



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Die Erreichbarkeit des Arbeitnehmers während des  
Erholungsurlaubes“**

Dissertation vorgelegt von Anna Sophie Merkel

Erstgutachter: Prof. Dr. Markus Stoffels

Zweitgutachter: Prof. Dr. Thomas Lobinger

Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht

## Zusammenfassung der Dissertation

zum Thema „Die Erreichbarkeit des Arbeitnehmers während des Erholungsurlaubs“

von Anna Sophie Merkel

### **I. Einleitung**

Die Erreichbarkeit des Arbeitnehmers während des Erholungsurlaubs betrifft, wie Umfragen dies nahelegen, viele Arbeitnehmer, obwohl die Rechtslage eigentlich klar erscheint, denn Urlaub bedeutet arbeitsfreie Zeit. Gleichwohl kommt es vor, dass Arbeitnehmer während des Erholungsurlaubs zwischendurch ihr E-Mail-Postfach auf neue Eingänge kontrollieren oder der Arbeitgeber sich telefonisch mit Fragen an sie wendet.

Trotz der praktischen Bedeutung der Erreichbarkeit im Urlaub ist in der Rechtsprechung bislang, soweit ersichtlich, keine Entscheidung hierzu ergangen. Dies legt die Vermutung nahe, dass Arbeitnehmern nicht bewusst ist, welche Rechte ihnen gegenüber ihrem Arbeitgeber während des Erholungsurlaubs zustehen oder dass sie die Erreichbarkeit als Folge zunehmender Kommunikationsmöglichkeiten als Begleiterscheinung in Kauf nehmen, sei es, weil die Befürchtung besteht, die Nichterreichbarkeit könnte negative Folgen für das Arbeitsverhältnis haben oder weil die Erreichbarkeit erst gar nicht als Belastung wahrgenommen wird.

Der Einfluss des Unionsrechts ist im Urlaubsrecht erheblich. Der *Europäische Gerichtshof* hat trotz des geringen Regelungsgehalts in Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie (2003/88/EG) und Art. 31 Abs. 2 GRCh eine Vielzahl an Entscheidungen zum Urlaubsrecht mit weitreichenden Folgen auch für die Anwendung des Bundesurlaubsgesetzes getroffen. Dies ist im deutschen arbeitsrechtlichen Schrifttum auf erhebliche Kritik gestoßen. Die nationale Rechtsprechung muss die Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs ihrerseits im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung des Bundesurlaubsgesetzes umsetzen.

Die im Rahmen der Dissertation untersuchte Erreichbarkeit im Urlaub fügt sich in die Thematik der Entgrenzung der Arbeit, die in den Privatbereich des Arbeitnehmers eindringt, ein. Während früher eine klare Trennung zwischen Arbeit und Urlaubszeit nicht nur rechtlich, sondern, insbesondere, wenn der Arbeitnehmer verreiste, auch in tatsächlicher Hinsicht möglich war, hat sich dies durch die heutigen Kommunikationsformen und Kommunikationsmittel geändert. Gegenstand der Arbeit ist die Frage, wie das Erreichbarkeitsverhalten während des Erholungsurlaubs einzuordnen ist. Dafür werden die Rechtsfragen der Erreichbarkeit auf drei Ebenen, nämlich der Pflichten, der Erfüllung und der Rechtsfolgen, untersucht.

Die Dissertation soll dazu beitragen, einen rechtssicheren Umgang mit Erreichbarkeitssituationen während des Erholungsurlaubs zu ermöglichen. Bisher fehlt es oft an einer erkennbaren Systematik in der Einordnung der Rechtsfragen. Zudem sollen weiterführende, bisher nicht bedachte Konstellationen, wie die Erreichbarkeit von Betriebsratsmitgliedern während des Erholungsurlaubs, erörtert werden. Ziel ist es, die Rechtsfragen in bekannte schuldrechtliche Strukturen einzuordnen.

### **II. Gang der Untersuchung**

Im ersten Kapitel werden die Rechtsquellen zum Erholungsurlaub sowie ihre Entwicklung aufgezeigt. Sodann wird der Urlaubsanspruch hinsichtlich seiner Voraussetzungen, seinem Zweck und seiner Erfüllung erörtert. Im Rahmen der Erfüllungsvoraussetzungen wird der

Bezug zum allgemeinen Schuldrecht dargestellt und erläutert, wie sich die urlaubsrechtlichen Besonderheiten einfügen.

