

Sebastian Friese

# Die finanzielle Komponente des Urlaubsanspruchs im deutschen und im europäischen Recht

Wechsel der Regelungskonzeption ohne Gesetzesänderung?



**Nomos**

**Studien zum  
deutschen und europäischen Arbeitsrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln

Prof. Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Felix Hartmann, LL.M. (Harvard), Freie Universität Berlin

Prof. Dr. Clemens Höpfner, Universität zu Köln

Prof. Dr. Abbo Junker, Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Peter Schüren, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Katharina Uffmann, Ruhr-Universität Bochum

Band 114

Sebastian Friese

# Die finanzielle Komponente des Urlaubsanspruchs im deutschen und im europäischen Recht

Wechsel der Regelungskonzeption ohne Gesetzesänderung?



**Nomos**

Erstgutachter: Prof. Dr. Clemens Höpfner  
Zweitgutachter: Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer  
Dekanin: Prof. Dr. Petra Pohlmann  
Tag der mündlichen Prüfung: 06.06.2023

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

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2023

ISBN 978-3-7560-1157-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-1718-2 (ePDF)



Onlineversion  
Nomos eLibrary

1. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2023 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur befinden sich im Wesentlichen auf dem Stand von Juli 2023.

Herrn Professor Dr. Clemens Höpfner gebührt Dank sowohl für die Betreuung der Arbeit als auch für die sehr lehrreiche Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Institut für Arbeits-, Sozial- und Wirtschaftsrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, in der ich diese Dissertation verfassen konnte. Die Zeit wird mir auch aufgrund des hervorragenden Kollegiums des Instituts stets in bester Erinnerung bleiben. Daher gilt mein Dank auch allen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen.

Herrn Professor Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Dr. Caroline Frank danke ich für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die stets gute und unterhaltsame Bürogemeinschaft.

Schließlich danke ich meinen Eltern, denen diese Arbeit gewidmet ist. Ihre Unterstützung und ihr Rückhalt haben mich in dem Entschluss bestärkt, das Projekt einer Promotion anzugehen und abzuschließen.

Münster, im Juli 2023

*Sebastian Friese, LL.M.*



# Inhaltsverzeichnis

Einleitung und Zielsetzung der Arbeit	27
Kapitel 1: Die finanzielle Komponente des Urlaubsanspruchs im deutschen Recht	31
A. Der Urlaubsanspruch im deutschen Recht	31
I. Historische Grundlagen	31
1. Kaiserreich und Weimarer Republik: Lediglich tarifliche Urlaubsansprüche	31
2. Nachkriegszeit: Rechtszersplitterung bis zur Klärung der Kompetenzen	32
3. Die Entstehung des BUrlG	33
4. Das ILO-Übereinkommen Nr. 132: Anfänge eines Mehrebenensystems im Urlaubsrecht	34
II. Die Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs	35
1. Anwendungsbereich: Arbeitnehmereigenschaft	35
2. Erfüllen der Wartezeit als Voraussetzung für den Erwerb des vollen Urlaubsanspruchs	36
3. Anteiliger Urlaubsanspruch vor Erfüllung der Wartezeit	36
III. Rechtsfolgende: Die Dogmatik des Urlaubsanspruchs	38
1. Ansätze vor Geltung des BUrlG	38
a) Schenkung des Arbeitgebers	39
b) Erlass der Arbeitsverpflichtung	39
c) Urlaub als Entgeltbestandteil	41
d) Urlaub als Bestandteil der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers	41
e) Einheitsanspruch	42
2. Unter Geltung des BUrlG	43
a) Frühe BAG-Rechtsprechung: Einheitsanspruch	44
b) BAG-Rechtsprechung seit 1982: Bloßer Freistellungsanspruch	45
aa) Kehrtwende in der Rechtsprechung	45

bb)	Rechtsprechung auf dem Prüfstand: Auslegung von §§ 1, 11 BUrlG	47
(1)	Wortlaut von § 1, 11 BUrlG	47
(2)	Gesetzliche Systematik	49
(3)	Gesetzgebungshistorie	51
(4)	Urlaubsentgeltzweck bei beiden Modellen erfüllt	52
(5)	Auslegungsergebnis	53
3.	Zwischenergebnis	53
IV.	Auswirkungen der Dogmatik auf die Modalitäten des Urlaubsanspruchs	54
1.	Privatrechtlicher Anspruch ohne hoheitliche Durchsetzungsbefugnisse	54
2.	Erholungszweck des Urlaubsanspruchs	55
3.	Erlöschenstatbestände	56
a)	Erfüllung	56
b)	§ 7 Abs. 3 S. 1 BUrlG: Immanenter Erlöschenstatbestand	56
aa)	Wortlaut	57
bb)	Gesetzliche Systematik	57
cc)	Gesetzgebungshistorie	58
dd)	Urlaubszweck	58
ee)	Zwischenergebnis	59
c)	Ausnahmsweise Übertragung des Urlaubsanspruchs	59
d)	Übertragung bei langdauernder Erkrankung	60
aa)	Anfängliche BAG-Rechtsprechung: Kein Anspruchsuntergang bei langdauernder Erkrankung	61
bb)	BAG seit 1982: Anspruchsuntergang auch bei Krankheit	63
4.	Verjährung	64
5.	Höchstpersönlichkeit des Urlaubsanspruchs, § 613 BGB	65
a)	Normative Grundlage der Höchstpersönlichkeit	65
b)	Unvererblichkeit als Konsequenz der Höchstpersönlichkeit	66

B. Das Urlaubsentgelt nach § 11 Abs. 1 BUrlG: Nukleus der finanziellen Komponente des Urlaubsanspruchs	66
I. Berechnungsgrundsätze	67
1. Entgeltausfallmethode	67
2. Referenzmethode	68
3. Gesetzliche Vorgaben	69
a) Grundsatz: Referenzmethode	69
b) Durchbrechungen der Referenzmethode	69
aa) Ausklammerung von Überstundenverdienst	70
bb) Einbeziehung nicht nur vorübergehender Verdiensterhöhungen im Referenz- und Urlaubszeitraum	70
cc) Ausklammerung bestimmter Verdienstkürzungen	71
c) Zwischenergebnis: Mischsystem	72
II. Erfordernis eines zusätzlichen Zeitfaktors?	72
1. Wortlaut: § 11 Abs. 1 BUrlG als abschließende Regelung	72
2. BAG-Rechtsprechung: Ausgefallene Arbeitszeit im Urlaubszeitraum als Zeitfaktor	73
3. Systematik: § 11 Abs. 1 S. 3 BUrlG als Teilregelung des Zeitfaktors	74
4. Historische Auslegung	74
5. Bewertung	75
C. Auswirkungen von Änderungen des Beschäftigungsumfangs: Gretchenfrage zur Bedeutung der finanziellen Komponente	76
I. Ausgangspunkt: Anteilige Kürzung bei Abweichung von der Sechstageswoche	77
II. Änderung des Beschäftigungsumfangs im Bezugszeitraum	79
1. Verringerung der Arbeitszeit	80
a) Trennung der beiden Abschnitte – Berechnung jeweils pro rata temporis	81
b) BAG: Maßgeblichkeit der aktuellen Arbeitszeit	82
aa) Urteil v. 28.4.1998 – 9 AZR 314/97	82
bb) Kritik: Vernachlässigung zurückliegender Verhältnisse	83
cc) Ausgeblendete Frage: Behandlung bereits genommenen Urlaubs	84

dd) Eigener Ansatz: Getrennte Berechnung für jeden einzelnen Zeitabschnitt	86
c) Altersteilzeit im Blockmodell als Fall der Arbeitszeitverringerung	88
aa) Wechsel in Freistellungsphase zum neuen Kalenderjahr	89
bb) Unterjähriger Wechsel in die Freistellungsphase	91
d) Kurzarbeit als weiterer Fall der Arbeitszeitverringerung	92
2. Erhöhung der Arbeitszeit	93
3. Rückabwicklung bereits vor der Kürzung zu viel genommenem Urlaubs	95
III. Änderungen der Arbeitszeit im Übertragungszeitraum: Konstellation aus BAG v. 28.4.1998 – 9 AZR 314/97	98
1. Erster Ansatz: Keine Kürzung oder Erhöhung des Anspruchs	98
2. BAG-Rechtsprechung: Anpassung an neue Arbeitszeitverteilung	99
3. Bewertung	99
4. Kernargument gegen eine Kürzung: Erarbeitung des Urlaubsanspruchs?	101
a) Rechtsprechung: Keine Erarbeitung des Urlaubsanspruchs	102
b) Gegenauffassung: Erarbeitung zur Vermeidung von Systembrüchen	105
c) Insolvenzrechtliche Einordnung	107
d) Erarbeitung des Urlaubsanspruchs als Ergebnis teleologischer Erwägungen?	109
e) Ergebnis: Keine Erarbeitung als Voraussetzung des Urlaubsanspruchs	110
IV. Konsequenzen der herkömmlichen BAG-Rechtsprechung	110
1. Eingeschränkter Vermögenswert erworbener Urlaubsansprüche	110
2. Zusammenfassende Stellungnahme	111
D. Sekundäransprüche in Bezug auf den Urlaubsanspruch	112
I. Ersatzurlaubsanspruch aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 283 BGB wegen Unmöglichkeit der ursprünglichen Urlaubsgewährung	112

