

# Arbeitsrechtsforum Hannover

23.01.2019

## „Europa macht Urlaub“

Rechtsanwalt Ulrich Conrady

### Kleine Farbenlehre:

Gelb: Gesetzestext

Türkis: Rechtsprechung

Pink: Merkposten/Fragestellungen

Grün: Vorschläge für Vertragsgestaltung/Praxishinweise

### A: Einleitung

- Entwicklung des deutschen Urlaubrechts der letzten 7 Jahre
  - wichtigsten Entscheidungen des EuGH und des BAG
- Veränderung des BUrlG pp. durch das Europarecht/Rechtsprechung des EuGH wie kaum ein anderes Rechtsgebiet (abgesehen vom AÜG und DSGVO/BDSG)
  - Einschränkung des § 7 Absatz 3 BUrlG
    - Dauererkrankung (**Schultz-Hoff; Schulte/KHS**)
    - Verhinderung (**King**)
    - Nicht-in-die-Lage-Versetzen-Fälle (**Shimizu** und **Kreuziger**)
  - Einschränkungen des § 9 BUrlG/ der „m/n-Regelungen“
    - **Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols**
    - **Brandes**
  - Tod des AN/ Vererblichkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs
    - **Bollacke**
    - **Bauer** und **Willmeroth**
- Gang der Darstellung:
  - Urlaubsanspruch/Allgemeines
  - Entstehung des Urlaubsanspruchs
  - Erlöschen des Urlaubsanspruchs
    - Erfüllung
    - Verfall
- Überlegungen zur Vertragsgestaltung und Praxis

## B: Urlaub/zum Aufwärmen die Grundlagen

### I. Was ist Urlaub?

- keine gesetzliche Definition
- dem Gesetz (mehr oder weniger) zu entnehmende Elemente:
  - Freistellung von der Arbeitspflicht
    - Arbeitsverhältnis/Beschäftigungsverhältnis
    - Arbeitspflicht
    - Freistellung von der Arbeitspflicht
  - zum Zwecke der Urlaubserteilung
  - Zahlung des Urlaubsentgelts
- Zweck
  - Erholung von der Arbeit
  - Zeit für Entspannung und Freizeit

### II. Arten von Urlaub/„Begrifflichkeiten“

- Art der Rechtsquelle
  - gesetzlicher Urlaub
    - BUrlG (gesetzlicher **Mindesturlaub**)
    - § 208 SGB IX (**Zusatzurlaub**)
    - Landesbildungsgesetze (**Bildungsurlaub**)
  - **Mehrurlaub**
    - tarifvertraglich
    - arbeitsvertraglich
- Umfang im Kalenderjahr
  - **Teilurlaub**
  - **Vollurlaub**

### III. Sonstige Begriffe

- **Urlaubersatzanspruch**
  - Schadensersatz/Naturalrestitution
  - Fiktion? (außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist)
  - künftige Bedeutung?
- Vergütung im Zusammenhang mit Urlaub
  - **Urlaubsentgelt**
  - **Urlaubsgeld**

## C: Entstehung des Urlaubsanspruchs (gesetzliche Konzeption)

### I. Voraussetzung(en)

#### 1. Arbeitsverhältnis

- § 1 BUrlG:  
„Jeder Arbeitnehmer hat in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub“
- **RL 2003/88/EG**, Art. 7 Jahresurlaub:  
„Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jeder **Arbeitnehmer** einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und Gewährung erhält, die in den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind.
  - *AN-Begriff: Europarechtlich oder Bestimmung durch den nationalen Gesetzgeber???*
- kein Urlaub bei echter **Prozessbeschäftigung**
- kein Urlaub im „**faktischen Arbeitsverhältnis**“

#### 2. Ohne Bedeutung

- **Arbeitsleistung**
- **Anspruch auf Entgelt** oder Entgeltersatzleistung
- Urlaub ist keine Gegenleistung des AG für eine **Arbeitsleistung des AN**
  - **ohne Bedeutung** ist, **weshalb** keine Arbeitsleistung erbracht wird
    - Arbeitsunfähigkeit/Krankheit
    - Erwerbsunfähigkeit
    - bloßes Fernbleiben der Arbeit
      - **Arbeitsverweigerung**
        - § 280 BGB: Schadensersatz???
      - **Herausforderung:** „Karteileichen“
        - formunwirksame Kündigung
        - Kündigung in Kenntnis von der Notwendigkeit einer behördlichen Zustimmung (§ 4 Satz 4 KSchG)
  - **9 AZR 353/10** vom **07.08.2012**: Arbeitsunfähigkeit; Rentenbezug  
„Der gesetzliche Erholungsurlaub (§§ 1, 3 BUrlG) und der schwerbehinderten Menschen zustehende Zusatzurlaub (§ 125 Abs. 1 SGB IX) **setzen keine Arbeitsleistung des Arbeitnehmers im Urlaubsjahr voraus. Gesetzliche Urlaubsansprüche entstehen auch dann, wenn der Arbeitnehmer eine befristete Rente wegen Erwerbsminderung bezieht und eine tarifliche Regelung das Ruhen des Arbeitsverhältnisses an den Bezug dieser Rente knüpft.**“
- **Fehlen einer Arbeitspflicht/Suspension der Arbeitspflicht**
  - **Elternzeit** (arg. ex § 17 BEEG)
    - **§ 17 BEEG:** „Kann-Kürzen-Regelung“
      - **ausdrückliche Kürzungserklärung**
      - **während des AV**
      - **am besten gleich bei der Bestätigung der Elternzeit; Zugangsnachweis**

- **Altersteilzeit**/Blockmodell/Freistellungsphase
  - **LAG Düsseldorf**, Urteil vom 13.07.2018 (**6 Sa 272/18**)
    - Urlaub entsteht nicht
      - Kürzung auf Null (m/n-Rspr. BAG)
      - Hilfsweise: Urlaubsgewährungsvereinbarung
      - Urlaubserteilung in der Freistellungsphase!!
- **Vertragliche Suspension der Arbeitspflicht/einvernehmliche Freistellung**
- **9 AZR 678/12** vom **06.05.2014**: unbezahlter **Sonderurlaub**  
*„Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien **unbezahlten Sonderurlaub**, **hindert die Suspendierung der wechselseitigen Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht das Entstehen gesetzlicher Urlaubsansprüche.**“*
- **Sabbatical**
  - Verzicht auf Mehrurlaub
  - „**Ausschnittslösung**“
  - „**Vorarbeiten**“ (Einbringen von Zeitguthaben“) oder **Kreditlösung** („Verpflichtung zur Nacharbeit“).

## II. Umfang des Urlaubsanspruchs

### 1. Gesetzliche Grundlagen

- § 3 Absatz 1 BUrlG:  
*„Der Urlaub beträgt jährlich mindestens 24 Werktage.“*

### 2. Vollurlaub/Wartezeit

- § 4 BUrlG (Wartezeit):  
*„Der volle Urlaubsanspruch wird erstmalig nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses erworben.“*
  - **9 AZR 224/14** vom **20.10.2015** (Entstehung des Vollurlaubsanspruchs)

*„Jedenfalls dann, wenn die Arbeitsvertragsparteien **vor Beendigung** ihres Arbeitsverhältnisses die Begründung eines **neuen Arbeitsverhältnisses vereinbaren** und **nur eine kurzfristige Unterbrechung** eintritt, sind beide Arbeitsverhältnisse urlaubsrechtlich als Einheit zu betrachten. Es entsteht deshalb ein Anspruch auf Vollurlaub, wenn das zweite Arbeitsverhältnis in der zweiten Hälfte des Kalenderjahres endet und der Arbeitnehmer mit seiner Gesamtbeschäftigungsdauer die sechsmonatige Wartezeit des § 4 BUrlG erfüllt hat (Umkehrschluss aus § 5 Abs. 1 Buchst. c BUrlG).“*

- **9 AZR 179/15** vom **17.11.2015** (Entstehung des Vollurlaubsanspruchs)

*„Wird ein Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum **1. Juli** eines Jahres begründet, kann der Arbeitnehmer in diesem Jahr nach § 4 BUrlG keinen Vollurlaubsanspruch erwerben.“*

- bei AV vom 01.07.XY bis 31.12.XY Abgeltung nur von 6/12 des Jahresurlaubs
- bei AV ab 01.07.XY Übertrag nur von 6/12 des Jahresurlaubs in das erste volle Beschäftigungsjahr

- „**Urlaubsplopp**“ nach Erfüllung der Wartezeit
  - an jedem 1.1. gibt es einen „**Urlaubsplopp**“
    - Entstehung des vollen Urlaubsanspruchs für dieses Kalenderjahr
    - „Einfangen“ des Vollurlaubs nur in gesetzlichen Sonderfällen
      - § 5 BUrlG: Teilurlaub
        - Ausscheiden in der ersten Jahreshälfte (nach erfüllter Wartezeit)
      - – **9 AZR 179/15** vom **17.11.2015**

„Ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis am **30. Juni eines Kalenderjahres** endet, scheidet im Sinne des § 5 Absatz 1 Buchst. c BUrlG stets in der ersten Hälfte des Kalenderjahres mit der Rechtsfolge aus dem Arbeitsverhältnis aus, dass er nach erfüllter Wartezeit lediglich Anspruch auf anteiligen Urlaub hat.“

### 3. Berechnung des Urlaubsanspruchs

- Gesetzliches Leitbild
  - Vollzeit/ 24 Werktage = vier Wochen/6 Werktage-Woche
  - betriebsunübliche Anzahl von Arbeitstagen/Woche
    - Keine Herausforderung: Teilzeit bei betriebsüblicher Verteilung der Arbeitszeit (5-Arbeitstage-Woche)
    - Herausforderung: Teilzeit/Vollzeit bei nicht betriebsüblicher Verteilung der Arbeitszeit (4-Arbeitstage-Woche oder weniger).
    - Herausforderung: Anzahl der Arbeitstage/Woche steht nicht fest (Arbeit auf Abruf)
      - Rückgriff auch Gesetzeszweck: 4 Wochen
- „**Herausforderungsfälle**“
  - **Nr. 1:** Ungleiche Anzahl von Arbeitsstunden/Arbeitstag
    - **Beispiel:**  
Mo bis Do jeweils 8,5 Stunden/Arbeitstag  
Fr nur 4 Stunden  
AN nimmt Urlaub von Mo bis Fr, Freitag baut er Überstunden ab
  - **Nr. 2:** Änderung der Arbeitszeit/Anzahl der Arbeitstage pro Woche
  - **BAG:** anteilige Kürzung bzw. anteilige Erweiterung der Anzahl der Urlaubstage (**m/n-Formel**), egal ob die Änderung der Arbeitszeit/Veränderung der Verteilung der Arbeitszeit erfolgt innerhalb des Urlaubsjahres oder im Fall einer Übertragung, auch im Fall eines Wechsels von Vollzeit in Teilzeit (auch nach Elternzeit)
  - **EuGH**
    - **Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols** vom **22.04.2010, (C-486/08)**
    - **Brandes Entscheidung** vom **13.06.2013 (C-415/12)**

„33

In Beantwortung der Frage, ..., hat der Gerichtshof entschieden, dass das einschlägige Unionsrecht, insbesondere Paragraf 4 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, dahin auszulegen ist, dass es **einer nationalen Bestimmung entgegensteht, nach der bei einer Änderung des Beschäftigungsausmaßes eines Arbeitnehmers das Ausmaß des noch nicht verbrauchten Erholungsurlaubs in der Weise angepasst wird, dass der von einem Arbeitnehmer, der von einer Vollzeit- zu einer Teilzeitbeschäftigung übergeht, in der Zeit der Vollzeitbeschäftigung erworbene Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub, dessen Ausübung dem Arbeitnehmer während dieser Zeit nicht möglich war, reduziert wird oder der Arbeitnehmer diesen Urlaub nur mehr mit einem geringeren Urlaubsentgelt verbrauchen kann** (Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, Randnr. 35).