Zu Beginn des zweiten Kapitels erfolgt zunächst eine Umschreibung des Erreichbarkeitsbegriffs, um die Situation darzustellen, die der weiteren Erörterung zugrunde liegt. Im Anschluss daran wird beleuchtet, ob der Arbeitnehmer im Erholungsurlaub generell oder ausnahmsweise zur Erreichbarkeit verpflichtet sein kann. Daran anknüpfend folgt eine Auseinandersetzung mit einem möglichen Recht des Arbeitnehmers auf Nichterreichbarkeit im Erholungsurlaub, insbesondere vor dem Hintergrund der auf einen Richtlinienentwurf gerichteten Initiative des *Europäischen Parlaments*.

Sodann wird diskutiert, wie sich die Erreichbarkeit auswirkt. Dabei ist zwischen den jeweiligen Konstellationen zu unterscheiden. Zunächst wird die sogenannte tatsächliche Erreichbarkeit, in welcher der Arbeitgeber oder ein von ihm veranlasste Dritter, wie ein Kollege des Arbeitnehmers oder ein Kunde des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer ohne vorherige Absprache kontaktiert. Es erfolgt eine vertiefte Auseinandersetzung mit den im Schrifttum vertretenen Auffassungen und der Entwicklung eines daran anknüpfenden eigenen Ansatzes. Ferner wird die potenzielle Erreichbarkeit des Arbeitnehmers dargestellt, bei der die Erreichbarkeit im Urlaub ausdrücklich oder konkludent vereinbart wurde oder der Arbeitgeber diese ausdrücklich oder konkludent anordnet. Die Vereinbarung oder Anordnung wird nicht nur auf ihre Wirksamkeit geprüft, sondern zudem untersucht, wie sie sich auf die Freistellungserklärung des Arbeitgebers als Erfüllungsvoraussetzung des Urlaubsanspruchs auswirkt.

Im Anschluss daran erfolgt eine Gegenüberstellung zum vertraglichen Urlaubsanspruch, dem sogenannten Mehrurlaub mit der Frage nach den Möglichkeiten einer wirksamen Gestaltung von Erreichbarkeitsvereinbarungen. Anhand beispielhafter Klauseln wird erörtert, ob und in welcher Weise diese wirksam, wie in der Praxis zumeist üblich, formularmäßig vereinbart werden können und wie es sich auswirkt, wenn sie individuell oder tarifvertraglich vereinbart werden und das AGB-Recht aus diesem Grund nicht anwendbar ist.

Im vierten Kapitel wird mit den Besonderheiten bei der Erreichbarkeit des Betriebsratsmitglieds während des Erholungsurlaubs eine bislang im Schrifttum nicht erwähnte Konstellation aufgezeigt. Herausgearbeitet wird, welche Folgen sich aus dem Charakter des Betriebsratsamts als Ehrenamt im Arbeitsverhältnis ergeben und wie es sich auswirkt, wenn das Betriebsratsmitglied erklärt, die Betriebsratsstätigkeit im Urlaub weiterzuführen und welchen Unterschied es machen kann, wenn entweder der Arbeitgeber, das Betriebsratsgremium oder die Belegschaft die Erreichbarkeit des Betriebsratsmitglieds herzustellen versucht.

Abschließend werden im fünften Kapitel betriebliche Lösungsansätze zum Umgang mit der Erreichbarkeit aufgezeigt und diskutiert, welche hiervon geeignet sind, um die Erreichbarkeit während des Erholungsurlaubs einzugrenzen. Zudem wird allgemein der Frage nachgegangen, auf welcher Ebene sich Regelungen eignen, wie diese aussehen können und wie ihre Einhaltung kontrolliert werden kann. Die Arbeit schließt mit einem eigenen Regelungsvorschlag.

### **III. Ergebnisse des ersten Kapitels**

Der Urlaubsanspruch ist nach nationalem Verständnis privatrechtlicher Natur. Nicht zuletzt wegen des Einflusses des Unionsrechts, das ihn als wichtigen Grundsatz des Sozialrechts der Union versteht, ist er dem privatrechtlichen Arbeitsschutz zuzuordnen. Aufgrund dieses Charakters sind die Schutzpflichten des Arbeitgebers derart ausgeprägt, dass es von der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers umfasst ist, dafür zu sorgen, dass der Verwirklichung des Urlaubszwecks aus der betrieblichen Sphäre keine Hindernisse entgegenstehen.

