

Dr. Clemens Latzel und Philipp Sausmikat, München*

„Die Zeiten ändern sich“

| | |
|--------------------|---|
| THEMATIK | Arbeitsrecht – Teilzeit, Urlaub, Elternzeit |
| SCHWIERIGKEITSGRAD | Schwer |
| BEARBEITUNGSZEIT | 5 Stunden |
| HILFSMITTEL | Schönfelder, Deutsche Gesetze; Beck-Texte, Arbeitsgesetze |

■ SACHVERHALT

Uli ist Franke und betreibt in Nürnberg eine Spedition mit 16 Arbeitnehmern und einer Auszubildenden. Als ehemaliges Mitglied der Naturfreundejugend und überzeugter Sozialdemokrat will er seinen Mitarbeitern optimale Arbeitsbedingungen bieten, was ihm aber nicht immer gelingt:

* Der Verfasser *Latzel* ist Habilitand am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Der Verfasser *Sausmikat* ist studentische Hilfskraft ebenda. Im Probeexamen 2015/1 an der LMU München erreichten die 138 Bearbeiter einer leicht gekürzten Klausurfassung im Schnitt 5,0 Punkte bei einer Durchfallquote von 15,2 %; Bestleistung: 11 Punkte (2 x).

I. Christa arbeitet schon seit vielen Jahren bei Uli – bislang in Vollzeit (40 Wochenstunden verteilt auf Montag bis Freitag). Nun möchte sie sich stärker im Fanclub der „Spielvereinigung Greuther Fürth“ engagieren, dem sie seit Kurzem vorsitzt. Sie bittet Uli in einem Gespräch am 15.3. um die Verringerung ihrer Arbeitszeit ab dem 1.7. auf zehn Wochenstunden, verteilt auf zwei Werktage – „am liebsten Dienstag und Mittwoch, jedenfalls nicht Montag“. Obzwar Uli aus betrieblicher Sicht nichts gegen die Arbeitszeitreduzierung einzuwenden hat, will er Christas Ansinnen aus anderen Gründen nicht nachkommen: „Ein echter Nürnbercher is Glubberer, ned Greuther“. Jedenfalls müsse Christa freitags arbeiten, weil an diesem Tag schon zwei „Teilzeiter“ arbeitsfrei haben und der Betrieb – was zutrifft – sonst freitags nicht aufrechterhalten werden könnte. All das teilt Uli am selben Tag Christa auch schriftlich mit.

Doch Christa ist renitent und setzt noch Einen drauf: Wenn sie am 1.7. auf zehn Wochenstunden reduziert, will sie ihre bislang unangetasteten 20 Urlaubstage aus diesem Jahr ungeschmälert behalten und stellt auch schon in Aussicht, zu Beginn der neuen Bundesligasaison im August gleich zehn Wochen Urlaub am Stück zu beantragen. Uli protestiert energisch und erinnert Christa daran, dass vom 1.4. bis 30.6. in der gesamten Spedition Urlaubssperre wegen der Einführung eines neuen EDV-Systems gilt und sie ihren „Vollzeiturlaub“ nur vorher nehmen könne, auch wenn sie dann – nach seiner zutreffenden Berechnung – nur zehn ihrer 20 Urlaubstage einbringen könne. Die anderen zehn Urlaubstage würden – sofern sich die Arbeitszeitreduzierung zum 1.7. nicht verhindern ließe – entsprechend heruntergerechnet. Christa meint, es sei ihre Sache, wann sie Urlaub nimmt und wann nicht, und sie will erst im August Urlaub nehmen. Jedenfalls dürfe ihr Teilzeitrecht nicht durch Abstriche beim Urlaub konterkariert werden.

II. Nachdem sich Christas Pläne im Unternehmen rumgesprochen haben, werden Kai und Andrea bei Uli vorstellig: Kai arbeitet bislang regelmäßig zehn Stunden pro Woche, hat aber bereits mehrfach gegenüber Uli angedeutet, mehr – am liebsten in Vollzeit – arbeiten zu wollen. Er hat die gleichen Arbeitsaufgaben wie Christa, sodass die Arbeitszeiten unproblematisch umverteilt werden könnten. Die Auszubildende Andrea hat im Juni ihre Abschlussprüfung und will danach weiter bei Uli arbeiten – gerne auch in Teilzeit. Unterstellt, dass sich Christas Teilzeitpläne nicht verhindern lassen, neigt Uli dazu, Andrea eine Stelle zu 30 Wochenstunden anzubieten; so könnte sie nebenher in der Frauenmannschaft des „Glubbs“ trainieren, deren Stammspielerin sie ist. Fachlich ist sie nach Abschluss ihrer Ausbildung gleichermaßen geeignet wie Kai, der sich jedoch nichts aus Fußball macht und daher nicht „aufgestockt“ werden soll. Als Kai protestiert, verweist Uli nur darauf, dass in der Spedition – was zutrifft – nicht mehr als 30 Wochenarbeitsstunden vakant sind.

III. Die ebenfalls schon seit vielen Jahren bei Uli beschäftigte Hanna wird am 1.10. aus ihrer zwei Jahre währenden Elternzeit – zuvor war sie sechs Wochen in Mutterschutz – zurückkommen und von da an vereinbarungsgemäß nicht mehr 40 Stunden verteilt auf fünf Tage, sondern nur 20 Stunden, verteilt auf drei Tage pro Woche, arbeiten. Ende September fragt sie Uli, wie viel Urlaub sie noch hat, immerhin habe sie – was zutrifft – vor Beginn ihres Mutterschutzes noch Anspruch auf zehn Urlaubstage gehabt. Obwohl Hanna zu vielen Heimspielen des „Glubbs“ geht, will Uli nicht „ihren Erziehungsurlaub künstlich verlängern“. Resturlaub hätte sie vor Mutterschutz und Elternzeit nehmen müssen, was er ihr damals auch vergeblich angeboten hatte. Sie habe bei ihrer Rückkehr in Teilzeit einzig aus dem laufenden Jahr einen Anspruch auf fünf Urlaubstage.

IV. Mit Hannas Rückkehr endet das Arbeitsverhältnis mit Jupp, der zu 20 Stunden in einer Drei-Tage-Woche bei Uli bis Ende September beschäftigt war und mit zwölf Urlaubstagen aus dem laufenden Jahr ausscheidet, die ihm Uli aufgrund der angespannten Personallage nicht mehr gewähren konnte. Jupp hat bereits ein Anschlussarbeitsverhältnis mit selbem Zeitumfang bei Torsten. Uli meint, Jupp nehme seinen Urlaub dorthin mit. Nachdem Jupp seine neue Stelle angetreten ist, gewährt ihm Torsten zwar bereitwillig bereits im Oktober drei Urlaubstage, will aber keinesfalls „Urlaubsaltlasten“ von Uli übernehmen. Jupp verlangt daraufhin von Uli Abgeltung für zwölf Tage Resturlaub. Uli meint, Jupp könne von ihm jedenfalls nicht Urlaub abgegolten verlangen, den er von Torsten bereits erhalten hat.

