

Girstmair · Ostermaier · Vogt

WALHALLA

URLAUBSRECHT

Der richtige Umgang mit Ansprüchen

REIHE BETRIEBLICHE PRAXIS

Mit den Regelungen für
besondere Personengruppen

Ihre Mitarbeiter sind dann mal weg?

Jeder Arbeitnehmer hat Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Das Bundesurlaubsgesetz bestimmt die Mindestanzahl an Urlaubstagen. Für bestimmte Personengruppen (z.B. Jugendliche, Auszubildende, schwerbehinderte Menschen, Seeleute oder Heimarbeiter) existieren ergänzend Sondervorschriften. Daneben kann eine Freistellung von der Arbeitspflicht auch aus etlichen anderen Gründen notwendig oder gewünscht sein, z.B. für ein Sabbatical, zur Pflege eines Angehörigen, zur Betreuung eines Kindes oder zur Weiterbildung.

Die richtige Urlaubsplanung und Urlaubsgewährung sind wichtig für reibungslose Abläufe im Betrieb. Der neue Fachratgeber hilft, Streitigkeiten rund um das Thema Urlaub und Freistellung zu vermeiden:

- Wie viele Urlaubstage stehen den Mitarbeitern zu?
- Wie muss das Urlaubsentgelt berechnet werden?
- Wann besteht ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung?
- Wann können Urlaubsansprüche verfallen?
- Wann darf der Urlaub gekürzt werden?
- Wann darf oder muss sonst von der Arbeitspflicht freigestellt werden?
- Was gilt bei Eltern- und Pflegezeit?

Juliane Girstmair, Fachanwältin für Arbeitsrecht.

Dr. Christian Ostermaier, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Solicitor (England und Wales).

Sylvia Vogt, Rechtsanwältin.

Bei SNP Schlawien Partnerschaft mbB betreuen die Autoren kleine und mittelständische Unternehmen, familiengeführte Gesellschaften sowie Einzelpersonen unter anderem in allen Fragen des Arbeitsrechts.

Girstmair · Ostermaier · Vogt

URLAUBSRECHT

Der richtige Umgang mit Ansprüchen

WALHALLA

Dieses E-Book enthält den Inhalt der gleichnamigen Druckausgabe, sodass folgender Zitiervorschlag verwendet werden kann:

Juliane Girstmair, Christian Ostermaier, Sylvia Vogt, Urlaubsrecht
Walhalla Fachverlag, Regensburg 2017

Hinweis: Unsere Werke sind stets bemüht, Sie nach bestem Wissen zu informieren. Alle Angaben in diesem Werk sind sorgfältig zusammengetragen und geprüft. Durch Neuerungen in der Gesetzgebung, Rechtsprechung sowie durch den Zeitablauf ergeben sich zwangsläufig Änderungen. Bitte haben Sie deshalb Verständnis dafür, dass wir für die Vollständigkeit und Richtigkeit des Inhalts keine Haftung übernehmen.

Bearbeitungsstand: September 2017

WALHALLA Digital:

Mit den WALHALLA E-Books bleiben Sie stets auf aktuellem Stand! Auf www.WALHALLA.de finden Sie unser komplettes E-Book- und App-Angebot. Klicken Sie doch mal rein!

Wir weisen darauf hin, dass Sie die gekauften E-Books nur für Ihren persönlichen Gebrauch nutzen dürfen. Eine entgeltliche oder unentgeltliche Weitergabe oder Leihe an Dritte ist nicht erlaubt. Auch das Einspeisen des E-Books in ein Netzwerk (z. B. Behörden-, Bibliotheksserver, Unternehmens-Intranet) ist nur erlaubt, wenn eine gesonderte Lizenzvereinbarung vorliegt.

Sollten Sie an einer Campus- oder Mehrplatzlizenz interessiert sein, wenden Sie sich bitte an den WALHALLA-E-Book-Service unter 0941 5684-0 oder walhalla@walhalla.de.
Weitere Informationen finden Sie unter www.walhalla.de/b2b.

© Walhalla u. Praetoria Verlag GmbH & Co. KG, Regensburg
Dieses E-Book ist nur für den persönlichen Gebrauch bestimmt.
Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Bestellnummer: 4214600

Schnellübersicht

Einleitung	7	
Grundlagen des Urlaubsrechts	13	1
Erholungsurlaub nach dem Bundesurlaubsgesetz	17	2
Erholungsurlaub nach Tarifvertrag und betriebliche Mitbestimmung	139	3
Verhältnis von Gesetz, Arbeitsvertrag und kollektivrechtlichen Regelungen	159	4
Urlaubsregelungen für besondere Personengruppen	163	5
Durchsetzung des Urlaubsanspruchs	205	6
Reduzierung von Urlaubsansprüchen	209	7
Freistellung außerhalb des Urlaubsrechts	219	8
Feiertage	309	9
Stichwortverzeichnis	315	10

Einleitung

Vorwort	8
Abkürzungsverzeichnis	9
Literaturverzeichnis	12

Vorwort

Ist von Urlaub die Rede, denken die meisten wohl zuerst an die „schönste Zeit des Jahres“, also den Erholungsurlaub. Das Urlaubsrecht kennt jedoch noch viele andere Facetten. Eine Freistellung kann zu vielerlei Zwecken erfolgen, z. B. zur Ausübung eines Ehrenamtes, zur Fortbildung, zur Beaufsichtigung oder Erziehung eines Kindes, zur Pflege eines Angehörigen oder auch im Interesse des Arbeitgebers.

Und nicht immer geht die Freistellung mit einer Entgeltfortzahlung einher. Prinzipiell gilt der Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“. Nur, wenn eine Vorschrift oder Vereinbarung die Entgeltzahlung trotz Freistellung von der Arbeitspflicht vorsieht, schuldet der Arbeitgeber das entsprechende Gehalt. Beim klassischen Erholungsurlaub erhält der Arbeitnehmer seine laufenden Bezüge weiter. Bei einem Sabbatical wird der Arbeitnehmer in der Regel seinen Anspruch auf Weiterzahlung der Vergütung zuvor auf einem Wertguthabenkonto angespart haben. Und bei der Ausübung eines Ehrenamtes wird meist nur freigestellt, ohne Bezüge.

