

Anmerkung zum Urteil des BAG vom 8.3.1984 –6 AZR 600/82 - Erholungsurlaub und Rechtsmißbrauch [Urteilsanmerkung]

Herbert Buchner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Buchner, Herbert. 1985. "Anmerkung zum Urteil des BAG vom 8.3.1984 –6 AZR 600/82 - Erholungsurlaub und Rechtsmißbrauch [Urteilsanmerkung]." *Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht (EzA)*, no. § 3 BUrIG Nr. 14 (132, 1985 bzw. 135, 1985): 59–71.



Anmerkung

Mit vorstehender Entscheidung nimmt der 6. Senat des BAG noch einmal zum Problem der rechtsmißbräuchlichen Urlaubsgeltendmachung bei fehlender oder nur geringfügiger Arbeitsleistung im Urlaubsjahr Stellung. Der nach wie vor erkennbare Widerstand der Instanzgerichte gegen die mit Urteil vom 28. 1. 1982 (EzA § 3 BUrlG Nr. 13) eingeleitete Neuausrichtung der Rechtsprechung veranlaßte den Senat offensichtlich, seine eigene Position erneut mit aller Deutlichkeit herauszustellen und sich zugleich mit den vorgetragenen Einwänden ausführlich auseinanderzusetzen. Nach dieser Entscheidung muß wohl akzeptiert werden, daß sich die Rechtsprechung des 6. Senats als neues Richterrecht verfestigt hat (dazu im folgenden unter Ziff. 1), damit auch ein Teil der bisher gegen die Rechtsprechung vorgetragenen Einwände — nämlich die rechtsmethodisch abgeleiteten — für die Zukunft an Gewicht verlieren müssen (dazu unter Ziff. 2), ohne daß sich aber die rechtspolitischen Bedenken gegen die neue Rechtsprechung erledigt oder auch nur gemindert haben — auch die weiteren Sachverhalte, die dem 6. Senat zur Entscheidung vorlagen, können zu keinem anderen Urteil veranlassen (dazu im folgenden unter Ziff. 3). Die vom 6. Senat gegen die alte Mißbrauchsrechtsprechung vorgetragenen Gesichtspunkte lassen sicher deutlich werden, daß die frühere Rechtsprechung Angriffslächen hatte und daß sich auch der Gegenstandspunkt vertreten läßt, weisen aber doch nicht das Gewicht auf, das die Notwendigkeit der Rechtsprechungsänderung plausibel machen könnte (dazu unter Ziff. 4). Die Äußerungen der vorstehenden Entscheidung lassen vermuten, daß es letztlich gar nicht rein urlaubsrechtliche, sondern Erwägungen der umfassenden Entgeltssicherung für den Fall krankheits- oder mutterschaftsbedingter Arbeitsunfähigkeit sind, die für die Änderung der Rechtsprechung maßgebend waren (siehe dazu unter Ziff. 5).

1. Verfestigung der Rechtsprechung des 6. Senats

Der 6. Senat, der mit Urteil vom 28. 1. 1982 erstmals mit der alten gefestigten Rechtsprechung zur rechtsmißbräuchlichen Urlaubsgeltendmachung gebrochen hatte, konnte seine Rechtsauffassung inzwischen — in einem Zeitraum von nur gut zwei Jahren — mehrfach anhand weiterer entsprechender Entscheidungssachverhalte bestätigen, dabei zuletzt auch bereits Urteile verschiedener Landesarbeitsgerichte aufheben, die nach der Entscheidung vom 28. 1. 1982 und unter Ablehnung der dort vertretenen Rechtsauffassung des 6. Senats ergangen waren.

a) In einer Reihe von Urteilen sprach sich der 6. Senat unmit-

telbar gegen die Rechtsmißbräuchlichkeit von Urlaubsbegehren bei fehlender oder geringfügiger Arbeitsleistung aus.

aa) Grundlegend für die Rechtsprechungsänderung war das Urteil vom 28. 1. 1982 (EzA § 3 BUrIG Nr. 13). In dieser Entscheidung sprach sich der 6. Senat unter Berufung auf die Vorschriften des BUrIG erstmals dagegen aus, einen Ausschluß oder auch nur eine Begrenzung des Jahresurlaubsanspruchs nur wegen eines Mißverhältnisses zwischen der vom Arbeitnehmer im Urlaubsjahr erbrachten Arbeitsleistung und seinem Urlaubsbegehren zuzulassen. Der Jahresurlaubsanspruch entstehe nach dem BUrIG pro Urlaubsjahr und zu Beginn des Urlaubsjahres und sei nicht vom Umfang der im Urlaubsjahr erbrachten Arbeitsleistung abhängig.

