung und verminderte – umgerechnete – Entstehung beziehungsweise Nichtentstehung vom Ergebnis her qualitativ gleichzusetzen, denn der Anspruch des Arbeitnehmers auf Urlaub und Urlaubsentgelt ist in beiden Fällen gleichermaßen vermindert.⁶⁶³ Zum anderen erfolgt nun einmal faktisch bei einem unterjährigen Wechsel in die Teilzeit nach der Methodik des EuGH eine Mehrung des Urlaubsentgelts und des Freistellungsanspruchs im Vergleich zur ursprünglich in Deutschland üblichen Pro-rata-temporis-Quotierung. Wurde der Urlaubsanspruch einmal erarbeitet, darf er weder umgerechnet, gekürzt oder erweitert werden, noch entsteht er in verringertem oder vergrößertem Umfang. Er entsteht vielmehr einfach gemessen anhand der Arbeitsleistung in einem vergangenheitsbezogenen Referenzzeitraum statt anhand der aktuellen Arbeitszeit, eine andere Betrachtung wäre nicht konform mit der Rechtsprechung des EuGH. In der *Greenfield*-Entscheidung ist schließlich endgültig von der Entstehung der Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub nach Zeiträumen die Rede.⁶⁶⁴ Das bedeutet, dass eine Verringerung – in Form einer Kürzung oder Umrechnung – eines erarbeiteten und damit bereits entstandenen Urlaubsentgeltanspruchs in keinem Fall zulässig sein kann. Gleichzeitig kann jedoch insgesamt eine Verminderung des gesamten Anspruchs auf Urlaubsvergütung eintreten, wenn ein Wechsel von einer Teil- in eine Vollzeitätigkeit erfolgt. An dieser Stelle liegt keine Verringerung einmal erworbener Urlaubsansprüche vor. Vielmehr entsteht der Anspruch in der Teilzeit lediglich in geringerem Umfang als in der Vollzeit und wirkt sich nach dem Wechsel entsprechend auf die Urlaubsansprüche in der Vollzeit aus. Es ist zwar noch

⁶⁶⁰ So auch *Weigert/Zeising*, NZA 2016, 862, 864, die dies jedoch im Ergebnis als widersinnig betrachten.

⁶⁶¹ So etwa *Joussen*, RdA 2015, 305, 320; *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1107 ff.; *Stiebert/Imani*, NZA 2013, 1338, 1339 ff.

⁶⁶² So etwa die bisherige Rechtsprechung des BAG, welches zwar das Entstehen des vollen Urlaubsanspruchs bei Teilzeit grundsätzlich bejahte, dieser stellte jedoch faktisch einen verminderten Anspruch im Vergleich zur Vollzeitbeschäftigung dar BAG v. 21.10.1965, AP § 1 BUrlG Nr. 1; BAG v. 14.02.1991, AP § 3 BUrlG Nr. 1 Teilzeit; BAG v. 14.01.1992, AP § 3 BUrlG Nr. 5; siehe auch *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1107 ff.

⁶⁶³ *Boecken*, FS Düwell, S. 60; *Fieberg*, ZESAR 2013, 258, 263; *Kamanabrou*, RdA 2014, 321, 322; *Bauer/v. Medem*, NZA 2012, 113, 118 deklarieren die Unterscheidung als „wortklauberisch“; siehe auch generell hinsichtlich ruhender Arbeitsverhältnisse *Wicht*, BB 2012, 1349, 1352 f., die beide Varianten nennt.

⁶⁶⁴ Urteil *Greenfield*, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 35, 40.

zu untersuchen, ob diese Vorgehensweise gegebenenfalls gegen die Arbeitszeitrichtlinie verstößt, die vier Wochen Mindestjahresurlaub vorschreibt.⁶⁶⁵ Zumindest der EuGH lehnte dies jedoch erst kürzlich ausdrücklich ab.⁶⁶⁶

(dd) Beispielrechnung

Diese Annahmen führen insgesamt zu der anhand des folgenden Beispiels verdeutlichten Berechnung:⁶⁶⁷ Es ist weiterhin wie bereits bei dem oben genannten stark vereinfachten Beispiel⁶⁶⁸ von einem Arbeitnehmer auszugehen, der in der Vollzeit sechs Tage in der Woche arbeitet, dabei 3000 Euro pro Monat verdient, seine Arbeitszeit zum 01.07. auf die Hälfte verringert und ab dem 01.11. seinen Jahresurlaub nehmen möchte. Auch hier sind zwei Teilzeitmodelle möglich: Zum einen die Verringerung der Tage pro Woche auf die Hälfte, zum anderen die Verringerung der Stunden pro Tag um die Hälfte. Gesetzt den Fall, der Arbeitnehmer würde nach dem ersten Modell nunmehr nur noch drei Tage in der Woche arbeiten, so würde sich bei der Berechnung des Urlaubsentgelts zunächst der Geldfaktor – wie oben auch⁶⁶⁹ – im Vergleich zur Vollzeit nicht verändern; das Gehalt pro Tag bliebe auch hier das ganze Jahr über gleich. Bezüglich des Zeitfaktors müsste jedoch beachtet werden, dass sich der Arbeitnehmer in der Vollzeit ja bereits zwölf volle Freistellungstage, also die Hälfte der Jahresurlaubsfreistellung erarbeitet hätte.⁶⁷⁰ Da diese nicht entfallen dürften, müssten sie in jedem Fall in den Zeitfaktor einfließen. Nähme man dann noch die bereits erarbeiteten – und noch zu erarbeitenden – Urlaubstage aus dem halben Jahr Teilzeitarbeit dazu, nämlich sechs, also der aufgrund der Teilzeit halbierte Freistellungsanspruch heruntergerechnet auf ein halbes Jahr, so käme man auf einen Gesamtbetrag des Freistellungsanspruchs von 18 Tagen Urlaub in diesem Jahr, was dann auch den Zeitfaktor darstellen würde. Somit hätte der Arbeitnehmer nunmehr einen Anspruch auf ca. 2250 Euro Urlaubsentgelt, und nicht mehr nur auf ca. 1500 Euro, wie nach der ursprünglichen Berechnungsmethode in Deutschland⁶⁷¹.

Nähme man nun den Fall an, dass der Arbeitnehmer stattdessen seine Stunden pro Tag um die Hälfte verringerte, wie nach dem zweiten Modell, so wäre das Ergebnis gleich, der Weg dorthin jedoch leicht modifiziert. Während der Zeitfaktor im Vergleich zur Vollzeit weiterhin konstant bei 24 Tagen läge, da die Freistellung ja tageweise berechnet wird, müsste hier beim Geldfaktor die Erarbeitungs-Komponente beachtet werden. Es dürfte nicht nur der Tageslohn während der Teilzeit in die Berechnung einfließen, sondern es müsste auch das doppelt so hohe, bereits erarbeitete Urlaubsentgelt pro Tag aus der Vollzeit berücksichtigt werden. So müsste für die eine

⁶⁶⁵ Siehe Kapitel B. V. 1. a) aa) Art. 7 Abs. 1.

⁶⁶⁶ Urteil Greenfield, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 38 f.

⁶⁶⁷ Siehe auch das Berechnungsbeispiel bei *Powietzka/Rolf*, § 3 BUrlG, Rn. 19, die diese Vorgehensweise aber ablehnen.

⁶⁶⁸ Siehe Kapitel B. II. 1. a) bb) Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland.

⁶⁶⁹ Siehe Kapitel B. II. 1. a) bb) Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland.

⁶⁷⁰ Zu diesem Beispiel siehe auch vergleichend *Latzel*, EuZA 2014, 80, 89.

⁶⁷¹ Siehe Kapitel B. II. 1. a) bb) Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland.

Hälfte der 24 Urlaubstage des Zeitfaktors das durchschnittliche Arbeitsentgelt pro Tag aus der Vollzeit und für die andere Hälfte das durchschnittliche Arbeitsentgelt pro Tag aus der Teilzeit in die Berechnung des Geldfaktors und somit des Urlaubsentgelts einfließen. In dem hier gewählten Beispiel wäre dies ein Geldfaktor von ca. 86,54 Euro pro Tag statt ca. 57,69 Euro pro Tag nach der ursprünglichen Berechnung in Deutschland bei diesem Teilzeitmodell. Damit käme man nunmehr auch bei diesem Teilzeitmodell zu einem Anspruch auf insgesamt ca. 2250 Euro Urlaubsentgelt.

Es müsste also bei einer Reduzierung der Tage pro Woche der Zeitfaktor und bei einer Reduzierung der Stunden pro Tag der Geldfaktor jeweils angepasst und verändert werden, um der Voraussetzung der Erarbeitung in beiden Modellen der unterjährigen Arbeitszeitverkürzung im Rahmen der Teilzeit gerecht zu werden. Bei dem eben angeführten Beispiel hätte dies im Vergleich zu der in Deutschland bis dato üblichen Pro-rata-temporis-Umrechnung eine Erhöhung des Urlaubsentgelts um die Hälfte zur Folge, wenn man das Teilzeiterurlaubsentgelt zugrunde legen würde, bei einem Vergleich mit der Vollzeiterurlaubvergütung eine Verminderung um ein Viertel. Diese Parameter würden sich entsprechend verändern, wenn der Wechsel in die Teilzeit nicht zur Hälfte des Urlaubsjahres zum 01.07., sondern beispielsweise nach drei Vierteln des Jahres, also zum 01.10. oder etwa nach einem Viertel zum 01.04. erfolgen würde. Auch wenn dies zum Teil bestritten wurde,⁶⁷² beeinflusst der Wechsel von Voll- in Teilzeit also sehr wohl die Berechnung des Urlaubsentgelts, unabhängig davon, ob man einen Stunden- oder Tageslohn zugrundelegt.

Andersherum, also bei einem unterjährigen Wechsel von einem Teil- in ein Vollzeitarbeitsverhältnis, würde dies dementsprechend natürlich auch bedeuten, dass es zu einer Kürzung des Urlaubsentgelts käme.⁶⁷³

Problematisch könnte insoweit sein, dass der Zeitfaktor in diesem Fall weniger Wochen als die in der Arbeitszeitrichtlinie erwähnten vier Wochen umfassen könnte. Hätte der Arbeitnehmer nämlich etwa zunächst bis zum 01.07. in Halbzeit nur drei Tage die Woche gearbeitet und würde er danach auf sechs Tage erhöhen, würde sein Jahresurlaub und damit Zeitfaktor für das entsprechende Urlaubsjahr 18 Tage betragen, was bei einer Vollzeittätigkeit nur drei Wochen entspräche.⁶⁷⁴ Im Rahmen einer Erarbeitung wäre diese Vorgehensweise nur konsequent, so hätte der Arbeitnehmer auf das Urlaubsjahr insgesamt gesehen sehr wohl einen Anspruch auf das Äquivalent eines vierwöchigen Zeitfaktors von 24 Tagen, da sich der Gesamtwert des Urlaubs nicht vermindern würde.⁶⁷⁵

⁶⁷² Siehe etwa Arnold/Tillmanns/Tillmanns, § 11 BUrlG, Rn. 81.

⁶⁷³ Siehe auch Latzel, EuZA 2014, 80, 91; Polzer/Kafka, NJW 2015, 2289, 2291; im Ergebnis auch Stiebert/Imani, NZA 2013, 1338, 1339 f.

⁶⁷⁴ Siehe zu dem Beispiel etwa Rief, ZESAR 2010, 427, 428.

⁶⁷⁵ So auch Kock/Heyde, BB 2013, 2938, 2941.

(3) Zwischenergebnis

Die Entscheidungen des EuGH zur Teilzeit führen also zu einer ersten Annahme, dass das Urlaubsentgelt vergangenheitsbezogen bestimmt wird⁶⁷⁶ und neben dem Arbeitsentgelt ein Äquivalent – also eine Art Vergütung – für geleistete Arbeit darstellt.

Dieses erste Ergebnis tendiert insgesamt in die Richtung der Entgelttheorie. Zwar wurde früher – zum Teil ohne besondere Begründung – vertreten, die Ablehnung der Entgelttheorie habe zu der Einheitstheorie geführt, diese beiden Theorien würden sich also ausschließen.⁶⁷⁷ Die hier favorisierte Einheitstheorie ist aber keineswegs konträr zu der hier angenommenen Voraussetzung der Erarbeitung.⁶⁷⁸ Ein Gegensatz zwischen Entgelt- und Einheitstheorie kann allenfalls dahingehend angenommen werden, dass als Entgelt nur die Urlaubsvergütung und nicht die Freistellung angenommen werden könnte. Dies ist jedoch zu nah an der reinen Begrifflichkeit orientiert; fasst man „Entgelt“ als Gegenleistung für Arbeitsleistung weit, kann darunter auch der Urlaub als Ganzes, bestehend aus Vergütung und Freistellung fallen. Möchte man demnach die hier zunächst gefundene Annahme unter die Entgelttheorie subsumieren, so muss man diese dementsprechend weit verstehen. Insofern ist *Klose* zuzustimmen, der einem Tagungsbeitrag den passenden Namen „Zurück in die Zukunft – Der EuGH als Zeitmaschine des Urlaubsrechts“⁶⁷⁹ gab, denn sowohl ein Ansatz, der Urlaub als Entgelt auffasste, als auch ein Ansatz, der Urlaub als Einheit verstand, wurde in Deutschland bereits vertreten und beide erfahren nun durch das europäische Recht teilweise eine Renaissance.

Hier wird auch einmal mehr deutlich, dass die Bestimmung des Wesens des Urlaubs als einheitlichem Anspruch für das hinsichtlich des Wechsels von Voll- in Teilzeit gefundene Ergebnis von zentraler Bedeutung ist, denn es wäre mit der Entgeltfortzahlungstheorie nicht vereinbar, nach einer unterjährigen Verringerung der Arbeitsleistung ein in der Vollzeit erarbeitetes höheres Urlaubsentgelt zu dem späteren Zeitpunkt der Teilzeit zu erhalten. Nach der Entgeltfortzahlungstheorie ist das Urlaubsentgelt schlicht das fortgezahlte Arbeitsentgelt, welches sich folglich nach dem zu dem Zeitpunkt geltenden Teilzeitentgelt bemessen müsste. Die Arbeitsvergütung ist dabei nach § 614 BGB nach dem jeweiligen Erarbeitungszeitraum der Dienstleistung auszus zahlen, dies geschieht bei der Zeitvergütung zumeist wochen- oder monatsweise.⁶⁸⁰ Eine weiter zurückliegende Dienstleistung aus der Vollzeit kann bei dieser Berechnung keine Beachtung finden, sie wurde bereits zuvor in Form des monatlichen Arbeitslohnes vergütet. Das Urlaubsentgelt muss daher in einem längeren Bemessungsabschnitt erworben werden als monatsweise.

⁶⁷⁶ So auch *Betz*, BB 2015, 886, 886; *Kock/Heyde*, BB 2013, 2938, 2939.

⁶⁷⁷ *Dersch/Neumann*, § 1 BUrlG, Rn. 68; a.A. *Ihmels*, der die Entgelttheorie gerade mit der Einheitstheorie verbindet, siehe S. 46 f.

⁶⁷⁸ Siehe auch bereits Kapitel B. I. 3. d) bb) Perspektive der Einheitstheorie.

⁶⁷⁹ *Klose*, S. 2.

⁶⁸⁰ *Schaub/Linck*, § 70, Rn. 9.

Es bleibt aber die Frage, ob dieses Ergebnis mit den europäischen Normen vereinbar ist⁶⁸¹, und wenn ja, ob es in das bestehende System der deutschen Urlaubsnormen ohne Weiteres eingefügt werden kann oder ob dort eine Anpassung diesbezüglich erfolgen muss.⁶⁸²

b) Kurzarbeit

Unter Kurzarbeit wird ein vorübergehendes teilweises oder vollständiges („Kurzarbeit Null“) Ruhen der Arbeitsleistung und deren Vergütung im Arbeitsverhältnis verstanden, um während wirtschaftlich kritischer Situationen betriebsbedingte Kündigungen zu vermeiden.⁶⁸³ Teilweise wird dementsprechend auch „Kurzarbeit Null“ eingeführt, bei der die gegenseitigen Hauptleistungspflichten gänzlich aufgehoben sind, ohne dass jedoch das Arbeitsverhältnis an sich beendet ist; es ist durch die Kurzarbeit lediglich suspendiert.⁶⁸⁴ Dabei haben die Arbeitnehmer grundsätzlich Anspruch auf Kurzarbeitergeld vom Staat nach § 95 Abs. 3 des Dritten Sozialgesetzbuches (SGB III).⁶⁸⁵

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, wie der Zeitfaktor zu berechnen ist, wenn im Urlaubsjahr Kurzarbeit geleistet wird und welchen Einfluss die Kurzarbeit auf den Geldfaktor hat.

aa) Rechtsprechung des EuGH

Bezüglich der Entstehung von Urlaubs(entgelt)ansprüchen während Kurzarbeitszeiten hatte der EuGH bisher lediglich den *Heimann/Toltschin*-Fall zu entscheiden. In diesem Vorlageverfahren ging es ursprünglich um zwei Arbeitnehmer, die ein Jahr lang aufgrund von Kurzarbeit freigestellt wurden. Nach Ablauf dieses Jahres verlangten beide Urlaubsabgeltung für diesen Zeitraum. Zu fragen war also, ob auch während einer Zeitspanne, in der aufgrund von „Kurzarbeit Null“ die Arbeitsverpflichtung vollständig ruht, Urlaubsansprüche in vollem Ausmaß begründet oder pro-rata-temporis umgerechnet beziehungsweise gekürzt werden sollten.⁶⁸⁶

Der EuGH führte dazu zunächst aus, dass Art. 7 Abs. 2 der Arbeitszeitrichtlinie einer nationalen Gepflogenheit entgegenstehe, nach der die Urlaubsfreistellungs- und Urlaubsvergütungsansprüche nicht in vollem Umfang entstünden, wenn der Arbeitnehmer im Bezugszeitraum krank gewesen sei.⁶⁸⁷ Auch verwies er an dieser Stelle auf die diesbezüglich ergangenen Urteile und wiederholte, dass in Bezug auf krankgeschriebene Arbeitnehmer der Urlaub nicht von der Voraussetzung einer Arbeitsleistung abhängig gemacht werden könne.⁶⁸⁸

⁶⁸¹ Siehe Kapitel B. V. Kongruenz mit europäischem Recht.

⁶⁸² Siehe Kapitel B. VI. Möglichkeit richtlinienkonformer Auslegung des deutschen Rechts.

⁶⁸³ *Bauer/Günther*, BB 2009, 662, 662; Hohmeister/Oppermann/Oppermann, § 11 BUrLG, Rn. 60; MüKo-BGB/Müller-Glöge, § 611 BGB, Rn. 566; *Simon/Rein*, AuA 2013, 455, 455.

⁶⁸⁴ *ErfK/Preis*, § 611 BGB, Rn. 657; *Schaub/Linck*, § 47, Rn. 10; *Stiebert*, ZESAR 2011, 480, 480.

⁶⁸⁵ Siehe auch Hohmeister/Oppermann/Oppermann, § 11 BUrLG, Rn. 60.

⁶⁸⁶ Urteil *Heimann/Toltschin*, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 21 ff.

⁶⁸⁷ Urteil *Heimann/Toltschin*, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 25.

⁶⁸⁸ Urteil *Heimann/Toltschin*, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 24 ff.

Nach dieser Einleitung stellte der EuGH jedoch klar, dass die Konstellation der Kurzarbeit gerade nicht mit der der Krankheit, sondern vielmehr mit der der Teilzeitarbeit zu vergleichen sei. Arbeitnehmer in Kurzarbeit seien als „vorübergehend teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer“⁶⁸⁹ anzusehen, da sich der Kurzarbeitende, in Abgrenzung zu einem krankheitsbedingt arbeitsunfähigen Arbeitnehmer, ausruhen und Freizeitaktivitäten nachgehen könne.⁶⁹⁰ Darüber hinaus würden die gegenseitigen Leistungspflichten aufgrund eines Sozialplans ruhen beziehungsweise teilweise oder vollständig aufgehoben.⁶⁹¹

Abschließend führte der EuGH noch ein wirtschaftliches Argument für seine Sichtweise ins Feld: Die Kurzarbeit solle Entlassungen entgegenwirken. Die Verpflichtung, dem Arbeitnehmer neben der Arbeitsfreistellung aufgrund des Sozialplans noch bezahlten Arbeitsurlaub zu gewähren, könne jedoch dazu führen, dass der Arbeitgeber sich gegen die Einführung der Kurzarbeit entscheiden und somit diese für den Arbeitnehmer im Vergleich zur Kündigung positivere Konstellation entfallen könne.⁶⁹² Daher solle wie im *Tirol*-Urteil auch hier grundsätzlich eine Pro-rata-temporis-Umrechnung angewandt, also der Zeitfaktor anteilig gekürzt werden.⁶⁹³

bb) Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland

Die Kurzarbeit kommt im BUrlG lediglich insoweit vor, als in § 11 Abs. 1 S. 3 BUrlG bestimmt ist, dass es für die Urlaubsentgeltsberechnung nicht zu berücksichtigen ist, wenn während des Referenzzeitraums die Arbeitsvergütung aufgrund von Kurzarbeit vermindert ist. Dementsprechend wurde eine Verringerung des Geldfaktors in diesem Fall nur noch vereinzelt vertreten⁶⁹⁴ und größtenteils abgelehnt⁶⁹⁵. Der Geldfaktor solle demnach durch Kurzarbeit nicht beeinflusst werden.⁶⁹⁶

Auch hier stellte sich jedoch die Frage der Bemessung des Zeitfaktors. Problematisch war, ob dieser im Urlaubsjahr pro-rata-temporis vermindert werden sollte, weil weniger gearbeitet wurde, oder ob es als Voraussetzung für das Entstehen des vollen Freistellungszeitraums von 24 Tagen ausreichte, dass das Arbeitsverhältnis bestand und die Wartezeit erfüllt war.

Die deutsche Rechtsprechung hat sich mit dieser Frage bisher noch nicht auseinandergesetzt.⁶⁹⁷

In der Literatur wurde größtenteils eine Pro-rata-temporis-Umrechnung favorisiert, bei der die

⁶⁸⁹ Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 32.

⁶⁹⁰ Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 29.

⁶⁹¹ Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 28.

⁶⁹² Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 30.

⁶⁹³ Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 34 ff., der EuGH betonte an dieser Stelle noch einmal, dass dies nicht für unterjährige Arbeitszeitwechsel gelte.

⁶⁹⁴ *Peterek*, DB 1967, 1369, 1369 ff.

⁶⁹⁵ *ErfK/Gallner*, § 11 BUrlG, Rn. 24; *Hohmeister/Oppermann/Oppermann*, § 11 BUrlG, Rn. 63; *MüKo-BGB/Müller-Glöge*, § 611 BGB, Rn. 946; *Leinemann/Linck*, § 11 BUrlG, Rn. 62; *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Stahlhacke*, § 11 BUrlG, Rn. 53 f.

⁶⁹⁶ Siehe hierzu *ArbG Passau v. 13.04.2011 – 1 Ca 62/11 – juris*; *Bauer/Kern*, NZA 2009, 925, 926.

⁶⁹⁷ Bis auf das *ArbG Passau v. 13.04.2011 – 1 Ca 62/11 – juris*; *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 74; *Joussen*, RdA 2015, 305, 318.

durch Kurzarbeit während des Urlaubs freiwerdenden Tage beim Zeitfaktor wie normale Werk-tage behandelt und in den Urlaub hineingerechnet werden.⁶⁹⁸ Die Kurzarbeit wurde demnach ähnlich behandelt wie eine im Urlaubsjahr gleichbleibende Teilzeitbeschäftigung und ein unter-jähriger Wechsel in die Teilzeit mit einer verringerten Anzahl von Arbeitstagen⁶⁹⁹ nach der ursprünglichen Sichtweise in Deutschland⁷⁰⁰. Kurzarbeit habe demnach einen Einfluss auf den Zeitfaktor; es solle eine anteilige Kürzung des Urlaubsanspruchs erfolgen, also auch eine Kür-zung auf „Null“ bei „Kurzarbeit Null“ im gesamten Arbeitsjahr.⁷⁰¹

Die bestehende Diskrepanz zwischen der grundsätzlichen Annahme des BAG, dass Urlaub keine Arbeitsleistung voraussetze,⁷⁰² und der gleichzeitig vertretenen Umrechnung von Ur-laubsansprüchen bei Kurzarbeit und die dabei zwangsläufig bestehende Koppelung von Ar-beitsleistung und Urlaub beziehungsweise Urlaubsvergütung wurde dabei zwar teilweise gese-hen.⁷⁰³ Sie wurde jedoch damit begründet, dass kranke Arbeitnehmer sich gezwungen sehen könnten, dennoch arbeiten zu gehen, um keine Urlaubsansprüche zu verlieren; dieser Leistungs-druck müsse jedoch bei der Kurzarbeit nicht vermieden werden. Kurzarbeit sei kein in der Per-son des Arbeitnehmers liegender Grund für ein Ruhen des Arbeitsverhältnisses.⁷⁰⁴ Darüber hin-aus beruhe die Nichtleistung von Arbeit bei Kurzarbeit auf einer Vertragsänderung,⁷⁰⁵ bei Krankheit dagegen liege eine Leistungsstörung vor.⁷⁰⁶

Die Gegenansicht in der Literatur stellte hingegen darauf ab, dass nach dem BUrlG der An-spruch auf Urlaubsentgelt kein abstraktes oder individuelles Erholungsbedürfnis voraussetze. Darüber hinaus entstehe er bereits zum Anfang des Arbeitsverhältnisses beziehungsweise zu Beginn jedes Kalenderjahres und müsse nicht „verdient“ werden,⁷⁰⁷ was grundsätzlich aus der

⁶⁹⁸ *Boldt/Röhler*, § 3 BUrlG, Rn. 50, die jedoch gleichzeitig wieder konstatieren, dass die Kurzarbeit keinen Einfluss auf die Urlaubszeit habe; *Dersch/Neumann*, § 3 BUrlG, Rn. 48; *Friese*, S. 39; *HWK/Schinz*, § 3 BUrlG, Rn. 39; *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 75; *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 3 BUrlG, Rn. 13; so auch *ArbG Passau v. 13.04.2011 – 1 Ca 62/11 – juris*.

⁶⁹⁹ Nicht dagegen eine stundenweise Kurzarbeit, bei dieser soll der Urlaub gleich bleiben, siehe bspw. *ErfK/Gallner*, § 3 BUrlG, Rn. 23; zu einem vergleichbaren Tatbestand bei der Teilzeit siehe *BAG v. 28.04.1998*, NZA 1999, 156.

⁷⁰⁰ *ErfK/Gallner*, § 3 BUrlG, Rn. 23; *Hohmeister/Oppermann/Hohmeister*, § 3 BUrlG, Rn. 76; *HWK/Schinz*, § 3 BUrlG, Rn. 39; *Leinemann/Linck*, § 3 BUrlG, Rn. 62 ff.; *Olbertz/Kleinertz*, AuA 2010, 348, 350; siehe zu der Berechnung bei Teilzeit auch Kapitel B. II. 1. a) bb) *Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland*.

⁷⁰¹ *ArbG Passau v. 13.04.2011 – 1 Ca 62/11 – juris*; *Dersch/Neumann*, § 3 BUrlG, Rn. 48; *Friese*, S. 39; *HWK/Schinz*, § 3 BUrlG, Rn. 39; *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 75; *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 3 BUrlG, Rn. 13.

⁷⁰² Siehe bspw. *BAG v. 24.03.2009*, AP § 7 BUrlG Nr. 39; *BAG v. 15.12.2009 – 9 AZR 795/08 – juris*; *BAG v. 07.08.2012*, AP § 7 BUrlG Nr. 61.

⁷⁰³ *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 75.

⁷⁰⁴ *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 75.

⁷⁰⁵ *BAG v. 15.12.1961*, AP § 615 BGB Nr. 1 Kurzarbeit; *BAG v. 14.02.1991*, NZA 1991, 607, 607.

⁷⁰⁶ *BAG v. 21.05.1992*, NZA 1993, 497, 499; *MüKo-BGB/Henssler*, § 615 BGB, Rn. 31; *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 75.

⁷⁰⁷ *Groeger*, *ArbRB* 2010, 119, 120; *Hohmeister/Oppermann/Oppermann*, § 11 BUrlG, Rn. 63; *Leinemann/Linck*, § 1 BUrlG, Rn. 60 ff. m.w.N.; so sind auch die Ausführungen von *Walker*, *SAE* 2010, 70, 71 f. sinngemäß zu verstehen.

Rechtsprechungsänderung des BAG 1982 bezüglich des Rechtsmissbrauchs eines Urlaubsverlangens bei Nichtleistung der Arbeitsleistung im Urlaubsjahr aufgrund von Krankheit hergeleitet wurde.⁷⁰⁸ Es sei nicht ersichtlich, warum der Fall des Arbeitsausfalls bei Kurzarbeit anders zu beurteilen sein solle als der des Arbeitsausfalls aufgrund von Krankheit.⁷⁰⁹ Außerdem habe der Arbeitnehmer den Arbeitsausfall nicht zu vertreten, er komme aus der Sphäre des Arbeitgebers.⁷¹⁰ Divergierend dazu wurde jedoch wiederum argumentiert, dass Kurzarbeit auf einer Vereinbarung des Arbeitgebers mit der Arbeitnehmerseite beruhe und durchaus im Interesse des Arbeitnehmers sein könne, nämlich dann, wenn es um den Erhalt des Arbeitsplatzes gehe.⁷¹¹

cc) Rezeption der EuGH-Rechtsprechung

Auch an dieser Stelle erfolgte die Interpretation der Rechtsprechung des Gerichtshofs ausgehend von der Grundlage der ursprünglichen Sichtweise unterschiedlich.

(1) Annahme einer Kürzung des Urlaubsanspruchs

Das Urteil des EuGH wurde vor dem eben dargestellten Hintergrund der Pro-rata-temporis-Vorgehensweise von der vornehmlich in Deutschland vertretenen Ansicht in der Literatur überwiegend begrüßt, konnte doch auf diese Weise an der größtenteils favorisierten anteiligen Umrechnung des Urlaubs festgehalten werden.⁷¹² Anstatt diese Verminderung der Urlaubsansprüche auf eine fehlende Arbeitsleistung zurückzuführen, wurde der EuGH jedoch diesbezüglich so verstanden, dass die Kürzung einfach aufgrund des Vergleichs von Arbeitnehmern in Kurzarbeit mit solchen in Teilzeit erfolgen solle, wo ja ebenfalls grundsätzlich eine Pro-rata-temporis-Umrechnung vorgenommen werde. Dabei würden wie bei der Teilzeit alle Werktage in die Berechnung der Urlaubsvergütung miteinbezogen, egal ob an ihnen Arbeitsleistungen zu erbringen seien oder nicht.⁷¹³

Dass eine solche Umrechnung bei der Teilzeit ebenso wie bei der Kurzarbeit eine faktische Kürzung darstellt und eines Grundes – namentlich der Voraussetzung der Erarbeitung – bedarf, wurde dabei nicht problematisiert.⁷¹⁴ Als eigentlicher Beweggrund des EuGH zu einer Kürzung

⁷⁰⁸ Siehe zur Konstellation bei Krankheit BAG v. 28.01.1982, AP § 3 BUrlG Nr. 11 Rechtsmissbrauch; BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch; siehe zur Herleitung bei der Konstellation der Kurzarbeit BAG v. 18.03.2003, AP § 3 BUrlG Nr. 17 Rechtsmissbrauch; BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61; Groeger, ArbRB 2010, 119, 120.

⁷⁰⁹ Groeger, ArbRB 2010, 119, 120 f.

⁷¹⁰ Groeger, ArbRB 2010, 119, 121.

⁷¹¹ Bayreuther, DB 2012, 2748, 2750.

⁷¹² Bayreuther, DB 2012, 2748, 2749 f.; Eckstein, BB 2012, 1164, 1164; Höpfner, AP § 7 BUrlG Nr. 61; Joussem, RdA 2015, 305, 317 f.; Leuchten/Klapper, ZESAR 2013, 114, 115; Preis/Sagan/Mehrens/Witschen, § 7, Rn. 23; Schaub/Linck, § 47, Rn. 10a; Forst, EWiR 2013, 7, 8 vertritt den Ausschluss des Urlaubsanspruchs für den Zeitraum der „Kurzarbeit Null“ nur im Ergebnis.

⁷¹³ Schaub/Linck, § 47, Rn. 10a, Schaub/Linck, § 104, Rn. 48; a.A. Forst, EWiR 2013, 7, 8.

⁷¹⁴ Siehe etwa Leuchten/Klapper, ZESAR 2013, 114, 115 f.; anders Sprink, S. 226 ff.

des Urlaubs- und Urlaubsentgeltanspruchs wurde dabei das vom Gericht vorgebrachte Argument der wirtschaftlichen Situation der Arbeitgeber angesehen, die auf diese Weise entlastet werden sollten.⁷¹⁵

Teilweise wurde hinsichtlich der *Heimann/Toltschin*-Rechtsprechung problematisiert, dass diese auf den ersten Blick der *Tirol*-Rechtsprechung widerspreche, da bei der Teilzeit eine anteilige Kürzung der Urlaubsansprüche vom EuGH verneint, bei der Kurzarbeit jedoch gerade angenommen werde.⁷¹⁶ Dabei wurde diese Frage meist direkt selbst beantwortet, indem darauf hingewiesen wurde, dass lediglich eine Kürzung von einmal entstandenen Urlaubsansprüchen – also ex tunc – europarechtlich zu verneinen sei, eine Kürzung ex nunc jedoch sowohl bei der Teilzeit- als auch bei der Kurzarbeitskonstellation nicht.⁷¹⁷

Ebenfalls problematisiert wurde das Verhältnis zu den *BECTU*- und *Schultz-Hoff*-Entscheidungen,⁷¹⁸ bei denen der EuGH trotz Nichterbringung der Arbeitsleistung Urlaubsansprüche angenommen hatte.⁷¹⁹ Diese Diskrepanz wurde zumeist über die Vorhersehbarkeit und Planbarkeit der Arbeitsfreistellung sowie das Vorliegen psychischer oder physischer Beschwerden gelöst, also über die Erholungsmöglichkeit.⁷²⁰ Dabei wurde teilweise auch ein Zusammenhang zwischen Arbeitsleistung und Urlaub gesehen, den der EuGH ausgedrückt habe, jedoch lediglich in der Hinsicht, dass wer Freizeit habe, keinen Urlaub brauche.⁷²¹ Darüber hinaus sei eine sukzessive Erarbeitung des Urlaubsentgelts nicht auf das deutsche Recht übertragbar, wo der Urlaub zu Beginn des Jahres entstünde.⁷²²

Im Rahmen der grundsätzlichen Befürwortung der Verringerung des Urlaubsanspruchs bei Kurzarbeitskonstellationen wurde dabei – ebenso wie bei der Teilzeit – nicht einheitlich beurteilt, ob der Urlaubsanspruch zunächst entsteht und anschließend gekürzt wird⁷²³ oder ob er direkt verringert entsteht⁷²⁴.

(2) Ablehnung einer Kürzung des Urlaubsanspruchs

Auf der anderen Seite existierten jedoch auch Gegenstimmen, die weiterhin annahmen, dass der Urlaubsentgeltanspruch durch „Kurzarbeit Null“ im Urlaubsjahr keine Kürzung erfahre.

⁷¹⁵ Urteil *Heimann/Toltschin*, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 30; *Leuchten/Klapper*, ZESAR 2013, 114, 116; *Rudkowski*, EuZA 2013, 260, 266; in diese Richtung tendierend auch *Sprink*, S. 226 ff.

⁷¹⁶ *Stiebert/Imani*, ZESAR 2013, 164, 165.

⁷¹⁷ *Stiebert/Imani*, ZESAR 2013, 164, 165.

⁷¹⁸ *Rudkowski*, EuZA 2013, 260, 262; siehe auch bereits ArbG Passau v. 13.04.2011 – 1 Ca 62/11 – juris.

⁷¹⁹ Urteil *BECTU*, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 53; Urteil *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 17; Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 28.

⁷²⁰ *Forst*, EWiR 2013, 7, 8; *Rudkowski*, EuZA 2013, 260, 263; hinsichtlich des Erholungsbedürfnisses *Joussen*, RdA 2015, 305, 317; *Preis/Sagan/Mehrens/Witschen*, § 7, Rn. 20.

⁷²¹ *Forst*, EWiR 2013, 7, 8; *Rudkowski*, EuZA 2013, 260, 263.

⁷²² *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 76.

⁷²³ *Bayreuther*, DB 2012, 2748, 2748 ff.; *Joussen*, RdA 2015, 305, 317 f.; *Rudkowski*, EuZA 2013, 260, 267.

⁷²⁴ *Powietzka/Christ*, NZA 2013, 18, 21 f.

Die einzigen Voraussetzungen seien nach wie vor das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses und die Erfüllung der Wartezeit.⁷²⁵ Das BAG habe ja gerade ausdrücklich klargestellt, dass in Ruhenkonstellationen der Urlaub voll entstehe.⁷²⁶ Die deutsche Vorgehensweise des Entstehens des Urlaubsanspruchs ohne weitere Voraussetzungen wurde dabei als grundsätzlich günstiger für den Arbeitnehmer angesehen.⁷²⁷ Da die Arbeitszeitrichtlinie lediglich Mindestvorschriften enthalte, sei die Pro-rata-temporis-Berechnung des EuGH an dieser Stelle europarechtlich nicht konstitutiv, es sei national zulässig, ein Mehr an Urlaub zu gewähren.⁷²⁸ Eine Anpassung des deutschen Rechts diesbezüglich hin zu einer anteiligen Kürzung wurde demnach zunächst nicht als zwingend erachtet,⁷²⁹ teilweise aber dennoch aufgrund von wirtschaftlichen Gesichtspunkten der Arbeitsplatzsicherung favorisiert.⁷³⁰

dd) Zusammenführung und eigene Stellungnahme

Insgesamt fällt auf, dass die Umrechnung beziehungsweise Verringerung der Urlaubs- und damit Urlaubsvergütungsansprüche, die der EuGH vorgenommen hat, größtenteils begrüßt wurde. Dem ist zwar grundsätzlich zuzustimmen, jedoch sind die angeführten Begründungsansätze teilweise oberflächlich und eine Auseinandersetzung mit den Grundlagen beziehungsweise den Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs unterbleibt zumeist.⁷³¹

(1) Auseinandersetzung mit dem Hintergrund der deutschen Vorgehensweise

Wie bereits im Rahmen der Teilzeit-Konstellationen angeführt, enthält bereits die Pro-rata-temporis-Umrechnung eine gewisse Erarbeitungs-Komponente. Bei der Kurzarbeit tritt dies noch deutlicher hervor: Wenn man Urlaub und Urlaubsentgelt als ein Äquivalent für geleistete Arbeit ansieht, dann ist es sinnvoll und logisch, den Anspruch diesbezüglich an die Arbeitsleistung anzupassen und anteilig zu berechnen. Bei „Kurzarbeit Null“ im gesamten Urlaubsjahr kann kein Anspruch auf Urlaubsvergütung entstehen, er wurde ja auch nicht erarbeitet – der Urlaubsanspruch wird demnach pro-rata-temporis auf Null gekürzt. Dies müsste dann aber auch grundsätzlich für andere Konstellationen ruhender Arbeitsverhältnisse gelten – die Ansprüche auf

⁷²⁵ HWK/Schinz, § 3 BUrlG, Rn. 41a.

⁷²⁶ HWK/Schinz, § 3 BUrlG, Rn. 41a unter Verweis auf BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61; siehe auch BAG v. 06.05.2014, AP § 1 BUrlG Nr. 24; auf diese Diskrepanz weisen auch Bayreuther, DB 2012, 2748, 2749 f. und Preis/Sagan/Mehrens/Witschen, § 7, Rn. 23 unter Bezugnahme auf die genannten BAG-Entscheidungen hin.

⁷²⁷ Preis/Sagan/Mehrens/Witschen, § 7, Rn. 23, die sich jedoch schlussendlich aufgrund der Sicherung von Arbeitsplätzen für eine Kürzung des Urlaubs aussprechen,

⁷²⁸ Bayreuther, DB 2012, 2748, 2749; im Ergebnis auch Hohmeister/Oppermann/Oppermann, § 11 BUrlG, Rn. 63.

⁷²⁹ Bayreuther, DB 2012, 2748, 2749 f.; HWK/Schinz, § 3 BUrlG, Rn. 41a; Preis/Sagan/Mehrens/Witschen, § 7, Rn. 23.

⁷³⁰ Bayreuther, DB 2012, 2748, 2749 f.; Preis/Sagan/Mehrens/Witschen, § 7, Rn. 23.

⁷³¹ Beispielhaft dafür siehe etwa Besgen, FA 2015, 5, 6; Dassau/Wulfers, ZTR 2013, 3, 4 f.; Preis/Sagan/Mehrens/Witschen, § 7, Rn. 19, die das Ergebnis lediglich an dem Verhältnis von Teilzeit- und Kurzarbeit festmachen; diese Inkonsistenz kritisiert auch Fenski, NZA 2014, 1381, 1381.

Urlaubsentgelt und Urlaubsfreistellung wären in diesen Fällen ebenfalls „Null“⁷³². Nimmt man jedoch an, das BUrlG enthalte keine weiteren Voraussetzungen für den Zeitfaktor als das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses und die Erfüllung der Wartezeit, so müsste bei „Kurzarbeit Null“ im gesamten Urlaubsjahr dennoch ein voller Anspruch sowohl auf Freistellung und damit zusammenhängend auch auf Urlaubsentgelt bestehen. Die tatsächlich geleistete Arbeit dürfte in dieser Konstellation keine Rolle spielen, denn während der Kurzarbeit besteht der Arbeitsvertrag unverändert fort, lediglich die aus ihm resultierenden Pflichten sind suspendiert.⁷³³

Nach der überwiegenden Sichtweise in Deutschland wurde der Anspruch auf Urlaub bei Kurzarbeit dennoch pro-rata-temporis gekürzt, auch wenn vertreten wurde, dass Urlaub grundsätzlich keine Arbeitsleistung voraussetzt.⁷³⁴ Das ist in sich evident widersprüchlich, außer man verwechselt auch an dieser Stelle wieder arbeitsfreie Werktage mit Urlaubstagen.⁷³⁵ Dabei kann es auch keinen Unterschied machen, wenn diese Verwechslung in Form der Pro-rata-temporis-Umrechnung nicht langfristig während des restlichen Urlaubsjahres bestehen bleiben soll, sondern wenn sie lediglich während der aktuellen Kurzarbeitszeit vorgenommen wird, sodass der Urlaub im Anschluss daran wieder vollständig zu gewähren wäre. Zum einen liegt auch in diesem Fall bereits die eben genannte fehlerhafte Gleichstellung der beiden unterschiedlichen Freistellungszeiten vor. Zum anderen würde es in dieser Konstellation zu der willkürlich anmutenden Folge kommen, dass ein Arbeitnehmer, der während der Kurzarbeitsphase Urlaub nähme, diesen aufgrund der Pro-rata-temporis-Umrechnung nur vermindert bezahlt bekäme. Einem Arbeitnehmer, der jedoch nach der Kurzarbeit Urlaub beantragen würde, stünde der volle Urlaubsanspruch mitsamt dem vollständigen Arbeitsentgelt zu. Es würde somit vom Zufall – in Form des Zeitpunkts der Urlaubsbeantragung – abhängen, wie viel Urlaubsvergütung der Arbeitnehmer ausbezahlt bekäme. Dies wäre keinesfalls ein stimmiges Ergebnis.

Der insoweit angenommenen Kürzung beziehungsweise verminderten Entstehung der Urlaubsvergütungsansprüche bei Kurzarbeit und der dementsprechenden Koppelung von Arbeitsleistung und Urlaub ist jedoch im Ergebnis grundsätzlich zuzustimmen. Wenn der EuGH daher zum Teil auch so verstanden wurde, als stünde das *Heimann/Toltschin*-Urteil einer Pro-rata-temporis-Verringerung von in der Vollzeit beim Übergang in die Kurzarbeit erworbenen Urlaubsentgeltansprüchen nicht entgegen,⁷³⁶ ist dieses Verständnis abzulehnen. Zum einen hat der

⁷³² So auch LAG Düsseldorf v. 19.01.2012, ZTR 2012, 283; LAG Düsseldorf v. 01.10.2010 – 9 Sa 1541/09 – juris, Rn. 100; *Wicht*, BB 2012, 1349, 1352.

⁷³³ *Boecken*, RdA 2000, 7, 8; *Petrak*, NZA-Beil. 2010, 44, 45.

⁷³⁴ Siehe Kapitel B. II. 1. b) bb) Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland.

⁷³⁵ Wie dies etwa *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 74 ff. vornimmt; auf die Voraussetzung der Urlaubsvergütung für die Behandlung freier Tage als Urlaubstage weist auch insbesondere *Leube*, S. 67 m.w.N. in Bezug auf Arbeitsverhältnisse hin, die aufgrund des Mutterschutzgesetzes, einer Sonderbeurlaubung oder eines Arbeitskampfes ruhen. *Leube* führt diesbezüglich aus, dass in diesen Konstellationen schon vom Begriff her eine Urlaubsgewährung ausgeschlossen sei, es gebe keinen unbezahlten Urlaub; siehe zu diesem Problem auch Kapitel B. II. 1. a) dd) Zusammenführung und eigene Stellungnahme sowie Kapitel B. I. 3. c) ee) Zusammenfassende Stellungnahme.

⁷³⁶ *Rudkowski*, EuZA 2013, 260, 263

EuGH sowohl in den Urteilen zur Teilzeit, als auch in dem Urteil zur Kurzarbeit immer wieder betont, dass die Richtlinie einer Kürzung einmal erworbener Ansprüche entgegenstehe.⁷³⁷ Zum anderen werden hier wiederum – wie mitunter bei der Teilzeit – Urlaubsfreistellung und Arbeitsfreistellung aus anderen Gründen – hier der Kurzarbeit – gleichgestellt und verwechselt, was zwar nominell insgesamt weiterhin zu vier Wochen Arbeitsfreistellung führt, tatsächlich aber weniger – bezahlte – Urlaubszeit zur Folge hat.⁷³⁸ Unbezahlter Verzicht auf die Arbeitsleistung in Form der Kurzarbeit ist keine vergütete Urlaubsfreistellung nach § 1 BurlG. Eine Gleichstellung der beiden Freistellungstatbestände widerspricht dem Urlaubszweck der Erholung, da das Urlaubsentgelt ein maßgebliches Element zur Erreichung dieses Zweckes darstellt.⁷³⁹

Nimmt man nun an, dass der Urlaub grundsätzlich europarechtskonform pro-rata-temporis gekürzt werden kann, macht eine Beeinflussung des Geldfaktors durch § 11 Abs. 1 S. 3 BurlG im Rahmen der bisherigen Berechnung des Urlaubsentgelts zwar durchaus Sinn. Denn sonst könnte es im Zweifel zu willkürlichen Kürzungen führen, wenn nur die letzten dreizehn Wochen vor Urlaubsantritt in die Berechnung einfließen und ausgerechnet währenddessen beispielsweise ein Monat „Kurzarbeit Null“ eingeführt würde. So würde der Geldfaktor in diesem Beispiel fast zu einem Drittel verringert, was § 11 Abs. 1 S. 3 BurlG verhindert. Dennoch ist diese Vorgehensweise im Rahmen einer Erarbeitung nicht haltbar. Geht man grundsätzlich davon aus, dass Urlaub einen erworbenen Wert darstellt, muss der Bezugszeitraum länger als dreizehn Wochen sein, Kurzarbeit würde sich dann ohnehin nicht so stark auswirken. Eine Korrektur des Geldfaktors, nur um einer Willkür bei der Berechnung des Urlaubsentgelts vorzubeugen, wäre folglich nicht mehr notwendig, da in diesem Fall eine Betrachtung der geleisteten Arbeit während des gesamten Urlaubsjahres vorgenommen und somit gerechtere Ergebnisse bei der Berechnung erzielt würden als bei einer Betrachtung lediglich der letzten dreizehn Wochen. Im Rahmen der Annahme einer Voraussetzung der Erarbeitung müssten sich demnach nicht nur der Zeit- sondern auch der Geldfaktor verringern.

⁷³⁷ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 32 ff.; Urteil Heilmann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 35; Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 30 ff.; siehe auch *Rudkowski*, EuZA 2013, 260, 263 f., die diesen Widerspruch selbst sieht, eine Anwendbarkeit der Teilzeit-Rechtsprechung aber lediglich aufgrund des vom EuGH verwendeten Wortes „Berechnung“ statt „Anpassung“ ablehnt. Der Hinweis auf das *Tirol*-Urteil erfolge nur obiter dictum, *Rudkowski*, EuZA 2013, 260, 264 ff.; *Schneider*, S. 490 etwa lehnt die EuGH-Rechtsprechung an dieser Stelle insgesamt ab.

⁷³⁸ Dies wird besonders bei den Ausführungen von *Schneider*, S. 486 ff. deutlich, der hinnimmt, dass durch diese Vorgehensweise Schwankungen in der Entgelthöhe bestehen können. Wichtig sei allein, dass die unionsrechtlich vorgeschriebenen vier Wochen Urlaub gewährleistet seien, siehe insbesondere *Schneider*, S. 487 ff. und Fn. 2253; hierzu führte auch der EuGH bereits treffend aus: „Eine solche Argumentation verwechselt nämlich die Ruhephase, die dem Zeitabschnitt eines tatsächlich genommenen Urlaubs entspricht, und die normale berufliche Inaktivität während eines Zeitabschnitts, in dem der Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsverhältnisses, das ihn an seinen Arbeitgeber bindet, nicht zu arbeiten braucht.“, Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 41.

⁷³⁹ Siehe bereits Kapitel B. I. 3. c) dd) (2) (b) Zweck des Urlaubsentgelts.

An dieser Stelle greift auch das Argument der Zulässigkeit einer günstigeren mitgliedstaatlichen Regelung in Deutschland im Vergleich zu den Richtlinienvorgaben⁷⁴⁰ nicht, denn nach der deutschen Vorgehensweise wäre die Berechnung nicht in jedem Fall günstiger für den Arbeitnehmer. Der Geldfaktor würde sich zwar konstant an einem hypothetisch fortgezählten Arbeitsentgelt orientieren, der Zeitfaktor wäre jedoch nach der deutschen Herangehensweise pro-rata-temporis zu kürzen, auch wenn der Freistellungsanspruch zunächst grundsätzlich in vollem Umfang entstünde. Am deutlichsten treten die Folgen dieser Ansicht bei einer „Kurzarbeit Null“ an drei von sechs Arbeitstagen nach der ersten Jahreshälfte hervor. Nach der europäischen Voraussetzung der Erarbeitung hätte ein Arbeitnehmer, der im November seinen Jahresurlaub nehmen möchte, dabei etwa drei Viertel seines eigentlichen Jahresurlaubsentgelts bei 18 Tagen Freistellung erarbeitet. Nach der deutschen Herangehensweise hätte dieser Arbeitnehmer zwar grundsätzlich Anspruch auf den vollen Jahresurlaub und den vollen Geldfaktor, dies würde jedoch bedeuten, dass er anhand der Pro-rata-temporis-Berechnung zwölf Tage Freistellung und dementsprechend lediglich die Hälfte seines eigentlichen Urlaubsentgelts erhielte. Diese Berechnungsweise genügt damit nicht in jedem Fall – was aber Voraussetzung wäre – dem Günstigkeitsvorbehalt des Art. 15 der Richtlinie 2003/88/EG.

(2) Eigene Interpretation

Das *Heimann/Toltschin*-Urteil fügt sich somit nahtlos in die hier vertretene Interpretation der Teilzeit-Rechtsprechung des EuGH ein und ist, wenn auch nicht ausdrücklich, durch den Gerichtshof im Sinne einer Erarbeitungs-Voraussetzung entschieden worden. Wenn aufgrund von Kurzarbeit weniger als in Vollzeit oder gar nicht gearbeitet wurde, entsteht dementsprechend ein geringerer Anspruch auf Urlaubsentgelt und Freistellung.

Der EuGH weist dabei zwar auf die Freizeit- und Planungsmöglichkeiten, die durch die Kurzarbeit gegeben seien, hin.⁷⁴¹ Das bedeutet jedoch nicht, dass das Gericht damit zwangsläufig aussagen möchte, dass Arbeitnehmer, die Freizeit hätten, keinen Urlaub mehr bräuchten.⁷⁴² Der EuGH verwendet vielmehr das Argument, dass die Arbeitnehmer sich während der Kurzarbeit ausruhen könnten als Abgrenzungsmerkmal zu den Krankheits-Konstellationen. Im Zusammenhang mit Krankheit hatte der EuGH nämlich zuvor entschieden, dass ein Staat den „allen Arbeitnehmern zustehenden Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht von der Voraussetzung abhängig machen kann, dass sie während des von diesem Staat festgelegten Bezugszeitraums tatsächlich gearbeitet haben“⁷⁴³, wie er auch im *Heimann/Toltschin*-Urteil ausführte.⁷⁴⁴ Um bei

⁷⁴⁰ So aber etwa Preis/Sagan/Mehrens/Witschen, § 7, Rn. 23.

⁷⁴¹ Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11, EU:C:2012:693, Rn. 29.

⁷⁴² So aber Rudkowski, EuZA 2013, 260, 263.

⁷⁴³ Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 24 m.w.N.; siehe auch Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 41.

⁷⁴⁴ Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 24.

Kurzarbeit nun dennoch eine Voraussetzung des Verdienens des Urlaubsentgelts bejahen zu können, musste der EuGH also herausarbeiten, worin die Unterschiede beider Ruhestatbestände liegen. Der Gerichtshof sah also die Diskrepanz zwischen den verschiedenen Entscheidungen, sprach diese ganz bewusst an und löste sie auf.

Unter Betrachtung der bestehenden Differenzen zwischen Krankheit und Kurzarbeit – beide Konstellationen sind laut dem EuGH „grundlegend verschieden“⁷⁴⁵ – ist es demnach bei der Kurzarbeit grundsätzlich möglich, eine Erarbeitung zu fordern, bei der Krankheit ausnahmsweise nicht. Lediglich in diesem Zusammenhang ist es also von Bedeutung, ob die Arbeitnehmer sich während der nicht aufgrund von Urlaub ruhenden Arbeit ausruhen können oder nicht. Diese Freizeitmöglichkeit ist nicht von Belang für die Frage, ob der Urlaubsanspruch bei Kurzarbeit grundsätzlich zu kürzen ist, dafür entscheidend ist nur die Voraussetzung der Erarbeitung. Während des Ruhens der Arbeit aufgrund von Kurzarbeit erhält der Arbeitnehmer kein Urlaubsentgelt, die dadurch entstehende Freizeit ist demnach nicht mit Urlaub und Urlaubserholung gleichzusetzen. Die anteilige Kürzung des Urlaubsentgelts erfolgt einzig und allein aufgrund des fehlenden Äquivalents der Arbeitsleistung. Es gilt also nicht der Grundsatz „wer Freizeit hat, braucht keinen Urlaub“, sondern vielmehr, wer sich Urlaubsentgelt erarbeitet hat, bekommt dieses und die dazugehörige Freistellung noch zusätzlich zu der unbezahlten eben erwähnten Freizeit.

Es ist damit für die Berechnung des Urlaubsentgelts im Zusammenhang mit Kurzarbeit nicht mehr von Bedeutung, ob Kurzarbeit und Teilzeit gleich zu behandeln sind, welche Parallelen sich diesbezüglich ziehen lassen und welche Unterschiede bestehen, wie teilweise problematisiert wurde.⁷⁴⁶ Für die Berechnung der Urlaubsvergütung stellt sich vielmehr nur noch die Frage nach ihrer Erarbeitung durch Arbeitsleistung. Wurde diese vollständig erbracht, entsteht ein Anspruch, wenn nicht oder nicht in vollem Umfang, besteht dieser nicht oder entsteht lediglich vermindert.

An dieser Stelle wird zwar ebenso wie bei den Teilzeitkonstellationen teilweise angenommen, dass der EuGH zunächst gerade von der Entstehung des vollen Urlaubsanspruchs ausgegangen sei und dabei das Entstehen auch nicht habe verneinen können.⁷⁴⁷ Dies sei aus den *BECTU*- sowie *Dominguez*-Entscheidungen ersichtlich, in denen der Urlaubsanspruch offensichtlich ebenfalls zunächst entstanden sei. Vielmehr handele es sich lediglich um Kürzungsfragen.⁷⁴⁸

Dazu ist jedoch vorzubringen, dass der Gerichtshof in der *Heimann/Toltschin*-Entscheidung eine Kürzung mit keinem Wort erwähnt, er spricht vielmehr mehrfach von einer *Berechnung pro-rata-temporis*.⁷⁴⁹ Darüber hinaus stellt der EuGH in diesem Zusammenhang lediglich fest,

⁷⁴⁵ Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 27.

⁷⁴⁶ Siehe etwa Stiebert, ZESAR 2011, 480, 481.

⁷⁴⁷ So etwa Jousen, RdA 2015, 305, 317; Sprink, S. 222.

⁷⁴⁸ Jousen, RdA 2015, 305, 317 unter Verweis auf die beiden Entscheidungen.

⁷⁴⁹ Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11, EU:C:2012:693, Rn. 21, 25.

dass eine Verringerung des Mindestjahresurlaubs bei fehlender Arbeitsleistung durch Krankheit ausgeschlossen sei,⁷⁵⁰ und konstatiert, dass ein nachträglicher Verlust – also eine Kürzung – eines zuvor erworbenen Urlaubsanspruchs gerade nicht möglich sei.⁷⁵¹ Nicht nur wird die Kürzung in diesem Urteil – anders als etwa im *Brandes*-Urteil⁷⁵² – nicht erwähnt, sie wird in der *Heimann/Toltschin*-Entscheidung sogar nachträglich für einen einmal entstandenen Anspruch ausdrücklich vom EuGH abgelehnt. Auch die *BECTU*-Entscheidung steht dem nicht entgegen. Der EuGH konstatierte in diesem Urteil zwar, dass die Mitgliedstaaten keine Voraussetzungen für den Jahresurlaub aufstellen dürfen, die für „bestimmte Arbeitnehmer bereits die Entstehung dieses Anspruchs verhindern“⁷⁵³ können. Diese Aussage ist aber nicht so zu verstehen, dass auch der europäische Gesetzgeber keine solchen Voraussetzungen regeln dürfe. Entsprechend kann der EuGH durchaus die unionsrechtlichen Regelungen in eine solche Richtung auslegen.⁷⁵⁴ Darüber hinaus wird im Laufe des Urteils deutlich, dass der EuGH damit einer Regelung widersprechen wollte, die der Entstehung eines Urlaubsanspruchs während einer Wartezeit entgegensteht.⁷⁵⁵ Die Entstehung dieses Anspruchs ist aber auch nach der hier vertretenen Ansicht, dass eine Voraussetzung der Erarbeitung besteht, gesichert, so verdient sich doch der Arbeitnehmer auch bereits während der ersten Beschäftigungswochen anteilig Urlaub und Urlaubsvergütung. Darüber hinaus führte der EuGH aus, dass *bestimmte* Arbeitnehmer nicht durch Voraussetzungen von Urlaubsansprüchen ausgenommen werden dürfen. Die Voraussetzung der Erarbeitung ist jedoch als Urlaubsgrundsatz zu verstehen und betrifft zunächst alle Arbeitnehmer gleichermaßen, nicht Einzelfälle.

Es kommt demnach insgesamt auf die Modalitäten der Entstehung des Urlaubs- und Urlaubsentgeltanspruchs an,⁷⁵⁶ der Gerichtshof hat in seiner *Heimann/Toltschin*-Entscheidung gerade das Entstehen des Urlaubsanspruchs bei „Kurzarbeit Null“ verneint.⁷⁵⁷

Doch selbst wenn man den EuGH so verstehen möchte, dass eine Kürzung intendiert war, so ist dazu auch an dieser Stelle zu sagen, dass es letztendlich nicht darauf ankommen kann, ob eine Kürzung oder eine verminderte Entstehung vorliegt. Beide haben den gleichen Effekt, nämlich dass der Anspruch jedenfalls nicht in vollem Umfang zu gewähren ist.⁷⁵⁸

⁷⁵⁰ Urteil *Heimann/Toltschin*, C-229/11, EU:C:2012:693, Rn. 26; siehe dazu auch vertiefend noch Kapitel B. II. 1. c) dd) (2) (a) (aa) Ablehnung einer Voraussetzung der Erarbeitung bei krankheitsbedingt fehlenden Arbeitnehmern.

⁷⁵¹ Urteil *Heimann/Toltschin*, C-229/11, EU:C:2012:693, Rn. 35.

⁷⁵² Urteil *Brandes*, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 42, in dem der EuGH ausführt, dass das einschlägige Unionsrecht nationalen Bestimmungen oder Gepflogenheiten entgegensteht, nach denen nach einem Wechsel von Voll- in Teilzeit „entsprechend dem Verhältnis gekürzt wird“.

⁷⁵³ Urteil *BECTU*, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 48.

⁷⁵⁴ Siehe dazu näher Kapitel B. V. 2. b) Kompetenz zur Festlegung von Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs.

⁷⁵⁵ Urteil *BECTU*, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 64.

⁷⁵⁶ So auch *Powietzka/Christ*, NZA 2013, 18, 22.

⁷⁵⁷ So im Ergebnis auch *Conze*, öAT 2013, 29, 31.

⁷⁵⁸ Siehe auch Kapitel B. II. 1. a) dd) (2) (b) (cc) Auswirkung auf die Frage der Kürzung oder der verminderten Entstehung.

(3) **Zwischenergebnis**

Auch die Entscheidung des EuGH bezüglich der Kurzarbeit deutet somit auf die Voraussetzung der Erarbeitung des Urlaubs hin. Der Arbeitnehmer wird bei der Kurzarbeit unter Weiterzahlung des Kurzarbeitsgeldes von der Arbeitsleistung – im Fall der „Kurzarbeit Null“ vollständig – freigestellt und hat sich somit auch keinerlei Urlaubsanspruch „erarbeitet“. Wie der EuGH selbst betont, sind die Konstellationen der Teilzeit und der Kurzarbeit dabei durchaus vergleichbar, und sie haben wie gezeigt auch dieselbe Folge: Wurde nicht oder nur teilweise gearbeitet, so ist der Urlaubsanspruch anzupassen, bereits erworbene beziehungsweise erarbeitete Ansprüche bleiben jedoch bestehen.

c) **Krankheit**

Nachdem nun die beiden Konstellationen der Teilzeit und Kurzarbeit als Ruhenstatbestände der Arbeitsleistung für eine bestimmte Zeit hinsichtlich der EuGH-Rechtsprechung beleuchtet wurden, muss noch eine weitere Konstellation Beachtung finden: die der Krankheit des Arbeitnehmers. Die Unterbrechung der Arbeitsleistung durch eine Krankheit kann unterschiedlich lang andauern, sie kann Stunden, Tage, Monate oder ganze Jahre umfassen. Dementsprechend relevant ist die Frage nach der Entstehung von Urlaubsentgeltansprüchen in einem solchen Fall. Dabei ist vorliegend nicht die direkte Kollision von Urlaub und Krankheit maßgeblich – wenn also der Arbeitnehmer während seines Urlaubs erkrankt – sondern lediglich die Frage nach der grundsätzlichen Bemessung der Urlaubsansprüche, wenn der Arbeitnehmer im Urlaubsjahr erkrankt.

Zu diesem Problemfeld sind die am längsten zurückliegenden Urteile des EuGH zum Urlaub und damit auch zur Urlaubsvergütung ergangen. Wie bereits ausgeführt, stehen diese dabei auf den ersten Blick im Widerspruch zu den oben bereits genannten *Tirol*-, *Brandes*- und *Heimann/Toltschin*-Entscheidungen – insbesondere vor dem Hintergrund des vorliegend angenommenen Entgeltcharakters des Urlaubs(entgelt)anspruchs.

Fraglich ist demnach nun, wie diese Entscheidungen des EuGH bezüglich der Krankheit zu bewerten und sinnvoll in das Gesamtgefüge einzuordnen sind.

Dieser Schritt wurde bisher von der Rechtsprechung und Literatur noch nicht umfangreich vorgenommen.

aa) **Rechtsprechung des EuGH**

Auch im Bezug auf Krankheitskonstellationen ergingen zahlreiche Urteile des EuGH, die Vorgaben hinsichtlich der Voraussetzungen der Urlaubs- und damit auch der Urlaubsentgeltansprüche enthalten.

(1) *Schultz-Hoff-Entscheidung*

In der ersten Entscheidung, die der EuGH hinsichtlich des Zusammenhangs zwischen bezahltem Jahresurlaub und Krankheit zu fällen hatte – der *Schultz-Hoff-Entscheidung*⁷⁵⁹ –, waren zwei Fragen zu beantworten:⁷⁶⁰ Zum einen, ob ein Arbeitnehmer während oder nach einem langandauernden krankheitsbedingten Fehlen bezahlten Jahresurlaub verlangen kann und zum anderen, unter welchen Voraussetzungen er in dieser Konstellation nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses einen Abfindungsanspruch hat.⁷⁶¹

Bezüglich der ersten Frage führte der EuGH aus, dass der Jahresurlaub eine andere Zweckbestimmung aufweise als der „Krankheitsurlaub“⁷⁶². Ersterer habe einen Erholungs- und Freizeitcharakter, Letzterer werde zur Genesung von einer Krankheit gewährt. Dabei verliere die – urlaubsbedingte – Ruhezeit ihre Bedeutung nicht, wenn sie zu einem späteren Zeitpunkt außerhalb des Bezugszeitraums des Urlaubsjahres gewährt werde. Die Richtlinie stehe danach einzelstaatlichen Vorschriften nicht entgegen, die Arbeitnehmer nicht berechtigen, während der Krankheitszeit bezahlten Urlaub zu nehmen.⁷⁶³

Von größerer Bedeutung im Rahmen dieser Untersuchung ist jedoch die Beantwortung der Frage nach der Entstehung von Urlaubsentgelt-, Freistellungs- und Abgeltungsansprüchen diesbezüglich. Die britische Regierung argumentierte dabei im Vorfeld ebenso wie die niederländische, dass sich ein kranker Arbeitnehmer gerade nicht von der Arbeit erholen müsse und daher keiner tatsächlichen Ruhezeit bedürfe. Darüber hinaus fielen kranke Arbeitnehmer bereits nicht in den Schutzbereich der Richtlinie 2003/88/EG.⁷⁶⁴

Der EuGH bezog sich bei der Beantwortung zunächst auf Grundsätze der Internationalen Arbeitsorganisation, die für die Auslegung der Arbeitszeitrichtlinie herangezogen wurden. Nach Art. 5 Abs. 4 des Übereinkommens Nr. 132 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 24.06.1970 über den bezahlten Jahresurlaub seien etwa Fehlzeiten aufgrund von Krankheit als Dienstzeiten anzurechnen.⁷⁶⁵ Weiter stützte sich der EuGH damit zusammenhängend auf die *BECTU*-Rechtsprechung, in der er ausgeführt hatte, dass die Mitgliedstaaten keine Voraussetzungen für den Urlaubsanspruch aufstellen könnten, die bewirkten, dass bestimmte Arbeitnehmer von dem Anspruch ausgenommen seien. Einzelstaatliche Gepflogenheiten dürften sich nicht auf die Entstehung des Anspruchs auswirken.⁷⁶⁶ Dabei führte er wie zuvor aus, dass zwar die Festlegung der Ausübungs- und Umsetzungsmodalitäten des Urlaubsanspruchs Sache der

⁷⁵⁹ Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18.

⁷⁶⁰ Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 10, 17.

⁷⁶¹ Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 20, 53.

⁷⁶² Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 25.

⁷⁶³ Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 32.

⁷⁶⁴ Schlussanträge *Schultz-Hoff* der G^Ain *Trstenjak*, C-350/06, EU:C:2008:37, Rn. 24 f., 30; darstellend siehe auch *Kamanabrou*, SAE 2009, 121, 122.

⁷⁶⁵ Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 38.

⁷⁶⁶ Urteil *BECTU*, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 53; Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 39 ff.

Mitgliedstaaten sei, die Entstehung des sich aus der Arbeitszeitrichtlinie ergebenden Anspruchs jedoch nicht von einer Voraussetzung abhängig gemacht werden dürfe.⁷⁶⁷ Daraus leitete der Gerichtshof ab, dass die Mitgliedstaaten erbrachte Arbeitsleistungen während des Bezugszeitraums hinsichtlich ordnungsgemäß krankgeschriebener Arbeitnehmer nicht zur Voraussetzung des Urlaubs erheben könnten. Vielmehr würden in der Richtlinie arbeitende und aufgrund von Krankheit während des Urlaubsjahres nicht arbeitende Arbeitnehmer gleichgesetzt.⁷⁶⁸ Folglich hätten beide gleichermaßen Anspruch auf Urlaubsvergütung; Ausfallzeiten aufgrund von Krankheit hätten auf die Entstehung des Anspruchs keinerlei Auswirkungen.⁷⁶⁹ Hinsichtlich der Abgeltung entschied der EuGH, dass diese finanzielle Vergütung dem Arbeitnehmer nicht versagt werden dürfe, wenn es ihm unmöglich gewesen sei, seinen Urlaubsanspruch auszuüben.⁷⁷⁰ Diese finanzielle Vergütung orientiere sich dabei am Urlaubsentgelt.⁷⁷¹

(2) KHS-Entscheidung

Auf die eben dargestellte *Schultz-Hoff*-Entscheidung folgte später die *KHS*-Entscheidung.⁷⁷² Auch dort ging es um die Ansprüche eines langfristig – über einen Zeitraum von ca. sieben Jahren – erkrankten Arbeitnehmers, der während dieser Zeit eine Rente wegen voller Erwerbsminderung bezog.⁷⁷³ Hier wollte dieser jedoch keine Urlaubs- beziehungsweise Urlaubsentgeltansprüche geltend machen, sondern hatte aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Zahlung der Urlaubsabgeltung für die letzten drei Jahre geklagt.⁷⁷⁴ Das vorlegende Gericht wollte nun wissen, ob es europarechtskonform sei, dass krankheitsbedingt arbeitsunfähige Arbeitnehmer ihre Jahresurlaubsansprüche lediglich im Rahmen eines Übertragungszeitraums von 15 Monaten ansammeln könnten.⁷⁷⁵ Mit Blick auf die *Schultz-Hoff*-Entscheidung schwang auch hier der Grundsatz mit, dass Krankheit keinen Einfluss auf die Entstehung von Urlaubsansprüchen haben könne; so stand vorliegend auch nicht das grundsätzliche Bestehen von Urlaubs- oder Abgeltungsansprüchen in Frage, sondern der Verfall dieses Anspruchs aufgrund eines zu langen Übertragungszeitraums.⁷⁷⁶ Hierzu führte der EuGH erneut aus, dass grundsätzlich durch einen national festgelegten Übertragungszeitraum der Anspruch auf Jahresurlaub nicht erlöschen dürfe, wenn der Arbeitnehmer nicht die Möglichkeit hatte, diesen Anspruch auszuüben.⁷⁷⁷ Diese Aussage relativierte er jedoch umgehend wieder, indem er bei jahrelanger

⁷⁶⁷ Urteil BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 53; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 46, beide diesbezüglich unter Rekurs auf die Vorgängerrichtlinie 93/104/EG.

⁷⁶⁸ Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 40.

⁷⁶⁹ Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 41.

⁷⁷⁰ Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 52.

⁷⁷¹ Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 61 f.

⁷⁷² Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761.

⁷⁷³ Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 15.

⁷⁷⁴ Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 14 ff.

⁷⁷⁵ Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 22.

⁷⁷⁶ Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 22.

⁷⁷⁷ Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 28.