Bearbeitervermerk: In einem umfassenden Gutachten sind die Ansprüche von Christa, Kai, Hanna und Jupp gegen Uli zu prüfen! Es ist davon auszugehen, dass alle Arbeitnehmer nur Anspruch auf den gesetzlichen Jahresurlaub haben. Auf Fragen des Urlaubsentgelts und Schadensersatzansprüche ist nicht einzugehen.

Art. 7 Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG lautet:

(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.

§ 4 Teilzeitrahmenvereinbarung (Richtlinie 97/81/EG) lautet auszugsweise:

(1) Teilzeitbeschäftigte dürfen in ihren Beschäftigungsbedingungen nur deswegen, weil sie teilzeitbeschäftigt sind, gegenüber vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten nicht schlechter behandelt werden, es sei denn, die unterschiedliche Behandlung ist aus objektiven Gründen gerechtfertigt.

(2) Es gilt, wo dies angemessen ist, der Pro-rata-temporis-Grundsatz.

Der EuGH hat in Auslegung der genannten Normen entschieden:

Rs. C-486/08: Die Inanspruchnahme des Jahresurlaubs zu einem späteren Zeitpunkt als dem Bezugszeitraum steht in keiner Beziehung zu der in dieser späteren Zeit vom Arbeitnehmer erbrachten Arbeitszeit. Durch Veränderung, insbesondere Verringerung der Arbeitszeit beim Übergang von Vollzeit- zu Teilzeitbeschäftigung darf der Anspruch auf Jahresurlaub, den der Arbeitnehmer während der Vollzeitbeschäftigung erworben hat, nicht gemindert werden. Der Pro-rata-temporis-Grundsatz ist zwar auf die Gewährung des Jahresurlaubs für eine Zeit der Teilzeitbeschäftigung anzuwenden, kann aber nicht nachträglich auf einen Anspruch auf Jahresurlaub angewandt werden, der in einer Zeit der Vollzeitbeschäftigung erworben wurde, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich nicht die Möglichkeit hatte, diesen Anspruch auszuüben.

Rs. C-415/12: Das Unionsrecht steht nationalen Bestimmungen oder Gepflogenheiten entgegen, 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.

■ **LÖSUNGSVORSCHLAG**

Hinweis: Die Bearbeiter müssen wenig gebräuchliche Gesetze anwenden, dabei die im Bearbeitervermerk wiedergegebene EuGH-Rechtsprechung beachten und mit der Bearbeitungszeit zurechtkommen. Problembewusstsein und Argumentation sind entscheidend.

A. CHRISTAS ANSPRUCH AUF VERRINGERUNG IHRER ARBEITSZEIT

Da die Arbeitszeit arbeitsvertraglich vereinbart wird, kann ihre Verringerung nur iSd § 194 I BGB „beansprucht“ werden, wenn der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber verlangen kann, dass er einer entsprechenden Änderung des Arbeitsvertrags zustimmt. Christa hat gegen Uli einen solchen Anspruch auf Zustimmung zu der von ihr gewünschten Arbeitszeitverringerung aus § 8 I, IV 1 Alt. 1 TzBfG, wenn § 8 TzBfG anwendbar ist, Christa den Anspruch ordnungsgemäß geltend gemacht hat, keine Einigung über die Reduzierung der Arbeitszeit zustande gekommen ist und soweit betriebliche Gründe nicht entgegenstehen.

I. Persönliche und betriebliche Voraussetzungen

Anwendbarkeit des TzBfG

Der persönliche Anwendungsbereich des § 8 I TzBfG ist eröffnet, da Christa länger als sechs Monate bei Uli arbeitet. Der betriebliche Anwendungsbereich nach § 8 VII TzBfG ist eröffnet, da Uli regelmäßig 16 Arbeitnehmer (ohne Auszubildende) beschäftigt.

Hinweis: Im Gegensatz zu § 23 I 2, 3 KSchG zählt man bei § 8 VII TzBfG nach Köpfen, weil eine § 23 I 4 KSchG entsprechende Vorschrift fehlt.

II. Ordnungsgemäße Geltendmachung

form- und fristgerechter Antrag

Den Anspruch hat Christa ordnungsgemäß geltend gemacht, wenn sie gem. § 8 II 1 TzBfG drei Monate vor Beginn der Reduzierung einen entsprechenden (formlosen) Antrag bei Uli gestellt hat und kein Fall des § 8 VI TzBfG gegeben ist. Die Angabe einer gewünschten Arbeitszeitverteilung ist keine zwingende Voraussetzung für die ordnungsgemäße Geltendmachung (§ 8 II 2 TzBfG: „soll“). Da der Verringerungswunsch ein Antrag auf Abschluss eines Änderungsvertrags (§§ 145 ff., § 311 I BGB) über die arbeitsvertragliche Arbeitszeit ist (ErfK/Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, TzBfG § 8 Rn. 12) und notfalls die Fiktionswirkung des § 8 V 2 TzBfG auslösen soll, muss er so konkret formuliert sein, dass ihn der Arbeitgeber mit einem bloßen „Ja“ annehmen kann.

Christa hat ihren Wunsch nach Verringerung ihrer Wochenarbeitszeit auf zehn Stunden mit

Wirkung zum 1.7. rechtzeitig und hinreichend bestimmt am 15.3. gegenüber Uli ausgesprochen. Frühere Verringerungsbegehren, die eine Sperrfrist nach § 8 VI TzBfG ausgelöst haben könnten, sind nicht ersichtlich.

III. Keine Einigung zwischen Christa und Uli

Zustimmungsfiktion

Der Anspruch erübrigte sich, wenn sich Christa mit Uli nach § 8 III 1 TzBfG über die Verringerung nach den Regeln der §§ 145 ff. BGB geeinigt hat. Ausdrücklich hat Uli zwar Christas Angebot nicht angenommen, doch könnte seine Zustimmung gem. § 8 V 2 TzBfG fingiert worden sein.