.....

**35** Im vorliegenden Fall steht nämlich fest, dass Frau Brandes Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub **übertragen** hat, deren Ausübung ihr in den fraglichen Bezugszeiträumen, in denen sie vollzeitbeschäftigt war, wegen eines mit ihrer Schwangerschaft zusammenhängenden Beschäftigungsverbots, des anschließenden Mutterschutzes und der darauffolgenden Elternzeit nicht möglich war .....

**36** Unter diesen Umständen **kann**, wie insbesondere aus dem Urteil Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols hervorgeht, dessen einschlägige Randnummern in den Randnrn. 30 bis 33 des vorliegenden Beschlusses angeführt sind, **die Verringerung der Arbeitszeit von Frau Brandes, die auf dem Übergang von einer Vollzeit- zu einer Teilzeitbeschäftigung beruht, nicht mit einem nachträglichen Teilverlust des bereits erworbenen Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub, wie er sich aus der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Regelung ergibt, einhergehen, insbesondere in Ermangelung eines sachlichen Grundes, der diesen Verlust rechtfertigen könnte.**

**37** Dem Vorbringen des Landes Niedersachsen, der von Frau Brandes **bereits erworbene** Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub werde nicht gekürzt, weil er – **in Urlaubswochen ausgedrückt** – vor und nach ihrem Übergang zu einer Teilzeitbeschäftigung unverändert bleibe, kann, wie sowohl das vorlegende Gericht als auch die Kommission ausgeführt haben, nicht gefolgt werden.

**38** Dass ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, der normalerweise drei volle Tage pro Woche arbeitet, in einer bestimmten Woche nicht im Betrieb erscheint, bedeutet nämlich entgegen dem Vorbringen des Landes Niedersachsen keineswegs, dass er damit das Äquivalent von fünf Urlaubstagen erhalte, die, da er sie während seiner Vollzeitbeschäftigung erworben hat, offenkundig als fünf volle Tage zu verstehen sind, während deren der Betreffende von seiner Arbeitspflicht, die ihn ohne diesen Urlaub treffen würde, befreit ist.

**39** Wird ihm aber, im Rahmen seiner neuen Teilzeitbeschäftigung im Umfang von drei vollen Arbeitstagen pro Woche, eine „Woche“ Urlaub zuerkannt, wird er damit offensichtlich nur für drei volle Tage von seiner Arbeitspflicht befreit.“

- **9 AZR 53/14** vom **10.02.2015** (Unwirksamkeit des § 26 Absatz 1 Satz 4 TVÖD):

**c) Die Regelung in § 26 Abs. 1 Satz 4 TVöD 2010 ist wegen Verstoßes gegen das Verbot der Diskriminierung von Teilzeitkräften (§ 4 Abs. 1 TzBfG) gemäß § 134 BGB unwirksam, soweit sie die Anzahl der während einer Vollzeitstätigkeit erworbenen Urlaubstage mindert. Eine richtlinienkonforme Auslegung der Tarifnorm ist nicht möglich (vgl. zum Streit über die unionsrechtskonforme Auslegung von Tarifverträgen Wißmann FS Bepeler 2012 S. 649, 655 ff. mit zahlr. Nachw.). Ein etwaiger Wille der Tarifvertragsparteien, die Kürzung solle nur dann eingreifen, wenn der Beschäftigte während seiner Vollzeitbeschäftigung die Möglichkeit hatte, seinen Erholungsurlaub ganz oder teilweise in Anspruch zu nehmen, hat jedenfalls im Wortlaut der Vorschrift keinen Niederschlag gefunden.**

aa) Nach § 4 Abs. 1 TzBfG darf ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, sachliche Gründe rechtfertigen eine unterschiedliche Behandlung. Einem teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer ist Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung - wie zB Erholungsurlaub (vgl. ErfK/Preis 15. Aufl. § 4 TzBfG Rn. 8) - mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht. Auch tarifliche Regelungen müssen mit § 4 TzBfG vereinbar sein. Die in dieser Vorschrift geregelten Diskriminierungsverbote stehen gemäß § 22 TzBfG nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien (BAG 21. Februar 2013 - 6 AZR 524/11 - Rn. 23, BAGE 144, 263).“

„(2) Vor diesem Hintergrund hat der Senat bisher angenommen, die Urlaubstage seien grundsätzlich umzurechnen, wenn sich die Anzahl der mit Arbeitspflicht belegten Tage verringere, und hat eine Diskriminierung von Teilzeitkräften verneint (vgl. BAG 28. April 1998 - 9 AZR 314/97 - zu I 6 der Gründe, BAGE 88, 315; zust. Vetter Anm. AP BUrtG § 3 Nr. 7; ebenso Schubert NZA 2013, 1105, 1108 f.; aA - ohne nähere Begründung - Vorlagebeschluss des ArbG Nienburg 4. September 2012 - 2 Ca 257/12 Ö - zu 6 a der Gründe: „Da die Kürzung die unmittelbare Folge des Wechsels in die Teilzeitarbeit ist“; ähnlich Stiebert/Imani NZA 2013, 1338, 1339: „Sie [die nachträgliche Kürzung des Urlaubs] knüpft ausschließlich an die Teilzeitbeschäftigung an und ist damit eine Ungleichbehandlung gegenüber den Vollbeschäftigten“). An dieser Rechtsprechung kann aufgrund der Entscheidungen des EuGH vom 13. Juni 2013 (- C-415/12 - [Brandes]) und vom 22. April 2010 (- C-486/08 - [Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols] Slg. 2010, I-3527) nicht festgehalten werden.

(a) Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH müssen die Gerichte bei der Anwendung des nationalen Rechts dieses so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auslegen, um das in der Richtlinie festgelegte Ziel zu erreichen und damit Art. 288 Abs. 3 AEUV nachzukommen (EuGH 24. Januar 2012 - C-282/10 - [Dominguez] Rn. 24 mwN). Mit der Regelung des § 4 Abs. 1 TzBfG hat der deutsche Gesetzgeber § 4 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit im Anhang der Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit in der durch die Richtlinie 98/23/EG des Rates vom 7. April 1998 geänderten Fassung in nationales Recht umgesetzt.

(b) Der EuGH hat entschieden, dass § 4 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Bestimmung entgegensteht, nach der bei einer Änderung des Beschäftigungsausmaßes eines Arbeitnehmers das Ausmaß des noch nicht verbrauchten Erholungsurlaubs in der Weise angepasst wird, dass der von einem Arbeitnehmer, der von einer Vollzeit- zu einer Teilzeitbeschäftigung übergeht, in der Zeit der Vollzeitbeschäftigung erworbene Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub, dessen Ausübung dem Arbeitnehmer während dieser Zeit nicht möglich war, reduziert wird oder der Arbeitnehmer diesen Urlaub nur mehr mit einem geringeren

Urlaubsentgelt verbrauchen kann (EuGH 22. April 2010 - **C-486/08** - [**Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols**] Rn. 35, Slg. 2010, I-3527). Diesen Rechtssatz hat der EuGH in Bezug auf eine nationale Bestimmung aufgestellt, nach der bei einer Änderung des Beschäftigungsausmaßes das Ausmaß des noch nicht verbrauchten Erholungsurlaubs an das neue Beschäftigungsausmaß aliquot anzupassen war. Der Gerichtshof hat den Rechtssatz in der Brandes-Entscheidung sodann auch zur Anwendung gebracht, wenn - wie im vorliegenden Fall - mit der Reduktion der Arbeitszeit eine Änderung der Verteilung der Arbeitszeit auf weniger Wochentage einhergeht (EuGH 13. Juni 2013 - **C-415/12** - [**Brandes**] Rn. 36). Gegenstand des Ausgangsverfahrens war eine dem § 26 Abs. 1 Satz 4 TVöD 2010 wortgleiche Regelung des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst der Länder vom 12. Oktober 2006 in der Fassung des Änderungstarifvertrags Nr. 4 vom 2. Januar 2012“.

„d) Der Senat hat angesichts der **möglichen widersinnigen Folgen** des Quotierungsverbots bei einer erheblichen Verringerung der Anzahl der Wochenarbeitstage eine erneute Vorlage an den EuGH gemäß Art. 267 AEUV erwogen. **Wechselt ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin zB unmittelbar nach einer Elternzeit von einer Fünftagewoche in eine Zweitagewoche und verfügt noch über 30 Tage Resturlaub, fehlt dieser Arbeitnehmer oder diese Arbeitnehmerin dem Betrieb wegen Resturlaubs 15 Wochen. Ob dies notwendig ist, um dem Erholungsgedanken des Urlaubs Rechnung zu tragen, wird zu Recht bezweifelt** (Günther ArbR 2013, 326; Eckstein BB 2012, 3083, 3084). Allerdings hat der EuGH im Brandes-Beschluss deutlich darauf hingewiesen, dass seine Ausführungen zum Quotierungsverbot in der Tirol-Entscheidung auch für das deutsche Urlaubsrecht zutreffen. Das Argument, der erworbene Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub werde bei einer entsprechenden verhältnismäßigen Kürzung nicht vermindert, weil er - in Urlaubswochen ausgedrückt - unverändert bleibe, hat der EuGH unter Hinweis auf das Verbot der Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter ausdrücklich verworfen (EuGH 13. Juni 2013 - C-415/12 - [**Brandes**] Rn. 40 f.). Die Auslegung von § 4 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit ist in Bezug auf **die Frage einer Diskriminierung von Teilzeitkräften wegen der Kürzung des Urlaubsanspruchs durch den EuGH damit geklärt (acte éclairé)**.“

- **9 AZR 145/14 21.07.2015 Protest I**):
  - Wirksamkeit einer tariflichen m/n-Bestimmung, TV-V, 30 Tage Urlaub bei 5- Arbeitstage-Woche. Kläger wurde durchschnittlich 5,44 Tage/Woche eingesetzt

2. Für die Umrechnung ist die Anzahl der Arbeitstage mit Arbeitspflicht mit der Anzahl der Urlaubstage ins Verhältnis zu setzen. Der Schichtrhythmus, in dem die Beklagte den Kläger einsetzt, ist nicht auf eine Woche beschränkt. Für die Berechnung ist deshalb der repräsentative Zeitabschnitt heranzuziehen, in dem die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit im Durchschnitt erreicht wird. Dabei muss die Berechnungsmethode eine **Gleichwertigkeit insbesondere der Urlaubsdauer sicherstellen**. Das wird erreicht, wenn jahresbezogen die für den Arbeitnehmer mit abweichender Arbeitszeit maßgebliche Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht mit der Anzahl der in der Fünftagewoche geltenden Anzahl der Arbeitstage zueinander ins Verhältnis gesetzt wird (vgl. BAG 15. März 2011 - **9 AZR 799/09** - Rn. 25, BAGE 137, 221). Die danach maßgebliche Umrechnungsformel lautet

Urlaubstage x Arbeitstage im Jahr bei abweichender Verteilung  
Arbeitstage im Jahr bei einer abweichenden Fünftagewoche



