

Bundesurlaubsgesetz: BUrlG

Neumann / Fenski / Kühn

12., neu bearbeitete Auflage 2021
ISBN 978-3-406-76884-2
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

| | |
|---|--------|
| <i>Die Frist von 3 Monaten, binnen deren der Urlaub nach Übertragung zu nehmen ist, führt nach Ablauf zum Verlust des Urlaubsanspruchs, der dann nur noch als Schadensersatz zu gewähren ist (Ausnahme: Art. 7 EG-Richtlinie 2003/88).</i> | 89 |
| <i>Nach der EuGH-Entscheidung Schultz/Hoff und deren Übernahme durch das BAG bleibt der Urlaubsanspruch nach Arbeitsunfähigkeit erhalten und erlischt erst nach dem 31.3. des zweiten auf das Urlaubsjahr folgenden Jahres.</i> | 95 |
| <i>Nach Aufgabe der Surrogatstheorie ist die Abgeltung reiner Geldanspruch.</i> | 98–100 |
| <i>Es gilt grundsätzlich Abgeltungsverbot.</i> | 102 |
| <i>Nur wenn Freizeitgewährung unmöglich ist, wird Abgeltung zugelassen.</i> | 106 |
| <i>Daher keine Abgeltung, solange das Arbeitsverhältnis besteht, auch nicht bei Ablauf des Urlaubsjahres.</i> | 107 |
| <i>Bei teilweiser Unmöglichkeit der Freizeitgewährung ist Teilabgeltung und, soweit möglich, Freizeit zu gewähren.</i> | 107 |
| <i>Durch die Abgeltung verlängert sich das Arbeitsverhältnis nicht.</i> | 112 |
| <i>Die Höhe ergibt sich aus dem zuletzt bezogenen Verdienst.</i> | 113 |
| <i>Der Abgeltungsanspruch ist nach Aufgabe der Surrogatstheorie pfändbar, vererblich und abtretbar.</i> | 115 |
| <i>Er wird auf Arbeitslosengeld angerechnet und ist lohnsteuer- und sozialversicherungspflichtig.</i> | 116 |
| <i>Auch bei unberechtigter Lösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer (Vertragsbruch) und bei berechtigter fristloser Entlassung ist der bis dahin entstandene Urlaubsanspruch, ggf. also ein entsprechender Teilurlaubsanspruch abzugelten. Ein Verfall des Urlaubsanspruchs tritt nicht ein; Ausnahmen sind nur bei Rechtsmissbrauch denkbar.</i> | 120 |

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

I. Festlegung der Urlaubszeit

1. Fälligkeit des Urlaubs

Der Zeitpunkt, zu dem der Arbeitnehmer seinen Urlaub antritt, wird nach § 7 unter Berücksichtigung der Urlaubswünsche des Arbeitnehmers in Abwägung mit den betrieblichen Belangen und Urlaubswünschen anderer Arbeitnehmer grundsätzlich vom Arbeitgeber festgelegt. Von dem Zeitpunkt, an dem der Arbeitnehmer den Urlaub antritt, ist die Entstehung des Urlaubsanspruchs zu unterscheiden. Die Entstehung des Urlaubsanspruchs ist für den vollen Urlaubsanspruch an die Erfüllung der Wartezeit nach § 4 geknüpft. Soweit ein Teilurlaubsanspruch in Betracht kommt, kann dieser auch nach § 5 entstehen. Von der Entstehung des Urlaubsanspruchs hängt auch ab, in welcher Höhe dem Arbeitnehmer der Urlaubsanspruch zusteht (vgl. zur gesetzlichen Höhe des Urlaubsanspruchs § 3). Gegenüber diesem Begriff der Entstehung des Urlaubsanspruchs wird der Zeitpunkt der **Verwirklichung** des Anspruchs überwiegend als „Fälligkeit“ des Urlaubsanspruchs bezeichnet (Boewer DB 1970, 637; ErfK/Gallner § 1 Rn. 21, § 7 Rn. 5; Gaul NJW 1963, 1237; Lepke DB 1988 Beilage 10, 3; DB 1990, 1131; Meisel DB 1965, 892; Söllner ArchZivPrax. 1963, 558; Trieschmann ArbuR 1963, 70; aA BAG 18.12.1986, AP BUrtG § 7 Nr. 10; Arnold/Tilmanns § 7 Rn. 11; Friese Rn. 177; Herlitzius, 174 ff.; HK-BUrtG/Oppermann § 7 Rn. 2; KassArbR/Schütz 2.4 Rn. 213; von der Laden S. 20 f.; Leinemann/Linck § 1 Rn. 77; MHdB ArbR/Klose § 86 Rn. 23 f.; Natzel § 7 Rn. 13; Schaub ArbR-HdB/Linck § 104 Rn. 74; Weber Anm. AP BUrtG § 7 Nr. 13, die sämtlich auf die Entstehung des Urlaubsanspruches als dem Zeitpunkt, von dem an er verlangt werden kann, abstellen).

- 2 Der Begriff der **Fälligkeit** für die Herbeiführung des Zeitpunktes, an dem der Arbeitnehmer seinen Urlaub tatsächlich antritt, ist hier allerdings nicht im streng schuldrechtlichen Sinn zu nehmen. Der Arbeitnehmer tritt zu diesem Zeitpunkt einen Urlaub an, der bereits vorher festgelegt wurde, und der erst mit Beendigung des Urlaubs erfüllt wird (vgl. *Hefermehl* BArbBl. 1967, 320; *Larenz* Schuldrecht I, 164, 265; *Enneccerus/Lehmann*, 217; *Zöllner* DB 1957, 508). Danach wäre, streng genommen, die Fälligkeit des Urlaubsanspruchs von dem Zeitpunkt, für welchen er erteilt wird, zu unterscheiden. Da aber der Arbeitnehmer den Urlaub mit diesem Zeitpunkt erst nehmen kann, er ihm aber zB auch verloren geht, wenn er vor diesem Zeitpunkt fristlos entlassen wird, der Anspruch also erst verwirklicht werden kann, wenn der Arbeitnehmer ihn antritt, ist es durchaus berechtigt, auch von diesem Zeitpunkt als dem Zeitpunkt der Fälligkeit des Urlaubsanspruchs zu sprechen (so schon 1. Auflage, Rn. 342; *Friese* Rn. 174, vgl. aber auch → Rn. 177; *Kunze/Farthmann* BB 1962, 1163; *Lepke* DB 1988 Beilage 10, 3; *Meisel* DB 1965, 892; *Weber*, Anm. AP BUrLG § 7 Nr. 13; BAG 12.10.1961, AP BGB § 611 Urlaubsrecht Nr. 84).
- 3 In jedem Fall ist es geboten, zwischen Entstehung des Urlaubsanspruchs und dem Zeitpunkt, an dem er **angetreten** wird, der hier als Festlegung der Fälligkeit bezeichnet wird, streng zu unterscheiden. Auch wenn der Urlaubsanspruch entstanden ist und der Arbeitnehmer nach Erfüllung der Wartezeit den vollen Urlaubsanspruch hat, kann er nicht selbstständig auf Urlaub gehen und den Urlaub antreten, ohne dass er vorher festgelegt wurde und damit seine Fälligkeit herbeigeführt wurde. Der Arbeitnehmer darf den Urlaub grundsätzlich **nicht selbst nehmen** (Ausnahmen Rn. 42, 43). Tut er dies trotzdem, bleibt er unberechtigt der Arbeit fern und setzt sich damit auch dann der Gefahr der Kündigung, uU sogar der **fristlosen Entlassung** aus, wenn der volle Urlaubsanspruch entstanden war (BAG 25.2.1983, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 14; 31.1.1985, AP MuSchG 1968 § 8a Nr. 6, 20.1.1994, AP BGB § 626 Nr. 114; 22.1.1998, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 38; 16.3.2000, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 114; LAG Köln 14.2.2011, NZA-RR 2011, 350; 28.6.2013, NZA-RR 2014, 13; *Arnold/Tillmanns* § 7 Rn. 29 f.; *Deister* Rn. 195; *ErfK/Müller-Glöge* BGB § 626 Rn. 147; *ErfK/Gallner* § 7 Rn. 9; *Friese* Rn. 178; *v. Hoyningen-Huene/Linck* § 1 Rn. 333; *KR/Griebeling* KSchG § 1 Rn. 440, *KR/Fischenmeier* BGB § 626 Rn. 452; *KassArbR/ Schütz* 2.4 Rn. 301 ff.; *Leinemann/Linck* § 7 Rn. 25; *Lepke* DB 1988, Beilage 10, 2; *Powitzka/Rolf* § 7 Rn. 4; *Natzel* § 7 Rn. 4; *Sasse* ArbRB 2003, 342; *Schaub* ArbHdB/*Linck* § 104 Rn. 78). Eine vorherige Abmahnung ist nicht erforderlich (LAG Hamm 25.6.1985, DB 1985, 2516). Besteht aber eine einstw. Verfügung auf Urlaub, ist eine Kündigung auch dann unwirksam, wenn die Zustellung der Verfügung unterlassen wurde (LAG Hamm 13.6.2000, NZA RR 2001, 134).

2. Fälligkeit bei Betriebsnachfolge

- 4 Auch wenn die Fälligkeit des Urlaubs bis zur Übergabe des Betriebes bei Wechsel des Betriebsinhabers zeitlich noch nicht festgelegt worden ist, ist der Urlaubsanspruch nur entstanden, aber noch **nicht fällig**. Es muss dann in einem solchen Fall von dem neuen Betriebsinhaber die Fälligkeit des Urlaubs herbeigeführt werden. Ist bei einem Betriebsübergang die Fälligkeit herbeigeführt gewesen, muss der übernehmende Unternehmer den Urlaub grundsätzlich so übernehmen, wie er herbeigeführt wurde, und kann nur aus den allgemeinen Gründen, wie sie → Rn. 38 aufgeführt sind, Verlegung des Urlaubs verlangen. Die einmal begründete **Fälligkeit** des Urlaubs **wirkt** auch bei Wechsel des Betriebsinhabers **fort** (MHdB ArbR/*Düwell* § 80 Rn. 23). Darüber hinaus bedeutet es einen Verstoß gegen die Fürsorgepflicht, wenn vor der Betriebsübergabe der Urlaub nicht zeitlich festgelegt wurde, so dass sich hieraus eine Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers ergeben kann (HessLAG, AP 1951 Nr. 149; ArbG Herne 5.8.1964 BB 1964, 1171 = DB 1964, 1558).

3. Keine Vereinbarung für Fälligkeit nötig

Wenn auch die Fälligkeit ebenso wie die Entstehung des Anspruchs aus dem Arbeitsverhältnis bzw. Dienstverhältnis bei arbeitnehmerähnlichen Personen folgt, kann daraus noch nicht zwingend entnommen werden, dass der Urlaub nicht einseitig vom Arbeitgeber festgelegt werden dürfe, sondern es hierfür stets einer Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, ggf. unter Mitwirkung des Betriebsrats bedürfe (so 1. Aufl. Rn. 343). Vor allem aus dem Wortlaut von § 7 Abs. 1 ergibt sich deutlich, dass der Arbeitnehmer nicht selbst die Fälligkeit des Urlaubsanspruchs im Zusammenwirken mit dem Arbeitgeber herbeizuführen hat und ein Vertrag über die Fälligkeit nicht notwendig ist. Wenn es in § 7 Abs. 1 heißt, dass bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind, kann daraus nur entnommen werden, dass dabei vorausgesetzt wird, dass der **Arbeitgeber** den Urlaubszeitpunkt festlegt und damit die Fälligkeit herbeiführt (jetzt allgemeine Meinung; Angaben zur früheren Zeit 2. Aufl. § 7 Rn. 16).

4. Weisungsbefugnis des Arbeitgebers

Wenn dabei regelmäßig angenommen wird, dass der Arbeitgeber bei der Festlegung des Urlaubs aufgrund seiner **Weisungsbefugnis** handelt und er bei der Festsetzung des Urlaubs das Direktionsrecht ausübt, trifft dies insoweit zu, als der Arbeitgeber den Zeitpunkt kraft seines Weisungsrechts festlegt. Er bestimmt damit die Fälligkeit des Urlaubs und „weist den Arbeitnehmer an“, zu diesem Zeitpunkt den Urlaub anzutreten. Wenn dagegen eingewandt wird, dass der Arbeitgeber nicht kraft seines Weisungsrechts handle, weil er nicht Pflichten des Arbeitnehmers bestimme, sondern seiner eigenen Verpflichtung nachkomme (*Hefermehl* BArbBl. 1967, 319; *Söllner* ArchZivPrax. 1963, 558), trifft dies nur insoweit zu, als es sich hier nicht um ein unbeschränktes Weisungsrecht des Arbeitgebers handelt, sondern der Arbeitgeber damit gleichzeitig einer Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis nachkommt (*Kunze/Farthmann* BB 1962, 1164; wie hier auch *Deister* Rn. 162; *Künzl* BB 1991, 1630; *von der Laden*, 14 f.; *Lepke* DB 1988 Beilage 10, 4; *Meisel* DB 1956, 893 und Anm. AP BUrlG § 4 Nr. 1; *Sieg* RdA 1963, 125; BAG 14.5.1964, AP BGB § 611 Urlaubsrecht Nr. 94; 4.12.1970, AP BUrlG § 7 Nr. 5, wonach der Arbeitgeber sein Direktionsrecht nur nach Maßgabe des § 7 Abs. 1 ausüben darf; im Ergebnis auch *Böttcher* BB 1969, 1180; *Schütz/Hauck*, Anm. 355 ff.: Erteilung ist Erfüllungshandlung). Er kann daher uU mit dieser Verpflichtung in Ausnahmeverzug geraten oder durch das Gericht gezwungen werden, diese Verpflichtung zu erfüllen, wobei seine Erklärung dann ggf. nach § 894 ZPO durch gerichtliches Urteil ersetzt wird (vgl. → Rn. 49 ff.). Wenn demgegenüber die neuere Rechtsprechung des BAG (BAG 18.12.1986, AP BUrlG § 7 Nr. 10; ebenso *Friese* Rn. 183; HK-BUrlG/*Oppermann* § 7 Rn. 12; *Leinemann/Linck* § 7 Rn. 11 ff., 30 ff.; *Leinemann* DB 1983, 989; *Leinemann/Lipke* DB 1988, 1217; *Schaub* ArbR-HdB/*Linck* § 104 Rn. 85 f.) die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers **ablehnt**, und dem Arbeitgeber nur ein Leistungsverweigerungsrecht (bei dringenden betrieblichen Erfordernissen oder entgegenstehenden Wünschen anderer Arbeitnehmer) gibt, widerspricht das der Regelung des BUrlG. Danach ist der Urlaub „zu gewähren“ und damit nach den Regeln des § 7 vom Arbeitgeber festzulegen, was üblicherweise als Weisungs- oder Anordnungsbefugnis angesehen wird (vgl. *Leipold* Anm. AP BUrlG § 7 Nr. 10; *Plim* NZA 1988, 716; auch *Arnold/Tillmanns* § 7 Rn. 18 (empfangsbedürftige Freistellungserklärung); *ErfK/Gallner* § 7 Rn. 10 (Erfüllungshandlung), ebenso *KassArbR/Schütz* 2.4 Rn. 223; *MHdB ArbR/ Düwell* § 78 Rn. 46 („Erfüllungshandlung“ des Arbeitgebers); *Natzel* § 7 Rn. 7 ff.; *Powietzka/Rolf* § 7 Rn. 2 (empfangsbedürftige Freistellungs- und Willenserklärung); wie BAG *Leinemann/Linck*

§ 7 Rn. 11 ff.; jetzt auch *Zöllner/Loritz/Hergenröder* S. 189: einseitiges vom Weisungsrecht zu unterscheidendes Bestimmungsrecht). Das entspricht auch dem damit zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers (vgl. BT-Drs. IV/786, 3).

- 7 Es besteht auch eine **Pflicht des Arbeitgebers** für die Erfüllung des Urlaubsanspruchs zu sorgen. Er muss den Arbeitnehmer rechtzeitig darauf hinweisen, dass noch Ansprüche offen stehen, die verfallen können. Das zwingt den Arbeitgeber zwar nicht, den Urlaub selbst von sich aus zu bestimmen. Er hat aber eine Initiativlast für die Verwirklichung des Urlaubs. Deshalb ist er gehalten, konkret und mit völliger Transparenz dafür zu sorgen, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage ist, seinen Urlaub zu nehmen; dazu muss er den Arbeitnehmer ggf. auch förmlich auffordern, seinen Urlaub zu nehmen und auch mitteilen, dass der Urlaub sonst verfallen wird. Diese strengen Voraussetzungen ergeben sich aus der Rechtsprechung des EuGH (6.11.2018 – C-684/16, AP Richtlinie 2003/88EG Nr. 26 – Max-Planck-Gesellschaft), der das BAG voll gefolgt ist (BAG 19.2.2019 – 9 AZR 278/16, BeckRS 2019, 12128; – 9 AZR 423/16, NZA 2019,977; – 9 AZR 541/15, NZA 2019,982; – 9 AZR 321/16, NZA 20191043; 21.5.2019 – 9AZR 579/16, NZA 2019, 1571, 22.10.2019 – 9 AZR 98/19, ArbAkt. 2020,66). In diesen Fällen fehlte der ausdrückliche Hinweis auf den noch ausstehenden Urlaub und seinen Verfall, so dass der Anspruch noch nicht verfallen war und es zur weiteren Aufklärung in der Zurückverweisung kam. Die notwendigen Aufklärungen muss der Arbeitgeber oder sein Vertreter vornehmen; sollte der Vertreter dazu nicht befugt sein, muss sich das der Arbeitnehmer trotzdem zurechnen lassen.
- 8 Die Anfechtung der einmal gegebenen Erklärung ist nur bis zum Urlaub und nach abgewickelterm Urlaub **überhaupt nicht** mehr möglich (*Hefermehl* BARbBl. 1967, 320; *von der Laden*, 67; *Lepke* DB 1990, 1131; BAG 29.1.1960, AP GewO § 123 Nr. 12).

5. Berücksichtigung der Wünsche des Arbeitnehmers

- 9 Bei der Festlegung des Urlaubs hat der Arbeitgeber die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Daraus ergibt sich, dass der Arbeitgeber bei der Herbeiführung der Fälligkeit des Urlaubs nicht völlig frei verfahren darf, sondern gebunden ist. Früher wurde angenommen, dass der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers die zeitliche Lage des Urlaubs bestimmen muss (BAG 12.10.1961, AP BGB § 611 Urlaubsrecht Nr. 84; 4.12.1970, AP BUrlG § 7 Nr. 5). Die Festlegung des Urlaubs sollte danach im Rahmen des **billigen Ermessens** im Sinne von § 315 BGB durchgeführt werden (vor allem BAG 12.10.1961, AP BGB § 611 Urlaubsrecht Nr. 84).
- 10 Dieses billige Ermessen ist nunmehr durch § 7 Abs. 1 gesetzlich dahingehend konkretisiert, dass grundsätzlich die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind. Es ist also nicht mehr auf § 315 BGB, sondern **unmittelbar** auf § 7 Abs. 1 für die Festlegung des Urlaubs abzustellen (richtig *von der Laden*, 26 ff.; ArbG Herford ArbuR 1980, 183; auch BAG 4.12.1970, AP BUrlG § 7 Nr. 5, stellt nicht wie früher auf § 315 BGB, sondern unmittelbar auf § 7 Abs. 1 ab; BAG 20.6.2000, NZA 2001, 110; 15.6.2004, NZA 2005, 354; 14.3.2006, AP BUrlG § 7 Nr. 32; 11.4.2006, AP BUrlG § 7 Übertragung Nr. 28; 6.9.2006, NZA 2007, 36). Zutreffend wird auch darauf hingewiesen, dass § 315 BGB nur auf die Interessen von Schuldner und Gläubiger abstellt, während § 7 auch die Interessen der übrigen Arbeitnehmer berücksichtigt, so dass § 7 der zutreffende Maßstab ist und § 315 BGB nicht anwendbar ist (vgl. *Friese* Rn. 179 ff.; *ErfK/Gallner* § 7 Rn. 16; *HK-BUrlG/Oppermann* § 7 Rn. 12; *Leinemann* DB 1983, 989; *Leinemann/Linck* § 7 Rn. 29 f.; *Leinemann/Lipke* DB 1988, 1217; *MHdB ArbR/Klose* § 86 Rn. 62 f.; *Rzadkowski* Personalrat 1992, 47; *Schaub ArbR-HdB/Linck* § 104 Rn. 76). Nach früherer Rechtsprechung fand § 315 BGB weder unmittelbar noch entsprechend Anwendung, vielmehr bestimmte danach der Arbeitnehmer den Urlaub, der Arbeitgeber hatte nur ein Leistungsverweigerungsrecht, BAG 18.12.1986, AP BUrlG § 7 Nr. 10;

11.4.2006, AP BUrlG § 7 Übertragung Nr. 28). Mit Wiederherstellung des unteilbaren Einheitsanspruchs auf Freizeit und Vergütung geht die Rechtsprechung des BAG jetzt wieder davon aus, dass der Urlaub durch atypische Willenserklärung des Arbeitgebers erteilt wird und dazu die Vergütungssätze sicher gestellt sein muss (BAG 20.8.2019 – 9 AZR 468/18, NZA 2019, 1581 = AP BUrlG § 7 Nr. 91). Da auch die Urlaubserteilung im Wege des Direktionsrechts vom Gericht nachgeprüft werden kann (BAG 4.12.1970, AP BUrlG § 7 Nr. 5), kann es im Streitfall auf diese **Verteilung der Beweislast** ankommen (wie hier *Lepke* DB 1988, Beilage 10, 5; *Natzel* § 7 Rn. 27). Versucht allerdings der Arbeitnehmer, einen Urlaub durch Androhung der Krankschreibung durchzusetzen, berechtigt das sogar zur Kündigung (LAG SchlH 19.10.2004, DB 2005, 340).

Urlaubswünsche des Arbeitnehmers sind grundsätzlich auch dann zu berücksichtigen, 11 wenn Urlaub nicht zur Erholung, sondern zB zur Wohnungssuche oder zum Umzug verwendet werden soll, da **keine Pflicht zur Erholung** besteht (→ § 8 Rn. 15; ArbG Ulm DB 1968, 716).

6. Entgegenstehende betriebliche Belange

Wenn auch die Festlegung des Urlaubs in erster Linie nach den Urlaubswünschen des 12 Arbeitnehmers erfolgen muss, sind doch demgegenüber betriebliche Belange nicht ohne Einfluss. Die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers müssen insoweit **zurücktreten**, als dringende betriebliche Belange entgegenstehen. Dringende betriebliche Belange sind nicht nur zwingende Betriebserfordernisse, die eine Ablehnung der Urlaubswünsche des Arbeitnehmers geradezu notwendig machen. Maßgeblich ist vielmehr eine **Abwägung** der beiderseitigen Interessen (ArbG Hamm 10.4.1983, DB 1983, 1553; *Lepke* DB 1988 Beilage 10, 5; *Leinemann/Linck* § 7 Rn. 36, wenn auch ausgehend von einem Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers; ebenso *ErfK/Gallner* § 7 Rn. 18; *Friese* Rn. 207; *KassArbR/Schütz* 2.4 Rn. 235 f.). Eine so weitgehende Vereinbarung, bei Arbeitsmangel Urlaub zu nehmen, ist unwirksam (LAG Nürnberg 30.5.2006, NZA-RR 2006, 511).

Einmal können auch zwingenden betrieblichen Erfordernissen berechnete Wünsche 13 des Arbeitnehmers vorgehen, so wenn der Arbeitnehmer auf einen gewissen Zeitraum angewiesen ist, um mit seiner Familie in Urlaub gehen zu können, zB in den Schulferien oder während der einheitlich festgesetzten Betriebsferien des Ehegatten. Trotzdem können auf der anderen Seite auch solche anzuerkennende und berechnete Urlaubswünsche des Arbeitnehmers **im Einzelfall hinter** dringenden betrieblichen Erfordernissen zurückstehen müssen, so in Fällen, in denen gerade während dieser Urlaubszeit der Arbeitnehmer unbedingt im Betrieb gebraucht wird, weil zu dieser Zeit Saison oder Kampagne ist oder eine Vertretung nicht möglich ist (wohl weitergehend ArbG Herford ArbuR 1980, 183). Wird der Arbeitnehmer nur für bestimmte Zeit benötigt, muss er sich eine Verlegung des Urlaubs um wenige Tage gefallen lassen und notfalls seiner Familie in den Urlaub nachfahren (LAG Düsseldorf BB 1965, 456, Anm. *Meisel* DB 1965, 456). Ggf. kann in solchen Fällen widerstreitender Interessen auch eine Teilung des Urlaubs nach Abs. 2 in der Weise erforderlich sein, dass nur ein Teil des Urlaubs etwa in die Schulferien gelegt wird. Es kann also durchaus so sein, dass dringende betriebliche Belange nur teilweise den Urlaubswünschen des Arbeitnehmers entgegenstehen und für den Rest der Urlaubszeit die Dringlichkeit der betrieblichen Belange nicht angenommen werden kann. Ergibt sich bei der Abwägung, dass keine der Interessen überwiegt, gehen die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers vor (ArbG Ulm DB 1968, 716). Wird aber der Arbeitnehmer etwa nach längerer Krankheit dringend im Betrieb benötigt, gehen betriebliche Gründe vor (ArbG Hamm 10.5.1983, BB 1983, 1860). Liegen solche vorgehenden betriebliche Gründe vor, die eine Verweigerung des Urlaubs rechtfertigen, braucht der Urlaub auch dann nicht gewährt zu werden, wenn nur noch eine kurze Frist, etwa die Kündigungsfrist, zur Verfügung steht (vgl. dazu → Rn. 41 f.).

- 14 Nur soweit die Abwägung richtig getroffen worden ist und im Rahmen des so **konkretisierten billigen Ermessens** des Arbeitgebers erfolgte, ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dieser Weisung zu folgen. Eine Bestimmung der Urlaubszeit, die nicht dieser Billigkeit entspricht, ist für den Arbeitnehmer nicht verbindlich (BAG 12.10.1961, AP BGB § 611 Urlaubsrecht Nr. 84; BAG 18.12.1986, AP BUrlG § 7 Nr. 10). Der Urlaub muss neu festgesetzt werden (allg. Meinung).
- 15 Dringende betriebliche Belange, die den Wünschen des Arbeitnehmers entgegenstehen können, sind vor allem **Saison- oder Kampagnezeiten**, in denen kein Arbeitnehmer entbehrt werden kann und folglich allgemein Urlaub nicht gewährt wird. Es ist auch nicht ermessensfehlerhaft, Schwimmmeistern in den Sommerferien keinen Urlaub zu gewähren (ArbR Mainz 3.7.1998, EzBAT § 47 BAT Nr. 14). An Universitäten sprechen so dienstliche Belange dafür, den Urlaub in die vorlesungsfreie Zeit zu legen (LAG Bln 20.5.1985, ArbuR 1986, 217). Dringende betriebliche Belange liegen aber auch vor, wenn Betriebsferien festgelegt werden, während deren der gesamte Betrieb stillgelegt wird, so dass der Arbeitnehmer außerhalb dieser Zeit seinen Urlaub grundsätzlich nicht nehmen kann (BAG 28.7.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Urlaub Nr. 2); im Insolvenzfall kann deshalb der **Insolvenzverwalter** bei Betriebsstilllegung den Urlaub in diese Zeit zu legen (ArbG Essen 16.9.1998, EWiR 1999, 61 mAnm v. *Schneider*; BAG 20.6.2000, AP BGB § 611 Arbeitspapiere Nr. 1; 19.9.2000, AP BUrlG § 13 Nr. 46; 11.4.2006, AP InsO § 55 Nr. 12). Dringende betriebliche Belange können aber auch dann vorliegen, wenn im Betrieb **Störungen** eintreten, der Arbeitgeber zB Kurzarbeit einführen müsste, und er zur Umgehung zunächst Urlaub gewährt (zu weitgehend *Sturn* BB 1963, 479, der dem Wunsch des Arbeitnehmers, in der schönen Jahreszeit Urlaub zu nehmen, Vorrang zubilligt). Wenn nur eine einzelne Maschine ausfällt und für längere Zeit repariert werden muss, ist denkbar, dass dringende betriebliche Gründe vorliegen, die Arbeitnehmer, die an dieser Maschine arbeiten, in Urlaub zu schicken, um in der übrigen Zeit des Jahres die Maschine wieder voll mit Arbeitskräften besetzt benutzen zu können. Voraussetzung ist aber in solchen Fällen stets, dass nicht höherwertige Belange des Arbeitnehmers entgegenstehen, trotzdem zu einem anderen Zeitpunkt Urlaub zu erhalten, so das Krankheitszeiten anderer Arbeitnehmer nicht als dringende betriebliche Gründe angesehen werden (ArbG Hanau 10.7.1997, AiB 1998, 57 mAnm. v. *Müller*). Dringende betriebliche Belange können auch darin gesehen werden, dass Arbeitnehmer, die sich gegenseitig vertreten müssen, nicht gleichzeitig in Urlaub gehen können. Hierin liegt eine Verknüpfung mit entgegenstehenden Urlaubswünschen anderer Arbeitnehmer. Eine Personalknappheit kann ausreichen, den Urlaub teilweise abzulehnen (ArbG Frankfurt a. M. 4.6.2002, Arbeit und Beruf 2002, 222).

7. Entgegenstehende Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer

- 16 Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer können den Urlaubswünschen des Arbeitnehmers dann entgegenstehen, wenn sie unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen. Es handelt sich auch hierbei um eine Abwägung der beiderseitigen Interessen, wobei gleichzeitig betriebliche Belange eine Rolle spielen, weil für diese Abwägung vorausgesetzt wird, dass die Arbeitnehmer, deren Urlaubswünsche **konkurrieren**, aus betrieblichen Gründen **nicht gleichzeitig** beurlaubt werden können. Wünschen mehrere Arbeitnehmer Urlaub in der gleichen Zeit, zB also während des Sommers, während der Schulferien oder im Zusammenhang mit mehreren Feiertagen, um den Urlaub zu verlängern, ist untereinander abzuwägen, welche Wünsche vorrangig sind. Wünschen mehrere Arbeitnehmer den Urlaub im Sommer, kann die Abwägung dahin getroffen werden, dass der ältere Arbeitnehmer den Vorrang hat. Auch die Dauer der Betriebszugehörigkeit kann hierbei eine Rolle spielen, weil auch sie bei den sozialen Gesichtspunkten mit zu berücksichtigen ist. Eine Abwägung kann dann aber auch in der Weise erfolgen, dass in

einem Fall, in dem zwei Arbeitnehmer den Urlaub vom 1. bis 21.7. wünschen, einer von Ende Juni bis 10.7. und der andere vom 10.7. bis Ende Juli in Urlaub gehen muss, und der ältere oder dienstältere Arbeitnehmer zuerst zwischen einer dieser beiden Zeiten wählen darf. Eine ähnliche Regelung kann als gerecht angesehen werden, wenn mehrere Arbeitnehmer mit schulpflichtigen Kindern Urlaub in den Schulferien wünschen, was entsprechend gilt, wenn der Ehepartner des Arbeitnehmers als Lehrer auf die Schulferien angewiesen ist (ArbG Berlin 13.6.1988, DB 1988, 2316). Auch hierbei kann es dann wiederum notwendig werden, ggf. einen Teilurlaub nach Abs. 2 in den Schulferien zu gewähren, damit jeder Arbeitnehmer, die sich gegenseitig vertreten müssen, einen Teil des Urlaubs in den Schulferien nehmen kann und ihn so mit seinen Kindern verbringt. Hingegen müssen Arbeitnehmer ohne schulpflichtige Kinder in ihren Urlaubswünschen hinter Arbeitnehmern mit schulpflichtigen Kindern für die Zeit der Schulferien zurücktreten, uU selbst dann, wenn sie länger dem Betrieb angehören.

Soziale Gesichtspunkte, unter denen die Abwägung erfolgen muss, sind vor allem **17** Lebensalter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Alter (Schulpflicht) und Zahl der Kinder sowie der sonstigen Familienangehörigen, Berufstätigkeit des Ehegatten mit der Notwendigkeit, den Urlaub untereinander abzustimmen. Der Begriff der sozialen Gesichtspunkte ist dabei **weit** zu fassen und umfasst auch sonstige Fragen, die den Erholungszweck im Einzelfall besonders fördern können. Ein für bestimmte Krankheiten anfälliger Arbeitnehmer, der zB wegen Heuschnupfens in den Monaten Juni und Juli nach Möglichkeit an der See Erholung suchen soll, hat auch unter sozialen Gesichtspunkten ggf. Vorrang bei der hier vorzunehmenden Abwägung, weil auch die Gewährung von Urlaub zum richtigen Zeitpunkt und damit die Erfüllung des Erholungszwecks eine wichtige Rolle spielt. Soziale Gesichtspunkte können aber auch schon vorliegen, wenn nur ein Familienmitglied aus solchen gesundheitlichen Gründen Urlaub in einer bestimmten Jahreszeit haben muss. Beachtlich ist schließlich der Urlaub in Vorjahren, da es nicht zumutbar ist, bestimmte Arbeitnehmer stets auf die schlechtere Urlaubszeit zu verweisen, sondern ein Wechsel erfolgen muss. So sind zur Abwägung der Urlaubswünsche der Arbeitnehmer untereinander grundsätzlich sämtliche Umstände heranzuziehen, und der Vorrang ist letztlich auf die sozialen Gesichtspunkte in erster Linie abzustellen (*Arnold/Tillmanns* § 7 Rn. 45 f.; *ErfK/Gallner* § 7 Rn. 19; *Friese* Rn. 208 f.; *HK-BUrlG/Oppermann* § 7 Rn. 21; *KassArbR/Schütz* 2.4 Rn. 240 ff.; *von der Laden* 24–40; *Leinemann/Linck* § 7 Rn. 33 ff.; *MHdB ArbR/Klose* § 86; *Powietzka/Rolf* § 7 Rn. 27 f.; *Schaub ArbR-HdB/Linck* § 104 Rn. 92, 93).

8. Anschluss an medizinische Vorsorge oder Rehabilitation

Das Pflege-Versicherungsgesetz vom 26.5.1994 (BGBl. I S. 1014) hat die Entgeltfortzahlung für Arbeiter und Angestellte einheitlich geregelt. Für **Schonungszeiten** gilt nach Aufhebung des früheren § 7 Abs. 4 Lohnfortzahlungsgesetz, dass sie nur bei gleichzeitiger Arbeitsunfähigkeit nicht auf den Urlaub anzurechnen sind. Zum Ausgleich dafür sollte dem Arbeitnehmer der Anspruch zugebilligt werden, nach einer Kur, die in Übereinstimmung mit der sozialversicherungsrechtlichen Terminologie jetzt medizinische Vorsorge oder Rehabilitation heißt (§ 23, § 40 SGB V; § 9, § 15 SGB VI, vgl. auch § 10), unbedingt eine anschließende Erholzeit als Urlaub nehmen zu können (vgl. BT-Drs. 12/5263, 15 f.). Damit geht in diesem Fall der Wunsch des Arbeitnehmers vor und können weder betriebliche Gründe noch die Wünsche anderer Arbeitnehmer entgegenstehen (*HK-BUrlG/Oppermann* § 7 Rn. 18). Das gilt auch bei **Betriebsferien** (vgl. → Rn. 33). Der Arbeitgeber hat kein Recht, diesen Anschlussurlaub zu verweigern, auch nicht mit der Begründung betrieblicher Erfordernisse. Der Arbeitnehmer muss den Wunsch **eindeutig** äußern. Schriftform ist nicht erforderlich, es genügt, dass der Arbeitnehmer sich dem Arbeitgeber oder dessen Vertreter gegenüber dahingehend äußert. Das kann vor, wäh-

rend oder auch unmittelbar nach der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation geschehen. Die Formulierung, dass der Urlaub „im Anschluss“ an die Kur verlangt werden muss, bedeutet keinen unmittelbaren, nahtlosen Anschluss an das Ende der Vorsorge- oder Rehabilitationsmaßnahme. Richtig ist insoweit die bis 1998 geltende Formulierung in § 10 Abs. 1 Nr. 2, dass ein Anschluss auch noch vorliegt, wenn dies **innen 14 Tagen** erfolgt. Was dort für die Anschlussmaßnahme festgelegt ist, gilt entsprechend auch für den anschließenden Urlaub.

9. Mehrere Beschäftigungen

- 18 Berücksichtigung finden muss bei diesen Umständen auch die Tatsache, dass ein Arbeitnehmer **mehrere Tätigkeiten** nebeneinander ausübt und ihm nach Möglichkeit der Urlaub einheitlich zu gewähren ist. Dabei spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob der Arbeitnehmer zwei Hauptbeschäftigungen nebeneinander ausübt, wie dies zB bei Halbtagsbeschäftigungen möglich wäre, oder ob er neben seiner Haupttätigkeit noch eine Nebentätigkeit durchführt. Nach Möglichkeit ist in jedem dieser Fälle der eine Urlaub auf den anderen abzustimmen. Soweit aber nur eine Nebentätigkeit vorliegt, wird man fordern können, dass in erster Linie der Arbeitgeber, für den nur eine Nebentätigkeit ausgeübt wird, sich für die Festlegung des Urlaubs nach dem Arbeitgeber für die Haupttätigkeit richtet. Nur in Ausnahmefällen, wenn für die Nebentätigkeit lediglich ein bestimmter Zeitraum als Urlaub in Betracht kommt (Lehrtätigkeit im Nebenberuf, so dass der Urlaub nur in den Ferien gewährt werden kann), ist zu fordern, dass der Urlaub in der Haupttätigkeit nach der für die Nebentätigkeit gewährten Freizeit zu geben ist. Die **Abstimmung** hat grundsätzlich der **Arbeitnehmer** vorzunehmen, weil zwischen den beiden Arbeitgebern bei Doppelbeschäftigung des Arbeitnehmers kein irgendwie geartetes Rechtsverhältnis besteht. Es ist also jeweils im einzelnen Arbeitsverhältnis zu prüfen, ob die Tatsache, dass der Arbeitnehmer noch eine weitere Tätigkeit ausübt, die Festlegung des Urlaubs zu einem bestimmten Zeitpunkt auch gegenüber den betrieblichen Belangen und den berechtigten Urlaubswünschen anderer Arbeitnehmer fordert.

10. Festlegung durch den Arbeitgeber

- 19 Die Festlegung des Urlaubs erfolgt grundsätzlich durch Erklärung des Arbeitgebers. Diese Erklärung kann einmal ausdrücklich abgegeben werden, indem dem Arbeitnehmer gegenüber mündlich oder schriftlich die festgesetzte Urlaubszeit bekannt gegeben wird. Eine solche Erklärung kann aber auch **stillschweigend** erfolgen, indem der Arbeitgeber den vorgetragenen Wünschen des Arbeitnehmers nicht widerspricht und sie damit billigt oder das Urlaubsentgelt bei Freistellung auszahlt (LAG BW 29.12.1967, DB 1968, 580). Es muss aber stets deutlich werden, dass Urlaub gewährt wird. Eine bloße Freistellung von der Arbeit reicht nicht aus, wenn nicht daraus hervorgeht, dass damit der Urlaubsanspruch erfüllt wird (BAG seit 25.1.1994, AP BUrIG § 7 Nr. 16 für Freistellung wegen Beschäftigungsverbot; vgl. auch BAG 18.12.1986, AP BUrIG § 11 Nr. 19; 31.5.1990, AP BUrIG § 13 Unabdingbarkeit Nr. 13; zuletzt 10.2.2015 – 9 AZR 455/13, AP BUrIG § 7 Nr. 75; 19.1.2016 – 2 AZR 449/15, AP BGB § 626 Nr. 257; 22.1.2019 – 9 AZR 10/17, AP BUrIG § 7 Abgeltung Nr. 108, 20.8.2019 – 9 AZRc468/18, AP BUrIG § 7 Nr. 91). Nach der Rechtsprechung des EuGH genügt aber die bloße Freistellungserklärung nicht, sondern muss zur Erfüllung des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub nach Art. 7 RL 2003/88 EG die Verbindung mit der Bezahlung gemäß dem Urlaubseinheitsanspruch festgeschrieben sein (EuGH 16.3.2006 – C-131/004, AP Richtlinie 93/104/EG Nr. 2 – Robinson-Steele; 15.9.2011 – C-155/10, AP Richtlinie 2003/88/EG Nr. 5-Williams ua; 6.11.2018-C-569/16+570/16 – Bauer und Willmeroth). Im Urteil vom