

**Neues Urlaubsrecht,
agiles und mobiles Arbeiten**

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble

Band 48

Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble
(Herausgeber)

**Neues Urlaubsrecht,
agiles und mobiles Arbeiten**

16. ZAAR-Kongress
München, 17. Mai 2019



ZAAR Verlag München 2019

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2019 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-43-5

Vorwort

Seit dem Schultz-Hoff-Urteil aus dem Jahr 2009 ist das deutsche Urlaubsrecht im Umbruch. Einen besonders kräftigen Innovations Schub geben die Urteile in den Rechtssachen Bauer, Kreuziger, Shimizu und Hein vom November/Dezember 2018. Zahlreiche Fragen stellen sich neu, zum Beispiel: Was muss der Arbeitgeber künftig anstellen, damit ein Urlaubsanspruch verfällt? Welche Möglichkeiten verbleiben den Tarifparteien, auf die Berechnung des Urlaubsentgelts Einfluss zu nehmen? Gilt das neue Urlaubsrecht des Europäischen Gerichtshofs auch jenseits des Mindesturlaubs von vier Wochen? Das sind nur drei beispielhaft herausgegriffene Fragen, die der erste Teil des Kongresses zu beantworten sucht.

Ebenfalls aus aktuellem Anlass – den Bestrebungen, einen Home-Office-Anspruch der Arbeitnehmer gesetzlich zu verankern, und einer geänderten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Unfallversicherungsschutz – widmet sich der zweite Teil den arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Fragen des agilen und mobilen Arbeitens.

München, im Mai 2019

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Volker Rieble

Inhalt	Seite
Vorwort	5
Inhalt	7
Autoren	9
Abkürzungen	11
 <i>Markus Sprenger</i>	
Voraussetzungen, Berechnung und Reichweite des unionsrechtlichen Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub	13
Diskussion	40
 <i>Stefan Witschen</i>	
Der Urlaubsanspruch: Erfüllung, Verfall und Abgeltung	45
Diskussion	68
 <i>Silvia Tomassone (Lang)</i>	
New Work – Individual- und kollektivarbeitsrechtlicher Rahmen des agilen und mobilen Arbeitens/Arbeiten im Home Office	73
Diskussion	88
 <i>Nathalie Oberthür</i>	
Agiles und mobiles Arbeiten – Unfallversicherungs- und arbeits- schutzrechtlicher Rahmen	93
Diskussion	104
 Sachregister	 107

Autoren

Nathalie Oberthür, Dr. iur., Rechtsanwältin, R/P/O Rechtsanwälte, Köln

Markus Sprenger, Dr. iur., Rechtsanwalt und Geschäftsführer des Kommunalen Arbeitgeberverbands Rheinland-Pfalz e.V., Mainz

Silvia Tomassone (Lang), Dr. iur., Rechtsanwältin, Hogan Lovells International LLP, München

Stefan Witschen, Dr. iur., Akademischer Rat a.Z. am Institut für Versicherungsrecht der Universität zu Köln

Abkürzungen

Abs.	Absatz, Absätze	BeckRS	Beck-Recht- sprechung
AEUV.....	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	BEEG	Bundeseltern- geld- und Eltern- zeitgesetz
a.F.	alte Fassung	BetrVG.....	Betriebsverfas- sungsgesetz
AGB	Allgemeine Ge- schäftsbedingun- gen	BGB	Bürgerliches Ge- setzbuch
AGG	Allgemeines Gleichbehand- lungsgesetz	BGBI.	Bundesgesetzblatt
AltTZG.....	Altersteilzeit- gesetz	BMAS	Bundesministeri- um für Arbeit und Soziales
AP	Arbeitsrechtliche Praxis	BRTV	Bundesrahmen- tarifvertrag
ArbGG	Arbeitsgerichts- gesetz	BSG.....	Bundessozial- gericht
ArbPlSchutzG.	Arbeitsplatz- schutzgesetz	BSGE	Entscheidungen des Bundessozial- gerichts
ArbRB.....	Der Arbeits- rechts-Berater (Zeitschrift)	BT-Drucks.	Bundestags- Drucksache
ArbSchG	Arbeitsschutz- gesetz	BUrlG	Bundesurlaubs- gesetz
ArbStättV	Arbeitsstätten- verordnung	bzw.	beziehungsweise
ArbZG	Arbeitszeitgesetz	ca.	circa
Art.	Artikel	DB	Der Betrieb (Zeit- schrift)
AuA.....	Arbeit und Ar- beitsrecht (Zeit- schrift)	dies.	dieselben
Aufl.	Auflage	EDV	Elektronische Da- tenverarbeitung
a.Z.	auf Zeit	etc.	et cetera
Az.	Aktenzeichen	EU	Europäische Uni- on
BAG	Bundesarbeits- gericht	EuGH.....	Europäischer Ge- richtshof
BB.....	Betriebs-Berater (Zeitschrift)	EuZA	Europäische Zeit- schrift für Ar- beitsrecht
		FAZ.....	Frankfurter All- gemeine Zeitung
		f., ff.	folgende
		Fn.	Fußnote, Fuß- noten

GewO	Gewerbeordnung	RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz	Red.	Redaktion
ggf.	gegebenenfalls	Ref. iur.	Rechtsreferen- dar*in
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union	Rn.	Randnummer, Randnummern
HAG	Heimarbeitsge- setz	RVO	Reichsversiche- rungsordnung
Hrsg.	Herausgeber	S.	Seite, Seiten
ILO	International Labour Organiza- tion	SAE	Sammlung Ar- beitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
juris-PR-ArbR	juris PraxisReport Arbeitsrecht	SG	Sozialgericht
KSchG	Kündigungss- chutzgesetz	SGB	Sozialgesetzbuch
LAG	Landesarbeits- gericht	sog.	sogenannte, so- geannter, soge- nannten
lit.	littera	SozR	Sozialrecht (Lose- blattsammlung)
LSG	Landessozialge- richt	SPD	Sozialdemokrati- sche Partei Deutschlands
MTV	Manteltarifver- trag	TVG	Tarifvertrags- gesetz
MuSchG	Mutterschutz- gesetz	u.a.	und andere, unter anderem
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)	Unterabs.	Unterabsatz
Nr.	Nummer, Num- mern	vgl.	vergleiche
NRW	Nordrhein- Westfalen	ZAAR	Zentrum für Ar- beitsbeziehungen und Arbeitsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht	z.B.	zum Beispiel
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs- Report Arbeits- recht	ZESAR	Zeitschrift für eu- ropäisches Sozial- und Arbeitsrecht
OGH	Oberster Ge- richtshof	ZfA	Zeitschrift für Ar- beitsrecht
		ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht

Voraussetzungen, Berechnung und Reichweite des unionsrechtlichen Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub

Markus Sprenger

Seite

I. Die (scheinbar) heile Welt vor der EuGH-Rechtsprechung.....	15
II. Anfänge der Urlaubsrechtsprechung des EuGH.....	15
III. Rechtsquellen des Urlaubsrechts	17
1. Bundesurlaubsgesetz.....	17
2. Unionsrecht	18
IV. Systembildung im Urlaubsrecht	20
1. Stringenz und Friktionen durch den EuGH	20
2. Zwei Aspekte des Urlaubsanspruchs	20
3. Erdienung des Urlaubsanspruchs.....	21
4. Einfluss von Vorhersehbarkeit und Willensentschluss des Arbeitnehmers.....	23
5. Zwischenbefund: Grundsatz der freiwilligen Nicht- erdienung	24
6. Koordination mit Unionsrecht außerhalb der Arbeitszeit- richtlinie.....	25
a) Keine Schlechterstellung bei Teilzeitarbeit	25
b) Keine Besserstellung nach Teilzeitarbeit.....	25
c) Keine Besserstellung nach Arbeit im EU-Ausland	26
V. Urlaubsguthaben mit eigenem Rechtsregime.....	27
1. Voraussetzungen	27
2. Berechnung.....	27
a) Grundsatz für Freistellung und Entgelt	27
b) Einbeziehung aller prägenden Entgeltbestandteile	29
c) Raum für mitgliedstaatliche Ausgestaltung	30
aa) Bezugszeitraum für Urlaubsentgelt	30
bb) Keine Verschränkung von Urlaubsdauer und Urlaubsentgelt.....	30
d) Zusätzliche Urlaubsansprüche	31
3. Unionsrechtlicher Durchgriff über Primärrecht.....	32

VI. Reichweite der unionsrechtlichen Vorgaben.....	33
1. Folgerechtsprechung des BAG zum BUrlG	33
a) Bestätigung der Kürzung für Elternzeit	33
b) Übertragung auf unbezahlten Sonderurlaub	33
c) Übertragung auf bezahlte Freistellungen	34
2. Rechtsprechung des BAG zu Mehrurlaub.....	35
a) Autonome Gestaltung in den Mitgliedstaaten	35
b) Übertragung der Grundsätze aus Diskriminierungs- recht.....	36
c) Ausstrahlungswirkung des Unionsrechts	37
VII. Zusammenfassung der Ergebnisse	38
Diskussion	40

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), Neues Urlaubsrecht, agiles und mobiles Arbeiten (München 2019), S. 13-39

Meine sehr geehrten Damen und Herren,

ich freue mich sehr, dass ich mit meinem Vortrag den diesjährigen ZAAR-Kongress eröffnen darf.

Ich möchte mit Ihnen die mitunter undurchsichtig scheinenden Vorgaben des Unionsrechts zur Entstehung des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub beleuchten. Was also gilt hinsichtlich der Voraussetzungen und der Berechnung und wie weit reichen die Vorgaben des Unionsrechts?

I. Die (scheinbar) heile Welt vor der EuGH-Rechtsprechung

Noch zu Beginn meiner Beratungstätigkeit stellten Kollegen in den Personalabteilungen zum Urlaubsrecht ganz bestimmte Einzelfragen. Es ging vor allem um neue oder sehr spezielle Fallgestaltungen, zum Beispiel das Verhältnis von Urlaub und Sabbaticals.

Das hat sich mit dem wachsenden Einfluss der Rechtsprechung des EuGH stark verändert. Herr Professor *Junker* erwähnte in seinen einleitenden Worten bereits das Urteil Schultz-Hoff.

Bevor ich das Urteil weiter aufgreife, möchte ich mit einer Rückblende zu den Anfängen beginnen.

II. Anfänge der Urlaubsrechtsprechung des EuGH

Die Rechtsprechung des EuGH zum Inhalt des Urlaubsanspruchs begann mit der Entscheidung zur Rechtssache Robinson-Steele im Jahr 2006. Den fünf Klägern zweier Ausgangsverfahren ging es um die damals im Vereinigten Königreich verbreitete Praxis, dass Arbeitgeber in den Stundenlohn von Arbeitern ein fiktives Urlaubsentgelt einrechneten.

Auf dem Papier war das alles in Ordnung. Nur war das sog. *rolled-up holiday pay* wenig transparent und – was viel schlimmer war – es war wegen der über das ganze Jahr verteilten, gleichmäßigen Zahlung nicht sicher, dass ein Arbeitnehmer für eine Urlaubsperiode tatsächlich das Urlaubsentgelt schon bekommen hatte und nicht auf später liegende Zahlungen angewiesen war. Denn während des Urlaubs selbst erhielten die Kläger dann gar keine Zahlung.

In seinem Urteil formulierte der EuGH noch zu Art. 7 der früheren Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG¹ zwei Sätze, deren Sprengkraft für das Urlaubsrecht damals bei weitem nicht absehbar war:²

¹ Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23.11.1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Amtsblatt EG 1993 L 307/18).

² EuGH 16.3.2006 – C-131/04 und C-257/04 Rn. 58 – Robinson-Steele u.a.

„Die Richtlinie behandelt den Anspruch auf Jahresurlaub und denjenigen auf Zahlung des Urlaubsentgelts als die zwei Teile eines einzigen Anspruchs. Durch das Erfordernis der Zahlung dieses Urlaubsentgelts soll der Arbeitnehmer während des Jahresurlaubs in eine Lage versetzt werden, die in Bezug auf das Entgelt mit den Zeiten geleisteter Arbeit vergleichbar ist.“

Aus dieser Passage im Urteil Robinson-Steele leitet der EuGH bis heute³ alle Antworten des Unionsrechts zum bezahlten Jahresurlaub ab. Da eine Urlaubspraxis wie die britische in Deutschland durch § 13 BUrlG ausgeschlossen war, fand die Rechtsprechung des EuGH hierzulande erst richtige Beachtung mit dem Urteil Schultz-Hoff im Jahr 2009.

Die Vorlagefragen des LAG Düsseldorf betrafen auch gleich Detailfragen.

Herr *Schultz-Hoff*, dessen Arbeitsverhältnis geendet hatte, sollte aus zwei Gründen seinen Urlaubsanspruch vollständig verloren haben. Erstens, weil er über lange Zeit arbeitsunfähig erkrankt war und seinen Urlaub weder im Urlaubsjahr noch nach Übertragung bis zum 31.3. hatte nehmen können. Und zweitens, weil sein Arbeitsverhältnis wegen seiner Invalidität geendet hatte.

Das Urteil, das der EuGH nun zu Art. 7 der überarbeiteten Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG⁴ fällte, war für Deutschland der Beginn einer neuen Sicht auf das Verhältnis von krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und Urlaub.⁵ Der EuGH stellte sich gegen die Surrogatstheorie des BAG, nach der der Bezahlungsanspruch stets davon abhängen sollte, dass vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch der Freistellungsanspruch bestanden hat.⁶

An dieser Stelle tauchte dann als Referenz die Passage aus dem Urteil Robinson-Steele auf.⁷ Für den EuGH war klar, dass ein Arbeitnehmer die Vergütung für den Urlaub auch dann noch bekommen musste, wenngleich der Anspruch auf Freistellung von der Arbeit seit dem Ende des Arbeitsverhältnisses nicht mehr erfüllbar war.⁸

-
- 3 Zuletzt EuGH 13.12. 2018 – C-385/17 Rn. 32 – Hein; dazu *Schinz*, Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub, Kurzarbeit und Vertrauensschutz, EuZA 2019, 493.
 - 4 Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11. 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Amtsblatt EU 2003 L 299/9).
 - 5 EuGH 20.1. 2009 – C-350/06 und C-520/06 Rn. 36 ff. – Schultz-Hoff u.a. (dazu *Sedlmeier*, Urlaubsabgeltung ohne Grenzen?, EuZA 2010, 88) mit Hinweis auf EuGH 26.6. 2001 – C-173/99 Rn. 46 ff. – BECTU.
 - 6 Ständige Rechtsprechung seit BAG 6.6. 1968 – 5 AZR 410/67, AP Nr. 5 zu § 3 BUrlG Rechtsmißbrauch; aufgegeben in BAG 19.6. 2012 – 9 AZR 652/10, NZA 2012, 1087.
 - 7 Siehe EuGH 20.1. 2009 – C-350/06 und C-520/06 Rn. 60 – Schultz-Hoff u.a.
 - 8 EuGH 20.1. 2009 – C-350/06 und C-520/06 Rn. 61 – Schultz-Hoff u.a.

Mit dem Urteil Schultz-Hoff vor zehn Jahren zeichnete sich also ab, dass der unionsrechtliche Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub in verschiedener Hinsicht auch mit dem deutschen BUrlG kollidieren würde.

III. Rechtsquellen des Urlaubsrechts

1. Bundesurlaubsgesetz

Im Ursprung deutsche Gesetzgebung, ist das BUrlG mit der Erhöhung des Urlaubsanspruchs von drei auf die vier Wochen aus der ersten Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG ab dem 1.1. 1995 ein Umsetzungsgesetz geworden.⁹ Der deutsche Gesetzgeber ging damals davon aus, dass die im Übrigen unveränderten Vorschriften dem unionsrechtlichen Anspruch aus Art. 7 der Richtlinie entsprechen würden.

Den Ausgangspunkt des BUrlG bildet das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses. Während in den ersten sechs Monaten der Urlaubsanspruch noch zeiträtierlich entsteht¹⁰ und so mit der üblichen Probezeit und der Wartezeit nach dem Kündigungsschutzgesetz synchronisiert wird, kann der Arbeitnehmer den vollen Urlaubsanspruch erstmals ab dem siebten Beschäftigungsmonat in Anspruch nehmen. In allen Folgejahren hat der Arbeitnehmer den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub ab dem Jahresbeginn. Erst wenn der Arbeitnehmer ausscheidet, greift das Gesetz wieder auf den Gedanken eines zeiträtierlichen Anspruchs zurück.¹¹

Nun wäre ein Urlaubsanspruch wenig wert, wenn der Arbeitnehmer sich die Inanspruchnahme finanziell nicht leisten könnte. Bei vier Wochen Jahresurlaub wäre fast ein Monatseinkommen weg. Also soll der Urlaub „bezahlt“ sein. Das BUrlG spricht auch tatsächlich vom „Urlaubsentgelt“. Doch sieht man genauer hin, handelt es sich um eine Art der Entgeltfortzahlung.¹² Beahlt wird nicht, was der Arbeitnehmer erhalten würde, wenn er anstelle des Urlaubs gearbeitet hätte, sondern es wird der Durchschnittsverdienst weitergezahlt, den der Arbeitnehmer in den letzten 13 Wochen vor dem Urlaub hatte.¹³

9 Siehe Art. 2 und Art. 21 Satz 1 des Gesetzes zur Vereinheitlichung und Flexibilisierung des Arbeitszeitrechts vom 6.6. 1994 (BGBl. 1994 I, S. 1170).

10 Siehe § 4 BUrlG.

11 Siehe § 5 Abs. 1 BUrlG.

12 Siehe *Sprenger*, Entgeltfortzahlung – Urlaub, Feiertag, Krankheit und Lebendorganspende, AuA 2015, 428 ff.

13 Siehe § 11 Abs. 1 BUrlG.

2. Unionsrecht

Das Unionsrecht erscheint nach dem ersten Eindruck des Normenbestands weitgehend gestaltungsoffen. Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG verlangt zum Urlaub:

„Artikel 7
Jahresurlaub

(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung erhält, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind.

(2) Der bezahlte Mindestjahresurlaub darf außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden.“

Der Rest dessen, was uns heute zu Einzelfragen des bezahlten Jahresurlaubs beschäftigt, ist Richterrecht. Wir müssen daher einer Gesamtschau der EuGH-Judikate entnehmen, wie die Luxemburger Richter die Richtlinienvorgaben interpretieren und welche Wechselbezüge sie zwischen der Arbeitszeitrichtlinie und anderen Vorgaben des Unionsrechts hergestellt haben.

Zu den Voraussetzungen und zum Umfang des Urlaubsanspruchs fallen neben dem bereits erwähnten Urteil Schultz-Hoff einige Meilensteine der EuGH-Rechtsprechung besonders ins Auge:

- KHS¹⁴ – das Urteil, mit dem der EuGH Schultz-Hoff präzisiert und die krankheitsbedingte Übertragung des Urlaubs über das Völkerarbeitsrecht auf 15 Monate begrenzt.

Hier tauchte Art. 9 Abs. 1 des ILO-Übereinkommens Nr. 132 über den bezahlten Jahresurlaub¹⁵ explizit auf.

- Tirol¹⁶ – wo der EuGH es in mehrfacher Hinsicht ablehnt, die Zahl der Urlaubstage oder das dafür gezahlte Entgelt zu kürzen, wenn Ansprüche aus Vollzeit nach dem Wechsel in Teilzeit übrig sind.

Neben die Arbeitszeitrichtlinie traten zu Urlaubsfragen erstmals die Rahmenvereinbarungen über Teilzeitarbeit¹⁷ und Elternurlaub¹⁸.

¹⁴ EuGH 22.11. 2011 – C-214/10 – KHS; dazu *Rudkowski*, Erlöschen des wegen Arbeitsunfähigkeit nicht ausgeübten Anspruchs auf Mindestjahresurlaub nach Ablauf einer in der nationalen Regelung gesetzten Frist, EuZA 2012, 381.

¹⁵ Übereinkommen Nr. 132 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 24.6. 1970 über den bezahlten Jahresurlaub, von der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert und zum 1.10. 1975 in Kraft getreten (BGBl. 1975 II, S. 746).

¹⁶ EuGH 22.4. 2010 – C-486/08 – Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols.

- Brandes¹⁹ – mit der Übertragung des Tirol-Urteils auf das deutsche Recht.
- Greenfield²⁰ – wonach spiegelbildlich die Zahl der Urlaubstage, die ein Arbeitnehmer in Teilzeit erworben hat, nach einem Wechsel in Vollzeit nicht erhöht werden muss.
- Heimann und Toltschin²¹ – die erste Entscheidung des EuGH, die trotz nomineller Vollzeitbeschäftigung die Zahl der Urlaubstage ratierlich kürzt, soweit ein Sozialplan den Arbeitnehmer auf „Kurzarbeit Null“ gesetzt hat.
- Dicu²² – auch darf die Zahl der Urlaubstage ratierlich gekürzt werden, wenn ein Arbeitnehmer während der Elternzeit nicht gearbeitet hat.
- Lock²³ – der EuGH verlangt dort, dass einem Arbeitnehmer, dessen Gehalt sich aus einem Fixum und Verkaufsprovisionen zusammensetzt, das Urlaubsentgelt nicht auf das Fixum reduziert werden darf.
- Hein²⁴ – ein in mehrfacher Hinsicht interessantes Urteil, weil der EuGH einerseits den Urlaubsanspruch auch für die Saisonkurzarbeit kürzt, aber andererseits auch regelmäßig anfallende Überstunden weitergezahlt werden müssen, wenn sie das laufende Entgelt des Arbeitnehmers prägen.

-
- 17 Siehe Anhang zur Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15.12. 1997 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit (Amtsblatt EG 1998 L 14/9).
- 18 Siehe Anhang zur Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3.6. 1996 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub (Amtsblatt EG 1996 L 145/4), jetzt Richtlinie 2010/18/EU des Rates vom 8.3. 2010 zur Durchführung der von BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/81/EG (Amtsblatt EU 2010 L 68/13).
- 19 EuGH 13.6. 2013 – C-415/12 – Brandes; dazu *Latzel*, Urlaub von Teilzeitbeschäftigten, EuZA 2014, 80.
- 20 EuGH 11.11. 2015 – C-219/14 – Greenfield; dazu *Schneider*, Berechnung von Urlaubsansprüchen bei Erhöhung der Arbeitszeit, EuZA 2016, 327.
- 21 EuGH 8.11. 2012 – C-229/11 und C-230/11 – Heimann und Toltschin; dazu *Rudkowski*, Zur Umrechnung des Urlaubsanspruchs bei Kurzarbeit, EuZA 2013, 260.
- 22 EuGH 4.10. 2018 – C-12/17 – Dicu; dazu *Schmitt*, Kürzung des Mindestjahresurlaubs für Zeiten des Elternurlaubs unionsrechtskonform, EuZA 2019, 234.
- 23 EuGH 22.5. 2014 – C-539/12 – Lock; dazu *Schinz*, Berechnung des Urlaubsentgelts bei Zusammensetzung des Arbeitsentgelts aus Grundgehalt und monatlicher Provision nach Maßgabe des erzielten Umsatzes, EuZA 2015, 92.
- 24 EuGH 13.12. 2018 – C-385/17 – Hein.

Und schließlich auf Vorlage des österreichischen OGH noch das jüngste Urteil vom 13.3. 2019 in der Rechtssache

- Eurothermen²⁵ – mit der Klarstellung, dass im EU-Ausland verbrachte Beschäftigungszeiten nicht stärker in die beschäftigungszeitabhängige Berechnung von Urlaubsansprüchen einfließen müssen als die Zeiten im Inland.

IV. Systembildung im Urlaubsrecht

1. Stringenz und Friktionen durch den EuGH

Die Personalpraxis tut sich immer schwer mit Veränderungen, wenn sie das Ende einer Entwicklung nicht recht absehen kann. Jetzt nach einigen Jahren Unionsrechtsprechung zum Urlaubsanspruch lässt sich aber feststellen, dass der EuGH ein stringentes System herausgebildet hat.

Diese Stringenz des EuGH heißt freilich nicht, dass die Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben in der Praxis nicht Friktionen auslösen kann. Solche Friktionen können wegen der fehlenden Harmonie zwischen Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht juristischer Natur sein. Sie können aber auch ökonomischer und personalpraktischer Natur sein – etwa durch den Mehraufwand an Programmierung und Datenpflege in Entgeltabrechnung und Zeitwirtschaft eines Unternehmens.

Doch schauen wir uns zunächst die Grundlagen und Grundsätze aus der EuGH-Rechtsprechung an.

2. Zwei Aspekte des Urlaubsanspruchs

Der EuGH bildete für sein Verständnis des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub ein System heraus, das von einer Zweiteilung des Anspruchs ausgeht. Der Gerichtshof spricht von den zwei Aspekten des Anspruchs, nämlich vom Anspruch auf Freistellung und vom Anspruch auf Bezahlung.²⁶

Der Anspruch auf Freistellung hat die Funktion, dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, sich von den ihm nach dem Arbeitsvertrag obliegenden Aufgaben zu erholen und über einen Zeitraum der Entspannung und Freizeit zu verfügen.²⁷ Wir alle wissen, wie wichtig es für uns und unsere Leis-

25 EuGH 13.3. 2019 – C-437/17 – Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach.

26 EuGH 16.3. 2006 – C-131/04 und C-257/04 Rn. 58 – Robinson-Steele u.a.; EuGH 20.1. 2009 – C-350/06 und C-520/06 Rn. 56 und 60 – Schultz-Hoff u.a.

27 EuGH 20.1. 2009 – C-350/06 und C-520/06 Rn. 25 – Schultz-Hoff u.a.; EuGH 22.11.2011 – C-214/10 Rn. 31 – KHS; EuGH 4.10. 2018 – C-12/17 Rn. 27 – Dicu; EuGH 13.12. 2018 – C-385/17 Rn. 27 – Hein.

tungsfähigkeit im Job ist, dass wir uns im Urlaub erholen und durchatmen können.

Entspannen können wir uns aber nur, wenn wir uns um unsere finanzielle Existenzgrundlage keine Sorgen machen müssen. Es muss sicher sein, dass der Arbeitnehmer für die Zeit, in der er sich erholen soll, überhaupt eine auskömmliche Bezahlung bekommt.²⁸

Außerdem muss er die Bezahlung seinem Urlaub zuordnen können. Damit der Arbeitnehmer – insbesondere bei einem geringen Einkommen – mit dem gezahlten Urlaubsentgelt haushalten kann und es nicht anderweitig verbraucht, kommt es darauf an, dass es ihm zeitnah zum Urlaubszeitraum ausgezahlt wird.²⁹

Gemäß dem Unionsrecht baut ein Arbeitnehmer, wenn und soweit er arbeitet, ein Freistellungs- und ein Entgeltguthaben auf. Beide Teilaspekte des Urlaubsanspruchs gehen in das Vermögen des Arbeitnehmers über.³⁰ Von beiden Guthaben zehrt der Arbeitnehmer während des Urlaubs. Das ist der fundamentale Unterschied zur Entgeltfortzahlung, die in § 11 Abs. 1 BUrlG angelegt ist.

3. Erdienung des Urlaubsanspruchs

Die innere Rechtfertigung für den Urlaubsanspruch erkennt der EuGH nicht schon im Bestand des Arbeitsverhältnisses, sondern erst in der tatsächlichen Erbringung der vertraglichen Arbeitsleistung.³¹

Nach dem Urteil Schultz-Hoff im Jahr 2009 kamen bisweilen Zweifel auf, ob der unionsrechtliche Urlaubsanspruch nicht das formale Band ausreichen lässt, um auf dieser Grundlage auch ohne Arbeitsleistung unbegrenzt Urlaub ansammeln und übertragen zu können. Das Urteil KHS räumte knapp drei Jahre später mit diesem Fehlverständnis auf – dort aus Anlass von Fragen, die die Übertragbarkeit von krankheitsbedingt nicht genommenem Urlaub betrafen. Schließlich kann man auch aus dem Urteil Greenfield von Ende 2015 folgern, dass ein späterer Abzug von genommenem Urlaub, der über entstandene Ansprüche hinausging, überhaupt nur in Betracht kommen kann, wenn der Jahresurlaub sukzessive erdient wird.³²

28 EuGH 22.5. 2014 – C-539/12 Rn. 23 – Lock; EuGH 29.11. 2017 – C-214/16 Rn. 38 f. – King; dazu *Rudkowski*, Unbegrenzte Ansammlung des vom Arbeitnehmer nicht in Anspruch genommenen Urlaubs bei verweigerter Urlaubsvergütung, EuZA 2018, 366; EuGH 13.12. 2018 – C-385/17 Rn. 32 – Hein.

29 EuGH 16.3. 2006 – C-131/04 und C-257/04 – Robinson-Steele u.a.

30 EuGH 8.11. 2012 – C-229/11 und C-230/11 Rn. 34 – Heimann und Toltschin.

31 EuGH 4.10. 2018 – C-12/17 Rn. 28 – Dicu.

32 EuGH 11.11. 2015 – C-219/14 Rn. 43 – Greenfield.

Die Rechtsprechung des EuGH führte auch beim BAG zunächst nicht zu einem Umdenken, sondern zu einem sonderbaren Nebeneinander. Deutlich wird das an zwei Fällen, in denen das BAG die EuGH-Rechtsprechung herangezogen hat, um seine lange in die Zeit vor der Arbeitszeitrichtlinie zurückreichende Rechtsprechung³³ zu bestätigen. Die Rechtsprechungslinie aus einem Urteil von 2012³⁴, wo der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses noch zum Erwerb von Urlaub durch einen langzeitkranken Arbeitnehmer ausgereicht hatte, untertrug das BAG im Jahr 2014³⁵ auf Fälle von unbezahlttem Sonderurlaub.

Übriggeblieben ist die bis heute in Teilen der Instanzrechtsprechung anzutreffende Vorstellung, dass Urlaub nicht verdient werden muss:

- Am 20.6. 2017 hat das LAG Berlin-Brandenburg angenommen, dass auch während eines unbezahlten Sonderurlaubs weitere Urlaubsansprüche entstehen, weil die §§ 1, 3 BUrlG nun einmal unabdingbar sind.³⁶
- Vor einem knappen Jahr, am 27.7. 2018, ging das LAG Baden-Württemberg vom Erwerb eines vollen Jahresurlaubs aus, obwohl die Arbeitnehmerin zum 1.4. 2018 in eine Freistellungsphase vor dem Ruhestand eingetreten war und dafür ein Wertguthaben aufbrauchte. Das LAG vermisste eine Kürzungsbestimmung, da keine der Teilurlaubsbestimmungen aus § 5 BUrlG anwendbar sei.³⁷
- Vor gut einem Jahr hat das ArbG Aachen zudem in einem Fall, in dem es um den Urlaubserwerb in der Freistellungsphase der Altersteilzeit im Blockmodell ging, sich auch von der „Unabdingbarkeit“ des gesetzlichen Urlaubsanspruchs in die Irre führen lassen und zur Begründung auf das soeben genannte 2012er BAG-Urteil und das Urteil Schultz-Hoff verwiesen.³⁸ Das LAG Köln hat dieses Urteil aus meiner Sicht zu Recht aufgehoben.³⁹

Wie das LAG Köln, dessen Urteilsgründe noch nicht vorliegen, sind zur Altersteilzeit im Blockmodell jüngst das ArbG Essen⁴⁰ und als Folgeinstanz

33 Siehe BAG 28.1. 1982 – 6 AZR 571/79, AP Nr. 11 zu § 3 BUrlG Rechtsmissbrauch.

34 BAG 7.8. 2012 – 9 AZR 353/10, NZA 2012, 1216 Rn. 8 und 10 ff.

35 BAG 6.5. 2014 – 9 AZR 678/12, NZA 2014, 959 Rn. 11 ff.

36 LAG Berlin-Brandenburg 20.6. 2017 – 11 Sa 2068/16, juris Rn. 29.

37 LAG Baden-Württemberg 27.7. 2018 – 9 Sa 22/18 – juris Rn. 89 ff.

38 ArbG Aachen 22.3. 2018 – 2 Ca 706/17, juris Rn. 32.

39 LAG Köln 13.12. 2018 – 7 Sa 269/18 (Entscheidungsgründe liegen noch nicht vor; nicht rechtskräftig, Revision unter dem Az. 9 AZR 33/19 eingelegt).

40 ArbG Essen 8.3. 2018 – 1 Ca 2868/17, juris Rn. 36 ff.

das LAG Düsseldorf⁴¹ in das unionsrechtliche Verständnis des Urlaubsanspruchs umgeschwenkt. Da es in der Freistellungsphase an einer Arbeitsleistung fehlt, haben sie sich gegen einen weiteren Urlaubserwerb gestellt. Zur Begründung verglich das LAG Düsseldorf die Freistellungsphase mit der „Kurzarbeit Null“ aus dem Urteil Heimann und Toltschin. Zum selben Vergleich und Ergebnis war 2013 schon das Hessische LAG gelangt.⁴²

Das unionsrechtliche Urlaubsrecht und die Einsicht, dass das BUrlG auch mit seinen Wirkungen im Einzelfall immer mehr Umsetzungsgesetz und immer weniger originär deutsche Gesetzgebung ist, setzen sich in der Rechtsprechung des BAG durch. In einem Revisionsurteil vom 19.3. 2019 hat das BAG seine bisherige Rechtsprechung zum Urlaubserwerb während eines unbezahlten Sonderurlaubs aufgegeben und klargestellt, dass ein bezahlter Erholungsurlaub nicht in Betracht kommt, wenn die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers suspendiert ist.⁴³

4. Einfluss von Vorhersehbarkeit und Willensentschluss des Arbeitnehmers

Mit der bloßen Erdienung wäre indes die Rechtsprechung des EuGH nicht zu erklären. Zum Urlaubsanspruch bei längerer Krankheit legte der EuGH das Kriterium im Urteil Schultz-Hoff völkerrechtsfreundlich aus.⁴⁴ Mangels ausdrücklicher Regelung in der Richtlinie hat sich der EuGH an Art. 5 Abs. 4 des ILO-Übereinkommens Nr. 132 orientiert und Arbeitsversäumnisse aus Gründen, die unabhängig vom Willen des beteiligten Arbeitnehmers bestehen, der Erbringung der Arbeitsleistung gleichgestellt.