bb) Bereits unter dem 13. 5. 1982 (EzA § 7 BUrIG Nr. 25) bestätigt der 6. Senat seine neue These; das Urteil selbst hatte sich allerdings nur mit der Frage der rechtzeitigen Geltendmachung und Übertragbarkeit des Urlaubsanspruchs in Fällen der Arbeitsunfähigkeit zum Zeitpunkt des Urlaubsantritts zu befassen, stützt sich dabei aber auf die Kalenderjahrbezogenheit des Urlaubsanspruchs, der für das Urlaubsjahr allein auf der Grundlage des bestehenden Arbeitsverhältnisses und unabhängig von dessen weiterem Schicksal erwachse, aber zugleich in seiner Geltendmachung auch an dieses Kalenderjahr als Urlaubsjahr gebunden sei.

cc) Im Urteil vom 26. 5. 1983 — 6 AZR 273/82 (EzA § 7 BUrIG Nr. 27) — stützt sich der Senat wiederum voll auf seine Entscheidung vom 28. 1. 1982, deren Argumente neuerlich unterbreitet werden. Für die Entstehung des Urlaubsanspruchs sei (nach erfüllter Wartezeit) nur der Bestand des Arbeitsverhältnisses bei Beginn des Urlaubsjahres entscheidend; eine dauernde Arbeitsunfähigkeit könne ihn deshalb nicht ausschließen. Gleichlautend entschied der Senat in zwei weiteren nicht veröffentlichten Urteilen vom gleichen Tag (6 AZR 193/82 und 321/82), die in der späteren Entscheidung vom 23. 6. 1983 — 6 AZR 180/80 (EzA § 7 BUrIG Nr. 28) — zitiert werden.

dd) Die Entscheidung vom 23. 6. 1983 (EzA § 7 BUrIG Nr. 28) hatte sich zwar streitgegenständlich mit einer anderen Frage zu befassen, nämlich der Erfüllbarkeit des Urlaubsanspruchs und seiner eventuellen Abgeltung in den Fällen, in denen der Urlaub vom Arbeitnehmer wegen Arbeitsunfähigkeit zum Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis nicht angetreten werden kann. Obwohl der 6. Senat vom Erlöschen des Urlaubsanspruchs allein aus dem letztgenannten Grunde ausging, nahm er unter Bezugnahme auf das Urteil vom 28. 1. 1982 Gelegenheit

darauf hinzuweisen, daß die dauernde Arbeitsunfähigkeit während des Urlaubsjahres nur die Erfüllbarkeit, nicht aber die Entstehung des Urlaubsanspruchs zu hindern vermag; der Urlaubsanspruch für das Kalenderjahr stehe auch dann zu, wenn im Urlaubsjahr keine Arbeitsleistung erbracht werde.

ee) Den Schlußpunkt dieser Entwicklung bilden vorläufig drei in den hier maßgeblichen Passagen wiederum gleichlautende Entscheidungen vom 8. 3. 1984 — 6 AZR 600/82 (vorstehend abgedruckt), 6 AZR 560/82 und 6 AZR 442/83 (letztere wiedergegeben in DB 1984 S. 1939 und S. 1885). Die Entscheidungen enthalten, wie vorstehend zu ersehen, eine umfassende Rechtfertigung des 6. Senats seiner den Rechtsmißbrauch ablehnenden Rechtsprechung unter Zurückweisung aller erhobenen Einwendungen.

b) Mit in die Betrachtung einzubeziehen ist dabei auch die flankierende Absicherung, die diese Rechtsprechung durch eine Reihe weiterer urlaubsrechtlicher Erkenntnisse des 6. Senats — jeweils wiederum in Abweichung von der früheren Rechtsauffassung des 5. Senats — erfahren hat.

aa) Entgegen der früheren Rechtsprechung geht der 6. Senat nicht nur davon aus, daß fehlende Arbeitsleistung im Urlaubsjahr nicht über den Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauchs berücksichtigt werden kann, sondern verweigert auch tariflichen Regelungen die Anerkennung, die eine längere Zeit der Arbeitsunfähigkeit urlaubsmindernd berücksichtigen — so der Tendenz nach, wenn auch noch nicht hinreichend klargestellt, im Urteil vom 26. 5. 1983 (EzA § 7 BUrlG Nr. 27) und sodann in der Entscheidung vom 8. 3. 1984 — 6 AZR 442/83.

bb) Wie schon erwähnt, läßt der 6. Senat im Urteil vom 13. 5. 1982 die Urlaubsjahrbezogenheit des Urlaubsanspruchs — Bestand des Arbeitsverhältnisses zu Beginn des Urlaubsjahres als alleinige Anspruchsvoraussetzung — auch zu Lasten des Arbeitnehmers durchschlagen, der infolge Arbeitsunfähigkeit nicht in der Lage war, den Urlaub im Kalenderjahr bzw. bis zum 31. 3. des Folgejahres anzutreten. Bestätigt wurde diese Entscheidung durch Urteil vom 1. 12. 1983 (DB 1984, S. 1150), dort allerdings zum Ausgleich des erloschenen Urlaubsanspruchs ein Schadenersatzanspruch gegen den Arbeitgeber für den Fall in Aussicht gestellt, daß der Arbeitgeber den Urlaub trotz fristgerechter Anforderung durch den Arbeitnehmer nicht gewährt. Auf dem gleichen Hintergrund wird unter dem 23. 6. 1983 (EzA § 7 BUrlG Nr. 28) entsprechendes für den Fall entschieden, daß ein Arbeitnehmer beim Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis seinen Urlaub wegen Arbeitsunfähigkeit nicht mehr nehmen kann —

erheblich einschränkend allerdings nunmehr Urteil vom 28. 6. 1984 — 6 AZR 521/81.