Arbeitsunfähigkeit besondere Umstände annahm, bei denen eine Begrenzung der Übertragbarkeit von Urlaubsansprüchen angezeigt sei.⁷⁷⁸ Dies begründete der EuGH maßgeblich teleologisch, der Erholungszweck des Urlaubs bleibe zwar grundlegend auch nach dem Bezugszeitraum bestehen, beinhalte aber doch eine gewisse zeitliche Grenze und verbiete es, jahrelang Urlaubsansprüche anzusammeln.⁷⁷⁹ Darüber hinaus müsse der Arbeitgeber durch eine Begrenzung des Übertragungszeitraums davor geschützt werden, dass die Arbeitnehmer zu lange Abwesenheitszeiträume ansammeln würden und dadurch arbeitsorganisatorische Schwierigkeiten entstünden.⁷⁸⁰ Die *Schultz-Hoff*-Entscheidung wurde demnach aufgegriffen und nuanciert.⁷⁸¹

(3) *Dominguez*-Entscheidung

Im Anschluss erfolgte die *Dominguez*-Entscheidung, der die Frage nach der Entstehung von Urlaubsansprüchen während zweier unfallbedingt arbeitsfreier Jahre zugrunde lag.⁷⁸² In diesem Urteil bekräftigte der EuGH nochmals die *BECTU*- und *Schultz-Hoff*-Entscheidungen. Er wiederholte, dass zwar die Festlegung der Ausübungsmodalitäten, jedoch nicht die Behandlung der Frage nach der Entstehung des Anspruchs den Mitgliedstaaten freistünde und dass die Richtlinie nicht zwischen gesunden und kranken Arbeitnehmern unterscheide.⁷⁸³ Demnach sei insoweit eine effektive Mindestarbeitszeit als Voraussetzung für das Urlaubsentgelt nach dem europäischen Recht abzulehnen.⁷⁸⁴ So müsse auch hinsichtlich des in Frage stehenden Art. L 223-4 des Code du travail, der gerade eine solche Voraussetzung beinhaltet, zunächst überprüft werden, ob dieser einer die Wirksamkeit erhaltenden unionsrechtlichen Auslegung zugänglich sei. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre der Artikel unanwendbar.⁷⁸⁵

Dabei stellte der EuGH aber klar, dass der Grund für die Notwendigkeit einer solchen unionsrechtskonformen Auslegung des Art. L 223-4 des Code du travail lediglich darin bestehe, dass die Norm krankheitsbedingt fehlende und arbeitende Arbeitnehmer gleichsetzt.⁷⁸⁶ Ein Mitgliedstaat dürfe den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub eines aus gesundheitlichen Gründen während des Bezugszeitraums fehlenden Arbeitnehmers nicht von der Voraussetzung der Erarbeitung abhängig machen.⁷⁸⁷

⁷⁷⁸ Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 28 ff.

⁷⁷⁹ Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 32 ff.

⁷⁸⁰ Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 39.

⁷⁸¹ So ausdrücklich der EuGH, Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 32 ff.

⁷⁸² Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33.

⁷⁸³ Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 17 ff.

⁷⁸⁴ Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 21.

⁷⁸⁵ Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 22 ff.

⁷⁸⁶ Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 29 f.

⁷⁸⁷ Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 30.

bb) Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland

Hinsichtlich der Frage nach den Voraussetzungen der Urlaubsvergütung in Krankheitskonstellationen war auch in Deutschland entscheidend, ob man sie als eine Art Entgelt für Arbeitsleistung sieht oder als einen Anspruch aus Arbeitsschutzverwägungen ohne Voraussetzungen im Rahmen eines Fürsorgecharakters des Urlaubs versteht.⁷⁸⁸

Ursprünglich wurde ein eventuell bestehender Zusammenhang zwischen Arbeitsleistung und Urlaub nach Aufgabe der Entgelttheorie⁷⁸⁹ in Deutschland abgelehnt.⁷⁹⁰ Dies bedeutete, dass auch bei fehlender Arbeitsleistung Urlaubs- und damit auch Urlaubsentgeltansprüche grundsätzlich in vollem Umfang entstanden.⁷⁹¹ Dies galt zunächst generell auch bei lang anhaltender Krankheit.⁷⁹² Nach der sogenannten Fürsorgetheorie bestand dabei zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ein enges Treueverhältnis, aus dem besondere Fürsorge- und Schutzpflichten erwuchsen, etwa auch die Pflicht zur Gewährung von bezahltem Urlaub.⁷⁹³ Nachdem § 1 BUrlG eingeführt wurde, wurde eine Herleitung eines Anspruchs basierend auf der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nicht mehr angenommen, die Frage der Fürsorge wurde vielmehr für eine dogmatische Einordnung und Auslegung des BUrlG relevant.⁷⁹⁴ Die Fürsorgepflichten wurden nun als Nebenpflichten des Arbeitsverhältnisses gemäß §§ 618, 242 BGB angesehen.⁷⁹⁵ Diese Theorie besagte also gerade, dass der Urlaub nicht als Gegenleistung zur Arbeit zu sehen sei, sondern als Verpflichtung des Arbeitgebers aus dem Gemeinschaftszweck.⁷⁹⁶

Grundsätzlich unterlagen der Urlaub und damit auch das Urlaubsentgelt also keinerlei Voraussetzungen, der Arbeitnehmer erhielt jeweils den vollen Anspruch am jeweiligen Stichtag.⁷⁹⁷ Entscheidend war dabei jedoch die dauerhafte Prognose der Arbeitsfähigkeit zum Zeitpunkt des Stichtages. Befand sich der Arbeitnehmer an diesem Tag in einem Zustand, der ihn für das vollständige nächste Arbeits- und damit Urlaubsjahr krankheitsbedingt ausfallen ließ, so war

⁷⁸⁸ Siehe zu der Relevanz dieser Frage auch bereits *Streblow*, S. 28 ff., der die Entgelttheorie vertreten möchte, S. 177.

⁷⁸⁹ Siehe Kapitel B. II. 1. a) bb) Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland.

⁷⁹⁰ BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 9 Urlaubsrecht; BAG v. 17.03.1960, AP § 5 UrlaubsG Hamburg Nr. 1; *Dersch/Neumann*, § 9 BUrlG, Rn. 24.

⁷⁹¹ *Hueck/Nipperdey*, S. 440.

⁷⁹² *Dersch/Neumann*, § 9 BUrlG, Rn. 24.

⁷⁹³ RAG v. 16.03.1938, ARS 32, 316, 319 f.; *Dahms*, DB 1955, 604, 604; BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 9; *Dersch/Neumann*, § 1 BUrlG, Rn. 2; *Heußner*, S. 27; *Hueck/Nipperdey*, S. 432 f.; *Nikisch*, S. 520 f.; *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 1 BUrlG, Rn. 5; a.A. *Gaul/Boewer*, S. 16 f.; darstellend und kritisierend *Streblow*, S. 29 ff.; *Trieschmann*, AuR 1963, 65, 73.

⁷⁹⁴ Siehe etwa *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 1 BUrlG, Rn. 5; *Streblow*, S. 25 ff.

⁷⁹⁵ BAG v. 20.04.1956, AP § 611 BGB Nr. 6 Urlaubsrecht; BAG v. 07.02.1957, AP § 611 BGB Nr. 18 Urlaubsrecht; *Boldt/Röhlsler*, § 1 BUrlG, Rn. 3; *Dersch/Neumann*, § 1 BUrlG, Rn. 2; *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 1 BUrlG, Rn. 5; a.A. *Staudinger/Richardi/Fischinger*, § 611 BGB, Rn. 1687.

⁷⁹⁶ BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 9 Urlaubsrecht; *Renaud*, S. 26; a.A. innerhalb dieser Theorie *Peterek*, EzA § 3 BUrlG Nr. 13; *Buchner*, DB 1982, 1823, 1823; *Buchner*, EzA § 3 BUrlG Nr. 14; a.A. *Rother*, RdA 1966, 301, 305, der bereits damals darauf hinwies, dass in einem Arbeitsverhältnis Leistung und Gegenleistung entscheidend seien und nicht die Gemeinschaft zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Auch der Urlaub könne damit nicht davon abhängig sein, ob der Arbeitnehmer die Betriebsgemeinschaft bejaht.

⁷⁹⁷ Siehe beispielhaft *Boldt/Röhlsler*, § 1 BUrlG, Rn. 25; *Schelp/Herbst*, § 1 BUrlG, Rn. 41 ff. jeweils m.w.N.; siehe auch etwa *Dänzer-Vanotti*, NZfA 1929, 455, 460 f.

eine Freistellung unter Vergütung während dieses Jahres unmöglich und es entstand kein Urlaubsanspruch.⁷⁹⁸ War der Arbeitnehmer hingegen zu diesem Zeitpunkt arbeitsfähig oder nur kurzfristig krankheitsbedingt arbeitsunfähig, entstand der Anspruch zunächst in vollem Umfang.⁷⁹⁹ Wurde dann aber dennoch im Urlaubsjahr gar nicht oder nur so wenig gearbeitet, dass kein Verhältnis mehr zwischen Urlaub und Arbeitsleistung angenommen wurde, so konnte die Geltendmachung dieses Anspruchs als rechtsmissbräuchlich nach § 242 BGB angesehen werden.⁸⁰⁰ Insofern war das Ergebnis hinsichtlich des Urlaubsanspruchs dabei stets „Alles oder Nichts“⁸⁰¹.

Erfolgte also eine langandauernde Nichterbringung der Arbeitsleistung aufgrund von Krankheit, so wurde entweder das vollständige Entstehen des Anspruchs ausgeschlossen, wenn am Stichtag bereits deutlich war, dass er für das nächste Jahr ausfallen würde⁸⁰² oder das Urlaubsverlangen wurde insgesamt nachträglich als rechtsmissbräuchlich abgelehnt.⁸⁰³

Diese Vorgehensweise könnte auf den ersten Blick so verstanden werden, als bestünde die Voraussetzung einer Arbeitsleistung; dies war jedoch nicht der Fall. Auch wenn der Einwand des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB bei krankheitsbedingter Nichterbringung von Arbeitsleistungen erhoben werden konnte, wurde dennoch vertreten, dass Urlaubsansprüche grundsätzlich als bezahlte Freistellungen unabhängig von der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung entstünden.⁸⁰⁴ Wie bereits *Fieberg* darstellte, kann nur einem einmal entstandenen Anspruch die Einrede des Rechtsmissbrauchs entgegenstehen.⁸⁰⁵ Es wurde zwar auf eine gewisse Weise durch die Rechtsmissbrauchs-Komponente ein Zusammenhang mit der vorangegangenen Arbeitsleistung hergestellt,⁸⁰⁶ dieser Zusammenhang wurde jedoch nicht als so stark angesehen, dass der

⁷⁹⁸ BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 10 Urlaubsrecht; *Dersch*, AP § 611 BGB Nr. 10 Urlaubsrecht.

⁷⁹⁹ BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 9 Urlaubsrecht; BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 10 Urlaubsrecht, wobei das BAG die Unmöglichkeit der Urlaubsgewährung damit begründet, dass nicht direkt ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung statt des Urlaubsanspruchs erworben werden könne; nach Inkrafttreten des BUrlG siehe auch BAG v. 14.12.1966, AP § 13 BUrlG Nr. 2 Unabdingbarkeit, hier wird vornehmlich mit der Wertung aus § 5 Abs. 1 BUrlG argumentiert.

⁸⁰⁰ BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 9 Urlaubsrecht; BAG v. 17.03.1960, AP § 5 Urlaubsg Hamburg Nr. 1; BAG v. 02.05.1961, AP § 611 BGB Nr. 82 Urlaubsrecht; BAG v. 27.09.1962, AP § 611 BGB Nr. 87 Urlaubsrecht; BAG v. 23.06.1966, AP § 3 BUrlG Nr. 2 Rechtsmissbrauch; BAG v. 14.12.1966, AP § 13 BUrlG Nr. 2 Unabdingbarkeit; *Dersch/Neumann*, § 9 BUrlG, Rn. 18 ff.; *Hueck/Nipperdey*, S. 440.

⁸⁰¹ *Ottow*, DB 1972, 1240, 1240, der diese Vorgehensweise jedoch kritisierte und stattdessen im Rahmen der Einzelfallentscheidung nach § 242 BGB eine anteilige Kürzungsmöglichkeit des Urlaubsanspruchs anhand der Kündigungsmöglichkeit des Arbeitgebers favorisierte. Als Ausgangspunkt diene ihm dabei § 5 BUrlG.

⁸⁰² BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 10 Urlaubsrecht; *Hueck/Nipperdey*, S. 441; *Schmelzer*, S. 86.

⁸⁰³ BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 9 Urlaubsrecht; BAG v. 17.03.1960, AP § 5 Urlaubsg Hamburg Nr. 1; BAG v. 23.06.1966, AP § 3 BUrlG Nr. 2 Rechtsmissbrauch; *Dersch/Neumann*, § 9 BUrlG, Rn. 18 ff.; *Schmelzer*, S. 92; *Heußner*, S. 37; kritisch *Hessel*, BB 1956, 893, 895.

⁸⁰⁴ BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 9 Urlaubsrecht; BAG v. 06.06.1968, AP § 3 BUrlG Nr. 5 Rechtsmissbrauch; BAG v. 14.12.1966, AP § 13 BUrlG Nr. 2 Unabdingbarkeit; *Friese*, S. 105; *Franke*, BB 1983, 1036, 1037.

⁸⁰⁵ *Fieberg*, NZA 2009, 929, 930.

⁸⁰⁶ So besonders *Peterek*, EZA § 3 BUrlG Nr. 13, der die Fürsorgetheorie allerdings so betrachtet, dass der Arbeitgeber aus Fürsorgeerwägungen oder aufgrund eines sozialrechtlichen Schutzprinzips verpflichtet wird, dem Arbeitnehmer nach geleisteter Arbeit bezahlten Urlaub zu gewähren; siehe auch die Überlegungen von *Hessel*, S. 104 f., *Richardi*, FS Hoyningen-Huene, S. 437 und *Zöllner*, SAE 1963, 66, 67.

Anspruch auf Urlaubsentgelt grundsätzlich nicht entstanden wäre. Lediglich die Geltendmachung des Anspruchs konnte – nachdem dieser einmal entstanden war – durch Rechtsmissbrauch ausgeschlossen sein.⁸⁰⁷ Die Verknüpfung wurde einzig darin gesehen, dass der Urlaubszweck – neben der Erholung für zukünftige Arbeit – Erholung von geleisteter Arbeit sei.⁸⁰⁸

Wann das Urlaubsverlangen unverhältnismäßig erschien, wurde nicht abstrakt anhand von festen mathematischen Grenzen festgelegt, es kam immer auf die Gesamtumstände im Einzelfall an.⁸⁰⁹ Dabei konnten auch noch andere Faktoren – wie etwa die Länge der Betriebszugehörigkeit – die Entscheidung beeinflussen, ob ein Rechtsmissbrauch angenommen wurde.⁸¹⁰ Es sei jeweils gemessen an der konkreten Situation zu entscheiden, ob ein Verlangen von Urlaub auf einem Erholungsbedürfnis beruhe, das sich aus geleisteter Arbeit oder aus anderen mit dem Arbeitsverhältnis im Zusammenhang stehenden Gründen ergebe oder nicht. In den ersten Fällen müsse Urlaub im Interesse der Volksgesundheit gewährt werden, im letzten Fall sei die Geltendmachung als rechtsmissbräuchlich abzulehnen.⁸¹¹

Auch wenn demnach bei der Beantwortung der Frage, ob eine Erholungsbedürftigkeit bestand, neben der erbrachten Arbeitsleistung mitunter auch noch auf andere Gründe abgestellt werden konnte,⁸¹² war der damalige Lösungsansatz über den Rechtsmissbrauch insgesamt bereits nicht konsequent und in sich widersprüchlich. Wenn man den Urlaubs(entgelt)anspruch als unabhängig von der Arbeitsleistung ansieht, kann es grundsätzlich nicht rechtsmissbräuchlich sein, ihn wegen fehlender Arbeitsleistung geltend zu machen.⁸¹³

So erfolgte dann 1982 auch eine Rechtsprechungsänderung dahingehend, dass nunmehr vertreten wurde, dass die Rechtsmissbrauchs-Konstruktion mit dem BUrlG nicht vereinbar sei.⁸¹⁴ Der Zusammenhang zwischen tatsächlich geleisteter Arbeit und dem Umfang des Urlaubsanspruchs sei im BUrlG nicht enthalten, alleinige Voraussetzungen für Urlaub und Urlaubsentgelt seien das Bestehen des Arbeitsverhältnisses und die Erfüllung der Wartezeit.⁸¹⁵ Darüber hinaus sei

⁸⁰⁷ BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 9 Urlaubsrecht; siehe auch die Kritik des BAG v. 28.01.1982, AP § 3 BUrlG Nr. 11 Rechtsmissbrauch; siehe auch *Hessel*, BB 1956, 893, 895, der jedoch für gerechte Ergebnisse eine Berücksichtigung der tatsächlich geleisteten Arbeitsleistung fordert.

⁸⁰⁸ Siehe etwa BAG v. 02.05.1961, AP § 611 BGB Nr. 82 Urlaubsrecht; *Hoyer*, S. 154 ff., 163 f.; *Hueck/Nipperdey*, S. 441; *Steudle*, S. 56 ff.

⁸⁰⁹ BAG v. 02.05.1961, AP § 611 BGB Nr. 82 Urlaubsrecht; BAG v. 27.09.1962, AP § 611 BGB Nr. 87 Urlaubsrecht; BAG v. 23.06.1966, AP § 3 BUrlG Nr. 2 Rechtsmissbrauch; BAG v. 06.06.1968, AP § 3 BUrlG Nr. 5 Rechtsmissbrauch; *Hueck/Nipperdey*, S. 441.

⁸¹⁰ Angesprochen aber abgelehnt etwa in der Entscheidung BAG v. 23.06.1966, AP § 3 BUrlG Nr. 2 Rechtsmissbrauch; *Dersch/Neumann*, § 9 BUrlG, Rn. 20.

⁸¹¹ BAG v. 17.03.1960, AP § 5 UrlaubsG Hamburg Nr. 1; BAG v. 27.09.1962, AP § 611 BGB Nr. 87; BAG v. 23.06.1966, AP § 3 BUrlG Nr. 2 Rechtsmissbrauch; *Hoyer*, S. 152 ff.; a.A. *Hessel*, BB 1963, 141, 142, der ausdrücklich auf den Zusammenhang zwischen Arbeitsleistung und Urlaubsverlangen hinweist und ein Erholungsbedürfnis bei fehlender Arbeitsleistung ablehnt.

⁸¹² BAG v. 27.09.1962, AP § 611 BGB Nr. 87 Urlaubsrecht; *Steudle*, S. 33 ff.

⁸¹³ So auch etwa AR-Blatte/*Herrschel*, D Urlaub, Entscheidungen Nr. 246; MünchHdb-ArbR/*Leinemann*, § 89, Rn. 31, der jedoch die Unabhängigkeit des Urlaubs von der Arbeitsleistung vertritt.

⁸¹⁴ BAG v. 28.01.1982, AP § 3 BUrlG Nr. 11 Rechtsmissbrauch.

⁸¹⁵ BAG v. 28.01.1982, AP § 3 BUrlG Nr. 11 Rechtsmissbrauch; seitdem ständige Rechtsprechung, siehe etwa BAG v. 14.05.1986, AP § 7 BUrlG Nr. 26 Abgeltung; BAG v. 24.10.1989, AP § 7 BUrlG Nr. 52 Abgeltung; BAG v. 24.03.2009, AP § 7 BUrlG Nr. 39; BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61.

das Entstehen des Urlaubsanspruchs nach dem BUrlG nicht an ein abstraktes oder konkretes Erholungserfordernis geknüpft.⁸¹⁶ Der Urlaub werde vielmehr aufgrund einer sozialen Schutzfunktion gewährt.⁸¹⁷ Jedenfalls wurde ein Anknüpfen des Urlaubsanspruchs an ein irgendwie geartetes „Verdienen“ der Urlaubsvergütung ausdrücklich abgelehnt.⁸¹⁸ Weiter wurde beanstandet, dass das BAG zuvor den Rechtsmissbrauch nicht an dem Einwand selbst, sondern vielmehr, wenn auch nicht ausdrücklich, an dem Missverhältnis zwischen geleisteter Arbeit und beantragtem Urlaub gemessen habe.⁸¹⁹ Die Rechtsprechungsänderung führte dazu, dass Urlaubsentgeltansprüche auch bei ganzjährigem Fernbleiben des Arbeitnehmers aufgrund von Krankheit in vollem Umfang entstanden.⁸²⁰ Als entscheidend wurde nur das Bestehen des Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt des Stichtages angesehen. Arbeitsleistung als solche wurde für die Entstehung des Anspruchs auf Freistellung und Vergütung nicht mehr vorausgesetzt.⁸²¹ Der Einwand des Rechtsmissbrauchs wurde zwar weiterhin grundsätzlich als möglich angesehen, jedoch wurde ausgeführt, dass nunmehr noch weitere vorwerfbare Aspekte neben einer geringen Arbeitsleistung hinzukommen müssten, die diesen rechtfertigen würden.⁸²² Diese „kopernikanische Wende“⁸²³ der Rechtsprechung des BAG wurde größtenteils begrüßt⁸²⁴ und konsektiv als dogmatisch stimmig sowie als Lösung der urlaubsrechtlichen Problematiken verstanden.⁸²⁵ Die höchstrichterliche vollständige Ablehnung eines Verhältnisses zwischen Arbeitsleistung und Urlaubsverlangen wurde aber auch bereits damals zum Teil stark kritisiert.⁸²⁶

⁸¹⁶ BAG v. 28.01.1982, AP § 3 BUrlG Nr. 11 Rechtsmissbrauch.

⁸¹⁷ BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch; *Leinemann/Linck*, § 1 BUrlG, Rn. 107.

⁸¹⁸ BAG v. 28.01.1982, AP § 3 BUrlG Nr. 11 Rechtsmissbrauch; zustimmend etwa BAG v. 13.05.1982, AP § 7 BUrlG Nr. 4 Übertragung; BAG v. 26.05.1983, AP § 7 BUrlG Nr. 12 Abgeltung; BAG v. 23.06.1983, 6 AZR 180/80BAG v. 08.03.1984, AP § 13 BUrlG Nr. 15; BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch; BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61; *Leinemann/Linck*, § 1 BUrlG, Rn. 110 m.w.N.

⁸¹⁹ So etwa das BAG selbst, BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch.

⁸²⁰ BAG v. 13.05.1982, AP § 7 BUrlG Nr. 4 Übertragung; BAG v. 26.05.1983, AP § 7 BUrlG Nr. 12 Abgeltung; siehe zur Literatur auch *Friese*, S. 105 m.w.N.

⁸²¹ BAG v. 26.05.1983, AP § 7 BUrlG Nr. 12 Abgeltung; BAG v. 08.03.1984, AP § 13 BUrlG Nr. 15; BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch; BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61.

⁸²² BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch; BAG v. 07.11.1985, AP § 3 BUrlG Nr. 16 Rechtsmissbrauch; *Friese*, S. 105; *Leinemann/Linck*, § 1 BUrlG, Rn. 109; *Schütz/Hauck/Schütz*, C. Urlaubsanspruch, Rn. 149; *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 1 BUrlG, Rn. 6. Bezüglich eines Rechtsmissbrauchs erreichte jedoch seitdem kein Fall mehr das BAG, siehe etwa *Friese*, S. 105.

⁸²³ *Düwell*, FS Leinemann, S. 3.

⁸²⁴ LAG Baden-Württemberg v. 29.04.2010, LAGE § 7 BUrlG Nr. 28 Abgeltung; LAG Schleswig-Holstein v. 16.12.2010 – 4 Sa 209/10 – juris; LAG Hessen v. 29.03.2011 – 15 Sa 191/10 – juris; LAG Köln v. 10.08.2011 – 9 Sa 394/11 – juris; LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 12.02.2015 – 5 Sa 47/14 – juris; BeckOK-ArbR/*Lampe*, § 1 BUrlG, Rn. 9 ff.; *ErfK/Gallner*, § 1 BUrlG, Rn. 14 ff.; *Kothe*, BB 1985, 609, 609 ff.; *Leinemann/Linck*, § 1 BUrlG, Rn. 110 m.w.N.; *Leinemann*, DB 1983, 989, 989 ff.; NK-GA/*Düwell*, § 1 BUrlG, Rn. 26; *Schaub/Linck*, § 104, Rn. 31; *Weiler/Rath*, NZA 1987, 337, 340 f.; *Winderlich*, AuR 1989, 300, 303.

⁸²⁵ *Düwell*, FS Leinemann, S. 3.

⁸²⁶ LAG Düsseldorf v. 24.06.1983 – 9 Sa 741/83 – juris; *Boldt*, AP § 3 BUrlG Nr. 11 Rechtsmissbrauch; *Buchner*, EzA § 3 BUrlG Nr. 14; *Buchner*, SAE 1983, 80, 80 ff.; *Franke*, BB 1983, 1036, 1038; *Peterek*, EzA § 3 BUrlG Nr. 13.

Nachdem also grundsätzlich in Deutschland zunächst sehr wohl ein gewisser Zusammenhang zwischen erfolgter Arbeitsleistung und Urlaubs(entgelt)anspruch gesehen wurde, konnte eine verminderte Arbeitsleistung aufgrund von Krankheit nach 1982 den Anspruch auf die Urlaubsfreistellung nicht mehr berühren, zumal fast gleichzeitig ein Umschwenken des BAG hin zur Entgeltfortzahlungstheorie erfolgte. Somit war eine Auswirkung von Krankheitsfehlzeiten auf das Urlaubsentgelt ohnehin zu verneinen, stellte doch die Urlaubsvergütung lediglich einen Teil des über das ganze Jahr gewährten Arbeitsentgelts dar.⁸²⁷

cc) Rezeption der EuGH-Rechtsprechung

Vor dem eben dargestellten Hintergrund der ursprünglichen Herangehensweise in Deutschland könnte man annehmen, dass die Rezeption der EuGH-Rechtsprechung recht eindeutig ausgefallen und in den Urteilen zu Krankheitskonstellationen eine Absicherung der Ablehnung einer Voraussetzung der Erarbeitung gesehen worden wäre. Dies war jedoch nicht uneingeschränkt der Fall.

(1) Annahme einer Voraussetzung der Arbeitsleistung

In Folge der *Schutz-Hoff*-Rechtsprechung des EuGH vertrat zunächst vor allem *Wank* die genau gegensätzliche Ansicht zu der Meinung des EuGH, dass Urlaubsentgeltansprüche grundsätzlich in den Konstellationen des Ruhens des Arbeitsverhältnisses, aber gerade auch im Hinblick auf die Konstellation der Krankheit nicht entstünden.⁸²⁸ Er stellte dabei grundlegend darauf ab, dass der Haupturlaubszweck die Erholung von der geleisteten Arbeit sei.⁸²⁹ Sei keine Arbeitsleistung erfolgt, könne also auch kein (abstraktes) Erholungserfordernis vorliegen, somit habe der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Urlaub und Urlaubsentgelt. Dies leitete er aus der Entstehungsgeschichte des Urlaubs ab.⁸³⁰ *Wank* folgte damit zumindest teilweise hinsichtlich des nicht vorhandenen Erholungszwecks bei Nichtvorliegen einer Arbeitsleistung der Ansicht des BAG, welche es bis 1982 verfolgte. Er kritisierte jedoch den damaligen Rechtsmissbrauchsansatz – es sei vielmehr schlichtweg unmöglich, den Erholungszweck in einem solchen Fall zu erfüllen; ein nichtarbeitender Arbeitnehmer könne sich nicht von seiner *Arbeit* erholen.⁸³¹ Das Vorliegen eines Erholungsbedürfnisses aufgrund der Krankheit erkannte er zwar an, subsumierte dieses jedoch nicht unter den Urlaub, sondern unter die Rehabilitation.⁸³² Weiter stellte er die Überlegung an, ob nicht ein Anspruch auf Urlaubsentgelt dennoch bestehen könnte, auch wenn der Anspruch auf Freistellung aufgrund von Krankheit wegfiel, wie etwa im Rahmen

⁸²⁷ Siehe Kapitel B. I. 3. a) aa) Entgeltfortzahlungstheorie.

⁸²⁸ *Wank*, FS Reuter, S. 921 ff.

⁸²⁹ *Wank*, FS Reuter, S. 923.

⁸³⁰ *Wank*, FS Reuter, S. 925 f.

⁸³¹ *Wank*, FS Reuter, S. 925 f.

⁸³² *Wank*, FS Reuter, S. 926.

⁸³³ *Wank*, FS Reuter, S. 926.

der Entgeltfortzahlungstheorie, bei der unabhängig von der Urlaubsfreistellung einfach zwölf Monatsgehälter gezahlt würden. Dies lehnte er aber unter Bezugnahme auf die Einheitstheorie ab – ohne Urlaubsgewährung gebe es auch kein Urlaubsentgelt. Den EuGH verstand er an dieser Stelle zwar so, dass der Urlaub von keinerlei Voraussetzungen abhängig gemacht werden dürfe, griff diese vermeintliche Sichtweise jedoch insofern an, als Bedingungen in die Richtlinie hineingelesen werden müssten, gerade weil diese keine weiteren Aussagen enthalte. Nach dem Subsidiaritätsprinzip falle die Aufgabe der Konkretisierung der Urlaubsvoraussetzungen in diesem Fall den Mitgliedstaaten zu.⁸³³

Wank ist somit so zu verstehen, dass grundsätzlich bei ruhenden Arbeitsverhältnissen keinerlei Urlaubs- beziehungsweise Urlaubsentgeltansprüche entstünden. Dabei differenzierte er nicht zwischen einzelnen Konstellationen, sondern kam grundsätzlich zu diesem Ergebnis.

Neben *Wank* gab es aber auch noch andere Stimmen, die ein grundsätzliches Entstehen von Urlaubsansprüchen generell ablehnten, *Düwell* etwa favorisierte eine teleologische Reduktion von § 1 BUrlG, wenn am 01.01. eines Jahres ausgeschlossen sei, dass im Verlauf des Urlaubsjahres Arbeitspflichten zu erfüllen sein werden, denn Urlaubsansprüche könnten schon denknotwendig nur entstehen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Jahr auch von der Arbeitspflicht befreien könne.⁸³⁴ Auch *Fenski* präferierte eine teleologische Reduktion des § 1 BUrlG sowie der Richtlinie 2003/88/EG bei Ausbleiben der Arbeitsleistung. In einem solchen Fall – und auch bei durchgehender Krankheit – sollten keine Urlaubsansprüche bestehen.⁸³⁵

(2) Ablehnung einer Voraussetzung einer Arbeitsleistung

Das BAG hingegen legte die *BECTU*-, die *Robinson-Steele*-, die *Schultz-Hoff*- und die *Dominguez*-Rechtsprechung als Bestätigung der ursprünglichen Sichtweise in Deutschland aus, dass der Mindestjahresurlaub generell nicht von einer Voraussetzung der Arbeitsleistung abhängig gemacht werden dürfe⁸³⁶ und die Geltendmachung der Rechtsmissbräuchlichkeit des Urlaubsverlangens aufgrund von krankheitsbedingten Ausfällen nicht mehr möglich sei.⁸³⁷

⁸³³ *Wank*, FS Reuter, S. 931 ff.

⁸³⁴ *Düwell*, DB 2012, 1749, 1749.

⁸³⁵ *Fenski*, NZA 2014, 1381, 1381 ff.

⁸³⁶ BAG v. 15.12.2009 – 9 AZR 795/08 – juris; BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61; siehe auch die Entscheidung des BAG v. 06.05.2014, AP § 1 BUrlG Nr. 24, in der es zwar nicht um ein krankheitsbezogenes Ruhen des Arbeitsverhältnisses ging, aber u.a. auf die Rechtsprechung des EuGH zur Krankheit Bezug genommen wurde; siehe auch in diese Richtung gehend *Erk/Gallner*, § 17 BEEG, Rn. 2; *Joussen*, RdA 2015, 305, 317; *Wiefeld*, EuZA 2012, 540, 541; *Suckow/Klose*, Jahrbuch des Arbeitsrechts 2012, 59, 61 f. sprechen davon, dass sich EuGH und BAG diesbezüglich einig seien.

⁸³⁷ BAG v. 15.12.2009 – 9 AZR 795/08 – juris; siehe auch BAG v. 24.03.2009, AP § 7 BUrlG Nr. 39 unter Verweis auf Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18; BAG v. 21.06.2005, NZA 2006, 232; BAG v. 13.05.1982, AP § 7 BUrlG Nr. 4 Übertragung; BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61.

In bestehenden Arbeitsverhältnissen entstehe grundsätzlich ein Urlaubsanspruch, unabhängig davon, ob diese ruhten.⁸³⁸ Dies wurde auch ausdrücklich nicht nur für Konstellationen mit Krankheitsbezug angenommen.⁸³⁹

Dabei übersah das BAG die bestehende Diskussion über das Entstehen von Urlaubs- und damit auch Urlaubsvergütungsansprüchen nicht, sondern bezog diese in seine Interpretation mit ein.⁸⁴⁰ Es argumentierte in diesem Punkt maßgeblich mit der Rechtsprechung des EuGH im Hinblick auf Krankheitskonstellationen⁸⁴¹ und wiederholte die Argumente des Gerichtshofs diesbezüglich, etwa dass die Arbeitszeitrichtlinie nicht zwischen krankheitsbedingt ausfallenden und arbeitenden Arbeitnehmern differenziere.⁸⁴² Darüber hinaus bezog sich das BAG auf das Fehlen von Voraussetzungen in Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie sowie in §§ 1, 3 BUrlG,⁸⁴³ auf die Regelungen der Unabdingbarkeit in § 13 Abs. 1 S. 1 BUrlG diesbezüglich und auf den Umkehrschluss einer grundsätzlichen Annahme von Urlaubsansprüchen in ruhenden Arbeitsverhältnissen, der sich aus § 17 Abs. 1 des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes (BEEG) und § 4 Abs. 1 des Arbeitsplatzschutzgesetzes (ArbPlSchG) ergebe.⁸⁴⁴

Da es sich bei den §§ 1, 2 und 3 Abs. 1 BUrlG gemäß § 13 BUrlG um Normen handle, von denen auch durch Tarifverträge nicht abgewichen werden kann, könne keine Kürzung erfolgen, wenn Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen an der Erbringung ihrer Arbeitsleistung gehindert seien. Dies gelte auch im Rahmen der Auslegung der Arbeitszeitrichtlinie und der Urteile *Schultz-Hoff* und *Dominguez*.⁸⁴⁵

Hinsichtlich der Regelungen in § 17 BEEG und § 4 ArbPlSchG, die bei Elternzeit und Wehrdienstleistung Kürzungen des Urlaubsanspruchs vorsehen, argumentierte das BAG, dass der Gesetzgeber schließlich auch von Urlaubsansprüchen im ruhenden Arbeitsverhältnis ausgegangen sei; nur etwas bereits Entstandenes könne gekürzt werden.⁸⁴⁶

Teile der Instanzrechtsprechung sowie der Literatur folgten dieser Argumentation und vertraten wie das BAG die Auffassung, dass der Anspruch auf Urlaubsfreistellung grundsätzlich auch entstünde, wenn die Arbeitspflicht suspendiert sei – unabhängig davon, ob es sich um eine Krankheits- oder eine andere Konstellation handle.⁸⁴⁷

⁸³⁸ BAG v. 17.05.2011, AP § 17 BEEG Nr. 1; BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61; BAG v. 06.05.2014, AP § 1 BUrlG Nr. 24.

⁸³⁹ BAG v. 06.05.2014, AP § 1 BUrlG, Nr. 24; siehe auch *Fieberg*, AP § 1 BUrlG, Nr. 24.

⁸⁴⁰ BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61 m.w.N.

⁸⁴¹ Siehe etwa BAG v. 15.12.2009 – 9 AZR 795/08 – juris, Rn. 29.

⁸⁴² BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61.

⁸⁴³ BAG v. 15.12.2009 – 9 AZR 795/08 – juris, Rn. 29; BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61.

⁸⁴⁴ BAG v. 17.05.2011, AP § 17 BEEG Nr. 1; BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61.

⁸⁴⁵ BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61.

⁸⁴⁶ BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61 m.w.N.; siehe hinsichtlich § 17 BEEG auch schon BAG v. 17.05.2011, AP § 17 BEEG Nr. 1.

⁸⁴⁷ LAG Baden-Württemberg v. 29.04.2010, LAGE § 7 BUrlG Nr. 28 Abgeltung; LAG Schleswig-Holstein v. 16.12.2010 – 4 Sa 209/10 – juris; LAG Hessen v. 29.03.2011 – 15 Sa 191/10 – juris; LAG Köln v. 10.08.2011 – 9 Sa 394/11 – juris; LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 12.02.2015 – 5 Sa 47/14 – juris; BeckOK-ArbR/Lampe, § 1 BUrlG, Rn. 11; Erfk/Gallner, § 1 BUrlG, Rn. 14 ff.; Franzen/Gallner/Oetker/Gallner, Art. 7 RL 2003/88/EG, Rn. 15; Höpfner, RdA 2013, 65, 65 f.; HWK/Schinz, § 1 BUrlG, Rn. 13; Klentner,

Wurde demnach ein generelles Entstehen von Urlaubsansprüchen trotz eines Ruhens des Arbeitsverhältnisses – und unabhängig vom Grund des Ruhens – angenommen, so wurde dies zumeist mit der Deklaration des Urlaubs als Nebenpflicht begründet, auf die die Suspendierung der Hauptpflichten keinen Einfluss haben könne.⁸⁴⁸ Darüber hinaus wurde hier ebenfalls darauf verwiesen, dass es bereits Regelungen zur Kürzung des Urlaubsanspruchs in bestimmten Fällen wie § 17 BEEG gebe. In allen Fällen, in denen der Gesetzgeber gerade nicht auf diese Weise tätig geworden sei, müsse man von einem uneingeschränkten Entstehen des Anspruchs ausgehen.⁸⁴⁹ Ebenfalls wurde – wie bereits vom BAG vorgegeben –⁸⁵⁰ mit § 13 BUrlG argumentiert.⁸⁵¹

(3) Differenzierende Ansicht

Diese „Alles oder Nichts“-Ansichten waren jedoch nicht unumstritten.⁸⁵² Die Instanzrechtsprechung sprach sich sogar mehrheitlich gegen das generelle Entstehen von Urlaubsansprüchen bei ruhender Arbeitsleistung aus und bevorzugte vielmehr eine differenzierende Betrachtung zwischen den verschiedenen Konstellationen.⁸⁵³ Die Entstehung von Urlaubsansprüchen wurde danach nicht bei allen Ruhenskonstellationen angenommen, vielmehr wurde eine kategorisierende Unterscheidung zwischen den einzelnen Konstellationen des Entfallens der Arbeitsleistung favorisiert.⁸⁵⁴ Im Folgenden waren sich die Vertreter dieser Unterscheidungen jedoch immer noch nicht einig, denn die Modalitäten oder Kategorisierungsmerkmale, anhand derer eine solche Differenzierung vorzunehmen sein sollte, waren ebenfalls umstritten.

AiB 2013, 240, 247; *Kothe*, FS Schwerdtner, S. 110; *Leinemann/Linck*, § 1 BUrlG, Rn. 110 ff.; *Moderegger*, ArbRB, 2012, 54, 57; *NK-GA/Düwell*, § 1 BUrlG, Rn. 26; *Okoye-Montis*, S. 44 f., 61 ff.; *Schaub/Linck*, § 104, Rn. 31; *Wedde/Denecke/Steiner*, § 1 BUrlG, Rn. 1.

⁸⁴⁸ LAG Baden-Württemberg v. 29.04.2010, LAGE § 7 BUrlG Nr. 28 Abgeltung; LAG Baden-Württemberg v. 02.12.2010, LAGE § 7 BUrlG Nr. 29 Abgeltung; LAG Schleswig-Holstein v. 16.12.2010 – 4 Sa 209/10 – juris; LAG Düsseldorf v. 08.02.2011 – 16 Sa 1574/10 – juris; LAG Hessen v. 29.03.2011 – 15 Sa 191/10 – juris; LAG Köln v. 10.08.2011 – 9 Sa 394/11 – juris; LAG Baden-Württemberg v. 21.12.2011, ZTR 2012, 347, 348 f.

⁸⁴⁹ LAG Schleswig-Holstein v. 16.12.2010 – 4 Sa 209/10 – juris, Rn. 28, 41.

⁸⁵⁰ BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61.

⁸⁵¹ LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 12.02.2015 – 5 Sa 47/14 – juris.

⁸⁵² Siehe beispielhaft *Fieberg*, ZTR 1988, 113, 117 ff.

⁸⁵³ LAG Düsseldorf v. 02.02.2009, NZA-RR 2009, 242, 246 f.; LAG Köln v. 29.04.2010, ZTR 2010, 589, 590; LAG Düsseldorf v. 05.05.2010, NZA-RR 2010, 568, 570; LAG Düsseldorf v. 01.10.2010 – 9 Sa 1541/09 – juris; LAG Niedersachsen v. 16.11.2010 – 3 Sa 1288/10 – juris, Rn. 21; LAG Nürnberg v. 08.02.2011, ZTR 2011, 550, 551; LAG Köln v. 10.03.2011, ZTR 2011, 689, 689; LAG München v. 26.05.2011 – 4 Sa 66/11 – juris; LAG Düsseldorf v. 07.07.2011, ZTR 2011, 730, 730 f.; LAG Köln v. 19.08.2011, ZTR 2011, 732, 735; LAG München v. 17.11.2011 – 3 Sa 594/11 – juris; LAG Düsseldorf v. 19.01.2012, ZTR 2012, 283, 285; ebenfalls in diese Richtung tendierend LAG Baden-Württemberg v. 21.12.2011, ZTR 2012, 347, 348 f.

⁸⁵⁴ LAG Düsseldorf v. 05.05.2010, NZA-RR 2010, 568, 570; LAG Nürnberg v. 08.02.2011, ZTR 2011, 550, 551; LAG München v. 26.05.2011 – 4 Sa 66/11 – juris; ebenfalls in diese Richtung tendierend LAG Baden-Württemberg v. 21.12.2011, ZTR 2012, 347, 348 f.

Teilweise wurde – mitunter als einzige Begründung –⁸⁵⁵ auf die EuGH-Rechtsprechung rekurriert,⁸⁵⁶ teilweise auch auf die Kürzungsvorgabe im ILO-Abkommen Nr. 132.⁸⁵⁷ Teilweise wurde auf den bei Ruhestatbeständen nicht vorhandenen Erholungszweck⁸⁵⁸ und die vorgenommene Pro-rata-temporis-Umrechnung bei der Teilzeit hingewiesen, ruhende Arbeitsverhältnisse seien demnach gleichzusetzen mit Teilzeit „Null“⁸⁵⁹, teilweise auf die Unabhängigkeit des Ruhens vom Willen⁸⁶⁰ oder vom Zutun⁸⁶¹ des Arbeitnehmers. So solle bei Krankheit eine Leistungsstörung vorliegen, während bei anderen Konstellationen kraft Vereinbarung der Kern des Inhalts des Arbeitsverhältnisses umgestaltet werde.⁸⁶² In eine ähnliche Richtung tendierte das LAG Düsseldorf, indem es keine Urlaubsansprüche während Sonderurlaub oder Arbeitsverweigerung entstehen lassen mochte.⁸⁶³ Teilweise wurde stattdessen auch auf die Hauptleistungseigenschaft des Urlaubs bestehend aus Freistellung unter Vergütung abgestellt: Seien die Hauptleistungspflichten im Arbeitsverhältnis suspendiert, so würde folglich auch die Hauptleistungspflicht des Urlaubs entfallen.⁸⁶⁴ Auch enthielten die spezialgesetzlichen Regelungen im BEEG und ArbPISchG die Wertung, dass in ruhenden Arbeitsverhältnissen kein Urlaubsanspruch bestehen solle.⁸⁶⁵

Ebenso wurde in der Literatur größtenteils eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Konstellationen vertreten.⁸⁶⁶ Es bestanden jedoch hinsichtlich des grundsätzlichen Entstehens von Urlaubsansprüchen bei ruhenden Arbeitsverhältnissen und hinsichtlich der Voraussetzungen einer differenzierenden Betrachtung auch hier verschiedene Lager.

⁸⁵⁵ LAG Baden-Württemberg v. 21.12.2011, ZTR 2012, 347, 348 f.

⁸⁵⁶ LAG Düsseldorf v. 02.02.2009, NZA-RR 2009, 242, 246 f.; vor allem auf die Urteile bezüglich Teilzeitkonstellationen, siehe etwa LAG Düsseldorf v. 01.10.2010 – 9 Sa 1541/09 – juris.

⁸⁵⁷ LAG Düsseldorf v. 02.02.2009, NZA-RR 2009, 242, 246 f.; LAG Düsseldorf v. 01.10.2010 – 9 Sa 1541/09 – juris.

⁸⁵⁸ LAG Düsseldorf v. 02.02.2009, NZA-RR 2009, 242, 246 f.; LAG Düsseldorf v. 01.10.2010 – 9 Sa 1541/09 – juris; LAG München v. 26.05.2011 – 4 Sa 66/11 – juris; LAG München v. 17.11.2011 – 3 Sa 594/11 – juris, Rn. 38.

⁸⁵⁹ LAG Düsseldorf v. 01.10.2010 – 9 Sa 1541/09 – juris; teilweise auch als Teilzeitverhältnis „0“ bezeichnet, LAG Düsseldorf v. 19.01.2012, ZTR 2012, 283, 285.

⁸⁶⁰ LAG Düsseldorf v. 02.02.2009, NZA-RR 2009, 242, 246 f.; LAG Düsseldorf v. 05.05.2010, NZA-RR 2010, 568, 570; LAG Baden-Württemberg v. 09.06.2011 – 6 Sa 109/10 – juris.

⁸⁶¹ LAG Nürnberg v. 08.02.2011, ZTR 2011, 550, 551.

⁸⁶² LAG Köln v. 29.04.2010, ZTR 2010, 589, 590; LAG Düsseldorf v. 05.05.2010, NZA-RR 2010, 568, 570; LAG Köln v. 10.03.2011, ZTR 2011, 689, 689; LAG München v. 26.05.2011 – 4 Sa 66/11 – juris, Rn. 23; LAG Köln v. 19.08.2011, ZTR 2011, 732, 735.

⁸⁶³ LAG Düsseldorf v. 02.02.2009, NZA-RR 2009, 242, 246 f.

⁸⁶⁴ LAG Baden-Württemberg v. 09.06.2011 – 6 Sa 109/10 – juris; LAG Köln v. 19.08.2011, ZTR 2011, 732, 735.

⁸⁶⁵ LAG Köln v. 29.04.2010, ZTR 2010, 589, 590; LAG Köln v. 19.08.2011, ZTR 2011, 732, 735; LAG München v. 26.05.2011 – 4 Sa 66/11 – juris.

⁸⁶⁶ Siehe etwa Arnold/Tillmanns/Zimmermann, § 1 BuRlG, Rn. 35; Arnold/Tillmanns/Arnold, § 7 BuRlG, Rn. 154 f.; Bauer, AA 2014, 283, 283; Bruns, S. 141; Dassau/Wulfers, ZTR 2013, 3, 4 f.; Fieberg, ZESAR 2013, 258, 261 ff.; Jousen, RdA 2015, 305, 318; Picker, ZTR 2009, 230, 237; Plüm, NZA 2013, 11, 17; Powietzka/Christ, NZA 2013, 18, 22 f.; Preis/Sagan/Mehrens/Witschen, § 7, Rn. 19; Rudkowski, NZA 2012, 74, 75a; Schubert, NZA 2013, 1105, 1107 f., 1110 f.; Wicht, BB 2012, 1349, 1350 ff.

So argumentierte etwa *Fieberg*, dass im Licht der EuGH-Rechtsprechung zwar geleistete Arbeit und Urlaub nicht im Zusammenhang stünden, was anhand der Konstellation der Krankheit klar gestellt worden sei,⁸⁶⁷ jedoch ein Urlaubsanspruch auszuschließen sei, wenn aufgrund des Ruhens des Arbeitsverhältnisses bereits per se keine Arbeit geschuldet sei – etwa bei Elternzeit oder Pflegezeit –, jedenfalls wenn Arbeitsleistung und Entgelt suspendiert seien. In diesen Fällen sei aufgrund einer Disposition des Arbeitnehmers gerade bezweckt, dass keine Arbeitsleistung erfolge.⁸⁶⁸ Entsprechend vertrat auch *Wicht*, dass eine Krankheit des Arbeitnehmers den Inhalt und den Bestand des Arbeitsverhältnisses als Leistungsstörung unberührt lasse, während bei ruhenden Arbeitsverhältnissen eine „Wesenszäsur“ erfolge, die das Synallagma so grundlegend verändere, dass keine Urlaubsansprüche entstünden.⁸⁶⁹ Besonderer Bedeutung wurde hier beigemessen, dass es sich – anders als bei Krankheit – bei ruhenden Verhältnissen um eine willentlich herbeigeführte Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber handele.⁸⁷⁰ So argumentierte auch *Plüm*, der zur Begründung des Ausnahmecharakters der Entstehung des Urlaubs bei nicht willensgesteuerten Tatbeständen noch die Richtlinie, das ILO-Übereinkommen Nr. 132 und das *KHS*-Urteil anführte.⁸⁷¹ Um die Vereinbarkeit mit der Arbeitszeitrichtlinie zu wahren, wurde dabei mitunter sogar darauf abgestellt, dass Arbeitnehmer in ruhenden Arbeitsverhältnissen aufgrund des fehlenden Schutzzweckzusammenhangs nicht als Arbeitnehmer i.S.d. Art. 7 der Richtlinie anzusehen seien.⁸⁷²

Picker ergänzte diesen, sich an der Eigenverantwortung der Arbeitnehmer orientierenden Ansatz um eine Risikozuweisung des Arbeitsausfalls an den Arbeitgeber. Bei Krankheit etwa bestehe ein Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers und damit ein Urlaubsanspruch, bei eigenständigen Entscheidungen nicht.⁸⁷³ Dabei betonte *Picker*, dass Urlaub eine Nebenpflicht sei, die grundsätzlich auch in ruhenden Konstellationen entstehe, sie könne nur in einigen Fällen gekürzt werden.⁸⁷⁴ Ob ein Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers bei Krankheit vorliege, bestimme sich etwa nach § 9 BUrlG und § 3 EFZG. In den übrigen Fällen der Befreiung von der Arbeitspflicht seien die Primärpflichten der Arbeit und des Entgelts jedoch ausgesetzt, was zeige, dass der Gesetzgeber dem Arbeitgeber keine weitere Verantwortung und betriebliche Opfer übertragen wollte, schließlich komme hier die Störung des Leistungsaustausches aus der Sphäre der

⁸⁶⁷ *Fieberg*, NZA 2009, 929, 930 f.

⁸⁶⁸ *Fieberg*, NZA 2009, 929, 934; *Fieberg*, ZESAR 2013, 258, 262; so auch *Powietzka/Rolf*, § 1 BUrlG, Rn. 24 ff.

⁸⁶⁹ *Wicht*, BB 2012, 1349, 1350 f.; so auch *Fieberg*, ZESAR 2013, 258, 262.

⁸⁷⁰ *Arnold/Tillmanns/Arnold*, § 7 BUrlG, Rn. 154 f.; *Fieberg*, AP § 1 BUrlG Nr. 24; *Wicht*, BB 2012, 1349, 1352; siehe auch *Höpfner*, AP § 7 BUrlG Nr. 61 und *Picker*, ZTR 2009, 230, 237, die auf eine eigenverantwortliche Entscheidung des Arbeitnehmers abstellen.

⁸⁷¹ *Plüm*, NZA 2013, 11, 13 ff., unter Verweis auf Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, im *KHS*-Urteil spreche der EuGH von einem „Sonderfall“.

⁸⁷² *Wicht*, BB 2012, 1349, 1352.

⁸⁷³ *Picker*, ZTR 2009, 230, 237 f.

⁸⁷⁴ *Picker*, ZTR 2009, 230, 237 f.

Arbeitnehmer. Somit entstünden in sonstigen ruhenden Tatbeständen die Urlaubsansprüche zwar zunächst, könnten aber dann wieder gekürzt werden.⁸⁷⁵

Einen anderen Ansatz verfolgte etwa *Rudkowski*, die den Konstellationen der Krankheit und Kurzarbeit insofern unterschiedliche Folgen bezüglich des Urlaubsanspruchs zuweisen möchte, als bei Krankheit der Grund für die Fehlzeiten in der Person des Arbeitnehmers liege und es sich um eine Leistungsstörung handle. In diesem Fall müsse der Arbeitnehmer vor dem unzulässigen Druck, trotz Krankheit arbeiten zu gehen, um Nachteile zu vermeiden und um Urlaubs- und Urlaubsentgeltanspruch entstehen zu lassen, geschützt werden. Nicht so in der Konstellation der Kurzarbeit, wo eine Vertragsänderung vorliege und keine Notwendigkeit bestünde, den Arbeitnehmer vor Leistungsdruck zu schützen.⁸⁷⁶

Schubert hingegen ging zwar von einer grundsätzlichen Entstehung der Ansprüche gemäß §§ 1, 3 BUrlG aus, vertrat aber eine Kürzung im Rahmen einer teleologischen Reduktion des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG, wenn der Arbeitnehmer nicht das ganze Jahr über zu Arbeitsleistungen verpflichtet war und das Arbeitsverhältnis aufgrund einer Disposition des Arbeitnehmers geruht hat.⁸⁷⁷ Bei Krankheit sei jedoch laut dem EuGH davon abzuweichen und Urlaub zu erteilen, da der Arbeitnehmer den Urlaub nicht nehmen könne, ohne diesen Umstand selbstbestimmt beeinflusst zu haben.⁸⁷⁸

Bürger etwa stellte vielmehr bei dem Nichtentstehen von Urlaubsansprüchen in ruhenden Arbeitsverhältnissen auf den Hauptleistungscharakter des einheitlichen Urlaubsanspruchs ab.⁸⁷⁹ Dabei sah er Leistungsstörungen und Konstellationen des Arbeitsausfalls i.S.d. § 616 BGB oder des Mutterschutzgesetzes (MuSchG) nicht als Ruhensfälle an und indiziert durch diese Abgrenzung in diesen Sachverhalten das Entstehen von Urlaubsansprüchen.⁸⁸⁰

dd) Zusammenführung und eigene Stellungnahme

Wie soeben aufgezeigt, sind die Interpretationsmöglichkeiten der EuGH-Rechtsprechung hinsichtlich der Krankheitskonstellationen vielfältig, vor allem, da an dieser Stelle eine Auseinandersetzung mit der scheinbaren Widersprüchlichkeit der Aussagen des Gerichtshofs unumgänglich ist.

(1) Auseinandersetzung mit dem Hintergrund der deutschen Vorgehensweise

Es ist zunächst festzustellen, dass die bis 1982 angewandte Rechtsmissbrauchsargumentation zumeist zu den gleichen Rechtsfolgen führt wie die Voraussetzung der Erarbeitung. Vor diesem

⁸⁷⁵ *Picker*, ZTR 2009, 230, 238.

⁸⁷⁶ *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 75.

⁸⁷⁷ *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1107 f., 1110 f.

⁸⁷⁸ *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1108.

⁸⁷⁹ *Bürger*, ZTR 2011, 707, 713; in diese Richtung gehend auch *Bruns*, S. 141.

⁸⁸⁰ *Bürger*, ZTR 2011, 707, 712.

Hintergrund ist die Rechtsmissbrauchsrechtsprechung zwar insofern für die hier zu beantwortende Frage der Erarbeitung relevant, als sie – zumeist – zum gleichen Ergebnis kommt und damals zumindest ein irgendwie geartetes Verhältnis zwischen Arbeitsleistung und Urlaubsverlangen gesehen wurde.

Das Verdienen(müssen) des Urlaubs lag der Rechtsmissbrauchsansicht damals zwar bereits offensichtlich als Denkmuster zugrunde⁸⁸¹ – die Rede war etwa vom Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Urlaubsverlangen⁸⁸² –, was die Annahme einer Voraussetzung der Erarbeitung stärkt. Dennoch wurde eine solche Voraussetzung kategorisch abgelehnt.⁸⁸³ Teilweise wurde auch ein gewisser Äquivalenzzusammenhang bejaht und der Urlaub als Teil des Gegenleistungsgefüges angesehen, jedoch lediglich im weiteren Sinne und nicht innerhalb eines Synallagmas.⁸⁸⁴ Diese Vorgehensweise ist daher in sich widersprüchlich und nicht schlüssig, sie führt zu zahlreichen Einzelfallentscheidungen⁸⁸⁵ und damit auch Ungereimtheiten⁸⁸⁶. Darüber hinaus ist es auch nicht zielführend, wenn das BAG in einigen Entscheidungen auf das Vorliegen eines Erholungsbedürfnisses für die Frage nach einem gegebenenfalls vorliegenden rechtsmissbräuchlichen Urlaubsverlangen abstellt,⁸⁸⁷ in anderen jedoch nicht.⁸⁸⁸ Denn, wie *Giese*⁸⁸⁹ bereits damals zutreffend feststellte, dürfte dann auch kein Abgeltungsanspruch eines Arbeitnehmers angenommen werden, der infolge von Arbeitsunfähigkeit aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet, wie es das BAG entschieden hatte.⁸⁹⁰ In diesem Fall hätte vielmehr ein rechtsmiss-

⁸⁸¹ AR-Blattei/*Herrschel*, D Urlaub, Entscheidungen Nr. 246; *Giese*, BB 1975, 1347, 1350 f.; besonders deutlich *Peterek*, EzA § 3 BUrlG Nr. 13; in diese Richtung gehend etwa auch *Beitzke*, SAE 1985, 113, 113, der von einer „verdeckten Korrektur des gesetzten Rechts“ durch die Berufung auf Rechtsmissbrauch spricht.

⁸⁸² BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 9 Urlaubsrecht; BAG v. 17.03.1960, AP § 5 UrlaubsG Hamburg Nr. 1; BAG v. 02.05.1961, AP § 611 BGB Nr. 82 Urlaubsrecht; BAG v. 27.09.1962, AP § 611 BGB Nr. 87 Urlaubsrecht; BAG v. 23.06.1966, AP § 3 BUrlG Nr. 2 Rechtsmissbrauch; BAG v. 14.12.1966, AP § 13 BUrlG Nr. 2 Unabdingbarkeit; *Dersch/Neumann*, § 9 BUrlG, Rn. 18 ff.; *Hueck/Nipperdey*, S. 440.

⁸⁸³ BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 9 Urlaubsrecht; BAG v. 06.06.1968, AP § 3 BUrlG Nr. 5 Rechtsmissbrauch; BAG v. 14.12.1966, AP § 13 BUrlG Nr. 2 Unabdingbarkeit; *Franke*, BB 1983, 1036, 1037; siehe dazu insgesamt auch bereits Kapitel B II. 1. c) bb) Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland.

⁸⁸⁴ Siehe z.B. *Peterek*, EzA § 3 BUrlG Nr. 13, der diesen Zusammenhang ausdrücklich bejaht; siehe in diese Richtung gehend auch *Buchner*, DB 1982, 1823, 1823; *Buchner*, EzA § 3 BUrlG Nr. 14, der Rechtsmissbrauch soll dem Zusammenhang des Erarbeitens dabei Rechnung tragen.

⁸⁸⁵ Siehe etwa BAG v. 22.04.1972, AP § 3 BUrlG Nr. 6 Rechtsmissbrauch; BAG v. 02.05.1961, AP § 611 BGB Nr. 82 Urlaubsrecht; AP § 611 BGB Nr. 9 Urlaubsrecht; AP § 611 BGB Nr. 59; BAG v. 24.08.1972 AP § 3 BUrlG Nr. 7 Rechtsmissbrauch.

⁸⁸⁶ So auch das BAG selbst, BAG v. 14.12.1966, AP § 13 BUrlG Nr. 2 Unabdingbarkeit: „Es ist dabei freilich nicht zu verkennen, daß sich die Auswirkungen einer Krankheit auf den Urlaubsanspruch im laufenden Urlaubsjahr zunächst nicht vollständig überblicken lassen“; so auch bereits die damaligen Kritiker der Rechtsmissbrauchsrechtsprechung *Giese*, BB 1975, 1347, 1349 f.; *Isele*, AP § 3 BUrlG Nr. 2 Rechtsmissbrauch; *Meisel*, AP § 3 BUrlG Nr. 7 Rechtsmissbrauch; *Schumann*, AuR 1970, 71, 71 ff.; siehe auch folgerichtig *Peterek*, EzA § 3 BUrlG Nr. 13.

⁸⁸⁷ BAG v. 23.06.1966, AP § 3 BUrlG Nr. 2 Rechtsmissbrauch; BAG v. 30.06.1966, AP § 3 BUrlG Nr. 3 Rechtsmissbrauch; BAG v. 22.04.1972, AP § 3 BUrlG Nr. 6 Rechtsmissbrauch.

⁸⁸⁸ Siehe nur BAG v. 18.02.1963, AP § 611 BGB Nr. 88 Urlaubsrecht.

⁸⁸⁹ *Giese*, BB 1975, 1347, 1349, 1951.

⁸⁹⁰ BAG v. 18.02.1963, AP § 611 BGB Nr. 88 Urlaubsrecht.

bräuchliches Verhalten bejaht werden müssen, da ein Erholungsbedürfnis aufgrund des vollständigen Wegfalls der Arbeit kaum mehr vorliegen dürfte.⁸⁹¹ Überdies wird bei der Voraussetzung der Erarbeitung der Zusammenhang zwischen Urlaub und geleisteter Arbeit deutlich und ausdrücklich bejaht und nicht wie bei der Rechtsmissbrauchsansicht eigentlich verneint und dennoch teilweise recht schwammig für die Argumentation herangezogen⁸⁹². Die damals vertretene Ansicht zum Rechtsmissbrauch bezüglich des Urlaubs(entgelt)anspruchs ist somit abzulehnen.

Nun könnte man stattdessen auf die Idee kommen, die Bestimmung des Anspruchs auf Urlaub und Urlaubsentgelt weiterhin auf der Grundlage des Rechtsmissbrauchs vorzunehmen, im Folgenden aber ausdrücklich anhand der Relation von Arbeit und Urlaub, um so die Widersprüche bei dieser Vorgehensweise aufzulösen.⁸⁹³

Diese Methode ist jedoch ebenfalls abzulehnen. Denn ein Festhalten an Rechtsmissbrauchsüberlegungen zur Lösung der Berechnungsmodalitäten des Urlaubsentgelts ist weiterhin ungeeignet, da so die gewollte Lösung lediglich durch eine eigentlich ultima-ratio vorzunehmende Prüfung der Geltendmachung des Urlaubsanspruchs anhand von allgemeinen Wertgrundsätzen erreicht wird, anstelle anhand der Modalitäten der Anspruchsentstehung. § 242 BGB darf nur restriktiv angewandt werden⁸⁹⁴ und nicht zu einer allgemeinen Billigkeitskontrolle des Urlaubsrechts führen.⁸⁹⁵ Wenn mit der Voraussetzung der Erarbeitung bereits ein Weg besteht, zuverlässig bestimmen zu können, ob das Verhältnis zwischen Urlaubsverlangen und erbrachter Leistung ausgewogen ist, ist ein Rekurs auf die Einzelfallrechtsprechung zum Rechtsmissbrauch und auf § 242 BGB, der – wie gezeigt – schwierig handhabbar und abgrenzbar ist und bei dem sich eine mathematische Lösung verbietet,⁸⁹⁶ obsolet. Interessant an der Rechtsmissbrauchsrechtsprechung ist jedoch die Überlegung, bei der Entscheidung, ob Rechtsmissbrauch vorliegt oder nicht, auf ein Erholungsbedürfnis abzustellen. So hatte das BAG in diesem Zusammenhang bereits danach gefragt, ob trotz der geringen tatsächlichen Arbeitsleistung ein Er-

⁸⁹¹ Giese, BB 1975, 1347, 1349, 1951; Schumann, AuR 1970, 71, 75; so auch Isele, AP § 3 BUrlG Nr. 2 Rechtsmissbrauch, der jedoch das Erholungsbedürfnis als Abgrenzungskriterium ablehnt.

⁸⁹² Siehe Kapitel B. II. 1. c) bb) Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland und die Argumentation des BAG v. 28.01.1982, AP § 3 BUrlG Nr. 11 Rechtsmissbrauch, das damit zu der Bejahung von Urlaubsansprüchen auch bei geringer Arbeitsleistung aufgrund von Krankheit kommt: „Ist aber der Urlaubsanspruch in seiner Entstehung nicht von geleisteter Arbeit abhängig, ist nicht zu erkennen, aus welchem Grund er wegen zu geringer Arbeitsleistung infolge von Arbeitsunfähigkeit ausgeschlossen wäre.“

⁸⁹³ Zu diesem Ergebnis kommt etwa Giese, BB 1975, 1347, 1349; Renaud, S. 114 ff.; siehe auch Schumann, AuR 1970, 71, 73, 77.

⁸⁹⁴ BeckOGK/Kähler, § 242 BGB, Rn. 244 ff.; BeckOK-BGB/Sutschet, § 242 BGB, Rn. 2; Erman/Westermann, § 11 BUrlG, Rn. 62.

⁸⁹⁵ So auch Buchner, DB 1982, 1823, 1823.

⁸⁹⁶ Siehe Kapitel B. II. 1. c) bb) Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland.

holungsbedürfnis des Arbeitnehmers anzuerkennen sein könnte, etwa wenn die geringere tatsächliche Arbeitsleistung auf einer unverschuldeten Krankheit oder einem Arbeitsunfall beruhe.⁸⁹⁷ Diesem Gedanken wird noch nachzugehen sein.⁸⁹⁸

Der Gedanke des Rechtsmissbrauchseinwands setzt sich somit zwar anhand des Verhältnisses von Arbeitsleistung und Urlaubsverlangen im Rahmen der Bestimmung des Urlaubsentgelts bei ruhenden Konstellationen sowie gegebenenfalls hinsichtlich der Frage nach einem Erholungsbedürfnis fort, ist aber nicht mehr grundsätzlich anzuwenden.

Aber auch der Aufhebung jeglichen Verhältnisses von Urlaub und Arbeit, die durch die Rechtsprechungsänderung 1982 erfolgte, ist weiterhin ausdrücklich zu widersprechen. Dieser – in Deutschland derzeit vorherrschenden⁸⁹⁹ – Sichtweise liegt zwar nicht mehr die Fürsorgetheorie zugrunde, da der Urlaub nun im BUrlG geregelt ist, jedoch scheint der Fürsorgegedanke immer noch für das Bestehen von Urlaubs(entgelt)ansprüchen von Bedeutung zu sein – warum sonst sollte Urlaub einfach so – ohne Voraussetzungen – gewährt werden. Diese Konstruktion ist dem Arbeitsrecht jedoch insgesamt fremd, denn im Arbeitsverhältnis werden grundsätzlich Leistung und Gegenleistung ausgetauscht, ohne dass es diesbezüglich auf eine Fürsorgegemeinschaft zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ankäme. Warum soll dann aber gerade der Urlaub aus einer besonderen Fürsorgebeziehung resultieren?⁹⁰⁰ Darüber hinaus käme, wie bereits *Peterek* kritisierte, eine Leistung des Arbeitgebers – in Form des bezahlten Urlaubs – ohne eine irgendwie geartete Gegenleistung des Arbeitnehmers einer Art Schenkungsverpflichtung nach, was so zunächst systemfremd erscheint.⁹⁰¹ Dieses Verständnis stünde nicht zuletzt auch im Widerspruch zu der *Heimann/Toltschin*-Entscheidung des EuGH, in der dieser eine Entstehung des Urlaubsanspruchs bei einem Dienstausschluss aufgrund von Kurzarbeit gerade ablehnte.⁹⁰²

Gleichwohl entspricht die Rechtsprechung des BAG nach 1982 – zumindest hinsichtlich der Rechtsfolge – der EuGH-Rechtsprechung in den Urteilen *Schultz-Hoff*, *KHS* sowie *Dominguez*: Der Anspruch auf Urlaub muss in Krankheitskonstellationen grundsätzlich nicht nur entstehen, sondern auch bestehen bleiben.

(2) Eigene Interpretation

Die grundsätzlichen Fragen bleiben demnach bestehen: Bedeutet es, dass doch generell keine Voraussetzung der Erarbeitung besteht, wenn man trotz gesundheitlich bedingter Leistungseinbußen Urlaubsansprüche annimmt?

⁸⁹⁷ BAG v. 27.09.1962, AP § 611 BGB Nr. 87 Urlaubsrecht; siehe diesbezüglich auch *Schelp/Herbst*, § 1 BUrlG, Rn. 29.

⁸⁹⁸ Siehe Kapitel B. III. Ausnahmen von der Voraussetzung der Erarbeitung.

⁸⁹⁹ siehe Kapitel B. II. 1. a) bb), b) bb) und c) bb) Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland; siehe dazu etwa auch *Leinemann/Linck*, § 1 BUrlG, Rn. 29; *Schubert*, S. 310

⁹⁰⁰ So bereits *Rother*, RdA 1966, 301, 305; darauf hinweisend, dass die Fürsorge- und Treuepflicht grundsätzlich weder rechtlich noch soziologisch zu begründen ist: *Bührig*, AuR 1954, 371, 372.

⁹⁰¹ So bereits 1982 *Peterek*, EzA § 3 BUrlG Nr. 13.

⁹⁰² Urteil *Heimann/Toltschin*, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2011:693, Rn. 36.

Entstammt der Anspruch auf Urlaubsentgelt also einer Art Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Sinne des Arbeitsschutzes oder handelt es sich bei dem Anspruch auf Urlaubsentgelt dennoch um eine Art von Entgelt für geleistete Arbeit? Und wenn man der Theorie der Erarbeitung folgt, muss man dann bei krankheitsbedingtem Fehlen eine Ausnahme annehmen und wenn ja, in welchem Umfang? Oder sollte man doch, wie *Wank* vertritt, die Urlaubsentstehung bei Krankheit aufgrund einer Unmöglichkeit der Erholung ausschließen?

(a) Vereinbarkeit mit der Voraussetzung der Erarbeitung

Der EuGH hat sich bezüglich der Ansprüche kranker Arbeitnehmer klar positioniert: Jedenfalls bei Fehlzeiten aufgrund von „gesundheitlichen Gründen“⁹⁰³ und bei „krankgeschriebenen“⁹⁰⁴ Arbeitnehmern verlangt das Gericht ausdrücklich das Entstehen von Urlaubs- und damit Urlaubsvergütungsansprüchen.

Dazu führte der EuGH wörtlich aus, „dass ein Mitgliedstaat den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub eines aus gesundheitlichen Gründen während des Bezugszeitraums fehlenden Arbeitnehmers nicht von der Voraussetzung abhängig machen kann, dass dieser während des Bezugszeitraums effektiv gearbeitet hat.“⁹⁰⁵ Dies scheint zunächst eindeutig eine generelle Absage an die Voraussetzung einer Arbeitsleistung zu sein.⁹⁰⁶

(aa) Ablehnung einer Voraussetzung der Erarbeitung bei krankheitsbedingt fehlenden Arbeitnehmern

Man könnte den EuGH in den *Schultz-Hoff*-⁹⁰⁷ und *Dominguez*-Entscheidungen⁹⁰⁸ demnach zunächst ohne Weiteres so verstehen, dass der Urlaubsanspruch, also auch der Urlaubsvergütungsanspruch grundsätzlich von keinerlei Voraussetzungen, und erst recht nicht von einer Voraussetzung der vorangegangenen Arbeitsleistung, abhängig gemacht werden könne.⁹⁰⁹ Diese Folgerung wäre jedoch zu vorschnell. Bereits in der *Schultz-Hoff*-Entscheidung formulierte der EuGH das Verbot der Voraussetzung einer Arbeitsleistung für den Urlaubsanspruch nur bei *ordnungsgemäß krankgeschriebenen* Arbeitnehmern.⁹¹⁰ In der *Dominguez*-Entscheidung wird dann abermals deutlich, dass nur bei Fehlzeiten aus *gesundheitlichen Gründen* eine Voraussetzung der Arbeitsleistung nicht angenommen werden darf.⁹¹¹ Der EuGH ist somit nicht so zu

⁹⁰³ Urteil *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 30.

⁹⁰⁴ Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 41.

⁹⁰⁵ Urteil *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 30.

⁹⁰⁶ So etwa Franzen/Gallner/Oetker/Gallner, Art. 7 RL 2003/88/EG, Rn. 2; siehe auch *Hantel*, S. 244; *Suckow/Klose*, Jahrbuch des Arbeitsrechts 2012, 62 f.

⁹⁰⁷ Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18.

⁹⁰⁸ Urteil *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33.

⁹⁰⁹ Franzen/Gallner/Oetker/Gallner, Art. 7 RL 2003/88/EG, Rn. 2; so auch Preis/Sagan/Mehrens/Witschen, § 7, Rn. 18, die jedoch anschließend hinsichtlich einer Erholungs- beziehungsweise Freizeitmöglichkeit differenzieren möchten.