Das daraus folgende Kriterium der Vorhersehbarkeit und des Willensentschlusses des Arbeitnehmers dient dem EuGH als Korrektiv. Man kann das auch so verstehen, dass die eigentliche Voraussetzung für den Urlaubserwerb eine negative ist – nämlich das Fehlen freiwilliger urlaubsschädlicher Dispositionen des Arbeitnehmers. So ist ein Urlaubserwerb trotz Fortbestands des Arbeitsverhältnisses ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer vertragsbrüchig wird und seine Arbeitsleistung zu Unrecht nicht erbringt, aber auch, wenn und soweit er für einen im Urlaubsjahr liegenden Zeitraum kraft freier Disposition seine Arbeitsleistung reduziert hat.⁴⁵

41 LAG Düsseldorf 13.7. 2018 – 6 Sa 272/18, juris Rn. 67 ff.

42 Hessisches LAG 27.5. 2013 – 17 Sa 93/13, juris Rn. 54 ff.; anderer Ansicht LAG Niedersachsen 19.5. 2005 – 4 Sa 646/05, juris Rn. 32.

43 BAG 19.3. 2019 – 9 AZR 315/17 (aus Pressemitteilung des BAG, Entscheidungsgründe liegen noch nicht vor).

44 EuGH 20.1. 2009 – C-350/06 und C-520/06 Rn. 38 und 40 – Schultz-Hoff u.a.

45 Siehe EuGH 22.4. 2010 – C-486/08 Rn. 32 – Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (zur unterjährigen Arbeitszeitreduzierung); EuGH 11.11.

Über die völkerarbeitsrechtliche Herleitung ergibt sich in der Sache ein heilsamer Mittelweg für das deutsche Verständnis des Urlaubsrechts:

- Einerseits spricht der EuGH dem Arbeitnehmer einen weitreichenden Schutz zu, indem nur die freie Disposition des Arbeitnehmers dem Urlaubserwerb schaden kann und dieser schädliche Einfluss immer nur die Zukunft betrifft, für die der Arbeitnehmer wirksam disponiert hat. Das ist ein höheres Schutzniveau, als es das deutsche Recht kannte.
- Andererseits hindert aber auch die freie Disposition des Arbeitnehmers, soweit sie im Urlaubsjahr zu Veränderungen der Arbeitsleistung führt, am Urlaubserwerb.⁴⁶ Es reicht eben nicht, dass das Arbeitsverhältnis Bestand hat. Der EuGH hat diese frühere Abstraktion des BAG zum Erholungsbedürfnis des Arbeitnehmers und damit zum Zweck des Erholungsurlaubs zurückgeführt.

5. Zwischenbefund: Grundsatz der freiwilligen Nichterdiennung

Ich denke, man kann die beiden prägenden Motive des EuGH – den Grundsatz der Erdienung und sein Korrektiv in Vorhersehbarkeit und Willensentschluss des Arbeitnehmers – zu einem Grundsatz zusammenfassen. Ich nenne ihn den „Grundsatz der freiwilligen Nichterdiennung“.

Gemäß diesem Grundsatz muss im Regelfall der Arbeitnehmer eine individuelle Entscheidung hinsichtlich des künftigen Umfangs seiner Arbeitsleistung und in der Folge des Urlaubserwerbs getroffen haben. Der EuGH entzieht den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers Einflüssen „aus von seinem Willen unabhängigen Gründen“.⁴⁷

Gleichwohl belässt es der EuGH nicht allein bei individuellen Dispositionen. Im Urteil Heimann und Toltschin hat er auch einen kollektiven Bezug hergestellt. An die Stelle der Disposition des Arbeitnehmers kann jedenfalls dann die Zustimmung der zuständigen Arbeitnehmervertretung tre-

2015 – C-219/14 Rn. 33 f. – Greenfield (zur unterjährigen Arbeitszeiterhöhung).

46 Zustimmend *Hock/Hock*, Irrungen und Wirrungen des Urlaubsrechts aufgrund der Rechtsprechung des EuGH und BAG und deren Umsetzung in der Praxis, ZTR 2015, 253, 256; mit Hinweis auf den Wegfall der Fremdbestimmung durch den Arbeitgeber *Daum*, Elternzeit ist Freizeit – Das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Dicu*, RdA 2019, 49, 50.

47 EuGH 29.11. 2017 – C-214/16 Rn. 50 – King; zu eng *Dassau/Wulfers*, Urlaub bei Erwerbsminderungsrente – das Urteil des BAG vom 7. August 2012, ZTR 2013, 3, 6.

ten, wenn damit auch im Sinne des Einzelnen der Verlust der Arbeitsplätze abgewendet werden soll.⁴⁸

6. Koordination mit Unionsrecht außerhalb der Arbeitszeitrichtlinie

a) Keine Schlechterstellung bei Teilzeitarbeit

Der soeben herausgearbeitete Grundsatz der freiwilligen Nichterdienung findet seine Bestätigung in einer gesamtsystematischen Betrachtung des Unionsrechts. Sie ist unmittelbarer Teil der Systembildung durch den EuGH.

Dieser Grundsatz hat sich nicht nur in den Anspruchsvoraussetzungen, sondern auch im Zusammenhang mit der Frage niedergeschlagen, ob erworbene Urlaubsansprüche bei Veränderungen während des Urlaubsjahres nachzuberechnen sind.

In zwei Entscheidungen – dem Tirol-Urteil und dem Beschluss Brandes – hat der EuGH die Erkenntnis, die er aus der völkerrechtsfreundlichen Interpretation des Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG gewonnen hatte, mit der Teilzeitrichtlinie 97/81/EG abgeglichen. Aus diesem Abgleich leitete der EuGH das zweite Argument für eine getrennte Betrachtung der verschiedenen Zeiträume her⁴⁹:

- Solange der Arbeitnehmer in Vollzeit gearbeitet hat, hat er einen Urlaubsanspruch erworben, der nicht nachberechnet und nicht gekürzt wird.
- Sobald der Arbeitnehmer in Teilzeit arbeitet, erwirbt er nach dem *pro rata temporis*-Grundsatz einen weiteren, dem Umfang nach auf die neue Arbeitszeit angepassten und deshalb geringeren Urlaubsanspruch.

b) Keine Besserstellung nach Teilzeitarbeit

Unmittelbar aus dieser Rechtsprechung zum Urlaubserhalt beim Wechsel in Teilzeit hat der Gerichtshof auch den Gegenschluss gezogen. Wenn nach einem Wechsel in Teilzeit der erworbene Urlaubsanspruch in Vollzeit nicht gekürzt wird, hat der Arbeitnehmer aus Unionsrecht auch keinen Anspruch auf eine Erhöhung des Urlaubsanspruchs, wenn er aus Teilzeit in Vollzeit wechselt.⁵⁰

48 EuGH 8.11. 2012 – C-229/11 und C-230/11 Rn. 28 ff. – Heimann und Toltschin.

49 EuGH 22.4. 2010 – C-486/08 Rn. 33 – Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols; EuGH 13.6. 2013 – C-415/12 Rn. 13 – Brandes.

50 EuGH 11.11. 2015 – C-219/14 Rn. 34 f. – Greenfield.

Aus der Arbeitszeitrichtlinie ergibt sich dieses Ergebnis ohne Umschweife.⁵¹ Im Hinblick auf die Teilzeitrichtlinie begründet dies der EuGH mit einem weiteren Argument. Das lag auch an den Vorlagefragen, die beide Richtlinien für den Abschnitt thematisierten, in dem Frau *Greenfield* Vollzeit arbeitete. Der EuGH erklärt die Anwendung der Teilzeitrichtlinie auf eine spätere Vollzeitbeschäftigung und die aus der Teilzeitarbeit mitgenommenen Urlaubsansprüche für unanwendbar. Aber nicht, ohne zu betonen, dass eine *pro rata temporis*-Betrachtung während der Teilzeit objektiv gerechtfertigt ist.⁵²

Damit ist meines Erachtens auch die Frage mitbeantwortet, wie es sich mit dem erworbenen Urlaubsanspruch verhält, wenn jemand in Teilzeit bleibt und sich nur die Arbeitsstunden oder die Arbeitstage ändern. Es gilt immer und absolut legitim der *pro rata temporis*-Grundsatz für den jeweiligen Abschnitt im Urlaubsjahr.

Gleichwohl – so hat sich der EuGH offen gezeigt – dürften die Mitgliedstaaten eine Nachberechnung vornehmen, wenn der Urlaubsanspruch sich dadurch erhöht und günstiger als der Mindestschutz nach Unionsrecht ausfällt.⁵³

c) Keine Besserstellung nach Arbeit im EU-Ausland

Jüngst bot dem EuGH ein neuer Fall aus Österreich die Gelegenheit, das Verhältnis zwischen Urlaubsrecht und Arbeitnehmerfreizügigkeit zu klären.

Im Eurothermen-Urteil prüfte der EuGH beide Aspekte des Freizügigkeitsrechts: das Diskriminierungsverbot und das Beschränkungsverbot.

Das österreichische Gesetzesrecht geht über die Mindestanforderungen der Arbeitszeitrichtlinie hinaus und gibt fünf Wochen Urlaub, die sich nach 25 Jahren Dienstzeit auf sechs Wochen erhöhen. Auf die Dienstzeit sind bis zu fünf Jahre bei einem anderen Arbeitgeber anrechenbar. Der Oberste Gerichtshof stellte dem EuGH die Rechtsfrage, ob Art. 45 AEUV gebiete, aus einer Beschäftigung im EU-Ausland auch mehr als fünf Jahre anzurechnen.

Die Kommission teilte die Auffassung des Betriebsrats, dass eine auf fünf Jahre beschränkte Anrechnung eine nicht gerechtfertigte mittelbare Diskriminierung sei. Der EuGH trat dem entgegen.

Weder eine Diskriminierung noch eine Freizügigkeitsbeschränkung liege vor. An ersterer fehle es, weil ein Arbeitnehmer, der von seinem Frei-

51 EuGH 11.11. 2015 – C-219/14 Rn. 33 – *Greenfield*.

52 EuGH 11.11. 2015 – C-219/14 Rn. 37 – *Greenfield*.

53 EuGH 11.11. 2015 – C-219/14 Rn. 38 f. – *Greenfield*.

zfügigkeitsrecht Gebrauch gemacht habe, nur verlangen könne, gleich und nicht besser behandelt zu werden.⁵⁴ An einer Beschränkung fehlte es für den EuGH, weil der Effekt aus dem österreichischen Urlaubsgesetz, der Jobwechsler innerhalb Österreichs in gleicher Weise trifft, zu ungewiss und zu indirekt ist, als dass deshalb jemand von der Nutzung seines Freizügigkeitsrechts abgehalten wird.⁵⁵

V. Urlaubsguthaben mit eigenem Rechtsregime

1. Voraussetzungen

Nachdem wir bis hierher die Systembildung des EuGH nachvollzogen haben, gilt es nun, daraus konkrete Schlussfolgerungen zu Einzelfragen des Urlaubsrechts und ihre Durchsetzung in den Mitgliedstaaten zu ziehen.

Hinsichtlich der Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs wurde deutlich, dass der EuGH den Jahresurlaub funktional einordnet. Bevor einem Erholungsbedürfnis Rechnung zu tragen ist, muss der Arbeitnehmer eine Arbeitsleistung tatsächlich erbracht haben.⁵⁶ Dass nach Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie „jeder Arbeitnehmer“ einen Urlaubsanspruch hat, interpretiert der EuGH nicht wörtlich, sondern teleologisch. Einen Anspruch auf Urlaub hat also nicht jeder, allein weil er in einem Beschäftigungsverhältnis steht, sondern jeder, der in einem Beschäftigungsverhältnis steht und gearbeitet hat.⁵⁷

Überlagert wird diese Voraussetzung nur dadurch, dass in die teleologische Interpretation auch das Völkerarbeitsrecht einfließt. Daraus gewinnt der EuGH den Grundsatz der freiwilligen Nichterdienung, der trotz Ausbleibens einer tatsächlichen Arbeitsleistung auch dann Urlaub zuspricht, wenn der Arbeitnehmer oder seine Interessenvertretung sich nicht aus freien Stücken für das Ausbleiben der Arbeitsleistung entschieden haben.

2. Berechnung

a) Grundsatz für Freistellung und Entgelt

Unter diesen Voraussetzungen tritt die Rechtsfolge des Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie ein. Der Arbeitnehmer erwirbt einen Urlaubsan-

54 EuGH 13.3. 2019 – C-437/17 Rn. 29 ff. – Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach.

55 EuGH 13.3. 2019 – C-437/17 Rn. 40 – Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach.

56 Anderer Ansicht *Joussen*, Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH auf das deutsche Arbeitsrecht, RdA 2015, 305, 317 f., der vom teilweisen Untergang entstandenen Vollurlaubs ausgeht.

57 Auf diese Voraussetzung trotz widersprüchlichen „Mantras“ des EuGH weist *Daum*, RdA 2019, 49, 52, hin.

spruch, der sich aus einem Zeit- und einer Entgeltkomponente zusammensetzt. Der EuGH spricht von den zwei Aspekten eines einzigen Anspruchs⁵⁸, manchmal auch im Plural von den „Ansprüchen auf bezahlten Jahresurlaub“.⁵⁹

Gefragt nach dem *pro rata temporis*-Grundsatz wurde im Urteil Greenfield am deutlichsten, wie sich der EuGH die Urlaubsberechnung vorstellt. Der EuGH führte aus:⁶⁰

„Es steht außerdem fest, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub es dem Arbeitnehmer ermöglichen soll, sich von der Ausübung der ihm nach seinem Arbeitsvertrag obliegenden Aufgaben zu erholen ... Somit werden die Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub im Hinblick auf den im Arbeitsvertrag vorgesehenen Arbeitsrhythmus erworben und sind dementsprechend zu berechnen.“

Und unter Hinweis auf die in der Arbeitszeitrichtlinie sonst verwendeten Zeiteinheiten:⁶¹

„Daraus folgt, dass die Berechnung der Ansprüche auf bezahlten Mindestjahresurlaub im Sinne der Richtlinie 2003/88 im Hinblick auf die als Arbeit geleisteten und im Arbeitsvertrag hierfür vorgesehenen Tage oder Stunden und/oder Teile davon vorzunehmen ist.“

Ausgangspunkt des Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie und einfachster Anwendungsfall ist der vierwöchige, voll bezahlte Urlaub von Vollzeitarbeitnehmern. Im Unionsrecht entspricht der Vollzeit die wöchentlich zulässige Höchstarbeitszeit von 48 Stunden. Selbstverständlich kann an deren Stelle jede andere Stundenzahl treten, die die Mitgliedstaaten oder Tarifvertragsparteien als Vollzeitarbeit definieren.

Ist im Arbeitsvertrag weniger als Vollzeitarbeit vereinbart, reduziert sich der Urlaubsanspruch. Dies geschieht entweder hinsichtlich der Zeit- oder hinsichtlich der Geldkomponente. Maßgeblich ist, wie sich der individuelle Arbeitsrhythmus gestaltet.

Arbeitet ein Teilzeiter an ebenso vielen Tagen wie ein Vollzeiter, verkürzt sich die tägliche Arbeitszeit. An einem Arbeitstag wird der Arbeitnehmer also geringer bezahlt. In der Folge reduziert sich die Bezahlung an einem Urlaubstag.

Arbeitet ein Teilzeiter in verblockter Teilzeit und enthält sein Arbeitsrhythmus weniger Arbeitstage als beim Vollzeiter, muss er an weniger Tagen zur Arbeit erscheinen. Dementsprechend benötigt er eine Freistellung

58 Seit EuGH 16.3. 2006 – C-131/04 und C-257/04 Rn. 58 – Robinson-Steele u.a.; zuletzt in EuGH 13.12. 2018 – C-385/17 Rn. 32 – Hein.

59 Siehe EuGH 11.11. 2015 – C-219/14 Rn. 32 f. – Greenfield; EuGH 13.12. 2018 – C-385/17 Rn. 43 – Hein.

60 EuGH 11.11. 2015 – C-219/14 Rn. 29 – Greenfield.

61 EuGH 11.11. 2015 – C-219/14 Rn. 32 – Greenfield.

an weniger Tagen, um auf einen vierwöchigen Jahresurlaub zu kommen. Gleichzeitig wird er an einem Arbeits- oder Urlaubstag wie ein Vollzeitler bezahlt. Die Reduktion des Jahresurlaubs erfolgt hinsichtlich der Zeitkomponente.

Wechselt ein Vollzeitler in Teilzeit oder umgekehrt, erfolgt eine abschnittsweise Betrachtung. Eine Nachberechnung schließt der EuGH aus – jedenfalls zulasten des Arbeitnehmers. Dass das Unionsrecht dazu führen kann, dass nach einem Wechsel der Arbeitszeit ein Teilzeiter viel mehr und ein Vollzeitler viel weniger Urlaub haben kann, hat man in Deutschland als logischen Bruch empfunden.⁶²

Doch die früher übliche generelle Umrechnung auf den aktuellen Arbeitsrhythmus⁶³ war auch nicht logisch.⁶⁴ Denn die Folge einer Nachberechnung ist, dass im Verhältnis zur tatsächlichen Arbeitsleistung ein viel zu hohes oder viel zu geringes Erholungsbedürfnis angenommen wird. Unter dem Gesichtspunkt der Erdienung wirkt die Nachberechnung in gewisser Weise befremdlich.

b) Einbeziehung aller prägenden Entgeltbestandteile

Das Unionsrecht fordert, dass der Urlaub „bezahlt“ wird. Der EuGH übersetzt das so, dass der Arbeitnehmer für Urlaubstage das „gewöhnliche Arbeitsentgelt“ erhalten muss, da er so in die Lage versetzt wird, den Urlaub tatsächlich in Anspruch zu nehmen.⁶⁵

Wie die Unschädlichkeit von Krankheitszeiten für den Urlaubserwerb⁶⁶ ist auch diese Interpretation der Bezahlung völkerarbeitsrechtlich initiiert. Art. 7 Abs. 1 des ILO-Übereinkommens Nr. 132 sieht vor, dass Arbeitnehmer für den Urlaub ihr „normales oder durchschnittliches Entgelt“ erhalten. Dazu gehören sowohl feste als auch variable Bestandteile. Kein Entgelt sind Zahlungen, die – wenngleich pauschal – Erschwernisse oder zusätzliche Aufwendungen des Arbeitnehmers kompensieren sollen.⁶⁷

62 Vgl. *Bayreuther*, Kurzarbeit, Urlaub und der EuGH, DB 2012, 2748.

63 Siehe BAG 28.4. 1998 – 9 AZR 314/97, NZA 1999, 156 = juris, Rn. 30; *Schubert*, Der Erholungsurlaub zwischen Arbeitsschutz und Entgelt, NZA 2013, 1105, 1108 f.

64 Anderer Ansicht *Hock/Hock*, ZTR 2015, 253, 258 ff.

65 EuGH 16.3. 2006 – C-131/04 und C-257/04 Rn. 50 und 58 – Robinson-Steele u.a.; EuGH 15.9. 2011 – C-155/10 Rn. 19 f. – Williams u.a.; dazu *Sutschet*, Die Berechnung des Urlaubsentgelts nach der Arbeitszeitrichtlinie, EuZA 2012, 399; EuGH 13.12. 2018 – C-385/17 Rn. 32 f. – Hein.

66 Seit EuGH 20.1. 2009 – C-350/06 und C-520/06 Rn. 38 und 40 – Schultz-Hoff u.a.

67 EuGH 15.9. 2011 – C-115/10 Rn. 24 f. – Williams u.a.

In den Urteilen *Lock* und *Hein* hat der EuGH festgestellt, dass zur Bezahlung im Urlaub auch die durchschnittlichen Provisionen eines Vertrieblers und die Entgelte für regelmäßig anfallende Überstunden gehören.

Bevor die Nichtberücksichtigung von Sonderentgelten allerdings zu einem Hemmnis für die Urlaubsnahme werden kann⁶⁸, müssen sie je nach der Ausgestaltung und Durchführung des Arbeitsverhältnisses „weitgehend vorhersehbar und gewöhnlich“ sein und müssen einen „wesentlichen Teil“ der Gesamtvergütung ausmachen.⁶⁹ Im Falle von Herrn *Lock* machten die Provisionen 60 % der Gesamtvergütung aus.⁷⁰ Zum Überstundenanteil bei Herrn *Hein* fehlten Angaben im Vorlagebeschluss des Arbeitsgerichts Verden.⁷¹

Diese Grundsätze führen auch zur Berücksichtigung beim Urlaubsentgelt, wenn der Arbeitnehmer eine tarifvertragliche Öffnung nutzt und er z.B. für eine individuell vereinbarte 40-Stunden-Woche ein entsprechend höheres Regelentgelt erhält als bei einer 35-Stunden-Woche.

c) Raum für mitgliedstaatliche Ausgestaltung

aa) Bezugszeitraum für Urlaubsentgelt

Trotz der weitreichenden Vorgaben, die das Unionsrecht in der Auslegung des EuGH macht, bleibt durchaus Raum für die Gestaltung wichtiger Details in mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.

So überlässt es der EuGH den Mitgliedstaaten, ob das Urlaubsentgelt nach dem Verdienstausfallprinzip oder nach dem Durchschnittsverdienst in einem Referenzzeitraum fortgeschrieben wird. Ein Referenzzeitraum muss dabei lediglich ein realistisches Abbild zu dem Entgelt ergeben, das der Arbeitnehmer im Urlaubszeitraum zu erwarten hätte.⁷²

bb) Keine Verschränkung von Urlaubsdauer und Urlaubsentgelt

Zu weit ging dem EuGH, dass im Baugewerbe sich die Folgen aus der Saisonkurzarbeit auf der Entgeltseite auswirken und das Urlaubsentgelt für

68 Zu diesem Motiv für den Entgeltschutz EuGH 16.3. 2006 – C-131/04 und C-257/04 Rn. 49 – Robinson-Steele u.a.; EuGH 22.5. 2014 – C-539/12 Rn. 20 – Lock; EuGH 13.12. 2018 – C-385/17 Rn. 44 – Hein.

69 EuGH 13.12. 2018 – C-385/17 Rn. 47 – Hein; siehe auch EuGH 22.5. 2014 – C-539/12 Rn. 21 – Lock.

70 EuGH 22.5. 2014 – C-539/12 Rn. 22 – Lock.

71 Siehe ArbG Verden 19.6. 2017 – 1 Ca 142/16 – juris = ZESAR 2018, 23 f. (redaktioneller Leitsatz).

72 EuGH 22.5. 2014 – C-539/12 Rn. 34 – Lock; EuGH 11.11. 2015 – C-219/14 Rn. 54 – Greenfield; EuGH 13.12. 2018 – C-385/17 Rn. 27 – Hein.

spätere Urlaubszeiträume vermindern sollten. Der EuGH unterscheidet im Urteil Hein erneut streng zwischen dem Zeit- und dem Entgeltaspekt des Urlaubsanspruchs. Beide Aspekte hatte der Bundesrahmentarifvertrag⁷³ verschränkt, indem die Urlaubsdauer nach § 8 Nr. 2.3 BRTV-Bau ungekürzt blieb und nur vom Bestand des Arbeitsverhältnisses abhing, während die Bemessungsgrundlage des Urlaubsentgelts nach § 8 Nr. 5.2 BRTV-Bau pauschal um 90 Ausfallstunden gekürzt werden sollte.

Einen Vergleich mit der situativen Kurzarbeit aus dem Urteil Heimann und Toltschin⁷⁴ ließ der EuGH zu – aber eben nur auf der Zeitseite⁷⁵, nicht für eine Verlagerung der Anspruchskürzung auf die Entgeltseite.⁷⁶

Systematisch ist das richtig. Denn der Freistellungs- und der Bezahlungsanspruch werden so erworben, wie dies der Arbeitsrhythmus und das gewöhnliche Entgelt vorgeben. Keiner der beiden Ansprüche ist gewichtiger als der andere. Die Richtlinie kennt keine Grundlage für eine Kompensation der längeren Urlaubsdauer durch eine niedrigere Bezahlung. Im umgekehrten Fall würde die Verschränkung beider Aspekte des Urlaubsanspruchs sogar zu einer Urlaubsabgeltung im laufenden Arbeitsverhältnis führen, die der EuGH schon zur alten Richtlinie 93/104/EWG in mehreren Urteilen ausgeschlossen hat.⁷⁷

d) Zusätzliche Urlaubsansprüche

Der EuGH hat mehrfach betont, dass seine Vorgaben nur für den gesetzlichen Mindesturlaub nach der Richtlinie 2003/88/EG gelten und es den Mitgliedstaaten und den Tarifvertragsparteien überlassen ist, zusätzliche Urlaubsansprüche, die über den Mindestschutz hinsichtlich der Urlaubsdauer oder des Urlaubsentgelts hinausgehen, eigenständig auszugestalten.⁷⁸ Selbstverständlich muss die Ausgestaltung wie das gesamte Arbeits- und Tarifrecht diskriminierungsfrei sein.⁷⁹

73 BRTV-Bau in der Fassung der Änderungen vom 10.12. 2014, wiedergegeben bei ArbG Verden 19.6. 2017 – 1 Ca 142/16 (Fn. 71), Rn. 30 ff.

74 EuGH 8.11. 2012 – C-229/11 und C-230/11 Rn. 28 ff. – Heimann und Toltschin; siehe auch ArbG Verden 19.6. 2017 – 1 Ca 142/16 (Fn. 71), Rn. 87 f.

75 EuGH 13.12. 2018 – C-385/17 Rn. 29 – Hein.

76 EuGH 13.12. 2018 – C-385/17 Rn. 34 ff. – Hein.

77 EuGH 26.6. 2001 – C-173/99 Rn. 44 – BECTU; EuGH 18.3. 2004 – C-342/01 Rn. 30 – Merino Gómez; EuGH 6.4. 2006 – C-124/05 Rn. 29 und 32 – Federatie Nederlandse Vakbeweging.

78 EuGH 6.4. 2006 – C-124/05 Rn. 31 – Federatie Nederlandse Vakbeweging; EuGH 13.12. 2018 – C-385/17 Rn. 31 – Hein.

79 Vgl. EuGH 13.3. 2019 – C-437/17 Rn. 18 – Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach; BAG 11.12. 2018 – 9 AZR 161/18 – juris Rn. 32 ff.

3. Unionsrechtlicher Durchgriff über Primärrecht

Die Urlaubsgesetze der Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Richtlinie 2003/88/EG sind das eine. Die Interpretationen des EuGH zum Unionsrecht sind das andere. Doch wie werden sie in den Arbeitsverhältnissen wirksam?

Der EuGH bedient sich dafür eines Mechanismus, den er 2005 im Urteil *Mangold* entwickelt hat. Über die Grundrechtecharta, die im Jahr 2009 verbindlich wurde und einige soziale Rechte abdeckt, hat der bezahlte Jahresurlaub heute primärrechtlichen Rang.⁸⁰ Aus Art. 31 Abs. 2 GRCh, der Arbeitnehmern bezahlten Jahresurlaub garantiert, schließt der EuGH wie zu den Diskriminierungsverboten⁸¹, dass mitgliedstaatliche Gesetze unanwendbar sind, wenn sie nicht unionsrechtskonform ausgelegt werden können.⁸²

Der unionsrechtliche Durchgriff über das Primärrecht kommt einer Direktwirkung der Richtlinie⁸³ unter Privaten gleich. Die primärrechtliche Überlagerung von Richtlinienrecht verlangt die Umsetzungs- und Haftungsrisiken der Mitgliedstaaten⁸⁴ auf private Arbeitgeber.⁸⁵

80 EuGH 8.11. 2012 – C-229/11 und C-230/11 Rn. 22 – Heimann und Toltschin; EuGH 29.11. 2017 – C-214/16 Rn. 33 – King; EuGH 4.10. 2018 – C-12/17 Rn. 25 – Dicu; EuGH 13.12. 2018 – C-385/17 Rn. 23 – Hein.

81 Siehe EuGH 19.1. 2010 – C-555/07 Rn. 22 – Küçükdeveci; dazu *Waltermann*, Unanwendbarkeit des nationalen Rechts bei Verstoß gegen das europarechtliche Verbot der Altersdiskriminierung, *EuZA* 2010, 541; EuGH 19.4. 2016 – C-441/14 Rn. 22 – Dansk Industri; dazu *Reuter*, Diskriminierung wegen des Alters – keine Zahlung einer Entlassungsabfindung wegen möglicher Altersrente, *ZESAR* 2015, 279, 280 f.; *Sprenger*, Kein Schutz des Vertrauens privater Arbeitgeber in die Anwendung altersdiskriminierender Gesetze, *EuZA* 2016, 460.

82 EuGH 6.11. 2018 – C-684/16 Rn. 75 ff. – Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften; dazu *Wutte*, Mitverantwortung des Arbeitgebers für die Urlaubnahme seiner Arbeitnehmer, *EuZA* 2019, 222; siehe auch EuGH 13.12. 2018 – C-385/17 Rn. 53 – Hein.

83 Für öffentliche Arbeitgeber anerkannt seit EuGH 4.12. 1974 – 41/74 Rn. 13 f. – van Duyn; siehe auch EuGH 26.2. 1986 – 152/84 Rn. 46 – Marshall; EuGH 14.7. 1994 – C-91/92 Rn. 23 – Faccini Dori.

84 Grundlegend zur Haftung des Mitgliedstaats für die Richtlinienumsetzung EuGH 19.11. 1991 – C-6/90 und C-9/90 Rn. 31 ff. – Francovich u.a.

85 Zur Kritik am primärrechtlich fundierten Durchgriff *Sprenger*, *EuZA* 2016, 460, 463 ff. mit weiteren Nachweisen.

VI. Reichweite der unionsrechtlichen Vorgaben

1. Folgerechtsprechung des BAG zum BUrlG

a) Bestätigung der Kürzung für Elternzeit

Kommen wir nun zur Umsetzung der Vorgaben des EuGH zum gesetzlichen Mindesturlaub im deutschen Recht. Natürlich kommt dabei dem BAG die zentrale Rolle zu.

Die Umsetzung des Urteils *Dicu* aus dem Oktober 2018 ließ nicht lange auf sich warten. Dort hatte die Klägerin, eine rumänische Richterin, gemeint, auch während der Elternzeit weitere Urlaubsansprüche erworben zu haben. Für die Urlaubsreduzierung, die der Arbeitgeber nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG für Elternzeit ohne Arbeitsleistung erklären kann, hat das BAG am 19.3. 2019 folgerichtig entschieden, dass sie mit Unionsrecht vereinbar ist. Sowohl der EuGH als auch das BAG sahen den wesentlichen Unterschied darin, dass die Entscheidung zur Inanspruchnahme von Elternzeit weder mit der Schwangerschaft noch mit einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit vergleichbar ist.⁸⁶

Diese Unterscheidung ist einleuchtend: Krankheit und Schwangerschaft – genauer: die damit verbundene tatsächliche Arbeitsunfähigkeit bzw. die aus einem gesetzlichen, nicht dispositiven Beschäftigungsverbot folgende Arbeitsverhinderung – entziehen Beschäftigten die freie Disposition über die Gestaltung der Arbeitsleistung und damit auch der Möglichkeit des Erwerbs von Urlaubsansprüchen.

b) Übertragung auf unbezahlten Sonderurlaub

Die Übertragung dieser Grundsätze auf unbezahlten Sonderurlaub, also eine Zeit einvernehmlich suspendierter Hauptpflichten bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis, vollzog das BAG am selben Tag.⁸⁷ Das war eine 180-Grad-Wende zur bisherigen Rechtsprechung. In seiner Pressemitteilung spricht das Gericht von einer „Umrechnung“, die es nun für den Sonderurlaub vornehme, und vergleicht das mit dem Arbeitsrhythmus im Urlaubsjahr.

Mit dem EuGH würde es genügen, auf die fehlende Arbeitsleistung hinzuweisen. Dabei wäre es egal, ob die tatsächliche Arbeitsleistung – wie im Ausgangsfall des BAG – aus freien Stücken des Arbeitnehmers für ein

86 EuGH 4.10. 2018 – C-12/17 Rn. 29 ff. – *Dicu*; BAG 19.3. 2019 – 9 AZR 362/18 (noch als Pressemitteilung); *Bayreuther*, DB 2012, 2748, 2750; *Daum*, RdA 2019, 49, 51.

87 BAG 19.3.2019 – 9 AZR 315/17 (Fn. 43); ebenso schon *Bayreuther*, DB 2012, 2748, 2750; *Dassau/Wulfers*, ZTR 2013, 3, 6.

ganzes Jahr fehlte oder – wie im Urteil Heimann und Toltschin und im Urteil Hein – abschnittsweise ausgefallen war.⁸⁸

Doch ganz gleich, wie die Entscheidungsgründe ausfallen mögen: Statt des bloßen Bestands des Arbeitsverhältnisses⁸⁹ setzt sich im deutschen Recht zusehends die Anknüpfung an Erdienung und Erholungsbedürfnis durch.⁹⁰

c) Übertragung auf bezahlte Freistellungen

Wenn nun unbezahlter Sonderurlaub an einem weiteren Urlaubserwerb hindert, stellt sich die Frage, ob die Tatsache, dass es sich um eine bezahlte Freistellung handelt, anders zu bewerten ist.

Wenig praktische Relevanz gewinnt die Frage für Freistellungen, die zum Ende des Arbeitsverhältnisses vereinbart werden. Hier bleibt die Möglichkeit der Vertragsparteien, innerhalb der Freistellung die Lage von Resturlaubstagen festzulegen. Anders ist das, wenn der Arbeitgeber den gekündigten Arbeitnehmer einseitig freistellt. Im Hinblick auf den Wegfall einer weiteren tatsächlichen Arbeitsleistung könnte man argumentieren, dass kein weiterer Urlaub erworben wird. Für den weiteren Urlaubserwerb spricht indessen der Grundsatz der freiwilligen Nichterdienung. Ob eine vom Arbeitnehmer verschuldete Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung einen Urlaubserwerb hindern könnte, lässt sich weder dem Unionsrecht noch dem Völkerarbeitsrecht entnehmen.