cc) Unter Abgehen von der früheren Rechtsprechung des 5. Senats hat der 6. Senat sodann in der Parallelentscheidung 6 AZR 442/83 vom 8. 3. 1984 eine tarifvertragliche Regelung, die das Zwölfteilungsprinzip in bezug auf den gesetzlichen Urlaubsanspruch einführen wollte, für unwirksam erklärt. Der gedankliche Ausgangspunkt für diese Entscheidung war der gleiche wie für die Mißbrauchsrechtsprechung, nämlich die nach dem BUrlG bestehende Unabdingbarkeit des gesetzlichen Urlaubsanspruchs (siehe dazu meine Anmerkung AR-Blattei, D-Blatt „Urlaub: Entsch. . .“). Mit einem tarifvertraglich einzuführenden, über § 5 Abs. 1 c BUrlG hinausreichenden (also ein Ausscheiden in der zweiten Jahreshälfte erfassenden) Zwölfteilungsprinzip würde der Urlaubsanspruch über den 30. 6. des Kalenderjahres hinaus vom *rechtlichen* Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht, mit der Rechtsmißbrauchsrechtsprechung von der *tatsächlich* erbrachten Arbeitsleistung; beides sieht der 6. Senat gleichermaßen als gegen §§ 1, 3 BUrlG verstoßend. Schon lange vorher hatte der 6. Senat — Urteil vom 18. 6. 1980 (EzA Nr. 14 zu § 13 BUrlG) — es Tarifvertragsparteien nicht gestattet, den bei Ausscheiden im ersten Kalenderhalbjahr entstehenden kraft Gesetzes gezwölfteilten Urlaubsanspruch, der als der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch bezeichnet wurde, durch tarifliche Regelung noch weiter einzuschränken oder auszuschließen.

In der jüngsten Entscheidung vom 3. 5. 1984 — 6 AZR 555/81, DB 1984, S. 1938 — wird den Tarifvertragsparteien verwehrt, den Urlaubsabgeltungsanspruch des § 7 Abs. 4 BUrlG für den Fall der Treuepflichtverletzung durch Tarifvertrag auszuschließen, wobei der Senat offenließ, ob dies nur für die Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs (nur dies wäre gemessen an der sonstigen Rechtsprechung des Senats konsequent) oder auch für den Fall eines weitergehenden tariflichen Urlaubs gelten soll.

Die Gesamtheit der Rechtsprechung zeigt, daß der 6. Senat die von ihm in der Entscheidung vom 28. 1. 1982 entwickelte Konzeption gegen allen Widerspruch aufrechterhält und konsequent weiterführt. Eine Kurskorrektur ist demnach, da Für und Wider vom 6. Senat zwischenzeitlich mehrfach behandelt und abgewogen wurden, nicht mehr zu erwarten.

2. Zurücktreten der formal-methodischen Bedenken gegen die Rechtsprechungsänderung

Damit relativieren sich naturgemäß ein Teil der Bedenken, die zunächst gegen die Entscheidung vom 28. 1. 1982 zu erheben

waren, nämlich soweit sie formal-rechtsmethodischer Art waren.

a) Das betrifft insbesondere die Frage, wieweit sich ein durch Änderung der Geschäftsverteilung zuständig gewordener Senat an der bisherigen Rechtsprechung orientieren, sich durch bestehendes Richterrecht gebunden sehen soll. Es kann keine Frage sein, daß jeder Spruchkörper, da immer nur der konkrete Rechtsstreit nach Gesetz und Recht zu entscheiden ist, ohne rechtliche Bindung an frühere Entscheidungen judizieren kann, daß das deutsche Verfahrensrecht keine Bindung der obersten Gerichtshöfe an eigene oder andere höchstrichterliche Entscheidungen kennt, was in der vom 6. Senat (unter Ziff. II 6) in Bezug genommenen Entscheidung des 3. Senats vom 13. 9. 1983 festgehalten wird. Auf der anderen Seite wird gerade auch in der genannten Entscheidung des 3. Senats die Richtlinien- und Regelfunktion hervorgehoben, die über den Einzelfall hinaus von höchstrichterlichen Entscheidungen ausgeht, die dazu geführt hat, daß gerade in der Rechtsprechung des BAG auf Vertrauensschutz und Rechtssicherheit bei Änderung der Rechtsprechung in besonderer Weise geachtet wurde (siehe dazu die Ausführungen in der Entscheidung des 3. Senats vom 13. 9. 1983 und vor allem die behutsame jüngste Entscheidung des 2. Senats des BAG vom 29. 3. 1984). Diesem Anliegen sollte auch die früher vom BAG geprägte Formel Rechnung tragen, daß ein Bundesgericht von seiner bisherigen Rechtsprechung dann nicht abweichen soll, wenn sowohl für die alte wie für eine neue Ansicht gute Gründe sprechen. Ob der 6. Senat sich von dieser Formel distanzieren will, wird aus vorstehenden Entscheidungsgründen nicht recht klar. Im ersten Teil der diesbezüglichen Äußerung (Ziff. II 6, erster Absatz — dem entsprechenden Hinweis des LAG könne nicht gefolgt werden) muß der Senat wohl in diesem Sinne verstanden werden. Er verweist dann aber doch noch auf die Gründe, die ihn zur Aufgabe der alten Rechtsprechung bewegen haben, und möchte damit wohl auf deren überwiegendes Gewicht gegenüber den (für verfehlt gehaltenen) Argumenten der früheren Rechtsprechung abstellen. Ein klares Bekenntnis zur Selbstbindungsformel des BAG kann in diesen recht vagen Äußerungen nicht gesehen werden. Die Formel kann aber im Interesse einer den Rechtsbürgern zumutbaren geordneten Entwicklung des Richterrechtes der Sache nach nicht entbehrt werden.