⁹¹⁰ Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 41.

⁹¹¹ Urteil *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 30.

interpretieren, dass er das Erfordernis einer Voraussetzung der Erarbeitung für die Urlaubsvergütung kategorisch ablehnt. Vielmehr schien es ihm bei den Aussagen bezüglich der Voraussetzungen des Urlaubsentgelts lediglich um die Fälle der krankheitsbedingt fehlenden Arbeitnehmer gegangen zu sein.⁹¹² Dass die Voraussetzung einer Erarbeitung des Urlaubs nicht generell ausgeschlossen werden sollte, macht unter anderem die Differenzierung anhand der Kurzarbeit im *Heimann/Toltchin*-Urteil deutlich.⁹¹³

Die wiederholte Betonung der Unwirksamkeit von einer Arbeitsvoraussetzung bei *krankheitsbezogenen* Fehlzeiten⁹¹⁴ legt demnach zweierlei nahe: Zum einen offensichtlich, dass vorangegangene Arbeitsleistung für die Berechnung des Urlaubsentgelts bei Krankheit keine Rolle spielen darf und zum anderen aber auch, dass in anderen Fällen sehr wohl eine solche Voraussetzung vorhanden sein muss, andernfalls wäre der besondere Hinweis auf die Krankheitskonstellationen überflüssig. Bereits zum damaligen Zeitpunkt der *Schultz-Hoff*-Entscheidung war demnach der Grundstein für das spätere Verständnis des EuGH gelegt, dass etwa bei Teilzeit und Kurzarbeit aufgrund der Nichterarbeitung Urlaubsentgeltansprüche erst gar nicht in voller Höhe entstehen sollen.

(bb) Verfallbarkeit von Urlaubsansprüchen

Einem weiteren Festhalten an der Voraussetzung der Erarbeitung könnte darüber hinaus die Schlussfolgerung des EuGH in der *KHS*-Entscheidung entgegenstehen, dass Urlaubsansprüche nicht unbegrenzt angehäuft werden und nach 15 Monaten verfallen können.⁹¹⁵ Dies ist jedoch nicht der Fall. Zwar könnte man diese Verfallsmöglichkeit als Argument ansehen, dass Urlaub gerade keinen Gegenwert darstellen solle, denn warum sollte ein erarbeiteter Anspruch verfallen können – insbesondere vor dem Hintergrund, dass der EuGH hier maßgeblich auf den Erholungszweck abstellte⁹¹⁶. Jedoch muss man an dieser Stelle beachten, dass der Urlaubsanspruch – und damit auch der Urlaubsentgeltanspruch – zwar eine Art von Entgelt darstellen, jedoch ebenfalls dem Arbeitsschutz unterliegen.⁹¹⁷ Daher ist es nur nachvollziehbar, dass der Anspruch auf Urlaub – auch als Wertguthaben – grundsätzlich der Möglichkeit des Verfalls

⁹¹² So interpretieren die EuGH-Rechtsprechung auch LAG Köln v. 29.04.2010, ZTR 2010, 589, 590; LAG Düsseldorf v. 05.05.2010, NZA-RR 2010, 568, 570 f.; *Plüm*, NZA 2013, 11, 14; in diese Richtung tendiert auch *Kamanabrou*, RdA 2014, 321, 324; unklar noch *Powietzka/Christ*, NZA 2013, 18, 21 f.

⁹¹³ Urteil Heimann/Toltchin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 24 ff.

⁹¹⁴ Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 41; siehe auch Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 30; a.A. etwa *Polzer/Kafka*, NJW 2015, 2289, 2290 und MünchHdb-ArbR/Diöw, § 77, Rn. 8, Fn. 7, die vertreten dass sich der EuGH in der *Dominguez*-Entscheidung beziehungsweise der *Schultz-Hoff*-Entscheidung grundsätzlich gegen eine Mindestarbeitszeit ausgesprochen habe.

⁹¹⁵ Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 44; in diese Richtung argumentiert etwa *Schubert*, AP § 7 BUrlG Nr. 76.

⁹¹⁶ Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 43.

⁹¹⁷ Siehe dazu vertiefend Kapitel B. I. 3. c) dd) (1) Europäische Erwägungen und Kapitel B. II. 3. a) Auf europäischer Ebene.

unterworfen werden kann, wenn eine Zweckerreichung nicht mehr ersichtlich ist.⁹¹⁸ Die Möglichkeit des Verfalls nach 15 Monaten spricht somit nicht gegen eine Voraussetzung der Erarbeitung.

(cc) Differenzierung anhand der verschiedenen Ruhenskonstellationen

Sollte eine solche Voraussetzung der Erarbeitung aber bestehen, worauf die bisher beleuchtete in den Urteilen zum Ausdruck kommende Auslegung der Richtlinie durch den EuGH hindeutet, so ist es dennoch verwirrend, bei krankheitsbedingten Fehlzeiten einen vollständigen Urlaubsvergütungsanspruch anzunehmen. Der dahinterstehende Zweck wird jedoch deutlicher, wenn man die zeitlich nachfolgende *Heimann/Toltschin*-Entscheidung erneut betrachtet. Dabei wird offensichtlich, dass der EuGH durchaus Unterschiede bei den Fallkonstellationen etwa der Teilzeit und Krankheit gesehen hat und diese Unterschiede auch absichtlich in die Bewertung der Entstehung des Urlaubsanspruchs hat einfließen lassen. Diesbezüglich führte er aus: „Daher ist es zwar ausgeschlossen, dass sich der vom Unionsrecht gewährleistete Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Mindestjahresurlaub verringert, wenn der Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht wegen einer Erkrankung im Bezugszeitraum nicht nachkommen konnte, doch kann die in der vorstehenden Randnummer dieses Urteils angeführte Rechtsprechung auf den Fall eines Kurzarbeiters – wie er den Ausgangsverfahren zu Grunde liegt – nicht sinngemäß angewandt werden.“⁹¹⁹ Der EuGH sprach somit die Diskrepanz bei der Berechnung des einheitlichen Urlaubsanspruchs bei Krankheit und Teilzeit offen an und kategorisierte die Kurzarbeit als eher der Teilzeit zugehörig.⁹²⁰ Begründet wurde diese Vorgehensweise unter anderem mit der fehlenden Erholungsmöglichkeit bei einem krankheitsbedingten Arbeitsausfall.⁹²¹ Die verschiedenen Konstellationen sollten also augenscheinlich nicht alle gleich behandelt werden und den gleichen Einfluss auf die Berechnung des Urlaubsentgeltanspruchs haben.

Über mögliche andere Konstellationen, bei denen die Voraussetzung der Erarbeitung gegebenenfalls auch nicht anzuwenden sein könnte, verlor der Gerichtshof in den beiden eben genannten Urteilen dabei jedoch kein Wort.⁹²²

(dd) Zwischenergebnis

⁹¹⁸ Darüber hinaus ist auch nicht klar, ob diese Möglichkeit des Verfalls vom EuGH überhaupt als verallgemeinerungsfähige und auf andere Konstellationen übertragbare Aussage verstanden werden kann, denn in dem vorliegenden Fall wurde der Urlaub gerade nicht erarbeitet. In der Konstellation ging es vielmehr um Urlaubsansprüche, die während einer Krankheitsphase entstanden waren, also nur aufgrund einer Ausnahmeregelung zu der Voraussetzung der Erarbeitung gewährt wurden (Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 43). Eine Erarbeitung eines ausgleichspflichtigen Wertes lag demnach gar nicht vor. Der EuGH könnte hier also durchaus auch so verstanden werden, als könnten Urlaubsansprüche nicht immer dem Verfall unterworfen werden, sondern nur, wenn sie nicht Äquivalent zur Arbeitsleistung sind.

⁹¹⁹ Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 26.

⁹²⁰ Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 24 ff.

⁹²¹ Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 29.

⁹²² In diese Richtung überlegend auch *Plüm*, NZA 2013, 11, 14.

Die *Schultz-Hoff*-, *KHS*- und *Dominguez*-Entscheidungen lassen sich demnach zunächst insgesamt nicht so verstehen, als schließe der EuGH eine Voraussetzung der Erarbeitung grundsätzlich aus; an ihr ist somit nach wie vor grundsätzlich festzuhalten. Aus der EuGH-Rechtsprechung wird dabei deutlich, dass der Gerichtshof klar zwischen Krankheit und anderen Konstellationen trennt und die Entstehung des Urlaubs(entgelt)anspruchs nicht einheitlich, sondern differenzierend bewertet. Die Ablehnung eines Erfordernisses der vorangegangenen Arbeitsleistung bei Krankheit im Rahmen des Verständnisses des EuGH von der Arbeitszeitrichtlinie bedeutet nicht, dass dies per se für alle Tatbestände der ruhenden Arbeitsverhältnisse gilt. Insofern wird vielmehr deutlich, dass es neben einer Erarbeitungskomponente noch auf andere Parameter ankommen muss. Nicht immer, wenn keine vorangegangene Arbeitsleistung vorliegt, entsteht tatsächlich auch kein Urlaubsentgeltanspruch. Vielmehr muss es daneben auch noch Ausnahmeregelungen geben, mit denen die volle Urlaubsvergütung ohne Gegenleistung des Arbeitnehmers gewährt werden kann. Es besteht demnach ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, bei dem die Voraussetzung der Arbeitsleistung für Urlaubsansprüche die Grundlage beziehungsweise Regel bildet.

(b) Annahme eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses

An der in Deutschland nach 1982 gängigen Vorgehensweise bei Krankheitskonstellationen kann demnach grundsätzlich – zumindest hinsichtlich der Rechtsfolge – auch im Licht der EuGH-Rechtsprechung weiter festgehalten werden. Es entstehen in diesem Fall grundsätzlich Urlaubsansprüche, auch wenn der Arbeitnehmer das ganze Jahr über krankheitsbedingt nicht gearbeitet hat. Die Grundlage, auf der diese Rechtsfolge beruht, wird jedoch vorliegend diametral zu der Rechtsprechung des BAG beurteilt: Nach der hier vertretenen Ansicht bildet Krankheit eine Ausnahme zu der Regel der Erarbeitung und stellt nicht einfach einen Regelfall dar.

Wenn man in diesem Zusammenhang die zuvor dargestellte differenzierende Ansicht von einigen Instanzgerichten und Teilen der Literatur betrachtet, die dem Arbeitnehmer zwar in ruhen-

den Konstellationen generell keinen Urlaubsentgeltanspruch zugestehen, bei Krankheitskonstellationen jedoch schon,⁹²³ so fällt auf, dass auch dieses Ergebnis insoweit mit dem hier gefundenen zwar grundsätzlich übereinstimmt. Wiederum ist jedoch die dogmatische Konstruktion problematisch, denn die verschiedenen Vorschläge zur Differenzierung divergieren stark.⁹²⁴

Auch wenn das Vorliegen einer Ausnahme-Regel-Konstellation demnach grundsätzlich anzunehmen ist, besteht weiterhin die Frage, wann gegebenenfalls neben der Krankheit noch weitere Ausnahmen zu der Regel angenommen werden müssen, zumal dies europarechtlich durch den EuGH auch noch nicht abschließend entschieden wurde.

Der Gerichtshof ist dabei grundsätzlich befugt, der Richtlinie Voraussetzungen bezüglich der Entstehung von Urlaubsansprüchen zu entnehmen und von ihnen auch wiederum Ausnahmen zu bestimmen,⁹²⁵ was er zumindest im Fall der Krankheitskonstellationen – wie hier gezeigt – offensichtlich getan hat.

Im Folgenden ist also zu untersuchen, warum der EuGH gerade bei der Krankheit in Abgrenzung zu den bisher behandelten Konstellationen der Teilzeit und Kurzarbeit Urlaubsentgeltansprüche entstehen lassen möchte, um daraus wiederum abstrakte Grundlagen für die Entstehung des Urlaubsentgelt-anspruchs ableiten zu können.⁹²⁶

d) Zwischenergebnis

Im Rahmen der Untersuchung einer Voraussetzung der Arbeitsleistung für die Urlaubsvergütung anhand von ruhenden Arbeitsverhältnissen kann somit zunächst festgehalten werden, dass ein Regel-Ausnahme-Verhältnis anzunehmen ist. Der EuGH ist zum einen eindeutig so zu interpretieren, dass Urlaub einen erarbeiteten Wert darstellt – dies bildet die Regel. Zum anderen muss der Anspruch auf Urlaubsentgelt in bestimmten Konstellationen aber auch voll entstehen, wenn keine Arbeitsleistung erfolgt ist – dies stellt dann eine Ausnahme zu der Regel dar.

⁹²³ Dies entspricht auch – wie bereits aufgezeigt – der größtenteils vertretenen Meinung bei den Instanzgerichten und einer teilweise in der Literatur vertretenen Ansicht, siehe etwa LAG Düsseldorf v. 02.02.2009, NZA-RR 2009, 242, 246 f.; LAG Köln v. 29.04.2010, ZTR 2010, 589, 590; LAG Düsseldorf v. 05.05.2010, NZA-RR 2010, 568, 570; LAG Düsseldorf v. 01.10.2010 – 9 Sa 1541/09 – juris; LAG Nürnberg v. 08.02.2011, ZTR 2011, 550, 551; LAG Köln v. 10.03.2011, ZTR 2011, 689, 689; LAG München v. 26.05.2011 – 4 Sa 66/11 – juris; LAG Düsseldorf v. 07.07.2011, ZTR 2011, 730, 730 f.; LAG Köln v. 19.08.2011, ZTR 2011, 732, 735; LAG München v. 17.11.2011 – 3 Sa 594/11 – juris; LAG Düsseldorf v. 19.01.2012, ZTR 2012, 283, 285; ebenfalls in diese Richtung tendierend LAG Baden-Württemberg v. 21.12.2011, ZTR 2012, 347, 348 f.; *Fieberg*, NZA 2009, 929, 930; *Plüm*, NZA 2013, 11, 13 ff.; *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 75; *Wicht*, BB 2012, 1349, 1350; wohl auch *Bürger*, ZTR 2011, 707, 713.

⁹²⁴ Siehe bereits Kapitel B. II. 1. c) cc) (3) Differenzierende Ansicht.

⁹²⁵ Zu der Auslegungshoheit des EuGH siehe nur Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV; Urteil Kühne & Hetz, C-453/00, EU:C:2004:17, Rn. 21; Urteil Kempster, C-2/06, EU:C:2008:78, Rn. 35; *Hantel*, S. 12 m.w.N.; *Iglesias*, NJW 2000, 1889, 1890 f.; differenzierend *Joussen*, S. 42 ff. m.w.N.; *Preis/Sagan/Sagan*, § 1, Rn. 79; *Riesenhuber/Schmidt-Räntsch*, § 23, Rn. 8 f.; *Rebhahn*, FS Wank, S. 435.

⁹²⁶ Siehe vertiefend Kapitel B. III. Ausnahmen von der Voraussetzung der Erarbeitung.

Voraussetzung der Erarbeitung dar. Insoweit ist der eingangs erwähnte⁹²⁷ vermeintliche Widerspruch in der EuGH-Rechtsprechung bezüglich des Urlaubsanspruchs in ruhenden Arbeitsverhältnissen aufgelöst.

2. Herleitung anhand der Rechtsprechung des EuGH zum Urlaubsentgelt

Aus den Vorgaben des EuGH hinsichtlich ruhender Arbeitsleistungen kann also nunmehr die Vorgabe der Regel der Voraussetzung der Erarbeitung des Erholungsurlaubs entnommen werden. Um jedoch von einer gefestigten und grundlegenden Ansicht des EuGH hinsichtlich der Voraussetzungen des Urlaubsentgelts ausgehen zu können, muss dieses Verständnis auch mit der speziell das Urlaubsentgelt betreffenden Rechtsprechung des EuGH kongruieren beziehungsweise aus dieser herzuleiten sein. Der Gerichtshof urteilte dabei jedoch schwerpunktmäßig zumeist über die konkrete Berechnung der Höhe der Urlaubsvergütung beziehungsweise deren Auszahlungsmodalitäten, sodass über die Relevanz der vorangegangenen Arbeitsleistung nur wenige Vorgaben abgeleitet werden können.

a) *Robinson-Steele-Entscheidung*

Konkrete Vorgaben hinsichtlich der Berechnung der Urlaubsvergütung stellte der EuGH zunächst im Rahmen des *Robinson-Steele*-Urteils auf, in dem es um die Frage der Zulässigkeit von sogenanntem „rolled up holiday pay“⁹²⁸, also von einer über das ganze Jahr verteilen Auszahlung des Urlaubsentgelts ging. Zunächst verneinte der EuGH wenig überraschend die Frage nach der Möglichkeit der nachträglichen Zuweisung eines Teils der Arbeitsvergütung als Urlaubsentgelt – kommt dies doch einer versteckten Kürzung gleich.⁹²⁹

Einen Teil des Arbeitsentgelts lediglich formal als Urlaubsentgelt zu deklarieren, genüge den Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie nicht, denn ein ursprünglich als Gegenleistung in Form von Arbeitsvergütung ohne Urlaubsanteile vereinbarter Jahresbetrag könne nicht nachträglich auch die Urlaubsvergütung enthalten.⁹³⁰ Den Grund für dieses Verbot durch den EuGH kann man lediglich darin sehen, dass der Arbeitnehmer sonst letztlich kein Entgelt für die Dauer des Urlaubs erhielte.⁹³¹ Daneben könnte dies jedoch auch als Hinweis darauf gewertet werden, dass die Urlaubsvergütung ebenfalls als eigenständige Gegenleistung für Arbeitsleistung anzusehen und nicht bereits in der Gegenleistung des Arbeitsentgelts enthalten ist. Beide Vergütungskomponenten dürften demnach nicht vereinheitlicht, sondern müssten jeweils getrennt betrachtet werden.

⁹²⁷ Siehe Kapitel B. II Grundsätzliche Annahme der Voraussetzung der Arbeitsleistung.

⁹²⁸ Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 45.

⁹²⁹ Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 51 ff.

⁹³⁰ Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 51 f.

⁹³¹ *Riesenhuber*, § 14, Rn. 53.

Weiter hatte der EuGH die Frage nach der grundsätzlichen Möglichkeit der Auszahlung des Urlaubsentgelts in Teilbeträgen über das ganze Jahr zu beantworten,⁹³² die er ebenfalls verneinte, diesmal vornehmlich unter Bezug auf die Einheit der Urlaubskomponenten.⁹³³

Aus dem *Robinson-Steele*-Urteil lässt sich insoweit nicht eindeutig eine Voraussetzung der Erarbeitung herleiten, sie wäre jedoch mit der Entscheidung kongruent.

b) *Williams-Entscheidung*

Aus dem *Williams*-Urteil des EuGH ergibt sich vornehmlich, dass das Urlaubsentgelt mit dem gewöhnlichen Entgelt übereinstimmen muss,⁹³⁴ die Arbeitsvergütung soll demnach als Vergleichsmaßstab dienen. Dabei lautete die Vorlagefrage unter anderem, ob das Urlaubsentgelt „genau mit dem ‚gewöhnlichen‘ Entgelt des Arbeitnehmers“ übereinstimmen oder „im Wesentlichen mit dem ‚gewöhnlichen‘ Entgelt des Arbeitnehmers vergleichbar“⁹³⁵ sein solle. Der EuGH beantwortete diese Frage zwar nicht direkt: „Nach alledem ist auf die Vorlagefragen zu antworten, dass Art. 7 der Richtlinie 2003/88 und Klausel 3 der Europäischen Vereinbarung dahin auszulegen sind, dass ein Linienpilot während seines Jahresurlaubs nicht nur Anspruch auf die Fortzahlung seines Grundgehalts hat, sondern zum einen auch auf alle Bestandteile, die untrennbar mit der Erfüllung der ihm nach seinem Arbeitsvertrag obliegenden Aufgaben verbunden sind und durch einen in die Berechnung seines Gesamtentgelts eingehenden Geldbetrag abgegolten werden, und zum anderen auch auf alle Bestandteile, die an seine persönliche und berufliche Stellung anknüpfen“⁹³⁶. Dieser Aussage kann jedoch die Feststellung entnommen werden, dass neben den Grundbestandteilen auch noch alle Bestandteile des Arbeitsentgelts, welche untrennbar mit der Arbeitsleistung verbunden sind, in die Urlaubsvergütung einfließen sollten.⁹³⁷ Implizit hat der EuGH damit zu verstehen gegeben, dass gerade das exakte Arbeitsentgelt durch die Urlaubsvergütung abgebildet sein soll, aber eben lediglich die erarbeiteten Teile. Dafür spricht auch deutlich, dass der EuGH für die Bestandteile der in die Berechnung des Urlaubsentgelts einfließenden Arbeitsvergütung das Erfordernis aufgestellt hat, dass diese in einem „inneren Zusammenhang“⁹³⁸ zu der Arbeitsleistung stehen müssen. Das *Williams*-Urteil deutet damit stark auf eine Erarbeitung des Urlaubs hin, denn würde das Urlaubsentgelt lediglich als dem Arbeitsschutz unterfallend angesehen, würde gegebenenfalls auch das Grundgehalt ausreichen. Durch die Vorgabe einer zwingend herzustellenden Vergleichbarkeit zwischen Arbeits- und Urlaubsentgelt⁹³⁹ und durch das Abstellen auf die Vergütung jeglicher im

⁹³² Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 53 ff.

⁹³³ Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 58 f.

⁹³⁴ Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 21.

⁹³⁵ Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 14.

⁹³⁶ Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 31.

⁹³⁷ Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 31.

⁹³⁸ Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 26.

⁹³⁹ Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 24.

Zusammenhang mit den Arbeitsaufgaben anfallenden Unannehmlichkeiten sowie die Stellung des Arbeitnehmers liegt jedoch der Schluss nahe, dass die Urlaubsvergütung ebenso wie das gewöhnliche Entgelt europarechtlich eine Gegenleistung für eben diese Arbeitsleistung darstellen soll.

c) *Lock- Entscheidung*

Auch in der *Lock*-Entscheidung wurde dies erneut bestätigt. Grundlage der Vorlagefrage war hier die Einbeziehung von Provisionen in die Urlaubsvergütung, welche während des Urlaubs nicht verdient werden konnten.⁹⁴⁰ So sah es zwar zunächst danach aus, als argumentiere der EuGH in Bezug auf die Höhe des Urlaubsentgelts lediglich hinsichtlich des Arbeitnehmerschutzes – der Arbeitnehmer soll nicht aufgrund von Furcht vor finanziellen Nachteilen davon abgehalten werden, seinen Jahresurlaub in Anspruch zu nehmen.⁹⁴¹

Daran anschließend wurde jedoch abermals deutlich, dass der EuGH vornehmlich darauf abstellt, ob ein innerer Zusammenhang zwischen der Gehaltskomponente und den arbeitsvertraglichen Aufgaben besteht.⁹⁴² So führte der EuGH etwa unter Rekurs auf die Rechtssache *Williams* aus: „Im Rahmen einer spezifischen Prüfung im Sinne der angeführten Rechtsprechung steht fest, dass jede Unannehmlichkeit, die untrennbar mit der Erfüllung der dem Arbeitnehmer nach seinem Arbeitsvertrag obliegenden Aufgaben verbunden ist und durch einen in die Berechnung des Gesamtentgelts des Arbeitnehmers eingehenden Geldbetrag abgegolten wird, zwingend Teil des Betrags sein muss, auf den der Arbeitnehmer während seines Jahresurlaubs Anspruch hat“⁹⁴³. Auch wenn der Gerichtshof die Ausgestaltung des repräsentativen Referenzzeitraums für die Berechnung dabei den Mitgliedstaaten überlässt,⁹⁴⁴ wird doch deutlich, dass *jede* Unannehmlichkeit der Arbeitsleistung, die vergütet wird, Einfluss auf die Bestimmung des Urlaubsentgelts haben soll. Dies ist aber lediglich der Fall, wenn bei der Berechnung auf Bezugszeiträume abgestellt wird, in denen der Urlaubs- beziehungsweise Urlaubsvergütungsanspruch jeweils durch Erarbeitung entsteht. Bei einem Arbeitsschutzcharakter des Urlaubsentgelts müsste hingegen wohl kaum *jede* abgegoltene Arbeitsleistung mit einfließen, es müsste gerade nicht das gesamte Arbeitsentgelt gewürdigt werden. Die hier angenommene Sichtweise hinsichtlich der Voraussetzung der Erarbeitung wird also auch durch das *Lock*-Urteil noch bestätigt.

⁹⁴⁰ Urteil *Lock*, C-539/12, EU:C:2014:351, Rn. 6 ff.

⁹⁴¹ Urteil *Lock*, C-539/12, EU:C:2014:351, Rn. 22.

⁹⁴² Urteil *Lock*, C-539/12, EU:C:2014:351, Rn. 32.

⁹⁴³ Urteil *Lock*, C-539/12, EU:C:2014:351, Rn. 29.

⁹⁴⁴ Urteil *Lock*, C-539/12, EU:C:2014:351, Rn. 34 f.

d) *Sähköalojen ammattiliitto ry*-Entscheidung

Auch das *Sähköalojen ammattiliitto ry*-Urteil des EuGH deutet in diese Richtung. Im Rahmen dieser Entscheidung wurde dem Gerichtshof unter anderem die Frage vorgelegt, ob Art. 3 der Richtlinie 96/71/EG im Licht der Art. 56 und 57 AEUV dahingehend auszulegen sei, dass er es verbiete, vom Mindestlohn Lohnbestandteile auszunehmen, beispielsweise „Urlaubsgeld“.⁹⁴⁵ In diesem Rahmen beschäftigte sich der EuGH demnach kurz mit der „Vergütung, die während des Urlaubs gezahlt wird“.⁹⁴⁶

So solle die Urlaubsvergütung untrennbar mit der Vergütung verbunden sein, welche der Arbeitnehmer als Gegenleistung für Arbeitsleistung erhalte.⁹⁴⁷ Da Urlaubsentgelt und -freistellung bereits eine untrennbare Einheit – den Urlaub – darstellen, konnte mit der Gegenleistungsvergütung nicht das Arbeitsentgelt gemeint sein, denn dann wäre dieses ebenfalls untrennbar mit dem Urlaub verbunden. Eine solche Verknüpfung ist jedoch nicht ersichtlich, vielmehr ist der EuGH an dieser Stelle so zu verstehen, dass das Urlaubsentgelt eine Gegenleistung für Arbeit darstellen solle. Diese Sichtweise wird auch durch die Ausführungen des Generalanwalts – auf die der EuGH ausdrücklich Bezug nahm⁹⁴⁸ – an dieser Stelle deutlich, der ausführte, dass „Urlaubsgeld ein wesentlicher Bestandteil der Vergütung, die ein Arbeitnehmer als Gegenleistung für die erbrachte Arbeit erhält“⁹⁴⁹ sei. Urlaubsentgelt wurde somit im Rahmen dieses Urteils erstmalig eindeutig und ausdrücklich als Gegenleistung für Arbeitsdienste verstanden, somit muss auch der gesamte Urlaub eine Gegenleistung sein – ein anderes Ergebnis wäre mit der Einheit der Komponenten nicht vereinbar.

e) *Zwischenergebnis*

Nicht nur die Urteile des EuGH hinsichtlich der ruhenden Arbeitsverhältniskonstellationen, sondern insbesondere auch die Urteile des Gerichtshofs, die konkret Fragen bezüglich des Urlaubsentgelts betrafen, lassen demnach auf eine europäische Vorgabe hinsichtlich einer Voraussetzung der Erarbeitung für den Urlaub schließen.

3. Herleitung anhand des Urlaubszwecks

Des Weiteren soll eine Betrachtung der Voraussetzungen des Urlaubs und des Urlaubsentgelts anhand des Urlaubszwecks erfolgen, da dieser die Grundlage des Anspruchs bildet und sich

⁹⁴⁵ Urteil *Sähköalojen ammattiliitto ry*, C-396/13, EU:C:2015:86, Rn. 27; gemeint ist eigentlich „Urlaubsentgelt“, zumindest versteht der EuGH die Vorlagefrage auf diese Weise, siehe etwa Urteil *Sähköalojen ammattiliitto ry*, C-396/13, EU:C:2015:86, Rn. 64 ff.

⁹⁴⁶ Urteil *Sähköalojen ammattiliitto ry*, C-396/13, EU:C:2015:86, Rn. 64, 64 ff.

⁹⁴⁷ Urteil *Sähköalojen ammattiliitto ry*, C-396/13, EU:C:2015:86, Rn. 68.

⁹⁴⁸ Urteil *Sähköalojen ammattiliitto ry*, C-396/13, EU:C:2015:86, Rn. 68.

⁹⁴⁹ Schlussanträge *Sähköalojen ammattiliitto* des GA *Wahl*, C-396/13, EU:C:2014:2236, Rn. 89, mit „Urlaubsgeld“ ist an dieser Stelle eigentlich das Urlaubsentgelt gemeint.

darüber hinaus im Sinne der Erholung als „roter Faden“⁹⁵⁰ durch die Rechtsprechung des EuGH bezüglich der Urlaubsbestimmungen der Arbeitszeitrichtlinie zieht.⁹⁵¹

a) Auf europäischer Ebene

Der Urlaub dient zunächst europarechtlich dem Arbeitsschutz und soll insgesamt die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer fördern, zumindest lassen sich zunächst die Erwägungsgründe 1, 4 und 11 der Arbeitszeitrichtlinie so verstehen.⁹⁵² Aber auch aus einer Gesamtschau der Erwägungsgründe und Vorschriften der Richtlinie 2003/88/EG ergibt sich, dass Arbeitszeit – definiert in Art. 2 Nr. 1 – ein Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer generiert.⁹⁵³ So enthält die Arbeitszeitrichtlinie etwa nach Art. 1 Abs. 1 Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung insgesamt. Auf diese Zweckrichtung weist darüber hinaus auch die Regelung in Art. 31 Abs. 2 der Grundrechtecharta hin.⁹⁵⁴ Arbeitsschutz bedeutet in diesem Zusammenhang also, es dem Arbeitnehmer, der von vorangegangener Arbeit erschöpft ist, zu ermöglichen, sich wieder auszuruhen. Die Arbeitsleistung und ein solches Bedürfnis nach Schutzvorschriften korrelieren demnach eindeutig; das Schutzerfordernis, welches sich unter anderem nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie als Bedürfnis nach Urlaub äußert, ist also zunächst bei vorangegangener Arbeitsleistung anzunehmen.⁹⁵⁵

Auch der EuGH tendiert in diese Richtung. Der Gerichtshof sprach dabei zunächst regelmäßig ausdrücklich lediglich von einem doppelten Urlaubszweck, bestehend aus Erholung und Freizeit,⁹⁵⁶ was allein gestellt bezüglich einer Voraussetzung der Erarbeitung noch nicht sehr aussagekräftig erscheint. Dabei führte der EuGH hinsichtlich der Urlaubsvergütung zunächst nur aus,

⁹⁵⁰ Schlottfeldt, ZESAR 2013, 222, 231; zu der generellen großen Bedeutung der teleologischen Auslegung innerhalb der Methodik des EuGH siehe etwa Dederichs, S. 90 ff. m.w.N.

⁹⁵¹ Siehe etwa Urteil BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 63; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 25; Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 30; Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 23; Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 31.

⁹⁵² Siehe die Erwägungsgründe 1, 4, 5, 11 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG, ABl. Nr. L 299/9 v. 18.11.2003; so auch Urteil BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 44; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 23; Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 16; Schlussanträge Robinson-Steele der GAin *Stix-Hackl*, C-131/04, EU:C:2005:650, Rn. 52 ff.; 78; Schlussanträge Williams der GAin *Trstenjak*, C-155/10, EU:C:2011:403, Rn. 44; Franzen/Gallner/Oetker/Gallner, Art. 1 RL 2003/88/EG, Rn. 1; Schubert, NZA 2013, 1105, 1106; Schubert, RdA 2014, 9, 10; Thüsing, § 7, Rn. 23; so ist auch Kothe, FS Schwerdtner, S. 114 zu verstehen.

⁹⁵³ So im Ergebnis auch Fenski, NZA 2014, 1381, 1382.

⁹⁵⁴ So etwa Schubert, RdA 2014, 9, 10, die darüber hinaus diesbezüglich auch noch auf das ILO-Abkommen Nr. 132 verweist.

⁹⁵⁵ Siehe bereits das Vorgesagte, aber auch Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 29, der EuGH vergleicht hier das Fehlen der Arbeitspflicht aufgrund von Kurzarbeit mit dem bei Krankheit und setzt im Folgenden die Erholungsbedürftigkeit bei Krankheit und erfolgter Arbeit – wo ebenfalls ein Urlaubsanspruch voll besteht – faktisch gleich und verneint diese Schutzbedürftigkeit bei der Kurzarbeit; siehe auch Fenski, NZA 2014, 1381, 1382.

⁹⁵⁶ Siehe beispielhaft Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 25; Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 31.

dass die Gewährung eines am Arbeitsentgelt orientierten Urlaubsentgelts die Erholungsmöglichkeit sichere und Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie daher teleologisch jedenfalls grundsätzlich so auszulegen sei, dass für diesen Zweck ein am Minimum des Lebensunterhalts angelehntes Urlaubsentgelt nicht ausreiche.⁹⁵⁷ Unzureichend sei auch eine Urlaubsvergütung, die gerade so hoch sei, dass keine Gefahr bestehe, dass der Arbeitnehmer seinen Urlaub nicht anetrete.⁹⁵⁸

Darüber hinaus war jedoch hinsichtlich des Erholungszwecks insbesondere die Rede davon, dass der Arbeitnehmer sich *von* den ihm „nach seinem Arbeitsvertrag obliegenden Aufgaben“⁹⁵⁹ erholen solle. Diese Aussage des EuGH lässt bereits teleologisch betrachtet stark auf die Annahme eines Vergangenheitsbezugs der Erholung von geleisteter Arbeit schließen. In diese Richtung tendierte der Gerichtshof auch in den *Tirol-* und *Brandes-*Urteilen, wenn er einen Bezug der Zeit der Urlaubsgewährung mit den Bezugszeiträumen ausdrücklich ablehnt⁹⁶⁰ – wer von Voll- in Teilzeit wechselt und sich lediglich *für* die Arbeit erholen soll, benötigt keinen Vollzeurlaub. In der *Greenfield-*Entscheidung stellte der EuGH dann zum ersten Mal ausdrücklich den Zusammenhang zwischen der Erholung von den verpflichtenden Aufgaben des Arbeitnehmers und dem daraus resultierenden Verdienen des Urlaubsanspruchs deutlich her und konstatierte, dass der Anspruch auf Urlaub durch den im Arbeitsvertrag vorgesehenen Arbeitsrhythmus erworben werde.⁹⁶¹

Der Zweck der Erholung ist somit europarechtlich so zu verstehen, dass vornehmlich die Erholung *von* der Arbeit und nicht *für* die Arbeit gemeint ist. Zu dieser Sichtweise passen auch die Ausführungen des EuGH, die dieser hinsichtlich des Verfalls von Urlaubsansprüchen gemacht hat. Der Gerichtshof entschied in diesem Rahmen ausdrücklich, dass der Erholungszweck des Urlaubs grundsätzlich auch nach dem Verstreichen des Bezugszeitraums bestehen bleiben solle – zumindest für eine gewisse Zeit.⁹⁶²

Unionsrechtlich ergibt sich somit hinsichtlich des Urlaubszwecks bereits ein Hinweis darauf, dass das Erholungsbedürfnis als Grundlage des bezahlten Urlaubsanspruchs erst durch geleistete Arbeit erworben werden muss.⁹⁶³

⁹⁵⁷ So bereits Schlussanträge Williams der GA in *Trstenjak*, C-155/10, EU:C:2011:403, Rn. 53.

⁹⁵⁸ Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 21; Schlussanträge Williams der GA in *Trstenjak*, C-155/10, EU:C:2011:403, Rn. 57, 90.

⁹⁵⁹ Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 31; Urteil Greenfield, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 29.

⁹⁶⁰ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 32; Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 30.

⁹⁶¹ Urteil Greenfield, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 29.

⁹⁶² So etwa der EuGH im Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 32 m.w.N.: „Gewiss hat der Gerichtshof in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass sich die positive Wirkung des bezahlten Jahresurlaubs für die Sicherheit und die Gesundheit des Arbeitnehmers zwar dann vollständig entfaltet, wenn der Urlaub in dem hierfür vorgesehenen, also dem laufenden Jahr genommen wird, die Ruhezeit ihre Bedeutung insoweit jedoch nicht verliert, wenn sie zu einer späteren Zeit genommen wird.“

⁹⁶³ So auch *Plüm*, NZA 2013, 11, 18, der konstatiert, „dass Europa im Urlaub sich von der Arbeitszeit ausruht, während Deutschland sich unter einem urlaubsgesetzlichen Fristenregime vom Bestehen des Arbeitsverhältnisses erholt“; so sind auch Preis/Sagan/*Mehrens/Witschen*, § 7, Rn. 7 zu verstehen, die u.a. ausführen, der Arbeitnehmer solle sich von der Ausübung der arbeitsvertraglichen Leistung erholen.

Ein solches abstraktes Erholungsbedürfnis aufgrund von geleisteter Arbeit kann aber zumindest nicht allein herangezogen werden, das ergibt sich bereits aus der *Schultz-Hoff*, *KHS*- und *Dominguez*- Rechtsprechung des EuGH, wo eine solche Ausnahme aufgrund von Krankheit angenommen wurde.⁹⁶⁴ Bei Arbeitsunfähigkeit aufgrund von durch eine „Erkrankung hervorgerufenen physischen oder psychischen Beschwerden“⁹⁶⁵ entsteht der Urlaubsanspruch voll – der Arbeitnehmer ist dementsprechend in diesem Fall ebenso schutzbedürftig wie nach der Erbringung von Arbeitsleistungen. Teleologisch betrachtet kann demnach auch dann ein abstraktes Erholungsbedürfnis beziehungsweise eine Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers angenommen werden, wenn eine mit der Krankheit vergleichbare Lage besteht.⁹⁶⁶ Wann dies jedoch genau der Fall ist, bedarf noch einer gesonderten Untersuchung.⁹⁶⁷

Dem Erholungs- beziehungsweise dem Arbeitsschutzzweck des Urlaubs kann also zunächst unionsrechtlich die Tendenz entnommen werden, dass der Anspruch auf Urlaubsvergütung vor allem, aber eben nicht ausschließlich durch vorangegangene Arbeitsleistung entsteht. Genaue Kriterien lassen sich jedoch aus dem Urlaubszweck allein nicht ableiten.

b) Auf deutscher Ebene

Wie sich diese Zweckbestimmung des Urlaubs auf europäischer Ebene in das deutsche Recht inkorporieren lässt, ist stark von den grundsätzlichen Überlegungen bezüglich des Urlaubs geprägt, welche in Deutschland naturgemäß bereits zuvor in großem Umfang angestellt wurden. Ein umfängliches „Herantasten“ an die Problematik erfolgt daher vor dem Hintergrund des bislang in Deutschland vertretenen Urlaubszwecks, der im Folgenden näher erläutert wird. Fraglich ist an dieser Stelle vornehmlich, ob nicht auch bereits nach dem deutschen Verständnis für den Urlaub ein tatsächliches Erholungsbedürfnis vorliegen muss, welches gegebenenfalls nur besteht, wenn gearbeitet wurde. Der eigentliche Grund für die Urlaubsgewährung könnte damit auch hier die verbrauchte Arbeitskraft aufgrund von erbrachter Arbeitsleistung sein, die Erholung erfordert.⁹⁶⁸

⁹⁶⁴ Siehe bereits Kapitel B. II. 1. c) Krankheit.

⁹⁶⁵ Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 29.

⁹⁶⁶ So ist zumindest im Umkehrschluss der EuGH zu verstehen, Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 29.

⁹⁶⁷ Siehe vertiefend Kapitel B. III. Ausnahmen von der Voraussetzung der Erarbeitung.

⁹⁶⁸ BAG v. 14.12.1966, AP § 13 BUrlG Nr. 2 Unabdingbarkeit; *Steudle*, S. 56 f.

aa) Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland

So wurde etwa in Deutschland bereits früh der Zweck des Urlaubs als Erholung von geleisteter für zu leistende Arbeit⁹⁶⁹ gesehen,⁹⁷⁰ also sowohl vergangenheits- auf vergangene Arbeitsleistungen bezogen als auch zukunfts- auf kommende Arbeit bezogen.⁹⁷¹ Teilweise wurde dabei der Hauptzweck in der Erholungsmöglichkeit von geleisteter Arbeit gesehen und die Kräftigung für zu leistende Arbeit lediglich als Leerformel verstanden.⁹⁷² Dem lag die Erkenntnis zugrunde, dass der arbeitende Mensch seine körperliche und geistige Kraft verbraucht und diese dementsprechend durch den arbeitsfreien Urlaub wiedergewinnen muss.⁹⁷³ In diese Richtung deutet auch die Bestimmung in § 8 BUrlG, in dem einem nicht weiter spezifizierten Urlaubszweck eine Arbeitsleistung während des Urlaubs gegenübergestellt und eine solche verboten wird, sollte sie diesem Zweck zuwiderlaufen.⁹⁷⁴

Später kam dann noch das Bedürfnis nach Freiraum zur Selbstentfaltung und nach einer Sphäre zur Selbstbestimmung des Arbeitnehmers als weiteres Zweckmerkmal hinzu.⁹⁷⁵ Der Zusammenhang zwischen Erholungserfordernis und geleisteter Arbeit blieb jedoch zunächst insofern bestehen, als bei lang anhaltendem Fernbleiben von der Arbeit der Anspruch auf Urlaub wegen Missbrauchs ausgeschlossen war.⁹⁷⁶

Dabei kam es zum damaligen Zeitpunkt nicht auf ein konkretes Erholungsbedürfnis an; es musste nicht festgestellt werden, wie viel Erholung die Arbeitnehmer individuell und im Einzelnen brauchten.⁹⁷⁷ Widersprüchlich dazu wurde jedoch teilweise wiederum doch der Einzelfall gewürdigt. Im Rahmen der Rechtsmissbrauchsproblematik wurde die Frage gestellt, ob gegebenenfalls dennoch ein individuelles Erholungsbedürfnis trotz Entfallens der Arbeitsleistung zu bejahen sein könne, etwa bei unverschuldeter oder auf einem Arbeitsunfall beruhender

⁹⁶⁹ RAG v. 15.02.1930, ARS 8, 388, 389; RAG v. 20.03.1942, ARS 44, 185, 186; RAG v. 13.01.1932, ARS 15, 252, 254; *Dissinger*, S. 15 f.; *Nikisch*, S. 520; *Hueck/Nipperdey*, S. 432.

⁹⁷⁰ *Streblow*, S. 84; so etwa auch *Heilmann*, Einführung, Rn. 14, der sogar von einer Untrennbarkeit von Urlaub und konkreten Arbeitsbedingungen spricht.

⁹⁷¹ *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 1 BUrlG, Rn. 2.

⁹⁷² *Streblow*, S. 85 ff. m.w.N.; *Zöllner*, SAE 1963, 66, 67.

⁹⁷³ *Boldt/Röhlsler*, § 1 BUrlG, Rn. 1; *Fenski*, NZA 2014, 1381, 1382, beide m.w.N.; der Arbeitnehmer habe sich „abgearbeitet“ und während des Urlaubs erfolge eine „Wiederaufladung seiner Kraftreserven“, *Hecklinger*, BB 1963, 818, 820; a.A. hingegen etwa *Klein*, BB 1965, 712 713 f., der davon spricht, dass der Arbeitnehmer nicht wie eine „Autobatterie“ funktioniere.

⁹⁷⁴ *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 1 BUrlG, Rn. 130; *Streblow*, S. 86.

⁹⁷⁵ Siehe etwa BAG, AP § 611 BGB Nr. 1 Urlaub und Kur; *Kothe*, BB 1984, 609, 611; *Klein*, BB 1965, 712 713 f.; *Renaud*, S. 37 ff.; *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 1 BUrlG, Rn. 2.

⁹⁷⁶ Darstellend *Streblow*, S. 90; siehe auch bereits Kapitel B. II. 1. c) bb) Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland.

⁹⁷⁷ BAG v. 06.06.1968, AP § 3 BUrlG Nr. 5 Rechtsmissbrauch; BAG v. 24.08.1972, AP § 3 BUrlG Nr. 7 Rechtsmissbrauch; *Boldt*, ZfA 1971, 1, 12; *NK-GA/Düwell*, § 1 BUrlG, Rn. 27; zustimmend auch *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 1 BUrlG, Rn. 3.

Krankheit.⁹⁷⁸ Umstände aus der Sphäre des Arbeitgebers waren jedoch ausdrücklich nicht beachtlich.⁹⁷⁹ Auch später, als Urlaub grundsätzlich keinen Voraussetzungen nach dem BUrlG unterliegen sollte, kam es dem BAG teils faktisch noch auf das Erholungsbedürfnis durch geleistete Arbeit für zu leistende Arbeit als Grund für den Urlaub an.⁹⁸⁰ So nahm das Gericht etwa die Zulässigkeit einer tarifvertraglichen Regelung an, welche eine anteilmäßige Kürzung des Urlaubsanspruchs für ein länger als ein Jahr andauerndes Ausfallen der Arbeitsleistung aufgrund von Arbeitsunfähigkeit vorsah. Als widersprüchlich dazu ist jedoch wiederum eine Entscheidung zu nennen, in der das BAG trotz eines halbjährigen Arbeitsausfalls aufgrund einer Streikteilnahme und trotz eines darauf folgenden Ausscheidens aus dem Arbeitsvertrag einem Arbeitnehmer den vollen Urlaubsanspruch – in Form der Abgeltung – zugestanden und einen Rechtsmissbrauch abgelehnt hatte, obwohl nicht die volle Arbeit geleistet wurde und eine Erholung für künftige Arbeit nicht in Frage kam.⁹⁸¹ Hier zeigte sich erneut die Problematik der unharmonischen Rechtsmissbrauchs-Rechtsprechung, die einerseits einen Zusammenhang zwischen Urlaub und Arbeit sah, auf der anderen Seite einen solchen aber nicht konsequent und ausdrücklich bejahen und anwenden wollte.

Erst später änderte das BAG in der bereits erwähnten Entscheidung von 1982 seine Meinung und abstrahierte den Urlaubsanspruch gänzlich von der erfolgten Arbeitserfüllung.⁹⁸² Es kam fortan konsequenterweise – immer noch – nicht auf das konkrete Erholungsbedürfnis an, auf das abstrakte jedoch auch nicht mehr.⁹⁸³ Erholung wurde lediglich als sozialpolitischer Zweck anerkannt.⁹⁸⁴ Nach der Gegenansicht wurde der Zweck des Urlaubs jedoch auch weiterhin lediglich als Erholung von der Arbeit gesehen, ein Bedürfnis diesbezüglich und damit auch der Urlaubsanspruch entstünden dementsprechend nur durch Arbeitsleistung.⁹⁸⁵

bb) Eigene Stellungnahme

Aus dem Vorgesagten wird grundsätzlich deutlich, dass Urlaub dem Zweck der Erholung dienen soll. Ob jedoch für die Entstehung von Urlaub auch ein Erholungsbedürfnis vorliegen muss beziehungsweise wann dieses gegebenenfalls besteht, wurde uneinheitlich beurteilt.

⁹⁷⁸ So etwa BAG v. 02.05.1961, AP § 611 BGB Nr. 82 Urlaubsrecht; BAG v. 27.09.1962, AP § 611 BGB Nr. 87 Urlaubsrecht; BAG v. 23.06.1966, AP § 3 BUrlG Nr. 2 Rechtsmissbrauch; BAG v. 30.06.1966, AP § 3 BUrlG Nr. 3 Rechtsmissbrauch.

⁹⁷⁹ BAG v. 27.09.1962, AP § 611 BGB Nr. 87 Urlaubsrecht.

⁹⁸⁰ BAG v. 14.12.1966, AP § 13 BUrlG Nr. 2 Unabdingbarkeit.

⁹⁸¹ BAG v. 15.06.1964, AP Art. 9 GG Nr. 35 Arbeitskampf; siehe auch *Natzel*, DB 1968, 1491, 1497.

⁹⁸² BAG v. 28.01.1982, AP § 3 BUrlG Nr. 11 Rechtsmissbrauch; BAG v. 07.11.1985, AP § 3 BUrlG Nr. 16 Rechtsmissbrauch; darstellend siehe auch *Herlitzius*, S. 40 f.

⁹⁸³ Siehe etwa BAG v. 20.05.2008, NZA 2008, 1237, 1239 m.w.N.; siehe auch *Boecken/Jacobsen*, ZTR 2011, 267, 268; *Friese*, S. 21 m.w.N.; MünchHdb-ArbR/*Diwells*, § 78, Rn. 4; NK-GA/*Diwells*, § 1 BUrlG, Rn. 27.

⁹⁸⁴ BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61; MünchHdb-ArbR/*Diwells*, § 77, Rn. 8.

⁹⁸⁵ Siehe etwa *Beckerle*, RdA 1985, 352, 352 f.; *Wank*, FS Reuter, S. 925 f.

(1) Konkretes Erholungsbedürfnis

Dass das konkrete Erholungsbedürfnis nicht Teil der Voraussetzungen des Urlaubs und des Urlaubsentgelts sein kann, ist nachvollziehbar,⁹⁸⁶ der jeweilige Stressgrad des Einzelnen ist schwer zu ermitteln und eine solche Differenzierung nach subjektiven Kriterien könnte aufgrund der unterschiedlichen Einschätzungen und Faktoren schnell zu unfairen Ergebnissen führen und die Missbrauchsanfälligkeit fördern. Auch wäre eine solche Vorgehensweise kaum mit der Idee eines bestimmten Mindesturlaubs vereinbar. Doch selbst der Versuch einer objektiven Abgrenzung des individuellen Erholungsbedürfnisses nach einzelnen Berufsgruppen wäre kaum einheitlich vorzunehmen und für die Gerichte beinahe unmöglich.⁹⁸⁷ Die Kriterien, nach denen man das Stresslevel bestimmen müsste, wären viel zu unbestimmt.⁹⁸⁸ Die Frage, welcher Arbeitnehmer nun wie viel Urlaubsentgelt und wie viele Tage Freistellung bekommen soll, kann nicht daran gemessen werden, wie „urlaubsreif“ der einzelne Arbeitnehmer für sich oder als Gruppe betrachtet ist, das konkrete Erholungsbedürfnis kann nicht Voraussetzung des Urlaubsanspruchs sein, da ansonsten erhebliche Rechtsunsicherheit bestehen würde.⁹⁸⁹

(2) Abstraktes Erholungsbedürfnis

Warum nun aber auch das abstrakte Erholungsbedürfnis nicht entscheidend für das Entstehen von Urlaub – und damit auch für das Entstehen von Urlaubsentgeltansprüchen, welche ja ebenso wie die Freistellung für eine Erholung unumgänglich sind⁹⁹⁰ – sein soll, leuchtet nicht ein.⁹⁹¹ Warum sollte gerade die Erholung, die ja maßgeblicher Zweck des Urlaubs ist,⁹⁹² ein Selbstzweck sein, der nicht von der Ursache eines Erholungsbedürfnisses abhängt?⁹⁹³

Lehnt man diesen Selbstzweck aber ab, so ist es widersinnig, dennoch sowohl die Beachtung eines konkreten als auch eines abstrakten Erholungsbedürfnisses abzulehnen, wie etwa das BAG⁹⁹⁴ und *Düwell*⁹⁹⁵ es tun. Denn wenn die Erholung sozialpolitischer Zweck des Urlaubs

⁹⁸⁶ So etwa auch *Franke*, BB 1983, 1036, 1039; *Höpfner*, RdA 2013, 65, 65; *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1106; *Winderlich*, AuR 1989, 300, 303.

⁹⁸⁷ *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 1 BUrlG, Rn. 3; *Winderlich*, AuR 1989, 300, 304.

⁹⁸⁸ *Winderlich*, AuR 1989, 300, 304.

⁹⁸⁹ *Steudle*, S. 54 f.; *Wank*, FS Reuter, S. 923; *Winderlich*, AuR 1989, 300, 304; in diese Richtung tendierend auch *Güntner*, AuR 1963, 77, 81.

⁹⁹⁰ *Heußner*, S. 61; *Boldt/Röhler*, § 11 BUrlG, Rn.1; BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 11 Urlaubsrecht; BAG v. 27.07.1956, AP § 611 BGB Nr. 12 Urlaubsrecht.

⁹⁹¹ So auch *Okoye-Montis*, S. 107; *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1106 etwa geht davon aus, das Urlaubsrecht reagiere auf eine abstrakte Gefahr.

⁹⁹² Siehe nur den Wortlaut von § 1 BUrlG: „Erholungsurlaub“; *Fenski*, NZA 2014, 1381, 1383 spricht sogar von der Erholung als einem elementaren Bestandteil; siehe auch bereits Kapitel B. I. 3. c) dd) (2) Nationale Erwägungen.

⁹⁹³ So auch *Fenski*, NZA 2014, 1381, 1382 f. ausdrücklich: „Erholung ist kein Selbstzweck“; siehe auch bereits *Zöllner*, SAE 1963, 66, 67.

⁹⁹⁴ Konkludent st. Rechtsprechung seit seit BAG v. 28.01.1982, AP § 3 BUrlG Nr. 11 Rechtsmissbrauch; BAG v. 14.05.1986, AP § 7 BUrlG Nr. 26 Abgeltung; BAG v. 24.10.1989, AP § 7 BUrlG Nr. 52 Abgeltung; BAG v. 24.03.2009, AP § 7 BUrlG Nr. 39; BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61; siehe insbesondere auch BAG v. 06.05.2014, AP § 1 BUrlG Nr. 24.

⁹⁹⁵ *MünchHdb-ArbR/Düwell*, § 77, Rn. 8.

sein soll,⁹⁹⁶ stellt sich doch zwangsläufig die Frage, wann und warum der Arbeitnehmer diese Erholung benötigt. So wird es für einen Arbeitnehmer kaum möglich sein, sich auf eine Erholungsbedürftigkeit von der Arbeit zu berufen, wenn er nicht gearbeitet hat.⁹⁹⁷

Dabei ist auch, wie etwa *Boldt* und *Wank* zutreffend anführen, diesbezüglich bereits die Gesetzesgeschichte zu beachten, die das Erholungsbedürfnis sehr wohl als Ausgangspunkt beinhalten.⁹⁹⁸ Wie bereits ausgeführt, soll der Urlaub seit jeher der „Erhaltung und Wiederauffrischung der Arbeitskraft“⁹⁹⁹ dienen. Der Urlaub soll also kurz formuliert die Erholung von getaner Arbeit für noch zu leistende Arbeit ermöglichen.¹⁰⁰⁰ Auch „das Zurückgewinnen von Gesundheit und Leistungsfähigkeit“¹⁰⁰¹ spielt dabei eine Rolle.

Wenn man nun von *Wiederauffrischung* und *Zurückgewinnung* der Arbeitskraft spricht, kommt man zwangsläufig zu der Überlegung, dass das Erholungsbedürfnis mit der absolvierten Arbeitsleistung zusammenhängen muss.¹⁰⁰² Auch wenn *Leinemann* etwa argumentiert, der Gesetzesentwurf des BUrlG spreche lediglich von der „Erhaltung und Wiederauffrischung ihrer Arbeitskraft“¹⁰⁰³ als Urlaubszweck und enthalte kein Wort von der Erholung von geleisteter Arbeit,¹⁰⁰⁴ ist zu fragen, was *Wiederauffrischung* sonst bedeuten soll, wenn nicht Auffrischung von geleisteter Arbeit.

Es scheint dabei außer Frage zu stehen, dass Arbeitnehmer durch ihre Tätigkeit Energie verbrauchen und diese regenerieren müssen.¹⁰⁰⁵ Dass eine solche Erholung ohne Entgelt dabei grundsätzlich nicht möglich ist, wurde bereits dargestellt.¹⁰⁰⁶ Warum sollte also nicht Grund der bezahlten Urlaubsfreistellung sein, dass sich der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber im Gegenseitigkeitsverhältnis angestrengt und Arbeitskraft investiert hat? Diese Arbeitsleistung wird

⁹⁹⁶ MünchHdb-ArbR/*Düwell*, § 77, Rn. 8.

⁹⁹⁷ So bereits *Beckerle*, RdA 1985, 352, 353; *Fenski*, NZA 2014, 1381, 1382 ff.; *Wank*, FS Reuter, S. 925 f.

⁹⁹⁸ Siehe *Boldt*, AP § 3 BUrlG Nr. 11 Rechtsmissbrauch m.w.N., der aber eine Lösung über den Rechtsmissbrauch favorisiert; siehe zu der Gesetzesgeschichte auch BT-Drucks. IV/207, S. 3: „Zweckbestimmung des den Arbeitnehmern gewährten Erholungsurlaubs, nämlich der Erhaltung und Wiederauffrischung ihrer Arbeitskraft“; BT-Drucks. IV/785, S. 1: „des Urlaubs, der der Erhaltung und Wiederauffrischung der Arbeitskraft dient“; *Wank*, FS Reuter, S. 925 f.; so auch *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 1 BUrlG, Rn. 130; *Strebblow*, S. 85.

⁹⁹⁹ BT-Drucks. IV/207, S. 3; BT-Drucks. IV/785, S. 1; BAG v. 09.02.1956, AP § 611 BGB Nr. 9 Urlaubsrecht; BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 10 Urlaubsrecht; BAG v. 26.10.1956, AP § 611 BGB Nr. 14 Urlaubsrecht; BAG v. 03.10.1958, AP § 394 BGB Nr. 3; BAG v. 16.10.1959, AP § 611 BGB Nr. 46 Urlaubsrecht; BAG v. 13.11.1974, AP § 7 BUrlG Nr. 2 Urlaubsjahr; *Heußner*, S. 27; *Hueck/Nipperdey*, S. 432; *Leube*, S. 73; *Nikisch*, S. 520; *Schmelzer*, S. 13; *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein*, § 1 BUrlG, Rn. 2; so auch *Kammann/Ziepke/Weinspach*, § 1 BUrlG, Rn. 3.

¹⁰⁰⁰ BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 11 Urlaubsrecht; BAG v. 27.07.1956, AP § 611 BGB Nr. 12 Urlaubsrecht.

¹⁰⁰¹ Siehe Duden, Erholung.

¹⁰⁰² So sinngemäß auch *Beckerle*, RdA 1985, 352, 352.

¹⁰⁰³ BT-Drucks. IV/207, S. 3.

¹⁰⁰⁴ *Leinemann*, NZA 1985, 137, 140.

¹⁰⁰⁵ *Boldt*, ZfA 1971, 1, 12; *Heilmann*, Einführung, Rn. 14; *Hittmaier*, MMW 1959, 1329, 1329 ff.; *Strebblow*, S. 85.

¹⁰⁰⁶ Siehe Kapitel B. I. 3. c) dd) (2) (b) Zweck des Urlaubsentgelts; so auch BAG v. 27.07.1956, AP § 611 BGB Nr. 12 Urlaubsrecht; BAG v. 22.06.1956, AP § 611 BGB Nr. 11 Urlaubsrecht; *Boldt/Röhler*, § 11 BUrlG, Rn. 1; *Heußner*, S. 61.

zwar vergütet, jedoch tritt ja gerade durch sie die Erschöpfung ein, die eine Erholung durch Urlaub erfordert. Anstatt also einfach selbstverständlich zu entstehen, soll der Urlaub vielmehr eine Erholung fördern, die ohne Arbeit nicht notwendig wäre. Die Vergütung der Arbeit in Form des Arbeitsentgelts, aber auch die Freistellung allein können diesen Zweck dabei nicht erfüllen, die Möglichkeit zur Erholung erfordert bezahlte Freizeit. Der Urlaubszweck suggeriert folglich eine Voraussetzung der Erarbeitung, „wer nicht arbeitet, braucht keinen Erholungsurlaub“¹⁰⁰⁷.

Selbstverständlich soll daneben auch eine Stärkung für zukünftige Arbeitsleistungen erfolgen. Ginge man jedoch nur von diesem Ziel aus, müsste jeder Arbeitnehmer vor dem erstmaligen Arbeitsantritt bereits Urlaub gewährt bekommen um ihn bestmöglich auf die Tätigkeit vorzubereiten und ihn bereits zu Beginn umso leistungsfähiger zu machen. Dies wäre jedoch undenkbar, es widerspräche zum einen bereits dem Laienverständnis von Urlaub; im normalen Sprachgebrauch ist etwa häufig von „wohlverdientem“ Urlaub die Rede, was impliziert, dass sich der entsprechende Arbeitnehmer den Urlaub erarbeitet hat. Zum anderen würde ein Arbeitgeber in diesem Fall zu Recht fragen, warum er Urlaub ohne geleistete Arbeit – ohne zuvor erbrachte Gegenleistung – gewähren solle.¹⁰⁰⁸ Urlaub – und besonders das Urlaubsentgelt – kann in dem Gefüge von Leistung und Gegenleistung, welches das Arbeitsverhältnis darstellt, nicht einfach ein Selbstzweck sein.¹⁰⁰⁹

Höpfner etwa kritisiert an der Erarbeitung des Urlaubs(entgelts) bezüglich des Urlaubszwecks, dass es der Voraussetzung eines konkreten Erholungsbedürfnisses gleichkomme, wenn man an die geleistete Arbeit anknüpfe. Denn nach der arbeitsbedingten Erholungsbedürftigkeit zu differenzieren, würde bedeuten, dass auch die verschiedenen körperlichen und geistigen Anforderungen des Arbeitsplatzes jeweils zu berücksichtigen seien.¹⁰¹⁰ Diese Kritik greift jedoch nicht. Eine Voraussetzung der Erarbeitung generell zu bejahen, bedeutet nicht, dass an die individuelle Arbeitsbelastung angeknüpft werden muss. Vielmehr kann geleistete Arbeit auch abstrakt gesehen zu Erholungsbedürfnissen führen, etwa in Stunden oder Tagen berechnet. Wenn man nun vertritt, dass die unterschiedlichen Belastungsgrade verschiedener Arbeitsplätze bei der Urlaubserholung gewürdigt werden müssten, so kommt an dieser Stelle wieder die besondere Rolle des Urlaubsentgelts im Urlaubsgefüge zum Tragen. Der (Gegen-)Wert von Arbeit kann grundsätzlich anhand ihrer Gegenleistung gemessen werden, diese ist zunächst das Arbeitsentgelt, aber auch der Urlaub. Bekommen nun zwei unterschiedlich beanspruchte und bezahlte

¹⁰⁰⁷ So etwa auch *Kamanabrou*, SAE 2009, 121, 122 unter Verweis auf die Argumentation der britischen und niederländischen Regierung, zitiert in Schlussanträge *Schultz-Hoff* der GAin *Trstenjak*, C-350/06, EU:C:2008:37, Rn. 24 f., 30.

¹⁰⁰⁸ Siehe bereits im Jahr 1927 in diese Richtung argumentierend etwa *Möckel*, Das Schlichtungswesen 1927, 29, 30, der als Antwort des Arbeitgebers in so einem Fall antizipiert: „Erst die Arbeit, dann die Vergütung für diese Arbeit.“, wobei er auch den Urlaub als Teil der Vergütung ansieht.

¹⁰⁰⁹ So bereits *Peterek*, EzA § 3 BUrlG Nr. 13.

¹⁰¹⁰ *Höpfner*, RdA 2013, 65, 66.

Arbeitnehmer aufgrund ihrer gleichen Arbeitszeit die gleiche Freistellung, drückt die Gegenleistung in Form des Urlaubsentgelts dennoch den unterschiedlichen Wert und Erholungsbedürfnisgrad individuell aus.

Die Voraussetzung der Erarbeitung stellt also nicht ein individuelles, sondern vielmehr das abstrakte Erholungsbedürfnis als Urlaubszweck dar, das grundsätzlich entsteht, wenn Arbeit geleistet wurde.

Weitere Bedürfnisse der Arbeitnehmer, wie der Freiraum zur persönlichen Entfaltung, können zwar ebenfalls Teil des Urlaubszwecks sein, sie sind jedoch nicht ausreichend, um den Erholungszweck vollständig zu verdrängen. Diese Aspekte stehen vielmehr parallel neben dem Zweck der Erholung.¹⁰¹¹ Sie können dieses Ziel gleichzeitig auch noch zusätzlich absichern und fördern, wenn die Arbeitnehmer etwa von der Eingeschränktheit und Weisungsgebundenheit ihrer Arbeit Erholung in Form des bezahlten Urlaubs benötigen.

Manche Stimmen behaupten, man könne sich nur bei voller Urlaubsvergütung richtig erholen, auch bei weniger geleisteter Arbeit etwa aufgrund eines Ruhens des Arbeitsverhältnisses solle demnach der volle Urlaubslohn gezahlt werden, um die Erholung zu gewährleisten.¹⁰¹² Dem ist zu entgegen, dass in einem Fall von verkürzter Arbeitsleistung jedoch auch bereits kein volles Erholungsbedürfnis besteht. Dieses aus dem Urlaubszweck resultierende verringerte Bedürfnis nach bezahlter Freistellung muss demnach auch nicht überobligatorisch mit einem vollen Urlaubsentgelt erfüllt werden. Verkürzt sich demnach die Arbeitszeit, so ist es nur zweckgemäß, wenn sich pro-rata-temporis auch das Urlaubsentgelt kürzt – im Verhältnis zu dem Bedürfnis nach dem Urlaubszweck der Erholung.

(3) Zwischenergebnis

Dem Urlaubszweck entspricht die Voraussetzung der Erarbeitung demnach, ein Wiederauffrischen der Kraft für zukünftige Arbeit kann nur notwendig sein, wenn bereits Arbeit geleistet wurde. Der mit dem Urlaub bezweckte Gesundheitsschutz ist demnach zunächst von der erbrachten und noch zu erbringenden Arbeitsleistung abhängig.¹⁰¹³

(4) Erholungsbedürfnis auch ohne Arbeitsleistung

Diese Voraussetzung kann jedoch nicht ohne Ausnahme angewandt werden, wie im Rahmen der Konstellation der Krankheit bereits aufgezeigt wurde.¹⁰¹⁴ Fraglich ist, wie der Urlaubs(entgelt)zweck an dieser Stelle zur Geltung kommt. Wie bereits dargestellt, führt zunächst nur geleistete Arbeit zu einem Erholungsbedürfnis. Um nun auch Urlaubsfreistellung und Vergütung

¹⁰¹¹ Kothe, BB 1984, 609, 611 f.

¹⁰¹² Möckel, Das Schlichtungswesen 1927, 29, 31.

¹⁰¹³ So auch etwa Plüm, NZA 2013, 11, 13 f.; Fenski, NZA 2014, 1381, 1382 ff.

¹⁰¹⁴ Siehe Kapitel B. II. 1. c) Krankheit.

in bestimmten Fällen der Nichtleistung der Arbeit gewähren zu können, müsste dies ebenfalls mit dem Erholungszweck kompatibel sein. Fraglich ist demnach, ob und wann auch bei fehlender Arbeitsleistung überhaupt ein Erholungsbedürfnis bestehen kann, was dann zu einem zweckgemäßen Urlaubsverlangen führen kann.

Die Vorgehensweise des BAG vor der Rechtsprechungsänderung 1982, das Erholungsbedürfnis im Rahmen des § 242 BGB an konkreten Einzelfällen festzumachen, ist – wie bereits festgestellt –¹⁰¹⁵ nicht gut handhabbar und aufgrund der daraus resultierenden Rechtsunsicherheit abzulehnen. Die Möglichkeit des Rechtsmissbrauchseinwands bei einem Urlaubsverlangen aufgrund von nicht erfolgter Arbeitsleistung ist ja ohnehin eher als Versuch zu werten, die Voraussetzung der Erarbeitung des Urlaubs der Sache nach im Ergebnis zum Zuge kommen zu lassen, ohne sie konkret anzuerkennen.¹⁰¹⁶

Das Gericht hatte weiter die Sphäre des Arbeitgebers als Abgrenzungskriterium erwähnt, ihre Beachtlichkeit für ein Entstehen von Urlaubsansprüchen trotz Arbeitsausfalls jedoch abgelehnt.¹⁰¹⁷

Ob diese Differenzierungsmöglichkeit eventuell vorschnell abgelehnt wurde, kann schwer am Zweck des Urlaubs festgemacht werden und ist noch zu klären. Grundsätzlich ist jedoch zu dieser Frage jedenfalls bezüglich des Urlaubsziels zu konstatieren, dass hier maßgeblich zur Geltung kommt, dass Urlaub auch immer dem Schutz des Arbeitnehmers dient. Dies wird insbesondere deutlich, wenn man die Arbeitszeitrichtlinie und ihre Beweggründe betrachtet, die klar auf einen solchen Schutzzweck hindeuten.¹⁰¹⁸

Der Arbeitsschutz ist somit auch national übergeordnetes Ziel der bezahlten Urlaubsfreistellung. Es muss somit aus Schutzüberlegungen notwendig sein, dem Arbeitnehmer Urlaub zu erteilen, obwohl er nicht gearbeitet hat. Dieser Schutzgedanke konterkariert dabei auch nicht den „Entgelt“-Charakter des Urlaubs, er läuft vielmehr parallel zu diesem. Denn nicht nur hinsichtlich der Rechtsprechung des EuGH, sondern auch hinsichtlich des Urlaubszwecks wird deutlich, dass der Arbeitnehmer zum einen schützenswert ist, wenn er Arbeit leistet – was die Regel darstellt – und zum anderen, wenn er durch bestimmte besondere Umstände an der Arbeit gehindert wird.

¹⁰¹⁵ Siehe Kapitel B. II. 1. c) bb) Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland und das bisherige Kapitel.

¹⁰¹⁶ Siehe Kapitel B. II. 1. c) bb) Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland.

¹⁰¹⁷ BAG v. 27.09.1962, AP § 611 BGB Nr. 87 Urlaubsrecht.

¹⁰¹⁸ Zumindest lassen die Erwägungsgründe 1, 4, 5, 11 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG sich so verstehen, ABl. Nr. L 299/9 v. 18.11.2003; so auch Urteil BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 44; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 23; Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588. Rn. 16; Schlussanträge Robinson-Steele der GAin *Stix-Hackl*, C-131/04, EU:C:2005:650, Rn. 52 ff.; Schlussanträge Williams der GAin *Trstenjak*, C-155/10, EU:C:2011:403, Rn. 44; Franzen/Gallner/Oetker/*Schubert*, Art. 1 RL 2003/88/EG, Rn. 1; *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1106; *Schubert*, RdA 2014, 9, 10.

4. Zwischenergebnis

Aus der Interpretation der Aussagen des EuGH hinsichtlich der Teilzeit- und Kurzarbeitskonstellationen vor dem Hintergrund des nationalen Verständnisses ergibt sich somit die Voraussetzung der Erarbeitung als Regel für die Urlaubsvergütung. Dieses Ergebnis wird auch noch durch die Urteile des Gerichtshofs speziell bezüglich des Urlaubsentgelts sowie den Urlaubszweck auf europäischer sowie auf nationaler Ebene bestätigt. Urlaub ist demnach als ein erarbeiteter Wert als Hauptpflicht im Arbeitsverhältnis anzusehen. Er stellt damit insgesamt eine Art von Entgelt für Arbeitsleistung dar. Gleichzeitig verdeutlichen die Aussagen des EuGH in den Urteilen zu den Krankheitskonstellationen sowie der Urlaubszweck, dass auch – mindestens – eine Ausnahme zu dieser Regel bestehen muss. Wie die Vorgaben hinsichtlich dieser Ausnahme indes im Einzelnen ausgestaltet sind, lässt sich der Rechtsprechung des Gerichtshofs und den europäischen Normen indes nicht unmittelbar entnehmen.

III. Ausnahmen von der Voraussetzung der Erarbeitung

Wann eine solche Ausnahme vorliegt, muss demnach im Folgenden noch näher untersucht werden. Dabei ist die Bestimmung dieser Sonderkonstellationen nicht nur von großer Bedeutung für die Urlaubsfreistellung, sondern auch für das Urlaubsentgelt. Denn wenn ein Arbeitnehmer nicht arbeitet, ist es etwa für die genaue Bestimmung der Höhe der Urlaubsvergütung unumgänglich, jeweils genau zu wissen, welche Auswirkung die bestimmte Konstellation auf die Entstehung des Urlaubsvergütungsanspruchs hat. Diese Relevanz wird umso deutlicher, je länger die Arbeitsleistung ruht; so würde etwa der Urlaubsentgeltanspruch bei einem Arbeitnehmer, der ein halbes Jahr Sonderurlaub gewährt bekommt, im Rahmen der Regel der Voraussetzung der Erarbeitung um die Hälfte reduziert. Sollte hingegen an dieser Stelle eine Ausnahme greifen, würde der Anspruch voll entstehen.

