

# Urteilsanmerkungen

## Europäischer Gerichtshof

### Urlaub von Teilzeitbeschäftigten

*Beschluss des Europäischen Gerichtshofs vom 13.6. 2013  
– Rechtssache Brandes\**

von Dr. *Clemens Latzel*, München\*\*

#### Tenor des Beschlusses

*Das einschlägige Unionsrecht, insbesondere Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung und § 4 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit im Anhang der Richtlinie 97/81/EG, ist dahin auszulegen, dass es nationalen Bestimmungen oder Gepflogenheiten wie den im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, nach denen die Zahl der Tage bezahlten Jahresurlaubs, die ein vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer im Bezugszeitraum nicht in Anspruch nehmen konnte, wegen des Übergangs dieses Arbeitnehmers zu einer Teilzeitbeschäftigung entsprechend dem Verhältnis gekürzt wird, in dem die von ihm vor diesem Übergang geleistete Zahl der wöchentlichen Arbeitstage zu der danach geleisteten Zahl steht.*

#### Ausgangsverfahren

*Bianca Brandes* war beim Land Niedersachsen in Vollzeit angestellt. Im Jahr 2010 ging sie in Mutterschutz und anschließend in Elternzeit. Danach nahm sie ihre Tätigkeit mit halbem Umfang – verteilt auf drei Arbeitstage pro Woche – wieder auf. Frau *Brandes* konnte unstrittig 22 Urlaubstage im Jahr 2010 und sieben Urlaubstage im Jahr 2011 – jeweils berechnet auf Vollzeitbasis – nicht nehmen und meinte, diese Urlaubstage stünden ihr nun trotz ihrer Teilzeitbeschäftigung *ungeschmälert* zu. Das lehnte ihr Arbeitgeber ab, weshalb sich Frau *Brandes* an das Arbeitsgericht (ArbG) Nienburg mit dem Antrag wandte, festzustellen, dass sie „aus den Jahren 2010 und 2011 einen restlichen Urlaubsanspruch von 29 Arbeitstagen“ hat. Das beklagte Land erwiderte, der Resturlaubsanspruch der Klägerin sei mit ihrem Wechsel von Voll- in

---

\* Europäischer Gerichtshof (EuGH) 13.6. 2013 – C-415/12, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2013, 775 (Brandes).

\*\* Dr. *Clemens Latzel* ist Habilitand am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR) an der Ludwig-Maximilians-Universität (LMU) München.

Teilzeit entsprechend dem Verhältnis umzurechnen, wie sich ihre Wochenarbeitsstage reduziert haben, also auf 3/5 (= abgerundet 17 Tage) zu kürzen.

Das ArbG Nienburg neigte wegen der Tirol-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH)<sup>1</sup> der Auffassung der Klägerin zu, sah sich insofern jedoch im Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG)<sup>2</sup>. Das ArbG ersuchte deshalb den EuGH um Vorabentscheidung, ob das Unionsrecht dahin auszulegen ist, dass es nationales Recht entgegensteht, wonach Arbeitnehmern bei Reduzierung der Wochenarbeitszeit ihr bisher nicht verbrauchter Urlaub, den sie nicht mehr rechtzeitig nehmen konnten, proportional gekürzt wird<sup>3</sup>. Der EuGH hat die Frage bejaht.

### Anmerkung

	Seite
I. Deutsche Urlaubsberechnung nach dem Wochenprinzip.....	82
1. Mindesturlaub nach Urlaubswochen.....	82
2. Mindesturlaub bei Änderung der Wochenarbeitsstage.....	83
3. Urlaub als bezahlte Abwesenheit vom Arbeitsplatz an Werktagen.....	83
II. Unionsrechtliches Urlaubsverständnis.....	84
1. Kernaussagen bisheriger EuGH-Rechtsprechung.....	84
2. Die Brandes-Entscheidung als deutscher Sonderappell.....	84
3. Unionsrechtliche Urlaubsberechnung nach dem Tageprinzip.....	86
a) Urlaub als Freistellung von der eigentlich bestehenden Arbeitspflicht gegen Entgelt.....	86
b) Differenzierung zwischen Urlaubserwerb und Urlaubsgewährung.....	87
4. Entscheidend: Möglichkeit zur Urlaubsnahme.....	88
III. Urlaubsberechnung bei unterjähriger Änderung der Arbeitszeit.....	89
1. Einheitlicher oder anteiliger Urlaubserwerb?.....	89
2. Erwerb geminderten Urlaubs statt Minderung erworbenen Urlaubs.....	90
3. Erhöhung der Wochenarbeitszeit.....	91
IV. Folgefragen.....	92
1. Übergang zum Stundenprinzip!.....	92
2. Urlaub vor Arbeitspausen mit Teilzeitneigung anbieten.....	92
3. Resturlaub als betrieblicher Grund gegen Teilzeitverlangen.....	93
4. Übergesetzlicher Mehrurlaub.....	94
V. Fazit.....	94

Bei Urlaubsansprüchen von Teilzeitbeschäftigten sind Urlaubs- und Teilzeitrecht in Einklang zu bringen. Beide Rechtsgebiete sind unionsrechtlich determiniert durch Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG<sup>4</sup> beziehungsweise die Rahmenverein-

<sup>1</sup> EuGH 22.4. 2010 – C-486/08, Amtliche Sammlung (Slg.) 2010, I-3527 = NZA 2010, 557 (Tirol).

<sup>2</sup> Bundesarbeitsgericht (BAG) 28.4. 1998 – 9 AZR 314/97, NZA 1999, 156.

<sup>3</sup> Arbeitsgericht (ArbG) Nienburg 4.9. 2012 – 2 Ca 257/12 Ö, Betriebs-Berater (BB) 2012, 3080.

<sup>4</sup> Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11. 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Arbeitszeitrichtlinie) (Amtsblatt EG 2003 L 307/18).

barung über Teilzeitarbeit<sup>5</sup>, doch wechselbezügliche Aussagen fehlen. Einerseits muss jeder Arbeitnehmer einen „bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen“ haben (Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2003/88/EG) und andererseits gilt, „wo dies angemessen ist“, der *pro rata temporis*-Grundsatz (§ 4 Nr. 2 Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit). Der EuGH bildet daraus eine komplexe Synthese, die grundsätzliches Umdenken im deutschen Urlaubsrecht verlangt.

## I. Deutsche Urlaubsberechnung nach dem Wochenprinzip

Das deutsche Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) ist zwar ausdifferenzierter als das kodifizierte Urlaubsrecht der Europäischen Union (EU), aber gleichwohl lückenhaft und aufgrund der Ignoranz des Gesetzgebers gegenüber der Rechtsprechung der letzten Jahrzehnte teilweise sogar falsch<sup>6</sup>. „Der sicherste Weg zu einer falschen Auskunft im Urlaubsrecht: Schauen Sie ins Gesetz“<sup>7</sup>!

### 1. Mindesturlaub nach Urlaubswochen

Ohne ausdrückliche Kodifikation gilt in Deutschland das Ganztagesprinzip, das heißt, Urlaub darf grundsätzlich nur für ganze, nicht für anteilige Arbeitstage oder gar stundenweise gewährt werden<sup>8</sup>. Einzig Urlaubsbruchteile, die bei Berechnung des Urlaubsanspruchs entstehen, können durch anteilige Freistellung an einem Arbeitstag realisiert werden<sup>9</sup>. Den gesetzlichen Mindesturlaub gibt § 3 Abs. 1 BUrlG zwar mit 24 Werktagen an, doch gemeint sind damit vier Wochen (Wochenprinzip)<sup>10</sup>. Bei einer Fünf-Tage-Woche ergibt sich ein Urlaubsanspruch von 20 Tagen (= 24 : 6 x 5), bei einer Drei-Tage-Woche von 12 Tagen (= 24 : 6 x 3) – jeweils im Kalenderjahr. Wegen des Ganztagesprinzips kommt es nicht darauf an, wie viele Stunden ein Arbeitnehmer pro Arbeitstag arbeitet<sup>11</sup>: Auch wer Montag bis Samstag täglich nur eine halbe Stunde in einem fremden Haushalt aushilft, hat den gleichen Anspruch auf 24

<sup>5</sup> Im Anhang der Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15.12. 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeiter (Amtsblatt EG 1998 L 14/14).

