

Bundesurlaubsgesetz: BUrlG

Kommentar

Bearbeitet von
Dr. Dirk Neumann, Dr. Martin Fenski, Dr. Thomas Kühn, Prof. Dr. Dr. h.c. Hermann Dersch

11., neu bearbeitete Auflage 2016. Buch. XVII, 495 S. In Leinen
ISBN 978 3 406 66682 7
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm
Gewicht: 988 g

[Recht > Arbeitsrecht > Arbeitszeit, Urlaub](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

10. Sozialversicherungspflicht	118
11. Wegfall bei Rechtsmissbrauch	120
12. Abänderungen	123

Leitsatzübersicht

	Rn.
<i>Der Arbeitgeber führt die Fälligkeit des Urlaubs durch Bestimmung des Zeitpunktes des Urlaubs herbei.</i>	1, 2, 5
<i>Ein Arbeitnehmer, der selbständig den Urlaub antritt, setzt sich der Gefahr der Kündigung, uU der fristlosen Entlassung aus.</i>	3
<i>Betriebsnachfolge berührt eine einmal herbeigeführte Fälligkeit nicht.</i>	4
<i>Die Wünsche des Arbeitnehmers sind mit den betrieblichen Belangen und den Wünschen anderer Arbeitnehmer abzuwägen.</i>	9 ff.
<i>Der Arbeitnehmer kann die Berücksichtigung seiner Wünsche verlangen, der Arbeitgeber müsste entgegenstehende betriebliche Belange und Wünsche anderer Arbeitnehmer beweisen.</i>	10
<i>Im Anschluss an Kur oder Rehabilitation ist der Urlaub auf Wunsch des Arbeitnehmers stets zu bewilligen.</i>	17a
<i>Übt ein Arbeitnehmer mehrere Beschäftigungen aus, besteht in aller Regel ein Anspruch, den Urlaub so zu legen, dass er gleichzeitig in allen Arbeitsverhältnissen genommen werden kann.</i>	18
<i>Die Festlegung erfolgt durch Erklärung des Arbeitgebers, kann aber darin liegen, dass den Wünschen in der Urlaubsliste nicht widersprochen wird.</i>	19
<i>Der Betriebsrat hat ein zwingendes Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung des Urlaubsplans und der Festlegung der Betriebsferien.</i>	23
<i>Im Urlaubsplan sind nur die Grundsätze festzulegen, nach denen der Urlaub zu gewähren ist.</i>	24
<i>Können sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer über den Urlaubszeitpunkt nicht einigen, wird der Urlaub mit dem Betriebsrat festgelegt. Auch danach kann der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf einen anderen Urlaubszeitpunkt weiterverfolgen.</i>	26, 30
<i>In den Betriebsferien ist ein Arbeitnehmer zu beschäftigen, wenn er noch keinen Urlaubsanspruch hat, sonst besteht Annahmeverzug.</i>	34
<i>Ist der Urlaubszeitpunkt festgelegt, kann nur durch Vereinbarung oder in Notfällen davon abgewichen werden.</i>	36
<i>Steht für den Urlaub nur noch die Kündigungsfrist oder der Rest des Urlaubsjahres zur Verfügung, ist der Arbeitnehmer berechtigt, den Urlaub durch Zurückbehaltung selbst zu verwirklichen, wenn der Arbeitgeber mit der Verpflichtung zur Festlegung des Urlaubs in Verzug geraten ist und verlangter Urlaub ohne ausreichende Gründe verweigert wird.</i>	43
<i>Während des Urlaubsjahres ist bei Streit über die Höhe des Urlaubs auch Feststellungsklage zulässig. Im Übrigen muss Leistungsklage erhoben werden, wobei ggf. auch eine einstweilige Verfügung zulässig ist.</i>	49
<i>Der Arbeitnehmer kann ungeteilten Urlaub verlangen. Der Arbeitgeber kann und muss den Urlaub ungeteilt festsetzen.</i>	55
<i>Der Grundsatz der Unteilbarkeit geht einem Teilanspruch und dem Grundsatz der Unübertragbarkeit vor, nicht aber dem Grundsatz der Gewährung in bezahlter Freizeit.</i>	56
<i>Abweichungen sind nur aus dringenden Gründen auch in der Person des Arbeitnehmers zulässig.</i>	58
<i>Einseitig kann unter den Voraussetzungen eines Anspruchs auf mehr als zwölf Werktagen der Urlaub weder gestückelt verlangt noch festgesetzt werden.</i>	61