In diese Formel sind als Dividend die in § 14 Abs. 3 Satz 1 TV-V festgelegte Anzahl von 30 Urlaubstagen einzusetzen. Diese sind mit der vom Kläger im Schichtsystem zu leistenden Anzahl von 284 Arbeitstagen im Jahr zu multiplizieren. Als Divisor sind 261 Arbeitstage einzusetzen. Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die Beklagte einen Arbeitnehmer, der seine Arbeitsleistung an fünf Tagen in der Woche erbringt, an 261 Soll-Arbeitstagen im Jahr beschäftigt. Dem Kläger stehen danach 32,64 Arbeitstage Urlaub zu, die auf 33 Arbeitstage aufzurunden sind. § 14 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 TV-V schreibt vor, dass Arbeitnehmer ihren Anspruch auf Urlaub nur in ganzen Tagen realisieren können. Demnach sind **33 Urlaubstage erforderlich, damit der Kläger - wie ein in einer Fünftagewoche beschäftigter Arbeitnehmer - einen zusammenhängenden Urlaub von sechs Wochen nehmen kann.**

- **9 AZR 7/16** vom **14.03.2017** (wiederum zu § 26 Absatz 1 Satz 4 TVöD, **Protest II**)

bb) Sinn und Zweck der in **§ 26 Abs. 1 Satz 4 TVöD aF** angeordneten Umrechnung ist es, die Gleichwertigkeit der Urlaubsdauer unabhängig von der Anzahl der wöchentlichen Arbeitstage sicherzustellen (vgl. BAG 21. Juli 2015 - 9 AZR 145/14 - Rn. 17; 15. März 2011 - 9 AZR 799/09 - Rn. 23, BAGE 137, 221). Soweit der Tarifvertrag keine abweichenden Regelungen enthält, kann den Tarifvertragsparteien nicht der Wille unterstellt werden, eine Regelung zu treffen, nach der die Gesamturlaubsdauer für verschiedene Arbeitnehmergruppen ohne sachlichen Grund unterschiedlich lang sein soll. Die in § 26 Abs. 1 Satz 2 TVöD aF bestimmte Anzahl von Arbeitstagen ist auf Arbeitnehmer bezogen, die ihre Arbeitsleistung regelmäßig an fünf Tagen in der Woche erbringen. Um die Gleichwertigkeit der Urlaubsdauer unabhängig von der Anzahl der Wochentage mit Arbeitspflicht zu gewährleisten, ordnet § 26 Abs. 1 Satz 4 TVöD aF in den Fällen, in denen die Arbeit abweichend auf weniger oder auf mehr Wochentage verteilt ist, eine Umrechnung an (vgl. bereits BAG 30. Oktober 2001 - 9 AZR 315/00 - zu II 2 der Gründe). Danach ist unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Anzahl der Wochenarbeitstage die Anzahl der Urlaubstage zu ermitteln, die zur gleichen Dauer eines zusammenhängenden gleichwertigen Urlaubs erforderlich ist (vgl. BAG 15. März 2011 - 9 AZR 799/09 - Rn. 23, BAGE 137, 221), wobei Bruchteile von weniger als einem halben Urlaubstag gemäß § 26 Abs. 1 Satz 5 Halbs. 2 TVöD aF unberücksichtigt bleiben.

cc) Der für die Berechnung maßgebliche Zeitpunkt ist der, zu dem der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Urlaub gewährt. **Hat ein Arbeitnehmer - wie die Klägerin - in der Fünftagewoche Anspruch auf 30 Urlaubstage im Kalenderjahr und fällt der gesamte Jahresurlaub in einen Zeitraum, in dem der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung an vier Werktagen in der Woche erbringt, erfüllt der Arbeitgeber seine Pflicht zur Urlaubsgewährung, wenn er den Arbeitnehmer an 24 Arbeitstagen von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freistellt**, sodass die Gesamtdauer des Urlaubs sechs Wochen beträgt. Ändert sich die Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht, bevor der Arbeitnehmer den gesamten Urlaub in Anspruch genommen hat, ist nach der tariflichen Regelung der verbleibende Urlaubsanspruch unter Berücksichtigung des bereits vom Arbeitgeber gewährten Urlaubs wie folgt zu berechnen: **Die Anzahl der zum Zeitpunkt des Wechsels noch nicht genommenen Urlaubstage wird mit dem Quotienten multipliziert, der sich aus der Anzahl der Wochenarbeitstage unter dem neuen Arbeitszeitregime (Divident) und der Anzahl der Wochenarbeitstage unter dem alten Arbeitszeitregime (Divisor) ergibt.**

c) Im Streitfall gewährte die Beklagte der Klägerin vor dem 19. August 2013 sowohl den drei Arbeitstage umfassenden Urlaub, der gemäß § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG aus dem Jahr 2012 in das Jahr 2013 übertragen wurde, als auch 23 der insgesamt 24 Arbeitstage Urlaub, den die Klägerin am 1. Januar 2013 erwarb. Der verbleibende eine Urlaubstag war mit dem Faktor 5/4 zu multiplizieren, da die Klägerin bis zum 18. August 2013 in der Vier- und danach in der Fünftagewoche arbeitete. Der hochgerechnete Urlaubsanspruch belief sich demnach auf 1,25 Arbeitstage. Davon blieb der Bruchteil (0,25 Arbeitstage) gemäß § 26 Abs. 1 Satz 5 Halbs. 2 TVöD aF unberücksichtigt, sodass die

Klägerin nach dem Wechsel in die Fünftagewoche noch einen Urlaubstag beanspruchen konnte. Diesen Anspruch erfüllte die Beklagte durch die Freistellung der Klägerin am 23. Dezember 2013.

## **2. Eine Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten liegt entgegen der Ansicht der Klägerin nicht vor.**

a) Nach § 4 Abs. 1 TzBfG darf ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, sachliche Gründe rechtfertigen eine unterschiedliche Behandlung. Einem teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer ist Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung - wie zB Erholungsurlaub - mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht. Auch tarifliche Regelungen wie § 26 Abs. 1 Satz 4 TVöD aF sind an den Vorgaben des § 4 TzBfG zu messen, da die in dieser Vorschrift geregelten Diskriminierungsverbote nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien stehen (§ 22 TzBfG). Eine Ungleichbehandlung wegen der Teilzeitarbeit liegt vor, wenn die Dauer der Arbeitszeit das Kriterium darstellt, an das die Differenzierung hinsichtlich der unterschiedlichen Arbeitsbedingungen anknüpft. § 4 TzBfG schützt dabei vor einer unmittelbaren Benachteiligung ebenso wie vor einer mittelbaren (vgl. BAG 10. Februar 2015 - 9 AZR 53/14 (F) - Rn. 16 f., BAGE 150, 345).

b) Die unter I 1 b dargestellte Auslegung stellt sicher, dass die Gesamtdauer des Urlaubs von Teilzeitbeschäftigten und die von Vollzeitbeschäftigten gleichwertig ist. **Die Gleichwertigkeit der Urlaubsdauer verwirklicht gerade die von § 4 Abs. 1 TzBfG geforderte Gleichheit pro rata temporis und widerspricht ihr nicht.** Soweit infolge der Rundungsvorschrift des § 26 Abs. 1 Satz 5 TVöD aF geringfügige Abweichungen zugunsten oder zulasten eines teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers auftreten, handelt es sich um unbedenkliche Randunschärfen (vgl. dazu BAG 17. April 2013 - 4 AZR 770/11 - Rn. 26), die darin begründet sind, dass die Tarifvertragsparteien den Urlaubsanspruch entsprechend dem Tagesprinzip (vgl. hierzu BAG 21. Juli 2015 - 9 AZR 145/14 - Rn. 10 ff.) in ganzen Tagen berechnet sehen wollen.

**3. Einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union zwecks Vorabentscheidung nach Art. 267 Abs. 3 AEUV bedarf es nicht. Die unionsrechtlichen Vorgaben in Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung betreffen ausschließlich einen Urlaubsanspruch von vier Wochen. Diesen hat die Beklagte durch die Gewährung von 24 aus dem Jahr 2013 stammenden Urlaubstagen erfüllt.**

### • Bruchteile von Urlaub/Rundung

- Entstehung von Bruchteilen
  - Beendigung des Arbeitsverhältnisses, 1/12-Regelung
- Aufrundung
  - § 5 Absatz 2 BUrlG:  
 „Bruchteile von Urlaubstagen, die mindestens einen halben Tag ergeben, sind auf volle Urlaubstage aufzurunden“.
- keine Abrundung
  - **9 AZR 200/17** vom 23.01.2018

„Leitsätze

1. Verlangt ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber, nicht genommenen Urlaub abzugelten, der aus mehreren Kalenderjahren stammt, bildet das Abgeltungsverlangen hinsichtlich eines jeden einzelnen Urlaubsjahres einen eigenen Streitgegenstand.

2. **Hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf Urlaub, der weniger als einen halben Urlaubstag beträgt, ist der Anspruch weder auf volle Urlaubstage auf- noch auf volle Urlaubstage**

**abzurunden**, sofern nicht gesetzliche, tarif- oder arbeitsvertragliche Bestimmungen Abweichendes regeln. Es verbleibt bei dem Anspruch auf den bruchteiligen Urlaubstag.“

## D: Erlöschen des Urlaubsanspruchs

### I. Allgemeine Erwägungen

- Erfüllung; gesetzliche Ausschlussfristen; vertragliche Regelungen
- Vermeidung von Urlaubsbergen/Überraschungen
- Rückstellungen

### II. Erfüllung des Urlaubs

#### 1. Wirksame Festlegung des Urlaubs

- immer durch den AG
  - Weisung/Bestimmung gemäß/ analog § 106 GewO
    - billig = wirksam
    - unbillig = unwirksam

- **Tilgungsbestimmung**

**9 AZR 760/10** vom **07.08.2012**

„Differenziert eine Regelung in einem Arbeits- oder Tarifvertrag hinsichtlich des Umfangs des Urlaubsanspruchs nicht zwischen dem gesetzlichen Mindesturlaub und einem übergesetzlichen Mehrurlaub, liegt in Höhe des gesetzlichen Urlaubs **Anspruchskonkurrenz** mit der Folge vor, dass ein Arbeitgeber mit der Freistellung des Arbeitnehmers von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung auch ohne ausdrückliche oder konkludente Tilgungsbestimmung beide Ansprüche ganz oder teilweise erfüllt.“

- Festlegungsmodus
  - § 7 Absatz 1 Satz 1 BUrlG:
 

„Bei der Festlegung des Urlaubs sind die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, es sei denn, dass ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen, entgegenstehen.“
  - Konsenslösung
    - Antrag des AN/Bewilligung durch AG (Konsens)
    - nachträgliche Bestimmung als Urlaub
      - nachträglicher Konsens
      - wohl nur bezogen auf den Mehrurlaub
  - keine einseitige Bestimmung durch den AN
    - § 7 Absatz 1 Satz 2 BUrlG:
 

„Der Urlaub ist zu gewähren, wenn der AN dies im Anschluss an eine Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation verlangt“
  - einseitige Anordnung durch den AG
    - billige Weisung
      - Betriebsferien