Dieses Buch gibt einen umfassenden Überblick über die verschiedenen Arten von Urlaub und Freistellungen im Arbeitsverhältnis. Es beantwortet, unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch des Arbeitnehmers besteht und welche Rechte und Pflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer damit verbunden sind.

J. Girstmair

C. Ostermaier

S. Vogt

Abkürzungsverzeichnis

AAG	Aufwendungsausgleichsgesetz
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
AO	Abgabenordnung
ArbPlSchG	Arbeitsplatzschutzgesetz
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell, Zeitschrift
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
AZRL	Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung
BAFzA	Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayUrIV	Verordnung über den Urlaub der bayerischen Beamten und Richter
BB	Betriebs-Berater, Zeitschrift für Recht, Steuern und Wirtschaft
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
BErzGG	Bundeserziehungsgeldgesetz
BeschV	Beschäftigungsverordnung
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BPersVG	Bundespersönlichkeitsvertretungsgesetz
BRTV Bau	Bundesrahmentarifvertrag Bau
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DB	Der Betrieb, Zeitschrift
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EStG	Einkommensteuergesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EÜG	Eignungsübungs-gesetz
FIRG	Flaggenrechtsgesetz
FIRV	Flaggenrechtsverordnung
FPfZG	Familienpflegezeitgesetz

GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GKV	gesetzliche Krankenversicherung
GRCh	EU-Grundrechte Charta
HAG	Heimarbeitsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
InsO	Insolvenzordnung
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
MiLoG	Mindestlohngesetz
MTV	Manteltarifvertrag
MuSchG	Mutterschutzgesetz
MuSchV	Verordnung zum Schutz der Mütter am Arbeitsplatz
NachwG	Nachweisgesetz
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PflegeZG	Pflegezeitgesetz
Rom I VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)
SchwBG	Schwerbehindertengesetz
SeeArbG	Seearbeitsgesetz
SGB	Sozialgesetzbuch
SOKA-Bau	Sozialkasse-Bau
SoKaSiG	Sozialkassensicherungsgesetz
SRÜ	Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen
StGB	Strafgesetzbuch
SUV	Soldatinnen- und Soldatenurlaubsverordnung
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
VermBG	Vermögensbildungsgesetz
VEÜG	Verordnung zum Eignungsübungs-gesetz
VTV	Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Bau-gewerbe
ZDG	Zivildienstgesetz

ZIP
ZPO

Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Zivilprozessordnung

Literaturverzeichnis

Arnold/Tillmanns, Bundesurlaubsgesetz, 3. Auflage, Haufe-Lexware, 2014

Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht, Handkommentar, 4. Auflage, Nomos Verlag, 2017

Düwell, Gesamtes Arbeitsrecht, 1. Auflage, Nomos Verlag 2016

Ernst/Adlhoch/Seel, SGB IX, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Kohlhammer Verlag, 2017

Friese, Urlaubsrecht, C. H. Beck Verlag, 2003

Heilmann, J., Urlaubsrecht – Basiskommentar zum BUrlG und zu anderen urlaubsrechtlichen Vorschriften, 4. Auflage, Bund-Verlag, 2014

Hohmeister, F./Oppermann, Bundesurlaubsgesetz, 3. Auflage, Nomos Verlag, 2013

Küttner, Personalbuch 2017, Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht, C. H. Beck Verlag, 2017

Leinemann/Linck, Urlaubsrecht, 2. Auflage, Vahlen Verlag, 2001

Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Auflage, C. H. Beck Verlag, 2017

Neumann/Fenski/Kühn, Bundesurlaubsgesetz, 11. Auflage, C. H. Beck Verlag, 2016

Powietzka/Rolf, Bundesurlaubsgesetz Kommentar, Luchterhand Taschenkommentare, 2. Auflage, Luchterhand Verlag, 2017

Rancke, Mutterschutz, Elterngeld, Elternzeit, Betreuungsgeld, 4. Auflage, Nomos Verlag, 2015

Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Auflage, C. H. Beck Verlag, 2015

Schütz/Hauck, Gesetzliches und tarifliches Urlaubsrecht, 1. Auflage, Luchterhand Verlag 1996.

Grundlagen des Urlaubsrechts

1.	Nationale Regelungen	14
2.	Europarechtliche Regelungen	15
3.	Internationale Regelungen.....	16

1. Nationale Regelungen

Urlaub ist die bezahlte Freistellung von der Arbeitspflicht. Jeder Arbeitnehmer hat Anspruch auf Urlaub. Je nachdem, welchem Zweck die Freistellung dient, gelten unterschiedliche gesetzliche Vorgaben. Diese sind nicht in einem umfassenden „Urlaubsgesetzbuch“ zusammengefasst, sondern auf eine Vielzahl von Gesetzen verteilt.

Das Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) regelt nur den Erholungsurlaub.

Der Arbeitgeber hat bei der Urlaubsgewährung nicht nur die einschlägigen gesetzlichen Regelungen zu beachten, sondern auch die arbeitsvertraglichen und kollektivrechtlichen Vereinbarungen. Letztere sind die Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen. Durch Vereinbarung darf oft nur unter ganz engen Voraussetzungen von den gesetzlichen Vorgaben abgewichen werden, da diese im Urlaubsrecht oft zwingend gelten oder nur eingeschränkt dispositiv, d. h. verhandelbar, sind. Dabei haben die Arbeitsvertragsparteien oftmals einen noch geringeren Spielraum als die Tarifparteien. Letztere traut der Gesetzgeber bisweilen eher zu, eine ausgewogene Regelung zu finden, als ersteren: Im Arbeitsverhältnis wird meist ein Gefälle in der Verhandlungsmacht zugunsten des Arbeitgebers vorliegen, so dass der Arbeitnehmer besonders schutzwürdig erscheint. Im Arbeitsvertrag darf deshalb z. B. von den Vorgaben des BUrlG im Wesentlichen nur zugunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Hingegen können Gewerkschaften gegenüber der Arbeitgeberseite durchaus gleichberechtigt auftreten. Der Gesetzgeber hat deshalb auf tarifvertraglicher Ebene mehr Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt.

