

# Erholungsurlaub

## Inhalt:

<b>1</b>	<b>Einführung</b>	3
1.1	Begriff des Urlaubs	3
1.2	Rechtsgrundlagen	3
1.3	Bedeutung der gesetzlichen Regelungen (BUrlG)	3
1.4	Bedeutung der tariflichen Regelungen (Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter – BRTV)	4
<b>2</b>	<b>Anspruchsberechtigter Personenkreis</b>	5
2.1	Anspruchsberechtigter Personenkreis nach dem BRTV	5
2.2	Anspruchsberechtigter Personenkreis nach dem BUrlG	5
<b>3</b>	<b>Entstehen des Urlaubsanspruchs</b>	5
3.1	Entstehen des Urlaubsanspruchs nach dem BRTV	5
3.2	Entstehen des Urlaubsanspruchs nach dem BUrlG	6
<b>4</b>	<b>Ausschluss von Doppelansprüchen</b>	7
<b>5</b>	<b>Urlaubsdauer</b>	7
5.1	Urlaubsdauer nach dem BRTV	7
5.2	Urlaubsdauer nach dem BUrlG	9
5.3	Urlaubsdauer im Eintritt- und Austrittsjahr (Teilurlaub)	10
5.3.1	Zwölftelung nach § 11 Abs. 5 BRTV	10
5.3.2	Teilurlaubsanspruch nach § 5 Abs. 1 BUrlG	10
<b>6</b>	<b>Urlaubserteilung</b>	11
6.1	Festlegung durch den Arbeitgeber	11
6.2	Festlegung in der Kündigungsfrist	13
6.2.1	Festlegung nach § 11 Abs. 13 Satz 2 BRTV	13
6.2.2	Festlegung nach dem BUrlG	13
6.2.3	Freistellung in der Kündigungsfrist	13
6.3	Nachträgliche Änderung des genehmigten Urlaubs	13
<b>7</b>	<b>Zusammenhängender Urlaub</b>	14
7.1	Zusammenhängender Urlaub nach dem BRTV	14
7.2	Zusammenhängender Urlaub nach dem BUrlG	14
<b>8</b>	<b>Geltendmachung des Urlaubs</b>	15
8.1	Kalenderjahr als Urlaubsjahr	15
8.2	Übertragung ins erste Quartal des nächsten Kalenderjahrs	17
8.3	Weitergehende Übertragung des Urlaubsanspruchs bei Arbeitsunfähigkeit	18
<b>9</b>	<b>Urlaubsvergütung</b>	19
9.1	Die Urlaubsvergütung nach dem BRTV	19
9.2	Die Urlaubsvergütung nach dem BUrlG	20
9.3	Vererblichkeit und Pfändung	21
9.4	Verjährung und Ausschlussfristen	22
<b>10</b>	<b>Urlaubsabgeltung</b>	22
<b>11</b>	<b>Beeinträchtigungen des Urlaubs</b>	23
11.1	Krankheit des Arbeitnehmers	23
11.2	Tod des Arbeitnehmers	24

# **A7 Erholungsurlaub**

---

Seite 2

11.3	Erwerbstätigkeit des Arbeitnehmers . . . . .	25
11.4	Anrechnungen auf den Urlaub . . . . .	25
11.4.1	Kur- und Heilverfahren (Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation) . . . . .	25
11.4.2	Anderweitige Freistellungen . . . . .	26
11.4.3	Annahmeverzug des Arbeitgebers . . . . .	26
11.4.4	Fehltage des Arbeitnehmers . . . . .	26
<b>12</b>	<b>Sonderregelungen für bestimmte Arbeitnehmergruppen . . . . .</b>	<b>27</b>
12.1	Jugendliche und Auszubildende . . . . .	27
12.2	Schwerbehinderte Menschen . . . . .	27
12.3	Arbeitnehmer in der Elternzeit . . . . .	28
12.4	Arbeitnehmer in der Pflegezeit . . . . .	28

## 1 Einführung

### 1.1 Begriff des Urlaubs

Urlaub ist die Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeit unter Fortzahlung der Vergütung. Er dient der Erholung. Vom Erholungsurlaub zu unterscheiden sind sonstige Freistellungen von der Arbeit, insbesondere die Elternzeit (s. Kapitel A 9 „Mutterschutz und Elternzeit“), der Fortbildungsurlauf (s. Kapitel A 8 „Sonstige Freistellung“) sowie bezahlte oder unbezahlte Freistellungen aus persönlichen Gründen, z. B. ehrenamtliche Tätigkeiten, hohe Familienfeiern, Freizeit zur Stellensuche.

### 1.2 Rechtsgrundlagen

Der Erholungsurlaub ist geregelt im Bundesurlaubsgesetz (BUrlG), dessen zwingende Regelungen dem Arbeitnehmer Mindestansprüche gewährleisten. **Das BUrlG muss sich jedoch entscheidend am unionsrechtlichen Urlaubsrecht (Art 31 Abs. 2 der Grundrechtecharta i. V. m. Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG) messen lassen**, für dessen Auslegung der Europäische Gerichtshof zuständig ist. Mit mehreren Urteilen vom 6.11.2018 hat der EuGH<sup>1</sup> aus Art. 31 Abs. 2 GRC ein **unionsrechtliches Grundrecht auf bezahlten Urlaub** hergeleitet, das auch im Verhältnis zu einem privaten Arbeitgeber gilt. Dies bedeutet, dass nach dem Verständnis des EuGH entgegenstehende nationale Regelungen unangewendet bleiben müssen. Dies gilt nicht nur für arbeitsvertragliche Regelungen, auch das BUrlG und tarifliche Regelungen wie hier § 11 BRTV müssen die Vorgaben des EuGH beachten.

**Hinweis:** Nach Art. 7 Abs. 1 RL2003/88/EG i. V. m. Art. 31 Abs. 2 GRC haben Arbeitnehmer Anspruch auf einen **bezahlten Mindestjahresurlaub von 4 Wochen**. Abweichende Regelungen für einen tarifvertraglichen oder einzelvertraglichen **Mehrurlaub** sind möglich, bedürfen jedoch einer **eindeutigen und ausdrücklichen Vereinbarung**.

Für bestimmte Arbeitnehmergruppen gibt es ergänzende Sonderregelungen, nämlich im Jugendarbeitsschutzgesetz, im Sozialgesetzbuch IX für schwerbehinderte Menschen, im Pflegezeitgesetz und im Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz für Arbeitnehmer in der Elternzeit. Die Regelun-

gen des Bundesurlaubsgesetzes werden in der Praxis häufig ergänzt oder verdrängt durch tarifliche Vorschriften. **Auch der Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter (BRTV) enthält umfangreiche Bestimmungen über den Erholungsurlaub.**

Die **tariflichen Vorschriften** über den Erholungsurlaub finden auf das Arbeitsverhältnis eines Apothekenmitarbeiters **zwingend** nur dann Anwendung, wenn sowohl der Apothekeninhaber als auch der Apothekenmitarbeiter tarifgebunden sind und der Apothekenmitarbeiter unter den persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages fällt (s. Kapitel A 2 „Geltungsbereich und Anwendbarkeit des Bundesrahmentarifvertrages für Apothekenmitarbeiter [BRTV]“, Abschnitte 2.3 und 3.1).

**Bei fehlender beidseitiger Tarifbindung** kann im Arbeitsvertrag die Anwendung des Bundesrahmentarifvertrages für Apothekenmitarbeiter insgesamt oder zumindest der tariflichen Vorschriften über den Erholungsurlaub **vereinbart werden** (s. Kapitel A 2 „Geltungsbereich und Anwendbarkeit des Bundesrahmentarifvertrages für Apothekenmitarbeiter [BRTV]“, Abschnitt 3.2). Gleiches gilt bei einer betrieblichen Übung über die Anwendung des gesamten Tarifvertrages oder der tariflichen Vorschriften über den Erholungsurlaub (s. Kapitel A 2 „Geltungsbereich und Anwendbarkeit des Bundesrahmentarifvertrages für Apothekenmitarbeiter [BRTV]“, Abschnitt 3.3).

### 1.3 Bedeutung der gesetzlichen Regelungen (BUrlG)

Finden die tariflichen Urlaubsvorschriften auf das Arbeitsverhältnis keine Anwendung, müssen zumindest die Bestimmungen des Bundesurlaubsgesetzes eingehalten werden. Diese enthalten **zwingende Mindestregelungen** zugunsten der Apothekenmitarbeiter. Von den Vorschriften des Bundesurlaubsgesetzes abweichende Vereinbarungen im Arbeitsvertrag zugunsten des Apothekenmitarbeiters sind zulässig; für den Apothekenmitarbeiter ungünstigere Vereinbarungen sind unwirksam (§ 13 Abs. 1 BUrlG).

**Beispiel:** Der Urlaub kann aus dringenden betrieblichen Gründen (z. B. krankheitsbedingter Ausfall zahlreicher Mitarbeiter) auf das nächste Kalenderjahr übertragen werden (§ 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG). In diesem Fall „muss der Urlaub in den ersten 3 Monaten des folgenden Kalen-

<sup>1</sup> EuGH, Urteil vom 6.11.2018, NZA 2018, S. 1467 (Rdnr. 86).

derjahres gewährt und genommen werden“ (§ 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG). Eine Vereinbarung, der übertragene Urlaub müsse im Januar des folgenden Kalenderjahres genommen werden, wäre eine Regelung zuungunsten des Arbeitnehmers (im Februar wäre dann der übertragene Urlaub verfallen) und ist daher unzulässig, soweit es um den gesetzlichen Mindesturlaub geht. Hingegen ist die Vereinbarung, der übertragene Urlaub könne bis zum 30.6. des folgenden Kalenderjahres genommen werden, eine vom BUrlG zugunsten des Arbeitnehmers abweichende Regelung und daher zulässig.

Den Parteien des Arbeitsvertrages steht es auch frei, eine Vereinbarung zu treffen, die den Arbeitgeber verpflichtet, Urlaub, der bereits verfallen ist, nachzugewähren oder abzugelten<sup>2</sup>. Nach dem neuen Verständnis des Bundesarbeitsgerichts kann der Urlaubsanspruch im bestehenden Arbeitsverhältnis nur dann untergehen, wenn der Arbeitgeber seinen Mitwirkungsobligationen zuvor nachgekommen ist (s. Abschnitt 8.1). Die Abgeltungsmöglichkeit von 3 Urlaubstagen im Kalenderjahr nach § 11 Abs. 12 BRTV ist zulässig, weil diese den übergesetzlichen Mehrurlaub betrifft.

## 1.4 Bedeutung der tariflichen Regelungen (Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter – BRTV)

Sind beide Parteien des Arbeitsvertrages tarifgebunden (s. Kapitel A 2, Abschnitt 3.1), können sie im Arbeitsvertrag keine Vereinbarung treffen, die zuungunsten des Arbeitnehmers von einer Tarifvorschrift abweicht. Nur Änderungen zugunsten des Apothekenmitarbeiters sind zulässig.

**Beispiel:** Nach den tariflichen Bestimmungen werden Tage der Arbeitsunfähigkeit während des Urlaubs, die durch ärztliches Zeugnis nachgewiesen sind, auf den Jahresurlaub nicht angerechnet. Eine Vereinbarung, die Arbeitsunfähigkeit müsse durch ein amtsärztliches Zeugnis nachgewiesen werden, weicht hiervon zuungunsten des Arbeitnehmers ab (normales ärztliches Zeugnis genügt nicht) und ist deshalb unzulässig. Eine Vereinbarung, Tage der Arbeitsunfähigkeit während des Urlaubs seien erst ab dem 3. Krankheitstag durch ärztliches Zeugnis nachzuweisen, weicht zugunsten des Arbeitnehmers vom Tarifvertrag ab und ist deshalb zulässig.

Gelten die tariflichen Vorschriften über den Erholungurlaub aber nur kraft einzelvertraglicher Vereinbarung (s. Kapitel A 2, Abschnitt 3.2) oder betrieblicher Übung (s. Kapitel A 2, Abschnitt 3.3), können die Parteien des Arbeitsvertrages hiervon auch zuungunsten des Arbeitnehmers abweichen, sofern sie nur die Mindestregelungen des Bundesurlaubsgesetzes beachten.

**Beispiel:** Die Parteien des Arbeitsvertrages ohne Tarifbindung vereinbaren neben der Anwendung des Tarifvertrages für Apothekenmitarbeiter zusätzlich, dass der tarifliche Urlaub von 34 Werktagen je Kalenderjahr erst nach zehnjähriger ununterbrochener Betriebszugehörigkeit gewährt wird und bis dahin der Urlaubsanspruch 31 Werktagen beträgt. Dies ist eine von dem Tarifvertrag zuungunsten des Arbeitnehmers abweichende Regelung, da der Tarifvertrag einen Urlaubsanspruch von 34 Werktagen für alle Mitarbeiter und nach bereits fünfjähriger Betriebszugehörigkeit einen Urlaubsanspruch von 35 Werktagen vorsieht. Die Vereinbarung ist aber zulässig, da dem Arbeitnehmer in jedem Fall der gesetzliche Urlaubsanspruch von 24 Werktagen erhalten bleibt.

**Hinweis:** Der BRTV seinerseits hat bei den tariflichen Bestimmungen zum Urlaub nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG die **grundlegenden Regelungen zum Urlaubsanspruch im Kalenderjahr** (§ 1 BUrlG) und zur **Mindesturlaubsdauer** (§ 3 BUrlG) zu beachten, die ihrerseits von Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG geprägt sind.

**Beispiel:** Ein Arbeitsverhältnis beginnt am 1.1. und endet am 31.7. desselben Jahrs. Eine Zwölftelung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs beim Ausscheiden in der 2. Jahreshälfte sieht § 5 Abs. 1 BUrlG nicht vor. Es besteht daher der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch von 24 Werktagen. Der BRTV sieht in § 11 Abs. 5 generell die Zwölftelung vor. Dies würde auf der Grundlage von 34 Werktagen zu einem Urlaubsanspruch von 19,83 Werktagen führen. In § 11 Abs. 5 Satz 2 BRTV haben die Tarifvertragsparteien klargestellt, dass der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch von 24 Werktagen nicht unterschritten werden darf. Abgesehen von dieser Sicherung des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs lässt § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG abweichende Regelungen auch zuungunsten der Arbeitnehmer zu. Dies gilt auch, wenn zwar keine beiderseitige Tarifbindung be-

<sup>2</sup> BAG, Urteil vom 18.10.2011, NZA 2012, S. 143 (Rdnr. 21).

steht, aber einzelvertraglich die tariflichen Urlaubsregelungen des BRTV vereinbart sind.

Der BRTV enthält unter Beachtung dieser Vorgaben in § 11 zahlreiche Regelungen zum Urlaubsrecht, die zum Teil über das Gesetz hinausgehen oder es ergänzen.

**Tipp:** Angesichts dieser Schnittstellen zwischen dem gesetzlichen Urlaubsanspruch und den Regelungen des BRTV zum Urlaub empfiehlt es sich, die Vertragsmuster des Besonderen Teils dieses Handbuchs zu verwenden.

Aus diesem Grund wird daher schwerpunktmäßig das Regelungswerk des BRTV zum Urlaubsanspruch dargestellt unter Hinweis auf die ergänzenden oder abweichenden gesetzlichen Regelungen.

## 2 Anspruchsberechtigter Personenkreis

### 2.1 Anspruchsberechtigter Personenkreis nach dem BRTV

Die Urlaubsregelungen des BRTV gelten nur für die Mitarbeiter, die unter den persönlichen Geltungsbereich des BRTV fallen (s. Kapitel A 2 „Geltungsbereich und Anwendbarkeit des Bundesrahmentarifvertrages für Apothekenmitarbeiter [BRTV]“, Abschnitt 2.3). Dem Apothekeninhaber bleibt es aber unbenommen, auch mit anderen bei ihm beschäftigten Arbeitnehmern die Anwendung der tariflichen Urlaubsregelung zu vereinbaren. Zur Anwendbarkeit der tariflichen Regelung vgl. im Übrigen Abschnitt 1.2.

### 2.2 Anspruchsberechtigter Personenkreis nach dem BUrlG

Anspruch auf Erholungsurlaub nach dem Bundesurlaubsgesetz haben über die in § 1 Abs. 1 Nr. 3 BRTV aufgeführten Arbeitnehmer alle Arbeiter, Angestellten und die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten (§ 2 BUrlG). Dies sind z.B. Boten, Buchhaltungskräfte, Reinigungskräfte, selbst wenn diese nur geringfügig beschäftigt sind.

## 3 Entstehen des Urlaubsanspruchs

### 3.1 Entstehen des Urlaubsanspruchs nach dem BRTV

Der BRTV bestimmt, dass der Mitarbeiter für jeden vollen Monat der Betriebszugehörigkeit Anspruch auf 1/12 des tariflichen Jahresurlaubs hat

(§ 11 Abs. 5 BRTV). Das bedeutet, dass der Mitarbeiter im Eintrittsjahr bereits nach einem vollen Monat der Betriebszugehörigkeit, der nicht mit dem Kalendermonat übereinstimmen muss, einen tariflichen Urlaubsanspruch erwirbt. Andererseits erwirbt der Arbeitnehmer im Eintrittsjahr nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses bereits den vollen gesetzlichen Urlaubsanspruch für das laufende Jahr, während es nach dem Tarifvertrag bei der Zwölftelung bleibt. § 11 Abs. 5 Satz 2 BRTV stellt klar, dass dadurch der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch nicht unterschritten werden darf. Das bedeutet: Hat das Arbeitsverhältnis im Eintrittsjahr mindestens 6 Monate bestanden, erwirbt der Arbeitnehmer den vollen gesetzlichen Urlaubsanspruch von 24 Werktagen, auf den er sich allerdings bereits erhaltenen Urlaub von einem früheren Arbeitgeber anrechnen lassen muss (s. Abschnitt 4). Der gesetzliche Urlaubsanspruch steht dem Arbeitnehmer auch zu, wenn sich nach der tariflichen Zwölftelungsregelung ein geringerer Urlaubsanspruch ergibt.

**Beispiel:** Das Arbeitsverhältnis beginnt am 15.6.2021. Am 15.12.2021 steht dem Arbeitnehmer der gesetzliche Urlaubsanspruch von 24 Werktagen zu. Nach der tariflichen Regelung bleibt es für dieses Jahr auch bei Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses bei der Zwölftelung, d.h. dem Arbeitnehmer steht danach ein Urlaubsanspruch in Höhe von 6/12 des Jahresurlaubs zu, das sind nach der zurzeit geltenden Regelung 17 Werkstage (§ 11 Abs. 5 Satz 1 BRTV). Dieser Urlaubsanspruch ist nach § 11 Abs. 5 Satz 2 BRTV auf 24 Werkstage aufzustocken, es sei denn, es kann nach § 6 BUrlG ein Urlaub angerechnet werden, den der Arbeitnehmer vom früheren Arbeitgeber für das Jahr 2021 erhalten hat.

Am 1. Januar des darauffolgenden Jahres greift dann die Regelung des § 11 Abs. 3 BRTV ein, die den jährlichen Urlaubsanspruch festlegt. Daraus kann geschlossen werden, dass in dem Eintrittsjahr folgenden Kalenderjahr der Arbeitnehmer bereits am 1. Januar (zunächst) den vollen Urlaubsanspruch erwirbt. § 11 Abs. 5 BRTV kommt in diesem Fall nur dann Bedeutung zu, wenn ein Arbeitnehmer im Laufe des Kalenderjahres ausscheidet.

Der Urlaubsanspruch entsteht auch bei Krankheit, nicht jedoch während eines unbezahlten Sonderurlaubs. Da § 11 Abs. 5 Satz 1 BRTV wie das BUrlG auf die Betriebszugehörigkeit abstellt, gilt die gesetzliche Regelung (s. nächsten Abschnitt).

## 3.2 Entstehen des Urlaubsanspruchs nach dem BUrlG

Der **volle Urlaubsanspruch** wird erstmalig nach **6-monatigem Bestehen** des Arbeitsverhältnisses erworben (§ 4 BUrlG). Das heißt: Wenn ein Arbeitsverhältnis 6 Monate bestanden hat (sog. Wartezeit), kann ein Arbeitnehmer für das laufende Kalenderjahr den vollen Jahresurlaub verlangen. Hat etwa ein Arbeitsverhältnis am 1. Juni begonnen, so erwirbt der Arbeitnehmer am 1. Dezember Anspruch auf den vollen Jahresurlaub von 24 Werktagen. Wird die Wartezeit in einem Kalenderjahr nicht erfüllt, kommen Teilurlaubsansprüche in Betracht (s. Abschnitt 5.3). Auch wenn ein Arbeitnehmer mit Erfüllung der Wartezeit von 6 Monaten ausscheidet, besteht nur ein Teilurlaubsanspruch<sup>3</sup>.

Die Wartezeit ist in einem Arbeitsverhältnis nur einmal – sechsmonatiges Bestehen des Arbeitsverhältnisses – zu erfüllen; in den Folgejahren entsteht der Urlaubsanspruch ohne Wartezeit. So erwirbt ein Arbeitnehmer, der in einem Kalenderjahr die Wartezeit von 6 Monaten erfüllt hat, bereits am 1. Januar des folgenden Jahres den vollen Urlaubsanspruch für dieses Kalenderjahr.

Bei einer Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses beginnt die Wartezeit neu, z.B. wenn ein befristetes Arbeitsverhältnis nach 5 Monaten am 30.6. endet und am 1.9. des gleichen Jahres ein neues Arbeitsverhältnis vereinbart. Etwas anderes gilt bei einer kurzfristigen Unterbrechung von wenigen Tagen zumindest dann, wenn die Begründung des neuen Arbeitsverhältnisses bereits vor Beendigung des vorherigen Arbeitsverhältnisses vereinbart war<sup>4</sup>.

Der Anspruch auf Erholungurlaub entsteht auch und geht nicht verloren, wenn der Arbeitnehmer infolge Krankheit oder aus anderen Gründen nur eine geringe oder überhaupt keine Arbeitsleistung im Urlaubsjahr erbracht hat. Auch derjenige Arbeitnehmer, der im Urlaubsjahr an keinem einzigen Tag gearbeitet hat, kann den gesetzlichen Urlaubsanspruch geltend machen (zum Verfall bei Arbeitsunfähigkeit s. Abschnitt 8.3). Ebenso wenig kann der Arbeitgeber gegenüber dem Verlangen des Arbeitnehmers nach Urlaub oder Urlaubsabgeltung Rechtsmissbrauch einwenden, wenn der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber eine

grobe Treupflichtverletzung begangen hat. Treupflichtverletzungen des Arbeitnehmers können Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers, gegebenenfalls auch ein Kündigungsrecht auslösen, lassen aber den Urlaubsanspruch unberührt.

Für das Entstehen des Urlaubsanspruchs ist nach dem Bundesurlaubsgesetz das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses Voraussetzung. Urlaubsansprüche entstanden nach nicht unumstrittener langjähriger Auffassung des BAG auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis ruht. So hatte bei **unbezahltem Sonderurlaub** vom 1.1.2011 bis 30.9.2011 das Bundesarbeitsgericht einer Klage auf Urlaubsabgeltung für 2011 auf der Grundlage des Verdienstes von 2010 stattgegeben<sup>5</sup>. Diese Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht nunmehr differenziert. Es geht weiter von dem Grundsatz aus, dass der Urlaubsanspruch nach den §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG allein das Bestehen des Arbeitsverhältnisses voraussetzt. Im Hinblick auf eine zumindest klarstellende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs<sup>6</sup> beruht jedoch **die Berechnung** des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub auf der Prämisse, dass der Arbeitnehmer tatsächlich gearbeitet hat. Er ist daher grundsätzlich anhand der Zeiträume der auf der Grundlage des Arbeitsvertrags tatsächlich geleisteten Arbeitstage zu berechnen<sup>7</sup>. Befindet sich ein Arbeitnehmer im Urlaubsjahr ganz oder teilweise im unbezahlten Sonderurlaub, ist dies bei der Berechnung der Urlaubsdauer zu berücksichtigen. In einem Kalenderjahr, in dem sich ein Arbeitnehmer durchgehend im unbezahlten Sonderurlaub befindet, besteht kein Anspruch auf Erholungurlaub. Dies gilt auch, wenn der Arbeitnehmer im Kalenderjahr nur einige Monate unbezahlten Sonderurlaub hatte. Es erfolgt eine Berechnung pro-rata-temporis. Der Zeitraum des unbezahlten Sonderurlaubs ist bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs mit „null“ Arbeitstagen in Ansatz zu bringen (s. näher zur Berechnung bei Wechsel der wöchentlichen Arbeitstage/ Sonderurlaub Abschnitt 5.1.).

**Beispiel:** Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf 30 Urlaubstage bei Fünftagewoche. Für die Zeit vom 1. Mai bis 30. September wird ein unbezahlter Sonderurlaub vereinbart. Es besteht für dieses Kalenderjahr ein Urlaubsanspruch von 17,5 Tagen.

<sup>3</sup> BAG, Urteil vom 17.11.2015, NZA 2016, S. 309 (Rdnr. 12).

<sup>4</sup> BAG, Urteil vom 20.10.2015, NZA 2016, S. 159 (Rdnr. 15).

<sup>5</sup> BAG, Urteil vom 6.5.2014, NJW 2014, S. 2974 (Rdnr. 12 ff.).

<sup>6</sup> EuGH, Urteil vom 13.12.2018, NZA 2019, S. 47 (Rdnr. 47).

<sup>7</sup> BAG, Urteil vom 22.1.2019, NZA 2019, S. 832 (Rdnr. 28, 31).

## 4 Ausschluss von Doppelansprüchen

Im Eintrittsjahr besteht kein Urlaubsanspruch, soweit ein Arbeitnehmer vom früheren Arbeitgeber für das laufende Kalenderjahr Urlaub bereits gewährt oder abgegolten wurde. Der BRTV enthält hierzu keine Regelung, so dass die gesetzliche Regelung gilt (§ 6 BUrlG). Die Anrechnung ist jedoch nur hinsichtlich des tatsächlich gewährten oder abgegoltenen Urlaubs zulässig. Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer nicht darauf verweisen, er könne gegen den früheren Arbeitgeber einen weitergehenden Abgeltungsanspruch geltend machen.

### Beispiele:

1. Ein Arbeitnehmer hatte im ersten Arbeitsverhältnis, das am 30. September endete, Anspruch auf 36 Werktagen Jahresurlaub. Er erhielt anteiligen Urlaub von 9 Monaten in Höhe von 27 Werktagen. Im zweiten Arbeitsverhältnis, das am 1. Oktober begann, hat er Anspruch auf 31 Werktagen Jahresurlaub. Er kann für die restlichen 3 Monate des Jahres anteiligen Urlaub von 8 Werktagen verlangen. Der neue Arbeitgeber kann gegenüber diesem Urlaubsanspruch nicht einwenden, der Arbeitnehmer könne von seinem früheren Arbeitgeber noch 9 Werktagen Urlaubsabgeltung verlangen, weil im früheren Arbeitsverhältnis bereits der gesamte Jahresurlaub entstanden gewesen sei.

2. Der Arbeitnehmer hatte im ersten Arbeitsverhältnis, das am 30. September endete, 31 Werktagen Jahresurlaub zu beanspruchen, den er auch erhielt. Im zweiten Arbeitsverhältnis, das am 1. Oktober begann, hat er ebenfalls Anspruch auf 31 Werktagen Jahresurlaub. In diesem Fall kann er für das laufende Kalenderjahr vom zweiten Arbeitgeber keinen Urlaub mehr beanspruchen, weil er seinen gesamten Jahresurlaub bereits von dem ersten Arbeitgeber erhalten hat.

Damit der neue Arbeitgeber feststellen kann, welchen Urlaub und welche Urlaubsabgeltung der Arbeitnehmer im laufenden Kalenderjahr erhalten hat, ist jeder Arbeitgeber verpflichtet, bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer eine Bescheinigung über den im laufenden Kalenderjahr gewährten oder abgegoltenen Urlaub auszuhändigen (Muster einer Urlaubsbescheinigung s. Kapitel B 14 „Abwicklung des Arbeitsverhältnisses“). Diese Bescheinigung hat der Arbeitnehmer auf Verlangen dem neuen Arbeitgeber vorzulegen<sup>8</sup>.

**Hinweis:** Kein Arbeitgeberwechsel liegt vor, wenn das Arbeitsverhältnis durch einen Betriebsübergang nach § 613 a BGB auf einen neuen Arbeitgeber übergeht, da das Arbeitsverhältnis fortbesteht.

Wurde ein Arbeitnehmer während eines Kündigungsrechtsstreits von seinem Arbeitgeber nicht beschäftigt und hatte er deshalb bei einem anderen Arbeitgeber Arbeit aufgenommen und Urlaub von diesem erhalten, muss er sich bei Vollzeitbeschäftigung bei einem Obsiegen in dem Kündigungsrechtsstreit auf seinen Urlaubsanspruch gegen den alten Arbeitgeber den von dem anderen Arbeitgeber erhaltenen Urlaub anrechnen lassen<sup>9</sup>. Bei Teilzeitbeschäftigung kommt § 6 BUrlG nicht zur Anwendung, wenn die Erbringung der Arbeitsleistung zeitgleich in beiden Arbeitsverhältnissen möglich war oder möglich gewesen wäre.

Allerdings kann der Urlaub verfallen, wenn der Arbeitnehmer ihn nicht bis spätestens 31. März des Folgejahres genommen hat (s. Abschnitt 8.2).