Der Urlaubszweck besteht in der selbstbestimmten Erholung des Arbeitnehmers. Der Urlaubsanspruch hat nicht nur den Zweck, die Gesundheit des Arbeitnehmers zu schützen, sondern zudem, dem Arbeitnehmer seine Persönlichkeitsentfaltung außerhalb der Einbindung in fremdbestimmte Arbeitsprozesse zu ermöglichen.

Der Urlaubsanspruch erlischt durch Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB. Die geschuldete Leistung muss bewirkt werden. Nach dem herrschenden Verständnis setzt das Bewirken der Leistung durch den Schuldner nicht nur die Vornahme einer Leistungshandlung, sondern auch den Eintritt eines Leistungserfolgs voraus. Außerhalb geschuldeter Sachleistungen bedeutet dies, dass neben der geschuldeten Handlung ein dem Gläubiger günstiger Zustand eintreten muss, aufgrund dessen er über die geschuldete Leistung verfügen kann. Im Rahmen des Urlaubsanspruchs stellt die Freistellungserklärung die geschuldete Leistungshandlung dar. Die Freistellungserklärung führt dazu, dass der Urlaubsanspruch entsprechend § 243 Abs. 2 BGB konkretisiert wird.

Der Eintritt des Leistungserfolgs kann erst nach Ende des Urlaubszeitraums beurteilt werden. Der Arbeitnehmer muss von der Arbeitspflicht tatsächlich freigestellt worden sein. Hierzu ist der Urlaubszweck in seiner objektiven Form, das heißt losgelöst von subjektiven Vorstellungen bezüglich der selbstbestimmten Erholung, einzubeziehen. Geeignet ist dessen Umschreibung als Entscheidungsmacht über den Urlaubszeitraum. Die Entscheidungsmacht ist gewahrt, wenn der Arbeitnehmer im Urlaubszeitraum keinen rechtlichen Verpflichtungen unterliegt und aus der betrieblichen Sphäre keine Hindernisse entstehen, die geeignet sind, die selbstbestimmte Erholung des Arbeitnehmers zu beeinträchtigen.

#### **IV. Ergebnisse des zweiten Kapitels**

Die Erreichbarkeit im Urlaub ist ein Zustand der Offenheit für arbeitsbezogene Belange, in dem typischerweise eine fremdnützige Ansprechbarkeit zugunsten des Arbeitgebers, des Vorgesetzten, der Kollegen oder Kunden des Arbeitgebers besteht. Die Erreichbarkeit kann die Tätigkeitsaufnahme umfassen, dann handelt es sich um eine diesbezüglich qualifizierte Form der Erreichbarkeit.

Arbeitnehmer sind nicht kraft ihrer arbeitsvertraglichen Nebenpflichten verpflichtet, im Urlaub erreichbar zu sein. Dies ist auch in betrieblichen Notsituationen nicht anders zu bewerten. Eine Ausnahme ist lediglich in betrieblichen Notsituationen für die Gruppe der Arbeitnehmer-Führungskräfte zu befürworten. Diese Gruppe umfasst leitende Angestellte, Prokuristen sowie zum Teil außertariflich Angestellte, die eine Schlüsselposition im Unternehmen des Arbeitgebers einnehmen. Gleiches gilt für Arbeitnehmer mit Spezialwissen. Die Pflicht besteht aber nur in einer Reaktionspflicht, wenn die Reaktion auf Erreichbarkeitsversuche dem Arbeitnehmer nach den konkreten Umständen zumutbar ist.

Im Übrigen haben Arbeitnehmer ein Recht auf Nichterreichbarkeit, das sich *de lege lata* lediglich aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers herleiten lässt. Das Recht auf Nichterreichbarkeit wird in einem aktuellen Richtlinienvorhaben durch einen Initiativbericht des *Europäischen Parlaments* aufgenommen und soll auch für den Urlaub gelten. Zunächst muss die *Europäische Kommission*, welcher aufgrund eines Entschließungsbeschluss des *Europäischen Parlaments* der Entwurf vorliegt, diesen prüfen und einen Richtlinienentwurf vorschlagen, den sie dem *Europäischen Parlament* und dem *Rat* zur Annahme vorlegt. Bis das Recht auf Nichterreichbarkeit in einer europäischen Richtlinie enthalten ist, könnte es noch dauern. Jedenfalls ist die Frage der Erfüllung des Urlaubsanspruchs trotz Erreichbarkeit unabhängig von einem solchen Recht zu bewerten. Das Recht auf Nichterreichbarkeit schützt

den Arbeitnehmer in erster Linie vor arbeitsrechtlichen Folgen aufgrund seiner Nichterreichbarkeit.