Widersprechen sich die Regelungen von Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag, muss man also wissen, welche davon Vorrang hat. Es ist deshalb wichtig, nicht nur die einschlägigen arbeits- und kollektivvertraglichen Regelungen zu kennen, sondern auch die gesetzlichen Vorschriften und wie sich diese zueinander verhalten.

Das Urlaubsrecht ist neben den gesetzlichen Vorgaben deutlich von der Rechtsprechung geprägt. Häufig kann die Frage, ob eine konkrete Regelung zulässig ist, nur anhand von Urteilen beantwortet werden, die für vergleichbare Sachverhalte bereits ergangen sind. An verschiedenen Stellen im Fachratgeber wird deshalb in Fußnoten auf die konkreten Urteile hingewiesen.

2. Europarechtliche Regelungen

Das Urlaubsrecht ist nicht nur stark von der nationalen Rechtsprechung, sondern auch von zunehmenden europarechtlichen Einflüssen geprägt:

Das Europarecht stellt Mindestbedingungen für den Urlaub von Arbeitnehmern auf. Art. 31 Abs. 2 GRCh bestimmt, dass jeder Arbeitnehmer das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub hat. Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG verpflichtet die Mitgliedstaaten, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten erhält. Außerdem darf der bezahlte Mindestjahresurlaub – außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses – nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden. Denn der Urlaub dient in erster Linie der Erholung – er ist keine rein monetäre Angelegenheit.

Der Arbeitnehmer kann im Normalfall jedoch weder aus der Grundrechte Charta noch aus der Richtlinie unmittelbar Ansprüche gegenüber seinem Arbeitgeber herleiten. Die Bürger und sonstigen Rechtssubjekte (insbesondere juristische Personen, Tarifvertragsparteien) der Mitgliedstaaten sind nicht unmittelbar an die Vorgaben der Richtlinien gebunden. Die Grundrechte und Richtlinien müssen erst durch ein nationales Gesetz umgesetzt werden (Art. 288 Satz 2 AEUV). Nur dann, wenn der nationale Gesetzgeber seiner Umsetzungspflicht nicht ordnungsgemäß nachkommt, kann eine Richtlinie ausnahmsweise unmittelbare Geltung auch zwischen privaten Rechtspersonen beanspruchen. Voraussetzung ist, dass die Richtlinie bereits hinreichend konkret formuliert ist, so dass sich ein bestimmter Anspruch daraus ableiten lässt.

Wenn es um den Mindesturlaub geht, ist Rechtsgrundlage für den Arbeitnehmer deshalb stets das BurlG. Dieses setzt die Vorgaben der Richtlinie und der Grundrechte Charta um. Bei der Auslegung des BurlG berücksichtigen die deutschen Gerichte die europarechtlichen Vorgaben. Kommt es in einem nationalen Gerichtsverfahren auf die Auslegung von EU-Recht an, so kann das nationale Gericht eine entsprechende Frage dem EuGH zur Entscheidung vorlegen (Art. 267 AEUV: sog. Vorabentscheidungsverfahren). Die Entscheidung des EuGH wird sodann vom nationalen Gericht in seiner Entscheidung

des konkreten Falles berücksichtigt. Die Rechtsprechung des BAG hat sich unter der Geltung der europarechtlichen Vorschriften und der Entscheidungen des EuGH zum Urlaubsrecht deshalb in den letzten Jahren massiv gewandelt.

1 3. Internationale Regelungen

Neben den europarechtlichen Vorschriften existieren weitere internationale Regelungen in verschiedenen Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO). Zu nennen wären das internationale Übereinkommen Nummer 132 über den bezahlten Jahresurlaub vom 24. Juni 1970 (umgesetzt am 30. April 1975, BGBl. 1975 II S. 745), das Übereinkommen über die Arbeitsbedingungen in Hotels, Gaststätten und ähnlichen Betrieben (umgesetzt am 25. Mai 2006, BGBl. 2006 II S. 490) und das Seearbeitsübereinkommen (umgesetzt mit dem SeeArbG, siehe Kapitel 5 Ziff. 6). Rechtswirkung zugunsten des Einzelnen können auch diese Abkommen erst mit Umsetzung durch ein nationales Gesetz entfalten. In Deutschland sind die Übereinkommen entsprechend umgesetzt worden mit dem BUrlG und dem SeeArbG. Bei der Auslegung der nationalen Gesetze können wiederum die zugrunde liegenden Übereinkommen herangezogen werden.

Im Folgenden soll ein umfassender Überblick über die verschiedenen Varianten von Freistellungen im Arbeitsverhältnis gegeben werden. Dargestellt werden die Voraussetzungen der verschiedenen Freistellungsarten sowie die Rechtsfolgen, insbesondere auch, wie sich eine Freistellung außerhalb des Erholungsurlaubs auf diesen auswirkt.

Erholungsurlaub nach dem Bundesurlaubsgesetz

1.	Geltungsbereich des BUrlG	18
2.	Anspruchsvoraussetzungen	31
3.	Urlaubsdauer	49
4.	Urlaubsgewährung	62
5.	Widerruf, Verfall und Kürzung des Anspruchs	79
6.	Urlaubsentgelt	87
7.	Urlaubsgeld	103
8.	Krankheit und med. Vorsorge oder Rehabilitation während des Urlaubs	108
9.	Erwerbstätigkeit während des Urlaubs	122
10.	Urlaubsabgeltung	125
11.	Urlaub und Arbeitslosengeld	133
12.	Insolvenz des Arbeitgebers	135

1. Geltungsbereich des BUrlG

Um welchen Urlaub geht es?

Für die meisten Arbeitnehmer dürfte der Erholungsurlaub von allen Arten der Freistellung die größte Bedeutung haben.

2 Erholungsurlaub bedeutet die vorübergehende Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht unter Entgeltfortzahlung zum Zweck der Erholung.¹ Dem Arbeitnehmer soll ein bestimmter Zeitraum zur Erholung, Entspannung und für Freizeit zur Verfügung stehen.²

Da dieser Zweck nur erreicht werden kann, wenn der Urlaub auch tatsächlich im laufenden Urlaubsjahr genommen wird, soll eine Übertragung ins nächste Urlaubsjahr oder eine Abgeltung nur in Ausnahmefällen erfolgen. Dennoch ist es rechtlich irrelevant, ob der Arbeitnehmer tatsächlich erholungsbedürftig ist.

