

Ethical and Legal Requirements for Transnational Genetic Research

von

Prof. Dr. Nikolaus Forgó, Prof. Dr. Regine Kollek, Marian Arning, Dr. Tina Krügel, Dr. Imme Petersen

1. Auflage

[Ethical and Legal Requirements for Transnational Genetic Research – Forgó / Kollek / Arning / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Europarecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2010

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 61011 0

„Fälligkeit“ des Urlaubsanspruchs bezeichnet (*Boewer*, DB 1970, 637; *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; a. A. BAG v. 18. 12. 1986, AP Nr. 10 zu § 7 BUrlG; *Friese* Rn. 177; *Herlitzius*, 174 ff.; HK-BUrlG/*Goretzki* § 7 Rn. 2; KassArbR/*Schütz* 2.4 Rn. 213; *von der Laden*, S. 20f.; *Leinemann/Linck* § 1 Rn. 77; MünchArbR/*Düwell* § 78 Rn. 27; *Natzel* § 7 Rn. 13; *Schaub/Linck* § 102 Rn. 74; *Schütz/Hauck* Rn. 357 ff.; *Tautphäus* § 13 B Rn. 73, *Weber*, Anm. AP Nr. 13 zu § 7 BUrlG, die sämtlich auf die Entstehung des Urlaubsanspruches als dem Zeitpunkt, von dem an er verlangt werden kann, abstellen).

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 Urlaubsanspruches 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 z. B. 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 Urlaubsanspruches zu sprechen (so schon 1. Auflage, Rn. 342; *Friese* Rn. 174, vgl. aber auch Rn. 177; *Kunzel/Farthmann*, BB 1962, 1163; *Lepke*, DB 1988 Beilage 10, 3; *Meisel*, DB 1965, 892; *Weber*, Anm. AP Nr. 13 zu § 7 BUrlG; BAG v. 12. 10. 1961, AP Nr. 84 zu § 611 BGB Urlaubsrecht; LAG Düsseldorf, BB 1964, 642; ArbG Herne, DB 1964, 1558 = BB 1964, 1171).

In jedem Fall ist es geboten, zwischen Entstehung des Urlaubsanspruches 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, u. U. sogar der fristlosen Entlassung aus, wenn der volle Urlaubsanspruch entstanden war (BAG v. 25. 2. 1983, AP Nr. 14 zu § 626 BGB Ausschlussfrist; v. 31. 1. 1985, AP Nr. 6 zu § 8 a MuSchG 1968, v. 20. 1. 1994, AP Nr. 114 zu § 626 BGB; v. 22. 1. 1998, AP Nr. 38 zu § 626 BGB Ausschlussfrist; v. 16. 3. 2000, AP Nr. 114 zu § 102 BetrVG 1972; LAG Bayern ABl. BayerArbMin 1963 C 76; LAG Baden-Württemberg, BB 1974, 1300, v. 22. 9. 2003, AuA 2004 Nr. 11, 57; LAG Berlin, BB 1960, 1132; LAG Mannheim, BB 1953, 678; LAG Düsseldorf, DB 1955, 100, 536; BB 1963, 1217; DB 1965, 186 = BB 1965, 456; DB 1981, 1731; LAG Hamm, MDR 1998, 1418, v. 17. 10. 2007, NZA-RR 2008, 294; LAG Köln, MDR 2001, 1247, BB 2001, 1481, v. 16. 3. 2001, NZA-RR 2001, 553; LAG Nürnberg v. 17. 1. 2007, NZA-RR 2007, 404; LAG Stuttgart, DB 1965, 1564; *Deister* Rn. 195; APS/K. *Dörner* § 626 BGB Rn. 232; ErfK/*Dörner* § 7 Rn. 9; *Friese* Rn. 178; v. *Hoyningen-Huene/Linck* § 1 Rn. 333; KR/*Griebeling* § 1 KSchG Rn. 440, KR/*Fischenmeier* § 626 BGB Rn. 452; KR/*Fischenmeier* § 626 BGB Rn. 452; KassArbR/*Schütz* 2.4 Rn. 301 ff.; *Leinemann/Linck* § 7 Rn. 25; *Lepke*, DB 1988, Beilage 10, 2; *Meisel*, DB 1965, 892; *Natzel* § 7 Rn. 4; *Sasse*, ArbRB 2003, 342; *Schütz/Hauck* Rn. 465 f.; a. A. ein Leistungsverweigerungsrecht annehmend MünchArbR/*Düwell* § 78 Rn. 47 ff.). Eine vorherige Abmahnung ist nicht erforderlich (LAG Hamm v. 25. 6. 85, 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 v. 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 unten Rn. 38 aufgeführt sind, Verlegung des Urlaubs verlangen. Die einmal begründete Fälligkeit des Urlaubs wirkt auch bei Wechsel des Betriebsinhabers fort (MünchArbR/Diüwell § 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 (LAG Frankfurt/M., AP 1951 Nr. 149; ArbG Herne, BB 1964, 1171 = DB 1964, 1558).