Die Vorhersehbarkeit und der Wille des Arbeitnehmers sind aber aus meiner Sicht entscheidend bei einer Einordnung der Freistellungsphase der Blockaltersteilzeit. Im Altersteilzeitvertrag wird sie spiegelbildlich zur Arbeitsphase vereinbart. In der Arbeitsphase tritt der Arbeitnehmer in Vorleistung. Weil er bei halbem Entgelt⁹¹ weiter in Vollzeit arbeitet, erhält er für seine Erholung vollen Urlaub. Mit dem Eintritt in die Freistellungsphase entfällt ein weiterer Urlaubserwerb. Im Unionsrecht folgt das aus einem Vergleich mit Teilzeitarbeit, den der EuGH im Urteil Heimann und Toltschin gezogen hat. Deutsche Gerichte übersetzen das, indem sie den Umrechnungsgrundsatz anwenden.⁹² Auch wenn das unionsrechtlich un-

88 Siehe schon *Joussen*, RdA 2015, 305, 318.

89 So noch BAG 6.5. 2014 – 9 AZR 678/12 (Fn. 35), Rn. 11 ff.

90 Kritisch noch *Joussen*, RdA 2015, 305, 318; *Powietzka/Christ*, Urlaubsanspruch im ruhenden Arbeitsverhältnis – oder doch nicht?, NZA 2013, 18 ff.

91 Aufstockungsleistungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. a AltTZG oder günstigere Tarifbestimmungen ändern daran nichts.

92 LAG Düsseldorf 15.11. 2018 – 14 Sa 541/16, juris Rn. 43 f.; Hessisches LAG 12.7. 2016 – 8 Sa 463/16, juris Rn. 39; LAG Saarland 22.7. 2015 – 1 Sa 39/15, juris Rn. 35.

sauber ist⁹³, da eigentlich mit der Freistellungsphase ein neuer Berechnungsabschnitt beginnt, führt die Methode zum richtigen Ergebnis.⁹⁴

Schließlich führt meines Erachtens auch ein Sabbatical oder ein selbstfinanzierter Vorruhestand zum Wegfall der tatsächlichen Arbeitsleistung als Voraussetzung für den Urlaubserwerb. Wertguthaben auf Langzeitkonten können aus unterschiedlichen Quellen entstehen – sei es, dass Zeitzuschläge oder andere Entgelte eingezahlt werden, sei es, dass Mehrarbeit, Überstunden oder sogar Urlaubstage⁹⁵ umgewandelt werden. Auch wenn Arbeitnehmer formal weiter im Arbeitsverhältnis stehen und Entgeltleistungen erhalten, fehlt es an einem Erholungsbedürfnis. Auch insoweit kann die Rechtsprechung den Umrechnungsgrundsatz anwenden. Auf eine Kürzungsbestimmung wie den Teilurlaub nach § 5 BUrlG kommt es nicht an.⁹⁶

2. Rechtsprechung des BAG zu Mehrurlaub

a) Autonome Gestaltung in den Mitgliedstaaten

Bis hierher stand für uns der gesetzliche Urlaub im Fokus. In Deutschland ist der Erholungsurlaub jedoch auch typischer Gegenstand tarifvertraglicher Verbesserungen. FAZ.NET meldete unter Hinweis auf eine private Auswertung zuletzt einen bundesweiten Durchschnitt von 28,9 Urlaubstagen.⁹⁷ Je nach Tätigkeit und deren Umstände kann tariflicher Zusatzurlaub hinzukommen.

Den gesetzlichen Zusatzurlaub für schwerbehinderte Arbeitnehmer schlägt § 208 Abs. 2 Satz 3 SGB IX dem Erholungsurlaub zu und unterstellt ihn so weitestgehend dem allgemeinen Urlaubsrecht. Lediglich für das Urlaubsjahr der Anerkennung als Schwerbehinderter hat der Gesetzgeber in den Sätzen 1 und 2 der Vorschrift eine Umrechnungsregel vorgesehen. Die Rechtsprechung begreift das bisweilen als Teilnormierung eines Grundsatzes des Urlaubsrechts.

Arbeitsverträge beschränken sich oft auf eine abweichende Bestimmung der Urlaubsdauer. In Tarifverträgen finden sich unterschiedliche, meist

93 Auf die Differenz zwischen Unionsrecht und BUrlG haben auch *Powietzka/Christ*, NZA 2013, 18, 22, hingewiesen.

94 Anderer Ansicht LAG Niedersachsen 18.1. 2017 – 13 Sa 126/16, juris Rn. 29 ff.: Keine Kürzung des vollen Urlaubsanspruchs im Jahr des Eintritts in die Freistellungsphase.

95 Natürlich keine gesetzlichen Mindesturlaubstage, vgl. EuGH 6.4. 2006 – C-124/05 Rn. 32 – Federatie Nederlandse Vakbeweging.

96 So aber LAG Baden-Württemberg 27.7. 2018 – 9 Sa 22/18 (Fn. 37), Rn. 89 ff.

97 FAZ.NET vom 18.7. 2018, abzurufen unter <https://www.faz.net/aktuell/beruf-chance/beruf/deutsche-haben-im-schnitt-28-9-tage-urlaub-im-jahr-15696636.html>.

umfangreichere Gestaltungen, die wenn nicht die Urlaubsdauer, so doch wenigstens das Urlaubsentgelt branchenspezifisch regeln.⁹⁸ Andere Tarifverträge verweisen im Wesentlichen auf das BUrlG.⁹⁹

Der EuGH hat stets betont, dass seine Vorgaben Urlaubstage und Urlaubsentgelt, das über das Minimum der Arbeitszeitrichtlinie hinausgeht, unmittelbar nicht betreffen.¹⁰⁰ Dennoch ergeben sich aus Verweisungen in Tarifverträgen und allgemeingültigem Unionsrecht Implikationen.

b) Übertragung der Grundsätze aus Diskriminierungsrecht

So darf auch ein übergesetzlicher Urlaubsanspruch nicht nach diskriminierenden Grundsätzen gewährt werden.

Gegenüber einer Teilzeitbeschäftigten, die für sie nachteilige Rundungseffekte als Diskriminierung verstand, hat das BAG darauf hingewiesen, dass es sich um unbedenkliche Randunschärfen handele, die darin begründet seien, dass die Tarifvertragsparteien den Urlaubsanspruch entsprechend dem Tagesprinzip in ganzen Tagen berechnet sehen wollten.¹⁰¹ Der streitgegenständliche Bruchteil von 0,25 bei einem Gesamtanspruch von 24 Urlaubstagen durfte entfallen.

Ein Pluspunkt für die Autonomie und das Regelungsermessen der Tarifpartner!

Andere Entscheidungen des BAG stellen die Tarifpraktiker dagegen vor Herausforderungen:

Für den Wechsel von Vollzeit in Teilzeit hat das BAG aus dem Tirol-Urteil geschlossen, dass auch tarifvertragliche Urlaubsansprüche nicht gemindert werden dürfen, und zwar sowohl hinsichtlich der Urlaubstage¹⁰² als auch hinsichtlich des Urlaubsentgelts.¹⁰³

98 Zum Beispiel §§ 15 ff. des Rahmentarifvertrages für die gewerblichen Beschäftigten in der Gebäudereinigung in der Fassung vom 8.7. 2014.

99 Zum Beispiel § 26 des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst in der Fassung vom 18.4. 2018.

100 EuGH 24.1. 2012 – C-282/10 Rn. 47 f. – Dominguez; dazu *Wietfeld*, Jahresurlaub unabhängig von einer Mindestarbeitszeit, EuZA 2012, 540; EuGH 13.12. 2018 – C-385/17 Rn. 31 – Hein; siehe auch *Dassau/Wulfers*, ZTR 2013, 3, 8; *dies.*, Urlaubsanspruch bei Wechsel von Vollzeitarbeit in Teilzeitarbeit – die „Brandes“-Entscheidung des EuGH vom 13. Juni 2013, ZTR 2013, 476, 477.

101 BAG 14.3. 2017 – 9 AZR 7/16, NZA-RR 2017, 376 Rn. 21.

102 BAG 10.2. 2015 – 9 AZR 53/14 (F), NZA 2015, 1005 Rn. 21 mit ergänzendem Hinweis auf EuGH 13.6. 2013 – C-415/12 Rn. 36 – Brandes.

103 BAG 20.3. 2018 – 9 AZR 486/17, NZA 2018, 851 Rn. 19 ff.

Indes sagt das Tirol-Urteil über tarifvertragliche Urlaubsansprüche gar nichts aus.¹⁰⁴ Im Gegenteil: Der EuGH anerkennt dort durchaus den *pro rata temporis*-Grundsatz für die Zeit der Teilzeitbeschäftigung. Es ging ihm bei dem Hinweis auf § 4 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit nur darum, dass der *pro rata temporis*-Grundsatz nicht nachträglich den Anspruch aus Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie überlagern kann.

Warum, schreibt der EuGH ebenfalls im Tirol-Urteil: Das gesetzliche Minimum an Erholung und Entspannung nach der Arbeitszeitrichtlinie verliert seine Bedeutung nicht durch eine spätere Inanspruchnahme. Deshalb gibt ja auch Art. 7 Abs. 2 der Arbeitszeitrichtlinie einen Abgeltungsanspruch, der dem Arbeitnehmer notfalls eine Auszeit noch zwischen zwei Beschäftigungen ermöglicht.

Zum gesetzlichen Mindesturlaub gilt also das Gebot, erworbenen Urlaub zu erhalten. Daraus auf das unbedingte Verbot zu schließen, tarif- und arbeitsvertraglichen Mehrurlaub nach einem Wechsel in Teilzeit zu kürzen, wäre gewagt.¹⁰⁵ Aus meiner Sicht bleibt Raum für die von den Tarifvertragsparteien zu beantwortende Frage, ob der Zweck des Mehrurlaubs über einen *pro rata temporis* gekürzten Anspruch erreicht wird – beim Ausgleich für ein erhöhtes Erholungsbedürfnis ja, beim Ausgleich situativer Beanspruchung nein.

Auch wenn Arbeitnehmern in Abhängigkeit vom Lebensalter mehr Urlaub gewährt wird, müssen Tarifvertragsparteien das dahinterstehende legitime sozialpolitische Ziel verfolgen und ihr Regelungsermessen ausüben können. Das BAG hat dazu eine eindeutige Position und verlangt einen tätigkeitsspezifischen Beleg für ein gesteigertes Erholungsbedürfnis.¹⁰⁶ Den Beweis wird kein Arbeitgeber für alle Berufsgruppen führen können. Für Verwaltungsmitarbeiter und andere Tätigkeiten ohne besondere Belastung schließt das BAG ein erhöhtes Erholungsbedürfnis aus.¹⁰⁷ Eine Kontroll-dichte, die das realistische Tarifergebnis mit einer Großgewerkschaft ausblendet, ist für Zusatzurlaubstage für ältere Beschäftigte im Flächentarifvertrag tödlich.

c) Ausstrahlungswirkung des Unionsrechts

Im Großen und Ganzen können wir festhalten, dass das Unionsrecht im Bereich des tarif- oder arbeitsvertraglichen Mehrurlaubs viel Gestaltungsspielraum lässt. Von den beleuchteten Negativbeispielen abgesehen, er-

104 Das übersieht auch die Kritik bei *Hock/Hock*, ZTR 2015, 253, 261.

105 Siehe auch *Dassau/Wulfers*, ZTR 2013, 476, 478.

106 BAG 15.11. 2016 – 9 AZR 534/15, NZA 2017, 339 Rn. 23 f.

107 BAG 15.11. 2016 – 9 AZR 534/15 (Fn. 106), Rn. 25.

fahren die Vertragsparteien die Unterstützung aus Luxemburg und Erfurt. So hat der EuGH etwa im Urteil Hein nur kritisiert, dass der Kläger das volle Urlaubsentgelt für den gesetzlichen Urlaub nur bekommen sollte, wenn er auch den tariflichen Mehrurlaub in Anspruch nimmt.¹⁰⁸ Und das BAG hat die abschnittsweise Berechnung nach Unionsrecht nicht auf den Mehrurlaub übertragen¹⁰⁹ und zieht die Tarifauslegung einer vorschnellen Orientierung am Unionsrecht vor.¹¹⁰

Nun darf all das über zwei Dinge nicht hinwegtäuschen:

- Die Berechnung des Urlaubsentgelts nach § 11 Abs. 1 BUrlG hat nicht erst mit dem Urteil Hein und der vom EuGH geforderten Berücksichtigung regelmäßiger Überstunden eine Einschränkung erfahren. Viel schlimmer ist, dass diese Vorschrift die Rechtsprechung an der Umsetzung des Urteils Greenfield hindert. Es erscheint ziemlich willkürlich, dass der Arbeitgeber beim Wechsel in Teilzeit das Vollzeiturlaubsentgelt nicht anpassen darf, aber ihn § 11 Abs. 1 BUrlG dazu zwingt, Teilzeiturlaub nach dem Wechsel in Vollzeit unverdient hoch zu vergüten.
- Schließlich hat das Unionsrecht auch eine starke faktische Ausstrahlungswirkung. In der Personalpraxis bereiten das Nebeneinander von Gesamturlaubsanspruch nach Tarifvertrag und darin enthaltene Mindesturlaub und das Spannungsverhältnis aus Unionsrecht, Bundesurlaubsgesetz und Tarifvertrag mit jeweils eigenen Teilregelungen erhebliche Probleme. Handhabbarkeit und Rechtssicherheit drängen zur Vereinheitlichung auf dem höchsten Niveau.

VII. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. In seiner Rechtsprechung zu den Arbeitszeitrichtlinien 93/104/EG und 2003/88/EG hat der EuGH zwischenzeitlich ein System zum unionsrechtlichen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub herausgebildet. Dieses System fußt auf der Grundannahme, dass der Anspruch in zwei Aspekten, nämlich der Freistellung und der Bezahlung, entsteht und in seinem erreichten Bestand in das Vermögen des Arbeitnehmers übergeht. Das schließt eine spätere Nachberechnung zulasten des Arbeitnehmers aus.
2. Da grundsätzlich erst die tatsächliche Arbeitsleistung ein Erholungsbedürfnis des Arbeitnehmers auszulösen vermag, genügt der

¹⁰⁸ EuGH 13.12. 2018 – C-385/17 Rn. 45 – Hein.

¹⁰⁹ BAG 14.3. 2017 – 9 AZR 7/16 (Fn. 101), Rn. 22.

¹¹⁰ Siehe nur BAG 14.2. 2017 – 9 AZR 207/16, ZTR 2017, 366 Rn. 16 f.; BAG 14.3. 2017 – 9 AZR 7/16 (Fn. 101), Rn. 14 ff.; BAG 27.2. 2018 – 9 AZR 238/17, juris Rn. 16; BAG 20.11. 2018 – 9 AZR 132/18, juris Rn. 14 ff.

rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses allein für das Entstehen eines Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub nicht. Der EuGH berücksichtigt allerdings das Völkerarbeitsrecht bei der Auslegung des Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie, so dass die Vorhersehbarkeit und der Willensentschluss auf Arbeitnehmerseite den Urlaubsanspruch ganz oder teilweise ausschließen können (Grundsatz der freiwilligen Nichterdienung).

3. Den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub hat der EuGH ausgehend von Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie mit dem übrigen Unionsrecht, insbesondere dem Diskriminierungsrecht und der Arbeitnehmerfreizügigkeit, abgeglichen. Der Umfang des Erholungsbedürfnisses außerhalb von Vollzeitarbeit (z.B. bei Teilzeit, Kurzarbeit oder Sonderurlaub) ergibt sich aus dem *pro rata temporis*-Grundsatz, wobei eine unterjährige Veränderung zu einer Berechnung nach Abschnitten führt.
4. Das Urlaubsentgelt ist nach dem Unionsrecht nicht Entgeltfortzahlung, sondern ebenfalls erdiente Bezahlung. Unter Berücksichtigung des Völkerarbeitsrechts bemisst sich das Urlaubsentgelt nach dem gewöhnlichen Arbeitsentgelt, um den Arbeitnehmer in die Lage zu versetzen, den Urlaub tatsächlich in Anspruch zu nehmen. Sonderentgelte wie Provisionen oder Überstundenvergütungen sind einzubeziehen, wenn sie einen wesentlichen Teil des gewöhnlichen Arbeitsentgelts bilden.
5. Die primärrechtliche Gewährleistung des bezahlten Jahresurlaubs in Art. 31 Abs. 2 GRCh führt in der Interpretation des EuGH zur Unanwendbarkeit des mitgliedstaatlichen Gesetzesrechts, wenn und soweit es dem unionsrechtlichen Mindestschutz zuwiderläuft. Hinsichtlich eines gesetzlichen, tarif- oder arbeitsvertraglichen Mehrurlaubs verhält sich das Unionsrecht neutral und belässt es *de iure* bei der autonomen, diskriminierungsfreien Ausgestaltung. *De facto* führt die Komplexität aus dem Nebeneinander verschiedener Teilregime zu einem Anpassungsdruck an das Unionsrecht.
6. § 11 Abs. 1 BUrlG hindert die Rechtsprechung an einer stringenter Umsetzung des unionsrechtlichen Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub. Eine unterjährige Erhöhung der täglichen Arbeitszeit führt entgegen dem Urteil Greenfield zu einer arbeitnehmergünstigen Nachberechnung des Urlaubsentgelts für zuvor erworbene Urlaubstage.

Diskussion*

Professor Dr. *Martin Franzen* (Ludwig-Maximilians-Universität, München) befand zu Beginn der Diskussionsrunde, dass das System des EuGH in sachlicher Hinsicht kaum kritikwürdig sei, jedenfalls unter Berücksichtigung der bisherigen, wenig konzisen Rechtsprechung des BAG. Wie der EuGH aber auf die Herleitung eines solchen Systems komme, ergebe sich aus der Lektüre des Art. 7 Richtlinie 93/104/EG nicht ohne weiteres. Scheinbar sei es vielmehr Ziel des Richtliniengebers gewesen, die Ausgestaltung des festgesetzten Mindestjahresurlaubs von vier Wochen den Mitgliedstaaten zu überlassen.

Dr. *Markus Sprenger* (Kommunaler Arbeitgeberverband Hessen, Frankfurt am Main) stimmte dem zu. Entscheidend für die Entstehung des Systems seien wohl die Textpassagen „Inanspruchnahme“ und „Gewährung“ gewesen. Die Inanspruchnahme sei zeitlich von der Entstehung des Anspruchs zu trennen. Dies lasse die Interpretation zu, dass lediglich die Inanspruchnahme mitgliedstaatlichen Grundsätzen folgen solle, die Entstehung des Anspruchs hingegen als Frage des Unionsrecht zu behandeln sei. Gleichwohl sei es aber, entsprechend der Ansicht seines Vorredners, wohl eher die Absicht des Richtliniengebers gewesen, lediglich Grundlagen zu schaffen. Die Annahme einer Kompetenzüberschreitung des EuGH würde aber zu weit gehen.

Professor Dr. *Abbo Junker* (ZAAR, München) kritisierte die „Hochzonung“ des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub auf die Ebene der Grundrechte und die Interpretation des Grundrechts über die Vorgabenrichtlinie. Übertrage man diese Methode auf nationale Ebene, so sei dies vergleichbar mit einer Interpretation des Art. 9 Abs. 3 GG über den Inhalt des TVG. In der Rechtsprechungspraxis des EuGH treffe man diese Vorgehensweise häufiger an, mit der Folge, dass der Inhalt von Richtlinien auf diesem Wege primärrechtlich garantiert werde und damit stets auch im horizontalen Verhältnis wirke.

Dr. *Sprenger* antwortete, die Konstruktion der Hochzonung zum Zwecke der unmittelbaren Wirkung von Richtlinienrecht gegenüber privaten Arbeitgebern sei durchaus kritisch zu bewerten. Dies gelte besonders deshalb, weil das Primärrecht mit seinen Diskriminierungsverboten seiner Ansicht nach selbst in erster Linie an den europäischen Gesetzgeber gerichtet sei.

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Laura Herbst*.

In Bezug auf die *de facto*-Ausstrahlungswirkung in den Bereich des Mehrurlaubs erkundigte sich Professor Dr. *Richard Giesen* (ZAAR, München) danach, wie in den Tarifverträgen künftig formuliert werden müsse. Gerade unter dem Aspekt der Rechtssicherheit stelle sich die Frage, ob die Regulierung von zwei unterschiedlichen Urlaubssystemen oder eines Gesamtsystemes ratsam sei. Das Gesamtsystem könne unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung womöglich als rechtssicher eingestuft werden; das Gleiche gelte aber für die Formulierung von zwei „Urlauben“ vor dem Hintergrund der BAG-Rechtsprechung.

Dr. *Sprenger* antwortete, aus seiner Sicht seien gesonderte Regimes wünschenswert. Nur die Schaffung von zwei Systemen erlaube es, den unterschiedlichen Wertungen hinter Mindest- und Mehrurlaub ausreichend Rechnung zu tragen. Problematisch werde es in der tariflichen Praxis aber sein, die Gewerkschaften davon zu überzeugen, ein bisher einheitliches System aufzuspalten und gesondert zu regeln. Alles, was zulasten der Arbeitnehmer verschoben werden solle, verleihe den Gewerkschaften eine komfortable Verhandlungsposition. Die Frage sei also, was der Arbeitgeber bzw. der Arbeitgeberverband letztlich für einen Tarifkompromiss geben müsse.

Hieraus schlussfolgerte Professor *Giesen*, dass ein System aus Gewerkschaftssicht wohl besser sei.

Dr. *Sprenger* bejahte dies.

Michael Mostert (Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie, Energie, Hannover) bewertete das System des EuGH als schlüssig. In Bezug auf die praktische Handhabung aber, sowohl auf der Ebene des Tarifvertragsrechts als auch auf der Ebene des Individualarbeitsvertrags, werfe es Fragen auf. Das BAG habe die Rechtsprechung, dass das Urlaubsentgelt als Teil der Arbeitsleistung verdient werden müsse, bereits im Jahre 1982 aufgegeben und klassifiziere dieses nunmehr als Entgeltfortzahlung. Aus gewerkschaftlicher Sicht sei die Rechtsprechung des BAG damit günstiger, womit sich zunächst die Frage nach dem Anreiz für die Gewerkschaft stelle, Änderungen vorzunehmen. Daneben stelle sich die Frage, ob Änderungen überhaupt geboten seien, da der EuGH für Arbeitnehmer günstigere Lösungen auf mitgliedstaatlicher Ebene ja für zulässig erachte. Die Rechtsprechung des BAG führe aus der Sicht des Redners ohnehin zu brauchbareren Ergebnissen und damit im Übrigen auch dazu, dass eine Einheitlichkeit im Urlaubsrecht durchaus beibehalten werden könne, auch wenn diese in Bezug auf die Übertragung nicht mehr ganz gegeben sei.

Dr. *Sprenger* erwiderte, die Rechtsprechung des BAG, insbesondere der reine Bestand des Arbeitsverhältnisses als Anknüpfungspunkt für die Bemessung von Urlaubsansprüchen, sei gerade im Umbruch. Der Referent verwies auf eine Entscheidung Anfang dieses Jahres, in deren Rahmen die

Entstehung von Urlaubsansprüchen bei unbezahltem Sonderurlaub entgegen der bisherigen Rechtsprechung abgelehnt wurde. Auch wenn die Entscheidung bisher lediglich in Form einer Pressemitteilung zur Veröffentlichung gelangt sei, lege dieses Ergebnis die Vermutung nahe, das BAG gleiche seinen Ansatz dem EuGH an.

Michael Mostert merkte an, dass bei unbezahltem Sonderurlaub eine gewisse Parallelität gegeben sei zu Elternzeitfällen, weil das Arbeitsverhältnis in beiden Fällen ruhe. Bei der Altersteilzeit beispielsweise sei dies aber nicht der Fall.

Dr. *Spenger* stimmte dem zu. Die Frage werde künftig sein, ob es das Ruhen des Arbeitsverhältnisses brauche oder ob nicht bereits der Wegfall der tatsächlichen Arbeitsleistung genüge. Auf letzteres stütze sich bereits Instanzrechtsprechung, etwa ein Urteil des LAG Köln, welches sich allerdings gerade in der Revision befinde.

Professor *Junker* fügte hinzu, dass es bemerkenswert sei, wie schnell das BAG seine Rechtsprechung zum unbezahlten Sonderurlaub durch denselben Senat geändert habe.

Dr. *Nathalie Oberthür* (R/P/O Rechtsanwälte, Köln) verwies auf die Rechtseinschätzung des EuGH zur Kürzung des Mindesturlaubs bei Elternzeit, welche mangels tatsächlicher Arbeitsleistung als zulässig erachtet worden sei. Die Frage sei, ob sich hieraus ein Widerspruch ergebe zu dem, was der EuGH zuvor vertreten habe: Hiernach dürften die unionsrechtlichen Urlaubsansprüche nicht miteinander in Bezug gesetzt werden.

Dr. *Sprenger* antwortete, dass der EuGH in Bezug auf die Elternzeit durchaus so hätte entscheiden können. Wesentlich sei hier der Gedanke der freien Disposition des Arbeitnehmers: Dieser disponiere frei über den Eintritt in die Elternzeit und damit gleichzeitig über die künftige Entstehung von Urlaubsansprüchen. Im Ergebnis müsse das Erholungsbedürfnis abgelehnt werden.

Unter Bezugnahme auf die vielfältigen mitgliedstaatlichen Freistellungsstatbestände fügte Professor *Junker* hinzu, dass die Rechtssicherheit durch den EuGH wenigstens im Bereich der Elternzeit durchaus zu begrüßen sei. Er erinnere sich in diesem Zusammenhang an ein Urteil des EuGH bezogen auf den Genesungsurlaub bei polnischen Lehrern: Dieser knüpfe an die Krankschreibung an und könne vom Arbeitnehmer im Anschluss zusätzlich genommen werden. Der EuGH habe hier die Entstehung von Urlaubsansprüchen während des Genesungsurlaubs bejaht. Begründet worden sei dies mit dem Zweck des Genesungsurlaubs, der nicht auf Erholung gerichtet sei. Ob eine derartige Einmischung von europäischer Seite wirklich vonnöten sei, sei fragwürdig. Wie die polnische Regelung heute ausgestaltet sei und ob es Änderungen gegeben habe, wisse er nicht.

Professor *Giesen* antwortete, dass es den Genesungsurlaub noch gebe und dieser auch häufig in Anspruch genommen werde. Hinzufügen müsse man aber, dass polnische Lehrer sehr schlecht bezahlt würden.

Professor *Junker* ergänzte, dass dieser Umstand gerade aufzeige, wie wichtig es sei, nationalen Besonderheiten durch die Möglichkeit einer nationalen Regelung Raum zu verschaffen.

Professor Dr. *Volker Rieble* (ZAAR, München) fragte, was die unterschiedliche Bewertung von Elternzeit und Genesungsurlaub denn rechtfertige. In beiden Fällen disponiere der Arbeitnehmer frei über den Antritt.

Dr. *Sprenger* antwortete, auch er könne die unterschiedliche Bewertung durch den EuGH vor dem Hintergrund seines stringenten Systems nicht nachvollziehen. Ausschlaggebend sei nach dem System gerade die – in beiden Fällen gleichermaßen gegebene – Freiwilligkeit.

Professor *Junker* merkte zustimmend an, dass in der Urteilsbegründung zum Genesungsurlaub der Urlaubszweck die entscheidende Rolle gespielt habe. Dies lasse sich zwar auf den Fall der Elternzeit übertragen, hier sei in der Begründung aber allein auf die Freiwilligkeit abgestellt worden. Insofern fehle es an der inneren Folgerichtigkeit.

Professor *Franzen* lenkte das Gespräch noch einmal auf die primärrechtliche Wirkung des europäischen Systems. Die Vorgehensweise des EuGH lasse sich, von der Rechtswirkung her, auffassen als eine Verordnung mit Günstigkeitsklausel.

Dr. *Sprenger* bejahte dies.

Der Urlaubsanspruch: Erfüllung, Verfall und Abgeltung

Stefan Witschen

Seite

I. Einleitung.....	46
II. Erfüllung.....	46
1. Inhalt des Urlaubsanspruchs.....	46
a) Verständnis des EuGH – Einheitsanspruch.....	47
b) Verständnis des BAG im Wandel.....	47
2. Erfüllung des Urlaubsanspruchs bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses.....	49
a) Beurlaubung.....	49
b) Vorsorgliche Beurlaubung.....	50
c) Teilurlaub und Vollurlaub.....	52
d) Urlaubsanrechnung bei Zwischenbeschäftigung.....	53
III. Verfall.....	53
1. Allgemeine Regeln.....	54
2. Tatsächliche Möglichkeit der Inanspruchnahme des Urlaubs.....	55
3. In-die-Lage-Versetzen zur Inanspruchnahme des Urlaubs.....	56
a) Geteilte Verantwortung für die Inanspruchnahme des Urlaubs.....	57
b) Ansammlung von Urlaub bei arbeitgeberseitig zu ver- antwortenden Hindernissen.....	60
IV. Abgeltung des Urlaubs.....	62
1. Unionsrechtlicher Abgeltungsanspruch.....	62
2. Abgeltungsanspruch nach dem BUrlG.....	63
V. Fazit.....	66
Diskussion.....	68

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), Neues Urlaubsrecht, agiles und mobiles Arbeiten (München 2019), S. 45-67

I. Einleitung

Rund zehn Jahre nach Schultz-Hoff¹ steht das Urlaubsrecht wieder verstärkt im Fokus, denn zahlreiche neue Entscheidungen des EuGH² und des BAG³ bieten viel Diskussionsstoff. Herr Dr. *Sprenger* hat sich in seinem Vortrag mit Voraussetzungen, Berechnung und Reichweite des Urlaubsanspruchs befasst. An dieser Stelle werden Fragen zu Erfüllung, Verfall und Abgeltung thematisiert. Es soll also im weitesten Sinne um den Abbau entstandener Urlaubsansprüche gehen. Die Ausführungen beschränken sich insofern auf den gesetzlichen Mindesturlaub und gelten nicht ohne Weiteres für darüber hinaus gehenden Mehrurlaub.

II. Erfüllung

Die Erfüllung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs setzt voraus, dass der Arbeitgeber die geschuldete Leistung an den Arbeitnehmer erbringt.

1. Inhalt des Urlaubsanspruchs

Es gibt unterschiedliche Möglichkeiten, den Inhalt des Urlaubsanspruchs und damit das entsprechende Pflichtenprogramm des Arbeitgebers zu bestimmen.

-
- 1 EuGH 20.1. 2009 – C-350/06 und C-520/06 – Schultz-Hoff u.a.; dazu *Sedlmeier*, Urlaubsabgeltung ohne Grenzen?, EuZA 2010, 88.
 - 2 Zum Beispiel EuGH 29.11. 2017 – C-214/16 – King; dazu *Rudkowski*, Unbegrenzte Ansammlung des vom Arbeitnehmer nicht in Anspruch genommenen Urlaubs bei verweigerter Urlaubsvergütung, EuZA 2018, 366; EuGH 4.10. 2018 – C-12/17– Dicu; dazu *Schmitt*, Kürzung des Mindestjahresurlaubs für Zeiten des Elternurlaubs unionsrechtskonform, EuZA 2019, 234; EuGH 6.11. 2018 – C-569/16 und C-570/16 – Bauer und Willmeroth; dazu *Sura*, (Kein) Urlaub im Jenseits – Vererbbarkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs bei Tod des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis, EuZA 2019, 350; EuGH 6.11. 2018 – C-619/16 – Kreuziger; dazu *Wutte*, Mitverantwortung des Arbeitgebers für die Urlaubnahme seiner Arbeitnehmer, EuZA 2019, 222; EuGH 6.11. 2018 – C-684/16 – Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (im Folgenden: Max-Planck); dazu *Wutte*, EuZA 2019, 222; EuGH 13.12. 2018 – C-385/17– Hein; dazu *Schinz*, Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub, Kurzarbeit und Vertrauensschutz, EuZA 2019, 493.
 - 3 Zum Beispiel BAG 22.1. 2019 – 9 AZR 45/16, Pressemitteilung (PM) Nr. 1/2019; BAG 19.2. 2019 – 9 AZR 541/15, PM Nr. 9/2019; BAG 19.3. 2019 – 9 AZR 315/17, PM Nr. 15/2019; BAG 19.3. 2019 – 9 AZR 362/18, PM Nr. 16/2019.

a) Verständnis des EuGH – Einheitsanspruch

Der EuGH geht in Bezug auf die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG davon aus, dass Urlaubszeit und Urlaubsentgelt zwei Aspekte eines einzigen Anspruchs darstellen.⁴ Nach diesem Verständnis handelt es sich um einen Einheitsanspruch, dessen integraler Bestandteil ein Anspruch auf Urlaubsentgelt in Höhe des „gewöhnlichen Arbeitsentgelts“ ist.⁵ In der Rechtssache King heißt es zudem, schon bei Unsicherheiten hinsichtlich des Urlaubsentgelts sei der Arbeitnehmer nicht in der Lage, den Urlaub voll und ganz als Zeitraum für Entspannung und Freizeit zu genießen.⁶ Die Erfüllung des Urlaubsanspruchs aus der Richtlinie setzt demnach voraus, dass der Arbeitnehmer freigestellt wird und sicher sein kann, ein Urlaubsentgelt in Höhe seines gewöhnlichen Arbeitsentgelts zu erhalten. Hinreichende Sicherheit in diesem Sinne setzt nicht voraus, dass das Urlaubsentgelt vor Antritt des Urlaubs ausgezahlt wird. Eine Zahlung entsprechend einem regulären Abrechnungsrhythmus zum Monatsende reicht aus.⁷

b) Verständnis des BAG im Wandel

Das Verständnis des BAG vom Inhalt des Urlaubsanspruchs hat sich im Laufe der Zeit mehrfach gewandelt. In älteren Entscheidungen behandelte es diesen, ähnlich wie der EuGH heute, noch als Einheitsanspruch.⁸

Ab Anfang der 1980er-Jahre ging es dann davon aus, dass sich der Anspruch auf Urlaub nur auf die Befreiung von der Arbeitspflicht richtet.⁹ Dementsprechend reichte eine bloße Freistellung für die Erfüllung des Urlaubsanspruchs aus. Rechtsgrundlage für die Fortzahlung des Entgelts blieb nach diesem Verständnis auch während der Urlaubszeit der arbeits-

4 Zum Beispiel EuGH 13.12. 2018 – C-385/17 Rn. 24 – Hein.

5 EuGH 16.3. 2006 – C-131/04 und C-257/04 Rn. 50 – Robinson-Steele u.a.; EuGH 13.12. 2018 – C-385/17 Rn. 32 – Hein; vgl. auch Art. 7 Abs. 1 ILO-Abkommen Nr. 132; siehe zur Feststellung des gewöhnlichen Urlaubsentgelts *Mehrens/Witschen*, in Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, Rn. 8.40.