Die gesetzlichen Regelungen zum Erholungsurlaub finden sich im BUrlG, das bereits am 8. Januar 1963 erlassen und zuletzt am 20. April 2013 (BGBl. I S. 2013/869) geändert wurde. Es stellt die Mindestbedingungen auf, die für den Erholungsurlaub im Arbeitsverhältnis gelten.

Bei Urlaubsansprüchen ist zwischen dem gesetzlichen Mindesturlaub und den ggf. vertraglich vereinbarten Mehrurlaub zu unterscheiden:

Gesetzlicher Mindesturlaub

Das BUrlG gilt prinzipiell nur für den gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch. Es legt fest, wie viele Urlaubstage mindestens zu gewähren sind, in welchem Zeitraum dies zu geschehen hat, wann Urlaubsansprüche verfallen, ob der Arbeitnehmer während des Urlaubs erwerbstätig sein darf, was geschieht, wenn der Arbeitnehmer während des Urlaubs erkrankt, und welches Entgelt er während seines Urlaubs erhält.

Vertraglicher Mehrurlaub

Für kollektivrechtlich oder arbeitsvertraglich vereinbarten Mehrurlaub gilt das BUrlG an sich *nicht*. Für diesen Mehrurlaub, der also

¹ BAG, Urteil vom 20. Juni 2000, Az.: 9 AZR 405/999, DB 2000, 2327

² EuGH, Urteil vom 22. April 2000, Az.: C-486/08, NZA 2010, 557

den gesetzlichen Mindesturlaub überschreitet, können die Vertragsparteien eigenständige Regelungen treffen, die von denjenigen des BUrlG abweichen. Sie müssen dies aber nicht. Der Mehrurlaub kann auch den Regeln des BUrlG unterworfen werden. Man spricht dann von einem sog. „Gleichlauf der Ansprüche“.

Ob die Tarif- oder Arbeitsvertragsparteien eine eigenständige Regelung treffen wollten, ist durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Wollen die Parteien ein vom BUrlG abweichendes Regime aufstellen, müssen aus dem Vertrag hinreichend deutliche Anhaltspunkte dafür hervorgehen. Zum Beispiel kann bestimmt werden, dass der vertragliche Urlaub im laufenden Urlaubsjahr gewährt und genommen werden muss und eine Übertragung nur in besonders genannten Ausnahmefällen, die strenger sind als das BUrlG, möglich ist.³ Ergeben sich aus dem Vertrag keine Anhaltspunkte, dass die Parteien den Mehrurlaub auf besondere Art und Weise regeln wollten, gelten auch für den Mehrurlaub die Bestimmungen des BUrlG.

Die Geltung der Vorgaben des BUrlG auch für einen (tarif-)vertraglichen Mehrurlaub dürfte deshalb die Regel sein.

Für wen gilt das Gesetz?

Das BUrlG gilt für Arbeitnehmer (§ 1 BUrlG). Arbeitnehmer sind Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten (§ 2 BUrlG). Das BUrlG gilt also nicht für selbstständige Dienstleister, Mitunternehmer oder Werk-Vertragspartner.

Begriff des „Arbeitnehmers“

Doch wer ist „Arbeitnehmer“? § 611a BGB definiert, was einen „Arbeitnehmer“ – im Unterschied zum Selbstständigen – ausmacht:



Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhält-

³ BAG, Urteil vom 14. Februar 2017, Az.: 9 AZR 207/16, BeckRS 2017, 106695

nisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.

Entscheidend ist also die sog. Weisungsgebundenheit. Ob diese gegeben ist, kann an folgenden Kriterien festgemacht werden:

- 2 ■ keine freie Bestimmung von Zeit, Ort sowie Art und Weise der Tätigkeit
- keine Möglichkeit, einen Auftrag abzulehnen
- Eingliederung in die betrieblichen Arbeitsabläufe
- Aufnahme in Organisations-, Raumbelungspläne, Telefonlisten, E-Mail-Verteiler
- Pflicht zur Vertretung von Kollegen
- Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung
- keine Beschäftigung von eigenen Mitarbeitern
- keine Tätigkeit für mehrere Auftraggeber
- keine Anmeldung eines Gewerbes
- keine eigene Werbung
- keine eigene unternehmerische Verantwortlichkeit, kein eigenes Qualitätsmanagement
- Wettbewerbsverbot
- keine eigenen Betriebsmittel
- keine eigene Betriebsstätte

Dieser Katalog ist nicht abschließend. Die Punkte können je nach Einzelfall unterschiedlich zu gewichten sein. Es müssen jeweils alle Umstände und Besonderheiten des Falles gewürdigt werden. Erst durch eine Zusammenschau aller Umstände kann in Zweifelsfällen die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, beantwortet werden.

Problematisch kann die Abgrenzung nicht nur beim freien Mitarbeiter, sondern auch bei Franchisenehmern sein. Zwar sind diese in der Regel selbstständig. Lässt ihnen der Franchisevertrag jedoch kaum mehr unternehmerischen Gestaltungsspielraum, können sie als Arbeitnehmer anzusehen sein. Es kommt darauf an, inwieweit

sie in die Organisation des Franchisegebers einbezogen und dessen Weisungen unterworfen sind.⁴

Die Mitarbeit in einem Familienbetrieb kann ebenfalls auf Basis eines Arbeitsvertrages erfolgen. Allerdings ist dies nicht zwingend der Fall. Es kommt auf die tatsächliche Ausgestaltung an, insbesondere inwieweit das Familienmitglied den Weisungen eines Vorgesetzten unterworfen und in den Betrieb eingegliedert ist.

Bei der Frage, ob jemand als „Arbeitnehmer“ im Sinne des BUrlG anzusehen ist, spielt das Europarecht eine wichtige Rolle. Denn bei der Auslegung des BUrlG haben die deutschen Gerichte auch die Vorgaben der Urlaubsrichtlinie 2003/88/EG zu beachten. Und der europarechtliche Arbeitnehmerbegriff ist weiter als der deutsche:

Der Geschäftsführer einer GmbH erbringt seine Dienste an sich nicht im Rahmen eines Arbeits-, sondern (freien) Dienstvertrages. Dennoch steht ihm nach der Rechtsprechung des EuGH der Mindesturlaub nach Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG zu, wenn er über keine oder nur eine Minderheitsbeteiligung ohne Sperrminorität an der Gesellschaft verfügt.⁵ Denn auch dann ist er den Weisungen der Gesellschafterversammlung faktisch unterworfen.