Weit überwiegend waren die Instanzgerichte und das Schrifttum angesichts der Entscheidung vom 28. 1. 1982 nicht davon überzeugt, daß für die neue Rechtsprechung des 6. Senats bessere Gründe sprechen als für die frühere Mißbrauchsrechtsprechung, und hielten deshalb eine Änderung der Rechtsprechung nicht für veranlaßt. Es stand nie in Frage, daß auch der 6. Senat vertretba-

re Argumente auf seiner Seite hatte. Sie waren aber nicht von dem Gewicht, das erforderlich gewesen wäre, die die Mißbrauchsrechtsprechung bestimmenden rechtlichen und rechtspolitischen Sachgründe zurücktreten zu lassen. Das kann auch nunmehr in einigem zeitlichen Abstand und in Kenntnis der weiteren Entwicklung der Rechtsprechung nicht anders beurteilt werden. Darüber kann man aber andererseits nicht verkennen, daß dieser Gesichtspunkt der Beständigkeit und Kalkulierbarkeit auch des Richterrechts für die Zukunft selbstverständlich als Argument gegen die den Rechtsmißbrauch ablehnende Rechtsprechung des 6. Senats, die sich zwischenzeitlich ihrerseits zu maßgeblichem Richterrecht des zuständigen Senats verfestigt hat, ausscheiden muß.

b) Erst recht kann heute der auf breiter Ebene durchexerzierten Rechtsprechungsänderung nicht mehr mit den Bedenken begegnet werden, die gegenüber der Entscheidung vom 28. 1. 1982 bezüglich des Stils der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des zuvor zuständigen 5. Senats zu erheben waren (siehe dazu meine Anmerkungen in DB 1982, S. 1823 und SAE 1983, S. 81). Dies berührt allerdings nicht die Bedenken, die materiell gegen die Urlaubskonzeption des 6. Senats zu erheben sind.

3. Unveränderte rechtspolitische Bedenken gegen das Ergebnis der neuen Rechtsprechung

Die Vorbehalte, die vom Ergebnis her gegen die Entscheidung des 6. Senats vom 28. 1. 1982 geltend zu machen waren, haben hingegen an Gewicht nicht verloren.

Es konnte nicht überzeugen, daß der vom 23. 3. 1977 bis 9. 7. 1978 arbeitsunfähigen Arbeitnehmerin bei nur geringfügiger Arbeitsleistung im Jahre 1978, nachdem ihr vom Arbeitgeber der Urlaub für 1977 im Anschluß an ihre Krankheitszeit 1978 gewährt worden war, nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses noch der Urlaub für 1978 zugesprochen wurde (siehe dazu meine Anmerkung SAE 1983, S. 81). Die nachfolgend vom 6. Senat entschiedenen Sachverhalte lassen die Problematik zum Teil noch deutlicher heraustreten. Nach dem Sachverhalt des Urteils vom 26. 5. 1983 war der Arbeitnehmer das gesamte Kalenderjahr 1980 und bis November 1981 krank und ging dann ohne jede Arbeitsleistung in den Jahren 1980 und 1981 in Rente. Der 6. Senat sieht gleichwohl keinen Anlaß, am uneingeschränkten Bestand des Urlaubsanspruchs für 1980 zu zweifeln und (aufgrund einer entsprechenden tarifvertraglichen Regelung) dem Arbeitnehmer die Urlaubsabgeltung für 1980 zuzusprechen. Ähnlich stellt sich die Problematik im Urteil vom 23. 6. 1983.