3. Keine Vereinbarung für Fälligkeit nötig

- 5 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

- 6 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; Klein, BB 1960, 252; Söllner, ArchZivPrax. 1963, 558; Zöllner, DB 1957, 510), 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, 14f.; Lepke, DB 1988 Beilage 10, 4; Meisel, DB 1956, 893 und Anm. AP Nr. 1 zu § 4 BUrlG; Sieg, RdA 1963, 125; BAG v. 14. 5. 1964, AP Nr. 94 zu § 611 BGB Urlaubsrecht; v. 4. 12. 1970, AP Nr. 5 zu § 7 BUrlG, 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 u.U. 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. unten Rn. 49 ff.). Wenn demgegenüber die neuere Rechtsprechung des BAG (BAG v. 18. 12. 1986, AP Nr. 10 zu § 7 BUrlG; ebenso *Friese* Rn. 183; HK-BUrlG/*Goretzki* § 7 Rn. 12; *Leinemann/Linck*, § 7 Rn. 11 ff., 30 ff.; *Leinemann*, DB 1983, 989; *Leinemann/Lipke*, DB 1988, 1217; *Schaub/Linck* § 102 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 Nr. 10 zu § 7 BUrlG; *Plüm* NZA 1988, 716; auch *ErfK/Dörner* § 7 Rn. 10 (Erfüllungshandlung), ebenso *KassArbR/Schütz* 2.4 Rn. 223; *MünchArbR/Düwell* § 78 Rn. 46 („Erfüllungshandlung“ des Arbeitgebers); *Natzel* § 7 Rn. 7 ff.; wie BAG *Leinemann/Linck* § 7 Rn. 11 ff.; *Schütz/Hauck* Rn. 380; *Tautphäus* § 13 B Rn. 75; 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-Drucks. IV/786 S. 3).

Weisungsbefugt ist der Arbeitgeber oder sein Vertreter. Wird der Urlaub von einem 7 dazu nicht berechtigten Vorgesetzten des Arbeitnehmers erteilt, ist die Festlegung des Urlaubs nicht wirksam erfolgt. Trotzdem kann aber dem Arbeitnehmer auch für diese Zeit des Fernbleibens der Entgeltanspruch zustehen, wenn er sich nach den Umständen und dem Verhalten des Arbeitgebers und Vorgesetzten als beurlaubt ansehen konnte (LAG Berlin, DB 1962, 1444).

Die Anfechtung der einmal gegebenen Erklärung ist nur bis zum Urlaub und nach 8 abgewickelterm Urlaub überhaupt nicht mehr möglich (*Hefermehl*, BArbBl. 1967, 320; *von der Laden*, 67; *Lepke* DB 1990, 1131; BAG v. 29. 1. 1960, AP Nr. 12 zu § 123 GewO).

5. Berücksichtigung der Wünsche des Arbeitnehmers

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 v. 12. 10. 1961, AP Nr. 84 zu § 611 BGB Urlaubsrecht; v. 4. 12. 1970, AP Nr. 5 zu § 7 BUrlG). Die Festlegung des Urlaubs sollte danach im Rahmen des billigen Ermessens im Sinne von § 315 BGB durchgeführt werden (vor allem BAG v. 12. 10. 1961, AP Nr. 84 zu § 611 BGB Urlaubsrecht; *Klein*, BB 1960, 251; *Molitor*, Festschrift für Nipperdey 1955, 88; *Köst*, BB 1956, 564; *Lepke*, SAE 1971, 163, DB 1988, Beilage 10, 4; *Natzel* § 7 Rn. 6).