Wie bereits im Rahmen der Krankheitskonstellationen aufgezeigt, erlaubt der EuGH in bestimmten Fällen solche Ausnahmen von der Voraussetzung der Erarbeitung, präzisiert diese aber nicht näher. So könnte man auf die Idee kommen, der Hintergrund seien lediglich jeweils sozialpolitische Erwägungen,¹⁰¹⁹ welche naturgemäß schwer greifbar wären und auf deren Grundlage sich kaum Regeln oder Prognosen ableiten ließen.

Dieses Ergebnis wäre jedoch etwas vorschnell, der Rechtsprechung des EuGH und dem Urlaubszweck lassen sich vor dem Hintergrund der Arbeitszeitrichtlinie bezüglich der Ausnahmeregelungen sehr wohl verallgemeinerbare Strukturen entnehmen.

Als erster Anhaltspunkt für einen Urlaubsanspruch ohne Dienstleistung ist die Konstellation der Krankheit der Arbeitnehmer heranzuziehen.¹⁰²⁰ Dies bedeutet zunächst, dass die übrigen Ausnahmen in irgendeiner Form mit dieser Konstellation vergleichbar sein müssen – etwa hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer, was sich aus dem Urlaubszweck ergibt. Erste Abgrenzungshinweise, wann ein schützenswertes Erholungsbedürfnis angenommen werden könne, gab der EuGH dabei im *Heimann/Toltschin*-Urteil, in dem er die Gegensätze der Krankheits- und der Kurzarbeitskonstellation untersuchte und aufzeigte.¹⁰²¹ In diesem Zusammenhang führte der EuGH zunächst den Sozialplan als besondere Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretern bei der Kurzarbeit als Unterscheidungsmerkmal an.¹⁰²² Auch wurde auf die damit einhergehende Vorhersehbarkeit der Kurzarbeit rekurriert, die zur Folge habe, dass der Arbeitnehmer sich entspannen und seiner Freizeit nachgehen könne. Bei der Krankheit sei dies, auch aufgrund der Beschwerden, nicht möglich.¹⁰²³ Im Weiteren wurde

¹⁰¹⁹ So etwa EnzEuR/*Rudkowski*, § 12, Rn. 32.

¹⁰²⁰ Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 41; Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 20; Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 24 ff.

¹⁰²¹ Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 29.

¹⁰²² Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 28.

¹⁰²³ Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 29.

noch der Schutz des Arbeitsplatzes durch die Kurzarbeit als wirtschaftliches Argument genannt.¹⁰²⁴ Kurzarbeit und Krankheit seien demnach nicht gleich zu behandeln, die Kurzarbeit gleiche wegen der Suspendierung der gegenseitigen Leistungspflichten eher der Teilzeit.¹⁰²⁵ Durch das *Heimann/Toltschin*-Urteil wird deutlich, dass der EuGH hier ein Motivbündel zur Unterscheidung heranzog. Dabei kam es maßgeblich auf den Sozialplan und die Besonderheiten der Krankheit bezüglich der Erholungsmöglichkeit an.

Fraglich ist nun aber, ob und wie sich diese Kriterien verallgemeinern lassen, um sie auf andere Konstellationen übertragen zu können.

Der EuGH scheint bezüglich der Ausnahme zu der Voraussetzung der Erarbeitung maßgeblich auf das in Krankheitskonstellationen ebenfalls wie bei vorhandener Arbeitsleistung vorhandene Erholungserfordernis abzustellen.¹⁰²⁶

Wie jedoch diese „Erholungsausnahme“ im Einzelnen ausgestaltet ist, wird – wie bereits aufgezeigt –¹⁰²⁷ sehr unterschiedlich beurteilt. Ob es etwa beispielsweise tatsächlich auf den Willen des Arbeitnehmers bezüglich des Ruhens ankommen solle, wie teilweise vertreten,¹⁰²⁸ oder auf seine Einflussnahme(möglichkeit)¹⁰²⁹ oder beispielsweise etwa auf die Art und den Inhalt der Pflichten im jeweiligen Arbeitsverhältnis¹⁰³⁰ oder aber auf das Vorliegen von durch das Gemeinschaftsrecht gewährleistetem Urlaub¹⁰³¹ wird im Weiteren untersucht.

Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die wenigsten Vertreter der verschiedenen Meinungen bezüglich einer Abgrenzungsmöglichkeit eine Voraussetzung der Erarbeitung grundsätzlich anerkennen.¹⁰³² Statt auf Ausnahmen zu dieser Voraussetzung einzugehen, wird vielmehr zumeist

¹⁰²⁴ Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 30.

¹⁰²⁵ Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 31.

¹⁰²⁶ Siehe bereits die Ausführungen in Kapitel B. II. 1. c) dd) Zusammenführung und eigene Stellungnahme.

¹⁰²⁷ Siehe Kapitel B. II. 1. c) cc) (3) Differenzierende Ansicht.

¹⁰²⁸ LAG Düsseldorf v. 02.02.2009, NZA-RR 2009, 242, 246 f.; LAG Düsseldorf v. 05.05.2010, NZA-RR 2010, 568, 570 f.; LAG Baden-Württemberg v. 09.06.2011 – 6 Sa 109/10 – juris; *Plüm*, NZA 2013, 11, 13 ff.; *Wicht*, BB 2012, 1349, 1352.

¹⁰²⁹ LAG Nürnberg v. 08.02.2011, ZTR 2011, 550, 551; *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 75.

¹⁰³⁰ Siehe etwa LAG Köln v. 29.04.2010, ZTR 2010, 589, 590; LAG Düsseldorf v. 05.05.2010, NZA-RR 2010, 568, 570; LAG Köln v. 10.03.2011, ZTR 2011, 689, 689; LAG München v. 26.05.2011 – 4 Sa 66/11 – juris, Rn. 23; LAG Köln v. 19.08.2011, ZTR 2011, 732, 735; siehe auch *Fieberg*, NZA 2009, 929, 934; *Fieberg*, ZESAR 2013, 258, 262; *Powietzka/Rolf*, § 1 BUrlG, Rn. 24 ff., die jedoch vorliegend ebenfalls mit der Disposition des Arbeitnehmers argumentieren.

¹⁰³¹ *Kamanabrou*, RdA 2014, 321, 325 ff.

¹⁰³² Siehe nur beispielhaft etwa LAG Düsseldorf v. 02.02.2009, NZA-RR 2009, 242, 246 f.; LAG Düsseldorf v. 05.05.2010, NZA-RR 2010, 568, 570 f.; LAG Nürnberg v. 08.02.2011, ZTR 2011, 550, 551; LAG München v. 26.05.2011 – 4 Sa 66/11 – juris, Rn. 21 ff.; Arnold/Tillmanns/Zimmermann, § 1 BUrlG, Rn. 35; Arnold/Tillmanns/Arnold, § 7 BUrlG, Rn. 154 f.; EnzEuR/Rudkowski, § 12, Rn. 32; *Fieberg*, NZA 2009, 929, 934; *Höpfner*, AP § 7 BUrlG Nr. 61; *Kamanabrou*, RdA 2014, 321, 321 ff.; *Plüm*, NZA 2013, 11, 13 ff.; Preis/Sagan/Mehrens/Witschen, § 7, Rn. 18 ff.; *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 75; *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1110 ff.; *Wicht*, BB 2012, 1349, 1352.

lediglich die Kürzungsmöglichkeit als Ausnahme zu der ansonsten uneingeschränkten Entstehung des Urlaubs erachtet, oder einfach generell überlegt, wann Urlaubsansprüche entstehen beziehungsweise gekürzt werden können und wann nicht.¹⁰³³

Dennoch können diese Ansichten im Rahmen der hier vertretenen Erarbeitung des Urlaubsentgelts – und des Urlaubs – für eine Untersuchung der Ausnahmen von dieser Voraussetzung erste Anhaltspunkte bieten, um dann im Anschluss gegebenenfalls einen eigenen Ansatz zu entwickeln.

1. Abgrenzungskriterium der Eigeninitiative des Arbeitnehmers

Man könnte aufgrund des Arguments der Planbarkeit aufgrund des Sozialplans auf der einen und der Unplanbarkeit der Krankheit auf der anderen Seite zunächst auf das abstrakte Abgrenzungskriterium des Willens,¹⁰³⁴ der Einflussmöglichkeit¹⁰³⁵ oder der Sphäre¹⁰³⁶ des Arbeitnehmers abstellen. Demnach entstünden bei einem Ruhen aufgrund willensgesteuerten Verhaltens des Arbeitnehmers keine Urlaubsansprüche.¹⁰³⁷ Das Sozialplanargument des EuGH kann dabei

¹⁰³³ Siehe dazu nur *Fieberg*, NZA 2009, 929, 934 f.; *Arnold/Tillmanns/Zimmermann*, § 1 BurlG, Rn. 35; der jedoch gleichzeitig zugibt: „Die dargestellte Lösung ist ein Versuch, die unbefriedigende Situation einem angemessenen Ausgleich der verschiedenen Interessen zuzuführen. M.E. ist weiterhin Skepsis angebracht, ob das BAG sich für die Fälle des vereinbarten Ruhens ohne schutzwürdige Belange des Arbeitnehmers zu einer solchen Rechtsprechung durchringen wird [...]“; in diese Richtung gehend auch *LAG Baden-Württemberg* v. 21.12.2011, ZTR 2012, 347, 348; *Korinth*, ZTR 2014, 691, 692 f.; zum Teil setzen sich die Autoren auch gar nicht differenziert mit der Auswirkung ruhender Arbeitsverhältnisse auf den Urlaub beziehungsweise das Urlaubsentgelt auseinander, obschon es zuerst den Anschein hat. *Okoye-Montis*, S. 115 ff. etwa scheint zwar auf den ersten Blick Kürzungsmöglichkeiten des Urlaubsanspruchs diesbezüglich zu beleuchten, wenn sie von „Störungen des nicht konkretisierten Urlaubsanspruchs“ schreibt, S. 115 ff. Auch wenn sie darüber hinaus konstatiert, dass grundsätzlich die schuldrechtliche Risikoverteilung bei Leistungsstörungen für den Urlaubsanspruch gelte (S. 118 ff., 140 f.) und nur in Ausnahmefällen eine Risikoverteilung zu Lasten des Arbeitgebers angenommen werden müsse, wenn diese gesetzlich oder wertungsmäßig vorgeschrieben sei (S. 115 ff., 162 f.), scheint sie die Entstehung des Urlaubs beziehungsweise seine Kürzungsmöglichkeiten zu untersuchen. Auf den zweiten Blick wird jedoch deutlich, dass sie an dieser Stelle lediglich die Frage aufwirft, was mit Urlaubsansprüchen hinsichtlich ihrer Übertragbarkeit in das Folgejahr geschieht, wenn diese während des Urlaubsjahres aufgrund von Leistungsstörungen nicht in Anspruch genommen werden konnten. Dabei geht sie von der Prämisse aus, dass der Urlaub in jedem Urlaubsjahr immer voll entsteht und lediglich abhängig vom Bestand des Arbeitsverhältnisses sei, S. 61 ff. Ruhende Arbeitsverhältnisse haben ihrer Ansicht nach daher bereits überhaupt keinen Einfluss auf den Urlaubsanspruch im jeweiligen Urlaubsjahr, S. 64, 115 ff. Sie fällt somit nicht unter den Kanon der im Folgenden zu untersuchenden Ansichten hinsichtlich Ausnahmefällen der Urlaubsentstehung während ruhender Arbeitsverhältnisse.

¹⁰³⁴ *LAG Niedersachsen* v. 16.11.2010 – 3 Sa 1288/10 – juris, Rn. 21; *LAG Baden-Württemberg* v. 09.06.2011 – 6 Sa 109/10 – juris, Rn. 57; *LAG Düsseldorf* v. 19.01.2012, ZTR 2012, 283, 285; *Arnold/Tillmanns/Zimmermann*, § 1 BurlG, Rn. 35; *Arnold/Tillmanns/Arnold*, § 7 BurlG, Rn. 154 f.; *Bauer*, AA 2014, 283, 283; *Bruns*, S. 141; *Picker*, ZTR 2009, 230, 237; *Plüm*, NZA 2013, 11, 17; *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1107 f., 1110 f.; *Wicht*, BB 2012, 1349, 1352; in diese Richtung tendierend siehe auch *Preis/Sagan/Mehrens/Witschen*, § 7, Rn. 18 ff.; so vorsichtig auch *Blümke/May*, AuA 2013, 540, 542 f.

¹⁰³⁵ So etwa *Höpfner*, AP § 7 BurlG Nr. 61; Schlussanträge *Stringer der GAIN Trstenjak*, C-520/06, EU:C:2008:38, Rn. 67; *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1108.

¹⁰³⁶ *Picker*, ZTR 2009, 230, 237; *Leube* etwa spricht davon, danach abzugrenzen, wem die Freistellung nützt, *Leube*, S. 74; so kann man auch *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 75 verstehen.

¹⁰³⁷ *LAG Niedersachsen* v. 16.11.2010 – 3 Sa 1288/10 – juris, Rn. 21; *LAG Baden-Württemberg* v. 09.06.2011 – 6 Sa 109/10 – juris; *Arnold/Tillmanns/Zimmermann*, § 1 BurlG, Rn. 35; *Arnold/Tillmanns/Arnold*, § 7 BurlG, Rn. 154 f.; *Bauer*, AA 2014, 283, 283; *Bruns*, S. 141; *Picker*, ZTR 2009, 230, 237; *Plüm*, NZA 2013, 11, 17; *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1107 f., 1110 f.; *Wicht*, BB 2012, 1349, 1352; in diese Richtung tendiert

aber allenfalls mittelbar als Willens- oder Sphärengedanke des Arbeitnehmers verstanden werden, so handelt er ja nicht selbst, sondern seine Interessenvertreter.

Hinsichtlich der *Schultz/Hoff*- und *Dominguez*-Entscheidungen etwa passt das Unterscheidungskriterium der Eigeninitiative des Arbeitnehmers noch, Krankheit ist offensichtlich nicht willensgesteuert, somit entstände nach dieser Ansicht bei Fehlzeiten aufgrund von Krankheit ein Anspruch auf Urlaub und Urlaubsentgelt. Hinsichtlich der Kurzarbeit und der *Heimann/Toltschin*-Entscheidung ist dieses Abgrenzungsmerkmal jedoch bereits nicht mehr so eindeutig unter die Rechtsprechung des EuGH zu subsumieren. Kurzarbeit mag zwar auf einem mittelbar durch die Interessenvertreter der Arbeitnehmer konsentierten Sozialplan basieren, jedoch kommt der Impuls hierbei maßgeblich vom Arbeitgeber, also nicht aus der Sphäre des Arbeitnehmers. Unabhängig von der Frage, von wessen Impuls die Kurzarbeit ausgeht, kann man jedoch sagen, dass die Entscheidung aber zumindest von beiden Parteien getroffen wird und auch beiden Parteien nützt,¹⁰³⁸ schließlich haben beide ein Interesse daran, dass der Betrieb erhalten bleibt. Hier von einem Ruhen aufgrund des Willens der Arbeitnehmer zu sprechen, ist daher abwegig und würde dieses Kriterium reichlich ausdehnen. Teilweise wird diese Problematik auch gesehen und versucht, sie durch das Heranziehen weiterer Kriterien, etwa Wirtschaftlichkeits- beziehungsweise Schutzbedürftigkeitsargumenten oder der Freizeitmöglichkeit des Arbeitnehmers, zu umgehen.¹⁰³⁹ Dies ist jedoch zum einen nicht konsistent und zum anderen zeigt es nur, dass das Willenskriterium an dieser Stelle nicht trägt.

Auch hinsichtlich anderer Ruhenstatbestände ist das Willensmerkmal für eine Differenzierung zwischen den Konstellationen nicht geeignet, etwa bei der Aussperrung. Würden die Arbeitnehmer nach gescheiterten Tarifgesprächen vom Arbeitgeber als Arbeitskampfmaßnahme ausgesperrt, so würde dieses erzwungene Ruhen der Arbeitsleistung nicht auf ihrem Willen beruhen, ganz im Gegenteil widerspräche es diesem Willen gerade. Differenzierte man also nach dem Zutun oder der Sphäre der Arbeitnehmer, würde man den Arbeitnehmern das Entstehen von Urlaubsentgeltansprüchen in diesem Fall zusagen, während man ihnen gleichzeitig den Anspruch auf Arbeitsentgelt absprechen würde. Dieses Ergebnis ist widersprüchlich, denn der Zweck der Aussperrung als Arbeitskampfmittel ist gerade, die Arbeitnehmer unter Druck zu setzen.¹⁰⁴⁰ Darüber hinaus müsste man hinsichtlich des Willens der Arbeitnehmer davon ausgehen, dass sie bei Streik, der ja auch auf ihrem Willen beruht, keinerlei Urlaubsansprüche hätten. Bei Aussperrung durch den Arbeitgeber blieben die Urlaubsansprüche nach dieser Ansicht jedoch bestehen, wie gerade aufgezeigt. Innerhalb eines einheitlichen Arbeitskampfes mit den verschiedenen Reaktions- und Aktionsmöglichkeiten der beiden kämpfenden Parteien, die

auch das BAG v. 24.03.2009, AP § 7 BUrtG Nr. 39, was an dieser Stelle überrascht, geht es doch grundsätzlich von einem Entstehen von Urlaubsansprüchen in ruhenden Konstellationen aus.

¹⁰³⁸ Bayreuther, DB 2012, 2748, 2750; Höpfner, AP § 7 BUrtG Nr. 61.

¹⁰³⁹ Bayreuther, DB 2012, 2748, 2750; Höpfner, AP § 7 BUrtG Nr. 61; Picker, ZTR 2009, 230, 238.

¹⁰⁴⁰ Siehe zur Aussperrung generell ErtK/Linsenmaier, Art. 9 GG, Rn. 236 ff.

normalerweise zeitweise grundsätzlich zur Suspendierung der Hauptleistungspflichten im Arbeitsverhältnis führen,¹⁰⁴¹ entstünden also einmal Urlaubsentgeltansprüche, ein anderes Mal nicht, immer abhängig davon, wer gerade seine Kampfmittel einsetzt. Dies ist ein schwer nachvollziehbares und willkürlich anmutendes Ergebnis.

Auch hinsichtlich des Ruhens des Arbeitsverhältnisses aus Mutterschutz- oder Elternzeitgründen vermögen das Willensargument oder der Sphärengedanke nicht zu überzeugen. Hier einen Willen anzunehmen, kann im Einzelnen schwierig sein, manche Eltern planen eine Schwangerschaft auf lange Sicht, andere werden hingegen überrascht, eine Abgrenzung nach diesem Kriterium würde zu unterschiedlichen Ergebnissen hinsichtlich des Urlaubsentgelts kommen, die nicht nachvollziehbar wären – schutzbedürftige Mütter wären die Frauen in jedem Fall. Der Sphärengedanke wäre hier einfacher zu subsumieren, ein Kind einer Arbeitnehmerin liegt augenscheinlich in der Arbeitnehmersphäre. Unter dieser Prämisse müsste man jedoch das Entstehen von Urlaubs(entgelt)ansprüchen während der Fehlzeiten aufgrund der Schwangerschaft und der Elternzeit grundsätzlich ablehnen, was zumindest dem Schutz von Müttern entscheidend entgegenliefe. Ein kranker Arbeitnehmer würde in dieser Situation also besser gestellt als eine werdende Mutter, das konnte so vom EuGH nicht gewollt sein. Auch würde dieses Ergebnis nicht mit den Normen zum Mutterschutz übereinstimmen, Art. 33 Abs. 2 der Grundrechtecharta und Art. 11 Nr. 2 lit. a der Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG¹⁰⁴² machen die besondere Relevanz des Mutterschutzes deutlich. Art. 11 Nr. 2 lit. a der Richtlinie 92/85/EWG und § 17 MuSchG auf deutscher Ebene ordnen darüber hinaus ausdrücklich an, dass der Urlaub Schwangerer aufgrund deren Fehlzeiten nicht gekürzt wird, Ausfallzeiten wegen mutterschutzrechtlicher Beschäftigungsverbote sollen als Beschäftigungszeiten gelten. Sie garantieren somit das Entstehen des vollen Jahresurlaubsanspruchs trotz Mutterschaftsurlaub. Würde man auf die Sphäre oder den Willen der Mutter abstellen, wäre aber nach dieser Theorie eine Kürzung des Jahresurlaubs in diesem Fall gerade vorzunehmen.

Auch hinsichtlich des europarechtlich vorgegebenen Unterschieds bezüglich des Entstehens des Anspruchs auf Erholungsurlaub bei Mutterschutz und Elternzeit vermag das Willens- beziehungsweise das Argument der Einflussnahmemöglichkeit der Arbeitnehmer nicht zu überzeugen. Europarechtlich ist der ungekürzte Anspruch auf Jahresurlaub bei einem Ausfallen der Arbeitsleistung aufgrund von Elternzeitkonstellationen nicht vorgeschrieben, bei Mutterschaftsurlaub jedoch schon, siehe Art. 11 Nr. 2 lit. a der Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG.¹⁰⁴³ Unionsrechtlich ist demnach – willensunabhängig – bei Elternzeit anders als bei Mutterschaftsurlaub kein Anspruch auf Jahresurlaub determiniert. Würde man nun auf den Willen, die Sphäre

¹⁰⁴¹ Siehe etwa BAG v. 22.03.1994, AP Art. 9 GG Nr. 130 Arbeitskampf; BeckOK-ArbR/Waas, Art. 9 GG, Rn. 117, 155; ErfK/Müller-Glöge, § 620 BGB, Rn. 45; ErfK/Linsenmaier, Art. 9 GG, Rn. 192.

¹⁰⁴² 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. Nr. L 348/1 v. 28.11.1992.

¹⁰⁴³ Ausführlich siehe Kapitel B. V. 1. b) Richtlinie 92/85/EWG.

oder die Einflussnahmemöglichkeit der entsprechenden Arbeitnehmer abstellen, ergäbe diese Unterscheidung auch keinen Sinn, basieren doch sowohl Mutterschafts- als auch Elternurlaub auf derselben Entscheidung, ein Kind zu bekommen beziehungsweise auf demselben Grund, sollte kein Kinderwunsch bestanden haben.

Nun könnte man als weiteres Argument gegen die Willenssteuerung auf europäischer Ebene die Formulierung *jeder Arbeitnehmer* in Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie heranziehen und argumentieren, auch Arbeitnehmer in von ihnen gewollt ruhenden Arbeitsverhältnissen seien nach wie vor Arbeitnehmer und hätten Anspruch auf Urlaub.¹⁰⁴⁴ Auf deutscher Ebene könnte man spiegelbildlich dazu den Anwendungsbereich des BUrlG, der sich aus § 2 S. 1 BUrlG ergibt, anführen, wie es etwa das BAG tut – das allerdings insgesamt ein anderes Ergebnis vertritt und dabei von der Entstehung von Urlaubsansprüchen im ruhenden Arbeitsverhältnis ausgeht.¹⁰⁴⁵ Demnach dürften nach § 2 S. 1 BUrlG keine Arbeitnehmer vom Geltungsbereich des BUrlG ausgenommen werden, dies ergebe sich auch bereits aus dem Abweichungsverbot aus § 13 Abs. 1 BUrlG.¹⁰⁴⁶ Dieses Argument greift jedoch im Rahmen der hier vertretenen grundsätzlichen und sich aus europäischem Recht ableitenden Voraussetzung der Erarbeitung nicht, da zum einen zwar nicht auf den Willen abzustellen ist, auf der anderen Seite jedoch auch nicht ausschließlich auf die Eigenschaft als Arbeitnehmer. Vielmehr ist die erbrachte oder noch zu erbringende Arbeitsleistung entscheidend, also eher, ob es sich um *aktive* Arbeitnehmer handelt.¹⁰⁴⁷ Darüber hinaus werden durch die Argumentation mit dem Willenselement nicht per se einzelne Arbeitnehmergruppen vom Urlaub ausgenommen, sondern es geht bei der Frage der Willenssteuerung der Arbeitnehmer bei Nichtleistung der Arbeit vielmehr um eine Ausnahme zu dem Grundsatz, dass ohne Arbeitsleistung kein Anspruch auf Urlaub entsteht. Somit wird höchstens einigen Arbeitnehmern aus bestimmten Gründen ein Vorteil verschafft, indem ihnen Urlaub und Urlaubsentgelt gewährt werden, obwohl sie eigentlich keinen Anspruch hätten. Dies ist jedoch keine Frage des Anwendungsbereiches der Richtlinie und erst recht nicht mehr des BUrlG – selbst wenn man dies bejahen würde, könnte man gegebenenfalls noch über eine unionsrechtskonforme Auslegung der Richtlinie und damit verbunden eine richtlinienkonforme teleologische Reduktion des § 2 S. 1 BUrlG nachdenken.¹⁰⁴⁸

¹⁰⁴⁴ So könnte man etwa auch den EuGH verstehen, der wiederholt vom Urlaubsanspruch als „ausdrücklich allen Arbeitnehmern zuerkannten Anspruchs“ spricht, Urteil BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 55, Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 47; in diese Richtung tendierend siehe auch EnzEuR/Rudkowski, § 12, Rn. 26.

¹⁰⁴⁵ BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61.

¹⁰⁴⁶ BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61.

¹⁰⁴⁷ Siehe teilweise in diese Richtung tendierend auch die Ansicht der niederländischen Regierung in der mündlichen Stellungnahme, Schlussanträge Schultz-Hoff der G^Ain *Trstenjak*, C-350/06, EU:C:2008:37, Rn. 30, die jedoch an dieser Stelle noch weiter gehen möchte beziehungsweise zu weit geht, indem sie inaktive Arbeitnehmer gänzlich vom Anwendungsbereich der Arbeitszeitrichtlinie ausschließen möchte und damit keinerlei Ausnahmeregelungen zulässt.

¹⁰⁴⁸ Siehe etwa zu der vergleichbaren teleologischen Reduktion des § 1 Abs. 1 BUrlG Kapitel B. VI. 1. i) bb) Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung.

Das wichtigste Argument gegen die Abgrenzung nach dem Willen, der Einflussnahmemöglichkeit oder Sphären ist, dass sie zu willkürlichen Ergebnissen führen würde. Dies wird – wie ausgeführt – bereits bei Arbeitskämpfen sowie Mutterschafts- und Elternurlaub sichtbar, vor allem wird es jedoch bezüglich der Teilzeitkonstellationen deutlich. An dieser Stelle wird auch klar, dass diese Ansicht mit den Entscheidungen des EuGH nicht kompatibel ist. Die Entscheidung, von Voll- in Teilzeit zu wechseln oder umgekehrt kann sowohl vom Arbeitgeber als auch vom Arbeitnehmer ausgehen. Wenn nun die Teilzeit, in der nur noch die Hälfte der Stunden gearbeitet würde, etwa auf dem Willen des Arbeitgebers beruhen würde, so würde das Arbeitsverhältnis folglich unabhängig vom Willen des Arbeitnehmers zu 50 Prozent ruhen – die jeweils andere Partei muss dieser Vertragsänderung dabei zwar zustimmen, sodass man von einem beiderseitigen Willen ausgehen könnte. Der Impuls hierzu, beziehungsweise das Interesse an der Teilzeitarbeit ist jedoch klar einseitig. Stellt man nun aber auf die Sphäre ab, müsste ein solcher Arbeitnehmer einen hundertprozentigen Urlaubs-, also auch Urlaubsentgeltanspruch haben. Ein vergleichbarer Arbeitnehmer, der selbst eine solche Teilzeit angeregt hätte, hätte hingegen pro-rata-temporis nur noch einen fünfzigprozentigen Urlaubsanspruch. Das hieße, dass zwei Arbeitnehmer eines Betriebs, die beide vergleichbar in Teilzeit arbeiteten, Anspruch auf unterschiedlich viel Jahresurlaub und damit auch auf unterschiedlich viel Jahresurlaubsentgelt hätten. Dieses Ergebnis erscheint zum einen ungerecht, zum anderen lässt es sich so in keiner der Entscheidungen des EuGH zur Teilzeit wiederfinden – der Gerichtshof befürwortete vielmehr im Gegenteil eine grundsätzliche Pro-rata-temporis-Verkürzung des Urlaubs in allen laufenden Teilzeitkonstellationen. Allerdings differenziert er gerade nicht danach, von wem diese ausgingen.¹⁰⁴⁹

Dabei hätte er durchaus bereits die Gelegenheit gehabt, sich zu dieser Problematik zu positionieren. So zitierte er etwa in seinem *Schultz-Hoff*-Urteil das ILO-Abkommen Nr. 132: „Insoweit ist festzustellen, dass nach Art. 5 Abs. 4 des Übereinkommens Nr. 132 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 24. Juni 1970 über den bezahlten Jahresurlaub (Neufassung) ‚... Arbeitsversäumnisse aus Gründen, die unabhängig vom Willen des beteiligten Arbeitnehmers bestehen, wie zum Beispiel Krankheit ...‘, als Dienstzeit anzurechnen [sind]“.¹⁰⁵⁰ Im Weiteren nutzte er dieses Willenselement jedoch gerade nicht für seine Argumentation beziehungsweise die Abgrenzung, sondern verwies lediglich auf das *BECTU*-Urteil und stellte auf die Krankheit als solche ab.¹⁰⁵¹ Eine Erwähnung des Willens des Arbeitnehmers durch den EuGH findet sich ansonsten nur noch, wenn sich der Gerichtshof zu der Frage des Bestands der Urlaubsabgeltung äußerte. Dabei stellte er darauf ab, ob der Arbeitnehmer „aus von seinem Willen unabhängigen Gründen nicht in der Lage“¹⁰⁵² war, den Urlaub bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses geltend

¹⁰⁴⁹ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 33; Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 31.

¹⁰⁵⁰ Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 38.

¹⁰⁵¹ Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 38.

¹⁰⁵² Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 61.

zu machen. Wenn man diese Aussage dabei jedoch auch auf die Entstehung des Urlaubsanspruchs übertragen möchte, so wird nicht beachtet, dass der EuGH an dieser Stelle lediglich auf die Aufrechterhaltung des Jahresurlaubs sowie der Abgeltung rekurrierte.¹⁰⁵³ Über einen Verfall sowohl des Urlaubs- als auch der Urlaubsabgeltungsanspruchs kann jedoch erst nachgedacht werden, wenn diese Ansprüche zuvor bereits entstanden sind. Das grundsätzliche Entstehen von Urlaubsansprüchen während Krankheitsphasen hatte der EuGH dabei bereits zuvor – ohne eine Willensansknüpfung – bejaht.¹⁰⁵⁴ Darüber hinaus kann Krankheit grundsätzlich als vom Willen unabhängig beschrieben werden, ohne dass dieses Merkmal als verallgemeinerungsfähig angesehen werden müsste.

Eine Abgrenzung nach dem Willen oder der Sphäre findet sich somit in der EuGH-Rechtsprechung nicht ohne Weiteres wieder, darüber hinaus kann sie zum Teil zu widersinnigen beziehungsweise willkürlich anmutenden Ergebnissen führen. Es bleibt festzuhalten, dass der Wille als Abgrenzungskriterium viel zu unbestimmt und im Einzelnen zu schwer feststellbar ist und darüber hinaus zu widersprüchlichen Ergebnissen führen kann. Aus welcher Sphäre ein Ruhen des Arbeitsverhältnisses stammt, ist insgesamt zwar einfacher zu bestimmen, führt aber zu ähnlich ungewollten Ergebnissen. Dieser Abgrenzungsvorschlag kann daher nicht überzeugen und ist abzulehnen.

2. Abgrenzung anhand des Vorliegens einer grundsätzlichen Arbeitspflicht

Statt lediglich auf das Bestehen des Arbeitsverhältnisses abzustellen, wie es etwa das BAG nach wie vor tut,¹⁰⁵⁵ könnte man auch anhand eines grundsätzlichen Vorliegens einer Arbeitspflicht aus dem Arbeitsvertrag differenzieren. So wird etwa in Folge der *Heimann/Toltschin*-Entscheidung vertreten, es sei jeweils danach zu unterscheiden, ob ein ruhendes Arbeitsverhältnis als vorübergehende Teilzeit an „null Tagen“ anzusehen sei, wodurch die Arbeitsverpflichtung vollständig suspendiert und der Urlaub demnach pro-rata-temporis zu kürzen sei, oder ob eine Ruhenskonstellation vorliege, in der die Arbeitsverpflichtung an sich noch bestehe.¹⁰⁵⁶

¹⁰⁵³ So verstehen auch etwa das BAG und das LAG Niedersachsen diese Entscheidung, das BAG führt dazu z.B. aus: „In Anwendung dieser Grundsätze ist § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG so zu verstehen, dass gesetzliche Urlaubsabgeltungsansprüche nicht erlöschen, wenn Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums erkrankt und deswegen arbeitsunfähig sind.“, BAG v. 24.03.2009, AP § 7 BUrlG Nr. 39; das LAG spricht davon, „dass ihr dieser Urlaubsanspruch gegen ihren Willen verloren geht“, LAG Niedersachsen v. 16.11.2010 – 3 Sa 1288/10 – juris, Rn. 21.

¹⁰⁵⁴ Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 41.

¹⁰⁵⁵ Beispielfaust BAG v. 28.01.1982, AP § 3 BUrlG Nr. 11 Rechtsmissbrauch; BAG v. 14.05.1986, AP § 7 BUrlG Nr. 26 Abgeltung; BAG v. 24.10.1989, AP § 7 BUrlG Nr. 52 Abgeltung; BAG v. 24.03.2009, AP § 7 BUrlG Nr. 39; BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61; BAG v. 12.03.2013, AP § 7 BUrlG Nr. 99 Abgeltung; BAG v. 06.05.2014, AP § 1 BUrlG Nr. 24; siehe auch darstellend Glatzel, NZA-RR 2015, 393, 394.

¹⁰⁵⁶ *Anonymus*, NJW-Spezial 2014, 530, 530 zum Sonderurlaub; *Dassau/Wulfers*, ZTR 2013, 3, 4 f.; in diese Richtung gehend auch Preis/Sagan/Mehrens/Witschen, § 7, Rn. 19 und Eckstein, BB 2012, 1164, 1164; a.A. siehe etwa die Entscheidung des BAG v. 06.05.2014, AP § 1 BUrlG Nr. 24 m.w.N., in der dieses ausführt, lediglich das Bestehen des Arbeitsverhältnisses sei Voraussetzung des Urlaubsanspruchs nach dem BUrlG,

Ebenfalls als Folge der *Heimann/Toltschin*-Rechtsprechung wird jedoch von anderen im Gegensatz dazu auch angenommen, dass zu differenzieren sei, ob ein ruhendes Arbeitsverhältnis vorliege, in dem die Arbeitsverpflichtung vollständig suspendiert sei, oder ob eine vergleichbare Konstellation zur Teilzeit an „null Tagen“ vorliege, in der die Arbeitsverpflichtung an sich noch bestehe und in der dann europarechtskonform kein Anspruch auf Urlaub entstehe.¹⁰⁵⁷

Von der offensichtlichen Widersprüchlichkeit dieser beiden Lesarten der Kurzarbeits-Entscheidungen des EuGH einmal abgesehen, ist den Vertretern der eben genannten Ansichten gemein, dass sie die Ruhenskonstellationen jeweils danach voneinander abzugrenzen versuchen, ob sie mit der Teilzeit „Null“ vergleichbar sind und daraus Regeln für das grundsätzliche Bestehen der Arbeitspflicht im Rahmen eines vorliegenden Arbeitsverhältnisses ableiten wollen. So wird etwa die Erholungs- beziehungsweise die Freizeitmöglichkeit des Arbeitnehmers während des Ruhens des Arbeitsverhältnisses aufgrund von gesetzlichen, tariflichen oder individualvertraglichen Gründen als Abgrenzungskriterium herangezogen, ob Urlaubsansprüche entstehen sollen, oder nicht.¹⁰⁵⁸

Hinsichtlich der Arbeitsleistung in eine ähnliche Richtung gehend, jedoch nicht anhand der Teilzeit abgrenzend, wird ebenfalls angenommen, in ruhenden Arbeitsverhältnissen sei das Arbeitsverhältnis im Kern umgestaltet, es liege bereits dem Sinn nach generell keine Verpflichtung zu Arbeitsleistungen vor, somit entstünden auch keine Urlaubsansprüche.¹⁰⁵⁹ Bei Krankheit hingegen bestünde lediglich eine Leistungsstörung und demnach auch ein Anspruch auf Urlaub.¹⁰⁶⁰

Nach dieser Argumentation ist eine Willenssteuerung durch den Arbeitnehmer für die Differenzierung grundsätzlich nicht von Bedeutung.¹⁰⁶¹

„Eine Befreiung von der Arbeitspflicht setzt begrifflich voraus, dass die Arbeitspflicht „an sich“ fortbesteht. Sie muss vom Arbeitnehmer allerdings wegen der Freistellung von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung nicht erfüllt werden. Würde eine Sonderurlaubsabrede als Vereinbarung einer Arbeitszeit „Null“ verstanden, würde die Arbeitspflicht aufgehoben. Das ist etwas anderes, als die Freistellung von einer grundsätzlich weiter bestehenden vertraglichen Arbeitspflicht.“

¹⁰⁵⁷ So etwa *Besgen*, FA 2015, 5, 6, dabei allerdings wiederum unter Rekurs auf das Urteil des BAG v. 06.05.2014, AP § 1 BUrlG Nr. 24.

¹⁰⁵⁸ *Preis/Sagan/Mehrens/Witschen*, § 7, Rn. 20.

¹⁰⁵⁹ LAG Niedersachsen v. 16.11.2010 – 3 Sa 1288/10 – juris, Rn. 21; LAG Köln v. 29.04.2010, ZTR 2010, 589, 590; LAG Düsseldorf v. 05.05.2010, NZA-RR 2010, 568, 570; LAG Köln v. 10.03.2011, ZTR 2011, 689, 689; LAG München v. 26.05.2011 – 4 Sa 66/11 – juris, Rn. 23; LAG Köln v. 19.08.2011, ZTR 2011, 732, 735; *Düwell*, DB 2012, 1749, 1749; *Fieberg*, NZA 2009, 929, 934; *Fieberg*, AP § 1 BUrlG Nr. 24; *Wicht*, BB 2012, 1349, 1352.

¹⁰⁶⁰ LAG Köln v. 29.04.2010, ZTR 2010, 589, 590; LAG Düsseldorf v. 05.05.2010, NZA-RR 2010, 568, 570; LAG Köln v. 10.03.2011, ZTR 2011, 689, 689; LAG München v. 26.05.2011 – 4 Sa 66/11 – juris, Rn. 23; LAG Köln v. 19.08.2011, ZTR 2011, 732, 735; *Fieberg*, NZA 2009, 929, 934; *Fieberg*, AP § 1 BUrlG Nr. 24; *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 75; *Wicht*, BB 2012, 1349, 1352; so im Ergebnis auch *Bürger*, ZTR 2011, 707, 712 f., der jedoch neben der Differenzierung nach Leistungsstörungen und Ruhestatbeständen auch von einem Hauptpflichtcharakter des Urlaubs ausgeht. Während in ruhenden Konstellationen kein Urlaubsanspruch entstehen solle, werde das Vorliegen von Urlaub bei Leistungsstörungen als Gegensatz zu ruhenden Arbeitsverhältnissen indiziert.

¹⁰⁶¹ Siehe nur LAG Köln v. 29.04.2010, ZTR 2010, 589, 590; LAG v. Köln v. 19.08.2011, ZTR 2011, 732, 735; anders *Wicht*, die z.T. auf die Willenssteuerung abstellen möchte, *Wicht*, BB 2012, 1349, 1352; ebenso LAG Niedersachsen v. 16.11.2010 – 3 Sa 1288/10 – juris, Rn. 21.

Insgesamt ist den Vertretern der eben genannten Ansichten gemein, dass sie nicht lediglich das Bestehen des Arbeitsverhältnisses ausreichen lassen, um Urlaubsansprüche zu begründen, sie stellen darüber hinaus grundsätzlich auch noch auf eine Arbeitsverpflichtung ab, die bei ruhenden Konstellationen suspendiert sei, bei Krankheitskonstellationen als Leistungsstörungen jedoch nicht.

Diese Auffassung vermag jedoch insgesamt nicht zu überzeugen, denn zum einen besteht in beiden Konstellationen grundsätzlich die Arbeitspflicht „an sich“ weiter, sie ist lediglich aus verschiedensten Gründen suspendiert.¹⁰⁶²

Diese unabhängig von Ruhen oder Leistungsstörung per se bestehende, aber zeitweise aufgehobene vertragliche Arbeitspflicht wird insbesondere durch ihr direktes Wiederaufleben nach dem Wegfallen des Suspendierungsgrundes deutlich.¹⁰⁶³ So werden etwa nach der Beendigung der Krankheit beziehungsweise „Kurzarbeit Null“ gleichermaßen sofort wieder Arbeitsdienste fällig.¹⁰⁶⁴ Darüber hinaus ist die einstweilige Aufhebung oder Suspendierung der Arbeitsverpflichtung auch gerade Teil der Definition des ruhenden Arbeitsverhältnisses,¹⁰⁶⁵ es ist demnach gerade von Bedeutung, dass die „an sich“ bestehende Pflicht aus dem Arbeitsvertrag nicht dergestalt umgestaltet wird, dass sie insgesamt wegfällt, sie ist lediglich zeitweise aufgehoben. Dabei kann man zwar durchaus das ruhende Arbeitsverhältnis als „leere Hülle“ ansehen, da die es konstituierenden Hauptpflichten zeitweise ausgesetzt sind. Rein faktisch bedeutete diese Sichtweise jedoch auch, dass man bei Leistungsstörungen grundsätzlich ebenso nur noch eine „leere Hülle“ annehmen müsste, denn die gegenseitigen Pflichten sind dort praktisch genauso aufgehoben,¹⁰⁶⁶ während in beiden Konstellationen nach wie vor ein Arbeitsvertrag fortbesteht. Die aus dem Ruhen resultierende Folge der Nichterbringung der Arbeitsleistung ist demnach bei einer Ruhenssuspendierung grundsätzlich die gleiche wie bei einer Leistungsstörung, eine Unterscheidung allein anhand dieses Gesichtspunkts erscheint zunächst willkürlich.

Zum anderen mutet eine Unterscheidung lediglich anhand der Arbeitsleistungsverpflichtung merkwürdig an, denn grundsätzlich würde man wohl kaum einen Urlaubsanspruch bei vorsätzlich hervorgerufenen – also willentlichen – Leistungsstörungen bejahen. Nach dieser Ansicht wäre das Entstehen von Urlaubsansprüchen in solchen Konstellationen jedoch nur logische Konsequenz. Um dieses nicht erwünschte Ergebnis zu vermeiden, wird die Möglichkeit der

¹⁰⁶² So überzeugend *Boecken/Jacobsen*, ZTR 2011, 267, 269, die jedoch insgesamt auch in ruhenden Konstellationen von einem Entstehen des Urlaubsanspruchs ausgehen; so auch *Sprink*, S. 218 ff., die jedoch insgesamt zu dem Ergebnis kommt, dass Urlaubsanspruch und Arbeitsleistung sich nicht gegenseitig bedingen.

¹⁰⁶³ *Boecken/Jacobsen*, ZTR 2011, 267, 269.

¹⁰⁶⁴ So sind etwa MünchHdb-ArbR/*Berkowsky*, § 134, Rn. 43 ff.; *Schaub/Linck*, § 47, Rn. 11 zu verstehen; *Walker*, SAE 2010, 70, 71 nennt die Kurzarbeit etwa „vorübergehend“.

¹⁰⁶⁵ Siehe etwa BAG v. 22.06.1988, AP § 15 BErzGG Nr. 1; BAG v. 10.05.1989, AP § 15 BErzGG Nr. 2; BAG v. 09.08.1995, AP § 611 BGB Nr. 181 Gratifikation; MünchHdb-ArbR/*Berkowsky*, § 114, Rn. 100.

¹⁰⁶⁶ *BeckOK-ArbR/Joussen*, § 611 BGB, Rn. 357 f.

Willenssteuerung im Rahmen dieser Ansicht doch teilweise noch zusätzlich für die Unterscheidung herangezogen.¹⁰⁶⁷ Diese ist jedoch, wie bereits dargestellt, für sich gesehen schon kein taugliches Abgrenzungskriterium und darüber hinaus führt die Vermischung der Voraussetzungen der Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses im Kern im Rahmen des Ruhens und der Willenssteuerung zu unverständlichen und unklaren Ergebnissen. Dies zeigt insbesondere die Ausdrucksweise des LAG Düsseldorf, welches ausführt: „Die für erkrankte Arbeitnehmer entwickelten Lösungen kann [können] nicht undifferenziert auf Fälle des – wie vorliegend – ruhenden Arbeitsverhältnisses übertragen werden, denn zwischen der längerfristigen Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers und dem kraft Gesetz oder kraft Vereinbarung eintretenden Ruhens des Arbeitsverhältnisses besteht ein grundlegender Unterschied. Während die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit eine Leistungsstörung des Arbeitsverhältnisses darstellt, ist beim ruhenden Arbeitsverhältnis der Arbeitsvertrag selbst im Kern seines Inhalts umgestaltet [...]. Entscheidend ist, dass die Vereinbarung des Ruhens des Arbeitsverhältnisses – anders als nach den Vorgaben des EuGH – auf einem willensgesteuerten Verhalten des Arbeitnehmers beruht.“¹⁰⁶⁸

Einmal abgesehen davon, dass zwischen der europäischen und der deutschen Dogmatik diesbezüglich Unterschiede bestehen können – so ist etwa die deutsche Systematik des Leistungsstörungsrechts nicht ohne Weiteres auf die europäische Ebene übertragbar –, wird im Rahmen dieser Ansicht auch bereits auf deutscher Ebene den Bestimmungen in § 326 BGB und Risikotragungsregeln, wie dem Wegerisiko¹⁰⁶⁹ nicht ausreichend Rechnung getragen. Denn ist der Arbeitnehmer für die Leistungsstörung verantwortlich, etwa, weil er frühzeitig den Arbeitsplatz verlässt, so entfällt die Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB,¹⁰⁷⁰ ebenso wenn er zu spät bei der Arbeit erscheint.¹⁰⁷¹ Warum nach der vorliegend untersuchten Auffassung in einem solchen Fall dennoch ein Anspruch auf Urlaubsentgelt entstehen soll, erschließt sich hier nicht, insbesondere, wenn der Arbeitnehmer einen solchen Anspruch beispielsweise bei einem Ruhens des Arbeitsverhältnisses aufgrund von tariflicher Vereinbarung oder auch etwa aufgrund von Elternzeit gerade nicht haben soll.¹⁰⁷² Darüber hinaus ist die Unterscheidung, wann eine Leistungsstörung und wann eine Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses im Kern vorliegen soll, äußerst schwammig und nicht klar abgrenzbar, was bereits durch die anfangs dargestellten sich widersprechenden Meinungen innerhalb dieser Ansicht deutlich wird. So wird etwa auch in ruhenden Arbeitsverhältnissen „an sich“ eine Arbeitsleistung geschuldet,¹⁰⁷³ es besteht nach wie vor ein Arbeitsvertrag. Die Verpflichtung zur Arbeit ruht lediglich, vergleichbar mit der

¹⁰⁶⁷ LAG Niedersachsen v. 16.11.2010 – 3 Sa 1288/10 – juris, Rn. 21; LAG Düsseldorf v. 05.05.2010, NZA-RR 2010, 568, 570; *Wicht*, BB 2012, 1349, 1352.

¹⁰⁶⁸ LAG Düsseldorf v. 05.05.2010, NZA-RR 2010, 568, 570.

¹⁰⁶⁹ Beispielhaft BAG v. 08.08.1982, NJW 1983, 1078, 1078; BAG v. 08.12.1982, AP § 616 BGB Nr. 58; *Bauer/Opolony*, NJW 2002, 3503, 3507; *BeckOK-ArbR/Joussen*, § 615 BGB, Rn. 98.

¹⁰⁷⁰ Siehe etwa *AnwK-ArbR/Brors*, § 611 BGB, Rn. 824; *BeckOK-ArbR/Joussen*, § 611 BGB, Rn. 358.

¹⁰⁷¹ *MünchHdb-ArbR/Boewer*, § 69, Rn. 57.

¹⁰⁷² So schlägt es etwa *Fieberg*, NZA 2009, 929, 931 vor.

¹⁰⁷³ So auch BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BurlG Nr. 61; *Boecken/Jacobsen*, ZTR 2011, 267, 269, die aber in ruhenden Arbeitsverhältnissen generell das Bestehen von Urlaubsansprüchen annehmen.

Konstellation bei der Krankheit. Wonach in den einzelnen Konstellationen jeweils abgegrenzt werden soll, ob nun eine Suspendierung der Hauptpflichten vorliegt oder nur eine Teilzeit „an null Tagen“ ist nicht klar zu beantworten, schließlich ist etwa die Vereinbarung eines Sonderurlaubs gerade keine Vereinbarung einer „Teilzeit Null“. Die Frage, ob eine Leistungsstörung oder eine Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses vorliegt, ist demnach ebenfalls kein taugliches Abgrenzungskriterium, beide Konstellationen mögen zwar unterschiedliche rechtliche Grundlagen haben, beinhalten beide jedoch eine Suspendierung der Hauptpflichten sowie grundsätzlich noch die Pflicht zur Arbeit, die nach Wegfall des Ruhenstatbestandes wieder auflebt.¹⁰⁷⁴

3. Abgrenzungskriterium der in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründe

Als Kompromiss dieser beiden Differenzierungsmöglichkeiten könnte weiter im Sinne von *Rudkowski* an eine Unterscheidung anhand von in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen gedacht werden. Bestünden diese, liege eine Leistungsstörung und somit ein Urlaubsanspruch vor, liege der Grund nicht in der Person des Arbeitnehmers, habe dieser keine Urlaubsansprüche, denn nur bei in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen sei dieser schutzwürdig.¹⁰⁷⁵ Der Arbeitnehmer solle sich nicht gedrängt sehen, arbeiten zu müssen, um dem Nachteil, keinen oder weniger Urlaub und Urlaubsentgelt zu bekommen zu entgehen. Vielmehr müsse man den Arbeitnehmer in diesem Fall vor unzulässigem Leistungsdruck schützen. In den anderen Fällen der Nichtleistung habe er im Zweifel selbst auf das Ruhen hingewirkt.¹⁰⁷⁶ Grundsätzlich auf das Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers abzustellen, ist dabei zunächst ein interessanter Ansatz, der jedoch durch das Kriterium eines in der Person des Arbeitnehmers liegenden Grundes nicht hinreichend konturiert wird. Wann ein Arbeitnehmer schutzbedürftig ist, ist recht vielfältig zu beurteilen und die Abgrenzung erfordert klare Regeln, um Rechtsunsicherheit zu vermeiden. Würde man dabei lediglich auf in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe abstellen, blieben jegliche Gründe, die ganz klar aus der Sphäre des Arbeitgebers kommen außer Betracht, in diesen Fällen hätte der Arbeitnehmer keinerlei Ansprüche auf Urlaubsentgelt. Dem Schutzgedanken würde so nur recht unzufriedenstellend Rechnung getragen. Würde man den Schutz jedoch ausweiten wollen, könnte man nicht auf diese Ansicht zurückgreifen, da diese keine weiteren Konturierungen außerhalb der Person des Arbeitnehmers zulässt. Daher sind auch die Kriterien dieser Ansicht für eine Unterscheidung zu eng und damit ungeeignet.

¹⁰⁷⁴ Boecken/Jacobsen, ZTR 2011, 267, 269.

¹⁰⁷⁵ So argumentiert etwa *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 75.

¹⁰⁷⁶ *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 75.

4. Ausnahme bei durch Gemeinschaftsrecht gewährleistetem Urlaub

Eine weitere Möglichkeit der Unterscheidung wird von *Kamanabrou* vorgeschlagen. Sie beschäftigt sich mit der Frage nach der europarechtlichen Rechtmäßigkeit der Kürzung von Urlaubsansprüchen bei Elternzeit und stellt dabei maßgeblich auf das Verhältnis der einzelnen gemeinschaftsrechtlichen Urlaubsansprüche¹⁰⁷⁷ zueinander ab.¹⁰⁷⁸ Der EuGH habe entschieden, dass der Elternurlaub nicht gekürzt werden dürfe, wenn er durch einen anderen gemeinschaftsrechtlichen Urlaub – hier Mutterschaftsurlaub –, der einen anderen Zweck habe, unterbrochen werde.¹⁰⁷⁹ Die unterschiedlichen gemeinschaftsrechtlichen Ansprüche auf Urlaub sollten sich nicht gegenseitig beeinflussen beziehungsweise beeinträchtigen und nicht aufeinander angerechnet werden können.¹⁰⁸⁰ Sie folgert daraus, dass eine uneingeschränkte Kürzung des Erholungsurlaubs – Jahresurlaubs – aufgrund eines Vorliegens von Elternzeit europarechtlich unzulässig sei.¹⁰⁸¹ Liege eine Elternzeit vor, dürften zumindest die gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebenen vier Monate¹⁰⁸² den Jahresurlaub nicht beeinträchtigen. Darüber hinaus könne der Anspruch auf Erholungsurlaub jedoch grundsätzlich gekürzt werden.¹⁰⁸³ Sie kommt also zu dem Ergebnis, dass die Rechtsprechung des EuGH so zu verstehen sei, dass der Erholungsurlaub aufgrund seines Verhältnisses zu anderen gemeinschaftsrechtlichen Urlauben keiner Kürzung unterworfen werden dürfe. Einer anderweitigen Kürzung steht sie ansonsten nicht entgegen.¹⁰⁸⁴ Abstrahierend betrachtet, bedeutet dies, dass nach Auffassung von *Kamanabrou* immer dann eine Verringerung des Erholungsurlaubsanspruchs unionsrechtlich unzulässig sei, wenn ein Fall von gemeinschaftsrechtlich gewährleistetem Urlaub dem Ruhen des Arbeitsverhältnisses zugrunde liege. Demnach würde Arbeitnehmern zumindest bei Vorliegen von Mutterschaftsurlaub und Elternurlaub ein Anspruch auf den vollen Jahreserholungsurlaub zustehen.

¹⁰⁷⁷ Der EuGH kennt dabei nicht nur den Jahres- beziehungsweise Erholungsurlaub, sondern auch den Krankenurlaub, den Mutterschaftsurlaub sowie den Elternurlaub, zum Mutterschaftsurlaub siehe etwa Urteil Kiiski, C-116/06, EU:C:2007:536, Rn. 21 ff.; Urteil Z., C-363/12, EU:C:2014:159, Rn. 47 ff.; zum Elternurlaub siehe etwa Urteil Chatzi, C-149/10, EU:C:2010:534, Rn. 33 ff.; Urteil Lyreco Belgium, C-588/12, EU:C:2014:99; Rn. 32 ff.; der Krankheitsurlaub ist als solcher unionsrechtlich lediglich in Art. 59 [Krankheitsurlaub] des Statuts der EU-Beamten normiert, wird aber in zahlreichen EuGH-Urteilen als solcher bezeichnet, Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 19 ff., 62 f.; Urteil Pereda, C-277/08, EU:C:2009:542, Rn. 17, 19 ff.; Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 24; Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11, EU:C:2012:693, Rn. 25; Urteil Sobczyszyn, C-178/15, EU:C:2016:502, Rn. 24 ff.

¹⁰⁷⁸ *Kamanabrou*, RdA 2014, 321, 326; siehe zu dieser Ansicht auch ArbG Karlsruhe v. 16.12.2011 – 3 Ca 281/11 – juris, Rn. 64 ff.

¹⁰⁷⁹ *Kamanabrou*, RdA 2014, 321, 326, unter Verweis auf Urteil Kommission/Luxemburg, C-519/03, EU:C:2005:234, Rn. 33.

¹⁰⁸⁰ Urteil Gómez, C-342/01, EU:C:2004:160, Rn. 41; Urteil Kommission/Luxemburg, C-519/03, EU:C:2005:234, Rn. 33; Urteil Kiiski, C-116/06, EU:C:2007:536, Rn. 56; Urteil TSN, C-512/11, EU:C:2014:73, Rn. 42; *Kamanabrou*, RdA 2014, 321, 326; so auch *Ricken/Zibolka*, EuZA 2014, 504, 513.

¹⁰⁸¹ *Kamanabrou*, RdA 2014, 321, 326; in diese Richtung tendierend auch *Ricken/Zibolka*, EuZA 2014, 504, 511 ff.

¹⁰⁸² § 2 Abs. 2 der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub vom 18. Juni 2009, ABl. Nr. L 68/16 v. 18.03.2010.

¹⁰⁸³ *Kamanabrou*, RdA 2014, 321, 326, dabei wendet sie sich ausdrücklich gegen die Abgrenzbarkeit nach dem Willen der Arbeitnehmer, S.325.

¹⁰⁸⁴ *Kamanabrou*, RdA 2014, 321, 326.

Bei Krankenurlaub führt sie dabei aus, dass dieser keine europarechtliche Grundlage habe und daher zwar keinen gemeinschaftsrechtlich garantierten Urlaub darstelle,¹⁰⁸⁵ jedoch stützt sie die Entstehung des vollen Urlaubsanspruchs bei Krankheitskonstellationen ausnahmsweise auf das ILO-Abkommen Nr. 132. Diesem sei nach dem sechsten Erwägungsgrund der Arbeitszeitrichtlinie bei der unionsrechtlichen Auslegung Rechnung zu tragen.¹⁰⁸⁶ Auf diese Weise kommt sie auch bei krankheitsbedingt fehlenden Arbeitnehmern über einen Umweg zu einer Ausnahme des Erholungsbedürfnisses.¹⁰⁸⁷

Zunächst scheint dieses Abgrenzungsmerkmal auch plausibel zu sein. So weist der EuGH wiederholt darauf hin, dass „ein durch das Gemeinschaftsrecht gewährleisteter Urlaub nicht den Anspruch auf einen anderen gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Urlaub beeinträchtigen kann“¹⁰⁸⁸ und dass „die Inanspruchnahme von Mutterschaftsurlaub nicht ein Recht auf den vollen Jahresurlaub beeinträchtigen“¹⁰⁸⁹ könne. Darüber hinaus würde diese Vorgehensweise auch zu der Rechtsprechung des EuGH bezüglich des Erholungsurlaubs bei einem Arbeitsausfall aufgrund von Krankheit passen. Hier liegt Krankheitsurlaub¹⁰⁹⁰ vor, der mit dem Jahresurlaub kollidiert, bei dem ein Anspruch auf Erholungsurlaub vom EuGH bejaht und dazu noch erneut das Verbot der gegenseitigen Beeinträchtigung der beiden Urlaube erwähnt wird.¹⁰⁹¹ Aufgrund dieser Ausführungen des EuGH liegt es daher zunächst nahe, die Ablehnung einer „Beeinträchtigung“ des Jahresurlaubs so zu verstehen, dass dieser bei Arbeitsausfall aufgrund von Eltern-, Mutterschafts- oder Krankheitszeit nicht gekürzt werden dürfe, zumal der EuGH im Urteil *Kommission/Luxemburg* unter Verweis auf seine Rechtsprechung im Urteil *Gómez* davon spricht, dass der „volle“ Jahresurlaub nicht durch die Inanspruchnahme von Mutterschaftsurlaub beeinträchtigt werden könne.¹⁰⁹²

Das Abgrenzungsmerkmal des Verhältnisses der gemeinschaftsrechtlich gewährten Urlaube zueinander für eine Ausnahme zu der Erholungsvoraussetzung heranzuziehen, ist dennoch abzulehnen. Die Ausführungen des EuGH sind vielmehr so zu verstehen, dass dieser keine Vor-

¹⁰⁸⁵ *Kamanabrou*, SAE 2009, 121, 122.

¹⁰⁸⁶ *Kamanabrou*, SAE 2009, 121, 123.

¹⁰⁸⁷ *Kamanabrou*, SAE 2009, 121, 123.

¹⁰⁸⁸ Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 26 mit Verweis auf Urteil *Gómez*, C-342/01, EU:C:2004:160, Rn. 32 f., Urteil *Kommission/Luxemburg*, C-519/03, EU:C:2005:234, Rn. 33 und Urteil *Kiiski*, C-116/06, EU:C:2007:536, Rn. 56; siehe auch Urteil *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, C-124/05, EU:C:2006:244, Rn. 24.

¹⁰⁸⁹ Urteil *Kommission/Luxemburg*, C-519/03, EU:C:2005:234, Rn. 33 unter Verweis auf das Urteil *Gómez*, C-342/01, EU:C:2004:160, Rn. 41.

¹⁰⁹⁰ Der Schutz des Arbeitnehmers in Form des Krankheitsurlaubs wird dabei in zahlreichen EuGH-Urteilen angesprochen und unionsrechtlich vorausgesetzt, siehe etwa Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 19 ff., 62 f.; Urteil *Pereda*, C-277/08, EU:C:2009:542, Rn. 17, 19 ff.; Urteil *KHS*, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 24; Urteil *Heimann/Toltschin*, C-229/11, EU:C:2012:693, Rn. 25; Urteil *Sobczyszyn*, C-178/15, EU:C:2016:502, Rn. 24 ff.

¹⁰⁹¹ Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 26 ff.

¹⁰⁹² Urteil *Kommission/Luxemburg*, C-519/03, EU:C:2005:234, Rn. 33 unter Verweis auf das Urteil *Gómez*, C-342/01, EU:C:2004:160, Rn. 41.

gaben zu den Voraussetzungen oder dem Entstehen von Urlaubs- und damit Urlaubsentgeltansprüchen machen, sondern lediglich unter Hinweis auf das Verhältnis der einzelnen Urlaube zueinander die Vorgehensweise bei einer Kollision regeln wollte. Bestimmt werden sollte, ob und gegebenenfalls wann die einzelnen gemeinschaftsrechtlichen Urlaube aufeinander anzurechnen sind und was mit den Jahresurlaubsansprüchen passiert, wenn die Arbeitsleistung bereits aufgrund von anderen Urlauben ruht und diese daher gerade nicht geltend gemacht werden können.

So führte der EuGH etwa in seinem *Schultz-Hoff*-Urteil aus, dass der Urlaubsanspruch bei Ausfällen der Dienstleistung aufgrund von Krankheit nicht der Voraussetzung der Erarbeitung unterfalle und dass die Krankheit somit keinen Einfluss auf die Entstehung des Urlaubsanspruchs haben solle.¹⁰⁹³ Diese Ausführungen machte der EuGH jedoch bezüglich der Vorlagefrage, ob Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG dahingehend auszulegen ist, „dass er einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten entgegensteht, nach denen der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub [...] auch dann erlischt, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten Bezugszeitraums oder eines Teils davon krankgeschrieben war und seine Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende seines Arbeitsverhältnisses fortbestand.“¹⁰⁹⁴ Die Ausführungen des EuGH bezüglich des Verhältnisses der gemeinschaftsrechtlichen Urlaube untereinander und bezüglich des damit zusammenhängenden Verbots der Beeinträchtigung einer der jeweiligen Urlaube erfolgten zwar im selben Urteil.¹⁰⁹⁵ Die Feststellungen diesbezüglich wurden aber zu einer ganz anderen Vorlagefrage getroffen und zwar zu dem „Recht, bezahlten Jahresurlaub während eines Zeitraums zu nehmen, der in die Zeit eines Krankheitsurlaubs fällt“¹⁰⁹⁶. Es ging also bei den Ausführungen zu dem Verhältnis der gemeinschaftsrechtlichen Urlaube um die Beantwortung einer ganz anderen Frage. Nicht die Entstehung beziehungsweise Kürzungsmöglichkeit des Urlaubsanspruchs wurde an dieser Stelle behandelt, sondern vielmehr ob die Urlaube sich gegenseitig ausschließen.

Vergleichbar lag der Fall beim *Gómez*-Urteil. Hier ging es um die Frage, ob bei der Kollision eines betrieblich festgelegten Jahresurlaubszeitraums und eines Mutterschaftsurlaubs die betreffende Arbeitnehmerin den Jahresurlaub auch noch zu einem späteren als dem vereinbarten Zeitpunkt nehmen könne, der nicht mit dem Mutterschaftsurlaub zusammenfalle.¹⁰⁹⁷ Auch hier

¹⁰⁹³ Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 38 ff., 41; *Kamanabrou*, SAE 2009, 121, 122 f. möchte diese Argumentation des EuGH zwar aufgrund des fehlenden Gemeinschaftsrechtscharakters der Krankheit nicht für Mutterschaftsurlaub und Elternzeit aufgreifen, kommt aber hinsichtlich der Krankheitskonstellation letztendlich doch zum selben Ergebnis, sodass das Urteil dennoch zur Argumentation diesbezüglich herangezogen werden kann.

¹⁰⁹⁴ Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 33; an dieser Stelle sei erneut darauf hingewiesen, dass hier nachträgliches Erlöschen und Entstehen des Anspruchs gleichzusetzen sind, siehe auch Kapitel B. II. 1. a) dd) (2) (b) (cc) Auswirkung auf die Frage der Kürzung oder der verminderten Entstehung.

¹⁰⁹⁵ Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 26.

¹⁰⁹⁶ Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 19.

¹⁰⁹⁷ Urteil *Gómez*, C-342/01, EU:C:2004:160, Rn. 27.

hatte somit das Verhältnis der unionsrechtlichen Urlaube untereinander nichts mit der Entstehung beziehungsweise Kürzbarkeit des Jahresurlaubs zu tun.

Mit dem Verbot der Beeinträchtigung ist daher gemeint, dass die einmal entstandenen Erholungsurlaubsansprüche nicht nachträglich wegfallen dürfen, nur weil die Arbeitnehmer bereits wegen Mutterschaft oder ähnlichen Gründen nicht arbeiten. Kollidieren die verschiedenen Urlaube in zeitlicher Hinsicht, so muss der nachrangig zu gewährende Urlaub nachgeholt werden können.¹⁰⁹⁸ Dies gilt insgesamt für das Verhältnis aller unionsrechtlichen Urlaube untereinander. Die Möglichkeit der Geltendmachung des Jahresurlaubs soll daher nicht entfallen, sondern lediglich verschoben werden. In diese Richtung weist auch eindeutig § 5 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über Elternzeit.¹⁰⁹⁹

Diese Norm steht grundsätzlich einem nachträglichen Wegfall der bereits zu Beginn des Elternurlaubs erworbenen Rechte entgegen, diese müssen bis zum Ende der Elternzeit bestehen bleiben. Wie *Kamanabrou* dabei aber auch selbst feststellt, hilft das bei der Betrachtung des Jahresurlaubs nicht weiter, da es nicht – wie in § 5 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung – um den bereits entstandenen Anspruch geht, sondern um die Kürzung beziehungsweise das verminderte Entstehen des Anspruchs aufgrund der nachfolgenden Eltern- oder generell Ruhenszeit.¹¹⁰⁰ Der Rahmenvereinbarung über Elternzeit ist demnach ein Kürzungsverbot des Urlaubs bei Ruhen des Arbeitsverhältnisses aufgrund von Elternurlaub nicht zu entnehmen.

Kamanabrou weist darüber hinaus darauf hin, dass in Art. 11 Nr. 2 lit. a der Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG geregelt ist, dass der bezahlte Jahresurlaub im Fall des Mutterschaftsurlaubs gewährleistet sein muss. Unter Bezugnahme auf die Rechtssache *Gómez* kommt sie im Hinblick auf diese Mutterschutznorm zum selben Ergebnis¹¹⁰¹ und versteht diese Vorgabe unter Verweis auf den EuGH als Hinweis auf das Nebeneinander der gemeinschaftsrechtlichen Urlaube mit dem Zweck Erholung und Mutterschutz.¹¹⁰² Sie sieht die Regelung des Art. 11 Nr. 2 lit. a der Mutterschutzrichtlinie also als parallellaufend zu § 5 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über Elternzeit an.¹¹⁰³ Bereits die grundsätzliche Möglichkeit einer Pro-rata-temporis-Umrechnung

¹⁰⁹⁸ Siehe etwa Franzen/Gallner/Oetker/Gallner, Art. 7 RL 2003/88/EG, Rn. 26 zum Verhältnis von Mutterschaftsurlaub und Jahresurlaub; so auch *Riesenhuber*, § 14, Rn. 49; *Wank*, FS Reuter, S. 925; so auch besonders deutlich in Urteil Sobczyszyn, C-178/15, EU:C:2016:502, Rn. 26 ff.

¹⁰⁹⁹ Umgesetzt durch die Elternurlaubsrichtlinie 2010/18/EU des Rates vom 08. März 2010 zur Durchführung der von BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG, ABl. Nr. L 63/13 v. 18.03.2010; zu der Vorgängerregelung Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 03. Juni 1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub, ABl. Nr. L 145/4 v. 19.06.1996; siehe diesbezüglich auch eindeutig Urteil Meerts, C-116/08, EU:C:2009:645, Rn. 39 sowie Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 51 ff., beide zu dem inhaltsgleichen § 2 Nr. 6 der damaligen Rahmenvereinbarung.

¹¹⁰⁰ *Kamanabrou*, RdA 2014, 321, 326; in diese Richtung argumentierend, siehe auch *Busch*, jurisPR-ArbR 23/2012, Anm. 2; *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1107 f.

¹¹⁰¹ *Kamanabrou*, RdA 2014, 321, 325 f. unter Verweis auf Urteil *Gómez*, C-342/01, EU:C:2004:160, Rn. 34.

¹¹⁰² *Kamanabrou*, RdA 2014, 321, 325 f. unter Verweis auf Urteil *Gómez*, C-342/01, EU:C:2004:160, Rn. 34.

¹¹⁰³ *Kamanabrou*, RdA 2014, 321, 325 f.

zeige, dass es Konstellationen geben kann, in denen nicht der volle Urlaubsanspruch gewährt wird. Demnach könne gegebenenfalls sowohl hinsichtlich der Zeit des Elternurlaubs, als auch hinsichtlich der Zeit des Mutterschaftsurlaubs erst gar kein Recht entstanden sein, welches dann durch die beiden angesprochenen Normen zu sichern sei.¹¹⁰⁴

Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Art. 11 Nr. 2 lit. a der Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG enthält die Vorgabe, dass die anderen arbeitsvertraglichen Rechte außer der Fortzahlung des Arbeitsentgelts und Sozialleistungen während des Mutterschaftsurlaubs gewährleistet sein müssen. Darunter fallen auch Urlaubsansprüche.¹¹⁰⁵ In § 5 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung ist jedoch vielmehr ausgeführt, dass die Rechte, die der Arbeitnehmer zu Beginn des Elternurlaubs erworben hatte oder dabei war zu erwerben, bis zum Ende des Elternurlaubs bestehen bleiben. Wenn man Urlaubsansprüche unter Art. 11 Nr. 2 lit. a der Richtlinie 92/85/EWG fasst, sagt dieser aus, dass im Fall des Mutterschaftsurlaubs nach Art. 8 der Mutterschutzrichtlinie Urlaubsansprüche gewährleistet sein müssen – also ihr Entstehen. § 5 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über Elternzeit hingegen untersagt lediglich das Entfallen bereits vor der Elternzeit erworbener Erholungsurlaubsansprüche. Die beiden Normen laufen demnach nicht parallel, im Gegenteil: Sie führen zu vollkommen unterschiedlichen Rechtsfolgen für beide Gemeinschaftsurlaube. Beide Konstellationen müssen demnach bereits europarechtlich nicht gleich behandelt werden. Das Verhältnis der gemeinschaftsrechtlichen Urlaube untereinander sagt somit nichts dazu aus, ob der Jahresurlaub jeweils trotz fehlender Arbeitsleistung in vollem Umfang *entsteht*, sondern lediglich, dass sie gleichzeitig *bestehen* können sowie dass sie durch den jeweils anderen Urlaub nicht verfallen, sondern nur verschoben werden. Es ist daher als Abgrenzungskriterium abzulehnen; die Ausnahmen zu der Voraussetzung der Erarbeitung des Erholungsurlaubs müssen anhand von anderen Parametern bestimmt werden.

