

Arne Nis Meyn/Hendrik Schwager*

Der Urlaubsanspruch: Arbeitsschutz zwischen deutschem Privatrecht und europäischem Sanktionsrecht

Eine dogmatische Einordnung

Die Verfasser stellen zunächst die Grundzüge der deutschen Urlaubsrechtsdogmatik und deren Entwicklung unter dem Einfluss der EuGH-Rechtsprechung zum Urlaubsrecht dar. Dieser wird eine Auslegung des unionsrechtlichen Urlaubsanspruchs aus Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG (Arbeitszeitrichtlinie) nach Wortlaut, Systematik und Telos gegenübergestellt, wobei insbesondere die EuGH-Entscheidungen Schultz-Hoff (C-350/06), KHS (C-214/10), Tirol (C-486/08), Brandes (C-415/12) und Bolacke (C-118/13) eingehend analysiert werden. Auf dieser Grundlage erfolgt eine dogmatische Einordnung des unionsrechtlichen Urlaubsanspruchs. Die Verfasser kommen zu dem Ergebnis, dass das unionsrechtliche Verständnis des Urlaubsanspruchs als Arbeitsschutzrecht wirksame Sanktionsnormen erfordere, die öffentlich-rechtlich als Bußgeld- oder Strafnormen, aber auch privatrechtlich ausgestaltet sein können. Die Darstellung schließt mit der Erkenntnis, der vom BAG eingeschlagene Weg einer richtlinienkonformen Auslegung der BUrlG-Vorschriften führe dazu, dass das aus deutscher Sicht ungewöhnliche Institut des sanktionierenden Privatrechts Einzug in das deutsche Urlaubsrecht erhalten habe.

I. Einleitung

Das Arbeitsrecht ist gemeinhin für seine vergleichsweise große Dynamik und Wandlungsfähigkeit bekannt bis berüchtigt – eine Entwicklung, die durch den stetig zunehmenden Einfluss des europäischen Rechts zusätzlich beflügelt wird. Unter der Prämisse, dass dieser Rechtsbereich für die meisten Bürger Europas von existentieller Bedeutung ist, darf eine Harmonisierung der einzelstaatlichen Regelungen zur EU-weiten Schaffung fairer Arbeitsbedingungen als hehres Ziel angesehen werden. Aus demselben Grund wiegt aber die Kehrseite der Entwicklung umso schwerer: (Bislang) unbeantwortete Fragen der Vereinbarkeit deutschen und europäischen Rechts führen zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Anschaulich wird das im Urlaubsrecht: Hier gab es in den letzten Jahren etliche überraschende Kehrtwenden. Mit jeder Entscheidung des EuGH über die Auslegung des für den Urlaub maßgeblichen Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeit-

gestaltung (AZRL) wird ein weiteres Puzzleteil des europäischen Urlaubsverständnisses aufgedeckt und die deutsche Arbeitsgerichtsbarkeit abermals vor die Frage gestellt, inwiefern sie das Unionsrecht (noch) mit dem tradierten Verständnis urlaubsrechtlicher Ansprüche nach dem Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) in Einklang bringen kann. Die Ergebnisse erscheinen dogmatisch gewagt bis inkonsistent; insbesondere scheuen die Erfurter Bundesarbeitsrichter – wohl mit Blick auf etwaige überraschende Entscheidungen ihrer Luxemburger Kollegen am EuGH – vor einer grundlegenden dogmatischen Neuordnung des deutschen Urlaubsverständnisses zurück. Eine solche würde die Rechtssicherheit erhöhen und ist schon wegen der zentralen Bedeutung des Urlaubsrechts für alle Arbeitsverhältnisse dringend geboten. Auch die Beantwortung der aktuellen urlaubsrechtlichen Streitfrage nach einer Initiativpflicht des Arbeitgebers zur Urlaubsgewährung hängt wesentlich an dieser dogmatischen Klassifizierung.

Nachfolgend soll in einem ersten Schritt die Entwicklung des rechtlichen Urlaubsverständnisses aufgezeigt und zusammengefasst werden (II), um auf dieser Grundlage die Dogmatik des Urlaubsanspruchs im unionsrechtlichen Kontext zu entwickeln (III).

II. Entwicklung der deutschen Urlaubsrechtsdogmatik

Zunächst soll die rechtliche Einordnung des Urlaubsanspruchs nach tradierter Auffassung (I) und deren Wandel unter dem Einfluss der EuGH-Rechtsprechung zu Art. 7 AZRL (2) dargestellt werden.

1. Tradiertes Urlaubsverständnis vor Inkrafttreten der AZRL

a) Inhalt des Urlaubsanspruchs

Das BUrlG regelt den gesetzlichen Mindestjahresurlaub, auf den jeder Arbeitnehmer (auch arbeitnehmerähnliche Personen, § 2 BUrlG) nach § 1 BUrlG Anspruch hat. Bis 1982 vertrat das BAG – dem RAG folgend – die Auffassung, der Urlaubsanspruch stelle einen einheitlichen Anspruch auf bezahlte Freizeitgewährung dar.¹ Seit Aufga-

* Die Autoren studieren an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg im arbeitsrechtlichen Schwerpunkt.

¹ Z. B. BAG vom 22.06.1956 – 1 AZR 296/54; Linck, in: Schaub (Begr.), ArbR-Hdb, 16. Aufl. 2015, § 104 Rn. 2.

be dieser Rechtsprechung gilt der Urlaubsanspruch indes als Freistellungsanspruch, der den Arbeitgeber verpflichtet, die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers – die Arbeitspflicht – für einen bestimmten Zeitraum zu besorgen, während dem Arbeitnehmer weiterhin ein Anspruch auf Arbeitsentgelt aus § 611 I BGB bzw. nunmehr § 611a II BGB i. V. m. dem Arbeitsvertrag zusteht.²

Der Urlaubsanspruch ist gem. § 7 III 1 BUrlG so geltend zu machen, dass der Urlaub innerhalb des Entstehungsjahres genommen wird (Bezugszeitraum) bzw., wenn er nach Maßgabe des § 7 III 2 BUrlG übertragen wurde, bis zum 31. März des Folgejahres (§ 7 III 3 BUrlG, Übertragungszeitraum). Wird der Urlaub nicht rechtzeitig genommen, erlischt der Anspruch; dies gilt nach tradierter Auffassung auch bei unberechtigter Verweigerung des rechtzeitig beantragten Urlaubs durch den Arbeitgeber.³ Der Arbeitnehmer kann dann aber Schadensersatz in Form eines Ersatzurlaubsanspruchs als Naturalrestitution gem. § 249 I BGB verlangen (Anspruchsgrundlage nach BAG: §§ 275 I, 280 I, 283, 286, 287 S. 2 BGB).⁴

b) Erholungszweck

Der Erholungszweck des Urlaubs ist Dreh- und Angelpunkt des gesamten BUrlG: Einerseits verleiht er dem Urlaubsanspruch einen höchstpersönlichen Charakter, er ist daher nach tradierter Auffassung weder vererblich noch in dem Sinne auf Dritte übertragbar, dass diese den Anspruch für eigene Freistellung geltend machen könnten.⁵ Dies ist konsequent vor dem Telos der Zweckgebundenheit des Anspruchs: Das Gesetz geht von der Erholungsbedürftigkeit des Arbeitnehmers aus und spricht ihm allein deshalb einen Urlaubsanspruch zu. Diese Wertung würde unterlaufen, wenn der Arbeitnehmer seinen Anspruch etwa zulasten seiner eigenen Freistellung abtreten könnte. Dogmatisch wird diese teleologische Überlegung durch die Konstruktion als Anspruch auf Freistellung von der Arbeitspflicht umgesetzt: Diese Pflicht ist gem. § 613 BGB höchstpersönlich, deshalb ist der Anspruch auf Freistellung untrennbar auf die konkrete Arbeitspflicht desjenigen Arbeitnehmers bezogen, dem der Urlaubsanspruch entstanden ist.⁶ Andererseits ist ein tatsächliches Erholungsbedürfnis nicht erforderlich, ein solches wird vielmehr vom Gesetz unwiderleglich vermutet.⁷ Der Urlaubsanspruch nach § 1 BUrlG steht und fällt damit allein mit der theoretischen Erholungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer.