Dasselbe gilt für Beamte. Diese sind ebenfalls keine Arbeitnehmer, dennoch ist auch ihnen mindestens der Urlaub nach Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG zu gewähren.⁶

Wichtig: Liegt ein Arbeitsverhältnis im genannten Sinne vor, so ist es unerheblich, ob der Arbeitnehmer in Teilzeit oder sogar nur als Aushilfe arbeitet. Auch dann hat er Urlaubsansprüche nach dem BUrlG.

Geht der Arbeitnehmer einer Nebentätigkeit nach, besteht eine „Doppelbeschäftigung“. Urlaubsansprüche ergeben sich dann sowohl aus der Haupt- als auch der Nebenbeschäftigung. Die Urlaubsansprüche bestehen nebeneinander.

Auch sogenannte „Ein-Euro-Jobber“ haben Anspruch auf bezahlten Urlaub (§ 16d Abs. 7 Satz 2 SGB II).

In einem Wiedereingliederungsverhältnis nach § 74 SGB V kann kein Urlaub genommen werden. Denn der Arbeitnehmer ist wegen seiner Erkrankung ohnehin nicht in der Lage, die Arbeitsleistung zu

⁴ BAG, Beschluss vom 16. Juli 1997, Az.: 9 AZR 29/96, BB 1997, 1591

⁵ EuGH, Urteil vom 11. November 2010, Az.: C-232/09, NZA 2011,143

⁶ EuGH, Urteil vom 3. Mai 2012, Az.: C-337/10, AP RL 2003/88/EG Nr. 8 für beamtete Feuerwehrleute

erbringen. Es besteht keine Arbeitsverpflichtung, von der er durch Urlaubsgewährung befreit werden könnte.

2

Allerdings gilt: Da das Arbeitsverhältnis rechtlich trotzdem fortbesteht und die tatsächliche Leistung von Arbeit nicht Voraussetzung für das Entstehen von Urlaubsansprüchen ist, können auch während des Wiedereingliederungsverhältnisses Urlaubsansprüche dem Grunde nach entstehen (vgl. hierzu Kapitel 2 Ziff. 8). Diese können jedoch wegen Zeitablauf wieder verfallen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit über den Übertragungszeitraum bis zum 31. März des übernächsten Jahres (15-Monatsfrist) hinaus andauert oder der Arbeitnehmer ihn aus sonstigen Gründen nicht rechtzeitig antritt (zur längerfristigen krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit siehe Kapitel 2 Ziff. 4).

Auszubildenden, Umschülern (§ 1 Abs. 3 BBiG), Volontären (§ 26 BBiG) und Praktikanten, soweit sie nicht nur ein von der Studienordnung vorgeschriebenes (Fach-)Hochschul- oder Schülerpraktikum ableisten (§ 26 BBiG), stehen gleichfalls Urlaubsansprüche nach dem BUrlG zu.

Arbeitnehmerähnliche Personen

Dasselbe gilt für arbeitnehmerähnliche Personen. Diese sind an sich nicht weisungsgebunden und deshalb keine Arbeitnehmer. Sie erbringen jedoch ihre Dienste persönlich und in der Regel ohne eigene Mitarbeiter. Dabei sind sie wirtschaftlich von einem bestimmten Auftraggeber abhängig und einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig (vgl. § 12a TVG). Sie werden deshalb in den Geltungsbereich des BUrlG mit einbezogen.

Beispiele für arbeitnehmerähnliche Personen sind freie Handelsvertreter, Heimarbeiter und Rundfunkmitarbeiter, die programmgestaltend mitarbeiten. Dies ist typischerweise dann der Fall, wenn die Mitarbeiter ihre eigene Auffassung zu politischen, herrschaftlichen, künstlerischen oder anderen Sachfragen, ihre Fachkenntnisse und Informationen, ihre individuelle künstlerische Befähigung und Aussagekraft in die Sendung mit einbringen können. In Betracht kommen hier regelmäßig Regisseure, Moderatoren, Kommentatoren, Wissenschaftler und Künstler. Nicht zu den programmgestaltenden Mitarbeitern gehören indes das betriebstechnische und das Verwaltungspersonal sowie diejenigen, die zwar bei der Verwirklichung des Programms mitwirken, aber keinen inhaltlichen Einfluss

darauf haben.⁷ Die letztgenannten Mitarbeiter werden in der Regel im Rahmen eines „normalen“ Arbeitsverhältnisses tätig. Auch IT-Programmierer oder Übersetzer können als arbeitnehmerähnliche Personen tätig sein.

Entscheidend ist, dass sie sowohl wirtschaftlich von einem Auftraggeber abhängig als auch einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig sind. Ob dies der Fall ist, prüfen die Arbeitsgerichte anhand einer konkreten Einzelfallbetrachtung. Man kann also nicht sagen, dass eine bestimmte Berufsgruppe generell als arbeitnehmerähnlich anzusehen ist. § 12a TVG nennt einige Kriterien für die Bestimmung der wirtschaftlichen Abhängigkeit und sozialen Schutzbedürftigkeit. Zwar ist diese Bestimmung für den Urlaubsanspruch nicht direkt anwendbar, da es dort ausschließlich um den Abschluss von Tarifverträgen geht. Dennoch ziehen die Arbeitsgerichte auch die in § 12a TVG aufgeführten Kriterien bei der Frage, ob einem Anspruchsteller Urlaub zusteht, heran. Allerdings wird § 12a TVG nicht schematisch angewandt, sondern im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Mindesturlaubs:

2

Beispiel:

Herr T ist als Übersetzer für einen Übersetzerservice als freier Mitarbeiter tätig und erzielt dort ein durchschnittliches monatliches Einkommen in Höhe von 9.000 Euro. Er bestimmt seine Arbeitszeit selbst und ist frei, einen Auftrag abzulehnen. Außerdem erhält er immer wieder Aufträge einer Großkanzlei und erzielt dort im Durchschnitt ca. 900 Euro monatlich Honorar. Daneben besitzt er ein Mietshaus. Er erzielt Mieteinnahmen in Höhe von ca. 2.800 Euro monatlich. T möchte vom Übersetzerservice bezahlten Urlaub. Zu Recht?