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 v. 4. 12. 1970, AP Nr. 5 zu § 7 BUrlG, stellt nicht wie früher auf § 315 BGB, sondern unmittelbar auf § 7 Abs. 1 ab; BAG v. 15. 6. 2004, 14. 3., 11. 4., 6. 9. 2006, AP Nr. 32 zu § 7 BUrlG, Nr. 28 zu § 7 BUrlG Übertragung, Nr. 4 zu § 209 InsO; Nr. 118 zu § 615 BGB). 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/Dörner* § 7 Rn. 16; HK-BUrlG/*Goretzki* § 7 Rn. 12; *Leinemann*, DB 1983, 989; *Leinemann/Linck*

§ 7

Zeitpunkt, Übertragbarkeit und Abgeltung des Urlaubs

§ 7 Rn. 29f.; *Leinemann/Lipke*, DB 1988, 1217; *MünchArbR/Düwell* § 78 Rn. 46f.; *Rzadkowski*, Personalrat 1992, 47; *Schaub/Linck* § 102 Rn. 85). Nach der Rechtsprechung des BAG findet § 315 BGB weder unmittelbar noch entsprechend Anwendung, vielmehr bestimmt danach der Arbeitnehmer den Urlaub, in dem er Erfüllung verlangt, der Arbeitgeber hat nur ein Leistungsverweigerungsrecht, BAG v. 18. 12. 1986, AP Nr. 10 zu § 7 BUrlG; 14. 3. 2006, 11. 4. 2006, AP Nr. 32 zu § 7 BUrlG, Nr. 28 zu § 7 BUrlG Übertragung). Die Einschränkungen durch dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer sind ihrerseits wiederum nur Beschränkungen zu dieser Berücksichtigung der Urlaubswünsche des Arbeitnehmers, wie schon aus der Wortfassung des Gesetzes zu entnehmen ist. Der Arbeitnehmer kann also grundsätzlich die Berücksichtigung seiner Urlaubswünsche verlangen, und der Arbeitgeber hätte im Streitfall zu beweisen, dass diese Wünsche keine Berücksichtigung finden konnten, weil dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer entgegenstanden. Da auch die Urlaubserteilung im Wege des Direktionsrechts vom Gericht nachgeprüft werden kann (BAG v. 4. 12. 1970, AP Nr. 5 zu § 7 BUrlG), kann es im Streitfall auf diese Verteilung der Beweislast ankommen (wie hier *Lepke*, DB 1988, Beilage 10, 5; *Natzel* § 7 Rn. 27; LAG Köln v. 7. 9. 1983, DB 1985, 182). Versucht allerdings der Arbeitnehmer, einen Urlaub durch Androhung der Krankschreibung durchzusetzen, berechtigt das sogar zur Kündigung (LAG Schleswig-Holstein v. 19. 10. 2004, DB 2005, 340).

- 11 Urlaubswünsche des Arbeitnehmers sind grundsätzlich auch dann zu berücksichtigen, wenn Urlaub nicht zur Erholung, sondern z. B. 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

- 12 Wenn auch die Festlegung des Urlaubs in erster Linie nach den Urlaubswünschen des 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 v. 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/Dörner* § 7 Rn. 18; *Friese* Rn. 207; *KassArbR/Schütz* 2.4 Rn. 235f.; *Meisel*, DB 1965, 931; *Natzel* § 7 Rn. 28; *Schelp*, Jahrb. Bd. 2 S. 646; a. A. *Gaul/Boewer*, 38, deren Bedenken aber nicht durchschlagen; Abwägung der Interessen deutet angemessene Abwägung unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die betrieblichen Belange dringend sein müssen). Eine so weitgehende Vereinbarung, bei Arbeitsmangel Urlaub zu nehmen, ist unwirksam (LAG Nürnberg v. 30. 5. 2006, NZA-RR 2006, 511).
- 13 Einmal können auch zwingenden betrieblichen Erfordernissen berechnete Wünsche des Arbeitnehmers vorgehen, so wenn der Arbeitnehmer auf einen gewissen Zeitraum angewiesen ist, um mit seiner Familie in Urlaub gehen zu können, z. B. 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, ArbU 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). Dabei ist auch die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb zu berücksichtigen (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. Dabei kann auch nicht gesagt werden, dass dringende betriebliche Belange in jedem Fall vorgehen, sondern muss eine Abwägung mit der Beschränkung der Urlaubswünsche des Arbeitnehmers vorgenommen werden, die je nach ihrem Grad und dem Verhältnis zu der Dringlichkeit der betrieblichen Belange dazu führen kann, dass der Arbeitnehmer der Festsetzung des Urlaubs durch den Arbeitgeber entgegen seinen Wünschen Folge leisten muss oder nicht. 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 v. 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 unten Rn. 41 f.).