c) Verhältnis von primärem Urlaubsanspruch und Abgeltungsanspruch

Damit dieser zentrale Normzweck nicht umgangen wird, ist die Abgeltung des Urlaubsanspruchs – also eine Auszahlung in Geld anstelle der Freistellung – im laufenden Arbeitsverhältnis (sog. „Abkaufen“ des Urlaubs) ausgeschlossen. Nur im Falle eines beendeten Arbeitsverhältnisses sieht § 7 IV BUrlG einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Abgeltung des bereits entstandenen Urlaubsanspruchs vor. Diese scheinbare Ausnahme vom Dogma des Erholungszwecks stellt sich bei genauerer Betrachtung als systemkonform dar: Der Abgeltungsanspruch soll es dem Arbeitnehmer finanziell ermöglichen, zur Erholung trotz Beendigung des Arbeitsverhältnisses Freizeit zu nehmen.⁸ Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Arbeitnehmer nach Beendigung direkt eine neue Arbeitsstelle antritt und deshalb die vom Gesetz vorgesehene Mindesterholungszeit nicht wahrnimmt. Die Option jedoch, den rechtlich unmöglich gewordenen⁹, faktisch aber noch ausstehenden Urlaub im Anschluss an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu nehmen und erst im Anschluss eine neue Beschäftigung zu beginnen, wird dem Arbeitnehmer durch § 7 IV BUrlG zumindest so nah wie möglich gebracht.¹⁰

Betreffend die Dogmatik des Abgeltungsanspruchs vertrat das BAG bis zuletzt die sog. Surrogatstheorie: Danach entsteht der Abgeltungsanspruch als Surrogat – also ersatzweise – für den Anspruch auf Freistellung von der Arbeitspflicht, deren Erfüllung durch den Arbeitgeber wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses unmöglich geworden ist, und ist deshalb davon abhängig, ob der Urlaubsanspruch bei fingiertem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses erfüllbar gewesen wäre.¹¹ Dementsprechend ist eine Abgeltung ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer etwa vom Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ende des (unterstellten) Bezugs- bzw. Übertragungszeitraums (Jahresende bzw. 31.3. des Folgejahres) arbeitsunfähig ist.¹² Auch kann nach tradierter Auffassung den Erben eines verstorbenen Arbeitnehmers, dem ein Urlaubsanspruch zustand, kein Abgeltungsanspruch zufallen: Da die höchstpersönliche Arbeitspflicht des Arbeitnehmers mit dem Tod erlösche, gehe zeitgleich auch der auf Freistellung von dieser Pflicht gerichtete Urlaubsanspruch unter – folglich entsteht kein Abgeltungsanspruch, weil kein Urlaubsanspruch mehr existiert, der surrogiert werden könnte.¹³ Vor dem Telos des Erholungszwecks ist dieses Ergebnis nur einleuchtend, denn ein toter Arbeitnehmer

² St. Rspr. seit BAG vom 13.05.1982 – 6 AZR 360/80.

³ Dörner, in: ErfK, 8. Aufl. 2008 (sic!), § 7 BUrlG Rn. 38.

⁴ Vgl. BAG NZA 2015, 123 (123).

⁵ Zur Abtretbarkeit des Urlaubsanspruchs siehe Gallner, in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 1 BUrlG Rn. 24.

⁶ Vgl. Linck, in: Schaub (Begr.), ArbR-Hdb., 16. Aufl. 2015, § 104 Rn. 3.

⁷ BAG vom 20.05.2008 – 9 AZR 219/07; Gallner, in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 1 BUrlG Rn. 5.

⁸ Vgl. BAG vom 23.06.1983 – 6 AZR 180/80, zu 3. der Gründe.

⁹ Gallner, in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 7 BUrlG Rn. 71.

¹⁰ Vgl. in diesem Sinne Kamanabrou, Urlaubsabgeltung bei Tod des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis, RdA 2017, 163ff.

¹¹ Etwa BAG vom 19.08.2003 – 9 AZR 619/02.

¹² BAG vom 05.12.1995 – 9 AZR 871/94; Gallner, in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 7 BUrlG Rn. 77.

¹³ BAG vom 20.09.2011 – 9 AZR 416/10.

kann sich nicht mehr erholen und bedarf aus diesem Grund weder eines Urlaubsanspruchs noch eines diesen ersetzenden Abgeltungsanspruchs.

d) Rechtsnatur – Privatrecht oder Arbeitsschutzrecht?

Da das Individualarbeitsrecht die privatrechtlichen Regelungen des Arbeitsvertragsrechts mit solchen des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzes vereint¹⁴, ist auch zu fragen, in welcher Kategorie der Anspruch auf Erholungsurlaub nach dem BUrlG zu verorten ist. Vor Inkrafttreten der AZRL bestand weitgehend Einigkeit über die privatrechtliche Natur des Urlaubsanspruchs.¹⁵ Begründet wurde dies in erster Linie damit, dass die Gewährung des gesetzlichen Mindesturlaubs – im Gegensatz etwa zur Einhaltung des ArbZG – nicht durch öffentlich-rechtliche Maßnahmen erzwungen werden kann; vielmehr müsse der Arbeitnehmer selbst die Urlaubsgewährung durch Stellen eines Urlaubsantrags einfordern bzw. notfalls vor den Arbeitsgerichten einklagen.¹⁶ Zur Einordnung des Urlaubsanspruchs als öffentlich-rechtliches Arbeitsschutzrecht fehlten demnach etwa Straf- oder Bußgeldvorschriften zur Bewehrung des Anspruchs.¹⁷

2. Änderungen unter dem Einfluss des Art. 7 AZRL

Das vergleichsweise gefestigte und dogmatisch konsistente Verständnis des Urlaubsrechts wurde mit Inkrafttreten der AZRL 2003 mit ihrem den Urlaub regelnden Art. 7 insofern infrage gestellt, als nun zu klären war, ob das BUrlG den Richtlinienvorgaben genügt. Dies gestaltete – und gestaltet – sich nicht unproblematisch: Der erste Absatz des Art. 7 AZRL erlaubt zwar eine Urlaubsgewährung „nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung [...]“, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind“, wonach die im (übrigen) BUrlG geregelten Modalitäten der Urlaubsgewährung etwa hinsichtlich Wartezeit, Übertragung oder Verfall grundsätzlich – als Durchführungs- und Anwendungsbestimmungen¹⁸ – zulässig sind. Dies gilt jedoch nur, soweit diese Bestimmungen den unionsrechtlichen Urlaubsanspruch aus Art 7 AZRL selbst unangetastet lassen, denn ansonsten wären sie wegen Kollision mit Unionsrecht unanwendbar, wenn keine unionsrechtskonforme Auslegung (mehr) möglich ist.¹⁹