5. Ausnahme als Aufhebung des Gegenleistungsgefüges aufgrund von Arbeitnehmerschutzgedanken

Der Zusammenhang zwischen den verschiedenen Unterscheidungskriterien, die der EuGH aufgestellt hat, ist weder der Wille noch die Sphäre noch das Vorliegen einer tatsächlichen Arbeitsverpflichtung. Er ist auch nicht gemeinschaftsrechtlich vorgegeben und liegt nicht in der Person des Arbeitnehmers, vielmehr ist der Unterscheidungsmaßstab ein anderer. Dies wird bereits daraus deutlich, dass die Vertreter der verschiedenen Ansichten auf zusätzliche Kriterien beziehungsweise Argumentationslinien ausweichen, wenn ihre Ansätze einer Korrektur bedürfen.¹¹⁰⁶ *Picker* etwa zieht zu dem Sphärengedanken die Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers

¹¹⁰⁴ *Kamanabrou*, RdA 2014, 321, 325 f. unter Hinweis auf *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1108.

¹¹⁰⁵ Urteil Boyle, C-411/96, EU:C:1998:506, Rn. 68 ff.; Urteil Lewen, C-333/97, EU:C:1999:512, Rn. 41; *Riesenhuber*, § 20, Rn. 26.

¹¹⁰⁶ Siehe etwa die Argumentation bei *Bayreuther*, DB 2012, 2748, 2750; *Höpfner*, AP § 7 BUrtG Nr. 61; *Picker*, ZTR 2009, 230, 238; *Wicht*, BB 2012, 1349, 1352; ebenso LAG Düsseldorf v. 05.05.2010, NZA-RR 2010, 568, 570; LAG Niedersachsen v. 16.11.2010 – 3 Sa 1288/10 – juris, Rn. 21.

hinzu und versteht die Ausnahme bei der Krankheit als gesetzgeberische und europarechtlich gebotene Risikoverteilung.¹¹⁰⁷ Dieses Vorgehen zeigt, dass etwa der Sphärengedanke allein nicht greift, es kommt vielmehr nur auf die Schutzbedürftigkeit an, bei der wiederum fraglich ist, wann sie angenommen werden kann.

a) Arbeitsschutz als Urlaubszweck

Dass ein anderer Unterscheidungsmaßstab anzuwenden ist, als die bisher untersuchten, ist jedoch zudem besonders augenscheinlich, wenn man den Urlaubszweck betrachtet. Der EuGH nimmt, wie bereits ausgeführt, einen doppelten Zweck der Erholung und des Freiraums zur Selbstentfaltung an.¹¹⁰⁸

Bei einer Krankheit etwa, die zum Arbeitsausfall führt, ist der Arbeitnehmer nicht nur erholungsbedürftig, er wird auch in seiner persönlichen Freiheit eingeschränkt,¹¹⁰⁹ ähnlich als hätte er während dieser Zeit stattdessen gearbeitet. Es besteht also an dieser Stelle ebenso ein starkes (abstraktes) Erholungsbedürfnis sowie ein Bedürfnis nach Selbstentfaltungsmöglichkeiten, ähnlich wie nach erbrachter Arbeitsleistung.¹¹¹⁰ Wann sind diese Bedürfnisse jedoch beachtenswert und schützenswert, wie anerkannterweise bei Krankheit, sodass ein Urlaubsanspruch als Ausnahme zu der Erarbeitung angenommen werden sollte?

Bei der Erholungsmöglichkeitenvoraussetzung des EuGH geht es um den Schutz der Arbeitnehmer; dieser ist Leitlinie der Entscheidungen zum Urlaubsrecht¹¹¹¹. Dies wird auch bei dem wirtschaftlichen Argument der Arbeitsplatzsicherung deutlich und ebenso bei dem Sozialplan-Argument: Ist der Arbeitnehmer hinreichend über kollektivrechtliche Mechanismen geschützt und ist seine Erholung und Entspannung dabei gesichert, benötigt er keinen ausnahmsweise gewährten Urlaubsanspruch.

Wie jedoch dieser Schutz des Arbeitnehmers im Einzelnen ausgestaltet sein soll, also wann der Arbeitnehmer als Ausnahme zur Erarbeitung dennoch einen Urlaubs(entgelt)anspruch haben soll, wurde nicht weiter durch den EuGH vorgegeben, das Gericht schweigt hierzu.

Die Mitgliedstaaten dürfen dabei grundsätzlich keine Entstehungsvoraussetzungen des Urlaubsanspruchs aufstellen, sondern nur Modalitäten dieses Anspruchs. Die Frage nach dem Um-

¹¹⁰⁷ *Picker*, ZTR 2009, 230, 238, dies führt zu einer sehr fragwürdigen doppelten Ausnahmekonstellation: Der Urlaub entsteht zunächst immer, kann aber ausnahmsweise bei ruhenden Konstellationen gekürzt werden, was dann wiederum ausnahmsweise nicht vorgenommen wird, wenn der Arbeitnehmer aus Krankheitsgründen schutzwürdig ist.

¹¹⁰⁸ Siehe Kapitel B. II. 3. a) Auf europäischer Ebene und Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 25; Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 30; Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 31.

¹¹⁰⁹ Vor allem hinsichtlich der Freizeitgestaltung, siehe etwa Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 29; so auch bereits *Kothe*, BB 1984, 609, 611; *Zöllner*, AP § 611 BGB Nr. 1 Urlaub und Kur.

¹¹¹⁰ A.A. *Fenski*, NZA 2014, 1381, 1384.

¹¹¹¹ *EnzEuR/Rudkowski*, § 12, Rn. 14.

fang der Ausnahme in Form des Arbeitnehmerschutzes führt jedoch mittelbar zu einer Gestaltung der Anspruchsentstehung, sodass die Kompetenz der Mitgliedstaaten an dieser Stelle eigentlich überschritten wäre. Dennoch können – und müssen – die Mitgliedstaaten hier tätig werden, wenn keine Konkretisierung der europarechtlichen Auslegung erfolgt.¹¹¹²

Soweit keine – abschließenden – europarechtlichen Vorgaben hinsichtlich Ausnahmeregelungen bestehen, müssen die Mitgliedstaaten demnach die Voraussetzungen des Arbeitsschutzes konkretisieren, um abstrakte Regelungen festlegen zu können, die dann wieder auf den Einzelfall angewandt werden können.¹¹¹³ Die gefundenen Ergebnisse können dann gegebenenfalls auch dem EuGH zur Absicherung vorgelegt werden.

b) Urlaub als Hauptleistungspflicht

Versteht man den Urlaub – wie hier vertreten – als einheitlichen Anspruch bestehend aus Freistellung und ihrer Vergütung, der als Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers neben der Arbeitsvergütungspflicht in das Gegenleistungsgefüge des Arbeitsverhältnisses eingebettet ist, so ist er insgesamt als eine Art Entgelt für die Arbeitsleistung zu verstehen. Möchte man den Urlaub nun in Ausnahme von der Voraussetzung der Erarbeitung in bestimmten Fällen auch entstehen lassen, wenn nicht gearbeitet wurde, muss man ermitteln, wann die Äquivalenz von Urlaub und Arbeitsleistung aufgrund des Arbeitsschutzes aufgehoben werden sollte.

Hinsichtlich der Hauptleistungspflichten Arbeit und Entgelt wird eine Ausnahme zu dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ in Deutschland grundsätzlich nur angenommen, wenn der Arbeitnehmer schutzbedürftig ist; gerade das Arbeitsrecht ist dabei geprägt von Ausnahmen zu den Regeln des allgemeinen Schuldrechts.¹¹¹⁴ Scheinbar eine dieser normierten Ausnahmen, in denen der Arbeitnehmer ein Entgelt zumindest ohne gleichzeitige Arbeit erhält, ist der Urlaub selbst, der¹¹¹⁵ – wie hier vertreten – sogar eine Einheit dieser beiden Komponenten Lohn und Freistellung von der Arbeit ist.

Der Urlaub stellt dabei aber eine Gegenleistung zu der vorangegangenen Arbeitsleistung dar. Demnach liegt es nahe, die aus dem Arbeitnehmerschutz resultierenden Ausnahmen zu dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ auf den „Entgelt“-Charakter des Urlaubs zu übertragen, um so dem Arbeitsschutzgedanken des europäischen Rechts zu genügen. Diese Vorgehensweise ist lediglich logische Folge der sich unter anderem aus dem Hauptleistungspflichtcharakter des Urlaubs ergebenden Voraussetzung der Erarbeitung. Ist der Urlaub wie das Arbeitsentgelt auch erarbeitet, also Gegenleistung der Arbeitsleistung, so unterliegt er auch denselben

¹¹¹² Siehe vertiefend Kapitel B. V. 2. b) Kompetenz zur Festlegung von Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs.

¹¹¹³ Siehe vertiefend Kapitel B. V. 2. b) Kompetenz zur Festlegung von Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs.

¹¹¹⁴ *Erk/Preis*, § 611 BGB, Rn. 673; *Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 383, 442; *Gamillscheg*, FS Schmitz, S. 73; siehe insbesondere *Söllner*, AcP 167 (1967), 132, 132, 137 ff.

¹¹¹⁵ Siehe etwa *Ballerstaedt*, AiB 2015, 25, 26.

Ausnahmen zu dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ wie die Arbeitsvergütung. Der Urlaubsanspruch stellt somit gewissermaßen „Lohn“ dar.

Dabei ist nicht nur das Urlaubsentgelt als Ausnahme des Grundsatzes „ohne Arbeit kein Lohn“ zu verstehen und dies auch nicht generell,¹¹¹⁶ sondern der Urlaub ist als Ganzes lediglich ausnahmsweise in bestimmten Fällen in Abweichung zu diesem Grundsatz zu gewähren.

So kann man also die vom EuGH vorgegebene Ausnahme, dass bei Krankheitskonstellationen trotz Entfallens der Arbeitspflicht sowie der Entgeltzahlungspflicht ein Urlaubs(entgelt)anspruch voll entsteht, nicht als Gegenargument zu der Voraussetzung der Erarbeitung werten,¹¹¹⁷ sie ist vielmehr stellvertretend für die übrigen Entgeltfortzahlungstatbestände als Ausnahme vom Lohnausfallprinzip aufgrund von Fürsorgegesichtspunkten zu werten.¹¹¹⁸ So hatte auch etwa der EuGH im *Schultz-Hoff*-Urteil – allerdings hinsichtlich der Abgeltung – konstatiert: „Für die Berechnung der entsprechenden finanziellen Vergütung ist das gewöhnliche Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers, das während der dem bezahlten Jahresurlaub entsprechenden Ruhezeit weiterzuzahlen ist, maßgebend.“¹¹¹⁹ – also die Entgeltfortzahlung.

c) Aufhebung des Äquivalenzgefüges im Arbeitsverhältnis

Es ist also zu bestimmen, wo im deutschen Recht eine Pflicht zur Entgeltzahlung des Arbeitgebers ohne Arbeitsleistung des Arbeitnehmers besteht, wo also das Gefüge der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung aufgehoben ist.¹¹²⁰ Wichtig ist hierbei, dass die Vergütung auch wirklich vom Arbeitgeber geleistet werden muss, dass es sich also um einen privatrechtlichen und nicht öffentlich-rechtlichen Anspruch handelt, da auch der Urlaub und die Urlaubsvergütung eindeutig vom Arbeitgeber zu gewähren sind. Andernfalls läge auch keine Durchbrechung des Gegenleistungsgefüges im engeren Sinne vor. Kurzarbeitsgeld gemäß § 95 Abs. 3 SGB III oder andere staatliche Leistungen sind demnach nicht in die Betrachtung einzubeziehen. Vereinfacht gesagt ist danach zu differenzieren, ob der bei der Berechnung des Urlaubsentgelts heranzuziehende Geldfaktor des vom Arbeitgeber gezahlten Arbeitsentgelts unvermindert fortbesteht, auch wenn der Zeitfaktor anhand der grundsätzlichen Pro-rata-temporis-Berechnung

¹¹¹⁶ Wie dies etwa die Vertreter der Entgeltfortzahlungstheorie vertreten, siehe Kapitel B. I. 3. a) aa) Entgeltfortzahlungstheorie.

¹¹¹⁷ Siehe bereits Kapitel B. II. 1. c) dd) Zusammenführung und eigene Stellungnahme.

¹¹¹⁸ So auch *Hanau*, jM 2016, 27, 28 f., der zwar keine Voraussetzung der Arbeitsleistung für Urlaubsansprüche annimmt, ähnliche Ergebnisse jedoch über ein Abstellen auf das „im Rahmen des Arbeitsverhältnis geschuldete Entgelt“ nach § 11 BUrlG erreicht.

¹¹¹⁹ Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 62.

¹¹²⁰ Eine Differenzierung nach der Folge für die Vergütungspflicht wurde hinsichtlich Konkurrenzsituationen verschiedener Freistellungstatbestände, also bei Störungen während des Urlaubs zum Teil bereits ansatzweise vertreten. So wurde etwa die Frage, ob der Urlaubsanspruch aufrechtzuerhalten ist, wenn der Arbeitnehmer während der Urlaubsfreistellung heiratet oder umzieht, anhand der sich aus § 616 BGB für die Entgeltfortzahlung ergebenden Rechtsfolge beurteilt, siehe etwa *Stein*, AP § 18 BAT Nr. 1; *Wachter*, AuR 1982, 306, 309 ff.; a.A. *Okoye-Montis*, S. 19 ff.; *Reinecke*, DB 1991, 1168, 1168 ff.; zum Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ und den Ausnahmen siehe etwa *Feichtinger/Malkmus/Laskawy/Rehfeld*, § 615 BGB, Rn. 2 f.

gekürzt oder „null“ wäre. Ist dies der Fall, liegt also eine beachtliche Ausnahme von der Voraussetzung der Erarbeitung des Urlaubs vor.

Die nächstliegende und praktisch relevanteste vom deutschen Staat vorgeschriebene Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers ist in § 3 EFZG geregelt und betrifft die Fälle der Krankheit.¹¹²¹ Hier ist anerkannt, dass es sich aus der dem „Arbeitsverhältnis immanenten Fürsorge“¹¹²² ergeben muss, dass das Arbeitsentgelt fortgezahlt und damit das Gegenleistungsgefüge durchbrochen wird. Diese Entgeltsfortzahlungspflicht ist dementsprechend auch auf das „Entgelt“ Urlaub zu übertragen, Urlaubentgelt und Freistellung werden trotz Nichtleistung der Arbeit wegen Krankheit gewährt. Gleiches gilt für § 9 Abs. 1 EFZG.

Weitere Normen der Entgeltfortzahlung stellen § 11 Abs. 1 MuSchG und § 16 MuSchG dar. Frauen stehen vor und nach der Entbindung ihres Kindes unter Schutz, was ihnen die privatrechtliche Fortzahlung ihrer Entgeltansprüche sichert.¹¹²³ Damit greift auch die Ausnahme aus Schutzgründen des Urlaubs, sie haben volle Urlaubsansprüche trotz Ausfallens der Arbeitsleistung. Dies ist auch konform mit den diesbezüglichen europarechtlichen Vorgaben, Art. 11 Nr. 2 lit. a der Mutterschutzrichtlinie weist – wie bereits ausgeführt¹¹²⁴ – darauf hin, dass Urlaubsansprüche während des Mutterschaftsurlaubs entstehen müssen. Art. 11 Nr. 2 lit. b enthält darüber hinaus sogar an dieser Stelle ausdrücklich die unionsrechtlich determinierte Pflicht, das Arbeitsentgelt während dieser Zeit fortzuzahlen. Auch das Zusammenspiel der §§ 13 Abs. 1 S. 2, 14 Abs. 1 S. 1 MuSchG führt zu einem – zumindest teilweisen – Entgeltfortzahlungsanspruch der Schwangeren, der ebenfalls europarechtlich vorgegeben ist.¹¹²⁵ An dieser Stelle greift ebenfalls § 7 Abs. 2 S. 1 MuSchG, der den Müttern eine Stillzeit unter Fortzahlung ihrer Bezüge gewährt.¹¹²⁶

§ 2 EFZG regelt, dass das Entgelt auch an Feiertagen durch den Arbeitgeber fortgezahlt werden muss, was mit dem Feiertagsrecht zusammenhängt.¹¹²⁷

Auch § 326 BGB enthält Regelungen, die den Vergütungsanspruch aufrecht erhalten, etwa, wenn der Arbeitgeber für die Leistungsstörung weit überwiegend verantwortlich ist nach § 326 Abs. 2 S. 1 BGB.¹¹²⁸

¹¹²¹ *Gutzeit*, S. 36 ff.; *Schneider*, S. 76 ff.; zur Durchbrechung von § 326 Abs. 1 S. 1 BGB siehe etwa Feichtinger/Malkmus/Feichtinger, § 3 EFZG, Rn. 1.

¹¹²² Feichtinger/Malkmus/Malkmus, Einl. EFZG, Rn. 3.

¹¹²³ Siehe beispielhaft BeckOK-ArbR/Schrader, § 11 MuSchG, Rn. 1; BeckOK-ArbR/Schrader, § 16 MuSchG, Rn. 9; ErfK/Schlachter, § 11 MuSchG, Rn. 1; ErfK/Schlachter, § 16 MuSchG, Rn. 1; Feichtinger/Malkmus/Laskawy/Rehfeld, § 11 MuSchG, Rn. 1; HWK/Hergenröder, § 11 MuSchG, Rn. 1; *Schneider*, S. 126 ff., 136 ff.

¹¹²⁴ Siehe bereits Kapitel B. V. 1. b) Richtlinie 92/85/EWG.

¹¹²⁵ *Schneider*, S. 116 ff. m.w.N., der § 14 MuSchG als Entgeltfortzahlung in Form einer eigenen Anspruchsgrundlage versteht und als europarechtswidrig einstuft.

¹¹²⁶ *Schneider*, S. 140 f. m.w.N.

¹¹²⁷ *Gutzeit*, S. 39 f.; MünchHdb-ArbR/Boewer, § 2 EFZG, Rn. 1; *Schneider*, S. 91 ff.

¹¹²⁸ AnwK-ArbR/Brors, § 611 BGB, Rn. 827; BeckOK-ArbR/Joussen, § 611 BGB, Rn. 359; ErfK/Preis, § 611 BGB, Rn. 674; MüKo-BGB/Müller-Glöge, § 611 BGB, Rn. 1039; *Schneider*, S. 68 ff.

Ebenfalls den Anspruch auf Entgelt halten die Normen §§ 615 und 616 BGB aufrecht. § 615 BGB soll dabei dafür sorgen, dass der Arbeitnehmer keine Nachteile erleidet, wenn das Hindernis bezüglich der Leistungserbringung vom Arbeitgeber ausgeht, denn dieser trägt grundsätzlich das Verwendungsrisiko für die Dienste des Arbeitnehmers¹¹²⁹ sowie das Betriebsrisiko nach § 615 S. 3 BGB¹¹³⁰ und muss bei Annahmeverzug das Arbeitsentgelt weiterhin nach § 615 S. 1 BGB zahlen¹¹³¹.

In Frage kommt hier etwa ein Arbeitsausfall aufgrund einer betriebstechnischen Störung.¹¹³² Dies gilt auch, wenn beispielsweise eine Kündigung erfolgte und der Arbeitnehmer eine Kündigungsschutzklage erhebt. In diesem Fall besteht während des Rechtsstreits ein gesetzlicher Weiterbeschäftigungsanspruch. Lässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer dennoch seine Arbeitspflicht nicht erfüllen, erhält dieser für diese Zeit einen Anspruch auf Annahmeverzugslohn, gleich ob er oder der Arbeitgeber im Prozess obsiegt.¹¹³³ § 615 BGB hält diesbezüglich den Arbeitsentgeltanspruch aus dem Arbeitsverhältnis aufrecht.¹¹³⁴

§ 616 BGB soll den Vergütungsanspruch für bestimmte Fälle der Nichterbringung der Arbeitsleistung durch in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe aufrechterhalten,¹¹³⁵ die keine der beiden Parteien zu vertreten hat.¹¹³⁶ Er enthält dabei eine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers¹¹³⁷ und dient somit ebenfalls dem Schutz des Arbeitnehmers.

Auch in diesen Fällen des Wegfalls der Arbeitsleistung würde der Urlaubsanspruch als Ausnahme zum Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ entstehen.

Auch § 19 Abs. 1 des Berufsbildungsgesetzes (BBiG) sieht eine grundsätzliche Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bezüglich Auszubildender in den in der Norm genannten Fällen der Nichtleistung vor; Auszubildende werden dabei im Rahmen des § 2 S. 1 BUrlG deklaratorisch den Arbeitnehmern gleichgestellt.¹¹³⁸

Eine weitere Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers ist in § 14 S. 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) geregelt, wenn der Arbeitgeber keine oder unzureichende Maßnahmen zum Schutz der Arbeitnehmer vor Belästigungen ergreift.¹¹³⁹

¹¹²⁹ *ErfK/Preis*, § 615 BGB, Rn. 125; *Feichtinger/Malkmus/Laskawy/Rehfeld*, § 615 BGB, Rn. 6.

¹¹³⁰ Siehe etwa *BeckOK-ArbR/Joussen*, § 615 BGB, Rn. 8, 87 ff.; *Schneider*, S. 172 ff.

¹¹³¹ *BeckOK-ArbR/Joussen*, § 615 BGB, Rn. 53 ff.; *Schneider*, S. 148 ff.

¹¹³² *BeckOK-ArbR/Joussen*, § 615 BGB, Rn. 95.

¹¹³³ *BeckOK-ArbR/Joussen*, § 615 BGB, Rn. 16.

¹¹³⁴ *BeckOK-ArbR/Joussen*, § 615 BGB, Rn. 1 f.

¹¹³⁵ *Feichtinger/Malkmus/Schahandeh*, § 616 BGB, Rn. 1; *Gutzeit*, S. 28 ff.

¹¹³⁶ *BeckOK-ArbR/Joussen*, § 616 BGB, Rn. 5; *Schneider*, S. 96 ff.

¹¹³⁷ *Feichtinger/Malkmus/Schahandeh*, § 616 BGB, Rn. 1.

¹¹³⁸ Siehe etwa auch *Hohmeister/Oppermann/Hohmeister*, § 2 BUrlG, Rn. 25; *Leinemann/Linck*, § 2 BUrlG, Rn. 2; *Neumann/Fenski/Kühn/Neumann*, § 2 BUrlG, Rn. 11, 56.

¹¹³⁹ *BeckOGK/Benecke*, § 14 AGG, Rn. 17 f.; *MüKo-BGB/Thüsing*, § 14 AGG, Rn. 11; *Schneider*, S. 194 ff.

Auch § 9 Abs. 3 S. 2 des Arbeitsschutzgesetzes (ArbSchG) enthält eine solche Zahlungspflicht des Arbeitgebers, wenn sich die Arbeitnehmer bei einer erheblichen unmittelbaren Gefahr vom Arbeitsplatz entfernen.¹¹⁴⁰

Ebenfalls in der Reihe der Entgeltfortzahlungsansprüche bei Nichterbringung von Arbeitsleistungen sind abschließend noch § 14 Abs. 1 ArbPISchG sowie zahlreiche Vorschriften des BetrVG im Rahmen der Tätigkeit, die im Zusammenhang zum Betriebsrat steht, zu nennen.¹¹⁴¹

d) Zwischenergebnis

In diesen wenigen Ausnahmefällen der § 326 Abs. 2 S. 1 BGB, §§ 2, 3 EFZG, §§ 7, 11, 13, 14, 16 MuSchG, § 19 Abs. 1 BBiG, § 14 S. 1 AGG, § 9 Abs. 3 S. 2 ArbSchG, § 14 Abs. 1 ArbPISchG, §§ 615, 616 BGB sowie der verschiedenen Entgeltfortzahlungsregelungen im BetrVG wird mithin die Regelung des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB durchbrochen, also das Äquivalenzverhältnis. In diesen Konstellationen wird demnach gleichzeitig auch die Voraussetzung der Erarbeitung des Urlaubsanspruchs durchbrochen. In anderen Ruhens-Konstellationen, wie etwa der Pflegezeit oder Elternzeit würde die Ausnahme nicht greifen, es entstünde kein Urlaubsanspruch.

Wenn *Wicht* davon spricht, dass der Urlaubsentgeltanspruch auf „Null“ zu reduzieren sei, wenn die Arbeitsverpflichtung und damit auch die Arbeitsentgeltzahlungspflicht auf „Null“ heruntergefahren wurde,¹¹⁴² so ist es nur konsequent weitergedacht, einen Anspruch auf Urlaubsentgelt beziehungsweise Urlaub zu gewähren, wenn die Arbeitsvergütung trotz Arbeitsleistung „Null“ nicht ebenfalls „Null“ beträgt, sondern aufrechterhalten wird. Eine Durchbrechung des Arbeits-synallagmas führt also auch zu einer Durchbrechung der Voraussetzung der Erarbeitung des Urlaubs – namentlich des Urlaubssynallagmas.

Dabei ist zu beachten, dass die Voraussetzung der Zahlungsverpflichtung des Arbeitgebers weit zu verstehen ist. So zahlt dieser etwa in Krankheitsfällen nach § 3 EFZG lediglich in den ersten sechs Wochen weiterhin das Arbeitsentgelt fort, danach übernimmt die Krankenkasse nach den §§ 44 ff. des Fünften Sozialgesetzbuches (SGB V) im Rahmen des Krankengeldes. Auch bei den Mutterschutzvorschriften zahlt der Arbeitgeber lediglich in den Fällen des § 3 Abs. 1 MuSchG die Vergütung fort, in den Fällen des § 3 Abs. 2, § 6 Abs. 1 MuSchG nur zum Teil gemäß §§ 13, 14 Abs. 1 MuSchG, die Krankenkasse leistet auch hier einen Beitrag nach § 24i SGB V. Dabei spielen jedoch Arbeitgeberschutzgedanken die entscheidende Rolle: Es soll vermieden werden, dass der Arbeitgeber bei der Erfüllung seiner Schutzpflicht gegen-

¹¹⁴⁰ HWK/Krause, § 618 BGB, Rn. 33; MüKo-BGB/Henssler, § 618 BGB, Rn. 95; Staudinger/Oetker, § 618 BGB, Rn. 275; Schneider, S. 201 ff.

¹¹⁴¹ Siehe dazu insgesamt Gutzeit, S. 70 ff.; Schneider, S. 205 ff., jeweils m.w.N.

¹¹⁴² Wicht, BB 2012, 1349, 1352.

über dem Arbeitnehmer nicht über die Maßen geschwächt wird beziehungsweise die sich daraus für ihn ergebenden Nachteile auf die Frauen umgelegt werden.¹¹⁴³ Dies wird auch durch die Bestimmungen des Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG) klargestellt.¹¹⁴⁴ An der strukturellen Grundannahme einer Ausnahme zu „ohne Arbeit kein Lohn“ sowie dem Gegenseitigkeitsprinzip ändert sich dabei aber nichts.¹¹⁴⁵ Grundsätzlich wird die Schutzpflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer sowohl bei Krankengeld als auch bei Mutterschaftsgeld dennoch insgesamt deutlich und ist Grundlage der Regelungen; sie soll durch diese Verlagerung nicht vermindert werden. So führte etwa das BVerfG zu der Regelung des Mutterschaftsgeldes aus: „Die Gefahren, vor denen Mutter und Kind geschützt werden sollen, resultieren unmittelbar aus dem Arbeitsverhältnis. Arbeitnehmer müssen in der Regel zur Existenzsicherung ihre volle Arbeitskraft einsetzen [...]. Der erforderliche Gesundheitsschutz kann nur wirksam werden, wenn ein Entgeltsatz geleistet wird. Die Kosten des Mutterschutzes werden bei der gegenwärtigen Regelung zum Teil demjenigen auferlegt, der für die gesetzlich vermutete Gefährdung verantwortlich und damit besonders betroffen ist. Die vom jeweiligen Arbeitgeber zu tragenden Kosten lassen sich daher dem einzelnen Arbeitsverhältnis zuordnen [...]“.¹¹⁴⁶

Durch die generelle Einbeziehung des Arbeitgebers als Zahlungspflichtigem ohne Gegenleistung wird bei diesen Konstellationen dargestellt, dass das Gegenleistungsgefüge durchbrochen werden soll. Ob dieser dann in jeder Hinsicht und auf unbestimmte Zeit zahlungspflichtig ist oder nicht, ist im Weiteren nicht mehr entscheidend.

Auch dem etwa von *Rudkowski* vorgebrachten Bedenken hinsichtlich einer Koppelung von Arbeitsleistung und Urlaub wird durch diese Ausnahmeregelung Rechnung getragen. Sie befürchtete diesbezüglich einen unzulässigen Leistungsdruck auf den Arbeitnehmer, der sich aufgrund etwaiger Nachteile – etwa gekürzter Urlaubsvergütung und Urlaubsfreistellung – gezwungen sehen könnte, zu arbeiten, obwohl er eigentlich arbeitsunfähig ist.¹¹⁴⁷ Die hier favorisierte Vorgehensweise verhindert diese Konstellation, sie entspricht diesem geforderten und sinnvollen Schutz der Arbeitnehmer sogar in erhöhtem Maße, denn sie orientiert sich nicht an teils schwer abgrenzbaren Sphären, Einzelaussetzungen oder subjektiven Kriterien, sondern daran, wann das Gesetz selbst einen solchen Schutz vorsieht. Die Ausnahme passt sich damit gut in die

¹¹⁴³ Stenografischer Bericht über die 142. Sitzung des Bundestages vom 08.12.1967, 5. Wahlperiode, S. 7290 f.; BGBl. I 2005 S. 3686 ff.; siehe auch die Tendenz in BT-Drucks. XIII/4612, S. 5, 15; siehe dazu etwa auch die grundsätzlichen Überlegungen von KassKomm/*Nolte*, § 24i SGB V, Rn. 3 sowie die Beschlüsse des BVerfG, BVerfG v. 23.04.1974, AP § 14 MuSchG 1968 Nr. 1; BVerfG v. 18.11.2003, NZS 2004, 93, 96 ff.; siehe auch Leitsatz Nr. 3 S. 2 des Urteils: „Legt der Gesetzgeber in Erfüllung seines Schutzauftrags zu Gunsten der Mutter dem Arbeitgeber Lasten auf, ist durch geeignete Regelungen im Rahmen des Möglichen der Gefahr zu begegnen, dass sich Schutzvorschriften auf Arbeitnehmerinnen faktisch diskriminierend auswirken.“, BVerfG v. 18.11.2003, NZS 2004, 93, 93.

¹¹⁴⁴ Siehe etwa die Ausführungen von Feichtinger/*Malkmus/Feichtinger*, § 1 AAG, Rn. 1 ff.

¹¹⁴⁵ So etwa MüKo-BGB/*Müller-Glöge*, § 3 EFZG, Rn. 2.

¹¹⁴⁶ BVerfG v. 18.11.2003, NZS 2004, 93, 97.

¹¹⁴⁷ *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 75.

bestehende Gesetzessystematik ein und trägt aufgrund ihrer klaren Regeln zur Rechtssicherheit bei.

IV. Zwischenergebnis und Folgerung für andere Ruhenstatbestände

Als Zwischenergebnis ist somit zunächst festzuhalten, dass Urlaubsentgelt grundsätzlich der Voraussetzung der Erarbeitung unterliegt. Aufgrund des anteiligen Entstehens des Anspruchs in Korrelation zu der Arbeitsleistung ist die Urlaubsvergütung neben dem Arbeitsentgelt auch als Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers anzusehen. Dieses Ergebnis gilt auch für die Urlaubsfreistellung, die den Zeitfaktor der Berechnung der Urlaubsvergütung darstellt. Dies bedeutet insgesamt, dass Urlaub als konstituierend für das Arbeitsverhältnis anzusehen ist; sein erarbeiteter Wert steht dabei auf gleicher Stufe wie das Arbeitsentgelt. Auf das Urlaubsjahr bezogen bedeutet dies, dass sowohl die Höhe des Zeit- als auch des Geldfaktors davon abhängig ist, wie viel Urlaub sich der jeweilige Arbeitnehmer verdient beziehungsweise erarbeitet hat. Dieses Ergebnis beruht vor allem auf der europäischen Sichtweise hinsichtlich des Urlaubs, die sich anhand der Rechtsprechung des EuGH bei ruhenden Arbeitsverhältnissen zeigt und auf teleologischen Gesichtspunkten fußt. Die Voraussetzung der Erarbeitung basiert weiter infolgedessen auf der einheitlichen Betrachtung des Urlaubs als Hauptpflicht, welche eine Gegenleistung voraussetzt.¹¹⁴⁸ Hätte man das Urlaubsentgelt im Rahmen der Entgeltfortzahlungstheorie als weitergezahltes Arbeitsentgelt verstanden, hätte der Arbeitnehmer in jedem Fall einen Anspruch auf die volle Urlaubsvergütung im Urlaubsjahr unabhängig von der Freistellung¹¹⁴⁹ – die Voraussetzung einer Erarbeitung des Urlaubsentgelts wäre nicht möglich gewesen. Diese Abhängigkeit von der Arbeitsleistung hat der EuGH auch noch einmal durch seine Urteile speziell zur Urlaubsvergütung bestätigt. Schließlich gebietet auch der Urlaubszweck eine solche Voraussetzung der Erarbeitung, denn das abstrakte Erholungsbedürfnis, auf dem der Urlaub beruht, ergibt sich nicht zwingend, sondern vor allem aus geleisteter Arbeit.

Immer wenn die Arbeit ruht oder zumindest über einen Zeitraum keine Arbeitsleistung erfolgt ist, entsteht also grundsätzlich an das Ruhen angepasst kein Anspruch auf Urlaubsentgelt, da dieser nicht erarbeitet wurde. Besteht demnach etwa ein ganzes Jahr über in einem Betrieb „Kurzarbeit Null“, so sind Zeitfaktor und Geldfaktor dementsprechend ebenfalls mit „Null“ anzusetzen; der Arbeitnehmer bekommt für das entsprechende Arbeits- und Urlaubsjahr kein Urlaubsentgelt.

Dies ist jedoch nur der Grundsatz für ruhende Arbeitsverhältnisse, es bestehen Ausnahmen, in denen Urlaubsentgeltansprüche entstehen, obwohl sie nicht erarbeitet wurden. Auch diese beruhen maßgeblich auf der europäischen Sichtweise hinsichtlich des Urlaubs – in diesem Fall bezogen auf Arbeitsausfälle aufgrund von Krankheitskonstellationen.

¹¹⁴⁸ *Leinemann*, DB 1983, 989, 990 vertritt zwar, dass die Nichterarbeitung zwingende Folge der Einheitstheorie sei, dies ist jedoch unverständlich, da ja schließlich nach der Entgeltfortzahlungstheorie eine Ausnahme von dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ angenommen wird, also eine Erarbeitung gerade ausscheidet.

¹¹⁴⁹ Siehe etwa auch *Wank*, FS Reuter, S. 927.

Da der Urlaub ebenso Gegenleistung des Arbeitgebers für Arbeitsleistungen ist wie das Arbeitsentgelt, muss der Urlaubsanspruch immer dann nicht verdient werden, wenn der Vergütungsanspruch des gewöhnlichen Arbeitsentgelts des Arbeitnehmers trotz Fehlens der Arbeitsleistung ebenfalls aufrechterhalten wird. Dies ergibt sich aus denselben Arbeitnehmerschutzwägungen, die bei der Arbeitsentgeltaufrechterhaltung ebenfalls maßgeblich sind: Kommt die Störung aus der Sphäre des Arbeitgebers oder muss ein Unterdrucksetzen des Arbeitnehmers verhindert werden, sodass dieser sich trotz bestimmter widriger Umstände nicht zur Arbeit genötigt fühlt, muss dies durch Fortzahlung nicht nur des Arbeits- sondern auch des Urlaubsentgelts erreicht werden. Immerhin kann die (Mindest-)Urlaubsvergütung ein Zwölftel des Jahresgehalts ausmachen. Auch wenn das Erholungsbedürfnis hier nicht auf Arbeitsleistungen beruht, so hat der Arbeitnehmer aufgrund dieser Schutzbedürftigkeit dennoch ein aner kennenswertes Interesse an Erholung, welches auch dem Urlaubszweck entspricht.

Für die einzelnen Konstellationen des Ruhens der Arbeitsverhältnisse bedeutet dies: Lediglich bei Konstellationen des Ausfallens der Arbeitsleistung, bei denen nach § 326 Abs. 2 S. 1 BGB, §§ 615, 616 BGB, §§ 2, 3 EFZG, §§ 7, 11, 13 14, 16 MuSchG, § 19 Abs. 1 BBiG, § 14 S. 1 AGG, § 9 Abs. 3 S. 2 ArbSchG, § 14 Abs. 1 ArbPISchG sowie der verschiedenen Entgeltfortzahlungsregelungen im BetrVG das Arbeitsentgelt zumindest strukturell vom jeweiligen *Arbeitgeber* – und nicht ausschließlich öffentlich-rechtlich – fortgezahlt werden muss, haben die Arbeitnehmer volle Urlaubsentgeltansprüche, quasi in Form einer „Urlaubsfortzahlung“. Bei allen anderen Konstellationen des Ruhens entstehen diese erst gar nicht oder nicht in vollem Umfang, es erfolgt eine Pro-rata-temporis-Umrechnung des Urlaubs als „Entgelt“. Die Erarbeitungskomponente der Urlaubsvergütung bedeutet jedoch auch gleichzeitig, dass einmal verdiente Ansprüche diesbezüglich nicht wegfallen oder nachträglich pro-rata-temporis umgerechnet werden dürfen, sie bleiben vielmehr bestehen oder werden im Rahmen einer eventuellen Abgeltung mittelbar erfüllt.

Auf die eingangs gestellte Frage,¹¹⁵⁰ ob der Urlaub und damit auch das Urlaubsentgelt eher dem Arbeitsschutz zugeordnet werden oder eher als Entgelt für Leistungen angesehen werden kann, ist somit zu antworten, dass Urlaub(sentgelt) grundsätzlich ein Entgelt für Arbeitsleistung darstellt, sich die Ausnahmen beziehungsweise Korrekturen dazu jedoch aus dem Arbeitsschutz herleiten lassen. Es handelt sich damit um eine vermittelnde Lösung, die beide Positionen erfasst und zur Geltung kommen lässt.

Der Urlaub und damit auch das Urlaubsentgelt sind somit ebenso zu behandeln wie das Arbeitsentgelt, insofern besteht also ein Gleichlauf. Urlaubs- und Arbeitsvergütung sind damit nicht gleichzusetzen wie etwa nach der anfangs vorgestellten Entgeltfortzahlungstheorie, sie folgen jedoch grundsätzlich denselben Parametern.

¹¹⁵⁰ Siehe zu der Pflicht einer Beantwortung etwa bereits *Nikisch*, NZfA 1928, 133, 133 ff.; *Klotz*, NZfA 1932-33, 555, 557 ff.; *Nikisch*, NZfA 1932-33, 563, 563 ff.

Ob das gefundene Ergebnis, das zunächst vornehmlich aus der Rechtsprechung des EuGH sowie dem Urlaubszweck abgeleitet wurde und insoweit zwar verbindlich ist¹¹⁵¹, jedoch auch insgesamt zwingendes europäisches Recht darstellt, wird im Folgenden untersucht.

¹¹⁵¹ Siehe insgesamt Kapitel B. II. Grundsätzliche Annahme der Voraussetzung der Arbeitsleistung.

V. Kongruenz mit europäischem Recht

Die bisher gefundenen Ergebnisse müssten zunächst mit der Arbeitszeitrichtlinie und damit auch mittelbar¹¹⁵² mit der Grundrechtecharta in Einklang stehen.

Weder die Richtlinie 2003/88/EG noch die Grundrechtecharta enthalten dabei viele Vorgaben für den Urlaubsanspruch. Etwas undifferenziert wird jedem Arbeitnehmer ein Anspruch auf – vier Wochen – bezahlten Jahresurlaub gewährt, dies ist zunächst recht wenig aussagekräftig. Der EuGH hat jedoch im Rahmen seiner Auslegungsprärogative – oder Zuständigkeit für die autoritative Auslegung des Unionsrechts –¹¹⁵³ bereits viele Vorgaben hinsichtlich dieses Urlaubsanspruchs aus den Normen abgeleitet, wobei eine bestimmte Auslegungstendenz erkennbar wird. Besonders vor dem Hintergrund der knappen Regelungen zum Urlaub in der Grundrechtecharta und der Arbeitszeitrichtlinie ist diese Tendenz von großer Bedeutung.¹¹⁵⁴ Wenn der EuGH also selbst konstatiert, „dass die innerstaatlichen Durchführungsmodalitäten den sich aus der Richtlinie selbst ergebenden Grenzen Rechnung tragen“¹¹⁵⁵ müssten, wird deutlich, welchen umfassenden Kompetenzspielraum er sich selbst einräumt – enthält die Richtlinie für sich doch wenige solcher ausdrücklichen Grenzen. Die Rechtsprechung des EuGH prägt insofern weit das europäische Urlaubsrecht.¹¹⁵⁶

Im Folgenden erfolgt demnach eine Untersuchung, ob sich die notgedrungen einzelfallgeprägten¹¹⁵⁷ EuGH-Entscheidungen in einen rechtssystematischen Rahmen bringen lassen und sich in diesen einfügen, oder ob sie gegebenenfalls im Widerspruch zu den europäischen Normen stehen. Im Anschluss wird noch das Ausmaß der Umsetzungspflicht der europäischen Vorgaben bezüglich des Urlaubs analysiert.

1. Europarechtliche Determinierung der Voraussetzung der Erarbeitung und ihrer Ausnahmen

Der EuGH besitzt zwar – wie bereits erwähnt – die Auslegungshoheit der europäischen Richtlinien und seine Rechtsprechung ist insofern für die Mitgliedstaaten verbindlich.¹¹⁵⁸ Dennoch

¹¹⁵² Siehe Kapitel B. I. 3. b) dd) Auswirkung auf die Anwendung des nationalen Rechts.

¹¹⁵³ Die sich aus Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV ergibt, siehe dazu auch Urteil Kühne & Hetz, C-453/00, EU:C:2004:17, Rn. 21; Urteil Kempter, C-2/06, EU:C:2008:78, Rn. 35; EnzEuR/Rudkowski, § 12, Rn. 94; Hantel, S. 12 m.w.N.; Iglesias, NJW 2000, 1889, 1890 f.; Jousen, S. 42 ff.; Preis/Sagan/Sagan, § 1, Rn. 79; NK-GA/Diüwell, § 1 BUrlG, Rn. 17, 18; Riesenhuber/Schmidt-Räntsch, § 23, Rn. 8 f.; Rebhahn, FS Wank, S. 435; Schlussanträge Williams der GAin Trstenjak, C-155/10, EU:C:2011:403, Rn. 33.

¹¹⁵⁴ So bereits auch EnzEuR/Rudkowski, § 12, Rn. 1, 13.

¹¹⁵⁵ Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 57; siehe auch EnzEuR/Rudkowski, § 12, Rn. 13.

¹¹⁵⁶ So sinngemäß die Präsidentin des BAG Schmidt, FAZ v. 12.02.2015 im Rahmen der Jahrespressekonferenz des BAG.

¹¹⁵⁷ Zur Fallrechtsordnung des Europarechts siehe Rebhahn, FS Wank, S. 435 f. m.w.N.

¹¹⁵⁸ Jousen, S. 117 ff., 156; NK-GA/Diüwell, § 1 BUrlG, Rn. 17, 18; Rebhahn, FS Wank, S. 435; differenzierend Greif, Unanwendbarkeit, S. 288 ff. der die Rechtsprechung des EuGH als „tatsächliche rechtsbildende Kraft“ ansieht.

muss sich diese Rechtsprechung wiederum an den normativen Vorgaben messen lassen, die auf europäischer Ebene existieren. Auch wenn der EuGH dabei selbst auf diese Vorschriften rekurriert,¹¹⁵⁹ bedeutet das nicht, dass seine Vorgaben im Rahmen einer wissenschaftlichen Untersuchung einfach kritiklos hinzunehmen sind. Vielmehr müssen die vom EuGH mittelbar vorgegebene Voraussetzung der Erarbeitung und ihre Ausnahmen dem europäischen Recht entsprechen.

a) Richtlinie 2003/88/EG

Die Vorgaben des EuGH müssten dabei zunächst mit der Arbeitszeitrichtlinie kongruent sein, welche wiederum vor dem Hintergrund der Grundrechtecharta auszulegen ist.¹¹⁶⁰

aa) Art. 7 Abs. 1

Aus dem Inhalt des Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie lassen sich zunächst recht wenige Voraussetzungen des Urlaubs beziehungsweise des Urlaubsentgelts entnehmen. Auch Art. 31 Abs. 2 der Grundrechtecharta als dahinterstehendes Primärrecht ist nicht konkreter, bis auf die Angabe der vorgegebenen Mindesturlaubswochen ist der Wortlaut beider Normen identisch. Von weiteren Voraussetzungen, wie etwa geleisteter Arbeit, ist nicht die Rede. Vor diesem Hintergrund könnte man annehmen, der Anspruch müsse den Arbeitnehmern einfach grundsätzlich eingeräumt werden. Fraglich ist nun, ob eine Voraussetzung der Erarbeitung mit samt ihren Ausnahmen dennoch in Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG vor dem Hintergrund des Art. 31 Abs. 1 der Grundrechtecharta hineingelesen werden kann, oder ob dies der europarechtlichen Systematik entgegensteht.

(1) Voraussetzung der Erarbeitung

Es scheint zunächst alles darauf hinzudeuten, dass nach den Vorgaben der Richtlinie 2003/88/EG keine Erarbeitung erfolgen muss. So lautet etwa der Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie, dass *jeder Arbeitnehmer* einen Mindestjahresurlaub von vier Wochen erhält – auf den ersten Blick werden demnach auch Arbeitnehmer in ruhenden Arbeitsverhältnissen einge-

¹¹⁵⁹ Siehe etwa Urteil BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 34 ff.; Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 49; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 22 f.; Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 28 f.; Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 16; Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 23; Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 16; Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 21; Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 26, 28; Urteil Greenfield, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 6, 27. Zu der Auslegungshoheit des EuGH siehe nur Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV; Urteil Kühne & Hetz, C-453/00, EU:C:2004:17, Rn. 21; Urteil Kempter, C-2/06, EU:C:2008:78, Rn. 35; *Hantel*, S. 12 m.w.N.; *Iglesias*, NJW 2000, 1889, 1890 f.; differenzierend *Joussen*, S. 42 ff. m.w.N.; *Preis/Sagan/Sagan*, § 1, Rn. 79; *Riesenhuber/Schmidt-Räntsch*, § 23, Rn. 8 f.; *Rebhahn*, FS Wank, S. 435.

¹¹⁶⁰ Siehe Kapitel B. I. 3. b) dd) Auswirkung auf die Anwendung des nationalen Rechts.

schlossen, schließlich bleibt die Arbeitnehmereigenschaft auch in ruhenden Arbeitsverhältnissen erhalten¹¹⁶¹. Auch steht die Richtlinie 2003/88/EG ganz im Zeichen des Arbeitsschutzes, was etwa aus den Erwägungsgründen Nr. 1, 4 und 11 sowie aus ihrem Art. 1 Abs. 1 deutlich wird, wo jeweils von Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung die Rede ist.

Der Jahresurlaub scheint also zunächst nach europäischem Verständnis insgesamt lediglich eine Schutzpflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer darzustellen. Vor diesem Hintergrund könnte man meinen, dass eine solche Schutzpflicht allein durch die Arbeitnehmereigenschaft ausgelöst würde, in diesem Fall wäre eine Voraussetzung der Erarbeitung hinfällig.

Bei der Auslegung ist jedoch auch zu fragen, was das Ziel der Richtlinie – insbesondere vor dem Hintergrund der Charta – darstellt. Soll der Urlaub Selbstzweck – in dem Sinne, dass der Schutz der Arbeitnehmer durch die eingeräumte Erholungsmöglichkeit einfach so gewährt wird – sein oder von der Arbeitsleistung abhängig gemacht werden?

Dabei ist *Schubert* zuzustimmen, wenn sie sagte: „Dass Art. 7 Richtlinie 2003/88/EG keine Regelungen für die Kürzung des Urlaubs – beziehungsweise für eine verminderte Entstehung – enthält, ist aber der Ausgangspunkt der Auslegung, nicht deren Ergebnis.“¹¹⁶² Auch *Wank* konstatierte: „So muss es selbstverständlich auch in einem Falle, in dem die Richtlinie so gut wie gar nichts über die Einzelheiten der Entstehung und des Erlöschens von Ansprüchen aussagt, Bedingungen dafür geben.“¹¹⁶³ Die niederländische Regierung führte diesbezüglich ebenfalls aus, dass Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG aufgrund der wenigen Worte zur Regelung des Mindesturlaubs auch so verstanden werden könne, dass sich der Anwendungsbereich der Norm auf aktive Arbeitnehmer beschränke und nicht die Rechtsverhältnisse bei Arbeitsunfähigkeit regele.¹¹⁶⁴

Betrachtet man den Urlaub im Rahmen der Arbeitszeitrichtlinie dabei teleologisch, so fällt auf, dass der europarechtliche Zweck des bezahlten Mindestjahresurlaubs zunächst in der Erholungsmöglichkeit besteht, ganz wie der EuGH wiederholt ausführte¹¹⁶⁵. Der Arbeitnehmer soll sich durch den Urlaub erholen und seinen Freizeitaktivitäten nachgehen können, um seine Gesundheit – die durch Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie geschützt werden soll – zu erhalten. Diese Erholungsmöglichkeit ist jedoch auch hier kein Selbstzweck. Das Bedürfnis zu dieser Erholung resultiert an dieser Stelle ebenfalls erst aus der erbrachten Arbeitsleistung. Arbeitsschutz be-

¹¹⁶¹ So etwa EnzEuR/*Rudkowski*, § 12, Rn. 26 zumindest in formaler Hinsicht; in eine andere Richtung tendierend, *Wicht*, BB 2012, 1349, 1352.

¹¹⁶² *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1108; in diese Richtung tendierend auch *Wank*, FS Reuter, S. 931.

¹¹⁶³ *Wank*, FS Reuter, S. 931 f., der die Kompetenz zur Festlegung dieser Bedingungen jedoch bei den Mitgliedstaaten sieht.

¹¹⁶⁴ Schlussanträge Schultz-Hoff der GA in *Trstenjak*, C-350/06, EU:C:2008:37, Rn. 30; siehe auch *Subatzus*, DB 2009, 510, 510, der dies wenig überraschend findet.

¹¹⁶⁵ Siehe beispielhaft Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 25; Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 31.

deutet in diesem Zusammenhang nichts anderes, als dem Arbeitnehmer, der von vorangegangener Arbeit erschöpft ist, zu ermöglichen, sich wieder auszuruhen.¹¹⁶⁶ Dies wiederum bedeutet aber, dass das Recht auf Urlaub im Verhältnis zu der Arbeitsleistung stehen, also erarbeitet werden muss. Der Gesundheitsschutz korreliert somit mit der Arbeitsleistung. So ist etwa der Jahresurlaub in der Richtlinie als Fall der Mindestruhezeiten geregelt, wobei Ruhezeiten nach Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie 2003/88/EG von der Arbeitszeit abgegrenzt werden, welche nach Art. 2 Nr. 1 der Arbeitszeitrichtlinie „jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer [...] arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt“ darstellt.¹¹⁶⁷

Dies wird darüber hinaus auch durch den Erwägungsgrund Nr. 5 der Arbeitszeitrichtlinie deutlich: „Alle Arbeitnehmer sollten angemessene Ruhezeiten erhalten.“ Was sind denn angemessene Ruhezeiten, wenn nicht im Verhältnis zur erbrachten oder noch zu erbringenden Arbeitsleistung stehende? Zumindest steht die Richtlinie der mittelbar in diese Richtung tendierenden Auslegung des Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie durch den EuGH nicht entgegen.

Zur Untersuchung der Frage des Zwecks der Richtlinie kann unter anderem auch das ILO-Abkommen Nr. 132 herangezogen werden,¹¹⁶⁸ genauer Art. 4 Abs. 1. Das Übereinkommen, das generell detailliertere Angaben bezüglich der Urlaubsvorgaben enthält als die Richtlinie und die Charta beinhaltet aufgrund des Wortlauts in Art. 4 Abs. 1: „Anspruch auf bezahlten Urlaub im Verhältnis zur Dauer ihrer Dienstzeit während dieses Jahres“ eine deutliche Verhältnisregelung von Arbeitszeit und Urlaub.

Die Generalanwältin *Trstenjak* legt das Abkommen dabei so aus, dass es bei der Abgrenzung, ob eine Kürzung vorgenommen werden kann oder nicht, auf Umstände ankommen solle, die außerhalb des Einflussbereichs des betroffenen Arbeitnehmers lägen.¹¹⁶⁹ Sie folgert daraus, dass das Entstehen des Erholungsurlaubsanspruchs nicht von der Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers abhängig gemacht werden könne.¹¹⁷⁰ Gleichwohl gibt sie zu, dass bestimmte Bedingungen an das Entstehen des Anspruchs geknüpft werden könnten, um das Ziel der Richtlinie zu erreichen.¹¹⁷¹ Gerade solche Bedingungen finden sich etwa in Art. 4 Abs. 1 des Abkommens, in dem offensichtlich eine Pro-rata-temporis-Regelung enthalten ist, die den Urlaub an die Arbeitsleistung knüpft.

Auch eine an Art. 4 Abs. 1 des Abkommens orientierte Auslegung des Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie hinsichtlich des Normzwecks spricht damit insgesamt dafür, die vom EuGH

¹¹⁶⁶ Teleologisch in diese Richtung tendierend EnzEuR/Rudkowski, § 12, Rn. 26; Schubert, NZA 2013, 1105, 1108.

¹¹⁶⁷ Plüm, NZA 2013, 11, 13 f.

¹¹⁶⁸ Siehe bereits Kapitel B. I. 3. b) cc) Übereinkommen Nr. 132 der Internationalen Arbeitsorganisation über den bezahlten Jahresurlaub.

¹¹⁶⁹ Etwa Schlussanträge Stringer der G_{Ain} *Trstenjak*, C-520/06, EU:C:2008:38, Rn. 67.

¹¹⁷⁰ Etwa Schlussanträge Schultz-Hoff der G_{Ain} *Trstenjak*, C-350/06, EU:C:2008:37, Rn. 53 f., 66 ff.; Schlussanträge Stringer der G_{Ain} *Trstenjak*, C-520/06, EU:C:2008:38, Rn. 66 ff.

¹¹⁷¹ Schlussanträge Stringer der G_{Ain} *Trstenjak*, C-520/06, EU:C:2008:38, Rn. 70.

in sie hineingelesene – und in der vorliegenden Untersuchung herausgearbeitete – Voraussetzung der Erarbeitung zu befürworten und sie für mit der Richtlinie vereinbar zu halten.

Nach *Trstenjak* besteht auch ausdrücklich ein Unterschied zwischen Urlaubsentgelt und Entgeltfortzahlung etwa im Krankheitsfall. Sie führt aus, dass Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie einen im Vergleich zum Arbeitsentgelt ungekürzten Anspruch auf Urlaubsvergütung garantiere, während das fortgezahlte Arbeitsentgelt im Krankheitsfall jeweils nach Maßgabe der Mitgliedstaaten auch gekürzt sein könne.¹¹⁷² Diese Aussage kann so interpretiert werden, dass sich bereits aus der Richtlinie sehr wohl ein Unterschied zwischen einer Entgeltfortzahlung, die lediglich aus Schutzerwägungen gewährt wird und somit kürzungsfähig ist, und dem Urlaubsentgelt ergibt, dessen Unkürzbarkeit im Gegenzug möglicherweise auf eine Erarbeitung hinweisen könnte.

Fraglich ist an dieser Stelle noch, ob es auch richtlinienkonform wäre, bei einem Wechsel von Teil- in Vollzeit einen Urlaubsanspruch, der dann in der Vollzeit weniger als vier Wochen bezahlte Freizeit ausmachen würde, zu gewähren. Dem könnte der Wortlaut des Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie entgegenstehen, der ausdrücklich die Vorgabe der vier Wochen Mindesturlaub enthält.¹¹⁷³ Der EuGH entschied jedoch erst jüngst, dass auch ein geringerer Urlaub als vier Wochen im Rahmen der Pro-rata-temporis-Berechnung zulässig sei,¹¹⁷⁴ und so ist die Richtlinie auch zu verstehen. Wenn das Erholungsbedürfnis als Zweck des bezahlten Urlaubs grundsätzlich an die Arbeitsleistung geknüpft ist, dann ist in Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG hineinzulesen, dass der Mindesturlaubsanspruch vier Wochen bei jährlicher *Vollzeitarbeit* ausmacht. Die Arbeitszeitrichtlinie ist an dieser Stelle also so zu verstehen, dass lediglich *voll arbeitende* Arbeitnehmer gemeint sind.¹¹⁷⁵ Wird diese Arbeit im Urlaubsjahr nicht geleistet, unterliegen die vier Wochen einer proportionalen Anpassung an die erbrachte Leistung, der volle Urlaubsanspruch – hier von vier Wochen – wurde in dem Fall gerade nicht erworben. Die Mindestvorgaben der Arbeitszeitrichtlinie dienen an dieser Stelle demnach lediglich als Berechnungsgrundlage.¹¹⁷⁶ Auch Art. 31 Abs. 2 der Grundrechtecharta steht dem nicht entgegen, denn lediglich das Recht auf bezahlten Urlaub wird durch die Norm zu einem

¹¹⁷² Schlussanträge Stringer der GAin *Trstenjak*, C-520/06, EU:C:2008:38, Rn. 78.

¹¹⁷³ Siehe etwa EnzEuR/*Rudkowski*, § 12, Rn. 50, die eine Modifikation der Anpassung an die Arbeitsleistung in einem solchen Fall vorschlägt; siehe zunächst auch *Stiebert*, ZESAR 2014, 331, 332, der jedoch schlussendlich auch eine proportionale Urlaubsdauer von insgesamt weniger als vier Wochen für richtlinienkonform erachtet, *Stiebert*, ZESAR 2014, 331, 334.

¹¹⁷⁴ Der EuGH spricht in diesem Zusammenhang von einer Nachberechnung, Urteil *Greenfield*, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 44.

¹¹⁷⁵ In diese Richtung tendiert im Rahmen der Kurzarbeitskonstellationen auch *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 76, die in diesem Zusammenhang von „normalen Arbeitnehmern“ spricht; im Ergebnis geht sie dabei jedoch davon aus, dass die vier Wochen Urlaub in jedem Fall erhalten blieben und verwechselt damit Freistellung und Urlaubsfreistellung, *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 75.

¹¹⁷⁶ *Stiebert*, ZESAR 2014, 331, 334.

unionsrechtlichen Grundrecht erhoben, nicht das Recht auf vier Wochen bezahlten Urlaub. Dieses Ergebnis ist darüber hinaus insbesondere auch mit Art. 4 Abs. 1 des ILO-Abkommens Nr. 132 kongruent.

Die Voraussetzung der Erarbeitung entspricht somit insoweit insgesamt zunächst Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG. Denkbar wäre etwa, eine teleologische Tatbestandsverkürzung des Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie und des Art. 31 der Grundrechtecharta in dem Sinne vorzunehmen, dass nicht per se jeder Arbeitnehmer gemeint ist, sondern zunächst nur jeder *Arbeitende*.

(2) Ausnahmen von der Voraussetzung

Fraglich ist jedoch im Weiteren, ob dies auch hinsichtlich der Ausnahmen gilt. Die Richtlinie beinhaltet zunächst keine Regelungen diesbezüglich. Jedoch spricht Art. 5 Abs. 4 des ILO-Abkommens Nr. 132, der zur Auslegung der Arbeitszeitrichtlinie herangezogen werden kann¹¹⁷⁷, dafür, dass es auch noch andere Konstellationen neben der der Erarbeitung geben muss, bei denen ein Anspruch auf Urlaub europarechtlich zu bejahen ist.¹¹⁷⁸

Als Abgrenzungskriterium diesbezüglich wird dort zunächst der Wille des Arbeitnehmers genannt und zusätzlich werden noch Beispiele für entsprechende Ausnahmen angeführt, etwa Krankheit, Unfall oder Mutterschaft.

Auf den ersten Blick scheint Art. 5 Abs. 4 des ILO-Abkommens Nr. 132 zunächst eindeutig auf eine Abgrenzung nach Willenselementen hinzudeuten¹¹⁷⁹ – also einer Ausnahme entgegenzustehen, die immer dann greift, wenn das Gegenseitigkeitsgefüge hinsichtlich des Arbeitsentgelts ebenfalls aufgehoben ist.

Auf den zweiten Blick passen die hier erarbeiteten, bei einem Arbeitnehmerschutzbedürfnis bestehenden Ausnahmekonstellationen jedoch schon zu Art. 5 Abs. 4 des ILO-Abkommens Nr. 132, der vor diesem Hintergrund nicht wörtlich für die Auslegung des Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie angewandt werden sollte, sondern lediglich teleologisch. Die Abgrenzbarkeit nach dem Willen ist damit hier nicht im engeren Sinne zu verstehen, sondern lediglich bezogen auf ein generell bestehendes Bedürfnis nach Ausnahmen zu werten.

Darüber hinaus reicht der intendierte Schutz des Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG weiter als das Schutzniveau des Abkommens.¹¹⁸⁰

¹¹⁷⁷ Siehe Kapitel B. I. 3. b) cc) Übereinkommen Nr. 132 der Internationalen Arbeitsorganisation über den bezahlten Jahresurlaub.

¹¹⁷⁸ Auch *Trstenjak* stützt große Teile ihrer Argumentation diesbezüglich auf diese Norm, Schlussanträge Stringer der GAin *Trstenjak*, C-520/06, EU:C:2008:38, Rn. 67, 71 ff.; Schlussanträge Schultz-Hoff der GAin *Trstenjak*, C-350/06, EU:C:2008:37, Rn. 66.

¹¹⁷⁹ *Trstenjak* etwa legt das Abkommen dabei so aus, dass es bei der Abgrenzung auf Umstände ankommen solle, die außerhalb des Einflussbereichs des betroffenen Arbeitnehmers lägen, Schlussanträge Stringer der GAin *Trstenjak*, C-520/06, EU:C:2008:38, Rn. 67; so auch etwa *Plüm*, NZA 2013, 11, 14.

¹¹⁸⁰ Was auch *Trstenjak* zugibt, Schlussanträge Schultz-Hoff der GAin *Trstenjak*, C-350/06, EU:C:2008:37, Rn. 53.

Auch wenn Art. 5 Abs. 4 des ILO-Abkommens Nr. 132 demnach nicht ausdrücklich auf ein Gegenleistungsgefüge abstellt, steht der Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie einem solchen Verständnis nicht entgegen. Die vorliegend angenommenen Ausnahmen sind somit mit der Auslegung des Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie insgesamt vereinbar.

bb) Art. 7 Abs. 2

In Art. 7 Abs. 2 der Arbeitszeitrichtlinie ist die Abgeltungsmöglichkeit des Urlaubs genannt; es wird festgelegt, dass diese nur nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewährt werden dürfe.

Artikel 7 Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG

Jahresurlaub

(2) Der bezahlte Mindestjahresurlaub darf außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden.

Dass somit eine Abgeltung während des laufenden Arbeitsverhältnisses ausgeschlossen wird, zeigt zunächst, dass dieser Absatz eine Abschreckungsfunktion gegen den Arbeitgeber enthält, ein „Abkauf“¹¹⁸¹ des Urlaubsanspruchs soll verhindert werden.¹¹⁸² Daneben räumt der Absatz 2 aber auch die grundsätzliche, wenn auch stark eingeschränkte Möglichkeit ein, eine Abgeltung zu gewähren. Diese Abgeltung kann zum einen den Zweck der Erholungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer haben, um so dem Richtlinienziel zu genügen.¹¹⁸³ Zum anderen ist es aber auch wichtig, den Kern der Abgeltung an sich zu betrachten. Diese ist eine rein finanzielle Vergütung, die der Arbeitnehmer anstelle des Urlaubs erhält.¹¹⁸⁴ Blendet man nun die Abschreckungsfunktion einmal aus, wäre es geradezu widersinnig, einem Arbeitnehmer einen Geldanspruch als Ersatz für einen Urlaubsanspruch zu gewähren, der lediglich aus einem Schutzgedanken entspringt. Es ist vielmehr logischer, eine Abgeltung zu gewähren, weil dem Arbeitnehmer durch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Wert – in Form der bezahlten Urlaubsfreistellung – genommen wird, den er sich jedoch zuvor bereits erarbeitet hatte. Kündigt etwa ein Arbeitnehmer, der seinen Jahresurlaub ohne Druck noch nicht geltend gemacht hatte, so entfällt der Abschreckungszweck. Würde der Urlaubsabgeltungsanspruch nun nur auf einem

¹¹⁸¹ Schlussanträge Schultz-Hoff der GA in *Trstenjak*, C-350/06, EU:C:2008:37, Rn. 70; Moll/Jacobsen, § 27, Rn. 134; siehe auch noch zu Art. 7 Abs. 2 der Vorgängerregelung 93/104/EG der Richtlinie 2003/88/EG Urteil Federatie Nederlandse Vakbeweging, C-124/05, EU:C:2006:244, Rn. 17, 32.

¹¹⁸² Urteil BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 44; Urteil Gómez, C-342/01, EU:C:2004:160, Rn. 30; Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 60; Urteil Federatie Nederlandse Vakbeweging, C-124/05, EU:C:2006:244, Rn. 32; *Höland*, ZESAR 2006, 315, 317.

¹¹⁸³ Schlussanträge BECTU des GA *Tizzano*, C-173/99, EU:C:2001:81, Rn. 58; Schlussanträge Schultz-Hoff der GA in *Trstenjak*, C-350/06, EU:C:2008:37, Rn. 71.

¹¹⁸⁴ Urteil BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 44; Urteil Gómez, C-342/01, EU:C:2004:160, Rn. 30; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 23.

Schutzgedanken gegenüber dem Arbeitnehmer beruhen, würde er in diesem Fall seine Berechtigung verlieren. Da bei der Abgeltungsmöglichkeit jedoch keine weitere Differenzierung erfolgt, leuchtet diese folglich nur ein, wenn der Arbeitnehmer sie sich erarbeitet hat.

Die Voraussetzung der Erarbeitung und die Abgeltungsmöglichkeit bedingen einander also – die Abgeltung ist demnach sozusagen der rein finanzielle Ersatz für das „Wertguthaben Urlaub“, auf den der Arbeitnehmer einen Anspruch hat, wenn er bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht den gesamten Urlaub in Anspruch genommen hat. In diese Richtung deutet auch, dass Art 7 Abs 2 der Arbeitszeitrichtlinie daneben keinerlei weitere Voraussetzungen für die Abgeltung enthält. So ist es etwa unerheblich, wer das Arbeitsverhältnis beendete oder warum, wie auch der Gerichtshof konstatierte.¹¹⁸⁵ Wenn der Wert des Urlaubs einmal erarbeitet wurde, so steht er dem Arbeitnehmer auch zu, ob als bezahlte Freistellung oder als finanzieller Ausgleich der Abgeltung.

Zu dieser Sichtweise passt auch die *Bollacke*-Entscheidung des EuGH, in der dieser ausführte, dass der Anspruch auf die Abgeltung sogar vererblich sei.¹¹⁸⁶ Wenn der finanzielle Ersatz für den Wert des Urlaubs demnach auf diese Weise erhalten bleiben und – als Vermögensanspruch¹¹⁸⁷ – in das Vermögen des Arbeitnehmers übergehen soll, so muss dieser Wert zuvor erarbeitet worden und ein Äquivalent zu einer Leistung des Arbeitnehmers sein. Genau dies entspricht der Voraussetzung der Erarbeitung. Mit der Gewährung des Urlaubs nur aus Fürsorgeerwägungen wäre es nicht zu vereinbaren, dass der Urlaub nicht nur nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Vermögenswert in Form der Abgeltung bestehen bleiben, sondern dass dieser Wert auch noch an die Erben weitergegehen werden soll. Wenn der EuGH dabei ausführt: „Schließlich erweist sich ein finanzieller Ausgleich, wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers geendet hat, als unerlässlich, um die praktische Wirksamkeit des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub sicherzustellen, der dem Arbeitnehmer nach der Richtlinie 2003/88 zusteht“¹¹⁸⁸, so meint er damit nichts anderes, als dass nur auf diese Weise der Wert des Urlaubs erhalten bleiben kann. Diesem Vermögenswert über den Tod hinaus Bestand zu gewähren, geht dabei weit über eine reine Schutzfunktion des Urlaubsanspruchs hinaus.

In der Abgeltung – auch – eine Kompensation des entgangenen Urlaubs¹¹⁸⁹, die über den Tod hinaus erhalten bleibt, zu sehen, fügt sich damit nahtlos in das Erarbeitungsgefüge ein. Dieser vorliegend angenommene Grundsatz ergibt sich demnach ebenfalls aus Absatz 2 des Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie und stimmt mit diesem überein.

¹¹⁸⁵ Urteil Maschek, C-341/15, EU:C:2016:576, Rn. 27 ff.

¹¹⁸⁶ Urteil Bollacke, C-118/13, EU:C:2014:1755, Rn. 30.

¹¹⁸⁷ Urteil Bollacke, C-118/13, EU:C:2014:1755, Rn. 17 ff; *Joussen*, RdA 2015, 305, 321.

¹¹⁸⁸ Urteil Bollacke, C-118/13, EU:C:2014:1755, Rn. 24.

¹¹⁸⁹ *Ricken*, NZA 2014, 1361, 1362.

b) Richtlinie 92/85/EWG

Die bisher gefundenen Ergebnisse müssen jedoch auch mit der Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG¹¹⁹⁰ übereinstimmen, insbesondere hinsichtlich der Ausnahmen von der Voraussetzung der Erarbeitung, denn aufgrund des Mutterschutzes ist die Arbeitspflicht bereits europarechtlich nach Art. 8 und Art. 9 der Richtlinie für diese Zeiten suspendiert. Gleichwohl ergibt sich aus Art. 11 Nr. 2 lit. a der Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG, dass das Recht auf Erholungsurlaub trotz Mutterschaftsurlaub gewährleistet sein muss, auch wenn während dieses Zeitraums nicht gearbeitet wird.¹¹⁹¹

Artikel 11***Mit dem Arbeitsvertrag verbundene Rechte***

Um den Arbeitnehmerinnen im Sinne des Artikels 2 die Ausübung der in diesem Artikel anerkannten Rechte in Bezug auf ihre Sicherheit und ihren Gesundheitsschutz zu gewährleisten, wird folgendes vorgesehen:

(2) In dem in Artikel 8 genannten Fall müssen gewährleistet sein:

- a) die mit dem Arbeitsvertrag der Arbeitnehmerinnen im Sinne des Artikels 2 verbundenen anderen Rechte als die unter dem nachstehenden Buchstaben b) genannten;*
- b) die Fortzahlung eines Arbeitsentgelts und/oder der Anspruch auf eine angemessene Sozialleistung für die Arbeitnehmerinnen im Sinne des Artikels 2.*

Der Mutterschaftsurlaub ist insoweit wie normale Arbeitszeit für das Entstehen des Jahresurlaubs(entgelt)anspruchs zu berücksichtigen.¹¹⁹² Neben der Krankheitssituation liegt hier demnach ein weiterer Fall der europarechtlich determinierten Ausnahmen zur Voraussetzung der Erarbeitung vor. Geht man nun davon aus, dass Urlaub unionsrechtlich eine Art von Entgelt beziehungsweise eine Gegenleistung für Arbeitsleistung darstellt und in denselben Fällen des Entfallens dieser Arbeitsdienste fortgezahlt werden muss wie das Arbeitsentgelt, so müsste der Arbeitgeber folgerichtig auch europarechtlich verpflichtet sein, eben diese Entgeltfortzahlung zu leisten.

¹¹⁹⁰ 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. Nr. L 348/1 v. 28.11.1992.

¹¹⁹¹ Urteil Boyle, C-411/96, EU:C:1998:506, Rn. 68 ff.; Urteil Lewen, C-333/97, EU:C:1999:512, Rn. 41; Franzen/Gallner/Oetker/Risak, Art. 11 RL 92/85/EWG, Rn. 17; Riesenhuber, § 20, Rn. 26 m.w.N.