T ist für den Übersetzerservice als freier Mitarbeiter tätig und auch nicht als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen, da er nicht mit einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig ist. Denn er kann seine freie Zeit und seinen Urlaub selbst bestimmen. Seine Einkünfte sind dabei so hoch, dass er nicht auf ein Urlaubsentgelt angewiesen ist. T kann deshalb gegenüber dem Übersetzerservice keine Urlaubsansprüche geltend machen.⁸

⁷ BAG, Urteil vom 17. April 2013, Az.: 10 AZR 272/12, NZA 2013,903

⁸ vgl. hierzu den ähnlichen Fall einer Moderatorin: LAG, Urteil vom 22. April 1999, Az.: 10 Sa 722/97, NZA-RR 1999, 589

Für den Bereich der Heimarbeit – ebenfalls arbeitnehmerähnliche Personen – gilt die Sondervorschrift des § 12 BUrlG (siehe hierzu Kapitel 5 Ziff. 7).

Wirksames Vertragsverhältnis

2

Die Anwendung des BUrlG setzt außerdem ein wirksames Vertragsverhältnis im oben genannten Sinne voraus. Es kann jedoch vorkommen, dass bereits beim Vertragsabschluss Fehler unterlaufen sind, so dass kein rechtswirksames Vertragsverhältnis zustande gekommen ist.

Dies ist z. B. dann der Fall, wenn sich ein Vertragspartner in einem rechtserheblichen Irrtum befunden hat (§§ 119 f., 123 BGB), der ihn zur Anfechtung seiner Willenserklärung ermächtigt. Ein solcher Irrtum kann darin liegen, dass der Arbeitgeber sich über Eigenschaften des Bewerbers getäuscht hat, die für die zu besetzende Stelle wesentlich sind. Der Arbeitgeber ist dann berechtigt, wegen eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft anzufechten, weil er das Vertragsangebot bei Kenntnis der wahren Sachlage und Würdigung der Umstände des Falles nicht oder nicht so abgegeben haben würde.

Beispiel:

Ein als LKW-Fahrer eingestellter Arbeitnehmer ist für den Arbeitsplatz objektiv ungeeignet, wenn er (z. B. wegen einer Trunkenheitsfahrt) gar nicht im Besitz eines Führerscheins ist.

Allgemein können verschwiegene Vorstrafen zur Anfechtung berechtigen, wenn sie für das Arbeitsverhältnis von einschlägiger Bedeutung sind (z. B. Verurteilung wegen Untreue bei einem Kassierer). Allerdings muss in aller Regel das Informationsbedürfnis des Arbeitgebers mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers abgewogen werden. Ist eine Vorstrafe im Bundeszentralregister getilgt, wird sich der Arbeitnehmer zumindest im Regelfall auch gegenüber dem Arbeitgeber als nicht vorbestraft bezeichnen dürfen.⁹

Im Einzelnen besteht eine umfangreiche Rechtsprechung, welche Fragen der Arbeitgeber bei einem Bewerbungsgespräch stellen darf

⁹ BAG, Urteil vom 6. September 2012, Az.: 2 AZR 270/11, NJW 2013, 1115

und welche der Arbeitnehmer dementsprechend wahrheitsgemäß beantworten muss. Eine Frage nach der Schwangerschaft oder einer Behinderung ohne Bezug zum konkreten Arbeitsplatz wäre z. B. wegen Diskriminierung unzulässig, so dass der Bewerber hierauf nicht wahrheitsgemäß antworten müsste. Ein Anfechtungsrecht besteht auch dann nicht. Ist ein Umstand für das Arbeitsverhältnis von so grundlegender Bedeutung, dass seine Durchführung davon objektiv abhängt, so muss der Arbeitnehmer sogar von sich aus darauf hinweisen.

Wenn ein Anfechtungsrecht besteht und die Anfechtung auch fristgerecht ausgeübt wird, ist Rechtsfolge nach § 142 BGB an sich die Unwirksamkeit des Vertrages von Anfang an. Die Anfechtung muss bei einem Eigenschaftsirrtum unverzüglich (§ 121 BGB) und bei einer arglistigen Täuschung oder Drohung von Seiten des Vertragspartners binnen Jahresfrist (§ 124 BGB) gerechnet ab Kenntniserlangung bzw. Beendigung der drohungsbedingten Zwangslage erfolgen.

Die Unwirksamkeit des Vertrages kann sich auch aus einer fehlenden Genehmigung Dritter ergeben.

Beispiel:

Ein ohne Zustimmung durch die Eltern eingegangenes Arbeits- oder Ausbildungsverhältnis mit einem Minderjährigen (§ 107 BGB) wollen die Eltern nicht im Nachhinein genehmigen. Hier fehlt es an einem wirksamen Vertrag.

Hat der Arbeitnehmer tatsächlich gearbeitet, stellt sich jedoch später heraus, dass der zugrundeliegende Vertrag rechtsunwirksam ist, spricht man von einem fehlerhaften oder faktischen Arbeitsverhältnis. An sich wäre die vom Gesetz vorgesehene Rechtsfolge die Rückabwicklung des Vertrages (§ 812 BGB). Da aber Arbeitsleistung erbracht wurde, ist diese Rechtsfolge faktisch schwer zu bewerkstelligen. Die Rechtsprechung behandelt solche Vertragsverhältnisse deshalb für die Vergangenheit als wirksames Arbeitsverhältnis. Für die Zukunft können diese jedoch mit sofortiger Wirkung aufgelöst werden. Es ist keine Kündigungsfrist einzuhalten.

Keine Rückabwicklungsprobleme bestehen, soweit das Arbeitsverhältnis nicht in Vollzug gesetzt wurde (mit anderen Worten: wenn der Arbeitnehmer gar nicht gearbeitet hat). Die Rechtsprechung versagt dem Arbeitnehmer bei rechtsfehlerhaftem Arbeitsverhält-

nis die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Es soll insofern bei dem gesetzlichen Grundsatz der Unwirksamkeit des Rechtsverhältnisses von Anfang an verbleiben.¹⁰ Folglich besteht mangels wirksamen Vertrages auch kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung.