Wann allerdings eine solche Kollision mit Art. 7 AZRL vorliegt und welche Regelungen demgegenüber noch zulässige Durchführungs- und Anwendungsbestimmungen sind, lässt sich allein anhand des äußerst knappen Richtlinienwortlauts schwer bestimmen. Um in Detailfragen Klarheit zu erhalten, war und ist die deutsche Jurisprudenz deshalb auf die Auslegung des Art. 7 AZRL durch den EuGH im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV angewiesen. Faktisch bedeutet das: Die in sich schlüssige Dogmatik des BUrlG war nun dem Einfluss des europäischen Case Law ausgesetzt und muss sich dessen Wertungen anpassen. Es liegt auf der Hand, dass dies nicht immer reibungslos möglich ist. Insbesondere die nachfolgend in ihren Kernaussagen dargestellten EuGH-Entscheidungen sorgten für wesentliche Umbrüche im deutschen Urlaubsrecht.

a) Schultz-Hoff-Entscheidung

In der Entscheidung in Sachen Schultz-Hoff stellte der Gerichtshof zunächst fest, dass der Urlaubsanspruch zum Ende eines Bezugs- bzw. Übertragungszeitraums grundsätzlich erlöschen darf (vgl. § 7 III BUrlG).²⁰ Dies gelte aber nur, soweit es dem Arbeitnehmer in diesem Zeitraum möglich war, den Urlaub auch tatsächlich zu nehmen; ist dies etwa wegen dauernder Arbeitsunfähigkeit infolge Langzeiterkrankung nicht der Fall, so dürfe der Urlaubsanspruch nicht verfallen.²¹ Gleiches sei anzunehmen, wenn es dem Arbeitnehmer zunächst möglich war, den Urlaub zu nehmen, er dann aber durch unvorhersehbare Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Bezugs- bzw. Übertragungszeitraums daran gehindert wurde.²² Der Urlaubsanspruch sei demnach nicht davon abhängig, ob der Arbeitnehmer im Bezugszeitraum tatsächlich gearbeitet hat.²³ Dies wurde damit begründet, dass Erwägungsgrund 6 der AZRL auf Art. 5 IV des ILO-Übereinkommens verweise, wonach Arbeitsversäumnisse, die unabhängig vom Willen des Arbeitnehmers eintreten, als Dienstzeiten anzusehen seien. Außerdem differenziere die AZRL nicht zwischen Arbeitnehmern, die gearbeitet haben und solchen, die nicht gearbeitet haben.²⁴

Zur Umsetzung dieser Wertungen entschied sich das BAG für eine „unionsrechtskonforme Fortbildung“ des § 7 III BUrlG mittels teleologischer Reduktion in Fällen dauerhafter Arbeitsunfähigkeit; im Übrigen blieb es also beim Verfall des Urlaubsanspruchs nach zwölf bzw. fünfzehn Monaten.²⁵ Diese nicht unumstrittene dogmatische Konstruktion entspricht im Ergebnis der Rechtslage zu Zeiten des Einheitsanspruchs (also vor 1982), als dasselbe Ergebnis einfacher hergeleitet wurde.²⁶ Konse-

¹⁴ Vgl. *Richardi* in: MüArbR Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 4 Rn. 16.

¹⁵ *Gallner*, in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 1 BUrlG Rn. 12.

¹⁶ *Schlottfeld*, Europarechtliche „Baustellen“ des deutschen Urlaubsrechts, ZESAR 2013, 222ff.; ebenso *Gallner*, in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 1 BUrlG Rn. 12.

¹⁷ Vgl. *Hackmann*, Kein Ende der Bewegung im Urlaubsrecht, in: Faber u. a. (Hrsg.), Gesellschaftliche Bewegungen – Recht unter Beobachtung und in Aktion. FS Kothe, 2016, 293 (307).

¹⁸ Vgl. *Schneider*, Anm. zu EuGH v. 20.07.2016, EuZA 2017, 62.

¹⁹ Zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts: BVerfGE 123, 267.

²⁰ EuGH vom 20.01.2009 – C-350/06 – *Schultz-Hoff*, Rn. 43.

²¹ Ebd., Rn. 49.

²² Ebd., Rn. 52.

²³ Ebd., Rn. 40.

²⁴ Ebd.

²⁵ *Gallner*, in: ErfK, 17. Auflage 2017, § 7 BUrlG Rn. 50.

²⁶ *Kamanabrou*, SAE 2009, 236.

quenterweise sah sich das BAG gezwungen, seine Surrogatstheorie aufzugeben und betrachtete den Abgeltungsanspruch fortan als reinen Geldanspruch, der nicht mehr dem Fristenregime des § 7 III BUrlG unterfällt.²⁷

b) KHS-Entscheidung

Die Unverfallbarkeit der Urlaubsansprüche führte insbesondere beim Ausscheiden langfristig arbeitsunfähiger Arbeitnehmer zu kaum mehr mit dem Erholungszweck des Urlaubsanspruchs vereinbaren Ergebnissen. So wurde ein Arbeitgeber vor dem LAG Hessen zur Abgeltung von Urlaubsansprüchen verurteilt, die sich über dreizehn Jahre auf 29.183,23 € summiert hatten.²⁸ In der Rechtssache KHS befand auch der EuGH, dass ein unbegrenztes Ansammeln von Urlaubsansprüchen nicht dem Zweck des Urlaubsanspruchs entspreche.²⁹ Er „nuancierte“ daher die Wertung der Schultz-Hoff-Entscheidung insofern, als er den Verfall von Urlaubsansprüchen generell – also auch solcher, die vom Arbeitnehmer weder im Bezugs- noch im Übertragungszeitraum ausgeübt werden konnten – für mit Art. 7 I AZRL vereinbar erklärte, soweit der Übertragungszeitraum den Bezugszeitraum deutlich überschreitet.³⁰ Einen Übertragungszeitraum von fünfzehn Monaten für den Jahresurlaubsanspruch befand der Gerichtshof für zweckmäßig und daher zulässig.³¹ Dabei stützte er sich erstmals auch konkret auf die Erwägung, der Arbeitgeber müsse vor den Gefahren der Urlaubsansammlung geschützt werden.³²

Das BAG setzte die KHS-Entscheidung um, indem es bei dauerhafter Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers die in § 7 III 3 BUrlG normierten drei Monate Übertragungszeitraum in unionsrechtskonformer Auslegung als fünfzehn Monate liest.³³

c) Bollacke-Entscheidung

Einen weiteren Schlag versetzte der EuGH der deutschen Urlaubsrechtsdogmatik mit seiner Entscheidung in Sachen Bollacke. Im Urteil stellte der Gerichtshof klar, dass es für eine Urlaubsabgeltung nach Art. 7 II AZRL ausschließlich darauf ankommt, dass das Arbeitsverhältnis beendet und der zustehende Urlaub noch nicht vollständig genommen wurde.³⁴ Der Abgeltungsanspruch darf also nicht von einem vorherigen Urlaubsantrag des Arbeitnehmers abhängen.³⁵ Auch den Tod des Arbeitnehmers sieht der EuGH – entgegen der deutschen

