

Stephan Herlitzius

**Der Urlaubsanspruch  
als schuldrechtlicher Anspruch  
im Arbeitsverhältnis**

Zur neueren Rechtsprechung des BAG



Nomos Verlagsgesellschaft  
Baden-Baden

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
Abkürzungsverzeichnis	17
<i>Teil 1: Darstellung der „neuen“ Rechtsprechung des BAG</i>	19
§ 1 Die Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung in Deutschland	19
§ 2 Die frühere Rechtsprechung des BAG	20
§ 3 Die „neue“ Rechtsprechung des BAG	22
§ 4 Dogmatische Grundpositionen des BAG	23
I. Frühere Rechtsprechung	23
II. Heutige Rechtsprechung	29
III. Vergleich der neueren mit der früheren Rechtsprechung	40
1. Inhalt des Urlaubsanspruchs	40
2. Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs	40
3. Zweck des Urlaubsanspruchs	41
4. Verhältnis von Urlaub und Arbeitsleistung	42
5. Bindung des Urlaubs an das Kalenderjahr	42
6. Erfüllbarkeit, Unmöglichkeit	43
7. Schadensersatz für verfallenen Urlaub	44
8. Urlaubsabgeltung	44
9. Tariffestigkeit	45
10. Dogmatik	45
<i>Teil 2: Bewertung der „neueren“ Rechtsprechung des BAG</i>	47
§ 5 Bewertungskonzept für eine Kritik der „neueren“ Rechtsprechung des BAG	47
A. Immanente Prüfung der „neuen“ Rechtsprechung auf Widerspruchsfreiheit	47
B. Übergreifende Betrachtung	48
I. Die Einheit der Rechtsordnung	48
II. Vereinbarkeit der in der neuen Rechtsprechung verwendeten Begriffe und getroffenen Wertungen mit den üblichen Begriffen und Wertungen des Zivilrechts, insbesondere denen des Arbeitsrechts	49
1. Prüfung von Begriffen und Prüfung von Wertungen	49
2. Funktion zivilrechtlicher Begriffe im „äußeren“ und im „inneren“ System	50
3. Begriff, Begriffsbildung und Begriffstypen	51

4.	Die Funktion der unterschiedlichen Begriffstypen	54
5.	Prüfungsgegenstand	54
§ 6	Der Urlaubsbegriff: Arbeitsverhältnis und Urlaubsanspruch	55
A.	Immanente Prüfung	55
I.	Der Urlaubsanspruch als Freistellungsanspruch und Nebenpflicht	55
II.	Das Arbeitsverhältnis als („einfaches“) Dauerschuldverhältnis	56
III.	Urlaub auch ohne Arbeitsleistung	56
B.	Übergreifende Betrachtung	58
I.	Relevanz und Zusammenhang der Begriffe „Entgelt“ - „Arbeitsverhältnis“ - „Urlaubsanspruch“ - „Unmöglichkeit“	58
II.	Theorien zu Inhalt und Rechtsnatur des Urlaubsanspruchs	59
1.	Urlaub als Teil der Vergütung	59
2.	Die Theorie vom Einheitsanspruch	61
3.	Die Theorie vom Freistellungsanspruch	62
4.	Stellungnahme	62
5.	Zwei-Komponenten-Theorie	66
III.	Der Entgeltbegriff	70
1.	Der in Literatur und Rechtsprechung üblicherweise zugrundegelegte Entgeltbegriff	70
a)	Die Rechtsprechung des 6. und des 10. <i>Senats</i> zum Entgeltbegriff	71
b)	Ansichten in der Literatur zum Entgeltbegriff	72
c)	Gesetzliche Regelungen zum Entgelt	73
d)	Indizien für die Zuordnung zu den gefundenen Entgeltbegriffen	73
2.	Der Entgeltbegriff in der neueren Urlaubsrechtsprechung des <i>BAG</i>	74
IV.	Urlaubsanspruch und Entgeltbegriff	75
1.	Freistellung als geldwerter Vorteil	76
2.	Vermögenswertigkeit und Inhalt des Urlaubsanspruchs	77
3.	Urlaub als „arbeitsleistungsbezogene Sonderleistung“	79
a)	Mindesturlaub nach dem <i>BUrlG</i>	80
b)	Urlaub auf tarif- oder arbeitsvertraglicher Grundlage	88
c)	Verhältnis von Mindesturlaub zu Urlaub auf tarif- oder arbeitsvertraglicher Grundlage	89
4.	Urlaubsanspruch und Synallagma: Rechtsnatur des Urlaubsanspruchs	90
5.	Grundsätzliche Rechtsfolgen für alle Urlaubsansprüche	92
a)	Grundsätzliche Rechtsfolgen einer arbeitsleistungsbezogenen Gestaltung des Urlaubsanspruchs	92
b)	Grundsätzliche Rechtsfolgen bei einer Ausgestaltung des Urlaubsanspruchs als „sonstige“ Sonderleistung	95
6.	Besonderheiten für den Mindesturlaubsanspruch nach dem <i>BUrlG</i>	95
a)	Weitere Ausnahme von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 323 <i>BGB</i>	95
b)	Ergebnis	102
c)	Grundsatz und Ausnahme	102