- Wieviel „frei planbarer“ Urlaub muss dem AN verbleiben???
  - Restlaufzeit im gekündigten/befristeten Arbeitsverhältnis
  - nahendes Ende des Urlaubsjahres
  - unbillige Weisung
    - AN bleibt kommentarlos der Arbeit fern = Urlaubserteilung
    - AN moniert, bietet seine Arbeitskraft an, AG schickt AN weg = keine Urlaubserteilung/Annahmeverzugslohn
    - AN moniert, bleibt jedoch der Arbeit fern = Urlaubserteilung???
- Zeitpunkt der Festlegung
  - zwingend **vor** dem Urlaub – keine nachträgliche Widmung
  - nachträgliche Widmung
    - Verzicht auf Mehrurlaub
    - bei gesetzlichem Urlaub (wohl) unwirksam

## 2. Zahlung des Urlaubsentgelts

- § 11 Absatz 2 BUrlG:
  - „Das Urlaubsentgelt ist vor Antritt des Urlaubs auszuführen.“
    - gesetzliches Leitbild aus einer Zeit
      - des Tagelohnes/fehlender Verstetigung der Zahlungen
      - ohne Girokonto/keine Geldkarten
    - Alte Rechtslage: Das Urlaubsentgelt kann „nachgezahlt“ werden
      - Urlaubsanspruch wird auch bei „verspäteter“ Zahlung des Urlaubsentgelts erfüllt
    - Aktuelle Rechtslage: **Das Urlaubsentgelt muss „vor Antritt des Urlaubs gezahlt“ oder „vorbehaltlos zugesagt“ werden.**

- **9 AZR 455/13** vom 10.02.2015

„Urlaubsgewährung nach fristloser Kündigung

Leitsätze

Ein Arbeitgeber gewährt durch eine Freistellungserklärung für den Zeitraum nach dem Zugang einer fristlosen Kündigung nur dann wirksam Urlaub, wenn er dem Arbeitnehmer die Urlaubsvergütung **vor Antritt des Urlaubs zahlt oder vorbehaltlos zusagt.**“

- **9 AZR 449/15** vom 19.01.2016: Zahlung des Urlaubsentgelts als Voraussetzung für die Erfüllung des Urlaubsanspruchs hat **allgemeine Geltung**

„bb) Nach den bisherigen Feststellungen stellte die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 3. November 2008 unwiderruflich unter Anrechnung auf den tariflichen Erholungsurlaub für das Jahr 2008 von der Arbeitsleistung frei. Mit Schreiben vom 18. August 2009 gab sie für das Jahr 2009

und mit Schreiben vom 21. Dezember 2009 sowie 23. Februar 2010 für das Jahr 2010 entsprechenden Erklärungen ab. Mit diesen Freistellungen, die jeweils im Verlauf schwebender Kündigungsschutzverfahren erfolgten, hat sie die betreffenden Urlaubsansprüche des Klägers nicht erfüllt.

**(1) Zwar kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Urlaub vorsorglich für den Fall gewähren, das eine von ihm erklärte ordentliche oder außerordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht auflöst (BAG 14. August 2007 - 9 AZR 934/06 - Rn. 14 f. mwN). Eine wirksame Urlaubsgewährung liegt darin nach jüngerer Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aber nur dann, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Urlaubsvergütung vor Antritt des Urlaubs zahlt oder vorbehaltlos zusagt (BAG 10. Februar 2015 - 9 AZR 455/13 - Rn. 18, BAGE 150, 355).**

(2) Die Beklagte behauptet selbst nicht, sie habe entsprechende Zahlungen oder Zusagen vorgenommen. Sie meint nur, der Rechtssatz aus der Entscheidung vom 10. Februar 2015 sei auf den vorliegenden Sachverhalt nicht übertragbar. Das trifft nicht zu.

(a) Wie der Neunte Senat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt hat, ist der Urlaubsanspruch nicht allein auf die Freistellung von der Arbeitsleistung gerichtet. Nach § 1 BUrlG hat vielmehr jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf **bezahlten** Erholungsurlaub. Die Vorschrift entspricht der Regelung in Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie und ist **unionsrechtskonform dahin auszulegen, dass dem Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Urlaubs ein Anspruch auf Vergütung sicher sein muss.** Dazu genügt es nicht, wenn ihm zu irgendeinem späteren Zeitpunkt nach der rechtskräftigen Entscheidung über die Kündigungsschutzklage ein Anspruch auf Urlaubsvergütung zuerkannt wird. Der Arbeitnehmer ist unzumutbarer Weise in seiner Urlaubsgestaltung eingeschränkt, wenn er bei Urlaubsantritt nicht weiß, ob ihm Urlaubsentgelt gezahlt wird (im Einzelnen dazu BAG 10. Februar 2015 - 9 AZR 455/13 - Rn. 21 bis 23, BAGE 150, 355).

(b) Die Ausführungen beziehen sich nicht nur auf den der Entscheidung vom 10. Februar 2015 zugrunde liegenden Sachverhalt einer nach fristloser Kündigung des Arbeitgebers erfolgten Freistellung des Arbeitnehmers für die Dauer der Kündigungsfrist einer zugleich erklärten ordentlichen Kündigung. Sie beanspruchen darüber hinaus Geltung.

- **1.000 Fragen/ Fragespielchen**
  - die Zahlung erfolgt zu spät
  - die Zahlung erfolgt nicht in voller Höhe
  - was ist eine vorbehaltlose Zusage?
    - m. E. Zusage spätestens mit dem „nächsten Lohnlauf“
    - Vorbehalt der Rückzahlung; Hinweis auf mögliche Rückzahlungspflicht/Beseitigung der Bereicherungseinrede
- Aufsatz von Herrn **Dr. Anno Hamacher** (Direktor ArbG Solingen, NZA 2018, S. 487 ff.)
- **Berechnung des Urlaubsentgelts**
  - § 11 Absatz 1 Satz 1 BUrlG:
 

„Das Urlaubsentgelt bemisst sich nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst, das der Arbeitnehmer in den letzten dreizehn Wochen vor dem Beginn des Urlaubs erhalten hat, mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes.“
  - **Herausforderungsfall:** Wechsel von Vollzeit in Teilzeit

- Reduzierung des Arbeitsentgelts
  - innerhalb eines Urlaubsjahres
  - Urlaubsjahr-übergreifend
  - **9 AZR 486/17** vom **20.03.2018**

„Im Zeitraum vom 10. August 2015 bis zum 22. Februar 2016 erteilte das beklagte Land der Klägerin an insgesamt **47 Arbeitstagen Urlaub, der jeweils aus der Zeit vor der Reduzierung ihrer Arbeitszeit stammte**. Das Urlaubsentgelt berechnete das beklagte Land auf der Grundlage der aktuellen Teilzeitquote mit dem hälftigen Bruttoentgelt, das einem in Vollzeit beschäftigten Mitarbeiter zustand.

I. Die Regelungen in **§ 26 Abs. 1 Satz 1 und § 21 Satz 1 TV-L** sind wegen Verstoßes gegen das Verbot der Diskriminierung von Teilzeitkräften (§ 4 Abs. 1 TzBfG) **gemäß § 134 BGB nichtig, soweit sie für die Berechnung des Urlaubsentgelts auf das im Urlaubszeitraum vom Arbeitnehmer zu beanspruchende Entgelt auch in den Fällen abstellen, in denen der Arbeitnehmer nach der Verringerung seiner wöchentlichen Regelarbeitszeit Urlaub nimmt, der aus der Zeit vor der Arbeitszeitreduzierung stammt**. Eine unionsrechtskonforme Auslegung der Tarifnorm kommt nicht in Betracht.

1. Nach **§ 4 Abs. 1 TzBfG** darf ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, sachliche Gründe rechtfertigen eine unterschiedliche Behandlung. Einem teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer ist deshalb Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung - wie Urlaubsentgelt - mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht. Das in § 4 Abs. 1 TzBfG geregelte Diskriminierungsverbot steht gemäß § 22 Abs. 1 TzBfG nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien (vgl. BAG 10. Februar 2015 - 9 AZR 53/14 (F) - Rn. 16, BAGE 150, 345).

19 c) Die Regelungen in § 26 Abs. 1 Satz 1 und § 21 Satz 1 TV-L knüpfen nicht unmittelbar an die Dauer der Arbeitszeit an. Anknüpfungspunkt ist vielmehr das Entgelt, das dem Arbeitnehmer zustände, wenn er seine Arbeitsleistung erbracht hätte. Vor diesem Hintergrund hat der Senat **bisher** angenommen, Tarifvorschriften, die das Urlaubsentgelt unter Rückgriff auf das **Entgeltausfallprinzip** berechnen, seien rechtlich nicht zu beanstanden, wenn sie - wie § 26 Abs. 1 Satz 1 und § 21 Satz 1 TV-L - sicherstellen, dass der Arbeitnehmer mindestens das Urlaubsentgelt erhält, das er bei Weiterarbeit ohne Freistellung gewöhnlich erwarten könnte (vgl. BAG 21. September 2010 - 9 AZR 510/09 - Rn. 23 mwN, BAGE 135, 301). An dieser Rechtsprechung kann aufgrund der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 22. April 2010 (- C-486/08 - [Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols]) für „Alturlaub“, den ein Arbeitnehmer nach der Verringerung seiner wöchentlichen Regelarbeitszeit antritt, nicht festgehalten werden.

20 aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs müssen die Gerichte bei der Anwendung des nationalen Rechts dieses so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auslegen, um das in der Richtlinie festgelegte Ziel zu erreichen und damit Art. 288 Abs. 3 AEUV nachzukommen (vgl. EuGH 24. Januar 2012 - C-282/10 - [Dominguez] Rn. 24 mwN). Mit der Regelung in § 4 Abs. 1 TzBfG hat der deutsche Gesetzgeber § 4 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit im Anhang der Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit in der durch die Richtlinie 98/23/EG des Rates vom 7. April 1998 geänderten Fassung in nationales Recht umgesetzt.

21 bb) Der **Gerichtshof der Europäischen Union** hat entschieden, § 4 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit sei dahin auszulegen, dass er einer nationalen

Bestimmung entgegensteht, nach der bei einer Änderung des Beschäftigungsausmaßes eines Arbeitnehmers das Ausmaß des noch nicht verbrauchten Erholungsurlaubs in der Weise angepasst wird, dass der von einem Arbeitnehmer, der von einer Vollzeit- zu einer Teilzeitbeschäftigung übergeht, in der Zeit der Vollzeitbeschäftigung erworbene Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub, dessen Ausübung dem Arbeitnehmer während dieser Zeit nicht möglich war, reduziert wird oder der Arbeitnehmer diesen Urlaub nur mehr mit einem geringeren Urlaubsentgelt verbrauchen kann (EuGH 22. April 2010 - **C-486/08** - **[Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols]** Rn. 35). Diesen Rechtssatz hat der Gerichtshof in Bezug auf eine nationale Bestimmung aufgestellt, nach der bei einer Änderung des Beschäftigungsausmaßes der Umfang des noch nicht verbrauchten Erholungsurlaubs an das neue Beschäftigungsausmaß aliquot anzupassen war.

22 cc) Im Streitfall führte die von dem beklagten Land vorgenommene Bemessung des Urlaubsentgelts unter Zugrundelegung einer Teilzeitquote von 20/40 zu einer Verringerung des Entgeltanspruchs der Klägerin. Einer solchen steht nach den oben genannten Grundsätzen das Verbot der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten entgegen. Das Urlaubsentgelt der Klägerin ist deshalb unter Zugrundelegung einer Teilzeitquote von 35/40 zu berechnen.