II. Abgeltung des Ersatzurlaubsanspruchs	114
E. Der Abgeltungsanspruch gem. § 7 Abs. 4 BUrlG: Isolation der finanziellen Komponente des Urlaubsanspruchs	114
I. Zweck des Abgeltungsanspruchs	115
II. Voraussetzungen des Abgeltungsanspruchs	116
1. Grundsatz: Irrelevanz des konkreten Beendigungsgrundes	117
2. Unmöglichkeit, Urlaub ganz oder teilweise zu gewähren	118
a) Bestehender Urlaubsanspruch, §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG	118
b) Kausalität der Beendigung für die Unmöglichkeit	118
III. Erfüllbarkeit und Erlöschen des Urlaubsabgeltungsanspruchs	118
1. Surrogatstheorie: Abhängigkeit des Abgeltungsanspruchs von der Erfüllbarkeit des Urlaubsanspruchs	119
a) Urlaubsabgeltung als Surrogat des Naturalanspruchs: Erste Verwendung und Begriff des Surrogats	119
b) Weiterentwicklung: Keine Urlaubsabgeltung bei fehlender Erfüllbarkeit des Primäranspruchs	120
c) Begründungsansätze des BAG für die Surrogatstheorie	121
aa) Gleichbehandlung – keine Besserstellung ausscheidender Arbeitnehmer	121
bb) Fingierter Fortbestand des Arbeitsverhältnisses	122
cc) Herleitung des neuen Begriffsverständnisses und Kritik	122
2. Vereinbarkeit der Surrogatstheorie mit § 7 Abs. 4 BUrlG	124
a) Auslegung von § 7 Abs. 4 BUrlG in Bezug auf die Surrogationstheorie	124
(aa) Wortlaut	124
(bb) Systematik	126
(cc) Teleologie	127
(1) Gleichbehandlungsargument	127
(2) Argument des fingierten Fortbestands	128
b) Auslegungsergebnis: Surrogatstheorie mit § 7 Abs. 4 BUrlG unvereinbar	129
3. Zusammenfassung	129
V. Charakteristika des Anspruchs aus § 7 Abs. 4 BUrlG	130
1. Höhe des Abgeltungsanspruchs	130

2. Zeitliche Grenzen des Anspruchs: Erlöschen oder Verjährung	130
a) Auf Grundlage der Surrogatstheorie: Erlöschen bereits vor Ablauf jeder Verjährungsfrist	130
b) Als einfacher Geldanspruch: Regelverjährung gem. §§ 195, 199 BGB	131
3. Höchstpersönlichkeit des Abgeltungsanspruchs	131
a) Bedeutung der Höchstpersönlichkeit für den wirtschaftlichen Wert	131
b) Normative Grundlagen der Höchstpersönlichkeit eines Anspruchs	132
c) Anwendung der allgemeinen Voraussetzungen	133
d) Kriterium der Zweckbindung bzw. Zweckgerichtetheit	135
e) Zwischenergebnis: Beide Ergebnisse begründbar	137
4. Vererblichkeit, § 1922 Abs. 1 BGB	137
a) Allgemeine Voraussetzungen der Vererblichkeit	137
b) Anwendung: Auslegung von § 7 Abs. 4 BUrlG	139
aa) Wortlaut	140
bb) Gesetzgebungshistorie	141
cc) Entgegenstehender Zweck der Urlaubsabgeltung?	142
c) Zwischenergebnis	144
5. Verwandte Problematik: Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Erbfall	145
a) Dogmatisch: Kein Entstehen des Anspruchs	146
b) Gegenauffassung: Entstehen des Anspruchs und uneingeschränkte Vererblichkeit	149
c) Zwischenergebnis	149
F. Sekundäransprüche des Arbeitnehmers in Bezug auf den Abgeltungsanspruch	150
I. Schadensersatz statt der Leistung wegen Unmöglichkeit	150
II. Kritik: Künstliche Konstruktion	151
III. Vererblichkeit der Sekundäransprüche	151
IV. Abgeltung des über § 3 Abs. 1 BUrlG hinausgehenden Urlaubs	152

G. Zusammenfassung: Die Rolle der finanziellen Komponente des Urlaubsanspruchs nach dem BUrlG	152
Kapitel 2: Die finanzielle Komponente des Urlaubsanspruchs im Unionsrecht	155
A. Rechtsquellen und Kompetenzen: Zusammenspiel aus Primär- und Sekundärrecht	155
I. Art. 7 RL 2003/88/EG: Systematik und augenscheinlicher Inhalt	156
1. Die Zweiaktigkeit der Richtlinie	157
2. Anwendungsvoraussetzung: Unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff	158
3. Unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie im öffentlichen Dienst	159
a) Allgemeine Voraussetzungen der unmittelbaren Richtlinienwirkung	159
b) Unmittelbare Wirkung des Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie	162
c) Ergebnis: Nur rudimentäre unmittelbare Anwendung im Vertikalverhältnis	163
4. Zweck des Urlaubsanspruchs auf Grundlage der Richtlinie	164
5. Vorgaben für das Urlaubsentgelt: Bezahlter Mindestjahresurlaub	164
6. Konkrete Vorgaben für den Anspruchsinhalt?	165
7. Unionsrechtliche Vorgaben für die Urlaubsabgeltung (Abs. 2)	166
a) Verbot finanzieller Vergütung im laufenden Arbeitsverhältnis	166
b) Keine ausdrückliche Abgeltungsanordnung für nicht erfüllte Mindesturlaubsansprüche	166
c) Zweck des unionsrechtlichen Urlaubsabgeltungsanspruchs	167
8. Zwischenergebnis: Rudimentäre Vorgaben aus dem Richtlinienwortlaut	168
II. Art. 31 Abs. 2 GRCh	168
1. Anwendungsbereich der Charta: Art. 51 Abs. 1 GRCh – Durchführung des Unionsrechts	168

2. Rechtsnatur von Art. 31 Abs. 2 GRCh – Ermittlung durch Auslegung	169
a) Wortlaut	170
b) Systematik	171
c) Historische Auslegung	172
d) Effektivitätserwägungen	173
e) Ergebnis	173
3. Horizontalwirkung der Grundrechtecharta im Privatrechtsverhältnis?	174
a) Wortlaut von Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh	174
b) Systematik: Gesetzesvorbehalt aus Art. 52 Abs. 1 GRCh	175
c) Die Rechtssachen Mangold und Egenberger als Wegbereiter	175
d) Parallele zur mittelbaren Drittwirkung im Grundgesetz?	179
4. Horizontalwirkung des Grundrechts auf bezahlten Jahresurlaub nach Art. 31 Abs. 2 GRCh	180
a) Keine konkreten Vorgaben für Urlaubsentgelt und Urlaubsabgeltung	181
b) EuGH-Rechtsprechung: Konkretisierung des Primärrechts über Sekundärrecht	182
aa) Inhalt der in Bezug genommenen Rechtsquellen	184
bb) Art. 7 der Richtlinie 93/104/EG: Angeordnete statische Verweisung?	186
c) Kritische Würdigung und Ergebnis	188
III. Einordnung der Rechtsquellen des europäischen Urlaubsrechts	189
IV. Mehrurlaub im Unionsrecht: Keine Vorgaben aus Richtlinie und Charta	191
B. Rechtsfolgen richtlinien- und primärrechtswidriger nationaler Regelungen	192
I. Richtlinienwidrigkeit des nationalen Rechts	192
1. Unmittelbare Richtlinienwirkung	192
2. Richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung	193
3. Unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch	193
4. Keine Unanwendbarkeit des richtlinienwidrigen nationalen Rechts	194

II. Verstoß des nationalen Rechts gegen die Grundrechtecharta – Unanwendbarkeit nationalen Rechts	195
C. Konkretisierung der unionsrechtlichen Vorgaben für das Urlaubsentgelt und den Abgeltungsanspruch der nationalen Arbeitsrechtsordnungen durch die Rechtsprechung	196
I. Rolle der finanziellen Komponente des Urlaubsanspruchs	197
II. Entstehungsvoraussetzungen des Anspruchs auf finanzielle Vergütung nach Art. 7 Abs. 2 der Arbeitszeitrichtlinie	198
1. Art. 7 Abs. 2 als Anspruchsgrundlage	198
2. Einzige Voraussetzungen: Beendigung des Arbeitsverhältnisses und nicht erfüllter Urlaubsanspruch	200
3. Auswirkungen des „voraussetzungslosen Urlaubsanspruchs“ auf den Anspruch auf finanzielle Vergütung nach Art. 7 Abs. 2 der Arbeitszeitrichtlinie	200
4. Urlaubsabgeltung trotz Urlaubsverzicht – Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers zur Realisierung des Vermögenswertes	201
a) Meinungsstand vor den EuGH-Entscheidungen v. 6.11.2018	202
aa) Realisierung des Urlaubsanspruchs im alleinigen Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers	202
bb) Landesarbeitsgerichte: Pflicht des Arbeitgebers zur Urlaubsgewährung auch ohne vorherigen Urlaubsantrag	203
cc) Vorlage des BAG	206
dd) Vorlage des OVG Berlin-Brandenburg (Rechtssache Kreuziger)	208
b) Urteile des EuGH v. 6.11.2018 (Rechtssachen Shimizu und Kreuziger)	209
aa) Kein Antragserfordernis	210
bb) Hinweis- und Aufklärungsobliegenheit des Arbeitgebers	211
cc) Horizontalwirkung des Grundrechts	212
dd) Rechtsfolge unterlassener Urlaubsinitiative: Kein Verfall des Urlaubsanspruchs	212
ee) Kritik	214
ff) Zusammenfassung	216