<sup>6</sup> Zur „richtlinienkonformen Rechtsfortbildung“ von § 7 Abs. 3 und Abs. 4 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) BAG 24.3. 2009 – 9 AZR 983/07, Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA) 2010, 88 mit Anmerkung Sedlmeier = NZA 2009, 538 Rn. 57 ff.; kritisch Höpfner, Recht der Arbeit (RdA) 2013, 16, 23 ff.

<sup>7</sup> Reuter, Urlaubshorror auf Luxemburgisch?, 23.10. 2012, abzurufen unter [www.reuter-arbeitsrecht.de/alltag-im-arbeitsrecht/urlaubshorror-auf-luxemburgisch.html](http://www.reuter-arbeitsrecht.de/alltag-im-arbeitsrecht/urlaubshorror-auf-luxemburgisch.html), abgerufen am 25.9. 2013.

<sup>8</sup> BAG 8.5. 2001 – 9 AZR 240/00, NZA 2001, 1254, 1256; Gallner, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 13. Aufl. 2013, § 3 BUrlG Rn. 2, § 7 BUrlG Rn. 26; Linck, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Aufl. 2011, § 104 Rn. 44; dagegen unten IV 1.

<sup>9</sup> Gallner, in: ErfK (Fn. 8), § 3 BUrlG Rn. 2; Schinz, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 5. Aufl. 2012, § 3 BUrlG Rn. 5. Das sind etwa Teilurlaubsansprüche, die nicht nach § 5 Abs. 2 BUrlG aufgerundet werden, BAG 26.1. 1989 – 8 AZR 730/87, NZA 1989, 756, Leitsatz (Ls.) 2.

<sup>10</sup> BAG 8.5. 2001 – 9 AZR 240/00 (Fn. 8); Landesarbeitsgericht (LAG) Hessen 30.10. 2012 – 13 Sa 590/12, Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte (LAGE) § 3 BUrlG Nr. 4 Rn. 29: „Diese Umrechnung ist in dem Bundesurlaubsgesetz nicht einmal erwähnt, ergibt sich aber aus der Natur der Sache und entspricht herrschender Auffassung“, Gallner, in: ErfK (Fn. 8), § 3 BUrlG Rn. 4.

<sup>11</sup> Fieberg, NZA 2010, 925, 926 f.; Linck, in: Schaub (Fn. 8), § 104 Rn. 47; Rambach, in: Arnold/Tillmanns (Hrsg.), BUrlG, 2. Aufl. 2010, § 3 Rn. 17.

Urlaubstage im Jahr wie Workaholics in Großkanzleien, die im selben Zeitraum die Grenzen des ArbZG sprengen<sup>12</sup>.

## 2. Mindesturlaub bei Änderung der Wochenarbeitstage

Ebenfalls ohne Hilfe des BUrlG müssen Rechtsanwender herausfinden, wie sich Änderungen des Arbeitszeitumfangs auf den Urlaubsanspruch auswirken. Unproblematisch ist wegen des Ganztagesprinzips die bloße Änderung des *täglichen* Arbeitszeitumfangs: Der Urlaubsanspruch bleibt derselbe. Ändert sich hingegen die Anzahl der *Wochenarbeitstage* (auch bei gleichbleibender Wochenarbeitszeit), ist zu differenzieren:

- Fällt die Änderung mit dem Jahreswechsel zusammen und ist kein Resturlaub ins neue Jahr zu übertragen, wird für das neue Jahr der Jahresurlaub einfach einheitlich nach der neuen Anzahl der Wochenarbeitstage berechnet.
- Ändert sich die Zahl der Wochenarbeitstage unterjährig oder zum Jahreswechsel mit Resturlaub, verkürzt oder verlängert sich entsprechend die Dauer des dem Arbeitnehmer zustehenden (Rest-) Urlaubs. „Sie ist dann jeweils unter Berücksichtigung der nunmehr für den Arbeitnehmer maßgeblichen Verteilung seiner Arbeitszeit neu zu berechnen. Das trifft auch für einen auf das folgende Urlaubsjahr übertragenen Resturlaub zu, wenn der Arbeitnehmer seit Beginn des folgenden Jahres in Teilzeit beschäftigt ist“<sup>13</sup>.

Es ist egal, ob ein Arbeitnehmer mit drei Wochenarbeitstagen zwölf Urlaubstage hat oder ein Arbeitnehmer mit fünf Wochenarbeitstagen 20 Urlaubstage – beide haben ihre gesetzlich geforderten vier „Urlaubswochen“. Das System ist einfach und ausgeglichen, weil (Rest-) Urlaubsansprüche nicht nur beim Wechsel in Teilzeit *herunter-*, sondern auch beim Wechsel in Vollzeit *hochgerechnet* werden.

## 3. Urlaub als bezahlte Abwesenheit vom Arbeitsplatz an Werktagen

Das Wochenprinzip lässt sich mit dem Erholungszweck<sup>14</sup> des Urlaubs rechtfertigen: An jedem Werktag ohne Arbeitspflicht kann sich der Arbeitnehmer erholen. Ob er an diesem Tag hätte arbeiten müssen, ist egal. Vier Wochen Jahresurlaub bedeuten *vier Wochen bezahlte Abwesenheit vom Arbeitsplatz an Werktagen*<sup>15</sup>. Es muss nicht zwischen Urlaubsbemessung und Urlaubsgewährung differenziert werden. Würde bei Teilzeitbeginn etwaiger Resturlaub nicht an die reduzierten Wochenarbeitstage angepasst, könnte ein Arbeitnehmer, der mit 20 Tagen Resturlaub von einer Fünf- in eine Zwei-Tage-Woche wechselt, statt vier plötzlich zehn Wochen der Arbeit fernblei-

<sup>12</sup> Grundsätzlich ohne Anspruch auf Überstundenvergütung, BAG 17.8.2011 – 5 AZR 406/10, NZA 2011, 1335 Rn. 21.

<sup>13</sup> BAG 28.4.1998 – 9 AZR 314/97 (Fn. 2), Ls. 1.

<sup>14</sup> Gallner, in: ErfK (Fn. 8), § 1 BUrlG Rn. 4; Neumann/Fenski, BUrlG, 10. Aufl. 2011, § 1 Rn. 65.

<sup>15</sup> Vgl. ArbG Nienburg 4.9.2012 – 2 Ca 257/12 Ö (Fn. 3), Rn. 68; dagegen Powietzka/Christ, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2010, 3397, 3398 f.

ben<sup>16</sup>. Der strenge Gegenwartsbezug der Urlaubsbemessung verhindert, die Urlaubstage nach ihrem Entstehungszeitraum zu behandeln<sup>17</sup>.

## II. Unionsrechtliches Urlaubsverständnis

Das unionsrechtliche Urlaubsverständnis ist nach den EuGH-Entscheidungen in den Rechtssachen Tirol, Heimann und nun auch Brandes grundlegend anders.

### 1. Kernaussagen bisheriger EuGH-Rechtsprechung

Der Jahresurlaub, den Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2003/88/EG mit „vier Wochen“ angibt, darf Teilzeitbeschäftigten gemäß § 4 Nr. 2 Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit *pro rata temporis* gewährt werden<sup>18</sup>. „Denn für diese Zeit ist die Minderung des Anspruchs auf Jahresurlaub gegenüber dem bei Vollzeitbeschäftigung bestehenden Anspruch aus sachlichen Gründen gerechtfertigt“<sup>19</sup>. Doch darf *pro rata temporis* „nicht nachträglich auf einen Anspruch auf Jahresurlaub angewandt werden, der in einer Zeit der Vollzeitbeschäftigung erworben wurde“<sup>20</sup>. Beim Wechsel von Voll- in Teilzeit darf der bis dahin „noch nicht verbrauchte Erholungsurlaub“ nicht quotiert werden<sup>21</sup>. Der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub ist nämlich ein „besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Union“, der nicht restriktiv ausgelegt werden darf<sup>22</sup> und „die Inanspruchnahme des Jahresurlaubs zu einer späteren Zeit als dem Bezugszeitraum [steht] in keiner Beziehung zu der in dieser späteren Zeit vom Arbeitnehmer erbrachten Arbeitszeit“<sup>23</sup>. Das Quotierungsverbot gilt aber nur für Urlaub, den der Arbeitnehmer im Bezugszeitraum tatsächlich nicht nehmen konnte<sup>24</sup>.