6 EuGH 29.11. 2017 – C-214/16 Rn. 38 – King; siehe auch BAG 10.2. 2015 – 9 AZR 455/13, NZA 2015, 998 Rn. 23.

7 Vgl. EuGH 16.3. 2006 – C-131/04 und C-257/04 Rn. 54, 59 – Robinson-Steele u.a.; BAG 10.2. 2015 – 9 AZR 455/13 (Fn. 6), Rn. 21.

8 BAG 3.6. 1960 – 1 AZR 251/59, AP Nr. 73 zu § 611 BGB Urlaubsrecht; BAG 9.1. 1979 – 6 AZR 647/77, AP Nr. 4 zu § 1 BUrtG.

9 BAG 1.12. 1983 – 6 AZR 299/80, NZA 1984, 194, 195; BAG 18.12. 1986 – 8 AZR 481/84, NZA 1987, 633; BAG 8.9. 1998 – 9 AZR 161/97, NZA 1999, 665; BAG 24.6. 2003 – 9 AZR 563/02, AP Nr. 15 zu § 1 TVG Tarifverträge: Gebäudereinigung; BAG 14.8. 2007 – 9 AZR 934/06, NZA 2008, 473 Rn. 15.

vertragliche Entgeltanspruch.¹⁰ Urlaub wurde als Fall von „Lohn ohne Arbeit“ verstanden. Die Bestimmung des § 11 Abs. 2 BUrlG, wonach das Urlaubsentgelt vor dem Urlaubsantritt ausbezahlt ist, betrachtet das BAG seither nur noch als Fälligkeitsregel.¹¹ Wenn der Arbeitgeber das für die Urlaubszeit geschuldete Entgelt nicht rechtzeitig zahlte, geriet er zwar mit seiner Entgeltfortzahlungspflicht in Verzug. Die rechtzeitige Zahlung sollte aber keine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Urlaubsgewährung sein. Auf diese Weise konnten Urlaubsansprüche beispielsweise auch nach einer unwirksamen Kündigung erfüllt werden, ohne dass es dafür einer Zahlung von Urlaubsentgelt während des Kündigungsschutzprozesses bedurfte.

In einer Entscheidung vom 10.2. 2015 hat sich das BAG wiederum der Sichtweise des EuGH angenähert.¹² Dort heißt es, zur Erfüllung des richtlinienkonform verstandenen Urlaubsanspruchs genüge es nicht, dass der Arbeitnehmer für die Zeit des Urlaubs freigestellt wird.¹³ Der Anspruch werde nur dann erfüllt, wenn dem Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Urlaubs auch ein Anspruch auf Vergütung sicher ist.¹⁴ Dafür müsse der Arbeitgeber das Urlaubsentgelt vor Antritt des Urlaubs zahlen oder vorbehaltlos zusagen.¹⁵ Das Urlaubsentgelt muss also weiterhin nicht vor Urlaubsantritt ausgezahlt werden, es muss aber zu diesem Zeitpunkt zumindest eine vorbehaltlose Zusage des Arbeitgebers vorliegen, dass er seine Zahlungspflicht anerkennt und ihr im Rahmen des regulären Abrechnungszeitraums nachkommen wird. Demnach kann auch die Zahlung eines Urlaubsentgelts unterhalb des gewöhnlichen Arbeitsentgelts nicht mehr ausreichen, um den Urlaubsanspruch wirksam zu erfüllen.¹⁶ Das betrifft beispielsweise Kurzarbeiter, deren Urlaubsentgelt nach dem vom EuGH in der Rechtssache Hein beanstandeten Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe zu niedrig berechnet wurde.¹⁷

-
- 10 Ständige Rechtsprechung, vgl. z.B. BAG 20.6. 2000 – 9 AZR 405/99, NZA 2001, 100, 101; BAG 15.12. 2009 – 9 AZR 887/08, AP Nr. 66 zu § 11 BUrlG Rn. 15, 28; anderer Ansicht *Hohmeister*, Anmerkung zu AP Nr. 28 zu § 7 BUrlG.
 - 11 BAG 1.12. 1983 – 6 AZR 299/80 (Fn. 9); anders noch BAG 9.1. 1979 – 6 AZR 647/77 (Fn. 8).
 - 12 BAG 10.2. 2015 – 9 AZR 455/13 (Fn. 6), Rn. 21; daran anschließend BAG 19.1. 2016 – 2 AZR 449/15, NZA 2016, 1144 Rn. 68 ff.
 - 13 Anderer Ansicht noch BAG 19.9. 2000 – 9 AZR 504/99, NZA 2002, 221, 223; BAG 21.11. 2006 – 9 AZR 97/06, NZA 2007, 696 Rn. 13.
 - 14 BAG 10.2. 2015 – 9 AZR 455/13 (Fn. 6), Rn. 23.
 - 15 BAG 10.2. 2015 – 9 AZR 455/13 (Fn. 6), Rn. 24.
 - 16 BAG 19.1. 2016 – 2 AZR 449/15 (Fn. 12), Rn. 72.
 - 17 EuGH 13.12. 2018 – C-385/17 Rn. 32 ff. – Hein; siehe auch BAG 15.1. 2013 – 9 AZR 465/11, NZA-RR 2013, 585 Rn. 19 ff.

Das BAG hat bislang offen gelassen, ob die Rechtsprechung des EuGH eine Rückkehr zur Einordnung des Urlaubsanspruchs als Einheitsanspruch mit allen in der Vergangenheit daraus gezogenen Schlussfolgerungen erfordert.¹⁸ Die Pressemitteilung zum Urteil vom 22.1. 2019 könnte allerdings darauf hindeuten, dass eine Rückkehr zum Einheitsanspruch bevorsteht. In dieser Mitteilung ist von der „Vergütungskomponente des Anspruchs“ auf Jahresurlaub die Rede.¹⁹ Die noch nicht veröffentlichten Entscheidungsgründe werden zeigen, ob das BAG das Urlaubsentgelt nicht mehr als „normales“ arbeitsvertragliches Entgelt, sondern als wesensimmanenten Bestandteil des gesetzlichen Urlaubsanspruchs einordnet, der eigenen Regeln unterliegt. Sollte es diesen Weg beschreiten, ergäben sich Folgefragen, z.B. zur früher umstrittenen Pfändbarkeit und Aufrechenbarkeit des Urlaubsentgelts.²⁰ Derartige Fragen wirft die Rechtsprechung des EuGH allerdings ohnehin auf, ohne dass sich Antworten notwendigerweise aus der historischen Rechtsprechung des BAG ergeben.

2. Erfüllung des Urlaubsanspruchs bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses

Dass das BAG seit 2015 für die Erfüllung des Urlaubsanspruchs verlangt, dass dem Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Urlaubs ein Anspruch auf Vergütung sicher sein muss, kann insbesondere im Zusammenhang mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses Fragen aufwerfen, auf die hier exemplarisch eingegangen werden soll.

a) Beurlaubung

Bei einer ordentlichen Kündigung können offene Urlaubsansprüche grundsätzlich durch eine unwiderrufliche Freistellung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG bei fortlaufenden Bezügen während der Kündigungsfrist erfüllt werden. Der Arbeitnehmer kann der Beurlaubung widersprechen, wenn berechtigte Interessen gegen die Festlegung des Urlaubs in diesem Zeitraum und für einen anderen Zeitraum sprechen, z.B. wenn dadurch der Jahresurlaub kurz vor Schulferien verbraucht würde oder Ähnliches.²¹ Einzelheiten sind insofern umstritten und drehen sich letztlich um die Frage, ob die Erfüllung des Naturalurlaubs vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses Vorrang vor einer Abgeltungszahlung hat.²² § 7 Abs. 1 Satz 1

18 BAG 10.2. 2015 – 9 AZR 455/13 (Fn. 6), Rn. 22.

19 BAG 22.1. 2019 – 9 AZR 45/16 (Fn. 3).

20 Vgl. *Hohmeister*, Anmerkung zu AP Nr. 28 zu § 7 BUrlG.

21 BAG 3.6. 1960 – 1 AZR 251/59 (Fn. 8); BAG 14.8. 2007 – 9 AZR 934/06 (Fn. 9), Rn. 11.

22 Für einen Vorrang des Naturalurlaubs *Gallner*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (ErfK), 19. Aufl. 2019, § 7 BUrlG Rn. 15; dagegen *Düwell*, in: No-

BUrlG legt insofern nahe, im Einzelfall unter Abwägung der widerstrebenden Interessen zu differenzieren.

Eine Erfüllung während der Kündigungsfrist scheidet nach Ansicht des BAG aus, soweit der Arbeitnehmer bereits aus einem anderen Grund von der Arbeitspflicht befreit ist, insbesondere wegen Krankheit.²³ Rein praktisch betrachtet mag das aus Arbeitgebersicht ein Grund sein, einen gekündigten Arbeitnehmer freizustellen, wenn damit zu rechnen ist, dass er sich anderenfalls krankmeldet, um während der Kündigungsfrist nicht mehr im Betrieb erscheinen zu müssen und damit zugleich die Erfüllung offener Urlaubsansprüche vereitelt.

Bei einer außerordentlichen Kündigung ist die Erfüllung von Urlaubsansprüchen *in natura* wegen der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgeschlossen.

Ist bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, gegebenenfalls nach Ablauf der Kündigungsfrist, noch Urlaub offen, ist dieser gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten.

b) Vorsorgliche Beurlaubung

Bekanntermaßen steht die Wirksamkeit einer Kündigung oft erst nach Abschluss eines Kündigungsschutzprozesses fest. Diesem Risiko können Arbeitgeber, die den gekündigten Arbeitnehmer während des Prozesses nicht weiter beschäftigen, Rechnung tragen, indem sie vorsorglich Urlaub gewähren, für den Fall, dass die Kündigung unwirksam sein und das Arbeitsverhältnis fortbestehen sollte.²⁴

Eine wirksame Erfüllung liegt darin nach dem richtlinienkonformen Verständnis des BAG seit 2015 aber nur, wenn die Urlaubsvergütung vor Antritt des Urlaubs gezahlt oder zumindest vorbehaltlos zugesagt wird.²⁵ Die bloße Aussicht des Arbeitnehmers, das Urlaubsentgelt nach einem Obsie-

mosKommentar Gesamtes Arbeitsrecht (NK-GA), Band 2, 2016, § 7 BUrlG Rn. 139.

23 BAG 23.3. 2010 – 9 AZR 128/09, NZA 2010, 810 Rn. 43; dazu Amschler, Urlaubsabgeltung und Vertrauensschutz im Anschluss an die Schultz-Hoff-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, EuZA 2011, 242.

24 BAG 14.8. 2007 – 9 AZR 934/06 (Fn. 9), Rn. 11; BAG 10.2. 2015 – 9 AZR 455/13 (Fn. 6), Rn. 26; BAG 19.6. 2018 – 9 AZR 615/17, NZA 2018, 1480 Rn. 21; ausführlich Hamacher, Von der Kunst, den Urlaubsanspruch zu erfüllen, NZA 2018, 487.

25 BAG 10.2. 2015 – 9 AZR 455/13 (Fn. 6), Rn. 21 ff.; BAG 19.1. 2016 – 2 AZR 449/15 (Fn. 12), Rn. 68 ff.

gen im Kündigungsschutzprozess zu erhalten, reiche insofern nicht aus.²⁶ Der Arbeitnehmer müsse sich losgelöst vom Streit über die Wirksamkeit der Kündigung sicher sein können, das Urlaubsentgelt zu erhalten.²⁷

Konkret kann der Arbeitgeber vorsorglich Urlaub erteilen, soweit er für offene Urlaubsansprüche nach Ablauf der Kündigungsfrist bzw. nach einer außerordentlichen Kündigung eine Abgeltung zahlt. Werden beispielsweise fünf Tage Urlaub abgegolten, können vorsorglich fünf Tage Urlaub gewährt werden. Dafür muss der Arbeitgeber eine entsprechende Tilgungsbestimmung abgeben, nach der die Urlaubsabgeltung hilfsweise den Anspruch auf Urlaubsentgelt erfüllen soll, falls die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht wirksam beenden sollte. Die Zahlung selbst muss zwar – ungeachtet des § 11 Abs. 2 BUrlG²⁸ – nicht zwingend vor Antritt des vorsorglich gewährten Urlaubs durch den Arbeitnehmer erfolgen, sie muss zu diesem Zeitpunkt aber zumindest vorbehaltlos zugesagt sein.

Eine hilfsweise Tilgungsbestimmung kann zwar konkludent abgegeben werden.²⁹ Der Arbeitnehmer muss nach Ansicht des BAG aber wegen Aufgabe der sog. Surrogatstheorie nicht mehr stets davon ausgehen, dass die Leistung zur Erfüllung des angenommenen Anspruchs auf Urlaubsabgeltung zugleich hilfsweise der Erfüllung eines eventuellen Anspruchs auf Urlaubsentgelt dienen soll, falls sich die Kündigung als unwirksam herausstellt.³⁰ Die bloße Aushändigung einer Verdienstabrechnung mit der Abgeltungszahlung reicht nach seiner Ansicht noch nicht für die Annahme einer Tilgungsbestimmung.

Das ist zu streng, weil in der Regel beiden Parteien klar ist, dass die Wirksamkeit einer arbeitgeberseitigen Kündigung zunächst ungewiss ist und naheliegt, dass die geleistete bzw. zugesagte Zahlung den jeweils bestehenden Anspruch des Arbeitnehmers auf Abgeltung oder auf den Entgeltbestandteil des Naturalurlaubs erfüllen soll. Nichtsdestotrotz erscheint aus Arbeitgebersicht eine ausdrückliche Erklärung ratsam, dass offener Urlaub abgegolten und hilfsweise als Entgelt für vorsorglich erteilten Urlaub ausgezahlt wird. Eine solche hilfsweise Tilgungsbestimmung kann auch nach Zahlung der Abgeltung mit Wirkung für die Zukunft abgegeben werden, weil sie nur dann zum Tragen kommt, wenn der Arbeitgeber den Prozess verliert und sich herausstellt, dass der angenommene Anspruch

26 BAG 10.2. 2015 – 9 AZR 455/13 (Fn. 6), Rn. 23; BAG 19.1. 2016 – 2 AZR 449/15 (Fn. 12), Rn. 70; anders noch BAG 17.1. 1995 – 9 AZR 664/93, NZA 1995, 531, 532.

27 BAG 19.1. 2016 – 2 AZR 449/15 (Fn. 12), Rn. 72.

28 BAG 1.12. 1983 – 6 AZR 299/80 (Fn. 9); anders noch BAG 9.1. 1979 – 6 AZR 647/77 (Fn. 8).

29 BAG 10.2. 2015 – 9 AZR 455/13 (Fn. 6), Rn. 26.

30 BAG 10.2. 2015 – 9 AZR 455/13 (Fn. 6), Rn. 26.

auf Abgeltung des Urlaubs gar nicht entstanden ist und sogar ein Abgeltungsverbot gilt, weil das Arbeitsverhältnis fortbesteht.³¹ Aus Sicht des Arbeitnehmers ist dann klar, dass er das in Bezug auf seinen Urlaub gezahlte Geld auf jeden Fall behalten kann, damit er sich Freizeit nehmen und erholen kann.

Wird die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt, führt die vorsorgliche Beurlaubung zum Erlöschen des wegen der vermeintlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgegoltenen Urlaubs. Für den entsprechenden Zeitraum – in dem wirksam Urlaub gewährt wurde – muss der im Prozess unterlegene Arbeitgeber dann auch keinen Annahmeverzugslohn zahlen.³²

c) Teilurlaub und Vollurlaub

Ein spezielles Problem kann entstehen, wenn das Arbeitsverhältnis außerordentlich und hilfsweise ordentlich gekündigt wird. Führt die außerordentliche Kündigung bei unterstellter Wirksamkeit zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der ersten Hälfte des Kalenderjahres, so hat der Arbeitnehmer gemäß § 5 Abs. 1 lit. c BUrlG nur einen Teilurlaubsanspruch auf ein Zwölftel des Jahresurlaubs für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses.

Wenn die außerordentliche Kündigung unwirksam ist und die ordentliche Kündigung erst zu einer fristgerechten Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der zweiten Hälfte des Kalenderjahres führt, hat der Arbeitnehmer jedoch Anspruch auf Abgeltung des vollen Urlaubs für das gesamte Kalenderjahr.³³ Wenn der Arbeitgeber den gekündigten Arbeitnehmer vorsorglich beurlaubt und nur den bei unterstellter Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung zustehenden Teilurlaub abgilt, bleiben die darüber hinausgehenden Ansprüche auf Vollurlaub also offen.

Die Differenz zwischen dem auf Basis der unwirksamen außerordentlichen Kündigung abgegoltenen Teilurlaub und dem bei wirksamer ordentlicher Kündigung bestehenden Vollurlaubsanspruch ist dann mangels Erfüllung gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten.

Sind sowohl die außerordentliche als auch die hilfsweise ordentliche Kündigung unwirksam, kann der Arbeitnehmer offenen Urlaub ausschließlich

31 BAG 16.7. 2013 – 9 AZR 914/11, NZA 2013, 1285 Rn. 18 f. betraf einen Fall, in dem sich die Tilgungsbestimmung auf einen rechtskräftig zugesprochen Anspruch bezog. In diesem Fall ließ das BAG eine nachträgliche Änderung der Tilgungsbestimmung nicht zu.

32 Ebenso ruht gemäß § 157 Abs. 2, § 158 Abs. 1 Satz 4 f. SGB III ein bei Wirksamkeit der Kündigung bestehender Anspruch auf Arbeitslosengeld für die Zeit des abgegoltenen Urlaubs.

33 BAG 10.2. 2015 – 9 AZR 455/13 (Fn. 6), Rn. 25.

in natura verlangen, denn im laufenden Arbeitsverhältnis ist die Abgeltung des Urlaubs unzulässig.

d) Urlaubsanrechnung bei Zwischenbeschäftigung

Während langwieriger Kündigungsschutzprozesse können neue Urlaubsansprüche entstehen, die nicht durch spätere Zahlung des Annahmeverzugslohns erfüllt werden.³⁴ Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH in der Sache King kann Urlaub während dieser Zeit wohl auch nicht verfallen.³⁵

Wenn der Arbeitnehmer jedoch während des Rechtsstreits ein Arbeitsverhältnis bei einem anderen Arbeitgeber eingeht und von diesem ordnungsgemäß beurlaubt wird, muss er sich den erhaltenen Urlaub nach der Rechtsprechung des BAG anrechnen lassen.³⁶ Die Vereinbarkeit einer solchen Anrechnung mit dem Unionsrecht hat der 9. Senat seinerzeit nicht durch eine Vorlage an den EuGH geklärt. Sie ist aber zu bejahen, weil der Arbeitnehmer bezahlten Urlaub erhält, der sein Erholungsbedürfnis von der tatsächlich ausgeübten Arbeit befriedigt.³⁷ Zudem kann der Arbeitgeber, der die unwirksame Kündigung erklärt hat, während der Zwischenbeschäftigung bei dem anderen Arbeitgeber nicht auf die Arbeitskraft des Arbeitnehmers zugreifen.³⁸

III. Verfall

Werden Urlaubsansprüche nicht wirksam erfüllt, stellt sich die Frage, ob und unter welchen Bedingungen sie angesammelt werden können und wann sie verfallen.

Im Hintergrund dieser Frage kann ein Konflikt zwischen zwei nicht ohne Weiteres miteinander vereinbaren Erwägungen zum Vorschein kommen.

34 BAG 10.2. 2015 – 9 AZR 455/13 (Fn. 6), Rn. 23; BAG 19.1. 2016 – 2 AZR 449/15 (Fn. 12), Rn. 70; vgl. auch EuGH 4.10. 2018 – C-12/17 Rn. 32 – Dicu. Anders als bei Elternzeit entspricht die Freistellung infolge einer arbeitgeberseitigen Kündigung in der Regel nicht dem Willen des Arbeitnehmers.

35 *Oberthür*, Aktuelle Tendenzen des EuGH und deren Auswirkungen auf das nationale Recht (Arbeitnehmerbegriff, Datenschutz und andere Fragen), RdA 2018, 286, 294; vgl. EuGH 29.11. 2017 – C-214/16 Rn. 59 ff. – King.

36 BAG 21.2. 2012 – 9 AZR 487/10, NZA 2012, 793 Rn. 17 ff. entsprechend § 11 Nr. 1 KSchG und § 615 BGB; anderer Ansicht noch BAG 28.2. 1991 – 8 AZR 196/90, NZA 1991, 944, 946. Während des Bezugs von Arbeitslosengeld besteht kein Urlaubsanspruch, der bei Erfüllung angerechnet werden könnte (siehe aber § 3 Erreichbarkeits-Anordnung).

37 BAG 21.2. 2012 – 9 AZR 487/10 (Fn. 36), Rn. 23.

38 Vgl. zur insofern anders gelagerten Situation bei Scheinselbstständigkeit EuGH 29.11. 2017 – C-214/16 Rn. 60 – King.

Einerseits sieht der EuGH im Anspruch auf Urlaub und auf Urlaubsabgeltung durchaus eine verdiente Gegenleistung für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Das wird etwa in der Rechtssache King deutlich. Dort führt der EuGH als Argument für eine unbegrenzte Ansammlung von Urlaub an, dass der Arbeitgeber jahrelang davon profitieren konnte, dass der scheinselbständige Arbeitnehmer keinen bezahlten Jahresurlaub genommen hat und insofern nicht unrechtmäßig bereichert sein soll.³⁹ Andererseits löst er sich von diesem Gedanken, wenn es darum geht, den Vorrang der – auch dem Gesundheitsschutz dienenden – jährlichen Inanspruchnahme des Urlaubs *in natura* gegen eine zweckwidrige Monetarisierung zu sichern. So heißt es etwa in Kreuziger und Max-Planck (Shimizu), dass jede Auslegung der Richtlinie, die den Arbeitnehmer dazu veranlassen könnte, aus freien Stücken keinen Urlaub zu nehmen, um seine Vergütung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu erhöhen, mit den durch die Schaffung des Rechts auf bezahlten Jahresurlaub verfolgten Zielen unvereinbar sei.⁴⁰ Das Verhältnis dieser Erwägungen zueinander hat der EuGH noch nicht vollständig austariert. Sie bringen anschaulich zum Ausdruck, dass es sich beim Urlaubsanspruch um ein hybrides Gebilde handelt, das Elemente des Leistungsaustauschs und Elemente des präventiven Gesundheitsschutzes verbindet.

1. Allgemeine Regeln

Der unionsrechtlich gewährleistete Jahresurlaub muss nach Ansicht des EuGH nicht zwingend im laufenden Bezugszeitraum – typischerweise dem Kalenderjahr – genommen werden, sondern kann grundsätzlich übertragen und angesammelt werden.⁴¹ Die positive Wirkung des Urlaubs für die Sicherheit und die Gesundheit des Arbeitnehmers entfalte sich zwar dann vollständig, wenn der Urlaub in dem hierfür vorgesehenen, also dem laufenden Jahr genommen wird.⁴² Die Ruhezeit verliere ihre Bedeutung aber nicht, wenn sie zu einer späteren Zeit genommen wird.⁴³ Der Urlaubsanspruch kann jedoch unter bestimmten Bedingungen ersatzlos verfallen, wenn der Arbeitnehmer seinen Urlaub nicht nimmt.⁴⁴ Als Voraussetzung

39 EuGH 29.11. 2017 – C-214/16 Rn. 60, 64 – King.

40 EuGH 6.11. 2018 – C-619/16 Rn. 55 – Kreuziger; EuGH 6.11. 2018 – C-684/16 Rn. 48 – Max-Planck.

41 EuGH 6.4. 2006 – C-124/05 Rn. 24 – Federatie Nederlandse Vakbeweging.

42 EuGH 6.4. 2006 – C-124/05 Rn. 30 – Federatie Nederlandse Vakbeweging.

43 EuGH 6.4. 2006 – C-124/05 Rn. 30 – Federatie Nederlandse Vakbeweging.

44 EuGH 20.1. 2009 – C-350/06 und C-520/06 Rn. 43 – Schultz-Hoff u.a.; EuGH 22.11. 2011 – C-214/10 Rn. 26 – KHS; dazu Rudkowski, Erlöschen des wegen Arbeitsunfähigkeit nicht ausgeübten Anspruchs auf Mindestjahresurlaub nach Ablauf einer in der nationalen Regelung gesetzten Frist, EuZA 2012, 381; EuGH 6.11. 2018 – C-619/16 Rn. 42 – Kreuziger.

für den Verlust von Urlaubsansprüchen verlangt der EuGH schon seit Längerem, dass der Arbeitnehmer „tatsächlich die Möglichkeit hatte“, Urlaub zu nehmen.⁴⁵ In neueren Entscheidungen verlangt er über dieses Kriterium hinausgehend, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer „in die Lage versetzt“ hat, seinen Urlaub wahrzunehmen, bevor dieser verfällt.⁴⁶

Nach § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG muss der Urlaub im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden.⁴⁷ Eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr ist nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG nur statthaft, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen. Im Fall der Übertragung muss der Urlaub dann gemäß § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG bis zum 31.3. des Folgejahres gewährt und genommen werden. Wird der Urlaub bis zum Ende des Bezugs- bzw. des Übertragungszeitraums nicht in Anspruch genommen, verfällt er – vorbehaltlich richterlich geprägter Ausnahmen – ersatzlos.

Wenn der Arbeitnehmer vor Ablauf der Verfallfristen Urlaub verlangt, der Arbeitgeber diesen aber nicht rechtzeitig gewährt, wandelt sich der Urlaubsanspruch mit Ablauf der Verfallfrist in einen Schadensersatzanspruch wegen Verzug um, der die Gewährung von „Ersatzurlaub“ *in natura* zum Inhalt hat.⁴⁸ Dieser Anspruch auf Ersatzurlaub unterliegt seinerseits nicht den urlaubsrechtlichen Verfallfristen, sondern den allgemeinen Verjährungsvorschriften.⁴⁹ Ausschlussfristen finden nach neuerer Rechtsprechung des BAG keine Anwendung auf Ersatzurlaubsansprüche.⁵⁰

2. Tatsächliche Möglichkeit der Inanspruchnahme des Urlaubs

In Bezug auf die vom EuGH als Voraussetzung für einen Verfall des Urlaubsanspruchs verlangte „tatsächliche Möglichkeit einer Inanspruchnahme“ des Urlaubs sei nur kurz an den wohl bekanntesten Reibungspunkt zwischen Unionsrecht und nationalem Recht erinnert.

45 EuGH 20.1. 2009 – C-350/06 und C-520/06 Rn. 43 – Schultz-Hoff u.a.; EuGH 22.11. 2011 – C-214/10 Rn. 26 – KHS; EuGH 6.11. 2018 – C-619/16 Rn. 42 – Kreuziger.

46 EuGH 29.11. 2017 – C-214/16 Rn. 63 – King; EuGH 6.11. 2018 – C-619/16 Rn. 47, 51 – Kreuziger; EuGH 6.11. 2018 – C-684/16 Rn. 40, 44 – Max-Planck.

47 Beachte die Sonderregelungen gemäß § 24 MuSchG, § 17 Abs. 2 BEEG, § 4 Abs. 2 ArbPISchG für Urlaubsansprüche aus der Zeit vor Mutterschutz, Elternzeit bzw. Wehrdienst; vgl. BAG 23.1. 2018 – 9 AZR 200/17, NZA 2018, 653 Rn. 19.

48 BAG 16.5. 2017 – 9 AZR 572/16, NZA 2017, 1056 Rn. 12.

49 BAG 11.4. 2006 – 9 AZR 523/05, AP Nr. 28 zu § 7 BUrlG Übertragung Rn. 37.

50 BAG 19.6. 2018 – 9 AZR 615/17 (Fn. 24), Rn. 48.

Nach der Schultz-Hoff-Entscheidung des EuGH vor rund zehn Jahren verfällt der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten Bezugszeitraums arbeitsunfähig erkrankt war und deshalb keine Möglichkeit hatte, den Urlaub tatsächlich in Anspruch zu nehmen.⁵¹ In KHS hat er dies jedoch dahingehend eingeschränkt, dass ein unbegrenztes Ansammeln von Urlaubsansprüchen im Fall langfristiger Erkrankungen nicht dem Zweck des Urlaubsanspruchs entspreche.⁵² Ist ein Arbeitnehmer mehrere Bezugszeiträume in Folge arbeitsunfähig erkrankt, dürfe das nationale Recht daher vorsehen, dass seine Urlaubsansprüche nach Ablauf eines Übertragungszeitraums von 15 Monaten erlöschen.⁵³

Die überkommene Rechtsprechung des BAG ging davon aus, dass Urlaub, den der Arbeitnehmer krankheitsbedingt nicht während des laufenden Urlaubsjahres nehmen konnte, auf das Folgejahr übertragen wird. Er verfiel dann, wenn er auch im Übertragungszeitraum bis zum 31.3. des Folgejahres nicht genommen werden konnte.⁵⁴ Diese eng am Wortlaut des Gesetzes orientierte Rechtsprechung hat das BAG nach Schultz-Hoff aufgegeben.⁵⁵ In unionsrechtskonformer Auslegung des § 7 Abs. 3 BUrlG geht es nunmehr davon aus, dass der Anspruch auf den gesetzlichen Urlaub nicht erlischt, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig erkrankt ist.⁵⁶ Im Anschluss an KHS hat es dies dahingehend modifiziert, dass der Anspruch spätestens nach Ablauf eines Übertragungszeitraums von 15 Monaten nach Ende des Urlaubsjahres untergeht.⁵⁷ Demnach verfällt z.B. der Urlaub für das Jahr 2019 bei langfristiger Erkrankung erst zum 31.3.2021.

3. In-die-Lage-Versetzen zur Inanspruchnahme des Urlaubs

In neueren Entscheidungen lässt der EuGH es für einen Verfall des Urlaubs nicht mehr genügen, dass der Arbeitnehmer die tatsächliche Möglichkeit hatte, Urlaub zu nehmen. Er muss zudem vom Arbeitgeber „in die

51 EuGH 20.1. 2009 – C-350/06 und C-520/06 Rn. 43 f. – Schultz-Hoff u.a.; siehe auch EuGH 10.9. 2009 – C-277/08 Rn. 22 f. – Vicente Pereda.

52 EuGH 22.11. 2011 – C-214/10 Rn. 28 ff. – KHS; siehe auch EuGH 29.11. 2017 – C-214/16 Rn. 54 f. – King.

53 EuGH 22.11. 2011 – C-214/10 Rn. 55 – KHS.

54 BAG 9.11. 1999 – 9 AZR 797/98, NZA 2000, 603; anders früher BAG 13.11. 1969 – 5 AZR 82/69, NJW 1970, 679 Übertragung auf das gesamte folgende Urlaubsjahr, das heißt Verfall zum 31.12. des Folgejahres.

55 BAG 24.3. 2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538 Rn. 64 ff.; dazu *Sedlmeier*, EuZA 2010, 88; anders BAG 13.11. 1969 – 5 AZR 82/69 (Fn. 54).

56 BAG 7.8. 2012 – 9 AZR 353/10, NZA 2012, 1216 Rn. 23 ff.; BAG 14.2. 2017 – 9 AZR 386/16, NZA 2017, 655 Rn. 13.

57 BAG 7.8. 2012 – 9 AZR 353/10 (Fn. 56), Rn. 32 ff.

Lage versetzt“ worden sein, Urlaub zu nehmen. Dabei geht es im Wesentlichen um die Frage, inwieweit Arbeitgeber und Arbeitnehmer jeweils für die tatsächliche Inanspruchnahme des Urlaubs und eine Verhinderung des Verfalls verantwortlich sind. In diesem Zusammenhang ist noch einiges unklar.

a) Geteilte Verantwortung für die Inanspruchnahme des Urlaubs

Bis vor Kurzem bestand Unsicherheit darüber, ob die Richtlinie Arbeitgeber verpflichtet, Arbeitnehmern auch ohne ausdrücklichen Antrag Urlaub zu gewähren, bevor dieser verfällt.⁵⁸ Das hat der EuGH in den Sachen Kreuziger und Max-Planck verneint.⁵⁹ Arbeitgeber müssen Arbeitnehmer also nicht zwingen, Urlaub zu nehmen.

Der EuGH verlangt aber in den Entscheidungsgründen „u.a.“, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer – als schwächere Vertragspartei⁶⁰ – tatsächlich in die Lage versetzt, den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub auszuüben, und zwar „konkret und in völliger Transparenz“. Dazu müsse er den Arbeitnehmer – erforderlichenfalls förmlich – auffordern, seinen Urlaub zu nehmen. Er soll ihm zudem „klar und rechtzeitig“ mitteilen, dass der Urlaub, wenn er ihn nicht rechtzeitig nimmt, verfallen wird. Die Beweislast legt der EuGH insoweit dem Arbeitgeber auf. Kann dieser nicht nachweisen, dass er „mit aller gebotenen Sorgfalt“ gehandelt hat, um den Arbeitnehmer tatsächlich in die Lage zu versetzen, seinen Jahresurlaub zu nehmen, verstößt das Erlöschen des Urlaubsanspruchs bzw. das Ausbleiben eines entsprechenden Abgeltungsanspruchs gegen Art. 7 Richtlinie 2003/88/EG.

Kann der Arbeitgeber hingegen nachweisen, dass der Arbeitnehmer „aus freien Stücken und in voller Kenntnis der sich daraus ergebenden Konsequenzen“ auf die Inanspruchnahme seines Urlaubs verzichtet hat, steht die Richtlinie einem ersatzlosen Verfall des Urlaubs nicht entgegen. Der EuGH deutet sogar an, dass in diesem Fall ein Anspruchsverlust geboten sein könnte, damit der Arbeitnehmer keinen Anreiz erhält, Urlaubsansprüche zwecks Abgeltung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses anzu-

58 Noch offengelassen in EuGH 29.11. 2017 – C-214/16 Rn. 62 – King; dafür z.B. LAG Berlin-Brandenburg 12.6. 2014 – 21 Sa 221/14, NZA-RR 2014, 631, 633 f.; LAG München 6.5. 2015 – 8 Sa 982/14, BeckRS 2015, 72670.