III. Fortführung: Keine Bindung an einen Bezugszeitraum bei Unmöglichkeit der Urlaubsgewährung	217
1. Vorlage und Inhalt der Entscheidung	217
a) Erste Vorlagefrage: Erlöschen der Urlaubsansprüche unzulässig	218
aa) Kernargument: Keine Schlechterstellung erkrankter Arbeitnehmer	218
bb) Verfehlte Absicherung über das ILO-Übereinkommen Nr. 132	219
b) Zweite Vorlagefrage: Finanzielle Vergütung auch für Langzeiterkrankte	221
2. Konsequenz: Auftakt für Umwälzungen im deutschen Urlaubsrecht	221
3. Bewertung	222
4. Zusammenfassung: Kein Wegfall des Urlaubsanspruchs bei Unmöglichkeit der Realisierung	224
IV. Begrenzung des Übertragungszeitraums für den Primäranspruch – Rechtssachen KHS und Neidel	225
1. KHS: 15-monatiger Übertragungszeitraum zulässig	225
2. Rechtssache Neidel: Neun Monate unzulässig	227
3. Keine Verpflichtung zur Schaffung einer Übertragungsfrist – Rechtssache King	227
4. Zusammenfassung und Bewertung	228
5. Vorläufiger Schlusspunkt: EuGH-Entscheidungen zur Kumulation von Krankheit und unterlassener Urlaubsinitiative	229
V. Fortbestand der finanziellen Vergütung im Todesfall: Ausbrechen des EuGH aus der selbst konzipierten Dogmatik?	231
1. Rechtssache Bollacke: Tod als Beendigungstatbestand für das Arbeitsverhältnis	231
a) Vorlage des LAG Hamm	232
b) Entscheidung des EuGH: Abgeltung auch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Tod	233
c) Kritik	234
2. Rechtssachen Bauer und Willmeroth: Bestätigung der Rechtsprechung	235
a) Vorlagebeschluss des BAG	235

b)	Kein Erfordernis der erneuten Vorlage	236
c)	Urteil des EuGH: Bestätigung der Grundsätze aus der Rechtssache Bollacke	237
d)	Erstmalige Statuierung der unmittelbaren Geltung von Art. 31 Abs. 2 GRCh im Privatrechtsverhältnis	239
e)	Implizite Aussage für den bereits entstandenen Abgeltungsanspruch	240
f)	Kritik: Kompetenzielle Bedenken	241
D.	Umfang des Urlaubsanspruchs im Unionsrecht	241
I.	Keine konkreten Berechnungsvorgaben für die Mitgliedstaaten	242
II.	Auswirkungen von Änderungen des Beschäftigungsumfangs	242
1.	Verbot der Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter	243
2.	Rechtsprechung des EuGH	243
a)	Rechtssache Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols („Tirol“)	244
aa)	Urlaubsanspruch als erworbenes Wertguthaben	245
bb)	Bedeutung des Erwerbs des Urlaubsanspruchs	248
b)	Rechtssache Heimann und Toltschin	249
aa)	Inhalt der Entscheidung	250
bb)	Auswirkungen auf das Urlaubsentgelt	250
c)	Rechtssache Brandes	251
aa)	Inhalt der Entscheidung	251
bb)	Rezeption	252
d)	Rechtssache Greenfield: Übertragung der Grundsätze auf Erhöhungen des Beschäftigungsumfangs	253
e)	Kurzarbeit und Urlaubsentgelt: Rechtssache Hein als Schlusspunkt	254
3.	Zusammenfassung: Unionsrechtliche Dogmatik zu den Auswirkungen von Änderungen des Beschäftigungsumfangs auf den Urlaubsanspruch	255
a)	Erster Schritt: Getrennte Betrachtung der Zeitabschnitte für den Urlaubserwerb	255
b)	Zweiter Schritt: Maßgeblichkeit des Beschäftigungsumfangs im Erwerbszeitraum für die Urlaubsgewährung	255
c)	Stellungnahme	256

E. Folgerungen: Voraussetzungslosigkeit des Anspruchs auch im Unionsrecht?	257
I. Ausgangspunkt seit der Rechtssache BECTU: Grundsätzlich keine weiteren Voraussetzungen	257
II. Teleologische Reduktion für freiwillige Arbeitsunterbrechung: Rechtssache Dicu	258
1. EuGH: Keine Gleichstellung von Elternzeit und Arbeitszeit	258
2. Stellungnahme: Verstoß des EuGH gegen eigene Konkurrenzgrundsätze	260
III. Prüfstein: Erholungsurlaub nach rechtswidriger Entlassung	262
IV. Zwischenergebnis: Grundsätzliche Voraussetzungslosigkeit des Urlaubsanspruchs	264
F. Zusammenfassung: Rolle der finanziellen Komponente des Urlaubsanspruchs im Unionsrecht	265
 Kapitel 3: Vereinbarkeit des BUrlG mit den unionsrechtlichen Vorgaben für die finanzielle Komponente des Urlaubsanspruchs	 267
A. Unionsrechtskonforme Auslegung und Fortbildung des BUrlG	269
I. Abhängigkeit der Voraussetzungen von der jeweiligen Rechtsquelle	269
1. Primärrechtskonforme Auslegung	269
a) Grundlagen	270
b) Voraussetzungen	271
c) Primärrechtskonforme Auslegung am Maßstab von Art. 31 Abs. 2 GRCh	272
aa) Eigener Ansatz: Rudimentäre Vorgaben des Grundrechts	272
bb) Auf Grundlage der EuGH-Rechtsprechung: Konformauslegung am Maßstab des mit Art. 7 der Richtlinie identischen Art. 31 Abs. 2 GRCh	273
(1) Tauglicher primärrechtlicher Anknüpfungspunkt	273
(2) Materielle Identität mit der richtlinienkonformen Auslegung und Verhältnis der beiden Instrumente zueinander	273

d) Zwischenergebnis	274
2. Richtlinienkonforme Auslegung	275
a) Grundlagen	275
aa) Unionsrechtliche Grundlagen	275
bb) Grundlagen im nationalen Recht	277
(1) Konkreter Umsetzungswille	277
(2) Genereller Umsetzungswille als bloße Fiktion	278
b) Voraussetzungen und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung	280
aa) Mehrere mögliche Auslegungsergebnisse im nationalen Recht	280
bb) Unmaßgeblichkeit des gesetzgeberischen Willens zur Richtlinienumsetzung	282
cc) Äußerste Grenze: Grundlegende Umstrukturierung der Rechtsnorm	284
dd) Zeitliche Grenze: Ablauf der Umsetzungsfrist	286
3. Unionsrechtskonforme Rechtsfortbildung	287
a) Grundlagen der Rechtsfortbildung	287
aa) Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung	288
bb) Allgemeine Voraussetzungen der Rechtsfortbildung	289
b) Zulässigkeit der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung	291
aa) Engste Auffassung: Generelle Unzulässigkeit der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung	292
bb) Ansatz Herresthals: Gesamtes Unionsrecht als Maßstab der Lückenfeststellung	292
cc) Vermittelnde Auffassung: Innerstaatliche Maßstäbe zur Lückenfeststellung	295
(1) Alte BGH- und aktuelle BAG-Rechtsprechung: Jeder Umsetzungswille des Gesetzgebers hinreichend	295
(2) Jüngste BGH-Rechtsprechung: Keine Rechtsfortbildung bei klarer Sachentscheidung des Gesetzgebers	297
c) Stellungnahme und Zwischenergebnis	298

II. Richtlinienkonforme Rechtsfindung in Bezug auf §§ 1, 3, 7 und 11 BUrlG	299
1. Inhalt des Urlaubsanspruchs: Rückkehr zum Einheitsanspruch?	300
a) BAG-Rechtsprechung: Vermeidung einer klaren Positionierung	301
b) Meinungsbild im Schrifttum	302
c) Stellungnahme und Ergebnis	303
2. Urlaubsansprüche langzeiterkrankter Arbeitnehmer und deren Abgeltung	304
a) LAG Düsseldorf versus BAG: Umsetzung durch richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung?	304
b) Rezeption im Schrifttum und Bewertung	309
c) Zwischenergebnis: Richtlinienkonforme Auslegung scheitert	312
d) Lösung: Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung?	312
aa) BAG: Richtlinienkonforme teleologische Reduktion des § 7 Abs. 3 BUrlG	313
bb) Bewertung der Rechtsfortbildung	313
3. Übertragungszeitraum im Fall der Langzeiterkrankung – Umsetzung der KHS/Schulte-Vorgaben	315
a) BAG: Richtlinienkonforme Auslegung möglich	315
b) Methodische Einordnung und kritische Stellungnahme	317
c) Ergebnis zur richtlinienkonformen Auslegung von § 7 Abs. 3 BUrlG	321
d) Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung zur Etablierung des 15-Monats-Zeitraums	322
e) Jüngste Fortentwicklung der Rechtsprechung: Langzeiterkrankung und unterbliebene Mitwirkung	324
4. Änderungen der Arbeitszeit	325
a) Richtlinienkonforme Auslegung von § 3 Abs. 1 BUrlG	327
b) Richtlinienkonforme Rechtsfindung in Bezug auf § 11 Abs. 1 BUrlG	328
aa) Extensive Auslegung von § 11 Abs. 1 S. 2 und 3 BUrlG	330