### 2. Die Brandes-Entscheidung als deutscher Sonderappell

In der Brandes-Entscheidung wusste der EuGH seiner bisherigen Rechtsprechung nichts mehr hinzuzufügen und hat deshalb über die Vorlage des ArbG Nienburg nur durch einen mit Gründen versehenen Beschluss entschieden (Art. 99 EuGH-Ver-

<sup>16</sup> *Powietzka/Christ*, NJW 2010, 3397, 3398.

<sup>17</sup> BAG 28.4. 1998 – 9 AZR 314/97 (Fn. 2), 157.

<sup>18</sup> EuGH 22.4. 2010 – C-486/08 (Fn. 1), Rn. 33 (Tirol); EuGH 8.11. 2012 – C-229/11, C-230/11, EuZA 6 (2013), 260 mit Anmerkung *Rudkowski* = NZA 2012, 1273 Rn. 34 (Heimann und Toltschin).

<sup>19</sup> EuGH 22.4. 2010 – C-486/08 (Fn. 1), Rn. 33 (Tirol); EuGH 8.11. 2012 – C-229/11, C-230/11 (Fn. 18), Rn. 34 (Heimann und Toltschin).

<sup>20</sup> EuGH 22.4. 2010 – C-486/08 (Fn. 1), Rn. 33 (Tirol); EuGH 8.11. 2012 – C-229/11, C-230/11 (Fn. 18), Rn. 35 (Heimann und Toltschin).

<sup>21</sup> EuGH 22.4. 2010 – C-486/08 (Fn. 1), Rn. 35 (Tirol); EuGH 8.11. 2012 – C-229/11, C-230/11 (Fn. 18), Rn. 35 (Heimann und Toltschin).

<sup>22</sup> EuGH 22.4. 2010 – C-486/08 (Fn. 1), Rn. 28 f. mit weiteren Nachweisen (Tirol).

<sup>23</sup> EuGH 22.4. 2010 – C-486/08 (Fn. 1), Rn. 32 (Tirol).

<sup>24</sup> EuGH 22.4. 2010 – C-486/08 (Fn. 1), Rn. 34 (Tirol), unter Verweis auf EuGH 10.9. 2009 – C-227/08, Slg. 2009, I-8405 = NZA 2009, 1133 Rn. 19 (Pereda); ebenso EuGH 20.1. 2009 – C-350/06, C-520/06, Slg. 2009, I-179 = EuZA 3 (2010), 88 mit Anmerkung *Sedlmeier* = NZA 2009, 135 Rn. 43 (Schultz-Hoff und Stringer).

fahrensordnung)<sup>25</sup>. In weiten Teilen referiert die Entscheidung die Kernaussagen der Tirol- und der Heimann-Entscheidung und kommt zu dem Zwischenergebnis:

„Wie das vorliegende Gericht selbst ausgeführt hat und wie auch Frau Brandes und die Kommission geltend gemacht haben, liegt es auf der Hand, dass die in den Randnrn. 27 bis 33 des vorliegenden Beschlusses wiedergegebenen Erwägungen implizieren, dass die im Rahmen des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens vorgelegte Frage entsprechend zu beantworten ist.“<sup>26</sup>

Darin liegt freilich kein Vorwurf an den (damaligen) Vorsitzenden der Zweiten Kammer des ArbG Nienburg<sup>27</sup>, der nicht nur in diesem Fall<sup>28</sup> den EuGH mit einem klar strukturierten und durchdachten Vorlagebeschluss um Vorabentscheidung er sucht hat<sup>29</sup>. Denn die Tirol-Entscheidung hat hierzulande jedenfalls im überwiegenden Schrifttum<sup>30</sup> wie der Rechtsprechung<sup>31</sup> keine Wirkung entfaltet. Als „entscheidender Unterschied“ wurde das dem Ausgangsverfahren der Tirol-Entscheidung zugrunde liegende Stundenprinzip angeführt, weshalb die Entscheidung auf das deutsche Wochenprinzip nicht übertragbar sei<sup>32</sup>. Jedenfalls liege in einer „Umrechnung“ von Urlaubsansprüchen keine „Verminderung“ im Sinne der Tirol-Entscheidung<sup>33</sup>. Allenfalls das Urlaubsentgelt sei fortan nach dem Entstehungsprinzip zu bemessen<sup>34</sup>.

Das ArbG Nienburg hat sich zu Recht nicht einfach über diese Meinungen sowie über die bisherigen Maßgaben des BAG hinweggesetzt (und seine Aufhebung in zweiter Instanz riskiert<sup>35</sup>), sondern sich seine Rechtsauffassung vom EuGH bestätigen lassen. Dass dessen Entscheidung einmal mehr auf einen „Ja, meine Rechtsprechung gilt auch für Deutschland“-Appell hinauslief<sup>36</sup> und sich die Subsumtion auf zwei

<sup>25</sup> EuGH 13.6. 2013 – C-415/12, NZA 2013, 775 Rn. 22 f. (Brandes); bereits ohne Schlussanträge (Art. 20 Abs. 5 EuGH-Satzung) ergingen die Tirol- wie die Heimann-Entscheidung.

<sup>26</sup> EuGH 13.6. 2013 – C-415/12 (Fn. 25), Rn. 34 (Brandes).

<sup>27</sup> Direktor des ArbG Dr. *Klaus Rinck*, seit Juni 2013 am ArbG Verden.

<sup>28</sup> Beachtlich auch die Vorlage vom 15.6. 2012 – 2 Ca 472/11, juris, zu den Grenzen der Tarifdispositivität von Urlaub und Urlaubsabgeltung (Ersuchen wegen Anerkenntnisses im Ausgangsverfahren zurückgenommen).

<sup>29</sup> Obsolet lediglich die Auseinandersetzung mit Literaturmeinungen, ArbG Nienburg 4.9. 2012 – 2 Ca 257/12 Ö (Fn. 3), Rn. 51-57, vgl. *Latzel/T. Streinz*, Neue Juristische Online-Zeitschrift (NJOZ) 2013, 97, 105.

<sup>30</sup> *Bayreuther*, Der Betrieb (DB) 2012, 2748; *Fieberg*, NZA 2010, 925, 928; *Powietzka/Christ*, NJW 2010, 3397, 3399; *Rambach/Feldmann*, Zeitschrift für Tarifrecht (ZTR) 2010, 561, 565 f.; *Rudkowski*, EuZA 6 (2013), 260, 264 f.; *Schlottfeldt*, Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR) 2013, 222, 227 f.

<sup>31</sup> LAG Hessen 30.10. 2012 – 13 Sa 590/12 (Fn. 10), Rn. 31 ff. – Revision beim BAG anhängig unter Aktenzeichen 9 AZR 1103/12.

<sup>32</sup> *Fieberg*, NZA 2010, 925, 927; *Rief*, ZESAR 2010, 427; *Schinz*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 9), § 3 BUrlG Rn. 37a.

<sup>33</sup> LAG Hessen 30.10. 2012 – 13 Sa 590/12 (Fn. 10), Rn. 32.

<sup>34</sup> *Fieberg*, NZA 2010, 925, 928 ff.; *Junker*, NZA 2011, 950, 954; *Schinz*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 9), § 3 BUrlG Rn. 37b. Unbeirrt tritt *Schubert*, NZA 2013, 1105, 1110 nunmehr sogar für die Abgeltung des Vollzeiturlaubs beim Wechsel in Teilzeit ein – unter Missachtung des Vorrangs der Naturalerfüllung (EuGH 20.1. 2009 – C-350/06 [Fn. 24], Rn. 23 (Schultz-Hoff und Stringer).

<sup>35</sup> Aufgehoben wurde in ähnlicher Angelegenheit das Urteil des ArbG Frankfurt am Main 28.2. 2012 – 8 Ca 5832/11, nicht veröffentlicht, durch das LAG Hessen 30.10. 2012 – 13 Sa 590/12 (Fn. 10).