- **Herausforderung:** Einbeziehung von **Provisionen**

- **9 AZR 266/99** vom **11.04.2000**

1. Das Urlaubsentgelt bemißt sich nach § 11 Abs 1 Satz 1 BUrlG nach dem durchschnittlichen Verdienst, das der Arbeitnehmer in den letzten dreizehn Wochen vor Beginn des Urlaubs erhalten hat. Für die Berechnung des Verdienstes sind **alle Provisionsleistungen zu berücksichtigen**, die ein Handlungsgehilfe für die Vermittlung oder den Abschluß von Geschäften vertragsgemäß erhält (Bestätigung BAG 19. September 1985 - 6 AZR 460/83 - BAGE 49, 370 - AP BUrlG § 13 Nr 21 = EzA BUrlG § 13 Nr 24). Ist vereinbart, daß der Arbeitgeber auf die erwarteten Provisionen monatlich Vorschüsse leistet und später abrechnet, sind entsprechend der Vereinbarung die in den letzten drei vollen Kalendermonaten vor Urlaubsbeginn nach § 87a Abs 1 Satz 1 HGB fällig gewordenen Provisionsansprüche zugrunde zu legen.“

### 3. Urlaubsfähigkeit des Arbeitnehmers

- **§ 9 BUrlG:**

„Erkrankt der Arbeitnehmer während des Urlaubs, so werden die durch ärztliches Zeugnis nachgewiesenen Tage der Arbeitsunfähigkeit auf den Jahresurlaub nicht angerechnet.“

- **9 AZR 575/15** vom **09.08.2016**

„1. Ein **tätigkeitsbezogenes generelles Beschäftigungsverbot nach § 4 MuSchG** verhindert den zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs nach § 362 Abs. 1 BGB erforderlichen Leistungserfolg auch dann, wenn der Urlaubszeitraum bereits vor Eintritt des Beschäftigungsverbots festgelegt war und der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin keine zumutbare Ersatztätigkeit zugewiesen hat.

2. § 17 Satz 2 MuSchG regelt die Unvereinbarkeit von Urlaub und einer (vollständigen) Arbeitsbefreiung infolge mutterschutzrechtlicher Beschäftigungsverbote mit der Folge, dass das Risiko der Leistungsstörung durch ein in den festgelegten Urlaubszeitraum fallendes Beschäftigungsverbot dem Arbeitgeber zugewiesen wird.“



## II. Verfall des Urlaubs

- Vorüberlegung
  - Urlaub ist kalenderjahresgebunden
  - Sinn des Urlaubs: „zeitnahe“ Erholung
- § 7 Absatz 3 BurlG:
 

„Der Urlaub muss im **laufenden Kalenderjahr** gewährt und genommen werden. Eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr ist nur statthaft, wenn **dringende betriebliche Gründe oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen**. Im Fall der Übertragung muss der **Urlaub in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres** gewährt und genommen werden.“

- **1. Einschränkung): Dauererkrankung**
  - **EuGH** vom **20.01.2009**, **Schultz-Hoff (C-350/06)**, kein Verfall bei Dauererkrankung
  - **9 AZR 983/07** vom **24.03.2009**: Teleologische Reduktion des § 7 Absatz 3 BUrlG

„Der Anspruch auf Abgeltung gesetzlichen Voll- oder Teilurlaubs erlischt **nicht, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums erkrankt und deshalb arbeitsunfähig ist**. § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG ist im Verhältnis zu privaten Arbeitgebern nach den Vorgaben des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG (juris EGRL 88/2003) gemeinschaftsrechtskonform fortzubilden. Der Senat gibt seine entgegenstehende bisherige Rechtsprechung auf.“

- **EuGH** vom **22.11.2011**, **Schulte/KHS (C-214-10)**

„Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung ist dahin auszulegen, dass er einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten wie etwa Tarifverträgen **nicht entgegensteht**, die die **Möglichkeit** für einen während mehrerer Bezugszeiträume in Folge arbeitsunfähigen Arbeitnehmer, Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub anzusammeln, dadurch einschränken, dass sie **einen Übertragungszeitraum von 15 Monaten vorsehen, nach dessen Ablauf der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erlischt**.“

- **9 AZR 953/10** vom **07.08.2012**: Teleologische Reduktion der teleologischen Reduktion

„2. Ist ein Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen an seiner Arbeitsleistung gehindert, **verfallen seine gesetzlichen Urlaubsansprüche aufgrund unionsrechtskonformer Auslegung des § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres (im Anschluss an EuGH 22. November 2011 - C-214/10 - [KHS])**.“

- **9 AZR 623/10** vom **18.09.2012**: Teleologische Reduktion der teleologischen Reduktion

„II. Die **Urlaubsansprüche** des Klägers für die Urlaubsjahre 2001 bis 2007 (gesetzlicher Mindesturlaub und Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen) sind gemäß § 7 Abs. 3

Satz 3 BUrlG **15 Monate nach Ablauf des jeweiligen Urlaubsjahres verfallen, sodass mit Ablauf des 31. März 2009 Urlaubsansprüche des Klägers aus diesen Jahren nicht mehr bestanden und damit nicht abzugelten sind. § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG ist unionsrechtskonform so auszulegen, dass gesetzliche Urlaubsansprüche arbeitsunfähiger Arbeitnehmer 15 Monate nach Ablauf des jeweiligen Urlaubsjahres verfallen (BAG 7. August 2012 - 9 AZR 353/10 - Rn. 32 ff., DB 2012, 2462).**

- **9 AZR 170/14** vom **22.09.2015** (kein schleichender Verfall, sondern Fallbeil – Verfall)

**„1. Ist ein Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen an seiner Arbeitsleistung gehindert, gehen seine gesetzlichen Urlaubsansprüche mit Ablauf des 31. März des zweiten auf das Urlaubsjahr folgenden Jahres unter. Der Verfall tritt nicht bereits vor diesem Zeitpunkt tageweise ein.**

- Konsequenzen für die Praxis/Optimaler Zeitpunkt für die Beendigung:
  - für AG: 31.03. eines Jahres
    - Urlaub für Vorjahr und 3/12 für das Rumpfsjahr
      - **9 AZR 623/10**
      - **9 AZR 953/10**
  - für AN: 28.02. eines Jahres
    - Urlaub für Vor-Vorjahr, Vorjahr und 1/12 Rumpfsjahr

### **ArbG Siegburg: Keine fristlose Kündigung zur Erhöhung von Urlaubsabgeltungsansprüchen**

Versäumt ein Arbeitnehmer die Frist für eine ordentliche Eigenkündigung in 2018, muss er hinnehmen, dass zum 31.03.2018 seine Urlaubsansprüche aus dem Jahr 2016 verfallen. Dies geht aus einem Urteil des **Arbeitsgerichts Siegburg** vom **22.11.2018** hervor (**5 Ca 1305/18**). Eine fristlose Eigenkündigung zur "Rettung" der Urlaubsansprüche ist demnach nicht möglich. Die Entscheidung ist allerdings noch nicht rechtskräftig. Gegen das Urteil kann noch Berufung beim Landesarbeitsgericht Köln eingelegt werden.

- **Relativ neu 2. Einschränkung): Weigerung des Arbeitgebers**, Urlaub zu erteilen. EuGH vom **20.11.2017**, **King-Entscheidung (C-214/16)** (13 Jahre als „Selbständiger“)

**„Bezahlter Jahresurlaub - Art 7 EGRL 88/2003 - keine Verpflichtung zur Urlaubsnahme ohne vorherige Festlegung der Vergütung für diesen Urlaub - Vergütung für nicht genommenen Jahresurlaub am Ende des Arbeitsverhältnisses**

**Tenor**

**Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Fünfte Kammer) für Recht erkannt:**

1. Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung und das in Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerte Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf sind dahin auszulegen, dass sie es im Fall einer Streitigkeit zwischen einem Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber über die Frage, ob der Arbeitnehmer Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub gemäß der erstgenannten Vorschrift hat, **verbieten, dass der Arbeitnehmer seinen Urlaub zunächst nehmen muss, ehe er feststellen kann, ob er für diesen Urlaub Anspruch auf Bezahlung hat.**

2. Art. 7 der Richtlinie 2003/88 ist dahin auszulegen, dass er einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten **entgegensteht**, nach denen es einem Arbeitnehmer verwehrt ist, **Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub, die in mehreren aufeinanderfolgenden Bezugszeiträumen wegen der Weigerung des Arbeitgebers, diese Urlaubszeiten zu vergüten, nicht ausgeübt worden sind, bis zum Zeitpunkt der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zu übertragen und gegebenenfalls anzusammeln.**

- **3. Einschränkung): keine „Anordnung“ des Urlaubs** (EuGH vom 06.11.2018, C-619/16 Shimizu (und C-684-16 Kreuziger)

*„Herr Shimizu war vom 1.8.2001–31.12.2013 auf der Grundlage mehrerer befristeter Verträge bei der Max-Planck-Gesellschaft beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fanden das BUrlG und der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst Anwendung.*

*Mit Schreiben vom 23.10.2013 bat die Max-Planck-Gesellschaft Herrn Shimizu, seinen Urlaub vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses zu nehmen, ohne ihn jedoch zu verpflichten, ihn zu einem von ihr festgelegten Termin zu nehmen. Herr Shimizu nahm am 15.11. und am 2.12.2013 jeweils einen Tag Urlaub. Nachdem Herr Shimizu mit Schreiben vom 23.12.2013 die Max-Planck-Gesellschaft erfolglos zur Zahlung von 11.979 Euro als finanzielle Abgeltung von 51 nicht genommenen Urlaubstagen aus den Jahren 2012 und 2013 aufgefordert hatte, erhob er eine entsprechende Zahlungsklage.*

.....

*44Für die Antwort auf die erste Frage ist zwar darauf hinzuweisen, dass die Beachtung der **Verpflichtung des Arbeitgebers** aus Art. EWG\_RL\_2003\_88 Artikel 7 der RL 2003/88 **nicht so weit gehen kann, von diesem zu verlangen, dass er seine Arbeitnehmer zwingt, ihren Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub tatsächlich wahrzunehmen** (vgl. idS EuGH, ECLI:EU:C:2006:526 = Slg. 2006, I-EUGH-SLG Jahr 2006 I Seite 7492 = BeckRS 2006, BECKRS Jahr 70660 Rn. BECKRS Jahr 2006 Randnummer 43 – Kommission/Vereinigtes Königreich). **Er muss den Arbeitnehmer jedoch in die Lage versetzen, einen solchen Anspruch wahrzunehmen** (vgl. idS EuGH, ECLI:EU:C:2017:914 = NZA 2017, NZA Jahr 2017 Seite 1591 = AP RL 2003/88/EG Nr. AP 23 Rn. 63 – King).*

*45Wie auch der Generalanwalt beim EuGH in den Nr. 41–43 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, ist der Arbeitgeber in Anbetracht des zwingenden Charakters des Rechts auf bezahlten Jahresurlaub und angesichts des Erfordernisses, die praktische Wirksamkeit von Art. EWG\_RL\_2003\_88 Artikel 7 der RL 2003/88 zu gewährleisten, ua verpflichtet, **konkret und in***

völliger Transparenz dafür zu sorgen, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage ist, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, indem er ihn – **erforderlichenfalls förmlich – auffordert**, dies zu tun, und ihm, damit sichergestellt ist, dass der Urlaub ihm noch die Erholung und Entspannung bieten kann, zu denen er beitragen soll, **klar und rechtzeitig mitteilt, dass der Urlaub, wenn er ihn nicht nimmt, am Ende des Bezugszeitraums oder eines zulässigen Übertragungszeitraums verfallen wird.**