¹¹⁹² Franzen/Gallner/Oetker/Risak, Art. 11 RL 92/85/EWG, Rn. 17; Riesenhuber, § 20, Rn. 26 m.w.N.

aa) Unionsrechtliche Verpflichtung zur Entgeltfortzahlung

Art. 11 Nr. 2 lit. b der Mutterschutzrichtlinie legt jedoch fest, dass „die Fortzahlung eines Arbeitsentgelts und/oder der Anspruch auf eine angemessene Sozialleistung für die Arbeitnehmerinnen im Sinne des Artikels 2“ gewährleistet sein müsse. Es ist demnach zunächst nicht nur der Arbeitgeber genannt, sondern auch gegebenenfalls ein Sozialleistungsträger. Auf der anderen Seite hat der Unionsgesetzgeber in Art. 9 der Richtlinie 92/85/EWG gerade keine Übernahme der Kosten durch den Staat bei den dort einschlägigen Dienstleistungsausfällen aufgrund der Schwangerschaft vorgesehen. Dort ist geregelt, dass keine Gehaltseinbußen für die schwangere Arbeitnehmerin eintreten dürfen, also ausdrücklich eine Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers. Diese Vorgaben könnten nun so verstanden werden, dass der Arbeitgeber während des Mutterschaftsurlaubs nach Art. 11 Nr. 2 lit. b der Mutterschutzrichtlinie europarechtlich gerade nicht primär zu einer Entgeltfortzahlung verpflichtet sei. Das würde bedeuten, dass die vorliegend angenommene Ausnahme als Aufhebung des Gegenleistungsgefüges aufgrund von Arbeitnehmerschutzgedanken nicht mit der Richtlinie 92/85/EWG übereinstimmen würde.

(1) Umfassender Mutterschutz

Dagegen spricht jedoch bereits die sich aus Art. 11 Nr. 2 lit. a und lit. b der Mutterschutzrichtlinie und sogar primärrechtlich aus Art. 33 Abs. 2 der Grundrechtecharta ergebende besondere Relevanz des Mutterschutzes.

So hat zwar der europäische Gesetzgeber nach Art. 11 Nr. 2 lit. b der Mutterschutzrichtlinie, anders als in Art. 9 der Mutterschutzrichtlinie nicht nur eine Entgeltfortzahlungspflicht durch den Arbeitgeber normiert, sondern daneben auch noch die Möglichkeit eingeräumt, die Vergütungspflicht vom Arbeitgeber auf den Staat zu übertragen. Dies ist jedoch lediglich Ausfluss des Zwecks, ein umfassendes Schutzniveau für Schwangere sowie junge Mütter zu garantieren und bedeutet nicht, dass dem Arbeitgeber die Pflicht der Vergütungsfortzahlung auf europäischer Ebene nicht insgesamt originär zugeschrieben wird.

Das Zusammenspiel aus Art. 11 Nr. 2 lit. b und Art. 9 der Mutterschutzrichtlinie verdeutlicht vielmehr, dass insgesamt während des Mutterschutzes ausdrücklich keine Lohneinbußen eintreten sollen. Vor diesem Hintergrund zeigt gerade der Umstand, dass neben dem Sozialleistungsträger überhaupt auch der Arbeitgeber als möglicher Entgeltfortzahlungspflichtiger erwähnt wird, dass ihm diese Pflicht grundsätzlich zugesprochen wird. Denn wäre der Arbeitgeber vollständig aus der Entgeltfortzahlung bei Ruhen des Arbeitsverhältnisses aufgrund von Mutterschutz ausgenommen, hätte lediglich ein Hinweis auf den – in jedem Fall liquiden¹¹⁹³ – Sozialleistungsträger genügt. Die Fortgewährung des Entgelts wäre so hinreichend gesichert und der Schutzauftrag erfüllt gewesen. Dass hingegen beide Parteien genannt werden, weist

¹¹⁹³ Siehe etwa nur die Schutzmechanismen bei Insolvenz der Krankenkassen für Deutschland, §§ 171a ff. SGB V.

demnach bereits darauf hin, dass in der Regel dem Arbeitgeber diese Fortzahlungspflicht zugewiesen ist, sie jedoch durch die Mitgliedstaaten auch auf Sozialleistungsträger „abgewälzt“ werden kann, etwa wenn sie den Arbeitgeber vor übermäßigen Belastungen diesbezüglich schützen wollten. Zum einen soll also die Fortzahlung in jedem Fall gewährleistet sein.

Zum anderen soll auf diese Weise dem Diskriminierungsverbot der Richtlinie 2006/54/EG¹¹⁹⁴ entsprochen werden.¹¹⁹⁵ Aufgrund der finanziellen Lasten für den Arbeitgeber durch die Entgeltfortzahlung bei Mutterschutz, durch die besonders kleine Betriebe stark beeinträchtigt werden könnten, könnten diese etwa aufgrund von ökonomischen Interessen in Versuchung geraten, Frauen zu diskriminieren.¹¹⁹⁶ So könnte der Arbeitgeber etwa junge Frauen und Mütter vermindert einstellen und somit mittelbar benachteiligen.¹¹⁹⁷ Um dem vorzubeugen, wird die Möglichkeit eröffnet, die Kosten der Verdienstsicherung auf Sozialleistungsträger umzulegen.¹¹⁹⁸ So ging bereits aus dem Vorschlag für die Mutterschutzrichtlinie¹¹⁹⁹ hervor, dass die „Aufrechterhaltung der mit der Arbeit verknüpften Rechte, einschließlich des Gehalts“¹²⁰⁰ sicherzustellen sei. In diesem Rahmen wurde ebenfalls klargestellt, dass die europarechtlichen Maßnahmen nicht die Aussichten der Frauen am Arbeitsmarkt beeinträchtigen dürften.¹²⁰¹

Die Mitgliedstaaten können demnach zwar frei entscheiden, ob die Vergütung während der Schwangerschaft durch den Staat oder den Arbeitgeber erfolgen soll. Diese Wahlmöglichkeit besteht jedoch lediglich, um Nachteile von Schwangeren und jungen Müttern abzuwenden.

Dies unterstreicht auch die Regelung in Art. 4 Nr. 8 ILO-Übereinkommen Nr. 103¹²⁰².¹²⁰³ In dieser Norm ist zu Schutzzwecken des Arbeitgebers geregelt, dass die Entgeltfortzahlungskosten während des Mutterschaftsurlaubs in keinem Fall dem Arbeitgeber auferlegt werden sollen.¹²⁰⁴ Dies ist ein erneuter klarer Hinweis darauf, dass der Grundsatz der Zahlungspflicht des Arbeitgebers besteht, er aber aus Schutzüberlegungen ausnahmsweise und auch, um Nachteile für Frauen zu vermeiden, nicht aus dieser Verantwortung in Anspruch genommen werden soll; ansonsten wäre die Regelung des Art. 4 Nr. 8 des ILO-Abkommens Nr. 103 obsolet gewesen.

¹¹⁹⁴ Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen Neufassung, ABl. Nr. L 204 S. 23.

¹¹⁹⁵ So etwa *Colneric*, AiB 1992, 179, 187; siehe auch *Mauer*, ZfSH 1991, 584, 584 ff. unter Bezugnahme auf die mittlerweile außer Kraft getretene Richtlinie 76/207/EWG.

¹¹⁹⁶ *Colneric*, AiB 1992, 179, 187; *Mauer*, ZfSH 1991, 584, 587.

¹¹⁹⁷ *Mauer*, ZfSH 1991, 584, 587.

¹¹⁹⁸ *Colneric*, AiB 1992, 179, 187; in diese Richtung tendierend auch *Mauer*, ZfSH 1991, 584, 587 f.

¹¹⁹⁹ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Schutz von Schwangeren oder Wöchnerinnen am Arbeitsplatz, vorgelegt von der Kommission am 18. September 1990, ABl. 1990 Nr. C 281/3

¹²⁰⁰ ABl. 1990 Nr. C 281/3 S. 4.

¹²⁰¹ ABl. 1990 Nr. C 281/3 S. 4.

¹²⁰² Übereinkommen Nr. 103 der Internationalen Arbeitsorganisation über den Mutterschutz (ILO-Abkommen) in der Fassung vom Jahre 1927, in Deutschland ratifiziert seit dem 16.07.1927, RGBl. 1927 II, S. 497. Die Neufassung vom 28.06.1952 wurde in Deutschland nicht ratifiziert.

¹²⁰³ *Mauer*, ZfSH 1991, 584, 588; diese Tendenz aufweisend, siehe auch *Franzen/Gallner/Oetker/Risak*, Art. 11 RL 92/85/EWG, Rn. 2.

¹²⁰⁴ *Mauer*, ZfSH 1991, 584, 588.

Bleiben die Mitgliedstaaten demnach im Rahmen des Mutterschutzes bei der grundsätzlichen Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers, bleibt die Ausnahme zu der Voraussetzung der Erarbeitung – welche zu einem vollständigen Entstehen des Urlaubsanspruchs trotz Ausbleibens der Arbeitsleistung führt – unverändert bestehen. Entscheiden sich die Mitgliedstaaten hingegen für eine Delegation der Kostenübernahme auf einen Sozialversicherungsträger, um den Arbeitgeber zu entlasten und die finanzielle Absicherung und den Diskriminierungsschutz Schwangerer und junger Mütter zu gewährleisten, ändert dies nichts an der grundsätzlich bestehenden Verantwortlichkeit des Arbeitgebers diesbezüglich.

So wird auch in Art. 11 Nr. 2 lit. a der Mutterschutzrichtlinie, in dem die grundsätzliche Gewährleistung des Entstehens von Urlaubsansprüchen normiert ist, im Hinblick auf die Entstehung von Urlaubsansprüchen nicht zwischen den verschiedenen Konstellationen des Dienstleistungsausfalls aufgrund von Vorsorgeuntersuchungen und aufgrund von Mutterschaftsurlaub unterschieden. Hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf den Jahresurlaubsanspruch soll daher ebenfalls kein Unterschied zwischen den Regelungen der Art. 9 und Art. 11 Nr. 2 lit. b der Mutterschutzrichtlinie bestehen.

(2) Vergleich mit der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub

Auch ein Vergleich mit der Regelung des Elternurlaubs nach europäischem Recht deutet in diese Richtung. Hinsichtlich des Elternurlaubs fällt diesbezüglich etwa auf, dass in der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub im Anhang der Richtlinie 2010/18/EU zum einen generell kein Entstehen von Jahresurlaubsansprüchen angeordnet wird. Zum anderen wird in § 5 der Rahmenvereinbarung den Mitgliedstaaten hinsichtlich des Lohnes während dieser Zeit in umfassender Weise Spielraum gelassen – nicht nur hinsichtlich des „Wie“ der Vergütungsfortzahlung, sondern auch hinsichtlich des „Ob“. Darüber hinaus ist in Art. 33 Abs. 2 der Grundrechtecharta von einem „bezahlten Mutterschaftsurlaub“ die Rede, während der ebenfalls erwähnte und gewährleistete Elternurlaub in dieser Norm nicht den Zusatz der Vergütungssicherung enthält.¹²⁰⁵ Die Entgeltsicherung bei gleichzeitigem Entstehen des Erholungsurlaubs in Elternurlaubskonstellationen war für den europäischen Gesetzgeber demnach nicht von besonderer Relevanz – anders als beim Mutterschaftsurlaub, dies stellen Art. 9 und Art. 11 Nr. 2 lit. a und lit. b der Richtlinie 92/85/EWG klar. Erst recht hinsichtlich der Aufrechterhaltung der Vergütungspflicht durch den Arbeitgeber wird beim Vergleich der Mutterschafts- sowie der Elternzeitregelungen der entscheidende Unterschied deutlich. Bei Elternurlaub gibt der europäische Gesetzgeber niemandem die Fortzahlung des Entgelts vor, also auch nicht dem Arbeitgeber. Eine Ausnahme von der Voraussetzung der Erarbeitung ist an dieser

¹²⁰⁵ Gebauer/Wiedmann/Oppertshäuser, Kap. 19, Rn. 157 ff.; siehe auch Graue/Diers, NZS 2015, 777, 779 m.w.N.

Stelle demnach nicht zwingend vorgeschrieben – weder durch Vorgaben bezüglich der Entgeltfortzahlung noch durch Vorgaben bezüglich des Jahresurlaubs. Anders bei Mutterschaftsurlaub beziehungsweise Beschäftigungsverboten Schwangerer, wo explizit der Arbeitgeber und die Möglichkeit der Entgeltfortzahlungspflicht diesbezüglich sowie die ungekürzte Entstehung des Jahresurlaubs erwähnt werden. Die Schutzbedürftigkeit Schwangerer und junger Mütter ist damit eine andere als die junger Eltern. Auch hier wird demnach erneut deutlich, welche große Relevanz insbesondere dem finanziellen Mutterschutz auf europäischer Ebene eingeräumt wird.

Im Vergleich mit der Regelung während des Elternurlaubs ist Art. 11 Nr. 2 lit. b der Mutterschutzrichtlinie daher trotz der Erwähnung der Möglichkeit eines Sozialleistungsanspruchs gerade nicht so zu verstehen, dass eine originäre Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers unionsrechtlich systematisch abzulehnen ist. Vielmehr beruht die doppelte Absicherung zweckorientiert auf besonderen Schutzbedürfnisüberlegungen und spricht demnach nicht gegen die Annahme einer Ausnahmeregelung von der Voraussetzung der Erarbeitung des Urlaubs(entgelt)anspruchs bei Ruhen der Arbeitspflicht und gleichzeitiger Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber.

bb) Zwischenergebnis

Dass die Möglichkeit der Abwälzung der Kosten auf einen Sozialleistungsträger besteht, steht demnach der Annahme nicht entgegen, dass europarechtlich grundsätzlich die Entstehung des Urlaubsanspruchs mit der Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers korreliert.

Die im Rahmen dieser Arbeit vorgenommene Auslegung der Vorgaben des EuGH, die ergeben hat, dass eine Ausnahme zu der Voraussetzung der Erarbeitung angenommen wird, wenn aus Schutzgründen auch das Arbeitsentgelt von Gesetzes wegen fortgewährt wird, ist somit auch mit der Richtlinie 92/85/EWG kongruent und wird durch diese noch unterstrichen. Die Regelung des Art. 11 Nr. 2 lit. b der Richtlinie 92/85/EWG steht dem nicht entgegen.

2. Zwingende Umsetzung der Voraussetzung

Nachdem die hier herausgearbeitete Grundsatz-Ausnahme-Regelung hinsichtlich des Entstehens des Urlaubsanspruchs und damit auch des Urlaubsentgeltanspruchs als richtlinienkonform und damit auch als allgemein unionsrechtskonform¹²⁰⁶ anzusehen ist, stellt sich im Weiteren die Frage, ob diese Vorgaben auch zwingend für die Mitgliedstaaten sind.

¹²⁰⁶ Die Richtlinie ist wie in Kapitel B. I. 3. b) dd) Auswirkung auf die Anwendung nationalen Rechts ausgeführt ihrerseits unionsrechtskonform auszulegen.

a) Zulässigkeit günstigerer Vorschriften

Grundsätzlich ist zu konstatieren, dass die Mitgliedstaaten im Rahmen des normativen Umsetzungsauftrags nach Art. 288 Abs. 3 AEUV an das Richtlinienziel gebunden sind, das für sie verbindlich ist.¹²⁰⁷

Die Arbeitszeitrichtlinie enthält jedoch zunächst nur Mindestschutzvorschriften.¹²⁰⁸ Dies ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1, Abs. 2 lit. a und Art. 15 der Richtlinie 2003/88/EG. Ein Entstehen des Urlaubs auch in ruhenden Konstellationen könnte in diesem Zusammenhang günstiger für die Arbeitnehmer und somit unionsrechtlich zulässig sein.¹²⁰⁹ Fraglich ist an dieser Stelle demnach, ob wirklich ein Zwang besteht, die Voraussetzung der Erarbeitung, die im Vergleich zur momentanen Regelung vielfach zu einer Kürzung der Urlaubs(entgelt)ansprüche in Deutschland führen würde, umzusetzen, oder ob es nicht vielmehr Deutschland an dieser Stelle nach Art. 15 der Richtlinie als Mitgliedstaat selbst zu überlassen sein könnte, günstigere Vorschriften zu erlassen – hier, dass Urlaub keinen weiteren Voraussetzungen unterläge. Eine Kürzung des Urlaubs bei ruhenden Konstellationen wäre somit keine Pflicht, sondern freiwillig, die Richtlinie würde lediglich die Mitgliedstaaten daran hindern, einzelne Arbeitnehmer von diesem Anspruch auszunehmen.¹²¹⁰

aa) Gesamtgünstigkeit

Zu denken wäre dabei zunächst an eine Rechtfertigung der bisherigen deutschen Vorgehensweise durch eine Gesamtgünstigkeit im Vergleich zu den europäischen Vorgaben.¹²¹¹ Doch auch wenn die bislang angenommene gegenwartsbezogene Berechnung des Urlaubsentgelts teilweise zu günstigeren Konstellationen für den Arbeitnehmer führen kann – wie etwa bei einem Wechsel von der Teil- in die Vollzeit –, kann sie in bestimmten Konstellationen insgesamt doch sogar eklatant ungünstiger für den Arbeitnehmer sein.¹²¹² Dies ist immer dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer im Arbeits-beziehungsweise Urlaubsjahr zuvor bereits mehr gearbeitet hat als zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Urlaubs. Besonders deutlich wird die Ungünstigkeit etwa bei der Betrachtung des Urlaubsentgelts bei einem Wechsel von einer Voll- in die fünfzigprozentige Teilzeit, bei dem ein Arbeitnehmer nach dem ursprünglichen Verständnis in

¹²⁰⁷ Schlussanträge Schultz-Hoff der GAin *Trstenjak*, C-350/06, EU:C:2008:37, Rn. 45; Schlussanträge Stringer der GAin *Trstenjak*, C-520/06, EU:C:2008:38, Rn. 45; siehe grundlegend auch Urteil Royer, C-48/75, EU:C:1976:57, Rn. 69/73.

¹²⁰⁸ Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 48; Schlussanträge BECTU des GA *Tizziano*, C-173/99, EU:C:2001:81, Rn. 46; *Forst*, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 7.

¹²⁰⁹ So etwa BAG v. 06.05.2014, AP § 1 BUrtG Nr. 24.

¹²¹⁰ So jedenfalls Urteil BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 46; BAG v. 06.05.2014, AP § 1 BUrtG Nr. 24; *Bayreuther*, DB 2012, 2748, 2749; *Plüm*, NZA 2013, 11, 17; *Powietzka/Christ*, NZA 2013, 18, 21; bezüglich der Kurzarbeit siehe auch *Preis/Sagan/Mehrens/Witschen*, § 7, Rn. 23.

¹²¹¹ So etwa BAG v. 06.05.2014, AP § 1 BUrtG Nr. 24; in diese Richtung tendierend auch *Bayreuther*, DB 2012, 2748, 2749; *Plüm*, NZA 2013, 11, 17; *Powietzka/Christ*, NZA 2013, 18, 21; *Preis/Sagan/Mehrens/Witschen*, § 7, Rn. 23.

¹²¹² Siehe Kapitel B. II. 1. a) bb) Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland.

Deutschland¹²¹³ lediglich die Hälfte seiner Urlaubsvergütung erhielt. Bei einer europäischen Betrachtung hätten die Arbeitnehmer dagegen einen Anspruch auf ein im Verhältnis zur Länge der Vollzeitarbeit im Urlaubsjahr im Vergleich zur Teilzeit erhöhtes Urlaubsentgelt.¹²¹⁴ Die grundsätzlich in Deutschland angewandte Vorgehensweise war somit insgesamt nicht günstiger und demnach nicht als Ganzes im Rahmen von Art. 15 der Arbeitszeitrichtlinie unionsrechtskonform.

Diesbezüglich macht auch die nunmehr geänderte Rechtsprechung des BAG hinsichtlich eines solchen Wechsels von der Voll- in die Teilzeit¹²¹⁵ keinen Unterschied aus. Denn zum einen ist anzuführen, dass bei der aktuellen Vorgehensweise des BAG bereits keine Gesamtgünstigkeit vorliegt, da sie derzeit in sich widersprüchlich ist und zu schwer verständlichen Folgen führt. So vertritt das BAG zwar einerseits mittlerweile europarechtskonform die Einheit der beiden Komponenten Freistellung und Vergütung¹²¹⁶ und lehnt mit dem EuGH eine Kürzung einmal entstandener Urlaubsansprüche ab,¹²¹⁷ versäumt es jedoch, sowohl diese Ergebnisse auf eine dogmatische Grundlage als auch in einen Zusammenhang mit der vorherigen Rechtsprechung zu stellen, nach der auch in ruhenden Arbeitsverhältnissen Urlaubsansprüche entstehen sollten.¹²¹⁸ Es ist widersinnig, die Kürzung der Urlaubs(entgelt)ansprüche nicht vorzunehmen, aber dennoch nicht von einer Erarbeitung dieser Ansprüche auszugehen, wie es das BAG tut. Weiter ergeben sich nach der bis dato gängigen Rechtsprechung des BAG Diskrepanzen zwischen den einzelnen Ruhestatbeständen, denn zum einen bejahte das BAG etwa eine Kürzung des Urlaubsanspruchs bei einem Ruhen des Arbeitsverhältnisses aufgrund des Bezugs von Arbeitslosengeldes in Abgrenzung zur Krankheit¹²¹⁹ und zum anderen enthält das Gesetz selbst Normen, die eine Kürzung vorschreiben, etwa § 17 BEEG. So können sich Konstellationen ergeben, in denen ein Arbeitnehmer aufgrund eines zeitweisen Ruhens seines Arbeitsverhältnisses manchmal Urlaub bekommt und manchmal nicht, etwa bei Elternzeit nicht, bei unbezahltem Sonderurlaub aber schon.¹²²⁰

Zum anderen sind nach wie vor alle anderen Konstellationen, in denen der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Urlaubs weniger arbeitet als zuvor, auch nach dieser aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland im Hinblick auf den Urlaub nachteilig für den Arbeitneh-

¹²¹³ Siehe Kapitel B. II. 1. a) bb) Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland. Daraufhin erfolgte zwar eine europarechtlich indizierte Rechtsprechungsänderung des BAG v. 10.02.2015, NZA 2015, 1005, 1007, dabei wurden jedoch nur die Ergebnisse der EuGH-Rechtsprechung übernommen. Eine dogmatische Auseinandersetzung unterblieb, was zu widersinnigen Ergebnissen führt, wie auch das BAG selbst ausführt.

¹²¹⁴ Hinsichtlich der nachteiligen Regelung des BAG so etwa auch *Mittländer*, AiB 2015, 58, 59.

¹²¹⁵ BAG v. 10.02.2015, NZA 2015, 1005, das BAG erkannte die Problematik dabei zwar, setzte sich jedoch nicht grundlegend mit der Thematik auseinander, sondern übernahm lediglich die Rechtsfolgen.

¹²¹⁶ BAG v. 10.02.2015, NJW 2015, 2520, 2521.

¹²¹⁷ BAG v. 10.02.2015, NZA 2015, 1005, 1006 f.

¹²¹⁸ BAG v. 06.05.2014, AP § 1 BUrlG Nr. 24.

¹²¹⁹ BAG v. 14.03.2006, AP § 7 BUrlG Nr. 90 Abgeltung.

¹²²⁰ Siehe auch das Beispiel bei *Fieberg*, AP § 1 BUrlG Nr. 24, der diese Abweichung des BAG vom Unionsrecht „deutscher Sonderweg“ nennt.

mer. Eine Rechtfertigung teilweise ungünstigerer mitgliedstaatlicher Regelungen mit dem Vorliegen von insgesamt in Bezug auf die Richtlinie günstigeren Vorgaben im Rahmen eines Gesamtgünstigkeitsvergleichs ist jedoch bereits unzulässig. Für die Arbeitnehmer ungünstigere Einzelbestimmungen, die den Mindeststandard der Richtlinie unterschreiten, sind grundsätzlich unwirksam.¹²²¹ Ein Abstellen auf eine Gesamtgünstigkeit ist damit ohnehin an dieser Stelle nicht möglich und auch nicht zielführend.

bb) Günstigkeit im Einzelfall

Nun könnte man die Günstigkeit stattdessen auch nur auf einzelne Konstellationen beziehen, etwa auf die der Kurzarbeit. Die Rechtsprechung in Deutschland könnte in dieser Konstellation, statt mit dem EuGH eine Pro-rata-temporis-Umrechnung der Urlaubsansprüche bei Kurzarbeit anzunehmen, den Arbeitnehmern den vollen Urlaubsanspruch gewähren, was unzweifelhaft günstiger für diese wäre.¹²²² Gleiches könnte auch bei vereinbartem Sonderurlaub vorgenommen werden; in dieser Konstellation Urlaubsansprüche trotz Entfallens der Arbeitsleistung zu gewähren, wäre für die Arbeitnehmer ebenfalls vorteilhaft.¹²²³ Eine solche Vorgehensweise, bei der für jede Situation für sich genommen eine günstigere Regelung getroffen werden könnte als europarechtlich verpflichtend, ist grundsätzlich zunächst möglich.¹²²⁴ Dabei darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass durch die Richtlinie grundsätzliche Vorgaben für die Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs insgesamt getroffen werden. Der EuGH konkretisierte – wie gezeigt zu Recht – die Vorgaben der europäischen Urlaubsnormen diesbezüglich; damit sind sowohl die Voraussetzung der Erarbeitung als auch ihre Ausnahmen insgesamt als verbindliche unionsrechtliche Mindestvorgaben zu werten.¹²²⁵ Wollten die Mitgliedstaaten demnach günstigere Vorschriften zulassen, müssten sie dies auf der Grundlage der Annahme des Urlaubs als Gegenleistung vornehmen und von dieser Voraussetzung dann wiederum ausdrücklich abweichen. Das ist bislang nicht der Fall.

Die bisher in Deutschland gängige Annahme der einzigen Voraussetzungen des Arbeitsverhältnisses und des Erfüllens der Wartezeit für den Urlaubsentgeltanspruch entfalten daher bislang insgesamt nicht bereits aufgrund ihrer Günstigkeit vorrangige Geltung gegenüber den europäischen Vorgaben.

¹²²¹ Buschmann, FS Düwell, S. 45.

¹²²² Joussem, RdA 2015, 305, 318.

¹²²³ So etwa BAG v. 06.05.2014, AP § 1 BUrtG Nr. 24.

¹²²⁴ Buschmann, FS Düwell, S. 45.

¹²²⁵ Siehe Art. 1 Abs. 1, Abs. 2 lit. a und Art. 15 der Richtlinie 2003/88/EG; Joussem, S. 117 ff., 156; Joussem, RdA 2015, 305, 318 spricht klarstellend von einem „Mindestschutzniveau“; Rehahn, FS Wank, S. 435; siehe auch bereits hinsichtlich der Relevanz der EuGH-Rechtsprechung diesbezüglich Kapitel B. II. Grundsätzliche Annahme der Voraussetzung der Arbeitsleistung.

b) Kompetenz zur Festlegung von Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs

Abgesehen von der hier abgelehnten vorrangigen Anwendung des deutschen Rechts aufgrund von Günstigkeitserwägungen, ist zu fragen, ob es nicht den Mitgliedstaaten darüber hinaus generell freigestellt sein könnte, selbst die Voraussetzungen des Urlaubs zu regeln. Das wäre der Fall, wenn sie die entsprechende Kompetenz dazu innehätten.

Grundsätzlich besitzt der Gerichtshof die Auslegungshoheit über die Richtlinie¹²²⁶ und legt ihren Inhalt verbindlich fest¹²²⁷. Die Mitgliedstaaten können durch ihre Rechtsordnungen nach Art. 288 Abs. 2 AEUV die Richtlinien jedoch näher ausgestalten, um deren Ziel zu erreichen. Aufgrund des Subsidiaritätsgrundsatzes nach Art. 5 EUV hat der Unionsgesetzgeber nur die Regelungsbefugnis für wesentliche Aspekte des Jahresurlaubs, also den „verbindlichen Sockel“¹²²⁸ und verweist dementsprechend in Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG hinsichtlich der „Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung“ auf die Maßgaben, „die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind“.¹²²⁹ Die Mitgliedstaaten haben also zunächst nach Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie ausdrücklich die Kompetenz, das „Wie“ des Urlaubs zu bestimmen.

Diesbezüglich hat der EuGH bereits entschieden, dass dieser Ansatz mit dem Regelungsauftrag aus der Ermächtigungsgrundlage im Vertrag und dem Subsidiaritätsprinzip übereinstimmt.¹²³⁰ Es ist also anerkannt, dass zumindest die organisatorischen und verfahrensmäßigen Aspekte des Urlaubs – wie etwa die Bedingungen der Inanspruchnahme – von den einzelnen Staaten autonom normiert werden können.¹²³¹ Fraglich ist aber, ob der deutsche Gesetzgeber darüber hinaus auch das Recht haben könnte, – gegebenenfalls auch – abweichend von den europäischen Vorgaben die Voraussetzungen des Entstehens der Urlaubs- und Urlaubsentgeltansprüche frei zu regeln.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen eines Anspruchs unmittelbar auf sein Entstehen einwirken. Sie sind also grundsätzlich nicht mehr den Modalitäten, also dem „Wie“¹²³² zuzurechnen, sondern dem „Ob“ des Urlaubsanspruchs. *Wank* etwa vertritt dabei, dass es aufgrund des Subsidiaritätsprinzips ausschließlich den Mitgliedstaaten erlaubt sei, Voraussetzungen in die Richtlinie hineinzulesen, diese also zu konkretisieren, wenn diese keine weiteren

¹²²⁶ Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV; Urteil Kühne & Hetz, C-453/00, EU:C:2004:17, Rn. 21; Urteil Kempster, C-2/06, EU:C:2008:78, Rn. 35; *Hantel*, S. 12 m.w.N.; *Iglesias*, NJW 2000, 1889, 1890 f.; differenzierend *Joussen*, S. 42 ff. m.w.N.; *Preis/Sagan/Sagan*, § 1, Rn. 79; *Riesenhuber/Schmidt-Räntsch*, § 23, Rn. 8 f.; *Rebhahn*, FS Wank, S. 435; Schlussanträge Williams der GAin *Trstenjak*, C-155/10, EU:C:2011:403, Rn. 33.

¹²²⁷ NK-GA/Düwell, § 1 BURlG, Rn. 17, 18.

¹²²⁸ *Wißmann*, RdA 2015, 301, 302 f.

¹²²⁹ Schlussanträge Williams der GAin *Trstenjak*, C-155/10, EU:C:2011:403, Rn. 34 f.

¹²³⁰ Urteil Vereinigtes Königreich/Rat, C-84/94, EU:C:1996:431, Rn. 47; Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 57.

¹²³¹ Schlussanträge Stringer der GAin *Trstenjak*, C-520/06, EU:C:2008:38, Rn. 56; Schlussanträge Williams der GAin *Trstenjak*, C-155/10, EU:C:2011:403, Rn. 37; siehe auch Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG.

¹²³² So auch jedenfalls im Ergebnis *Kamanabrou*, RdA 2014, 321, 322; *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1111; *Rummel*, AuR 2009, 160, 162.

Aussagen enthalte.¹²³³ *Tizziano, Trstenjak* und *Bot* als Generalanwälte lehnen dies jedoch entschieden ab.¹²³⁴ Auch der EuGH führte aus, dass die Mitgliedstaaten die Entstehung des sich unmittelbar aus der Arbeitszeitrichtlinie ergebenden Urlaubsanspruchs nicht von irgendeiner Voraussetzung abhängig machen könnten¹²³⁵, er tendiert demnach ebenfalls in eine andere Richtung. Die angestrebte Harmonisierung dieses Bereiches des Arbeitsschutzrechts als Rechtsgrundlage der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG spreche allein der europäischen Gemeinschaft die Kompetenz zu der Bestimmung solcher Entstehungsvoraussetzungen zu.¹²³⁶

Dazu ist zunächst zu sagen, dass zwischen der europäischen und der nationalen Ebene unterschieden werden muss. Nur weil den Mitgliedstaaten versagt wird, die Entstehung des Anspruchs einzuschränken, bedeutet dies noch nichts für das Vorliegen einer unionsrechtlichen Möglichkeit diesbezüglich.¹²³⁷ Auf europäischer Ebene können in die Richtlinie sehr wohl Voraussetzungen hineingelesen werden und der EuGH nimmt dies auch vor, wie in Kapitel B. II. dargestellt. Die Vorgaben der Richtlinie zu den Voraussetzungen sind demnach abschließend. Es besteht für das Subsidiaritätsprinzip insofern kein Spielraum mehr, als die Mitgliedstaaten die Voraussetzungen regeln dürften. Die Richtlinie beinhaltet ferner bereits ausdrücklich die Vorgabe, dass die Bedingungsmodalitäten von den Mitgliedstaaten geregelt werden sollen, insoweit kann man die Richtlinie auch als abschließend verstehen. Im Umkehrschluss ist also davon auszugehen, dass die Bedingungen, die keine Ausübungsmodalitäten darstellen – also die Anspruchsvoraussetzungen – europarechtlich harmonisiert werden sollten.

Dies wird auch durch die Regelung des Urlaubs in Art. 31 Abs. 2 der Grundrechtecharta deutlich, der Anspruch an sich – und seine Entstehung – ist damit primärrechtlich verankert, was seine Stellung als besonders bedeutsamen Grundsatz des Sozialrechts der Union unterstreicht.¹²³⁸ Die Bedeutung der Entstehungsvoraussetzungen des Urlaubs(entgelt)anspruchs ist damit in besonderem Maße untermauert.

Darüber hinaus sollen die Richtlinie und Art. 31 Abs. 2 der Grundrechtecharta einen grundsätzlichen Anspruch auf Urlaub im europäischen Raum für die – arbeitenden – Arbeitnehmer ga-

¹²³³ *Wank*, FS Reuter, S. 931 ff.

¹²³⁴ Schlussanträge BECTU des GA *Tizziano*, C-173/99, EU:C:2001:81, Rn. 34; Schlussanträge Schultz-Hoff der GAin *Trstenjak*, C-350/06, EU:C:2008:37, Rn. 45 ff.; Schlussanträge Stringer der GAin *Trstenjak*, C-520/06, EU:C:2008:38, Rn. 57; Schlussanträge Williams der GAin *Trstenjak*, C-155/10, EU:C:2011:403, Rn. 37 ff.; Schlussanträge Lock des GA *Bot*, C-539/12, EU:C:2013:806, Rn. 24.

¹²³⁵ Siehe etwa Urteil BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 53; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 46; im Ergebnis auch Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 23.

¹²³⁶ Schlussanträge Stringer der GAin *Trstenjak*, C-520/06, EU:C:2008:38, Rn. 60; Art. 153 Abs. 2 EUV, ehemals Art. 137 Abs. 2 EG; so im Ergebnis auch *Boecken*, FS Düwell, S. 60; *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1108.

¹²³⁷ So auch richtig *Stiebert/Pöters*, EuZW 2011, 960, 960 f. unter Verweis auf Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18.

¹²³⁸ Siehe auch die sich immer wiederholende Erwähnung durch den EuGH, Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 31, 37; Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 21 f.; Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398, Rn. 28; Urteil Greenfield, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 27; Urteil Sobczyszyn, C-178/15, EU:C:2016:502, Rn. 19; Urteil Maschek, C-341/15, EU:C:2016:576, Rn. 25.

garantieren. In diesem Zusammenhang und um die volle unionsrechtliche Wirksamkeit zu gewährleisten, muss die europäische Union auch die Voraussetzungen festlegen, denn würde dieses Recht den einzelnen Mitgliedstaaten zufallen, könnten sie die Voraussetzungen so eng fassen, dass dieser eigentlich zu garantierende Anspruch auf Urlaub unterhöhlt werden könnte¹²³⁹ – das verbindliche Ziel der Richtlinie¹²⁴⁰ würde nicht erreicht. Um demnach den Anspruch zu sichern, muss die Kompetenz, Voraussetzungen zu bestimmen, ausschließlich beim europäischen Gesetzgeber verbleiben. Die Mitgliedstaaten können dann die Modalitäten im Einzelnen festlegen,¹²⁴¹ sie entscheiden somit über das „Wie“, nicht das „Ob“¹²⁴². So spricht auch der EuGH die Kompetenz zur Festlegung von Voraussetzungen lediglich der Europäischen Union zu,¹²⁴³ was zur Sicherung des Urlaubsanspruchs notwendig ist, denn sonst könnten, wie schon der EuGH ausführte, einzelne Arbeitnehmer durch die Mitgliedstaaten von dem Anspruch ausgeschlossen werden.¹²⁴⁴ Wenn also etwa *Trstenjak* schlussfolgert, dass die Bestimmung der Methode für die Berechnung des Urlaubsentgelts den Mitgliedstaaten zufällt,¹²⁴⁵ so meint sie damit auch lediglich die Durchführungsmodalitäten der Berechnung, nicht die Voraussetzungen des Urlaubsentgelts.¹²⁴⁶ Die Entstehung des Urlaubs und Urlaubsentgelts muss also ausschließlich unionsrechtlich determiniert sein.

Wenn also teilweise ohne weitere Begründung darauf hingewiesen wurde, dass etwa die *Brandes-* und *Tirol-*Entscheidungen des EuGH nicht zwingend für die nationalen Lösungsansätze seien, es also nicht für die Berechnung vorgegeben sei, ob Zeit- und Geldfaktor anhand der Vollzeit berechnet werden sollen, oder ob zwar die Urlaubstage zu kürzen seien, das Urlaubsentgelt jedoch nicht,¹²⁴⁷ so ist dem nunmehr zunächst zu entgegnen, dass die europäische Union

¹²³⁹ Schlussanträge BECTU des GA *Tizziano*, C-173/99, EU:C:2001:81, Rn. 45; Schlussanträge Schultz-Hoff der GAin *Trstenjak*, C-350/06, EU:C:2008:37, Rn. 45 f.; siehe auch Urteil BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 48; *Bogg*, ELR 2006, 892, 898 konstatierte jedoch, dass der EuGH im Rahmen der BECTU-Rechtsprechung nicht jegliche Erschwerung der Urlaubsausübung für den Arbeitnehmer durch die Mitgliedstaaten untersagen wollte. Er nahm ein solches unionsrechtliches Verbot hingegen nur für Situationen an, in denen die nationalen Ausübungsmodalitäten dazu führen würden, dass der Arbeitnehmer seinen Urlaubsanspruch faktisch unmöglich geltend machen könnte.

¹²⁴⁰ Das von den Mitgliedstaaten zu erreichen ist, siehe Urteil Royer, C-48/75, EU:C:1976:57, Rn. 69/73.

¹²⁴¹ Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2003/88/EG; Urteil BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 53; Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 55, 57.

¹²⁴² Schlussanträge Dominguez der GAin *Trstenjak*, C-282/10, EU:C:2011:559, Rn. 46; siehe auch Preis/Sagan/Mehrens/Witschen, § 7, Rn. 2.

¹²⁴³ Urteil BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 43, 52 ff.; Urteil Gómez, C-342/01, EU:C:2004:160, Rn. 29; Urteil Federatie Nederlandse Vakbeweging, C-124/05, EU:C:2006:244, Rn. 28; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 28; Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 35; siehe explizit bezüglich des Urlaubsentgeltanspruchs auch Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 23; so auch *Powietzka/Rolf*, Anhang 1 RL 2003/88/EG, Rn. 8.

¹²⁴⁴ Siehe etwa Urteil BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 52, 55; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 47; Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 17.

¹²⁴⁵ Schlussanträge Williams der GAin *Trstenjak*, C-155/10, EU:C:2011:403, Rn. 55.

¹²⁴⁶ Sie konstatiert: „Dabei haben die Mitgliedstaaten darauf zu achten, dass die nationalen Anwendungsmodalitäten die sich aus dem Unionsrecht selbst ergebenden Grenzen, einschließlich der Rechtsprechungsgrundsätze [...] beachten.“, Schlussanträge Williams der GAin *Trstenjak*, C-155/10, EU:C:2011:403, Rn. 55.

¹²⁴⁷ Siehe etwa Arnold/Tillmanns/*Rambach*, § 3 BURLG, Rn. 28.

die Kompetenz zur Festlegung der Grundlagen des Anspruchs besitzt. In diesem Zusammenhang ist weiter zu beachten, dass das Unionsrecht – im Rahmen seiner Kompetenz – selbst von einer Einheit der Urlaubsvergütung und Freistellung ausgeht.¹²⁴⁸ Diese macht es also sehr wohl zwingend erforderlich, beide Komponenten gleich zu behandeln, womit eine Kürzung der Freistellung bei gleichbleibender Urlaubsvergütung ausscheidet. Die Entscheidungen geben also zwingende Lösungsansätze vor.

Somit sind sowohl die Vorgaben bezüglich der Einheit des Urlaubsanspruchs, als auch seine Voraussetzung der Erarbeitung und deren Ausnahmemöglichkeiten zwingendes Europarecht und somit unbedingt beachtlich und umzusetzen.¹²⁴⁹

3. Zwischenergebnis

Bei der europarechtlichen Betrachtung des Urlaubsentgelts und im Zuge dessen auch des Urlaubs insgesamt fällt auf, dass es bei der Beantwortung der Frage, ob Urlaub unionsrechtlich Entgelt oder Arbeitsschutz darstellt,¹²⁵⁰ keine „schwarz-weiße Antwort“ in die eine oder andere Richtung gibt, sondern die Antwort vielmehr lauten muss: Urlaub als Ganzes ist zwar Entgelt für geleistete Arbeit, aber er unterfällt auch dem Arbeitsschutz und muss in Ausnahmefällen aus Schutzgründen ohne Gegenleistung gewährt werden. Urlaub ist demnach europarechtlich als eine Mischung aus den Komponenten Entgelt und Arbeitsschutz anzusehen. Dieses Ergebnis ist auch durch die Mitgliedstaaten zwingend umzusetzen.

¹²⁴⁸ Siehe Kapitel B. I. 3. Wesen und normative Grundlage des Urlaubsentgeltanspruchs. Selbst wenn man das der Voraussetzung der Erarbeitung zugrunde liegende Wesen des Urlaubs dabei eher als Durchführungsmodalität ansehen würde, dessen Festlegung nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG den Mitgliedstaaten überlassen wäre, wirkt die Vorgabe jedoch, wie gerade gezeigt, auf den Urlaubsanspruch und seine Voraussetzungen als solche zurück. Damit ist bereits das „Ob“ des Urlaubsanspruchs betroffen, wie der EuGH schon anhand eines anderen Sachverhalts im Rahmen des Robinson-Steele-Urteils klarstellte, Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 51; *Franzen*, NZA 2014, 647, 648. In diesem Fall ist das europäische Recht zwingend.

¹²⁴⁹ Zu den Folgen der Unmöglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts siehe diesbezüglich etwa Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 23; Schlussanträge Fenoll des GA Mengozzi, C-316/13, EU:C:2014:1753, Rn. 55; Urteil Fenoll, C-316/13, EU:C:2015:200, Rn. 48.

¹²⁵⁰ Bezüglich der Frage siehe etwa die Überschrift „Der Erholungsurlaub zwischen Arbeitsschutz und Entgelt“ von Schubert, NZA 2013, 1105.

VI. Möglichkeit richtlinienkonformer Auslegung des deutschen Rechts

Nachdem nun herausgestellt wurde, dass dem Unionsrecht im Rahmen der Kompetenz die Vorgabe der Voraussetzung der Erarbeitung des Urlaubs zu entnehmen ist und das deutsche Recht keine insgesamt oder konkret günstigeren und damit vorrangigen Vorschriften diesbezüglich enthält, sind die Vorgaben des europäischen Rechts in Deutschland unmittelbar zu beachten.

Um Art. 288 Abs. 3 AEUV nachzukommen,¹²⁵¹ müssen sich daher die in der Richtlinie festgelegten Entstehungsvoraussetzungen des Urlaubs(entgelt)anspruchs nun auch – vor allem – in der Auslegung des BUrlG wiederfinden. Ließe sich eine Voraussetzung der Erarbeitung des Urlaubs dabei bereits in das BUrlG und eventuell betroffene weitere Gesetze hineinlesen, müsste demnach im Rahmen des „Optimierungsgebots“ beziehungsweise der „interpretatorischen Vorrangregel“¹²⁵² dieser unionsrechtskonformen Auslegung der Vorrang eingeräumt werden.¹²⁵³ Zumindest das BAG lehnte indes bislang ausdrücklich ab, dass eine solche Voraussetzung des Urlaubsentgelts dem BUrlG beziehungsweise dem deutschen Recht immanent sei.¹²⁵⁴ Dies wurde auch erneut durch die Entscheidung v. 10.02.2015 deutlich, in der das BAG zwar dem EuGH folgte, dies jedoch unter Protest und nicht ohne von „möglichen widersinnigen Folgen“¹²⁵⁵ hinsichtlich des Ergebnisses zu sprechen.

Anschließend an die europäische Betrachtung ist also im Folgenden zu untersuchen, ob entgegen dem BAG eine solche Voraussetzung mitsamt ihrer Ausnahmen nicht doch in das BUrlG und insgesamt in die deutschen Normen diebstalziglich inkorporierbar ist.

Sollte dies der Fall sein, wäre ansonsten anhand einer richtlinienkonformen Auslegung des BUrlG sogar eine Rechtsfortbildung¹²⁵⁶ bis „an die absolute Schmerzgrenze“¹²⁵⁷ vorzunehmen und alles zu tun, um eine Anwendung der Richtlinie zu gewährleisten und so zu einem Ergebnis zu gelangen, das dem Richtlinienziel entspricht.¹²⁵⁸ Andernfalls könnten die Voraussetzung der

¹²⁵¹ Siehe noch Urteil Adeneler, C-212/04, EU:C:2006:443, Rn. 108 zur Vorgängerregelung; so auch Urteil Deutsche Lufthansa, C-109/09, EU:C:2011:129, Rn. 52; siehe auch BAG v. 23.03.2011, NZA 2011, 850, 852; Plüm, NZA 2013, 11, 17.

¹²⁵² Auer, NJW 2007, 1106, 1106; siehe auch Brechmann, S. 259; Canaris, FS Bydliński, S. 47, 64.

¹²⁵³ BVerfG v. 26.09.2011, NJW 2012, 669, 670; Plüm, NZA 2013, 11, 17; siehe sinngemäß auch Urteil Mangold, C-144/04, EU:C:2005:709, Rn. 77.

¹²⁵⁴ Siehe z.B. BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch; BAG v. 06.05.2014, AP § 1 BUrlG Nr. 24. So entschied das Gericht erst kürzlich, dass bei einem Ruhen des Arbeitsverhältnisses aufgrund eines unbezahlten Sonderurlaubs Urlaubsansprüche in vollem Umfang entstünden, das Ruhen also keinerlei Auswirkungen auf den Urlaub habe, BAG v. 06.05.2014, AP § 1 BUrlG Nr. 24. Dabei erwähnte es auch extra noch, dass das Ruhen kein „Teilzeitarbeitsverhältnis mit einer Arbeitspflicht an ‚null Tagen‘ in der Woche“ sei, wohl um so der Argumentation des EuGH zu entgegen, der Kurzarbeit als „Teilzeit Null“ ansah und dementsprechend eine Kürzung des Urlaubs diesbezüglich annahm, siehe Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Rn. 32.

¹²⁵⁵ BAG v. 10.02.2015, NZA 2015, 1005, 1007.

¹²⁵⁶ So zumindest nach dem Verständnis des EuGH, der bei der richtlinienkonformen Auslegung nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung trennt, Riesenhuber/Roth/Jopen, § 13, Rn. 48.

¹²⁵⁷ Plüm, NZA 2013, 11, 17.

¹²⁵⁸ Urteil Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, Rn. 48; Urteil Deutsche Lufthansa, C-109/09, EU:C:2011:129, Rn. 55; Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 24.

Erarbeitung und ihre Ausnahmen aber auch zu einer Europarechtswidrigkeit mancher Normen führen.

1. Voraussetzung der Erarbeitung

Bei der sich zunächst stellenden Frage nach der Richtlinienkonformität des BUrlG werden jeweils nur diejenigen Normen untersucht, bei denen eine solche hinsichtlich einer Voraussetzung der Erarbeitung zweifelhaft ist; diesbezüglich unproblematische Vorschriften werden außer Acht gelassen. Dabei kann im Rahmen der Untersuchung nicht nur auf Normen eingegangen werden, die konkret Bestimmungen zum Urlaubsentgelt enthalten – zum einen stellt die Freistellung den Zeitfaktor der Urlaubsvergütung dar, jede Veränderung diesbezüglich hat direkte Auswirkungen auf die Höhe der Vergütung. Zum anderen ist das Urlaubsentgelt lediglich einheitlich mit der Urlaubsfreistellung zu betrachten, steht eine Vorschrift der Voraussetzung der Erarbeitung der Freistellung entgegen, widerspricht sie gleichzeitig auch der Erarbeitung der Urlaubsvergütung.

a) § 1 BUrlG – Urlaubsanspruch

Dem BAG ist zuzustimmen, dass § 1 BUrlG ausdrücklich keine weiteren Voraussetzungen für den Urlaubsanspruch beinhaltet.¹²⁵⁹ Das bedeutet jedoch zunächst – wie auch auf europäischer Ebene –¹²⁶⁰ lediglich, dass die Auswirkung einer geringen Arbeitsleistung auf den Urlaubsanspruch – und damit auch das Urlaubsentgelt – gesetzlich nicht geregelt ist.¹²⁶¹ Die Abwesenheit von ausdrücklichen Voraussetzungen hindert prinzipiell nicht daran, eine differenzierende Betrachtungsmöglichkeit in die Norm hineinzulesen.¹²⁶² Dabei ist der Wortlaut des § 1 BUrlG nach dem Vorbild des Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie ausgestaltet.¹²⁶³ Lässt sich nun sowohl bereits in die Richtlinie als auch in Art. 31 Abs. 2 der Grundrechtecharta eine Voraussetzung der Erarbeitung hineinlesen, so muss dies demnach auch und erst recht für § 1 BUrlG gelten. Gerade die Tatsache, dass in § 1 BUrlG kein Hinweis zu Voraussetzungen erfolgt, kann auch so ausgelegt werden, dass der Paragraph lediglich grundsätzlich die Existenz des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub sichern soll, etwa als eine Art Einleitung zu den übrigen Regelungen, die diesen Anspruch dann exakter ausformen.

¹²⁵⁹ Beispielhaft BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61; BAG v. 12.03.2013, AP § 7 BUrlG Nr. 99 Abgeltung; BAG v. 06.05.2014, AP § 1 BUrlG Nr. 24; so auch *Boemke*, JuS 2015, 560, 561 f.

¹²⁶⁰ Siehe bereits Kapitel B. V. 1. a) aa) (1) Voraussetzung der Erarbeitung.

¹²⁶¹ *Schumann*, AuR 1970, 71, 71.

¹²⁶² So etwa im Ergebnis *Fieberg*, AP § 1 BUrlG Nr. 24, der die Auslegung des § 1 BUrlG durch das BAG ablehnt und diese als apodiktisch und undifferenziert bezeichnet; teilweise wird die teleologische Reduktion sogar unter den Auslegungskanon („vielmehr gehört auch die teleologische Reduktion zu den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung“) gefasst, siehe etwa *Plüm*, NZA 2013, 11, 17 unter Verweis auf BVerfG v. 26.08.2011, NJW 2012, 669, 671 f.

¹²⁶³ Zumindest wird er nachträglich als richtlinienkonform betrachtet, siehe etwa BeckOK-ArbR/Lampe, § 1 BUrlG, Rn. 1; die beiden Wortlaute ähneln sich dabei stark.

Im Rahmen einer europarechtskonformen Auslegung kann § 1 BUrlG also ohne Weiteres so verstanden werden, als enthielte er beispielsweise den stummen Zusatz „nach den weiteren Voraussetzungen“.¹²⁶⁴ Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund des Urlaubszwecks geboten. Der Begriff „Erholungsurlaub“ in § 1 BUrlG spricht dabei bereits für eine Erarbeitung, denn er weist auf den Zweck des Urlaubs, sich von getaner Arbeit zu erholen, hin – woher sollte die Notwendigkeit der Erholung eines Arbeitnehmers sonst stammen?¹²⁶⁵ Dies entspräche auch den völkerrechtlichen Bestimmungen in Art. 4 Abs. 1 des ILO-Abkommens Nr. 132,¹²⁶⁶ welche bei der Interpretation von § 1 BUrlG, respektive des gesamten BUrlG beachtet werden sollten – sei es aufgrund der „vollen Anwendbarkeit“ des Abkommens oder aufgrund der vorzunehmenden völkerrechtsfreundlichen Auslegung.¹²⁶⁷

b) § 3 BUrlG – Dauer des Urlaubs

§ 3 Abs. 1 BUrlG legt die Mindestanzahl der Werktage im Jahr, an denen der Arbeitnehmer Urlaub hat, fest. Absatz 2 beinhaltet weiter die Klarstellung, welche Tage als Werktage gelten und welche nicht.

§ 3 BUrlG Dauer des Urlaubs

(1) Der Urlaub beträgt jährlich mindestens 24 Werktage.

(2) Als Werktage gelten alle Kalendertage, die nicht Sonn- oder gesetzliche Feiertage sind.

aa) Absatz 1

Auch diese Vorschrift enthält nicht ausdrücklich weitere Voraussetzungen des Urlaubs, schließt diese aber wie § 1 BUrlG ebenfalls nicht aus. § 3 Abs. 1 BUrlG ist insgesamt eher starr formuliert, man könnte ihn so verstehen, dass Arbeitnehmer in *jedem* Fall einen Anspruch auf 24 (Werk- beziehungsweise Arbeits-)Tage Urlaub im Jahr haben sollten. Dieses Auslegungsergebnis wäre jedoch, wie bereits ausgeführt,¹²⁶⁸ nur dann europarechtskonform, wenn diese Maßgabe wirklich als Mindestmaß für jede Eventualität gelten würde. Nur dann läge eine insgesamt günstigere Regelung für den Arbeitnehmer vor. Dies würde jedoch bedeuten, dass der Arbeit-

¹²⁶⁴ So fodert etwa auch *Fenski* eine teleologische Reduktion des § 1 BUrlG, *Fenski*, NZA 2014, 1381, 1382 ff., der insbesondere in Fn. 27 unter Hinweis auf das Vorgehen des BAG hinsichtlich der europarechtskonformen teleologischen Reduktion des § 7 Abs. 3 BUrlG – BAG v. 24.03.2009, AP § 7 BUrlG Nr. 39 m.w.N. – auch eine teleologische Reduktion an dieser Stelle als möglich erachtet; siehe in diese Richtung tendierend auch *Latzel/Sausmikat*, JA 2015, 597, 502; *Plüm*, NZA 2013, 11, 12, Fn. 5.

¹²⁶⁵ Siehe bereits Kapitel B II. 3. b) bb) Eigene Stellungnahme und auch *Beckerle*, RdA 1985, 352, 353; *Fenski*, NZA 2014, 1381, 1382 ff.

¹²⁶⁶ Siehe Kapitel B V. 1. a) aa) (1) Voraussetzung der Erarbeitung.

¹²⁶⁷ *Düwell*, DB 2012, 1749, 1751; *Plüm*, NZA 2013, 11, 17.

¹²⁶⁸ Siehe Kapitel B V. 2. a) Zulässigkeit günstigerer Vorschriften.

nehmer auch dann einen vollen Anspruch auf Jahresurlaub hätte, wenn er beispielsweise einfach wochenlang nicht zur Arbeit erschiene, weil er keine Lust dazu hätte. Ebenso müsste dies grundsätzlich auch für Arbeitnehmer in Kurzarbeits- oder Teilzeitkonstellationen gelten. In diesen Fällen müsste der Arbeitnehmer jeweils 24 volle *Arbeitstage* Freistellung erhalten. Dies ist jedoch, wie zuvor dargestellt, in Deutschland bisher nicht die Regel.¹²⁶⁹ Vielmehr werden hier die 24 *Werktage* Urlaub in der Sechstageswoche pro-rata-temporis auf die tatsächlichen *Arbeitstage* umgerechnet. Eine Nichtvornahme der richtlinienkonformen Auslegung aufgrund einer günstigeren Regel als in der Arbeitszeitrichtlinie ist somit nicht zulässig; auch in Deutschland wird § 3 BUrlG nicht so verstanden, dass die Arbeitnehmer in *jedem* Fall einen Anspruch auf mindestens 24 *Arbeitstage* Urlaub im Jahr haben sollen. Gegebenenfalls unionsrechtlich zulässige einzelne günstigere Konstellationen werden in der Norm nicht angesprochen.

Die Vorschrift enthält somit zwar zunächst eine feste Minstdauer der Freistellung und die Mindesthöhe des Zeitfaktors des Urlaubsentgelts, diese Parameter gelten jedoch folglich nur für den Normalfall des arbeitenden Arbeitnehmers in einer Sechstageswoche und nicht für ruhende Arbeitsverhältnisse oder Sonderfälle. Die Norm muss also vielmehr im Sinne der Arbeitszeitrichtlinie gelesen und ausgelegt werden und diese implementiert die Voraussetzung der Erarbeitung. Dass die in § 3 Abs. 1 BUrlG vorgegebene Zeit dabei im Einzelnen auch einer Anpassung oder Umrechnung unterliegen kann, ist zwar nicht ausdrücklich geregelt, ergibt sich jedoch bereits eindeutig aus der üblicherweise angewandten Pro-rata-temporis-Berechnung. Darüber hinaus ist die Umrechnungsmöglichkeit auch durch das europäische Recht vorgegeben. So hat der EuGH entschieden, dass die Freistellungszeit auch unter den von der Richtlinie vorgegebenen vier Wochen anzusetzen sein kann, wenn im Urlaubsjahr etwa aufgrund von Kurzarbeit überhaupt nicht gearbeitet wurde.¹²⁷⁰ Dies entspricht – wie bereits zuvor ausgeführt – auch der Regelung in der Grundrechtecharta, die zur Auslegung der Richtlinie herangezogen werden muss und in deren Art. 31 Abs. 2 keine Minstdauer vorgeschrieben ist.¹²⁷¹ Kann demnach in Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie die Möglichkeit der Umrechnung der Urlaubsdauer hingeingelesen werden, muss dies erst recht auch für § 3 Abs. 1 BUrlG gelten.

§ 3 Abs. 1 BUrlG ist also richtlinienkonform so zu verstehen und auszulegen, dass er lediglich knapp den grundsätzlichen Rahmen des Urlaubsumfangs im Idealfall einer Sechstageswoche in Vollzeit bei erfolgter Arbeitsleistung in Deutschland betrifft.¹²⁷² Er ist dabei aber besonders in Sonderkonstellationen, wie etwa dem Ruhen des Arbeitsverhältnisses aus den verschiedenen Ursachen nicht streng an seinem Wortlaut zu messen, sondern in das Gesamtgefüge des Urlaubs

¹²⁶⁹ Es erfolgt vielmehr grundsätzlich eine Pro-rata-temporis-Umrechnung, siehe Kapitel B. II. 1. a) bb) Ursprüngliche Sichtweise in Deutschland.

¹²⁷⁰ Siehe Kapitel B. II. 1. b) aa) Rechtsprechung des EuGH.

¹²⁷¹ Siehe Kapitel B. V. 1. a) aa) (1) Voraussetzung der Erarbeitung.

¹²⁷² In diese Richtung tendieren auch *Latzel/Sausmikat*, JA 2015, 597, 502, die eine richtlinienkonforme Auslegung diesbezüglich als unproblematisch erachten.

einzufragen. Eine in einem solchen Fall vorgenommene pro-rata-temporis berechnete Jahresurlaubszeit – also ein Zeitfaktor –, mit weniger Tagen als den in § 3 Abs. 1 BUrlG vorgesehenen, entspricht somit der Norm.

Der Wortlaut des § 3 Abs. 1 BUrlG ist somit unvollständig, er könnte aber etwa gedanklich europarechtskonform so ergänzt werden, als würde in Absatz 3 stehen: „Der Urlaub ist dabei anteilig im Verhältnis zur Arbeitsleistung zu berechnen.“

bb) Absatz 2

Nachdem Absatz 1 also ohne Weiteres unionsrechtskonform ausgelegt werden kann, könnte § 3 BUrlG jedoch hinsichtlich des Absatzes 2 europarechtlich vor dem Hintergrund der Voraussetzung der Erarbeitung Konfliktpotential beinhalten. Denn dort werden ausdrücklich Sonn- und Feiertage von den Werktagen ausgenommen, was das BAG und Teile der Literatur früher zu der Interpretation verleitet hat, dass solche Tage generell nicht als Werktage gezählt werden dürften, auch wenn der Arbeitnehmer an ihnen arbeiten müsse; er erhalte an diesen Tagen also demnach auch keine Urlaubsvergütung.¹²⁷³ Diese Annahme widerspricht der Voraussetzung der Erarbeitung grundsätzlich, denn wenn ein Arbeitnehmer beispielsweise sonntags arbeiten muss, dies aber keinen offiziellen Werktag darstellen würde, dürfte dieser faktische Arbeitstag nicht in die Berechnung des Zeit- und Geldfaktors des Urlaubs einbezogen werden. Er fiel somit nicht ins Gewicht, die Berechnung würde verfälscht und spiegelte nicht den exakt erarbeiteten Urlaub wieder. Sollte der eindeutige Wortlaut des § 3 Abs. 2 BUrlG also als zwingend interpretiert werden, wäre der Absatz nicht richtlinienkonform.

In der aktuelleren Rechtsprechung und Literatur in Deutschland wird dies jedoch bereits aufgrund der ratio des § 3 Abs. 2 BUrlG selbst anders beurteilt, auch Sonn- und Feiertage dürften entgegen dem Wortlaut als Werktage gelten und einbezogen werden, wenn dies in der entsprechenden Branche üblich sei.¹²⁷⁴ Sonst dürfe etwa ein Sonntag auch keinen Urlaubstag darstellen, was zu dem kuriosen Ergebnis führen würde, dass der Arbeitnehmer an den Sonntagen während seines Urlaubs arbeiten müsste.¹²⁷⁵ Allein nach deutschem Recht ist diesbezüglich somit eine extensive Auslegung des § 3 Abs. 2 BUrlG bereits möglich und geboten, dann muss ein solches Auslegungsergebnis erst recht im Rahmen der richtlinienkonformen Betrachtung möglich sein. § 3 Abs. 2 BUrlG ist damit nicht streng anhand seines Wortlauts, sondern vielmehr anhand seines Sinnes und Zwecks und im Rahmen einer vorzunehmenden richtlinienkonformen Auslegung extensiv so zu verstehen, dass Sonn- und Feiertage gegebenenfalls ebenfalls als Werktage zählen können, wenn sie tatsächliche Arbeitstage der Arbeitnehmer darstellen.

¹²⁷³ BAG v. 14.05.1964, AP § 611 BGB Nr. 94 Urlaubsrecht; Neumann/Fenski/Kühn/Neumann, § 3 BUrlG, Rn. 27 ff.; Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein, § 3 BUrlG, Rn. 23 ff.

¹²⁷⁴ BAG v. 15.01.2013, AP § 26 TVöD Nr. 4; ErfK/Gallner, § 3 BUrlG, Rn. 11 f.; Friese, S. 36 f.; Leinemann/Linck, § 3 BUrlG, Rn. 27; Hohmeister, BB 2000, 406, 407; Hohmeister/Oppermann/Hohmeister, § 3 BUrlG, Rn. 25 f.

¹²⁷⁵ Hohmeister/Oppermann/Hohmeister, § 3 BUrlG, Rn. 26.

§ 3 BUrlG kann damit insgesamt unproblematisch europarechtskonform – weiterhin – so verstanden werden, dass mit den genannten *Werktagen* die tatsächlichen *Arbeitstage* gemeint sind und dass diese zu berücksichtigen sind, egal auf welchen Tag sie fallen.

c) § 4 BUrlG – Wartezeit

In § 4 BUrlG ist festgelegt, dass der Urlaubsanspruch zunächst über den Zeitraum eines halben Jahres verdient werden muss.¹²⁷⁶

§ 4 BUrlG

Wartezeit

Der volle Urlaubsanspruch wird erstmalig nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses erworben.

Dies könnte zum einen so verstanden werden, dass die Norm einen klaren Hinweis auf die Erarbeitung des Urlaubs enthält,¹²⁷⁷ wobei der Zweck von § 4 BUrlG in diesem Fall darin bestünde, darauf hinzuweisen, dass in Abgrenzung zu § 1 BUrlG nicht das gesamte Urlaubsjahr für die Berechnung des erarbeiteten Urlaubs heranzuziehen ist, sondern zunächst nur das erste halbe Jahr. Für diese Sichtweise spricht insbesondere die Formulierung in § 4 BUrlG, dass der Urlaubsanspruch „erworben“ wird.

Auf der anderen Seite könnte man den Wortlaut des § 4 BUrlG auch genau gegenteilig verstehen und gerade als Argument heranziehen, dass in Deutschland der Urlaub grundsätzlich nicht erarbeitet werden muss.¹²⁷⁸ So wird etwa konstatiert, § 4 BUrlG sei schließlich die einzige Norm, die überhaupt explizit Voraussetzungen für den Urlaubsanspruch aufstelle, von einer Erarbeitung sei jedoch hier keine Rede.¹²⁷⁹ In diesem Fall würde man die Norm so auslegen, dass gerade nur das Bestehen des Arbeitsverhältnisses beziehungsweise die Betriebstreue ausschlaggebend sein soll und die Wartezeit daher ausschließlich soziologische Gründe bezüglich einer inneren Beziehung zu dem Betrieb hat.¹²⁸⁰ So hatte der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung noch darauf hingewiesen, dass das Erfüllen der Wartezeit keine erfolgte Arbeitsleistung voraussetze.¹²⁸¹

Aufgrund ihrer verschiedenen Interpretationsmöglichkeiten ist die Norm insoweit zunächst nicht sehr aussagekräftig.

¹²⁷⁶ So auch *Beckerle*, RdA 1985, 352, 353.

¹²⁷⁷ So etwa *Güntner*, AuR 1963, 77, 80; *Streblow*, S. 37.

¹²⁷⁸ *Groeger*, ArbR 2010, 119, 120; in diese Richtung tendierend auch *Peterek*, EzA § 3 BUrlG Nr. 13, der § 4 BUrlG zumindest nicht als einem grundsätzlichen Verhältnis zwischen Arbeitsleistung und Urlaubsverlangen entgegenstehend betrachtet.

¹²⁷⁹ BAG v. 17.05.2011, AP § 17 BEEG Nr. 1.

¹²⁸⁰ So etwa *Winderlich*, AuR 1989, 300, 305 mit Hinweis auf den gesetzgeberischen Willen, BT-Drucks. IV/785, S. 3.

¹²⁸¹ BT-Drucks. IV/785, S. 3.

Nähme man jedoch die Sichtweise des BAG wörtlich und würde eine Voraussetzung der Erarbeitung grundsätzlich ablehnen, so wäre diese Wartezeit – auch wenn sie aufgrund des klaren Wortlauts zur Anwendung kommen müsste – widersinnig. Wenn jeder Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsvertrags Urlaub haben solle, warum dann erst nach einem halben Jahr? Nach der Fürsorgetheorie wurde die Wartezeit zwar damit begründet, dass der Arbeitnehmer erst eine Weile im Betrieb arbeiten müsse, bevor eine innere Bindung und Treuebeziehung zu dem Betrieb und damit Schutzpflichten des Arbeitgebers entstünden.¹²⁸² Warum diese Zeitspanne jedoch gerade sechs Monate betragen soll, mutet als etwas willkürlich an.

Darüber hinaus spricht nichts dafür, § 4 BUrlG als verallgemeinerungsfähig anzusehen, selbst wenn die erfolgte Arbeitsleistung in diesem Rahmen nicht von Bedeutung sein sollte.¹²⁸³ Auch wenn der Wortlaut insoweit lediglich das Bestehen des Arbeitsverhältnisses für den erstmaligen Erwerb des vollen Urlaubsanspruchs nach der Wartezeit voraussetzt, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass die zuvor erbrachten Arbeitsleistungen nicht von Bedeutung sein sollen.¹²⁸⁴ Es sagt vielmehr lediglich aus, dass vor Ablauf des ersten halben Jahres nicht der vollumfängliche Urlaubsanspruch erworben werden kann, er also zeitlich dispensiert ist.

Hinsichtlich einer Voraussetzung der Erarbeitung bleibt insoweit jedoch zunächst festzuhalten, dass § 4 BUrlG problemlos europarechtskonform ausgelegt und verstanden werden kann.

Betrachtet man die Norm aber vor dem Hintergrund der Aussage des EuGH, dass es den Mitgliedstaaten nicht erlaubt sei, die Voraussetzung einer ununterbrochenen Mindestbeschäftigungszeit von dreizehn Wochen für den Urlaubsanspruch aufzustellen,¹²⁸⁵ fügt sich § 4 BUrlG doch insgesamt nicht ohne Weiteres in das europäische System ein. Ein Referenzzeitraum beziehungsweise eine Wartezeit von dreizehn Wochen dürfen auf nationaler Ebene nicht dazu führen, dass der Anspruch erst im Anschluss an diese Erarbeitung entsteht. Insoweit läge eine unzulässige Begrenzung des Anspruchs selbst vor,¹²⁸⁶ die die Kompetenz der Mitgliedstaaten übersteigen würde.¹²⁸⁷ An dieser Stelle ist jedoch die Regelung des § 5 BUrlG zu beachten. Hier wird noch einmal deutlich, dass der Anspruch bereits während der Wartezeit anteilig entsteht und nicht erst im Anschluss – er kann auch abweichend von § 4 BUrlG nach § 5 Abs. 1 a) und b) BUrlG geltend gemacht werden, wenn die Wartezeit nicht vollständig im Kalenderjahr oder überhaupt erfüllt wird. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des EuGH,

¹²⁸² Neumann, RdA 1977, 265, 268; Dersch/Neumann, § 4 BUrlG, Rn. 1; Gaul/Boewer, S. 16 f.

¹²⁸³ So auch Höpfner, AP § 7 BUrlG Nr. 61 unter Verweis auf BT-Drucks. IV/785, S. 3, der jedoch insgesamt zu einer Unerheblichkeit der Arbeitsleistung tendiert.

¹²⁸⁴ Auch wenn dies vornehmlich vertreten wird, siehe etwa ErfK/Gallner, § 4 BUrlG, Rn. 4; Friese, S. 26; HWK/Schinz, § 4 BUrlG, Rn. 8; Leinemann/Linck, § 4 BUrlG, Rn. 12; Neumann/Fenski/Kühn/Neumann, § 4 BUrlG, Rn. 38; Schaub/Linck, § 104, Rn. 27. Dies verwundert jedoch auch vor dem Hintergrund, dass es der aktuell vorherrschenden nationalen Ansicht entspricht, dass das Bestehen des Arbeitsverhältnisses – neben dem Erfüllen der Wartezeit – einzige Voraussetzung für das Entstehen des Urlaubsanspruchs sei.

¹²⁸⁵ Urteil BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 64.

¹²⁸⁶ A.A. Fenski, NZA 2014, 1381, 1384, der auf das ILO-Übereinkommen Nr. 132 verweist.

¹²⁸⁷ Siehe zu den jeweiligen Kompetenzen Kapitel B V. 2. b) Kompetenz zur Festlegung von Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs.

der insbesondere kurzfristig beschäftigte Arbeitnehmer schützen und diesen ihren – ohnehin erarbeiteten – Urlaubsanspruch sichern wollte.¹²⁸⁸ Diese Norm gewährleistet somit die Europarechtskonformität des § 4 BUrlG¹²⁸⁹ und unterstreicht anhand der ihr unionsrechtlich zugrunde liegenden Prämisse erneut die Dispensationsfunktion von § 4 BUrlG sowie die immanente Voraussetzung der Erarbeitung – der Urlaubsanspruch muss von Anfang an pro-rata-temporis anhand der geleisteten Arbeitszeit entstehen.

d) § 5 Abs. 1 BUrlG – Teilurlaub

Bevor der Arbeitnehmer seinen Jahresurlaub nehmen kann, soll er grundsätzlich nach § 4 BUrlG zunächst Arbeitsleistungen zumindest über ein halbes Jahr erbringen. Vollendet er diese Wartezeit jedoch nicht, so enthält § 5 Abs. 1 BUrlG Regelungen, wie der zu dieser Zeit bereits anteilig erarbeitete Urlaubsanspruch dann pro-rata-temporis monatsweise bestimmt wird.

