

#### Jedes Jahr wieder ein Thema: Urlaub

##### **Anspruchsberechtigte**

Nach § 2 S. 1 BUrlG sind Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten.

Als Arbeitnehmer gelten auch Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind; für den Bereich der Heimarbeit gilt gemäß § 2 S. 2 BUrlG § 12 BUrlG.

##### **Dauer des Urlaubs**

Der Urlaub beträgt gemäß § 3 Abs. 1 BUrlG jährlich mindestens 24 Werktage.

Als Werktage gelten alle Kalendertage, die nicht Sonn- oder gesetzliche Feiertage sind, § 3 Abs. 2 BUrlG.

##### **Umrechnung des Urlaubsanspruchs**

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG (vgl. u.a. Urteil vom 5.9.2002 – 9 AZR 244/01 – AP Nr. 17 zu § 3 BUrlG) bezieht sich der gesetzliche Urlaubsanspruch von 24 Werktagen i.S.d. § 3 Abs. 1 BUrlG auf eine Arbeitszeit von 6 Tagen in der Woche.

Dieser Urlaubsanspruch ist umzurechnen, wenn der Arbeitnehmer an weniger als sechs Tagen in der Woche arbeitet.

Es gelte, so das BAG unter Hinweis auf die Entscheidung des BAG vom 14.2.1991 – 8 AZR 97/90 – folgende Formel:

$\text{tatsächliche Arbeitstage/Woche} \times 24 : 6 = \text{Urlaubsanspruch}$

Arbeitet ein Arbeitnehmer z.B. an 5 Tagen in der Woche, dann ergibt sich ein Urlaubsanspruch von 20 Tagen ( $5 \times 24 : 6$ ).

Im Ergebnis hat dieser Arbeitnehmer ebenso insgesamt vier Wochen Urlaub wie ein Arbeitnehmer mit einer 6-Tage-Woche bei einem Urlaubsanspruch von 24 Tagen.

Das BAG hat in dem angegebenen Urteil vom 5.9.2002 ferner ausgeführt, dass dann, wenn sich die mit Arbeitspflicht belegten Arbeitstage nur auf Grund eines Jahresvergleichs ermitteln ließen, diese Tage ins Verhältnis zu den gesetzlich möglichen Arbeitstagen zu setzen seien.

Für die 6-Tage-Woche sei dabei von 312 und für die 5-Tage-Woche von 260 möglichen Arbeitstagen im Jahr auszugehen.

Änderungen der Verteilung der Arbeitszeit innerhalb des jeweiligen Bezugszeitraums seien zu berücksichtigen.

Unter Umständen müsse die Urlaubsdauer mehrfach berechnet werden.

Für den Tarifurlaub gelte – von Sonderregelungen abgesehen – nichts anderes als für den gesetzlichen Urlaub.

##### **Feiertage**

Ein Problem besteht bei der Berechnung des Urlaubs dann, wenn Sonn- und Feiertage in die Verteilung der regelmäßigen Arbeitszeit, z.B. bei der kontinuierlichen Wechselschicht, einbezogen werden, da gesetzliche Feiertage und Sonntage nach § 3 Abs. 2 BUrlG nicht als Werktage gelten.

Wird der Arbeitnehmer von seiner Arbeitspflicht durch Urlaub an einem Feiertag befreit, an dem er sonst hätte arbeiten müssen, dann wird ihm der Tag nicht nur auf seinen Urlaub als gewährt angerechnet, er erhält zudem das regelmäßige Arbeitsentgelt nach den Maßstäben des § 11 BUrlG.

### **Kurzarbeit**

Wenn im Fall von Kurzarbeit an machen Tagen in der Woche nicht gearbeitet wird, dann ist sie so zu behandeln wie eine dauerhafte Absenkung der Arbeitsverpflichtung, z.B. beim einzelvertraglich vereinbarten Übergang von Vollzeitbeschäftigung zur Teilzeitbeschäftigung.

Gegebenenfalls sei die Urlaubsmenge mehrfach im Jahr veränderlich, was zu einer Gewährung von mehr Urlaub führen könne, als dem Arbeitnehmer letztlich zustehe.

### **Änderung der Arbeitszeit und übertragener Urlaub**

Das BAG mit Urteil vom 28.4.1998 entschieden, dass sich dann, wenn sich im Verlauf eines Kalenderjahres die Verteilung der Arbeitszeit auf weniger oder auch auf mehr Arbeitstage einer Kalenderwoche ändert, die Dauer des dem Arbeitnehmer zustehenden Urlaubs entsprechend verkürzt oder verlängert. Sie sei dann jeweils unter Berücksichtigung der nunmehr für den Arbeitnehmer maßgeblichen Verteilung seiner Arbeitszeit neu zu berechnen. Dies treffe auch für einen auf das folgende Urlaubsjahr übertragenen Resturlaub zu, wenn der Arbeitnehmer seit Beginn des folgenden Jahres in Teilzeit beschäftigt sei.