<sup>36</sup> Gleiches steht auch bei EuGH 18.7. 2013 – C-426/11, NZA 2013, 835 (Alemo-Herron) zu erwarten, nachdem schon die Werhof-Entscheidung (EuGH 9.3. 2006 – C-499/04, Slg. 2006, I-2397 = NZA 2006, 376) vom BAG wegdiskutiert wurde (BAG 16.5. 2012 – 4 AZR 321/10, NZA 2012, 923

Randnummern beschränkte<sup>37</sup>, war zu verschmerzen. Denn so konnte der EuGH einige Gegenargumente entkräften:

- Die „Umrechnung“ *bereits erworbener* Urlaubsansprüche beim Eintritt in Teilzeit ist sehr wohl eine Urlaubskürzung, wenn aus fünf Urlaubstagen plötzlich nur noch drei werden, auch wenn man beides als „Urlabswoche“ bezeichnet<sup>38</sup>.
- Die „normale berufliche Inaktivität während eines Zeitabschnitts, in dem der Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsverhältnisses, das ihn an seinen Arbeitgeber bindet, nicht zu arbeiten braucht“, ist kein Urlaub<sup>39</sup>. Das deutsche Wochenprinzip ist deshalb – soweit es die *Urlaubsgewährung* betrifft – mit dem unionsrechtlichen Urlaubsverständnis unvereinbar.

### 3. Unionsrechtliche Urlaubsberechnung nach dem Tageprinzip

Das unionsrechtliche Urlaubsverständnis folgt dem Tageprinzip und differenziert – aus deutscher Sicht gewöhnungsbedürftig<sup>40</sup> – zwischen dem Zeitraum des Erwerbs und dem Zeitraum der Gewährung von Urlaubsansprüchen.

#### a) Urlaub als Freistellung von der eigentlich bestehenden Arbeitspflicht gegen Entgelt

Der EuGH versteht unter Urlaub im Grunde *Freistellung von der eigentlich bestehenden Arbeitspflicht gegen Entgelt*<sup>41</sup>. Tage ohne Arbeitspflicht können deshalb nicht als Urlaubstage gelten<sup>42</sup>. Wer für gewöhnlich Montag bis Mittwoch arbeitet und an diesen drei Tagen Urlaub nimmt, hat Donnerstag, Freitag und Samstag keinen Urlaub, sondern „normale berufliche Inaktivität“. Es handelt sich dabei nicht um eine „Woche“ Urlaub im Rechtssinne, sondern um drei Tage<sup>43</sup>.

Das erklärt sich damit, dass für den EuGH Urlaub nicht nur eine Zeit der Erholung, sondern auch ein „Zeitraum für Entspannung und Freizeit“ ist<sup>44</sup>. Während für Erholung noch „berufliche Inaktivität“ zu genügen scheint, setzen Entspannung und Freizeit offenbar voraus, dass das Arbeitsentgelt als Urlaubsentgelt weitergezahlt wird<sup>45</sup>. Denn „bezahlter Jahresurlaub“ im Sinne des Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2003/88/EG meint, „dass das Arbeitsentgelt für die Dauer des Jahresurlaubs im Sinne dieser Richtlinie weiterzugewährt ist und dass der Arbeitnehmer mit anderen Worten für

---

Rn. 29 ff.); dazu *Latzel*, Unternehmerische Freiheit als Grenze des Arbeitnehmerschutzes – vom Ende dynamischer Bezugnahmen nach Betriebsübergang, RdA 2013 (erscheint demnächst).

<sup>37</sup> EuGH 13.6. 2013 – C-415/12 (Fn. 25), Rn. 35 f. (Brandes).

<sup>38</sup> EuGH 13.6. 2013 – C-415/12 (Fn. 25), Rn. 37-39 (Brandes).

<sup>39</sup> EuGH 13.6. 2013 – C-415/12 (Fn. 25), Rn. 40 f. (Brandes).

<sup>40</sup> Vgl. *Linck*, in: *Schaub* (Fn. 8), § 104 Rn. 7d: „unklar“, „nebulös“; *Fieberg*, NZA 2010, 925, 927 versucht sogar, dem EuGH das deutsche Wochenprinzip unterzuschieben.

<sup>41</sup> EuGH 13.6. 2013 – C-415/12 (Fn. 25), Rn. 41 (Brandes).

<sup>42</sup> EuGH 13.6. 2013 – C-415/12 (Fn. 25), Rn. 38 (Brandes).

<sup>43</sup> EuGH 13.6. 2013 – C-415/12 (Fn. 25), Rn. 39 (Brandes).

<sup>44</sup> EuGH 20.1. 2009 – C-350/06, C-520/06 (Fn. 24), Rn. 25 (Schultz-Hoff und Stringer); EuGH 22.4. 2010 – C-486/08 (Fn. 1), Rn. 30 (Tirol); EuGH 22.11. 2011 – C-214/10, EuZA 5 (2012), 381 mit Anmerkung *Rudkowski* = NZA 2011, 1333 Rn. 31 (KHS/Schulte).

<sup>45</sup> Kritisch *Höpfner*, RdA 2013, 65, 66.

diese Ruhezeit das gewöhnliche Arbeitsentgelt erhalten muss<sup>46</sup>. Der Anspruch auf Jahresurlaub und auf Zahlung des Urlaubsentgelts sind „zwei Aspekte 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“<sup>47</sup>. Da Werktage ohne Arbeitspflicht nicht vergütet werden, sind sie also kein tauglicher „Zeitraum für Entspannung und Freizeit“.

## b) Differenzierung zwischen Urlaubserwerb und Urlaubsgewährung

Nach unionsrechtlichem Verständnis werden Urlaubsansprüche zunächst erworben und dann gewährt – unter jeweils unterschiedlichen Bedingungen:

- Beim *Urlaubserwerb* folgt der EuGH dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2003/88/EG, der jedem Arbeitnehmer „vier Wochen“ bezahlten Urlaub im Jahr verspricht (und damit eigentlich für das deutsche Wochenprinzip streitet<sup>48</sup>). Das versteht der EuGH dahin, dass jeder Arbeitnehmer mindestens vier Kalenderwochen bezahlt der Arbeit fernbleiben können muss – egal ob er in Voll- oder in Teilzeit arbeitet<sup>49</sup>. Ist der Urlaub nach der Arbeitszeit im Erwerbszeitraum bemessen, folgt daraus ein konkreter Anspruch auf entsprechend viele Urlaubstage (Tageprinzip<sup>50</sup>). Gleiches gilt für das Urlaubsentgelt<sup>51</sup> als Teil des einheitlichen Urlaubsanspruchs. Arbeitnehmer erwerben also in Vollzeit Anspruch auf Vollzeiterurlaub mit Vollzeiterurlaubsentgelt und in Teilzeit Anspruch auf Teilzeiterurlaub mit Teilzeiterurlaubsentgelt<sup>52</sup>.
- Hat ein Arbeitnehmer Urlaubstage einmal erworben, sind sie ihm auch in diesem Umfang (und zu diesem Urlaubsentgelt) zu *gewähren*. Folglich ist es grundsätzlich unzulässig, bereits erworbene Urlaubsansprüche einem Arbeitnehmer zu nehmen, solange er sie nicht einbringen konnte<sup>53</sup>. Wenn ein Arbeitnehmer seine Arbeitszeit von fünf auf drei Wochenarbeitstage reduziert, aber von seinen 20 *erworbenen* Urlaubstagen noch zehn übrig hat, dürfen diese ihm nicht auf sechs Tage gekürzt werden, wenn er sie bis zum Teilzeitbeginn nicht nehmen konnte. Dass für ihn bei einer Drei-Tage-Woche auch sechs Urlaubstage zusammen mit seinen zwei neu gewonnenen *arbeitsfreien Wochentagen* ebenso viel Erholungszeit bieten können, wie bei einer Fünf-Tage-Woche

<sup>46</sup> EuGH 16.3. 2006 – C-131/04, C-257/04, Slg. 2006, I-2531 = NZA 2006, 481 Rn. 50 (Robinson-Steele); EuGH 20.1. 2009 – C-350/06, C-520/06 (Fn. 24), Rn. 58 (Schultz-Hoff und Stringer).

<sup>47</sup> EuGH 16.3. 2006 – C-131/04, C-257/04 (Fn. 46), Rn. 58 (Robinson-Steele); EuGH 20.1. 2009 – C-350/06, C-520/06 (Fn. 24), Rn. 60 (Schultz-Hoff und Stringer); vgl. *Gallner*, in: ErfK (Fn. 8), § 1 BUrlG Rn. 8; *Linck*, in: *Schaub* (Fn. 8), § 104 Rn. 6.