1. Fiktion aufgrund nicht rechtzeitiger schriftlicher Ablehnung

Wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht nach § 8 III 1 TzBfG geeinigt haben, gilt die Zustimmung nach § 8 V 2 TzBfG als erteilt, wenn der Arbeitgeber die Arbeitszeitverringerung nicht spätestens einen Monat vor deren gewünschtem Beginn schriftlich abgelehnt hat. Uli hat am 15.3. die Verringerung gegenüber Christa schriftlich abgelehnt. Somit scheidet eine Fiktion nach § 8 V 2 TzBfG aus.

2. Fiktion aufgrund verletzter Verhandlungsobliegenheit

Folgen der Verletzung der Verhandlungsobliegenheit

Eine Fiktion könnte sich aber aus der Verletzung der Verhandlungsobliegenheit nach § 8 III 1 TzBfG ergeben (*Hamann* Jura 2003, 73 [77]). Obzwar Uli Christa nicht die Möglichkeit gegeben hat, sich vor der Ablehnung über die Gründe auszutauschen, fehlt einer daran anknüpfenden Zustimmungsfiktion die gesetzliche Grundlage (ErfK/*Preis* aaO TzBfG § 8 Rn. 15). Aus der Verletzung der Verhandlungsobliegenheit folgt nur, dass im Rechtsstreit der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer keine Einwendungen entgegenhalten kann, die im Rahmen der Verhandlungen hätten ausgeräumt werden können (BAG Urt. v. 18.2.2003 – 9 AZR 356/02, NZA 2003, 911 [913]).

IV. Betriebliche Gründe

Die betrieblichen Gründe können nach (dem nicht abschließenden) § 8 IV 2 TzBfG in der Organisation, dem Arbeitsablauf, der Sicherheit im Betrieb oder unverhältnismäßigen Kosten liegen. Uli wendet gegen die Verringerung aber nur Christas Tätigkeit im Fürther-Fanclub ein, was ein rein persönlicher Ablehnungsgrund ist. Sonstige Gründe trägt er als Darlegungsbelasteter (ErfK/*Preis* aaO TzBfG § 8 Rn. 55) nicht vor, sodass von solchen auch nicht auszugehen ist.

V. Ergebnis

Christa kann somit von Uli aus § 8 I, IV 1 Alt. 1 TzBfG verlangen, dass er der von Christa gewünschten Reduzierung ihrer Arbeitszeit auf zehn Stunden pro Woche zustimmt. Der Anspruch muss eingeklagt werden; ein entsprechendes Urteil wird nach § 894 ZPO vollstreckt.

B. CHRISTAS ANSPRUCH AUF UMVERTEILUNG IHRER ARBEITSZEIT

Christa hat gegen Uli einen Anspruch aus § 8 IV 1 Alt. 2 TzBfG auf Zustimmung zu ihrer gewünschten Arbeitszeitverteilung, wenn sie von Uli verlangen kann, dass er ihrer gewünschten Arbeitszeitverringerung zustimmt, wenn sie ihr Verteilungsbegehren hinreichend bestimmt hat und der gewünschten Verteilung keine betrieblichen Gründe entgegenstehen.

Hinweis: Von einer gemeinsamen Prüfung der Ansprüche auf Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit ist schon aus Gründen der Übersichtlichkeit abzuraten.

I. Anspruch auf Zustimmung zur Arbeitszeitverringerung

Bindung des Verteilungs- an das Verringerungsbegehren

Auch wenn der Wortlaut von § 8 V 3 TzBfG eine isolierte Beurteilung des Verteilungsbegehrens zulässt, ergibt die systematische Zusammenschau mit § 8 II 2, III 2 TzBfG, dass ein Arbeitnehmer die Umverteilung seiner Arbeitszeit nur verlangen kann, wenn er zugleich erfolgreich ihre Verringerung beansprucht (ErfK/*Preis* aaO TzBfG § 8 Rn. 6; minimale Verringerungswünsche zum Zwecke der Umverteilung der Arbeitszeit können rechtsmissbräuchlich sein [§ 242 BGB], Meinel/*Heyn*/Herms/*Heyn*, TzBfG, 4. Aufl. 2012, TzBfG § 8 Rn. 28). Dafür sprechen auch Sinn und Zweck des Gesetzes, gerade nur die Teilzeitarbeit zu fördern (§ 1 TzBfG), nicht aber das Direktionsrecht des Arbeitgebers bezüglich der Lage der Arbeitszeit gänzlich aufzuheben (vgl. § 8 V 4 TzBfG; Meinel/*Heyn*/Herms aaO TzBfG § 8 Rn. 30). Hier hat Christa gegen Uli einen Anspruch auf Zustimmung zur Verringerung ihrer Wochenarbeitszeit auf zehn Stunden (dazu oben A.).

II. Hinreichend bestimmter Antrag

offener Verteilungswunsch
zulässig

Der Antrag auf Umverteilung der Arbeitszeit richtet sich wie der Antrag auf deren Verringerung nach den §§ 145 ff. BGB. Er muss aber nicht so konkret sein, dass er mit einem bloßen „Ja“ angenommen werden kann, da der *Verteilungswunsch* nur das ohnehin bestehende Direktionsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit einschränken soll (ein entsprechendes Recht hat der Arbeitgeber hinsichtlich des *Umfangs* der Arbeitszeit grundsätzlich nicht). Wenn der Arbeitnehmer keinen Verteilungswunsch äußert, kann der Arbeitgeber die Arbeitszeit einseitig im Rahmen von § 106 GewO verteilen (ErfK/Preis aaO TzBfG § 8 Rn. 14). Deshalb ist auch ein offener Verteilungswunsch zulässig, der dem Arbeitgeber nur Rahmenbedingungen setzt.

bedingter Verteilungswunsch
zulässig

Die von Christa vorgeschlagenen Verteilungsmodi (zwei Werktage – „am liebsten Dienstag und Mittwoch, jedenfalls nicht Montag“) sind nach §§ 133, 157 BGB dahin auszulegen, dass Christa in erster Linie die Verteilung ihrer Arbeitszeit auf Dienstag und Mittwoch und – nur falls das abgelehnt wird (§ 158 I BGB) – hilfsweise auf zwei ins Belieben des Arbeitgebers gestellte Tage außer Montag begehrt. Ein derartig bedingter Verteilungswunsch könnte analog § 388 S. 2 BGB unwirksam sein, wenn dem Arbeitgeber wie dem Aufrechnungsgegner keine Ungewissheit über den Rechtszustand zugemutet werden kann (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 74. Aufl. 2015, BGB Einf v § 158 Rn. 13). Während aber die Aufrechnungserklärung die einseitige Einwirkung auf ein Rechtsverhältnis erlaubt, ändert der Antrag auf wunschgemäße Arbeitszeitverteilung nicht unmittelbar die Rechtslage. Erst die Zustimmung des Arbeitgebers oder die gesetzliche Fiktion derselben (§ 8 V 3 TzBfG) führt die Änderung herbei und dem Fiktionseintritt kann sich der Arbeitgeber durch rechtzeitige Ablehnung entziehen. Der Verteilungswunsch kann daher bedingt gestellt werden, ohne einen unklaren Rechtszustand zu schaffen.