## 5 Urlabsdauer

### 5.1 Urlabsdauer nach dem BRTV

Der Urlaub beträgt für alle Mitarbeiter ab 1.1.2020 **34 Werktage** jährlich (§ 11 Abs. 3 Satz 1 BRTV). Als Werktage gelten alle Kalendertage, die nicht Sonn- oder gesetzliche Feiertage sind (§ 3 BUrlG). Nach 5-jähriger ununterbrochener Betriebszugehörigkeit erhöht sich der Urlaubsanspruch auf 35 Werktagen jährlich (§ 11 Abs. 3 Satz 2 BRTV). Für die Urlaubsberechnung ist hierbei das bei Beginn des Kalenderjahres bereits vollendete Jahr der Betriebszugehörigkeit des Mitarbeiters zugrunde zu legen (§ 11 Abs. 3 Satz 3 BRTV). Hat das Arbeitsverhältnis z. B. am 20.1.2017 begonnen, steht dem Mitarbeiter gleichwohl für das gesamte Jahr 2022 nur ein Urlaubsanspruch von 34 Werktagen zu, da er am 1.1.2022 das 5. Jahr der Betriebszugehörigkeit noch nicht vollendet hat, dies vielmehr für die Berechnung des Urlaubsanspruchs erst am 1.1.2023 der Fall ist.

Wenn die Arbeitszeit eines Arbeitnehmers nicht auf alle Werktage einer Woche verteilt ist, was für die meisten Arbeitnehmer zutreffen dürfte (5-Tage-Woche), ist der Urlaubsanspruch

<sup>8</sup> BAG, Urteil vom 16.12.2014, NZA 2015, S. 827 (Rdnr. 40).

<sup>9</sup> BAG, Urteil vom 21.2.2012, NZA 2012, S. 793 (Rdnr. 17).

in Arbeitstage umzurechnen (§ 11 Abs. 4 Satz 2 BRTV). Hierbei ist die Gesamtdauer des Urlaubs durch 6 zu teilen und mit der Zahl der Arbeitstage einer Woche zu multiplizieren.

**Beispiel:** Ein Arbeitnehmer arbeitet in der 5-Tage-Woche montags bis freitags. Dann beträgt sein tariflicher Urlaubsanspruch  $34 : 6 \times 5 = 28,33$  Arbeitstage.

Die Umrechnung gilt auch für Teilzeitbeschäftigte. Dabei spielt es keine Rolle, wenn die Arbeitszeit in verschiedenen Wochen unregelmäßig verteilt ist, weil bei der Umrechnung auf die Gesamtheit der **Arbeitstage im Vergleichszeitraum** abzustellen ist.

**Beispiel:** Eine 44 Jahre alte, teilzeitbeschäftigte Approbierter mit 7 Jahren Betriebszugehörigkeit arbeitet alternierend immer in einer Woche 3 Tage am Donnerstag, Freitag und Samstag und in der folgenden Woche 2 Tage immer am Montag und Dienstag. Entsprechend der gesetzlichen Regelung ist wie folgt umzurechnen: 35 (Werktag Tarifurlaub):12 (Werktag im Vergleichszeitraum einer Periode von 2 Wochen)  $\times$  5 (Arbeitstage im Vergleichszeitraum:  $3 + 2$ ) = **14,58** (Urlaub in Arbeitstagen). Weder der BRTV noch das BUrgG sehen bei dieser Berechnung eine Abrundung oder eine Aufrundung vor<sup>10</sup>.

Voraussetzung für die kalendermäßige Umsetzung dieser Anzahl von Arbeitstagen ist, dass gedanklich im Urlaubszeitraum der gleiche Rhythmus von Arbeitstagen fortgesetzt wird wie im Zeitraum vor dem Urlaubsbeginn. Hat also im Beispiel die approbierte Mitarbeiterin in der Woche vor dem Urlaubsantritt am Montag und Dienstag gearbeitet, werden ihr in der ersten Urlaubswoche Donnerstag, Freitag und Samstag als Urlaubstage angerechnet, in der zweiten Urlaubswoche Montag und Dienstag und so fort.

**Hinweis:** Insbesondere bei Teilzeitbeschäftigten ist zu trennen zwischen der Berechnung des Urlaubsanspruchs und der Urlaubsvergütung. Arbeitet ein teilzeitbeschäftigter Mitarbeiter 5 Tage die Woche halbtags, ist der Urlaubsanspruch gleich hoch wie bei einem Mitarbeiter

mit 40 Wochenstunden bei 5-Tage-Woche. Die geringere Arbeitszeit eines Teilzeitbeschäftigten gegenüber einem Vollzeitbeschäftigten kann sich daher je nach der Arbeitszeitgestaltung in der Zahl der Urlaubstage, oder aber in der entsprechend geringeren Urlaubsvergütung auswirken (s. Abschnitt 9.2).

Im Jahre 2019 hat das BAG in mehreren Entscheidungen unter teilweiser Änderung seiner früheren Rechtsprechung klargestellt, wie die Anzahl der **gesetzlichen Urlaubstage** bei Wechsel der wöchentlichen Arbeitstage und bei unbezahltem Sonderurlaub zu berechnen ist<sup>11</sup>. Diese Berechnung gilt auch für den übergesetzlichen Mehrurlaub, wenn für diesen keine abweichende Vereinbarung getroffen wurde. **Der BRTV für Apothekenmitarbeiter enthält keine abweichend Regelung.**

Die Umrechnungsformel für den gesetzlichen und den Urlaub nach § 11 BRTV lautet wie folgt:

24 Werktag ( oder Anzahl der Werktag nach BRTV 34 Werktag)  $\times$  Anzahl der **Tage mit Arbeitspflicht**  $\div$  312 Werktag

Tage mit Arbeitspflicht sind neben Arbeitstagen auch:

- gesetzliche Feiertage,
- sonstiger Arbeitsausfall, z.B. Freistellung für Fortbildung,
- krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit nach § 1 EFZG oder § 9 BRTV,
- vorübergehende Verhinderung nach § 616 BGB oder § 10a BRTV,
- Urlaubstage.

Bei einer unterjährigen Änderung der Arbeitszeitregelung ist eine jahresbezogene Betrachtung und Neuberechnung anzustellen, die die Anzahl der in den **einzelnen Zeitabschnitten vorgesehenen Arbeitstage** berücksichtigt<sup>12</sup>.

Die Tage mit Arbeitspflicht sind bis zum Zeitpunkt des Wechsels (Vergangenheit) **taggenau** und die Tage mit Arbeitspflicht bis zum Jahresende (Zukunft) **prognostisch** zu ermitteln.

<sup>10</sup> Hierzu BAG, Urteil vom 9.8.1994, NZA 1995, S. 174.

<sup>11</sup> BAG, Urteil vom 19.3.2019, NZA 2019, S. 1435 (Rdnr. 29), s. auch Bayreuther, NZA 2020, S. 353.

<sup>12</sup> BAG, Urteil vom 3.12.2019, NZA 2020, S. 789 (Rdnr. 12 ff.).

**Beispiel zur Berechnung bei Wechsel der wöchentlichen Arbeitstage bei 34 Werktagen Urlaub :**

Arbeitstage eines Mitarbeiters im Jahre 2020:

1.1.2020 bis 23.5.2020:	3 Tage/Woche	3 Tage/Woche	$123 \text{ Werktagen} \times 3 \div 6 = 61,50 \text{ Arbeitstage}$
25.5.2020 bis 27.6.2020:	Sonderurlaub unbezahlt		0 Arbeitstage
29.6.2020 bis 12.9.2020:	4 Tage/Woche		$66 \text{ Werktagen} \times 4 \div 6 = 44,00 \text{ Arbeitstage}$

Prognose am 14.9.2020 bei zukünftig 5 Tage/Woche

14.9.2020 bis 31.12.2020:	5 Tage/ Woche	94 Werktagen $\times 5 \div 6$	78,33 Arbeitstage
Gesamt:			183,83 Arbeitstage

**Danach ergibt sich bei einem Jahresurlaubsanspruch von 34 Werktagen folgende Berechnung:** $34 \text{ Werktagen Urlaub} \times 183,83 \text{ Arbeitstage} \div 312 \text{ Werktagen} = 20,03 \text{ Werktagen Jahresurlaub}$ 

Hat ein Arbeitnehmer im Januar 7 Tage Urlaub genommen und im August 10 Tage, verbleibt ein Resturlaub von 3,03 Werktagen. Eine Auf- oder Abrundung erfolgt nicht.

**Hinweis:** Die Berechnung gilt nur für die Ermittlung der Urlaubstage und nicht für die Höhe des zu zahlenden Urlaubsentgelts.

Eine Besonderheit gilt dann, wenn ein vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer im Laufe des Kalenderjahres in ein Teilzeitarbeitsverhältnis mit weniger Wochentagen wechselt. In diesem Fall darf die Zahl der **während der Vollzeittätigkeit erworbenen Urlaubstage**, soweit nicht genommen, nicht gemindert werden. Die während der Vollzeit erworbenen Urlaubstage bleiben erhalten. Da das Bundesarbeitsgericht seine Entscheidung auf das Verbot der Diskriminierung von Teilzeitkräften stützt, gilt dieser Grundsatz auch für den tariflichen Urlaubsanspruch<sup>13</sup>. Diese Entscheidung kann jedoch zu überraschenden Ergebnissen führen.

**Beispiel:** Ein Arbeitnehmer mit einem Urlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen bei 5-Tage-Woche (40 Wochenstunden) ist im Jahr 2020 vom 1.1. bis 31.10.2020 arbeitsunfähig erkrankt. Anschließend wird das Arbeitsverhältnis in Teilzeit fortgesetzt mit einer 2-Tage-Woche (Donnerstag und Freitag je 8 Stunden). Bis 31.10.2020 ist anteilig ein Urlaubsanspruch von 25 Tagen entstanden. Für November und Dezember kommen 2 weitere Urlaubstage hinzu (30 : 5  $\times$  2 = 12 Urlaubstage im Jahr in Teilzeit, also hier für 2 Monate 2 Urlaubstage). Da ab 1.11.2020 Arbeitspflicht nur an 2 Ta-

gen in der Woche besteht, ergibt sich eine **Abwesenheitsdauer von 13,5 Wochen**<sup>14</sup>.

**Von Arbeitgeberseite sollte daher versucht werden, dass bei Wechsel von Voll- in Teilzeit der anteilige Urlaub vor dem Wechsel genommen wird.**

Bei Wechsel von **Teilzeit in Vollzeit** kommt es zu keiner Diskriminierung wegen Teilzeitbeschäftigung. Es ist eine Berechnung nach den neuen allgemeinen Grundsätzen vorzunehmen.

**Beispiel:** Eine Arbeitnehmerin mit 2-Tage-Woche wechselt zum 1.3. in die 5-Tage-Woche. Der Jahresurlaubsanspruch beträgt bei einer 5-Tage-Woche 30 Arbeitstage. Sie hat im Februar 6 Tage Urlaub genommen. Für Januar und Februar stand ihr ein Urlaubsanspruch von 2 Arbeitstagen zu, da bei 30 Arbeitstagen und 5-Tage-Woche der monatliche Urlaubsanspruch 2,5 Arbeitstage beträgt, damit bei 2-Tage Woche 1 Urlaubstag ( $2,5 \div 5 \times 2$ ). Der Jahresurlaub beträgt damit 27 Urlaubstage ( $10 \times 2,5$  und  $2 \times 1$ ). Da 6 Tage Urlaub gewährt wurden, verbleibt ein Urlaubsanspruch von 21 Tagen.

## 5.2 Urlaubsdauer nach dem BUrlG

Jeder Arbeitnehmer hat Anspruch auf einen jährlichen Mindesturlaub von 24 Werktagen. Wenn die Arbeitszeit eines Arbeitnehmers nicht auf alle Werkstage einer Woche verteilt ist, ist auch hier der Urlaubsanspruch in Arbeitstage umzurechnen. Dies gilt sowohl für Vollzeit- als auch für Teilzeitbeschäftigte.

Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer haben Anspruch auf Urlaub in gleicher Höhe wie vollzeit-

<sup>13</sup> BAG, Urteil vom 10.2.2015, NZA 2015, S. 1005, vom 23.3.2018, NZA 2018, S. 851.

<sup>14</sup> Kritisch zu dieser Lösung Arnold/Tillmanns, BUrlG, 4. Aufl. 2020, Einleitung, ebenso Bayreuther, NZA 2020, S. 356.

beschäftigte Arbeitnehmer. Das gilt unabhängig davon, wieviel Stunden je Arbeitstag sie arbeiten und ob die Arbeitszeit in unterschiedlicher Höhe auf die Arbeitstage verteilt ist. Wenn Teilzeitbeschäftigte nicht an allen Werktagen einer Woche arbeiten, ist der Urlaubsanspruch – wie bei vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern in Arbeitstage umzurechnen. Hierbei ist die Zahl der Urlaubstage (mindestens also 24 Werktagen nach dem BUrlG) durch die Zahl der Werktage des Vergleichszeitraums zu dividieren und mit der Zahl der Arbeitstage im Vergleichszeitraum zu multiplizieren. Ergeben sich hierbei Bruchteile von Urlaubstagen, sind sie entsprechend ihrem Umfang dem Arbeitnehmer durch Befreiung von der Arbeitspflicht zu gewähren.

**Beispiel:** Ein 32-jähriger Arbeitnehmer arbeitet im 4-Wochen-Rhythmus an insgesamt 13 Tagen. Dann beträgt sein Urlaubsanspruch beispielsweise bei 34 Werktagen Urlaub für Vollzeitbeschäftigte gem. § 11 Abs. 4 Satz 2 BRTV: 34 (Urlaubstage bei Vollbeschäftigung) 24 (Werkstage im Vier-Wochen-Zeitraum)  $\times$  13 (Arbeitstage im Vergleichszeitraum) = 18,42 (Arbeitstage Urlaub).

## 5.3 Urlaubsdauer im Eintritts- und Austrittsjahr (Teilurlaub)

### 5.3.1 Zwölftelung nach § 11 Abs. 5 BRTV

Nach § 11 Abs. 5 Satz 1 BRTV hat ein Arbeitnehmer für jeden vollen Monat der Betriebszugehörigkeit Anspruch auf 1/12 des tariflichen Urlaubsanspruchs. Der Teilurlaubsanspruch lässt sich im Eintritts- und Austrittsjahr daher leicht berechnen. Auf die komplizierte gesetzliche Regelung zum Teilurlaub (§ 5 BUrlG – s. nächster Abschnitt) kommt es daher auf den ersten Blick nicht an. Allerdings haben die Tarifparteien in der ab 1.1.2015 geltenden Fassung des BRTV in § 11 Abs. 5 Satz 2 BRTV klargestellt, dass durch die Zwölftelung der **gesetzliche Mindesturlaub nicht unterschritten** werden darf. Steht einem Arbeitnehmer der gesetzliche Vollurlaubsanspruch zu, kann nur der über den gesetzlichen Urlaubsanspruch **hinausgehende tarifliche oder einzelvertragliche** gekürzt werden<sup>15</sup>.

**Beispiele:** Ein Arbeitnehmer wird zum **15.7.** eines Kalenderjahres **eingestellt**. Hier besteht Anspruch auf 5/12 des tariflichen Urlaubsanspruchs. § 5 Abs. 1 a BUrlG sieht für den gesetzlichen Urlaubsanspruch ebenfalls nur einen anteiligen Jahresurlaubsanspruch voraus.

Ein Arbeitnehmer wird zum **15.6.** eines Kalenderjahres **eingestellt**. Der tarifliche Urlaubsanspruch beträgt 16,5 Werkstage ( $6 \div 12$  von 33 Werktagen). Der Arbeitnehmer hat jedoch Anspruch auf den vollen gesetzlichen Urlaub, da die Wartezeit von 6 Monaten (§ 4 BUrlG) im Kalenderjahr erfüllt wird und keiner der Fälle des Teilurlaubs nach § 5 Abs. 1 BUrlG vorliegt. Hat der Arbeitgeber beim vorherigen Arbeitgeber Urlaub erhalten, darf dieser jedoch zum Ausschluss von Doppelansprüchen angerechnet werden (s. Abschnitt 4).

Ein Arbeitnehmer **scheidet** nach 7 Jahren der Betriebszugehörigkeit zum **31.7. aus**. Der tarifliche Urlaubsanspruch beträgt 19,83 Werkstage ( $34 \div 12 \times 7 = 19,83$  Tage). Der gesetzliche Urlaubsanspruch beträgt jedoch 24 Werkstage, da nach Erfüllung der Wartezeit eine Zwölftelung nach § 5 Abs. 1 c BUrlG nur beim Ausscheiden in der ersten Hälfte eines Kalenderjahres zulässig ist.

Bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs im Eintritts- und Austrittsjahr enthält der BRTV keine eigene Regelung, so dass die Behandlung von Bruchteilen des Urlaubsanspruchs den Regelungen des BUrlG folgt. Bei der Berechnung eines Teilurlaubs nach § 5 Abs. 1 BUrlG kommt es daher nach § 5 Abs. 2 BUrlG bei einem Bruchteil von mindestens einem halben Tag zur Aufrundung, bei einem Bruchteil von weniger als einem halben Tag jedoch nicht zur Abrundung (siehe Abschnitt 3.2). Ergeben sich außerhalb der Teilurlaubsansprüche nach § 5 Abs. 1 BUrlG Bruchteile, erfolgt weder eine Auf- noch eine Abrundung<sup>16</sup>. Scheidet beispielsweise ein Mitarbeiter nach neunmonatiger Betriebszugehörigkeit am 30.9. eines Jahres aus, besteht ein Anspruch auf 24,75 Werkstage Urlaub ( $33 : 12 \times 9$ ).

### 5.3.2 Teilurlaubsanspruch nach § 5 Abs. 1 BUrlG

Nur Anspruch auf 1/12 des Jahresurlaubs für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses (sog. Teilurlaub, § 5 BUrlG) hat ein Arbeitnehmer

- wenn er im **laufenden Kalenderjahr** den vollen Urlaubsanspruch nicht erwirbt, weil die Wartezeit von 6 Monaten nicht erfüllt werden kann (z.B. wenn das Arbeitsverhältnis erst am 1. August beginnt) oder mit Erfüllung der Wartezeit ausscheidet<sup>17</sup>;

<sup>15</sup> BAG, Urteil vom 8.3.1984, NZA 1984, S. 160.

<sup>16</sup> BAG; Urteil vom 23.1.2018, NZA 2018, S. 653.

<sup>17</sup> BAG, Urteil vom 12.11.2015, NZA 2016, S. 309 (Rdnr. 12).

- wenn er im laufenden Kalenderjahr den vollen Urlaubsanspruch nicht erwirbt, weil das Arbeitsverhältnis **vor Erfüllung der Wartezeit** von 6 Beschäftigungsmonaten beendet wird (z.B. wenn das Arbeitsverhältnis nur vom 1. März bis 31. Juli besteht);
- wenn er zwar die Wartezeit von 6 Monaten erfüllt hat, aber **bereits in der ersten Hälfte eines Kalenderjahres ausscheidet**. Hierbei scheidet auch derjenige in der ersten Hälfte eines Kalenderjahres aus, dessen Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 30. Juni endet<sup>18</sup>. Hatte der Arbeitnehmer bei einem Ausscheiden in der ersten Hälfte eines Kalenderjahres bereits Urlaub über den ihm zustehenden Umfang hinaus erhalten, kann das dafür gezahlte Urlaubsentgelt nicht zurückgefordert werden.

**Beispiel:** Ein langjährig beschäftigter Arbeitnehmer hatte am 1. Januar eines Jahres die sechsmonatige Wartezeit längst erfüllt, sodass ihm der gesamte Jahresurlaub (24 Werkstage) zu stand. Dieser Urlaub wird ihm im Januar gewährt. Das Arbeitsverhältnis endet am 30. April. Deshalb steht dem Arbeitnehmer nach § 5 Abs. 1 Buchst. c BUrlG nur Anspruch auf 4/12 von 24 Werktagen = 8 Werkstage Urlaub zu. Gleichwohl darf der Arbeitnehmer das ihm über den ihm zustehenden Urlaub hinaus gewährte Urlaubsentgelt (für 24 Werkstage) behalten (§ 5 Abs. 3 BUrlG). Daraus erwächst dem Arbeitnehmer aber im Allgemeinen kein besonderer Vorteil; denn im nachfolgenden Arbeitsverhältnis muss er sich den bereits gewährten Urlaub für das laufende Jahr anrechnen lassen (§ 6 Abs. 1 BUrlG; s. Abschnitt 4)

- **Keine Kürzung** des Urlaubsanspruchs findet statt, wenn der Arbeitnehmer die **Wartezeit erfüllt** hat und erst in der **2. Hälfte des Kalenderjahres** aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Das folgt aus einem Umkehrschluss zu § 5 Abs. 1 Buchst. c BUrlG: „Kürzung bei Ausscheiden in der 1. Hälfte des Kalenderjahres“.

Die Teilurlaubsansprüche bestehen nur für „volle“ Monate des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses. Auch wenn an einem Monat nur Tage fehlen, an denen für den Arbeitnehmer keine Arbeitspflicht bestand, erwirbt er für diesen Monat keinen Urlaubsanspruch<sup>19</sup>. Dies gilt auch, wenn das Arbeitsverhältnis weniger als einen Monat besteht.

**Beispiel:** Das Arbeitsverhältnis bestand vom Freitag, dem 1. November 2019 bis Freitag, dem 29. November 2019. Samstag und Sonntag sind arbeitsfrei. Obwohl hier der Arbeitnehmer die gesamte Arbeitsleistung für den Monat Mai erbracht hat, bestand das Arbeitsverhältnis jedoch nicht für einen vollen Monat, sodass der Arbeitnehmer überhaupt keinen Urlaubsanspruch erwarb.

Entstehen bei der Berechnung des Urlaubs Bruchteile von Urlaubstagen, so sind Bruchteile von Urlaubstagen, die mindestens einen halben Tag ergeben, auf volle Urlaubstage aufzurunden, z.B. 1/12 von 20 Arbeitstagen = 1,33 Arbeitstage = 2 Arbeitstage (§ 5 Abs. 2 BUrlG). Hingegen sind Bruchteile, die weniger als einen halben Tag ergeben, nicht abzurunden, sondern entsprechend ihrem Umfang zu gewähren, z.B. 2/12 von 20 Arbeitstagen = 3,66 Arbeitstage<sup>20</sup>.

**Hinweis:** Die Bruchteilsregelung gilt nur für die Teilurlaubsansprüche nach § 5 Abs. 1 BUrlG und kann nicht verallgemeinert werden<sup>21</sup>.

## 6 Urlaubserteilung

### 6.1 Festlegung durch den Arbeitgeber

Die tarifliche Regelung in § 11 Abs. 6 Satz 1 BRTV entspricht der gesetzlichen Regelung in § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG, so dass eine zusammenfassende Darstellung erfolgt. Der Urlaub wird vom Arbeitgeber zeitlich festgelegt. Die Festlegung ist an keine bestimmte Form gebunden und ist daher schriftlich und mündlich möglich. Es muss jedoch deutlich zum Ausdruck gebracht werden, dass Urlaub gewährt wird, z.B. zur Abgrenzung von einem Überstundenausgleich. Eine Dokumentation wird daher empfohlen. Bei der Festlegung hat der Arbeitgeber **die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, wenn nicht dringende betriebliche Belange oder die Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer**, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen, dem **entgegenstehen**. Ohne Rücksicht auf betriebliche Belange oder die Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf Gewährung von Urlaub, wenn er dies im Anschluss an eine Maßnahme der me-

<sup>18</sup> BAG, Urteil vom 16.6.1966, BB 1966, S. 983.

<sup>19</sup> BAG, Urteil vom 26.1.1989, DB 1989, S. 2129.

<sup>20</sup> BAG, Urteil vom 23.1.2018, NZA 2018, S. 635 (Rdnr. 32).

<sup>21</sup> BAG, Urteil vom 23.1.2018, NZA 2018, S. 635 (Rdnr. 31).

dizinischen Vorsorge oder Rehabilitation (z. B. Kur) verlangt (§ 7 Abs. 1 Satz 2 BUrlG). Der Arbeitnehmer kann auch dann – im Übertragungszeitraum – Urlaub verlangen, wenn er im gesamten Urlaubsjahr krankheitsbedingt an seiner Arbeitsleistung verhindert war. Der Arbeitnehmer ist nicht berechtigt, ohne Einverständnis des Arbeitgebers sich selbst Urlaub zu nehmen. Nimmt er trotzdem eigenmächtig Urlaub, stellt dies eine Verletzung vertraglicher Pflichten dar<sup>22</sup>, die auch eine außerordentliche (fristlose) Kündigung rechtfertigen kann<sup>23</sup>.

Da der Arbeitgeber die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen hat, muss er sich vor der Festlegung des Urlaubs zunächst nach den Urlaubswünschen des Arbeitnehmers erkundigen. Insofern empfiehlt sich die Ausgabe einer Urlaubsliste, in die jeder Mitarbeiter seinen Urlaubswunsch eintragen kann. Erst wenn die Urlaubswünsche sämtlicher Mitarbeiter feststehen, wird der Arbeitgeber auch beurteilen können, ob dringende betriebliche Belange oder die Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer einem Urlaubswunsch entgegenstehen. Dringende betriebliche Belange kommen nur dann in Betracht, wenn die Berücksichtigung der Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu einer erheblichen betriebswirtschaftlichen Erschwerung führen würde, d.h. wenn der Betrieb ohne die Anwesenheit des Arbeitnehmers nicht sachgerecht oder ordnungsgemäß geführt werden könnte. **Es müssen greifbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass bei Urlaubsgenehmigung eine erhebliche Beeinträchtigung des Betriebsablaufs zu befürchten ist<sup>24</sup>.**

**Beispiel:** Der einzige approbierte Mitarbeiter beantragt Urlaub für einen Zeitraum, für den der Apothekeninhaber schon seit längerer Zeit einen Auslandsaufenthalt gebucht hat.

Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer stehen einem Urlaubswunsch dann entgegen, wenn bei Erfüllung sämtlicher Urlaubswünsche der Betrieb nicht sachgerecht oder ordnungsgemäß geführt werden könnte.

**Beispiel:** Von 4 Apothekenmitarbeitern wollen 3 gleichzeitig Urlaub nehmen.

In diesem Fall sind die sozialen Interessen der betroffenen Mitarbeiter gegeneinander abzuwegen. In Betracht kommen insoweit die Schulfreien schulpflichtiger Kinder, der Urlaub anderer Familienangehöriger, die Dauer der Be-

triebszugehörigkeit, sowie die Urlaubsregelung in den vorangegangenen Jahren. Der Arbeitgeber hat dann im Einzelfall zu prüfen, welcher Urlaubswunsch nach sozialen Gesichtspunkten den Vorzug verdient. Gegenüber den übrigen Arbeitnehmern, deren Anwesenheit für einen ordnungsgemäßen Betriebsablauf erforderlich ist, kann der Arbeitgeber die Urlaubserteilung zu dem gewünschten Termin ablehnen.

2020 kam im Rahmen der Covid-19-Pandemie vermehrt die Frage auf, ob der Arbeitgeber einseitig Urlaub anordnen kann, weil wegen einer Umorganisation oder weniger Kunden kein Bedarf an der Arbeitsleistung besteht.

Als Grundsatz gilt, dass der Arbeitgeber den Urlaubswunsch des Arbeitnehmers aus **betrieblichen Gründen ablehnen**, aber nicht aus dringenden betrieblichen Gründen Urlaub erteilen kann<sup>25</sup>. Ausgehend von der bisherigen Rechtsprechung des BAG, die allerdings nicht die Sondersituation vor Augen hatte, dürfte folgendes gelten:

- Der Arbeitgeber ordnet einseitig kurzfristig Urlaub an. Der Arbeitnehmer widerspricht nicht und bringt keine eigenen Wünsche vor. Hier ist der Urlaubsanspruch erfüllt<sup>26</sup>.
- Der Arbeitnehmer widerspricht der einseitigen Festlegung und äußert eigene Urlaubsvorstellungen. Hier ist die (kurzfristige) Urlaubserteilung auch dann keine wirksame Urlaubserteilung, wenn der Arbeitnehmer zu Hause bleibt.
- Eine „Zwangsburlaubung“ ist denkbar zum Abbau von Alturlaub aus dem Vorjahr, es sei denn, der Urlaub war schon für einen anderen Zeitraum genehmigt.<sup>27</sup>

**Hinweis:** Die Problematik der (un)wirksamen Urlaubserteilung wird über die Jahre 2020 und 2021 hinaus von Bedeutung sein. Hat der Arbeitgeber einseitig unwirksam Urlaub erteilt, ist der Urlaubsanspruch nicht erfüllt. Zugleich entfällt insoweit die Befristung des Urlaubsanspruchs (s. Abschnitt 8.1). In der Meinung, nichts falsch gemacht zu haben, wird der Arbeitgeber über den noch offenen Urlaub nicht belehren. Macht ein Arbeitnehmer nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis zum 31.12.2022 einen noch offenen Urlaub aus den Jahren 2020 oder 2021 geltend, muss der Arbeitgeber die wirksame Urlaubserteilung nachweisen.

<sup>22</sup> BAG, Urteil vom 23.1.2001, NZA 2001, S. 1020.

<sup>23</sup> BAG, Urteil vom 20.1.1994, NJW 1994, S. 893.