<sup>48</sup> Das deutsche Wochenprinzip folgert das BAG hingegen aus § 3 Abs. 1 BUrlG („24 Werktagen“), BAG 8.5. 2001 – 9 AZR 240/00 (Fn. 8).

<sup>49</sup> EuGH 22.4. 2010 – C-486/08 (Fn. 1), Rn. 33 (Tirol); vgl. EuGH 26.6. 2001 – C-173/99, Slg. 2002, I-4881 = NZA 2001, 827 Rn. 46 (BECTU).

<sup>50</sup> Nicht zu verwechseln mit dem deutschrechtlichen *Ganztagesprinzip*, dazu oben I 1.

<sup>51</sup> *Fieberg*, NZA 2010, 925, 929; *Schinz*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 9), § 3 BUrlG Rn. 37b; kritisch *Linck*, in: *Schaub* (Fn. 8), § 104 Rn. 48b.

<sup>52</sup> Zur Frage, ob eine anteilige Betrachtung nach Arbeitszeitabschnitten unionsrechtskonform ist, unten III 2.

<sup>53</sup> Zum ausnahmsweisen Verfall bei langjähriger Arbeitsunfähigkeit EuGH 22.11. 2011 – C-214/10 (Fn. 44), Rn. 28 ff. (KHS/Schulte).

zehn Urlaubstage (nämlich jeweils zwei „Urlabswochen“), ist unerheblich. An den zwei arbeitsfreien Wochentagen ist er nämlich nicht *gegen Entgelt* von einer eigentlich bestehenden Arbeitspflicht freigestellt.

#### 4. Entscheidend: Möglichkeit zur Urlaubsnahme

Auch die Brandes-Entscheidung führt nicht zu widersinnigen Rechtsfolgen, denn wie in der Tirol-Entscheidung geht es auch hier nur um Urlaub, den Arbeitnehmer nicht rechtzeitig vor Reduzierung ihrer Arbeitszeit nehmen konnten<sup>54</sup> („tatsächlich nicht die Möglichkeit hatten“<sup>55</sup>). Das betraf im Ausgangsverfahren eine Arbeitnehmerin in Mutterschutz und anschließender Elternzeit, die direkt in Teilzeit an ihren Arbeitsplatz zurückkehrte, gilt aber ebenso für langzeiterkrankte Arbeitnehmer, die nur in Teilzeit ihre Tätigkeit wieder aufnehmen. Entscheidend ist, ob der Arbeitnehmer aus *von ihm nicht zu vertretenden Gründen* seinen Urlaubsanspruch nicht realisieren konnte<sup>56</sup>, wobei die zu § 3 Abs. 1 Satz 1 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) entwickelten Verschuldenskriterien herangezogen werden können<sup>57</sup>. Kann ein Arbeitnehmer wegen dringender betrieblicher Belange oder Urlaubswünschen von Kollegen keinen Urlaub nehmen (§ 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG)<sup>58</sup>, trifft ihn kein Verschulden.

Es ist nach wie vor zulässig, bei unterjähriger Reduzierung der Arbeitszeit Urlaubsansprüche zu quotieren, wenn der Arbeitnehmer sie nicht rechtzeitig geltend gemacht hat, obwohl er gekonnt hätte. Eine Kürzung ist dann auch *ex tunc* möglich<sup>59</sup>. Damit wird der Arbeitnehmer nicht auf eine „frühzeitige Inanspruchnahme des Urlaubs“ *verpflichtet*<sup>60</sup>, sondern die rechtzeitige Urlaubsnahme des Urlaubs vor Reduzierung der Arbeitszeit ist eine in seinem Interesse bestehende *Obliegenheit* – wie den Urlaub vor seinem Verfall am Ende des Übertragungszeitraums zu bewahren.

Ebenso ist auch nur für Urlaubstage, die der Arbeitnehmer unverschuldet nicht rechtzeitig vor Reduzierung seiner Arbeitszeit nehmen konnte, das Urlaubsentgelt nach der höheren Arbeitszeit zu berechnen<sup>61</sup>. § 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG kann insoweit analog angewandt werden<sup>62</sup>, wird doch schon heute bei Erkrankung in den letzten 13 Wochen vor Urlaubsbeginn der Berechnungszeitraum nach vorn verschoben<sup>63</sup>. Einer richtlinienkonformen Auslegung oder Rechtsfortbildung<sup>64</sup> von § 11 Abs. 1 *Satz 1*

<sup>54</sup> So schon *Eckstein*, BB 2012, 3083, 3084; *Rudkowski*, NZA 2012, 74, 76; kritisch *Fieberg*, NZA 2010, 925, 929 f.; das unterschlägt *Bayreuther*, DB 2012, 2748.

<sup>55</sup> EuGH 22.4. 2010 – C-486/08 (Fn. 1), Rn. 34 (Tirol) unter Verweis auf EuGH 10.9. 2009 – C-227/08 (Fn. 24), Rn. 19 (Pereda).

<sup>56</sup> Eingehend *Polzer*, Die Befristung des Urlaubsanspruchs auf das Kalenderjahr, 2011, S. 131 ff.

<sup>57</sup> *Polzer* (Fn. 56), S. 136 ff.

<sup>58</sup> Zur Rückwirkung auf das Teilzeitbegehren unten IV 3.

<sup>59</sup> Vgl. *Stiebert/Imani*, ZESAR 2013, 164, 168: „jedenfalls“.

<sup>60</sup> So *Stiebert/Imani*, ZESAR 2013, 164, 168; ähnlich *Fieberg*, NZA 2010, 925, 930; *Rambach/Feldmann*, ZTR 2010, 561, 566.

<sup>61</sup> *Stiebert/Imani*, ZESAR 2013, 164, 167 f.; *Mittag*, Arbeitsrecht im Betrieb (AiB) 2011, 66, 67.

<sup>62</sup> *Powietzka/Christ*, NJW 2010, 3397, 3400.

<sup>63</sup> *Lampe*, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht (BeckOK), Edition 28 (6/2013), § 11 BUrlG Rn. 12, unter Verweis auf LAG Hamm 8.12. 2004 – 18 Sa 1165/04, LAG Report 2005, 143; anderer Ansicht *Gallner*, in: ErfK (Fn. 8), § 11 BUrlG Rn. 25: Arbeitsentgelt maßgeblich, wie wenn Arbeitnehmer nach sechs Wochen Krankheit an den Arbeitsplatz zurückgekehrt wäre.

<sup>64</sup> Instruktiv *Höpfner*, RdA 2013, 16, 22; eingehend *derselbe* (ders.), Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 151 ff., 272 ff.

BURlG steht der Wortlaut entgegen, auch wenn das für das BAG kein Hindernis sein muss<sup>65</sup>.

### III. Urlaubsberechnung bei unterjähriger Änderung der Arbeitszeit

Losgelöst von einzelnen EuGH-Entscheidungen stellt sich generell die Frage, wie der Mindesturlaub unionsrechtskonform zu berechnen ist, wenn ein Arbeitnehmer im laufenden Jahr seine Arbeitszeit verringert oder erhöht.