Auch eine ununterbrochene Krankheitszeit vom 31. 1. 1977 bis 27. 2. 1979 mit anschließender Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter Rentenberechtigung soll gleichwohl den Urlaubsanspruch für 1979 entstehen lassen und keinerlei Einschränkung rechtfertigen. Nach dem Sachverhalt der vorstehenden Entscheidung vom 8. 3. 1984 hatte die Arbeitnehmerin im Jahre 1980 keinen einzigen Tag Arbeit geleistet, weist vielmehr nur Erholungsurlaub, Krankheitszeiten, Zeiten mit Beschäftigungsverboten nach dem MuSchG und Mutterschaftsurlaub auf. Nachdem sie nach Aufhebung des Arbeitsverhältnisses Ende Februar 1981 aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden war, soll ihr für 1980 ein Urlaubsabgeltungsanspruch zustehen. Ähnlich liegen die Fälle in den beiden Parallelentscheidungen vom 8. 3. 1984.

Soll sozialpolitisch wirklich geboten und dem Arbeitgeber wirtschaftlich zumutbar sein, einem Arbeitnehmer, der das ganze Kalenderjahr über krankheits- oder mutterschaftsbedingt mit der Arbeitsleistung ausgefallen war, und der dann später, gegebenenfalls unter Rentenbezug, aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet, ohne die Arbeit wieder aufgenommen zu haben, den Urlaubsanspruch zu konservieren und dann abzugelten? Muß wirklich, ehe nach jahrelangen Ausfallzeiten an die Wiederaufnahme der Arbeit gegangen wird oder wenn es zu einer solchen gar nicht mehr kommt, primär an die Realisierung des Urlaubsanspruchs gedacht werden? Das kann meines Erachtens nicht bejaht werden. Die Unangemessenheit der vom 6. Senat durch Ablehnung jeglicher Gegenleistungsaspekte erzielten Ergebnisse zeigt sich dann auch bei der Lösung der Verfallproblematik; nach Meinung des 6. Senats erlischt der Urlaubsanspruch unter allen Umständen mit Ablauf des Urlaubsjahres bzw. des Übertragungszeitraumes, auch wenn der Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt nicht in der Lage ist, den Urlaub anzutreten, der Jahresurlaub aber durch Arbeitsleistung während des ganzen Kalenderjahres „verdient“ ist.

In der diesbezüglich gebotenen korrigierenden Funktion lag der richtige Kern der früheren Rechtsprechung des 5. Senats. Die jetzige Rechtsprechung weist ein bewußt hingenommenes oder vielleicht gar gewolltes Defizit an wirtschaftlicher Äquivalenzvorstellung und eine Überzogenheit des Urlaubsdenkens auf, die meines Erachtens schon einer Pervertierung des Urlaubsrechtes bedeutet.

4. Die Argumente in den Entscheidungen vom 8. 3. 1984

Die in vorstehender Entscheidung des 6. Senats angeführten Argumente können an dieser negativen Gesamtbewertung der

Rechtsentwicklung nichts ändern, wenn auch nicht in Abrede gestellt werden kann, daß der Senat die Argumentation vertieft und auch im Blick auf die übrigen Urteile seine Überlegungen plausibler zu machen vermag.

a) Wenig weiterführend sind allerdings auch hier wieder die im Formalen steckenbleibenden Argumente.

aa) So läßt sich die materielle Streitfrage, wieweit dem Äquivalenzgedanken über Mißbrauchsüberlegungen oder Hinausschiebung des Zeitpunkts für das Erlöschen der Urlaubsansprüche gegenüber der formalen Struktur des BUrlG Durchbruch verschafft werden kann und soll, sicher nicht durch die Qualifizierung der Rechtsnatur des Urlaubsanspruchs als Freistellungs- oder Einheitsanspruch entscheiden — so jedoch der Senat unter Ziff. II 2 —. Der Bewertung des Urlaubsanspruchs als Freistellungsanspruch, wie sie vom 6. Senat dargestellt wird, kann uneingeschränkt gefolgt werden; ein wirklich sachlicher Gegensatz zur Einheitstheorie ist allerdings nicht zu erkennen, bzw. würde er, soweit er besteht, für die hier inmitten stehenden Streitfragen nicht von Bedeutung. Jedenfalls ist nicht zu ersehen, warum — folgt man der streng am Gesetz orientierten Konzeption des 6. Senats — der Urlaubsanspruch bei fehlender Arbeitsleistung im Urlaubsjahr nur deshalb sollte entfallen können, weil der Urlaubsanspruch im Sinne der Einheitstheorie verstanden wird. Selbst wenn man die Fortzahlung der Vergütung als Teilelemente des Urlaubsanspruchs sehen wollte, könnte dies nicht bewirken, daß er als solcher etwa eher am Äquivalenzgedanken gemessen und dementsprechend beschränkt oder ausgeschlossen werden könnte als der vom 6. Senat angenommene Freistellungsanspruch nebst Nebenanspruch auf Urlaubserteilung. Nach beiden Versionen muß für den 6. Senat gleichermaßen entscheidend sein, daß das Gesetz den — wie auch immer konzipierten — Urlaubsanspruch mit Beginn des Urlaubsjahres unabdingbar und unbeeinflußbar durch die weitere Entwicklung des Arbeitsverhältnisses entstehen läßt. Daß — wie der 6. Senat so betont inmitten stellt — kein Verhältnis zwischen geleisteter Arbeit und Urlaub besteht, ist nicht Konsequenz der Qualifizierung des Urlaubsanspruchs als eines bloßen Freistellungsanspruchs.