III. Betriebliche Belange

Der Arbeitszeitverteilung auf Dienstag und Mittwoch stehen betriebliche Belange iSd § 8 IV 2 TzBfG entgegen, weil freitags zwei andere Teilzeit-Arbeitnehmer einen arbeitsfreien Tag haben und daher freitags Christas Anwesenheit erforderlich ist. Dem somit nach § 158 I BGB maßgeblichen Hilfsantrag, wonach Uli nach seinem Belieben (im Rahmen von § 106 GewO) die Arbeitszeit auf zwei Werktage außer montags verteilen kann, stehen hingegen keine betrieblichen Belange entgegen.

Hinweis: Weil die Anspruchsvoraussetzungen der Verteilungswünsche im Übrigen identisch sind, wurde hier von einer vollständig getrennten Prüfung abgesehen.

IV. Ergebnis

Somit kann Christa von Uli gem. § 8 IV 1 Alt. 2 TzBfG verlangen, dass er ihrem Wunsch nach Arbeitszeitumverteilung auf zwei Werktage außer montags zustimmt. Insoweit ist dann Uli's Direktionsrecht arbeitsvertraglich determiniert.

Hinweis: Dem Arbeitgeber ist aber insoweit ausnahmsweise die Teilkündigung des Arbeitsvertrages nach § 8 V 4 TzBfG gestattet – über den Wortlaut hinaus auch dann, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitszeitlage gerichtlich durchgesetzt hat, ErfK/Preis aaO TzBfG § 8 Rn. 45.

C. CHRISTAS URLAUBSANSPRUCH

Christa kann von Uli die Gewährung von zehn Kalenderwochen Erholungsurlaub aus § 1 BUrlG verlangen, wenn sie die sechsmonatige Wartezeit nach § 4 BUrlG erfüllt hat, noch entsprechend viele Urlaubstage beanspruchen kann und keine betrieblichen Belange oder vorrangige Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer dem Urlaubszeitraum entgegenstehen (§ 7 I 1 BUrlG). Die Wartezeit hat Christa erfüllt, sodass sie grundsätzlich den vollen Urlaubsanspruch erworben hat. Da der genaue Urlaubszeitraum hier noch offen ist („im August“), ist allein der Umfang von Christas (Rest-)Urlaubsanspruch zu untersuchen.

I. Bisherige deutsche Rechtslage

Wochenprinzip

Im deutschen Urlaubsrecht gilt bislang das Wochenprinzip, dh, jeder Arbeitnehmer hat unabhängig von seiner Arbeitszeit Anspruch auf vier Kalenderwochen Urlaub im Jahr (§ 3 BUrlG). Der Urlaubsanspruch wird bei Reduzierung der regelmäßigen Wochenarbeitszeit proportional gekürzt (einschließlich etwaiger Resturlaubsansprüche), vgl. § 4 I TzBfG (BAG Ur. v. 28.4.1998 – 9 AZR 314/97, NZA 1999, 156). Wegen des außerdem noch geltenden Ganztagesprinzips kommt es aber nicht darauf an, um wie viele *Stunden* die Arbeitszeit verringert wird, sondern um wie viele *Tage* (Schaub, ArbRHdB, 15. Aufl. 2013, § 104 Rn. 47).

Bei einem Wechsel von einer Fünf- in eine Zwei-Tage-Woche hieße das, dass sich Christas Urlaubsanspruch von 20 auf acht Urlaubstage (20:5 x 2) reduzierte. Vor wie nach der Arbeits-

zeitreduzierung könnte Christa getreu dem Wochenprinzip vier Kalenderwochen Urlaub beanspruchen.

Ganztagesprinzip

II. Unionsrechtslage

Das Urlaubsrecht ist unionsrechtlich determiniert durch Art. 7 Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG. Nach deren Auslegung durch den EuGH ist der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub ein „besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Union“, der nicht restriktiv ausgelegt werden darf (vgl. Art. 31 II GRC; EuGH Urt. v. 22.4.2010 – C-486/08, NZA 2010, 557 Rn. 28 f. mwN – Tirol). Der EuGH differenziert – im Gegensatz zur deutschen Rechtsprechung – zwischen dem Urlaubserwerb und der Urlaubsgewährung: Je nach Arbeitszeit (und Vergütung) im Erwerbszeitraum erwirbt der Arbeitnehmer einen konkreten Anspruch auf entsprechend viele Urlaubstage (mit entsprechendem Urlaubsentgelt); ein einmal erworbener Anspruch darf dem Arbeitnehmer auch nicht bei späteren Arbeitszeitreduzierungen genommen werden (zum Ganzen *Latzel* EuZA 2014, 80 [87]; das Schicksal von Urlaubsansprüchen beim Wechsel *von Teilzeit in Vollzeit* ist aktuell Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH: Rs. C-219/14 – Greenfield, dazu *Stiebert ZESAR* 2014, 331). Der Urlaub wird nach den effektiven Urlaubstagen (Tage mit entgeltlicher Freistellung von der eigentlich bestehenden Arbeitspflicht) berechnet, dh, es kommt nicht darauf an, wie viele Kalenderwochen ein Arbeitnehmer im Jahr bezahlt freigestellt wird, sondern wie viele Arbeitstage (EuGH Urt. v. 13.6.2013 – C-415/12, NZA 2013, 775 Rn. 37 ff. – Brandes). Allerdings gilt das nur für Urlaub, den der Arbeitnehmer nicht rechtzeitig vor Reduzierung der Arbeitszeit nehmen konnte (EuGH Urt. v. 22.4.2010 – C-486/08, Slg. 2010, I-3527 Rn. 34 – Tirol). Hat der Arbeitnehmer seinen Anspruch nicht rechtzeitig geltend gemacht, obwohl er gekonnt hätte, kann sein Urlaub entsprechend der Arbeitszeitreduzierung gemäß der bisherigen deutschen Rechtspraxis quotiert werden (*Latzel* EuZA 2014, 80 [88]).