#### 1. Einheitlicher oder anteiliger Urlaubserwerb?

Es ist nicht egal, ob ein Arbeitnehmer *einheitlich* am 1.1. seinen gesamten Jahresurlaub erwirbt oder *anteilig* nach Zeiträumen, wie das folgende Beispiel eines Arbeitnehmers zeigt, der bis Ende März in einer Fünf-Tage-Woche arbeitet und ab April auf drei Wochenarbeitsstage reduziert<sup>66</sup>:

- Bei einheitlicher Betrachtung erwirbt der Arbeitnehmer am 1.1. seinen gesamten Jahresurlaub in Form von 20 (=  $24 \times 5/6$ ) Vollzeiturlaubstagen. Geht er ab April in Teilzeit und hat er bis dahin noch keinen Urlaub genommen, obwohl er das hätte tun können, darf sein Resturlaub quotiert werden und verbleiben ihm 12 (=  $20 \times 3/5$ ) Teilzeiturlaubstage (mit Teilzeiturlaubsentgelt) für den Rest des Jahres. Wenn er seine 20 Vollzeiturlaubstage *nicht* bis Ende März nehmen konnte, werden diese am 1.4. nicht quotiert, sondern er übernimmt sie ungeschmälert (mit Vollzeiturlaubsentgelt) in Teilzeit.
- Bei anteiliger Betrachtung erwirbt der Arbeitnehmer unter Vollzeit bis Ende März nur 3/12 seines Jahresurlaubs, also fünf Vollzeiturlaubstage (=  $24 \times 5/6 \times 3/12$ ), während er unter Teilzeit ab April 9/12 seines Jahresurlaubs erwirbt, also 9 Teilzeiturlaubstage (=  $24 \times 3/6 \times 9/12$ ). Hat er bis April keinen Urlaub genommen, obwohl er das hätte tun können, darf der Resturlaub quotiert werden und es verbleiben ihm drei (=  $5 \times 3/5$ ) Vollzeit- und neun Teilzeiturlaubstage für den Rest des Jahres. Wenn er seine fünf Vollzeiturlaubstage *nicht* bis Ende März nehmen konnte, hat er am 1.4. noch insgesamt 14 Urlaubstage, davon fünf Vollzeit- und neun Teilzeiturlaubstage (mit entsprechenden Urlaubsentgelten).

Ein Arbeitnehmer, der bereits im Januar seinen gesamten Jahresurlaub von 20 Tagen (= vier „Urlaubswochen“) nimmt, hat nach der *einheitlichen* Betrachtung alles richtig gemacht, denn er hat die ihm zustehenden 20 Vollzeiturlaubstage vor der Quotierung gerettet. Bei *anteiliger* Betrachtung hat er hingegen *netto* 6 (=  $20 - 14$ ) Urlaubstage mehr bekommen, als ihm eigentlich zustünden; *brutto* hat er 15 Urlaubstage mit Vollzeitvergütung mehr, denen nur ein Anspruch auf neun Teilzeiturlaubstage gegenübersteht.

<sup>65</sup> Vgl. Fn. 6.

<sup>66</sup> Rundungsvorschriften kommen nicht zur Anwendung, da § 5 Abs. 2 BURlG nur für Teilurlaub nach § 5 Abs. 1 BURlG gilt und kein allgemeiner Rechtsgrundsatz ist, Gallner, in: ErfK (Fn. 8), § 5 BURlG Rn. 21. Die Berechnung nach ganzen Monaten dient hier nur der Vereinfachung; der Zwölfteilungsgrundsatz ist in der Praxis anerkannt, aber über § 5 Abs. 1 BURlG hinaus nicht zwingend, Gallner, in: ErfK (Fn. 8), § 5 BURlG Rn. 3 f.

## 2. Erwerb geminderten Urlaubs statt Minderung erworbenen Urlaubs

Wer Arbeitnehmern ihren vollen Jahresurlaub nicht erst zum Jahresende zugehen und Arbeitszeitänderungen nur zum Jahreswechsel zulassen will, muss diesen Berechnungskonflikt lösen. In der Literatur wurde bislang schon befürwortet, bei unterjähriger Änderung der Arbeitszeit den Urlaub nach den entsprechenden Abschnitten „gesondert zu berechnen“<sup>67</sup>. Dabei sei es hinzunehmen, dass der Jahresurlaub unter Umständen nachträglich korrigiert werden muss<sup>68</sup>. Das widerspricht freilich auf den ersten Blick der EuGH-Rechtsprechung, läuft doch die *nachträgliche* Korrektur beim unterjährigen Wechsel in Teilzeit auf die Kürzung *erworbener* Urlaubsansprüche hinaus. Doch verlangt das Unionsrecht nicht, dass zu Jahresbeginn der Anspruch auf den gesamten Jahresurlaub entstehen muss<sup>69</sup>:

In seiner BECTU-Entscheidung hat der EuGH die Öffnungsklausel zugunsten nationaler Urlaubsregelungen in Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2003/88/EG sehr restriktiv ausgelegt: Den Mitgliedstaaten ist es nur erlaubt,

„die konkreten Umstände zu bezeichnen, unter denen die Arbeitnehmer von diesem Recht, das ihnen für die Gesamtheit der zurückgelegten Beschäftigungszeiten zusteht, Gebrauch machen können, ohne dass die Mitgliedstaaten jedoch bereits die Entstehung dieses sich unmittelbar aus der Richtlinie [...] ergebenden Anspruches von irgendeiner Voraussetzung abhängig machen können“<sup>70</sup>.

Eine komplett urlaubsfreie Wartezeit ist demnach unzulässig<sup>71</sup>. Indes knüpft der EuGH den Urlaubsanspruch auch an *zurückgelegte* Beschäftigungszeiten, was die Möglichkeit impliziert, Urlaubsansprüche abschnittsweise entstehen zu lassen. Dafür spricht außerdem, dass der *pro rata temporis*-Grundsatz auf Urlaub „für eine Zeit der Teilzeitbeschäftigung“ angewandt werden darf, nur nicht nachträglich auf Urlaub, „der in einer Zeit der Vollzeitbeschäftigung erworben wurde“<sup>72</sup>. Die anteilige Urlaubsberechnung lässt sich also damit rechtfertigen, dass bei unterjährigem Wechsel in Teilzeit nicht *erworbener* Urlaub nachträglich gemindert, sondern nur fortan *geminderter* Urlaub erworben wird. Wenn der Arbeitgeber Urlaub im Voraus für noch nicht „zurückgelegte Beschäftigungszeiten“ *gewährt*, steht der nachträglichen Anrechnung auf später *erworbene* Urlaubsansprüche unionsrechtlich nichts im Wege<sup>73</sup>.

Entscheiden kann die Frage nur der EuGH, der zu diesem Zwecke um Vorabentscheidung zu ersuchen ist. Ihm kann bei dieser Gelegenheit auch eine vermittelnde Lösung vorgeschlagen werden: Wer bis 30.6. in Teilzeit geht, erwirbt für das Jahr nur *anteilig* Vollzeiturlaub, wer ab 1.7. in Teilzeit geht, erwirbt *einheitlich* für das ganze Jahr Vollzeiturlaub (analog § 5 Abs. 1 littera [lit.] c BUrlG).

<sup>67</sup> Gallner, in: ErfK (Fn. 8), § 3 BUrlG Rn. 15; ebenso Dörner, in: ErfK, 10. Aufl. 2010, § 3 BUrlG Rn. 15; Eckstein, BB 2012, 3083, 3084.

<sup>68</sup> Gallner, in: ErfK (Fn. 8), § 3 BUrlG Rn. 15 unter Verweis auf nachträgliche Urlaubsberechnung nach § 5 BUrlG.

<sup>69</sup> Anderer Ansicht Linck, in: Schaub (Fn. 8), § 104 Rn. 48b.

<sup>70</sup> EuGH 26.6. 2001 – C-173/99 (Fn. 49), Rn. 53 (BECTU) – noch zum gleichlautenden Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 93/104/EG.

<sup>71</sup> EuGH 26.6. 2001 – C-173/99 (Fn. 49), Rn. 48 ff., 61 (BECTU); Gallner, in: ErfK (Fn. 8), § 5 BUrlG Rn. 4; anderer Ansicht Linck, in: Schaub (Fn. 8), § 104 Rn. 7d.

<sup>72</sup> EuGH 22.4. 2010 – C-486/08 (Fn. 1), Rn. 33 (Tirol); mit gleicher Schlussfolgerung Eckstein, BB 2012, 3083, 3084.

<sup>73</sup> Analog § 5 Abs. 3 BUrlG wird „überschießendes“ Urlaubsentgelt nicht zurückgefordert werden können.

