

Das Urlaubsrecht als Beispiel für das Zusammenspiel von Gesetzgeber, EuGH und Gerichten für Arbeitsachen

1. Prolog

Häufig wird die Einbettung der Gerichte für Arbeitssachen in das Mehrebenensystem des nationalen und internationalen Arbeitsrechts verkannt. Ein beredtes Beispiel dafür bietet das Grußwort, dass am 6. März 2010 in Stuttgart der Präsident der Bundesvereinigung Deutscher Arbeitgeberverbände Herr Dr. Hundt gehalten hat. Anlässlich der Festschriftverleihung an den prominenten Arbeitgeberanwalt Herrn Prof. Jobst Hubertus Bauer hat er dort unter tosendem Beifall sinngemäß ausgeführt, ihm missfalle wenigstens mehr als die Flashmob- und die Urlaubsrechtsprechung des BAG. Das ist der Prototyp der Stimmungsmache, die mir seit dem 24. März 2009 auf vielen Veranstaltungen anstelle fachlicher Kritik wellenartig entgegenschlägt. Deshalb eine kleine Einführung in die Bindungen, die der Richter hat, wenn er urlaubsrechtliche Fragestellungen entscheidet.

2. Anwendung des Unionsrechts

2.1. Deutscher Richter auch ein Unionsrichter

Die deutschen Gerichte für Arbeitssachen sind nicht nur gehalten, das deutsche Recht anzuwenden. Sie sind auch im weiteren Sinne Unionsgerichte, denn sie müssen das Primärrecht der Europäischen Union unmittelbar anwenden. Wegen des Vorrangs des Unionsrechts haben sie auch in einem Rechtsstreit zwischen Privaten jede dem Primärrecht entgegenstehende nationale Vorschrift unangewendet zu lassen.¹ Soweit nicht oder nur unzureichend umgesetztes Richtlinienrecht vollzogen werden kann, haben die Gerichte jedenfalls gegenüber einem öffentlichen Arbeitgeber die vertikale Direktwirkung des Sekundärrechts zu beachten.² Die Möglichkeit, sich gegenüber staatlichen Einrichtungen auf die Richtlinien zu berufen, beruht darauf, dass jede Richtlinie für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet ist, verbindlich ist. Der säumige Staat darf aus seiner Nichtbeachtung des Unionsrechts keinen Nutzen ziehen. Eine Ausdehnung dieses Grundsatzes auf den Bereich der Beziehungen zwischen den Bürgern (horizontale Drittirkung) hieße, der Gemeinschaft die Befugnis zuzuerkennen, mit unmittelbarer Wirkung zu Lasten der Bürger Verpflichtungen anzurufen, obwohl sie dies nur dort darf, wo ihr die Befugnis zum Erlass von Verordnungen zugewiesen ist.³ Deshalb kann der nationale Richter eine nicht umgesetzte Bestimmung des Richtlinienrechts nicht unmittelbar auf Rechtsverhältnisse Privater anwenden, um damit ohne Grundlage im nationalen Recht einen Anspruch zu begründen oder zu beseitigen.

2.2. Verbindliche Klärung durch Vorabentscheidung

Sehen die Gerichte bei der Anwendung und Auslegung des Unionsrechts eine Unklarheit, können Instanzgerichte nach Art. 267 Abs. 2 AEUV und müssen letztinstanzlich entscheidende Gerichte nach Art. 267 Abs. 3 AEUV das Verfahren aussetzen und den EuGH um Vorabentscheidung ersuchen. Der deutsche Richter ist bei der Anwendung und Auslegung des deutschen Rechts nach Art. 238 Abs. 3 AEUV (ex Art. 249 Abs. 3 EG) verpflichtet, dem Unionsrecht durch eine richtlinienkonforme Auslegung zur Wirksamkeit zu verhelfen.⁴ Dazu hat er gegebenenfalls auch im Verhältnis zu privaten Arbeitgebern das deutsche Recht nach den Vorgaben einer zum

¹EuGH, 20.01.2010 – C-555/07 (Küçükdeveci), NZA 2010, 85.

² EuGH, 14.07.1994 – C-91/92 (Dori/Recrebl), EzA Art. 189 EWG-Vertrag Nr. 1.

³ EuGH, 14.07.1994 – C-91/92 (Dori/Recrebl), EzA Art. 189 EWG-Vertrag Nr. 1.