Die tatsächliche Erreichbarkeit, in der es aufgrund eines Erreichbarkeitsversuch des Arbeitgebers zu einer Tätigkeit des Arbeitnehmers während des Erholungsurlaubs kommt, kann ein Leistungserfolgshindernis sein. Dies ist danach zu bestimmen, ob es sich um ein Erreichbarkeitsverhalten handelt, das die sogenannte Erheblichkeitsschwelle überschreitet. Die Zusammensetzung dieser Erheblichkeitsschwelle erfolgt danach, welche Umstände den Erhalt der Entscheidungsmacht beeinflussen können. Im Wesentlichen sind dies die Dauer und Häufigkeit der Erreichbarkeit ebenso wie die Intensität, die durch den Kommunikationspartner und das Thema geprägt ist. Ob die Erheblichkeitsschwelle im konkreten Erreichbarkeitsvorfall überschritten ist, ergibt sich aus einer anhand der Kriterien typisierten Beurteilung. Geht die Erreichbarkeitssituation vom Arbeitnehmer selbst aus, wird diese zunächst kein Leistungshindernis sein, da es hierzu zwingend der Veranlassung durch den Arbeitgeber bedarf.

Die Folge einer erfüllungserheblichen Erreichbarkeit ist die Nichterfüllung jedenfalls des betroffenen Urlaubstages und nicht lediglich der konkret aufgewendeten Zeit, da der Urlaubsanspruch nur in Tagen gewährt und erfüllt werden kann. In manchen Fällen kann der Resturlaub entwertet und damit der Anspruch in diesem Umfang nicht erfüllt sein.

Der Urlaubsanspruch geht bei der tatsächlichen erfüllungserheblichen Erreichbarkeit in Höhe der von ihr betroffenen Urlaubstage zwar nicht wegen Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB unter. Jedoch ist seine Erfüllung wegen der vorherigen Konkretisierung unmöglich, sodass er nach § 275 Abs. 1 BGB untergeht. § 9 BUrlG ist nicht analog als urlaubsspezifische Regelung anwendbar. Obwohl er die scheinbar günstige Folge der Entkonkretisierung des Urlaubsanspruchs beinhaltet, fehlt es jedenfalls wegen der fehlenden Vergleichbarkeit der geregelten Situation bei einer Erkrankung während des Urlaubs und der Erreichbarkeit an den erforderlichen Analogievoraussetzungen. Anders als im Krankheitsfall gibt es durch die Erreichbarkeit keinen anderweitigen Freistellungstatbestand, der die Freistellung wegen des Urlaubs verdrängt.

Die Erreichbarkeit kann für den gesetzlichen Urlaubsanspruch weder vereinbart noch angeordnet werden, weil dies eine ungünstige Beschränkung des Urlaubsanspruchs darstellt und eine solche Regelung damit nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG unwirksam ist.

Die potenzielle Erreichbarkeit, die den bloßen Erreichbarkeitszustand ohne Tätigkeitsaufnahme betrifft, kann ein Leistungshindernis sein, wenn sie durch den Arbeitgeber veranlasst wurde, was ausdrücklich oder konkludent durch Vereinbarung oder Anordnung erfolgen kann. Sie ist Leistungshindernis, wenn sie im Zusammenhang mit der Freistellungserklärung, das heißt durch eine Erreichbarkeitsklausel im Arbeitsvertrag oder entsprechende Bestimmung der Erreichbarkeit bei der Urlaubsgewährung, ergeht. Denn bei der Erreichbarkeitsbestimmung handelt es sich nicht um eine Bedingung, die wegen ihrer Unwirksamkeit die Freistellungserklärung im Übrigen bestehen lässt. Sie ist ein Vorbehalt in der Gewährung des Urlaubs. Die Freistellungserklärung unter Vorbehalt ist keine taugliche Leistungshandlung. Rechtsfolge ist, dass der Urlaubsanspruch erhalten bleibt.