Abgeltungsdogmatik – als eine den Abgeltungsanspruch auslösende Beendigung an.³⁶

Erstaunlicherweise bezieht der EuGH keinerlei Erwägungen des Arbeiterschutzes ein. Hätte man indes in konsequenter Fortschreibung der KHS-Rechtsprechung auch hier das Arbeitgeberinteresse in Verhältnis zum – mit dem Tod freilich entfallenen – Erholungsinteresse des Arbeitnehmers gesetzt, spräche dies eher gegen die Entstehung eines Abgeltungsanspruches mit dem Todesfall.

d) Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Urlaubsanspruchs

Während der Urlaubsanspruch nach tradierter deutscher Auffassung als privatrechtlich eingeordnet wurde, ist dies infolge der EuGH-Rechtsprechung zusehends in Zweifel gezogen worden. Eine im Vordringen befindliche Ansicht insbesondere in der Rechtsprechung beruft sich vorrangig auf Art. 1 Abs. 1 AZRL, wonach die gesamte Arbeitszeitrichtlinie – und damit auch der den Urlaub regelnde Art. 7 – „Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung“ setzt; diese Ansicht sieht daher auch das Urlaubsrecht als Teil des Arbeitsschutzrechts an.³⁷

Die Relevanz dieses Streits zeigt sich besonders in der aktuellen Diskussion um die Frage, ob den Arbeitgeber eine Initiativpflicht zur Gewährung des Jahresurlaubs trifft. Die vorgenannte Ansicht in der Rechtsprechung bejaht eine solche mit Verweis auf den arbeitsschutzrechtlichen Charakter des Urlaubsanspruchs.³⁸ Der EuGH, der in der Bollacke-Entscheidung bereits klar gestellt hatte, dass zumindest der Abgeltungsanspruch nach Art. 7 II AZRL nicht von einem vorherigen Urlaubsantrag des Arbeitnehmers abhängen darf, wird diese Frage auch in Bezug auf den primären Urlaubsanspruch aus Art. 7 I AZRL beantworten.³⁹

So wird auch in der deutschen Dogmatik ein Wertungswiderspruch erkannt zwischen der öffentlich-rechtlich erzwingbaren und mit Straf- und Bußgeldvorschriften belegten Nichtgewährung von Ruhepausen einerseits und der öffentlich-rechtlich sanktionslosen Nichtgewährung von Urlaub andererseits.⁴⁰

3. Zwischenergebnis

Die Dogmen des deutschen Urlaubsrechts wurden durch die Entscheidungen des EuGH an vielen Punkten aufgebrochen und die deutsche Rechtsprechung versucht, die hergebrachte Dogmatik notdürftig auszubessern. Dies

27 BAG vom 19.06.2012 – 9 AZR 625/10.

28 LAG Hessen vom 07.12.2010 – 19 Sa 939/10.

29 EuGH vom 22.11.2011 – C-214/10 – KHS, Rn. 30.

30 Ebd., Rn. 38.

31 Ebd., Rn. 43.

32 Ebd., Rn. 39.

33 Vgl. BAG NZA 2012, 1216 (1222).

34 EuGH vom 12.06.2014 – C-118/13 – Bollacke, Rn. 23.

35 Ebd., Rn. 28.

36 Ebd., Rn. 29.

37 LAG Berlin-Brandenburg NZA-RR 2014, 631 (633).

38 LAG München vom 06.05.2015 – 8 Sa 982/14, Rn. 61.

39 EuGH, Az. C-684/16 – bei Redaktionsschluss noch anhängig.

40 Schlottfeldt, ZESAR 2013, 222 (223).

geschieht im Wege richtlinienkonformer Auslegung durch die Arbeitsgerichte, um eine direkte Anwendung der Richtlinie zu verhindern. Es ist indes nur eine Frage der Zeit, bis diese Dogmatik den vom EuGH veranlassenen Anpassungen nicht mehr standhalten kann. Deshalb spricht einiges dafür, dass die Diskrepanz zwischen europäischem Recht und deutschem Recht der eigentliche Grund dafür ist, dass die Auslegung der deutschen urlaubsrechtlichen Vorschriften durch das BAG regelmäßig vom EuGH verworfen wird.⁴¹

III. Der Urlaubsanspruch nach europäischem Verständnis

Was ist also die „wahre“ Rechtsnatur des Urlaubsanspruchs aus Art. 7 AZRL? Zunächst ist festzuhalten, dass europäisches Recht nicht eins zu eins in deutsches Recht übertragbar ist – dass die AZRL unter Arbeitsschutzrecht dasselbe versteht wie die deutsche Dogmatik ist keineswegs zwingend. Zur Versöhnung der deutschen Rechtsordnung mit dem Europarecht sind beide unterschiedlich gewachsenen Rechtsbegriffe deshalb auszulegen und voneinander abzugrenzen. Um also herauszufinden, ob der Urlaubsanspruch nach dem Unionsrecht arbeitsschutzrechtlich ist, muss die Richtlinie und insbesondere ihr Art. 7 nach Wortlaut, Systematik und besonders nach dem Telos ausgelegt werden.

1. Anspruch auf Erholungsurlaub gem. Art. 7 Abs. 1 AZRL

Zunächst soll der primäre Anspruch auf Urlaub aus Art. 7 I AZRL ausgelegt werden.

a) Wortlaut und Systematik der Richtlinie

Der Anspruch auf Mindesturlaub ist in der Arbeitszeitrichtlinie geregelt. Diese soll Mindeststandards i.S.e. „Sicherheitsnetzes“ für die Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer setzen.⁴² Dies ist eindeutig eine arbeitsschutzrechtliche Erwägung.

Grundlage des Urlaubsrechts im Unionsrecht ist im Primärrecht Art. 31 II ChGR, dieses Recht ist im Sekundärrecht durch Art. 7 AZRL näher ausgestaltet.⁴³ Art. 31 II ChGR setzt tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie einen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub fest. Insofern nennt Erwägungsrund 5 der AZRL Mindestruhezeiten pro Tag und Woche, aber auch pro Jahr, namentlich den Jahresurlaub. Ebenso nennt Art. 1 II lit. a) AZRL, der den Gegenstand der Richtlinie definiert, tägliche und wöchentliche Mindestruhezeiten, wöchentliche Höchstarbeitszeit, Ruhepausen und den Mindestjahresurlaub gemeinsam. Der Umstand, dass all diese unstreit-

tig arbeitsschutzrechtlichen Institute immer unmittelbar zusammen mit dem Mindestjahresurlaub geregelt sind, spricht ebenfalls für einen arbeitsschutzrechtlichen Charakter des Anspruchs auf Jahresurlaub.