<sup>24</sup> Arnold/Tillmanns, BUrlG, 4. Aufl. 2020, § 7 Rdnr. 50.

<sup>25</sup> ErfK/Gallner, 21. Aufl. 2020, § 7 BUrlG (Rdnr. 11).

<sup>26</sup> BAG, Urteil vom 24.3.2009, NZA 2009, S. 538.

<sup>27</sup> S. auch § 96 Abs. 4 SGB III.

Nach § 11 Abs. 6 Satz 2 BRTV soll der Apothekeninhaber einen **schriftlichen Urlaubsantrag** spätestens **4 Wochen** nach der Beantragung bescheiden. Damit wird der Grundsatz, dass der Arbeitgeber den Urlaub entsprechend § 241 Abs. 2 BGB in angemessener Zeit vor dem Urlaubsantritt festzulegen hat<sup>28</sup>, damit der Arbeitnehmer seinerseits genügend Zeit für seine Urlaubsplanung hat, zeitlich näher konkretisiert. Um einen Wettlauf der Arbeitnehmer bei der Antragstellung zu verhindern, sollte der Apothekeninhaber von der in § 11 Abs. 6 Satz 3 BRTV eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen und zumindest für Schulferienzeiten die Zeiträume (Ende oder Beginn des Jahres) festsetzen, in denen die Mitarbeiter ihre Urlaubsanträge einreichen können.

## 6.2 Festlegung in der Kündigungsfrist

### 6.2.1 Festlegung nach § 11 Abs. 13 Satz 2 BRTV

Nach § 11 Abs. 13 BRTV ist ein vor Ausscheiden aus dem Betrieb bestehender Urlaubsanspruch möglichst während der Kündigungsfrist zu erfüllen. Ist dies ausnahmsweise aus betrieblichen Gründen oder wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit des Mitarbeiters nicht möglich, ist der Urlaub abzugelten. Das heißt: **Der Arbeitgeber hat den Urlaub grundsätzlich in die Kündigungsfrist zu legen.** Bei besonderen betrieblichen Belangen, z.B. wenn der Mitarbeiter wegen der Erkrankung von Arbeitskollegen auch in der Kündigungsfrist unentbehrlich ist, kann der Arbeitgeber von der Urlaubserteilung absehen; der Urlaub ist dann abzugelten. Das gleiche gilt bei Arbeitsunfähigkeit des Mitarbeiters. Darüber hinaus muss der Arbeitgeber von der Urlaubsgewährung in der Kündigungsfrist absehen, wenn der Arbeitnehmer für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses einen konkreten Urlaubswunsch äußert, z.B. weil er schon eine Reise gebucht hat. Dem BRTV kann nicht entnommen werden, dass er diesen allgemeinen Grundsatz (s. nächster Abschnitt) in seinem Geltungsbereich beseitigen wollte.

### 6.2.2 Festlegung nach dem BURLG

Es gilt der Grundsatz, dass der **Urlaub grundsätzlich Vorrang vor der Urlaubsabgeltung** hat. Der Apothekeninhaber darf Urlaubswünsche

eines Arbeitnehmers während der Kündigungsfrist nur ablehnen, wenn der Urlaubserteilung dringende betriebliche Belange entgegenstehen, z.B. wenn der Mitarbeiter während der Kündigungsfrist unentbehrlich ist. Soweit der Arbeitnehmer keinen abweichenden Wunsch äußert, kann der Arbeitgeber die zeitliche Lage des Urlaubs so festlegen, dass der Urlaub in die Kündigungsfrist fällt. Widerspricht der Arbeitnehmer der Urlaubsgewährung, ist dies allein noch keine Äußerung eines Urlaubswunsches, die den Arbeitgeber verpflichten könnte, von der beabsichtigten Urlaubsgewährung abzusehen<sup>29</sup>. Äußert der Arbeitnehmer aber einen konkreten Urlaubswunsch für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, weil er z.B. schon eine Reise gebucht hat, hat der Arbeitgeber von einer Urlaubserteilung in der Kündigungsfrist grundsätzlich abzusehen.

### 6.2.3 Freistellung in der Kündigungsfrist

Wird ein Mitarbeiter während der Kündigungsfrist freigestellt, muss sichergestellt werden, dass für den Mitarbeiter hinreichend **erkennbar** ist, dass die Befreiung von der Arbeitspflicht zumindest auch erfolgt, um den **Urlaubsanspruch zu erfüllen**<sup>30</sup>.

Will der Arbeitgeber seine Verpflichtung zur Urlaubsgewährung erfüllen, muss daher eindeutig zum Ausdruck gebracht werden, dass die Freistellung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unter Anrechnung auf noch offene Urlaubsansprüche erfolgt. Gleiches gilt bei einer Freistellung, die in einem Aufhebungsvertrag vereinbart wird (vgl. Kapitel B 13 „Aufhebungsvertrag“, Muster 2).

## 6.3 Nachträgliche Änderung des genehmigten Urlaubs

Hat der Arbeitgeber aufgrund des Urlaubswunsches eines Arbeitnehmers den Urlaub mit Freistellungserklärung festgesetzt, sind hieran **beide Seiten gebunden**. Dies gilt auch, wenn berechtigte Änderungswünsche, wie zum Beispiel 2020 wegen der Covid-19-Pandemie, bestehen. Eine **einvernehmliche** Änderung oder Rückgängigmachung ist jederzeit möglich. Hingegen ist eine Vereinbarung unwirksam, in der sich der Arbeitnehmer verpflichtet, seinen Urlaub bei betrieblichen Schwierigkeiten auf

<sup>28</sup> Arnold/Tillmanns, BURLG, 4. Aufl. 2020, § 7 Rdnr. 71.

<sup>29</sup> BAG, Urteil vom 22.9.1992, NZA 1993, S. 406.

<sup>30</sup> BAG, Urteil vom 9.6.1998, NZA 1999, S. 980.

Anforderung des Arbeitgebers abzubrechen und die Arbeit wieder aufzunehmen<sup>31</sup>. Dies gilt jedoch nur für den gesetzlichen oder bei beidseitiger Tarifbindung für den tariflichen Urlaub. Für Urlaubstage, die über den gesetzlichen Urlaub hinausgehen und bei denen keine beidseitige Tarifbindung besteht, kann die angeführte Vereinbarung getroffen werden.

Ein Arbeitgeber muss sich vor der Urlaubsteilung entscheiden, ob er dem Arbeitnehmer den beantragten Urlaub gewährt oder den Urlaubswunsch des Arbeitnehmers etwa wegen dringender betrieblicher Belange ablehnt. Hat der Arbeitgeber durch Abgabe der Freistellungserklärung den Urlaub genehmigt, ist er an diese **Erklärung gebunden** und kann die Erklärung weder zurücknehmen noch den Arbeitnehmer aus dem Urlaub zurückrufen<sup>32</sup>. Der Arbeitgeber, der z. B. wegen des plötzlichen Ausfalls anderer Mitarbeiter den Antritt eines bereits genehmigten Urlaubs verhindern will, kann lediglich versuchen, mit dem Arbeitnehmer eine **einvernehmliche Regelung** zu erreichen. Umgekehrt kann ein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber nicht verlangen, einen einmal zeitlich festgelegten Urlaub zu verschieben, auch wenn z. B. eine Apothekenmitarbeiterin nach der zeitlichen Festlegung des Urlaubs schwanger wird und für die vorgesehene Urlaubszeit ihre Beschäftigung nach dem Mutterschutzgesetz verboten ist. Auch dies ist nur einvernehmlich möglich.

Die Grundsätze zur Änderung des genehmigten Urlaubs gelten auch für den weitergehenden tariflichen Urlaubsanspruch. § 11 Abs. 9 BRTV enthält zwar eine Regelung zur Unterbrechung oder dem Verschieben des genehmigten Urlaubs. Eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung für übergesetzliche Urlaubsansprüche muss jedoch eindeutig vereinbart werden. Es müssen deutliche Anhaltspunkte für einen entsprechenden Regelungswillen bestehen<sup>33</sup>. Nach diesen Kriterien räumt § 11 Abs. 9 BRTV dem Apothekeninhaber kein einseitiges Widerufsrecht des Arbeitgebers für den tariflichen Mehrurlaub ein. Im BRTV ist nur eine Kostenregelung getroffen für den Fall, dass durch eine einvernehmliche Unterbrechung oder Verschiebung des Urlaubs auf Veranlassung des Apothekeninhabers Mehrkosten entstehen.

Kommt es auf Veranlassung des Apothekeninhabers zu einer Verschiebung oder Unterbrechung des Urlaubs, hat der Apothekeninhaber die notwendigen Mehrkosten zu ersetzen. Bei einer Verschiebung des Urlaubs sind dies die Stornokosten für einen bereits gebuchten Urlaub und evtl. Mehrkosten für einen gleichwertigen Urlaub zu einem späteren Termin. Bei einer Unterbrechung des Urlaubs können Mehrkosten durch die Rückreise des Mitarbeiters, durch eine spätere Hinreise zur Fortsetzung des Urlaubs und auch evtl. Mehrkosten für den Gesamturlaub infolge der Unterbrechung entstehen. Die bei einer Unterbrechung des Urlaubs für die Rückreise und spätere Hinreise zur Fortsetzung des Urlaubs benötigte Zeit darf auf den Urlaub nicht angerechnet werden. Die tarifliche Regelung entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass bei Veränderung der Urlaubszeit auf Wunsch des Arbeitgebers die Mehrkosten zu ersetzen sind, die durch die Änderung entstehen<sup>34</sup>.

## 7 Zusammenhängender Urlaub

### 7.1 Zusammenhängender Urlaub nach dem BRTV

Im Gegensatz zum Bundesurlaubsgesetz schreibt der BRTV nicht als Grundsatz vor, dass der Urlaub zusammenhängend zu gewähren ist. Es sind daher in erster Linie die Urlaubswünsche des Mitarbeiters zu berücksichtigen (§ 11 Abs. 6 Satz 1 BRTV). Eine Atomisierung des Urlaubsanspruchs in Einzeltage sollte gleichwohl vermieden werden. Zum mindesten sollte darauf geachtet werden, dass entsprechend § 7 Abs. 2 S. 2 BUrlG ein Urlaubsblock 2 Wochen umfasst.

### 7.2 Zusammenhängender Urlaub nach dem BUrlG

§ 7 Abs. 2 Satz 1 BUrlG schreibt als Grundsatz vor, dass der Urlaub zusammenhängend zu gewähren ist, es sei denn, dass dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe eine Teilung des Urlaubs erforderlich machen. Die Gewährung des gesamten Jahresurlaubs in einem Block ist in der Praxis die Ausnahme, zumal in den meisten Betrieben den Arbeitnehmern ein Urlaubsanspruch in Höhe von 5 bis 6 Wochen zusteht. In diesen Fällen dürften oft betriebliche Gründe oder per-

<sup>31</sup> BAG, Urteil vom 23.10.2000, NZA 2001, S. 100.

<sup>32</sup> BAG; Urteil vom 20.6.2000, NJW 2001, S. 460.

<sup>33</sup> BAG, Urteil vom 23.10.2010, NZA 2010, S. 810 (Rdnr. 37).

<sup>34</sup> Arnold/Tillmanns, BUrlG, 3. Aufl. 2014, § 7 Rdnr. 92.

sönliche Urlaubswünsche des Arbeitnehmers einer so lange zusammenhängenden Urlaubsdauer entgegenstehen. Stehen aber keine betrieblichen oder persönlichen Gründe einer zusammenhängenden Urlaubsteilung entgegen, muss der Urlaub zusammenhängend gewährt werden. Eine nur teilweise Urlaubsgewährung ist dann keine ordnungsgemäße Erfüllung des Urlaubsanspruchs, sodass der Arbeitnehmer die Nachgewährung des gesamten Urlaubs im Zusammenhang verlangen kann.

Kommt es aus dringenden betrieblichen oder in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen zu einer Stückelung des Urlaubs, muss nach § 7 Abs. 2 Satz 2 BUrlG einer der Urlaubsteile mindestens 12 Werktagen, d.h. in jedem Fall 2 Wochen, umfassen. Nach § 13 Abs. 1 Satz 3 BUrlG kann bei dringenden betrieblichen oder in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen vereinbart werden, dass keiner der Urlaubsteile mindestens 12 Werktagen umfasst. Hiervon sollte jedoch kein Gebrauch gemacht werden, da die Aufteilung des Urlaubs in kleine Bruchteile dem Erholungszweck widerspricht.

## 8 Geltendmachung des Urlaubs

### 8.1 Kalenderjahr als Urlaubsjahr

Anders als § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG enthält der BRTV keine ausdrückliche Bestimmung, dass der Urlaub „im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden“ muss. Aus dem Grundsatz des BRTV „Urlaubsjahr ist das Kalenderjahr“ (§ 11 Abs. 2 BRTV) und der nur ausnahmsweise zugelassenen Übertragung des Urlaubs (§ 11 Abs. 7 Satz 1 BRTV) folgt jedoch, dass der BRTV von der gesetzlichen Regelung ausgeht. Auch die Übertragung des Urlaubs ist im BRTV in der Sache wie im Gesetz geregelt. Wenn § 11 Abs. 7 Satz 1 BRTV die Übertragung des Urlaubs daran knüpft, dass „besondere Umstände des Betriebs“ die Verwirklichung des Urlaubs nicht zulassen, so sind darunter sowohl „dringende betriebliche“ (z.B. plötzlicher Ausfall von Arbeitskollegen) als auch „in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe“ (z.B. Krankheit) zu verstehen. Hätten die Tarifvertragsparteien eine vom Gesetz abweichende Regelung gewollt, hätten sie dies deutlich zum Ausdruck gebracht. Auch hinsichtlich der Frist, bis zu der der übertragene Urlaub genommen werden muss, hat der BRTV (§ 11 Abs. 7 Satz 2) die gesetzliche Regelung übernommen (31. März).

Es erfolgt daher eine zusammenfassende Darstellung für den BRTV und das BUrlG zur Geltendmachung und Übertragung und anschließend der Besonderheit bei langdauernder Arbeitsunfähigkeit (s. Abschnitt 8.3).

Grundsätzlich besteht der Urlaub **im Kalenderjahr und nicht für das Kalenderjahr**. Er ist daher auf den 31. Dezember eines Kalenderjahres befristet. Eine Übertragung auf das 1. Quartal des Folgejahres kommt nur bei dringenden betrieblichen Gründen oder in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen in Betracht. Nach langjähriger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind Urlaubsansprüche, die der Arbeitnehmer nicht geltend gemacht hat, untergegangen.

Eine in den letzten Jahren geführte Diskussion über die Frage, ob der Arbeitgeber auch ohne Antrag des Arbeitnehmers verpflichtet ist, den Urlaub innerhalb des Bezugszeitraums nach § 7 Abs. 3 BUrlG festzulegen, ist durch mehrere Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 19.2.2019<sup>35</sup> beendet worden. Es besteht zwar keine Pflicht zur Urlaubsfestlegung. Der Arbeitgeber hat jedoch **Mitwirkungsobliegenheiten, deren Nichtbeachtung weitreichende Konsequenzen** hat. Auf eine Vorlage des Bundesarbeitsgerichtes hat der Europäische Gerichtshof<sup>36</sup> entschieden, dass der Arbeitgeber dafür sorgen muss, dass der Arbeitnehmer seinen bezahlten Jahresurlaub nimmt. Er hat daher, auch wenn keine Pflicht besteht, den Arbeitnehmer zu zwingen, den Urlaubsanspruch tatsächlich wahrzunehmen, den Arbeitnehmer erforderlichenfalls förmlich aufzufordern, den Jahresurlaub zu nehmen und klar und rechtzeitig mitzuteilen, dass ansonsten der Urlaub verfällt.

Das Bundesarbeitsgericht hat in seinen Entscheidungen vom 19. Februar 2019 im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung diese Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers konkretisiert. Danach ist der Arbeitgeber grundsätzlich in der Auswahl der Mittel frei. Der Arbeitgeber muss dafür sorgen, dass der Arbeitnehmer in Kenntnis aller Konsequenzen frei darüber entscheidet, ob er seinen Urlaub in Anspruch nimmt. Der Arbeitgeber darf weder den Arbeitnehmer dazu anhalten, den Urlaub nicht zu nehmen noch entsprechende Anreize schaffen. Dabei müssen sich die **Mitwirkungsobliegenheiten** nicht auf den Arbeitnehmer beziehen, sondern müssen sich auf den Arbeitgeber beziehen.

<sup>35</sup> Z.B. BAG, Urteil vom 19.2.2019, 9 AZR 423/16, NZA 2019, S. 977.

<sup>36</sup> EuGH, Urteil vom 6.11.2018, NZA 2018, S. 1474.

genheiten immer auf einen **konkret bezeichneten Urlaubsanspruch** eines bestimmten Jahres beziehen. In einer Art Handlungsanleitung hat das Bundesarbeitsgericht folgende Vorgehensweise als möglich bezeichnet:

- Mitteilung **zu Beginn des Kalenderjahres** in Textform,
- **Anzahl der Urlaubstage**, die dem Arbeitnehmer im Kalenderjahr zustehen,
- **Aufforderung**, den Jahresurlaub so rechtzeitig zu beantragen, dass er innerhalb des laufenden Urlaubsjahrs genommen werden kann,
- Belehrung über die **Konsequenzen** (Untergang), die eintreten, wenn der Arbeitnehmer den Urlaub nicht entsprechend beantragt. Hier genügt regelmäßig der Hinweis, dass der Urlaub am Ende des Kalenderjahres verfällt, wenn der Arbeitnehmer in der Lage war, seinen Urlaub im Kalenderjahr zu nehmen, ihn aber nicht beantragt.
- Eine ständige Aktualisierung dieser Mitteilung, etwa anlässlich jeder Änderung des Umfangs des Urlaubsanspruchs, ist regelmäßig nicht erforderlich. Eine Aktualisierung ist aber erforderlich, wenn sich als Folge einer Veränderung der wöchentlichen Arbeitstage der Umfang des Urlaubsanspruchs verändert (s. Abschnitt 5.1).
- Liegen die **Übertragungsvoraussetzungen** nach § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG vor, ist der Arbeitgeber **erneut** verpflichtet, den Arbeitnehmer aufzufordern, den Urlaub noch innerhalb des Übertragungszeitraums zu nehmen und darauf hinzuweisen, dass der Urlaubsanspruch andernfalls erlischt.
- Das Bundesarbeitsgericht betont ausdrücklich, dass **abstrakte Angaben**, etwa in einem Arbeitsvertrag, einem Merkblatt oder in Rundschreiben nicht genügen.
- Die alleinige Aufnahme der offenen Urlaubsansprüche in die **Gehaltsabrechnung** genügt auch in Verbindung mit Hinweisen im Arbeitsvertrag nicht. Umstritten ist, ob ein in den Gehaltsabrechnungen drucktechnisch hervorgehobener Hinweis mit Anzahl der offenen Urlaubsansprüche und der Aufforderung, diese unter Hinweis auf einen drohenden Verfall zu nehmen, genügt.

Das Bundesarbeitsgericht betont zugleich, dass der Arbeitgeber sich **nicht in Widerspruch** zu diesen Aufforderungen setzen darf, indem er beispielsweise einen Urlaubsantrag aus anderen als den in § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG genannten Gründen ablehnt.

Nur dann, wenn der Arbeitgeber seine Mitwirkungsobliegenheiten erfüllt hat, geht der offene Urlaubsanspruch zum Jahresende oder nach Ablauf der gesetzlich oder vertraglich vorgesehenen Übertragungsmöglichkeiten unter. Die **Befristung des Urlaubsanspruchs** beginnt erst mit den entsprechenden Hinweisen des Arbeitgebers. Verhält sich der Arbeitgeber nicht entsprechend seinen Pflichten, entfällt die Befristung des Urlaubsanspruchs und dieser wird, soweit noch offen, **dem Urlaub des nächsten Kalenderjahres hinzugefügt**. Hat der Arbeitgeber einen Urlaubsantrag aus anderen als den in § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG genannten Gründen abgelehnt oder den Arbeitnehmer von einer Antragstellung auf Urlaub abgehalten, entfällt die Befristung, der Arbeitgeber muss erneut seine Mitwirkungshandlungen vornehmen.

**Hinweis:** Den Anforderungen an die Mitwirkungsobliegenheiten im Einzelfall gerecht zu werden, kann kompliziert und mit viel Verwaltungsaufwand verbunden sein.

Der Verstoß gegen die Mitwirkungsobliegenheiten spielt jedoch nur dann eine Rolle, wenn ein Arbeitnehmer einen ihm zustehenden Urlaub nicht nimmt und der Arbeitgeber sich auf den Untergang des Urlaubsanspruchs beruft. Werden die dem Arbeitnehmer nach dem Arbeitsvertrag zustehenden Urlaubsansprüche erfüllt, spielt es keine Rolle, ob der Arbeitgeber seine Mitwirkungsobliegenheiten erfüllt hat.

Bedeutsam kann die Entscheidung aber beispielsweise in folgenden Fällen werden:

- Der Arbeitgeber teilt dem Arbeitnehmer irrtümlich eine zu geringe Anzahl von Urlaubstagen mit, weil er übersehen hat, dass bei vereinbarter Anwendung des BRTV ab dem 5. Jahr ununterbrochener Betriebszugehörigkeit Anspruch auf einen weiteren Werktag als Urlaubstag besteht.
- Vereinbarung einer Arbeitszeitverkürzung bei gleichbleibender Vergütungszahlung unter Verzicht auf Urlaubsansprüche.

**Beispiel:** Ein Arbeitnehmer ist in einer Apotheke von September 2012 bis März 2017 als Bote beschäftigt. Im Arbeitsvertrag ist aufgenommen, dass der Arbeitnehmer seinen Jahresurlaub „auf eigenen Wunsch“ in Form einer wöchentlichen Arbeitszeitverkürzung nimmt, indem er bei vergüteten 30 Stunden pro Woche nur 27,5 Stunden arbeitet. Die Klage des Arbeitnehmers auf Urlaubsabgel-

tung für die Jahre 2014 bis 2016 war erfolgreich<sup>37</sup>.

- Ein Mitarbeiter wird als Selbstständiger beschäftigt, ist in Wirklichkeit jedoch Arbeitnehmer (Scheinselbstständigkeit).
- Ein geringfügig beschäftigter Mitarbeiter erhält keinen Urlaub.

In all den Fällen hat der Arbeitnehmer auch rückwirkend Anspruch auf den Urlaub und bei Beendigung auf Urlaubsabgeltung, da der Arbeitgeber seinen Mitwirkungsobligationen nicht nachgekommen ist. Einen Vertrauenschutz in die bisherige Rechtsprechung gibt es nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes nicht (zur Verjährung und zu Ausschlussfristen s. Abschnitt 9.4).

**Es bleibt aber dabei, dass grundsätzlich der Urlaubsanspruch im Kalenderjahr und nicht für das Kalenderjahr besteht.** Daher muss der **Arbeitnehmer nach Erfüllung der Mitwirkungsobligationen durch den Arbeitgeber** seine Urlaubsansprüche so rechtzeitig geltend machen, dass der gesamte Urlaub noch bis zum Ende des laufenden Kalenderjahres abgewickelt werden kann.

Versäumt der Arbeitnehmer die **rechtzeitige Geltendmachung**, verfallen die Urlaubsansprüche am Ende des Kalenderjahres ersatzlos<sup>38</sup>. Macht der Arbeitnehmer seine Urlaubsansprüche so spät geltend, dass ihm nur noch ein Teil des Urlaubs bis zum Ende des Kalenderjahres gewährt werden kann, verfällt der Rest. Der Urlaub wird nur dann in die ersten 3 Monate des Folgejahres übertragen, wenn einer der gesetzlichen Übertragungsgründe vorliegt.

**Beispiel:** Der Arbeitnehmer macht am 19.12.2018 seinen restlichen Jahresurlaub von 24 Werktagen = 20 Arbeitstagen geltend. Vom Zeitpunkt der Geltendmachung an stehen im Jahre 2018 nach seinen Arbeitstagen (Montag bis Freitag) nur noch 6 Arbeitstage (20., 21., 24., 27., 28. und 31.12.2018) zur Verfügung. Für diese 6 Arbeitstage muss der Arbeitgeber Urlaub gewähren. Der Resturlaub von 14 Arbeitstagen verfällt am 31.12.2018.

Macht der Arbeitnehmer den Urlaub rechtzeitig geltend und **gewährt der Arbeitgeber den Urlaub nicht, obwohl ihm dies möglich ist**, entfällt die Befristung. Der Arbeitgeber muss seine Mitwirkungshandlungen erneut vornehmen. Solange dies nicht erfolgt ist, besteht der Ur-

laubsanspruch fort. Kann dieser Urlaubsanspruch wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewährt werden, ist der Arbeitnehmer in Geld zu entschädigen<sup>39</sup>. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer im laufenden Kalenderjahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses den Urlaub überhaupt noch hätte antreten können oder etwa ununterbrochen arbeitsunfähig war.

## 8.2 Übertragung ins erste Quartal des nächsten Kalenderjahrs

Ausnahmsweise darf der Urlaub noch bis spätestens 31. März des folgenden Jahres geltend gemacht werden, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr rechtfertigen (vgl. § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG). Die Übertragung des Urlaubs ist im BRTV in der Sache wie im Gesetz geregelt. Wenn § 11 Abs. 7 Satz 1 BRTV die Übertragung des Urlaubs daran knüpft, dass „besondere Umstände des Betriebs“ die Verwirklichung des Urlaubs nicht zulassen, so sind darunter sowohl „dringende betriebliche“ (z. B. plötzlicher Ausfall von Arbeitskollegen) als auch „in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe“ (z. B. Krankheit) zu verstehen. Bei Übertragung muss der Arbeitgeber erneut aktiv werden, und unter Angabe der Höhe der offenen Urlaubstage den Arbeitnehmer auffordern, den Urlaub noch innerhalb des Übertragungszeitraums zu nehmen und ihn darauf hinzuweisen, dass der Urlaubsanspruch des Vorjahres andernfalls erlischt. Es ist dann zwischen dem übertragenen **Resturlaub** und dem **Urlaub des neuen Urlaubsjahrs** wegen der unterschiedlichen Verfallfristen **zu trennen**.

**Dringende betriebliche Gründe**, die einer Urlaubsgewährung im laufenden Kalenderjahr entgegenstehen, liegen vor, wenn es bei einer Urlaubsgewährung zu einer erheblichen Störung des Betriebsablaufs käme, z. B. krankheitsbedingte Ausfälle anderer Arbeitnehmer, Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen. **In der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe** sind z. B. bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers oder Erkrankungen von in Hausgemeinschaft lebenden nahen Angehörigen gegeben. Liegen dringende

<sup>37</sup> LAG Köln, Urteil vom 9.4.2019, 4 Sa 242/18.

<sup>38</sup> BAG, Urteil vom 18.9.2011, NZA 2002, S. 895.

<sup>39</sup> BAG, Urteil vom 19.2.2019, NZA 977, (Rdnr. 42).

betriebliche oder persönliche Gründe vor, wird der Urlaub **automatisch** auf das nächste Kalenderjahr übertragen. Es bedarf hierzu weder einer Geltendmachung der Übertragung durch den Arbeitnehmer noch einer Übertragungs-handlung des Arbeitgebers. Im Streitfall muss jedoch der Arbeitnehmer, der den Arbeitgeber auf Urlaubserteilung verklagt, darlegen und gegebenenfalls beweisen, welche Gründe für die Übertragung des Urlaubs vorlagen. Gelingt ihm die Darlegung und notfalls der Beweis eines gesetzlichen Übertragungsgrundes nicht, ist seine Klage auf Urlaubserteilung im Übertragungs-zeitraum abzuweisen.

Ist der Urlaub aus dringenden betrieblichen oder persönlichen Gründen übertragen, muss er im nächsten Kalenderjahr **so rechtzeitig geltend gemacht werden, dass er bis zum 31. März abgewickelt werden kann**. Gegenüber der Geltendmachung des übertragenen Urlaubs kann der Arbeitgeber nicht einwenden, der Urlaubs-gewährung ständen dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe entgegen. Dieser Einwand ist nur gegenüber dem Urlaubsanspruch für das laufende Kalenderjahr zulässig<sup>40</sup>.

Macht der Arbeitnehmer den übertragenen Urlaub nicht rechtzeitig vor dem 31. März geltend, verfällt der Urlaubsanspruch grundsätzlich mit Ablauf des 31. März ersatzlos. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Arbeitnehmer infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit überhaupt nicht in der Lage ist, den Urlaub bis zum Ab-lauf des Übertragungszeitraums (31. März) zu nehmen. In diesem Fall ist der Urlaubsanspruch auf das nächste Urlaubsjahr zu übertragen (s. nächster Abschnitt).

Auch wenn der Arbeitnehmer den übertragenen Urlaubsanspruch rechtzeitig vor dem 31. März geltend gemacht hat und den Urlaub auch noch bis 31. März hätte nehmen können, der Arbeitgeber aber keinen Urlaub erteilt, verfällt der Urlaubsanspruch nicht.