Hier kann Christa vor Beginn ihrer Arbeitszeitverringerung noch zehn Tage Urlaub in Anspruch nehmen. Da sie diesen nicht nehmen will, wird ihr Urlaubsanspruch ab Beginn der Arbeitszeitverringerung *insoweit* quotiert: Die zehn Urlaubstage, die sie nicht nehmen wollte, obwohl sie gekonnt hätte, werden bei Zugrundelegung des Ganztagesprinzips auf vier Urlaubstage umgerechnet (10:5 x 2). Die anderen zehn Urlaubstage werden aber nicht quotiert, weil Christa diese aufgrund der Urlaubssperre (betrieblicher Belang iSd § 7 I 1 BUrlG) nicht geltend machen konnte.

Hinweis: Eine Obliegenheit des Arbeitnehmers, sein Teilzeitbegehren so rechtzeitig zu stellen, dass er noch sämtlichen Resturlaub vor Teilzeitbeginn (unquotiert) nehmen kann, wird man jedenfalls bei einem Vorlauf von mehr als drei Monaten (vgl. § 8 II 1 TzBfG) nicht annehmen können.

Der praktisch überholte § 7 II BUrlG gebietet keine andere Beurteilung, weil Christa aus betrieblichen Gründen (Urlaubssperre) die Teilung ihres Urlaubs hinnehmen muss (aA vertretbar) und die Mindestdauer (§ 7 II 2 BUrlG), die hier analog § 3 BUrlG von zwölf auf zehn Urlaubstage herunterzurechnen ist (Wochenprinzip), eingehalten wird.

III. Richtlinienkonforme Auslegung des BUrlG

EU-Richtlinien sind zwar grundsätzlich nicht unmittelbar anwendbar (vgl. Art. 288 III AEUV – zu den Ausnahmen: *Streinz/Schroeder*, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, AEUV Art. 288 Rn. 106 ff.), jedoch ist das nationale Recht bis zur Grenze der Rechtsfortbildung *contra legem* richtlinienkonform auszulegen (*Streinz*, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 500 f.; *Streinz* JuS 2012, 858 ff.). Das ist jedenfalls für die hier interessierende Urlaubsberechnung angesichts des offenen Wortlauts der §§ 1, 3, 7 BUrlG ohne Weiteres möglich.

Hinweis: Das BAG hat nunmehr seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben und beurteilt die Kürzung von Urlaub beim Wechsel von Voll- in Teilzeit nach den Regeln des EuGH (BAG Urt. v. 10.2.2015 – 9 AZR 53/14, Pressemitteilung Nr. 3/15).

IV. Ergebnis

Ab Beginn der Arbeitszeitverringerung verbleiben Christa in richtlinienkonformer Auslegung des BUrlG noch 14 Urlaubstage. Damit kann sie in einer Zwei-Tage-Woche „nur“ sieben Kalenderwochen bezahlte Arbeitsbefreiung beanspruchen.

D. KAIS ANSPRUCH AUF VERLÄNGERUNG DER ARBEITSZEIT

Kai hat nach § 9 TzBfG einen Anspruch auf bevorzugte Berücksichtigung bei der Besetzung freier Arbeitsplätze, wenn er einen Verlängerungswunsch angezeigt hat, ein entsprechender Arbeitsplatz frei ist, er für den Arbeitsplatz geeignet ist und keine dringenden betrieblichen

Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer entgegenstehen. Sind die Voraussetzungen erfüllt, kann Kai von Uli – ähnlich dem Mechanismus des § 8 IV TzBfG – die Zustimmung zur Änderung der vertraglichen Arbeitszeit verlangen, ohne dass Uli noch ein „Berücksichtigungsspielraum“ zukommt (vgl. ErfK/Preis aaO TzBfG § 9 Rn. 12).

I. Anzeige des Verlängerungswunsches

Kai hat gegenüber Uli seinen Verlängerungswunsch angezeigt. Formerfordernisse bestehen insoweit nicht.

II. Freier Arbeitsplatz

nur Wechsel des Arbeitsplatzes, keine Aufstockung

Der Anspruch bezieht sich ausweislich des Wortlauts von § 9 TzBfG nur auf die „Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes“. Fraglich ist, ob der Arbeitnehmer auch die Aufstockung der Arbeitszeit seines bisherigen Arbeitsplatzes verlangen kann, wenn dadurch – wie hier – die betriebsübliche Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers nicht überschritten wird. Dafür spricht, dass § 9 TzBfG die Teilzeitbeschäftigung fördern soll (vgl. § 1 TzBfG; in diese Richtung *Boeken/Joussen*, TzBfG, 3. Aufl. 2012, TzBfG § 9 Rn. 2). Muss man einen freien Arbeitsplatz abwarten, um als Teilzeitbeschäftigter „aufstocken“ zu können, ist die Teilzeitbeschäftigung insgesamt weniger attraktiv („Teilzeitfalle“). Gegen einen Aufstockungsanspruch ist aber die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers (Art. 12 I GG, Art. 16 GRC) anzuführen. Dazu gehört auch die Organisationsfreiheit, die Arbeit im Unternehmen – soweit keine gesetzlichen Einschränkungen bestehen – nach Gutdünken zu verteilen und vakante Arbeit auf vorhandene oder neue Arbeitsplätze zu verteilen (*Boeken/Joussen* aaO TzBfG § 9 Rn. 23); dafür trägt der Arbeitgeber auch das unternehmerische Risiko. Daher kann § 9 TzBfG derzeit kein Anspruch auf Aufstockung oder Zusammenlegung von Arbeitsplätzen entnommen werden (ErfK/Preis aaO TzBfG § 9 Rn. 5; aA *P. Hanau* NZA 2001, 1168 [1174]).

Hinweis: Der Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode sieht einen Anspruch auf befristete Teilzeit (sog. Rückkehrrecht) vor, S. 70.

Kai kann nur einen Wechsel auf den Teilzeitarbeitsplatz mit 30 Wochenstunden, nicht die Erhöhung seiner bisherigen zehn Wochenstunden auf 40 verlangen (aA vertretbar).

III. Eignung

Kai ist für den freien Arbeitsplatz geeignet. Allein die erhoffte besserer Arbeitsleistung von Andrea stellt noch keinen Grund dar, sie gegenüber Kai zu bevorzugen.

IV. Entgegenstehende Gründe

Beschäftigungsansprüche Dritter

Dringende betriebliche Belange iSd § 9 TzBfG können vor allem Rechtsansprüche Dritter auf Beschäftigung sein, wozu auch die Weiterbeschäftigung zur Abwendung einer betriebsbedingten Kündigung zählt (ErfK/Preis aaO TzBfG § 9 Rn. 7). Jedoch hat Andrea weder einen tarif-, noch einen individualvertraglichen Weiterbeschäftigungsanspruch gegen Uli – sie war auch nicht Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung (§ 78 a II BetrVG). Auch der Schutz des § 1 II 2 Nr. 1 lit. b) KSchG ist auf Auszubildende nicht übertragbar (vgl. § 21 I 1 BBiG). Andrea ist außerdem kein „anderer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer“ iSd § 9 TzBfG, weil die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten keine Arbeitnehmer sind (vgl. § 10 II BBiG). Vielmehr bezweckt § 9 TzBfG gerade, dass bereits im Unternehmen Beschäftigte gegenüber Außenseitern (also auch Auszubildenden) bei der Stellenbesetzung bevorzugt werden.