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 v. 12. 10. 1961, AP Nr. 84 zu § 611 BGB Urlaubsrecht). Die neuere Rechtsprechung des BAG kommt zu demselben Ergebnis, wenn sie in diesen Fällen ein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers verneint (BAG v. 18. 12. 1986, AP Nr. 10 zu § 7 BUrlG). Der Urlaub muss neu festgesetzt werden (allg. Meinung). **14**

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 v. 3. 7. 1998, EzBAT § 47 BAT Nr. 14). An Universitäten sprechen so dienstliche Belange dafür, den Urlaub in die vorlesungsfreie Zeit zu legen (LAG Berlin v. 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 v. 28. 7. 1981, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Urlaub); im Insolvenzfall kann deshalb der Insolvenzverwalter bei Betriebsstilllegung den Urlaub in diese Zeit zu legen (ArbG Essen v. 16. 9. 1998, ZIP 1998, 1847 = EWIR 1999, 61 m. Anm. v. Schneider; BAG v. 20. 6. 2000, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Arbeitspapiere; v. 19. 9. 2000, AP Nr. 46 zu § 13 BUrlG; v. 11. 4. 2006, AP Nr. 12 zu § 55 InsO). Dringende betriebliche Belange können aber auch dann vorliegen, wenn im Betrieb Störungen eintreten, der Arbeitgeber z.B. 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 dass Krankheitszeiten anderer Arbeitnehmer nicht als dringende betriebliche Gründe angesehen werden (ArbG Hanau v. **15**

10. 7. 1997, AiB 1998, 57 mit Anm. 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 entgegengesetzten Urlaubswünschen anderer Arbeitnehmer. Eine Personalknappheit kann ausreichen, den Urlaub teilweise abzulehnen (ArbG Frankfurt/M. v. 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, z.B. 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. Juli wünschen, einer von Ende Juni bis 10. Juli und der andere vom 10. Juli 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 v. 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, u.U. selbst dann, wenn sie länger dem Betrieb angehören.
- 17 Soziale Gesichtspunkte, unter denen die Abwägung erfolgen muss, sind vor allem 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 z.B. 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 (ErfK/Dörner § 7 Rn. 19; Friese Rn. 208 f.; HK-BUrtG/Goretzki § 7 Rn. 21; KassArbR/Schütz 2.4 Rn. 240 ff.; von der Laden, 24–40; Leinemann/Linck § 7 Rn. 33 ff.; Meisel, DB 1965, 931; MünchArbR/Düwell § 78 Rn. 49; Natzel § 7 Rn. 31; Schaub/Linck § 102 Rn. 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 Lohnfortzahlungsg, dass sie nur bei gleichzeitiger Arbeitsunfähigkeit nicht auf den Urlaub anzurechnen sind. Zum Ausgleich dafür sollte dem Arbeitnehmer der Anspruch zugewilligt 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-Drucks. 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-BUrtG/Goretzki § 7 Rn. 18). Das gilt auch bei Betriebsferien (vgl. Rn. 33). Auch das vom Bundesarbeitsgericht postulierte Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers ist für diesen Fall ausgeschlossen (ErfK/Dörner § 7 Rn. 20; Friese Rn. 205 f.; KassArbR/Schütz 2.4 Rn. 234; Leinemann/Linck § 7 Rn. 48 ff.; Schütz/Hauck Rn. 386 ff.). 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, während 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 binnen 14 Tagen erfolgt. Was dort für die Anschlussmaßnahme festgelegt ist, gilt entsprechend auch für den anschließenden Urlaub.