Der EuGH selbst bezeichnet den Urlaub in steter Regelmäßigkeit als „besonders bedeutsamen Grundsatz des Sozialrechts der Gemeinschaft und der europäischen Union“.⁴⁴ Die Richtlinie lasse keine (nachteilige) Abweichung von Art. 7 I zu.⁴⁵ Der Anspruch auf Jahresurlaub dürfe nicht restriktiv ausgelegt werden.⁴⁶ Wenngleich der europäische Begriff des Sozialrechts an sich weiter gefasst ist und auch das Arbeitsrecht umfasst, tritt durch die Betonung der Indisponibilität und des Erfordernisses einer restriktiven Auslegung der besondere schutzrechtliche Charakter zutage, der nach Auffassung des EuGH auch dadurch deutlich wird, dass sich die AZRL nicht mit Fragen der Vergütung beschäftigt.⁴⁷ Einzige „Ausnahme“ sei insoweit die Gewährleistung der Vergütung während des Urlaubs.⁴⁸ Tatsächlich ist dies bei binnensystematischer Betrachtung jedoch nicht einmal eine Ausnahme: Nach Auffassung des EuGH dient die Vergütung während des Urlaubs auch der Erholung und Gesundheit, als sie nämlich verhindern soll, dass aus finanzieller Erwägung der Urlaub nicht genommen wird – der EuGH nennt dies „zwei Aspekte eines einzigen Anspruchs“.⁴⁹

Auch die Gewährleistung ausschließlich eines Mindestanspruchs durch Art. 7 I AZRL spricht dafür, dass es sich um Arbeitsschutzrecht handelt. Dies entspricht ganz dem bereits erwähnten Charakter der in den AZRL ausgestalteten Regelungen als „Sicherheitsnetz“ für die Arbeitnehmer.

Nach dem Wortlaut und der Binnensystematik spricht alles dafür, dass es sich auch beim Mindestjahresurlaub um Arbeitsschutzrecht handelt. Freilich darf dieses eindeutige Ergebnis nicht im Widerspruch zum Telos stehen.

b) Telos

Zunächst stellt sich hierbei die Frage, aus welchem Grund der Urlaubsanspruch entsteht: Die Entstehung beruht entweder auf arbeitsschutz- oder auf privatrechtlichen Erwägungen; der Anspruch wächst dem Arbeitnehmer also entweder zu, weil seine Gesundheit unabdingbar geschützt werden soll, oder weil die Urlaubsgewährung –

⁴⁴ Jüngst etwa EuGH vom 20.07.2016 – C-341/15 – *Maschek*, Rn. 25.

⁴⁵ EuGH vom 20.01.2009 – C-350/06 – *Schultz-Hoff*, Rn. 24.

⁴⁶ EuGH vom 13.06.2013 – C-415/12 – *Brandes*, Rn. 29.

⁴⁷ Mitteilung zu Auslegungsfragen des europäischen Parlaments und des Rats ABI C-165 vom 24.05.2017, S. 16, mit Verweis auf Rs. *Vorel* (C-437/05) und Rs. *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras* (C-266/14).

⁴⁸ Ebd.

⁴⁹ EuGH vom 20.01.2009 – C-350/06 – *Schultz-Hoff*, Rn. 60.

⁴¹ In diese Richtung auch *Schlottfeldt*, ZESAR 2013, 222 (223).

⁴² Mitteilung zu Auslegungsfragen des europäischen Parlaments und des Rats, ABI C-165 vom 24.05.2017, S. 16.

⁴³ *Linck*, in: *Schaub* (Begr.), ArbR-Hdb, 16. Auflage 2015, § 104 Rn. 5.

wie von der tradierten deutschen Auffassung angenommen – ausschließlich privatrechtliche Nebenpflicht des Arbeitsverhältnisses sein soll.

Es stellt sich deshalb die Frage, was allgemein unter Arbeitsschutz zu verstehen ist. Arbeitsschutzrecht kann entweder eine konkrete Gefahr für die Gesundheit verhüten – etwa eine Helmpflicht – oder aber präventiv die Verhütung abstrakter Gefahren durch Ruhepausen und Rehabilitation bezwecken – etwa Ruhepausen, wöchentliche Höchstarbeitszeit etc.⁵⁰ Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob psychische oder physische Gefahren drohen.⁵¹

Allen diesen möglichen Gegenständen des Arbeitsschutzrechts gemein ist das Erfordernis eines unmittelbaren Bezugs zur Arbeitstätigkeit. Eine arbeitsschutzrechtliche Helmpflicht bezweckt den Schutz vor Herabfallendem bei der Arbeit; ein arbeitsschutzrechtliches Verbot, mehr als eine bestimmte Zahl Stunden pro Tag zu arbeiten, bezweckt den Schutz vor abstrakten Gesundheitsgefahren, die durch Überarbeitung drohen; Ruhepausen sollen die abstrakte und konkrete Gefahr überanstrengungsbedingter Fehler verhüten, die sich gesundheitsschädigend auswirken können. Arbeitszeitrecht, wie es durch die AZRL mit dem Ziel Gesundheitsschutz und Sicherheit geregelt ist, hat in arbeitsschutzrechtlicher Hinsicht seinen Schwerpunkt klar in der Prävention abstrakter Gefahren.

Der Mindestjahresurlaub im Unionsrecht bezweckt ausweislich des EuGH, dem Arbeitnehmer Möglichkeit zur Erholung und Zeitraum für Entspannung und Freizeit zu bieten.⁵² Dieses Freizeitelement soll nach europäischem Verständnis nicht bloßer Nebeneffekt sein, beide Aspekte sollen vielmehr gleichbedeutend nebeneinander stehen.⁵³

c) Rechtsprechung des EuGH

Im Lichte dieser Feststellungen gilt es nun, die Aussagen des EuGH in Hinblick auf den Telos des Art. 7 AZRL zu bewerten.

aa) Entscheidungen Schultz-Hoff und KHS

Die Schultz-Hoff-Entscheidung schien zunächst eine endlose Ansammlung von Urlaubsansprüchen zu ermöglichen (s. o.). Das Urteil wurde so aufgefasst, dass hier der Erholungszweck offenkundig zurücktrat, weil durch diese Anhäufung der zeitliche Bezug des Urlaubs zum Bezugszeitraum vollkommen verloren ging zu-

gunsten eines rein geldwerten Freizeitanspruchs.⁵⁴ Der EuGH weist zur Begründung darauf hin, dass die Bedeutung des Urlaubsanspruchs nicht davon abhängt, ob dieser im Bezugszeitraum genommen wird.⁵⁵

Der reine Freizeitanspruch vermag jedoch eine gesundheitsschützende Wirkung nicht mehr zu entfalten, weil er gerade nicht mehr mit dem von der AZRL intendierten jährlichen Erholungsbedarf im Sinne eines „Sicherheitsnetzes“ korrespondiert. Neben der zeitlichen Entkopplung spricht vor allem die legislative Wertung des Art. 7 AZRL gegen die Annahme eines Arbeitsschutzzweckes. Art. 7 I fordert selbst nur vier Wochen Urlaub pro Jahr. Diese vier Wochen reichen also nach der legislativen Wertung aus, um den Erholungszweck und damit die Sicherheit und den Gesundheitsschutz i. S. d. Art. 1 I AZRL zu gewährleisten. Mehr Urlaubszeit pro Jahr ist demnach aus Erwägungen des Gesundheitsschutzes offensichtlich nicht geboten. Dieser Befund wird noch unterstützt durch den zur Begründung herangezogenen Art. 5 IV des ILO-Übereinkommens Nr. 132, der bei Arbeitsunfähigkeit eine Dienstzeit fingiert. Eine fingierte Dienstzeit kann aber nach dem oben Gesagten nicht Bezugspunkt von Arbeitsschutzrecht sein, denn es fehlt der unmittelbare Bezug zur Arbeitstätigkeit.