bb)	Extensive Auslegung von Satz 1: Zeitfaktor aus dem Erwerbszeitraum	331
cc)	Vorzugswürdig Lösung: Fortbildung von § 11 Abs. 1 BUrlG beim veränderten Beschäftigungsumfang	333
dd)	Kurzarbeit: § 11 Abs. 1 S. 3 BUrlG richtlinienkonform	334
ee)	Ergebnis	335
5.	Urlaubsinitiative durch den Arbeitgeber – richtlinienkonforme Auslegung von § 7 BUrlG	335
a)	Meinungsbild im Schrifttum: Konformauslegung für möglich gehalten	336
b)	Ansatz des BAG: Mitwirkungsobliegenheit	336
c)	Kritik: Umstrukturierung der Norm und verfehlte Normzweckbeschreibung	338
d)	Alternativer Lösungsvorschlag über §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	343
e)	§ 618 BGB als Anknüpfungspunkt	346
f)	Stellungnahme: § 618 Abs. 1 BGB als methodengerechtes Einfallstor für die unionsrechtliche Arbeitsschutzdimension	349
g)	Ergebnis	350
6.	Zeitliche Begrenzung des Vermögenswertes des Urlaubsanspruchs	351
a)	Rückwirkung der Mitwirkungsobliegenheit	351
b)	Verjährung des entfristeten Anspruchs nach nationalem Recht	353
aa)	Fristenregime als lex specialis zu Verjährungsvorschriften	353
bb)	Kritik: Verjährungsvorschriften keine leges speciales	354
cc)	Verschmelzung mit neu entstehendem Urlaubsanspruch	356
dd)	Denkbarer Ansatz: Verjährungsbeginn nicht vor Ablauf von 15 Monaten	357
ee)	BAG-Vorlage an den EuGH zur Klärung der zeitlichen Grenzen	358

ff) EuGH: Verjährung des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub nur bei Mitwirkung	358
gg) Umsetzung durch das BAG: Begrenzung auf den primären Urlaubsanspruch	360
7. Vererblichkeit des entstandenen Abgeltungsanspruchs – richtlinienkonforme Auslegung von § 7 Abs. 4 BUrlG	362
a) Rechtsprechung des BAG 1968: Urlaubsabgeltung als „reiner Geldanspruch“	362
b) Reaktion der Rechtsprechung	363
c) Stellungnahme und Ergebnis	363
8. Entstehen eines vererblichen Anspruchs bei Beendigung durch Tod	364
a) Vereinbarkeit mit § 1922 BGB	365
b) § 7 Abs. 4 BUrlG: Konstruktives Problem der weggefallenen Rechtsfähigkeit des Arbeitnehmers	365
c) Schrifttum: Richtlinienkonforme Auslegung möglich	366
d) Originärer Anspruchserwerb der Erben	367
e) Einsatz einer juristischen Sekunde	368
f) Anwartschaft des Erblassers auf Urlaubsabgeltung, die mit dem Tod zum Vollrecht erstarkt und vererbt wird	370
g) BAG-Urteile v. 22.1.2019: Richtlinienkonforme Auslegung möglich	372
h) Kritik und Stellungnahme	375
i) Stellungnahme und Ergebnis zur richtlinienkonformen Auslegung von § 7 Abs. 4 BUrlG	377
III. Zwischenergebnis	377
B. Ergebnis zur unionsrechtskonformen Rechtsfindung	378
Kapitel 4: Vorschlag zur Neuregelung	381
A. Neufassung von § 7 Abs. 3 BUrlG in Bezug auf den Übertragungszeitraum bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit	382
B. Neufassung des § 7 Abs. 4 BUrlG in Bezug auf Verfall und Mitwirkungsobliegenheit	382
C. Neufassung des § 7 Abs. 4 BUrlG in Bezug auf Abgeltung bei Tod des Arbeitnehmers	383

D. Neufassung des § 11 Abs. 1 BUrlG in Bezug auf Veränderungen des Beschäftigungsumfangs	383
Die wesentlichen Ergebnisse in Thesen	385
Literaturverzeichnis	389



## Einleitung und Zielsetzung der Arbeit

Wie kaum ein anderes Rechtsgebiet war das deutsche Urlaubsrecht in der jüngeren Vergangenheit, maßgeblich seit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Schultz-Hoff<sup>1</sup> im Jahr 2009, gravierenden Änderungen aufgrund des Einflusses des Unionsrechts unterworfen. Diese bis dahin weitgehend ignorierte Einwirkung auf das deutsche Urlaubsrecht kam in diversen Folgeentscheidungen des EuGH überdeutlich zum Ausdruck, bewirkte ganze Systemwechsel und warf Grundsätze um, an deren Bestehen niemand mehr ernsthafte Zweifel gehegt hatte. Beispielhaft sei die sukzessive Aufgabe der seit 1984 höchstrichterlich etablierten und bis dato akzeptierten Surrogatstheorie<sup>2</sup> angeführt, zu der sich das BAG infolge der EuGH-Rechtsprechung zur Urlaubsabgeltung genötigt sah.<sup>3</sup> Das Urlaubsrecht dient deshalb als eines der plakativsten Beispiele für den Einfluss des Unionsrechts auf die nationale Arbeitsrechtsordnung.

Beim Vergleich der urlaubsrechtlichen Entscheidungen des EuGH mit der deutschen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur ist augenfällig, dass der jeweiligen Entscheidungsfindung grundverschiedene Prämissen zugrunde liegen. Das jahrzehntelang gewachsene, herrschende deutsche Verständnis fasste den Urlaubsanspruch bis zuletzt als privatrechtlichen Anspruch auf Freistellung unter Fortzahlung der Vergütung<sup>4</sup> und damit als Ausnahme von § 326 Abs. 1 S. 1 BGB auf. Dieses Verständnis steht auf dem Prüfstand, weil der EuGH in nahezu jeder urlaubsrechtlichen Entscheidung betont, dass Urlaubsgewährung und Zahlung der Urlaubsvergütung zwei Aspekte eines einheitlichen Anspruchs darstellen.<sup>5</sup>

---

1 EuGH v. 20.1.2009 – verb. Rs. C-350/06 und C-520/06 (Schultz-Hoff und Stringer), NZA 2009, 135.

2 BAG v. 28.6.1984 – 6 AZR 521/81, NZA 1985, 156.

3 BAG v. 19.6.2012 – 9 AZR 652/10, NZA 2012, 1087 (vollständige Aufgabe der Surrogatstheorie); v. 9.8.2011 – 9 AZR 365/10, NZA 2011, 1421 (partielle Aufgabe der Surrogatstheorie).

4 Ständige Rspr. seit BAG v. 13.5.1982 – 6 AZR 360/80, AP BUrlG § 7 Übertragung Nr. 4.

5 So zuletzt EuGH v. 25.6.2020 – verb. Rs. C-762/18 und C-37/19 (QH und CV), NZA 2020, 1001, Rn. 83; erstmals EuGH v. 16.3.2006 – verb. Rs. C-131/04 und C-257/04 (Robinson-Steele und Clarke), NZA 2006, 481, Rn. 58.

Die ebenso häufig zu findende Klassifizierung des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub als ein „besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Union“<sup>6</sup> verwundert den deutschen Juristen, der das Urlaubsrecht reflexhaft zivilrechtlich – genauer arbeitsrechtlich und vor allem anspruchsbefugten – verortet. Bereits dieser erste, oberflächliche Blick macht schon terminologisch die Differenzen zwischen dem deutschen und dem unionsrechtlichen Urlaubsverständnis greifbar.

Während zur Freistellungskomponente des Urlaubsanspruchs die drängendsten Fragen bereits beantwortet sind, widmet sich diese Arbeit der Untersuchung der finanziellen Komponente des Urlaubsanspruchs. Sowohl die deutsche als auch die Unionsrechtsordnung gewährleisten einen Anspruch auf *bezahlten* Jahresurlaub. Im deutschen Recht geschieht dies einfachgesetzlich durch §1 BUrlG, im Unionsrecht primärrechtlich durch Art. 31 Abs. 2 der GRCh sowie sekundärrechtlich durch Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie (RL 2003/88/EG<sup>7</sup>).

Die wirtschaftliche Bedeutung des Urlaubs spiegelt sich vor allem in der Berechnung ebendieser „Bezahlung“, also des Urlaubsentgelts, wider und wird oft erst bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses virulent, wenn die Abgeltung nicht genommenen Urlaubs verlangt wird. Dort löst sich die vorher bestehende Verknüpfung von Freistellung und deren Bezahlung auf.

Das erste Kapitel der Arbeit legt den Fokus daher auf die zivilrechtlichen Charakteristika des Urlaubsentgelts und des Urlaubsabgeltungsanspruchs auf der Grundlage des BUrlG, zunächst jedoch ohne Einbeziehung des unionsrechtlichen Einflusses. Hier wird das über Jahrzehnte dominierende deutsche Verständnis des Urlaubsanspruchs und der damit unmittelbar verbundenen Komponenten des Urlaubsentgelts und der Urlaubsabgeltung analysiert. Ein besonderes Augenmerk liegt auf den Auswirkungen von Änderungen der Arbeitszeit auf diese beiden Komponenten sowie auf der Frage, welche Rechtsfolgen der Tod des Arbeitnehmers hinsichtlich nicht erfüllter Urlaubsansprüche zeitigt, denn diese Fragen bewirken die größten Konflikte mit dem Unionsrecht.

Im zweiten Kapitel wird das unionsrechtliche Urlaubsverständnis auf Grundlage von Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie analysiert. Der Fokus soll hier in einer spiegelbildlichen Gegenüberstellung der drei wichtigsten

---

6 Zuletzt EuGH v. 25.6.2020 – verb. Rs. C-762/18 und C-37/19 (QH und CV), NZA 2020, 1001, Rn. 53; erstmals zur wortlautgleichen Vorgängervorschrift EuGH v. 26.6.2001 – C-173/99 (BECTU), NZA 2001, 827, Rn. 43.

7 Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. v. 18.11.2003, L 299 S. 9.