V. Ergebnis

Kai hat nach § 9 TzBfG einen Anspruch auf bevorzugte Berücksichtigung bei der Besetzung der neu geschaffenen Stelle, dh, Uli muss der von Kai gewünschten Erhöhung seiner Wochenarbeitszeit auf 30 Stunden zustimmen. Nach hM kann Kai nicht verlangen, die vakanten 30 Wochenarbeitsstunden seinen bisherigen zehn zugeschlagen zu bekommen (aA vertretbar).

E. HANNAS ANSPRUCH AUF VERRINGERUNG IHRER ARBEITSZEIT

Ob Hanna einen Anspruch auf Verringerung ihrer Arbeitszeit aus § 15 VI BEEG oder § 8 I, IV 1 TzBfG hat, kann dahinstehen, da Uli ohnehin ihr Angebot zur Arbeitszeitverringerung ab 1.10. angenommen hat und somit ein Änderungsvertrag zustande gekommen ist (§ 311 I BGB). Jedenfalls wäre die Unterschreitung der Frist des § 8 II 1 TzBfG kein Hindernis, weil diese nur den Arbeitgeber schützen soll (BAG Urt. v. 14.10.2003 – 9 AZR 636/02, NZA 2004, 975 [967]) und Uli darauf freiwillig verzichtet hat (§ 22 I TzBfG *e contrario*).

F. HANNAS URLAUBSANSPRUCH

Da die Anspruchsvoraussetzungen nach §§ 1, 2, 4 BUrlG unproblematisch erfüllt sind, ist allein der *Umfang* von Hannas Urlaubsanspruch fraglich, wenn sie am 1.10. aus ihrer Elternzeit nur noch mit einer Wochenarbeitszeit von drei statt wie bisher fünf Tagen zurückkehrt. Insofern ist zwischen dem Resturlaub aus der Zeit vor Mutterschutz und Elternzeit einerseits und dem Urlaub aus der Elternzeit und dem laufenden Jahr andererseits zu differenzieren.

I. Resturlaubsansprüche

Hanna könnte noch Resturlaubsansprüche aus der Zeit vor Mutterschutz und Elternzeit haben. Zu Beginn ihres Mutterschutzes hatte Hanna noch Anspruch auf zehn Urlaubstage.

1. Urlaubsübertragung**a) Normale Urlaubsübertragung**

begrenzter
Übertragungszeitraum

Eine Übertragung des Urlaubsanspruchs ins *nächste* Kalenderjahr ist gem. § 7 III 2 BUrlG möglich, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen. Hanna konnte zwar ihren Urlaub wegen Mutterschutz (Beschäftigungsverbot aus § 6 I 1 MuSchG) und Elternzeit (ruhende Arbeitspflicht; ErfK/*Gallner* aaO BEEG § 15 Rn. 25) nicht nehmen, doch wäre ihr Urlaub gleichwohl wegen § 7 III 3 BUrlG Ende März des Folgejahres verfallen.

Hinweis: Nur wenn ein Arbeitnehmer seinen Urlaubsanspruch rechtzeitig geltend gemacht und nicht bekommen hat, kann er nach dem Übertragungszeitraum die Gewährung von Ersatzurlaub als Schadensersatz verlangen, BAG Urt. v. 6.8.2013 – 9 AZR 956/11, NZA 2014, 545; aA LAG Berlin-Brandenburg Urt. v. 12.6.2014 – 21 Sa 221/14, BB 2014, 2554: Arbeitgeber muss Urlaub auch unaufgefordert gewähren – dagegen zu Recht *Ecklebe* DB 2014, 1991.

Selbst wenn man § 7 III 3 BUrlG unionsrechtskonform dahin auslegt, dass der Übertragungszeitraum 15 Monate beträgt (BAG Urt. v. 7.8.2012 – 9 AZR 353/10, NZA 2012, 1216 Rn. 30 ff. – aber nur für den Fall, dass der Arbeitnehmer wegen Arbeitsunfähigkeit an seiner Arbeitsleistung [und damit auch an der Urlaubsnahme] gehindert war), wäre auch dieser Zeitraum hier bereits abgelaufen.

b) Urlaubsübertragung während Mutterschutz

Als *lex specialis* gegenüber § 7 III 3 BUrlG ordnet § 17 S. 2 MuSchG an, dass die Arbeitnehmerin den Urlaub, den sie vor Beginn des Mutterschutzes nicht erhalten hat, im laufenden oder nächsten Urlaubsjahr geltend machen kann. Doch auch dieser Übertragungszeitraum ist hier zum Ende von Hannas zweijähriger Elternzeit bereits abgelaufen.

c) Urlaubsübertragung während Elternzeit

Als weitere *lex specialis* ordnet aber § 17 II BEEG an, dass der Arbeitnehmer Urlaub, den er vor dem Beginn seiner Elternzeit nicht oder nicht vollständig erhalten hat, nach Ende seiner Elternzeit im laufenden oder im nächsten Urlaubsjahr erhalten muss. Urlaubsansprüche, die vor Beginn der Elternzeit bestanden, verfallen also während dieser grundsätzlich nicht, sondern können in das auf das Ende der Elternzeit folgende Jahr „gerettet“ werden. Demnach hat Hanna ihre zehn Urlaubstage, die sie zum Beginn ihres Mutterschutzes besaß, prinzipiell auch noch am Ende ihrer Elternzeit.