An diesem Grundsatz vermag auch die Deckelung des Ansammelns von Urlaubsansprüchen durch die KHS-Entscheidung nichts zu ändern, wonach ein Recht auf ein unbegrenztes Ansammeln von Urlaubsansprüchen nicht mehr dem Zweck des Anspruchs entspreche.⁵⁶

Zwar ist es richtig, dass durch die engere zeitliche Bindung an das Bezugsjahr der Erholungszweck verglichen mit der unbegrenzten Schultz-Hoff-Konstellation wieder mehr in den Vordergrund rückt.⁵⁷ Dennoch ist jeder Tag Urlaub mehr pro Jahr zwar nice to have, aber eben nicht relevant für die Verwirklichung des konkreten arbeitsschutzrechtlichen Ziels „Sicherheit und Gesundheitsschutz“ gem. Art. 1 I AZRL.

Die Entscheidungen Schultz-Hoff und KHS sind demnach Ausdruck bloßer Wertung des EuGH: Der Arbeitnehmer soll seinen Anspruch auf Urlaub durch eine Arbeitsunfähigkeit nicht verlieren. Mit Arbeitsschutz hat dies indes nach dem eben Gesagten nichts zu tun. Es handelt sich vielmehr um eine bloße Regelung zur Verteilung des Risikos einer Arbeitsunfähigkeit, wie im deutschen Recht etwa § 9 BUrlG, der eine Erkrankung im Urlaub regelt. Der Arbeitgeber soll das Risiko für eine ganzjährige Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers für fünfzehn Monate tragen. Der Arbeitnehmer erhält inso-

⁵⁰ Schubert, Der Erholungsurlaub zwischen Arbeitsschutz und Entgelt, NZA 2013, 1105 (1108).

⁵¹ Vgl. § 4 Nr. 1 ArbSchG.

⁵² St. Rspr, jüngst etwa EuGH vom 20.07.2016 – C-341/15 – Maschek, Rn. 34.

⁵³ So Höpfner, Das deutsche Urlaubsrecht in Europa – Zwischen Vollharmonisierung und Koexistenz – Teil 2, RdA 2013, 65 (67).

⁵⁴ Höpfner, RdA 2013, 65 (67).

⁵⁵ EuGH vom 20.01.2009 – C-350/06 – Schultz-Hoff, Rn. 30.

⁵⁶ EuGH vom 22.11.2011 – C-214/10 – KHS, Rn. 30.

⁵⁷ Höpfner, RdA 2013, 65 (67).

fern einen ausschließlich geldwerten Vorteil in Form bezahlter Freistellung.

bb) Entscheidungen Tirol und Brandes

In der Folge von Schultz-Hoff entschied der EuGH in der Rechtssache Tirol, dass § 4 Nr. 2 Anhang Teilzeitrichtlinie (Richtlinie 97/81/EG) einer Reduzierung von noch nicht gewährtem Erholungsurlaub aus dem Vorjahr entgegensteht, wenn der Arbeitnehmer im laufenden Kalenderjahr von einer Vollzeit- in eine Teilzeitbeschäftigung wechselt.⁵⁸ Begründet wurde dies wiederum damit, dass der Urlaub seine positive Wirkung auch zu einem späteren Zeitpunkt entfaltet.⁵⁹ Eine auf denselben Erwägungen beruhende Entscheidung mit konkretem Bezug zu deutschem Recht erging drei Jahre später in der Rechtssache Brandes.⁶⁰

Auch hier findet wieder eine Erwägung statt, die mit Arbeitsschutzrecht nicht zu begründen ist. Weder besteht ein Anspruch des Teilzeitarbeitnehmers im Vergleich zum Vollzeitarbeitnehmer auf dieselbe vergütete Erholungszeit noch auf dieselbe vergütete Zeit an präventivem Gesundheitsschutz. Von einer arbeitsschutzrechtlichen Perspektive aus ergäbe sich eine Reduzierung des konkreten Erholungsbedürfnisses proportional zur Reduzierung der Arbeitszeit.⁶¹ Tatsächlich aber stellt der EuGH zentral darauf ab, dass der Anspruch schon entstanden war.⁶² Auch hier wird also über die nebulöse Formulierung, dass die positive Wirkung auch verspätet erhalten bleibe⁶³, aus rein wertender Überlegung der Anspruch erhalten, anstatt ihn einer stringenten arbeitsschutzrechtlichen Betrachtung zu unterziehen nach Maßgabe der Frage: Wie viel Jahresurlaub erfordert der konkrete Gesundheitsschutz?

cc) Zwischenergebnis

Zwar ist der Anspruch auf Jahresurlaub nach Wortlaut und Systematik klar arbeitsschutzrechtlich. Auch der Telos Gesundheitsschutz und Sicherheit der AZRL sowie der immer wieder vom EuGH sinngemäß angeführte Erwägungsgrund der Ermöglichung von Erholung und Zeit für Entspannung sind nominell klar dem Arbeitsschutzrecht zuzuordnen. Jedoch stellte der EuGH in den genannten Fällen immer wieder Erwägungen an, die unter vermeintlicher Aufrechterhaltung des arbeitsschutzrechtlichen Telos den Weg ebneten für die Erlangung ausschließlich geldwerter Freizeitansprüche, die mit den rein arbeitsschutzrechtlichen Zielsetzungen nicht vereinbar sind.

2. Abgeltungsanspruch gem. Art. 7 II AZRL

Der Abgeltungsanspruch ist ein eigenständiges Institut, das die Durchsetzung des Urlaubsanspruchs aus Art. 7 I AZRL unterstützt. Er bezweckt wie § 7 IV BUrUG, dass der Arbeitnehmer zumindest finanziell in die Lage versetzt wird, seinen Jahresurlaub zu nehmen, obwohl der primäre Urlaubsanspruch mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses erlischt.⁶⁴ Gleichzeitig ist der Abgeltungsanspruch auch auf Fälle der Beendigung beschränkt. Ihm wohnt somit ein Abgeltungsverbot während des Arbeitsverhältnisses inne, was schon die Formulierung des Art. 7 II AZRL nahelegt, aus der sich der Abgeltungsanspruch eher im Umkehrschluss ergibt.

Voraussetzung für den Anspruch auf Abgeltung ist nur die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und der Umstand, dass der Jahresurlaub zumindest teilweise noch nicht genommen wurde.⁶⁵ Insbesondere spielt es hier keine Rolle, ob ein Antrag gestellt wurde.⁶⁶ Eine Abgeltung im laufenden Arbeitsverhältnis ist nie möglich, sonst würde ein Anreiz geschaffen, den Erholungsurlaub nicht zu nehmen und sich so der tatsächlichen Ruhezeit inkl. Schutz von Gesundheit und Sicherheit zu begeben.⁶⁷ Keine Rolle spielt der Beendigungsgrund.⁶⁸

Das Abgeltungsverbot unterstützt die Durchsetzung des Anspruchs auf Erholungsurlaub – ebenso wie die Vergütungsgrundsätze im Sinne des einheitlichen Anspruchs –, indem es verhindert, dass der Urlaub während des Arbeitsverhältnisses abgegolten statt tatsächlich genommen wird. Dieses Abgeltungsverbot ist also ein Institut des Arbeitsschutzes.