### 3. Erhöhung der Wochenarbeitszeit

Zur unterjährigen Erhöhung der Wochenarbeitstage hat sich der EuGH bislang noch nicht geäußert<sup>74</sup>. Wenn das unionsrechtliche Berechnungsmodell folgerichtig sein soll, muss es für Reduzierung wie Erhöhung der Wochenarbeitszeit gleichermaßen gelten<sup>75</sup>. Kehrt man die obigen Berechnungen aber um, stellt sich ein Problem: Wenn Arbeitnehmer ihren Urlaub nicht in den nach Arbeitszeit gegliederten Bezugszeiträumen jeweils vollständig nehmen, kommen sie nicht auf insgesamt vier „Urlabswochen“ im Jahr. Ob das unionsrechtlich akzeptabel ist<sup>76</sup>, weil es auch jedem Arbeitnehmer freisteht, am Ende des Übertragungszeitraums Urlaub verfallen zu lassen, kann nur der EuGH entscheiden. Sollen Arbeitnehmer nicht abschnittsgerecht Urlaub nehmen müssen, um auf ihre vier „Urlabswochen“ im Jahr zu kommen, sind Korrekturen vorzunehmen<sup>77</sup>, wie das folgende Beispiel eines Arbeitnehmers zeigt, der am 1.4. von einer Drei- in eine Fünf-Tage-Woche wechselt:

- Bei einheitlicher Betrachtung erwirbt der Arbeitnehmer am 1.1. seinen gesamten Jahresurlaub in Form von zwölf (=  $24 \times 3/6$ ) Teilzeiturlaubstagen. Wechselt er ab April in Vollzeit und hat er bis dahin noch keinen Urlaub genommen, obwohl er das hätte tun können, braucht sein Resturlaub eigentlich nicht quotiert zu werden. Weil er dann aber nicht auf vier Wochen Jahresurlaub kommt, sind die zwölf Teilzeiturlaubstage auf 20 Teilzeiturlaubstage (mit Teilzeitentgelt<sup>78</sup>) hochzurechnen. Wenn er seine zwölf Teilzeiturlaubstage *nicht* bis Ende März nehmen konnte, muss sein Resturlaub auf Vollzeitbasis quotiert werden und er bekommt 20 (=  $12 \times 5/3$ ) Vollzeiturlaubstage für den Rest des Jahres.
- Bei anteiliger Betrachtung erwirbt der Arbeitnehmer in Teilzeit bis Ende März 3/12 seines Jahresurlaubs, hat also drei Teilzeiturlaubstage (=  $24 \times 3/6 \times 3/12$ ), während er unter Vollzeit ab April 9/12 seines Jahresurlaubs erwirbt, also 15 Vollzeiturlaubstage (=  $24 \times 5/6 \times 9/12$ ). Hat er bis Ende März noch keinen Urlaub genommen, obwohl er das hätte tun können, hätte er am 1.4. noch insgesamt 18 Urlaubstage, davon drei Teilzeit- und 15 Vollzeiturlaubstage. Weil er damit nicht auf vier Wochen Jahresurlaub kommt, sind seine Teilzeiturlaubstage auf Teilzeitbasis hochzurechnen, so dass er auf fünf (=  $3 \times 5/3$ ) Teilzeit- und 15 Vollzeiturlaubstage kommt. Hat er bis Ende März *keinen* Urlaub nehmen können, muss der restliche Teilzeiturlaub auf Vollzeitbasis quotiert werden, so dass ihm insgesamt 20 Vollzeiturlaubstage (=  $15 + 3 \times 5/3$ ) für den Rest des Jahres zustehen. Vertretbar erscheint insofern auch, nur für die hinzuzurechnenden Urlaubstage Vollzeitentgelt zu gewähren, so dass zu den drei Teilzeit- und 15 Vollzeiturlaubstagen nur zwei Vollzeiturlaubstage hinzukommen.

<sup>74</sup> Die Bitte des ArbG Nienburg 4.9. 2012 –2 Ca 257/12 Ö (Fn. 3), Rn. 78, um ein *obiter dictum* ignorierte der EuGH.

<sup>75</sup> An einer entsprechenden Intention des EuGH zweifelt Rief, ZESAR 2010, 427, 428.

<sup>76</sup> Dafür offenbar Fieberg, NZA 2010, 925, 930; Günther, Arbeitsrecht Aktuell (ArBR Aktuell) 2013, 326; dagegen Rief, ZESAR 2010, 427, 428.

<sup>77</sup> Dagegen Worzalla, Personal und Recht (PuR) 2013, 152, 153.

<sup>78</sup> Für eine strikte Anwendung des Entstehungsprinzips auf das Urlaubsentgelt Powietzka/Christ, NJW 2010, 3397, 3400; Schlottfeldt, ZESAR 2013, 222, 227.

Nimmt der Arbeitnehmer bereits im Januar seinen gesamten Jahresurlaub, hat er nach der *einheitlichen* Betrachtung seine zwölf Teilzeitturlaubstage an der Hochrechnung auf 20 Tage gehindert. Bei *anteiliger* Betrachtung hat er hingegen *netto* sechs Urlaubstage weniger, als ihm eigentlich zustünden; *brutto* hat er zwar neun Teilzeitturlaubstage „gewonnen“, doch sind ihm 15 Vollzeitturlaubstage „entgangen“.

## IV. Folgefragen

### 1. Übergang zum Stundenprinzip!

Urlaub ist akzessorisch zur Arbeitszeit und muss sich an dieser orientieren, um Friktionen zu vermeiden. Teilzeitbeschäftigte sind aber nicht Arbeitnehmer, die weniger *Wochentage* arbeiten als vergleichbare Vollzeitbeschäftigte, sondern Arbeitnehmer, deren normale „Arbeitszeit“ unter der eines vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten liegt (§ 3 Nr. 1 Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit). Wie „Urlaubswochen“ bedeuten auch „Urlaubstage“ für jeden Arbeitnehmer etwas anderes<sup>79</sup>. Es bietet sich daher an, urlaubsrechtlich zum Stundenprinzip überzugehen (und das Ganztagesprinzip aufzugeben)<sup>80</sup>, weil auch die Arbeitszeit typischerweise in Stunden berechnet wird: Bei einer 40-Stunden-Woche hat jeder Arbeitnehmer – egal wie seine Arbeitszeit verteilt ist – einen Mindesturlaub von 160 Stunden im Jahr. Jede Urlaubsstunde ist ebenso zu vergüten wie eine Arbeitsstunde. Damit würden verdeckte Quotierungen wie bei der „Urlaubswoche“ und beim „Urlaubstag“ vermieden.

Da Arbeitnehmer nicht gegen ihren Willen beurlaubt werden können<sup>81</sup>, steht nicht zu befürchten, dass *Arbeitgeber* den Erholungszweck des Urlaubs vereiteln, indem sie nur stundenweise über das gesamte Jahr gestreut Urlaub gewähren. *Arbeitnehmer* die selbiges begehren und damit keine betrieblichen Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer beeinträchtigen (§ 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG), müssen hingegen nicht paternalistisch daran gehindert werden, sich um den besonderen Erholungseffekt eines möglichst langen, zusammenhängenden Urlaubs zu bringen. Wie es ihnen freisteht, ihren Urlaub *überhaupt nicht* einzubringen, muss es ihnen *a maiore ad minus* auch freistehen, ihren Urlaub wochen-, tage- oder stundenweise zu nehmen – und für Arbeitgeber wirksam zu erfüllen<sup>82</sup>. Anderes hieße, einen Freiheitsgewinn für den einzelnen Arbeitnehmer (Abweichung vom Ganztagesprinzip) für ihn als ungünstig anzusehen (vgl. § 13 Abs. 1 Satz 3 BUrlG).

### 2. Urlaub vor Arbeitspausen mit Teilzeitneigung anbieten

Arbeitgeber sollten darauf achten, dass Arbeitnehmer vor Arbeitspausen, nach deren Ende typischerweise Teilzeit verlangt wird (Mutterschutz, Elternzeit), ihren ge-

<sup>79</sup> Lampe, in: BeckOK (Fn. 63), § 3 BUrlG Rn. 7 ff.

<sup>80</sup> Vgl. Litzig, in: Kittner/Zwanziger/Deinert (Hrsg.), Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2013, § 49 Rn. 69 unter Verweis auf Danne, DB 1990, 1965.

<sup>81</sup> Im Einzelnen Gallner, in: ErFK (Fn. 8), § 7 BUrlG Rn. 10 ff.; nach Stiebert/Imani, ZESAR 2013, 164, 167 folgt schon aus Art. 7 Richtlinie 2003/78/EG, dass Arbeitgeber Urlaub zeitlich nicht einseitig festlegen können.