Ausnahmsweise geht der Urlaub auf Verlangen des Arbeitnehmers ohne zeitliche Beschränkung auf das nächste Kalenderjahr über, wenn der Arbeitnehmer im laufenden Kalenderjahr nicht mehr die Wartezeit von 6 Monaten erfüllen kann und deshalb nur einen **Anspruch auf Teilurlaub erwirbt** (§ 7 Abs. 3 Satz 4 BUrlG), z.B. wenn das Arbeitsverhältnis erst am 1. Oktober begonnen hat. Voraussetzung für die

Übertragung des Urlaubs ist in diesem Fall, dass der Arbeitnehmer vor dem Ende des Kalenderjahres gegenüber dem Arbeitgeber die **Übertragung verlangt**. Hier ist im Rahmen der **Mitwirkungsobliegenheiten** des Arbeitgebers erforderlich, dass dieser den Arbeitnehmer darauf **hinweist**, dass er ohne weitere Voraussetzungen die **Übertragung in das Folgejahr verlangen** kann<sup>41</sup>. Als Verlangen reicht jede Handlung des Arbeitnehmers aus, mit der er für den Arbeitgeber deutlich macht, den Teilurlaub erst im nächsten Jahr nehmen zu wollen. Nicht ausreichend ist es, dass der Arbeitnehmer im Urlaubsjahr darauf verzichtet, einen Urlaubsantrag zu stellen<sup>42</sup>. Eine Zustimmung des Arbeitgebers zur Übertragung ist nicht erforderlich. Wird die Erklärung des Arbeitnehmers rechtzeitig abgegeben, kann der somit übertragene Urlaub noch im gesamten folgenden Kalender-jahr genommen werden.

Verlangt der Arbeitnehmer nicht oder nicht rechtzeitig die Übertragung, wird der Teilurlaubsanspruch entsprechend der Regel des § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG bei Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheiten durch den Arbeitgeber nur dann automatisch übertragen, wenn der Teilurlaubsgewährung im laufenden Kalender-jahr dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe entgegen-stehen<sup>43</sup>. In diesem Fall muss der Teilurlaub grundsätzlich bis spätestens 31. März des Folgejahres gewährt und genommen werden.

Darüber hinaus steht es den Parteien des Arbeitsvertrags (Apothekeninhaber und Mitarbeiter) frei zu **vereinbaren**, dass der Mitarbeiter den Urlaub **ohne Rücksicht auf das Bestehen gesetzlicher Übertragungsgründe** während des gesamten folgenden Kalenderjahres beanspruchen kann. Eine solche Übertragungsregelung ist wirksam und kann auch Gegenstand einer betrieblichen Übung sein<sup>44</sup>.

### 8.3 Weitergehende Übertragung des Urlaubsanspruchs bei Arbeits-unfähigkeit

Ist ein Arbeitnehmer wegen **krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit** nicht in der Lage, den Urlaub bis zum 31.3. des Folgejahres zu nehmen, geht der Urlaubsanspruch nicht unter. Der

<sup>40</sup> BAG, Urteil vom 19.2.2019, NZA 2019, S. 977 (Rdnr. 28).

<sup>42</sup> BAG, Urteil vom 29.7.2003, NZA 2004, S. 385.

<sup>43</sup> BAG, Urteil vom 21.5.2019, NZA 2020, S. 1571 (Rdnr. 60).

<sup>44</sup> BAG, Urteil vom 21.6.2005, NZA 2006, S. 232.

Urlaubsanspruch wird auf das nächste Urlaubsjahr übertragen<sup>45</sup>.

Dieser Urlaubsanspruch tritt zu dem im Folgejahr entstandenen Urlaubsanspruch hinzu und unterfällt damit erneut dem Fristenregime des § 7 Abs. 3 BUrlG. Wird der Arbeitnehmer daher nach dem 31.3. im Folgejahr wieder arbeitsfähig, ist der Urlaub innerhalb des Kalenderjahres zu nehmen, es sei denn, es liegt ein Übertragungsgrund nach § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG vor. **Der Anspruch geht jedoch auch bei fortbestehender Arbeitsunfähigkeit nach Ablauf eines Übertragungszeitraums von 15 Monaten nach dem Ende des Urlaubsjahres unter**<sup>46</sup>. Endet das Arbeitsverhältnis innerhalb dieses Zeitraums, ist der Urlaubsanspruch auch dann abzugelten, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsfähigkeit nicht wiedererlangt hat.

Soweit der Urlaubsanspruch über den gesetzlichen Urlaubsanspruch hinausgeht, können die Parteien vereinbaren, dass dieser Teil des Urlaubs mit Ablauf des Übertragungszeitraums (31. März) auch dann verfällt, wenn er wegen fort dauernder Arbeitsunfähigkeit nicht genommen werden kann. Für einen solchen Regelungswillen, der zwischen gesetzlichen und übergesetzlichen Ansprüchen unterscheidet, müssen im Einzelfall deutliche Anhaltspunkte bestehen<sup>47</sup>.

Eine solche Regelung haben die Tarifvertragsparteien in § 11 Abs. 7 Satz 3 BRTV getroffen. Der Urlaubsanspruch bleibt in **Höhe des gesetzlichen Mindesturlaubs** auch nach dem Übertragungszeitraum bestehen, wenn der Mitarbeiter den Urlaub in dem Übertragungszeitraum wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht nehmen konnte. Das bedeutet auch, dass der Teil des Urlaubs, der über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgeht, am 31. März des Folgejahres verfällt. Diese Regelung ist mit europäischem Recht vereinbar<sup>48</sup>.

Der gesetzliche Urlaubsanspruch verfällt bei einer langandauernden Arbeitsunfähigkeit am 31.3. des zweiten auf das Urlaubsjahr folgenden Jahres auch dann, wenn der Arbeitgeber seine Mitwirkungsobliegenheiten nicht erfüllt hat, sofern es dem erkrankten Arbeitnehmer

**nicht möglich war**, den Urlaubsanspruch zu verwirklichen.

Das BAG hat entschieden, dass die Befristung des Urlaubsanspruchs nicht von der Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheiten abhängig ist, wenn es – was erst im Nachhinein feststellbar ist – **objektiv unmöglich** gewesen wäre, den Arbeitnehmer durch Mitwirkung des Arbeitgebers in die Lage zu versetzen, den **Urlaubsanspruch zu realisieren**.<sup>49</sup> Der Urlaub geht bei langandauernder Arbeitsunfähigkeit daher unter, wenn der Arbeitnehmer wegen dauernder Arbeitsunfähigkeit den Urlaub nicht hätte nehmen können. Der tarifliche Mehrurlaub geht nach § 11 Abs. 7 S. 2 BRTV bereits am 31.3. des Folgejahres auch dann unter, wenn der Arbeitgeber seinen Mitwirkungsobliegenheiten nicht nachgekommen ist.

Offen bleibt, wie zu entscheiden ist, wenn der Arbeitnehmer bis zum Beginn der langandauernden Arbeitsunfähigkeit den Urlaub zumindest noch teilweise hätte nehmen können. Zur Klärung dieser Frage hat das BAG dem EuGH das Vorabentscheidungsersuchen vorgelegt. Es soll durch den EuGH geklärt werden, ob auch in diesem Fall gegebenenfalls eine längere Frist gilt. **Daher empfiehlt es sich dringend, die Mitwirkungsobliegenheiten am Anfang eines Urlaubsjahres zu erfüllen.**

**Hinweis:** Von der Berechnung der Urlaubstage ist die Berechnung des Urlaubsentgelts zu trennen. Diese bestimmt sich nach § 11 Abs. 11 BRTV oder § 11 BUrlG.

## 9 Urlaubsvergütung

### 9.1 Die Urlaubsvergütung nach dem BRTV

Die Urlaubsvergütung ist in § 11 Abs. 11 BRTV abweichend vom Gesetz (§ 11 Abs. 1 BUrlG) und einfacher als im Gesetz geregelt.

Für die Zeit des Urlaubs ist das **Gehalt als Urlaubsvergütung weiterzuzahlen**. Verdiensterhöhungen oder Verdienstkürzungen in der Vergangenheit sind grundsätzlich unerheblich. Maßgebend ist das gegenwärtig gezahlte Gehalt. Diesem Gehalt ist nicht mehr – wie nach der vor dem 1. Juli 1999 geltenden Tarifregelung – als weitere Vergütung der Mehrverdienst für re-

<sup>45</sup> BAG, Urteil vom 24.3.2009, NZA 2009, S. 538 (Rdnr. 59) im Anschluss an das Urteil des EuGH vom 20.1.2009, NZA 2009, S. 135 unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung.

<sup>46</sup> BAG, Urteil vom 7.8.2012, NZA 2012, S. 1216 (Rdnr. 32 ff.).

<sup>47</sup> BAG, Urteil vom 4.5.2010, NZA 2010, S. 1011 (Rdnr. 25).

<sup>48</sup> BAG, Urteil vom 12.4.2011, NZA 2011, S. 1050 (Rdnr. 21).

<sup>49</sup> BAG, Beschluss vom 7.7.2020, 9 AZR 401/19

gelmäßige Mehrarbeit in den letzten 3 Monaten vor dem Urlaub hinzuzuzählen.

Soweit der Mitarbeiter Sachbezüge erhält, die während des Urlaubs nicht weitergewährt werden, sind sie in Geld abzugelten, z.B. Frühstück, Mittag- oder Abendessen.

Da für die Zeit des Urlaubs „das Gehalt weiterzuzahlen“ ist (§ 11 Abs. 11 Satz 1 BRTV), muss daraus gefolgert werden, dass abweichend von § 11 Abs. 2 BUrg die Urlaubsvergütung nicht vor Urlaubsbeginn auszuzahlen ist, sondern es beim üblichen Gehaltsauszahlungstermin verbleibt („nachträglich, und zwar so, dass es dem Mitarbeiter spätestens am vorletzten Banktag eines jeden Monats während der Arbeitszeit zur Verfügung steht“ – § 17 Abs. 6 BRTV –; s. hierzu Kapitel A 3 „Arbeitsvergütung“, Abschnitt 8).

Besonderheiten gelten bei dem Wechsel von Vollzeit in Teilzeit oder Reduzierung der Teilzeit. Wechselt ein Arbeitnehmer bei einer 5-Tage-Woche von Vollzeit in Teilzeit, darf dem teilzeitbeschäftigen Arbeitnehmer nach § 4 Abs. 1 TzBfG beim Urlaubsentgelt kein Nachteil entstehen. Ein vor der Verringerung erworbener und nach der Verringerung angetretener Jahresurlaub darf nicht mit dem reduzierten Urlaubsentgelt vergütet werden, weil sonst eine Benachteiligung wegen der Teilzeitbeschäftigung vorliegt.<sup>50</sup>

**Beispiel:** Eine Vollzeitkraft (5-Tage-Woche, 40 Wochenstunden) mit 3 Beschäftigungsjahren hat einen tariflichen Jahresurlaubsanspruch von 28,33 Urlaubstagen (34 Werkstage:  $6 \times 5$ ). Zum 1. August wechselt die Vollzeitkraft in Teilzeit (5-Tage-Woche, 20 Wochenstunden). Bis zu diesem Zeitpunkt hatte die Arbeitnehmerin 10 Tage Urlaub in Anspruch genommen. **Für den restlichen Urlaub aus der Zeit vor der Reduzierung ist das Urlaubsentgelt auf der Grundlage der vor der Reduzierung geltenden Arbeitszeit zu ermitteln.** Bis zum 31. Juli besteht ein Anspruch auf Urlaubsentgelt für 16,52 Tage, für die Zeit ab 1.8. für 11,81 Tage. Daher ist für weitere 6,52 Tage Urlaubsentgelt aus der Zeit der Vollbeschäftigung zu bezahlen und für 11,81 Tage aus der Zeit der Teilzeitbeschäftigung.

Bei einer unterjährigen Erhöhung von Teilzeit in Vollzeit bei unveränderter Anzahl der Wochenarbeitstage gilt dies nicht. Hier stellt das Bundesarbeitsgericht auf die Berechnung nach

<sup>50</sup> BAG, Urteil vom 20.3.2018, 9 AZR 486/17 (Rdnr. 11 ff.).

dem Entgeltausfallprinzip (so auch § 11 Abs. 11 BRTV) ab. Bei der Berechnung nach § 11 BUrg gilt nichts anderes. Eine unterjährige Erhöhung der Arbeitszeit von Teilzeit auf Vollzeit führt dazu, dass ein Arbeitnehmer, der seinen Urlaub während seiner Vollzeitbeschäftigung nimmt, für den Zeitraum des Urlaubs die Fortzahlung der genannten Vergütungsbestandteile in voller Höhe verlangen kann<sup>51</sup>.

## 9.2 Die Urlaubsvergütung nach dem BUrg

Während § 11 Abs. 11 BRTV auf das Lohnausfallprinzip abstellt, stellt das BUrg ein vergangenheitsbezogenes Referenzprinzip ab. Der Arbeitnehmer hat während seines Urlaubs Anspruch auf Fortzahlung der Arbeitsvergütung. Die Arbeitsvergütung bemisst sich hierbei nach dem **durchschnittlichen Arbeitsverdienst** – mit Ausnahme der Überstundenvergütung! –, das der **Arbeitnehmer in den letzten 13 Wochen vor Urlaubsbeginn** erhalten hat (§ 11 BUrg).

Zur Berechnung sind der Zeitfaktor und der Geldfaktor zu ermitteln. Der Zeitfaktor bestimmt die am jeweiligen Arbeitstag infolge der Freistellung ausfallende Arbeitszeit, für die das Arbeitsentgelt fortzuzahlen ist. Mit dem Geldfaktor wird die Höhe der je Zeiteinheit zu zahlenden Vergütung ermittelt<sup>52</sup>. Die Bestimmung über die Bemessung des Urlaubsentgelts (Geldfaktor) hat in erster Linie Bedeutung für solche Arbeitnehmer, deren Vergütung in den letzten 13 abgerechneten Wochen vor Urlaubsbeginn nicht gleichbleibend hoch war. Zu dem Arbeitsverdienst der letzten 13 Wochen zählen auch Vergütungen für Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft<sup>53</sup> sowie Zulagen aller Art, z.B. Zeitzuschläge für Nachtarbeit<sup>54</sup>, nicht jedoch Überstunden bzw. Mehrarbeitszuschläge.

Die Urlaubsvergütung für **Teilzeitbeschäftigte** ist nach den gleichen Grundsätzen zu berechnen. Bei Teilzeitbeschäftigten mit wechselnden Arbeitszeiten ist somit die durchschnittliche Stundenvergütung für die im Bezugszeitraum (letzte abgerechnete oder abzurechnende 13 Wochen vor Beginn des Urlaubs – **nicht letzte Abrechnungsmonate**<sup>55</sup>) geleistete Arbeit zu ermitteln (Geldfaktor). Dieser Geldfaktor ist

<sup>51</sup> BAG, Urteil vom 20.11.2018, NZA 2019, S. 722 (Rdnr. 24 ff.).

<sup>52</sup> BAG, Urteil vom 8.11.2017, ZZA 2018, S. 528 (Rdnr. 19 f.).

<sup>53</sup> BAG, Urteil vom 24.10.2010, NZA 2001, S. 449.

<sup>54</sup> BAG, Urteil vom 12.1.1989, NZA 1989, S. 173.

<sup>55</sup> BAG, Urteil vom 8.11.2017, NZA 2018, S. 528 (Rdnr. 21).

mit der Anzahl der Stunden zu multiplizieren, die während des Urlaubs ausfallen (Zeitfaktor). **Beispiel:** Eine Arbeitnehmerin arbeitet im Wechsel 12 und 18 Stunden wöchentlich gegen eine Monatsvergütung von 1.000 €. In den letzten 13 abgerechneten Wochen (3 Monate) vor Beginn eines einwöchigen Urlaubs hat sie 7 mal 18 Stunden und 6 mal 12 Stunden gearbeitet, das sind insgesamt 198 Stunden. Bei einem Monatsgehalt von 1.000 € beträgt die Vergütung für 13 Wochen (3 Monate) 3.000 €. Die Stundenvergütung betrug danach im Bezugszeitraum  $3.000 \text{ €} : 198 = 15,15 \text{ €}$ . Für die Urlaubswoche kann sie daher 181,80 € beanspruchen, wenn sie 12 Stunden hätte arbeiten müssen, bzw. 272,70 €, wenn sie 18 Stunden hätte arbeiten müssen. Hatte die Arbeitnehmerin in den letzten 13 abgerechneten Wochen vor Beginn des einwöchigen Urlaubs 7 mal 12 Stunden und 6 mal 18 Stunden gearbeitet, waren dies insgesamt 192 Stunden. Bei einer Gesamtvergütung von 3.000 € im Bezugszeitraum betrug die Stundenvergütung danach  $3.000 \text{ €} : 192 = 15,63 \text{ €}$ . Für die Urlaubswoche kann sie daher 187,56 € beanspruchen, wenn sie 12 Stunden hätte arbeiten müssen, bzw. 281,34 €, wenn sie 18 Stunden hätte arbeiten müssen.

Sind während der letzten 13 Wochen vor Beginn des Urlaubs oder während des Urlaubs nicht nur vorübergehende Verdiensterhöhungen eingetreten, so ist bei der Berechnung der Urlaubsvergütung der erhöhte Verdienst zugrunde zu legen (§ 11 Abs. 1 Satz 2 BUrlG), z.B. bei einer Tariflohnnerhöhung oder Änderung der Gehaltsgruppe oder -stufe. Um eine Verdiensterhöhung handelt es sich auch, wenn sie infolge der Änderung des Arbeitsverhältnisses von einem Teilzeit- zu einem Vollzeitarbeitsverhältnis oder infolge Übergangs von einem Ausbildungs- in ein Arbeitsverhältnis eingetreten ist. War in den letzten 13 Wochen vor Beginn des Urlaubs regelmäßige Arbeitszeit ausgefallen infolge von Kurzarbeit, aus betrieblichen Gründen oder wegen unverschuldeten Arbeitsverstößen, so sind Verdienstkürzungen, die infolge des Arbeitsausfalls eingetreten sind, bei der Berechnung der Urlaubsvergütung nicht zu berücksichtigen (§ 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG).

Unverschuldetes Arbeitsverstößen liegt z.B. vor, wenn die Arbeit infolge Krankheit des Arbeitnehmers, wegen eines Kur- oder Heilverfahrens, wegen der Wahrnehmung staatsbürgerlicher Pflichten (Vorladung als Zeuge, Tätigkeit als ehrenamtlicher Richter usw.) oder wegen

der Vereinbarung unbezahlter Freizeit aus persönlichen Gründen (Betreuung eines erkrankten Familienmitglieds, Teilnahme an einer auswärtigen Sportveranstaltung usw.) ausfällt.

Verdienstkürzungen wegen verschuldeten Arbeitsversäumnis führen zu einer Minderung des Urlaubsentgelts. Verschuldetes Arbeitsversäumnis liegt z.B. vor bei Bummeltagen, Verbüßung von Freiheitsstrafen, selbstverschuldeten Sport- oder Arbeitsunfällen<sup>55a</sup>, infolge Trunkenheit des Arbeitnehmers verursachten Verkehrsunfällen.

**Beispiel:** Ein Arbeitnehmer erzielt ein Monatsgehalt von 2.000 €. Wegen einer durch Trunkenheit verursachten Verkehrsunfalls ist er im Januar eines Jahres eine Woche arbeitsunfähig, der Arbeitgeber kürzt daher das Gehalt um  $2.000 \text{ €} \times 3 : 13 = 461,54 \text{ €}$ . Der Arbeitnehmer nimmt dann im April einen Monat Urlaub. Die Vergütung der letzten abgerechneten 13 Wochen vor Beginn des Urlaubs betrug 5.538,46 € (Januar: 1.538,46 €, Februar: 2.000 €, März: 2.000 €), das sind monatlich im Durchschnitt 1.846,15 €. Infolgedessen erhält der Arbeitnehmer im Urlaub eine Monatsvergütung von 1.846,15 €, obwohl seine regelmäßige Vergütung 2.000 € beträgt.

Das Urlaubsentgelt ist vor Antritt des Urlaubs zu zahlen (§ 11 Abs. 2 BUrlG). Eine abweichende einzelvertragliche Vereinbarung ist unwirksam, da von § 11 Abs. 2 BUrlG nur durch Tarifverträge abgewichen werden darf<sup>56</sup>. Kommt der Arbeitgeber dieser Verpflichtung nicht nach, gerät er mit seiner Lohnzahlungspflicht in Verzug. Der Arbeitnehmer kann aber deshalb nicht den Antritt des Urlaubs verweigern und eine Neufestsetzung des Urlaubs verlangen, vielmehr kann er wegen der verspäteten Zahlung nur Schadensersatzansprüche gegen den Arbeitgeber geltend machen, z.B. wegen der Aufnahme eines Kredits.

### 9.3 Vererblichkeit und Pfändung

Da das Urlaubsentgelt Arbeitsvergütung ist, ist der **Urlaubsentgeltanspruch** (gesetzlich, tariflich, oder einzelvertraglich) – ebenso wie der Anspruch auf sonstige Arbeitsvergütung – vererblich und – in den Grenzen des Lohnpän-

<sup>55a</sup> Zum Begriff „selbstverschuldet“ s. Kapitel A 4 „Entgeltfortzahlung bei Krankheit, im Todesfall und an Feiertagen“, Abschnitt 2.3.

<sup>56</sup> Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 104 Rdnr. 113.

dungsrechts – **pfändbar**<sup>57</sup>. Soweit der Urlaubsentgeltanspruch pfändbar ist, ist er auch **abtretbar** und es kann gegen ihn **aufgerechnet** werden, allerdings nur gegen den Nettolohnanspruch unter Beachtung der Pfändungsgrenzen (§ 394 BGB i. V. m. § 850c ZPO). Gesetzliche und tarifliche Urlaubsentgeltansprüche sind unabdingbar und unverzichtbar; auf sie kann daher weder durch vertragliche Vereinbarung noch in einer Ausgleichsquittung verzichtet werden<sup>58</sup>.

## 9.4 Verjährung und Ausschlussfristen

Nach bisherigem Verständnis waren die **Befristungsregelungen nach § 7 BUrlG** eine **Sonderregelung zur Verjährung**. Die Rückwirkung der neuen Rechtsprechung zu den Mitwirkungsobligationen (s. Abschnitt 8.1) hat die Diskussion belebt. Ob der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub trotz Verstoß gegen die Mitwirkungsobligationen der Verjährung nach den §§ 194 ff. BGB unterliegt, ist nunmehr Gegenstand einer Vorlage des BAG an den EuGH<sup>59</sup>. Dies hatte das BAG zuvor offen gelassen, insbesondere, ob bei Vorliegen besonderer Umstände zum Schutz eines überwiegenden Interesses des Arbeitgebers eine Begrenzung geboten sein kann.<sup>60</sup> Die Vorlage spricht dafür, dass das BAG seinen bisherigen Ausgangspunkt, nach dem Befristungsregelungen nach § 7 BUrlG eine Sonderregelung zur Verjährung sind, aufgeben will, soweit das Unionsrecht dies zulässt.

**Hinweis:** Zu achten ist darauf, dass in einer Entgeltabrechnung ausgewiesene offene Urlaubstage nach Auffassung des BAG **verjährungsrechtlich anerkannt** sind und nicht mehr der Verjährung unterliegen<sup>61</sup>. Das (fehlerhafte) Handeln eines für die Gehaltsabrechnungen zuständigen externen Dienstleisters wird dem Arbeitgeber zugerechnet. Im konkreten Fall ging es um einen ausgewiesenen Resturlaub der Vorjahre von 169,5 Tagen.

Wird Urlaub erteilt, aber das Urlaubsentgelt nicht oder nicht in voller Höhe bezahlt, muss der Urlaubsentgeltanspruch nicht mehr im Sinne einer Ausschlussfrist geltend gemacht wer-

<sup>57</sup> BAG, Urteil vom 28.8.2001, NZA 2002, S. 323; BAG, Urteil vom 20.6.2000, NZA 2001, S. 100.

<sup>58</sup> BAG, Urteil vom 31.5.1990, NZA 1990, S. 935.

<sup>59</sup> BAG, Beschluss vom 29.9.2020, 9 AZR 266/20 - Pressemitteilung.

<sup>60</sup> BAG, Urteil vom 22.10.2019, NZA 2020 S. 307.

<sup>61</sup> BAG, Urteil vom 19.3.2019, NZA 2019, S. 1046 (Rdnr. 30 ff.).

den. Zahlt der Arbeitgeber nicht, wie gesetzlich nach § 11 Abs. 2 BUrlG vorgesehen, vor Urlaubsantritt, ist die **Urlaubserteilung so zu verstehen, dass der Arbeitgeber damit streitlos stellt, dass er das Urlaubsentgelt schuldet**. Eine Geltendmachung im Sinne einer Ausschlussfrist ist damit nicht mehr erforderlich<sup>62</sup>.

## 10 Urlaubsabgeltung

Ein Urlaubsanspruch, der wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewährt werden kann, ist abzugelten. Dieser in § 7 Abs. 4 BUrlG verankerte Grundsatz gilt mit Ausnahme von 2 abweichenden Regelungen auch für den Urlaubsanspruch nach dem BRTV.

Der Urlaubsanspruch wandelt sich **mit der Beendigung** automatisch in einen Abgeltungsanspruch um, ohne dass es weiterer Handlungen des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers bedarf<sup>63</sup>. Dabei ist es gleichgültig, aus welchem Grund das Arbeitsverhältnis beendet worden ist, etwa durch Kündigung, Befristung oder Aufhebungsvertrag. Unerheblich ist, weswegen der Urlaubsanspruch nicht vor der Beendigung genommen werden konnte<sup>64</sup>.

Voraussetzung für die Umwandlung des Urlaubsanspruchs in einen Abgeltungsanspruch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist, dass der Arbeitnehmer noch einen **offenen Urlaubsanspruch** hat. Ist der Urlaubsanspruch bereits wegen Fristablaufs erloschen, kann er sich nicht mehr in einen Abgeltungsanspruch umwandeln.

**Beispiel:** Das Arbeitsverhältnis endete durch Aufhebungsvertrag mit Ablauf des 31. Januar 2018. Im Jahre 2018 hatte der Arbeitnehmer 10 Urlaubstage trotz Erfüllung der Mitwirkungsobligationen durch den Arbeitgeber nicht in Anspruch genommen. Gründe für eine Übertragung des Urlaubs bis 31. März 2019 lagen nicht vor. Damit ist der Resturlaubsanspruch für 2018 mit Ablauf des 31. Dezember 2018 erloschen und kann sich nicht mehr in einen Abgeltungsanspruch umwandeln. Der Arbeitnehmer kann nur für Januar 2019 Urlaubsabgeltung verlangen.

Der Arbeitgeber darf selbst mit Einverständnis des Arbeitnehmers diesem nicht statt bezahlter Freizeit eine bestimmte Vergütung gewähren

<sup>62</sup> BAG, Urteil vom 30.1.2019, NZA 2019, S. 768 (Rdnr. 45 ff.).

<sup>63</sup> BAG, Urteil vom 21.9.1999, NZA 2000, S. 590.

<sup>64</sup> BAG, Urteil vom 3.11.1988, NZA 1989, S. 391.

oder mit dem Arbeitnehmer vereinbaren, dass in der Arbeitsvergütung das Urlaubsentgelt mitenthalten sei. Hat der Arbeitnehmer eine derartige Urlaubsabgeltung erhalten, kann er trotzdem vom Arbeitgeber die Gewährung bezahlter Freizeit verlangen. Die bereits empfangene Urlaubsabgeltung braucht er in der Regel nicht zurückzuzahlen.

**Abweichend von dieser gesetzlichen Regelung lässt § 11 Abs. 12 BRTV eine Abgeltung von bis zu 3 Urlaubstagen pro Kalenderjahr mit je 1/25 des monatlichen Bruttogehalts im laufenden Arbeitsverhältnis zu.** Voraussetzung ist, dass Apothekeninhaber und Mitarbeiter – auf freiwilliger Basis – eine entsprechende Vereinbarung treffen.

Da die zulässige Urlaubsabgeltung von 3 Urlaubstagen im laufenden Arbeitsverhältnis auf das Kalenderjahr bezogen ist, darf bei Arbeitsverhältnissen, die erst im Laufe eines Kalenderjahres beginnen, eine Urlaubsabgeltung nur für 1/4 Urlaubstag pro Kalendermonat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses vereinbart werden. Andernfalls könnte bei mehreren Arbeitsverhältnissen eines Arbeitnehmers im laufenden Kalenderjahr für 6, 9 usw. Urlaubstage Urlaubsabgeltung vereinbart werden, was dem Sinn der tariflichen Regelung widerspricht. Sind in einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen eines Arbeitnehmers im laufenden Kalenderjahr bereits 3 Urlaubstage in Geld abgegolten worden, kann in einem weiteren Arbeitsverhältnis keine Urlaubsabgeltung mehr vereinbart werden.

Der Arbeitnehmer, dem Urlaubsabgeltung zusteht, hat nach der gesetzlichen Regelung Anspruch auf Zahlung des Geldbetrags, der ihm als Urlaubsentgelt zu zahlen wäre, wenn das Arbeitsverhältnis fortbestünde. Deshalb ist nach § 11 BUrlG auf den Verdienst der letzten 13 Wochen vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzustellen (s. Abschnitt 9.2).

Einfacher ist die tarifliche Regelung. Als Urlaubsabgeltung ist für jeden Urlaubstag **1/25 des monatlichen Bruttogehalts** (§ 11 Abs. 7 Satz 4 BRTV) zu zahlen (s. Abschnitt 9.1).