7.	Besonderheiten für arbeits- oder tarifvertraglich begründeten Zusatzurlaub	103
§ 7	Der Urlaubsbegriff: Urlaubsanspruch und Rechtsmißbrauch bzw. unzulässige Rechtsausübung	103
I.	Bedeutung des Instituts des Rechtsmißbrauchs bzw. der unzulässigen Rechtsausübung im Urlaubsrecht	103
II.	Dogmatik des Rechtsmißbrauchs nach herrschender Lehre und der Rechtsprechung	104
III.	Individueller Rechtsmißbrauch im Urlaubsrecht	106
IV.	Institutioneller Rechtsmißbrauch im Urlaubsrecht – Kritik der Rechtsprechung	106
	1. Ausgangspunkt	106
	2. Die Rechtfertigung der Berücksichtigung eines Mißverhältnisses	107
	3. Die Unterscheidung von Haupt- und Nebenpflicht	112
	4. Die Wirkung von Einwendungen auf den Inhalt des Anspruchs	114
V.	Institutioneller Rechtsmißbrauch im Urlaubsrecht – Lösungsvorschlag	115
	1. Prüfungsmaßstab	115
	2. Bei arbeitsleistungsbezogener Ausgestaltung des Urlaubsanspruchs	115
	3. Bei Ausgestaltung des Urlaubsanspruchs als „sonstige“ Sonderleistung	117
	a) Zuordnung zu den „sonstigen“ Sonderleistungen	117
	b) Möglichkeit der Berücksichtigung eines „Mißverhältnisses“	118
	c) Keine Kürzungsvereinbarungen ?	119
	d) Der als sonstige Sonderleistung und ohne Kürzungsvereinbarung ausgestaltete vertragliche oder tarifliche Zusatzurlaubsanspruch als einzige Fallkonstellation, die im Ergebnis für eine Prüfung auf institutionellen Rechtsmißbrauch offenbleibt	122
	e) Rechtsmißbrauch ?	124
	f) Rechtsfolgen bei festgestelltem Rechtsmißbrauch	132
VI.	Zusammenfassung	133
§ 8	Der Urlaubsbegriff: Teleologische Reduktion der Bestimmungen über die Mindestgarantie ?	134
§ 9	Der Urlaubsbegriff: Zusammenfassung zu Inhalt und Rechtsnatur des Urlaubsanspruchs	136
I.	Mindesturlaub	136
II.	Zusatzurlaub	137
III.	Gegenüberstellung der Theorie vom Freistellungsanspruch und der Zwei-Komponenten-Theorie	137

§ 10 Die Befristung des Urlaubsanspruchs	138
A. Immanente Prüfung	138
I. Die Befristung als Inhalt des Anspruchs	138
II. Das Erfordernis einer Ausschlussfrist	138
III. Widerspruchsfreiheit in begrifflicher Hinsicht	139
IV. Widerspruchsfreiheit in wertungsmäßiger Hinsicht	140
1. Vereinbarkeit der angenommenen Befristung mit dem angenommenen Urlaubszweck	140
2. Vereinbarkeit von Befristung und Unabhängigkeit von der Arbeitsleistung	141
B. Übergreifende Betrachtung	143
I. Das Erfordernis der Auslegung des BUrlG	143
1. Grammatische Auslegung	144
a) Ausschlussfrist	144
b) Befristetes Entstehen	144
c) Ordnungsvorschrift	146
2. Historische und völkerrechtskonforme Auslegung	146
a) Die Entwürfe zum BUrlG 1963	146
b) Völkerrechtskonforme Auslegung	148
c) Zwischenergebnis	150
3. Systematische Auslegung des BUrlG	150
a) § 7 Abs.3 BUrlG	150
b) §§ 4 Abs.2 ArbPISchG und 17 Abs.2 BErzGG	151
4. Teleologische Auslegung des BUrlG	152
a) Vergleich des § 7 BUrlG mit den §§ 4 ArbPISchG und 17 BErzGG	152
b) Vergleich der angeblichen Befristung des Mindesturlaubs- anspruchs mit der Befristung von Sonderurlaub z.B. anlässlich der goldenen Hochzeit der Eltern	154
c) Zwischenergebnis	155
II. Das Erfordernis der Auslegung aus dem inneren System	156
1. Der Grundsatz der Nichtanrechnung von Krankheitstagen auf den Erholungsurlaub und das Recht des Arbeitnehmers, auf den Zeit- punkt des Urlaubs Einfluss zu nehmen	156
2. Gleichbehandlungssatz und Willkürverbot (Art. 3 Abs.1 GG)	158
3. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	159
a) Geeignetheit zur Zielerreichung	159
b) Erforderlichkeit	159
c) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	161
C. Zusammenfassung	161