bb) Keine Diskussion braucht auch darüber geführt zu werden, daß das BUrlG selbst in seinen Regelungen eine Verknüpfung von im Urlaubsjahr zu erbringender Arbeitsleistung und Urlaub nicht vorsieht, daß es vielmehr die Entstehung des Jahresurlaubsanspruchs allein vom Bestand des Arbeitsverhältnisses zu Beginn des Urlaubsjahres abhängig macht. Deshalb bedürfte es ja gerade des Weges über das Institut des Rechtsmißbrauchs,

um zu gewissen äußersten Begrenzungen des Urlaubsbehrens zu kommen. Entscheidend ist, ob man solche für geboten hält — dies ist eine Frage der rechtspolitischen Bewertung. In den Vorschriften des Gesetzes selbst kann darüber naturgemäß keine Antwort gefunden werden, aber zweifellos gibt der Zweck des Gesetzes, d. h. das vom Gesetzgeber mit dem Gesetz verfolgte Anliegen eine wichtige Grundlage für die Beurteilung dafür ab, ob die Geltendmachung eines Urlaubsanspruchs im Einzelfall als rechtsmißbräuchlich zu bewerten ist. Nur kann man aus den verschiedenen vom 6. Senat vorstehend zitierten Verlautbarungen im Rahmen der gesetzgeberischen Behandlung des BUrlG keinen Hinweis für die Lösung der Frage gewinnen, ob der Urlaub nach der Vorstellung und vor allem nach dem klaren Willen des Gesetzgebers auch nicht in einem rudimentären Mindestmaß an eine Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung im Arbeitsverhältnis gebunden werden kann. Damit ist bereits der Bereich der materiellen Beurteilungskriterien angesprochen.

b) Bei den maßgeblichen Argumenten des 6. Senats in vorstehender Entscheidung stehen dementsprechend auch Äquivalenzüberlegungen im Mittelpunkt.

aa) Der 6. Senat bemängelt zunächst, daß das vorentscheidende LAG die Voraussetzungen des Rechtsmißbrauchs nicht nachprüfbar und unter Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls festgestellt habe. Der Senat verweist dazu auf die Ausgangsentscheidung BAG 3, S. 77, die die Rechtsmißbräuchlichkeit des Vorgehens des Urlaub fordernden Arbeitnehmers aus der besonderen zugrundeliegenden Sachverhaltskonstellation dargelegt hat, und der 6. Senat scheint damit zunächst auch offen für entsprechend substantiierte Darlegungen. Wenn er höhere Anforderungen etwa auch an die subjektive Seite des rechtsmißbräuchlichen Verhaltens stellen und von den Instanzgerichten mehr konkrete Abwägung bei der Entscheidung über die Rechtsmißbräuchlichkeit des Verhaltens des Arbeitnehmers verlangen würde, könnte man dies durchaus noch als Fortführung der Rechtsprechung des 5. Senats sehen, der, wie der 6. Senat zu Recht hervorhebt, eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls verlangte. In der Konsequenz dessen läge auch die Forderung, den Rechtsmißbrauch nicht allein aus einem bestehenden zahlenmäßigen Verhältnis (oder Mißverhältnis) von Fehltagen bzw. Arbeitstagen und geforderten Urlaubstagen abzuleiten, sondern dieses allenfalls als Anstoßkriterium für die Prüfung der Rechtsmißbräuchlichkeit der Urlaubsgeltendmachung zu nehmen. Der 6. Senat lehnt jedoch nicht nur ab, aus dem bloßen Mißverhältnis von Arbeitsleistung und Urlaubsforderung auf Rechtsmißbrauch zu schließen, sondern stellt im Anschluß daran

die diametrale, auch wiederum eine Abwägung gar nicht eröffnende These auf, daß das Mißverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Urlaubsbegehren den Vorwurf des Rechtsmißbrauchs unter keinen Umständen begründen könne, weil das BURIG eine Relation zwischen beiden nicht vorsehe. Damit geht der 6. Senat über das plausible Anliegen nach einer Gesamtwürdigung im Einzelfall weit hinaus. Auch müßte zugunsten der älteren, vielleicht zum Teil formelhaften Mißbrauchsrechtsprechung berücksichtigt werden, daß über Rechtsmißbrauch zwar im Einzelfall nur durch Gesamtabwägung der Umstände befunden werden kann, daß sich hierzu aber auch Fallgruppen und Kurzformeln entwickeln, mit denen im Interesse der Praktikabilität standardisiert und typisiert wird, ohne daß damit der jederzeit geltend zu machende Vorbehalt der konkreten Abwägung gegenüber solcher Standardisierung abgeschnitten werden könnte.