Diese Rechtsprechung ist kritisiert worden, da sie nicht erklären könne, warum der in einem verminderten Umfang weiter arbeitende Arbeitnehmer eines Teils seines übertragenen Urlaubs verlustig gehen solle, während dem zum 31.12. ausscheidenden Mitarbeiter das Surrogat Abgeltung im vollem Umfang erhalten bleibe.

Nach dieser von Dörner vertretenen Auffassung (*Dörner in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, a.a.O., § 7 BUrlG Rn. 41 m.w.N.*) sei, wenn sich bei einem Arbeitnehmer am Jahresanfang der Umfang der wöchentlichen Arbeitspflicht ändere, die Neuberechnung für den Umfang des Urlaubs nur für den Urlaub des laufenden Jahres vorzunehmen, nicht jedoch für den übertragenen Urlaub aus dem Vorjahr.

### **Urlaubsabgeltung bei zweiter Elternzeit**

Dazu die Orientierungssätze des Urteils des BAG vom 20.5.2008 – 9 AZR 219/07 –:

1. Der vor einer ersten Elternzeit entstandene Anspruch auf Erholungsurlaub wird nach § 17 Abs. 2 BErzGG auf die Zeit nach einer weiteren Elternzeit übertragen, die sich unmittelbar an die frühere Elternzeit anschließt. Der Senat gibt seine entgegenstehende bisherige Rechtsprechung auf.
2. Die Pflicht zur späteren Gewährung des Erholungsurlaubs folgt schon aus der einfach-gesetzlichen Auslegung des seit 1. Januar 2007 aufgehobenen, für Altfälle jedoch weiter anzuwendenden § 17 Abs. 2 BErzGG. Jedenfalls ist die Vorschrift in dieser Weise verfassungs- und gemeinschaftsrechtskonform auszulegen. Für die Neuregelung in § 17 Abs. 2 BEEG gilt Entsprechendes.
3. Endet das Arbeitsverhältnis während der späteren Elternzeit oder wird es im Anschluss an sie nicht fortgesetzt, wandelt sich der nach § 17 Abs. 2 BErzGG/BEEG übertragene Urlaubsanspruch nach § 17 Abs. 3 BErzGG/BEEG in einen Abgeltungsanspruch um.

### **Kein Rückruf aus dem Urlaub**

Auch wenn die folgende Entscheidung des BAG schon etwas älter ist, ändert sich nichts an deren Aktualität: Dieses Problem taucht in der Praxis häufiger auf.

Das BAG hat in dem Urteil vom 20.6.2000 – 9 AZR 405/99 – ausgeführt, dass der Arbeitgeber nach § 1 BUrlG dem Arbeitnehmer Erholungsurlaub schulde.

Zur Erfüllung dieses gesetzlichen Anspruchs habe er den Arbeitnehmer von der Arbeit freizustellen.

Dem Arbeitnehmer sei uneingeschränkt zu ermöglichen, anstelle der geschuldeten Arbeitsleistung die ihm aufgrund des Urlaubsanspruchs zustehende Freizeit selbst zu nutzen.

Dies sei dann nicht mehr gewährleistet, wenn der Arbeitnehmer trotz Freistellung ständig damit rechnen müsse, zur Arbeit abgerufen zu werden.

Eine solche Arbeitsbereitschaft lasse sich mit der Gewährung gesetzlichen Erholungsurlaubs nicht vereinbaren. Der Anspruch des Arbeitnehmers werde in diesem Fall nicht erfüllt.

Ein Arbeitgeber müsse vor der Urlaubserteilung entscheiden, ob er dem Arbeitnehmer den beantragten Urlaub gewähre oder den Urlaubswunsch z.B. wegen dringender betrieblicher Belange i.S.d. § 7 Abs. 1 BUrlG ablehne.

Werde der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber freigestellt, also die Leistungszeit bestimmt, in der der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers nach § 362 Abs. 1 BGB erfüllt werden solle, und habe dies der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mitgeteilt, dann habe der Arbeitgeber als Schuldner des Urlaubs die für die Erfüllung dieses Anspruchs erforderliche Leistungs-/Erfüllungshandlung i.S.d. § 7 Abs. 1 BUrlG vorgenommen.

An diese Erklärung sei der Arbeitgeber gebunden und könne den Arbeitnehmer nicht aus dem Urlaub zurückrufen.

### **Mitbestimmung des Betriebsrats**

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG hat der Betriebsrat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, bei der Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze und des Urlaubsplans sowie der Festsetzung der zeitlichen Lage des Urlaubs für einzelne Arbeitnehmer, wenn zwischen dem Arbeitgeber und den beteiligten Arbeitnehmern kein Einverständnis erzielt wird, mitzubestimmen.