46Die **Beweislast trägt insoweit der Arbeitgeber** (vgl. entspr. EuGH, ECLI:EU:C:2006:177 = Slg. 2006, I-EUGH-SLG Jahr 2006 I Seite 2531 = NZA 2006, NZA Jahr 2006 Seite 481 = AP Richtlinie 93/104/EG Nr. AP 2Rn. 68 – Robinson-Steele ua). **Kann er nicht nachweisen, dass er mit aller gebotenen Sorgfalt gehandelt hat, um den Arbeitnehmer tatsächlich in die Lage zu versetzen, den ihm zustehenden bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, verstießen das Erlöschen des Urlaubsanspruchs am Ende des Bezugs- oder zulässigen Übertragungszeitraums und – bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses – das entsprechende Ausbleiben der Zahlung einer finanziellen Vergütung für den nicht genommenen Jahresurlaub gegen Art. EWG\_RL\_2003\_88 Artikel 7 EWG\_RL\_2003\_88 Artikel 7 Absatz I und gegen Art. EWG\_RL\_2003\_88 Artikel 7 EWG\_RL\_2003\_88 Artikel 7 Absatz II der RL 2003/88.**“

47Ist der Arbeitgeber hingegen in der Lage, den ihm insoweit obliegenden Beweis zu erbringen, und zeigt sich daher, **dass der Arbeitnehmer aus freien Stücken und in voller Kenntnis der sich daraus ergebenden Konsequenzen darauf verzichtet hat, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen**, nachdem er in die Lage versetzt worden war, seinen Urlaubsanspruch tatsächlich wahrzunehmen, steht Art. EWG\_RL\_2003\_88 Artikel 7 EWG\_RL\_2003\_88 Artikel 7 Absatz I und EWG\_RL\_2003\_88 Artikel 7 Absatz II der RL 2003/88 dem Verlust dieses Anspruchs und – bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses – dem entsprechenden Wegfall der finanziellen Vergütung für den nicht genommenen bezahlten Jahresurlaub nicht entgegen.

48Wie der Generalanwalt beim EuGH in den Nr. 50 und 51 seiner Schlussanträge ausgeführt hat und aus Rn. 42 des vorliegenden Urteils hervorgeht, **wäre jede Auslegung** von Art. EWG\_RL\_2003\_88 Artikel 7 der RL 2003/88, **die den Arbeitnehmer dazu veranlassen könnte, aus freien Stücken in den betreffenden Bezugs- oder zulässigen Übertragungszeiträumen keinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, um seine Vergütung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu erhöhen, mit den durch die Schaffung des Rechts auf bezahlten Jahresurlaub verfolgten Zielen unvereinbar.**

....

81 Nach alledem ist auf die zweite Frage zu antworten, dass sich in dem Fall, dass eine nationale Regelung wie die in den Ausgangsverfahren fragliche nicht im Einklang mit Art. EWG\_RL\_2003\_88 Artikel 7 der RL 2003/88 und Art. EUGCHARTA2007 Artikel 31 EUGCHARTA2007 Artikel 31 Absatz II der Charta ausgelegt werden kann, aus Art. EUGCHARTA2007 Artikel 31 EUGCHARTA2007 Artikel 31 Absatz II der Charta ergibt, **dass das mit einem Rechtsstreit zwischen einem Arbeitnehmer und seinem früheren privaten Arbeitgeber befasste nationale Gericht diese nationale Regelung**

**unangewendet zu lassen und dafür Sorge zu tragen hat, dass der Arbeitnehmer, wenn der Arbeitgeber nicht nachweisen kann, dass er mit aller gebotenen Sorgfalt gehandelt hat, um ihn tatsächlich in die Lage zu versetzen, den ihm nach dem Unionsrecht zustehenden bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, weder seine erworbenen Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub noch entsprechend – im Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses – die finanzielle Vergütung für nicht genommenen Urlaub, deren Zahlung in diesem Fall unmittelbar dem betreffenden Arbeitgeber obliegt, verlieren kann.“**

- Zeitliche Bedeutung:
  - (an sich) nur für den gesetzlichen Urlaub
  - Volle Wirkung auf für die Vergangenheit???
  - keine Ausschlussfristen
  - Verjährung?
    - Fälligkeitsbegriff
      - 01.01. eines jeden Kalenderjahres?
  - Vertrauensschutz?
  - Verwirkung?
- **Aufforderung zur Urlaubsnahme**
  - den AN „zum Jagen zu tragen“
  - **(wohl) nicht ausreichend**
    - Hinweis im **AV**
      - Parallele zu den Freiwilligkeitsvorbehalten
    - Hinweis in jeder **Lohnabrechnung**
      - Inflatorische Entwertung?
      - „liest eh keine Sau“?
  - **Hinweis Anfang des Jahres**
    - „Sehr geehrte Frau/ sehr geehrter Herr ...  
für das frisch angebrochene Kalenderjahr haben Sie Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub (4 Wochen) und den im Arbeitsvertrag vereinbarten weitergehenden Urlaub (Mehrurlaub). Wir fordern Sie hiermit auf, den Urlaub möglichst frühzeitig zu beantragen, um die Erfüllung zum gewünschten Zeitpunkt nach Möglichkeit sicher zu stellen und einen möglichen Verfall von Urlaubsansprüchen zum Ende des Kalenderjahres oder zu einem späteren Zeitpunkt vorzubeugen.“
  - **2. Hinweis** (nach Prüfung des Urlaubskontos) **September/Oktober**
- **Prüfung und Führung der Urlaubskonten**
  - Urlaubskonto
    - Unterkonto Mindesturlaub
    - Unterkonto Mehrurlaub

## E: Urlaubsabgeltung

### I. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

- bei Mindesturlaub Abgeltung nur bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses
  - kein „Abkauf“ von Mindesturlaub im bestehenden Arbeitsverhältnis
- bei Mehrurlaub frei verhandelbar
- bei Dauererkrankung: Urlaubsabgeltung ist ein Schatz, der erst durch Beendigung des AV „geborgen“ werden kann
- **9 AZR 983/07** vom **24.03.2009** (Teilaufgabe der Surrogationstheorie; ebenso **9 AZR 170/14** vom **22.09.2015**)

#### „Urlaubsabgeltung bei Arbeitsunfähigkeit

**Der Anspruch auf Abgeltung gesetzlichen Voll- oder Teilurlaubs erlischt nicht, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums erkrankt und deshalb arbeitsunfähig ist. § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG ist im Verhältnis zu privaten Arbeitgebern nach den Vorgaben des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG (juris EGRL 88/2003) gemeinschaftsrechtskonform fortzubilden. Der Senat gibt seine entgegenstehende bisherige Rechtsprechung auf.“**

- **9 AZR 652/10** vom 19.6.2012 (Vollständige Aufgabe der Surrogationstheorie)

**„Der Anspruch auf Abgeltung des Urlaubs ist auch für den Fall der Arbeitsfähigkeit des aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidenden Arbeitnehmers ein reiner Geldanspruch. Er unterfällt deshalb nicht dem Fristenregime des BUrlG (vollständige Aufgabe der Surrogationstheorie).“**

- (ehemals☺): Herausforderung: **Tod des AN**
  - **9 AZR 416/10** vom **20.09.2011** (Keine Vererblichkeit)

**„Endet das Arbeitsverhältnis mit dem Tod des Arbeitnehmers, erlischt zugleich der Urlaubsanspruch. Er wandelt sich nicht in einen Abgeltungsanspruch iSv. § 7 Abs. 4 BUrlG um.“**

- EuGH, Urteil vom 12.06.2014, **C-118/13** (**Bollacke**)
- **9 AZR 196/16** vom **18.10.2016** (Vorlagebeschluss)
- **EuGH** vom **06.11.2018** (**C-569/16; C-570/16**, **Bauer** und **Willmeroth**-Vererblichkeit)

## F: Urlaubersatzanspruch

- „**Urlaubersatzanspruch**“ ist nicht verfallener/übertragener/fortbestehender Urlaub/überflüssig bzw. überflüssig gewordene Rechtsfigur

- **9 AZR 572/16** vom **16.05.2017** (Altersteilzeit; kein Schadensersatz wegen Nichtgewährung von Urlaub vor Wechsel in die Freistellungsphase)

„I. Die Klägerin kann von der Beklagten nicht nach § 251 Abs. 1 BGB statt der Gewährung von Ersatzurlaub Schadensersatz in Geld verlangen, weil ein Anspruch auf Ersatzurlaub wegen des Eintritts in die Freistellungsphase der Altersteilzeit nicht mehr realisiert werden kann. Der Anspruch auf Abgeltung von Ersatzurlaub richtet sich nach den Vorgaben des § 7 Abs. 4 BUrlG. Soweit der Senat in der Vergangenheit angenommen hat, der an die Stelle des Ersatzurlaubsanspruchs tretende Schadensersatzanspruch in Geld ergäbe sich aus § 251 Abs. 1 BGB (vgl. BAG 6. August 2013 - 9 AZR 956/11 - Rn. 20; 20. April 2012 - 9 AZR 504/10 - Rn. 12), wird daran nicht festgehalten.

1. Hat der Arbeitgeber den vom Arbeitnehmer rechtzeitig verlangten Urlaub nicht gewährt, wandelt sich der im Verzugszeitraum verfallene Urlaubsanspruch gemäß § 275 Abs. 1 und Abs. 4, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 283 Satz 1, § 286 Abs. 1 Satz 1, § 287 Satz 2 und § 249 Abs. 1 BGB in einen Schadensersatzanspruch um, der die Gewährung von Ersatzurlaub zum Inhalt hat (st. Rspr., zB BAG 12. April 2016 - 9 AZR 659/14 - Rn. 14; 19. Januar 2016 - 9 AZR 507/14 - Rn. 21). Ein Schadensersatz in Geld (§ 251 Abs. 1 BGB) wegen des verfallenen Urlaubs vor der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses wäre faktisch eine nicht zulässige Abgeltung von Urlaub während des bestehenden Arbeitsverhältnisses. **Der Ersatzurlaubsanspruch tritt als Schadensersatzanspruch (§ 249 Abs. 1 BGB) an die Stelle des ursprünglichen Urlaubsanspruchs** (BAG 26. Juni 1986 - 8 AZR 75/83 - zu II 1 der Gründe, BAGE 52, 254). Er bewirkt, dass der Urlaubsanspruch trotz seines Erlöschens am Ende des Urlaubsjahres bzw. des Übertragungszeitraums bei rechzeitigem Verlangen des Arbeitnehmers nicht ohne Kompensation untergeht, und dient somit der Sicherstellung des auf bezahlte Freistellung gerichteten Urlaubsanspruchs.