**Der Urlaubsabgeltungsanspruch ist ein reiner Geldanspruch**, der sich nicht mehr von sonstigen Entgeltansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis unterscheidet<sup>65</sup>. Die Fälligkeit tritt sofort mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein. Er ist deshalb daher auch dann abzugelten, wenn

der während des Urlaubsjahres ausgeschiedene Arbeitnehmer seinen Urlaubsabgeltungsanspruch erstmals nach Ablauf des Urlaubsjahres geltend macht. Der Urlaubsabgeltungsanspruch kann auch **tariflichen Ausschlussfristen**<sup>66</sup> und einzelvertraglichen Ausschlussfristen unterliegen. Daher erfasst die tarifliche Ausschlussfrist des § 20 Abs. 2 BRTV den gesamten Urlaubsabgeltungsanspruch. Der Urlaubsabgeltungsanspruch unterliegt auch der Verjährung nach § 193 BGB.

## 11 Beeinträchtigungen des Urlaubs

### 11.1 Krankheit des Arbeitnehmers

Nachgewiesene Krankheitstage mit Arbeitsunfähigkeit unterbrechen **für die Dauer der Krankheitstage** den Urlaub und dürfen auf den Urlaub nicht angerechnet werden. Dies ist in § 11 Abs. 8 Satz 1 BRTV geregelt, der insoweit wörtlich mit § 9 BUrlG übereinstimmt. Die Befreiung des Arbeitnehmers von seiner Arbeitspflicht ist nicht mehr möglich, wenn die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers infolge Arbeitsunfähigkeit automatisch entfallen ist. Arbeitsunfähig ist ein Arbeitnehmer, wenn er infolge Krankheit die Arbeitspflichten aus dem Arbeitsverhältnis nicht erfüllen kann. Unerheblich ist, ob er die Arbeitsunfähigkeit verschuldet hat. Auch der selbstverschuldeten Unfall (Verkehrsunfall, Sportunfall), der zur Arbeitsunfähigkeit führt, unterbricht den Urlaub<sup>67</sup>. Allerdings ist der Arbeitgeber bei selbstverschuldeten Arbeitsunfähigkeit nicht zur Entgeltfortzahlung verpflichtet (s. Kapitel A 4 „Entgeltfortzahlung bei Krankheit, im Todesfall und an Feiertagen“, Abschnitt 2.3). Dies ist zum Beispiel abhängig von den Umständen des Einzelfalls denkbar, wenn ein Arbeitnehmer trotz einer offiziellen Reisewarnung wegen Covid-19 in ein Risikogebiet reist.

Die Krankheitstage, die den Urlaub unterbrechen, dürfen auf den Urlaub nicht angerechnet werden. Erkrankt der Arbeitnehmer während seines Urlaubs, muss er jedoch, um die Anrechnung der Krankheitstage auf den Urlaub zu vermeiden, die Tage der Arbeitsunfähigkeit durch ärztliches Zeugnis nachweisen (§ 9 BUrlG). Hierbei ist es unerheblich, ob es sich um das Attest eines Arztes im Inland oder im Ausland handelt. Das Attest eines ausländischen Arztes

<sup>65</sup> BAG, Urteil vom 19.6.2012, NZA 2012, S. 1087 (Rdnr. 15).

<sup>66</sup> BAG, Urteil vom 9.8.2011, NZA 2012, S. 166 (Rdnr. 23).

<sup>67</sup> ErfK/Gallner, 21. Aufl. 2021, § 9 BUrlG (Rdnr. 4).

muss aber erkennen lassen, dass es sich nicht nur um eine bloße Erkrankung (z. B. Erkältung), sondern um eine mit Arbeitsunfähigkeit verbundene Krankheit (z. B. Grippe) handelte (zu dem höheren Beweiswert einer ausländischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die innerhalb der Europäischen Union ausgestellt ist, s. aber Kapitel A 4 „Entgeltfortzahlung bei Krankheit, im Todesfall und an Feiertagen“, Abschnitt 2.7.2). Eine Frist zur Vorlage des ärztlichen Attests ist gesetzlich nicht vorgeschrieben. Die Regeln des Entgeltfortzahlungsrechts über die Anzeige- und Nachweispflichten (§ 5 EFZG) sind nicht entsprechend anwendbar<sup>68</sup>. Der Arbeitgeber kann den Beweiswert des ärztlichen Attestes erschüttern, wenn er Umstände vorträgt und im Streitfall beweist, die **ernsthafte und begründete Zweifel an der Richtigkeit der Bescheinigung** auslösen.

**Beispiel:** Ein wegen fiebriger Grippe krankgeschriebener Arbeitnehmer wird während einer ganzen Nacht in einer Diskothek seines Urlaubsortes gesehen. In diesem Fall muss der Arbeitnehmer auf andere Weise seine Arbeitsunfähigkeit nachweisen.

In Ausnahmefällen, in denen die Hinzuziehung eines Arztes nicht möglich ist, kann die Arbeitsunfähigkeit auch auf andere Weise nachgewiesen werden.

**Beispiel:** Ein Arbeitnehmer befindet sich mit Freunden auf einer Bergtour. Er stürzt, verletzt sich am Knöchel, ist gehunfähig und muss 3 Tage in einer Berghütte verbringen, bis die Schwellung zurückgegangen ist. Die Arbeitsunfähigkeit kann hier durch seine Mitwanderer als Zeugen nachgewiesen werden.

Sind danach Krankheitstage nicht auf den Urlaub anzurechnen, entfällt für diese Tage der Anspruch des Arbeitnehmers auf Urlaubsvergütung. Stattdessen kann er Entgeltfortzahlung nach den einschlägigen Bestimmungen der Entgeltfortzahlungsvorschriften (EntgeltFG, § 9 BRTV) verlangen. Dies bedeutet auch, dass **kein Vergütungsanspruch besteht, soweit der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit selbst verschuldet** hat.

Die durch Krankheit nicht aufgebrauchten Urlaubstage führen **nicht zu einer entsprechenden automatischen Verlängerung des Urlaubs**. Der Arbeitnehmer darf auch nicht eigenmächtig die nicht verbrauchten Urlaubstage an das Ende der Erkrankung „anhängen“ und so den

Urlaub verlängern. Vielmehr muss er den infolge Krankheit ausgefallenen Urlaub erneut gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen, der dann den Urlaub gemäß § 7 Abs. 1 BUrlG zeitlich festzulegen hat (s. Abschnitt 6.1).

Zusätzlich und über § 9 BUrlG hinaus regeln § 11 Abs. 8 Satz 2 und 3 BRTV, dass der Mitarbeiter sich **nach Ablauf des Urlaubs** oder, falls die Krankheit über das vorgesehene Ende des Urlaubs fortduert, **nach Beendigung der Krankheit** zunächst dem Apothekeninhaber zur Dienstleistung zur Verfügung zu stellen hat. Dies ist eine Konsequenz des allgemeinen Grundsatzes, dass sich der Urlaub nicht automatisch um die Krankheitstage verlängert und der Arbeitnehmer auch nicht berechtigt ist, von sich aus einseitig den Urlaub zu verlängern. Andererseits ist auch der Arbeitgeber nicht berechtigt, einseitig ohne Rücksicht auf die Wünsche des Mitarbeiters den Urlaub zu verlängern. Eine Verlängerung des Urlaubs ist nur im beiderseitigen Einvernehmen möglich. Ohne dieses Einvernehmen hat der Mitarbeiter nach Ende des Urlaubs bzw. der Arbeitsunfähigkeit seinen Dienst anzutreten. Über die zeitliche Festlegung des Resturlaubs hat der Arbeitgeber dann nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden (s. Abschnitt 6.1).

## 11.2 Tod des Arbeitnehmers

Mit dem Tod des Arbeitnehmers entfällt die Möglichkeit, den Arbeitnehmer von der Arbeit freizustellen. Der Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub geht nach mehreren Entscheidung des EuGH<sup>69</sup> mit seinem Tod nicht unter, so dass **die Erben einen Abgeltungsanspruch** haben. Mit Entscheidung vom 19.2.2019 hat das Bundesarbeitsgericht seine bisherige abweichende Rechtsprechung<sup>70</sup> aufgegeben. Endet das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers, haben dessen Erben nach § 1922 BGB in Verbindung mit § 7 Abs. 4 BUrlG Anspruch auf Abgeltung seines nicht erfüllten Urlaubsanspruchs<sup>71</sup>. Verstirbt ein Arbeitnehmer erst **nach der Beendigung** des Arbeitsverhältnisses, ist mit der Beendigung der **Urlaubsabgeltungsanspruch als rei-**

<sup>68</sup> EuGH, Urteil vom 12.6.2014, NZA 2014, S. 651; Urteil vom 6.11.2018, NZA 2018, S. 1467.

<sup>70</sup> BAG, Urteil vom 20.11.2011, NZA 2012, S. 326 (Rdnr. 12).

<sup>71</sup> BAG, Urteil vom 22.1.2019, NZA 2019, S. 832 (Rdnr. 23).

**ner Geldanspruch** fällig geworden und fällt damit ebenfalls in den **Nachlass**<sup>72</sup>.

### 11.3 Erwerbstätigkeit des Arbeitnehmers

Nach § 11 Abs. 10 BRTV darf der Arbeitnehmer während des Urlaubs **keine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit** ausüben. Diese Bestimmung stimmt mit § 8 BUrlG wörtlich überein.

Erwerbstätigkeit ist eine Arbeit, die auf den Erwerb von Gegenleistungen gerichtet ist<sup>73</sup>. Gefälligkeitsarbeiten und Arbeiten im eigenen häuslichen Bereich sind unbeschränkt zulässig. Urlaubszweck ist die Erholung (§ 1 BUrlG). Untersagt ist damit dem Arbeitnehmer eine Erwerbstätigkeit, die dem Erholungszweck zuwiderläuft, z.B. wenn ein Apothekenmitarbeiter an seinem Urlaubsort ganztägig in einer Drogerie unter gleichartigen Bedingungen wie in der Apotheke arbeitet. Andererseits ist damit dem Arbeitnehmer eine dem Erholungszweck nicht widersprechende Erwerbstätigkeit nicht untersagt, z.B. wenn ein Apothekenangestellter zum körperlichen Ausgleich während seines Urlaubs in der Landwirtschaft arbeitet. Ob eine Erwerbstätigkeit im Einzelfall dem Erholungszweck zuwiderläuft, ist nach den jeweiligen Umständen zu beurteilen. Allgemeine Grundsätze lassen sich insoweit nicht aufstellen.

Übt der Arbeitnehmer während des Urlaubs eine Erwerbstätigkeit aus, die dem Erholungszweck widerspricht, ist dies ohne Einfluss auf Urlaub und Urlaubsvergütung. § 11 Abs. 10 BRTV und § 8 BUrlG lässt sich nicht entnehmen, dass ein Verstoß des Arbeitnehmers gegen diese Vorschrift den Arbeitgeber von seiner Pflicht zur Gewährung von Urlaub und Urlaubsvergütung befreien soll. Der Arbeitgeber kann auch nicht die Rückzahlung von Urlaubsvergütung wegen unzulässiger Erwerbstätigkeit des Arbeitnehmers verlangen<sup>74</sup>. Handelt der Arbeitnehmer seiner Pflicht zuwider, während des Urlaubs dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeiten zu unterlassen, bleibt dies aber nicht rechtlich folgenlos. Vielmehr kommen (auch gerichtlich durchsetzbare) Ansprüche des Arbeitgebers auf Unterlassung der Erwerbstätigkeit oder auf Schadensersatz (z.B. wegen erheblicher Minderleistungen des Arbeitnehmers nach Beendigung des Urlaubs)

in Betracht. Bei erheblichen Beeinträchtigungen des gesamten Arbeitsverhältnisses (z.B. Erwerbstätigkeit des Arbeitnehmers während des Urlaubs in einem Konkurrenzunternehmen des Arbeitgebers) ist der Arbeitgeber zur Abmahnung und in schweren Fällen zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt<sup>75</sup>.

### 11.4 Anrechnungen auf den Urlaub

Da der BRTV keine Anrechnungsregelungen enthält, gelten generell die gesetzlichen Grundsätze.

#### 11.4.1 Kur- und Heilverfahren (Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation)

Maßnahmen der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation dürfen nicht auf den Urlaub angerechnet werden, soweit ein Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts nach den gesetzlichen Vorschriften über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall besteht (§ 10 BUrlG). Es muss sich daher um eine Maßnahme nach § 9 EFZG handeln. Ist der Arbeitnehmer während einer Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation arbeitsunfähig krank, ohne dass er einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat, ist eine Anrechnung auf den Urlaub ebenfalls ausgeschlossen; denn während der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers kann der Arbeitgeber den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers durch Freistellung von der Arbeit nicht erfüllen.

Ist der Arbeitnehmer hingegen während einer Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation nicht arbeitsunfähig und steht ihm auch kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung (s. Kapitel A 4 „Entgeltfortzahlung bei Krankheit, im Todesfall und an Feiertagen“, Abschnitt 2.2) zu, ist eine Anrechnung von Abwesenheitstagen des Arbeitnehmers auf den Urlaub möglich, soweit der Jahresurlaub des Arbeitnehmers noch nicht verbraucht ist. Voraussetzung ist aber, dass der Apothekeninhaber, der eine Anrechnung vornehmen will, gegenüber dem Arbeitnehmer vor Beginn der Maßnahme erklärt, wie viele Abwesenheitstage er während der Maßnahme auf den Urlaub anrechnen will. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer die Zeit der Maßnahme in der üblichen Gestaltung eines Erholungsur-

<sup>72</sup> BAG, Urteil vom 22.9.2015, NZA 2016, S. 37 (Rdnr. 17).

<sup>73</sup> ErfK/Gallner, 21. Aufl. 2021, § 8 BUrlG (Rdnr. 2).

<sup>74</sup> BAG, Urteil vom 25.2.1988, NJW 1988, S. 2757.

<sup>75</sup> Arnold/Tillmans, BUrlG, 4. Aufl. 2020, § 8 (Rdnr. 15).

laubs verbringen kann. Eine Anrechnung ist jedoch nur bis zur Höhe des noch unverbrauchten Jahresurlaubs zulässig; eine Anrechnung auf Urlaub des nachfolgenden Urlaubsjahrs ist unzulässig, weil eine Urlaubsgewährung im Voraus nach den zwingenden gesetzlichen Vorschriften nicht möglich ist. Kann der Arbeitnehmer nur für einen Teil der Maßnahme Entgeltfortzahlung beanspruchen, kann die restliche Zeit nach den dargestellten Grundsätzen auf den Urlaub angerechnet werden.

## 11.4.2 Anderweitige Freistellungen

Trifft der bereits festgesetzte Urlaub des Arbeitnehmers mit weiteren Freistellungsansprüchen zusammen, gehen diese ins Leere, weil der Arbeitnehmer bereits von der Arbeit freigestellt ist. Das heißt: Fällt in den Urlaub eines Arbeitnehmers ein Werktag, an dem die gesamte Belegschaft eines Betriebs bezahlte oder unbefristete Freizeit erhält (z.B. Rosenmontag, Betriebsausflug) oder an dem der Arbeitnehmer aus persönlichen Gründen Arbeitsbefreiung verlangen könnte (z.B. Eheschließung, Arztbesuch, Beerdigung eines nahen Familienangehörigen), ist eine „weitere“ Freistellung des Arbeitnehmers entbehrlich, da er infolge Urlaubs bereits ohnehin von der Arbeit freigestellt ist. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer grundsätzlich weder verlangen, dass die „entgangenen“ Freistellungstage nachträglich nicht auf den Urlaub angerechnet werden, noch kann er beanspruchen, dass ihm die „entgangenen“ Freistellungstage im Anschluss an den Urlaub nachgewährt werden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn eine Nachgewährung vertraglich vereinbart ist. Eine solche Vereinbarung ist wirksam, da für den Arbeitnehmer günstiger.

**Beispiel:** Einem Arbeitnehmer sind für die Zeit vom 3.3.–16.3. eines Jahres 10 Arbeitstage Urlaub gewährt worden. In diese Zeit fällt ein längerer Arztbesuch am 4.3. und die Beerdigung des Vaters des Arbeitnehmers am 10.3. Obwohl er für diese beiden Tage außerhalb des Urlaubs bezahlte Freistellung von der Arbeit hätte beanspruchen können, kann er keine Nachgewährung von 2 Tagen bezahlter Freizeit nach Beendigung des Urlaubs verlangen. Ebenso wenig hat der Arbeitnehmer Anspruch, dass die entgangenen Freistellungstage nachträglich nicht auf den Urlaub angerechnet werden, sodass dann nur noch von 8 (statt gewährter 10) Urlaubstagen auszugehen wäre.

## 11.4.3 Annahmeverzug des Arbeitgebers

Ist der Arbeitgeber mit der Annahme der Dienste des Arbeitnehmers in Verzug, d.h. beschäftigt er ihn nicht, obwohl der Arbeitnehmer seine Arbeit ordnungsgemäß angeboten hat, bleibt der Arbeitgeber zur Entgeltfortzahlung verpflichtet (§ 615 BGB). **Diese Tage kann er nachträglich nicht auf den Urlaubsanspruch anrechnen.** Das Gleiche gilt für Tage, an denen die Arbeit wegen einer Betriebsstörung (z.B. Stromausfall) ausfällt, weil der Arbeitgeber in diesem Fall das Risiko des Arbeitsausfalls trägt (§ 615 Satz 3 BGB).

Auch eine Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeit ohne gleichzeitige Erklärung, dass damit zugleich der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers erfüllt werde, reicht nicht zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Urlaubsanspruchs aus. Das gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber nach Erklärung einer Kündigung den Arbeitnehmer bis zum Ende der Kündigungsfrist von der Arbeit freistellt<sup>76</sup>. Das heißt: Der Arbeitgeber, der mit der Freistellung von der Arbeit auch die Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers erledigen will, muss vor der Freistellung des Arbeitnehmers eindeutig erklären, dass mit der Freistellung zugleich der noch bestehende Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers erfüllt oder der Arbeitnehmer unter Anrechnung auf den Urlaubsanspruch von der Arbeit freigestellt wird. Die Erfüllung des Urlaubsanspruchs setzt nach geänderter Rechtsprechung des Bundesarbeitsgesetzes voraus, dass Urlaubsentgelt dem Arbeitnehmer vor Urlaubsantritt bezahlt oder vorbehaltlos zugesagt wird<sup>77</sup>. **Eine nachträgliche Anrechnung ist unzulässig.**

## 11.4.4 Fehltage des Arbeitnehmers

Fehltage des Arbeitnehmers, an denen er seiner Arbeitspflicht nicht nachgekommen ist, können nicht – auch nicht mit Zustimmung des Arbeitnehmers – **nachträglich auf den gesetzlichen oder unabdingbaren tariflichen Urlaubsanspruch** angerechnet werden. Hierbei ist es unerheblich, ob die Arbeitsversäumnis vom Arbeitnehmer verschuldet ist oder nicht. Da eine nachträgliche Freistellung von der Arbeit nicht möglich ist, würde eine nachträgliche Anrechnung von Fehltagen auf (noch zu gewährende)

<sup>76</sup> BAG, Urteil vom 14.3.2006, NZA 2006, S. 1008.

<sup>77</sup> BAG, Urteil vom 10.2.2015, NZA 2015, S. 998 (Rdnr. 23).

Urlaubstage zu einer Verkürzung des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs führen.

**Beispiel:** Ein Arbeitnehmer, der im laufenden Kalenderjahr noch keinen Urlaub erhalten hatte, fehlt im September eine Woche lang unentschuldigt. Der Arbeitgeber möchte diese Zeit (5 Arbeitstage) auf den Urlaub anrechnen. Damit würde sich der Urlaubsanspruch für das laufende Kalenderjahr von 20 Arbeitstagen auf 15 Arbeitstage verkürzen und den gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch unterschreiten. Das ist unzulässig.

## 12 Sonderregelungen für bestimmte Arbeitnehmergruppen

### 12.1 Jugendliche und Auszubildende

Jugendliche bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres haben – gestaffelt nach Lebensalter – einen höheren gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch als Erwachsene. Der Urlaubsanspruch beträgt nach § 19 Abs. 2 JArbSchG

- mindestens 30 Werkstage, wenn der Jugendliche zu Beginn des Kalenderjahres noch nicht 16 Jahre alt ist,
- mindestens 27 Werkstage, wenn der Jugendliche zu Beginn des Kalenderjahres noch nicht 17 Jahre alt ist,
- mindestens 25 Werkstage, wenn der Jugendliche zu Beginn des Kalenderjahres noch nicht 18 Jahre alt ist.

Der Urlaub nach dem JArbSchG ist gesetzlicher Mindesturlaub, auf den die Vorschriften des BUrgG grundsätzlich Anwendung finden (§ 19 Abs. 4 JArbSchG). Das JArbSchG enthält nur eine Besonderheit zur Urlaubserteilung: Jugendlichen, die am Berufsschulunterricht teilnehmen, soll Urlaub in der Zeit der Berufsschulferien gewährt werden. Ist dies, etwa aus dringenden betrieblichen Gründen, nicht möglich, kann der Urlaub auch außerhalb der Berufsschulferien gewährt werden; dann hat der Jugendliche aber für jeden Berufsschultag, an dem er die Berufsschule während des Urlaubs besucht, Anspruch auf einen weiteren Urlaubstag (§ 19 Abs. 3 JArbSchG) (vgl. zum Urlaub bei Jugendlichen auch Kapitel B 7 „Ausbildungsverträge“, Abschnitt 2.9).

Da der BRTV auch für Jugendliche bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres die Mindestdauer des Urlaubs auf 34 Werkstage festgelegt hat und damit eine für die Jugendlichen günstigere Regelung als das JArbSchG getroffen hat, gelten

für die jugendlichen Mitarbeiter statt des JArbSchG die Urlaubsregelungen des BRTV, sofern diese Regelungen kraft Tarifbindung oder einzelvertraglicher Vereinbarung bzw. betrieblicher Übung auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden. Insoweit bestehen dann auch für die jugendlichen Mitarbeiter die tariflichen Beschränkungen des Urlaubsanspruchs und die Abgeltung von Urlaubstagen im laufenden Arbeitsverhältnis (§ 11 Abs. 7 BRTV), soweit der tarifliche Urlaubsanspruch den gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch übersteigt.

### 12.2 Schwerbehinderte Menschen

Schwerbehinderte Menschen haben Anspruch auf einen **bezahlten zusätzlichen Urlaub von 5 Arbeitstagen** im Urlaubsjahr. Den **Schwerbehinderten gleichgestellte** behinderte Menschen haben nach § 151 Abs. 3 SGB IX **keinen Anspruch** auf den Zusatzurlaub. Verteilt sich die regelmäßige Arbeitszeit des schwerbehinderten Menschen auf mehr oder weniger als 5 Arbeitstage in der Kalenderwoche, erhöht oder vermindert sich der Zusatzurlaub entsprechend (§ 208 Abs. 1 Satz 1 SGB IX). Das heißt: Verteilt sich die Arbeitszeit auf 6 Tage in der Woche, hat der schwerbehinderte Mensch Anspruch auf 6 Arbeitstage Zusatzurlaub; verteilt sich die Arbeitszeit auf 3 Tage in der Woche, hat er Anspruch auf 3 Arbeitstage Zusatzurlaub. Besteht die Schwerbehinderteneigenschaft nicht während des gesamten Kalenderjahres, hat der schwerbehinderte Mensch für jeden vollen Monat der im Beschäftigungsverhältnis vorliegenden Schwerbehinderteneigenschaft einen Anspruch auf ein Zwölftel des Zusatzurlaubs. Bruchteile von Urlaubstagen, die mindestens einen halben Tag ergeben, sind auf volle Urlaubstage aufzurunden (§ 208 Abs. 2 SGB IX); Bruchteile, die keinen halben Tag ergeben, sind als Bruchteile zu gewähren.

**Der Zusatzurlaub wird dem jeweiligen arbeitsvertraglichen oder tarifvertraglichen Urlaubsanspruch des schwerbehinderten Menschen zugeschlagen**<sup>78</sup>. Das ergibt den Gesamturlaubsanspruch des schwerbehinderten Menschen. Der Zusatzurlaubsanspruch ist ein gesetzlicher Urlaubsanspruch, der den Regeln des Bundesurlaubsgesetzes und nicht denen des BRTV folgt. Daraus folgt auch, dass der Schwerbehindertenzusatzurlaub ebenso wie der gesetzliche

<sup>78</sup> BAG, Urteil vom 24.6.2006, NZA 2007, S. 330 (Rdnr. 13).

Mindesturlaub nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses abzugelten ist, wenn der Zusatzurlaub nicht gewährt werden konnte, weil der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt war<sup>79</sup>.

## 12.3 Arbeitnehmer in der Elternzeit

Der Arbeitgeber kann den Erholungsurlaub des Arbeitnehmers für jeden vollen Kalendermonat, für den der Arbeitnehmer Elternzeit nimmt, um ein Zwölftel kürzen, sofern nicht der Arbeitnehmer während seiner Elternzeit bei seinem Arbeitgeber Teilzeitarbeit leistet (§ 17 Abs. 1 BEEG).

**Hinweis:** § 17 Abs. 1 BEEG führt nicht zu einer automatischen Kürzung, sondern gibt dem Arbeitgeber das **Recht**, den Erholungsurlaub zu **kürzen**. Die verminderte Anzahl von Urlaubstagen in der Gehaltsabrechnung auszuweisen, reicht nicht aus<sup>80</sup>. Die Kürzung ist ab der Erklärung über die Inanspruchnahme von Elternzeit zulässig. Die Kürzung ist nicht mehr möglich, wenn nach Ende der Elternzeit dem Arbeitnehmer der übertragene Resturlaub gewährt wurde. Die Kürzungsmöglichkeit besteht auch nicht, wenn das Arbeitsverhältnis beendet ist und der Arbeitnehmer Anspruch auf Urlaubsabgeltung hat<sup>81</sup>. Ein Muster einer Kürzungserklärung ist am Ende des Kapitels A 9 „Mutterschutz und Elternzeit“ abgedruckt.

**Beispiel:** Eine Arbeitnehmerin befindet sich nach der Geburt ihres Sohnes im Dezember 2020 ab Mitte Februar 2021 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31.12.2021 in Elternzeit. Ohne Kürzungserklärung vor dem 31.12.2021 ist der gesamte Jahresurlaubsanspruch 2021 abzugelten.

Hat der Arbeitnehmer vor Beginn der Elternzeit den ihm bis zu diesem Zeitpunkt noch zustehenden Erholungsurlaub nicht oder nicht vollständig erhalten, hat der Arbeitgeber den Resturlaub nach der Elternzeit im laufenden oder nächsten Urlaubsjahr zu gewähren (§ 17 Abs. 2

BEEG), was z. B. bei einer Elternzeit bis zur Vollendung des 3. Lebensjahres des Kindes dazu führen kann, dass ein Resturlaub 2015 noch im Jahre 2018 und 2019 genommen werden kann. Auf die geänderten Verfallfristen hat der Arbeitgeber hinzuweisen. Schließt sich an die Elternzeit eine weitere Elternzeit an, wird Resturlaub auf die Zeit nach der weiteren Elternzeit übertragen. Kann der Resturlaub wegen Krankheit oder Beschäftigungsverboten nach dem Mutterschutzgesetz nicht rechtzeitig im laufenden oder nächsten Urlaubsjahr genommen werden, ist er weiter zu übertragen bzw. bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzugelten. Der „verschobene“ Urlaub ist urlaubsrechtlich so zu behandeln, wie der nach Ende der Beschäftigungsverbote bzw. Elternzeit neu entstehende Urlaub<sup>82</sup>.

Hatte der Arbeitnehmer vor Beginn der Elternzeit mehr Urlaub erhalten, als ihm aufgrund der Kürzung wegen der Elternzeit zusteht, kann der Arbeitgeber den Urlaub, der dem Arbeitnehmer nach dem Ende der Elternzeit zusteht, um die zu viel gewährten Urlaubstage kürzen (§ 17 Abs. 4 BEEG). Auch dies kann dazu führen, dass ein im Jahre 2010 zu viel gewährter Urlaub erst im Jahre 2013 oder später verrechnet werden kann (vgl. zum Verhältnis zwischen Elternzeit und Erholungsurlaub auch Kapitel A 9 „Mutterschutz und Elternzeit“, Abschnitt 3.6.4).

## 12.4 Arbeitnehmer in der Pflegezeit

Seit 1.1.2015 sieht § 4 Abs. 4 PflegeZG vor, dass der Arbeitgeber den Erholungsurlaub, der einem Beschäftigten für das Urlaubsjahr zusteht, für jeden vollen Kalendermonat der vollständigen Freistellung von der Arbeitsleistung um **ein Zwölftel kürzen** kann. Wie bei § 17 Abs. 1 BEEG ist eine **Erklärung** des Arbeitgebers vor der Gewährung des Erholungsurlaubs erforderlich. Gekürzt wird der dem Arbeitnehmer zustehende Urlaubsanspruch.

(Arnold)

<sup>79</sup> BAG, Urteil vom 23.3.2010, NZA 2010, S. 810 (Rdnr. 63).

<sup>80</sup> BAG, Urteil vom 19.3.2019, NZA 2019, S. 1136 (Rdnr. 38).

<sup>81</sup> BAG, Urteil vom 19.5.2015, NZA 2015, S. 988 (Rdnr. 10 ff.).

<sup>82</sup> BAG, Urteil vom 15.12.2015, NZA 2016, S. 433 (Rdnr. 13 ff.).