⁴ EuGH, 19.01.2010 – C-555/07 (Küçükdeveci), Slg. 2010, I-365, Rn. 48; EuGH, 16.07.2009 – C-12/08 (Mono Car Styling), Rn. 62 f., EzA Richtlinie 98/59 EG-Vertrag 1999 Nr. 2; EuGH, 23.04.2009, (Angelidaki u. a.), C-378/07 bis C-380/07, Rn. 197 und 198, Slg. 2009, I-3071, EuGH, 05.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer u.a.), Rn. 111 f., 115 ff., Slg. 2004, I-8835.

Sekundärrecht gehörenden Richtlinie unionskonform auszulegen und gegebenenfalls fortzubilden.⁵ Eine Grenze besteht, wenn es zu einer Auslegung „contra legem“ käme.⁶ Diese Grenze entfällt, wenn das unmittelbar wirkende Primarrecht den Bürgern eine Rechtsposition einräumt. Eine derartige Rechtseinräumung hat der EuGH erstmals mit Verbot der Diskriminierung wegen des Alters als allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts, der in der Richtlinie 2000/78 nicht verankert sei, sondern dort nur konkretisiert werde, im Urteil Mangold anerkannt⁷ und im Urteil Kücükdeveci erneut bestätigt.⁸ Danach obliegt es einem nationalen Gericht, im Rahmen seiner Zuständigkeiten den rechtlichen Schutz, der sich für den Einzelnen aus dem Unionsrecht ergibt, sicherzustellen und die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten, indem es erforderlichenfalls jede diesem Verbot entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt.

2.3. Das Urlaubsrecht in der Arbeitszeitrichtlinie

Der Mindesturlaub ist in der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung⁹ geregelt. Es werden im Auszug die wichtigsten Bestimmungen wiedergegeben:

„In Erwägung nachstehender Gründe:

(1) Die Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung(3), die Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung im Hinblick auf tägliche Ruhezeiten, Ruhepausen, wöchentliche Ruhezeiten, wöchentliche Hoechstarbeitszeit, Jahresurlaub sowie Aspekte der Nacht- und der Schichtarbeit und des Arbeitsrhythmus enthält, ist in wesentlichen Punkten geändert worden. Aus Gründen der Übersichtlichkeit und Klarheit empfiehlt es sich deshalb, die genannten Bestimmungen zu kodifizieren.

(2) Nach Artikel 137 des Vertrags unterstützt und ergänzt die Gemeinschaft die Tätigkeit der Mitgliedstaaten, um die Arbeitsumwelt zum Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer zu verbessern. Richtlinien, die auf der Grundlage dieses Artikels angenommen werden, sollten keine verwaltungsmäßigen, finanziellen oder rechtlichen Auflagen vorschreiben, die der Gründung und Entwicklung von kleinen und mittleren Unternehmen entgegenstehen.

(5) Alle Arbeitnehmer sollten angemessene Ruhezeiten erhalten. Der Begriff "Ruhezeit" muss in Zeiteinheiten ausgedrückt werden, d. h. in Tagen, Stunden und/oder Teilen davon. Arbeitnehmern in der Gemeinschaft müssen Mindestruhezeiten - je Tag, Woche und Jahr - sowie angemessene Ruhepausen zugestanden werden. In diesem Zusammenhang muss auch eine wöchentliche Hoechstarbeitszeit festgelegt werden.

(6) Hinsichtlich der Arbeitszeitgestaltung ist den Grundsätzen der Internationalen Arbeitsorganisation Rechnung zu tragen; dies betrifft auch die für Nacharbeit geltenden Grundsätze.

Artikel 1

Gegenstand und Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie enthält Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung.

(2) Gegenstand dieser Richtlinie sind

a) die täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten, der Mindestjahresurlaub, die Ruhepausen und die wöchentliche Hoechstarbeitszeit sowie.....

Artikel 3

Tägliche Ruhezeit

⁵ BAG, 24.03.2009 – 9 AZR 983/07, carpe diem, EzA § 7 BURLG Abgeltung Nr. 15.

⁶ BAG, 17.11.2009 – 9 AZR 844/08 – EzA § 13 BURLG Nr 59; BAG, 18.02.2003 – 1 ABR 2/02, zuB IV 3 b dd der Gründe, BAGE 105, 32.

⁷ EuGH, 22.11.2005, Mangold - C-144/04, Rn. 74 bis 76; Slg. 2005, I-9981.