Teilaspekte liegen, die die Divergenz zum althergebrachten deutschen Verständnis am deutlichsten gemacht und die größten Konflikte hervorgerufen haben: Der wirtschaftliche Wert des Urlaubsanspruchs im Unionsrecht kommt am deutlichsten in Konstellationen bereits erworbener Urlaubsansprüche zum Ausdruck, die dem Arbeitnehmer nach der EuGH-Rechtsprechung nicht nachträglich entzogen werden dürfen – etwa durch eine Umrechnung des erworbenen Anspruchs nach einer Änderung der Arbeitszeit. Ebenso verdeutlichen den wirtschaftlichen Wert des Urlaubs jene Bestrebungen des EuGH, die eine größtmögliche finanzielle Wirksamkeit des Urlaubsanspruchs gewährleisten sollen. Exemplarisch steht dafür die Rechtsprechung, die einen Untergang des Anspruchs auf finanzielle Vergütung des Urlaubs verneint, wenn ein Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers beendet wird. Die Integration dieser Rechtsprechung in die arbeitsschutzrechtliche Gesamtkonzeption liegt nicht auf der Hand und führt zu näher zu untersuchenden Brüchen. Schließlich ist das unionsrechtliche Verständnis des Urlaubs in Abhängigkeit von einer Initiative des Arbeitgebers zu untersuchen, das die Einordnung als privatrechtlichen Anspruch im Sinne des § 194 Abs. 1 BGB nach deutschem Recht in Frage stellt. Anhand der Rechtsprechungslinien des EuGH sollen die wesentlichen Differenzen zum deutschen Urlaubsverständnis herausgestellt und der Versuch unternommen werden, anhand dieser richtlinienkonkretisierenden Rechtsprechung eine Dogmatik des Urlaubsrechts der europäischen Union zu entwickeln.

Zusätzlich verkompliziert wird die Rechtslage noch durch das Unionsgrundrecht auf bezahlten Jahresurlaub nach Art. 31 Abs. 2 GRCh, dessen Einfluss auf nationale Rechtsvorschriften noch weitgehend ungeklärt ist und erst jüngst erste Konturierungen durch Urteile des EuGH erfahren hat. Welche konkreten Vorgaben die Charta den nationalen Rechtsordnungen auferlegt, geht das zweite Kapitel ebenfalls nach.

Das dritte Kapitel widmet sich der Frage, ob die unionsrechtliche Urlaubsrechtsdogmatik ohne Gesetzesänderung auf Grundlage des geltenden BUrLG in deutsches Recht transformiert werden kann. Die Umwälzungen der letzten Jahre auf nationaler Ebene beruhen ausschließlich auf Judikaten des EuGH, die die mitgliedstaatliche Gerichtsbarkeit umzusetzen hatte. Der Gesetzgeber sah keine Änderungen veranlasst und ließ die wesentlichen Vorschriften des BUrLG seit dessen Inkrafttreten 1963 unverändert. Damit wird die Frage nach den Voraussetzungen und nach den Grenzen der unionsrechtskonformen Auslegung aufgeworfen. Sie wird durch die vom Unionsrecht divergierenden und den deutschen Rechtsvorschriften implizit

beigelegten Grundverständnisse zur wirtschaftlichen Komponente des Urlaubsanspruchs nochmals verschärft. Damit lautet die zu beantwortende Frage, ob die Vorgaben des Unionsrechts im Wege der Auslegung eines Gesetzes mit einer stark divergierenden Zweckrichtung umgesetzt werden können. Zur Diskussion steht ein Wechsel der gesetzlichen Konzeption ausschließlich durch Richterrecht und ohne einen einzigen Federstrich des Gesetzgebers.

Abschließend soll der Versuch unternommen werden, die unionsrechtlichen Vorgaben in Bezug auf den finanziellen Aspekt des Urlaubsanspruchs in einem Regelungsentwurf der dafür wesentlichen Vorschriften des BUrlG umzusetzen, aus dem auch ohne detaillierte Kenntnisse der EuGH-Rechtsprechung die Rechtslage deutlich hervorgeht.

# Kapitel 1: Die finanzielle Komponente des Urlaubsanspruchs im deutschen Recht

Gegenstand des ersten Kapitels ist der Urlaubsanspruch nach deutschem Recht. Im Folgenden wird er einer eingehenden Analyse hinsichtlich seiner finanziellen Komponente unterzogen. Besonders die Rechtsprechung zu den eingangs genannten ausgewählten Problemkomplexen des veränderten Beschäftigungsumfangs und der Urlaubsabgeltung beim Tod des Arbeitnehmers steht im Fokus.

## *A. Der Urlaubsanspruch im deutschen Recht*

Für ein umfassendes Verständnis noch heute relevanter und normierter Grundsätze des Urlaubsrechts ist zunächst ein kurzer Abriss der historischen Entwicklung des Urlaubsrechts erforderlich, bevor auf die Voraussetzungen des primären Urlaubsanspruchs und den wirtschaftlichen Kern – das Urlaubsentgelt in seinen verschiedenen Erscheinungsformen – auf Grundlage des BUrlG eingegangen werden kann.

### I. Historische Grundlagen

#### 1. Kaiserreich und Weimarer Republik: Lediglich tarifliche Urlaubsansprüche

Eine gesetzliche Regelung des Urlaubs fand sich auf deutschem Boden erstmals im Beamtenrecht. § 14 des Reichsbeamtengesetzes vom 31.3.1873 ermächtigte den Kaiser, Vorschriften über den Urlaub der Reichsbeamten zu erlassen.<sup>8</sup> Die darauf basierende kaiserliche Verordnung vom 2.11.1874 eröffnete den Beamten die Möglichkeit, Erholungsurlaub zu beantragen. Zwar handelte es sich um kein subjektives Recht des einzelnen Beamten,<sup>9</sup> jedoch war nach § 6 der Verordnung im Falle der Urlaubsgewährung

---

<sup>8</sup> RGBl. I 1874, S. 61.

<sup>9</sup> Vgl. *Ihmels*, Das Recht auf Urlaub, S. 6; *Leinemann/Linck*, Einleitung Rn. 7; *Neumann/Fenski/Kühn/Neumann*, BUrlG, Einl. Rn. 1.

durch den Dienstherrn bereits das Dienst Einkommen in der üblichen Höhe fortzuzahlen, sofern der Urlaub  $1\frac{1}{2}$  Monate nicht überstieg. Diese Fortzahlungspflicht schuf für die Reichsbeamten eine realistische Möglichkeit, tatsächlich Urlaub zu nehmen, ohne den Anspruch auf Zahlung des Dienst Einkommens zu verlieren und infolge des Verdienstausfalls den Lebensunterhalt nicht mehr bestreiten zu können.

Außerhalb des Beamtentums ließen gesetzliche Regelungen jedoch deutlich länger auf sich warten. Bezahlter Urlaub wurde im Kaiserreich nur auf der Grundlage arbeitsvertraglicher Vereinbarungen oder kollektiver Arbeitsordnungen gewährt.<sup>10</sup> Gesetzliche Urlaubsansprüche der Arbeiter und Angestellten gab es nicht.

Nach dem Ersten Weltkrieg wurden Urlaubsansprüche vor allem tarifvertraglich vereinbart. 1928 hatten bereits 95,3 % aller Tarifbeschäftigten Anspruch auf Urlaub.<sup>11</sup> Gesetzliche Regelungen fehlten aber auch in der Weimarer Republik weiterhin.

## 2. Nachkriegszeit: Rechtszersplitterung bis zur Klärung der Kompetenzen

In der Nachkriegszeit erließen zunächst die Länder eigene Urlaubsgesetze, bis schließlich nahezu alle Länder über eigene Urlaubsgesetze verfügten.<sup>12</sup> 1953 bemängelte der Deutsche Arbeitsgerichtsverband diesen Zustand und befürwortete eine bundeseinheitliche gesetzliche Regelung des Urlaubs.<sup>13</sup> Namhafte Literaturstimmen gingen zudem davon aus, dass aufgrund der Gesamtkodifikation des Zivilrechts nach Art. 3, 55, 218 EGBGB durch das BGB die Ländergesetze kompetenzwidrig erlassen worden seien:<sup>14</sup> Fasste man urlaubsrechtliche Normen als privatrechtliche Vorschriften auf, entfaltete das BGB aufgrund von Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 GG eine Sperrwirkung zu Lasten eigener Regelungen der Länder. Diesen kompetenzrechtlichen Bedenken schloss sich das BAG<sup>15</sup> an und legte dem BVerfG

---

10 Vgl. *Leinemann/Linck*, Einleitung Rn. 8; *Neumann/Fenski/Kühn/Neumann*, BUrLG, Einl. Rn. 1f.

11 *Dissinger*, Die Regelung des Urlaubs, S. 12; *Ihmels*, Das Recht auf Urlaub, S. 19.

12 *Ihmels*, Das Recht auf Urlaub, S. 57 f.; *Neumann/Fenski/Kühn/Neumann*, BUrLG, Einl. Rn. 13.

13 *Hoffmann*, RdA 1953, 314 (315).

14 *Nipperdey*, NJW 1951, 897 (900); *Wiese*, RdA 1957, 81 (85).

15 BAG v. 26.10.1955 – 1 AZR 23/55, 1 AZR 295/55, 1 AZR 376/55, AP UrlaubsG Hbg. § 1 Nr. 1.

nach Art. 100 GG drei Landesurlaubsgesetze vor. Das BVerfG verneinte jedoch einen Kompetenzverstoß<sup>16</sup> mit der Begründung, dass das Arbeitsrecht eine eigenständige, neben dem bürgerlichen Recht stehende Regelungsmaterie darstelle, die nicht vom Kodifikationsprinzip des Art. 55 EGBGB erfasst werde.<sup>17</sup> Damit war lediglich entschieden, dass nicht bereits die Existenz des BGB als abschließende Kodifikation des Zivilrechts landesrechtliche Regelungen verbietet. Eine bundesgesetzliche Urlaubsregelung auf Grundlage der konkurrierenden Gesetzgebung für das Arbeitsrecht nach Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 12 GG mit Sperrwirkung für entsprechende Landesgesetze war ohne Weiteres möglich.