# **Mutterschutz und Elternzeit**

## **Inhalt:**

<b>1</b>	<b>Einführung</b>	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>Mutterschutzgesetz</b>	<b>3</b>
2.1	Für wen gilt das Mutterschutzgesetz?	3
2.2	Mitteilungspflicht der Schwangeren	3
2.3	Anzeigepflicht des Arbeitgebers	3
2.4	Schutzfristen vor und nach der Entbindung	4
2.4.1	6 Wochen vor der Entbindung	4
2.4.2	8 Wochen nach der Entbindung	4
2.4.3	In besonderen Fällen 12 Wochen nach der Entbindung	4
2.5	Mehrarbeit, Nacharbeit, Sonn- und Feiertagsarbeit	5
2.5.1	Mehrarbeit	5
2.5.2	Nacharbeit	5
2.5.3	Sonn- und Feiertagsarbeit	5
2.6	Freistellung für Untersuchungen und zum Stillen	6
2.7	Gesundheitsschutz im Betrieb	6
2.7.1	Abstrakte Gefährdungsbeurteilung	6
2.7.2	Gestaltung der Arbeitsbedingungen, unverantwortbare Gefährdung	6
2.7.3	Festlegung konkreter Schutzmaßnahmen im Fall einer Schwangerschaft	6
2.7.4	Grundsätzlich unzulässige Tätigkeiten	7
2.7.5	Dokumentations- und Informationspflichten	7
2.8	Ärztliches Beschäftigungsverbot	8
2.9	Mutterschutzlohn bei Beschäftigungsverboten	9
2.9.1	Beschäftigungsverbot als alleinige Ursache für den Verdienstausfall	9
2.9.2	Berechnung des Mutterschutzlohns	9
2.10	Mutterschaftsgeld und Arbeitgeberzuschuss	10
2.10.1	In der gesetzlichen Krankenversicherung versicherte Frauen	10
2.10.2	Nicht gesetzlich krankenversicherte Frauen	10
2.10.3	Zuschuss des Arbeitgebers	10
2.10.3.1	Gesetzliche Abzüge	11
2.10.3.2	Berechnungsmodus	11
2.10.3.3	Verdienständerungen während der Schutzfristen	11
2.10.3.4	Zuschuss bei mehreren Arbeitsverhältnissen	12
2.10.3.5	Arbeitgeberzuschuss während einer Elternzeit	12
2.10.4	Keine Lohnsteuer- und Sozialversicherungspflicht	13
2.11	Erstattung des Arbeitgeberzuschusses durch Umlage U 2	13
2.12	Fortbestehen des Erholungssurlaubs und Erhalt der Sonderzahlung bei Beschäftigungsverboten	13
2.13	Kündigungsschutz	14
2.13.1	Keine Arbeitgeberkündigung ab Beginn der Schwangerschaft	14
2.13.2	Unzulässig: Kündigung sowie Vorbereitungsmaßnahmen	14
2.13.3	Wann beginnt die Schwangerschaft?	14
2.13.4	Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwangerschaft	15
2.13.5	Fehlende Kenntnis des Arbeitgebers, aber nachträgliche Mitteilung	15
2.13.6	Kündigungsschutzklage der Arbeitnehmerin	16
2.13.7	Zulässigkeit einer Arbeitgeberkündigung in besonderen Fällen	16
2.14	Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Schwangerschaft auf andere Weise	16

2.14.1	Eigenkündigung der Arbeitnehmerin . . . . .	16
2.14.2	Abschluss eines Aufhebungsvertrages . . . . .	17
2.14.3	Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Ablauf einer Befristung . . . . .	17
<b>3</b>	<b>Elterngeld und Elternzeit . . . . .</b>	<b>17</b>
3.1	Elterngeld . . . . .	17
3.2	Wer kann Elternzeit beanspruchen? . . . . .	19
3.3	Beginn und Dauer der Elternzeit, vorzeitige Beendigung. . . . .	19
3.3.1	Beginn und Dauer. . . . .	19
3.3.2	Überschneidung der Elternzeiten für 2 oder mehr Kinder. . . . .	19
3.3.3	In welchen Fällen endet die Elternzeit vor dem Ablauf der beantragten Zeit? . . . . .	20
3.4	Wie wird die Elternzeit geltend gemacht? . . . . .	20
3.4.1	Schriftform . . . . .	20
3.4.2	Anmeldefristen. . . . .	21
3.4.3	Bindungswirkung des Elternzeitverlangens . . . . .	21
3.4.4	Aufteilung auf mehrere Zeitabschnitte . . . . .	21
3.5	Verlängerung der Elternzeit . . . . .	22
3.6	Auswirkungen der Elternzeit auf das Arbeitsverhältnis. . . . .	22
3.6.1	Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, keine Unterbrechung der Betriebszugehörigkeit; Berechnung der Berufsjahre. . . . .	22
3.6.2	Elternzeit und Krankheit . . . . .	23
3.6.3	Elternzeit und Sonderzahlung (§ 18 BRTV). . . . .	23
3.6.4	Elternzeit und Jahresurlaub . . . . .	24
3.6.4.1	Kürzung des Urlaubs . . . . .	24
3.6.4.2	Übertragung nicht genommenen Urlaubs . . . . .	24
3.7	Kündigungsschutz während der Elternzeit. . . . .	25
3.7.1	Beginn des Kündigungsschutzes . . . . .	25
3.7.2	Ende des Kündigungsschutzes. . . . .	25
3.7.3	Ausnahme vom Kündigungsverbot . . . . .	26
3.8	Beendigungsmöglichkeiten der Mitarbeiterin. . . . .	26
3.9	Anspruch auf Änderung der Arbeitszeit nach Ende der Elternzeit? . . . . .	26
3.10	Teilzeitarbeit während der Elternzeit . . . . .	27
3.10.1	Zulässiger Umfang der Teilzeitarbeit. . . . .	27
3.10.2	Anspruch auf Teilzeitarbeit während der Elternzeit in Betrieben mit mindestens 16 Mitarbeitern . . . . .	28
3.10.2.1	Voraussetzungen. . . . .	28
3.10.2.2	Insbesondere: kein Entgegenstehen dringender betrieblicher Gründe . . . . .	29
3.10.2.3	Anspruch auf zweimalige Arbeitszeitverringerung . . . . .	29
3.10.2.4	Ablehnung des Anspruchs. . . . .	30
3.10.3	Fortsetzung einer bestehenden Teilzeittätigkeit während der Elternzeit. . . . .	31
3.10.4	Teilzeittätigkeit beim fremden Arbeitgeber. . . . .	31
3.10.5	Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall; keine Kürzung bei Sonderzahlung und Jahresurlaub . . . . .	31
3.10.6	Kündigungsfragen bei Teilzeittätigkeit . . . . .	31
3.11	Befristete Einstellung einer Ersatzkraft . . . . .	32
3.12	Sozialversicherung während der Elternzeit . . . . .	33
3.12.1	Rentenversicherung . . . . .	33
3.12.2	Kranken- und Pflegeversicherung . . . . .	34
<b>Online PLUS</b>	<b>Vordruckmuster (Kopiervorlage):</b>	
	<b>Anmeldung der Elternzeit . . . . .</b>	<b>35</b>
	<b>Bestätigung der Elternzeit und Kürzung des Erholungsurlaubs . . . . .</b>	<b>36</b>

## 1 Einführung

Am 1. Januar 2018 ist die erste Reform des Mutterschutzrechts seit 65 Jahren in Kraft getreten. Nach seinem § 1 Abs. 1 schützt das **Mutterschutzgesetz (MuSchG)** einerseits die Gesundheit der Frau und ihres Kindes am Arbeits-, Ausbildungs- und Studienplatz während der Schwangerschaft, nach der Entbindung und in der Stillzeit. Andererseits soll auch die gestiegene Bedeutung und Wertschätzung der eigenen Erwerbstätigkeit der Frauen berücksichtigt werden. Deshalb soll das Gesetz der Frau ermöglichen, ihre Beschäftigung in dieser Zeit ohne Gefährdung ihrer Gesundheit oder der ihres Kindes fortzusetzen, soweit dies nach den gesetzlichen Vorschriften verantwortbar ist. Zum Mutterschutzrecht im weiteren Sinne gehört auch das **Bundeselterngeld-und Elternzeitgesetz (BEEG)**. Dieses soll durch Zahlung eines monatlichen Elterngeldes an Mütter und Väter sowie durch die Gewährung von Elternzeit die Betreuung und Erziehung des Kindes in der ersten Lebensphase fördern.

So begrüßenswert die Schutzvorschriften dieser Gesetze auch sind, so ist doch nicht zu erkennen, dass sie in Kleinbetrieben wie in Apotheken zu nicht unerheblichen Belastungen des Arbeitgebers in organisatorischer und finanzieller Hinsicht führen können. Umso wichtiger ist es für den Apothekeninhaber, die einzelnen Vorschriften, soweit sie für seinen Bereich von Bedeutung sind, zu kennen, um einerseits seinen gesetzlichen Verpflichtungen zu genügen und andererseits die richtigen Dispositionen für die Aufrechterhaltung eines geordneten Betriebsablaufs treffen zu können.

## 2 Mutterschutzgesetz

### 2.1 Für wen gilt das Mutterschutzgesetz?

Das Mutterschutzgesetz gilt gemäß seinem § 1 Abs. 2 für alle Frauen in einer Beschäftigung im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV (nichtselbständige Arbeit), unabhängig von Familienstand und Staatsangehörigkeit. Damit findet das Gesetz Anwendung auf Arbeitnehmerinnen, auch auf Aushilfskräfte, Teilzeitkräfte (einschließlich Minijobbern) sowie während der Probezeit. Es gilt ferner auch für Auszubildende, PTA-Praktikantinnen, Pharmazeutinnen im Praktikum sowie für arbeitnehmerähnliche Personen.

Schülerinnen und Studentinnen sind – mit Ausnahme der Bestimmungen über den Kündi-

gungsschutz und das Leistungsrecht (z. B. Mutterschaftsgeld) – in den Anwendungsbereich des Gesetzes einbezogen, soweit die Ausbildungsstelle Ort, Zeit und Ablauf der Ausbildungsveranstaltung verpflichtend vorgibt oder die ein im Rahmen der schulischen oder hochschulischen Ausbildung verpflichtend vorgegebenes Praktikum ableisten.

In sachlicher Hinsicht gilt das Gesetz für Betriebe aller Art, unabhängig von der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer.

### 2.2 Mitteilungspflicht der Schwangeren

Die werdende Mutter **soll** dem Arbeitgeber ihre Schwangerschaft und den voraussichtlichen Tag der Entbindung mitteilen, sobald sie weiß, dass sie schwanger ist (§ 15 Abs. 1 MuSchG). Die Beachtung dieser nachdrücklichen gesetzlichen Empfehlung, die keine einklagbare Verpflichtung darstellt<sup>1</sup>, liegt im eigenen Interesse der Schwangeren und ihres Kindes, da der Arbeitgeber erst ab Kenntnis der Schwangerschaft die gesetzlichen Schutzvorschriften einhalten kann und muss. Es genügt die Mitteilung einer **vermuteten Schwangerschaft**. Der Arbeitgeber kann von der Arbeitnehmerin das Zeugnis eines Arztes oder einer Hebamme mit dem voraussichtlichen Entbindungstag verlangen (§ 15 Abs. 2 MuSchG). Die Kosten eines solchen Zeugnisses gehen zu seinen Lasten. Ohne dieses Verlangen muss der Arbeitgeber die Mitteilung einer vermuteten Schwangerschaft gegen sich gelten lassen.

Wenn die Schwangerschaft vorzeitig endet (etwa aufgrund einer Fehlgeburt), ist die Arbeitnehmerin verpflichtet, den Arbeitgeber hiervon unverzüglich und unaufgefordert zu unterrichten<sup>2</sup>.

### 2.3 Anzeigepflicht des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber hat seinerseits unverzüglich die zuständige Aufsichtsbehörde von der Mitteilung der Schwangerschaft zu benachrichtigen (§ 27 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MuSchG). Die Mitteilung muss Name und Anschrift der Apotheke, Name, Anschrift und Geburtsdatum der Arbeitnehmerin, Berufsbezeichnung und Art der Tätigkeit (z. B. Tätigkeit im Verkauf mit ständigem Stehen), die täglichen Arbeitszeiten und Ruhepausen sowie den Tag der voraussichtli-

<sup>1</sup> BAG, Urteil vom 13.6.1996, NZA 1996, S. 1154 (1156).

<sup>2</sup> BAG, Urteil vom 18.1.2000, NJW 2001, S. 92 (93).

chen Niederkunft enthalten. Wenn der Arbeitgeber vorsätzlich oder fahrlässig die Benachrichtigung der Behörde unterlässt, kann ihm eine Geldbuße bis zu 5.000 € auferlegt werden. Besteht in der Apotheke ein Betriebsrat, ist auch dieser zu informieren.

An einen Dritten (z.B. Krankenkasse oder Angehörige) darf der Arbeitgeber die Information über die Schwangerschaft nicht unbefugt weitergeben (§ 27 Abs. 1 Satz 2 MuSchG). Dies gilt auch gegenüber den Arbeitskollegen der Mitarbeiterin, es sei denn, eine Mitteilung ist zur Verhinderung von Störungen des Betriebsablaufs unvermeidlich oder erfolgt gegenüber für die Durchführung des Mutterschutzes verantwortlichen Personen wie z.B. Filialleitern. Wenn die Arbeitnehmerin andere Mitarbeiter selbst von ihrer Schwangerschaft unterrichtet hat, entfällt insoweit die Verschwiegenheitspflicht des Arbeitgebers.

## 2.4 Schutzfristen vor und nach der Entbindung

### 2.4.1 6 Wochen vor der Entbindung

In den letzten 6 Wochen vor der Entbindung darf eine werdende Mutter nicht beschäftigt werden, es sei denn, dass sie sich zur Arbeitsleistung ausdrücklich, am besten schriftlich, bereit erklärt hat; diese Erklärung kann sie jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen. Für die Berechnung der Schutzfrist ist das Zeugnis des Arztes oder der Hebamme maßgebend. Die Frist beginnt mit dem letzten Wochentag, der mindestens 6 Wochen vor dem Termin der voraussichtlichen Entbindung liegt. **Beispiel:** Wenn als Entbindungstag Dienstag, der 21. April bescheinigt wird, beginnt die Schutzfrist am Dienstag, dem 10. März. An diesem Tag darf die werdende Mutter bereits nicht mehr beschäftigt werden.

Entbindet die Frau nicht am voraussichtlichen Tag, verkürzt oder verlängert sich die Schutzfrist vor der Entbindung entsprechend (§ 3 Abs. 1 Satz 4 MuSchG).

### 2.4.2 8 Wochen nach der Entbindung

Die Mutter darf bis zum Ablauf von 8 Wochen nach der Entbindung nicht beschäftigt werden, auch dann nicht, wenn sie sich hierzu ausdrücklich bereit erklärt hat. Ausnahmsweise gilt dies nicht beim Tod des Kindes; in diesem Fall kann die Mutter auf ihr ausdrückliches Verlangen schon früher an ihren Arbeitsplatz

zurückkehren, wenn nach ärztlichem Zeugnis nichts dagegen spricht (§ 3 Abs. 4 MuSchG). Ihre Erklärung kann sie jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen.

Die Frist von 8 Wochen beginnt mit dem Tag nach der Entbindung und endet 8 Wochen später mit dem Tag, der in der Woche dem Tag der Entbindung entspricht.

**Beispiel:** Bei Entbindung am Dienstag, dem 21. April endet die 8-wöchige Schutzfrist am Dienstag, dem 16. Juni.

**Bei vorzeitiger Entbindung** verlängert sich die Schutzfrist zusätzlich um die Tage, die wegen der vorzeitigen Geburt nicht in Anspruch genommen werden konnten (§ 3 Abs. 2 Satz 3 MuSchG). Die Frau erhält somit nach der Entbindung den Fristanteil zurück, der ihr von der Schutzfrist vor der Geburt verloren gegangen war. Dadurch wird sichergestellt, dass in allen Fällen einer vorzeitigen Entbindung die Schutzfrist insgesamt mindestens 14 Wochen beträgt.

**Beispiel:**

Errechneter Entbindungstag	26. November
Beginn der Schutzfrist vor der Geburt	15. Oktober
Letzter Arbeitstag	14. Oktober
Tatsächlicher Entbindungstag	16. November
Ende der Schutzfrist nach der Geburt	21. Januar
Da durch die vorzeitige Geburt die Schutzfrist vor der Entbindung um 10 Tage verkürzt war, verlängert sich die Schutzfrist nach der Geburt um diese 10 Tage und endet nicht schon am 11. Januar, sondern erst am 21. Januar.	
Wenn die Mitarbeiterin keine Elternzeit nimmt, muss sie die Arbeit am Tag nach Ablauf der Schutzfrist wieder aufnehmen.	

### 2.4.3 In besonderen Fällen 12 Wochen nach der Entbindung

In den folgenden 3 Fällen verlängert sich die Schutzfrist nach der Geburt auf 12 Wochen (§ 3 Abs. 2 Satz 2 MuSchG):

1. bei Frühgeburten,
2. bei Mehrlingsgeburten und,
3. wenn vor Ablauf von 8 Wochen nach der Entbindung vom Arzt eine Behinderung im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX festgestellt wird. In diesem Fall verlängert sich die Schutzfrist aber nur, wenn die Frau dies beantragt.

Eine **Frühgeburt** im Sinne des Gesetzes liegt immer dann vor, wenn das Kind bei der Geburt weniger als 2500 Gramm wiegt oder trotz höhe-

ren Geburtsgewichts noch nicht voll ausgebildete Reifezeichen aufweist, selbst wenn die Geburt nur wenige Tage vor dem errechneten Termin erfolgt. Auf die Dauer der Schwangerschaft kommt es somit nicht an<sup>3</sup>.

Für die Fristberechnung gilt das Gleiche wie bei der 8-wöchigen Schutzfrist, d.h. die Frist endet 12 Wochen später an dem Tag, der dem Wochentag der Entbindung entspricht.

**Beispiel:** Die 12-wöchige Schutzfrist endet bei Entbindung am Dienstag, dem 21. April am Dienstag, dem 14. Juli.

Auch die Schutzfrist von 12 Wochen verlängert sich bei vorzeitiger Entbindung um den Zeitraum, der vor der Geburt nicht in Anspruch genommen werden konnte. In diesem Fall betragen die Schutzfristen vor und nach der Geburt damit insgesamt 18 Wochen.

## 2.5 Mehrarbeit, Nacharbeit, Sonn- und Feiertagsarbeit

### 2.5.1 Mehrarbeit

Schwangere und stillende Frauen dürfen nicht mit Mehrarbeit beschäftigt werden (§ 4 MuSchG). Eine Mehrarbeit im Sinne des Mutterschutzgesetzes liegt bei Frauen über 18 Jahren in einer Tätigkeit, die über 8,5 Stunden täglich oder 90 Stunden in der Doppelwoche hinaus geleistet wird (bei schwangeren Jugendlichen bis 18 Jahre: mehr als 8 Stunden pro Tag bzw. 80 Stunden in der Doppelwoche). Nach ganz herrschender Meinung müssen die auf den Tag bzw. die Doppelwoche bezogenen Arbeitszeitgrenzen stets kumulativ eingehalten werden<sup>3a</sup>. In die Doppelwoche werden die Sonntage eingerechnet.

Unabhängig davon verbietet das Gesetz eine Beschäftigung, die die **vertraglich vereinbarte** Wochenarbeitszeit im **Durchschnitt des Monats** übersteigt. Geleistete Mehrarbeit muss also innerhalb eines Monats ausgeglichen werden. Diese Regelung ist besonders für Teilzeitkräfte von Bedeutung. Bei mehreren Arbeitgebern sind die Arbeitszeiten zusammenzurechnen.

Nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit muss der Arbeitgeber der Mitarbeiterin eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens 11 Stunden gewähren.

### 2.5.2 Nacharbeit

Eine schwangere oder stillende Frau darf grundsätzlich nicht zwischen 20:00 Uhr und 6:00 Uhr beschäftigt werden (§ 5 MuSchG). Dies gilt auch für die Wahrnehmung der **Notdienstbereitschaft** (vgl. Kapitel A 6 „Notdienstbereitschaft und Notdienstvergütung“). Die Aufsichtsbehörde kann jedoch **auf Antrag des Arbeitgebers** eine Beschäftigung der Frau zwischen 20:00 Uhr und 22:00 Uhr genehmigen (§ 28 MuSchG), wenn

- sich die Frau dazu ausdrücklich bereit erklärt,
- nach ärztlichem Zeugnis nichts gegen eine Beschäftigung bis 22:00 Uhr spricht und
- eine unverantwortbare Gefährdung für die Schwangere oder ihr Kind durch **Alleinarbeit** ausgeschlossen ist. Alleinarbeit ist jede Tätigkeit der Frau an einem Arbeitsplatz, ohne dass sichergestellt ist, dass sie diesen jederzeit verlassen oder Hilfe erreichen kann (§ 2 Abs. 4 MuSchG).

Die Mitarbeiterin kann ihre Einverständniserklärung, die **schriftlich dokumentiert** werden sollte, jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen.

Mit dem Antrag muss der Arbeitgeber die Dokumentation der Beurteilung der Arbeitsbedingungen nach § 14 Abs. 1 MuSchG einreichen. Er darf die Mitarbeiterin bereits ab der Antragstellung wie geplant einsetzen, solange die Behörde den Antrag nicht ablehnt oder die Beschäftigung zwischen 20:00 Uhr und 22:00 Uhr nicht vorläufig untersagt. Darüber hinaus gilt die Genehmigung als erteilt, wenn die Behörde den Antrag nicht innerhalb von 6 Wochen nach Eingang ablehnt. Letztlich setzt das Verbot der Alleinarbeit in der Zeit nach 20:00 Uhr immer den Einsatz einer weiteren, zur Ausübung des Notdienstes berechtigten Person (Apotheker, Apothekerasistent, Pharmazieingenieur) voraus. Damit ist der praktische Anwendungsbereich dieser Lockerung des Nacharbeitsverbots in Apotheken voraussichtlich begrenzt.

### 2.5.3 Sonn- und Feiertagsarbeit

Vom grundsätzlichen Verbot der Beschäftigung einer schwangeren oder stillenden Frau an Sonn- und Feiertagen darf der Apothekeninhaber nach § 6 MuSchG dann abweichen, wenn

- sich die Frau dazu ausdrücklich bereit erklärt; die Erklärung ist für die Zukunft jederzeit widerruflich und sollte **schriftlich** niedergelegt werden,

<sup>3</sup> BAG, Urteil vom 12.3.1997, NZA 1997, S. 764 (765).

<sup>3a</sup> Tillmanns/Mutschler, MuSchG/BEEG, 2. Aufl. 2018, § 4 MuSchG, Rdnr. 4.

- der Frau in jeder Woche im Anschluss an eine ununterbrochene Nachtruhezeit von mindestens 11 Stunden ein Ersatzruhetag gewährt wird, der sich nicht unmittelbar an die Sonn- oder Feiertagsarbeit anschließen muss, und
- eine Alleinarbeit der Frau ausgeschlossen ist. Anders als bei der Nachtarbeit ist bei der Sonn- und Feiertagsarbeit also keine behördliche Genehmigung erforderlich, sehr wohl aber eine unverzügliche Benachrichtigung der Aufsichtsbehörde, wenn der Apothekeninhaber die Mitarbeiterin an einem Sonn- oder Feiertag beschäftigen will (§ 27 Abs. 1 Nr. 2 MuSchG).

## 2.6 Freistellung für Untersuchungen und zum Stillen

Für die notwendigen Untersuchungen im Rahmen der Leistungen bei Schwangerschaft und Mutterschaft muss die Arbeitnehmerin vom Apothekeninhaber unter **Fortzahlung ihrer Vergütung** freigestellt werden (§ 7 MuSchG). Dies gilt sowohl für gesetzlich krankenversicherte als auch für privatversicherte Frauen oder Schwangere ohne jede Krankenversicherung. Ähnlich wie bei der Freistellung für Arztbesuche außerhalb einer Schwangerschaft muss die Mitarbeiterin, soweit möglich, bei der Terminvereinbarung auf die Belange der Apotheke Rücksicht nehmen, ggf. die Termine auch außerhalb der Arbeitszeit durchführen. Auch für die gesetzlich geregelten Stillzeiten während der ersten 12 Lebensmonate des Kindes muss die Mitarbeiterin freigestellt werden. Die für die Untersuchungen oder das Stillen aufgewandten Zeiten sind weder vor- noch nachzuarbeiten und werden auch nicht auf Ruhepausen angerechnet (§ 23 Abs. 1 MuSchG).

## 2.7 Gesundheitsschutz im Betrieb

Beim betrieblichen Gesundheitsschutz ist es ausdrückliches Ziel des Gesetzgebers, einer Frau während der Schwangerschaft, nach der Entbindung und in der Stillzeit die Fortsetzung ihrer Beschäftigung, ggf. nach entsprechenden Schutzmaßnahmen, zu ermöglichen (§ 9 Abs. 1 Satz 3 MuSchG). Erst nach Ausschöpfung aller anderen möglichen Maßnahmen darf der Arbeitgeber ein Beschäftigungsverbot aus betrieblichen Gründen aussprechen.

### 2.7.1 Abstrakte Gefährdungsbeurteilung

Der Arbeitgeber hat generell für alle bei ihm bestehenden Arbeitsplätze die Arbeitsbedingungen

zu beurteilen (§ 5 Arbeitsschutzgesetz) und auf dieser Grundlage eine **Gefährdungsbeurteilung** vorzunehmen. Dabei muss er – anlasslos und ganz abstrakt – die möglichen Gefahren für schwangere oder stillende Arbeitnehmerinnen beurteilen und ermitteln, ob es im Fall einer Schwangerschaft oder des Stillens voraussichtlich

- keiner Schutzmaßnahmen bedarf **oder**
- die Arbeitsbedingungen umgestaltet werden müssen **oder**
- eine Fortführung der Tätigkeit der Frau an diesem Arbeitsplatz nicht möglich sein wird (§ 10 Abs. 1 MuSchG).

### 2.7.2 Gestaltung der Arbeitsbedingungen, unverantwortbare Gefährdung

Die Arbeitsbedingungen sind so zu gestalten, dass Gefährdungen einer schwangeren oder stillenden Frau oder ihres Kindes möglichst vermieden werden und eine **unverantwortbare Gefährdung** ausgeschlossen wird. Unverantwortbar ist eine Gefährdung, „wenn die Eintrittswahrscheinlichkeit einer Gesundheitsbeeinträchtigung angesichts der zu erwartenden Schwere des möglichen Gesundheitsschadens nicht hinnehmbar ist“ (§ 9 Abs. 2 Satz 2 MuSchG). Die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit sind dabei grundsätzlich gering. Schutzziel des Gesetzes ist sowohl die physische als auch die psychische Gesundheit von Frau und Kind.

Der Apothekeninhaber hat weiter sicherzustellen, dass die schwangere oder stillende Frau ihre Tätigkeit am Arbeitsplatz, soweit erforderlich, **kurz unterbrechen** und sich während der Pausen und Arbeitsunterbrechungen unter geeigneten Bedingungen **hinlegen, hinsetzen und ausruhen** kann (§ 9 Abs. 3 MuSchG).

Grundsätzlich muss der Arbeitgeber keine Gefährdungen berücksichtigen, die sich als Verwirklichung des allgemeinen Lebensrisikos darstellen, z. B. die Gefahr, an einer Infektion zu erkranken, soweit die Erkrankungswahrscheinlichkeit am Arbeitsplatz gegenüber denjenigen außerhalb davon (z. B. beim Einkaufen) nicht erhöht ist.

### 2.7.3 Festlegung konkreter Schutzmaßnahmen im Fall einer Schwangerschaft

Sobald eine Frau dem Arbeitgeber mitgeteilt hat, dass sie schwanger ist oder stillt, hat dieser unverzüglich die Schutzmaßnahmen festzule-

gen, die er in seiner abstrakten Gefährdungsbeurteilung (s. Abschnitt 2.7.1) als erforderlich ermittelt hat. Zusätzlich hat er der Frau ein **Gespräch** über weitere Anpassungen ihrer Arbeitsbedingungen anzubieten (§ 10 Abs. 2 MuSchG). Der Gesetzgeber hat in § 13 MuSchG eine Rangfolge der Schutzmaßnahmen festgelegt für den Fall, dass unverantwortbare Gefährdungen festgestellt wurden. Danach gilt:

1. 1. Der Arbeitgeber hat die **Arbeitsbedingungen** für die Frau durch Schutzmaßnahmen **umzustalten**.
2. 2. Könnendadurchunverantwortbare Gefährdungen nicht ausgeschlossen werden oder ist eine Umgestaltung wegen des nachweislich unverhältnismäßigen Aufwandes nicht zumutbar, hat der Arbeitgeber die Frau an **einem anderen geeigneten Arbeitsplatz einzusetzen**, wenn er einen solchen zur Verfügung stellen kann und dieser für die Schwangere oder Stillende zumutbar ist. Es muss sich um eine vergleichbare Tätigkeit an einem Arbeitsplatz handeln, der frei ist oder durch einen (vorübergehenden) Tausch mit anderen Mitarbeitern verfügbar gemacht werden kann. Letzteres setzt voraus, dass ein solcher Wechsel gegenüber dem anderen Arbeitnehmer arbeitsvertraglich möglich ist.
3. 3. Erstdann, wenn auch die Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz ausscheidet, darf der Arbeitgeber die schwangere oder stillende Frau nicht weiter beschäftigen (**betriebliches Beschäftigungsverbot**). Unter Umständen kommt auch ein nur teilweises Beschäftigungsverbot in Betracht, sei es hinsichtlich des Aufgabenspektrums oder auch des Umfangs der Arbeitszeit.