59 EuGH 6.11. 2018 – C-619/16 Rn. 51 ff. – Kreuziger; EuGH 6.11. 2018 – C-684/16 Rn. 44 ff. – Max-Planck.

60 EuGH 6.11. 2018 – C-619/16 Rn. 48 – Kreuziger; EuGH 6.11.2018 – C-684/16 Rn. 41 – Max-Planck.

sammeln.⁶¹ Unter bestimmten Umständen könnte der Vorrang des Naturalurlaubs einer Ansammlung von Urlaubsansprüchen also entgegenstehen und die Richtlinie einen Verfall gebieten.

Im Ergebnis teilt der EuGH die Verantwortung für die Inanspruchnahme des Urlaubs vor dem Verfall zwischen den Arbeitsvertragsparteien zu unterschiedlichen Teilen auf.

Ob nun gerade die vom EuGH aufgestellte Obliegenheit zur Aufforderung und Unterrichtung des Arbeitnehmers Missständen in der Praxis abhilft oder sich in zusätzlicher Bürokratie erschöpft, wird sich zeigen.⁶² Die Entscheidungen Kreuziger und Max-Planck veranschaulichen jedenfalls, wie der EuGH das Ansammeln von Urlaubsansprüchen über das erstmals in der Sache King genannte Kriterium des „in-die-Lage-Versetzens“ als verhaltenssteuernde Sanktion instrumentalisiert.⁶³ Besser wäre gewesen, wenn er sich im Einklang mit Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2003/88/EG auf eine Effektivitätskontrolle der mitgliedstaatlichen Maßnahmen zur Gewährleistung des Urlaubsanspruchs beschränkt hätte, anstatt selbst regulatorische Einheitsinstrumente für den gesamten Binnenmarkt zu kreieren.

Insofern fällt ein Kontrast zum Vorgehen des EuGH in der aktuellen Entscheidung CCOO⁶⁴ zur Arbeitszeiterfassung ins Auge.⁶⁵ Darin fordert er die Mitgliedstaaten auf, Arbeitgeber zu verpflichten, „ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen“,⁶⁶ anstatt wie in Kreuziger und Max-Planck selbst ein recht konkretes „System“ vorzugeben und direkt auf die Arbeitsverhältnisse des Binnenmarkts anzuwenden. Ein vergleichbares Vorgehen, das die Mitgliedstaaten hinsichtlich einer effektiven Rechtsdurchsetzung in die Pflicht nimmt, ihnen aber mehr Spielraum bei der Berücksichtigung der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse in „ihren“ Betrieben vor Ort lässt, wäre auch im Urlaubsrecht vorzugswürdig gewesen.

61 EuGH 6.11. 2018 – C-619/16 Rn. 55 – Kreuziger; EuGH 6.11. 2018 – C-684/16 Rn. 48 – Max-Planck; vgl. auch Wutte, EuZA 2019, 222, 229.

62 Skeptisch Powietzka, Verfall und Vererblichkeit von Urlaubsansprüchen – Neuregelung des Urlaubsrechts durch den EuGH, BB 2019, 52, 56; Wutte, EuZA 2019, 222, 227.

63 Vgl. EuGH 29.11. 2017 – C-214/16 Rn. 63 f. – King.

64 EuGH 14.5. 2019 – C-55/18 – CCOO; dazu Latzel, Primärrechtliche Effektivierung der Arbeitszeitgrenzen, EuZA 2019, 469.

65 Ob die Annahme des EuGH im Ausgangspunkt überzeugt, dass das Unionsrecht eine systematische Erfassung der täglichen Arbeitszeit durch den Arbeitgeber gebietet, sei an dieser Stelle offengelassen.

66 EuGH 14.5. 2019 – C-55/18 Rn. 60 – CCOO; Generalanwalt Pitruzzella, Schlussanträge 19.1. 2019 EuGH – C-55/18 Rn. 93 ff. – CCOO hatte sich demgegenüber für eine horizontale Wirkung – wie im Urlaubsrecht – ausgesprochen.

Ungeachtet dessen haben die Mitgliedstaaten die Vorgaben des EuGH in Kreuziger und Max-Planck zu respektieren. In deren Folge könnten den EuGH weitere Vorlagefragen zu technischen Details der Umsetzung in den verschiedenen Rechtsordnungen erreichen.

Das BAG hat seine Rechtsprechung in einer Entscheidung vom 19.2. 2019 bereits angepasst.⁶⁷ Es bleibt zwar dabei, dass die zeitliche Festlegung des Urlaubs dem Arbeitgeber vorbehalten ist. Es besteht also weiterhin kein Recht zur Selbstbeurlaubung. Den Arbeitgeber trifft aber nunmehr eine „Initiativlast“ für die Verwirklichung des Urlaubsanspruchs. In der vorliegenden Pressemitteilung heißt es:

„Bei einer richtlinienkonformen Auslegung des § 7 BUrlG kann der Verfall von Urlaub daher in der Regel nur eintreten, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor konkret aufgefordert hat, den Urlaub zu nehmen, und ihn klar und rechtzeitig darauf hingewiesen hat, dass der Urlaub anderenfalls mit Ablauf des Urlaubsjahres oder Übertragungszeitraums erlischt.“⁶⁸

An dieser Stelle sollen Gedanken über technische Einzelheiten der neuen „Aufforderungsobliegenheit“ nicht vertieft werden, weil das BAG seine Entscheidungsgründe in Kürze veröffentlichen dürfte. Es ist insofern zu hoffen, dass der 9. Senat der Praxis pragmatische Hinweise zu den aus seiner Sicht konkret gebotenen Maßnahmen gibt. Es ist aber zu befürchten, dass der Teufel in Details stecken wird, die zunächst zu Rechtsunsicherheit führen. Unterschiedliche Handlungsempfehlungen in der Literatur zu Zeit, Form und Detailtiefe der arbeitgeberseitigen Aufforderung und Information deuten dies bereits an.⁶⁹

In jedem Fall haben Arbeitgeber ein hohes Interesse, den neuen Anforderungen zügig gerecht zu werden, um den Weg für einen Verfall (gegebenenfalls unerkannt) angesammelter Urlaubsansprüche noch zum 31.12.

67 BAG 19.2. 2019 – 9 AZR 541/15 (Fn. 3).

68 BAG 19.2. 2019 – 9 AZR 541/15 (Fn. 3); demgegenüber für eine Nebenpflicht des Arbeitgebers nach § 241 Abs. 2 BGB, deren Verletzung einen Schadensersatzanspruch auf Ersatzurlaub auslösen kann: LAG Niedersachsen 16.1. 2019 – 2 Sa 567/18, NZA 2019, 475 Rn. 66 f.; *Münder*, Kein automatischer Verfall des Urlaubsanspruchs wegen nicht gestellten Urlaubsantrags, jurisPR-ArbR 49/2018 Anmerkung 2; *Wutte*, EuZA 2019, 222, 231.

69 Vgl. *Bauckhage-Hoffer*, Urlaub ohne Urlaubsantrag? – Der EuGH weitert den Arbeitnehmerschutz im Urlaubsrecht erneut – ein wenig – aus, SAE 2019, 1, 9; *Kohte*, Verantwortung des Arbeitgebers für die Urlaubsgewährung, jurisPR-ArbR 1/2019 Anmerkung 2; *Oberthür*, Die neuen Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs zum Urlaubsrecht – Über den Verfall von Resturlaub, die Vererbbarkeit des Urlaubsanspruchs und die Urlaubskürzung bei Elternzeit, ArbRB 2019, 13, 14 f.; *Powietzka*, BB 2019, 52, 56; *Rudkowski*, Urlaub als Grundrecht des Arbeitnehmers, NJW 2019, 476, 478; *Wutte*, EuZA 2019, 222, 232.

2019 bzw. zum 31.3. 2020 freizumachen.⁷⁰ Wenn Arbeitnehmer trotz ordnungsgemäßer Aufforderung keinen Urlaubswunsch äußern, dürfen Arbeitgeber weiterhin berechtigt, aber nicht verpflichtet sein, von sich aus einen Urlaubszeitraum zu bestimmen.⁷¹

b) Ansammlung von Urlaub bei arbeitgeberseitig zu verantwortenden Hindernissen

Wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer „nicht in die Lage versetzt“, bezahlten Urlaub in Anspruch zu nehmen, scheidet ein Verfall nach der Entscheidung des EuGH in der Sache *King* aus.⁷² In dem konkreten Verfahren ging es um langjährige Scheinselbstständigkeit. Nach Ansicht des EuGH sammelte Herr *King* während der gesamten 13 Jahre seines (unerkannten) Arbeitsverhältnisses Urlaubsansprüche an und konnte nach der Beendigung deren vollständige Abgeltung verlangen. Dass sich der Arbeitgeber womöglich über den Arbeitnehmerstatus irrte und der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses keinen bezahlten Urlaub verlangt hatte, hielt der EuGH für irrelevant.

Die *King*-Entscheidung vermittelt stellenweise den Eindruck, dass eine unbegrenzte Ansammlung von Urlaubsansprüchen nicht nur bei Scheinselbstständigkeit, sondern generell stattfinden soll, wenn ein Arbeitgeber sich – aus welchen Gründen auch immer – „weigert“, einem Arbeitnehmer bezahlten Jahresurlaub zu gewähren.⁷³ Es erscheint allerdings wenig wahrscheinlich, dass der EuGH diese für den Rechtsfrieden bedenkliche Konsequenz ziehen wollte.⁷⁴ Ein zeitlich unbegrenzter Urlaubsanspruch könnte Arbeitnehmern den Anreiz nehmen, verweigerten Urlaub im laufenden Arbeitsverhältnis durchzusetzen, solange er tatsächlich noch der Erholung dienen kann. Die Rechtsprechung in *Kreuziger* und *Max-Planck* deutet jedoch auf einen Vorrang des Naturalurlaubs hin.⁷⁵ Das Prinzip „dulde und liquidiere“ ist mit dem Ziel eines präventiven Gesundheitsschutzes tatsächlich nicht vereinbar. Es braucht auch – insbesondere bei befristeten Arbeitsverhältnissen – nicht viel Phantasie, um sich Gestaltungen vorzustellen, in denen die Parteien sich von vornherein darauf ver-

70 Vertrauensschutz ist nicht zu erwarten. Vgl. EuGH 13.12. 2018 – C-385/17 Rn. 56 ff. – Hein.

71 Vgl. BAG 15.9. 2011 – 8 AZR 846/09, NZA 2012, 377 Rn. 66; vgl. zu Ausnahmen *Witschen*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR (BeckOGK), § 618 BGB Rn. 119.

72 EuGH 29.11. 2017 – C-214/16 Rn. 60 ff. – *King*.

73 Vgl. EuGH 29.11. 2017 – C-214/16 Rn. 64 f. – *King*.

74 Vgl. *Bayreuther*, Der EuGH und der urlaubsrechtliche Schadensersatzanspruch, NZA 2018, 24, 25.

75 EuGH 6.11. 2018 – C-619/16 Rn. 55 – *Kreuziger*; EuGH 6.11. 2018 – C-684/16 Rn. 48 – *Max-Planck*.

ständigen, dass der gesetzliche Jahresurlaub nicht *in natura* genommen, sondern bei Beendigung abgegolten wird.⁷⁶ Sofern er die Gelegenheit erhält, könnte der EuGH seine Rechtsprechung zur Übertragung und Ansammlung von Urlaubsansprüchen daher fortentwickeln, um Arbeitnehmern möglichst wenig Anreiz zu bieten, sich Urlaub über den Abgeltungsanspruch „abkaufen“ zu lassen, anstatt ihn durchzusetzen, wenn die Möglichkeit dazu besteht.⁷⁷ Dieser Aspekt drängte sich in King nicht auf, weil das Vereinigte Königreich – von dort stammte die Vorlage – keinen wirksamen Rechtsbehelf zur Durchsetzung des Urlaubsanspruchs bereitgestellt hatte.⁷⁸

Eine Präzisierung scheint zudem für Fälle möglich, in denen der Arbeitgeber zwar zur Urlaubsgewährung bereit war, aber einen insoweit informierten Arbeitnehmer nicht im Sinne von Kreuziger und Max-Planck aufgefordert hat, seinen Urlaub vor dem Verfall in Anspruch zu nehmen. Es besteht durchaus ein qualitativer Unterschied zwischen dem bloßen Unterlassen einer formellen Aufforderung des Arbeitgebers, anerkannte und dem Arbeitnehmer bekannte Urlaubsansprüche auszuüben, einerseits und der – bewussten oder irrtümlichen – Verweigerung von Urlaubsansprüchen andererseits. Daher könnte der EuGH einen Verfall womöglich in Anlehnung an die KHS-Entscheidung nach Überschreitung einer „gewissen zeitlichen Grenze“⁷⁹ erlauben, wenn es nur an einer förmlichen Aufforderung im Sinne von Kreuziger und Max-Planck fehlt, den Urlaub zu nehmen, aber keine materiellen Hindernisse bestehen.

In Bezug auf die Umsetzung der King-Entscheidung im deutschen Recht wird vertreten, § 7 Abs. 3 BUrlG sei unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass die grundsätzliche Verweigerung der Gewährung bezahlten Jahresurlaubs den Verfall des Urlaubsanspruchs am Ende des Urlaubsjahres verhindere.⁸⁰ Dieser Weg erscheint in der Tat gangbar. Konkret betreffe dies neben Scheinselbständigen wohl auch – das wäre durch eine EuGH-Vorlage zu klären – unwirksam gekündigte Arbeitnehmer, denn es fällt letztlich in den Verantwortungsbereich des unwirksam kündigenden Arbeitgebers, wenn Urlaubsansprüche während der laufenden Bestandsstreitigkeit nicht erfüllt werden.⁸¹ In derartigen Fällen bliebe der

76 EuGH 21.11. 2018 – C-245/17 Rn. 55 ff. – Viejobueno Ibáñez und de la Vara González deutet allerdings darauf hin, dass dies unionsrechtskonform sein könnte.

77 Vgl. bereits EuGH 29.11. 2017 – C-214/16 Rn. 64 – King.

78 EuGH 29.11. 2017 – C-214/16 Rn. 31 ff., 47 – King.

79 EuGH 22.11. 2011 – C-214/10 Rn. 33 – KHS.

80 Oberthür, RdA 2018, 286, 294; siehe aber auch Münder, Zeitlich unbegrenzter Urlaubsanspruch für Scheinselbständige? – Zur Umsetzung des EuGH-Urteils King in das deutsche Recht, ZfA 2019, 66.

81 Oberthür, RdA 2018, 286, 294.

Urlaubsanspruch also über die Verfallfristen des § 7 Abs. 3 BUrlG hinaus erhalten, ohne dass es einer gesonderten Geltendmachung durch den Arbeitnehmer bedürfte, durch die er den Arbeitgeber in Verzug setzt.⁸²

Betrachtet man den unionsrechtskonform ausgelegten § 7 Abs. 3 BUrlG für den Urlaub als abschließende Spezialregelung gegenüber den allgemeinen Verjährungsvorschriften, kann Urlaub so im Einklang mit King auch über sehr lange Zeiträume angesammelt und übertragen werden. Erst mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses würde sich der angesammelte Urlaub in einen Abgeltungsanspruch gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG wandeln. Dieser Abgeltungsanspruch unterliegt dann der Verjährung und kann sogar mit Ablauf erheblich kürzerer Ausschlussfristen erlöschen, sofern diese wirksam sind. Die King-Entscheidung steht kurzen Ausschlussfristen nicht entgegen, weil sie sich nicht auf die Modalitäten der Geltendmachung des Abgeltungsanspruchs bezieht.

IV. Abgeltung des Urlaubs

Ein erheblicher Teil urlaubsrechtlicher Streitigkeiten dreht sich nicht um Naturalurlaub, sondern um Abgeltungsansprüche, die auf eine Geldzahlung gerichtet sind.

1. Unionsrechtlicher Abgeltungsanspruch

Der bezahlte Jahresurlaub darf gemäß Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 2003/88/EG außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden. Arbeitnehmer sollen sich Urlaub im laufenden Arbeitsverhältnis nicht „abkaufen“ lassen. Es ist daher untersagt, offene Urlaubsansprüche am Ende eines Bezugszeitraums abzugelten, statt sie auf den nächsten Bezugszeitraum zu übertragen oder verfallen zu lassen.⁸³

Darüber hinausgehend darf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach Ansicht des EuGH nicht zum Erlöschen der zu diesem Zeitpunkt noch offenen Urlaubsansprüche führen. Unabhängig vom Grund der Beendigung entsteht daher ein Abgeltungsanspruch.⁸⁴ Der EuGH verortete den Abgeltungsanspruch in *Schultz-Hoff* – ohne nähere Begründung – in Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 2003/88/EG⁸⁵, obwohl die Norm nach ihrem Wortlaut keinen Abgeltungsanspruch, sondern lediglich ein Abgeltungsverbot statu-

82 Anders z.B. noch BAG 21.9. 1999 – 9 AZR 705/98, NZA 2000, 590, 591.

83 EuGH 6.4. 2006 – C-124/05 Rn. 33 – *Federatie Nederlandse Vakbeweging*.

84 EuGH 20.1. 2009 – C-350/06 und C-520/06 Rn. 56 – *Schultz-Hoff u.a.*; EuGH 20.7. 2016 – C-341/15 Rn. 28 f. – *Maschek*; dazu *Schneider*, *Urlaubersatzleistung bei beantragter Beendigung des Dienstverhältnisses*, EuZA 2017, 57.

85 EuGH 20.1. 2009 – C-350/06 und C-520/06 Rn. 56 – *Schultz-Hoff u.a.*

iert.⁸⁶ In *Bollacke* schob der EuGH nach, dass Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 2003/88/EG nicht auf Kosten der Rechte des Arbeitnehmers restriktiv auslegt werden dürfe, um sicherzustellen, dass das Recht auf bezahlten Jahresurlaub beachtet wird.⁸⁷ Er sieht in dem Abgeltungsanspruch also auch ein Mittel zur effektiven Durchsetzung des Naturalurlaubs. Nach den Entscheidungen *Bauer und Willmeroth* sowie *Max-Planck* ist der Abgeltungsanspruch zudem Bestandteil des Grundrechts auf bezahlten Jahresurlaub gemäß Art. 31 Abs. 2 GRCh, das auch im horizontalen Verhältnis zwischen Privaten unmittelbare Wirkung entfalten soll.⁸⁸

Die genauen Voraussetzungen des unionsrechtlichen Abgeltungsanspruchs erscheinen noch nicht ganz ausgereift. In einigen Entscheidungen des EuGH heißt es, er setze nur voraus, dass das Arbeitsverhältnis beendet ist und der Arbeitnehmer nicht den gesamten Jahresurlaub genommen hat, auf den er bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch hatte.⁸⁹ In anderen Entscheidungen stellt der EuGH jedoch die zusätzliche Voraussetzung auf, dass der Arbeitnehmer

„aus von seinem Willen unabhängigen Gründen nicht in der Lage war, seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses auszuüben“.⁹⁰

Das lässt Raum für weitere Vorlagefragen. Deren Beantwortung hängt wesentlich davon ab, ob dem Naturalurlaub Vorrang vor der Abgeltung in Geld eingeräumt wird.

2. Abgeltungsanspruch nach dem BUrlG

Das nationale Urlaubsrecht sieht in § 7 Abs. 4 BUrlG ausdrücklich einen Abgeltungsanspruch vor, wenn der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht gewährt werden kann. In Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben ist eine Urlaubsabgeltung

86 Vgl. hierzu EuGH, 26.6. 2001 – C-173/99 Rn. 44 – *BECTU*; EuGH 18.3. 2004 – C-342/01 Rn. 30 – *Merino Gómez*; EuGH 6.4. 2006 – C-124/05 Rn. 30 – *Federatie Nederlandse Vakbeweging*.

87 EuGH 12.6. 2014 – C-118/13 Rn. 22 – *Bollacke*.

88 EuGH 6.11. 2018 – C-569/16 und C-570/16 Rn. 58 – *Bauer und Willmeroth*; EuGH 6.11. 2018 – C-684/16 Rn. 72 – *Max-Planck*; bezüglich einer Horizontalwirkung im allgemeinen Arbeitszeitrecht zurückhaltender EuGH 14.5. 2019 – C-55/18 Rn. 60 – *CCOO*; anders Generalanwalt *Pitruzzella*, Schlussanträge 19.1. 2019 EuGH – C-55/18 Rn. 93 ff. – *CCOO*.

89 EuGH 12.6. 2014 – C-118/13 Rn. 23 – *Bollacke*; so auch EuGH 20.7. 2016 – C-341/15 Rn. 27 – *Maschek*; EuGH 6.11. 2018 – C-569/16 und C-570/16 Rn. 44 – *Bauer und Willmeroth*.

90 EuGH 20.1. 2009 – C-350/06 und C-520/06 Rn. 61 – *Schultz-Hoff u.a.*; EuGH 29.11. 2017 – C-214/16 Rn. 52 – *King*.

im bestehenden Arbeitsverhältnis nicht zulässig.⁹¹ Ebenso ist ein Schadensersatzanspruch auf Gewährung von Ersatzurlaub im laufenden Arbeitsverhältnis zwingend *in natura* zu erfüllen und kann nur nach dessen Beendigung abgegolten werden.⁹²

Auf die Art und den Grund der Beendigung kommt es nicht an. Die einzige Ausnahme bildete bis vor Kurzem die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Tod des Arbeitnehmers.⁹³ In diesem Fall ging der Urlaubsanspruch nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG ersatzlos unter.⁹⁴ Nach der schon 2014 ergangenen Entscheidung des EuGH in der Rechtsache *Bollacke*⁹⁵ war dieses Verständnis nicht mit Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 2003/88/EG vereinbar. In Erwartung einer Änderung der Rechtsprechung des BAG zeigten die Literatur⁹⁶ und einige Instanzgerichte⁹⁷ verschiedene Wege für eine unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts auf. Der 9. Senat des BAG sah sich jedoch zunächst außer Stande, diese zu beschreiten, weil er darin – zumindest vordergründig – eine Auslegung *contra legem* erkannte.⁹⁸ Er fragte deshalb den EuGH, ob sich trotzdem ein Abgeltungsanspruch der Erben des verstorbenen Arbeitnehmers aus Art. 7 Richtlinie 2003/88/EG oder Art. 31 Abs. 2 GRCh ergibt, und ob ein solcher Anspruch gegebenenfalls auch Wirkung zwischen Pri-

-
- 91 Dies gilt nach Ansicht des BAG auch für arbeits- oder tarifvertraglichen Mehrurlaub, soweit nicht etwas anderes vereinbart wird. Vgl. BAG 20.4. 2012 – 9 AZR 504/10, NZA 2012, 982 Rn. 12.
- 92 BAG 16.5. 2017 – 9 AZR 572/16 (Fn. 48), Rn. 12 f.
- 93 BAG 12.3. 2013 – 9 AZR 532/11, NZA 2013, 678 Rn. 12.
- 94 BAG 20.9. 2011 – 9 AZR 416/10, NZA 2012, 326; BAG 12.3. 2013 – 9 AZR 532/11 (Fn. 93).
- 95 Vgl. EuGH 12.6. 2014 – C-118/13 Rn. 26 – *Bollacke*.
- 96 *Gallner*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Richtlinie 2003/88/EG Rn. 37; *Joussen*, Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH auf das deutsche Arbeitsrecht, RdA 2015, 305, 321; *Kamanabrou*, Urlaubsabgeltung bei Tod des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis, RdA 2017, 162, 164 f.; *Ricken*, Urlaubsabgeltung bei Tod des Arbeitnehmers – Rechtskonstruktion und beitragsrechtliche Bewertung, NZA 2014, 1361, 1362 f.; *Schipper/Polzer*, Die Vererblichkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs – Die Rechtsprechung im Wandel?, NZA 2011, 80, 81 ff.; *Worm/Thelen*, Der Abgeltungsanspruch für nicht genommenen Urlaub, NJW 2016, 1764, 1767.
- 97 LAG Köln 14.7. 2016 – 8 Sa 324/16, juris; LAG Düsseldorf 13.1. 2016 – 4 Sa 888/15, juris; LAG Düsseldorf 15.12. 2015 – 3 Sa 21/15, juris; ArbG Berlin 7.10. 2015 – 56 Ca 10968/15, juris.
- 98 BAG 18.10. 2016 – 9 AZR 196/16 (A), NZA 2017, 207 Rn. 14 ff.; BAG 18.10. 2016 – 9 AZR 45/16 (A), Zeitschrift für Tarifrecht (ZTR) 2016, 693 Rn. 14 ff.

vaten entfaltet.⁹⁹ In der Entscheidung Bauer und Willmeroth bejahte der EuGH beide Fragen.¹⁰⁰

Im Anschluss daran hat der 9. Senat seine Ansicht über die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts im Urteil vom 22.1. 2019 offenbar geändert.¹⁰¹ Ausweislich der dazu vorliegenden Pressemitteilung geht er nunmehr in richtlinienkonformer Auslegung von § 1, § 7 Abs. 4 BUrlG davon aus, dass die Vergütungskomponente des Anspruchs auf den vor dem Tod nicht mehr genommenen Jahresurlaub als Bestandteil des Vermögens Teil der Erbmasse wird. Auf die vom EuGH bejahte unmittelbare Wirkung des unionsrechtlichen Abgeltungsanspruchs zwischen Privaten nach Art. 31 Abs. 2 GRCh¹⁰² scheint es also doch nicht mehr anzukommen. In diesem Fall hätte sich der Senat die Vorlage in dem sensiblen Bereich frühzeitiger Todesfälle allerdings auch sparen und stattdessen durch eine zügige Umsetzung der verbindlichen Vorgaben des EuGH in Bollacke für Rechtssicherheit sorgen können. Näheres werden die Entscheidungsgründe zeigen.

Das BAG machte den Abgeltungsanspruch früher nach der sog. Surrogatstheorie von der Erfüllbarkeit des Urlaubsanspruchs bei hypothetischem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses abhängig und unterwarf ihn damit auch dem Fristenregime des § 7 Abs. 3 BUrlG.¹⁰³ Der Abgeltungsanspruch verfiel also zum Jahresende bzw. zum 31.3. des Folgejahres. Im Nachgang zu Schultz-Hoff¹⁰⁴ gab das BAG diese Ansicht auf. Nunmehr behandelt es den Abgeltungsanspruch als reinen Geldanspruch.¹⁰⁵ Dieser unterliegt grundsätzlich der Regelverjährung.¹⁰⁶ Gegebenenfalls sind zudem wirksame Ausschlussfristen zu beachten.¹⁰⁷ Ein wirksamer Verzicht auf den

99 BAG 18.10. 2016 – 9 AZR 196/16 (A) (Fn. 98), Rn. 22.

100 EuGH 6.11. 2018 – C-569/16 und C-570/16 – Bauer und Willmeroth.

101 BAG 22.1. 2019 – 9 AZR 45/16 (Fn. 3).

102 EuGH 6.11. 2018 – C-569/16 und C-570/16 Rn. 86 – Bauer und Willmeroth; EuGH 6.11. 2018 – C-684/16 Rn. 80 – Max-Planck.

103 BAG 19.6. 2012 – 9 AZR 652/10, NZA 2012, 1087 Rn. 14 ff.

104 EuGH 20.1. 2009 – C-350/06 und C-520/06 – Schultz-Hoff u.a.

105 BAG 9.8. 2011 – 9 AZR 365/10, NZA 2011, 1421 Rn. 18; BAG 19.6. 2012 – 9 AZR 652/10 (Fn. 103), Rn. 15; siehe auch *Schubert*, Der Urlaubsabgeltungsanspruch nach dem Abschied von der Surrogationsthese, RdA 2014, 9.

106 *Gallner*, in: *ErfK* (Fn. 22), § 7 BUrlG Rn. 84.

107 BAG 9.8. 2011 – 9 AZR 475/10, NZA 2012, 166 Rn. 32 ff.; BAG 8.4. 2014 – 9 AZR 550/12, NZA 2014, 852 Rn. 12; *Höpfner*, Das deutsche Urlaubsrecht in Europa – Zwischen Vollharmonisierung und Koexistenz, RdA 2013, 65, 68 f.; *Schinz*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Hrsg.), *Arbeitsrecht*, 8. Aufl. 2018, § 7 BUrlG Rn. 126; *Schubert*, RdA 2014, 9, 14. Vgl. zu § 15 Abs. 4 AGG auch EuGH 8.7. 2010 – C-246/09 Rn. 25 ff. – *Bulicke*; dazu *Kolbe*, Fristen für Entschädigungsansprüche des Diskriminierungsopfers, EuZA 2011, 65.

Abgeltungsanspruch ist erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses möglich.¹⁰⁸

Tarifliche Bestimmungen, nach denen der Anspruch auf Urlaubsabgeltung bei einer vom Arbeitnehmer selbst verschuldeten fristlosen Kündigung entfällt, hat das BAG schon 1977, also lange vor dem Inkrafttreten der ersten Arbeitszeitrichtlinie 94/104/EG, als unwirksam angesehen, soweit sie sich auf den gesetzlichen Anspruch auf Urlaubsabgeltung beziehen.¹⁰⁹ Eine entsprechende Regelung im BUrlG wurde bereits 1974 gestrichen, um den Anforderungen des seinerzeit zur Ratifizierung anstehenden Abkommens Nr. 132 der Internationalen Arbeitsorganisation Rechnung zu tragen.¹¹⁰ Das deutsche Urlaubsrecht wurde also schon früher durch internationale Impulse beeinflusst. Die vom BAG seinerzeit bejahte Frage, ob eine Versagung der Urlaubsabgeltung in besonders krassen Ausnahmefällen zulässig sein kann,¹¹¹ wäre heute dem EuGH vorzulegen.¹¹²

V. Fazit

Die, angesichts der dünnen normativen Basis im Unionsrecht, erstaunlich ausgeprägte Entscheidungsfreude des EuGH hat im nationalen Urlaubsrecht tiefe Spuren hinterlassen und wirft weiterhin Fragen auf. Womöglich geht es dem Gerichtshof darum, auf dem positiv konnotierten und in seiner wirtschaftlichen Bedeutung überschaubaren Feld des Urlaubs einen werbewirksamen Leuchtturm für die sozialen Rechte der Union zu errichten.¹¹³

¹⁰⁸ BAG 14.5. 2013 – 9 AZR 844/11, NZA 2013, 1098 Rn. 13; anderer Ansicht noch auf dem Boden der Surrogatstheorie BAG 31.5. 1990 – 8 AZR 132/89, NZA 1990, 935.

¹⁰⁹ BAG 30.11. 1977 – 5 AZR 667/76, AP Nr. 4 zu § 13 BUrlG Unabdingbarkeit; BAG 27.5. 1997 – 9 AZR 337/95, NZA 1998, 106, 107 zu § 11 Nr. 3 Satz 2 MTV-Metall NRW a.F.; anders noch BAG 26.11. 1964 – 5 AZR 291/64, AP Nr. 3 zu § 13 BUrlG; vgl. auch EuGH 20.7. 2016 – C-341/15 Rn. 28 f. – Maschek, wonach der Abgeltungsanspruch nicht vom Grund der Beendigung abhängt.

¹¹⁰ BT-Drucks. VI/2639, S. 10; BT-Drucks. 7/2025, S. 4

¹¹¹ Vgl. BAG 30.11. 1977 – 5 AZR 667/76 (Fn. 109); zum früheren Landesurlaubs-gesetz Schleswig-Holstein BAG 26.4. 1960 – 1 AZR 416/58, AP Nr. 1 zu § 12 UrlaubsG SchlH; vgl. zum Rechtsmissbrauch EuGH 28.7. 2016 – C-423/15 Rn. 37 ff. – Kratzer; dazu *Benecke*, Missbrauch europäischer Schutzvorschriften: AGG-Hopper vor dem EuGH, EuZA 2017, 47.

¹¹² Das könnte z.B. Ziffer 37.7 Manteltarifvertrag für die Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalens vom 8.11. 2018 und ähnliche Tarifregelungen betreffen.

¹¹³ In diese Richtung deutet zumindest ein auf www.youtube.com veröffentlichtes Werbevideo des EuGH, das seine Rechtsprechung anpreist: „Der Gerichtshof am Arbeitsplatz – Schutz der Arbeitnehmerrechte“ (deutschsprachige Fassung, zuletzt abgerufen am 9.4. 2019).

Für den hier vorgestellten Teilbereich ergibt sich aus deutscher Sicht der folgende Zwischenstand:

Erstens hat das BAG sein dogmatisches Verständnis vom Inhalt des Urlaubsanspruchs richtlinienkonform modifiziert. Es geht wieder davon aus, dass zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs nicht nur eine Freistellung von der Arbeit, sondern auch die Zahlung eines Urlaubsentgelts notwendig ist.

Zweitens hat das BAG die Regelung zum Verfall von Urlaubsansprüchen gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG zur Gewährleistung eines unionsrechtskonformen Rechtszustands um ungeschriebene Ausnahmen erweitert. Während Fragen zur Ansammlung von Urlaubsansprüchen bei langfristigen Erkrankungen für die Praxis als weitgehend geklärt betrachtet werden dürfen, wirft die jüngere Rechtsprechung des EuGH in den Sachen King, Kreuziger und Max-Planck noch einige Fragen auf. Hervorzuheben ist die neue Rechtsprechung, dass Urlaub erst verfallen kann, nachdem der Arbeitnehmer aufgefordert wurde, Urlaub zu nehmen, und ordnungsgemäß darüber informiert wurde, dass dieser anderenfalls verfällt.

Demgegenüber fallen, drittens, die praktischen Auswirkungen der jüngeren Rechtsprechung des EuGH auf den Abgeltungsanspruch gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG vergleichsweise bescheiden aus. Nachdem der 9. Senat des BAG zunächst Widerstand gegen die Bollacke-Entscheidung geleistet hatte, ist seit Bauer und Willmeroth endgültig geklärt, dass auch die Angehörigen frühzeitig verstorbener Arbeitnehmer die Abgeltung offener Urlaubsansprüche verlangen können.