§ 5 BUrlG Teilurlaub

(1) Anspruch auf ein Zwölftel des Jahresurlaubs für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer

- a) für Zeiten eines Kalenderjahres, für die er wegen Nichterfüllung der Wartezeit in diesem Kalenderjahr keinen vollen Urlaubsanspruch erwirbt;*
- b) wenn er vor erfüllter Wartezeit aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet;*
- c) wenn er nach erfüllter Wartezeit in der ersten Hälfte eines Kalenderjahres aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet.*

Diese Norm spricht demnach in ihrer derzeitigen Fassung stark für eine Voraussetzung der Erarbeitung, insbesondere durch die Formulierung „Anspruch auf ein Zwölftel des Jahresurlaubs für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses“.¹²⁹⁰ Das Bestehen des Arbeitsverhältnisses und die Arbeitsleistung bedingen sich dabei immerhin mittelbar, schließlich ist im Normalfall die Erbringung von Diensten Hauptbestandteil des Arbeitsvertrags.¹²⁹¹ In § 5 Abs. 1 S. 1 BUrlG wird eine Berechnung des Urlaubs beziehungsweise des Urlaubsentgelts

¹²⁸⁸ Urteil BECTU, C-173/99, EU:C:2001:356, Rn. 63.

¹²⁸⁹ So auch Gebauer/Wiedmann/Oppertshäuser, Kap. 19, Rn. 134.

¹²⁹⁰ A.A. Neumann, RdA 1977, 265, 268, der für eine Betrachtung des Urlaubs als Entgelt hier eine stärkere Bindung zwischen Arbeitsleistung und Urlaub fordert.

¹²⁹¹ BeckOK-ArbR/Joussen, § 611 BGB, Rn. 292; ErfK/Preis, § 611 BGB, Rn. 639; Schaub/Linck, § 29, Rn. 4; generell zu Dienstverträgen siehe BeckOK-BGB/Fuchs, § 611 BGB, Rn. 60.

in Abhängigkeit zu der erfolgten Arbeitsleistung implementiert.¹²⁹² Diese Vorgehensweise korreliert exakt mit der Voraussetzung der Erarbeitung,¹²⁹³ sie kommt also zumindest in dieser Norm bereits im BUrlG vor und ist dem Gesetz nicht grundsätzlich fremd. Dies musste auch bereits das BAG zugeben, das die Zwölfteilung als eine gerechte Urlaubsregelung bezeichnete. Es spiegele den Grundgedanken des Urlaubszwecks der Erholung von geleisteter Arbeit für noch zu leistende Arbeit wider.¹²⁹⁴ Dabei wird bereits ein gewisser Bezug zur Arbeitsleistung deutlich.

Problematisch könnte an dieser Stelle jedoch sein, dass der Gesetzgeber diese Art der monatlichen Pro-rata-temporis-Berechnung lediglich für die Wartezeit geregelt hat und nicht für den Urlaub insgesamt. Dies könnte bedeuten, dass der Gesetzgeber sich bewusst dagegen entschieden hat, diese Art der Berechnung für den gesamten Urlaub anzuwenden. Hiergegen ist aber vorzubringen, dass die Berechnung der Urlaubstage in § 5 BUrlG anhand von gearbeiteten ganzen Monaten erfolgt. Dieser Zeitraum ist sehr großschrittig und bildet damit das Verhältnis zwischen der Arbeit und der dadurch verdienten bezahlten Freizeit nur sehr unscharf ab. Um bei der Berechnung des Urlaubs exaktere und damit gerechtere Ergebnisse zu erzielen, müsste insgesamt ein kleinerer Referenzzeitraum pro zu erarbeitendem Urlaubstag angewandt werden, etwa Tage oder sogar Stunden. Der Gesetzgeber hat mit § 5 BUrlG für die Wartezeit bewusst einen längeren und unschärferen Zeitraum zur Berechnung gewählt, der jedoch nicht die Entstehung des Anspruchs beeinflussen soll – und kann –, sondern lediglich eine Ausübungsmodalität darstellt. Das bedeutet, dass zwar die Modalität der Gewährung grundsätzlich nach § 5 Abs. 1 BUrlG monatsweise ist, der Urlaub aber dennoch tageweise erarbeitet wird. Wird dabei die monatliche Arbeitsleistung nicht vollständig erfüllt, entsteht der Anspruch trotzdem anteilig. Diese Regelung ist vergleichbar mit der der monatlichen Arbeitsvergütung; auch wenn das Arbeitsentgelt bei dieser Methode lediglich monatlich ausgezahlt wird, erhält der Arbeitnehmer dennoch verminderte Arbeitsentgeltansprüche, wenn er etwa nur zwei Wochen in dem entsprechenden Monat arbeitet.¹²⁹⁵ Leistet ein Arbeitnehmer daher innerhalb der Wartezeit acht Wochen Arbeit, so erhält er nicht nur ein Sechstel des Urlaubsanspruchs, sondern den exakten tageweise berechneten Anspruch. Die Regelung sagt somit nichts weiter über eine generelle und gegebenenfalls an kürzeren Zeiträumen zu messende Urlaubsberechnung aus, sie stellt lediglich die generelle Modalität der Urlaubsgewährung während der Wartezeit dar.

Teilweise wird § 5 Abs. 1 BUrlG demgegenüber auch als Anhaltspunkt dafür genommen, dass das BUrlG den Fürsorgecharakter des Urlaubs anstelle eines Entgeltcharakters enthalte.¹²⁹⁶ Als Begründung wird angeführt, dass ein Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis etwa nach sieben Monaten nicht zu einer Verkürzung des Urlaubs führe und bereits nach

¹²⁹² Siehe auch *Beckerle*, RdA 1985, 352, 353; siehe auch *Renaud*, S. 29 f. hinsichtlich der Entgelttheorie.

¹²⁹³ *Richardi*, FS Hoyningen-Huene, S. 437.

¹²⁹⁴ BAG v. 03.10.1958, AP § 394 BGB Nr. 3.

¹²⁹⁵ Siehe etwa sinngemäß BeckOK-ArbR/*Stoffels*, § 628 BGB, Rn. 11; ErfK/*Preis*, § 611 BGB, Rn. 390.

¹²⁹⁶ *Neumann*, RdA 1977, 265, 268; *Siara*, DB 1975, 836, 838.

Ablauf der sechs Monate Wartezeit sofort der „volle“ Anspruch auf Jahresurlaub entstehe.¹²⁹⁷ Wäre der Urlaub demnach eine Gegenleistung, müsste doch zunächst nur der halbe Jahresurlaub gewährt werden, der bis zu diesem Zeitpunkt erarbeitet wäre.

Bei der Auseinandersetzung mit dieser Ansicht ist jedoch zu berücksichtigen, dass nach Ablauf der Wartezeit nach dem hier angewandten Verständnis nach wie vor eine Berechnung anhand der erarbeiteten Zeit erfolgen müsste, jedoch anhand von genaueren Parametern, also etwa tageweise. Darüber hinaus wird in Deutschland das Urlaubs- und Arbeitsjahr immer als ein Ganzes betrachtet, auch hier hat der Arbeitnehmer bereits im laufenden Arbeitsjahr Urlaubsansprüche und nicht erst im darauffolgenden. Gleichzeitig eine Voraussetzung der Erarbeitung anzunehmen, führt folglich zu Berechnungsproblemen. Das bedeutet aber nicht, dass diese Voraussetzung nicht anzuerkennen ist, es führt vielmehr zu einer prognosebasierten Berechnung. Der Arbeitnehmer verdient sich zwar seinen Urlaub und sein Urlaubsentgelt durch Arbeitsleistung, jedoch entsteht der Anspruch diesbezüglich aufgrund einer Prognose der zu leistenden Arbeit im laufenden Arbeitsjahr. Ändert sich während des Jahres diese Arbeitszeit, muss die Berechnung angepasst werden, natürlich unter Beachtung der bereits verdienten Anteile. Wie diese Prognose im Einzelnen aussieht, wird dabei später noch Teil einer genaueren Untersuchung sein.¹²⁹⁸

Unter dieser Prämisse ist die Regelung des § 5 Abs. 1 BUrlG sinnvoll, denn wenn das Arbeitsverhältnis etwa zum 01.01. beginnt und es absehbar ist, dass die Arbeitszeit das Jahr über gleichbleibend ist, so erhält der Arbeitnehmer aufgrund der Wartezeitregelungen nicht bereits zum 01.01. den vollen Urlaubs(entgelt)anspruch aufgrund der Prognoseberechnung, sondern erst zum 01.07.

Eine ähnliche Problematik besteht hinsichtlich der Kürzungsmöglichkeit bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der ersten Jahreshälfte nach Abschluss der Wartezeit nach § 5 Abs. 1 c) BUrlG. Auch an dieser Stelle zeigt sich wieder das grundsätzliche Verständnis des Gesetzgebers, der doch nicht ausschließlich den Bestand des Dienstverhältnisses zu Beginn des Jahres als einzige Voraussetzung des vollen Urlaubsanspruchs ausreichen lassen wollte. Ebenso wird in der Gesetzesbegründung lediglich in die Richtung argumentiert, dass bei einem Ausscheiden nicht das ganze letzte Arbeitsjahr in die anteilige Berechnung des Urlaubs miteinfließe, sondern lediglich Teilurlaub bei einem Ausscheiden in der ersten Jahreshälfte gewährt werde.¹²⁹⁹ Dass überhaupt eine Kürzung des Urlaubsanspruchs bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorgenommen werden soll, ist also unbestritten. Es spielt daher insoweit auch keine Rolle, dass § 5 Abs. 1 c) BUrlG nominell eine andere Kürzungsmodalität vorsieht, als diese nach der europarechtlich indizierten Voraussetzung der Erarbeitung vorzunehmen ist. Im

¹²⁹⁷ So etwa auch BAG v. 20.10.2015, AP § 7 BUrlG Nr. 77.

¹²⁹⁸ Siehe Kapitel B. VII. 1. Zeitpunkt der Erarbeitung.

¹²⁹⁹ BT-Drucks. IV/785, S. 3.

Rahmen der europarechtskonformen Auslegung und ihrem Sinn nach ist die Norm so zu verstehen, dass der Umfang der Arbeitsleistung im Urlaubsjahr Auswirkungen auf den Urlaubsanspruch haben soll. Die Ausübungsmodalität der monatsweisen Gewährung nach § 5 Abs. 1 BUrlG kann das kontinuierliche Entstehen des Urlaubs aufgrund von Arbeitsleistung nicht beeinflussen. Somit entsteht der anteilige Urlaubsanspruch von Anfang an tageweise. Auch § 5 Abs. 1 BUrlG kann insgesamt somit europarechtskonform verstanden werden, die Norm weist dabei ohnehin bereits auf eine Voraussetzung der Erarbeitung hin.

e) § 6 Abs. 1 BUrlG – Ausschluß von Doppelansprüchen

Ebenfalls problematisch hinsichtlich der europäisch vorgegebenen Voraussetzung der Erarbeitung könnte § 6 Abs. 1 BUrlG sein, der vorgibt, dass es nicht zu Doppelansprüchen hinsichtlich des Urlaubs kommen dürfe, also im Rahmen der Einheitstheorie auch nicht hinsichtlich des Urlaubsentgelts.

§ 6 BUrlG

Ausschluß von Doppelansprüchen

(1) Der Anspruch auf Urlaub besteht nicht, soweit dem Arbeitnehmer für das laufende Kalenderjahr bereits von einem früheren Arbeitgeber Urlaub gewährt worden ist.

Diese Vorgabe scheint zunächst nicht mit dem Wertguthabencharakter des Urlaubs, der sich aus der Erarbeitung ergibt, in Übereinstimmung gebracht werden zu können. Grundsätzlich sind Doppelansprüche im Rahmen der Voraussetzung der Erarbeitung zwar bereits insoweit ausgeschlossen, als bei einer verkürzten Arbeitsleistung im Urlaubsjahr bei einem neuen Arbeitgeber auch kein voller Urlaubsanspruch und damit auch kein voller Urlaubsvergütungsanspruch entstehen kann. Hätte ein Arbeitnehmer jedoch bei seinem vorherigen Arbeitnehmer aufgrund einer Prognoseberechnung einen Anspruch auf den vollen Jahresurlaub und diesen auch bereits geltend gemacht, könnte er bei dem neuen Arbeitgeber trotz erbrachter Arbeitsleistung keinen Urlaub mehr nehmen. Das Entstehen von erarbeiteten Urlaubsansprüchen kann jedoch vor dem dargestellten unionsrechtlichen Hintergrund nicht durch den deutschen Gesetzgeber unterbunden oder von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht werden, dies ist lediglich dem europäischen Gesetzgeber möglich. Einer solchen untersagten Verkürzung des Urlaubsanspruchs durch die Mitgliedstaaten kommt es aber gleich, wenn ein Arbeitnehmer seinen Anspruch auf den aktuell zu erarbeitenden Urlaub verliert, lediglich weil er seine zuvor bei einem anderen Arbeitgeber verdienten Ansprüche im laufenden Jahr bereits geltend gemacht hat.

Die Norm ist daher richtlinienkonform darauf zu beschränken, dass tatsächlich lediglich die Vermeidung von Doppelansprüchen intendiert ist. Der Urlaubsanspruch entsteht daher bei dem neuen Arbeitgeber in dem Maße nicht, wie er bereits im laufenden Arbeitsjahr bei einem früheren Arbeitgeber erarbeitet wurde. Diese Vorgehensweise entspricht dabei letztendlich lediglich der Voraussetzung der Erarbeitung, die Arbeitnehmer könnten auf das ganze Jahr gesehen nie

mehr Urlaubsansprüche erwerben, als sie auch jeweils erarbeitet hätten. Würde ein Arbeitnehmer also beispielsweise zum 01.07. wechseln, entstünde bei dem neuen Dienstherrn lediglich der halbe Jahresurlaubs(entgelt)anspruch. Diese Auslegungsweise führt somit zwar dazu, dass § 6 Abs. 1 BUrlG nur noch deklaratorischen Charakter hat, dafür unterstreicht die Norm jedoch so die richtlinienindizierte Voraussetzung der Erarbeitung.

f) § 7 Abs. 4 BUrlG – Abgeltungsanspruch

Die Abgeltung ist nach der Aufgabe der Surrogationstheorie nicht mehr als umgewandelter Urlaubs-, sondern nur noch als ein reiner Geldanspruch anzusehen.¹³⁰⁰ Dennoch bleibt es dabei, dass der nicht genommene Urlaub *abgegolten* wird, ein gewisser Bezug ist demnach vorhanden, insbesondere, da die Abgeltungssumme dem Urlaubsentgelt entspricht.¹³⁰¹

Dass ein Institut wie die Abgeltung existiert, hat zunächst augenscheinlich den Zweck, zu verhindern, dass den Arbeitnehmern erst durch den Arbeitgeber kein Urlaub gewährt und ihnen danach ohne Ausgleich gekündigt wird.¹³⁰² Daneben könnte man jedoch – vor allem vor dem Hintergrund des Art. 7 Abs. 2 der Arbeitszeitrichtlinie¹³⁰³ – noch über einen weiteren Zweck nachdenken, nämlich den, dass Urlaub als Ganzes eine Art „Wertguthaben“ oder Entgelt darstellen könnte,¹³⁰⁴ welches bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Abgeltung ausgezahlt werden müsste, wenn es nicht in Form von vergüteter Freistellung in Anspruch genommen werden konnte. Dann bliebe eben vom Urlaub nur noch der besagte Geldanspruch der Abgeltung bestehen, der aufgrund der Einheit von Urlaubsfreistellung und -entgelt nicht identisch mit der Urlaubsvergütung sein könnte. Die Abgeltung wäre demnach eine Art Auszahlung des erarbeiteten Wertguthabens Urlaub.¹³⁰⁵ Wäre Urlaub hingegen ein Selbstzweck, müsste es kein solches Institut der Abgeltung geben. Die Arbeitgeber könnten zum einen auch durch Strafzahlungen anderer Art oder ähnliche Maßnahmen davon abgehalten werden, die Arbeitnehmer um ihren Urlaub zu bringen. Zum anderen wäre es widersinnig, eine Leistung abzugelten, die aus reinen Arbeitsschutz- und Fürsorgegedanken ohne Voraussetzungen „einfach so“ gewährt

¹³⁰⁰ Siehe etwa Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 56; nuancierend Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761; siehe auch Urteil Neidel, C-337/10, EU:C:2012:263, Rn. 29; Urteil Bollacke, C-118/13, EU:C:2014:1755, Rn. 17; BAG v. 19.06.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 95 Abgeltung; BAG v. 14.05.2013, AP § 13 BUrlG Nr. 52; BAG v. 19.05.2015, EzA § 17 BEEG Nr. 1; BAG v. 22.09.2015, EzA § 7 BUrlG Nr. 27 Abgeltung; siehe auch bereits Kapitel B I. 2. b) Zur Urlaubsabgeltung sowie Kapitel B I. 3. c) cc) (f) Vergleich mit der Urlaubsabgeltung hinsichtlich der Vererblichkeit.

¹³⁰¹ Siehe etwa BAG v. 20.10.1966, AP § 2 BUrlG Nr. 1; Moll/Jacobsen, § 27, Rn. 142; so auf europäischer Ebene auch Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 61.

¹³⁰² Siehe etwa nur BT-Drucks. IV/207, S. 6; NK-GA/Düwell, § 7 BUrlG, Rn. 133; es soll auch ein möglicher „Abkauf“ des Freizeitanspruchs verhindert werden, siehe etwa Arnold/Tillmanns/Arnold, § 7 BUrlG, Rn. 176; Neumann/Fenski/Kühn/Neumann, § 7 BUrlG, Rn. 102.

¹³⁰³ Siehe insoweit Kapitel B. V. 1. a) bb) Art. 7 Abs. 2.

¹³⁰⁴ So ist der EuGH in der *Tirol*-Entscheidung gerade zu verstehen, Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 32 ff.

¹³⁰⁵ In diese Richtung tendiert auch Schäfer, NZA 1993, 204, 205 ff.

würde. Voraussetzung des Urlaubs wäre nach dieser Ansicht das Arbeitsverhältnis, besteht dieses nicht mehr, wie mit dem von § 7 Abs. 4 BUrlG vorgeschriebenen Erfordernis der „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“, so fielen die einzige Voraussetzung des Urlaubs weg. Warum sollte der Arbeitnehmer dann den Urlaub als reinen Geldanspruch abgegolten bekommen, wenn sowohl der Selbstzweck des Urlaubs als auch die Straffunktion für den Arbeitgeber entfielen?¹³⁰⁶ Den Zweck der Urlaubsabgeltung stattdessen darin zu sehen, dem Arbeitnehmer nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine bezahlte Erholung zu gewähren,¹³⁰⁷ ist seit der *Bollacke*-Entscheidung des EuGH hinfällig. Es ist nunmehr europarechtlich indiziert, dass der Arbeitnehmer auch dann einen Anspruch auf Abgeltung seines Resturlaubsanspruchs haben soll, wenn er verstirbt.¹³⁰⁸ In einem solchen Fall wird deutlich, dass ein etwaiger Erholungszweck der Abgeltung nicht – mehr – in Betracht kommen kann.

Für diese Sichtweise des erworbenen Wertguthabens spricht auch die Streichung des § 7 Abs. 4 S. 2 BUrlG, der nun keinen Hinweis mehr auf einen Fürsorgegedanken enthält.¹³⁰⁹ Zuvor war der Inhalt des § 7 Abs. 4 BUrlG a.F. der Folgende: „*Kann der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden, so ist er abzugelten. Das gilt nicht, wenn der Arbeitnehmer durch eigenes Verschulden aus einem Grund entlassen worden ist, der eine fristlose Kündigung rechtfertigt, oder das Arbeitsverhältnis unberechtigt vorzeitig gelöst hat und in diesen Fällen eine grobe Verletzung der Treuepflicht aus dem Arbeitsverhältnis vorliegt.*“ Der frühere Satz 2 macht deutlich, dass die Abgeltung ursprünglich als Ausfluss von Treuegesichtspunkten und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gesehen wurde. Hielt sich der Arbeitnehmer selbst nicht an seine Treuepflicht, kam er auch nicht in den Genuss einer Abgeltung. Der Satz 2 sprach damit damals stark gegen den Wert des Urlaubs als Gegenleistung, da die Aberkennung eines solchen bereits erarbeiteten Gegenwertes lediglich aufgrund von unberechtigten oder fristlosen Kündigungen kaum möglich sein dürfte.¹³¹⁰ Dass 1974 dieser Satz 2 gestrichen wurde, macht damit im Umkehrschluss deutlich, dass eine Abkehr von der Sichtweise der gegenseitigen Treuepflichten erfolgte, hin zu einer Sichtweise, die den durch den Arbeitnehmer erworbenen Wert des Urlaubs durchaus anerkennt und ihm auch dann nicht abspricht, wenn er sich pflichtwidrig verhält. Die Straffunktion der

¹³⁰⁶ Siehe auch bereits die Argumentation in Kapitel B. V. 1. a) bb) Art. 7 Abs. 2.

¹³⁰⁷ So etwa BAG v. 28.06.1984, AP § 7 BUrlG Nr. 18 Abgeltung; Arnold/Tillmanns/*Arnold*, § 7 BUrlG, Rn. 176; Staudinger/*Rieble*, § 613 BGB, Rn. 18.

¹³⁰⁸ Urteil *Bollacke*, C-118/13, EU:C:2014:1755, Rn. 30.

¹³⁰⁹ Streichung durch das Heimarbeitsänderungsgesetz v. 29.10.1974, BGBl. I 1974 S. 2879, 2884 f.; vor der Streichung galt insbesondere § 7 Abs. 4 S. 2 BUrlG als Anknüpfung des Gesetzes an die Fürsorgepflicht, so etwa *Trieschmann*, AuR 1963, 65, 68, 73.

¹³¹⁰ Siehe etwa *Gaul/Boewer*, S. 16, die noch vor der Streichung vertraten, dass die Existenz des § 7 Abs. 4 S. 2 BUrlG eindeutig dafür spreche, dass der Urlaub kein Teil des Entgelts für in der Vergangenheit geleistete Dienste darstelle, sondern vielmehr eine Fürsorgeleistung sei; siehe zu der vorherigen Diskussion auch *Steu- dle*, S. 28, 77 ff.; siehe auch *Schelp/Herbst*, § 1 BUrlG, Rn. 4, die ebenfalls die Existenz des § 7 Abs. 4 S. 2 BUrlG als Indiz gegen die Entgelttheorie sehen und konstatieren, dass bei schuldhaftem Verhalten des Arbeitnehmers sonst kein Wegfall der Abgeltung vorliegen könne, sondern höchstens Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers bestehen könnten.

Abgeltung wurde somit durch die Änderung entkräftet und der Fürsorgegedanke des Urlaubs abgelehnt – denn warum sollte eine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bestehen bleiben, wenn der Arbeitnehmer die Treuepflicht grob verletzt? Diese Streichung des Satzes 2 spricht somit stark für die Erarbeitung des Urlaubsentgelts.

Auch die Aufgabe der Surrogationsstheorie spricht für den Urlaub als eine Art „Entgelt“. Die völlige Entkoppelung des Abgeltungs- vom Schicksal des Urlaubsanspruchs hat zur Folge, dass keine Zweckbindung mehr zwischen dem Anspruch auf bezahlte Freistellung und dem auf Abgeltung besteht, letzterer ist nunmehr lediglich als reiner Geldanspruch anzusehen.¹³¹¹ Durch diese Annahme der Abgeltung als unabhängiger Geldanspruch rückt dessen Vergütungscharakter stark in den Vordergrund,¹³¹² während der Erholungs- sowie Schutzzweck in den Hintergrund treten.¹³¹³ Wäre der Fürsorgegedanke vorherrschend, müsste der Abgeltungsanspruch dabei an den Anspruch des Urlaubs gebunden sein, da nur in den Fällen der hypothetischen Erfüllbarkeit des Urlaubsanspruchs ein entsprechendes Schutzbedürfnis bestehen würde.¹³¹⁴ Stellt der Urlaub hingegen ein Äquivalent zu erbrachter Arbeitsleistung dar, so kann dieser Wertanspruch nicht an den Bestand des Arbeitsverhältnisses oder die Möglichkeit der Ausübung des Urlaubsanspruchs gebunden sein, sondern muss auch nach der Beendigung in jedem Fall fortbestehen. Dieses Ergebnis wird nun durch die Rechtsprechung des EuGH erreicht,¹³¹⁵ die in Deutschland bereits zu einem Umdenken diesbezüglich geführt hat.¹³¹⁶ Die Abgeltung stellt nunmehr einen unabhängigen Wertanspruch dar,¹³¹⁷ der sozusagen das „Überbleibsel“ des Wertes des gesamten Urlaubsanspruchs nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses darstellt; auch seine Vererblichkeit wird demnach nunmehr anerkannt.¹³¹⁸ Diese Wertung wird auch bereits als mit § 7 Abs. 4 BUrlG vereinbar angesehen.¹³¹⁹

¹³¹¹ Siehe zu der Entwicklung sowie der jetzigen Lage etwa *Schubert*, RdA 2014, 9, 9 ff. m.w.N.; BAG v. 19.06.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 95 Abgeltung; BAG v. 19.05.2015, EzA § 17 BEEG Nr. 1; BAG v. 22.09.2015, EzA § 7 BUrlG Nr. 27 Abgeltung.

¹³¹² So auch bereits *Friese*, S. 195 ff.; *Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bachmann*, § 7 Rn. 150 ff.; *Weber*, RdA 1995, 229, 233; a.A. *Schubert*, RdA 2014, 9, 9.

¹³¹³ So differenzierend auch *Schubert*, RdA 2014, 9, 12 ff., die dies jedoch nicht als zwingend erachtet und diese Vorgehensweise auch grundsätzlich bedauert und ablehnt.

¹³¹⁴ Nur in diesen Fällen lag nach der Surrogationstheorie der Anspruch auf Abgeltung vor, siehe etwa BAG v. 28.06.1984, AP § 7 BUrlG Nr. 18 Abgeltung; BAG v. 07.12.1993, AP § 7 BUrlG Nr. 15; BAG v. 05.12.1995, AP § 7 BUrlG Nr. 70 Abgeltung; BAG v. 27.05.1997, AP § 7 BUrlG Nr. 74 Abgeltung.

¹³¹⁵ Siehe nur Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 62.

¹³¹⁶ Es erfolgte eine vollständige Aufgabe der Surrogationstheorie, BAG v. 19.06.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 95 Abgeltung; BAG v. 19.05.2015, EzA § 17 BEEG Nr. 1; BAG v. 22.09.2015, EzA § 7 BUrlG Nr. 27 Abgeltung.

¹³¹⁷ Das BAG führte dazu nunmehr aus, sei der Urlaubsabgeltungsanspruch entstanden, „ist er nicht mehr Äquivalent zum Urlaubsanspruch, sondern bildet einen Teil des Vermögens des Arbeitnehmers und unterscheidet sich in rechtlicher Hinsicht nicht von anderen Zahlungsansprüchen des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber“, BAG v. 22.09.2015, EzA § 7 BUrlG Nr. 27 Abgeltung.

¹³¹⁸ BAG v. 22.09.2015, EzA § 7 BUrlG Nr. 27 Abgeltung. Dies spricht stark für eine Betrachtung des Urlaubs als Gegenwert für geleistete Arbeit, so auch *Neumann*, DB 2014, 484, 485, der jedoch zu dem Zeitpunkt noch von der Unvererblichkeit des Abgeltungsanspruchs ausging.

¹³¹⁹ Zumindest sieht an dieser Stelle keiner der Befürworter in der Ansicht, die die Abgeltung als reinen Geldanspruch versteht, ein Problem.

§ 7 Abs. 4 BUrlG ist mithin unproblematisch mit der richtlinienindizierten Voraussetzung der Erarbeitung vereinbar; die Norm legt dabei bereits ihrerseits das Vorliegen einer solchen Voraussetzung nahe.

g) § 8 BUrlG – Erwerbstätigkeit während des Urlaubs

§ 8 BUrlG enthält ein Verbot der Erwerbstätigkeit während der Urlaubszeit.

§ 8 BUrlG

Erwerbstätigkeit während des Urlaubs

Während des Urlaubs darf der Arbeitnehmer keine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit leisten.

Auch in dieser Regelung könnte man ein Argument gegen den Entgeltcharakter des Urlaubs sehen, es wird vertreten, mit einem reinen Entgeltanspruch sei eine solch einschneidende Einschränkung der Freiheit des Arbeitnehmers nicht vereinbar.¹³²⁰ Diese Ansicht lässt jedoch außer Acht, dass der Urlaub, auch wenn er der Voraussetzung der Erarbeitung unterliegt, nicht seiner übrigen Ziele beraubt ist, wie etwa dem Zweck der Erholung und der Möglichkeit der Inanspruchnahme der Freizeit.¹³²¹ Der Arbeitnehmer soll sich demnach durch den erarbeiteten Urlaub sowohl von der getanen Arbeit erholen als auch seine Kraft für weitere Arbeit wiederaufladen.¹³²² Diesen Zwecken dient auch § 8 BUrlG.¹³²³ Nur weil der Arbeitnehmer den Anspruch auf Urlaubsfreistellung sowie auf Urlaubsentgelt verdient hat, bedeutet dies nicht, dass der Anspruch keinerlei Einschränkungen unterfallen darf. So darf der angesammelte Urlaubsanspruch unionsrechtlich etwa auch grundsätzlich nach 15 Monaten dem Verfall unterliegen.¹³²⁴ Die Regelung des § 8 BUrlG steht somit nicht im Widerspruch zu der europarechtlich vorgegebenen Voraussetzung der Erarbeitung des Urlaubsanspruchs, sie spricht vielmehr gerade für das Bestehen eines Erholungsbedürfnisses bei geleisteter Arbeit.¹³²⁵

Darüber hinaus stellt § 8 BUrlG aus europarechtlicher Sicht wohl auch eher eine Ausübungsmodalität des Urlaubsanspruchs als eine Einschränkung dar, sodass Deutschland hier grundsätzlich bei der Regelung Freiraum hat.

¹³²⁰ Neumann, RdA 1977, 265, 268.

¹³²¹ Zu diesen Zielen siehe etwa BeckOK-ArbR/Lampe, § 1 BUrlG, Rn. 5; Schütz/Hauck/Schütz, C. Urlaubsanspruch, Rn. 109; Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein, § 1 BUrlG, Rn. 1.

¹³²² BAG v. 02.05.1961, AP § 611 BGB Nr. 82 Urlaubsrecht; BAG v. 14.12.1966, AP § 13 BUrlG Nr. 2 Unabdingbarkeit; Heilmann, Einführung, Rn. 14; Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein, § 1 BUrlG, Rn. 130; Steudle, S. 56 f.; Streblov, S. 86; bezüglich der Erhaltung der Arbeitskraft so auch BT-Drucks. IV/785, S. 1; BAG v. 03.08.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch; BeckOK-ArbR/Lampe, § 1 BUrlG, Rn. 5.

¹³²³ BeckOK-ArbR/Lampe, § 8 BUrlG, Rn. 1; Heilmann, § 8 BUrlG, Rn. 1; Powietzka/Rolf, § 8 BUrlG, Rn. 1.

¹³²⁴ Urteil KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, Rn. 44.

¹³²⁵ So bereits Beckerle, RdA 1985, 352, 353 f.; Stahlhacke/Bachmann/Bleistein/Berscheid/Bleistein, § 1 BUrlG, Rn. 130.

h) §§ 9, 10 BUrlG – Erkrankung und medizinische Maßnahmen während des Urlaubs

In § 9 BUrlG und § 10 BUrlG ist geregelt, dass eine Krankheit oder Maßnahmen der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation während des Urlaubs nicht auf diesen angerechnet werden. Damit stellen sie für die Krankheitskonstellation das Pendant des deutschen Rechts zu den Aussagen des EuGH dar, dass gemeinschaftsrechtliche Urlaube sich nicht beeinträchtigen dürften¹³²⁶.

§ 9 BUrlG***Erkrankung während des Urlaubs***

Erkrankt ein Arbeitnehmer während des Urlaubs, so werden die durch ärztliches Zeugnis nachgewiesenen Tage der Arbeitsunfähigkeit auf den Jahresurlaub nicht angerechnet.

§ 10 BUrlG***Maßnahmen der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation***

Maßnahmen der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation dürfen nicht auf den Urlaub angerechnet werden, soweit ein Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts nach den gesetzlichen Vorschriften über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall besteht.

Diese Normen passen sich gut in das Gefüge der Voraussetzung der Erarbeitung ein, denn der Wert des Urlaubs, welchen sich der Arbeitnehmer durch Leistungen für den Arbeitgeber verdient hat, ist – unter anderem – die Erholungsmöglichkeit. Krankheit oder Rehabilitation mögen zwar ebenfalls Gründe für bezahlte Freistellungen sein, während dieser Zeiten kann der Arbeitnehmer aber nicht frei über seine Zeit verfügen und ist körperlich angeschlagen. Eine Erholung währenddessen scheidet demnach aus.¹³²⁷

Darüber hinaus stellen Krankheit und Rehabilitation Entgeltfortzahlungstatbestände dar, während Urlaub nach der hier angenommenen Ansicht einen erarbeiteten Wert darstellt. Daher wird zwar in allen drei Konstellationen grundsätzlich ein Entgelt entrichtet, nur bei der Urlaubssituation ist dies jedoch im Zusammenhang mit der Freizeit als eine Art einheitliche „Vergütung“ für Arbeitsleistung anzusehen. Demnach sind die Normen mit der hier vertretenen Ansicht auch hinsichtlich der Komponente des Urlaubsentgelts kompatibel, denn das Urlaubsentgelt ist –

¹³²⁶ Urteil Gómez, C-342/01, EU:C:2004:160, Rn. 32 f., 41; Urteil Kommission/Luxemburg, C-519/03, EU:C:2005:234, Rn. 33; Urteil Federatie Nederlandse Vakbeweging, C-124/05, EU:C:2006:244, Rn. 24; Urteil Kiiski, C-116/06, EU:C:2007:536, Rn. 56; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 26.

¹³²⁷ Siehe etwa Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 26 mit Verweis auf Urteil Gómez, C-342/01, EU:C:2004:160, Rn. 32 f., Urteil Kommission/Luxemburg, C-519/03, EU:C:2005:234, Rn. 33 und Urteil Kiiski, C-116/06, EU:C:2007:536, Rn. 56; siehe auch Urteil Federatie Nederlandse Vakbeweging, C-124/05, EU:C:2006:244, Rn. 24.

anders als das Entgelt im Krankheits- und Rehabilitationsfall – etwas vom Arbeitsentgelt Abstrahiertes beziehungsweise Eigenständiges. Entsprechend der hier eingenommenen Position können also Krankheits- beziehungsweise Rehabilitationsfreistellung und Urlaubsfreistellung denknotwendig nicht identisch sein und gleichzeitig vorliegen, geschweige denn aufeinander anrechenbar sein. Auch §§ 9, 10 BUrlG sind damit ohne Weiteres europarechtskonform.

i) § 11 Abs. 1 BUrlG – Urlaubsentgelt

Bis jetzt stehen einer Inkorporierung der Voraussetzung der Erarbeitung in das BUrlG keine besonderen Hindernisse entgegen. Fraglich ist nun, ob § 11 Abs. 1 BUrlG, in dem die Berechnung des Urlaubsentgelts geregelt ist, diesbezüglich problematisch sein könnte.

aa) Problematik des Bezugszeitraums

Hinsichtlich des § 11 Abs. 1 BUrlG wurde teilweise bereits vertreten, dass dieser den Entgeltcharakter des Urlaubs unterstreiche. So sei das Urlaubsentgelt mit dem durchschnittlichen Arbeitsentgelt gleichzusetzen. Daraus ergebe sich, dass die Urlaubsvergütung damit dem Arbeitsverdienst als Gegenleistung für die Arbeitsleistung gleichgestellt sei.¹³²⁸

Gerade anhand von § 11 Abs. 1 BUrlG wird jedoch auch besonders deutlich, dass es dem Normgeber in Bezug auf die Urlaubsvergütung zunächst stark auf den Zeitpunkt des Urlaubs und das zu dieser Zeit übliche Arbeitsentgelt ankam. Durch den Hinweis auf den Referenzzeitraum der letzten dreizehn Wochen in Satz 1 ist die Spanne der Betrachtung der Arbeitsleistung naturgemäß stark eingeschränkt. Anstatt auf das Arbeitsjahr zu schauen, sollen nur etwa die letzten drei Monate in die Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsverdienstes einfließen. Auch der Gebrauch des Wortes „durchschnittlich“ macht deutlich, dass es in dieser Norm nicht um die Frage geht, welchen Gegenwert in Form der Urlaubsvergütung sich der Arbeitnehmer erarbeitet hat, sondern um die Berechnung des üblichen und prognostizierten Arbeitslohnes, der dann wiederum als Urlaubsentgelt herangezogen wird. Auch die Angaben in Satz 2, dass lediglich längerfristige Verdiensterhöhungen im Referenzzeitraum berücksichtigt werden sollen und die Ausführungen in Satz 3, dass Verdienstkürzungen aufgrund von Kurzarbeit, Arbeitsausfällen oder unverschuldeter Arbeitsversäumnis während des Bezugszeitraums nicht in die Berechnung einfließen sollen, scheinen zunächst gegen eine Voraussetzung der Erarbeitung zu sprechen. Schließlich müssten bei einer Erarbeitung auch kurzfristige Verdiensterhöhungen eine Rolle spielen und darüber hinaus etwa ein geringerer Verdienst aufgrund von Kurzarbeit zu einer Verminderung des erarbeiteten Urlaubsentgelts führen. Die Frage nach der Entstehung des Anspruchs auf Urlaubsentgelt durch Arbeitsleistung und die Frage nach der Höhe dieser Vergütung können dabei an dieser Stelle auch nicht getrennt werden, sie greifen ineinander. So

¹³²⁸ Neumann, RdA 1977, 265, 269.

bekommt der Arbeitnehmer den Anspruch auf Urlaubsentgelt nicht bereits dadurch zugesprochen, dass er überhaupt arbeitet und die Höhe wird davon unabhängig berechnet. Vielmehr erwächst der Urlaubsentgeltanspruch gerade erst pro-rata-temporis mit der Arbeitsleistung. Die Berechnung der Höhe der Urlaubsvergütung und die Voraussetzung der Erarbeitung stehen daher unmittelbar in Relation zueinander. Insoweit scheint § 11 Abs. 1 BUrlG nicht kompatibel mit der Voraussetzung der Erarbeitung zu sein und vielmehr auf eine Berechnung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts zum Zeitpunkt des Urlaubs im Rahmen einer Entgeltfortzahlung hinzuweisen.

Bei näherer Betrachtung wird jedoch deutlich, dass das eigentliche Problem in der Zeitspanne der dreizehn Wochen liegt.¹³²⁹ Aufgrund dieser kurzen – und damit nicht besonders repräsentativen – Referenzzeit musste der Gesetzgeber Auffangmechanismen einbauen, um Schwankungen des Arbeitsentgelts bei der Ermittlung des Durchschnitts auszugleichen. Ansonsten hätte dieser kurze Zeitraum zu einer verfälschten Wiedergabe des Geldfaktors führen können, wenn etwa von den dreizehn Wochen zwölf „Kurzarbeit Null“ ohne Bezahlung wären oder in dieser Zeit besondere Boni ausgezahlt würden. Um diese Instabilität zu verhindern, wurden diese Parameter aus der Berechnung ausgeschlossen.¹³³⁰ Würde man aber statt der dreizehn Wochen im Rahmen der Erarbeitung etwa ein ganzes Jahr als Bezugszeitraum wählen, würden diese Schwankungen naturgemäß geglättet und die Wiedergabe des tatsächlichen Arbeitsentgelts wäre viel genauer. Der EuGH spricht in diesem Zusammenhang zwar lediglich von einem repräsentativen Referenzzeitraum, der zugrunde zu legen sei,¹³³¹ welcher aber nicht näher beziffert wird. Da es jedoch auf die Erarbeitung im Urlaubsjahr sowie den Jahresurlaub¹³³² ankommt, ist es bereits vorgegeben und nur logisch, als Referenzzeitraum auch ein Jahr zu wählen, dieser Zeitraum bildet das tatsächliche Entgelt am genauesten ab. Diese Sichtweise teilt auch der Generalanwalt *Bot*, der in seinen Schlussanträgen der Rechtssache *Lock* einen Berechnungszeitraum von zwölf Monaten favorisiert.¹³³³

Anhand dieser Berechnung würden kurzfristige Verdiensterhöhungen oder etwa eine kurzfristige „Kurzarbeit Null“ von zwölf Wochen ebenfalls keine große Rolle spielen, sie würden sich in der jahresweisen Berechnung nivellieren. Dennoch würden sie als Bestandteil des Arbeitsentgelts grundsätzlich Berücksichtigung finden und nicht vollständig „unter den Tisch fallen“.

¹³²⁹ Auch wenn dieser Referenzzeitraum teilweise als europarechtskonform und ausreichend angesehen wird, siehe etwa *Sutschet*, EuZA 2012, 399, 405; *Franzen*, NZA 2014, 647, 648; *Kern*, AA 2014, 319, 319; *Pötters*, EuZW 2014, 551, 551 etwa sieht dies bereits kritisch und verlangt eine unionsrechtskonforme Auslegung der Norm hinsichtlich des Bezugszeitraums für bestimmte Fälle.

¹³³⁰ Zu den teils verwunderlichen Folgen dieser Ausnahmen siehe etwa *Plüm*, NZA 2013, 11, 17, Fn. 60, der § 11 Abs. 1 S. 3 BUrlG nicht als europarechtskonform erachtet.

¹³³¹ Urteil *Williams*, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 26.

¹³³² Wie der EuGH den Erholungsurlaub bezeichnet, siehe nur beispielhaft Urteil *Greenfield*, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 25 ff.; siehe etwa auch den Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie.

¹³³³ Schlussanträge *Lock* des GA *Bot*, C-539/12, EU:C:2013:806, Rn. 48.

Auch längerfristige Veränderungen würden selbstverständlich mit in die Berechnung einfließen, ohne dass Sonderregelungen getroffen werden müssten. Durch den EuGH wurde darüber hinaus auch bereits festgelegt, dass die während des Zeitraums, in dem der Urlaub genommen wird, erbrachte Arbeitszeit und der Zeitraum der Entstehung des Urlaubs(entgelt)anspruchs europarechtlich nicht gleichzusetzen seien und nicht im Zusammenhang stünden.¹³³⁴

Durch eine entsprechende Verlängerung des Referenzzeitraums könnte somit sowohl eine Konformität des § 11 Abs. 1 BUrlG mit den europarechtlichen Vorgaben ermöglicht als auch der Norminhalt stark vereinfacht werden. Es würde immer noch das durchschnittliche Arbeitsentgelt zugrunde gelegt. Statt des üblichen Arbeitsentgelts zum Zeitpunkt des Urlaubs würde jedoch dann europarechtskonform das durchschnittliche Jahresarbeitsentgelt ermittelt. Dies würde zu einer viel genaueren Abbildung des Gehalts führen, deren Berechnung auch noch unkomplizierter wäre.

bb) Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung

Fraglich ist nun aber, ob die nach dem Wortlaut klare Regelung der dreizehn Wochen Referenzzeit sowie die ausdrücklich enthaltenen Ausnahmen bei der Berechnung einer richtlinienkonformen Auslegung des § 11 Abs. 1 BUrlG entgegenstehen und die Norm damit als europarechtswidrig anzusehen sein könnte.¹³³⁵ Dies wäre der Fall, wenn sich die richtlinienkonforme Auslegung mit den Auslegungsgrundsätzen des deutschen Rechts – etwa insbesondere der Wortlautgrenze¹³³⁶ – decken würde. In dem Fall würde vorliegend eine richtlinienkonforme Auslegung ausscheiden, ist doch der Wortlaut des § 11 Abs. 1 BUrlG insoweit eindeutig.¹³³⁷ Die „einfache Gesetzesauslegung im engeren Sinne“¹³³⁸ hilft hier somit nicht weiter. Richtli-

¹³³⁴ Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, EU:C:2010:215, Rn. 32; siehe auch *Fieberg*, NZA 2010, 925, 929.

¹³³⁵ In diese Richtung tendiert etwa *Schneider*, S. 506.

¹³³⁶ In diese Richtung tendierend *Bauer/Arnold*, NJW 2009, 631, 633; *Krieger/Arnold*, NZA 2009, 530, 531; m.E. auch BAG 18.02.2003, AP § 611 BGB Nr. 12 Arbeitsbereitschaft.

¹³³⁷ Siehe nur den Referenzzeitraum von dreizehn Wochen sowie die Ausnahmeregelungen in § 11 Abs. 1 S. 2 und 3 BUrlG, so muss etwa eine Entgeltverminderung im Rahmen der Kurzarbeit unionsrechtskonform grundsätzlich einen Einfluss auf die Berechnung der Urlaubsvergütung haben – anders, als dies § 11 Abs. 1 S. 3 BUrlG vorgibt. Das ergibt sich bereits aus dem Urteil Heimann/Toltschin, C-229/11, EU:C:2012:693, Rn. 36.

¹³³⁸ Wie etwa der BGH den nationalen Auslegungskanon bezeichnet, BGH v. 21.12.2011, NJW 2012, 1073, 1076.

nienkonforme Auslegung umfasst jedoch nicht nur die Auslegung als interpretatorische Vorrangregel¹³³⁹, sondern insgesamt alle Methoden, die zur Rechtsgewinnung herangezogen werden können.¹³⁴⁰ Damit fällt auch die Rechtsfortbildung grundsätzlich unter den Kanon der europarechtskonformen Auslegung,¹³⁴¹ wenn eine planwidrige Regelungslücke vorliegt.¹³⁴² Das BAG entschied diesbezüglich im Rahmen der Umsetzung des *Schultz-Hoff*-Urteils des EuGH in einer ähnlichen Fragestellung der Richtlinienkonformität von § 7 Abs. 3 BurlG, dass die Norm im Rahmen der Auslegung zumindest richtlinienkonform fortzubilden sei.¹³⁴³ Der Wortlaut der Vorschrift sieht einen Verfall des Urlaubsanspruchs nach den ersten drei Monaten des Folgejahres vor, was der Rechtsprechung des EuGH, in der zu der Zeit noch scheinbar jegliche Übertragungsfristen abgelehnt wurden, widersprach. Das BAG lehnte infolgedessen unter Rekurs auf den EuGH gegen den ausdrücklichen Wortlaut von Art. 7 Abs. 3 und Abs. 4 BurlG einen Verfall der Urlaubsabgeltungsansprüche bei aufgrund von Krankheit nicht möglicher Ausübung des Urlaubs ab.¹³⁴⁴ Es nahm demnach eine Rechtsfortbildung der Norm vor, um die Unionsrechtskonformität zu gewährleisten,¹³⁴⁵ was hinsichtlich des Ausmaßes von der Literatur

¹³³⁹ Welche dazu führt, dass „unter mehreren möglichen Auslegungsvarianten des nationalen Rechts diejenigen zu bevorzugen sind, die sich mit dem einschlägigen europarechtlichen Richtlinienrecht am besten vereinbaren lassen“, *Auer*, NJW 2007, 1106, 1106; siehe dazu auch *Brechmann*, S. 259; *Canaris*, FS Bydliński, S. 47, 64.

¹³⁴⁰ Siehe etwa Urteil *Marleasing*, C-106/89, EU:C:1990:395, Rn. 8; Urteil *Faccini Dori*, C-91/92, EU:C:1994:292, Rn. 26; Urteil *Pfeiffer*, C-397/01, EU:C:2004:584, Rn. 113; Urteil *Adeneler*, C-212/04, EU:C:2006:443, Rn. 110 f.; Urteil *Angelidaki*, C-378/07, EU:C:2009:250; Rn. 199 f.; BGH v. 26.11.2008, NJW 2009, 427, 428 f.; BAG v. 24.03.2009, AP § 7 BurlG Nr. 39; *Grobys*, NJW 2009, 2177, 2178; *Höpfner*, RdA 2013, 16, 22 ff.; *Jousen*, S. 46 ff.; *Leenen*, Jura 2012, 753, 753; *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47, 52; *Riesenhuber/Roth/Jopen*, § 13, Rn. 24, 46 ff.; *Streinz/Schroeder*, Art. 288 AEUV, Rn. 128; siehe auch *Abele*, RdA 2009, 312, 314 f., der auch „Altrecht“, bzw. die gesamte nationale Rechtsordnung für die richtlinienkonforme Auslegung heranziehen möchte; siehe auch bereits Kapitel B. I. 3. b) bb) Art. 7 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG.

¹³⁴¹ So ist etwa der EuGH zu verstehen, siehe etwa Urteil *Marleasing*, C-106/89, EU:C:1990:395, Rn. 8; Urteil *Faccini Dori*, C-91/92, EU:C:1994:292, Rn. 26; Urteil *Pfeiffer*, C-397/01, EU:C:2004:584, Rn. 113; Urteil *Adeneler*, C-212/04, EU:C:2006:443, Rn. 110 f.; Urteil *Angelidaki*, C-378/07, EU:C:2009:250; Rn. 199 f.; siehe etwa auch BGH v. 26.11.2008, NJW 2009, 427, 428 f.; BGH v. 21.12.2011, NJW 2012, 1073, 1076; BAG v. 24.03.2009, AP § 7 BurlG Nr. 39; *Gallner*, Urlaubsrecht, S. 16 m.w.N.; *Leenen*, Jura 2012, 753, 753; *Riesenhuber/Roth/Jopen*, § 13, Rn. 24, 46 ff.; so auch eindeutig etwa *Pfeiffer*, NJW 2009, 412, 413; siehe auch bereits Kapitel B. I. 3. b) bb) Art. 7 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG.

¹³⁴² BGH v. 26.11.2008, NJW 2009, 427, 429; BGH v. 21.12.2011, NJW 2012, 1073, 1076; siehe dazu vertiefend auch *Herrsthal*, S. 217 ff.

¹³⁴³ BAG v. 24.03.2009, AP § 7 BurlG Nr. 39; LAG Düsseldorf v. 02.02.2009 – 12 Sa 486/06 – n.v.; dies bejahend siehe etwa *Gallner*, Urlaubsrecht, S. 16 ff.; *Gaul/Josten/Strauf*, BB 2009, 497, 500; *Powietzka/Rolf*, § 7 BurlG, Rn. 88; *Rummel*, AuR 2009, 160, 160 ff.

¹³⁴⁴ BAG v. 24.03.2009, AP § 7 BurlG Nr. 39.

¹³⁴⁵ BAG v. 24.03.2009, AP § 7 BurlG Nr. 39 unter Verweis auf Urteil *Pfeiffer*, C-397/01, EU:C:2004:584, Rn. 111 ff.; Urteil *Chacón Navas*, C-13/05, EU:C:2006:456, Rn. 56; BAG v. 23. 3. 2006, AP § 17 KSchG 1969 Nr. 21; BAG 18.02. 2003, AP § 611 BGB Nr. 12 Arbeitsbereitschaft; so auch BGH v. 26.11.2008, NJW 2009, 427, 428 f.: „Der von der Rechtsprechung des EuGH geprägte Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten aber mehr als bloße Auslegung im engeren Sinne. Der Gerichtshof ist bei der Verwendung des Begriffs „Auslegung“ nicht von der im deutschen Rechtskreis – anders als in anderen europäischen Rechtsordnungen – üblichen Unterscheidung zwischen Auslegung (im engeren Sinne) und Rechtsfortbildung ausgegangen. Auch die vom EuGH formulierte Einschränkung, nach der die richtlinienkonforme Auslegung nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts contra legem dienen darf [...], bezieht sich nicht auf die Wortlautgrenze. Der Begriff des Contra-legem-Judizierens ist vielmehr funktionell zu verstehen; er bezeichnet den Bereich, in dem eine richterliche Rechts-

teils heftig kritisiert wurde¹³⁴⁶. Das Gericht stellte bei dieser Vorgehensweise unter anderem auch darauf ab, dass der „regelmäßig anzunehmende Wille des nationalen Gesetzgebers zur ordnungsgemäßen Umsetzung von Richtlinien berücksichtigt werden“¹³⁴⁷ müsse. In einem anderen Fall lehnte das BAG später eine solche Rechtsfortbildungsmöglichkeit aufgrund des Wortlauts, der Systematik, des Zwecks und der Entstehungsgeschichte der betreffenden Normen – hier §§ 13 Abs. 1, 2 BUrlG – ab und führte aus, dass eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung zwar nicht durch den Wortlaut beschränkt sei, aber ihre Grenzen in der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers habe. Würde diese missachtet, läge eine Verletzung von Art. 20 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 des Grundgesetzes (GG) vor und die Auslegung sei *contra legem*.¹³⁴⁸ Somit ist eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung des § 11 Abs. 1 BUrlG zunächst grundsätzlich möglich, sie darf aber nicht den Auslegungskriterien insgesamt und damit dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers widersprechen,¹³⁴⁹ was auch der EuGH in anderer Sache bereits häufig betont hat.¹³⁵⁰

Um die Frage nach einer unionsrechtlichen Auslegungsfähigkeit der Urlaubsentgeltnorm beantworten zu können, ist demnach zu untersuchen, ob eine Voraussetzung der Erarbeitung mit einem Jahresbezugszeitraum insgesamt in § 11 Abs. 1 BUrlG hineingelesen werden kann. Diesbezüglich kann zunächst insgesamt auf die bereits erfolgten Ausführungen verwiesen werden, aus denen hervorgeht, dass eine Voraussetzung der Erarbeitung sowohl systematisch als auch teleologisch bisher mit den Normen des BUrlG vereinbar ist. Es widerspräche somit nicht der Systematik des Gesetzes, eine solche Voraussetzung auch in § 11 Abs. 1 BUrlG hineinzulesen. Dafür spricht auch der § 11 Abs. 1 BUrlG vornehmlich zugrunde liegende Zweck, für die Bemessung des Urlaubsentgelts das durchschnittliche Arbeitsentgelt möglichst genau zu bestimmen.¹³⁵¹ Diesem Zweck wird durch eine richtlinienkonforme Auslegung an dieser Stelle

findung nach nationalen Methoden unzulässig ist [...]. Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung fordert deshalb auch, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, richtlinienkonform fortzubilden.“

¹³⁴⁶ *Bauer/Arnold*, AP § 7 BUrlG Nr. 39; *Höpfner*, AP § 11 BUrlG Nr. 65; siehe auch bereits im Vorhinein *Bauer/Arnold*, NJW 2009, 631, 633; *Thüsing*, RdA 2010, 187, 189 spricht etwa von europarechtskonformer „Beugung“; siehe auch *Kamanabrou*, SAE 2009, 233, 234 ff.; *Krieger/Arnold*, NZA 2009, 530, 531; *Vogel/Pöters/Christensen*, S. 36 f.; a.A. etwa *Gallner*, FS Etzel, S. 165.

¹³⁴⁷ BAG v. 24.03.2009, AP §§ 7 BUrlG Nr. 39.

¹³⁴⁸ BAG v. 17.11.2009, AP § 11 BUrlG Nr. 65; m.E. siehe auch BAG 18.02.2003, AP § 611 BGB Nr. 12 Arbeitsbereitschaft; so aber auch bereits sinngemäß BAG v. 24.03.2009, AP §§ 7 BUrlG Nr. 39.

¹³⁴⁹ *Canaris*, FS Bydlinski, S. 91 ff. m.w.N.; *Höpfner*, AP § 11 BUrlG Nr. 65; *Pöters/Christensen*, JZ 2011, 387, 392 sprechen dabei unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH diesbezüglich von einer Grenze im umfassend ausgelegten Wortlaut des innerstaatlichen Gesetzes, welche gerade nicht gleichbedeutend mit der grammatikalischen sei; so auch *Vogel/Pöters/Christensen*, S. 36 f.; siehe zu der gesamten Fragestellung auch bereits Kapitel B. I. 3. b) bb) Art. 7 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie 2008/88/EG.

¹³⁵⁰ Siehe etwa Urteil *Marleasing*, C-106/89, EU:C:1990:395, Rn. 8; Urteil *Faccini Dori*, C-91/92, EU:C:1994:292, Rn. 26; Urteil *Pfeiffer*, C-397/01, EU:C:2004:584, Rn. 113; Urteil *Adeneler*, C-212/04, EU:C:2006:443, Rn. 110 f.; Urteil *Angelidaki*, C-378/07, EU:C:2009:250; Rn. 199 f.; grundlegend zu dem Umfang der anzuwendenden Methoden siehe etwa auch *Abele*, RdA 2009, 312, 314 m.w.N.

¹³⁵¹ Dies entspricht zum einen den unionsrechtlichen Vorgaben, siehe etwa Urteil *Schultz-Hoff*, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 58; Urteil *Williams*, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 21; Urteil *Lock*, C-539/12, EU:C:2014:351, Rn. 20 ff.; Urteil *Greenfield*, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 50 f. Zum anderen ist so zu mindest auch die Entscheidung des Gesetzgebers hinsichtlich des modifizierten Referenzprinzips zu verste-

sogar in erhöhtem Maße entsprochen – ist doch das Urlaubsentgelt nach der hier vertretenen Ansicht sogar anhand der Referenz eines Jahres zu bestimmen und gleichrangig mit der Arbeitsvergütung.

Auch wenn der Wortlaut des § 11 Abs. 1 BUrlG damit klare Angaben bezüglich des Referenzzeitraums und den Ausnahmen bei der Berechnung des Urlaubsentgelts enthält, kann die Norm nach dem Vorbild des § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG richtlinienkonform in Richtung einer Voraussetzung der Erarbeitung teleologisch reduziert werden. Eine solche Betrachtungsweise ist an dieser Stelle auch nicht *contra legem*, so ergibt sich die hier favorisierte Folge bereits aus dem Telos der Norm selbst und dürfte darüber hinaus auch dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, die Ziele der Arbeitszeitrichtlinie umfassend umzusetzen.

j) Zwischenergebnis

Obwohl das BUrlG also keine ausdrücklichen Ausnahmeregelungen für ruhende Arbeitsverhältnisse beinhaltet, heißt dies nicht automatisch, dass keine Abweichungen vorgesehen sind und der Grundsatz greift, der Urlaub habe keine Voraussetzungen außer dem Bestand des Arbeitsverhältnisses und dem Ablauf der Wartezeit.¹³⁵² Es ist vielmehr aufgrund richtlinienkonformer Auslegung bereits als Grundsatz des BUrlG anzusehen, dass der Urlaub insgesamt einer Voraussetzung der Erarbeitung unterliegt,¹³⁵³ somit wird auch keine Ausnahmeregelung für ruhende Arbeitsverhältnisse benötigt, um dort keinen Anspruch auf Urlaubsfreistellung und -entgelt entstehen zu lassen. Auch wenn also etwa *Buchner* schreibt, dass die Verknüpfung von Arbeitsleistung und Urlaub von den in den gesetzlichen Vorschriften unmittelbar enthaltenen Regelungen abweiche,¹³⁵⁴ ist nach der Untersuchung der Normen vielmehr im Gegenteil zu sagen, dass es lediglich im Fall des § 11 Abs. 1 BUrlG einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung bedarf und sich die Voraussetzung der Erarbeitung ansonsten problemlos ist das BUrlG hineinlesen lässt, teilweise ist sie sogar auch bereits im Gesetz enthalten.

2. Ausnahme bei Entgeltfortzahlung trotz fehlender Arbeitsleistung

Nachdem die Voraussetzung der Erarbeitung in das BUrlG inkorporierbar ist, ist nun zu untersuchen, ob auch ihre Ausnahmen mit den deutschen Gesetzen vereinbar sind. Die Vorgaben

hen, welches als Berechnungsmethode für möglichst gerechte Ergebnisse sorgen solle, BT-Drucks. IV/785, S. 4.

¹³⁵² So aber *Schrader*, AiB 2015, 64, 65 und ständige Rechtsprechung seit BAG v. 28.01.1982, AP § 3 BUrlG Nr. 11 Rechtsmissbrauch; in dieselbe Richtung tendierend, die Entscheidung aber offenlassend, BAG v. 17.05.2011, AP § 17 BEEG Nr. 1.

¹³⁵³ Bereits 1977 nahm *Neumann* an, dass der Urlaub nach dem BUrlG – neben einem Fürsorgecharakter – auch einen Entgeltcharakter besitzt, welcher im Vormarsch sei, *Neumann*, RdA 1977, 265, 265 ff.

¹³⁵⁴ *Buchner*, EzA § 3 BUrlG Nr. 14, der diese Sichtweise bereits daran festmachen möchte, dass ansonsten ja kein Rückgriff auf den Rechtsmissbrauch notwendig gewesen wäre.

des deutschen Gesetzgebers, wann eine Entgeltfortzahlung bei einem Arbeitsausfall vorgegeben wird, sind insoweit nicht weiter problematisch, das Arbeitsentgelt wird im Rahmen der Normen § 326 Abs. 2 S. 1 BGB, §§ 615, 616 BGB, §§ 2, 3 EFZG, §§ 7, 11, 13, 14, 16 MuSchG, § 19 Abs. 1 BBiG, § 14 S. 1 AGG, § 9 Abs. 3 S. 2 ArbSchG, § 14 Abs. 1 ArbPISchG sowie der verschiedenen Entgeltfortzahlungsregelungen im BetrVG fortgewährt. Lediglich in diesen Fällen entsteht dann jeweils auch der volle Urlaubsanspruch. Dieses Ergebnis muss sich ebenso wie die Regel der Voraussetzung der Erarbeitung mit den deutschen Urlaubsnormen vereinbaren lassen. In Deutschland existieren dabei nur wenige gesetzliche Regelungen die diesbezüglich relevant sind.

a) § 17 Abs. 1 BEEG

§ 17 Abs. 1 BEEG enthält eine Kürzung des Urlaubsanspruchs pro-rata-temporis für die Zeit des Ruhens des Arbeitsverhältnisses aufgrund von Elternzeit.

§ 17 BEEG

Urlaub

(1) Der Arbeitgeber kann den Erholungsurlaub, der dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin für das Urlaubsjahr zusteht, für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel kürzen. Dies gilt nicht, wenn der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin während der Elternzeit bei seinem oder ihrem Arbeitgeber Teilzeitarbeit leistet.

Dies entspricht zunächst der Voraussetzung der Erarbeitung, schließlich wurde während der Elternzeit keine Arbeitsleistung erbracht. Diese Regelung müsste aber auch hinsichtlich der Ausnahmen zu der Erarbeitung europarechtskonform sein.

aa) Annahme der Europarechtswidrigkeit

Teilweise wird eine Vereinbarkeit von § 17 Abs. 1 BEEG mit der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG bestritten,¹³⁵⁵ der Anspruch auf Erholungsurlaub entstehe unabhängig von Voraussetzungen und dürfe nicht wegfallen, ohne dass der Arbeitnehmer eine Chance gehabt habe, ihn

¹³⁵⁵ Boecken, FS Düwell, S. 59 ff.; Boecken/Jacobs, ZTR 2011, 267, 270; Dawirs, NJW 2014, 3612, 3614 ff.; in diese Richtung tendierend Ricken/Zibolka, EuZA 2014, 504, 513; m.E. so auch ArbG Karlsruhe v. 16.12.2011 – 3 Ca 281/11 – juris, Rn. 64 ff.; in diese Richtung tendierend auch Kentner/Praß, AuA 2013, 644, 646; a.A. LAG Niedersachsen v. 16.11.2010 – 3 Sa 1288/10 – juris, Rn. 21, das beim Erlöschen des Urlaubsanspruchs nach dem Willen des Arbeitnehmers differenziert; LAG Hamm v. 27.06.2013 – 16 Sa 51/13 – juris, Rn. 21 ff. unter Verweis auf die Heimann/Toltschin-Entscheidung des EuGH; LAG Hessen v. 06.12.2013 – 3 Sa 980/12 – juris, Rn. 66 ff. unter Verweis darauf, dass eine Kürzungsbestimmung lediglich eine Form der „Maßgaben der Bedingungen für die Inanspruchnahme und Gewährung“ sei; LAG Rheinland-Pfalz v. 16.01.2014, LAGE § 17 BEEG Nr. 1; eher vorsichtig ErK/Gallner, § 17 BEEG, Rn. 2; einschränkend Kamanabrou, RdA 2014, 321, 325 ff.; noch offen gelassen durch BAG v. 19.05.2015, AP § 17 BEEG Nr. 2.

geltend zu machen. § 17 Abs. 1 BEEG enthalte insoweit eine noch viel einschneidendere Kürzung, als die durch die in Folge der EuGH-Entscheidung *Schultz-Hoff* unanwendbare Verfallfrist des § 7 Abs. 3 BurIG.¹³⁵⁶ Darüber hinaus würden mit § 17 Abs. 1 BEEG Regelungen bezüglich des Entstehens beziehungsweise Erlöschens des Urlaubsanspruchs getroffen, welche die Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten übersteige.¹³⁵⁷ Auch wird hinsichtlich einer Übertragbarkeit der Prämissen der *Heimann/Toltschin*-Entscheidung vorgebracht, die Arbeitnehmer könnten sich doch schwerlich während der Elternzeit ähnlich erholen wie Arbeitnehmer während Kurzarbeitsphasen, es bestehe vielmehr nicht das gleiche Erholungsbedürfnis bei beiden Konstellationen.¹³⁵⁸

bb) Annahme der Europarechtskonformität

Teilweise wird auch eine Europarechtskonformität angenommen, etwa von den Vertretern einer differenzierenden Betrachtung der verschiedenen Ruhenskonstellationen, die etwa anhand des Willenselements zwischen Elternzeit- und Krankheitskonstellationen unterscheiden.¹³⁵⁹ Darüber hinaus werden jedoch auch noch zahlreiche andere Ansätze zur Begründung der Europarechtskonformität vertreten. So wird etwa argumentiert, die Kürzungsmöglichkeit falle unter die Maßgaben der Bedingungen für die Inanspruchnahme und Gewährung, die nach Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie den Mitgliedstaaten unterfielen.¹³⁶⁰ Als Grund für die Europarechtskonformität wird teilweise auch ein Vergleich mit der Kurzarbeit angeführt.¹³⁶¹ Dabei wird insbesondere auf Besonderheiten der Elternzeit in Abgrenzung zu aktiv Arbeitenden abgestellt, etwa die Möglichkeit der Kürzung von Weihnachtsgeldgratifikationen während dieser Zeit¹³⁶² und die aus § 5 Nr. 2 und 3 der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub im Anhang der Richtlinie 2010/18/EU resultierende Unterscheidung zwischen erworbenen und noch zu erwerbenden Ansprüchen¹³⁶³. Besonders der eben genannte Ansatz des Vergleichs mit den

¹³⁵⁶ Boecken, FS Düwell, S. 59.

¹³⁵⁷ Boecken, FS Düwell, S. 60.

¹³⁵⁸ Jousen, RdA 2015, 305, 318; Kamanabrou, RdA 2014, 321, 325.

¹³⁵⁹ LAG Niedersachsen v. 16.11.2010 – 3 Sa 1288/10 – juris, Rn. 21; Bruns, S. 139 bejaht die Europarechtskonformität ohne Begründung.

¹³⁶⁰ LAG Niedersachsen v. 29.03.2012 – 5 Sa 140/12 – juris, Rn. 24; LAG Hessen v. 06.12.2013 – 3 Sa 980/12 – juris, Rn. 71; so auch LAG Niedersachsen v. 16.11.2010 – 3 Sa 1288/10 – juris, Rn. 21.

¹³⁶¹ LAG Hamm v. 27.06.2013 – 16 Sa 51/13 – juris, Rn. 21 ff.; LAG Hessen v. 06.12.2013 – 3 Sa 980/12 – juris, Rn. 66 ff.; LAG Rheinland-Pfalz v. 16.01.2014, LAGE § 17 BEEG Nr. 1; LAG Niedersachsen v. 16.09.2014, LAGE § 17 BEEG Nr. 2; Hoffmann, jurisPR-ArbR 2/2015, Anm. 4; a.A. Dawirs, NJW 2014, 3612, 3614 f.

¹³⁶² LAG Hamm v. 27.06.2013 – 16 Sa 51/13 – juris, Rn. 23; LAG Rheinland-Pfalz v. 16.01.2014, LAGE § 17 BEEG Nr. 1, jeweils unter Rekurs auf das Urteil Lewen, C-333/97, EU:C:1999:512; LAG Hessen v. 06.12.2013 – 3 Sa 980/12 – juris, Rn. 66 ff.; Hoffmann, jurisPR-ArbR 2/2015, Anm. 4.

¹³⁶³ LAG Hessen v. 06.12.2013 – 3 Sa 980/12 – juris, Rn. 66 ff.; LAG Rheinland-Pfalz v. 16.01.2014, LAGE § 17 BEEG Nr. 1; siehe auch unter Bezugnahme auf § 2 Nr. 6 und 7 der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub im Anhang der Vorgängerrichtlinie 96/34/EG LAG Hamm v. 27.06.2013 – 16 Sa 51/13 – juris, Rn. 23 unter Verweis auf das Urteil Meerts, C-116/08, EU:C:2009:645. § 5 Nr. 2 und 3 der Richtlinie 2010/18/EU entsprechen jedoch im Wortlaut § 2 Nr. 6 und 7 der Vorgängerrichtlinie 96/34/EG, siehe etwa

aktiv Arbeitenden scheint dabei bereits in die Richtung der Voraussetzung der Erarbeitung zu tendieren.¹³⁶⁴ Deutlicher wird dies noch bei *Bruns*, der den Urlaub ausdrücklich als Gegenleistung für erbrachte Arbeitsleistung ansieht und konstatiert, während der Elternzeit seien die synallagmatischen Hauptpflichten suspendiert, was eine Vorschrift wie § 17 BEEG legitimiere.¹³⁶⁵

cc) Stellungnahme

Fieberg, *Höpfner* und *Schubert* ist zunächst zuzustimmen, wenn sie sagen, dass diese Norm nicht verallgemeinerungsfähig sei,¹³⁶⁶ in dem Sinne, dass die hier enthaltene Kürzung nicht ohne Weiteres auf andere Ruhestatbestände übertragbar ist.¹³⁶⁷ Nach dem vorliegend vertretenen Verständnis bedarf es einer solchen Verallgemeinerung jedoch auch gar nicht, denn der Umfang des Entstehens der Urlaubs(entgelt)ansprüche ist bereits durch die Voraussetzung der Erarbeitung und ihre Ausnahmen hinreichend determiniert.

Nach dem hier zugrundegelegten Regel-Ausnahme-Verhältnis entstehen während der Elternzeit von vornherein keine Urlaubsansprüche, die dann kürzbar wären – der entsprechende Arbeitnehmer erbringt keine Arbeitsleistung und es besteht auch keine Ausnahme zu „ohne Arbeit kein Lohn“, vielmehr zahlt der Staat den Geldbetrag.¹³⁶⁸

Fraglich ist jedoch konkret, wie dies mit der in § 17 Abs. 1 BEEG enthaltenen Kürzungsmöglichkeit überein zu bringen ist. So wird § 17 Abs. 1 BEEG oftmals zur Begründung dafür herangezogen, dass Urlaub auch bei Nichtarbeit entstehen müsse, denn nur ein einmal entstandener Urlaubsanspruch könne auch kürzbar sein.¹³⁶⁹ Dieses Verständnis führt jedoch bereits insgesamt zu widersinnigen Ergebnissen. Würde man dieser Ansicht, dass Urlaubsansprüche keinen weiteren Voraussetzungen unterlägen¹³⁷⁰, folgen, so käme man mit § 17 Abs. 1 BEEG zu dem

LAG Hamm v. 27. 06.2013 – 16 Sa 51/13 – juris, Rn. 22 ff.; LAG Hessen v. 06.12.2013 – 3 Sa 980/12 – juris, Rn. 66 ff.

¹³⁶⁴ Diese Tendenz sieht auch *Dawirs*, NJW 2014, 3612, 3614, der jedoch das Ergebnis ablehnt.

¹³⁶⁵ *Bruns*, S. 141.

¹³⁶⁶ *Fieberg*, AP § 1 BUrlG Nr. 24; *Höpfner*, AP § 7 BUrlG Nr. 61; *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1107 f.; siehe auch *Korinth*, ZTR 2014, 691, 693 f; a.A. vorsichtig *Berger-Delhey*, ZTR 2009, 128, 129.