#### 2.7.4 Grundsätzlich unzulässige Tätigkeiten

Für **schwangere** Frauen bestimmt § 11 MuSchG unzulässige Tätigkeiten und Arbeitsbedingungen im Hinblick auf u.a. Gefahrstoffe (Abs. 1), Biostoffe (Abs. 2), physikalische Einwirkungen (Abs. 3), eine belastende Arbeitsumgebung (Abs. 4), körperliche Belastungen oder mechanische Einwirkungen (Abs. 5). Nach der gesetzgeberischen Wertung wird eine unverantwortbare Gefährdung (s. Abschnitt 2.7.2) **beispielhaft** beim Umgang mit folgenden Stoffen oder bei folgenden Tätigkeiten vermutet:

- Gefahrstoffe, die als
  - reproduktionstoxisch nach Kategorie 1A, 1B oder 2 oder nach der Zusatzkategorie für Wirkungen auf oder über die Laktation (fruchtschädigend und fruchtbarkeitsverändernd),

- keimzellmutagen nach Kategorie 1A oder 1B (erbgutverändernd),
- karzinogen nach Kategorie 1A oder 1B (krebszeugend),
- spezifisch zielorgantoxisch nach einmaliger Exposition nach Kategorie 1 (Körperfunktionen können beeinträchtigt werden) oder
- akut toxisch (schädigende Wirkungen können auftreten) zu bewerten sind.
- Biostoffe der Risikogruppe 2, 3 oder 4 im Sinne von § 3 Abs. 1 der Biostoffverordnung, z.B. Krankheitserreger wie Viren, Bakterien und andere pathogene Mikroorganismen. Der SARS-CoV-2-Erreger wurde z. B. in Risikogruppe 3 eingestuft.
- Körperliche Belastungen, u. a.
  - Arbeiten, bei denen die Frau ohne mechanische Hilfen regelmäßig Lasten von mehr als 5 kg Gewicht oder gelegentlich Lasten von mehr als 10 kg Gewicht von Hand heben, halten, bewegen oder befördern muss,
  - Arbeiten, bei denen die Frau nach Ablauf des 5. Monats der Schwangerschaft überwiegend bewegungsarm ständig stehen muss, wenn diese Tätigkeit täglich 4 Stunden überschreitet. Bewegungsarmes Stehen bedeutet, dass weitgehend keine Entlastung durch Gehen oder Sitzen möglich ist, sodass z. B. die Gefahr einer Thrombose infolge der schwangerschaftsbedingt veränderten Blutgerinnung besteht,
  - Tätigkeiten, bei denen sich die Frau häufig erheblich strecken oder beugen muss.

Für **stillende** Frauen enthält § 12 MuSchG eine dem § 11 vergleichbare Regelung, die aber entsprechend der verminderten Gefährdungslage modifiziert ist.

Bei Fragen speziell zum vorstehenden Komplex sollte sich der Apothekeninhaber an die für ihn zuständige Aufsichtsbehörde wenden. Hilfreich sind auch die Empfehlungen der Bundesapothekerkammer zu Arbeitsschutzmaßnahmen bei Tätigkeiten mit Gefahrstoffen („Standards für die Rezepturherstellung in der Apotheke“ und „Standards für die Prüfung der Ausgangsstoffe in der Apotheke“), zu finden auf der Homepage der ABDA unter „www.abda.de“.

#### 2.7.5 Dokumentations- und Informationspflichten

Dem Arbeitgeber werden durch § 14 MuSchG umfangreiche Dokumentations- und Informationspflichten auferlegt. So hat er zu **dokumentieren**

- das Ergebnis der abstrakten Gefährdungsbeurteilung (s. Abschnitt 2.7.2) und den Bedarf an Schutzmaßnahmen,
  - die konkrete Festlegung der erforderlichen Schutzmaßnahmen bei Mitteilung einer Schwangerschaft und die Überprüfung der Wirksamkeit der Maßnahmen und
  - das Angebot eines Gesprächs mit der Frau über weitere Anpassungen ihrer Arbeitsbedingungen oder den Zeitpunkt des Gesprächs.
- Die Dokumentation kann auch in elektronischer Form vorgenommen werden; § 14 Abs. 1 MuSchG schreibt insoweit keine besondere Form vor<sup>4</sup>. Im Übrigen bietet auch die Berufsgenossenschaft für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege (BGW) Unterstützung bei der Erstellung und Dokumentation der Gefährdungsbeurteilung.

Neben der Dokumentation hat der Arbeitgeber alle bei ihm beschäftigten Personen über das Ergebnis der abstrakten Gefährdungsbeurteilung und den Bedarf an Schutzmaßnahmen und zusätzlich eine schwangere oder stillende Frau über die für sie getroffenen konkreten Schutzmaßnahmen zu **informieren**.

**Hinweis:** Angesichts des umfangreichen Aufgabenkatalogs der §§ 9 bis 14 MuSchG gewinnt die Möglichkeit an Bedeutung, die Arbeitgeberpflichten **schriftlich** an zuverlässige und fachkundige Dritte zu übertragen (z. B. einen Arbeitsmediziner oder eine Fachkraft für Arbeitssicherheit), die die Aufgaben dann in eigener Verantwortung wahrnehmen (§ 9 Abs. 5 MuSchG). Der Arbeitgeber ist nur noch verantwortlich für Aufsicht und Kontrolle<sup>5</sup>.

In Betrieben mit regelmäßig mehr als 3 beschäftigten Frauen hat der Arbeitgeber eine Kopie des Mutterschutzgesetzes an geeigneter Stelle **zur Einsicht** auszulegen oder auszuhändigen. **Alternativ** kann er das Gesetz für die bei ihm beschäftigten Personen in einem **elektronischen Verzeichnis** zugänglich machen (§ 26 MuSchG).

## 2.8 Ärztliches Beschäftigungsverbot

Unabhängig von den vorgenannten allgemeinen Beschäftigungsverboten oder – einschränkungen darf der Arbeitgeber eine schwangere Frau nicht beschäftigen, soweit nach **ärztlichem Zeugnis** ihre Gesundheit oder die ihres Kindes bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet ist (§ 16 Abs. 1

MuSchG). Der Arzt muss dabei nicht zwingend ein vollständiges oder zeitlich unbefristetes Beschäftigungsverbot aussprechen; er kann das Verbot auch auf bestimmte Tätigkeiten oder die Dauer der täglichen Arbeit beschränken, wenn darin die Ursache für die Gefährdung der Frau oder ihres Kindes liegt. Vom Arzt untersagte Tätigkeiten dürfen nicht, auch nicht mit Zustimmung der Arbeitnehmerin, ausgeführt werden. Der Apothekeninhaber kann dann unter Umständen der Schwangeren eine andere Tätigkeit zuweisen; diese muss zumutbar sein und auf den besonderen Zustand der Schwangeren und deren berechtigte persönliche Belange Rücksicht nehmen<sup>6</sup>. Ein ärztliches Beschäftigungsverbot kann aber auch dann ausgesprochen werden, wenn die Fortdauer der Beschäftigung allein aufgrund der individuellen Verhältnisse der Schwangeren die Gesundheit von Mutter oder Kind gefährden würde, wenn die Gefährdung also gar nichts mit dem konkreten Arbeitsplatz oder der Art der Tätigkeit zu tun hat<sup>7</sup>. Auch psychisch bedingter Stress der Arbeitnehmerin kann ein Beschäftigungsverbot begründen. Voraussetzung ist, dass der gefährdende Stress gerade durch die Fortdauer der Beschäftigung verursacht oder verstärkt wird<sup>8</sup>.

Dem schriftlichen ärztlichen Attest kommt ein hoher **Beweiswert** zu<sup>9</sup>. Der Arbeitgeber, der ein ärztliches Beschäftigungsverbot nicht gegen sich gelten lassen will, kann vom Arzt Auskunft über mögliche betriebliche Ursachen für das Verbot verlangen. Kann er danach die Angaben seiner Mitarbeiterin widerlegen oder die Arbeitsbedingungen so verändern, dass eine Weiterbeschäftigung ungefährlich wird, so hat der Arzt das Beschäftigungsverbot aufzuheben. Wird das ärztliche Attest trotz Einwendungen des Apothekeninhabers aufrechterhalten, so kann dieser eine weitere ärztliche Untersuchung der Arbeitnehmerin verlangen<sup>10</sup>. Bestehen Zweifel an einem Beschäftigungsverbot, kann der Arbeitgeber unabhängig von einer neuerlichen Untersuchung Umstände vortragen, die den Beweiswert des ärztlichen Zeugnisses erschüttern. Es ist dann Sache der Arbeitnehmerin, Tatsachen darzulegen und ggf. Beweise vorzulegen, die das Beschäftigungsverbot rechtfertigen<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> BAG, Urteil vom 15.11.2000, BB 2001, S. 527 (528).

<sup>7</sup> BAG, Urteil vom 21.3.2001, NZA 2001, S. 1017 (1018).

<sup>8</sup> BAG, a.a.O.

<sup>9</sup> Ständige Rechtsprechung, z. B. BAG, Urteil vom 17.10.2013, NZA 2014, S. 303 (Rdnr. 36).

<sup>10</sup> BAG, Urteil vom 21.3.2001, NZA 2001, S. 1017 (1018).

<sup>11</sup> BAG, Urteil vom 13.2.2002, NZA 2002, S. 738 (741).

<sup>4</sup> Tillmanns/Mutschler, a.a.O., § 14 MuSchG, Rdnr. 21.

<sup>5</sup> Tillmanns/Mutschler, a.a.O., § 9 MuSchG, Rdnr. 92.

## 2.9 Mutterschutzlohn bei Beschäftigungsverboten

Eine Frau, die wegen eines betrieblichen oder ärztlichen Beschäftigungsverbots **außerhalb der Schutzfristen** vor und nach der Entbindung teilweise oder gar nicht beschäftigt werden darf, soll keinen finanziellen Nachteil erleiden. Sie erhält deshalb von ihrem Arbeitgeber als Mutterschutzlohn **das durchschnittliche Arbeitsentgelt der letzten 3 abgerechneten Kalendermonate vor dem Eintritt der Schwangerschaft**. War das Beschäftigungsverhältnis kürzer als 3 Monate, ist der Berechnung der kürzere Zeitraum zugrunde zu legen (§ 21 Abs. 1 Satz 2 MuSchG).

### 2.9.1 Beschäftigungsverbot als alleinige Ursache für den Verdienstausfall

Ein Fernbleiben von der Arbeit „**wegen eines Beschäftigungsverbots**“ liegt nur vor, wenn das Beschäftigungsverbot die alleinige und nicht wegzudenkende Ursache für das Nichtleisten der Arbeit und den damit verbundenen Verdienstausfall ist<sup>12</sup>. Beruht dagegen die Arbeitsunfähigkeit auf **Krankheit**, wie dies z.B. auch bei typischen Schwangerschaftsbeschwerden wie Übelkeit mit Erbrechen oder vorzeitiger Wehentätigkeit grundsätzlich der Fall ist, hat die Mitarbeiterin keinen Anspruch auf den Mutterschutzlohn, sondern auf Gehaltsfortzahlung wegen Krankheit. Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit und Gefährdung der Gesundheit von Mutter oder Kind bei Fortdauer der Beschäftigung schließen sich rechtlich gegenseitig aus. Nur wenn die Schwangerschaftsbeschwerden keinen Krankheitswert haben oder als solche nicht zur Arbeitsunfähigkeit führen, kommt der Mutterschutzlohn zum Zuge. Dieser ist im Gegensatz zur krankheitsbedingten Entgeltfortzahlung **nicht auf die Dauer von 6 Wochen begrenzt**. Das vorrangige Prinzip ist die Sicherung des Arbeitnehmers durch Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Krankengeld mit Leistungspflicht der Krankenkasse. Der Mutterschutzlohn nach § 18 MuSchG füllt demgegenüber nur eine verbleibende Lücke zugunsten eines vorbeugenden Schutzes der Schwangeren<sup>13</sup>. Allein entscheidend für die oft schwierige Abgrenzung ist das **Urteil des Arztes**.

<sup>12</sup> Ständige Rechtsprechung, z.B. BAG, Urteil vom 17.10.2013, NZA 2014, S. 303 (Rdnr. 35).

<sup>13</sup> Vgl. zum Vorstehenden etwa BAG, Urteil vom 9.10.2002, NZA 2004, S. 257 (259).

### 2.9.2 Berechnung des Mutterschutzlohns

In die Berechnung des Durchschnittsverdienstes in den letzten 3 Monaten vor Beginn des 1. Schwangerschaftsmonats fließen alle regelmäßigen Leistungen des Arbeitgebers ein, die Entgeltcharakter haben. Bei Apothekenmitarbeiterinnen ist insbesondere auch die **in Geld – nicht durch Freizeitausgleich – gewährte Vergütung** für ausfallenden **Nacht- und Sonntagsdienst** oder für ausfallende **Mehrarbeit** zu berücksichtigen.

**Beispiel:** Eine Apothekerin im 5. Berufsjahr hat regelmäßig pro Monat 2 Nachtdienste zu leisten. Hierfür erhält sie die Vergütung nach dem Gehaltstarif – Spalten 2 a, 2 b –. Da diese Vergütungen Bestandteil des durchschnittlichen Verdienstes der Mitarbeiterin vor Beginn der Schwangerschaft waren, müssen sie ihr auch während der Schwangerschaft in unverändertem Umfang weiter gewährt werden, wie wenn sie die Nachtdienste tatsächlich abgeleistet hätte.

Ebenso darf der Schwangeren ein um mindestens 13 % über Tarif liegendes Gehalt, mit dem die Notdienstbereitschaft abgegolten werden soll (§ 6 Abs. 6 BRTV), nicht gekürzt werden, soweit sie wegen ihrer Schwangerschaft den Notdienst nicht versehen darf.

Bei Berechnung der fortzuzahlenden Vergütung bleiben grundsätzlich **einmalige Zuwendungen außer Betracht**, die im Berechnungszeitraum vom Arbeitgeber bezahlt wurden. Dies gilt auch für die Sonderzahlung nach § 18 BRTV; denn diese wird auch für Zeiträume gezahlt, in denen wegen eines Beschäftigungsverbots nicht gearbeitet wurde. Würde die Sonderzahlung dennoch berücksichtigt, käme es zu einer ungerechtfertigten Doppelzahlung. Auch Gewinnbeteiligungen und Tantiemen, die ungeachtet eines Beschäftigungsverbots voll bezahlt werden, werden bei der Berechnung des Mutterschutzlohns nicht berücksichtigt<sup>14</sup>.

Unberücksichtigt bleiben auch Entgeltkürzungen infolge von **Kurzarbeit** (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 MuSchG). Hat die Frau also in den letzten 3 Kalendermonaten vor Eintritt der Schwangerschaft kurzgearbeitet, werden diese Zeiten so behandelt, als habe keine Kurzarbeit vorgelegen und sei das volle Gehalt erzielt worden.

**Dauerhafte Verdienständerungen**, seien es Erhöhungen (z. B. Anhebungen des Tarifgehalts)

<sup>14</sup> BSG, Urteil vom 15.4.1997–1 RK 13/96.

oder Kürzungen (z. B. durch Verminderung der Arbeitszeit) sind nach § 21 Abs. 4 MuSchG für den gesamten Berechnungszeitraum zugrunde zu legen, wenn die Änderung während des 3-Monats-Zeitraums wirksam wird. Erfolgt die Verdienständerung dagegen erst nach diesem Zeitraum, also bereits während des Bezugs von Mutterschutzlohn, wird sie ab ihrem tatsächlichen Beginn berücksichtigt.

Die fortzuzahlende Vergütung wird wie echtes Arbeitseinkommen behandelt, unterliegt also in vollem Umfang der Lohnsteuer- und Sozialversicherungspflicht.

Die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung des Mutterschutzlohns während eines Beschäftigungsverbots endet in dem Zeitpunkt, in dem die Mitarbeiterin bei Beginn der Schutzfrist 6 Wochen vor der Geburt Anspruch auf das Mutterschaftsgeld hat.

## 2.10 Mutterschaftsgeld und Arbeitgeberzuschuss

### 2.10.1 In der gesetzlichen Krankenversicherung versicherte Frauen

Während der gesetzlichen Schutzfristen, also 6 Wochen vor dem voraussichtlichen Tag der Entbindung bis 8 bzw. 12 Wochen nach der Entbindung sowie für den Entbindungstag erhalten gesetzlich krankenversicherte Frauen statt des Arbeitsentgelts von ihrer Krankenkasse ein Mutterschaftsgeld (§ 19 Abs. 1 MuSchG i. V. m. § 24 i SGB V). Ob die Frau als Pflichtversicherte oder freiwillig Versicherte Mitglied der gesetzlichen Krankenkasse ist, spielt keine Rolle. **Nicht ausreichend** ist jedoch eine **Familienversicherung**, da bei dieser die Frau nicht selbst versichert ist.

Beginnt das Arbeitsverhältnis erst während der Schutzfristen, wird das Mutterschaftsgeld von Beginn des Arbeitsverhältnisses an gezahlt (§ 24 i Abs. 3 Satz 6 SGB V).

Ist die Mitarbeiterin **vor Beginn der Schutzfrist** erkrankt und dauert die Erkrankung über den Beginn der Schutzfrist hinaus an, treten mit Einsetzen der Schutzfrist das Mutterschaftsgeld der Krankenkasse und der Zuschuss des Arbeitgebers (s. dazu Abschnitt 2.10.3) an die Stelle der Gehaltsfortzahlung wegen Krankheit. Die Arbeitsunfähigkeit bleibt für die Dauer der Schutzfristen von 6 Wochen vor und 8 bzw. 12 Wochen nach der Geburt somit außer Betracht<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> BAG, Urteil vom 12.3.1997, BB 1997, S. 1590.

Die Bemessungsgrundlage für das Mutterschaftsgeld ist das **Nettoeinkommen**, umgerechnet auf den Kalendertag. Der Höchstbetrag liegt bei 13 € je Kalendertag (je nach Länge des Monats höchstens 364 € bis 403 €).

Hinsichtlich der Anspruchsdauer gelten die gleichen gesetzlichen Regelungen wie für die Berechnung der Schutzfrist selbst (s. dazu oben Abschnitt 2.4). Erfolgt also die Geburt **nach** dem im ärztlichen Zeugnis angegebenen voraussichtlichen Tag, verlängern sich die Schutzfrist und die Bezugsdauer des Mutterschaftsgeldes bis zum Tag der Entbindung entsprechend (§ 24 Abs. 3 Satz 5 SGB V). Erfolgt umgekehrt die Entbindung **vor** dem im Zeugnis genannten Termin, so **verlängert sich** analog der verlängerten nachgeburtlichen Schutzfrist auch die **Bezugsdauer des Mutterschaftsgeldes** um den Zeitraum, der vor der Geburt nicht in Anspruch genommen werden konnte (§ 24 Abs. 3 Satz 3 SGB V).

### 2.10.2 Nicht gesetzlich krankenversicherte Frauen

Für Frauen, die nicht Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse sind, ergibt sich ein Anspruch auf Mutterschaftsgeld aus § 19 Abs. 2 MuSchG. Dies sind z. B. geringfügig Beschäftigte, wegen des Überschreitens der Krankenversicherungspflichtgrenze Privatversicherte oder über die Familienversicherung mitversicherte Frauen. Dieses Mutterschaftsgeld wird auf Antrag vom **Bundesversicherungsamt** gezahlt, wo auch das Antragsformular angefordert werden kann<sup>16</sup>. Es beträgt **höchstens 210 € für den gesamten Zeitraum** der Schutzfristen. Dieser Betrag wird in der Praxis auf einmal bezahlt. Bei höher verdienenden Frauen ist der Anspruch rechnerisch nach 16,15 Tagen erschöpft (210 €: 13 € je Kalendertag). Für den restlichen Zeitraum der Schutzfristen vor und nach der Entbindung erhält die nicht gesetzlich krankenversicherte Mitarbeiterin dann kein Mutterschaftsgeld mehr (zum Arbeitgeberzuschuss s. den folgenden Abschnitt 2.10.3).

### 2.10.3 Zuschuss des Arbeitgebers

Frauen mit Anspruch auf Mutterschaftsgeld, die zuvor mehr als 13 € netto pro Kalendertag verdient haben, erhalten vom Arbeitgeber während der 6-wöchigen Schutzfrist vor und der 8-wöchigen

<sup>16</sup> Adresse: Bundesversicherungsamt, Mutterschaftsgeldstelle, Friedrich-Ebert-Allee 38, 53113 Bonn, Tel. 0228/619-1888, [www.mutterschaftsgeld.de](http://www.mutterschaftsgeld.de).

gen (bzw. 12-wöchigen) Schutzfrist nach der Entbindung sowie für den Entbindungstag als Zuschuss den **Unterschiedsbetrag zwischen dem Mutterschaftsgeld von 13 € kalendertäglich und dem um die gesetzlichen Abzüge verminderten Arbeitsentgelt** (§ 20 Abs. 1 MuSchG). Auch bei nicht gesetzlich krankenversicherten Frauen, deren Mutterschaftsgeld auf insgesamt 210 € begrenzt ist, hat der Arbeitgeber den Zuschuss zu bezahlen. Der Zuschuss beschränkt sich allerdings auch bei diesen Frauen auf die Differenz zwischen 13 € und dem auf den Kalendertag umgerechneten Nettoeinkommen. In dieser Höhe zahlt der Arbeitgeber den Zuschuss auch während der Zeit, in der die Mitarbeiterin wegen Ausschöpfung des Höchstbetrags von 210 € – im Beispiel in Abschnitt 2.10.2 nach 16,15 Tagen – kein Mutterschaftsgeld erhält.

**Beispiel:** Der (Netto-) Monatslohn einer geringfügig Beschäftigten in Höhe von 450 € beträgt pro Kalendertag 15 € (450 : 30). Der Zuschuss des Arbeitgebers zum Mutterschaftsgeld von 210 € dieser Mitarbeiterin beläuft sich damit auf 2 € pro Tag der Schutzfrist. Auf 99 Tage gerechnet (14 Wochen plus Tag der Entbindung) sind das insgesamt 198 €.

An geringfügig beschäftigte Frauen, bei denen das auf den Kalendertag umgerechnete Nettoeinkommen unter 13 € liegt, muss der Arbeitgeber keinen Zuschuss zu den 210 € Mutterschaftsgeld leisten.

Die Dauer der Zuschusszahlung läuft grundsätzlich synchron mit der Zahlung des Mutterschaftsgeldes. **Endet jedoch das Arbeitsverhältnis**, gleichgültig aus welchem Grund, endet damit auch die Zuschusspflicht des Arbeitgebers.

### 2.10.3.1 Gesetzliche Abzüge

Zu den gesetzlichen Abzügen gehören die Lohn- und Kirchensteuer, der Solidaritätszuschlag sowie die Arbeitnehmeranteile an den Pflichtbeiträgen zur Sozialversicherung, nicht dagegen Beiträge zu freiwilligen Versicherungen (z. B. in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung). Hingegen sind Beiträge zu berücksichtigen, die von der Mitarbeiterin in ein berufsständisches Versorgungswerk, z. B. die **Apothekerversorgung**, eingezahlt werden, da ein solches Versorgungswerk bezüglich der Altersabsicherung an die Stelle der gesetzlichen Rentenversicherung tritt<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> BAG, Urteil vom 1.6.1988, BB 1988, S. 2318.

Bezüglich der Lohn- und Kirchensteuer sowie des Solidaritätszuschlags ist zu beachten, dass eine Frau rechtsmissbräuchlich handelt, wenn sie durch Änderung von steuerlichen Merkmalen (Steuerklasse, Freibeträge) ihre Nettobezüge nur deshalb vor Beginn der Schutzfrist erhöht, um dadurch einen höheren Zuschuss des Arbeitgebers zum Mutterschaftsgeld zu erlangen<sup>18</sup>. In einem solchen Fall kann der Arbeitgeber der Berechnung des Zuschusses die frühere Nettovergütung der Frau zugrunde legen.

### 2.10.3.2 Berechnungsmodus

Das durchschnittliche kalendertägliche Arbeitsentgelt ist aus den **letzten 3 abgerechneten Kalendermonaten vor Beginn der Schutzfristen** zu berechnen.

**Beispiel:** Beginnt die Schutzfrist am 25. Oktober, umfasst der Bemessungszeitraum die Kalendermonate Juli, August, September. Wenn in diesen 3 Monaten das Gesamt-Nettoentgelt der Mitarbeiterin 3.960 € beträgt, errechnet sich der Zuschuss des Apothekeninhabers wie folgt:  $3960 \text{ €} : 90 \text{ Kalendertage} = 44 \text{ €} - 13 \text{ €} \text{ Mutterschaftsgeld} = 31 \text{ €} \text{ kalendertäglicher Arbeitsentgeltzuschuss}$ .

Nur Kalendermonate, in denen tatsächlich Arbeitsentgelt abgerechnet wurde, werden in den Zeitraum einbezogen. Diese Monate müssen nicht zusammenhängen. Die letzten 3 abgerechneten Kalendermonate müssen auch – z. B. bei teilweiser Überschneidung der Schutzfrist mit Elternzeit für ein früher geborenes Kind (s. dazu unten Abschnitt 2.10.3.5) – der Schutzfrist nicht unmittelbar vorangegangen sein<sup>19</sup>.

War das Beschäftigungsverhältnis vor Beginn der Schutzfrist noch keine 3 Monate alt, ist der Berechnung der tatsächliche Zeitraum des Beschäftigungsverhältnisses zugrunde zu legen. Einmalzahlungen, die während des 3-Monats-Zeitraums vom Arbeitgeber geleistet wurden, z. B. die Sonderzahlung nach § 18 BRTV, bleiben bei der Berechnung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts außer Betracht.

### 2.10.3.3 Verdienständerungen während der Schutzfristen

Abweichend vom grundsätzlichen Berechnungsmodus nach Abschnitt 2.10.3.2 werden **dauerhafte** Änderungen des Arbeitsentgelts

<sup>18</sup> BAG, Urteil vom 18.9.1991, BB 1992, S. 353 (354).

<sup>19</sup> BAG, Urteil vom 22.8.2012, NZA 2012, S. 1277 (Rdnr.20).

nach § 21 Abs. 4 MuSchG wie folgt berücksichtigt:

- Wird die Änderung **während** des Referenzzeitraums wirksam, ist sie für die Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts für den **gesamten** 3-Monats-Zeitraum anzusetzen.

**Beispiel:** Die 6-wöchige Schutzfrist vor der Geburt beginnt am 3. Dezember. Der Arbeitgeberzuschuss zum Mutterschaftsgeld wird demgemäß nach dem Nettoentgelt der letzten 3 abgerechneten Kalendermonate, also September bis November, ermittelt. Wenn zum 1. November die Tarifgehälter erhöht werden, so muss diese Erhöhung für die gesamten 3 Monate in die Berechnung eingehen.

- Wird die Änderung des Arbeitsentgelts erst **nach** dem 3-Monats-Zeitraum wirksam, ist sie ab dem Datum der Wirksamkeit für die Höhe des Arbeitgeberzuschusses zu berücksichtigen.

**Beispiel:** Wenn im obigen Beispiel (Beginn der Schutzfrist am 3. Dezember) die Tarifgehälter zum 1. Januar erhöht werden, muss diese Erhöhung ab 1. Januar in die Berechnung des Zuschusses einfließen.

Analog würde eine dauerhafte Verdienstminderung gehandhabt, die z.B. durch eine Reduzierung der Arbeitszeit ausgelöst wurde.

## 2.10.3.4 Zuschuss bei mehreren Arbeitsverhältnissen

Ist eine Frau für mehrere Arbeitgeber tätig, hat jeder Arbeitgeber einen Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zu leisten, sofern das Nettoarbeitsentgelt je Kalendertag insgesamt über 13 € liegt. Zur Berechnung des Zuschusses sind die Nettoverdienste aus beiden Arbeitsverhältnissen zusammenzurechnen (§ 20 Abs. 2 MuSchG). Dies gilt selbst dann, wenn neben einer Hauptbeschäftigung eine Nebentätigkeit ausgeübt wird, die versicherungsfrei ist. Der Zuschuss wird unter den beteiligten Arbeitgebern im Verhältnis der jeweiligen Nettoarbeitsentgelte zueinander aufgeteilt.

**Beispiel:** Erhält die Arbeitnehmerin vom Arbeitgeber A 38 €, vom Arbeitgeber B im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung 14 €, insgesamt also 52 € für den Kalendertag, so wird als Zuschuss die Differenz zwischen dem Mutterschaftsgeld von 13 € und dem Gesamtnettoto von 52 €, also 39 €, bezahlt. Der Gesamtzuschuss verteilt sich wie folgt:

Arbeitgeber A: 39: 52 × 38 = 28,50 €.

Arbeitgeber B: 39: 52 × 14 = 10,50 €.

Die Zuschusspflicht des Arbeitgebers B entfällt somit nicht deshalb, weil die Nebentätigkeit ganz oder teilweise versicherungsfrei ist.