⁸ EuGH, 20.01.2010 – C-555/07 (Küçükdeveci), Rn. 50, 51, NZA 2010, 85.

⁹ Amtsblatt Nr. L 299 vom 18/11/2003 S. 0009 - 0019

Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jedem Arbeitnehmer pro 24-Stunden-Zeitraum eine Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden gewährt wird.

Artikel 4

Ruhepause

Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jedem Arbeitnehmer bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als sechs Stunden eine Ruhepause gewährt wird; die Einzelheiten, insbesondere Dauer und Voraussetzung für die Gewährung dieser Ruhepause, werden in Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern oder in Ermangelung solcher Übereinkünfte in den innerstaatlichen Rechtsvorschriften festgelegt.

Artikel 5

Wöchentliche Ruhezeit

Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jedem Arbeitnehmer pro Siebentageszeitraum eine kontinuierliche Mindestruhezeit von 24 Stunden zuzüglich der täglichen Ruhezeit von elf Stunden gemäß Artikel 3 gewährt wird.

Wenn objektive, technische oder arbeitsorganisatorische Umstände dies rechtfertigen, kann eine Mindestruhezeit von 24 Stunden gewählt werden.

Artikel 6

Wöchentliche Höchstarbeitszeit

Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit nach Maßgabe der Erfordernisse der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer:

- a) die wöchentliche Arbeitszeit durch innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder in Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern festgelegt wird;
- b) die durchschnittliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum 48 Stunden einschließlich der Überstunden nicht überschreitet.

Artikel 7

Jahresurlaub

(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung erhält, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind.

(2) Der bezahlte Mindestjahresurlaub darf außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden.“

2.4. Das Urlaubsrecht in der Grundrechtecharta

Der Vertrag von Lissabon (EUV), der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist, hat als Neuerung die Anerkennung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union¹⁰ als gleichrangig mit den Verträgen hervorgebracht. Die Charta ist damit Teil des Primärrechts der Union geworden ist. (Art. 6 Abs. 1 EUV). Nach Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte (CGR) hat jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer das Recht auf bezahlten Jahresurlaub:

„Artikel 31

Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen

- (1) Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen.
- (2) Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub.“

¹⁰ Amtsblatt der Europäischen Union vom 30.3.2010 C 83/389

Noch nicht völlig klar ist, ob Art. 7 Abs.1 der Arbeitszeit-RL seitdem nur als noch eine Konkretisierung des primärrechtlichen grundrechtlichen Anspruchs zu verstehen ist. Dann würde sich ein neue Rechtslage ergeben. Dann müsste der nationale Richter auch in einem Rechtsstreit zwischen Privaten wegen des Vorrangs des Unionsrechts jede dem Unionsrecht entgegenstehende Norm des BUrlG unangewendet lassen. Die Generalanwältin Trstenjak hatte in ihren Schlussanträgen in der Sache Schultz-Hoff noch den Standpunkt vertreten, der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub sei Bestandteil des gemeinschaftsrechtlich unmittelbar geltenden Primärrechts.¹¹ In den Schlussanträgen zur Sache Dominguez hat sie dagegen ausgeführt, Art. 31 Abs. 2 der Unionscharta sei kein justizierbarer Inhalt zu entnehmen. Mithin handle es sich nicht um ein Grundrecht, sondern nur um einen Grundsatz.¹² In der Rechtssache Dominguez hat der EuGH auf seine bereits vor Inkrafttreten der Charta begonnene Rechtsprechungslinie Bezug genommen¹³. Danach sei der Anspruch jedes Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub als ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Union anzusehen, von dem nicht abgewichen werden darf und den die zuständigen nationalen Stellen in den in der Richtlinie selbst ausdrücklich gezogenen Grenzen umzusetzen haben.¹⁴ Auf das Problem hat bisher der Neunte Senat nicht eingehen müssen. Ihm hat sich glücklicherweise quasi am Vorabend des Inkrafttretens der Grundrechtecharta der EU die Rechtsfrage entschieden, einer contra legem Entscheidung gestellt. Er hat die Tariföffnungsklauseln in § 13 Abs.2 BUrlG für das von der Richtlinie abweichende Urlaubskassenverfahren als bewusste Entscheidung des deutschen Gesetzgebers angesehen, die das Gericht hindere eine contra legem Auslegung zu treffen.