§ 11 Die „Unmöglichkeit“ der Erfüllung des Urlaubsanspruchs und ihre Rechtsfolgen	162
A. Immanente Prüfung	162
I. Die Verwendung des Begriffs der „Unmöglichkeit“ in der neueren Rechtsprechung	162
1. Unmöglichkeit wegen Arbeitsunfähigkeit	162
2. Unmöglichkeit wegen Fristablaufs	162
II. Die Funktion der Annahme von Unmöglichkeit und ihre Rechtsfolgen	162
1. Funktion	162
2. Rechtsfolgen bei zeitweiser Unmöglichkeit	163
a) Vor Festsetzung des Urlaubs	163
b) Nach der Festsetzung des Urlaubs	163
c) Nach Ablauf der Fristen des § 7 Abs.3 BUrlG	163
3. Rechtsfolgen bei dauernder Unmöglichkeit	164
III. Widerspruchsfreiheit	164
1. Unmöglichkeit wegen Arbeitsunfähigkeit	164
2. Unmöglichkeit wegen Fristablaufs	164
3. Ergebnis	165
B. Übergreifende Betrachtung	165
I. Unmöglichkeit wegen Arbeitsunfähigkeit	165
1. Übereinstimmung der Rechtsprechung mit der Dogmatik des Allgemeinen Schuldrechts	165
a) Neben(leistungs)pflcht	165
b) Leistungshandlung und Leistungserfolg	165
c) Gattungsschuld	165
d) Ergebnis	166
2. Übereinstimmung der Rechtsprechung mit der Konzeption des BUrlG	166
a) § 9 BUrlG als <i>lex specialis</i> zu § 275 Abs.1 BGB?	166
b) § 9 BUrlG als Ergänzung von § 243 Abs.2 BGB	167
3. Ergebnis	167
II. Unmöglichkeit wegen Fristablaufs	168
1. Unmöglichkeit und Abstraktionsprinzip	168
2. Unmöglichkeit als abstrakt-allgemeiner Begriff	169
3. Ergebnis	170
III. Unmöglichkeit und Schadensersatzanspruch	171
1. Zwingende Vorgaben	171
2. Die heutige Lösung des BAG	171
a) Grundlage des Schadensersatzanspruchs	172
b) §§ 280 Abs.1, 287 S.2 BGB: Unmöglichkeit	173
c) Schaden	173
d) Vertretenmüssen i.S.d. § 280 Abs.1 BGB	173
aa) § 287 S 2 BGB: Verzug	174
(1) Fälligkeit der Leistung	174
(2) Das Erfordernis einer Mahnung	176
(3) Verschulden, § 285 BGB	177