	Rn.
<i>Trotz der Mussvorschrift über einen zusammenhängenden Teil von zwölf aufeinander folgenden Werktagen kann davon durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung und auch durch Einzelvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgewichen werden.</i>	61
<i>Verstoß führt dazu, dass der Anspruch auf Erholungsurlaub bestehen bleibt, dessen Geltendmachung aber unzulässige Rechtsausübung sein kann, wenn der Arbeitnehmer selbst Teilung verlangt hat.</i>	62
<i>Übertragung des Urlaubs setzt erfolglose Geltendmachung nicht voraus, sie muss aber rechtzeitig im folgenden Urlaubsjahr erfolgen.</i>	69
<i>Ebenso wie Teilurlaub wegen Nichterfüllung der Wartezeit ist auch anderer, unvermeidbar entstandener geringer Teilurlaub auf die ersten drei Monate im nächsten Urlaubsjahr zu übertragen und nach den Grundsätzen der Unteilbarkeit zusammenhängend mit dem Urlaub des folgenden Jahres zu gewähren.</i>	76
<i>An die Gründe zur Übertragung ist ein strenger Maßstab anzulegen, sie brauchen aber nicht in jedem Fall unverschuldet zu sein. Liegen sie vor, bedarf es zur Übertragung weder einer Erklärung des Arbeitgebers, noch einer entsprechenden Vereinbarung.</i>	81
<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

I. Festlegung der Urlaubszeit

1. Fälligkeit des Urlaubs

- 1 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 Arbeit-

I. Festlegung der Urlaubszeit

§ 7

geber 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 BUrIG § 7 Nr. 10; *Arnold/Tilmanns* § 7 Rn. 11; *Friese* Rn. 177; *Herlitzius*, 174 ff.; HK-BUrIG/*Oppermann* § 7 Rn. 2; *KassArbR/Schütz* 2.4 Rn. 213; *von der Laden* S. 20 f.; *Leinemann/Linck* § 1 Rn. 77; *MHdB ArbR/Düwell* § 78 Rn. 27; *Natzel* § 7 Rn. 13; *Schaub ArbR-HdB/Linck* § 104 Rn. 74; *Weber* Anm. AP BUrIG § 7 Nr. 13, 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 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 Urlaubsanspruches 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 BUrIG § 7 Nr. 13; BAG 12.10.1961, AP BGB § 611 Urlaubsrecht Nr. 84).

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, 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/Tilmanns* § 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; *Powietzka/Rolf* § 7 Rn. 4; *Natzel* § 7 Rn. 4; *Sasse* ArbRB 2003, 342; aA ein Leistungsverweigerungsrecht annehmend *MHdB ArbR/Düwell* § 78 Rn. 47 ff.). 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 unwirk-

§ 7

Zeitpunkt, Übertragbarkeit und Abgeltung des Urlaubs
sam, 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

- 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; *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 BUrIG § 4 Nr. 1; *Sieg* RdA 1963, 125; BAG 14.5.1964, AP BGB § 611 Urlaubsrecht Nr. 94; 4.12.1970, AP BUrIG § 7 Nr. 5, wonach der Arbeit-

I. Festlegung der Urlaubszeit

geber sein Direktionsrecht nur nach Maßgabe des § 7 Abs. 1 ausüben darf; im Ergebnis auch *Bötticher* 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; *Plüm* 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).

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 Bln 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 29.1.1960, AP GewO § 123 Nr. 12).

5. Berücksichtigung der Wünsche des Arbeitnehmers

Bei der Festlegung des Urlaubs hat der Arbeitgeber die Urlaubswünsche des Arbeitneh- 9 mers 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; *Klein* BB 1960, 251; *Molitor* FS 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 konkreti- 10 siert, 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 hingewie-

§ 7

Zeitpunkt, Übertragbarkeit und Abgeltung des Urlaubs

sen, 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/Diüwell* § 78 Rn. 46 f.; *Rzadkowski* Personalrat 1992, 47; *Schaub ArbR-HdB/Linck* § 104 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 18.12.1986, AP BUrlG § 7 Nr. 10; 14.3.2006, AP BUrlG § 7 Nr. 32; 11.4.2006, AP BUrlG § 7 Übertragung Nr. 28). 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 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; LAG Köln 7.9.1983, DB 1985, 182). Versucht allerdings der Arbeitnehmer, einen Urlaub durch Androhung der Krankenschreibung durchzusetzen, berechtigt das sogar zur Kündigung (LAG SchlH 19.10.2004, DB 2005, 340).

- 11 Urlaubswünsche des Arbeitnehmers sind grundsätzlich auch dann zu berücksichtigen, 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

- 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 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.; *Meisel* DB 1965, 931; *Natzel* § 7 Rn. 28; *Schelp*, Jahrb. Bd. 2 S. 646; aA *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 30.5.2006, NZA-RR 2006, 511).
- 13 Einmal können auch zwingenden betrieblichen Erfordernissen berechnigte Wünsche 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 berechnigte Urlaubswünsche des Arbeitnehmers **im Einzelfall hinter** dringenden betrieblichen Erfordernissen zurückstehen müssen, so in Fällen, in denen gerade während dieser Urlaubszeit der Arbeitnehmer

I. Festlegung der Urlaubszeit

§ 7

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). 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 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.).

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). Die neuere Rechtsprechung des BAG kommt zu demselben Ergebnis, wenn sie in diesen Fällen ein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers verneint (BAG 18.12.1986, AP BUrLG § 7 Nr. 10). 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 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 *Sturm* 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, **15**

§ 7

trotzdem zu einem anderen Zeitpunkt Urlaub zu erhalten, so dass 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.
- 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 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