2.5. Hausaufgabenerteilung durch den EuGH

In der französischen Vorabentscheidungssache Dominguez hat inzwischen der EuGH die contra legem Grenze bestätigt. Er hat für den nationalen Richter zur Entscheidung des Ausgangsfalls folgende Grundsätze aufgestellt:

„1. Das vorlegende Gericht wird, um die volle Wirksamkeit von Art. 7 der Richtlinie 2003/88 zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel im Einklang steht, unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und insbesondere von Art. L. 223-4 des Code du travail und unter Anwendung der nach diesem Recht anerkannten Auslegungsmethoden zu prüfen haben, ob es dieses Recht in einer Weise auslegen kann, die es erlaubt, die Fehlzeiten des Arbeitnehmers aufgrund eines Wegeunfalls einem der in diesem Artikel des Code du travail aufgeführten Tatbestände gleichzustellen.“

2. Wenn eine solche Auslegung nicht möglich ist, wird das nationale Gericht zu prüfen haben, ob in Anbetracht der Rechtsnatur der Beklagten im Ausgangsverfahren diesen gegenüber die unmittelbare Wirkung von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 geltend gemacht werden kann.

3. Falls das nationale Gericht das von Art. 7 der Richtlinie 2003/88 vorgeschriebene Ergebnis nicht erreichen kann, kann die durch die Unvereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Unionsrecht geschädigte Partei sich auf das Urteil vom 19. November 1991, Francovich u. a. (C-6/90 und C-9/90), berufen, um gegebenenfalls Ersatz des entstandenen Schadens zu erlangen.“

Das Verhältnis zum EuGH wird als Kooperationsbeziehung bezeichnet. Das ist eine euphemistische Bezeichnung, denn tatsächlich besteht die Zusammenarbeit darin, dass das nationale Gericht vorlegt, der EuGH eine Antwort gibt und das Gericht im Ausgangsverfahren, ohne an der Entscheidungsfindung des EuGH beteiligt gewesen zu sein, an die Vorabentscheidung gebunden ist. Dieser Verpflichtung kann sich der Richter auch nicht entziehen, denn der EuGH gilt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die Beantwortung dieser Fragen als gesetzlicher Richter i.S.v. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. So hat das BVerfG das Urteil des BGH zur "Geräteabgabe" nach dem Urheberrechtsgesetz mit der Begründung aufgehoben, dass zu der vom

¹¹ EuGH Schlussanträge 24.1.2008 C-350/06 Rn 32 ff.

¹² Schlussanträge vom 08.09.2011 – C 282/10- Dominguez, Rn. 135ff

¹³ vgl. EuGH Urteile vom 26. Juni 2001, BECTU, C -73/99, Slg. 2001, I-4881, Randnr. 43, vom 20. Januar 2009, Schultz-Hoff u. a., C-350/06 und C-520/06, Slg. 2009, I-179, Randnr. 22, und vom 22. November 2011, KHS, C-214/10, Slg. 2011, I-0000, Randnr. 23

¹⁴ EuGH 24.1.2012, C-282/10 Dominguez Rn. 16.

BGH als klar verstandenen Auslegung „andere vertretbare Ansichten auf der Grundlage der Richtlinie keinesfalls ausgeschlossen erscheinen“.¹⁵

3. Anwendung des Völkerrechts

3.1. Verpflichtung zur völkerrechtskonformen Auslegung

Die den Bereich der Union übersteigende Regelungsebene liegt im Völkerrecht. Hier sind von den Gerichten für Arbeitsachen vor allem die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), die Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (englische Abkürzung: ILO) und die Konventionen der Vereinten Nationen (englische Abkürzung: UNO) zu berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG gehört zur Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) auch die Berücksichtigung der Gewährleistungen der EMRK und der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte die Pflicht, der konventionsgemäßigen Auslegung den Vorrang zu geben.¹⁶ Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofs als auch deren gegen vorrangiges Recht verstörende schematische "Vollstreckung" können deshalb gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen.¹⁷ In jüngerer Zeit hat vor allem die Behindertenrechtskonvention (BRK), die in Deutschland mit der Ratifikation Gesetzeskraft hat¹⁸, Bedeutung erhalten. Das BVerfG hat die BRK als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte herangezogen.¹⁹ In vergleichbarer Hinsicht werden die Fachgerichte auch völkerrechtskonform auslegen müssen, wenn sie auslegungsbedürftige deutsche Bestimmungen anwenden. So bestimmt Art. 2 Unterabs. 3 letzter Halbs. der BRK, dass die Versagung („denial“) angemessener Vorkehrungen als Diskriminierung zu bewerten ist.²⁰ In der Sache entspricht das der Rechtsprechung des BAG, die bereits in der Versagung einer vom Gesetzgeber besonders für behinderte Menschen eingeräumten Chance eine Benachteiligung gesehen hat.²¹ Umstritten ist, ob sich weitergehend ohne Anhalt im deutschen Recht unmittelbar aus ratifizierten völkerrechtlichen Verträgen für Rechtsverhältnisse Privater Rechtsansprüche ergeben können. Die sog. Transformationstheorie²² lehnt das auch in ihrer modifizierten Fassung für unmittelbar vollzugsfähige Bestimmungen ab. Dagegen wird von der deutschen Monitoring-Stelle zur BRK vertreten, sie könne auch ohne Rückgriff auf innerstaatliche Normen unmittelbar angewandt werden.²³

3.2. Die völkerrechtlichen Vorgaben zum Mindesturlaub

Die Vorschriften des IAO-Übereinkommens Nr 132 über den bezahlten Jahresurlaub sind durch das Ratifizierungsgesetz vom 30. April 1975²⁴ innerstaatliches Recht geworden.²⁵ Diese lauten auszugsweise:

¹⁵ BVerfG, 30.08. 2010 – 1 BvR 1631/08.

¹⁶ BVerfG, 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 (Görgülü), NJW 2004, 3407.

¹⁷ BVerfG, 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 (Görgülü), NJW 2004, 3407.

¹⁸ Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13.12.2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13.12.2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 21.12.2008, BGBl. II, S. 1419.

¹⁹ BVerfG, 23.03.2011 – 2 BvR 882/09, medizinische Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug, Rn 52, juris.

²⁰ POSITIONEN Nr. 5 S. 2, herausgegeben von dem Deutschen Institut für Menschenrechte.

²¹ BAG, 17.08. 2010 – 9 AZR 839/08, EzA § 81 SGB IX Nr. 21.

²² Vgl. Schweitzer, Lehrbuch des Staatsrecht III, 10., völlig neu bearbeitete Aufl., 2010.

²³ POSITIONEN Nr. 6 S. 2, herausgegeben von dem Deutschen Institut für Menschenrechte.

²⁴ BGBl II S 745

Art. 1

Die Bestimmungen dieses Übereinkommens sind durch die innerstaatliche Gesetzgebung durchzuführen, soweit ihre Durchführung nicht durch Gesamtarbeitsverträge, Schiedssprüche, gerichtliche Entscheidungen, amtliche Verfahren zur Lohnfestsetzung oder auf irgendeine andere, den innerstaatlichen Gegebenheiten entsprechende Art und Weise erfolgt, die unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse jedes Landes geeignet erscheint.

Art. 3

1. Jede Person, für die dieses Übereinkommen gilt, hat Anspruch auf einen bezahlten Jahresurlaub von einer bestimmten Mindestdauer.
2. Jedes Mitglied, das dieses Übereinkommen ratifiziert, hat in einer seiner Ratifikationsurkunde beigefügten Erklärung die Dauer des Urlaubs anzugeben.
3. Der Urlaub darf auf keinen Fall weniger als drei Arbeitswochen für ein Dienstjahr betragen.
4. Jedes Mitglied, das dieses Übereinkommen ratifiziert hat, kann in der Folge den Generaldirektor des Internationalen Arbeitsamtes durch eine weitere Erklärung davon in Kenntnis setzen, dass es einen längeren Urlaub festlegt, als es im Zeitpunkt der Ratifikation angegeben hat.

Art. 4

1. Eine Person, deren Dienstzeit während eines bestimmten Jahres kürzer war als die im vorangehenden Artikel für den vollen Anspruch vorgeschriebene Dienstzeit, hat für dieses Jahr Anspruch auf bezahlten Urlaub im Verhältnis zur Dauer ihrer Dienstzeit während dieses Jahres.
2. Der Ausdruck «Jahr» in Absatz 1 dieses Artikels bedeutet Kalenderjahr oder jeden anderen gleich langen Zeitabschnitt, der von der zuständigen Stelle oder durch geeignete Verfahren in dem betreffenden Land bestimmt wird.