2. Mit der Entstehung des Ersatzurlaubsanspruchs erhält der Arbeitnehmer bereits **Schadensersatz im Wege der Naturalrestitution**. Nach dem in § 249 Abs. 1 BGB festgelegten Grundsatz der Naturalrestitution ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Danach kann der Arbeitnehmer verlangen, so gestellt zu werden, als sei der von ihm rechtzeitig geltend gemachte und vom Arbeitgeber nicht gewährte Urlaub nicht verfallen. Der Ersatzurlaubsanspruch ist somit auf den Fortbestand des Anspruchs auf bezahlte Freistellung unter den Bedingungen des BUrlG gerichtet. Dies hat zur Folge, **dass der Ersatzurlaubsanspruch - mit Ausnahme des Fristenregimes (vgl. BAG 11. April 2006 - 9 AZR 523/05 - Rn. 24) - den Modalitäten des verfallenen Urlaubsanspruchs unterliegt**. Dies gilt sowohl für die Inanspruchnahme als auch für die Abgeltung des Ersatzurlaubs. Für eine Anwendung des § 251 Abs. 1 BGB bleibt kein Raum. Die Herstellung des vor dem schädigenden Ereignis bestehenden Zustands erfolgt durch die (Wieder-)Einräumung eines Anspruchs auf bezahlte Freistellung. Hierdurch ist die Naturalrestitution bewirkt, nicht erst durch die Freistellung selbst. Kann Letztere durch den Wegfall der Arbeitspflicht tatsächlich nicht gewährt werden, liegt keine Unmöglichkeit iSv. § 251 Abs. 1 BGB, sondern ein durch § 7 Abs. 4 BUrlG besonders geregelter Fall des Leistungsstörungsrechts (vgl. BAG 20. September 2011 - 9 AZR 416/10 - Rn. 23, BAGE 139, 168) vor.

II. Die Klägerin hat mit Beendigung der Arbeitsphase des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses keinen Anspruch auf Abgeltung von Ersatzurlaub nach Maßgabe des § 7 Abs. 4 BUrlG.

1. Nach **§ 7 Abs. 4 BUrlG** ist der (Ersatz-)Urlaub abzugelten, wenn er wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann. Diese Vorschrift erlaubt eine Abgeltung nicht gewährten (Ersatz-)Urlaubs nur bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses (BAG 16. Oktober 2012 - 9 AZR 234/11 - Rn. 19). Darunter ist dessen **rechtliche Beendigung** zu verstehen. Dies ergibt sich schon aus dem Begriff „Arbeitsverhältnis“, mit dem die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zusammenfassend bezeichnet werden und die regelmäßig durch einen Arbeitsvertrag begründet werden. Ist das Arbeitsverhältnis ein **Altersteilzeitarbeitsverhältnis**, endet es iSv. § 7 Abs. 4 BUrlG zum vereinbarten Endtermin und nicht bereits mit dem Übergang von der Arbeits- in die Freistellungsphase (so auch für das Beamtenverhältnis BVerwG 19. November 2015 - 2 C 3.15 - Rn. 16). **Das Arbeitsverhältnis besteht während der Freistellungsphase fort.** Zwar hat der Arbeitnehmer keine Arbeitsverpflichtung, weil er seine Leistung in der Arbeitsphase bereits erbracht hat. Der Arbeitgeber ist aber zur Entgeltleistung verpflichtet, sodass auch kein Ruhen des Arbeitsverhältnisses in der Freistellungsphase eintritt. Auch eine analoge Anwendung von § 7 Abs. 4 BUrlG ist nicht geboten. Eine planwidrige Regelungslücke liegt nicht vor (BAG 16. Oktober 2012 - 9 AZR 234/11 - Rn. 19 mwN).

2. Danach ist die für die Abgeltung von Ersatzurlaub erforderliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien nicht eingetreten. **Das Altersteilzeitarbeitsverhältnis besteht während der Freistellungsphase der Altersteilzeit fort und endet erst mit Ablauf des 31. März 2018.**“

- **9 AZR 615/17** vom **19.06.2018**

„Der als Schadensersatz an die Stelle des erloschenen Urlaubsanspruchs tretende Ersatzurlaub unterliegt wie der Urlaubsanspruch **keinen Ausschlussfristen.**“

„*Kein Schadensersatz in Geld wegen nicht gewährter Urlaubstage im bestehenden Arbeitsverhältnis*

### **Leitsätze**

Der Anspruch auf Abgeltung des sog. Ersatzurlaubs richtet sich nicht nach § 251 Abs. 1 BGB, sondern **nach den Vorgaben des § 7 Abs. 4 BUrlG.** Er entsteht mit der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses.“



## G: Vertragsgestaltung/ Praxistipps

### I. Gestaltung im Arbeitsvertrag

#### 1. Gestaltungsmöglichkeit

- Urlaubs-RL (in der Auslegung des EuGH) sowie das BUrlG (in der Auslegung des BAG) sind **zwingend**, gelten aber **nur für den gesetzlichen Mindesturlaub** von 24 Werktagen (4 Wochen).
- der Mehrurlaub kann frei gestaltet werden
  - **9 AZR 368/16 vom 14.02.2017**

**„b) Tarifvertragsparteien können jedoch Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüche, die den von Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie gewährleisteten und von §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG begründeten Anspruch auf Mindestjahresurlaub von vier Wochen übersteigen, frei regeln** (vgl. EuGH 3. Mai 2012 - C-337/10 - [Neidel] Rn. 34 ff. mwN; BAG 15. Dezember 2015 - 9 AZR 747/14 - Rn. 13; 12. April 2011 - 9 AZR 80/10 - Rn. 21, BAGE 137, 328). Diese Befugnis schließt die Befristung des tariflichen Mehrurlaubs ein (BAG 15. Dezember 2015 - 9 AZR 747/14 - aaO; 7. August 2012 - 9 AZR 760/10 - Rn. 18, BAGE 143, 1).

#### 2. Gestaltungsnotwendigkeit

- der Mehrurlaub unterliegt den Regeln für den gesetzlichen Urlaub (**Gleichlauf von gesetzlichem Urlaub und Mehrurlaub**), wenn der Mehrurlaub keine eigenständige Regelung erfahren hat/ wenn keine „deutlichen Anhaltspunkte“ für eine solche eigenständige Regelung vorliegen
- Rechtsprechung zum **eigenständigen Urlaubsregime**:
  - **9 AZR 207/16 vom 14.02.2017** (und parallel **9 AZR 275/14 vom 17.11.2015**)

**„2. Entgegen der Auffassung des Klägers ist der tarifliche Mehrurlaub gemäß § 15 Abschn. I Ziff. 7 des kraft einzelvertraglicher Bezugnahme anwendbaren MTV mit Ablauf des 31. März 2015 verfallen.**

a) Der aus dem Jahr 2014 stammende Urlaub hätte - soweit es den gesetzlichen Mindesturlaub betrifft - unbeschadet des Umstands, dass der gesetzliche Übertragungszeitraum grundsätzlich am 31. März 2015 endete (§ 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG), fortbestanden. Aufgrund der Vorgaben des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Arbeitszeitrichtlinie, ABl. EU L 299 vom 18. November 2003 S. 9) ist § 7 Abs. 3 BUrlG unionsrechtskonform dahin gehend auszulegen, dass der gesetzliche Mindesturlaub **nicht vor Ablauf von 15 Monaten nach dem Ende des Urlaubsjahres** erlischt, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums krank und deshalb arbeitsunfähig ist (grdl. BAG 7. August 2012 - 9 AZR 353/10 - Rn. 23 ff., BAGE 142, 371). Da die Arbeitsunfähigkeit des Klägers vom 13. Oktober 2014 bis zum 7. April 2015 und somit über den 31. März 2015 andauerte, wäre der gesetzliche Mindesturlaub aus dem Jahr 2014 nicht mit Ablauf des 31. März 2015 untergegangen.

b) Diese Grundsätze gelten nicht für den hier streitgegenständlichen tariflichen Mehrurlaub. Die Tarifvertragsparteien haben ein vom BUrlG **abweichendes, eigenständiges Fristenregime** vereinbart.“

„Nach dem Wortlaut von § 15 Abschn. I Ziff. 7 MTV muss der Urlaub im laufenden Urlaubsjahr gewährt und genommen werden (Satz 1) und erlischt, wenn er nicht bis zum 31. März des folgenden Jahres geltend gemacht worden ist (Satz 3). Daraus wird der Wille der Tarifvertragsparteien deutlich, der Arbeitnehmer könne seinen Urlaub ohne besondere Gründe vom 1. Januar eines Kalenderjahres bis zum 31. März des Folgejahres geltend machen. Nach § 15 Abschn. I Ziff. 7 Satz 2 MTV ist eine Übertragung „auf“ das Folgejahr zwar nur ausnahmsweise statthaft. **Der MTV enthält aber keine Kriterien, wann ein solcher Ausnahmefall vorliegen soll. Es handelt sich daher lediglich um eine rechtsfolgenlose Aufforderung an die Tarifunterworfenen, den Urlaub im Regelfall im Bezugszeitraum zu nehmen und zu gewähren. Damit weicht der MTV vom Fristenregime des § 7 Abs. 3 Satz 1 bis Satz 3 BUrlG ab. Danach geht der nicht genommene Urlaub grundsätzlich am 31. Dezember des Kalenderjahres unter und wird nur bei Vorliegen der gesetzlichen Übertragungsgründe bis zum 31. März des Folgejahres übertragen. Die tarifliche Regelung unterscheidet sich vom BUrlG insoweit, als der Urlaubsanspruch auch ohne das Vorliegen von Übertragungsvoraussetzungen zumindest bis zum 31. März des Folgejahres besteht und bis zu diesem Zeitpunkt geltend gemacht werden kann** (vgl. zu einer ähnlich lautenden Tarifvorschrift BAG 17. November 2015 - 9 AZR 275/14 - Rn. 28).“

- **9 AZR 368/16 vom 14.02.2017**

„10 „II. Die Klage ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Ersatzurlaub von vier Tagen gemäß § 275 Abs. 1 und Abs. 4, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 283 Satz 1, § 286 Abs. 1 Satz 1, § 287 Satz 2, § 249 Abs. 1 BGB. Der noch im Streit stehende tarifliche Mehrurlaub des Klägers aus dem Jahr 2013 ist aufgrund seiner Arbeitsunfähigkeit mit Ablauf des 31. März 2014 gemäß § 22 MTV verfallen, bevor Verzug hätte eintreten können. **Der MTV enthält ein eigenständiges, vom BUrlG abweichendes Fristenregime, nach dem der tarifliche Urlaub auch bei fortbestehender Krankheit drei Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres verfällt.**

c) Für einen **Regelungswillen** der Tarifvertragsparteien, **den tariflichen Mehrurlaub einem eigenen, von dem des gesetzlichen Mindesturlaubs abweichenden Fristenregime zu unterstellen, müssen deutliche Anhaltspunkte** vorliegen. Fehlen solche, ist von einem Gleichlauf des gesetzlichen Urlaubsanspruchs und des Anspruchs auf tariflichen Mehrurlaub auszugehen. Ein Gleichlauf ist nicht gewollt, wenn die Tarifvertragsparteien entweder bei der Befristung und Übertragung bzw. beim Verfall des Urlaubs **zwischen gesetzlichem Mindesturlaub und tariflichem Mehrurlaub unterschieden oder sich vom gesetzlichen Fristenregime gelöst und eigenständige, vom BUrlG abweichende Regelungen zur Befristung und Übertragung bzw. zum Verfall des Urlaubsanspruchs getroffen haben** (BAG 15. Dezember 2015 - 9 AZR 747/14 - Rn. 14; 22. Mai 2012 - 9 AZR 575/10 - Rn. 12). Dies ist zB dann der Fall, wenn der Tarifvertrag auf eine Übertragungsanordnung verzichtet und der Urlaub **ohne besondere Gründe und ohne die Notwendigkeit einer Übertragung bis zum 31. März des Folgejahres geltend gemacht werden kann** (vgl. BAG 15. Dezember 2015 - 9 AZR 747/14 - Rn. 16 f.). Ein eigenständiges Fristenregime ist auch dann anzunehmen, wenn der Tarifvertrag zwar nicht auf die Übertragung, aber **auf das Vorliegen von Übertragungsgründen verzichtet** (anders noch BAG 12. April 2011 - 9 AZR 80/10 - Rn. 29 ff., BAGE 137, 328). Ein Verzicht auf die Übertragungsvoraussetzungen hat dieselben Auswirkungen wie ein Verzicht auf die Übertragungsnotwendigkeit. Der Urlaubsanspruch kann in beiden Fällen - abweichend von § 7 Abs. 3