Der Begriff des Urlaubs umfasst dabei jede Form bezahlten und unbezahlten Urlaubs, d.h. den gesetzlichen Mindesturlaub nach § 1 BUrlG, zusätzlichen Erholungsurlaub nach Tarif- oder Einzelarbeitsvertrag, Zusatzurlaub für Schwerbehinderte, Bildungsurlaub nach den Landesgesetzen zur Arbeitnehmerweiterbildung sowie bezahlten und unbezahlten Sonderurlaub.

Urlaubsgrundsätze sind Regeln, die festlegen, nach welchen Kriterien der Arbeitgeber den Arbeitnehmern Urlaub gewähren soll, z.B. Vereinbarungen über die Aufteilung des Urlaubsanspruchs und die Verteilung innerhalb des Kalenderjahres, über Sperrzeiten – beispielsweise während des Schlussverkaufs im Einzelhandel –, über Auswirkungen von Familienstand und Vorhandensein schulpflichtiger Kinder auf die zeitliche Lage des Urlaubs sowie über die Einführung und zeitliche Lage von Betriebsferien.

In einem Urlaubsplan werden die Zeiten festgelegt, in denen den einzelnen Arbeitnehmern der Urlaub im Lauf des Kalenderjahres gewährt werden soll. Hierbei ist der Urlaubsplan von der – mitbestimmungsfreien – Urlaubsliste zu unterscheiden, in die die Arbeitnehmer ihre Urlaubswünsche eintragen.

Zudem gewährt § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG ausnahmsweise ein Mitbestimmungsrecht im Einzelfall, wobei Arbeitgeber und Betriebsrat von den Grundsätzen auszugehen haben, die § 7 BUrlG aufstellt. Die Urlaubswünsche des betroffenen Arbeitnehmers, die berechtigten konkurrierenden Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer und dringende betriebliche Erfordernisse sind nach billigem Ermessen gegeneinander abzuwägen.

### **Urlaubsabgeltung und krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit**

Das BAG hat mit dem Urteil vom 24.3.2009 – 9 AZR 983/07 – seine bisherige entgegenstehende Rechtsprechung aufgegeben und entschieden, dass Ansprüche auf Abgeltung gesetzlichen Teil- oder Vollurlaubs dann nicht erlöschen, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder Übertragungszeitraums erkrankt und daher arbeitsunfähig ist.

Zumindest seit Bekanntwerden des Vorabentscheidungsersuchens des LAG Düsseldorf vom 2.8.2006 in der Sache Schultz-Hoff habe es kein schützenswertes Vertrauen mehr in den Fortbestand der bisherigen Rechtsprechung des Senats gegeben.

Gaul/Ludwig weisen in ihrem Aufsatz (Urlaubsanspruch trotz Langzeiterkrankung – Handlungsbedarf für die betriebliche Praxis!“, DB 2009, 1013)

in diesem Zusammenhang u.a. darauf hin, dass es keine automatische Trennung von gesetzlichem und übergesetzlichem Urlaub mit der Folge annehmen könne, dass bei einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit nur bezüglich des gesetzlichen Urlaubsanspruchs eine Übertragung geboten sei. Dies sei z.B. für Urlaubsregelungen mit einer pauschalen Dauer zu beachten (Bsp.: „Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf 30 Urlaubstage.“) Die Arbeitsvertragsparteien müssten daher deutlich machen, dass sie den vertraglichen Mehrurlaub vom gesetzlichen Mindesturlaub von 20 Tagen bei einer Fünftagewoche „abkoppeln“ wollen.

Wenn dies nicht der Fall sei, dann müsse man davon ausgehen, dass bei einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit der gesamte Jahresurlaub von einem Verfall nach § 7 Abs. 3, 4 BUrlG ausgenommen sei.

Dabei sei es egal, ob es sich um eine tarifliche oder arbeitsvertragliche Regelung handele.

### **Urlaubsgeld bei dauernder Arbeitsunfähigkeit**

Aus der Pressemitteilung des BAG Nr. 46/09 zum Urteil vom 19.5.2009 – 9 AZR 477/07–:

Die Ansprüche auf Gewährung und Abgeltung des gesetzlichen Urlaubs erlöschen nicht, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums sowie darüber hinaus arbeitsunfähig erkrankt ist, § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG. Ist ein tarifliches Urlaubsgeld mit der Urlaubsvergütung verknüpft (akzessorisch), ist es erst dann zu zahlen, wenn auch ein Anspruch auf Urlaubsvergütung fällig ist.

Der Neunte Senat hat die klageabweisenden Entscheidungen der Vorinstanzen bestätigt. Der Anspruch auf Urlaubsgeld ist auch für den trotz Arbeitsunfähigkeit des Klägers fortbestehenden gesetzlichen Urlaubsanspruch aus dem Jahre 2005 derzeit nicht begründet. Die Beklagte schuldet keine Urlaubsvergütung, da dem Kläger bisher kein Urlaub gewährt wurde. Ebenso besteht kein Urlaubsabgeltungsanspruch des Klägers, weil das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht beendet ist.

*Claudia Czington, Richterin an den Arbeitsgerichten Zwickau*