¹³⁶⁷ A.A. etwa *Hanau/Veit/Hoff*, S. 52 f., die aus den Regelungen des BEEG und des ArbPISchG ableiten wollen, dass typischerweise längere, also über sechs Monate hinausgehende Unterbrechungen der Arbeitsleistung zu einer Kürzung des Urlaubsanspruchs führen.

¹³⁶⁸ Siehe beispielhaft BeckOK-SozR/*Fahlbusch*, § 11a SGB II, Rn. 30.

¹³⁶⁹ So auch BAG v. 30.07.1986, AP § 13 BUrlG Nr. 22; BAG v. 17.05.2011, AP § 17 BEEG Nr. 1; BAG v. 06.05.2014, AP § 1 BUrlG Nr. 24; BAG v. 19.05.2015, NZA 2015, 989, 990; *Boecken*, FS Düwell, S. 56; *Boecken/Jacobsen*, ZTR 2011, 267, 269; *Boemke*, jurisPR-ArbR 16/2011, Anm. 3; *Boemke*, JuS 2015, 560, 561 f.; *Düwell*, DB 2012, 1749, 1749; *Wicht*, BB 2012, 1349, 1351; a.A. etwa *Arnold/Tillmanns/Tillmanns*, § 17 BEEG, Rn. 1.

¹³⁷⁰ BAG v. 28.01.1982, AP § 3 BUrlG Nr. 11 Rechtsmissbrauch; BAG v. 13.05.1982, AP § 7 BUrlG Nr. 4 Übertragung; BAG v. 08.03.1984, AP § 3 BUrlG Nr. 14 Rechtsmissbrauch; BAG v. 14.05.1986, AP § 7 BUrlG Nr. 26 Abgeltung; BAG v. 30.07.1986, AP § 13 BUrlG Nr. 22; BAG v. 24.10.1989, AP § 7 BUrlG Nr. 52 Abgeltung; BAG v. 21.06.2005, NZA 2006, 232; BAG v. 24.03.2009, AP § 7 BUrlG Nr. 39; BAG v. 15.12.2009 – 9 AZR 795/08 – juris; BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrlG Nr. 61.

recht kurios anmutenden Ergebnis, dass Arbeitnehmer in allen nur erdenklichen Ruhenskonstellationen Anspruch auf ihren vollen Urlaub beziehungsweise ihr volles Urlaubsentgelt hätten, lediglich Eltern wären von diesem Genuss ausgenommen.¹³⁷¹

So ist den Vertretern der Annahme der Europarechtswidrigkeit zumindest in einem Punkt zuzustimmen, denn wäre § 17 Abs. 1 BEEG konstitutiv, würde dies die Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten übersteigen, welche die Voraussetzungen der Urlaubsentstehung beziehungsweise des -wegfalls nicht autonom regeln dürfen.¹³⁷² Daher kann § 17 Abs. 1 BEEG zumindest nicht konstitutiv verstanden werden. Jedoch ist die Norm damit nicht insgesamt europarechtswidrig.

Dass der Erholungsurlaubsanspruch im Fall des Arbeitsausfalls aufgrund der Elternzeit nicht in vollem Maße entsteht, was von der Rechtsfolge her einer nachträglichen Kürzung gleichkäme,¹³⁷³ läuft dem europäischen Recht, wie in den vorherigen Kapiteln aufgezeigt, nicht entgegen, das Gegenteil ist der Fall.¹³⁷⁴

§ 17 Abs. 1 BEEG kann vielmehr deklaratorisch und entgegen der Rechtsprechung des BAG im Rahmen der hier vertretenen Voraussetzung der Erarbeitung so verstanden werden, dass der Norm der grundsätzliche Rechtsgedanke entnommen werden kann, dass der Urlaubsanspruch und damit der Urlaubsvergütungsanspruch bei Ruhen des Arbeitsverhältnisses aufgrund von Elternzeit jedenfalls nicht in vollem Umfang zu gewähren ist.¹³⁷⁵ Dabei überlässt es § 5 Nr. 3 der Rahmenvereinbarung über Elternzeit ausdrücklich den Mitgliedstaaten, den Status des Arbeitsvertrags während der Elternzeit zu regeln.¹³⁷⁶ § 5 Nr. 2 führt darüber hinaus lediglich dazu, dass bereits entstandene Urlaubsansprüche nicht nachträglich durch die Elternzeit entfallen, nicht dass neue Urlaubsansprüche entstünden. Auch in Art. 33 Abs. 2 der Grundrechtecharta ist im Gegensatz zum Mutterschaftsurlaub eine Bezahlungspflicht – und damit die Vorgabe der

¹³⁷¹ Siehe hinsichtlich dieser Widersinnigkeit auch *Fieberg*, AP § 1 BUrLG Nr. 24, der aus Arbeitgebersicht beschreibt, dass dieser bei Gewährung von Sonderurlaub Urlaubsentgelt bezahlen solle, während ein solcher Anspruch bei Elternzeit entfielen.

¹³⁷² So auch *Boecken*, FS Düwell, S. 60.

¹³⁷³ In diesem Sinne hinsichtlich der Wirkung der verminderten Entstehung oder Kürzung auch BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BUrLG Nr. 61: „Unerheblich ist dabei, ob die Tarifvorschrift bereits das Entstehen von Urlaubsansprüchen hindern oder ob sie einen entstandenen Urlaubsanspruch vermindern will. Beide Konstellationen unterscheiden sich in ihrer Wirkung auf den Urlaubsanspruch im Ergebnis nicht.“; so diesbezüglich auch *Fieberg*, ZESAR 2013, 258, 262 f.; die kürzlich ergangene Entscheidung des BAG v. 19.05.2015, AP § 17 BEEG Nr. 2, nach der der Urlaubsabgeltungsanspruch nicht nach § 17 Abs. 1 S. 1 BEEG kürzungsfähig sei, ist damit im Ergebnis abzulehnen. Der durch die Elternzeit verminderte Urlaubsanspruch besteht zwar nicht mehr. Die fehlende Arbeitsleistung während der Elternzeit führt jedoch bereits zu einem verringerten Entstehen des Urlaubsanspruchs, sodass folglich auch der Urlaubsabgeltungsanspruch faktisch vermindert ist. Die Frage der Möglichkeit einer nachträglichen Kürzung stellt sich damit nicht mehr. Zumindest im Ergebnis ist daher LAG Hessen v. 06.12.2013 – 3 Sa 980/12 – juris, Rn. 42; LAG Rheinland-Pfalz v. 16.01.2014, LAGE § 17 BEEG Nr. 1; LAG Niedersachsen, LAGE § 17 BEEG Nr. 2 und *Hoffmann*, jurisPR-ArbR 2/2015, Anm. 4 zu folgen.

¹³⁷⁴ Siehe insgesamt Kapitel B. II. Grundsätzliche Annahme der Voraussetzung der Arbeitsleistung sowie Kapitel B. V. 1. Europarechtliche Determinierung der Voraussetzung der Erarbeitung und ihrer Ausnahmen.

¹³⁷⁵ So etwa LAG Köln v. 29.04.2010, ZTR 2010, 589, 590; LAG München v. 26.05.2011 – 4 Sa 66/11 – juris, Rn. 23; *Fieberg*, NZA 2009, 929, 935; dies erwägend *Sprink*, S. 216; *Wicht*, BB 2012, 1349, 1351.

¹³⁷⁶ So auch *Kamanabrou*, RdA 2014, 321, 324.

Entstehung von Urlaubsansprüchen – während des Elternurlaubs nicht vorgesehen. In Abgrenzung zu Art. 11 Nr. 2 lit. a und b der Mutterschutzrichtlinie sind die Entstehung des Urlaubs und die Arbeitsentgeltfortzahlung an dieser Stelle demnach unionsrechtlich gerade nicht angeordnet.¹³⁷⁷ Nr. 15 der allgemeinen Erwägungen zu der Rahmenvereinbarung enthält vielmehr ausdrücklich den Hinweis, dass Elternurlaub von Mutterschaftsurlaub zu unterscheiden ist,¹³⁷⁸ daher kann auch im BEEG eine eindeutige und europarechtlich unbedenkliche Diskrepanz zum MuSchG bestehen.

Es ist somit grundsätzlich europarechtskonform, dass der Arbeitgeber in Deutschland bei der Elternzeit kein Arbeitsentgelt fortzahlen muss und somit keine Ausnahmeregelung der Urlaubsentstehung greift. Der deutsche Gesetzgeber hätte zwar im Rahmen einer günstigeren Regelung durchaus eine Entgeltfortzahlung vorsehen können, diese Möglichkeit hat er aber gerade nicht wahrgenommen. Hinsichtlich des in § 17 Abs. 1 S. 1 BEEG enthaltenen Rechtsgedankens und hinsichtlich der Rechtsfolgen des verminderten Anspruchs stimmen Unionsrecht und deutsches Recht somit überein. Legt man § 17 Abs. 1 BEEG demnach nicht streng anhand des Wortlauts, sondern teleologisch und richtlinienkonform aus, so ist es nicht von Bedeutung, ob in der Norm von einer Kürzung oder von einer verminderten Entstehung die Sprache ist. Angelehnt an den Zweck von § 17 Abs. 1 BEEG kommt man vielmehr vor dem Hintergrund des europäischen Rechts zu dem Ergebnis, dass die Norm zu einer pro-rata-temporis-verminderten Anspruchsentstehung führt.

Wenn das BAG also konstatierte, die in „§ 17 I BEEG und § 4 I ArbPISchG vorgesehenen Kürzungsmöglichkeiten sind auch nicht Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, der für eine teleologische Reduktion des Bundesurlaubsgesetzes in Bezug auf ruhende Arbeitsverhältnisse herangezogen werden könnte“¹³⁷⁹, hatte es zwar insofern Recht, als die Voraussetzung der Erarbeitung nicht allein aus § 17 Abs. 1 BEEG abgeleitet werden kann. Entgegen der Auffassung des BAG enthält die Norm jedoch sehr wohl einen Ausdruck des Rechtsgedankens der Erarbeitung. Dass § 17 Abs. 1 BEEG damit zwar lediglich deklaratorisch¹³⁸⁰ und nicht konstitutiv ist, ist dabei auch nicht weiter von Bedeutung, seine Geltung erhält § 17 BEEG in Form einer klarstellenden Abgrenzung zu § 17 MuSchG, der im Folgenden noch untersucht wird. Damit ist auch das vom BAG vorgebrachte Hauptargument gegen den in § 17 Abs. 1 BEEG enthaltenen Rechtsgedanken, dass eine Kürzung etwa im PflegeZG nicht vorgesehen sei,¹³⁸¹ hinfällig. Zum einen wurde dem PflegeZG in seiner aktuellen Fassung genau eine solche Kürzungsmöglichkeit hinzugefügt, der Gesetzgeber hat sich damit augenscheinlich ausdrücklich entschieden, an dieser Stelle ebenfalls keinen vollen Urlaubsanspruch anzunehmen. Zum anderen war diese Argumentation bereits zum Zeitpunkt der damaligen Fassung des § 4 PflegeZG a.F. nicht stichhaltig.

¹³⁷⁷ Siehe bereits Kapitel B. V. 1. b) aa) (2) Vergleich mit der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub.

¹³⁷⁸ Hierauf verweist auch *Kamanabrou*, RdA 2014, 321, 324.

¹³⁷⁹ BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BurlG Nr. 61 m.w.N.

¹³⁸⁰ So vorsichtig auch *Bürger*, ZTR 2011, 707, 713.

¹³⁸¹ BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BurlG Nr. 61 m.w.N.; BAG v. 06.05.2014, AP § 1 BurlG Nr. 24.

Da § 17 Abs. 1 BEEG den Rechtsgedanken des verminderten Urlaubs- und Urlaubsentgeltanspruchs lediglich deklaratorisch enthält, steht es dem Gesetzgeber frei, einen solchen Hinweis auch in andere Gesetze zu integrieren oder eben nicht. Im PflegeZG hatte er sich zwar augenscheinlich zum damaligen Zeitpunkt dagegen entschieden, da der konstitutive Charakter fehlte, hatte dies jedoch bereits damals keine weiteren grundlegenden Auswirkungen. Dies gilt umso mehr, da eine solche Kürzung in § 4 Abs. 4 PflegeZG nunmehr enthalten ist.

b) § 4 Abs. 1 ArbPISchG

§ 4 Abs. 1 ArbPISchG enthält ebenso wie § 17 Abs. 1 BEEG eine Regelung zur Zwölfteilung des Urlaubsanspruchs bei Ausfall der Arbeitszeit – diesmal aufgrund des Wehrdienstes.

§ 4 ArbPISchG
Erholungsurlaub

(1) Der Arbeitgeber kann den Erholungsurlaub, der dem Arbeitnehmer für ein Urlaubsjahr aus dem Arbeitsverhältnis zusteht, für jeden vollen Kalendermonat, den der Arbeitnehmer Wehrdienst leistet, um ein Zwölftel kürzen. Dem Arbeitnehmer ist der ihm zustehende Erholungsurlaub auf Verlangen vor Beginn des Wehrdienstes zu gewähren.

Durch das Wehrrechtsänderungsgesetz von 2011¹³⁸², mit dem die Wehrpflicht ausgesetzt wurde, wurde der verpflichtende Wehrdienst nach § 2 des Wehrpflichtgesetzes (WPfG) auf den Spannungs- und Verteidigungsfall beschränkt. Damit hat § 4 Abs. 1 ArbPISchG einen großen Teil seiner Relevanz eingebüßt.

Dennoch stellt er ebenfalls eine der wenigen Normen dar, die eine Kürzung des Urlaubsanspruchs vorsehen. Da sich § 17 Abs. 1 BEEG an § 4 Abs. 1 ArbPISchG orientiert,¹³⁸³ gelten die Ausführungen bezüglich der Europarechtskonformität zu dieser Norm hier entsprechend. § 4 Abs. 1 ArbPISchG sollte den Arbeitgeber entlasten.¹³⁸⁴ Da in diesem Fall gleichzeitig auch keine Entgeltfortzahlungspflicht vorgesehen ist, ist § 4 Abs. 1 ArbPISchG damit unionsrechtskonform und fügt sich nahtlos in das hier favorisierte System ein.

c) § 4 Abs. 4 PflegeZG

§ 4 Abs. 4 PflegeZG wurde neu in das PflegeZG eingefügt¹³⁸⁵ und enthält ebenso wie § 17 Abs. 1 BEEG und § 4 Abs. 1 ArbPISchG nunmehr die Regelung, dass der Arbeitgeber den

¹³⁸² Wehrrechtsänderungsgesetz 2011 v. 28.04.2011, BGBl. I 2011 S. 678.

¹³⁸³ Vgl. die Gesetzesbegründung zu § 17 Abs. 1 S. 1 BEEG, BT-Drucks. X/3792, S. 20; siehe auch Boecken, FS Düwell, S. 55.

¹³⁸⁴ BT-Drucks. II/3117, S. 13; siehe auch Boecken, FS Düwell, S. 56.

¹³⁸⁵ Eingefügt durch das Gesetz zur besseren Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf v. 23.12.2014, BGBl. I 2014 S. 2462.

Urlaub anteilig kürzen kann – hier, wenn der Arbeitnehmer vollständig für Pflegezwecke freigestellt wurde.

§ 4 PflegeZG

Dauer der Inanspruchnahme

(4) Der Arbeitgeber kann den Erholungsurlaub, der der oder dem Beschäftigten für das Urlaubsjahr zusteht, für jeden vollen Kalendermonat der vollständigen Freistellung von der Arbeitsleistung um ein Zwölftel kürzen.

Auch diese Norm fügt sich dabei unproblematisch in das zuvor bereits in diesem Zusammenhang Gesagte ein. So ist in § 2 Abs. 3 PflegeZG festgelegt, dass eine Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nur besteht, wenn dies durch andere Vorschriften vorgegeben ist. Eine solche Vorschrift stellt etwa § 616 BGB dar.¹³⁸⁶ Eine originäre Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers ist in den Normen des PflegeZG jedoch nicht enthalten.¹³⁸⁷ Daher korreliert die Regelung des § 4 Abs. 4 PflegeZG mit den unionsrechtlichen Vorgaben, es liegt keine Ausnahme zu der Voraussetzung der Erarbeitung des Urlaubsanspruchs vor. Die Norm weist mithin deklaratorisch auf eine verminderte Entstehung – beziehungsweise eine Kürzung – des Urlaubsfreistellungs- und Urlaubsentgeltanspruchs hin.

d) § 17 S. 1 MuSchG

Im Gegensatz zu den eben genannten Normen enthält § 17 MuSchG interessanterweise die Regelung, dass Ausfallzeiten aufgrund von mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverboten nach § 17 MuSchG als Arbeitszeit gelten. Diese führen somit zu einem vollen Entstehen von Urlaubsansprüchen.

§ 17 MuSchG

Erholungsurlaub

Für den Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub und dessen Dauer gelten die Ausfallzeiten wegen mutterschutzrechtlicher Beschäftigungsverbote als Beschäftigungszeiten.

Auch wenn § 17 MuSchG dabei weithin lediglich als deklaratorische Bestätigung der in Deutschland gängigen Betrachtung gesehen wird, dass der Urlaub keinen weiteren Voraussetzungen unterliege als dem Bestehen des Arbeitsverhältnisses und dem Erfüllen der Wartezeit,¹³⁸⁸ so ist es doch verwunderlich, dass der Gesetzgeber an dieser Stelle – einmalig – einen solchen Hinweis für notwendig erachtet hat.

¹³⁸⁶ BeckOK-ArbR/Joussen, § 2 PflegeZG, Rn. 15 f.; ErfK/Gallner, § 2 PflegeZG, Rn. 4.

¹³⁸⁷ ErfK/Gallner, § 2 PflegeZG, Rn. 4.

¹³⁸⁸ So etwa Arnold/Tillmanns/Tillmanns, § 17 MuSchG, Rn. 1.

aa) § 17 S. 1 MuSchG vor dem europäischen Hintergrund

Bereits durch Art. 11 Nr. 2 lit. a der Mutterschutzrichtlinie wird deutlich, dass das Entstehen des Jahresurlaubsanspruchs unabhängig von dem Mutterschaftsurlaub ist. Dabei zeigt auch schon die Bestimmung des Art. 11 Nr. 2 der Mutterschutzrichtlinie insgesamt, dass der Arbeitgeber insoweit unionsrechtlich grundsätzlich primär in der Pflicht gesehen wird, das Arbeitsentgelt ohne Leistung fortzuzahlen,¹³⁸⁹ und damit ebenso „Urlaubsfortzahlung“ als Ausnahme der Erarbeitung hinsichtlich des Urlaubs zu gewähren. Somit ist es auch nur folgerichtig – und auch eurparechtskonform – nach § 17 S. 1 MuSchG Urlaub ohne vorangegangene Arbeitsleistung zu gewähren. § 17 S. 1 MuSchG ist also kongruent mit den Ausnahmen, die beim Entfallen der Arbeitsleistung und einem gleichzeitigen Aufrechterhalten des Arbeitsentgelts aus Schutzgründen greifen.

Die unionsrechtlich bereits determinierte Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Mutterschutzkonstellationen setzt sich dann dementsprechend auch im MuSchG fort, der Arbeitgeber muss nach § 11 Abs. 1 S. 1 MuSchG das volle Arbeitsentgelt weiterzahlen und in den Fällen des § 14 Abs. 1 MuSchG einen Zuschuss leisten.

Dass der Arbeitgeber in der letztgenannten Konstellation lediglich einen Anteil übernehmen muss und sich die Zahlungen mit der Krankenkasse teilt, ist dabei hinsichtlich der Annahme einer grundsätzlich bestehenden Entgeltfortzahlungspflicht nicht von Bedeutung. Unter Beachtung der besonderen Bedeutung des Schutzes werdender und junger Mütter insgesamt nach deutschem und europäischem Recht – insbesondere auch hinsichtlich ihrer zu gewährleistenden Vergütung – können nicht nur die ausschließlich vom Arbeitgeber zu vergütenden Tage der Beschäftigungsverbote nach § 3 Abs. 1 MuSchG unter die Ausnahme von der Voraussetzung der Erarbeitung des Urlaubs fallen. Es müssen vielmehr auch die Wochen vor und nach der Entbindung nach § 3 Abs. 2 MuSchG miteinbezogen werden, auch wenn sich Arbeitgeber und Krankenkasse in diesem Fall nach §§ 13 Abs. 1, 14 Abs. 1 MuSchG i.V.m. § 24i SGB V die Entgeltfortzahlung teilen.

Zum einen ist der Anteil des Arbeitgebers meist größer als der des Sozialleistungsträgers¹³⁹⁰ und zum anderen sollten auch auf nationaler Ebene so lediglich mittelbare Nachteile für Frauen vermieden werden, die durch die finanzielle Belastung der Arbeitgeber entstehen könnten.¹³⁹¹ Dies bedeutet also nicht, dass dem Arbeitgeber die grundsätzliche Pflicht zur Entgeltfortzahlung abgesprochen wird, was auch dem europäischen Verständnis entspricht.¹³⁹²

¹³⁸⁹ Siehe hierzu bereits vertiefend Kapitel B. V. 1. b) Richtlinie 92/85/EWG.

¹³⁹⁰ *Mauer*, ZfSH 1991, 584, 586.

¹³⁹¹ *Mauer*, ZfSH 1991, 584, 584 ff.

¹³⁹² *Colneric*, AiB 1992, 179, 187; *Mauer*, ZfSH 1991, 584, 584 ff.; siehe auch bereits Kapitel B. V. 1. b) Richtlinie 92/85/EWG.

Es handelt sich damit bei § 14 Abs. 1 MuSchG nicht um eine Ausnahme zu der Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers, sondern um eine reine Kostenumlegungsregelung, die den Arbeitgeber und damit mittelbar die Arbeitnehmerinnen schützen soll. Aufgrund der Relevanz des Mutterschutzes ist dem Zuschuss der Sozialleistungsträger nach § 14 Abs. 1 S. 1 MuSchG darüber hinaus im Hinblick auf die Entstehung der Urlaubsansprüche nach § 17 MuSchG und hinsichtlich der Annahme einer Ausnahme zu der Voraussetzung der Erarbeitung keine große Bedeutung zuzumessen.

Beide Ansprüche – auf Arbeitsentgelt und Urlaubsentgelt beziehungsweise der Urlaubsanspruch insgesamt – entstehen demnach europarechtskonform in dieser Ruhenskonstellation des Beschäftigungsverbots aufgrund von Mutterschutz gleichermaßen ohne Gegenleistung. Die Norm ist damit zwar nach wie vor als deklaratorisch anzusehen, jedoch nunmehr nicht mehr im Hinblick auf das voraussetzungslose Entstehen des Urlaubsanspruchs, sondern vielmehr als wichtiger Hinweis auf die Ausnahmen der Voraussetzung der Erarbeitung.

bb) Vergleich mit der Konstellation des Elternurlaubs

Auch bei der sich an diese Überlegungen bei einem Vergleich von § 17 Abs. 1 BEEG und § 17 S. 1 MuSchG anschließenden Frage, warum Mütter und junge Eltern hinsichtlich ihrer Urlaubs- und Urlaubsentgeltansprüche unterschiedlich behandelt werden sollten, ist somit das Ergebnis schon vorgegeben.

Bereits europarechtlich wird bei nur einer der beiden Konstellationen normativ vorgeschrieben, dass der volle Urlaubsanspruch entsteht und Lohneinbußen zu verhindern sind. Dies verdeutlicht, dass der Mutterschutz diesbezüglich bedeutsamer ist als der sich zeitlich daran anschließende Elternschutz. Auch der EuGH hat den besonderen Schutz werdender Mütter im Vergleich zu Eltern in Elternzeit ausdrücklich herausgestellt, indem er im *Lewen*-Urteil Mutterschutzzeiten mit aktiven Beschäftigungszeiten gleichgesetzt hat,¹³⁹³ während er bei Elternzeit gerade eine Vergleichbarkeit zu aktiv Arbeitenden aufgrund des Ruhens der Arbeitspflicht ablehnte¹³⁹⁴.

Eine unterschiedliche Behandlung der beiden Konstellationen hinsichtlich des Urlaubsanspruchs ist demnach an dieser Stelle bereits unionsrechtlich vorgesehen.

Aber auch die Wertung des deutschen Gesetzgebers tendiert nach der hier vertretenen Ansicht der Ausnahmen der Erarbeitung bei Durchbrechung des Gegenleistungsgefüges in diese Richtung. Müttern und werdenden Müttern werden aus Schutzgründen Ansprüche gegen den Arbeitgeber in Höhe des vollen Arbeitsentgelts gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 MuSchG beziehungsweise eines Anteils nach § 14 Abs. 1 MuSchG zugesprochen, Eltern in Elternzeit jedoch nur ein gekürzter Geldanspruch gegen den Staat gemäß § 1 Abs. 1 BEEG. Dieser Unterschied bezüglich

¹³⁹³ Urteil *Lewen*, C-333/97, EU:C:1999:512, Rn. 41.

¹³⁹⁴ Urteil *Lewen*, C-333/97, EU:C:1999:512, Rn. 37.

des beabsichtigten Schutzniveaus sollte auch auf den Urlaubsentgeltanspruch durchschlagen. Auch wenn das Verständnis bislang in Deutschland demnach von der Herangehensweise geprägt war, dass der Urlaub keinen Voraussetzungen, außer der des bestehenden Arbeitsverhältnisses unterliegt, so hat der Gesetzgeber – damals noch unbewusst¹³⁹⁵ – die bestehenden Normen hinsichtlich des Urlaubsanspruchs bei ruhenden Arbeitsverhältnissen in deklaratorischer Art und Weise genau so ausgestaltet, dass sie sich in das hier angenommene unionsrechtliche Verständnis einfügen. Die vorherrschende Ansicht in Deutschland, die keine weiteren Voraussetzungen für Urlaub anerkennen möchte, kommt dabei nach dem bisherigen Verständnis nicht zu zufriedenstellenden Ergebnissen – wie bereits zuvor erwähnt, ergibt es keinen Sinn, Arbeitnehmern immer den vollen Urlaub zu gewähren, außer sie reduzieren ihre Arbeitszeit aufgrund von Elternzeit nach § 17 Abs. 1 BEEG oder aber auch aufgrund von Wehrdienst nach § 4 Abs. 1 ArbPISchG oder Pflegezeit nach § 4 Abs. 4 PflegeZG.

Eine unterschiedliche Behandlung von Urlaubsansprüchen im Rahmen der Freistellung aufgrund des MuSchG und aufgrund des BEEG ist somit aufgrund der unterschiedlichen Schutzniveaus sinnvoll und bereits in doppelter Hinsicht europarechtlich und national geboten.

3. Zwischenergebnis

Die deutschen Regelungen sind somit insgesamt grundsätzlich mit den europäischen Vorgaben vereinbar und beinhalten bereits auf nationaler Ebene die Voraussetzung der Erarbeitung sowie – einige – Ausnahmeregelungen diesbezüglich. Dieses Ergebnis harmonisiert dabei mit einer Aussage, die *Güntner* bereits im Jahr 1963 traf: „Der Anspruch auf Urlaub kann im Ausnahmefall durchaus als auf der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers beruhend gedacht werden, das gilt aber nicht für den Regelfall. Im allgemeinen liegen die Dinge doch so, daß das Urlaubsgeld des Arbeitnehmers nichts anderes als die Vergütung für vorgetane Arbeit darstellt beziehungsweise Lohn oder Gehalt ist, das der Arbeitnehmer schon verdient hat oder im Betrieb noch verdienen soll.“¹³⁹⁶ Betrachtet man die die Entgelt- sowie die Fürsorgetheorie nicht im engeren Sinne, sondern lediglich hinsichtlich ihrer Grundgedanken und überträgt diese auf den erarbeiteten Wert des Urlaubs als Regel sowie die Ausnahmen aus Arbeitnehmerschutzüberlegungen, so wird deutlich, dass insoweit eine Parallelität besteht. Somit war letztendlich die hier vertretene Ansicht bereits zum damaligen Zeitpunkt des Erlasses des BUrlG ohne europäische Einflüsse sinngemäß vertretbar. Zumindest bestand bei der Entstehung des BUrlG insgesamt keine Klarheit über die rechtliche Einordnung der Pflicht zur Urlaubserteilung im Verhältnis zu den übrigen arbeitsvertraglichen Pflichten.¹³⁹⁷ Das in Deutschland derzeit angenommene Verständnis

¹³⁹⁵ Zweck war bei dem ArbPISchG und dem BEEG eine Entlastung des Arbeitgebers, siehe BT-Drucks. II/3117, S. 13 und BT-Drucks. X/3792, S. 20, beim MuSchG sollte eine Benachteiligung von Müttern verhindert und die Rechtsunsicherheit in der Praxis beendet werden, BT-Drucks. XIV/8525, S. 9.

¹³⁹⁶ *Güntner*, AuR 1963, 77, 80, die Begriffe Urlaubsgeld und Urlaubsentgelt werden dabei synonym gebraucht.

¹³⁹⁷ *Leinemann/Linck*, Einl., Rn. 87.

des BUrlG in der Hinsicht, dass Urlaub keinen Voraussetzungen unterliegt, ist also nicht so zwingend, wie es zunächst erscheint – im Gegenteil ist die Erarbeitung des Urlaubs bereits früh in Deutschland als grundsätzlich systemimmanent angesehen worden. Lediglich die richtlinienkonforme Auslegung des § 11 Abs. 1 BUrlG ist aufgrund des klaren Wortlauts der Norm problematisch, aber aufgrund der Übereinstimmung der Voraussetzung der Erarbeitung mit teleologischen sowie systematischen Überlegungen in Form der Rechtsfortbildung möglich.

VII. Konsequenzen für die Bestimmung des Urlaubsentgelts

Nachdem nun die Voraussetzung der Erarbeitung und ihre Ausnahmen festgestellt wurden, ist anschließend noch zu untersuchen, wie dies praktisch umsetzbar ist beziehungsweise welche praktischen Auswirkungen konkret daraus resultieren.

1. Zeitpunkt der Erarbeitung

Von besonderer Bedeutung ist an dieser Stelle zunächst, wann der Urlaubsentgeltanspruch entsteht. Wenn der Urlaub im Urlaubsjahr erst erarbeitet werden muss, würde dies logischerweise zu der Konsequenz führen, dass im ersten Arbeitsjahr keinerlei Urlaubsfreistellungs- beziehungsweise Urlaubsvergütungsansprüche geltend gemacht werden könnten, erst im darauffolgenden Jahr wäre der Arbeitnehmer berechtigt, seine 24 Tage gesetzlich vorgegebenen Urlaub zu nehmen.¹³⁹⁸ Darüber hinaus müsste bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses immer eine Abgeltung erfolgen, da der Urlaub aus dem laufenden Jahr nie im selben Jahr geltend gemacht werden könnte.

Ob diese Handhabung europarechtskonform wäre, ist nicht ganz eindeutig, da man die Richtlinie 2003/88/EG auch dahingehend verstehen kann, dass jeder Arbeitnehmer in jedem und damit auch im ersten Jahr einen Anspruch auf vier Wochen bezahlten Jahresurlaub haben müsse. Dafür würde auch die Formulierung „Mindestjahresurlaub“ in Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie sprechen. Eine Festlegung diesbezüglich kann jedoch dahinstehen, denn die Arbeitszeitrichtlinie legt jedenfalls nur Mindestvoraussetzungen fest, die Mitgliedstaaten können grundsätzlich jederzeit günstigere Regelungen erlassen.

Dies hat der deutsche Gesetzgeber in diesem Fall ausdrücklich getan, indem er in § 1 BurlG aufgenommen hat, dass in *jedem* Jahr ein Anspruch auf Urlaub besteht und auch nach der Wartezeit von sechs Monaten nach § 4 BurlG noch genügend Zeit besteht, den vollen Jahresurlaub auch im ersten Jahr zu nehmen. Diese Handhabung ist in jedem Fall günstiger für den Arbeitnehmer, als wenn er im ersten Jahr zunächst in vollem Umfang seinen Urlaub erarbeiten müsste, um ihn dann im nächsten Jahr erst zu nehmen – sollte dies überhaupt europarechtskonform sein. Aufgrund dieser Normen ging auch das BAG ganz selbstverständlich davon aus, dass der volle Urlaubsanspruch bereits zu Beginn des Kalenderjahres entstehe.¹³⁹⁹

Gleichwohl ist jedoch europarechtlich determiniert, dass die Urlaubsvergütung der Voraussetzung der Erarbeitung unterliegt. Dementsprechend ist fraglich, ob und wie die Entstehung des Urlaubs- und damit auch des Urlaubsentgeltanspruchs mit dieser Prämisse überein zu bringen ist – zu Beginn des Jahres wurde nun einmal noch keine Arbeitsleistung für das kommende Jahr

¹³⁹⁸ Darauf weist bereits das RAG hin, siehe etwa RAG v. 20.05.1931, ARS 12, 92, 94; so auch schon *Dissinger*, NZfA 1926, 595, 596 ff.

¹³⁹⁹ BAG v. 07.08.2012, AP § 7 BurlG Nr. 61; BAG v. 18.03.2003, AP § 3 BurlG Nr. 17 Rechtsmissbrauch; BAG v. 28.01.1982, AP § 3 BurlG Nr. 11 Rechtsmissbrauch.

absolviert. Eine einjährige Erarbeitungsphase, in der der Arbeitnehmer zunächst keine Urlaubsgegenleistung erhält, scheidet also bereits – wie ausgeführt – nach § 1 BUrlG aus. Diese Norm könnte damit eine Fälligkeitsregelung für den Urlaubsanspruch darstellen. Für das Arbeitsentgelt regelt § 614 BGB eine Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers, die Arbeitsvergütung ist erst nach der Dienstleistung fällig.¹⁴⁰⁰ Entsteht der Urlaubsanspruch nun durch eine Jahresarbeitsleistung und dabei jedoch zugleich nach § 1 BUrlG in jedem Jahr, kann die Fälligkeit des Anspruchs zwangsläufig nicht nach dem Arbeitsjahr liegen, sie muss vielmehr vorgezogen sein. § 1 BUrlG ist demnach im Rahmen des Urlaubsrechts als eine von einer Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers abweichende Norm anzusehen, die die Fälligkeit des Urlaubsanspruchs, bestehend aus Freistellung und Vergütung, jeweils zu Beginn des Jahres festlegt. Damit muss der Arbeitgeber hinsichtlich des Urlaubs und des Urlaubsentgelts in Vorleistung treten. Diese Vorgehensweise ist auch kongruent zu § 11 Abs. 2 BUrlG, in dem geregelt ist, dass der Urlaubsentgelt ebenfalls bereits zu Beginn des Urlaubs fällig ist. Grundsätzlich ist der Urlaubsentgeltanspruch insgesamt zwar vor Antritt des Urlaubs bereits erarbeitet, stellt man jedoch darauf ab, dass der Anspruch jeweils bereits zu Beginn des Jahres geltend gemacht werden kann, so tritt der Arbeitgeber auch hier in Vorleistung.

Ebenso wie bei der Arbeitsvergütung nach § 614 BGB¹⁴⁰¹ und § 11 Abs. 2 BUrlG¹⁴⁰² ginge es dabei im Rahmen der Fälligkeit nach § 1 BUrlG nicht um das „Ob“ des Anspruchs, sondern hinsichtlich dieser Frage zunächst nur um das „Wie“ beziehungsweise das „Wann“. Der Umfang des Anspruchs ergäbe sich dabei nicht aus der Fälligkeitsbestimmung, sondern im Folgenden ausschließlich aus dem Gegenseitigkeitsverhältnis von Arbeit und Urlaub.¹⁴⁰³

Da die Leistungen jedoch zu Beginn des Jahres noch nicht ausgetauscht wurden, bleibt demnach nur die Lösung über eine Prognoserechnung. Der Arbeitgeber nimmt die erwartete Arbeitsleistung innerhalb des Urlaubsjahres zur Grundlage der Berechnung des Urlaubs und damit auch des zu erwartenden Urlaubsentgelts. Ändert sich jedoch während des Jahres etwas am Gehalt oder der Arbeitszeit oder wird etwa der Arbeitsvertrag beendet, muss der prognostizierte Urlaubsanspruch als Ganzer korrigiert werden.¹⁴⁰⁴ Dabei sind selbstverständlich bereits erarbeitete Urlaubsansprüche zu beachten und mit in die Berechnung einzubeziehen. Diese Vorgehensweise führt zwar dazu, dass etwa ein Arbeitnehmer zu Beginn des Jahres seinen vollen Urlaubsanspruch geltend machen kann, obwohl er bereits vorhat, im Mai zu kündigen. Diese Unstimmigkeiten sind jedoch hinzunehmen, da diese Berechnungsweise die wechselnden Begebenheiten und den erarbeiteten Gegenwert des Urlaubs bestmöglich berücksichtigt und dabei

¹⁴⁰⁰ BeckOK-ArbR/Joussen, § 614 BGB, Rn. 1; MüKo-BGB/Müller-Glöge, § 614 BGB, Rn. 1.

¹⁴⁰¹ BeckOK-ArbR/Joussen, § 614 BGB, Rn. 1.

¹⁴⁰² BeckOK-ArbR/Lampe, § 11 BUrlG, Rn. 15.

¹⁴⁰³ So hinsichtlich des Arbeitsentgelts ErfK/Preis, § 614 BGB, Rn. 4.

¹⁴⁰⁴ Dieses Prinzip ist nicht neu, so vertraten etwa Schelp/Herbst, § 1 BUrlG, Rn. 15 bereits, dass es sich bei der Prognose nicht um eine nachträgliche Änderung des Anspruchs, sondern um seine Entstehung handle, „der anfänglich nur dem Ziele nach (bezahlter Jahreserholungsurlaub von mindestens X Werktagen) festgelegte Anspruch erst im Stadium der Konkretisierung eine bestimmte Gestalt gewinnt“.

gleichzeitig dem Arbeitnehmer nach § 1 BUrlG bereits zu Beginn des Jahres Urlaub ermöglicht. Darüber hinaus kann diese Regelung nicht nur für den Arbeitnehmer günstigere Folgen haben, sondern gegebenenfalls auch für den Arbeitgeber – so kann ein Arbeitnehmer in Teilzeit, der zur Hälfte des Jahres in Vollzeit wechseln soll, zu Beginn des Jahres lediglich einen geringeren Urlaubsanspruch geltend machen als zum Ende des Jahres hin.

Diese Regelung ist auch europarechtskonform. Dies ergibt sich insbesondere aus der *Greenfield*-Entscheidung des EuGH, aus der deutlich wurde, dass Urlaubsansprüche bei einer Änderung der Arbeitszeit nicht nachträglich für den Zeitraum vor dem Wechsel nachberechnet werden müssen, wenn sie bereits in Anspruch genommen wurden.¹⁴⁰⁵ Sollten sich die auf einer Prognose beruhenden Ansprüche demnach als nachträglich unrichtig herausstellen, hat dies keinerlei Auswirkungen auf den bereits gewährten Urlaub. Die Berechnung anhand einer Prognose ist somit als unionsrechtlich zulässig anzusehen.

2. Zeitfaktor

Auch auf die Bemessung des Zeitfaktors wirkt sich die Voraussetzung der Erarbeitung bei der Bestimmung der Urlaubsvergütung aus. Der Zeitfaktor stellte bislang grundsätzlich zukunftsbezogen die freigestellte Arbeitszeit während des jeweiligen beanspruchten Urlaubs nach dem Lohnausfallprinzip dar,¹⁴⁰⁶ also beispielsweise fünf oder zehn Arbeitstage für eine oder zwei Wochen Urlaubsfreistellung. Der Zeitfaktor insgesamt wurde dabei grundsätzlich anhand der folgenden Formel zum Zeitpunkt, in dem der Urlaub genommen wird, errechnet:¹⁴⁰⁷

$$\text{Zeitfaktor} = \frac{\text{Mindesturlaub} \times \text{Wochenarbeitstage}}{6 \text{ Werktage}}$$

Der Jahresurlaubsanspruch bezog sich bei dieser Berechnungsweise immer genau auf den jeweiligen Zeitpunkt, an dem man sich befand, was bei konstanter Arbeitszeit unproblematisch war, bei unregelmäßiger Wochenarbeitszeit etwa aufgrund von Änderungen oder Kurzarbeit führte dies jedoch jeweils zu Nachberechnungen des Jahresurlaubsanspruchs.¹⁴⁰⁸

Diese Vorgehensweise ist wie gezeigt mit der Voraussetzung der Erarbeitung des Urlaubs jedoch so nicht vereinbar. Die Berechnung des verdienten Zeitfaktors kann grundsätzlich – die eben angeführte Prognose zu Jahresbeginn einmal ausgenommen – nur vergangenheitsbezogen sein. Dabei ist die bisherige Prämisse, dass jedem Arbeitnehmer nur aufgrund des Bestehens

¹⁴⁰⁵ Urteil *Greenfield*, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 44; so auch *Merten*, ArbAktuell 2015, 578, 578.

¹⁴⁰⁶ Siehe bereits die Ausführungen in Kapitel B. I. 1. Ursprüngliche Bestimmung des Urlaubsentgelts in Deutschland.

¹⁴⁰⁷ Beispielhaft BAG v. 27.01.1987, AP § 13 BUrlG Nr. 30; *Friese*, S. 37.

¹⁴⁰⁸ BAG v. 28.04.1998, AP § 3 BUrlG Nr. 7; *Friese*, S. 81 ff.

des Arbeitsverhältnisses in jedem Fall – außer nach dem BEEG, ArbZSchG und PflegeZG – ein Anspruch auf vier Wochen Jahresurlaub zustehe, hinfällig.

Fraglich ist dabei, wie genau mit unregelmäßiger Arbeitszeit umzugehen ist, etwa mit Wechselschichten, rollierenden Arbeitszeitsystemen oder Freischichtmodellen. So verteilt sich die Arbeitszeit häufig nicht regelmäßig auf Tage, Wochen oder gar Monate. Bereits im Rahmen der ursprünglich in Deutschland geltenden Rechtslage wurde in solchen Konstellationen, etwa bei rollierenden Arbeitszeitsystemen, als Berechnungszeitraum für den Freistellungsanspruch als Zeitfaktor der Bezug der Werk- zu den Arbeitstagen innerhalb eines Jahres genommen,¹⁴⁰⁹ denn der Urlaub wurde als von der vom Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsvertrags zu leistenden Arbeitszeit im Arbeitsjahr abhängig angesehen, wenn auch nicht von der tatsächlich gearbeiteten.¹⁴¹⁰

An dieser Vorgehensweise kann festgehalten werden, jedoch in dem hier vertretenen Fall nicht lediglich aufgrund von ansonsten vorliegenden Berechnungsschwierigkeiten, sondern aufgrund der sich aus der Voraussetzung der Erarbeitung grundsätzlich ergebenden Notwendigkeit, die während eines Jahres geleisteten Arbeitstage in ein Verhältnis zu den generellen Werktagen während dieses Jahres zu setzen. Für dieses Verständnis spricht auch die Überschrift „Jahresurlaub“ des Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie. Es ist insoweit nur folgerichtig, dabei europarechtskonform auf den erworbenen Urlaub während eines Jahres abzustellen, nicht etwa während eines Monats oder einer Woche.

Die Frage muss also nunmehr zunächst lauten, wie viele Urlaubstage der Arbeitnehmer im Jahr als Jahreszeitfaktor grundsätzlich verdient hat, um dann in einem zweiten Schritt anhand des „alten“ Lohnausfallprinzips eruieren zu können, wie viele Tage Urlaub er sich etwa für zwei Wochen Freistellung nehmen muss. Auch bei der Berechnung des Urlaubsentgelts im Rahmen der Prognose bei noch nicht erfolgter Erarbeitung ist beim Zeitfaktor nicht mehr nur zu fragen, wie viele Tage Urlaub der Arbeitnehmer beantragt hat, sondern zunächst, wie viele Tage Urlaub er sich im kommenden Arbeits- und Urlaubsjahr erarbeiten wird. Da die gesetzlich vorgegebene Jahresurlaubszeit im Rahmen der hier vertretenen Vorgehensweise nicht mehr unbedingt gleichbleibend bei vier Wochen bleiben muss, egal wie viel gearbeitet wurde, lediglich weil der Arbeitsvertrag bestand, sondern da nun ein Ruhen des Arbeitsverhältnisses außer in Ausnahmefällen berücksichtigt werden muss, ist der Zeitfaktor anhand des gesamten zu erarbeitenden Jahres zu berechnen.

Um nun jedoch nach der hier angenommenen Voraussetzung der Erarbeitung eine solche jahresweise Bestimmung des Zeitfaktors vornehmen zu können, ist es von großer Bedeutung, die

¹⁴⁰⁹ BAG v. 22.10.1991, AP § 3 BUrlG Nr. 6; BAG v. 14.01.1992, AP § 3 BUrlG Nr. 5; BAG v. 19.04.1994, AP § 1 BUrlG Nr. 3 Treueurlaub; BAG v. 10.02.1997, AP § 1 TVG Nr. 13 Tarifverträge: Chemie; BAG v. 08.09.1998, AP § 1 TVG Nr. 216 Tarifverträge: Bau; HWK/Schinz, § 3 BUrlG, Rn. 18 ff.

¹⁴¹⁰ BAG v. 22.10.1991, AP § 3 BUrlG Nr. 6; BAG v. 14.01.1992, AP § 3 BUrlG Nr. 5; BAG v. 19.04.1994, AP § 1 BUrlG Nr. 3 Treueurlaub; BAG v. 10.02.1997, AP § 1 TVG Nr. 13 Tarifverträge: Chemie; BAG v. 08.09.1998, AP § 1 TVG Nr. 216 Tarifverträge: Bau; Friese, S. 40; Leinemann/Linck, DB 1999, 1498, 1500 f.

genauen Modalitäten der Berechnung der Urlaubsfreistellung – also des Zeitfaktors – festzulegen. Der Zeitfaktor an sich soll dabei in Deutschland in Tagen ausgedrückt werden, aber wie groß sollen die jeweiligen Referenzzeiträume der Erarbeitung sein? Soll die erarbeitete Arbeitsleistung nun pro Stunde, pro Tag oder gar pro Monat erfolgen? Je nach Art der Berechnung können sich nämlich – auch wenn man die Erarbeitung voraussetzt – sehr unterschiedliche Beträge des Jahresurlaubsentgelts ergeben. Ein Arbeitnehmer etwa, der normalerweise für 1000 Euro im Monat sechs Tage die Woche in Vollzeit arbeitet, aber aufgrund von „Kurzarbeit Null“ nach dem 18.07. keine Arbeitsleistung mehr erbringt, hätte bei einer monatlichen Pro-rata-temporis-Berechnung der Freistellung genau zwölf Tage Jahresurlaub, sprich insgesamt etwa 461,54 Euro Urlaubsentgelt. Bei einer wochenweisen Berechnung hingegen, hätte er einen Zeitfaktor von ca. 12,9 – also gerundet dreizehn – Tagen erarbeitet und einen Anspruch auf insgesamt ca. 497,04 Euro, bei einer tageweisen Berechnung einen Anspruch auf ca. 13,2 Tage – also gerundet ebenfalls dreizehn Tage Freistellung – und ca. 508,88 Euro. Die Frage, wie die Tage der Jahresurlaubsfreistellung, also der Zeitfaktor des Jahresurlaubsentgelts genau zu bestimmen ist, ist demnach von großer Relevanz.

Einige Stimmen bevorzugen dabei aufgrund der Regelung in § 5 BUrlG auch insgesamt eine monatliche Berechnung der Urlaubsfreistellung, also eine Zwölfteilung zum allgemeinen Grundsatz des Arbeits- beziehungsweise Urlaubsrechts zu erheben.¹⁴¹¹

Wie anhand des Beispiels aufgezeigt, ist die monatliche Berechnung zwar bei dem Teilurlaub der Wartezeit anzuwenden, sie ist jedoch zu ungenau für die grundsätzliche Urlaubsberechnung und trägt der Voraussetzung der Erarbeitung des Urlaubs nicht hinreichend Rechnung. Eine wochenweise Berechnung ist zwar exakter, aber immer noch nicht so exakt wie eine tageweise Berechnung. Am genauesten wäre allerdings eine stundenweise Berechnung. Diese wurde auch bereits teilweise als Gegenansicht zu der in Deutschland gängigen Entgeltfortzahlungsnatur des Urlaubs vertreten¹⁴¹² und wurde dabei gerade als Ausdruck des Gegenleistungscharakters des Urlaubs verstanden¹⁴¹³. Auch das Arbeitsentgelt kann schließlich stundenweise verdient werden.¹⁴¹⁴ Eine stundenweise Berechnung des Urlaubsentgelts wäre damit auch am nächsten am Arbeitsentgelt orientiert – solange dies auch nach Stunden berechnet wird –; sie wäre auch grundsätzlich in Deutschland praktikabel. Problematisch ist dabei jedoch, dass der Urlaub aus

¹⁴¹¹ Noch vorsichtig und von einem allgemeinen Grundsatz des Arbeitsrechts ausgehend *Bürger*, ZTR 2011, 707, 713 mit Verweis auf *ErfK/Gallner*, § 5 BUrlG, Rn. 3, die zwar von der Zwölfteilung als allgemeinem Grundsatz des Urlaubsrechts spricht, diese aber nur bei entsprechender Regelung anwenden möchte und § 5 BUrlG insoweit als abschließend betrachtet; siehe auch bereits *Dissinger*, NZfA 1926, 595, 596 ff., der jedoch nicht auf § 5 BUrlG rekurrierte.

¹⁴¹² *Danne*, DB 1990, 1965, 1968 ff.; *Seibel*, BB 1987, 2222, 2229 f.

¹⁴¹³ *Danne*, DB 1990, 1965, 1967 ff.; siehe auch *Friese*, S. 38, die aber genau der anderen Meinung der Entgeltfortzahlung ohne weitere Voraussetzungen folgt.

¹⁴¹⁴ Zu der Zeitvergütung siehe etwa *BeckOK-ArbR/Joussen*, § 611 BGB, Rn. 158; *Schaub/Vogelsang*, § 67, Rn. 28.

der Einheit von Freistellung und Vergütung bestehen muss. Die Berechnung der beiden Komponenten sollte demnach grundsätzlich auf denselben Parametern beruhen. Die Freistellung ist aber – wie bereits ausgeführt – nach § 3 BUrlG lediglich tageweise zu gewähren und damit auch auf diese Weise zu berechnen, somit gilt dies aufgrund der Einheit der beiden Komponenten auch für die Urlaubsvergütung. Darüber hinaus wäre eine stundenweise Berechnung des Urlaubsentgelts dem BUrlG fremd,¹⁴¹⁵ sie könnte allenfalls hilfsweise zur Anwendung kommen, etwa bei unregelmäßigen Arbeitsrhythmen.

Die Bestimmung des Urlaubsentgelts ist also grundsätzlich tageweise anhand des Referenzzeitraums der gearbeiteten oder noch zu arbeitenden Arbeitstage im Jahr vorzunehmen. Zu Beginn des Jahres ist dabei, wie bereits ausgeführt, nur eine Prognose möglich, im Nachhinein, also zum Ende des Jahres hin, ist eine genaue Berechnung anhand einer Rückschau der tatsächlich gearbeiteten Tage möglich.

Es ist also zunächst zu errechnen, an wie vielen Werktagen im Jahr der Arbeitnehmer grundsätzlich in Vollzeit arbeiten müsste, um auf die volle Urlaubsdauer zu kommen. Sodann ist anhand dieser Zahl ein Urlaubsquotient pro Tag zu ermitteln, also wie viel Urlaub der Arbeitnehmer pro Tag verdient. Dieser wird dann mit der tatsächlich gearbeiteten beziehungsweise mit der erwarteten Anzahl der Arbeitstage multipliziert. Dabei wird der Zeitfaktor aufgrund von § 3 BUrlG für die Freistellung zwar gerundet in ganzen Tagen angegeben. Bei der Verwendung des Zeitfaktors als Berechnungsgrundlage für das Urlaubsentgelt wird jedoch die exakte Zahl – mitsamt Kommastellen – herangezogen, um die erwartete Urlaubsvergütung möglichst exakt wiederzugeben. Die sich ansonsten ergebenden Unterschiede würden andernfalls dementsprechend größer, je höher das monatliche Gehalt wäre.

Daraus ergibt sich für den Zeitfaktor die folgende Formel:

$$\frac{24}{\text{Jahreswerktage}} \times \text{Jahresarbeitstage}$$

⏟
Zeitfaktor

¹⁴¹⁵ Das BUrlG geht von einem Tagesprinzip aus, siehe etwa auch beispielhaft BAG v. 08.05.2001, AP § 1 TVG Nr. 1 Tarifverträge: Blumenbinder; *Leinemann/Linck*, DB 1999, 1498, 1500; *Däubler/Holthaus*, § 3 BUrlG, Rn. 6.

3. Geldfaktor

Im Rahmen der Untersuchung der Richtlinienkonformität des § 11 Abs. 1 BUrlG wurde bereits dargelegt, dass ein Referenzzeitraum von dreizehn Wochen für die Urlaubsvergütung europarechtswidrig ist. Der Bezugszeitraum muss sich demnach stets auf die gesamte Erarbeitungsperiode erstrecken, das heißt auf das gesamte Arbeits- beziehungsweise Urlaubsjahr – bei zurückliegender Arbeit erfolgt die Berechnung dabei exakt, bei bevorstehender Arbeit anhand einer möglichst genauen Prognose.

Aufgrund des Gegenleistungscharakters der Urlaubsvergütung müssen dabei alle Bestandteile der Arbeitsvergütung in die Bestimmung des Urlaubsentgelts miteinbezogen werden, die ebenfalls synallagmatisch zu Arbeitsleistungen gewährt werden. Damit werden nunmehr auch Überstunden nicht mehr generell bei der Bestimmung des Urlaubsentgelts ausgeklammert, wie in § 11 Abs. 1 S. 2 letzter Hs. BUrlG vorgesehen. Denn Überstundenvergütungen sind ebenso durch Arbeitsleistungen erarbeitet wie das übrige Arbeitsentgelt und somit europarechtskonform auch in die Bestimmung des Urlaubsentgelts zu integrieren. Diese Vergütungskomponente außen vor zu lassen, wäre somit aufgrund der bei dieser Vorgehensweise bestehenden Ungünstigkeit im Vergleich zu den europäischen Vorgaben eine Kompetenzüberschreitung des Mitgliedstaats. Darüber hinaus müssen folglich auch alle tatsächlichen Lohnverringerungen berücksichtigt werden, nunmehr unabhängig davon, ob sie verschuldet sind oder nicht oder ob sie kurzzeitig oder längerfristig erfolgen. Lohnerhöhungen sind hingegen nunmehr nur noch anteilig auf das Jahr heruntergerechnet zu erfassen, es wird nicht mehr ausschließlich das erhöhte Gehalt als Grundlage für die Berechnung des Urlaubsentgelts herangezogen.

Ebenfalls zu beachten ist, dass etwa das Krankengeld nach §§ 44 ff. SGB V bei der Berechnung des Geldfaktors wie eine Entgeltfortzahlung nach § 4 Abs. 1 EFZG zu behandeln ist, obwohl es nach § 47 Abs. 1 SGB V nur 70 Prozent des Gehalts ausmacht und nicht vom Arbeitgeber gezahlt wird. Im Rahmen der hier vertretenen Ansicht stellt Krankheit insgesamt einen Ausnahmetatbestand zur Voraussetzung der Erarbeitung dar, bei dem trotz fehlender Arbeitsleistung keine Verminderung des Geldfaktors erfolgen darf. Der Arbeitnehmer ist hier besonders schutzwürdig, sodass eine Umverteilung der Kosten lediglich aus Arbeitgeberschutzgründen nicht von Bedeutung sein darf; ebenso sind die Leistungen der Krankenkasse während des Mutterschutzes zu behandeln.¹⁴¹⁶

Im Rahmen der richtlinienkonformen Betrachtung des § 11 BUrlG und der unionsrechtlich zwingenden Berücksichtigung der Arbeitsleistung im gesamten Urlaubsjahr¹⁴¹⁷ ergibt sich daraus für den Geldfaktor grundsätzlich die folgende Formel – welche letztendlich das tatsächliche Arbeitsentgelt pro Tag darstellt, an dem sich dann das Urlaubsentgelt orientiert:

¹⁴¹⁶ Siehe bereits Kapitel B. III. 5. d) Zwischenergebnis.

¹⁴¹⁷ Ansonsten könnten etwa unterjährige Wechsel der Arbeitszeit und damit zusammenhängend auch der Vergütung nicht in die Berechnung einfließen, was europarechtswidrig wäre, siehe nur Urteil Brandes, C-415/12, EU:C:2013:398.

$$\frac{24}{\text{Jahreswerktage}} \times \text{Jahresentgelt}$$

Ein Zurückgreifen auf Zeit- und Geldfaktor wäre für die Berechnung des Gesamtjahresurlaubsentgelts auf der Grundlage der Prämisse der Erarbeitung somit nicht mehr notwendig – hier würde die eben genannte Formel insgesamt ausreichen. Lediglich für die Bestimmung von Teilansprüchen des Gesamturlaubs und seiner Vergütung wäre ein Rückgriff auf die beiden Berechnungsparameter noch erforderlich und sinnvoll. Die 24 Urlaubstage geteilt durch die Jahreswerktage ergäben dabei einen immer gleichbleibenden Quotienten und somit eine Konstante für den gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch. Die einzige Variable der Formel zur Berechnung des Jahresurlaubsentgelts wäre daher folglich das tatsächliche Jahresarbeitsentgelt, was auch der Rechtsprechung des EuGH entspräche, der wiederholt darauf hinwies, dass sich die Urlaubsvergütung an dem gewöhnlichen Arbeitsentgelt orientieren solle.¹⁴¹⁹

b) Beispiele

Für den in der vorliegenden Arbeit an anderer Stelle bereits aufgegriffenen¹⁴²⁰ vereinfachten Beispielsfall eines Arbeitnehmers, der vom 01.01. bis zum 30.06. in Vollzeit für 3900 Euro im Monat sechs Tage pro Woche arbeitet und ab dem 01.07. in Teilzeit für 1950 Euro im Monat an drei Tagen die Woche, bedeutete dies, dass er nunmehr nach der erarbeiteten Berechnungsart zum 01.01. des entsprechenden Urlaubsjahres – wenn sein Wechsel bereits feststünde – den folgenden Urlaubsentgeltanspruch hätte:

Da sich die Arbeitsstundenanzahl pro Tag nicht verändern würde, bliebe der Tageslohn, also der Geldfaktor konstant bei 125 Euro pro Tag.

Der Zeitfaktor würde sich jedoch aus einer Prognose von einem halben Jahr erarbeitetem Vollzeiturlaub und einem halben Jahr erarbeitetem Teilzeiturlaub zusammensetzen.

Nach der hier vorgeschlagenen Rechnungsweise würde man 24 durch die Jahreswerktage teilen und mit 234 – der Zahl der Jahresarbeitstage – multiplizieren und käme auf 18 Tage. Das Urlaubsentgelt betrüge demnach 18 x 125 Euro, also 2250 Euro. Würde dieser Arbeitnehmer nun nach einem Wechsel in der Teilzeit zwar sechs Tage, dafür aber nur die Hälfte der Stunden arbeiten, bliebe der Zeitfaktor konstant bei 24 Tagen, der Geldfaktor – also das durchschnittliche Tagesentgelt – würde sich jedoch verringern. In der ersten Jahreshälfte wäre es bei 125 Euro, in der zweiten nur noch bei 62,5 Euro. Daher könnte man in diesem Fall beide Tageslöhne

¹⁴¹⁹ Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 58; Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 21; Urteil Lock, C-539/12, EU:C:2014:351, Rn. 20 ff.; Urteil Greenfield, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 50 f.

¹⁴²⁰ Siehe Kapitel B. II. 1. a) dd) (2) (b) (dd) Beispielrechnung.

stellvertretend für jeweils das halbe Jahr addieren und dann durch zwei teilen.¹⁴²¹ So käme man zu einem Geldfaktor von 93,75 Euro, also auch hier zu einer Prognose des Jahresurlaubsentgeltanspruchs in Höhe von 2250 Euro.

Zu dem gleichen Ergebnis käme man mit der verkürzten Formel von 24 mal dem tatsächlich verdienten Jahresarbeitsentgelt geteilt durch 312, auf diese Weise könnte das Urlaubsentgelt berechnet werden, wenn der Arbeitnehmer etwa seinen kompletten Jahresurlaub auf einmal nehmen wollte.

Ebenso ließe sich auf diese Weise etwa eine „Kurzarbeit Null“ von vier Wochen in das Urlaubsentgelt einberechnen, wobei völlig unerheblich wäre, wann im Jahr diese anfiel und wann der Urlaubsanspruch geltend gemacht würde. Ein Arbeitnehmer, der grundsätzlich 3000 Euro monatlich für sechs Tage die Woche bekommt, hätte in diesem Fall ein Urlaubsentgelt von 24 multipliziert mit dem tatsächlich ausgezahlten Arbeitsentgelt von 33000 Euro (im Vergleich zu 36000 Euro ohne die Kurzarbeit) geteilt durch 312 Jahreswerktage, also ca. 2538 Euro. Nach der ausführlichen Rechnung hieße dies, dass der Geldfaktor sich nicht verändern würde. Er bliebe pro Tag weiterhin konstant bei nach wie vor ca. 115,38 Euro (tatsächliches Jahresarbeitsentgelt/Jahresarbeitsstage), denn es hätte sich zwar der Gesamtjahreslohn verringert, aber auch die dafür gearbeiteten Tage in gleichem Maße. Der Zeitfaktor wäre jedoch nicht mehr 24 Tage, sondern nur noch 22. Multipliziert mit 115,38 Euro ergäbe diese Rechnung ebenfalls ein gerundetes Gesamturlaubsentgelt von 2538 Euro.

Wäre der Arbeitnehmer diesen Monat anstelle der „Kurzarbeit Null“ krank gewesen, hätten sich weder sein Geld- noch sein Zeitfaktor verändert, es wäre bei seiner vollen Jahresurlaubsvergütung geblieben.

Wollte man aber nicht das Jahresurlaubsentgelt bestimmen, sondern lediglich beispielsweise die Vergütung für eine Woche Urlaub, so müsste man hinsichtlich des Zeitfaktors einfach wie gehabt die für diese Woche freizustellenden Tage als Zeitfaktor heranziehen und diese mit dem Geldfaktor multiplizieren. Der Geldfaktor wäre dabei nun aber der Quotient aus faktischem Jahresentgelt und faktischen Jahresarbeitstagen.

c) Beantwortung offener (Vorlage-)Fragen

Anhand der dargestellten Berechnungsmodalitäten und Voraussetzungen des Urlaubsentgeltanspruchs können damit auch die vom ArbG Nienburg dem EuGH am 10.10.2012 zur Vorabentscheidung vorgelegten und noch offenen Fragen beantwortet werden.¹⁴²² Das Verfahren hat sich mittlerweile durch Rücknahme erledigt,¹⁴²³ jedoch kann anhand der vorliegend gefundenen

¹⁴²¹ Auf diese Weise käme man auch der EuGH-Vorgabe der unterschiedlichen Referenzzeiträume bei verschiedenen Arbeitsrhythmen nach, Urteil Greenfield, C-219/14, EU:C:2015:745, Rn. 40.

¹⁴²² Vorlage des ArbG Nienburg v. 10.10.2012 – C-311/12 – juris.

¹⁴²³ Beschluss Kassner, C-311/12, EU:C:2013:75.

Ergebnisse eine – in dem Vorlagefall nun zunächst ausbleibende – Antwort des EuGH antizipiert werden.

Das ArbG Nienburg wollte unter anderem wissen, ob eine tarifvertragliche Bestimmung europarechtlich zulässig sei, nach der Verdienstkürzungen im Berechnungszeitraum, die aufgrund von Kurzarbeit, Arbeitsausfällen oder unverschuldeter Arbeitsversäumnis eintreten, dazu führen, dass der Arbeitnehmer während der vierwöchigen Mindesturlaubsfreistellung kein beziehungsweise ein verringertes Urlaubsentgelt erhalte.¹⁴²⁴ Weiterhin warf das ArbG Nienburg die Frage auf, ob eine krankheitsbedingte Fehlzeit eines Arbeitnehmers, während der dieser keinerlei Arbeitsentgelt, Krankengeld oder Verletztengeld erhalte, unionsrechtlich dazu führen könne, dass der Mindestjahresurlaubsanspruch beziehungsweise der Anspruch auf Urlaubsvergütung nicht entstehe.¹⁴²⁵

Auf die erste Frage kann nunmehr im Rahmen dieser Untersuchung geantwortet werden, dass Verdienstkürzungen, die aufgrund von Kurzarbeit in einem ausreichend repräsentativen Bezugszeitraum anfallen würden – also vorliegend innerhalb des Arbeitsjahres – in jedem Fall gemessen an dem Umfang der Arbeitsleistung zu einer Verringerung der Urlaubsvergütungsansprüche führen würden beziehungsweise gegebenenfalls konsequenterweise dann auch dazu, dass gar keine Urlaubsentgeltansprüche entstünden. Für die übrigen genannten Verdienstkürzungen würde dies ebenso gelten, hier müsste jedoch geprüft werden, ob nicht eine der Ausnahmen aufgrund der Fortzahlung des Arbeitsentgelts greifen würde. In allen Konstellationen müsste jedoch beachtet werden, dass sich auch der Freistellungsanspruch in gleichem Maße verringern müsste wie die Urlaubsvergütung, denn vier Wochen Mindestjahresurlaub ohne Zahlung eines Urlaubsentgelts widersprächen der Einheit des Urlaubs und der Voraussetzung der Erarbeitung der Freistellung.

Zu der zweiten Frage ist zu sagen, dass, gesetzt den Fall, es bestünde wirklich keinerlei Anspruch auf Arbeitsentgeltfortzahlung bei Ausbleiben der Arbeitsleistung aufgrund von Krankheit, der europarechtlich vorgegebene Urlaubsanspruch insgesamt in geringerem Umfang beziehungsweise nicht entstehen würde. Denn in einem solchen Fall wäre der Schutz des Arbeitnehmers in Form einer Durchbrechung des Gegenseitigkeitsgefüges der Leistungen vom Gesetzgeber nicht vorgesehen. Diese Konstellation wäre jedoch in Deutschland so nicht möglich, hier ist bereits ein solcher Schutz – beziehungsweise seine Notwendigkeit – grundsätzlich durch § 3 Abs. 1 EFZG indiziert.

¹⁴²⁴ Vorlage des ArbG Nienburg v. 10.10.2012 – C-311/12 – juris, Frage 2 und 3.

¹⁴²⁵ Vorlage des ArbG Nienburg v. 10.10.2012 – C-311/12 – juris, Frage 4 und 5.

VIII. Zwischenergebnis und Folgerungen für § 11 BUrlG

Unionsrechtlich liegen dem Urlaubsentgelt vor dem Hintergrund der Untersuchungen damit folgende verbindliche Prämissen zugrunde: Das Urlaubsentgelt bildet mit der Urlaubsfreistellung eine untrennbare Einheit, den Urlaub. Dieser dient insgesamt dem Zweck der Erholung, fußt also auf Arbeitsschutzgedanken. Jedoch entsteht das Bedürfnis nach Schutz und nach Erholung nicht als Selbstzweck aufgrund einer Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, sondern in Folge geleisteter Arbeit; Urlaub und Urlaubsentgelt unterliegen der Voraussetzung der Erarbeitung. Der Urlaub ist demnach eine werthaltige Gegenleistung für die Dienste des Arbeitnehmers, also eine Art Entgelt für die geleistete Arbeit. Dabei stellt die Urlaubsvergütung aber keine Fortzahlung des Arbeitsentgelts, sondern einen mit der Freistellung zusammenhängenden eigenen Wert dar. Zusätzlich zu diesem Entgelt- oder Gegenleistungsgedanken spielt aber der Arbeitsschutz in Form des Erholungsbedürfnisses grundsätzlich auch noch eine bedeutende Rolle, denn es bestehen überall dort Ausnahmen von der Voraussetzung der Erarbeitung, wo der Gesetzgeber – hier der Mitgliedstaaten – eine Ausnahmeregelung bezüglich des vom Arbeitgeber zu zahlenden Arbeitsentgelts zu § 326 Abs. 1 S. 1 BGB aus Arbeitnehmerschutzgründen geschaffen hat. Immer wenn die Arbeitsvergütung vom Arbeitgeber weiterzugewähren ist, entsteht auch der Anspruch auf Urlaub ohne eine Gegenleistung.

Die Arbeitszeitrichtlinie und die Grundrechtecharta besitzen dabei nur die Kompetenz, die Mindestvoraussetzungen des Urlaubsentgelts zu regeln, den Mitgliedstaaten wäre es freigestellt, darüber hinausgehende und günstigere Bestimmungen zu treffen.¹⁴²⁶ Das ist jedoch in Deutschland bislang nicht ersichtlich; es liegen weder insgesamt günstigere Regelungen, noch einzelne günstigere Vorschriften in Form einer klaren Abgrenzung von der Voraussetzung der Erarbeitung vor.

Aus der Voraussetzung der Erarbeitung ergeben sich aber noch weitere Prämissen für die Bestimmung der Urlaubsvergütung. Wenn es also etwa heißt, der Arbeitnehmer müsse während des Mindesturlaubs weiterhin die gewöhnliche Vergütung erhalten,¹⁴²⁷ so ist damit nicht die Vergütung gemeint, die er zu diesem Zeitpunkt gerade erhält, sondern vielmehr die, die er sich verdient hat, also der Durchschnitt der normalen Jahresvergütung. Dabei kann nicht immer nur auf die bereits erbrachte Arbeit rekurriert werden, je früher im Urlaubsjahr, desto mehr Prognoseanteil enthält die Berechnung.

Es müssen dabei für den Geldfaktor alle Anteile des Arbeitsentgelts miteinbezogen werden, die Teil des synallagmatischen Gegenleistungsgefüges sind und über das Arbeitsjahr verteilt gezahlt wurden beziehungsweise werden.

¹⁴²⁶ Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 29 f.

¹⁴²⁷ Urteil Robinson-Steele, C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 50; Urteil Schultz-Hoff, C-350/06 und C-520/06, EU:C:2009:18, Rn. 58; Urteil Williams, C-155/10, EU:C:2011:588, Rn. 19; Urteil Lock, C-539/12, EU:C:2014:351, Rn. 16.

§ 11 Abs. 1 BUrlG muss demnach richtlinienkonform ausgelegt werden, um der Voraussetzung der Erarbeitung zu entsprechen. Auch wenn dies in Form der Rechtsfortbildung möglich ist, würde sich dennoch zur Klarstellung für den deutschen Gesetzgeber empfehlen, § 11 Abs. 1 BUrlG neuzufassen, um Missverständnissen vorzubeugen und die europarechtskonforme Voraussetzung der Erarbeitung bereits durch einen Blick in das Gesetz erfassen zu können. Eine Neuregelung des § 11 Abs. 1 BUrlG könnte etwa so aussehen:

§ 11

Urlaubsentgelt

(1) Das Urlaubsentgelt unterliegt den gleichen Voraussetzungen wie das Arbeitsentgelt im engeren Sinne und bemisst sich nach dem durchschnittlichen täglichen Arbeitsverdienst, das der Arbeitnehmer im Urlaubsjahr erhalten hat beziehungsweise das er erhalten wird.

Damit ist auch klargestellt, dass die deutsche bisherige Rechtslage zwar mit den Grundsätzen des EuGH für den Fall übereinstimmen mag, dass eine vollständig regelmäßige Arbeitszeit und -vergütung vorliegt und während dieser auch Arbeitsleistungen in vollem Umfang erfolgen. Keinesfalls deckt sich die bislang angenommene deutsche Rechtslage hinsichtlich des Urlaubsentgelts jedoch im Wesentlichen mit der unionsrechtlich vorgegebenen.¹⁴²⁸ Es bedarf eines Umdenkens weg von einer vollständig auf Fürsorgegedanken basierenden, hin zu einer auf Erarbeitung fußenden Urlaubsentgeltberechnung, die dabei jedoch ebenfalls Schutzüberlegungen unterliegt.

¹⁴²⁸ Wie etwa Schinz, EuZA 2015, 92, 101 behauptet.

Die Erarbeitung als Voraussetzung des
Urlaubsentgeltanspruchs
Eine Untersuchung vor dem Hintergrund des
europäischen Einflusses
König, J.
2018, XVIII, 268 S., Softcover
ISBN: 978-3-658-19209-9