bb) Wenig überzeugend ist der Vorwurf des 6. Senats (II 4 b), daß der 5. Senat unterlassen habe, zwischen den Gründen der fehlenden Arbeitsleistung zu differenzieren; die Rechtsgründe Krankheit, Wehrdienst oder Beschäftigungsverbot aufgrund des MuSchG seien nicht miteinander zu vergleichen. Der Wehrdienst kann zunächst außer Betracht bleiben, weil das Arbeitsplatzschutzgesetz selbst eine Kürzung des Urlaubsanspruchs sogar proportional dem Zeitraum des Wegfalls des Vollzugs des Arbeitsverhältnisses vorsieht, diese Fehlzeit also viel stärker durchschlagen läßt als es nach der Mißbrauchsrechtsprechung überhaupt in Betracht kommt. Entsprechendes gilt für den Mutterschaftsurlaub nach § 8 d MuSchG. Wieso sich die Einbeziehung dieser Fehlzeiten in die Beurteilung des Rechtsmißbrauchs „doppelt negativ“ auswirken soll, ist nicht ersichtlich. § 4 Abs. 1 ArbPlSchG und § 8 d MuSchG führen zunächst zu einer proportionalen Kürzung des Urlaubs entsprechend den durch diese Spezialnormen erfaßten Ausfallzeiten. Soweit danach ein Urlaubsanspruch bleibt, richtet sich die Möglichkeit, diesen geltend zu machen, danach, ob es noch zu einer gewissen (nicht ganz geringfügigen) Arbeitsleistung im Kalenderjahr gekommen ist. Ob der Wegfall der Arbeitsleistung im Kalenderjahr auf Krankheit oder auf mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverboten beruht, erscheint wertungsmäßig nicht relevant zu sein. In beiden Fällen wird der Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin mit sozialpolitischen Schutznormen bedacht und ist eine Kürzung des Urlaubs durch gesetzliche Normen nicht vorgesehen.

cc) Die Erörterung muß daher, wie vielfältige Hilfsüberlegungen auch angestellt werden, immer wieder auf die Kernfrage zurückkommen, ob über den Gedanken des Rechtsmißbrauchs ein gewisser Minimalbezug von Leistung und Gegenleistung im

Arbeitsverhältnis zur Voraussetzung der Geltendmachung des Urlaubsanspruchs gefordert werden kann. Es liegt auf der Hand, daß, wer so etwas fordert, eine schwierige Argumentationslast zu tragen hat, weil er von einer den gesetzlichen Vorschriften unmittelbar zu entnehmenden Regelung abweichen will. Wenn ein Gericht aus Gründen seiner rechtspolitischen Bewertung sich dem Vorwurf des Rechtsmißbrauchs, zumindest nachdem es ihn erwogen hat, nicht anschließen will, kann es kaum jemals Schwierigkeiten haben, dies zu rechtfertigen. Ob ein Gericht ein Verhalten als rechtsmißbräuchlich bewerten will, steht, zumindest wenn es dies ablehnt, in seinem weitgehend freien Bewertungsermessen. Dies gilt im Grundsatz auch für den streitigen Komplex des Urlaubsbegehrens. Hier war der Ausgangspunkt zu Lasten des 6. Senats deshalb anders, weil eine gefestigte Rechtsprechung des 5. Senats die Bewertung als Rechtsmißbrauch vorsah — das Problem lag in der Rechtsprechungsänderung ohne überwiegende Sachgründe.

Zu den zwei maßgeblichen Argumenten des 6. Senats in vorstehender Entscheidung sei noch kurz folgendes angemerkt:

aaa) Der Senat läßt die Berufung auf das Mißverhältnis von Arbeitsleistung und Urlaubsanspruch nicht zu, weil eine solche Äquivalenzüberlegung im BUrlG nicht Niederschlag gefunden hätte. Er vermißt deshalb in den Ausführungen des LAG (und wohl auch in der früheren BAG-Rechtsprechung) die Tatsachenfeststellungen vorwerfbareren Verhaltens. Würde man mit der gleichen Strenge der am Gesetz orientierten formalen Argumentation und Restriktion allgemeiner im Gesetz nicht berücksichtigter Wertgedanken an die sonstige Rechtsprechung zum Rechtsmißbrauch herangehen, könnte wohl kaum überhaupt ein Rechtsprechungskomplex Bestand haben.

bbb) Zur Ablehnung des Äquivalenzgedankens reicht nicht die Darlegung, daß das BUrlG keinen Zusammenhang zwischen Mindestarbeitsleistung und Urlaubsanspruch hergestellt hat. Es geht gerade darum, die dem Urlaubsanspruch immanenten Grenzen zu entwickeln. Hierbei ist nicht nur auf die verschiedenen Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren zu verweisen, zumal sie für die Lösung der konkreten Fragestellung keine weiterführenden Rückschlüsse zulassen. Größerer Stellenwert muß dem Standort des Urlaubsrechts im Arbeitsverhältnisrecht zukommen. Wenn auch der Urlaub nicht, wie vom 6. Senat betont, in einem unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis zu einer bestimmten Arbeitsleistung steht, ist er doch im Gesamtgefüge der arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine der wesentlichen Arbeitgeberleistungen; im