Dieses Bild des Abgeltungsanspruchs als arbeitsschutzrechtliches Institut wird jedoch durch die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Bollacke getrübt. Art. 7 Abs. II AZRL gelte demnach auch bei Tod des Arbeitnehmers⁶⁹. Es ist freilich widersinnig, dass Arbeitsschutz einem Toten oder – nicht minder absurd – dessen Erben zuteilwird. In mortem non vivitur!⁷⁰

Das Ergebnis begründet der EuGH damit, dass dem Erben des Arbeitnehmers nicht ein unwägbares Ereignis zum Verlust des Anspruchs führen könne und dass ansonsten die praktische Wirksamkeit des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaubs nicht sichergestellt wäre.⁷¹ Diese Begründung der „praktischen Wirksamkeit“ verleiht

⁵⁸ EuGH vom 22.04.2010 – C-486/08 – *Tirol*, Rn. 32.

⁵⁹ Ebd., Rn. 30.

⁶⁰ EuGH vom 13.06.2013 – C-415/12 – *Brandes*, Rn. 36.

⁶¹ Im Ergebnis ebenso *Höpfner*, RdA 2013, 65 (66).

⁶² *Schubert*, NZA 2013, 1105 (1106).

⁶³ EuGH vom 22.04.2010 – C-486/08 – *Tirol*, Rn. 30.

⁶⁴ Jüngst etwa EuGH vom 20.07.2016 – C-341/15 – *Maschek*, Rn. 26.

⁶⁵ St. Rspr., jüngst etwa EuGH vom 20.07.2016 – C-341/15 – *Maschek*, Rn. 27.

⁶⁶ EuGH vom 12.06.2014 – C-118/13 – *Bollacke*, Rn. 27 f.

⁶⁷ EuGH vom 06.04.2006 – C-124/05 – *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, Rn. 32.

⁶⁸ EuGH vom 12.06.2014 – C-118/13 – *Bollacke*, Rn. 25.

⁶⁹ Ebd., Rn. 23 ff.

⁷⁰ Frei nach einem unterhaltsrechtlichen Grundsatz.

⁷¹ EuGH vom 12.06.2014 – C-118/13 – *Bollacke*, Rn. 24 f.

der bisherigen Erwägung, dass der Anspruch auch nach dem Ablauf des Bezugsjahres noch seine Wirkung entfalte, eine neue Dimension, die sich noch weiter vom Erholungszweck löst.

Auch in Sachen Urlaubsabgeltung im Todesfall gibt der EuGH demnach der Anspruchserhaltung den Vorzug vor einer Erwägung unter Gesichtspunkten des Arbeits- und Gesundheitsschutzes. Das Ergebnis ist, wie auch in den Rechtssachen Schultz-Hoff, KHS und Tirol, dass der Arbeitnehmer einen geldwerten Anspruch zugesprochen bekommt. Dogmatisch scheint dies insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass es sich hier ja um einen Anspruch aus der AZRL mit den Zielen Gesundheitsschutz und Sicherheit handelt, nicht erklärlich.

3. Sanktionen

Die Unklarheiten um die dogmatischen Brüche lassen sich jedoch beseitigen, wenn man neben den der deutschen Arbeitsrechtsdogmatik bekannten Kategorien des Privatrechts und des (öffentlich-rechtlichen) Arbeitsschutzrechts eine dritte Kategorie hinzufügt, die dem deutschen Rechtskreis wenig bekannt ist: Die Kategorie der Ansprüche mit Sanktionscharakter.

Der EuGH intendiert offenbar, dass der Arbeitgeber den Urlaubsanspruch so oder so zu zahlen haben soll, gleich ob dies dem Erholungs- und Freizeitweck oder – mit Blick auf die Bollacke-Entscheidung – überhaupt auch nur dem Arbeitnehmer selbst zugutekommt. Überrasgender Zweck ist es demnach offenbar, den Arbeitgeber zur Urlaubsgewährung (notfalls Abgeltung) zu zwingen: So muss der Arbeitgeber den Urlaubsanspruch auch dann abgelden, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr lebt (vgl. Bollacke). – So muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch dann bezahlt freistellen, wenn er nicht gearbeitet hat (vgl. Schultz-Hoff). – So kann der Arbeitgeber dem die Arbeitszeit reduzierenden Arbeitnehmer den Urlaubsanspruch nicht kürzen (vgl. Tirol).

Sehr deutlich wird diese Intention in der Bollacke-Entscheidung: Das Urteil enthält den bemerkenswerten Passus, ein Urlaubsabgeltungsanspruch nach dem Tod des Arbeitnehmers erweise sich „als unerlässlich, um die praktische Wirksamkeit des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub sicherzustellen, der dem Arbeitnehmer nach der Richtlinie 2003/88 zusteht.“⁷² Diese Wertung ist vor dem deutschen Telos, der einzig auf die Erholung des Arbeitnehmers abstellt, welche wiederum mit dessen Tod unmöglich wird, nicht erklärlich.⁷³ Der EuGH führt zwar die dogmatische Überlegung an, dass ein einmal entstandener Urlaubsanspruch nicht durch einen von keiner Partei beherrschbaren Umstand untergehen darf,

sondern (notfalls in Form eines Abgeltungsanspruchs) weiterbestehen muss⁷⁴ – er verhält sich freilich nicht dazu, weshalb genau das zur Sicherstellung der „praktische[n] Wirksamkeit“ unentbehrlich ist. Dies kann nur so verstanden werden, dass der EuGH dem Anspruch eine über rein arbeitsschutzrechtliche Erwägungen hinausgehende zusätzliche Sanktionsfunktion gegenüber dem „säumigen“ Arbeitgeber beimisst.

Durch keine der EuGH-Entscheidungen werden Gesundheitsschutz oder Sicherheit des Arbeitnehmers im Sinne der AZRL gestärkt, wohl aber dessen geldwerte Ansprüche auf Freistellung und Vergütung.⁷⁵ Das Signal ist klar: Jeder Arbeitnehmer erhält in jedem Fall – ob arbeitsschutzrechtlich erklärlich oder nicht – vier Wochen vergütete Freistellung. Dies lässt sich nur so deuten, dass durch derlei Sanktionsmechanismen präventiv auf den Arbeitgeber eingewirkt werden soll, den Urlaub auch ja zu gewähren, weil er letztlich sowieso nicht umhinkäme.

Eine derartige Praxis, Ansprüche aufgrund general- und spezialpräventiver Erwägungen zuzusprechen, dürfte dem deutschen Rechtskreis im Zuge unionsrechtlicher Entwicklungen mittlerweile eigentlich nicht mehr völlig unbekannt sein.⁷⁶ Die Ansicht, Normen des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzes müssten mit Bußgeld- oder Strafvorschriften, keinesfalls aber mit präventiven privatrechtlichen Sanktionsmechanismen (private enforcement) bewehrt sein, beruht lediglich auf den historisch gewachsenen Prinzipien des deutschen Schadensersatzrechts⁷⁷ bzw. auf der Annahme, dass es allein dem Staat aufgrund seines Gewaltmonopols zustehe, die Einhaltung objektiven Rechts zu überwachen.⁷⁸ Nach unionsrechtlichem Verständnis ist das Privatrecht dagegen durchaus als funktionales Äquivalent zu öffentlich-rechtlichem Vollzug anzusehen.⁷⁹ Die effektive Bewehrung ist dabei unabhängig von seiner konkreten Ausgestaltung durch den *effet utile* geboten.⁸⁰ Dennoch will sich die Erkenntnis, dass erstens die Durchsetzung unionsrechtlicher Ansprüche durch sanktionierendes Privatrecht möglich ist und zweitens dies auch faktisch bereits durch die deutsche Rechtsprechung geschehen ist⁸¹, nicht recht durchsetzen.