<sup>82</sup> Vgl. LAG Niedersachsen 23.4.2009 – 7 Sa 1655/08, LAGE § 7 BUrlG Nr. 45; Lampe, in: BeckOK (Fn. 63), § 7 BUrlG Rn. 14; anachronistisch hingegen BAG 29.7.1965 – 5 AZR 350/64, Arbeitsrechtliche Praxis (AP) Nr. 1 zu § 7 BUrlG; Gallner, in: ErFK (Fn. 8), § 7 BUrlG Rn. 26.

samten Urlaubsanspruch aufbrauchen<sup>83</sup>. Entsprechende Urlaubsangebote sollten zu Dokumentationszwecken schriftlich unterbreitet werden<sup>84</sup>. Zwangsbeurlaubung scheidet zwar auch hier aus, doch kann der Arbeitnehmer seinen Vollzeiturlaub nicht in die spätere Teilzeit ungeschmälert retten, wenn es ihm nachweislich möglich war, rechtzeitig den Vollzeiturlaub zu nehmen. Das nützt freilich nichts, wenn – wie im Ausgangsfall – Vollzeiturlaubsansprüche auch noch in Zeiten des Mutterschutzes oder der Elternzeit entstehen<sup>85</sup>. In diesen Fällen kann es zulässig sein, die Rückkehr an den Arbeitsplatz *in Teilzeit* davon abhängig zu machen, dass der Arbeitnehmer zunächst in Vollzeit zurückkehrt und seinen Resturlaub aufbraucht<sup>86</sup> – freilich dürfen keine *qualifizierten* Teilzeitanprüche entgegenstehen<sup>87</sup>.

### 3. Resturlaub als betrieblicher Grund gegen Teilzeitverlangen

Arbeitgeber können den Beginn begehrter Teilzeit leichter hinausschieben, wenn Arbeitnehmer ihren Vollzeiturlaub nicht bis zur Reduzierung ihrer Arbeitszeit abgebaut haben<sup>88</sup>. Nach § 8 Abs. 4 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) bilden unter anderem unverhältnismäßige Kosten einen validen betrieblichen Grund und „überschießender“ Urlaub von Teilzeitbeschäftigten wird regelmäßig Organisation und Arbeitsabläufe im Betrieb beeinträchtigen, „denn es soll tatsächlich teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer geben, die am Arbeitsplatz gebraucht werden“<sup>89</sup>. Dabei kann der Teilzeitbeginn nur solange verzögert werden, wie noch Vollzeiturlaub abzubauen ist, der sonst ungeschmälert in Teilzeit übernommen würde. Außer im Übertragungszeitraum<sup>90</sup> und im Anschluss an eine Rehabilitationsmaßnahme (§ 7 Abs. 1 Satz 2 BUrlG) können „dringende betriebliche Belange“ oder Urlaubswünsche anderer, sozial vorzugswürdiger Arbeitnehmer (§ 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG) dem Aufbrauchen des Vollzeiturlaubs entgegenstehen und damit jedenfalls „einfache“ Teilzeitbegehren nach § 8 TzBfG („betriebliche Gründe“) verzögern. Arbeitnehmer können also nur scheinbar ihre Urlaubswünsche gegen betriebliche Belange durchsetzen, wenn sie ihren Resturlaub bis kurz vor Teilzeitbeginn aufschieben. Der Beginn von Eltern- und Pflegezeit wird sich hingegen nicht unter Verweis auf noch einzubringenden Resturlaub verzögern lassen, sind dafür doch „dringende betriebliche Gründe“ erforderlich (§ 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz [BEEG] beziehungsweise § 3 Abs. 4 Pflegezeitgesetz [PflegeZG]).

---

<sup>83</sup> *Dassau/Wulfers*, ZTR 2013, 476, 478.

<sup>84</sup> *Krüger*, Arbeit und Arbeitsrecht (AuA) 2011, 178.

<sup>85</sup> Treffend *Giesen*, Fachanwalt Arbeitsrecht (FA) 2013, 257: „Nun kann man fragen, was der Arbeitgeber hätte tun sollen“. Immerhin ermöglicht § 17 Abs. 1 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) (im Gegensatz zu § 17 Mutterschutzgesetz [MuSchG]) die Urlaubskürzung für die Zeit der Freistellung.

<sup>86</sup> *Dassau/Wulfers*, ZTR 2013, 476, 478.

<sup>87</sup> Dazu sogleich IV 3.

<sup>88</sup> In diese Richtung auch *Grobys/von Steinau-Steinrück*, NJW-Spezial 2013, 466.

<sup>89</sup> *Giesen*, FA 2013, 257.

<sup>90</sup> § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BUrlG gilt nicht im Übertragungszeitraum, *Gallner*, in: *ErfK* (Fn. 8), § 7 BUrlG Rn. 64.

#### 4. Übergesetzlicher Mehrurlaub

Das Urlaubsrecht der EU bezieht sich nur auf den vierwöchigen Mindesturlaub. Soweit Arbeitnehmern arbeitsvertraglich, tarifvertraglich oder gesetzlich mehr Urlaub zusteht, können abweichende Umrechnungs- und Verfallsmodalitäten festgelegt werden<sup>91</sup>. Indes besteht eine widerlegbare Vermutung dafür, dass Mehrurlaub wie der unionsrechtlich geforderte Mindesturlaub zu behandeln ist, soweit keine abweichenden Modalitäten bestimmt sind<sup>92</sup>. Wenn Arbeitsvertrags- und Tarifparteien den Mindesturlaub nur *quantitativ* aufstocken und für eine *qualitative* Abweichung vom gesetzlichen Urlaubsregime „deutliche Anhaltspunkte“ fehlen, ist im Zweifel vom Willen zur Gleichbehandlung von Mindest- und Mehrurlaub auszugehen<sup>93</sup>.

#### V. Fazit

Das deutsche Wochenprinzip ist nicht zu halten. Zwar ließe sich das Verbot der Quotierung von Urlaub, den der Arbeitnehmer nicht vor Teilzeitbeginn rechtzeitig nehmen konnte, minimalinvasiv in das deutsche Urlaubsrecht implantieren, doch um weitere Friktionen zu vermeiden, ist zum Tage- oder besser gleich zum Stundenprinzip überzugehen. Bleibt der Gesetzgeber weiter untätig, muss sich das BAG dieser Aufgabe annehmen, will es nicht weiterhin nur Getriebener sein. Denn auch in der Rechtssache Brandes hat der EuGH abermals das Urlaubsrecht auf eine Vorlage aus Deutschland hin konkretisiert<sup>94</sup>, die nicht vom BAG kam<sup>95</sup>.

---

<sup>91</sup> Eingehend *Höpfner*, RdA 2013, 65, 71 ff.

<sup>92</sup> *Höpfner*, RdA 2013, 65, 73.

<sup>93</sup> Für Arbeitsverträge: BAG 24.3. 2009 – 9 AZR 983/07 (Fn. 6), Rn. 84; für Tarifverträge: BAG 12.4. 2011 – 9 AZR 80/10, NZA 2011, 1050 Rn. 25; kritisch zum verweigerten Vertrauensschutz für Altarbeitsverträge *Höpfner*, RdA 2013, 65, 73.

<sup>94</sup> Auf Vorlage des LAG Düsseldorf: EuGH 20.1. 2009 – C-350/06, C-520/06 (Fn. 24) (Schultz-Hoff und Stringer); auf Vorlage des ArbG Wuppertal: EuGH 7.4. 2011 – C-519/09, Slg. 2011, I-2761 (May); auf Vorlage des LAG Hamm: EuGH 22.11. 2011 – C-214/10 (Fn. 44) (KHS/Schulte); auf Vorlage des Verwaltungsgerichts (VG) Frankfurt am Main: EuGH 3.5. 2012 – C-337/10, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2012, 688 (Neidel); auf Vorlage des ArbG Passau: EuGH 8.11. 2012 – C-229/11, C-230/11 (Fn. 18) (Heimann und Toltschin).

<sup>95</sup> Das BAG hat den EuGH zwischen 1969 und 2012 erst 24 Mal um Vorabentscheidung ersucht (eigene Recherche via curia.eu), allerdings kein einziges Mal zum Urlaubsrecht; die Vorlage vom 21.3. 2002 – 6 AZR 108/01 (A), NZA 2003, 112 betraf die Berücksichtigung von Mutterschaftsurlaub bei Eingruppierungen.