## 2.10.3.5 Arbeitgeberzuschuss während einer Elternzeit

Wird eine Frau während der Elternzeit (s. dazu unten Abschnitt 3.2 ff.) erneut schwanger, hat sie, **wenn sie nicht teilzeitarbeitet**, gegen den Arbeitgeber weder Anspruch auf den Mutterschutzlohn während eines Beschäftigungsverbots noch auf den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld (§ 22 Satz 1 MuSchG). Denn während der Elternzeit ruhen die Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis und der Arbeitgeber ist in dieser Zeit nicht zur Zahlung von Arbeitsentgelt verpflichtet. **Endet aber die Elternzeit während der Schutzfristen für die 2. Geburt**, lebt ab diesem Zeitpunkt die Zuschussverpflichtung des Arbeitgebers wieder auf<sup>20</sup>.

**Beispiel:** Die Geburt des 2. Kindes erfolgt am 10. Juni, die Schutzfrist von 8 Wochen nach der Geburt endet am 5. August. Die Elternzeit für das 1. Kind läuft bis 2. Juli. In diesem Fall muss der Arbeitgeber nach Ablauf der Elternzeit, also ab 3. Juli, bis zum Ende der Schutzfrist (5. August) den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld der Krankenkasse an die Mitarbeiterin bezahlen. Der Zuschuss bemisst sich hier nach dem Arbeitsentgelt der letzten 3 abgerechneten Kalendermonate **vor Beginn der Schutzfrist für das 1. Kind**, da die Mitarbeiterin während der letzten 3 Kalendermonate vor der Schutzfrist für das 2. Kind in der Elternzeit war und keinen Verdienst erzielte.

**Übt die Frau hingegen in der Elternzeit eine Teilzeittätigkeit aus**, hat sie während der bei einer weiteren Schwangerschaft eintretenden Schutzfrist Anspruch auf den Arbeitgeberzuschuss zum Mutterschaftsgeld, allerdings nur auf Basis des Verdienstes aus dieser Teilzeitarbeit (§ 22 Satz 2 MuSchG).

**Variante:** Die Frau kann in dieser Situation auch die Elternzeit einseitig vor der Zeit beenden (s. unten Abschnitt 3.3.3, 3. Spiegelstrich) und damit den hierdurch frei werdenden Anteil der Elternzeit für einen späteren Zeitpunkt aufspannen. Dann wird der Arbeitgeberzuschuss zum Mutterschaftsgeld auf Basis der Arbeitsvergütung vor Beginn der Elternzeit berechnet, wenn

<sup>20</sup> BAG, Urteil vom 22.8.2012, NZA 2012, S. 1277 (1278).

diese – was oft der Fall sein wird – höher war als das Teilzeitentgelt während der Elternzeit. Ist das Teilzeitentgelt höher, ist dieses die Berechnungsgrundlage für den Arbeitgeberzuschuss (Günstigerprüfung, § 21 Abs. 2 Nr. 3 MuSchG).

#### 2.10.4 Keine Lohnsteuer- und Sozialversicherungspflicht

Sowohl das Mutterschaftsgeld als auch der Zuschuss des Arbeitgebers sind nach § 3 Nr. 1 d EStG einkommensteuerfrei. Sie werden aber in den steuerlichen Progressionsvorbehalt einbezogen. Ebenso unterliegen Mutterschaftsgeld und auch Arbeitgeberzuschuss nicht der Beitragspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege und Rentenversicherung; die Mitgliedschaft der Frau in diesen Versicherungszweigen besteht aber fort. Mitarbeiterinnen, die Mitglied eines **Apothekerversorgungswerks** sind, müssen grundsätzlich während der Schutzfristen den Mindestbeitrag bezahlen. Die Satzung des Versorgungswerks muss allerdings für diese Zeiten auch die Möglichkeit einer völligen Beitragsfreistellung vorsehen (s. insoweit auch unten Abschnitt 3.12.1 zur parallelen Situation während der Elternzeit). Der Arbeitgeber hat zum Mindestbeitrag keinen Zuschuss zu leisten. Ist eine Mitarbeiterin **privat krankenversichert**, muss sie die Beiträge während der Mutterschutzfristen weiterbezahlen. Ein Zuschuss hierzu ist vom Arbeitgeber nicht zu leisten.

#### 2.11 Erstattung des Arbeitgeberzuschusses durch Umlage U 2

Nach dem Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG) nehmen alle Arbeitgeber am Umlageverfahren U2 für Mutterschaftsleistungen teil, unabhängig von der Zahl der Beschäftigten. Der Erstattungssatz beträgt generell 100 %. Erstattet wird zum einen der Arbeitgeberzuschuss zum Mutterschaftsgeld in den Schutzfristen (s. oben Abschnitt 2.10.3) und zum anderen das vom Arbeitgeber bei Beschäftigungsverböten außerhalb der Schutzfristen gezahlte Arbeitsentgelt (s. oben Abschnitt 2.9) einschließlich der darauf entfallenden Arbeitgeberanteile zur Kranken-, Renten-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung. Erstattet werden auch die Aufwendungen für privat krankenversicherte Mitarbeiter sowie für von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung befreite Beschäftigte, also für die im Apothekerversorgungswerk versicherten Approbierten.

Nicht erstattet wird die Vergütung, die der Arbeitgeber während der Freistellung für Untersuchungen und während der Stillzeiten forbezahlt (s. oben Abschnitt 2.6).

Die Mittel zur Durchführung des Ausgleichsverfahrens werden durch eine Umlage der am Ausgleich beteiligten Arbeitgeber aufgebracht. Einmalzahlungen, z. B. die Sonderzahlung nach § 18 BRTV, werden weder bei der Umlage berücksichtigt noch bei der Erstattung angerechnet.

Zuständig sowohl für die Erhebung der Umlage als auch für die Erstattung der Aufwendungen ist grundsätzlich die Krankenkasse der betreffenden Mitarbeiterin. Für geringfügig Beschäftigte ist immer die Minijob-Zentrale bei der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See zuständig. Den prozentualen Umlagesatz legt die jeweilige Krankenkasse in ihrer Satzung fest.

#### 2.12 Fortbestehen des Erholungsurlaubs und Erhalt der Sonderzahlung bei Beschäftigungsverboten

Mutterschutzrechtliche Beschäftigungsverbote **beeinträchtigen nicht den Urlaubsanspruch der Mitarbeiterin**. Nach § 24 Satz 1 MuSchG gelten für den Anspruch auf Erholungsurlaub die Ausfallzeiten wegen eines Beschäftigungsverbots als Beschäftigungszeiten. Es ist also nicht zulässig, den Urlaubsanspruch für den Zeitraum solche Verbote anteilig zu kürzen. Dies betrifft zum einen die Schutzfristen vor und nach der Entbindung, zum anderen auch alle anderen Beschäftigungsverbote, seien sie z. B. vom Arzt angeordnet (s. Abschnitt 2.8) oder tätigkeitsbezogen bzw. betrieblich veranlasst.

Hat die Frau aufgrund der Schutzfristen und/oder sonstiger Beschäftigungsverbote ihren Urlaub vor deren Beginn nicht oder nicht vollständig erhalten, kann sie den Resturlaub nach Ende der Beschäftigungsverbote im laufenden oder im nächsten Urlaubsjahr beanspruchen (§ 24 Satz 2 MuSchG). Der Urlaub bleibt auch dann erhalten, wenn der Urlaubszeitraum bereits vor Eintritt des Beschäftigungsverbots festgelegt worden war<sup>21</sup>. Wenn – wie meistens – nach der Entbindung Elternzeit genommen wird, verschiebt sich die Inanspruchnahme noch offenen Urlaubs auf die Zeit nach Ende der Elternzeit (s. dazu unten Abschnitt 3.6.4). Gleichfalls **keine Auswirkungen** haben Beschäftigungsverbote auf die **Sonderzahlung**

<sup>21</sup> BAG, Urteil vom 9.8.2016, NZA 2016, S. 1392 (Rdnr. 15).

**nach § 18 BRTV.** Die Tarifpartner haben lediglich für die Elternzeit eine Kürzung der Sonderzahlung vereinbart, nicht aber für die Zeit der Mutterschutzfristen oder eines anderen Beschäftigungsverbots.

Mit dem Ende eines Beschäftigungsverbots hat die Frau das Recht, entsprechend den vertraglich vereinbarten Bedingungen beschäftigt zu werden. Dies stellt § 25 MuSchG in deklaratorischer Weise klar. Ein Rechtsanspruch auf exakt den vorherigen Arbeitsplatz besteht nicht; vielmehr kann der Arbeitgeber der Frau in Ausübung seines Direktionsrechts im Rahmen des vertraglich festgelegten Aufgabengebiets auch einen anderen Arbeitsplatz zuweisen.

## 2.13 Kündigungsschutz

### 2.13.1 Keine Arbeitgeberkündigung ab Beginn der Schwangerschaft

Die Kündigung gegenüber einer Frau ist nach § 17 Abs. 1 MuSchG unzulässig, d. h. nichtig

1. während ihrer Schwangerschaft,
2. bis zum Ablauf von 4 Monaten nach einer Fehlgeburt nach der 12. Schwangerschaftswoche und
3. bis zum Ende ihrer Schutzfrist nach der Entbindung, mindestens jedoch bis zum Ablauf von 4 Monaten nach der Entbindung. Eine Entbindung in diesem Sinne liegt auch bei einer **Totgeburt** vor, **nicht aber bei einem Schwangerschaftsabbruch**. Beim Schwangerschaftsabbruch endet der Kündigungsschutz daher unmittelbar.

Der 4-Monats-Zeitraum spielt bei der Entbindung in der Praxis kaum eine Rolle; er wird vom Kündigungsverbot während der Elternzeit überlagert, die fast alle Arbeitnehmerinnen in Anspruch nehmen (vgl. dazu unten Abschnitt 3.7).

**Hinweis:** Der gesetzliche Kündigungsschutz greift, sobald ein Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde. Denn das Arbeitsverhältnis entsteht bereits ab diesem Zeitpunkt, selbst wenn die Tätigkeit erst einige Zeit später tatsächlich aufgenommen wird. Erfolgt der Vertragsschluss z. B. am 9. Dezember und soll die Mitarbeiterin ihre Arbeit am 1. Februar des Folgejahres antreten, kann ihr schon vor 1. Februar nicht mehr gekündigt werden, wenn sie in der Zwischenzeit schwanger geworden ist<sup>21a</sup>.

### 2.13.2 Unzulässig: Kündigung sowie Vorbereitungsmaßnahmen

Unzulässig ist zum einen jegliche **Kündigung** des Arbeitgebers, sei es eine ordentliche oder außerordentliche (fristlose) Kündigung, eine Änderungskündigung, eine Kündigung während der Probezeit, eine Kündigung bei Betriebsstilllegung etc.

Seit 1.1.2018 gilt das Kündigungsverbot nach § 17 Abs. 1 Satz 3 MuSchG auch „entsprechend für **Vorbereitungsmaßnahmen** des Arbeitgebers, die er im Hinblick auf eine Kündigung der Frau trifft“. Welche Fälle von dieser Regelung erfasst werden, muss sich noch zeigen. Die Gesetzesbegründung nennt unter Hinweis auf eine EuGH-Entscheidung Maßnahmen wie etwa die Suche und Planung eines endgültigen Ersatzes für die betroffene Mitarbeiterin. Daraus ergibt sich, dass die Stelle der vom Kündigungsverbot geschützten Mitarbeiterin weder innerbetrieblich noch extern ausgeschrieben werden darf, solange der Kündigungsschutz noch läuft. In Apotheken, die einen Betriebsrat haben, stellt auch die Anhörung des Betriebsrats zu einer beabsichtigten Kündigung der Betroffenen eine unzulässige Vorbereitungsmaßnahme dar. Andererseits dürfte die neue Regelung keine große Bedeutung erlangen, weil sich in aller Regel an die Schutzfrist nach der Geburt unmittelbar die Elternzeit mit eigenem Kündigungsverbot anschließt, so dass der Kündigungsschutz der Frau ohnehin lückenlos weiter besteht.

### 2.13.3 Wann beginnt die Schwangerschaft?

Maßgebend für die Frage des Kündigungsschutzes ist das **objektive Bestehen einer Schwangerschaft zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung**. Ist die Kündigung also bereits vor Beginn der Schwangerschaft ausgesprochen, so ist sie zulässig, auch wenn ihre Wirkung, also die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, erst während der Schwangerschaft eintritt. Umgekehrt greift der Kündigungsschutz auch dann ein, wenn eine Schwangerschaft zum Zeitpunkt der Kündigung besteht, aber erst später festgestellt wird. Der Beginn der Schwangerschaft wird durch das Zeugnis eines Arztes oder einer Hebammie festgestellt. Von dem darin bescheinigten voraussichtlichen Entbindungstermin (§ 3 Abs. 1 Satz 3 MuSchG) sind nach durchaus großzügiger, ständiger Rechtsprechung des BAG 280 Tage zurückzurechnen, wobei der vo-

<sup>21a</sup> BAG, Urteil vom 27.2.2020, NZA 2020, S. 721 (Rdnr. 10 ff.).

raussichtliche Entbindungstag selbst nicht mitzählt<sup>22</sup>.

**Beispiel:** Voraussichtlicher Tag der Entbindung ist der 25. Februar, Beginn der Schwangerschaft und damit des Kündigungsschutzes der 21. Mai des Vorjahres. Dieser Termin bleibt auch dann verbindlich, wenn der tatsächliche Entbindungstag nicht dem prognostizierten entsprechen sollte.

Beweispflichtig für das Vorliegen der Schwangerschaft und damit auch für deren Beginn ist die Arbeitnehmerin.

Bei einer Schwangerschaft aufgrund einer Befruchtung außerhalb des Körpers (**In-vitro- Fertilisation**) greift das Kündigungsverbot ab dem Zeitpunkt der Einsetzung einer befruchteten Eizelle in die Gebärmutter (Embryonentransfer); dieser Zeitpunkt ist als Beginn der Schwangerschaft anzusehen<sup>23</sup>.

#### 2.13.4 Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwangerschaft

Die Kündigung ist unzulässig, wenn dem Arbeitgeber die Schwangerschaft oder die Entbindung zur Zeit der Kündigung bekannt war. Auf welche Weise er davon Kenntnis erhalten hat, ist ohne Bedeutung. Ist streitig, ob der Arbeitgeber Kenntnis hatte, muss die Mitarbeiterin diese Kenntnis beweisen.

Eine Kündigung, die der Arbeitgeber in Kenntnis der Schwangerschaft – ohne behördliche Zustimmung, s. Abschnitt 2.13.6 – ausspricht, begründet die Vermutung einer Benachteiligung wegen des Geschlechts und kann nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz einen Entschädigungsanspruch auslösen<sup>24</sup>.

#### 2.13.5 Fehlende Kenntnis des Arbeitgebers, aber nachträgliche Mitteilung

Die Kündigung durch den Arbeitgeber ist auch unwirksam, wenn ihm zwar die Tatsache der Schwangerschaft, der Entbindung oder der Fehlgeburt nach der 12. Schwangerschaftswoche nicht bekannt war, jedoch innerhalb von 2 Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wurde.

**Beispiel:** Der Apothekeninhaber hat der Mitarbeiterin am Mittwoch, dem 10. März (Datum des Zugangs) ohne Kenntnis von deren Schwan-

gerschaft gekündigt. Damit endet die 14-tägige Frist für die nachträgliche Mitteilung mit Ablauf des übernächsten Mittwochs, also des 24. März.

Die Mitarbeiterin muss innerhalb der 2-Wochen-Frist ihre Schwangerschaft **nicht nachweisen**. Es genügt die fristgemäße Mitteilung, sie sei vermutlich schwanger. Allerdings muss sie dann so rasch wie möglich nachweisen, dass die Schwangerschaft tatsächlich besteht.

Auch bei Versäumnis der 2-Wochen-Frist ist die Mitarbeiterin gegen eine Kündigung geschützt, wenn sie die Frist unverschuldet nicht eingehalten hat, die Mitteilung aber unverzüglich nachholt (§ 17 Abs. 1 Satz 2 MuSchG). Diese Erweiterung des Kündigungsschutzes ist **in der Praxis von erheblicher Bedeutung**, denn nicht selten erfährt die Mitarbeiterin erst deutlich nach der 2-Wochen-Frist, dass sie schwanger ist.

**Beispiel 1:** Der Arbeitgeber kündigt der Mitarbeiterin am 31. Oktober innerhalb der Probezeit. Am 27. November erfährt die Mitarbeiterin, dass sie seit dem 23. Oktober schwanger ist<sup>25</sup>.

**Beispiel 2:** In einem sicher nicht alltäglichen Fall erfuhr die Arbeitnehmerin (über 40 Jahre alt, 139 kg schwer) ohne Verschulden selbst erst einen Tag vor der Entbindung von der Schwangerschaft. Sie ließ dem Arbeitgeber die Geburt 6 Tage nach der Entbindung mitteilen, was vom Gericht als fristgerecht erachtet wurde<sup>26</sup>.

Die Versäumung der 2-Wochen-Frist kann aber nicht nur dann unverschuldet sein, wenn die Frau ihre Schwangerschaft nicht kannte, sondern auch dann, wenn sie sie kannte, durch sonstige Umstände aber an der rechtzeitigen Mitteilung gehindert war, z.B. durch einen Krankenhausaufenthalt oder dadurch, dass ihr das Kündigungsschreiben während einer Urlaubsreise an ihrem Wohnort zugeht und sie erst nach Ablauf der 2-Wochen-Frist Kenntnis von der Kündigung erhält<sup>27</sup>.

Die schwangere Arbeitnehmerin ist darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass sie die Versäumung der 2-Wochen-Frist nicht verschuldet und dem Arbeitgeber unverzüglich nach Kenntnis-erlangung ihrer Schwangerschaft Mitteilung gemacht hat. Hierfür reicht es aus, dass die Schwangere, z.B. durch ihren Ehemann als Zeu-

<sup>22</sup> BAG, Urteil vom 26.3.2015, NZA 2015, S. 734 (Rdnr. 16).

<sup>23</sup> BAG, Urteil vom 26.10.2016, NZA 2017, S. 240 (Rdnr. 46).

<sup>24</sup> BAG, Urteil vom 12.12.2013, NZA 2014, S. 722 (Rdnr. 31).

<sup>25</sup> Vgl. auch BAG, Urteil vom 20.5.1988, BB 1988, S. 1963.

<sup>26</sup> ArbG Wesel, Urteil vom 22.6.1989, BB 1989, S. 1621.

<sup>27</sup> BAG, Urteil vom 13.6.1996, NZA 1996, S. 1154 (1155).

gen, beweisen kann, dass sie die ärztliche Bescheinigung über die Schwangerschaft rechtzeitig mit normaler Post an den Arbeitgeber versandt hat. Geht der Brief auf dem Postweg verloren, geht dies nicht zu Lasten der Mitarbeiterin<sup>28</sup>.

## 2.13.6 Kündigungsschutzklage der Arbeitnehmerin

Greift die Mitarbeiterin die Kündigung des Arbeitgebers mit einer Klage vor dem Arbeitsgericht an, muss sie dies innerhalb von 3 Wochen nach Zugang der Kündigung tun (§ 4 Satz 1 KSchG). Die Klagefrist läuft auch dann an, wenn die Arbeitnehmerin den Arbeitgeber innerhalb der o.g. 2-Wochen-Frist nach Zugang der Kündigung über ihre Schwangerschaft informiert hat<sup>29</sup>. Mit dieser Mitteilung erlangt die Mitarbeiterin zwar den Sonderkündigungsschutz des § 17 Abs. 1 MuSchG; dies enthebt sie aber nicht der Verpflichtung, innerhalb von 3 Wochen nach Kündigungszugang Klage zu erheben. Versäumt sie diese Frist, gilt die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam. Die Klagefrist kann die Mitarbeiterin nicht enthalten, wenn sie unverschuldet erst später als 3 Wochen nach Kündigungszugang von ihrer Schwangerschaft erfährt (vgl. die obigen Beispiele). Deshalb kann in diesem Fall die Klage nachträglich zugelassen werden (§ 5 Abs. 1 Satz 2 KSchG).

## 2.13.7 Zulässigkeit einer Arbeitgeberkündigung in besonderen Fällen

Die zuständige Behörde für Arbeitsschutz kann in besonderen Fällen gemäß § 17 Abs. 2 MuSchG eine Arbeitgeberkündigung ausnahmsweise für zulässig erklären.

In der Praxis wird eine solche behördliche Genehmigung **nur in ganz seltenen Fällen in Betracht kommen**, z.B. bei

- Betriebsschließung,
- Gefährdung der betrieblichen Existenz des Arbeitgebers,
- krassem Fehlverhalten der Schwangeren, d.h. schweren Verstößen gegen arbeitsvertragliche Pflichten oder vorsätzlichen strafbaren Handlungen.

Im Gesetz ist ausdrücklich klargestellt, dass die **Kündigungsgründe nicht mit dem Zustand der Frau in der Schwangerschaft, nach einer Fehl-**

**geburt nach der 12. Woche oder nach der Entbindung in Zusammenhang stehen dürfen.**

Die Kündigung des Arbeitgebers bedarf nach § 17 Abs. 2 Satz 2 MuSchG – ungeachtet des allgemeinen Schriftformerfordernisses bei Kündigungen nach § 623 BGB – **der schriftlichen Form und muss den Kündigungsgrund angeben.**

Die Ausnahmegenehmigung muss **vor Ausspruch der Kündigung** vorliegen; sie muss zu diesem Zeitpunkt aber noch nicht bestandskräftig sein. Gegen einen ablehnenden Bescheid der Behörde kann der Apothekeninhaber Widerspruch und anschließend Verpflichtungsklage vor dem Verwaltungsgericht einreichen. Allerdings wird sich oft aufgrund der Dauer des gerichtlichen Verfahrens das Kündigungsverbot durch Zeitablauf erledigt haben, bevor das Verwaltungsgericht entschieden hat. Meist wird sich eine Klage des Arbeitgebers daher nicht empfehlen.

Umgekehrt kann auch die Mitarbeiterin Widerspruch und Anfechtungsklage beim Verwaltungsgericht erheben, wenn die Behörde die Kündigung des Arbeitgebers für zulässig erklärt hat.

## 2.14 Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Schwangerschaft auf andere Weise

Das für den Arbeitgeber geltende Kündigungsverbot berührt nicht andere Möglichkeiten der Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Schwangerschaft oder der Schutzfristen nach der Entbindung mit der Folge, dass ab diesem Zeitpunkt die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung der Arbeitsvergütung bzw. – wenn die Beendigung während der Schutzfristen erfolgt – zur Zahlung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld entfällt.

### 2.14.1 Eigenkündigung der Arbeitnehmerin

Die Mitarbeiterin kann ihr Arbeitsverhältnis auch dann, wenn sie schwanger ist oder sich noch in der Schutzfrist nach der Entbindung befindet, jederzeit selbst kündigen. Die Kündigung muss nach den allgemeinen Regeln **schriftlich** erfolgen (§ 623 BGB) und unter Beachtung der gesetzlichen, tariflichen oder vertraglich vereinbarten Kündigungsfristen für eine ordentliche Kündigung. Gerade in diesem Fall hat die Schriftform eine wichtige Warnfunktion, da die Frau mit ihrer Eigenkündigung auf zahlreiche Schutzrechte verzichtet.

<sup>28</sup> BAG, Urteil vom 16.5.2002, BB 2003, S. 105 (106).

<sup>29</sup> BAG, Urteil vom 19.2.2009, NZA 2009, S. 980 (981).

Kündigt die Mitarbeiterin das Arbeitsverhältnis, ohne zu wissen, dass sie im Zeitpunkt der Kündigung schwanger ist, kann sie die Kündigungserklärung in der Regel nicht wegen dieses Irrtums anfechten<sup>30</sup>.

### 2.14.2 Abschluss eines Aufhebungsvertrages

Der Apothekeninhaber und die Mitarbeiterin können das Arbeitsverhältnis – ungeachtet des arbeitgeberseitigen Kündigungsverbots – **auch im gegenseitigen Einvernehmen aufheben**, ohne dass es hierfür einer behördlichen Genehmigung bedarf. Auch der Aufhebungsvertrag muss **schriftlich** geschlossen werden (§ 623 BGB). Eine Anfechtung des Aufhebungsvertrags durch die Mitarbeiterin mit der Begründung, sie habe ihre Schwangerschaft oder die damit zusammenhängenden Schutzrechte nicht gekannt, ist ebenso wenig möglich wie die Anfechtung der Eigenkündigung (vgl. dazu auch Kapitel B 13 „Aufhebungsvertrag“, Abschnitt 4.1).

### 2.14.3 Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Ablauf einer Befristung

Ist ein Arbeitsverhältnis befristet, so endet es mit dem Ablauf der vereinbarten Zeit, auch wenn die Mitarbeiterin in diesem Zeitpunkt schwanger sein sollte. Eine Fortsetzungsverpflichtung seitens des Arbeitgebers gibt es grundsätzlich nicht.

Der Arbeitgeber ist jedoch verpflichtet, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, wenn er bei der Arbeitnehmerin die Erwartung geweckt und bestätigt hat, er werde sie bei Eignung und Bewährung unbefristet weiter beschäftigen, sich aber nunmehr wegen der eingetretenen Schwangerschaft auf die Befristung des Arbeitsverhältnisses beruft<sup>31</sup>. Nach dem Europäischen Gerichtshof liegt eine gegen EU-Recht verstoßende unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor, wenn ein befristeter Arbeitsvertrag deswegen nicht verlängert wird, weil die Arbeitnehmerin schwanger ist<sup>32</sup>.

Zulässig ist grundsätzlich auch der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags mit einer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon schwangeren Arbeitnehmerin. Nach dem BAG darf jedoch **die Schwangerschaft selbst nicht zum**

**Anlass der Befristung** und einer darauf beruhenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemacht werden. Vielmehr ist ein „echter“ Befristungsgrund erforderlich, z. B. die Notwendigkeit einer zeitlich begrenzten Vertretung eines anderen Arbeitnehmers<sup>33</sup> (s. zur Vertragsanbahnung mit schwangeren Bewerberinnen auch Kapitel B 1 „Einstellungsfragebogen“, Abschnitt 3.7).

## 3 Elterngeld und Elternzeit

Am 1. Januar 2007 ist das Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) in Kraft getreten. Es regelt 2 Tatbestände, nämlich die Gewährung eines Elterngeldes als staatliche Leistung in der ersten Lebensphase des Kindes sowie die Gewährung einer Elternzeit als arbeitsrechtlichen Anspruch gegen den Arbeitgeber. Für den Apothekeninhaber als Arbeitgeber stehen naturgemäß die Vorschriften über die Elternzeit wegen der Auswirkungen auf das jeweilige Arbeitsverhältnis und den Betriebsablauf im Vordergrund des Interesses. Auf die Elternzeit wird daher ausführlich eingegangen, während beim Elterngeld nur die wichtigsten Regelungen erläutert werden.

Das Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz hat das seit 1. Januar 1986 geltende Bundeserziehungsgeldgesetz (BERzGG) abgelöst.

### 3.1 Elterngeld

Der Anspruch auf Elterngeld setzt u. a. voraus, dass Eltern einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben, mit einem Kind in einem Haushalt leben und dieses Kind selbst betreuen und erziehen. Elterngeld können nicht nur Mütter und Väter beanspruchen, – auch Adoptiveltern –, sondern auch andere Personen, z. B. wenn sie ein Kind des Ehegatten oder Lebenspartners in ihren Haushalt aufgenommen haben. **Elterngeld wird unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses gezahlt** und kann daher z. B. auch von Beamten oder Selbstständigen bezogen werden. Voraussetzung ist allerdings, dass der Antragsteller im Bezugszeitraum **nicht erwerbstätig ist oder nur Teilzeitarbeit von nicht mehr als 30 Stunden wöchentlich – bei Geburten ab 1.9.2021 32 Wochenstunden – im Monatsdurchschnitt leistet**. Grundsätzlich sind somit

<sup>30</sup> BAG, Urteil vom 6.2.1992, BB 1992, S. 1286.

<sup>31</sup> BAG, Urteil vom 16.3.1989, NZA 1989, S. 719.

<sup>32</sup> EuGH, Urteil vom 4.10.2001, NJW 2002, S. 125 (127).

<sup>33</sup> BAG, Urteil vom 6.11.1996, BB 1997, S. 1797 (1798).

auch Apothekeninhaberinnen und -inhaber elterngeldberechtigt.

Ein Erholungsurlaub in einem Vollzeitarbeitsverhältnis unterbricht oder beendet nicht die Erwerbstätigkeit. Daher besteht während eines bezahlten Urlaubs kein Anspruch auf Elterngeld<sup>34</sup>. Beim Elterngeld handelt es sich um eine Lohnersatzleistung. Es beläuft sich auf 67 Prozent des vor der Geburt erzielten Einkommens aus Erwerbstätigkeit, gemindert um Steuern und Sozialabführungen. Es beträgt höchstens 1.800 € im Monat. Liegt das Erwerbseinkommen vor der Geburt höher als 1.200 €, sinkt der Erstattungssatz stufenweise auf bis zu 65 Prozent. Für die Ermittlung des Elterngeldes wird ein fester Pauschalzins von 21 Prozent für Sozialversicherungsbeiträge vom Bruttoeinkommen abgezogen; ferner werden Abzüge für Steuern vorgenommen.

Das Elterngeld wird **mindestens in Höhe von 300 € gezahlt**. Dies betrifft z.B. