

Aktenzeichen: 2 AZR 282/95

Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 31. Januar 1996

- 2 AZR 282/95 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 21. April 1994

- 63 Ca 31790/93 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 05. Dezember 1994

- 9 Sa 92/94 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse : Nein

Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Verhaltensbedingte Kündigung wegen Selbstbeurlaubung

Gesetz:

KSchG § 1 Abs. 2; BGB § 315; BUrlG § 7

Leitsätze:

k e i n e



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 282/95

9 Sa 92/94 Berlin

Verkündet am
31. Januar 1996

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

Jatz,
Reg.-Hauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.



12. Oktober 1993 Erholungsurlaub. Der Urlaub im August 1993 wurde dem Kläger von der Beklagten am Tage der Einreichung des Urlaubscheines am 30. Juli bzw. 24. August 1993 genehmigt. Etwa 14 Tage vor dem 18. Oktober 1993 übergab der Kläger einem Mitarbeiter der Beklagten, Herrn R , einen Urlaubsschein, mit dem er Erholungsurlaub für die Zeit vom 18. Oktober bis zum 5. November 1993 beantragte. Der Kläger wollte an einem Schachturnier in Spanien teilnehmen und zwei ebenfalls nach Spanien reisende Schachspieler in seinem Auto mitnehmen. Am 14. Oktober 1993 teilte die Beklagte nach Rückkehr ihres Geschäftsführers dem Kläger telefonisch mit, daß der Urlaub nicht genehmigt sei. Mit Schreiben vom selben Tage, das der Kläger an diesem Tage auch erhielt, wurde ihm dies nochmals schriftlich bestätigt, und zwar unter Hinweis auf betriebsbedingte Gründe (hohe Auftragslage). In einem weiteren Schreiben vom 15. Oktober 1993 forderte die Beklagte den Kläger "letztmalig" auf, am 18. Oktober 1993 seine Arbeit aufzunehmen; gleichzeitig wurde ihm für den Fall, daß er seiner Arbeit fernbleibe, die Kündigung des Arbeitsverhältnisses angedroht. Der Kläger erschien gleichwohl am 18. Oktober 1993 nicht zur Arbeit, sondern hatte die von ihm geplante Urlaubsreise nach Spanien angetreten. Daraufhin kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 9. November 1993 das Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 30. Juni 1994.

Der Kläger hat ursprünglich geltend gemacht, sein Arbeitsverhältnis könne wegen seiner Stellung als Kommanditist nur aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses beendet werden. Er hat sich ferner darauf berufen, die Beklagte habe ihm den Spanienurlaub bewilligt; er habe bereits im Juni 1993 den Bereichsleiter und



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

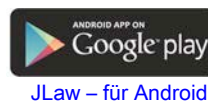
- 4 -

Meister, Herrn P , der Urlaubsanträge befürworten und nach Absprache genehmigen könne, in Anwesenheit des Geschäftsführers S über seinen Urlaubswunsch informiert. Herr P habe seinen Urlaubstermin auch bestätigt. Auf seine Bitte, den Urlaubsschein auszufüllen, habe der Geschäftsführer der Beklagten geantwortet, daß er sich auf diese Zusage verlassen könne. Daraufhin habe er seine Reise nach Spanien gebucht und alle organisatorischen Vorbereitungen getroffen. Etwa um den 20. September 1993 habe er sich bei Herrn R , der bei der Beklagten eine führende Stellung einnehme, nochmals wegen des geplanten Urlaubs vergewissert, da Herr P zwischenzeitlich nicht mehr bei der Beklagten beschäftigt gewesen sei. Er habe Herrn R darauf hingewiesen, daß der Bereichsleiter den Urlaub genehmigt habe. Herr R habe ihm gegenüber geäußert, es bestünde in dieser Jahreszeit kein Problem; er solle 14 Tage vorher nochmals kommen und sich den Urlaubsschein abholen. Als er, der Kläger, seinen Urlaubsschein abgegeben habe, sei von Herrn R beiläufig geäußert worden, daß er, der Kläger, wegen seines Urlaubs nochmals mit dem Geschäftsführer, der noch in Urlaub sei, sprechen solle. Am Freitag, den 8. Oktober 1993, habe er nochmals mit Herrn R gesprochen, wobei dieser ihm gesagt habe, der Urlaub gehe klar. Gleichzeitig habe er mitgeteilt, daß der Geschäftsführer seinen Urlaub verlängert habe und noch nicht im Hause sei.

Der Kläger hat geltend gemacht, für die spätere Versagung des beantragten und genehmigten Urlaubs hätten keine betrieblichen Gründe vorgelegen; zumindest sei davon auszugehen, daß die Beklagte durch ihr Schweigen von Ende September bis zum 14. Oktober 1993 dem Urlaubswunsch habe Rechnung tragen wollen, zumal der



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Geschäftsführer seinerzeit geäußert habe, er werde dem Kläger seinen Silberhochzeits-Urlaub nicht vermiesen. Mit den schriftlichen Mitteilungen vom 14. und 15. Oktober 1993 habe die Beklagte einen wirksamen Widerruf der Urlaubserteilung nicht erklärt, zumal ein betrieblicher Notfall nicht vorgelegen habe; in der Asylbewerberunterkunft seien keine besonderen Belastungen für die dort eingesetzten Arbeitnehmer entstanden.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 9. November 1993 nicht aufgelöst worden sei.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und in Abrede gestellt, daß Herr P den Urlaub genehmigt habe, zumal dieser gar nicht berechtigt gewesen sei, Erholungsurlaub zu erteilen; dies sei allein Sache der Geschäftsleitung gewesen. Auch sei der Kläger bei Abgabe seines Urlaubsantrages darauf hingewiesen worden, daß es Probleme gebe; ebenso wenig habe Herr R das Urlaubsbegehren des Klägers genehmigt, abgesehen davon, daß er ebenfalls nicht befugt gewesen sei, Erholungsurlaub zu erteilen. Auch ihr Geschäftsführer habe den Urlaub nicht zugesichert, sondern lediglich dem Kläger für den 11./12. Oktober 1993 einen zusätzlichen Urlaubstag aus Anlaß der Silberhochzeit zugebilligt. Der Kläger habe auch nicht davon ausgehen können, daß eine stillschweigende Genehmigung des Urlaubsantrages vorliege, weil in den früheren Fällen die Genehmigung auf den schriftlichen Urlaubscheinen bestätigt worden sei, nicht dagegen bei seinem letzten Antrag. Nachdem sich die Auftragslage wieder normalisiert habe,



habe der Kläger seinen Resturlaub auch in der Zeit vom 22. November bis 17. Dezember 1993 genommen.

Der Gewährung des Erholungsurlaubs in der fraglichen Zeit hätten auch betriebliche Gründe entgegengestanden; durch die Auflösung der Asylunterkünfte und die Übergabe der Wohncontainer an den Vermieter sei eine besonders aufwendige und gründliche Reinigung notwendig gewesen, wofür u. a. die Anwesenheit des Klägers erforderlich gewesen sei.

Das Arbeitsgericht hat nach dem Klageantrag erkannt, während auf die Berufung der Beklagten das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen hat. Mit der vom Senat durch Beschluß vom 9. März 1995 zugelassenen Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision und hat die Hauptsache im Hinblick auf einen außergerichtlichen Vergleich vom 28. September 1995 für erledigt erklärt. Dem ist der Kläger entgegengetreten.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung, § 565 ZPO.

I. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Rechtsstreit aufgrund des Vergleichs vom 28. September 1995 nicht erledigt, § 91 a ZPO. Ausweislich des von der Beklagten vorgelegten Protokolls der Gesellschafterversammlung sollte der Kläger die Revision im Arbeitsgerichtsverfahren zurücknehmen, wenn Ziff. 4 des



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Protokolls der Gesellschafterversammlung erfüllt sei. Diese Bedingung ist nicht eingetreten. Die Parteien haben sich nach Darstellung des Klägers bisher nicht über den Abschluß eines neuen Arbeitsvertrages geeinigt, ebensowenig wie bis zum 12. Oktober 1995 eine finanzielle Regelung ausstehender Forderungen erfolgt ist, wie dies im Vergleich vorgesehen war. Dafür daß bis zum 12. Oktober 1995 die nach dem Vergleich offenen Punkte geregelt worden seien, hat die Beklagte auch keinen Beweis angetreten.

II. Was den Ausgangsrechtsstreit angeht, hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die Kündigung sei aus Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt. Der Kläger habe nämlich eigenmächtig den Urlaub angetreten und dadurch seine Vertragspflichten verletzt. Die Urlaubsgewährung erfolge nach § 7 BUrlG allein durch den Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechtes, wobei er dieses im Rahmen von § 315 Abs. 1 BGB auszuüben habe. Die einseitige Leistungsbestimmung im Rahmen eines gesetzlich eingeräumten Ermessens habe rechtsgestaltende Wirkung. Die Beklagte habe den Urlaub für die fragliche Zeit weder ausdrücklich noch stillschweigend erteilt. Der Kläger habe nämlich selbst vorgetragen, die Beklagte habe bis zum 14. Oktober 1993 ihm gegenüber noch keine verbindliche Urlaubsentscheidung getroffen. Auch habe der Kläger eingeräumt, der Arbeitnehmer R habe ihn aufgefordert, er solle 14 Tage vorher noch einmal vorbeikommen und sich den Urlaubsschein abholen, wobei R beiläufig geäußert habe, der Kläger solle wegen des Urlaubs nochmals mit dem Geschäftsführer sprechen. Alle diese Umstände machten deutlich, daß von einer Urlaubsgewährung vor dem 14. Oktober 1993 nicht gesprochen werden könne. Wenn der Kläger gleichwohl