Abschließend ist festzuhalten, dass die Lage im Urlaubsrecht aus deutscher Sicht unübersichtlich ist. Das BAG und die Instanzgerichte operieren laufend in methodischen Grenzbereichen, um dem Unionsrecht zur Geltung zu verhelfen. Der Ruf nach dem Gesetzgeber ist insofern verständlich. Eine Reform des deutschen Urlaubsrechts kann allerdings nur gelingen, wenn die unionsrechtlichen Vorgaben hinreichend klar umrissen sind. Auch vor diesem Hintergrund ist zu begrüßen, dass nationale Gerichte dem EuGH vor allem in jüngerer Zeit durch vermehrte Vorlage von Zweifelsfragen eine Klärung der Rechtslage ermöglichen.

Da dieser Prozess noch nicht abgeschlossen ist, dürfte die Beschäftigung mit dem Urlaubsrecht auch in der nächsten Zeit eher für Anspannung als Entspannung sorgen.

Diskussion*

Dr. *Nathalie Oberthür* (R/P/O Rechtsanwälte, Köln) eröffnete die Diskussionsrunde mit der Frage, ob die vom BAG geschaffenen Voraussetzungen für die Erfüllung des Urlaubsanspruchs den europäischen Anforderungen genügen. Der EuGH fordere, dass der Arbeitnehmer in seiner Freizeit über diejenige Vergütung verfügen können müsse, die ihm üblicherweise zukomme. Die vom BAG geforderte „vorbehaltlose Zusicherung“ der Urlaubsvergütung könne dem unter Umständen nicht gerecht werden.

Dr. *Stefan Witschen* (Universität zu Köln) antwortete, die Robinson-Steele-Entscheidung interpretiere er dahingehend, dass die Regelung des Auszahlungszeitpunkts den Mitgliedstaaten überlassen worden sei. Wenn das Urlaubsentgelt wie das gewöhnliche Entgelt im gewöhnlichen Rhythmus gezahlt werde, reiche das den europäischen Vorgaben seiner Einschätzung nach aus. Eine Vorabzahlungspflicht, die sich aus § 11 Abs. 2 BUrlG durchaus herauslesen lasse, bestehe nach den unionsrechtlichen Anforderungen nicht.

Dr. *Oberthür* entgegnete, eine Vorabzahlungspflicht ergebe sich aus § 11 Abs. 2 BUrlG geradezu klar und deutlich. Wenn der EuGH für den Auszahlungszeitpunkt auf nationale Regelungen verweise, dann müsse man vielleicht dazu übergehen, § 11 Abs. 2 BUrlG wieder beim Wort zu nehmen.

Dr. *Witschen* stimmte seiner Vorrednerin in Bezug auf die Eindeutigkeit der Regelung des § 11 Abs. 2 BUrlG zu. Mit einer Vorabzahlungspflicht sei aber die Möglichkeit der vorsorglichen Urlaubsgewährung dahin: Eine Abgeltungszahlung sei verspätet und würde damit nicht mehr genügen. Seine Ansicht zur Auslegung des § 11 Abs. 2 BUrlG habe das BAG im Jahre 1983 geändert, also zu jener Zeit, in der das BAG auch seine Ansicht bezüglich der Einheitlichkeit des Urlaubsanspruchs geändert habe. Das Urlaubsentgelt sei fortan als Entgeltfortzahlung klassifiziert und § 11 Abs. 2 BUrlG lediglich die Bedeutung einer Fälligkeitsregelung beigemessen worden, deren Verletzung der Wirksamkeit der Urlaubsgewährung damit nicht mehr habe entgegenstehen können. Die Norm sei vermutlich als nicht praktikabel empfunden worden.

Professor Dr. *Abbo Junker* (ZAAR, München) merkte an, dass hiermit ein Rechtsrisiko einhergehe.

Dr. *Witschen* stimmte dem zu. Bei einer möglichen Reform des BUrlG sei dies durchaus ein Punkt, den man zu berücksichtigen habe.

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Laura Herbst*.

Dr. *Julia Pfrogner* (Noerr LLP, München) verwies auf die Anhäufung von Urlaubsansprüchen bei der unwirksamen Kündigung, bei der nach den aufgeführten Grundsätzen ein Verfall wegen Verantwortlichkeit des Arbeitgebers nicht eintreten könne. Der Umstand, dass der Arbeitnehmer während des Prozesses nicht arbeite, könne bereits der Anspruchsentstehung entgegenstehen: Mangels tatsächlicher Arbeitsleistung werde kein Erholungsbedürfnis ausgelöst.

Dr. *Witschen* antwortete, während des Prozesses befinde sich der Arbeitgeber in Annahmeverzug, die Arbeitsversäumnis gehe damit allein auf diesen zurück. Auch lasse sich die „unentspannte“ Phase des ungewissen Prozessausgangs tendenziell nicht als eine Zeit der vollen Erholung ansehen. Damit entstehe der Urlaubsanspruch auch in dieser Zeit.

Als weiteres Argument fügte Dr. *Markus Sprenger* (Kommunaler Arbeitgeberverband Hessen, Frankfurt am Main) hinzu, dass Krankheit des Arbeitnehmers im ILO-Übereinkommen lediglich als Beispiel für eine unfreiwillige Arbeitsversäumnis genannt sei und sich auch die unwirksame Kündigung unproblematisch hierunter fassen lasse. Er lenkte das Gespräch daraufhin auf die Abgeltung des Urlaubs bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Tod des Arbeitnehmers. Aus dem Richtlinien-text ergebe sich nur, dass der bezahlte Mindestjahresurlaub außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht ersetzt werden dürfe. Ob sich mit dem EuGH hieraus schließen lasse, dass bei Beendigung der Anspruch ersetzt werden müsse, sei durchaus kritisch zu betrachten.

Dr. *Witschen* antwortete, der Urlaubsanspruch enthalte sowohl Elemente des Leistungsaustauschs als auch Elemente des präventiven Gesundheitsschutzes. Die Beurteilung einer Einzelfrage hänge damit wesentlich davon ab, auf welche Seite der Wertungsschwerpunkt im Fall argumentativ gelegt werde. Der Wortlaut der Richtlinie sehe tatsächlich lediglich ein Abgeltungsverbot vor, auch Art. 31 Abs. 2 GRCh beinhalte einen Abgeltungsanspruch nicht. Mit einer stärkeren Gewichtung des Erholungsaspekts sei ein Urlaubsregime ohne Abgeltungsanspruch damit durchaus argumentativ zu begründen, der Wortlaut lasse verschiedene Auslegungen zu. Dass der EuGH durch seine Rechtsprechung verhältnismäßig detaillierte Vorgaben mache, lasse sich als einen generellen Kritikpunkt anbringen.

Professor *Junker* kritisierte die Unklarheiten, welche die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf den „klaren und rechtzeitigen“ Hinweis hervorrufe. Auch die zeitlich unbegrenzte Anhäufung von Urlaubsansprüchen Scheinselbständiger sei eine beträchtliche Sanktion.

Mit Blick auf die Praxis erkundigte sich Dr. *Sebastian Hopfner* (Arbeitgeberverband der Versicherungen in Deutschland, München) nach Möglichkeiten des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer dazu zu bringen, den Urlaub in einem arbeitgeberseitig vorgeschlagenen Zeitraum zu nehmen.

Hieran unmittelbar anknüpfend verwies *Stefan Mößner* (Verein der Bayerischen Chemischen Industrie, München) auf die Fälle, in denen der Arbeitgeber die Abrechnung des Urlaubs erleichtern wolle, wie etwa Elternzeit, Mutterschutz oder der Wechsel von Voll- zu Teilzeit. Hier könne durchaus ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers daran entstehen, schnell Klarheit über den Urlaubsanspruch zu erhalten, so dass sich die Frage stelle, ob und inwieweit der Arbeitgeber Urlaub anweisen könne. Die Formulierung „Inanspruchnahme“ der Richtlinie spreche einerseits dafür, dass der Arbeitnehmer zuvor tätig werden müsse, der Wortlaut „Gewährung“ hingegen suggeriere auch Möglichkeiten des Arbeitgebers, in diesem Bereich gestalterisch tätig zu werden.

Dr. *Witschen* antwortete, seiner Erinnerung nach habe der EuGH in der Rechtssache *Vicente Pereda* den Mitgliedstaaten bei der Frage nach dem „Wann“ der Erfüllung als Richtschnur lediglich vorgegeben, dass bei der Festlegung des Urlaubszeitraums die gegenseitigen Interessen zu berücksichtigen seien. Gegen die Vorgabe eines Zeitraums, der betrieblichen Interessen entspreche, existierten unionsrechtlich damit wohl keine Bedenken. Für die Bewertung der nationalen Rechtslage entscheidend sei die Regelung des § 7 Abs. 1 BUrlG. Während der Zeitvorgabe des Kalenderjahres müsse sich der Arbeitnehmer entgegen seiner Wünsche durchaus auf einen „passenderen“ Zeitraum verweisen lassen. Umgekehrt sei dem berechtigten Vorschlag des Arbeitgebers zu entsprechen, wenn der Arbeitnehmer seinerseits keine berechtigten Interessen entgegenhalten könne. Entscheidend sei eine Einzelfallabwägung in deren Rahmen die betrieblichen Interessen mit den Wünschen des Arbeitnehmers in Ausgleich zu bringen wären. Je näher allerdings der Verfall des Urlaubs rücke, desto größer werde der Spielraum des Arbeitgebers bereits aus Arbeitsschutzgründen.

Professor *Junker* fügte hinzu, dass der Urlaubsanspruch nach dem EuGH gerade nicht dazu dienen solle, dem Arbeitnehmer ein zusätzliches Gehalt dadurch zu verschaffen, dass dieser im laufenden Arbeitsverhältnis auf seinen Urlaub verzichte, um bei Beendigung Abgeltung verlangen zu können. Auch bei Auslegung des Merkmals „klar und deutlich“ bezogen auf den Hinweis durch den Arbeitgeber müsse berücksichtigt werden, dass die nationale Rechtsordnung dem Arbeitnehmer keinen dahingehenden Anreiz schaffen solle. Dies spreche insgesamt für die Möglichkeit einer Zwangsbeurlaubung. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass der EuGH die Arbeitnehmer in seinen Entscheidungen künftig dazu anleiten werde, Urlaubsansprüche möglichst abzugelten.

Dr. *Witschen* verwies in diesem Zusammenhang auf eine aktuelle Entscheidung des EuGH in einem Fall bezogen auf Urlaubsansprüche spanischer Lehrer. Hier sei es urlaubsrechtlich als zulässig angesehen worden, Lehrer bis zu den Sommerferien befristet einzustellen und den bei Ablauf

der Befristung – regelmäßig – noch offenen Urlaub abzugelten. Das Bedürfnis, Lehrer nicht gerade während der Unterrichtszeit zu beurlauben, sei evident. Es handele sich dennoch um eine höchst ungewöhnliche Entscheidung.

Professor *Junker* bestätigte dies. In Spanien sei die befristete Einstellung von Lehrern gängige Praxis. Der EuGH sah die Befristung unter Berücksichtigung der Teilzeitrichtlinie in seiner Entscheidung als wirksam an. Den urlaubsrechtlichen Anforderungen genüge es, dass der Urlaub abgegolten werde, wenn der Mindestjahresurlaub im laufenden Schuljahr nicht hinreichend berücksichtigt werden könne. Erstaunlich sei gewesen, dass der EuGH im Rahmen der Begründung hierzu keine näheren Ausführungen gemacht habe und die Abgeltung ohne weiteres als zulässig erachtet wurde. Unter dem Gesichtspunkt, dass der Urlaub grundsätzlich *in natura* gewährt werden solle, sei die Entscheidung bemerkenswert. Dies belege eine gewisse Unwägbarkeit in Bezug auf die Entscheidungen des EuGH.

Zur Hinweispflicht des Arbeitgebers vor Verfall des gesetzlichen Urlaubs verwies Dr. *Sprenger* auf eine Entscheidung des LAG Niedersachsen, in deren Rahmen die Hinweispflicht auf den Schwerbehindertenurlaub ausgeweitet wurde. Begründet worden sei dies mit der richtlinienkonformen Auslegung. Dies werfe die Frage auf, ob sich die Hinweispflicht auch in Bezug auf den vertraglichen oder tariflichen Mehrurlaub anwenden lasse.

Dr. *Witschen* antwortete, bezogen auf die Hinweispflicht herrsche in der betrieblichen Praxis eine große Unsicherheit. Ein allgemeiner Aushang werde teilweise als ausreichend angesehen, während andere differenzierte Anforderungen je nach Art des Urlaubs verlangten. Fraglich sei außerdem, ob in der Aufforderung auch das Urlaubskontingent des einzelnen Arbeitnehmers enthalten sein müsse, woraus sich unmittelbar die Frage nach Irrtumsfolgen ergebe. Hierbei handele es sich aber um Detailfragen, die mit der Zeit geklärt würden. Das wesentliche Problem der EuGH-Rechtsprechung sei, dass der detaillierte Regulierungsbedarf in der Praxis nur vermeintlich bestehe. Der EuGH habe seinen Blick auf besonders prekäre Fälle gerichtet, die in der Breite nicht die Realität des Binnenmarkts widerspiegeln und schaffe damit vor allem einen bürokratischen Aufwand. Ob dieser den Missständen wirklich abhelfe, sei äußerst zweifelhaft. Hier wäre es zielführender gewesen, den unterschiedlichen Gegebenheiten innerhalb der Mitgliedstaaten durch mehr Zurückhaltung Rechnung zu tragen.

Professor *Junker* merkte zum Ende der Diskussion an, dass ein allgemeiner Aushang den europäischen Anforderungen an die Hinweispflicht wohl nicht genüge. Gefordert werde ein Hinweis an den einzelnen Arbeitnehmer. In der praktischen Umsetzung bedeute dies vor allem einen gesteigerten bürokratischen Aufwand. Der mündliche Hinweis genüge nicht,

weil sich der Zeugenbeweis vor Gericht häufig als unzuverlässig herausstelle. Damit sei es ratsam, den Hinweis mindestens in Textform zu erteilen.

New Work – Individual- und kollektivrechtlicher Rahmen des mobilen Arbeitens/Arbeiten im Home Office

Silvia Tomassone (Lang)

Seite

I. Einleitung.....	75
II. New Work und Arbeitsort	75
1. Ausgangspunkt.....	75
2. Zuweisung von Home Office gestützt auf das Direktionsrecht?.....	75
3. Fazit	76
III. New Work – Kein gesetzlicher Anspruch auf Home Office	76
1. Ausgangspunkt.....	76
2. Planungen des Gesetzgebers	77
3. Niederländisches Gesetz über die Flexibilität am Arbeitsplatz	77
4. Fazit	78
IV. New Work und Arbeitszeitgesetz.....	78
1. Ausgangspunkt.....	78
2. Entscheidung des EuGH	79
3. Fazit	79
V. New Work und einseitige Beendigung von mobiler Arbeit und Home Office durch den Arbeitgeber	80
1. Ausgangspunkt.....	80
2. Individualvertragliche Vereinbarung.....	80
3. Entscheidung des LAG Düsseldorf	80
4. Klauselvorschlag.....	81
5. Fazit	82
VI. New Work und die Rolle des Betriebsrats.....	83
1. Ausgangspunkt.....	83
2. Beteiligungsrechte in der Planungsphase.....	83
3. Beteiligungsrechte in der Umsetzungsphase	83
4. Entscheidung des LAG Düsseldorf	84
5. Fazit	84

VII. New Work und Betriebsvereinbarung (exemplarisch).....	84
1. Zentrale Inhalte einer Betriebsvereinbarung zu modernen Raumkonzepten.....	85
2. Zentrale Inhalte einer Betriebsvereinbarung zu Home Office und mobilem Arbeiten.....	85
VIII. Praktische Hinweise.....	87
Diskussion	88

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), Neues Urlaubsrecht, agiles und mobiles Arbeiten (München 2019), S. 73-87

I. Einleitung

In diesem Vortrag geht es um einen Überblick zum Thema New Work. Konkret geht es um einen Überblick darüber, wie Unternehmen den individual- und kollektivarbeitsrechtlichen Rahmen des mobilen Arbeitens richtig setzen können, um New Work im Sinne von mobilem Arbeiten, Home Office und modernen Raumkonzepten rechtssicher zu gestalten und welche individual- und kollektivarbeitsrechtliche Fragen dabei zu klären sind.

II. New Work und Arbeitsort

1. Ausgangspunkt

Gemäß § 106 Satz 1 GewO kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen einseitig bestimmen, falls diese Arbeitsbedingungen nicht durch Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag oder Gesetz festgelegt sind¹.

2. Zuweisung von Home Office gestützt auf das Direktionsrecht?

Arbeitgeber können allerdings nicht gestützt auf das Direktionsrecht (§ 106 Satz 1 GewO) ihre Arbeitnehmer verpflichten, im Home Office zu arbeiten. Dies hat kürzlich das LAG Berlin-Brandenburg entschieden².

Das Unternehmen hatte den Arbeitnehmer fristlos gekündigt, nachdem sich dieser geweigert hatte, im Home Office zu arbeiten. Gerechtfertigt hat das Unternehmen die fristlose Kündigung mit einer beharrlichen Arbeitsverweigerung. Das LAG Berlin-Brandenburg sah das anders. Der Arbeitnehmer hatte ein Recht, die Arbeit im Home Office zu verweigern. Denn das Unternehmen konnte dem Arbeitnehmer nicht wirksam eine Tätigkeit im Home Office gegen seinen Willen auf Basis des Direktionsrechts zuweisen. Das LAG Berlin-Brandenburg hat daher die außerordentliche Kündigung für unwirksam erklärt³.

Die Parteien hatten keine Tätigkeit im Home Office vereinbart. Auch hatte der Arbeitgeber keine Regelung hierzu mit dem Betriebsrat getroffen. Daher konnte sich der Arbeitgeber nur auf das Direktionsrecht für die Zuweisung der Arbeit im Home Office stützen. Ohne Erfolg. Das LAG Berlin-Brandenburg hielt die vertraglich vereinbarte Tätigkeit in der betrieblichen Arbeitsstätte nicht für vergleichbar mit einer Tätigkeit im Home

1 LAG Köln 24.6. 2010 – 9 Ta 192/10, BeckRS 2012, 67572.

2 LAG Berlin Brandenburg 14.11. 2018 – 17 Sa 562/18, juris.

3 LAG Berlin Brandenburg 14.11. 2018 – 17 Sa 562/18, juris.

Office⁴. Wichtig war den Richtern, dass der Arbeitnehmer im Home Office den unmittelbaren Kontakt zu seinen Kollegen verliert. Seine Möglichkeit, sich mit ihnen auszutauschen, wird deutlich verringert. Zudem werden die Grenzen von Arbeit und Freizeit fließend. Der Arbeitnehmer kann auch Betriebsräte und Gewerkschaft aus dem Home Office nur schwerer erreichen als in der betrieblichen Arbeitsstätte. Dass eine Tätigkeit im Home Office durchaus im Einzelfall auch Vorteile bieten kann, begründet kein Recht, dem Arbeitnehmer einseitig eine Tätigkeit im Home Office gegen seinen Willen zuzuweisen – so das LAG Berlin-Brandenburg.

Offenlassen konnten die Richter, ob Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern einseitig gegen ihren Willen mobile Arbeit auf Basis des Direktionsrechts zuweisen können. Die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg – insbesondere die Begründung der Entscheidung – legt die Vermutung nahe, dass das Direktionsrecht auch keine ständige mobile Arbeit für Unternehmen möglich macht.

Der Arbeitnehmer wurde hier aufgrund einer Restrukturierung versetzt. Konkret ging es um einen 63-jährigen Arbeitnehmer, der in Berlin nicht mehr regulär beschäftigt werden konnte, da der dortige Betrieb infolge einer konzernweiten Umstrukturierung aufgelöst worden war. Die Idee des Arbeitgebers war es, den 63-jährigen Arbeitnehmer künftig für einen Betrieb in Ulm arbeiten zu lassen und zwar per Home Office aus Berlin. Diese Versetzung sowie das Angebot, gegen Zahlung einer Abfindung das Arbeitsverhältnis zu beenden, lehnte der Kläger ab.

3. Fazit

Die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg verdeutlicht, wozu Home Office gerade nicht geeignet ist: Die Arbeit im Home Office kann gegen den Willen nicht funktionieren und ist nicht dazu geeignet, Arbeitnehmer zu sanktionieren oder zu isolieren.

III. New Work – Kein Gesetzlicher Anspruch auf Home Office

1. Ausgangspunkt

Arbeitnehmer haben grundsätzlich keinen gesetzlichen Anspruch auf ein Arbeiten im Home Office⁵. Ein solcher Anspruch folgt auch nicht aus der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) und nicht aus der Berücksichtigung des grundrechtlichen Schutzes von Ehe und Fa-

⁴ LAG Berlin Brandenburg 14.11. 2018 – 17 Sa 562/18, juris.

⁵ Vgl. zum Begriff Home Office: § 2 Abs. 7 Satz 1 ArbStättV; Deutscher Bundestag – Wissenschaftlicher Dienst, Telearbeit und Mobiles Arbeiten, Sachstand vom 10.7. 2017, WD 6 – 3000 – 149/6, 4; Wedde, Aktuelle Rechtsfragen der Telearbeit, NJW 1999, 527.

milie bzw. Pflege und Erziehung der Kinder (Art. 6 Abs. 1, 2 GG)⁶. Unter Umständen ergibt sich ein Anspruch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen (z.B. bei besonderer Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers) nimmt das BAG einen Anspruch auf eine Tätigkeit im Home Office an⁷.

Ein solcher gesetzlicher Rechtsanspruch auf ein Arbeiten im Home Office böte aus Arbeitnehmersicht den Vorteil, dass sie vom Arbeitgeber – auch gegen dessen Willen – eine Tätigkeit im Home Office verlangen können und der Arbeitgeber begründen (bzw. darlegen und beweisen) muss, wenn er eine Tätigkeit im Home Office ablehnen möchte.

2. Planungen des Gesetzgebers

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) hat in einem Interview mit Human Resources Manager erklärt, dass im zweiten Halbjahr 2019 ein Gesetzentwurf präsentiert werde, der einen Rechtsrahmen für mobiles Arbeiten schafft. Es soll um eine unbürokratische Lösung gehen – angelehnt an die Vorbilder aus den Niederlanden und Skandinavien. Weiter führt Staatssekretär *Björn Böhning* in dem Interview aus, dass es um ein rechtliches Gerüst gehe, das Unternehmensleitungen und Betriebsräte oder Arbeitgeber und Gewerkschaften anrege, darüber zu sprechen, damit Home Office möglich ist. Hintergrund ist ein Passus im Koalitionsvertrag, nach dem ein rechtlicher Rahmen für mobile Arbeit geschaffen werden solle⁸.

3. Niederländisches Gesetz über die Flexibilität am Arbeitsplatz

In den Niederlanden ist ein gesetzlicher Anspruch auf Home Office seit dem 1.1. 2016 Wirklichkeit und wurde gegen den Protest der Arbeitgeber durchgesetzt. In den Niederlanden muss der Arbeitnehmer einen Antrag stellen; der Arbeitgeber kann den Antrag ablehnen – wenn und soweit (i) die Heimarbeit zu schweren Sicherheitslücken führt, (ii) zu unlösbaren Problemen in der Dienstplanung oder (iii) zu untragbaren finanziellen Schäden⁹.

6 LAG Rheinland-Pfalz 18.12. 2014 – 5 Sa 378/14, BeckRS 2015, 66249.

7 Vgl. BAG 2.3. 2006 – 2 AZR 64/05, juris.

8 Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 7.2. 2018, Rn. 1827/1828.

9 Vgl. Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Sachstand, Einzelfragen zum niederländischen Gesetz über die Flexibilität am Arbeitsplatz.

4. Fazit

Es ist weder erforderlich noch sinnvoll, einen gesetzlichen Anspruch auf das Arbeiten im Home Office zu regeln. Bürokratische Regelungen sind nicht zu empfehlen – empfehlenswert sind vielmehr passgenaue betriebliche Regelungen, die den betrieblichen Belangen und den Belangen der Arbeitnehmer Rechnung tragen.

IV. New Work und Arbeitszeitgesetz

1. Ausgangspunkt

Das ArbZG gilt selbstverständlich auch für das Arbeiten im Home Office und für das mobile Arbeiten. Die Vorgaben des ArbZG sind mit den neuen Arbeitsmodellen in vielerlei Hinsicht nicht bzw. nur schwer in Einklang zu bringen. Sinn und Zweck des mobilen Arbeitens und Arbeiten im Home Office ist es, Arbeitsort und auch Arbeitszeit größtmöglich zu flexibilisieren. Das ArbZG gibt klare und starre Vorgaben zur maximalen werktäglichen Arbeitszeit (§ 3 Abs. 1 ArbZG), Ruhezeiten (§ 5 ArbZG) und Ruhepausen (§ 4 ArbZG) vor. Das strikte Einhalten der gesetzlichen Ruhezeit ist bei mobilem Arbeiten oder im Home Office besonders schwer denkbar. Der Klassiker ist: Ein Arbeitnehmer checkt am späten Abend nur mal eben kurz seine E-Mails und beginnt seine Tätigkeit am nächsten Morgen um 8.00 Uhr. Mit hoher Wahrscheinlichkeit ist das Abrufen der E-Mails als Arbeitszeit im Sinne des ArbZG zu werten und unterbricht die Ruhezeit.

Für die Einordnung als Arbeitszeit nach dem ArbZG kommt es nämlich weder auf Intensität oder Leistung des Arbeitnehmers an. So ist jede noch so kurze berufliche Betätigung als Arbeitszeit im Sinne des ArbZG zu werten. Es liegt entweder Arbeitszeit oder Ruhezeit vor – so der EuGH¹⁰.

Verstöße gegen die Ruhepausen bzw. -zeiten stellen Ordnungswidrigkeiten dar (§ 22 Abs. 1 Nr. 2, 3 ArbZG). Als eine Ordnungswidrigkeit des Arbeitgebers ist ein solcher Verstoß dann einzustufen, wenn der Arbeitgeber vorsätzlich oder fahrlässig handelt (§ 22 Abs. 1 ArbZG). Der Arbeitgeber muss also von dem Arbeitszeitverstoß Kenntnis haben oder diesen dulden bzw. für den Verstoß verantwortlich sein. Eine Duldung ist von den Behörden schnell bejaht und lässt sich auch sehr leicht an E-Mails und deren Sendedaten nachweisen. Unter Umständen (z.B. im Fall der vorsätzlichen Gesundheitsgefährdung des Arbeitnehmers) kann sich bei einem Arbeitszeitverstoß auch eine Strafbarkeit für den Arbeitgeber ergeben (§ 23 ArbZG).

10 EuGH 21.2. 2018 – C-518/15 – Matzak; dazu *Freyler*, Der außerhalb des Arbeitsplatzes verbrachte Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit, EuZA 2018, 463.

Unternehmen haben durch entsprechende Anweisung und Unterweisung der Arbeitnehmer sicherzustellen, dass die Vorgaben des ArbZG eingehalten werden¹¹. Entsprechende Schulungen der Führungskräfte sind essenziell. Unternehmen können die Aufzeichnung der Arbeitszeit, die über die werktägliche Arbeitszeit von acht Stunden hinausgeht, an die Arbeitnehmer delegieren (§ 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG). Erkennt der Arbeitgeber, dass die Vorgaben des ArbZG nicht eingehalten werden, so muss er nach dem Willen des Gesetzgebers sofort Maßnahmen ergreifen, um den Verstoß abzustellen. Zudem dürfen gerade nicht die Unternehmen die Arbeitnehmer dazu veranlassen, gegen das ArbZG zu verstoßen.

2. Entscheidung des EuGH

Der EuGH entschied am 14.5.2019, dass die Mitgliedstaaten Unternehmen dazu verpflichten müssen, die Arbeitszeit und Pausen ihrer Arbeitnehmer vollständig aufzuzeichnen¹². Das kann das Ende der klassischen Vertrauensarbeitszeit bedeuten. Der deutsche Gesetzgeber wird das ArbZG an die Vorgaben des EuGH anpassen müssen. Damit stellt sich der EuGH auch gegen den gesellschaftlichen Trend der Flexibilisierung der Arbeitszeit.

3. Fazit

Bei der Diskussion ist zu beachten, dass der hinter dem ArbZG stehende Schutzzweck auch in der neuen Arbeitswelt gilt.

Erst einmal ist nicht mit einer grundlegenden Reform des ArbZG zu rechnen. Eine Änderung des ArbZG ist zudem nur in den engen Grenzen der europäischen Arbeitszeitrichtlinie¹³ möglich. Nicht nur der deutsche, sondern auch der europäische Gesetzgeber ist daher aufgerufen, die Definition von Arbeitszeit zukunftsorientiert auszugestalten, ohne dabei die Gesundheit der Arbeitnehmer zu gefährden.

Insgesamt sollte ein Unternehmen einem abgestimmten, compliance-gerechten Konzept folgen, wie es die Arbeitszeit erfasst, diesbezüglich mit den Arbeitnehmern und Führungskräften kommuniziert und die Einhaltung der Vorgaben des ArbZG in nachweisbarer Weise sicherstellt.

11 Vgl. § 12 ArbSchG; Deutscher Bundestag – Wissenschaftlicher Dienst (Fn. 5), 149/6, 11; *Hohmeister/Küper*, Individualvertragliche Arbeitszeitgestaltung bei der alternierenden Telearbeit, NZA 1998, 1206, 1208.

12 EuGH 14.5. 2019 – C-55/18 – CCOO; dazu *Latzel*, Primärrechtliche Effektivierung der Arbeitszeitgrenzen, EuZA 2019, 469.

13 Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11. 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Amtsblatt EU 2003 L 299/9).

V. New Work und einseitige Beendigung von mobiler Arbeit und Home Office durch den Arbeitgeber

1. Ausgangspunkt

Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf einen Home Office Arbeitsplatz bzw. auf mobiles Arbeiten. Wurde allerdings eine kollektivarbeitsrechtliche oder individualarbeitsvertragliche Vereinbarung getroffen, die ein Arbeiten an einem Home Office Arbeitsplatz bzw. das mobile Arbeiten gestattet, stellt sich für Unternehmen die Frage, unter welchen Voraussetzungen Home Office bzw. mobiles Arbeiten wieder beendet werden kann.

2. Individualvertragliche Vereinbarung

Arbeitgeber können das dem Arbeitnehmer eingeräumte Recht zum Arbeiten im Home Office bzw. mobilen Arbeiten nicht ohne weiteres jederzeit einseitig wieder entziehen. Ein solches Recht müssen Arbeitgeber vertraglich regeln. Ein solches vertraglich vereinbartes Beendigungsrecht muss einer AGB-Inhaltskontrolle (§§ 307 ff. BGB) standhalten. Bei der Ausübung des Beendigungsrechts müssen Arbeitgeber auch darauf achten, dass die Zuweisung eines anderen Arbeitsorts (konkret: Zuweisung des betrieblichen Arbeitsplatzes) nach billigem Ermessen, mithin einer Ausübungskontrolle standhält (vgl. § 106 GewO).

Die Inhalts- und Ausübungskontrolle stehen nebeneinander und sind gleichermaßen zu beachten¹⁴; die Inhaltskontrolle bei der Vertragsgestaltung und die Ausübungskontrolle bei Ausübung der vertraglich vereinbarten Beendigungsmöglichkeit.

Denkbar ist es, die Zulässigkeit einer Vereinbarung über eine Beendigung an den Vorgaben eines Widerrufsvorbehalts zu messen¹⁵. Die Beendigungsklausel muss danach sachliche Gründe ausdrücklich benennen, bei deren Vorliegen das Home Office bzw. das mobile Arbeiten beendet werden kann (vgl. § 308 Nr. 4 BGB).

3. Entscheidung des LAG Düsseldorf

Es gibt kaum Rechtsprechung zu der Frage, ob und inwieweit Home Office bzw. mobiles Arbeiten vom Arbeitgeber wieder einseitig beendet werden kann. Das liegt daran, dass sich in den meisten Fällen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einigen bzw., falls man sich nicht über die Beendigung von Home Office einigen kann, man sich wohl über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses einigt. Daher gibt es auch keine höchstrichterliche

¹⁴ BAG 19.1.2011 – 10 AZR 738/09, NZA 2011, 631.

¹⁵ Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2019, § 4 Rn. 458.

Rechtsprechung, die Unternehmen Rechtssicherheit böte. Es gibt allerdings Anhaltspunkte aus der Rechtsprechung. Das LAG Düsseldorf hatte sich mit einer solchen einseitigen Beendigung am 10.9. 2014 zu beschäftigen¹⁶.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben eine Vereinbarung über „alternierende Telearbeit“ abgeschlossen. 40 % der Arbeitsleistung war danach von zu Hause zu erbringen. Der Wohnort des Arbeitnehmers lag ca. 90 km vom Büro des Unternehmens entfernt. In der Vereinbarung hatten Arbeitgeber und Arbeitnehmer auch ein beidseitiges Kündigungsrecht vereinbart. Sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer hatten das Recht, mit einer vierwöchigen Ankündigungsfrist zum Wochenschluss ohne Angabe von Gründen die Vereinbarung über den Home Office-Arbeitsplatz wieder zu beenden. Also volle Flexibilität.

Das Unternehmen machte von dem vereinbarten Kündigungsrecht Gebrauch. Der Arbeitnehmer machte mit seiner Klage die Unwirksamkeit der Kündigung geltend. Das LAG Düsseldorf gab dem Arbeitnehmer recht. Es führt aus, dass eine solche Regelung den Arbeitnehmer unangemessen benachteilige (§ 307 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 2 Nr. 1 BGB). Bei einer Klausel, die eine einseitige Beendigungsmöglichkeit des Home Office beinhaltet, handelt es sich um eine Regelung über den Arbeitsort. Deshalb muss eine solche Regelung dem Mindestmaß des Weisungsrechts als gesetzliches Leitbild entsprechen. Die vom LAG Düsseldorf zu beurteilende Beendigungsklausel wich von dem gesetzlichen Leitbild des Weisungsrechts ab. Denn es war vereinbart, dass der Arbeitgeber die Telearbeit ohne Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers beenden könne. Diese LAG-Entscheidung hat Signalwirkung. Allerdings war der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt speziell. Denn die Beendigung des Home Office-Arbeitsplatzes erfolgte, nachdem die Parteien erfolglos über eine einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses verhandelt hatten. Der Mitarbeiter wollte jedoch nicht gehen. Der Arbeitgeber hatte gegen das Urteil Revision eingelegt, diese dann jedoch zurückgenommen.