weiteren Sinne steht die Urlaubsgewährung selbstverständlich im Gesamtzusammenhang des Leistungsaustausches zwischen den Arbeitsvertragsparteien und ist sehr wohl eine Entgeltleistung des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer erwirbt den Urlaubsanspruch als Gegenleistung des Arbeitgebers für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Wenn also auch der Urlaubsanspruch formal vom BUrlG nicht an eine erbrachte Arbeitsleistung des Arbeitnehmers geknüpft ist, heißt es gleichwohl nicht, daß ausgeschlossen sein müßte, diesen Bezug zum Leistungsaustauschverhältnis der Arbeitsvertragsparteien insgesamt aufzuzeigen. Der Arbeitgeber ist nicht Sozialleistungsträger, dem generell im Interesse des Gesundheitsschutzes des Arbeitnehmers Leistungen aufzubürden sind. Er hat Leistung im Rahmen des Arbeitsverhältnisses und in bezug zur Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zu erbringen. Gewisse Mindestanforderungen der Äquivalenz müssen nicht nur als Frage der wirtschaftlichen Zumutbarkeit für den Arbeitgeber, sondern auch als Grundlage sozialer Verteilungsgerechtigkeit innerhalb der Arbeitnehmerschaft empfunden werden. Die Frage ist allerdings ein Grundsatzproblem der BAG-Rechtsprechung. Die vom 6. Senat entwickelte Rechtsprechung zur rechtsmißbräuchlichen Urlaubsgeltendmachung weist über den Komplex des Urlaubsrechtes hinaus und zeigt, wie der 6. Senat vorstehend selbst ausweist, Berührungspunkte mit der Frage der Auswirkungen der Lohnfortzahlungsvorschriften auf Sozialleistungen des Arbeitgebers schlechthin.

5. Leitvorstellungen des BAG aus dem Lohnfortzahlungsbereich

Der 6. Senat verweist auf die neuere Rechtsprechung des BAG — Urteile vom 19. 5. 1982 und 13. 10. 1982, beide Entscheidungen des 5. Senats —, wonach unter Abkehr von der früheren Rechtsprechung krankheits- oder mutterschaftsbedingte Ausfallzeiten bei der Bemessung von Jahressonderleistungen des Arbeitgebers nicht leistungsmindernd berücksichtigt werden dürfen. Das BAG leitet dies aus dem angeblich sozialpolitischen Sinn und Zweck der Regelungen des Lohnfortzahlungsgesetzes und des Mutterschutzgesetzes ab. Diese Rechtsentwicklung ist wohl auch Hintergrund und die eigentliche Grundlage der Rechtsprechung des 6. Senats zum rechtsmißbräuchlichen Urlaubsbegehren. Der 5. Senat des BAG sieht mit den Lohnfortzahlungsvorschriften nicht nur die unverminderten Lohnzahlungsleistungen zugunsten des Arbeitnehmers gesichert, sondern durch sie auch die Möglichkeit ausgeschlossen, sonstige nur im weiteren Sinne im Entgeltzusammenhang stehende Leistungen des Arbeitgebers von der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung des Arbeitnehmers abhängig zu machen oder auch nur bezüglich der betrags-

mäßigen Höhe irgendeine, wenn auch noch so beschränkte Relation zu Fehlzeiten herzustellen. So hat das BAG etwa die Möglichkeit verworfen, Jahressonderleistungen des Arbeitgebers mittels einer entsprechenden Beschränkung in der arbeitsvertraglichen oder tarifvertraglichen Zusage der Leistung proportional gemäß den Ausfallzeiten im Bezugsjahr zu kürzen. Diese Rechtsprechung begegnet ihrerseits Bedenken, weil sie den Schutzzweck der Lohnfortzahlungsbestimmungen überzieht und dem tatsächlichen Beitrag der Arbeitnehmer zum Unternehmenserfolg jeglichen Stellenwert abspricht — meines Erachtens eine sozialpolitische Fehlentwicklung. Auf diesem Hintergrund kann die uneingeschränkte Zubilligung des Urlaubs — auch eine Sozialleistung des Arbeitgebers, wenn auch eine gesetzlich verfestigte — trotz Fehlens jeglicher Gegenleistung bei krankheits- oder mutterschaftsbedingter Arbeitsunfähigkeit kaum überraschen, aber auch keine andere rechtspolitische Bewertung erfahren wie die neuere Rechtsprechung zu den Jahressonderleistungen. Ich habe die Änderung der Rechtsprechung des BAG zur Uneinschränkbarkeit der Jahressonderleistungen in der Festschrift für Hilger und Stumpf (S. 75) abschließend mit folgendem Satz kommentiert: „Dem Bundesarbeitsgericht fällt es offensichtlich schwer, neben dem sozialen Fortschritt noch den Belangen der Leistungsäquivalenz und der Wirtschaftlichkeit gerecht zu werden“. Dies gilt auch für die neue Urlaubsrechtsprechung des 6. Senats.

Prof. Dr. Herbert Buchner, Augsburg