Art. 5

1. Für den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub kann eine Mindestdienstzeit verlangt werden.
2. Die Dauer jeder solchen Mindestdienstzeit ist in dem betreffenden Land von der zuständigen Stelle oder durch geeignete Verfahren zu bestimmen, darf aber sechs Monate nicht überschreiten.
3. Die Art und Weise, wie die Dienstzeit für die Bemessung des Urlaubsanspruchs zu berechnen ist, ist von der zuständigen Stelle oder durch geeignete Verfahren in jedem Land zu bestimmen.
4. Unter Bedingungen, die von der zuständigen Stelle oder durch geeignete Verfahren in jedem Land zu bestimmen sind, sind Arbeitsversäumnisse aus Gründen, die unabhängig vom Willen des beteiligten Arbeitnehmers bestehen, wie z. B. Krankheit, Unfall oder Mutterschaft, als Dienstzeit anzurechnen.

Art. 6

1. Öffentliche und übliche Feiertage, gleichviel ob sie in die Zeit des Jahresurlaubs fallen oder nicht, sind in den in Artikel 3 Absatz 3 vorgeschriebenen bezahlten Mindestjahresurlaub nicht einzurechnen.
2. Unter Bedingungen, die von der zuständigen Stelle oder durch geeignete Verfahren in jedem Land zu bestimmen sind, dürfen Zeiten der Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit oder Unfall in den in Artikel 3 Absatz 3 vorgeschriebenen Mindestjahresurlaub nicht eingerechnet werden.

Art. 7

1. Jede Person, die den in diesem Übereinkommen vorgesehenen Urlaub nimmt, hat für die ganze Urlaubsdauer mindestens ihr normales oder durchschnittliches Entgelt zu erhalten (einschließlich des Gegenwertes in bar für jeden Teil dieses Entgelts, der aus Sachleistungen besteht, sofern es sich nicht um Dauerleistungen handelt, die ohne Rücksicht darauf weitergewährt werden, ob sich die betreffende Person auf Urlaub befindet oder nicht); dieses Entgelt ist in jedem Land auf eine von der zuständigen Stelle oder durch geeignete Verfahren zu bestimmende Weise zu berechnen.

²⁵ BAG 07.12.1993 - 9 AZR 683/92- NZA 1994, 802

2. Die nach Absatz 1 dieses Artikels zustehenden Beträge sind dem betreffenden Arbeitnehmer vor Urlaubsantritt auszuzahlen, sofern in einer für ihn und seinen Arbeitgeber geltenden Vereinbarung nichts anderes vorgesehen ist.

Art. 8

1. Die Teilung des bezahlten Jahresurlaubs kann von der zuständigen Stelle oder durch geeignete Verfahren in jedem Land zugelassen werden.

2. Sofern in einer für den Arbeitgeber und den beteiligten Arbeitnehmer geltenden Vereinbarung nichts anderes vorgesehen ist und der beteiligte Arbeitnehmer aufgrund seiner Dienstzeit Anspruch auf eine solche Zeitspanne hat, hat einer der Teile mindestens zwei ununterbrochene Arbeitswochen zu umfassen.

Art. 9

1. Der in Artikel 8 Absatz 2 dieses Übereinkommens erwähnte ununterbrochene Teil des bezahlten Jahresurlaubs ist spätestens ein Jahr und der übrige Teil des bezahlten Jahresurlaubs spätestens achtzehn Monate nach Ablauf des Jahres, für das der Urlaubsanspruch erworben wurde, zu gewähren und zu nehmen.

2. Jeder Teil des Jahresurlaubs, der eine vorgeschriebene Mindestdauer übersteigt, kann mit der Zustimmung des beteiligten Arbeitnehmers über die in Absatz 1 dieses Artikels angegebene Frist hinaus und bis zu einem festgesetzten späteren Termin aufgeschoben werden.

3. Die Mindestdauer und der Termin, die in Absatz 2 dieses Artikels erwähnt werden, sind von der zuständigen Stelle nach Anhörung der beteiligten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände oder durch Kollektivverhandlungen oder auf irgendeine andere, den innerstaatlichen Gepflogenheiten entsprechende Art und Weise zu bestimmen, die unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse jedes Landes geeignet erscheint.