### 3. Die Entstehung des BUrlG

Einen solchen Entwurf einer bundesgesetzlichen Regelung des Mindesturlaubs für Arbeitnehmer brachte die SPD-Fraktion erstmals am 11.11.1959 in den Bundestag ein.<sup>18</sup> Mit dem Ende der Legislaturperiode wurde er jedoch infolge des Diskontinuitätsgrundsatzes gegenstandslos.<sup>19</sup> In der folgenden Legislaturperiode wurde der im Wesentlichen unveränderte Gesetzesentwurf erneut eingebracht<sup>20</sup> und von Bundestag und Bundesrat beschlossen und trat am 1.1.1963 in Kraft (§ 16 BUrlG). Die zentralen Vorschriften des BUrlG sind bis heute unverändert geblieben.<sup>21</sup> Die wesentlichen materiellen Änderungen des deutschen Urlaubsrechts seit Inkrafttreten des BUrlG beruhen auf Rechtsprechungsänderungen, deren Verlauf im Laufe dieser Arbeit noch ausführlich nachzuzeichnen ist.

---

16 BVerfG v. 22.4.1958 – 2 BvL 32/56, 2 BvL 34/56, 2 BvL 35/56, NJW 1958, 1179; zur Kritik aus dem Schrifttum siehe Hueck/Nipperdey, Bd. I, S. 434; Bötticher, RdA 1958, S. 361 ff.

17 BVerfG v. 22.4.1958 – 2 BvL 32/56, 2 BvL 34/56, 2 BvL 35/56, NJW 1958, 1179 (1180).

18 BT-Drs. III/1376.

19 Vgl. Neumann/Fenski/Kühn/Neumann, BUrlG, Einleitung Rn. 29.

20 BT-Drs. IV/142.

21 Ein Überblick über die Änderungen randständiger Vorschriften findet sich bei Neumann/Fenski/Kühn/Neumann, BUrlG, Einl. Rn. 45 ff.

#### 4. Das ILO-Übereinkommen Nr. 132: Anfänge eines Mehrebenensystems im Urlaubsrecht

Am 10.5.1975 ratifizierte die Bundesrepublik Deutschland das von der Allgemeinen Konferenz der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) angenommene Übereinkommen über den bezahlten Jahresurlaub<sup>22</sup>. Durch die Ratifikation gem. Art. 59 Abs. 2 S.1 GG erlangte das Übereinkommen den Rang eines Bundesgesetzes<sup>23</sup> und begründete die Verpflichtung des Gesetzgebers, die Bestimmungen des Übereinkommens zu erfüllen.<sup>24</sup> Die Ratifikation des Übereinkommens etablierte somit erstmals einen zwar vollständig selbstbestimmten, inhaltlich aber von außen vorgegebenen Einfluss auf das deutsche Urlaubsrecht, sodass erstmals von einem Mehrebenensystem gesprochen werden konnte.<sup>25</sup> Von den Schwierigkeiten, die das Mehrebenensystem des Unionsrechts später bereiten sollte, konnte natürlich noch nicht die Rede sein, setzte der Gesetzgeber die Maßgaben des Übereinkommens doch zügig durch einige wenige Änderungen des BUrlG um. Außerdem waren und sind im Gegensatz zur EU die entsprechenden Verfahren der ILO zur Klärung der Konformität des nationalen Rechts mit dem Übereinkommen schwach ausgestaltet.<sup>26</sup>

Die materiell-rechtlichen Änderungen, die auf das Übereinkommen zurückzuführen waren, führten vor allem zur Erhöhung des Mindesturlaubsanspruchs, der gem. Art. 3 Nr. 3 des Übereinkommens nicht weniger als drei Arbeitswochen für ein Dienstjahr betragen durfte. Der von § 3 Abs. 1 BUrlG gewährleistete Mindesturlaub wurde daher von 15 auf 18 Tage (auf Grundlage der Sechstageswoche) erhöht.<sup>27</sup> Außerdem wurde § 7 Abs. 2 BUrlG um einen Satz 2 ergänzt, um den Vorgaben des Übereinkommens über den zusammenhängenden Erholungsurlaub gerecht zu werden.<sup>28</sup>

---

22 BGBl. II 1975, Nr. 32, S. 745; im Folgenden: ILO-Übereinkommen Nr. 132; zur Tätigkeit der ILO als Normsetzer und -überwacher grundlegend *Wisskirchen*, ZfA 2003, 691.

23 Vgl. nur *Jarass/Pieroth/Jarass*, Art. 59 GG Rn. 19; vgl. *Wisskirchen*, ZfA 2003, 691 (697).

24 Vgl. *Däuber/Arbeitskampfrecht/Lörcher*, § 10 Rn. 12; *Leinemann/Linck*, Einleitung Rn. 41 f.

25 Die sehr umstrittene Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit sei hier aufgrund der vollständigen Umsetzung des Übereinkommens im BUrlG ausgeblendet; vgl. zur Thematik *Däuber/Arbeitskampfrecht/Lörcher*, § 10 Rn. 14; *Ende*, AuR 1998, 270.

26 Vgl. *Wisskirchen*, ZfA 2003, 691 (708 ff.).

27 BGBl. II 1974, Nr. 119, S. 2879; zur Begründung siehe BT-Drs. 7/975, S. 11; 21 f.

28 BGBl. II 1974, Nr. 119, S. 2879.

Der deutsche Gesetzgeber sah sich durch das ILO-Übereinkommen erstmals mit der Verpflichtung konfrontiert, ein dem ratifizierten internationalen Standard entsprechendes Urlaubsrecht zu schaffen – ein Ideal, dem im späteren und deutlich komplexeren Mehrebenensystem nur noch schwer nachzukommen sein würde.

## II. Die Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs

Im folgenden Abschnitt sind nun die Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs nach dem BUrlG herauszuarbeiten.

### 1. Anwendungsbereich: Arbeitnehmereigenschaft

Der Urlaubsanspruch steht nach § 1 BUrlG jedem Arbeitnehmer zu. § 2 S. 1 BUrlG definiert den Begriff für das BUrlG näher und stellt klar, dass Arbeiter und Angestellte sowie zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte erfasst sind. Demnach ist einzige Voraussetzung für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des BUrlG das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses im Sinne des § 611a BGB oder eines Berufsausbildungsverhältnisses im Sinne von § 10 Abs. 1 BBiG.<sup>29</sup> Auf die konkrete Form des Arbeitsverhältnisses kommt es nicht an: Auch befristet und in Teilzeit Beschäftigten steht der Urlaubsanspruch zu.<sup>30</sup> § 2 S. 2 1. Hs. BUrlG fingiert zudem die Arbeitnehmereigenschaft arbeitnehmerähnlicher Personen. Ergänzend kann zur rudimentären Beschreibung der arbeitnehmerähnlichen Person in § 2 S. 2 BUrlG auf die Kriterien in § 12a TVG zurückgegriffen werden.<sup>31</sup> Der zweite Halbsatz verweist für in Heimarbeit Beschäftigte auf die detaillierte Sondervorschrift des § 12 BUrlG.

---

29 Ständige BAG-Rechtsprechung, vgl. BAG v. 7.8.2012 – 9 AZR 353/10, NZA 2012, 1216, Rn. 8 m.w.N.; ErfK/*Gallner*, § 1 BUrlG Rn. 15, § 2 Rn. 1 ff; HWK/*Schinz*, § 2 BUrlG Rn. 2 ff.

30 BAG v. 19.1.1993 – 9 AZR 53/92, NZA 1993, 988 (989); ErfK/*Gallner*, § 1 BUrlG Rn. 15 f.

31 ErfK/*Gallner*, § 2 BUrlG Rn. 2.

## 2. Erfüllen der Wartezeit als Voraussetzung für den Erwerb des vollen Urlaubsanspruchs

Neben dem Bestehen eines Arbeitsverhältnisses setzt § 4 BUrlG für den Erwerb des vollen Urlaubsanspruchs in Höhe von 24 Werktagen voraus, dass das Arbeitsverhältnis bereits sechs Monate besteht. Bei dieser Wartezeit handelt es sich um einen zentralen Grundsatz der Urlaubsrechts, der darauf beruht, dass innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses die Beziehungen der Vertragsparteien noch nicht derartig verfestigt sind, dass eine Freistellung in vollem Umfang verlangt werden kann.<sup>32</sup> Dieser Gedanke findet sich ebenso in § 3 Abs. 3 EFZG, der die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall erst nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses gewährt.<sup>33</sup>

## 3. Anteiliger Urlaubsanspruch vor Erfüllung der Wartezeit

Auch vor Ablauf der sechsmonatigen Wartezeit ist dem Arbeitnehmer nicht jede Möglichkeit, Urlaub zu nehmen, verwehrt, da § 5 Abs. 1 BUrlG einen anteiligen Urlaubsanspruch von  $\frac{1}{12}$  für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses in drei Konstellationen zuerkennt.