4. Klauselvorschlag

- (a) Der Mitarbeiter kann vom Arbeitgeber jederzeit die Beendigung der Arbeit im Home Office verlangen. Hierfür gilt eine einmonatige Ausübungsfrist zum Monatsende. Die Frist verkürzt sich entsprechend der Frist, die gilt, wenn der Vermieter das Mietverhältnis für die Räumlichkeit, in der sich das Home Office befindet, kündigt. Eine Kündigung der Räumlichkeiten betreffend des Home Office ist dem Arbeitgeber unverzüglich anzuzeigen.

16 LAG Düsseldorf 10.9. 2014 – 12 Sa 505/14, juris.

- (b) Der Arbeitgeber kann die Arbeit im Home Office unter Berücksichtigung der Interessen des Mitarbeiters mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende beenden. Der Arbeitgeber informiert den örtlichen Betriebsrat und ggf. die Schwerbehindertenvertretung spätestens eine Woche vor Erklärung der Beendigung des Arbeitens im Home Office.
- (c) Daneben kann das Recht, im Home Office zu arbeiten, ohne Einhaltung einer Frist aus wichtigem Grund beendet werden. Ein wichtiger Grund aufseiten des Arbeitgebers liegt insbesondere vor, wenn der Mitarbeiter das der Tätigkeit im Home Office zugrunde liegende besondere Vertrauensverhältnis missbraucht.
- (d) Die Beendigung der Arbeit im Home Office ist gegenüber der anderen Vertragspartei in Textform (z.B. E-Mail) zu erklären. Mit Wirksamwerden der Beendigung des Arbeitens im Home Office hat der Mitarbeiter seine Arbeitsleistung in vollem Umfang in der betrieblichen Arbeitsstätte zu erbringen.
- (e) Die im Rahmen der Arbeit im Home Office überlassenen Arbeitsmittel sind mit Beendigung des Arbeitens im Home Office unverzüglich an den Arbeitgeber herauszugeben.

5. Fazit

Es ist offen, wie das BAG eine solche Klausel bewerten würde. Das BAG wendet in anderem Zusammenhang die Anforderungen an einen Änderungsvorbehalt (§ 308 Nr. 4 BGB) auf Versetzungsklauseln zwar nicht an¹⁷. Ob es dieser Linie auch bei der Beendigung von Home Office bzw. mobilem Arbeiten treu bleibt, ist schwer zu sagen.

Wird im Fall des individualvertraglich vereinbarten Arbeitens im Home Office bzw. mobilen Arbeitens keine Vereinbarung zur einseitigen Beendigung getroffen, so bleibt nur der Weg über eine Änderungskündigung.

In jedem Fall ist vor Beendigung zu prüfen, ob der Betriebsrat zu beteiligen ist (vgl. §§ 99 Abs. 1, 95 Abs. 3 Satz 1 BetrVG). Diese könnte als Versetzung (§ 95 Abs. 3 Satz 1 BetrVG) einzuordnen sein¹⁸.

¹⁷ BAG 11.4. 2006 – 9 AZR 557/05, NZA 2006, 1149; BAG 25.8. 2010 – 10 AZR 275/09, BeckRS 2010, 74550.

¹⁸ Vgl. LAG Düsseldorf 10.9. 2014 – 12 Sa 505/14, juris.

VI. New Work und die Rolle des Betriebsrats

1. Ausgangspunkt

Der Betriebsrat spielt eine ganz zentrale Rolle für den Erfolg von New Work in Unternehmen – nicht nur wegen der bestehenden betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechte, sondern auch, weil der Betriebsrat ein wichtiger Fürsprecher sein kann. Die Entscheidung des Arbeitgebers, ob er neue Arbeits- und Raumkonzepte einführen möchte oder nicht, unterfällt hingegen als unternehmerische Entscheidung keinem Beteiligungsrecht des Betriebsrats. Bei den Beteiligungsrechten kann zwischen der Planungs- und Umsetzungsphase unterschieden werden.

2. Beteiligungsrechte in der Planungsphase

Für den Betriebsrat ergibt sich in diesem Hinblick zum einen ein Informationsrecht, ob die Gesetze (z.B. ArbSchG, ArbZG), Verordnungen (z.B. ArbStättV) und Unfallverhütungsvorschriften bei der Gestaltung und Durchführung von neuen Arbeits- und Raumkonzepten eingehalten werden (vgl. § 80 Abs. 2 BetrVG). Er ist zu unterrichten und mit ihm ist zu beraten (§ 90 BetrVG). Des Weiteren hat er ein Informationsrecht über die Personalplanung (§§ 92 ff. BetrVG).

3. Beteiligungsrechte in der Umsetzungsphase

Hier haben Arbeitgeber insbesondere auf die Mitbestimmungsrechte aus § 87 BetrVG zu achten und die Unterrichts- und Zustimmungsrechte bei personellen Einzelmaßnahmen (§ 99 BetrVG) im Blick zu haben.

Zudem hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften, soweit es sich um zu konkretisierende Rahmenvorschriften handelt (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG).

Daneben bestehen weitere Beteiligungsrechte des Betriebsrats hinsichtlich der Gestaltung des Arbeitsablaufs und der Arbeitsumgebung (§§ 90, 91 BetrVG), die auch bei der Einführung von neuen Arbeits- und Raumkonzepten zu beachten sind.

Die Erfassung und Verarbeitung von Daten wird durch die Digitalisierung einfacher und findet in Unternehmen vielfach Anwendung. Insbesondere zum Schutz personenbezogener Daten der Mitarbeiter steht dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Einrichtung von technischen Kontrolleinrichtungen, wie z.B. EDV-Anlagen, zu (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG). Der Betriebsrat ist insofern auch dann zu beteiligen, wenn die Einrichtung nicht der Überwachung der Mitarbeiter dient, jedoch Daten erfasst werden, die die Kontrolle der Mitarbeiter ermöglichen. Ausrei-

chend ist nach der Rechtsprechung des BAG, dass dies objektiv möglich ist. Gerade die Beachtung des Themas Datenschutz ist bei der Einführung von neuen Arbeits- und Raumkonzepten entscheidend. Das Thema Beschäftigtendatenschutz interessiert die Betriebsräte besonders.

Unternehmen übersehen teilweise bei neuen Arbeits- und Raumkonzepten das Zustimmungsrecht des Betriebsrats bei Versetzungen (§§ 99, 95 Abs. 3 Satz 1 BetrVG). Sowohl bei der Zuweisung von mobiler Arbeit/Home Office als auch bei der Beendigung von mobiler Arbeit/Home Office kann durch den damit verbundenen Wechsel des Arbeitsplatzes und der Veränderung der Arbeitsumstände eine zustimmungsbedürftige Versetzung vorliegen (siehe oben). Üblicherweise ist die Zustimmung des Betriebsrats kein Thema bei Einvernehmen mit dem Arbeitnehmer über die Zuweisung oder Beendigung von mobiler Arbeit/Home Office. Das sieht natürlich anders aus, wenn das Unternehmen etwa gegen den Willen des Mitarbeiters die Möglichkeit zum Home Office beendet.

Interessanterweise gibt es noch keine höchstrichterliche Entscheidung zum Umfang der Mitbestimmungsrechte bei der Einführung von modernen Bürokonzepten.

4. Entscheidung des LAG Düsseldorf

Erst letztes Jahr hatte sich das LAG Düsseldorf mit der Mitbestimmung des Betriebsrats bei Einführung von Desk-Sharing auseinanderzusetzen. Es ging um einen etwaigen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber wegen der Einführung von Desk Sharing-Arbeitsplätzen bis zum Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung dazu. In der Entscheidung des LAG Düsseldorf¹⁹ wurden Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 1, 6, 7 BetrVG, § 91 BetrVG und § 111 BetrVG diskutiert. Im Ergebnis hat das LAG Düsseldorf den Unterlassungsanspruch verneint.

5. Fazit

Es empfiehlt sich, den Betriebsrat frühzeitig einzubinden.

VII. New Work und Betriebsvereinbarung (exemplarisch)

Der Abschluss einer Betriebsvereinbarung zu neuen Arbeits- oder Raumkonzepten ist in jedem Fall empfehlenswert.

19 LAG Düsseldorf 9.1. 2018 – 3 TaBVGa 6/17, juris.

1. Zentrale Inhalte einer Betriebsvereinbarung zu modernen Raumkonzepten

Ziele	Förderung von Eigenverantwortung
Desk-Sharing	Aufgabe des Modells der Bindung an persönlich zugewiesenen Arbeitsplatz, Wahl des Konzepts des Desk-Sharing, Anzahl der Arbeitsplätze zur Anzahl der Arbeitnehmer, Ausnahmen
Bürobereiche	Konzept der Teamflächen für Organisationseinheiten innerhalb eines Betriebs
Ablage	Abschließbare Ablagemöglichkeiten für Arbeitnehmer und Teams
Clean-Desk	Hinterlassen eines aufgeräumten Arbeitsplatzes am Ende eines Arbeitstags
Bürokonzept	Module samt jeweiliger Technikausstattung für unterschiedliche Tätigkeiten
Arbeitsumfeld	Verteilung von Büromaterial, Ausgabe von Post/Paketen, Standort von Papierkörben

2. Zentrale Inhalte einer Betriebsvereinbarung zu Home Office und mobilem Arbeiten

Geltungsbereich	Ausnahme von Auszubildenden, Praktikanten, Arbeitnehmern, die im Probearbeitsverhältnis stehen, Arbeitnehmern, die mit besonderen Betriebsmitteln arbeiten oder deren Tätigkeit nach ihrer Eigenart eine umfassende Präsenz im Betrieb erfordert
-----------------	--

Teilnahmevoraussetzungen	Beschaffenheit des häuslichen Arbeitsplatzes, persönliche und fachliche Eignung, kein Entgegenstehen sonstiger betrieblicher Gründe (u.a. konkrete Arbeitsaufgabe), keine Verpflichtung/kein Rechtsanspruch auf Teilnahme, Umgang mit technischen Störungen
Arbeitsmittel und Kosten- erstattung	Bildschirm(e), Tastatur, etc., Regelung zum Umfang einer etwaigen Kosten- erstattung
Arbeitszeit/Arbeitszeiterfassung	Einhaltung des ArbZG und betrieblicher Vereinbarungen zur Arbeitszeit, Nutzung von Zeiterfassungssystemen
Datenschutz/Geheimhaltung	Verpflichtung des Arbeitnehmers auf Einhaltung des Datenschutzes und zur Geheimhaltung
Zugangsrecht zum Home Office	Zugangsrecht zur Überprüfung der Einhaltung von Datenschutz und Arbeitsschutz wegen gegebener rechtlicher Verpflichtung der Gesellschaft
Beendigung von Home Office und mobilem Arbeiten	Beendigung durch Arbeitnehmer, durch Gesellschaft für Einzelfall und als Unternehmensentscheidung für alle Arbeitnehmer
Bestätigung des Arbeitnehmers	<i>Bestätigung, dass Voraussetzungen beim mobilen Arbeiten bzw. im Home Office bekannt sind und eingehalten werden</i> (u.a. Regelungen der Betriebsvereinbarung, Vorschriften des Arbeitsschutzes, Empfehlungen zur Ergonomie bei Bildschirmarbeitsplätzen) <i>Bestätigung, dass Voraussetzungen an Datenschutz erfüllt werden</i> (u.a. sämtliche Arbeitsmittel, personenbezogene Daten und Informationen sowie Passwörter, mit denen auf dienstliche Da-

	tenbestände zugegriffen werden kann, sind vor Kenntnis Dritter geschützt) <i>Einräumung von Zutrittsrecht(en) zum Home Office</i> (u.a. für Vertreter der Gesellschaft, insbesondere der Fachkraft für Arbeitssicherheit oder den von der Gesellschaft Beauftragten, zur Überprüfung der Einhaltung der arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften, Vertretern der Gesellschaft, insbesondere dem Datenschutzbeauftragten, zur Überprüfung der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften bei Vorliegen berechtigter betrieblicher Interessen, Zugang nach erfolgter, vorheriger Terminabstimmung; Vorliegen notwendiger Zustimmung Dritter (z.B. von in der häuslichen Gemeinschaft lebenden Personen im Hinblick auf Zutrittsrechte)
--	---

VIII. Praktische Hinweise

Die kombinierte Einführung von modernem Raumkonzept, mobilem Arbeiten und Home Office hat Auswirkungen auf den gesamten Betriebsablauf. Ein gut aufgestellter Prozess und eine einheitliche Umsetzung sind empfehlenswert. Unsere Mandanten haben gute Erfahrungen gemacht mit einer übergreifenden Behandlung. Die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats kann durch Delegation begründet werden. Es sind sämtliche bereits vorhandene Home Office-Modelle zu betrachten sowie bestehende Betriebsvereinbarungen zu diesem Thema auszuwerten und ggf. abzulösen, um Widersprüche zu vermeiden.

Diskussion*

Stefan Sträßer (Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Berlin) eröffnete die Diskussionsrunde mit einer Frage nach dem vom BMAS geplanten Anspruch auf Home Office. Problempotenzial sehe er hierbei in einer möglichen Kollision mit Zugangsrechten zum Zwecke der arbeitsschutzrechtlich gebotenen Gefährdungsbeurteilung. Solange eine Vereinbarung die Grundlage für Home Office biete, bestehe ohne weiteres die Möglichkeit, die Einräumung eines Anspruchs von der freiwilligen Einräumung eines Zugangsrechts abhängig zu machen. Diese Möglichkeit entfalle bei einem gesetzlichen Anspruch. Ein ähnlicher Problempunkt sei im Hinblick auf Betriebsvereinbarungen gegeben. Ihn interessiere, ob bei der Ausgestaltung Konfliktmechanismen vorgesehen würden, welche die angesprochenen Probleme berücksichtigten.

Dr. *Silvia Tomassone* (Hogan Lovells International LLP, München) schloss sich der Kritik an. Die arbeitsschutzrechtliche Seite zeige in aller Deutlichkeit, dass der geplante Anspruch auf Home Office/Mobile Arbeit – je nach seiner Ausgestaltung – gewissermaßen die Realität verkenne. Die geplante Regelung müsse das angesprochene Problem berücksichtigen. In der Praxis sei die Einräumung eines Zugangsrechts durch den Arbeitnehmer als Voraussetzung für die Arbeit im Home Office üblich. Bezogen auf die Vorgaben des Arbeitsschutzes sei es eine generelle Herausforderung, Mechanismen zu finden, um die bestehenden Verpflichtungen erfüllen zu können. Die Referentin verwies auf den Tarifvertrag für Mobiles Arbeiten. Hier sei eine sinnvolle Rahmenregelung geschaffen worden, welche die nähere Ausgestaltung den Betriebsparteien überlasse. Neben den arbeitsschutzrechtlichen Fragen müsse das geplante Gesetz auch Aspekte des Datenschutzes berücksichtigen und dem Arbeitgeber klare Vorgaben für die einseitige Beendigung machen.

Dr. *Nathalie Oberthür* (R/P/O Rechtsanwälte, Köln) merkte an, inhaltlich werde das Gesetz eine Ablehnungsmöglichkeit für den Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen vorsehen. Dass detaillierte arbeitsschutz- und datenschutzrechtliche Fragen durch den Gesetzgeber aufgegriffen würden, sei nicht zu erwarten. Als gangbarer Weg könne es aber angesehen werden, den Arbeitnehmer aus einer vertraglichen Nebenpflicht heraus zur Mitwirkung in einer Form zu verpflichten, die es dem Arbeitgeber ermögliche, den arbeitsschutzrechtlichen Vorgaben nachzukommen. Im Falle der Pflichtverletzung greife in der Konsequenz dann das bekannte Sanktionssystem ein. Zu denken sei an die Abmahnung und die anschließende An-

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Laura Herbst*.

derungskündigung zur Arbeit im Betrieb bzw. sogar an die Beendigungskündigung.

Dr. *Tomassone* befürwortete dies als einen an pragmatischen Erwägungen orientierten Lösungsweg.

Professor Dr. *Richard Giesen* (ZAAR, München) wies darauf hin, dass die mangelnde Mitwirkung des Arbeitnehmers bereits als betrieblicher Grund für eine Ablehnung gelten könne.

Professor Dr. *Christian Picker* (Universität Konstanz) problematisierte die mit dem Anspruch auf Home Office einhergehende Entdirektionsierung des Arbeitgebers. Das Direktionsrecht trage dem Umstand Rechnung, dass das Verwendungs- und Betriebsrisiko den Arbeitgeber treffe. Dafür müsse dieser das Direktionsrecht aber in einem sinnvollen Umfang innehaben; hier lasse sich ein Prozess der Aufweichung beobachten. Der Anspruch sei außerdem deshalb abzulehnen, weil dieser für die Mehrheit der Arbeitnehmer tatsächlich nicht umsetzbar sei. Außerdem seien seine Reichweite und seine Folgen unklar: Wenn Home Office aufgrund ungeeigneter Wohngegebenheiten des Arbeitnehmers scheitere, komme man zu der Folgefrage, ob der Arbeitgeber womöglich eine neue Wohnung für diesen anmieten müsse, um die Arbeit von Zuhause zu ermöglichen.

Dr. *Tomassone* stimmte dem zu und verwies auf die Verantwortlichkeit der Arbeitgeber auch im Bereich des Arbeits- und des Datenschutzes. Der Punkt, dass die Arbeit im häuslichen Umfeld für viele Arbeitnehmer rein tatsächlich nicht realisierbar sei, sei ein wesentlicher Kritikpunkt. Hier werde es zu Einzelfragen und Folgeproblemen kommen, deren Regelung durch den Gesetzgeber nicht zu erwarten sei.

Professor Dr. *Volker Rieble* (ZAAR, München) verwies auf die drohende Entgrenzung von Arbeitnehmerschaft und Heimarbeit. Er fragte, was der Arbeitgeber machen müsse, damit der Beschäftigte nicht mehr als Arbeitnehmer mit häuslichem Arbeitsplatz, sondern als Heimarbeiter gelte. Dies könne durchaus in ein Konzept gerinnen, weil ein Heimarbeiter deutlich weniger Rechte habe als ein Arbeitnehmer.

Dr. *Tomassone* antwortete, eine allgemeingültige Antwort lasse sich darauf nicht geben. Die Beurteilung hänge mit dem Umfang der Weisungsbefugnis zusammen, welcher bestimmt werde durch Faktoren der Eigenverantwortlichkeit des Arbeitnehmers und dem Grad der Flexibilisierung von Arbeitszeit und -ort.

Unter Berufung auf die *Weight Watchers*-Entscheidung des BAG schlussfolgerte Professor *Rieble*, der Arbeitgeber könne die Arbeit also als Heimarbeit qualifizieren und dem Arbeitnehmer mit dem Argument kündigen, dass er diesen von nun an als Heimarbeiter weiterbeschäftigen wolle, verbunden mit einem entsprechenden Angebot.

Dr. *Tomassone* erwiderte, damit sei wahrscheinlich nicht zu rechnen. Es sei zu erwarten, dass der Anspruch für den Arbeitnehmer zwar geschaffen werde, das Schutzniveau aber nicht so einfach abgesenkt werden könne.

Professor *Giesen* fügte hinzu, es habe in der Vergangenheit zwar wiederholt Entscheidungen gegeben, in deren Rahmen Beschäftigte ihren Arbeitsort auf die Wohnung verlegt hätten und in der Konsequenz als Heimarbeiter weiterbeschäftigt wurden. Diese hätten dann aber Aufträge, nicht Direktionen des Arbeitgebers abgearbeitet.

Professor Dr. *Martin Franzen* (Ludwig-Maximilians-Universität München) ergänzte, das Weight Watchers-Problem könne man womöglich dadurch lösen, dass man die Zustimmung des Arbeitnehmers zur Heimarbeit als Voraussetzung für die Durchführung der unternehmerischen Entscheidung ansehe.

Professor Dr. *Abbo Junker* (ZAAR, München) verwies in diesem Zusammenhang auf die große praktische Bedeutung von teilweisem Home Office; in dieser Hinsicht löse sich die Heimarbeitsproblematik schon dadurch, dass eine geteilte Beurteilung des Beschäftigungsverhältnisses nicht möglich sei. Er wandte außerdem ein, dass eine Vorher-Nachher-Betrachtung durchgeführt werden könne. Viele Arbeitsplätze ließen sich gar nicht derart umgestalten, als dass es die Annahme einer Heimarbeit rechtfertige.

Professor *Rieble* berief sich auf eine Entscheidung des BAG, in deren Rahmen ein Programmierer als arbeitnehmerähnliche Person im Sinne des HAG zunächst deshalb klassifiziert wurde, weil dieser ausschließlich von Zuhause gearbeitet habe.

Professor *Giesen* wandte ein, der ausschlaggebende Grund für die Einordnung als Heimarbeiter sei der Umstand gewesen, dass dieser Aufträge abgearbeitet habe und damit nicht dem Direktionsrecht des Arbeitgebers unterlegen habe.

Professor *Rieble* stimmte zu und fuhr dahingehend fort, dass die Bindung an feste Arbeitszeiten im Home Office nicht üblich sei. In Bezug auf die Arbeitszeit sei deshalb bereits ein hohes Maß an Autonomie gegeben. Sobald es für die Einordnung nur noch auf die Aufgabenverteilung ankomme, könne es keinen Unterschied machen, ob man diese als Arbeits- oder Projektaufgaben bezeichne. Viele Aufgaben könnten ebenso gut im Rahmen eines Heimarbeitsverhältnisses erfüllt werden. In der Weight Watchers-Entscheidung habe das BAG es als eine freie unternehmerische Entscheidung angesehen, Arbeitsaufgaben im Arbeitsverhältnis oder auf der Basis von Heimarbeit verrichten zu lassen. Selbstverständlich sei kein Arbeitnehmer gezwungen, sich auf die Heimarbeit einzulassen, die Folge wäre aber der Verlust des Arbeitsverhältnisses.

Dr. *Sebastian Hopfner* (Arbeitgeberverband der Versicherungsunternehmen in Deutschland, München) merkte an, der Heimarbeitsproblematik werde in der Praxis vermutlich keine große Bedeutung zukommen. Hier sei es üblich, dass auch mobil Arbeitende zur Wahrung der betrieblichen Bindung wöchentlich ein bis zwei Tage im Betrieb arbeiteten. Dass der fragliche Anspruch eingeführt werde, sei aus seiner Sicht ohnehin ausgeschlossen: Zum einen sei er im Koalitionsvertrag nicht vorgesehen. Zum anderen sei der Personalmangel, der gesellschaftspolitisch als bedenklich eingestuft werden müsse, in den Bereichen der Pflege, des Erziehungswesens und der Bundeswehr zu finden. Diese Berufsbilder durch die Einführung eines derartigen Anspruchs noch unattraktiver zu gestalten, könne nicht das Ziel gewesen sein und zeige, dass die Forderung nach dem Rechtsanspruch als Populismus der SPD eingestuft werden müsse.

Professor *Giesen* lenkte die Diskussion daraufhin auf die Entscheidung des EuGH zur Arbeitszeiterfassung. Er verstehe diese als einen Umsetzungsauftrag an die Mitgliedstaaten, geeignete Regelungen zu erlassen. Mit Blick auf die im BetrVG bereits vorhandenen, vielfältigen Mitwirkungs- bzw. Informationsrechte des Betriebsrats in Bezug auf die Arbeitszeiterfassung stelle sich die Frage, ob eine Umsetzung im deutschen Rechtsraum – jedenfalls im Bereich der Existenz von Betriebsräten – überhaupt nötig sei, um das vom EuGH verfolgte Ziel zu erreichen. Mithilfe des Betriebsrats lasse sich womöglich schon heute eine objektive, verlässliche und zugängliche Regelung stemmen.

Dr. *Tomassone* antwortete, gerade die Tätigkeiten im Home Office und solche im Rahmen von Mobiler Arbeit seien Tätigkeiten, die in Vertrauensarbeit geleistet würden. Die Ansicht von Gewerkschaften, die punktgenaue Arbeitszeiterfassung sei auch hier ohne weiteres, beispielsweise in digitaler Form, umsetzbar, entspreche aus ihrer Sicht nicht der Wirklichkeit. Den Betriebsrat könne man zwar als geeigneten Vertragspartner zur Schaffung entsprechender Lösungen ansehen, aber dies ändere nichts an den praktischen Problemen.

Agiles und mobiles Arbeiten - Unfallversicherungs- und arbeits- schutzrechtlicher Rahmen

Nathalie Oberthür

	Seite
I. Einführung.....	94
II. Räumlicher Schutzbereich der Unfallversicherung.....	94
III. Vorliegen eines Arbeitsunfalls.....	95
1. Ausübung der versicherten Tätigkeit	95
2. Wege zu und von der Arbeitsstätte.....	96
3. Wege zur Gewährleistung der Kinderbetreuung	99
4. Kausalität zwischen versicherter Tätigkeit, Arbeitsunfall und Gesundheitsschaden.....	100
a) Conditio sine qua non.....	100
b) Zurechnung zu versichertem Risiko	100
c) Einfluss einer nicht versicherten Wirkursache	101
5. Fazit	102
IV. Arbeitsschutz im Home- oder Mobile Office.....	102
1. Vorgaben der ArbStättV	102
2. Vorgaben des ArbSchG	103
Diskussion	104

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), Neues Urlaubsrecht, agiles und mobiles
Arbeiten (München 2019), S. 93-103

I. Einführung

Die zunehmende Digitalisierung und die damit einhergehende Entgrenzung betrieblicher Strukturen ermöglicht in vielen Arbeitsverhältnissen die Erbringung der Arbeitsleistung außerhalb einer von Unternehmensseite organisierten Betriebsstätte, sei es im Home Office oder in mobiler Arbeit an anderen Orten. Dies hat Auswirkungen auf den Unfallversicherungsschutz der Arbeitnehmer, ebenso auf die Pflichten des Unternehmens zur Gewährleistung angemessenen Gesundheitsschutzes.

II. Räumlicher Schutzbereich der Unfallversicherung

Der Versicherungsschutz in der gesetzlichen Unfallversicherung setzt voraus, dass eine versicherte Person bei Ausübung einer versicherten Tätigkeit einen Unfall erleidet. Der Versicherungsschutz ist dabei nicht dadurch determiniert, dass ein räumlicher Zusammenhang mit dem Betrieb besteht; eine versicherte Tätigkeit kann auch außerhalb der Betriebsorganisation ohne Bindung an die Arbeitsstätte und die übliche Arbeitszeit erbracht werden,¹ so dass mobiles Arbeiten grundsätzlich von der gesetzlichen Unfallversicherung erfasst sein kann.

Der häusliche Wohnbereich eines Arbeitnehmers ist dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung allerdings zunächst entzogen. Der Versicherungsschutz beginnt frühestens mit der Aufnahme des Weges zu der versicherten Tätigkeit, wobei die Rechtsprechung maßgeblich auf das Durchschreiten der Außenhaustür eines Wohngebäudes abstellt. Die Außenhaustür als Startpunkt des Weges und zugleich Grenze zwischen dem unversicherten häuslichen Lebensbereich und dem versicherten Zurücklegen eines Weges wird im Interesse der Rechtssicherheit bewusst als starre Größe behandelt, weil sie an objektive Merkmale anknüpft, die im Allgemeinen leicht feststellbar sind. Zugleich wird hierdurch die größere Einwirkungsmöglichkeit der Hausbewohner auf die innerhalb des Hauses liegenden Räumlichkeiten und ihre Gefahren berücksichtigt.² Ist die Außentür des Wohnhauses nicht passierbar, etwa wegen einer durch einen abgebrochenen Schlüssel versperrten Wohnungstür, kann ausnahmsweise auch eine sonstige Gebäudeöffnung wie ein Fenster die mit der Außenhaustür vergleichbare Grenze zwischen dem unversicherten häuslichen und dem versicherten öffentlichen Bereich bilden und damit Startpunkt des versicherten Weges sein.³

¹ BSG 26.10. 2004 – B 2 U 24/03 R, SozR 4-2700 § 8 Nr. 9.

² BSG 5.7. 2016 – B 2 U 5/15 R, SozR 4-2700 § 2 Nr. 35; BSG 12.12. 2006 – B 2 U 28/05 R, SozR 4-2700 § 8 Nr. 20; grundlegend bereits BSG 13.3. 1956 – 2 RU 124/54, BSGE 2, 239.

³ BSG 31.8. 2017 – B 2 U 2/16 R, SozR 4-2700 § 8 Nr. 61.

Dass diese Abgrenzung indes nicht beibehalten werden kann, wenn die versicherte Tätigkeit innerhalb des privaten Wohnbereichs des Arbeitnehmers ausgeübt wird, liegt auf der Hand. Voraussetzung der Erstreckung des Versicherungsschutzes auf den an sich unversicherten Privatbereich des Arbeitnehmers ist allerdings, dass es sich hierbei um einen arbeitsvertraglich geregelten Arbeitsort handelt, an dem der Arbeitnehmer – mit Billigung des Arbeitgebers und ggf. auch mit dessen finanzieller Unterstützung – ganz oder zumindest teilweise die geschuldete Arbeitsleistung erbringen soll. Die bloße Einrichtung einer Arbeitsgelegenheit in den Privaträumen des Arbeitnehmers, in der dieser außerhalb der regulären Arbeitspflichten und außerhalb der „Bürozeiten“ Überstunden leistet oder zusätzliche Arbeiten erbringt, begründet keinen Versicherungsschutz in den Privaträumen.⁴ Unfallversicherungsschutz am heimischen oder mobilen Arbeitsplatz besteht deshalb nur dann, wenn dieser als Arbeitsort arbeitsvertraglich vereinbart wurde.

III. Vorliegen eines Arbeitsunfalls

Arbeitsunfälle, die zu Leistungen aus der gesetzlichen Unfallversicherung führen, sind gemäß § 8 Abs. 1 SGB VII „Unfälle von Versicherten infolge einer den Versicherungsschutz nach § 2, 3 oder 6 begründenden Tätigkeit (versicherte Tätigkeit). Unfälle sind zeitlich begrenzte, von außen auf den Körper einwirkende Ereignisse, die zu einem Gesundheitsschaden oder zum Tod führen.“ Dabei muss die Ausübung einer versicherten Tätigkeit, der Eintritt des Unfalls und das Vorliegen eines Gesundheitsschadens bis hin zum Tod vom Arbeitnehmer bewiesen werden, diese Voraussetzungen müssen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vorliegen;⁵ demgegenüber genügt für die Annahme der haftungsbegründenden Kausalität die Wahrscheinlichkeit des ursächlichen Zusammenhangs.⁶

1. Ausübung der versicherten Tätigkeit

In einem Arbeitsverhältnis ist die versicherte Tätigkeit grundsätzlich die Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung. Voraussetzung des Versicherungsschutzes in der gesetzlichen Unfallversicherung ist deshalb, dass „die Verrichtung zumindest dazu ansetzt und darauf ausgerichtet ist, entweder eine eigene objektiv bestehende Haupt- oder Nebenpflicht aus dem Beschäftigungsverhältnis zu erfüllen oder Beschäftigte eine objektiv nicht geschuldete Handlung vornehmen, um einer vermeint-

4 BSG 18.6.2013 – B 2 U 7/12 R, SozR 4-2700 § 8 Nr. 48.

5 BSG 16.2.1971 – 1 RA 113/70, BSGE 32, 203 = SozR Nr. 15 zu § 1263a a.F. RVO.

6 BSG 2.11.1999 – B 2 U 47/98 R, SozR 3-1300 § 48 Nr. 67; BSG 16.2.1971 – 1 RA 113/70 (Fn. 5); LSG Berlin-Brandenburg 29.4.2010 – L 2 U 1144/05, juris.

lichen Pflicht aus dem Beschäftigungsverhältnis nachzugehen, sofern sie nach den gegebenen Umständen annehmen dürfen, sie treffe eine solche Pflicht, oder wenn sie betriebsbezogene Rechte aus der Beschäftigung wahrnehmen.“⁷ Versicherte Tätigkeiten sind gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 5 SGB VII auch das mit einer versicherten Tätigkeit zusammenhängende Verwahren, Befördern, Instandhalten und Erneuern eines Arbeitsgeräts oder einer Schutzausrüstung sowie deren Erstbeschaffung, wenn diese auf Veranlassung des Unternehmens erfolgt. In einer Tätigkeit im Home Office ist deshalb neben der eigentlichen Arbeitsleistung beispielsweise auch das Verbringen von Unterlagen in einen gesicherten Aktenschrank versichert,⁸ ebenso die Reparatur des Faxgerätes oder die Entgegennahme dienstlicher Pakete. Teil der versicherten Tätigkeit sind dabei auch Betriebswege; dies sind Wege, die in Ausübung der versicherten Tätigkeit zurückgelegt werden und damit der Ausübung der versicherten Tätigkeit gleichstehen. Sie werden im unmittelbaren Betriebsinteresse unternommen und unterscheiden sich von Wegen nach und von dem Ort der Tätigkeit dadurch, dass sie der versicherten Tätigkeit nicht lediglich vorausgehen oder sich anschließen. Sie *dienen* der versicherten Tätigkeit und sind dieser daher zuzurechnen. Betriebswege sind beispielsweise Fahrten zu Kunden oder Geschäftspartnern oder Wege zur Beschaffung von Büromaterialien oder zur Aufgabe von Briefpost.

2. Wege zu und von der Arbeitsstätte

Das Zurücklegen des mit der versicherten Tätigkeit zusammenhängenden unmittelbaren Weges nach und von dem Ort der Tätigkeit ist gleichermaßen versichert (sog. Wegeunfall). Dies umfasst, wie vorstehend ausgeführt, den Weg zur versicherten Tätigkeit ab dem Durchschreiten der Außenhaustür. Sofern sich Wohn- und Betriebsräume im selben Gebäude befinden, waren nach früherer Rechtsprechung Wege zur Aufnahme der Tätigkeit regelmäßig nicht versichert; erst wenn der Arbeitnehmer die häusliche Arbeitsstätte erreicht hatte, konnte demnach Versicherungsschutz eintreten. Die Abgrenzung erfolgte demnach nach der Widmung der Räume, in denen sich der Unfall ereignete. Im privaten Wohnbereich wurde Versicherungsschutz allenfalls in Ausnahmefällen anerkannt, etwa wenn die Unfallsituation wie im Falle einer Rufbereitschaft durch die betrieblich begründete Notwendigkeit, sofort zu handeln, wesentlich mitgeprägt war.⁹ Das Aufsuchen beruflich genutzter Räume, das „bloße Sich-Hinwenden zu

7 BSG 15.5.2012 – B 2 U 8/11 R, SozR 4-2700 § 2 Nr. 20.

8 Sofern die Beförderung maßgeblich zum Zwecke der Ver- bzw. Entwahrung erfolgt und die Arbeitsmittel nicht lediglich auf einem ohnehin zurückgelegten Weg mitgeführt werden, BSG 12.12. 2006 – B 2 U 28/05 R (Fn. 2).