	bb) Zufall i.S.d. § 287 S.2 BGB	177
	e) Bewertung	177
	aa) Dogmatisch	177
	bb) Praktisch	178
3.	Alternativen	178
	a) Der Arbeitgeber als Garant der Urlaubsverwirklichung ?	178
	b) § 162 Abs.2 BGB ?	180
	c) § 242 BGB ?	180
	d) Automatischer „Übergang“ des Urlaubsanspruchs ?	181
	e) Verzicht auf die Befristung	182
C.	Zusammenfassung	182
	I. Die heutige Rechtsprechung des BAG	182
	II. Alternativen	182
§ 12	Der Urlaubsabgeltungsanspruch als Surrogat des Urlaubsanspruchs	183
A.	Immanente Prüfung	183
	I. Bedeutung und Funktion des Begriffs „Surrogat“	183
	1. Begriff	183
	2. Rechtsfolgen	184
	3. Ziel und Mittel	184
	II. Widerspruchsfreiheit in begrifflicher Hinsicht	184
	III. Widerspruchsfreiheit in wertungsmäßiger Hinsicht	184
B.	Übergreifende Betrachtung	185
	I. Begründung und Begründbarkeit der Surrogatsthese	185
	1. Grammatische Auslegung	186
	2. Systematik	187
	3. Funktionsgleichheit und teleologische Auslegung	187
	4. Aus dem Rechtscharakter des Surrogats/Ersatzes	189
	5. Gleichbehandlungsgrundsatz	194
	6. Zusammenfassung	196
	II. Geltungsgrund der Regeln zum Urlaubsanspruch in Bezug auch auf den Urlaubsabgeltungsanspruch	196
	1. Problemstellung	196
	2. Der Urlaubsabgeltungsanspruch als selbständiger Sekundäranspruch	196
	3. Unmöglichkeit	197
	4. Der Surrogatcharakter als Inhaltsbestimmung des Urlaubsabgeltungsanspruchs ?	198
	5. Der Surrogatcharakter als immanente Einschränkung des Urlaubsabgeltungsanspruchs	198
	a) Die Fiktion des Fortbestandes der Arbeitspflicht	198
	b) Die Erfüllbarkeit des als fortbestehend gedachten Urlaubsanspruchs als zusätzliche Anspruchsvoraussetzung	199
	6. Zusammenfassung	199
	III. Praktische Probleme	200
	1. Das Kriterium der Erfüllbarkeit	200

2.	Das Erfordernis einer Prognose	200
3.	Rechtssicherheit und materielle Gerechtigkeit für den Arbeitgeber	201
4.	Rechtssicherheit und materielle Gerechtigkeit für den Arbeitnehmer	202
5.	Rechtsverkehr und Revision	202
C.	Bewertung der neueren Rechtsprechung	202
I.	Methode	202
II.	Verhältnis zum Gesetz	203
III.	Die Berufung auf das Leistungsstörungenrecht	204
IV.	Surrogatcharakter des Abgeltungsanspruchs und Theorie vom Urlaubsanspruch als reinem Freistellungsanspruch	205
D.	Alternativen	205
I.	Teleologische Reduktion des Urlaubsabgeltungsanspruchs im Einzelfall	205
II.	Abbrücken von der Befristung des Urlaubsanspruchs	206
E.	Ergebnis	207
§ 13	Abtretbarkeit, Pfändbarkeit und Vererblichkeit von Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsanspruch	207
I.	Theorie vom Einheitsanspruch	207
1.	Abtretbarkeit und Pfändbarkeit	207
2.	Vererblichkeit	208
II.	Theorie vom Freistellungsanspruch nach neuerer Rechtsprechung des BAG	208
1.	Abtretbarkeit und Pfändbarkeit	208
2.	Vererblichkeit	208
a)	Urlaubsanspruch	208
b)	Urlaubsabgeltungsanspruch	209
III.	Zwei-Komponenten-Theorie des Urlaubsanspruchs	209
1.	Grundsatz	209
2.	Einschränkungen	209
IV.	Zusammenfassung	211
§ 14	Tariffestigkeit von Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsanspruch	211
A.	Rechtsprechung des BAG	211
B.	Stellungnahme	212
§ 15	Abschließende Bewertung der „neuen“ Rechtsprechung des BAG	213
A.	Immanente Prüfung	213
B.	Übergreifende Betrachtung	214
I.	Ergebnis	214
II.	Ursache	214
III.	Das Erfordernis der Falsifizierbarkeit juristischer Aussagen	216

§ 16 Zusammenfassung	217
I. Untersuchungsergebnisse	217
II. Neubeantwortung der fünf Ausgangsfragen	221
1. Urlaub auch ohne Arbeitsleistung ?	221
2. Kann Urlaub durch Zeitablauf verfallen ?	221
3. Ersatzanspruch bei Urlaubsverweigerung ?	221
4. Urlaubsabgeltung	222
5. Sind Mindesturlaubsanspruch und Urlaubsabgeltungsanspruch tariffest ?	222
§ 17 Ausblick	222
A. Praktische Konsequenzen für das <i>BAG</i>	222
B. Praktische Konsequenzen für den Gesetzgeber	222
C. Praktische Konsequenzen für die Arbeitsvertragsparteien	223
D. Praktische Konsequenzen für die Tarifvertragsparteien	223
Literaturverzeichnis	225
Stichwortverzeichnis	229