74 EuGH vom 12.06.2014 – C-118/13 – *Bollacke*, Rn. 25.

75 Vgl. *Schubert*, NZA 2013, 1105 (1107).

76 Vgl. hierzu nur die Ausführungen von *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 (389 ff.) zu § 611a a. F. BGB.

77 *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (394).

78 Vgl. *ebd.*, 399.

79 *Ebd.*, 405.

80 EuGH vom 17.09.2002 – C-253/00 – *Muñoz*, Nr. 28, 30; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (414).

81 Vgl. etwa die Umsetzung der EuGH-Entscheidungen *Schultz-Hoff* bzw. *KHS* und *Brandes* durch richtlinienkonforme Auslegung deutschen Rechts.

72 *Ebd.*, Rn. 24.

73 Vgl. *Kamanabrou*, RdA 2017, S. 163.

Wird in der deutschen Rechtswissenschaft also immer wieder darauf hingewiesen, dass es keine Bußgeldvorschriften im BUrlG gibt⁸², so muss im Ergebnis konstatiert werden, dass faktisch nunmehr doch etwas sehr Ähnliches Einzug in das deutsche Urlaubsrecht gehalten hat.

4. Zwischenergebnis

Die Richtlinie 2003/88 intendiert „Gesundheitsschutz und Sicherheit“ des Arbeitnehmers und ist mithin Arbeitsschutzrecht. Die europäische Rechtsprechung zum Jahresurlaub demgegenüber folgt in den analysierten Fallgruppen vordergründig nicht diesem Richtlinienzweck. Stattdessen werden verschiedene Wege gefunden, um Arbeitnehmern geldwerte Ansprüche zuzuwenden. Vergleicht man die Fallgruppen, in denen die arbeitsschutzrechtliche Dogmatik durchbrochen wird, so haben sie alle gemein, dass Billigkeitserwägungen mit dem Ziel angestellt werden, den geldwerten Anspruch – zumindest auf Urlaubsabgeltung – in jedem Fall gegen den Arbeitgeber durchzusetzen. Hintergründig stärkt damit der EuGH den Urlaubsanspruch und damit den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer durch bezahlte Arbeitsfreistellung, weil er dem Anspruch eine Sanktionsdimension beimisst und so dessen Durchsetzung garantiert.

IV. Ergebnis

Versteht man das europäische Urlaubsrecht als ein System von konkreten Arbeitsschutzmaßnahmen in Verbindung mit Sanktionsnormen, so ergibt sich durchaus ein stimmiges System. Die Ansprüche werden durchgesetzt durch privatrechtliche Sanktionsnormen, die im deutschen Recht durch unionsrechtskonforme Auslegung entstehen. Dies ist nur nach deutschem Verständnis ungewöhnlich, nach europäischem dagegen völlig unproblematisch.

Die Sanktionsvorschriften wurden insbesondere durch die KHS-Entscheidung weniger willkürlich, da sie auf einen billigen Umfang beschränkt werden.

Der Umstand, dass unionsrechtlich ein stimmiges System besteht, dass isoliert betrachtet durchaus funktionsfähig und sachgerecht ist, kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass privatrechtliche Sanktionierungsvorschriften in der deutschen Systematik bislang ungewohnt erscheinen.

Es steht demnach keinesfalls zu erwarten, dass sich die europäische Rechtsprechung von ihrem restriktiven Standpunkt entfernen wird. Eines ist offenkundig: Wo das Risiko einer Arbeitsunfähigkeit oder eines Todes

des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber auferlegt wird, da erscheint es a maiore ad minus undenkbar, dem Arbeitnehmer etwa eine Pflicht zum Urlaubsantrag zuzumuten.

V. Ausblick

Die europäischen Einflussmöglichkeiten auf das deutsche Urlaubsrecht werden mit Beendigung des Streits um die Antragspflicht vorerst ausgeschöpft sein. Die deutsche Dogmatik mag unter den systemfremden Modifikationen durch das Unionsrecht ächzen, aber es zeigt sich bereits heute, dass die europäischen Neuerungen sich in die deutsche Praxis einbetten lassen. Es erscheint daher durchaus möglich, das deutsche Urlaubsrecht danach auch weiterhin als Privatrecht zu deklarieren, welches von der europäisch-öffentlich-rechtlichen Normgebung ausgelegt durch den EuGH mitsamt seiner Sanktionsanspruchssystematik eingehegt wird. Auf diese Weise werden nämlich die europarechtlichen Vorgaben umgesetzt – und im Übrigen sind die Mitgliedsstaaten gem. Art. 7 I AZRL frei in der konkreten Umsetzung des Urlaubsanspruchs.⁸³ Solange sich der deutsche Gesetzgeber also nicht bereit erklärt, den Urlaubsanspruch mit (öffentlich-rechtlichen) Sanktionsnormen zu beweisen, erscheint die Umsetzung durch das BAG mittels sanktionierenden Privatrechts zwar für das deutsche Recht ungewohnt, ist aber im Ergebnis unionsrechtlich geboten.

Die erwartbare Pflicht des Arbeitgebers, den Urlaub initiativ zu gewähren, würde bei einem Verstoß zu Schadensersatz nach §§ 280 I 1, III, 283 BGB i. V. m. § 275 I BGB wegen arbeitgeberseitig verschuldeter Unmöglichkeit führen. Dies würde dem Arbeitnehmer eine Schutzposition gewähren, die mit der öffentlich-rechtlichen zumindest im Ansatz vergleichbar wäre. Über § 2 S. 2 BUrlG würde dieser Schutz auch den unwissend Scheinselbständigen zugutekommen. Negativ betroffen wäre nur der rechtswidrig handelnde Arbeitgeber – durchaus nicht unbillig.

Gleichzeitig wäre es in tatsächlicher Hinsicht weiterhin möglich, im Falle einer konkret drohenden Insolvenz auf Urlaubsansprüche zu verzichten und so finanziellen Druck vom insolvenzbedrohten Arbeitgeber zu nehmen, ohne dass hierfür Bußgelder und Verwaltungsmaßnahmen etc. fällig würden. Eine solche Praxis wäre zwar nach Gesagtem unionsrechtswidrig, doch würde zumindest mittelfristig der große Vorteil des privatrechtlichen Verständnisses vom Urlaubsanspruch erhalten bleiben: die größere Flexibilität. Denn so hehr das Ziel des Arbeitnehmerschutzes auch ist: Für den Arbeitnehmer wiegt der Verlust des Arbeitsplatzes schwerer als nicht genommener Urlaub.

⁸² Etwa Kielkowski/Happ, in: jurisPR 3/2015 Anm. 4 unter C.II.

⁸³ Hackmann, in: Faber u. a. (Hrsg.), FS Kohte, 2016, 293 (308).