Buchstabe a betrifft mit Zeiten eines Kalenderjahres, für die der Arbeitnehmer wegen Nichterfüllung der Wartezeit noch keinen vollen Urlaubsanspruch erwerben konnte, den häufigsten der drei Fallvarianten, da er alle Arbeitsverhältnisse erfasst, die in der zweiten Jahreshälfte ab dem 1.6. beginnen. Buchstabe b nimmt auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses Bezug, bevor die Wartezeit erfüllt wurde. Dies kann nur im ersten Jahr des Arbeitsverhältnisses der Fall sein, weil nach Ablauf der Wartezeit stets zum 1. Januar ein neuer Urlaubsanspruch im vollen Umfang entsteht.<sup>34</sup> Die dritte Konstellation (Buchstabe c) bestimmt für ein Ausscheiden in der ersten Hälfte des Kalenderjahres, aber nach Erfüllen der Wartezeit, dass ebenfalls ein anteiliger Urlaubsanspruch nach § 5 Abs. 1 i. Hs. BUrlG

---

32 Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 251; ErfK/Gallner, § 4 BUrlG Rn. 1; Neumann/Fenski/Kühn/Neumann, § 4 BUrlG Rn. 1.

33 Zur Ratio dieser Wartezeit siehe BT-Drs. 13/4612, S. 11: Verringerung der Kostenlast für Arbeitgeber sowie stärkere Betonung des Prinzips von Leistung und Gegenleistung.

34 Vgl. Powietzka/Rolf/Rolf, § 5 BUrlG Rn. 2.

besteht. Terminologisch ist das Gesetz hier ungenau:<sup>35</sup> Wenn der Arbeitnehmer die Wartezeit erfüllt hat, erwirbt er zu Beginn des neuen Kalenderjahres den vollen Urlaubsanspruch. Scheidet er nun in der ersten Hälfte ebendieses Kalenderjahres aus, so wird der erworbene volle Anspruch von 24 Tagen Urlaub nachträglich und anteilig nach der Zeit des Bestehens des Arbeitsverhältnisses im betreffenden Kalenderjahr gekürzt. § 5 Abs. 3 BUrlG stellt klar, dass eine solche nachträgliche Kürzung des Urlaubsanspruchs keinerlei Einfluss auf das bereits gezahlte Urlaubsentgelt hat, das über den nunmehr gekürzten Urlaubsanspruch hinausgeht. Dogmatisch handelt es sich bei § 5 Abs. 3 BUrlG um eine Konditionssperre für den Anspruch des Arbeitgebers aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB.<sup>36</sup> Zwar ist durch die Kürzung des Urlaubsanspruchs der rechtliche Grund für die Zahlung des Urlaubsentgelts in voller Höhe nachträglich weggefallen und die Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs sind grundsätzlich gegeben. Die Rückforderung sperrt § 5 Abs. 3 BUrlG, der den Schutz des Arbeitnehmers bezweckt, der urlaubsbedingt nicht gearbeitet hat und im Falle der Rückzahlung für diese Zeit ganz ohne Entgelt verbliebe.<sup>37</sup> Zusätzlich erspart die Vorschrift dem Arbeitnehmer, sich auf den Einwand der Entreicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB berufen zu müssen,<sup>38</sup> was ihm vor allem im Prozess erhebliche Schwierigkeiten bereiten könnte. Die Vorschrift ist deswegen nur anwendbar, wenn der Urlaub bereits genommen und das Urlaubsentgelt gem. § 11 BUrlG bereits ausgezahlt worden ist. Nach dem Wortlaut, aber auch nach dem Zweck der Vorschrift kann daher eine vom Arbeitgeber bereits erteilte Freistellung kondiziert werden, wenn der Urlaub noch nicht angetreten worden ist und vorher die Kürzung gem. § 5 Abs. 1 Buchstabe c BUrlG eintritt.<sup>39</sup> In diese Systematik fügt sich § 6 Abs. 1 BUrlG ein, der Doppelansprüche ausschließt, indem bereits gewährte Urlaubstage auch im neuen Arbeitsverhältnis anzurechnen sind und ein Urlaubsanspruch gegen den neuen Arbeitgeber insoweit nicht besteht.

Dieses ausdifferenzierte System der anteiligen oder gekürzten Urlaubsansprüche ermöglicht eine gerechte und widerspruchsfreie Ausgestaltung

---

35 ErfK/*Gallner*; § 5 BUrlG Rn. 15; Hohmeister/*Oppermann/Hohmeister*, § 5 BUrlG Rn. 59; Powietzka/*Rolf/Rolf*, § 5 BUrlG Rn. 2.

36 A.A. BAG v. 24.10.2000 – 9 AZR 610/99, NZA 2001, 663 (664), wo § 812 Abs. 1 S. 1 BGB als Anspruchsgrundlage benannt wird.

37 BAG v. 24.10.2000 – 9 AZR 610/99, NZA 2001, 663 (665).

38 BAG v. 24.10.2000 – 9 AZR 610/99, NZA 2001, 663 (666); v. 23.4.1996 – 9 AZR 317/95, NZA 1997, 265 (266).

39 Vgl. Grobys/*Panzer-Heemeier/Holthaus*, Urlaubsentgelt, Rn. 24.

des Urlaubsanspruchs beim Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis oder beim Wechsel des Arbeitgebers im laufenden Kalenderjahr. Im Hinblick auf den wirtschaftlichen Wert des Urlaubsanspruchs wird bereits durch die Regelung des Teilurlaubs in § 5 BUrlG deutlich, dass eine sukzessive Anknüpfung an den Bestand des Arbeitsverhältnisses möglich ist und auch bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach wenigen Monaten der Anspruch entsprechend erworben wurde. Zwar ist noch kein voller Urlaubsanspruch entstanden, der Teilurlaub aber bereits nach § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten. Zudem zeigt die Konditionssperre aus § 5 Abs. 3 BUrlG, dass bereits ausbezahltes Urlaubsentgelt mindestens funktional an die Stelle des Arbeitslohns tritt. Die Regelung des § 5 Abs. 1 BUrlG belegt die soeben getroffene Aussage, dass das Erfüllen einer Wartezeit keine Voraussetzung für den Erwerb eines Urlaubsanspruchs darstellt.<sup>40</sup> Lediglich für den Erwerb des vollen Urlaubsanspruchs muss das Arbeitsverhältnis gem. § 4 BUrlG sechs Monate bestanden haben.<sup>41</sup>

### III. Rechtsfolgende: Die Dogmatik des Urlaubsanspruchs

Im Folgenden wird die dogmatische Verortung der Rechtsfolge des Urlaubsanspruchs im Arbeitsverhältnis vorgenommen, um die finanzielle Komponente des Urlaubsanspruchs präzise analysieren zu können. Bereits die Antwort auf die Frage nach dem Inhalt des Urlaubsanspruchs ist eine zentrale Weichenstellung für eine Fülle von Folgefragen.<sup>42</sup>

#### 1. Ansätze vor Geltung des BUrlG

Vor Inkrafttreten des BUrlG wurden bereits zahlreiche Versuche unternommen, den Urlaub in das Synallagma des Arbeitsverhältnisses einzuordnen. Einige dieser Ansätze sind für das Verständnis der heute diskutierten Fragen hilfreich und werden im folgenden Abschnitt erläutert.

---

40 Vgl. ErfK/*Gallner*, § 1 BUrlG Rn. 19; vgl. Hohmeister/*Oppermann/Hohmeister*, § 5 BUrlG Rn. 1.

41 ErfK/*Gallner*, § 1 BUrlG Rn. 19.

42 Vgl. nur ErfK/*Gallner*, § 1 BUrlG Rn. 8; *Hackmann*, in: FS Kohte, S. 293 (295 f).

a) Schenkung des Arbeitgebers

Vor Inkrafttreten des BUrlG ging man zunächst von einer Schenkung des Arbeitgebers an seine Arbeitnehmer zur Belohnung guter Arbeitsleistungen aus.<sup>43</sup>

Ungeachtet aller dogmatischen Schwierigkeiten, die Gewährung bezahlter Freizeit als Schenkung im Sinne der §§ 516 ff. BGB zu konstruieren,<sup>44</sup> musste diese Auffassung aufgrund der weit verbreiteten tariflichen Urlaubsansprüche<sup>45</sup> relativ schnell wieder aufgegeben werden. Die Arbeitnehmer waren nicht mehr auf die Gunst des Arbeitgebers angewiesen, sondern hatten einen tarifvertraglichen Anspruch auf Urlaubsgewährung.

b) Erlass der Arbeitsverpflichtung

Einen weiteren Ansatz zur dogmatischen Verortung des Urlaubsanspruchs bot die Konstruktion als Erlass des Arbeitgebers an. Demnach habe der Arbeitgeber zwar grundsätzlich während des ganzen Jahres Anspruch auf Erbringung der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer, doch habe dieser seinerseits Anspruch auf Gewährung arbeitsfreier Zeiten in vereinbartem Umfang, was durch einen Anspruch auf Erlass der Arbeitsverpflichtung im Sinne des § 397 Abs.1 BGB zu konstruieren sei.<sup>46</sup> Inhaltlich sei der Anspruch demnach auf die Abgabe einer Willenserklärung im Rahmen dieses Erlassvertrages gerichtet.<sup>47</sup> Diese Willenserklärung des Arbeitgebers sei entweder die Annahme des Verzichtsangebots durch den Arbeitnehmer in Gestalt eines Urlaubsantrags oder ein eigenes Angebot, das der Arbeitnehmer seinerseits annehmen müsse, damit der Urlaub tatsächlich zustande kommt.<sup>48</sup> Die Vergütung während des Urlaubs sei zudem nicht Teil des

---

43 *Liebrecht*, in: Jahrbuch des Kaufmannsgerichts Berlin 1912, Band 3, S. 55 (60 ff.).