Dieselbe Argumentation kann man auf den Anspruch auf bezahlten Urlaub übertragen: Auch im Urlaub wird keine Arbeit geleistet. Der Arbeitgeber hat gar keine Arbeitsleistung erhalten, die er faktisch nicht zurückgeben kann. Konsequenterweise kann also auch hier der Arbeitgeber mit guten Gründen die Entgeltfortzahlung für gewährten Urlaub verweigern.¹¹ Allerdings hat das BAG im Jahr 1959 – also lange vor dem oben zitierten Urteil zur Entgeltzahlung im Krankheitsfall aus dem Jahr 1998 – noch befunden, dass ein Urlaubsanspruch auch im faktischen Arbeitsverhältnis besteht.¹² Aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung des BAG oder des EuGH zur Frage des Urlaubsanspruchs im faktischen Arbeitsverhältnis steht noch aus. Man könnte hier mit dem Arbeitnehmer argumentieren, dass er sich seinen Urlaubsanspruch ja mit der vorherigen Erbringung von Arbeitsleistung „erdient“ hat. Allerdings steht dem entgegen, dass die tatsächliche Erbringung von Arbeitsleistung im Urlaubsjahr gerade keine Voraussetzung des Urlaubsanspruchs nach dem BUrlG ist.

Tatsächliche Arbeitsleistung

Für das Entstehen von Urlaubsansprüchen ist es nicht erforderlich, dass der Arbeitnehmer tatsächlich gearbeitet hat. Es ist unerheblich, wenn er im laufenden Arbeitsverhältnis arbeitsunfähig erkrankt war oder das Arbeitsverhältnis aus irgendwelchen Gründen ruht.¹³ Bei einem ruhenden Arbeitsverhältnis wird weder gearbeitet noch wird Entgelt gezahlt. Das rechtliche Band, also der Arbeitsvertrag, besteht dabei aber weiterhin. Dann kann der Arbeitnehmer zwar keinen Urlaub nehmen, weil er ja ohnehin momentan keine Arbeitspflicht hat, von der er befreit werden könnte. Trotzdem können weiterhin Urlaubsansprüche auflaufen. Das BUrlG setzt lediglich ein rechtlich wirksames Arbeitsverhältnis voraus, keine Arbeitsleistung. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob der Arbeitnehmer tatsächlich erholungsbedürftig ist.

¹⁰ BAG, Urteil vom 3. Dezember 1998, Az.: 2 AZR 754/97, NZA 1999, 584

¹¹ so auch Zimmermann, in Arnold/Tillmanns, BUrlG, § 1 Rz. 52

¹² BAG, Urteil vom 19. Juni 1959, Az.: 1 AZR 565/57, NJW 1959, 2036

¹³ BAG, Urteil vom 6. Mai 2014, Az.: 9 AZR 678/12, NZA 2014, 959

Eine andere Frage ist, ob der Arbeitgeber den Urlaubsanspruch kürzen darf, um das Auflaufen von unangemessen hohen Urlaubsansprüchen (z. B. im Rahmen der Elternzeit oder eines Sabbaticals) zu verhindern. Diese Frage wird im Folgenden bei den einzelnen Freistellungsarten gesondert behandelt (siehe Kapitel 8).

Wo gilt das Gesetz?

Das BUrlG gilt in dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.

2

Nationale Sachverhalte

Maßgeblich ist, an oder von welchem Ort aus der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.

Beispiel:

Für einen Außendienstmitarbeiter, der regelmäßig das Hauptbüro aufsucht, ist gewöhnlicher Tätigkeitsort in diesem Sinne der Sitz des Hauptbüros.

Entsprechend ist bei einem LKW-Fahrer, der auch im Ausland seine Touren fährt, auf denjenigen Ort abzustellen, von dem er seine Fahrten antritt, an dem seine Einsatzplanung erfolgt und von dem er seine Anweisungen erhält.¹⁴ Ist ein solcher gewöhnlicher Tätigkeitsort nicht vorhanden, so ist auf den Ort der Niederlassung, die den Arbeitnehmer eingestellt hat, abzustellen (Art. 28 Rom I VO, Art. 30 Abs. 2 EGBGB).

Bei Beschäftigten, die an der Küste oder Off-Shore eingesetzt sind, kommt es darauf an, wie weit sie bei ihrer Tätigkeit vom Festland entfernt sind: Zum Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zählt auch der Festlandsockel¹⁵ und die Zwölf-Meilen-Zone des Küstenstreifens (Art. 3 SRÜ). Die sog. „Ausschließliche Wirtschaftszone“ (AWZ) hingegen befindet sich außerhalb dieser Zone und erlaubt nach dem UN-Seerechtsübereinkommen (Art. 55 SeeRÜ) zwar insbesondere die Errichtung von Offshore-Anlagen (Bohrinseln, Windräder etc.). Hierzu werden den Vertragsstaaten bestimmte Hoheitsbefugnisse eingeräumt.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 15. Dezember 2011, Az.: C-384/10, NZA 2012, 227

¹⁵ EuGH, Urteil vom 27. Februar 2002, Az.: Rs. C-37/00, NJW 2002, 1635

Das Urlaubsrecht gehört nach h. M. jedoch nicht zu diesen Hoheitsbefugnissen. Es gilt deshalb diejenige Rechtsordnung, die nach dem Internationalen Privatrecht einschlägig ist (dazu sogleich). Abgesehen davon wird die Tätigkeit auf einer Offshore-Anlage in aller Regel von einem Betrieb auf dem Festland dirigiert werden, so dass der Hauptbetrieb dann auf dem Festland und nicht in der AWZ liegen dürfte.

2 *Internationale Sachverhalte*

Für die Seeschifffahrt wird auf die Ausführungen zum Seearbeitsrecht verwiesen (siehe Kapitel 5 Ziff. 6). Es gilt nicht ausschließlich das Flaggenprinzip. Es sind vielmehr die allgemeinen Anknüpfungsgrundsätze des Internationalen Privatrechts heranzuziehen: Internationale Sachverhalte des Arbeitsrechts sind in Art. 8 und 9 Rom I VO geregelt. Diese gelten für Arbeitsverhältnisse, die ab dem 17. Dezember 2009 geschlossen wurden (Art. 28 Rom I VO). Für ältere Arbeitsverhältnisse gelten nach wie vor die Art. 27 bis 37 EGBGB. Die Vorschriften stimmen inhaltlich jedoch weitgehend überein.