irrtümlich von einer Urlaubsgewährung ausgegangen sei, so handle er in einem nicht entschuldbaren Irrtum. Bei der Interessenabwägung sei auch zu berücksichtigen, daß die Versagung der Urlaubsgewährung nicht unbillig gewesen sei, weil jedenfalls die Asylbewerberunterkünfte in B aufgelöst worden seien, womit notwendigerweise gewisse Reinigungsarbeiten verbunden gewesen seien. Deshalb könne keine Rede davon sein, daß dem Urlaubsverlangen des Klägers hätte entsprochen werden müssen.

III. Dem folgt der Senat nicht. Die Revision rügt zu Recht, das Berufungsgericht berücksichtige die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 18. Dezember 1986 - 8 AZR 502/84 - BAGE 54, 63 = AP Nr. 10 zu § 7 BUrlG) nicht, wonach die Bestimmung des Urlaubszeitpunktes nicht etwa dem billigen Ermessen des Arbeitgebers im Sinne von § 315 BGB unterliege, sondern, daß der Arbeitgeber als Schuldner des Urlaubsanspruchs verpflichtet sei, nach § 7 Abs. 1 BUrlG die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen.

1. Zwar ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts einer Nachprüfung im Revisionsverfahren nur in beschränktem Umfang zugänglich. Denn bei der Frage der sozialen Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung (§ 1 Abs. 2 KSchG) handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur darauf geprüft werden kann, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat und ob es bei der gebote-



nen Interessenabwägung, bei der dem Tatrichter ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt und in sich widerspruchsfrei gewürdigt hat (ständige Rechtsprechung des BAG vgl. BAGE 42, 151, 157 = AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu B II der Gründe; Urteil vom 13. März 1987 - 7 AZR 601/85 - AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung, zu II 1 der Gründe; Senatsurteil vom 21. Mai 1992 - 2 AZR 551/91 - AP Nr. 28, aaO, zu II 2 der Gründe). Auch unter Zugrundelegung dieses eingeschränkten Prüfungsmaßstabes hält das angefochtene Urteil der Prüfung durch das Revisionsgericht nicht stand.

2. Wie der Senat bereits im Zulassungsbeschluß vom 9. März 1995 - 2 AZN 57/95 - ausgeführt hat, weicht das angefochtene Urteil mit dem Rechtssatz, die Urlaubsgewährung erfolge nach § 7 BUrlG allein durch den Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts, wobei er dieses im Rahmen von § 315 Abs. 1 BGB auszuüben habe, von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in dessen Urteil vom 18. Dezember 1986 (- 8 AZR 502/84 - BAGE 54, 63, 65 f. = AP Nr. 10 zu § 7 BUrlG, zu I 1 der Gründe) ab. Das Bundesarbeitsgericht hat nämlich entschieden, die Bestimmung des Urlaubszeitpunkts obliege nicht etwa billigem Ermessen des Arbeitgebers im Sinne von § 315 BGB, sondern der Arbeitgeber sei als Schuldner des Urlaubsanspruchs verpflichtet, nach § 7 Abs. 1, erster Halbsatz BUrlG die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen und daher auch den Urlaub für den vom Arbeitnehmer angegebenen Termin festzusetzen, jedenfalls dann, wenn die Voraussetzungen nach § 7 Abs. 1, zweiter Halbsatz BUrlG nicht gegeben seien;



die Festlegung des Urlaubszeitpunkts gehöre damit zur Konkretisierung der dem Arbeitgeber obliegenden, durch die Regelungen des § 7 BUrlG auch im übrigen bestimmten Pflicht; ein Recht des Arbeitgebers zur beliebigen Urlaubserteilung im Urlaubsjahr oder zur Erteilung des Urlaubs nach billigem Ermessen bestehe nicht. Diese Auffassung hat sich auch in der einschlägigen Literatur durchgesetzt (vgl. etwa GK-BUrlG/Bächmann, 5. Aufl., § 7 Rz 60, 65; Dersch/Neumann, BUrlG, 7. Aufl., § 7 Rz 10; Leinemann/Linck, Urlaubsrecht, § 7 BUrlG Rz 17, 19, m.w.N.); ihr schließt sich der erkennende Senat an.