Abweichendes kann für den Mehrurlaub als vertraglichen Urlaubsanspruch vereinbart werden. Voraussetzung ist zunächst, dass der in der Rechtsprechung vermutete Gleichlauf der beiden Ansprüche durch die Parteien aufgehoben wird, indem sie deutlich erkennbar ein abweichendes Regelungsregime für den Mehrurlaub aufnehmen. Die formularmäßig vereinbarte Erreichbarkeit, die der Regelfall sein dürfte, unterliegt der AGB-Kontrolle und muss der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB standhalten. Dies kann nur angenommen werden, wenn die Erreichbarkeitsregelung ein Kompensationselement enthält, das nicht in einer finanziellen Leistung, sondern in Form von Freizeit besteht.

## **V. Ergebnisse des dritten Kapitels**

Bei einer untauglichen Erfüllungshandlung kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber weiterhin die Erfüllung des Urlaubsanspruchs verlangen. Der Anspruch ist nicht durchsetzbar, wenn der Arbeitnehmer weiß, dass er trotz entsprechender Vereinbarung oder Anordnung nicht zur Erreichbarkeit verpflichtet ist und sich dementsprechend nicht erreichbar hält, weil der Arbeitnehmer bei der Geltendmachung des Urlaubsanspruchs rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 242 BGB handeln würde.

Folge der tatsächlichen erfüllungserheblichen Erreichbarkeit ist, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB als Ersatzurlaubsanspruch gegen den Arbeitgeber geltend machen kann. Dieser besteht wegen des Tagesprinzips des Urlaubsrechts nach § 249 Abs. 1 BGB in Form ganzer Tage. Die ersatzweise Gewährung des Urlaubs ist nicht wegen des Bereicherungsverbots auf die tatsächlich aufgewendete Zeit beschränkt.

Der Arbeitnehmer kann gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf Unterlassung der Erreichbarkeitsherstellung im Urlaub geltend machen. Dieser ergibt sich aus §§ 611a, 241 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 1, 3 BUrlG.

## **VI. Ergebnisse des vierten Kapitels**

Die Erreichbarkeit des Betriebsratsmitglieds während des Erholungsurlaubs stellt eine Sonderkonstellation dar. Das Betriebsratsmitglied kann ohne Rechtsfolgen für die Erfüllbarkeit des Urlaubsanspruchs erreichbar sein, wenn es positiv anzeigt, seine Amtstätigkeit auch während des Erholungsurlaubs wahrnehmen zu wollen. Es ist dann nicht im Sinne des § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG zeitweilig verhindert. Zeigt es seine Bereitschaft nicht an, kann es sich nach den vorherigen Grundsätzen der Erheblichkeitsschwelle um ein Leistungshindernis handeln, für das der Arbeitgeber aber nur im Wege des Ersatzurlaubsanspruchs haftet, soweit er die Erreichbarkeit selbst veranlasst hat.

## **VII. Ergebnisse des fünften Kapitels**

Die Erreichbarkeit des Arbeitnehmers während des Erholungsurlaubs ist oftmals das Ergebnis fehlenden Bewusstseins der Arbeitnehmer bezüglich ihrer Rechte und Pflichten. Dazu trägt bei, dass es (bisher) keine ausdrückliche Regelung gibt, die den Arbeitnehmern Rechtssicherheit geben könnte.

In einigen Unternehmen gibt es betriebliche Lösungen, um die Erreichbarkeit zu begrenzen. Diese können nur ergänzende Wirkung haben und auf technischer Ebene die Erreichbarkeit eingrenzen. Sinnvoll erscheint eine Regelung in Anlehnung an § 9 BUrlG. Sie hätte präventive Wirkung, weil Arbeitgeber ihrerseits damit rechnen müssten, dass Arbeitnehmer infolge einer klaren gesetzlichen Regelung den wegen der Erreichbarkeit nicht erfüllten Urlaubsanspruch geltend machen würden. Arbeitgeber könnten folglich davon absehen, einen Arbeitnehmer im Urlaub zu kontaktieren oder Dritte hierzu zu veranlassen und stattdessen auf eine verbesserte Organisation der Vertretung des Arbeitnehmers im Urlaub setzen, was die Erreichbarkeit zumeist entbehrlich machen würde.