9. Mehrere Beschäftigungen

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 z. B. 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 Baden-Württemberg, 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 v. 25. 1. 1994, AP Nr. 16 zu § 7 BUrlG für Freistellung wegen Beschäftigungsverbot; vgl. auch BAG v. 18. 12. 1986, AP Nr. 19 zu § 11 BUrlG, vom 31. 5. 1990, AP Nr. 13 zu § 13 BUrlG Unabdingbarkeit v. 14. 3. 2006, 14. 8. 2007, AP Nr. 32, 38 zu § 7 BUrlG, v. 6. 9. 2006, AP Nr. 118 zu § 615 BGB; v. 20. 1., 19. 5. 2009, ArbRB 2009, 98, AP Nr. 41 zu § 7 BUrlG für Freistellung während der Kündigungsfrist; v. 9. 6. 1998, AP Nr. 23 zu § 7 BUrlG für Freistellung nach Aufhebungsvertrag; v. 15. 1. 2004, AP Nr. 4 zu § 209 InsO für Freistellung durch Insolvenzverwalter). Auch in seiner neueren Rechtsprechung nimmt das Bundesarbeitsgericht eine „Verpflichtung zur Urlaubserteilung“ des Arbeitgebers an (BAG v. 18. 12. 1986, AP Nr. 10 zu § 7 BUrlG) und verlangt eine „Freistellungserklärung“ (BAG v. 25. 10. 1994, 11. 7. 2006, 24. 3. 2009, AP Nr. 20, 39 zu § 7 BUrlG, AuA 2007, 52 = NZA 2006, 1008). Zur Erteilung nach billigem Ermessen gehört aber auch, dass der Urlaub möglichst frühzeitig festgelegt wird. Keinesfalls kann Freizeit nachträglich zum Urlaub erklärt werden (§ 3 Rn. 40 ff.).

11. Bedeutung der Urlaubsliste

- 20 In diesem Zusammenhang sind die Urlaubslisten von Bedeutung, die vom Urlaubsplan zu unterscheiden sind. Urlaubsplan sind die Richtlinien, nach denen der Urlaub während des Urlaubsjahres oder während der Urlaubsperiode gewährt werden soll. Die Urlaubsliste dient nur dem Zweck, die Wünsche der Arbeitnehmer für den Urlaub festzustellen. Sie wird ausgelegt oder im Umlauf herumgegeben. Jeder Arbeitnehmer trägt seine Urlaubswünsche ein, ohne dass damit nun schon sofort die Urlaubszeit festliegt (LAG Düsseldorf, BB 1968, 872; DB 1970, 1136; ArbG Hamburg, DB 1968, 1864; Böckel, 58; ErfK/Dörner § 7 Rn. 16; Friese Rn. 186; KassArbR/Schütz 2.4 Rn. 251, 271; Leinemann/Linck § 7 Rn. 16 ff.; Meisel, DB 1965, 932; Natzel § 7 Rn. 11; Anhang § 7 Rn. 36; Schütz/Hauck Rn. 406 f.). Der Arbeitgeber stellt aufgrund der Urlaubsliste diese Wünsche zusammen und hat sie dann nach den betrieblichen Erfordernissen und den Wünschen der einzelnen Arbeitnehmer aufeinander abzustimmen. Über die Mitbestimmung des Betriebsrats vgl. unten Rn. 23 ff. Wird die Urlaubsliste widerspruchlos vom Arbeitgeber hingenommen und auch nach einem Zeitraum, in dem sie hätte überprüft werden können und müssen, den Wünschen der Arbeitnehmer nicht widersprochen, können diese grundsätzlich davon ausgehen, dass der Urlaub nach dieser Urlaubsliste genehmigt, d. h. festgelegt ist. Inwieweit das der Fall ist, hängt auch mit der jeweils bestehenden betrieblichen Übung zusammen (vgl. *von der Laden*, 62). Insbesondere in Fällen, in denen, wie es häufig üblich ist, die Arbeitnehmer untereinander und auch schon unter Berücksichtigung der betrieblichen Belange, insbesondere hinsichtlich der Vertretung, den Zeitraum der einzelnen Urlaubswünsche aufeinander abgestimmt hat, bedarf es nicht nochmals einer ausdrücklichen Festlegung der Urlaubszeit durch den Arbeitgeber, sondern ergibt sich diese stillschweigend daraus, dass der Urlaubsliste vom Arbeitgeber binnen angemessener Frist nicht widersprochen wurde (Schaub/Linck § 102 Rn. 90; HK-BUrlG/Goretzki § 7 Rn. 16; Kempe, AuA 1999, 6; LAG Düsseldorf, DB 1970, 1136; LAG Berlin, ArbU 1972, 59; LAG Frankfurt/M. v. 8. 7. 1996, ZTR