Die gegenteilige und von der Revision mit Recht gerügte Auffassung des Landesarbeitsgerichts liegt dabei nicht nur seinen allgemeinen Ausführungen zugrunde, sondern auch in der Interessenabwägung geht das Gericht ohne weiteres davon aus, angesichts der Auflösung der Asylbewerberunterkünfte, was "notwendigerweise mit gewissen Reinigungsarbeiten verbunden zu sein pflege", könne keine Rede davon sein, daß dem Urlaubsverlangen des Klägers von der Beklagten hätte entsprochen werden müssen. Das Landesarbeitsgericht berücksichtigt auch hier nicht, daß grundsätzlich nach § 7 Abs. 1, erster Halbsatz BUrlG die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind, ohne im übrigen konkret festzustellen, was der Kläger ausdrücklich bestritten hatte, daß tatsächlich die Auflösung der Asylbewerberunterkünfte in B

zu einem Arbeitsanfall führte, der unter dem Gesichtspunkt dringender betrieblicher Belange dem Urlaubswunsch des Klägers entgegenstand. Außerdem ist bisher nicht aufgeklärt, ob die Behauptung des Klägers zutrifft, der Mitarbeiter R habe noch



am 8. Oktober 1993 bei seiner erneuten Vorsprache erklärt, der Geschäftsführer S sei zwar noch nicht aus seinem Urlaub zurück, der Urlaubswunsch des Klägers gehe aber klar. Im übrigen hat der Kläger erstinstanzlich vorgetragen, sein Fernbleiben habe keine zusätzlichen Belastungen innerhalb der Arbeit in der Asylbewerberunterkunft mit sich gebracht, zumal die Beklagte einen Subunternehmer eingesetzt habe. Solange dies nicht aufgeklärt war, durfte das Landesarbeitsgericht nicht davon ausgehen, dem Urlaubsverlangen des Klägers habe nicht entsprochen werden können. Auch die weitere Argumentation des Landesarbeitsgerichts ist nicht tragfähig, es komme noch hinzu, was zu Lasten des Klägers zu berücksichtigen sei, daß er den ausstehenden Resturlaub für 1993 problemlos auch zu einem späteren Zeitpunkt hätte nehmen können. Dies steht im Widerspruch zu § 7 Abs. 1 BUrlG, wonach vorrangig die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind.

Das Landesarbeitsgericht hat schließlich keine näheren Feststellungen dazu getroffen, ob nicht der Geschäftsführer der Beklagten, wie der Kläger erst- und zweitinstanzlich behauptet hatte, grundsätzlich seinem Urlaubsverlangen ab 18. Oktober 1993 mit der Bemerkung zugestimmt hatte, er wolle dem Kläger den Silberhochzeitsurlaub nicht vermiesen. Die Beklagte hatte zwar eine derartige Äußerung des Geschäftsführers der Beklagten bestritten. Das Landesarbeitsgericht hätte indessen dem Rechtfertigungsvorbringen des Klägers nachgehen müssen, zumal die Beklagte - auch hinsichtlich des Nichtvorliegens von Rechtfertigungsgründen - darlegungs- und beweisbelastet ist (ständige Rechtsprechung des



- 12 -

BAG, vgl. u. a. Senatsurteile vom 6. August 1987 - 2 AZR 226/87 - AP Nr. 97 zu § 626 BGB, zu II 2 a der Gründe; vom 6. September 1989 - 2 AZR 118/89 - AP Nr. 22 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, mit Anm. von Preis; vom 31. Mai 1990 - 2 AZR 535/89 - RzK I 10 h Nr. 28, zu II 2 a der Gründe und vom 26. August 1993 - 2 AZR 154/93 - BAGE 74, 127, 134 ff. = AP Nr. 112 zu § 626 BGB, zu B I 1 c der Gründe, m.w.N.). Solange in dieser Hinsicht keine aufklärenden Feststellungen getroffen waren, durfte das Landesarbeitsgericht nicht davon ausgehen, der Kläger habe eigenmächtig einen vom Arbeitgeber nicht genehmigten Urlaub angetreten und dadurch seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt (vgl. dazu im übrigen das Grundsatzurteil des Senats vom 20. Januar 1994 - 2 AZR 521/93 - AP Nr. 115 zu § 626 BGB, zu II 2 a der Gründe, m.w.N.).

Das Landesarbeitsgericht wird daher unter Beachtung der vorstehenden Grundsätze und Erwägungen erneut über die ordentliche Kündigung des Klägers zu entscheiden haben.

Etzel

Bitter

Bröhl

Piper

Strümper



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)