Art. 10

1. Wird die Zeit, zu der der Urlaub zu nehmen ist, nicht durch Vorschriften, durch Gesamtarbeitsvertrag, Schiedsspruch oder auf eine andere, den innerstaatlichen Gepflogenheiten entsprechende Art und Weise bestimmt, so ist sie vom Arbeitgeber nach Anhörung des beteiligten Arbeitnehmers oder seiner Vertreter festzusetzen.

2. Bei der Festsetzung der Zeit, zu der der Urlaub zu nehmen ist, sind die Erfordernisse der Arbeit und die Gelegenheiten, die dem Arbeitnehmer zum Ausruhen und zur Erholung zur Verfügung stehen, zu berücksichtigen.

Art. 11

Ein Arbeitnehmer, der eine Mindestdienstzeit zurückgelegt hat, wie sie nach Artikel 5 Absatz 1 dieses Übereinkommens verlangt werden kann, hat bei der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses Anspruch auf einen bezahlten Urlaub im Verhältnis zu der Dienstzeit, für die er keinen solchen Urlaub erhalten hat, oder auf eine Urlaubsabgeltung oder ein gleichwertiges Urlaubsguthaben.“

Zur Auslegung des Übereinkommens hat das BAG bereits 1993 entschieden.²⁶ Danach bleibt es nach Art. 9 Abs. 3 den Mitgliedstaaten unbenommen, eine kürzere Befristung des Anspruchs und einen früheren Verfall als die Höchstfristen in Art. 9 Abs. 1 des Übereinkommens vorgeben: Im Übrigen folgt aus Art. 9 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 132 weder unmittelbar noch nach Auslegung, dass der Urlaubsanspruch im Falle der Unmöglichkeit der Urlaubsverwirklichung wegen Krankheit über den 31. März des auf das Urlaubsjahr folgenden Jahres fortbesteht. Denn die Vorschrift enthält keine Ausnahmeregelung für diese Fälle. Vielmehr muss gefolgert werden, dass Art. 9 Abs. 1 des Übereinkommens grundsätzlich davon ausgeht, dass der Urlaubsanspruch auch in diesen Fällen erlischt, es sei denn, es werden Ausnahmeregelungen getroffen. Das ist in der Bundesrepublik Deutschland nicht geschehen.

²⁶ BAG 07.12.1993 - 9 AZR 683/92- NZA 1994, 802

4. Nebenwirkungen der Internationalisierung

Zwar ist der Prozess der Überlagerung des Arbeitsrechts durch supranationales Recht seit fast 90 Jahren bekannt. Aber lange Zeit war er wenig spürbar, weil ihm die durchschlagende Wirkung fehlte. Das hat sich in jüngster Zeit durch die Bindungswirkung der EuGH geändert. Zudem hat sich Europäische Union spätestens durch den Vertrag von Lissabon zu einer Rechtsgemeinschaft weiterentwickelt. Der nationale Richter ist zugleich Unionsrichter. Dagegen hilft weder erneutes Wehklagen über „schwarze Serien“ noch der zur Schau gestellte Zynismus über die durch EuGH Entscheidungen ausgelöste „permanente Verwunderung“. Vielmehr muss sich der Arbeitsrechtler auf unvermeidbare Nebenwirkungen der Überlagerung des nationalen Rechts einstellen. Auch eine gefestigte nationale Rechtsprechung steht heute jederzeit unter Änderungsvorbehalt. Da der EuGH regelmäßig ohne Beschränkung der Rückwirkung den Inhalt des Unionsrechts feststellt, braucht die Praxis eine Regelung, die dieser Erkenntnis Rechnung trägt: Einerseits muss der Erfolg im Kampf gegen eine gefestigte Rechtsprechung ermöglicht und andererseits darf das Vertrauen in die Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen nicht enttäuscht werden. Inhalt der Regelung könnte sein: Wer eine Änderung erstreitet, soll diese auch rückwirkend erhalten. Jeder Trittbrettfahrer, der erst die Aufgabe der Rechtsprechung abwartet, geht dagegen leer aus. Ihm muss keine Rückwirkung zugebilligt werden. Hinzu kommen muss eine Änderung des Staatshaftungsrechts: Hat der Mitgliedstaat Vorgaben einer Richtlinie nicht umgesetzt, so muss dann, wenn der nationale Richter wegen der „contra legem“ Schranke den Anspruch nicht zusprechen kann, der säumige Staat in einem schnellen und einfachen Verfahren zu Schadenersatz herangezogen werden können.