Satz 1 BUrlG - erstmals mit Ablauf des 31. März des Folgejahres erlöschen. Dies bewirkt eine Lösung vom Fristenregime des BUrlG. Entsprechendes gilt für eine Modifizierung der gesetzlichen Übertragungsvoraussetzungen. Die Übertragungsvoraussetzungen und das Fristenregime stehen notwendigerweise in einem inneren Zusammenhang. Abweichungen von den gesetzlichen Übertragungsvoraussetzungen führen in den davon betroffenen Fallkonstellationen zu einer Verschiebung des Fristenregimes und damit zu einer eigenständigen Fristenregelung.

d) Daran gemessen haben die Tarifvertragsparteien des MTV den tariflichen (Mehr-)Urlaub einem eigenständigen, vom BUrlG abweichenden Regelungsregime unterstellt.

aa) Nach dem Wortlaut des § 22 MTV erlischt der Urlaubsanspruch nach Ablauf des Urlaubsjahres, es sei denn, dass er erfolglos geltend gemacht wurde oder der Urlaub aus betrieblichen Gründen oder wegen Krankheit nicht genommen werden konnte. In diesem Fall ist der Urlaub bis spätestens drei Monate nach Beendigung des Urlaubsjahres in Anspruch zu nehmen. Damit haben sich die Tarifvertragsparteien hinreichend deutlich vom Regelungsregime des § 7 Abs. 3 Satz 1 bis Satz 3 BUrlG gelöst und ihren Willen verdeutlicht, dass der Urlaub, der wegen Krankheit nicht bis zum 31. März des Folgejahres in Anspruch genommen wird, erlischt.

(1) § 22 MTV enthält zunächst eine wesentliche Abweichung von § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG. Nach der gesetzlichen Regelung wird der bis zum 31. Dezember des Kalenderjahres nicht genommene Urlaub nur dann in das Folgejahr übertragen, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen. Hat der Arbeitnehmer dagegen vom Arbeitgeber rechtzeitig Urlaub verlangt und dieser ihn im Kalenderjahr nicht gewährt, obwohl dies möglich gewesen wäre, verfällt der gesetzliche Urlaubsanspruch. Der so im Verzugszeitraum verfallene Urlaubsanspruch wandelt sich in einen auf Gewährung von Ersatzurlaub als Naturalrestitution gerichteten Schadensersatzanspruch gemäß § 275 Abs. 1 und Abs. 4, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 283 Satz 1, § 286 Abs. 1 Satz 1, § 287 Satz 2, § 249 Abs. 1 BGB um (vgl. BAG 3. Juni 2014 - 9 AZR 944/12 - Rn. 10 mwN). Die tarifliche Regelung in § 22 MTV modifiziert diese gesetzlichen Bestimmungen zur Befristung und Übertragung sowie zum Verfall des Urlaubsanspruchs.

(a) Seinem Wortlaut nach verzichtet § 22 Satz 1 MTV auf die Dringlichkeit der betrieblichen Gründe. Ob die Übertragung des Urlaubsanspruchs in das Folgejahr dadurch für aus der betrieblichen Sphäre stammende Gründe erleichtert werden soll, muss der Senat nicht entscheiden.

(b) Jedenfalls schließt § 22 MTV abweichend von § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG den Verfall des vom Arbeitnehmer rechtzeitig verlangten, ihm aber nicht gewährten Urlaubs sowie das Entstehen eines Schadensersatzanspruchs aus und ordnet dessen Übertragung in das Folgejahr an. Die tarifliche Bestimmung weitet damit das Fristenregime auf die Fälle des Ersatzurlaubsanspruchs aus.

(c) Schließlich beschränkt § 22 MTV die Übertragung des Urlaubs, der aus in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen nicht gewährt und genommen werden kann, allein auf Krankheitsfälle. Diese Modifizierung der Übertragungsgründe wirkt sich unmittelbar auf das Fristenregime aus. Nach dem Wortlaut der Tarifnorm und dem dadurch zum Ausdruck kommenden Willen der Tarifvertragsparteien soll die Beschränkung der Übertragung von Urlaub, der aus in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen im Urlaubsjahr nicht genommen werden konnte, auf Krankheitsfälle zu einem Erlöschen des Urlaubsanspruchs mit Ablauf des 31. Dezember des Urlaubsjahres führen, wenn sonstige - nicht in Zusammenhang mit einer Erkrankung stehende - personenbedingte Gründe vorliegen (zB Haft des Arbeitnehmers). Die Tarifnorm differenziert mithin innerhalb der personenbedingten Gründe iSd. § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG zwischen Verhinderungen aus Krankheitsgründen und sonstigen Gründen und trifft insoweit unterschiedliche Regelungen zur Befristung und Übertragung sowie zum Verfall des Urlaubsanspruchs.

(2) Der Annahme eines Gleichlaufs zwischen gesetzlichem Mindesturlaub und tariflichem Mehrurlaub steht aber auch der klare Wortlaut des § 22 MTV entgegen. Die Tarifvertragsparteien haben in § 22 MTV unmissverständlich angeordnet, dass der Urlaubsanspruch bei (andauernder)

Erkrankung spätestens mit Ablauf des 31. März des Folgejahres untergehen soll. Diesem deutlich zum Ausdruck gebrachten Willen der Tarifvertragsparteien widerspricht eine Auslegung, der zufolge der tarifliche Urlaub dem Fristenregime des gesetzlichen Urlaubsanspruchs unterliegt, der aufgrund unionsrechtskonformer Auslegung des § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG erst 15 Monate nach Ablauf der Urlaubsjahres verfällt, wenn der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen an seiner Arbeitsleistung gehindert war (vgl. BAG 7. August 2012 - 9 AZR 353/10 - Rn. 32, BAGE 142, 371). Dies hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer im Anwendungsbereich des MTV das Risiko trägt, dass der Anspruch auf tariflichen Mehrurlaub infolge Arbeitsunfähigkeit nicht erfüllbar ist.“

### 3. Gestaltungsvorschlag

- **Differenzierung** zwischen gesetzlichem und vertraglichem Urlaub
- Hinweis auf **Verstetigung des Entgelts** (verbindliche Zusage der Urlaubsvergütung)

#### „Urlaub

##### a)

Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf ..... Arbeitstage (5 Arbeitstage-Woche) Urlaub im Kalenderjahr (= Jahresurlaub, bestehend aus vier Wochen (= ..... Arbeitstagen **gesetzlicher Mindesturlaub** und .... Tagen **Mehrurlaub**). Arbeitet der Arbeitnehmer an weniger als 5 Arbeitstagen pro Woche, vermindert sich der Urlaubsanspruch entsprechend.

Der Arbeitgeber gewährt zunächst den gesetzlichen Mindesturlaub und erst nach dessen Erfüllung den darüber hinaus gehenden Mehrurlaub.

##### b)

Der Urlaubsanspruch beträgt im **Eintritts- und im Austrittsjahr** für jeden vollen Monat des bestehenden Arbeitsvertrages **1/12 des Jahresurlaubs**. Besteht das Arbeitsverhältnis im Eintritts- und/oder Austrittsjahr länger als sechs Monate, so steht dem Arbeitnehmer für das betreffende Jahr mindestens der gesetzliche Mindesturlaub von 4 Wochen zu.

Urlaub, den der Arbeitnehmer im Eintrittsjahr bereits bei einem anderen Arbeitgeber Urlaub genommen, wird auf den Mindesturlaubsanspruch von 4 Wochen angerechnet.

##### c)

Der Jahresurlaub vermindert sich für jeden vollen Kalendermonat, in dem der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Vergütung hat (z. B. unbezahlter Urlaub, Krankheit nach Ablauf der Entgeltfortzahlung), um ein Zwölftel bis der gesamte Mehrurlaub aufgebraucht ist und nur noch der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub besteht.

Für den Fall einer Elternzeit erklärt der Arbeitgeber bereits jetzt die Kürzung des Urlaubs für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um 1/12 des Jahresurlaubs (§ 17 BEEG).

**d)**

Das Urlaubsentgelt wird nicht zu Beginn des Urlaubs, sondern mit der regulären monatlichen Vergütung gezahlt; die Zahlung zu diesem Zeitpunkt wird hiermit vorbehaltlos zugesagt.

**e)**

Der gesetzliche Mindesturlaub verfällt nach den Bestimmungen des Bundesurlaubsgesetzes. Der über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehende Urlaub (Mehrurlaub) verfällt unabhängig von den Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Urlaub entstanden ist, sofern nicht die Übertragung in das Folgekalenderjahr schriftlich vereinbart wird.

**f)**

Der Arbeitnehmer ist aufgefordert, den Urlaub möglichst frühzeitig zu beantragen, um die Erfüllung seiner Urlaubswünsche zum gewünschten Zeitpunkt nach Möglichkeit sicher zu stellen und einen möglichen Verfall von Urlaubsansprüchen zum Ende des Kalenderjahres oder zu einem späteren Zeitpunkt vorzubeugen.<sup>4</sup>

## **II. Freistellung**

- Freistellung (nach Kündigung, im Abwicklungsvertrag/Auflösungsvertrag oder im Vergleich)
  - **Keine „diffuse“ Urlaubserteilung;** Konkrete Benennung (Urlaub an den Anfang, nach Erfüllung Freistellung)
    - **Entgeltfortzahlung**
    - **Wettbewerbsverbot**
    - **Anrechnung anderweitigen Verdienstes**

**„(Variante ohne Jahreswechsel)**

Der Kläger nimmt **ab sofort** den ihm zustehenden Urlaub (Urlaub des laufenden Jahres, anschließend etwaigen Resturlaub). Nach Erfüllung des Urlaubsanspruchs wird der Kläger bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses jederzeit widerruflich unter Anrechnung etwaiger Überstunden bezahlt freigestellt.

oder

**(Variante mit Jahreswechsel)**

Der Kläger nimmt **ab sofort** den ihm zustehenden Urlaub (Urlaub des laufenden Jahres, anschließend etwaigen Resturlaub). Nach Erfüllung des Urlaubsanspruchs wird der Kläger bis zum Ende des laufenden Jahres jederzeit widerruflich unter Anrechnung etwaiger Überstunden von seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung bezahlt freigestellt.

**Ab dem 01.01.20...** nimmt der Kläger den ihm für das Kalenderjahr 20... (anteilig) zustehenden Urlaub sowie etwa noch bestehenden Resturlaub. Im Anschluss an die Erfüllung

aller Urlaubsansprüche wird der Kläger bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses jederzeit widerruflich von seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung bezahlt freigestellt

und

Während einer Erkrankung während der Freistellung richtet sich die Dauer der Bezahlung nach dem **Entgeltfortzahlungsgesetz**.

Der Kläger bleibt bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses an das **vertragliche Wettbewerbsverbot** (Verbot konkurrierender Tätigkeit) gebunden.

Während der bezahlten Freistellung erzielter **anderweitiger Verdienst** wird angerechnet (§ 615 Satz 2 BGB analog). Der Kläger wird der Beklagten einen etwa erzielten anderweitigen Verdienst unaufgefordert mitteilen.“