2. Urlaubskürzung**a) Urlaubskürzung wegen Elternzeit**

Vereinbarkeit mit Unionsrecht

Nach § 17 I 1 BEEG kann der Arbeitgeber den Erholungsurlaub für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel kürzen. Dabei handelt es sich um ein Gestaltungsrecht des Arbeitgebers – keinen Automatismus. Die Norm ist prinzipiell unionsrechtskonform, weil während der Elternzeit die beiderseitigen Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis ruhen, sodass bei konsequenter Anwendung des Pro-rata-temporis-Grundsatzes (§ 4 II Teilzeitrahmenvereinbarung) sich der Urlaubsanspruch auf „null“ beläuft (Arnold/*Tillmanns/Tillmanns*, BUrlG, 3. Aufl. 2014, BEEG § 17 Rn. 7; aA *Kamanabrou* RdA 2014, 321 [326]; Kürzung des Jahresurlaubs für Zeiten der Elternzeit bis zur Dauer von vier Monaten unzulässig; offengelassen von BAG Urt. v. 19.5.2015 – 9 AZR 725/13, Pressemitteilung Nr. 31/15). Allerdings erwirbt nach deutschem Recht jeder Arbeitnehmer nach Ablauf der Wartezeit (§ 4 BUrlG) bereits am Jahresanfang den Anspruch auf seinen vollen Jahresurlaub (ErfK/

Gallner aaO BUrlG § 4 Rn. 5), sodass eine Kürzung nach § 17 I 1 BEEG bei unterjährigem Elternzeitbeginn eine nachträgliche Kürzung bereits erworbener Urlaubsansprüche darstellt, der Art. 7 Arbeitszeitrichtlinie in ihrer Auslegung durch den EuGH entgegensteht. Einen Ausgleich könnte die analoge Anwendung von § 5 I lit. c) BUrlG bringen, indem der Anspruch auf den ganzen Jahresurlaub nur dann am Jahresanfang entsteht, wenn absehbar ist, dass bis zur Jahresmitte der Arbeitnehmer nicht in Elternzeit gehen wird (*Latzel* EuZA 2014, 80 [90]).

Hier hat Uli erklärt, Hannas Urlaub nicht „künstlich verlängern“ zu wollen, was nach §§ 133, 157 BGB als Gebrauch seines Rechts aus § 17 I BEEG auszulegen ist; Uli kommt es augenscheinlich auf die Minimierung von Hannas Urlaubsansprüchen an. Da Hanna erst zum Oktober ihre Elternzeit angetreten ist, hat sie auch bei analoger Anwendung von § 5 I lit. c) BUrlG zu Beginn des Jahres, in dem sie in Elternzeit ging, ihren vollen Jahresurlaubsanspruch erworben. Würden ihr nachträglich 3/12 ihres Jahresurlaubsanspruchs von insgesamt 20 Tagen ($24:6 \times 5$), also fünf Urlaubstage, durch Ulis Erklärung nach § 17 I BEEG genommen, würde ihr Anspruch auf Jahresurlaub, den sie während der Vollzeitbeschäftigung erworben hat, nachträglich gemindert. Da Uli ihr jedoch vor Mutterschutz und Elternzeit ausdrücklich angeboten hatte, noch Urlaub zu nehmen, ist die Minderung des erworbenen Vollzeit-Urlaubs hier mit Art. 7 Arbeitszeitrichtlinie vereinbar. Hanna verbleiben demnach fünf Resturlaubstage.

Hinweis: Eine Kürzung nach § 17 I 1 BEEG setzt voraus, dass der Urlaubsanspruch noch als solcher besteht. Abgeltungsansprüche können nicht nachträglich gekürzt werden (BAG Ur. v. 19.5.2015 – 9 AZR 725/13, Pressemitteilung Nr. 31/15).

b) Urlaubskürzung wegen Arbeitszeitverringerung

Hannas Resturlaubsanspruch könnte außerdem wegen ihrer Arbeitszeitverringerung anlässlich ihrer Rückkehr aus der Elternzeit quotiert werden, legt man die herkömmliche Auslegung der §§ 1, 3 BUrlG zugrunde (dazu oben C.I.). Auch Art. 7 Arbeitszeitrichtlinie steht in der Auslegung durch den EuGH (dazu oben C.II.) einer Urlaubskürzung hier nicht entgegen, weil Hanna ihren Urlaub rechtzeitig vor Reduzierung der Arbeitszeit hätte nehmen können. Folglich kann ihr Resturlaubsanspruch von fünf Tagen entsprechend der Reduzierung ihrer Wochenarbeitstage quotiert werden und verbleibt ihr am 1.10. ein Anspruch von drei Tagen ($5:5 \times 3$).

3. Zwischenergebnis

Hanna hat bei Rückkehr aus der Elternzeit am 1.10. in einer Drei-Tage-Woche noch Anspruch auf drei Urlaubstage aus der Zeit vor Mutterschutz und Elternzeit.

II. Während der Elternzeit entstandene Urlaubsansprüche

Hanna könnte außerdem während der Elternzeit sowie im Jahr ihrer Rückkehr aus der Elternzeit Urlaubsansprüche erworben haben. Arbeitnehmer müssen nicht tatsächlich arbeiten, um Urlaubsansprüche zu erwerben, weil das die §§ 1 ff. BUrlG nicht verlangen (*Arnold/Tillmanns/Zimmermann* aaO BUrlG § 1 Rn. 26). Hält man daran fest, dass Arbeitnehmer nach absolvierter Wartezeit (§ 4 BUrlG) zu Beginn eines jeden Kalenderjahres ihren gesamten Jahresurlaubsanspruch erwerben, hat Hanna am 1.1. zunächst 20 Urlaubstage erworben. Doch in der Elternzeit kann der Arbeitgeber nach § 17 I 1 BEEG den Urlaubsanspruch für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel kürzen – was Uli hier auch getan hat (dazu oben F.I.2.a)). Da Hannas Elternzeit am 30.9. endet, verbleiben ihr für dieses Jahr 3/12 ihres gesetzlichen Urlaubsanspruchs, also fünf Tage ($20:12 \times 3$). Der Anspruch kann nicht wie der Resturlaubsanspruch entsprechend der Reduzierung von Hannas Wochenarbeitstagen zum 1.10. von fünf auf drei Tage reduziert werden, denn Hanna konnte seit Erwerb ihres Urlaubsanspruchs bis Ende September aufgrund der Elternzeit keinen Urlaub nehmen.

III. Ergebnis

Hanna hat bei Rückkehr aus der Elternzeit Anspruch auf insgesamt acht Urlaubstage: drei aus der Zeit vor Mutterschutz und Elternzeit und fünf aus dem laufenden Jahr.

Hinweis: Für die Urlaubstage aus der Zeit vor Mutterschutz und Elternzeit gilt der verlängerte Übertragungszeitraum nach § 17 II BEEG.

G. JUPPS ANSPRUCH AUF URLAUBSABGELTUNG

Jupp kann von Uli Abgeltung von zwölf Urlaubstagen nach § 7 IV BUrlG verlangen, wenn er bei Beendigung seines Arbeitsverhältnisses noch Urlaubsansprüche in diesem Umfang hatte,

die Uli wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewähren konnte und deren Abgeltung der von Torsten gewährte Urlaub nicht entgegensteht.