Hiernach gilt prinzipiell der Grundsatz der freien Rechtswahl: Das Vertragsverhältnis unterliegt derjenigen Rechtsordnung, welche die Parteien gemeinsam bestimmt haben. Dabei kann sich eine Rechtswahl auch konkludent aus den Umständen des Falles ergeben. Wichtige Indizien sind hier zum Beispiel Gerichtsstandsklauseln, die Wahl der Vertragssprache oder die Inbezugnahme von bestimmten Tarifverträgen und sonstigen nationalen Regelungen.

Haben die Parteien keine Rechtswahl getroffen, so ist der Arbeitsort maßgeblich, an dem oder von dem aus (z. B. Flugpersonal) der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich verrichtet (Art. 8 Abs. 2 Rom I VO bzw. Art. 28 Abs. 2 EGBGB). Eine nur vorübergehende Entsendung ändert daran nichts. Ist kein gewöhnlicher Arbeitsort feststellbar – weil der Arbeitnehmer ständig an wechselnden Orten eingesetzt wird –, kann auf den Ort der Niederlassung, die den Arbeitnehmer eingestellt hat, abgestellt werden (Art. 8 Abs. 3 Rom I VO bzw. Art. 29 Abs. 2 EGBGB). Ergibt sich aus den übrigen Umständen dennoch eine engere Verbindung zu einem anderen Staat, so kann eine Anknüpfung an diese Rechtsordnung möglich sein (Art. 8 Abs. 4 Rom I VO bzw. Art. 28 Abs. 1 Satz 1 EGBGB).

Von Bedeutung können folgende Kriterien sein:

- Vertragssprache
- Ort des Vertragsschlusses
- Gerichtsstandsvereinbarung
- Währung der Vergütung
- Nationalität der Parteien
- Ort, an dem das Direktionsrecht des Arbeitgebers ausgeübt wird
- einzelne Regelungen, zum Beispiel zu Kündigungsfristen, Urlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall etc., wenn diese für eine bestimmte Rechtsordnung typisch sind
- Zahlungsort
- Ort der Anbahnung des Arbeitsverhältnisses

Ergibt sich nun, dass deutsches Recht zur Anwendung kommt, so gilt unproblematisch auch das BURLG (es sei denn, es kommt das speziellere SeeArbG zur Anwendung, siehe Kapitel 5 Ziff. 6).

Kommt man zu dem Ergebnis, dass eine ausländische Rechtsordnung anzuwenden ist, muss man unterscheiden:

Wurde eine ausländische Rechtsordnung zwischen den Parteien vereinbart, ist zu beachten, dass diese Rechtswahl nicht dazu führen darf, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, den ihm die nach den oben genannten Kriterien einschlägige Rechtsordnung gewähren würde. Käme also ohne die Rechtswahl der Parteien nach oben genannten Kriterien das deutsche Recht zur Anwendung, gilt das BURLG auch bei der anderweitigen Vereinbarung.

Ausnahme hiervon: Ist das ausländische Recht günstiger für den Arbeitnehmer als das BURLG, benötigt er den Schutz des deutschen Rechts nicht und das ausländische Recht findet Anwendung (Art. 8 Rom I VO bzw. Art. 30 Abs. 1 EGBGB).¹⁶

Wichtig: Beim Vergleich, welche Rechtsordnung günstiger ist, sind nicht einzelne Regelungen zu vergleichen, sondern der gesamte Regelungskomplex, der in Frage steht (sog. Sachgruppenvergleich). Das „Herauspicken von Rosinen“ ist deshalb nicht möglich.

¹⁶ BAG, Urteil vom 13. November 2007, Az.: 9 AZR 134/07, NZA 2008,761

Beispiel:

Urlaubsdauer, Länge der Wartezeit und Höhe des Urlaubsgelds könnte man als einheitliche Sachgruppe „Urlaub“ zusammenfassen.

2

Liegt keine bzw. keine wirksame Rechtswahl von den Vertragsparteien vor und ergeben die oben genannten Kriterien, dass ausländisches Recht auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden ist, können trotzdem deutsche Regelungen für das Arbeitsverhältnis gelten. Ein Staat kann nämlich die zwingende Anwendung bestimmter Regelungen vorschreiben, die er als entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation betrachtet (Art. 9 Rom I VO bzw. Art. 34 EGBGB).

Der deutsche Gesetzgeber hat dies mit § 2 AEntG getan. Demnach gelten die Regelungen für den bezahlten Mindesturlaub auch für Arbeitsverhältnisse zwischen einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber, wenn er in Deutschland Arbeitnehmer beschäftigt. Dabei müssen diese Arbeitnehmer nicht aus dem Ausland kommen. Der ausländische Arbeitgeber kann diese auch vor Ort in Deutschland angeworben haben.

Fazit: Soweit ein Arbeitnehmer in Deutschland tätig ist, wird auch ein ausländischer Arbeitgeber die Bestimmungen zur Gewährung des bezahlten Mindesturlaubs nach dem BUrlG zu beachten haben. Soweit sich dies nicht schon aus einer Rechtswahl oder einer Anknüpfung nach Art. 8 Rom I VO (bzw. der Art. 27 ff. EGBGB) ergibt, folgt dies aus § 2 AEntG.

Wird hingegen ein deutscher Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber in das Ausland entsandt, gilt § 2 AEntG nicht. Handelt es sich um eine vorübergehende, d. h. zeitlich befristete Entsendung, so hat dies auf die Anwendbarkeit der deutschen Rechtsordnung keinen Einfluss. Die Rückkehr muss aber geplant sein. Ist diese nicht absehbar und wird der Arbeitnehmer in den ausländischen Betrieb derart eingegliedert, dass der entsendende Betrieb kein Weisungsrecht und damit auch kein „Rückholrecht“ mehr hat, kann wohl nicht mehr von einer „vorübergehenden Entsendung“ gesprochen werden, so dass nach den allgemeinen Grundsätzen eine Anknüpfung