44 Vgl. zu diesen Schwierigkeiten *Renaud*, Die Abgeltung von Urlaubsansprüchen, S. 14; *Rieth*, Der Urlaub im Arbeitsrecht, S. 5.

45 Vgl. *Dissinger*, Die Regelung des Urlaubs, S. 12.

46 Erstmals im Kontext des Entwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzes, das auch einen Mindesturlaubsanspruch vorsah *Kreller*, AcP 125 (1926), 89 (91 f.); *Dissinger*, Die Regelung des Urlaubs, S. 36; *Nikisch*, NZfA 1928, 133 (136 ff.); *ders.*, NZfA 1932, 563 ff.

47 *Nikisch*, NZfA 1928, 133 (136 f.).

48 *Nikisch*, NZfA 1928, 133 (137).

Urlaubsanspruchs, sondern folge aus dem allgemeinen Vergütungsanspruch gem. § 611 Abs. 2 BGB<sup>49</sup> und dem Arbeitsvertrag.

*Nikisch* versuchte mit dieser Konstruktion als erster, den Urlaub dogmatisch stimmig in das schuldrechtliche Austauschverhältnis der Arbeitsvertragsparteien einzuordnen<sup>50</sup> und dabei auch denkbare Leistungsstörungen mit einzubeziehen. Damit sollte den Problemen, die sich bei noch offenen Urlaubsansprüchen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellten, durch eine Einordnung als Unmöglichkeit der Leistung gem. § 275 Abs. 1 BGB begegnet werden.<sup>51</sup> So ging *Nikisch* im Fall der vom Arbeitnehmer schuldhaft veranlassten Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber davon aus, dass der Arbeitnehmer diese Unmöglichkeit zu vertreten habe und seinen Anspruch gem. § 324 BGB a.F. (heute § 326 Abs. 1 S. 1 1. Hs. BGB) verliere. Im umgekehrten Fall der vom Arbeitgeber schuldhaft verursachten Kündigung durch den Arbeitnehmer stünde diesem ein Schadensersatzanspruch gem. § 325 BGB a.F. (heute §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 S. 1 BGB) zu.<sup>52</sup>

Für den Fall der ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses ohne Verschuldensvorwurf an eine der Vertragsparteien wäre der ersatzlose Wegfall des Urlaubsanspruchs nur schwer zu rechtfertigen. Daher sollte dem Arbeitnehmer für diesen Fall eine Abgeltung des Urlaubs gewährt werden, weil dies dem Parteiwillen entspreche. *Nikisch* wollte diese Abgeltung aber ausdrücklich nicht als Sekundäranspruch verstanden wissen, sondern sah darin lediglich eine „andere Form der Erfüllung des ursprünglichen Urlaubsanspruchs“.<sup>53</sup> Der gedankliche Schritt, in der Abgeltung ein Surrogat des Urlaubsanspruchs zu sehen, lag damit bereits 1928 nicht fern.

Wie später zu sehen sein wird, wirkt dieser Versuch einer schuldrechtlichen Einpassung des Urlaubs in das Arbeitsverhältnis durch *Nikisch* vor allem bei Fragen der Leistungsstörung bis in die heutige Rechtsprechung fort.

---

49 Seit dem 1.4.2017 ist § 611a Abs. 2 BGB maßgeblich.

50 Vgl. *Streblov*, Erholungsurlaub trotz Krankheit, S. 9.

51 *Nikisch*, NZfA 1928, 133 (145).

52 *Nikisch*, NZfA 1928, 133 (145).

53 *Nikisch*, NZfA 1928, 133 (149); vgl. *ders.* NZfA 1932, 563 (566).

### c) Urlaub als Entgeltbestandteil

Zeitlich parallel wurde vertreten, dass der Urlaub Bestandteil des Entgelts sei. Durch Arbeitsleistung erwerbe der Arbeitnehmer demnach neben dem Lohnanspruch auch einen Urlaubsanspruch, der ebenso Teil der erarbeiteten Vergütung sein sollte.<sup>54</sup> In den 1920er Jahren war diese Entgelttheorie die herrschende Auffassung<sup>55</sup> und wurde auch in Verbindung mit der Verzichtlehre vertreten. So war für *Nikisch* der Urlaubsanspruch zumindest auch Gegenleistung für die Arbeitsleistung; der Verzicht des Arbeitgebers auf diese Arbeitsleistung war die Form der Erfüllung des erarbeiteten Urlaubsanspruchs.<sup>56</sup> Die Entgelttheorie sah sich erst im Zuge der Umdeutung des Arbeitsverhältnisses zu einem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis Kritik ausgesetzt.

### d) Urlaub als Bestandteil der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

In ebendiesem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis stand nun nicht mehr das den gegenseitigen Vertrag charakterisierende Synallagma im Vordergrund, sondern die Gemeinschaft im Betrieb und die in dieser Gemeinschaft unentbehrlichen Fürsorgepflichten des Arbeitgebers und Treuepflichten des Arbeitnehmers.<sup>57</sup> Nicht nur die Rechtsfolgende, sondern auch den inneren Grund des Urlaubs betreffend wurde aufgrund der randständigen Rolle des Entgelts der Urlaub nun nicht mehr als Entgeltbestandteil angesehen, sondern sollte unmittelbar aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers für das Wohlergehen seiner Arbeitnehmer resultieren.

Die „Rechtserneuerung“ der Nationalsozialisten leistete diesem Verständnis Vorschub. § 2 Abs. 2 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit<sup>58</sup> statuierte ausdrücklich diese Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Nach dieser

---

54 Erstmals *Zunft*, NZfA 1926, 589 (592).

55 RAG v. 13.1.1932 – 422/31, ARS 15, 252; v. 20.5.1931 – 648/30, ARS 12, 94; v. 21.1.1931 – 305/30, ARS 11, 358; v. 26.3.1930 – 64/30, ARS 9, 222; v. 11.1.1930 – 351/21, ARS 8, 280; v. 19.6.1929 – 663/28, ARS 6, 368; v. 13.3.1929 – 476/28, ARS 5, 523; v. 22.12.1928 – 311/28, ARS 5, 75; v. 30.11.1927 – 11/27, ARS 1, 66; vgl. *Dissinger*, Die Regelung des Urlaubs, S. 19; *ders.* NZfA 1926, 595 (596); *Nikisch*, NZfA 1928, 133 (148).

56 Vgl. *Nikisch*, NZfA 1928, 133 (148).

57 Vgl. *Schwerdtner*, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, S. 30

58 RGBl. I 1934, S. 45 ff.

Vorschrift hatte der „Führer“ eines Betriebs für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen. Mit dem nun auch gesetzlich normierten Gemeinschaftsverhältnis fanden die Befürworter des Urlaubs als Ausformung der Fürsorgepflicht zahlreiche Anhänger, bis sich das Reichsarbeitsgericht bei der ersten sich ihm bietenden Gelegenheit im Jahr 1938 ebenfalls dieser Auffassung anschloss.<sup>59</sup> Nach 1945 wurde nur vereinzelt eine Rückkehr zur Entgeltauffassung proklamiert.<sup>60</sup> Trotz der Verknüpfung mit der „Rechterneuerung“ der Nationalsozialisten rückte die Rechtsprechung zunächst nicht davon ab, wenigstens partiell die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers als Ursprung des Urlaubsanspruchs mit anzuführen.<sup>61</sup> Angesichts des grundsätzlichen Festhaltens am personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis durch große Teile der arbeitsrechtlichen Literatur in der Nachkriegszeit<sup>62</sup> verwundert dies nicht. Bis zum Inkrafttreten des BUrlG im Jahr 1963 verlor die Konstruktion des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses aber zunehmend an Anhängern, sodass unter Geltung des BUrlG der daraus abgeleitete Fürsorgegedanke keine namhaften Vertreter mehr auf seiner Seite hatte.<sup>63</sup> Beim Bestehen eines gesetzlich normierten Urlaubsanspruchs war eine Anknüpfung an diese Konstruktion ohnehin nicht mehr erforderlich.

#### e) Einheitsanspruch

Bereits vor Inkrafttreten des BUrlG im Jahr 1963 ging das BAG dazu über, den Urlaubsanspruch als einen Einheitsanspruch aufzufassen, der sich aus den beiden Komponenten Freistellung von der Arbeitspflicht einerseits und Zahlung des Urlaubsentgelts andererseits zusammensetzt.<sup>64</sup>

---

59 RAG v. 16.3.1938 – 254/37, ARS 32, 316 ff.; zur Entwicklung des Urlaubsrechts im Dritten Reich *Ihmels*, Das Recht auf Urlaub, S. 40 ff.

60 Besonders nachdrücklich *Bührig*, AuR 1954, 371 (372).

61 Vgl. BAG v. 3.6.1960 – 1 AZR 251/59, AP § 611 BGB Urlaubsrecht Nr. 73; v. 22.6.1956 – 1 AZR 296/54, AP § 611 Urlaubsrecht Nr. 9.

62 Vgl. *Hueck/Nipperdey*, Bd. I, S. 129; *Nikisch*, Arbeitsrecht, Bd. I, S. 169; *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, S. 25 ff., 36 ff.; ablehnend *Renaud*, Die Abgeltung von Urlaubsansprüchen, S. 28 f.

63 Auch das BAG betont im Urt. v. 13.5.1982 – 6 AZR 360/80, AP BUrlG § 7 Übertragung Nr. 4, dass der Urlaubsanspruch nicht an die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers anknüpfe.

64 Erstmals BAG v. 22.6.1956 – 1 AZR 296/54, NJW 1956, 1533; nachfolgend v. 3.6.1960 – 1 AZR 251/59, Rn. 18 (juris).