I. Urlaubsanspruch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Jupp hat gegen Uli prinzipiell einen Anspruch nach § 3 I BUrlG auf zwölf Urlaubstage im Jahr (24:6 x 3). Da er in diesem Jahr noch keinen Urlaub bei Uli genommen hat, besteht der Anspruch bei Beendigung seines Arbeitsverhältnisses unverändert. Es ist kein Fall des § 5 I BUrlG gegeben, der einen Teilurlaub rechtfertigen würde.

II. Keine Erfüllbarkeit notwendig

§ 7 IV BUrlG verlangt nicht, dass der Arbeitnehmer seinen Urlaub vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch tatsächlich hätte nehmen können. Die anderslautende Surrogats-theorie hat das BAG infolge der Schultz-Hoff-Rechtsprechung des EuGH für den gesetzlichen Mindesturlaub zu Recht aufgegeben (Arnold/Tillmanns/Arnold aaO BUrlG § 7 Rn. 188 mwN).

III. Minderung durch Urlaubsgewährung bei Torsten

Die drei Urlaubstage, die Jupp im Oktober bei Torsten bekommen hat, könnten allerdings seinen Abgeltungsanspruch gegen Uli mindern.

1. Eine Ansicht: Keine Verrechnung

keine Kürzungsbefugnis des
Alt-Arbeitgebers

Nach einer Ansicht kann der Urlaubsabgeltungsanspruch, sobald er einmal entstanden ist, nicht nachträglich gekürzt werden. § 6 BUrlG vermeide nur Doppelansprüche, soweit der neue Arbeitgeber zusätzlich zum alten Arbeitgeber in Anspruch genommen wird – nicht umgekehrt. Deshalb soll der alte Arbeitgeber den Abgeltungsanspruch seines früheren Arbeitnehmers nicht insoweit kürzen können, wie ihm beim neuen Arbeitgeber für das laufende Jahr noch (Teil-)Urlaubsansprüche zustehen, selbst wenn diese bereits gewährt wurden (ErfK/Gallner aaO BUrlG § 6 Rn. 3). Der Alt-Arbeitgeber müsse auch nachträglich Urlaub abgelden, den der Arbeitnehmer beim Neu-Arbeitgeber erhalten hat; der Neu-Arbeitgeber könne dann vom Arbeitnehmer das Urlaubsentgelt für die „zu viel“ gewährten Urlaubstage kondizieren (Arnold/Tillmanns/Tillmanns aaO BUrlG § 6 Rn. 36; zur umstrittenen Ausgleichspflicht zwischen Alt- und Neu-Arbeitgeber: Arnold/Tillmanns/Tillmanns aaO BUrlG § 6 Rn. 38 ff.).

2. Andere Ansicht: Einrede treuwidrigen Verhaltens

entweder Urlaubsabgeltung
oder Urlaubsgewährung

Wenn ein Arbeitnehmer den „gleichen“ Urlaub sowohl abgegolten als auch gewährt bekommen will, kann sein jeweils späteres Verlangen als *venire contra factum proprium* treuwidrig iSd § 242 BGB sein. Auch wegen des Vorrangs der Naturalerfüllung vor der Abgeltung (vgl. § 7 IV BUrlG und Art. 7 II Arbeitszeitrichtlinie) hat das BAG früher dem auf Abgeltung in Anspruch genommenen Alt-Arbeitgeber das Recht eingeräumt, den Arbeitnehmer auf seinen (Teil-)Urlaubsanspruch gegen den neuen Arbeitgeber zu verweisen, soweit er in seinem neuen Arbeitsverhältnis bereits Urlaub beanspruchen kann (BAG Urt. v. 25.11.1982 – 6 AZR 1254/79, DB 1983, 1155 [1156]; aufgegeben durch BAG Urt. v. 28.2.1991 – 8 AZR 196/90, NZA 1991, 944 [946]). Diese Ansicht vermeidet eine über-obligatorische Begünstigung des Arbeitnehmers und sorgt für eine anteilsgerechte Verteilung der Urlaubslasten zwischen Alt- und Neu-Arbeitgeber. Wie die Erfüllung des Jahresurlaubsanspruchs im alten Arbeitsverhältnis das Entstehen bzw. Fortbestehen des (Teil-)Urlaubsanspruchs im neuen Arbeitsverhältnis ausschließt (§ 6 I BUrlG), bringt die Erfüllung des Urlaubsanspruchs im neuen Arbeitsverhältnis einen Abgeltungsanspruch aus dem früheren Arbeitsverhältnis zum Erlöschen (BAG Urt. v. 25.11.1982 – 6 AZR 1254/79, DB 1983, 1155 [1156]).

Hinweis: Der Arbeitnehmer muss beweisen, inwieweit er beim Alt-Arbeitgeber noch keinen Urlaub erhalten hat, BAG Urt. v. 16.12.2014 – 9 AZR 295/13, BB 2015, 890 Rn. 38 ff.

Dafür spricht auch der Rechtsgedanke des § 615 S. 2 BGB.

Hinweis: AA BAG Urt. v. 28.2.1991 – 8 AZR 196/90, NZA 1991, 944 (946), aber noch unter der (heute angreifbaren) Annahme, Urlaub bzw. Urlaubsabgeltung sei keine Vergütung.

Folglich sind die drei Urlaubstage, die Jupp bei Torsten erhalten hat, auf die zwölf verbliebenen Urlaubstage aus dem Arbeitsverhältnis mit Uli anzurechnen – insoweit kann Uli die Abgeltung verweigern.

IV. Ergebnis

Uli kann Jupps Abgeltungsanspruch die Einrede der Treuwidrigkeit (§ 242 BGB) entgegenhalten, soweit ihm Torsten bereits Urlaub gewährt hat (aA vertretbar). Da Uli sich bereits entsprechend gegenüber Jupp geäußert hat, verbleibt Jupp nur ein Abgeltungsanspruch aus § 7 IV BUrlG für neun Urlaubstage.

Hinweis: Ein entsprechender Zahlungsanspruch folgt auch aus §§ 280 I, III, 283 iVm §§ 249 I, 251 I BGB als Schadensersatz für verlangten, aber nicht rechtzeitig vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewährten Urlaub (vgl. BAG Urt. v. 6.8.2013 – 9 AZR 956/11, NZA 2014, 545), wobei der von Torsten gewährte Urlaub entweder schadensmindernd (Vorteilsausgleich wird durch den Rechtsgedanken des § 843 IV BGB nicht verhindert, weil der Urlaubsanspruch arbeitgeberübergreifend besteht, wie § 6 BUrlG zeigt) oder ebenfalls über § 242 BGB zu berücksichtigen ist (aA vertretbar).