9 BSG 26.6. 1985 – 2 RU 71/84, SozR 2200 § 548 Nr. 72; BSG 27.11. 1980 – 8a Ru 12/79, SozR 2200 § 548 Nr. 51.

der betrieblichen Tätigkeit“, wurde ebenfalls noch als Teil der privaten Verrichtung angesehen.¹⁰ Bei einer gemischten betrieblichen und privaten Nutzung von Räumen wurde Versicherungsschutz nur dann bejaht, wenn nicht nur im Unfallzeitpunkt eine betriebliche Nutzung erfolgt war, sondern wenn der konkrete Unfallort wesentlich auch betrieblichen Zwecken diene und hierfür nicht nur gelegentlich, sondern ständig, mindestens zwei bis drei Mal wöchentlich, für betriebliche Zwecke genutzt wurde.¹¹

Das BSG hat bereits 2016 erste Zweifel geäußert, ob an dieser Rechtsprechung festzuhalten sei. Bei der Frage, ob eine Wegstrecke der versicherten Tätigkeit zuzurechnen und daher als Betriebsweg versichert sei, sei es für das zu prüfende Betriebsinteresse unabhängig von dem konkreten Umfang der betrieblichen oder privaten Nutzung des konkreten Unfallortes primär entscheidend, welche konkrete Verrichtung mit welchem Ziel im Moment des Unfalls ausgeübt worden sei. Maßstab sei insoweit die „objektivierte Handlungstendenz“; wolle der Beschäftigte eine dem Unternehmen dienende Tätigkeit ausüben und werde diese Handlungstendenz durch die objektiven Umstände des Einzelfalls bestätigt, so liege eine versicherte Tätigkeit vor.¹² Diese Rechtsprechung hat das BSG in zwei Entscheidungen 2017 fortgeführt. Demnach ist bei der Feststellung eines Arbeitsunfalls im häuslichen Bereich nicht vorrangig die – quantitativ zu bestimmende – Häufigkeit der betrieblichen oder privaten Nutzung des Unfallortes zu ermitteln. Es ist folglich auch nicht mehr und ausschließlich auf eine wie auch immer geartete objektive Widmung der Privaträume oder die Häufigkeit bzw. das Ausmaß der betrieblichen Nutzung des konkreten Unfallortes abzustellen. Entscheidend ist vielmehr, welche konkrete Verrichtung zu welchem Zweck der Beschäftigte im Zeitpunkt des Unfalls ausübte; zum Zwecke der Objektivierung der betrieblichen Zielsetzung können dabei allerdings auch weiterhin äußere Anhaltspunkte (Ort des Unfallgeschehens, dessen objektive Zweckbestimmung, äußere Umstände, Unfallzeitpunkt) als Indiz Berücksichtigung finden.¹³ Der Sturz auf der Treppe auf dem Weg in den betrieblich genutzten Kellerraum, um ein Telefonat mit dem Geschäftsführer zu führen, ist demnach versichert;¹⁴ bei einem Sturz zwischen einem Serverraum im Keller und höher gelegenen Büroräumen um 1.30 Uhr nachts auf einer Treppe, die gleichermaßen zu den höher gelegenen Wohnräumen führt, sind demgegenüber vermehrt Anstrengungen zu

10 BSG 30.11. 1972 – 2 RU 169/71, juris; BSG 29.1. 1960 – 2 RU 47/58, SozR Nr. 20 zu § 543 RVO; BSG 29.1. 1960 – 2 RU 265/56, BSGE 11, 267; BSG 24.5. 1960 – 2 RU 122/59, SozR Nr. 26 zu § 542 RVO.

11 BSG 12.12. 2006 – B 2 U 1/06 R, SozR 4-2700 § 8 Nr. 21; BSG 27.10. 1987 – 2 RU 32/87, juris.

12 BSG 5.7. 2016 – B 2 U 5/15 R (Fn. 2).

13 BSG 31.8. 2017 – B 2 U 9/16 R, SozR 4-2700 § 8 Nr. 63.

14 BSG 27.11. 2018 – B 2 U 28/17 R, SozR 4 (vorgesehen).

unternehmen, um die behauptete betriebliche Handlungstendenz zu objektivieren.¹⁵

Dementsprechend sind auch Wege, die ein im Home Office beschäftigter Arbeitnehmer unternimmt, um Speisen oder Getränke zu sich zu nehmen oder die Toilette aufzusuchen, grundsätzlich nicht versichert, da sie privaten Verrichtungen dienen. Insoweit besteht ein Unterschied zu den in einem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern, bei denen zwar die private Verrichtung der Nahrungsaufnahme und des Toilettengangs an sich ebenfalls nicht unter Versicherungsschutz steht, wohl aber der Weg dahin. Die unterschiedliche Behandlung rechtfertigt sich dadurch, dass der Weg im Betrieb durch die Notwendigkeit geprägt ist, persönlich im Betrieb anwesend zu sein und dort betriebliche Tätigkeiten zu verrichten, häufig auch geprägt von Zwängen hinsichtlich Zeit und Ort der Nahrungsaufnahme. Im Home Office bestehen derartige Zwänge nicht, zudem kann der Arbeitnehmer mögliche Gefahren in der privaten Risikosphäre selbst beseitigen oder reduzieren.¹⁶ Der Weg vom Home Office in die Küche, um den normalen oder auch krankheitsbedingt erhöhten Flüssigkeitsbedarf zu befriedigen, steht deshalb nicht unter Versicherungsschutz;¹⁷ anders kann dies sein, wenn durch die Aufnahme von Speisen oder Getränken die Arbeitsfähigkeit nicht nur erhalten, sondern wieder hergestellt werden muss oder die versicherte Tätigkeit ein besonderes Hunger- oder Durstgefühl verursacht hat, das sonst nicht oder später aufgetreten wäre.¹⁸ Ausnahmsweise kann zudem auch die Nahrungsaufnahme selbst versicherte Tätigkeit sein, wenn sie durch betriebliche Umstände geprägt ist, etwa wenn aufgrund Zeitmangels die Nahrungsaufnahme am Arbeitsplatz erfolgen muss.¹⁹

Dient die zum Unfall führende Verrichtung gleichermaßen betrieblichen wie privaten Zwecken (sog. gespaltene Handlungstendenz), so besteht Versicherungsschutz, wenn die konkrete Verrichtung hypothetisch auch dann vorgenommen wäre, wenn die private Motivation des Handelns entfallen wäre, wenn also die Verrichtung nach den objektiven Umständen in ihrer konkreten, tatsächlichen Ausgestaltung ihren Grund in der versicherten Handlungstendenz findet.²⁰ Verunfallt ein Arbeitnehmer im Home Office beispielsweise auf dem Weg zur Tür, weil er einen Paket-

¹⁵ BSG 27.11. 2018 – B 2 U 8/17 R, SozR (vorgesehen).

¹⁶ BSG 5.7. 2016 – B 2 U 5/15 R (Fn. 2); offengelassen wurde allerdings, ob bei Arbeitnehmern, die ihre Tätigkeit vollständig im Home Office erbringen, aus Gründen der Gleichbehandlung täglich jedenfalls ein Weg zur Nahrungsaufnahme unter Versicherungsschutz stehen muss: BSG 18.6. 2013 – B 2 U 7/12 R (Fn. 4).

¹⁷ BSG 5.7. 2016 – B 2 U 5/15 R (Fn. 2).

¹⁸ BSG 24.2. 2000 – B 2 U 20/99 R, SozR 3-2200 § 548 Nr. 36.

¹⁹ BSG 10.10. 2002 – B 2 U 6/02 R, SozR 3-2700 § 8 Nr. 11.

²⁰ BSG 26.6. 2014 – B 2 U 4/13 R –, SozR 4-2700 § 8 Nr. 52.

boten erwartet, der entweder betriebliche oder private Paketpost anliefert, so wäre dieser Weg versichert;²¹ sucht der Arbeitnehmer demgegenüber ein Restaurant auf, um dort zu essen und gleichzeitig zu arbeiten, so fehlt es an der betrieblichen Veranlassung, da der Schwerpunkt der Motivation auf der Nahrungsaufnahme liegt, ohne die der Arbeitnehmer das Restaurant zu lediglich betrieblichen Zwecken nicht aufgesucht hätte.²² Dementsprechend entfällt bei mobiler Arbeit der Versicherungsschutz auf dem Weg zum konkreten Arbeitsplatz, wenn die Wahl des Arbeitsortes – etwa bei Arbeitsleistung im Bistro oder am Badensee – auch durch private Interessen geprägt ist.

3. Wege zur Gewährleistung der Kinderbetreuung

§ 8 Abs. 2 Nr. 3 SGB VII stellt zusätzlich eine Abweichung von dem direkten Weg zur und von der Arbeitsstätte unter Versicherungsschutz, wenn diese dazu dient, im eigenen Haushalt lebende Kinder wegen der beruflichen Tätigkeit fremder Obhut anzuvertrauen. Das Verbringen von Kindern in die Kindertagesstätte oder zu einer Pflegeperson auf dem Weg zur Arbeit steht deshalb unter Versicherungsschutz. Eine vergleichbare Regelung für Arbeitnehmer, die ihre Arbeit im Home Office erbringen und ihre Kinder von dort aus in fremde Obhut verbringen, existiert nicht. Eine entsprechende Anwendung des § 8 Abs. 2 Nr. 3 SGB VII scheidet nach Auffassung des LSG Niedersachsen-Bremen²³ ungeachtet der vergleichbaren Interessenlage aus, da eine planwidrige Regelungslücke im Gesetz nicht bestehe. Auch das BSG hat in der Vergangenheit darauf hingewiesen, dass die Entscheidung darüber, ob der Versicherungsschutz bei zunehmender Verlagerung von Bürotätigkeiten auf Telearbeitsplätze zu erweitern und Wege zur Verbringung in Obhut auch in diesen Fällen unter Versicherungsschutz zu stellen seien, von dem Gesetzgeber zu treffen sei und nicht der Rechtsprechung zustehe.²⁴ Nach derzeitiger Rechtsprechung stehen die Wege vom Home Office zum Ort der Kinderbetreuung deshalb nicht unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung; bei den aktuellen politischen Diskussionen über die mögliche Schaffung eines Anspruchs auf mobile Arbeit sollte dieser Aspekt deshalb nicht unberücksichtigt bleiben.

21 LSG Sachsen-Anhalt 21.6. 2018 – L 6 U 106/16, juris.

22 BSG 18.6. 2013 – B 2 U 7/12 R (Fn. 4).

23 LSG Niedersachsen-Bremen 26.9. 2018 – L 16 U 26/16, juris; anhängig BSG B 2 U 14/18 R; eine Analogie befürwortend *Spellbrink*, Unfallversicherungsschutz bei Tätigkeiten im Home Office und bei Rufbereitschaft, NZS 2016, 527, 531.

24 BSG 12.1. 2010 – B 2 U 35/08 R, SozR 4-2700 § 8 Nr. 36.

4. Kausalität zwischen versicherter Tätigkeit, Arbeitsunfall und Gesundheitsschaden

Die Ausübung der versicherten Tätigkeit muss den Arbeitsunfall, und in gleicher Weise muss der Arbeitsunfall den Gesundheitsschaden oder den Tod sowohl objektiv als auch rechtlich wesentlich verursacht haben. Die Kausalität setzt damit auch eine wertende Zurechnung der Zusammenhänge voraus. Grundlegend hierzu sind die Ausführungen des BSG zur haftungsbegründenden Kausalität²⁵:

a) *Conditio sine qua non*

Auf der ersten Stufe setzt die kausale Zurechnung voraus, dass der Arbeitsunfall durch die versicherte Tätigkeit objektiv (mit-) verursacht wurde. Für Einbußen des Verletzten, für welche die versicherte Tätigkeit keine Wirkursache war, besteht schlechthin kein Versicherungsschutz und hat der Unfallversicherungsträger nicht einzustehen. Wirkursachen sind nur solche Bedingungen, die erfahrungsgemäß die infrage stehende Wirkung ihrer Art nach notwendig oder hinreichend herbeiführen. Insoweit ist Ausgangspunkt der Zurechnung die naturwissenschaftlich-philosophische Bedingungstheorie, nach der schon jeder beliebige Umstand als notwendige Bedingung eines Erfolgs gilt, der nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiere (*conditio sine qua non*).

b) Zurechnung zu versichertem Risiko

In der gesetzlichen Unfallversicherung muss eine versicherte Tätigkeit, die im Sinne der „*conditio*-Formel“ eine erforderliche Bedingung des Erfolges war, darüber hinaus in einer besonderen tatsächlichen und rechtlichen Beziehung zu diesem Erfolg stehen. Sie muss Wirkursache des Erfolgs gewesen sein, muss ihn tatsächlich mitbewirkt haben und darf nicht nur eine zufällige Randbedingung gewesen sein. Dies ist eine rein tatsächliche Frage, die aus der nachträglichen Sicht (*ex post*) nach dem jeweils neuesten anerkannten Stand des Fach- und Erfahrungswissens über Kausalbeziehungen beantwortet werden muss. Steht die versicherte Tätigkeit als eine der Wirkursachen fest, muss daher auf der zweiten Stufe die Wirkung rechtlich unter Würdigung auch aller auf der ersten Stufe festgestellten mitwirkenden unversicherten Ursachen die Realisierung einer in den Schutzbereich des jeweils erfüllten Versicherungstatbestands fallenden Gefahr sein. Bei dieser reinen Rechtsfrage nach der „Wesentlichkeit“ der versicherten Verrichtung für den Erfolg der Einwirkung muss entschieden werden, ob sich durch das versicherte Handeln ein Risiko verwirklicht hat, gegen das der jeweils erfüllte Versicherungstatbestand gerade Schutz gewähren soll. Eine Rechtsvermutung dafür, dass die versicherte Verrich-

25 BSG 13.11. 2012 – B 2 U 19/11 R, BSGE 112, 177 Rn. 31 ff.

tung wegen ihrer objektiven Mitverursachung der Einwirkung auch rechtlich wesentlich war, besteht nicht. Die Wesentlichkeit der Wirkursache ist vielmehr zusätzlich und eigenständig nach Maßgabe des Schutzzwecks der jeweils begründeten Versicherung zu beurteilen. In der gesetzlichen Unfallversicherung ist deshalb auf zweiter Stufe der Kausalitätsbeurteilung festzustellen, ob sich ein aus der versicherten Tätigkeit herrührendes oder dieser zumindest zuzurechnendes Risiko verwirklicht hat. Sofern neben der versicherten Wirkursache auch andere, unversicherte, Mitursachen bestehen, können diese die Zurechnung ausschließen. Das ist der Fall, wenn die unversicherten Wirkursachen das Unfallgeschehen derart geprägt haben, dass sie die versicherte Wirkursache verdrängen, so dass der Schaden „im Wesentlichen“ rechtlich nicht mehr dem Schutzbereich des jeweiligen Versicherungstatbestands unterfällt. Bei dieser Subsumtion sind die versicherten und die auf der ersten Zurechnungsstufe festgestellten unversicherten Wirkursachen und ihre Mitwirkungsanteile in einer rechtlichen Gesamtbeurteilung anhand des zuvor festgestellten Schutzzwecks des Versicherungstatbestands zu bewerten. Unter Berücksichtigung der Auffassung des praktischen Lebens ist abzuwägen, ob der Schaden den versicherten oder den unversicherten Wirkursachen zuzurechnen ist.

c) Einfluss einer nicht versicherten Wirkursache

Nicht dem Schutzbereich der gesetzlichen Unfallversicherung zuzurechnen sind deshalb Arbeitsunfälle, die auf einer inneren Ursache beruhen, etwa auf einem Herzinfarkt oder einem Schwächeanfall. Demgegenüber kann eine kausale Zurechnung auch in diesen Fällen vorgenommen werden, wenn die innere Ursache durch eine äußere betriebliche Belastungssituation hervorgerufen²⁶ oder die Unfallfolgen durch betriebliche Besonderheiten verschlimmert wurden („unversicherter Schwächeanfall mit Sturz von der Leiter“).²⁷ Sofern gleichzeitig betriebliche und private Tätigkeiten verrichtet werden („gemischte Tätigkeit“), ist die Mitverursachung des Unfalls durch die versicherte Tätigkeit ausreichend, es sei denn, die unversicherten Wirkursachen prägen das Unfallgeschehen maßgeblich. So liegt kein versicherter Arbeitsunfall vor, wenn auf einem Betriebsweg gleichzeitig der eigene Hund ausgeführt wird und das Unfallgeschehen dadurch geprägt ist, dass der 33 kg schwere Hund an der Leine gerissen und dadurch den Sturz des Arbeitnehmers verursacht hat.²⁸ Unternimmt

26 LSG Saarland 22.6.2018 – L 7 U 8/17, juris: Kreislaufkollaps nach starker Sonneneinstrahlung und Flüssigkeitsmangel; BSG 27.10.1987 – 2 RU 35/87, SozR 2200 § 589 Nr. 10: Hausschlachtung bei Vorschädigung des Herzens.

27 LSG Baden-Württemberg 14.12.2018 – L 8 U 4654/17, juris; BSG 15.2.2005 – B 2 U 1/04 R, SozR 4-2700 § 8 Nr. 12.

28 LSG Niedersachsen-Bremen vom 29.08.2018 – L 3 U 184/16, juris.

der Arbeitnehmer während einer Rufbereitschaft einen Spaziergang, um seinen Hund auszuführen, und führt er gleichzeitig ein dienstlich veranlasstes Telefonat, so ist für die Bewertung eines dabei eingetretenen Unfalls zu prüfen, ob der Sturz durch das vom Telefonieren unabhängige Spaziergehen mit dem Hund oder das die Fortbewegung beeinflussende Telefonat rechtlich wesentlich bedingt war. Entscheidend ist auch insoweit, ob sich infolge der während der Rufbereitschaft konkret ausgeübten und versicherten Verrichtung eine durch die gesetzliche Unfallversicherung geschützte Gefahr verwirklicht hat oder ob stattdessen eine unversicherte Wirkursache für das Unfallereignis verantwortlich ist.²⁹ Stolpert schließlich ein Arbeitnehmer im Home Office bei einer betrieblichen Verrichtung über seinen (nicht als Nutztier einzustufenden) privaten Hund und beißt dieser daraufhin instinktiv zu, so ist die wesentliche Ursache der durch den Biss verursachten Verletzung nicht die unfallversicherte Verrichtung, sondern die dem privaten Bereich zuzuordnende spezifische Tiergefahr im Sinne des § 833 Satz 1 BGB.³⁰

5. Fazit

Mobile Arbeit begründet Risiken für Arbeitnehmer, da nicht nur die Wahl des Arbeitsortes, sondern auch die Vermischung betrieblicher und privater Interessen zum Wegfall des Versicherungsschutzes in der gesetzlichen Unfallversicherung führen kann. Der Abschluss zusätzlicher privater Versicherungen ist deshalb zur Wahrung eines angemessenen Schutzniveaus unabdingbar.

IV. Arbeitsschutz im Home- oder Mobile Office

Die arbeitsschutzrechtlichen Pflichten des Arbeitgebers entfallen nicht durch eine Flexibilisierung des Arbeitsortes, vielmehr sind sie an die Besonderheiten dieser Beschäftigungsform anzupassen.

1. Vorgaben der ArbStättV

Die Vorgaben der Arbeitsstättenverordnung sind zu wahren, wenn der Arbeitgeber Telearbeitsplätze einrichtet. Diese sind gemäß § 2 Abs. 7 ArbStättV als vom Arbeitgeber fest eingerichtete Bildschirmarbeitsplätze im Privatbereich der Beschäftigten definiert, für die der Arbeitgeber eine mit den Beschäftigten vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit und die Dauer der Einrichtung festgelegt hat. Ein Telearbeitsplatz ist vom Arbeitgeber insoweit erst dann eingerichtet, wenn Arbeitgeber und Beschäftigte die Bedingungen der Telearbeit arbeitsvertraglich oder im Rahmen einer Ver-

29 BSG 26.6. 2014 – B 2 U 4/13 R (Fn. 20); vgl. auch SG Frankfurt 18.10. 2018 – S 8 U 27/16, juris.

30 LSG Baden-Württemberg 21.3. 2019 – L 6 U 3979/18, juris.

einbarung festgelegt haben und die benötigte Ausstattung des Telearbeitsplatzes mit Mobiliar, Arbeitsmitteln einschließlich der Kommunikationseinrichtungen durch den Arbeitgeber oder eine von ihm beauftragte Person im Privatbereich des Beschäftigten bereitgestellt und installiert ist. Dabei sind Bildschirmarbeitsplätze nach den Vorgaben in Ziffer 6 des Anhangs zur ArbStättV auszugestalten.

Für diese Arbeitsplätze sieht die ArbStättV gemäß §§ 1 Abs. 3, 3 ArbStättV vor, dass eine Gefährdungsbeurteilung bei der erstmaligen Einrichtung des Telearbeitsplatzes vorzunehmen ist, soweit der Arbeitsplatz von dem Arbeitsplatz im Betrieb abweicht. Um diese Gefährdungsbeurteilung durchführen zu können, benötigt der Arbeitgeber ein Zutrittsrecht zu der Wohnung des Arbeitnehmers, das im Rahmen der Vereinbarung über die Telearbeit vorgesehen werden sollte; alternativ besteht die Möglichkeit, die häuslichen Umstände zu erfragen und fotografisch dokumentieren zu lassen. Der Arbeitgeber hat die Gefährdungsbeurteilung vor Aufnahme der Tätigkeit gemäß § 3 Abs. 3 ArbStättV zu dokumentieren und dabei anzugeben, welche Gefährdungen am Arbeitsplatz auftreten können und welche Maßnahmen zum Schutz des Beschäftigten durchgeführt werden müssen. Der Arbeitnehmer ist gemäß § 6 ArbStättV anhand der Ergebnisse der Gefährdungsbeurteilung zu unterweisen.

2. Vorgaben des ArbSchG

Auf Arbeitsplätze, die nicht als Telearbeitsplatz im Sinne von § 2 Abs. 7 ArbStättV gelten, insbesondere bei der mobilen Arbeit an wechselnden Arbeitsplätzen außerhalb des Privatbereichs des Arbeitnehmers, findet die ArbStättV keine Anwendung. Es bleibt indes hier bei den allgemeinen Verpflichtungen des Arbeitgebers aus dem Arbeitsschutzgesetz; demnach ergibt sich die Verpflichtung zur Gefährdungsbeurteilung aus § 5 ArbSchG; gemäß §§ 3, 4 ArbSchG hat der Arbeitgeber die sich hieraus ergebenden erforderlichen Maßnahmen zur Gewährleistung von Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer zu ergreifen.³¹ Da insbesondere bei mobiler Arbeit die Einflussmöglichkeiten des Arbeitgebers auf die Arbeitsumgebung begrenzt sind, besteht hier eine verstärkte Verantwortung der Arbeitnehmer gemäß § 15 Abs. 1 ArbSchG, für ihre Sicherheit und Gesundheit Sorge zu tragen; umgekehrt besteht eine erhöhte Pflicht des Arbeitgebers zur Unterweisung des Arbeitnehmers über Sicherheit und Gesundheitsschutz gemäß § 12 ArbSchG.

31 Ausführlich Oberthür, Die Arbeitssicherheit im Mobile Office, NZA 2013, 246.

Diskussion*

Angelehnt an die Mitbestimmung des Betriebsrats im Bereich des Arbeitsschutzes fragte Dr. *Hans-Christoph Schimmelpfennig* (Noerr LLP, München), ob nicht auch diesem ein Zutrittsrecht zur Wohnung des Arbeitnehmers zugestanden werden müsse.

Dr. *Nathalie Oberthür* (R/P/O Rechtsanwälte, Köln) verneinte dies mit der Begründung, dass der Betriebsrat für die Gefährdungsbeurteilung nicht zuständig sei.

Prof. Dr. *Christian Picker* (Universität Konstanz) verwies auf § 2 Abs. 7 ArbStättV. Die Norm sei, unter Berücksichtigung der Konkretisierungen durch die Bildschirmverordnung, eng gefasst, so dass die bloße Arbeit am Laptop beispielsweise nicht vom Schutzbereich erfasst werde. Er fragte, ob der Arbeitgeber, der dem Arbeitnehmer lediglich gestatte, im Home Office tätig zu werden, in der Konsequenz Maßnahmen nach den allgemeinen Vorgaben des ArbPlSchG ergreifen müsse.

Dr. *Oberthür* entgegnete, dies sei vom Umfang der Vereinbarung abhängig. Handele es sich tatsächlich um einen Teil der geschuldeten Tätigkeit, ließen sich entsprechende Verpflichtungen aus dem ArbSchG herleiten. Anders sei dies aus ihrer Sicht im Falle einer bloßen Arbeitsgelegenheit.

Dr. *Daniela Hansen* (Verband der Metall- und Elektro-Unternehmen Hessen, Frankfurt am Main) fragte nach dem Versicherungsschutz bei einer bloßen Duldung der Arbeit im Home Office.

Dr. *Oberthür* verneinte den Versicherungsschutz für diesen Fall.

Dr. *Markus Sprenger* (Kommunaler Arbeitgeberverband Hessen, Frankfurt am Main) erkundigte sich nach dem Versicherungsschutz im Rahmen von Mobiler Arbeit. Besonders interessiere ihn, wie dieser im Hinblick auf die Wegeunfälle zu bewerten sei.

Dr. *Oberthür* antwortete, sobald der Arbeitnehmer zur Arbeit übergehe, greife der Versicherungsschutz ein, und zwar unabhängig von dem Ort der Tätigkeit. Die Wegezeiten seien deshalb problematisch, weil die betriebliche Handlungstendenz häufig durch eine private überlagert werde, und dem Arbeitnehmer damit nur selten der Nachweis gelinge, den Weg aus rein betrieblichen Absichten angetreten zu haben.

Professor Dr. *Richard Giesen* (ZAAR, München) merkte an, dass dies auf eine Überprüfung der Handlungstendenz auch unterwegs hinauslaufe.

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Laura Herbst*.

Beispielhaft sei die in der Praxis oft anzutreffende Arbeit auf einer privaten Reise. Das Problem des Versicherungsschutzes einer Tätigkeit im häuslichen Umfeld im Rahmen von Mobiler Arbeit lasse sich auf die arbeitsschutzrechtliche Seite ausweiten. Rein faktisch könne der Beschäftigte einen eingerichteten Arbeitsplatz im privaten Umfeld auch bei mobiler Arbeit haben, dieser unterliege dann aber nicht den Anforderungen der ArbStättV, womit auch die Gefährdungsbeurteilung nicht im entsprechenden Umfang erfolge.

Im Zusammenhang mit der Arbeit auf privaten Reisen verwies Dr. *Oberthür* auf die versicherungsrechtlichen Risiken für Beschäftigte, die um die Grenzen des Versicherungsschutzes häufig nicht wüssten. Die Reise wäre aus rein betrieblichen Motiven nicht angetreten worden, damit müsse Versicherungsschutz abgelehnt werden.

Professor *Giesen* fügte hinzu, im Home Office werde der Nachweis der Handlungstendenz künftig die meisten Probleme bereiten.

Dr. *Oberthür* stimmte dem zu und betonte die Feststellungslast, die dahingehend beim Beschäftigten liege.

Sachregister

Arbeitsbedingungen 73, 80

- Arbeitsort 73, 75, 78, 80, 90, 95, 105
- alternierende Telearbeit 81, 99, 102
- Direktionsrecht 75, 89
- Flexibilität 73, 77
- Heimarbeiter 89-91
- Home Office 7, 73, 75-78, 80-91, 94, 96, 98 99, 102, 104

Arbeitsschutz 7, 70, 86, 93, 102-105

Arbeitszeit 13, 15-18, 22, 25-29, 39, 47, 58, 66, 73, 78, 86, 89-91, 94

Betriebsrat 26, 73, 75, 82-84, 87, 91, 104

- Betriebsvereinbarung 74, 84-88
- Mitbestimmungsrechte 83, 91, 104

Beurlaubung 45, 49, 52, 59, 70

Diskriminierung 14, 36

Elternzeit 14, 19, 33, 42, 70

Hein 5, 19, 30, 31, 34, 38, 48

KHS 18, 21, 56, 61

King 47, 53, 54, 58, 60-62, 67

Kreuziger 5, 54, 57-61, 67

Kündigung 45, 48-53, 66, 69, 75, 81, 88

Max-Planck 54, 57-63, 67

Mehrurlaub 14, 35, 39, 41

New Work 75-84

Robinson-Steele 15, 16

Ruhezeit 54, 78

Schultz-Hoff 5, 15-18, 21-23, 46, 56, 62, 65

Teilzeitarbeit 13, 18, 22, 25-29, 34, 36-39, 42, 70

Unfallversicherungsschutz 94-105

- Arbeitsunfall 93, 95-102
- versicherte Tätigkeit 95-100, 105
- Wegeunfall 96-99
- Zurechnungszusammenhang 100-102

Urlaub 5, 7, 14-71

- Abgeltungsanspruch 7, 45, 51, 61-66, 70
- Abgeltungsverbot 52, 62, 69
- Anrechnung 45, 53
- bezahlter Jahresurlaub 7, 13, 18, 28, 32, 38-40, 54, 63-65, 69
- Bezahlung 20, 39
- Disposition 23, 24
- Erfüllung 7, 45
- Freistellung 14, 16, 20, 23, 27, 34, 47
- Mindesturlaub 5, 31, 33, 37, 40, 46
- Sonderurlaub 14, 22, 33, 39, 42

- Teilurlaub 22, 35, 45, 52
- Vollurlaub 45, 52
- Urlaubsanspruch 7, 13, 15-28, 33, 36-39, 41, 45-70
- Ansammlung 45, 54, 60-62
- Einheitsanspruch 45, 47, 49
- Inanspruchnahme 17, 33, 37, 40, 45, 48, 54-60, 70
- Schadensersatzanspruch 55, 64
- Übertragung 14, 16, 18, 55, 59, 61
- Urlaubsdauer 13, 17, 19, 25, 28, 30, 35
- Berechnung 13, 27
- Saisonkurzarbeit 19, 30
- Urlaubsentgelt 5, 13, 15-17, 19, 21, 27, 29, 36, 38, 47, 67
- Bezugszeitraum 13, 30, 54, 56, 62
- Urlaubsverfall 5, 7, 45, 53-63, 67, 69-71
- Urlaubszeit 21, 30, 47, 60, 70

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Richard Giesen, Abbo Junker und
Volker Rieble

ISSN 1863-0847

- Band 1 Zukunft der Unternehmensmitbestimmung
 1. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2 Zukunft des Arbeitskampfes
 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3 Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit
 2. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
- Band 4 Robert Lubitz
 Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5 Transparenz und Reform im Arbeitsrecht
 2. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6 Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?
 3. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7 Till Brocker
 Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

-
- | | |
|---------|---|
| Band 8 | Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9) |
| Band 9 | Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8) |
| Band 10 | Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2 |
| Band 11 | Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9 |
| Band 12 | Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6 |
| Band 13 | Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0 |
| Band 14 | Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7 |
| Band 15 | Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4 |
| Band 16 | Kartellrecht und Arbeitsmarkt
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7 |
| Band 17 | Bernd Wiebauer
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4 |
| Band 18 | Neues Arbeitskampfrecht?
7. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1 |

-
- Band 19 Christian A. Velten
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und
arbeitsrechtliche Analyse
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern
2. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble
Verfassungsfragen der Tarifeinheit
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9
- Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche
Herausforderung
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6
- Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und
arbeitsrechtliche Entgeltsysteme
8. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3
- Band 25 Richard Giesen
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-
Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0
- Band 26 Freie Industriedienstleistung als Alternative zur
regulierten Zeitarbeit
3. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-20-6
- Band 27 Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf
Unternehmensautonomie und Marktverhalten
8. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-21-3
- Band 28 Onur Sertkol
Deutsch-Türkische Integration am Arbeitsplatz
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-22-0

-
- | | |
|---------|---|
| Band 29 | Know-how-Schutz im Arbeitsrecht
9. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-23-7 |
| Band 30 | Volker Rieble/Clemens Latzel
Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-24-4 |
| Band 31 | Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]
4. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-25-1 |
| Band 32 | Stephan Vielmeier
Tarifzensur
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-26-8 |
| Band 33 | Funktionswandel der Sozialversicherung – von der
Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum
Marktakteur
10. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-27-5 |
| Band 34 | Stephan Serr
Private Tariftreue
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-29-9 |
| Band 35 | Compliance im kollektiven Arbeitsrecht
5. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-30-5 |
| Band 36 | Neue Tarifrechtspolitik?
11. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-31-2 |
| Band 37 | Entgrenzter Arbeitskampf?
6. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-32-9 |
| Band 38 | Vergaberecht und Arbeitsbedingungen
12. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-33-6 |
| Band 39 | Industrie 4.0 als Herausforderung des Arbeitsrechts
7. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2016, ISBN 978-3-939671-34-3 |
| Band 40 | Daniel Dommermuth-Alhäuser
Arbeitsrechtsmissbrauch
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-35-0 |

-
- Band 41 Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht
 13. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2016, ISBN 978-3-939671-36-7
- Band 42 Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts
 8. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2017, ISBN 978-3-939671-37-4
- Band 43 Arbeitskampf, Verhandlung und Schlichtung
 14. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2018, ISBN 978-3-939671-38-1
- Band 44 Bewegliche Mitbestimmung
 9. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2018, ISBN 978-3-939671-39-8
- Band 45 Arbeitszeitmodelle der Zukunft
 15. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2019, ISBN 978-3-939671-40-4
- Band 46 Julia Pacha
 Crowdwork
 ZAAR Verlag 2018, ISBN 978-3-939671-41-1
- Band 47 Neues Arbeitnehmerentsenderecht
 10. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2019, ISBN 978-3-939671-42-8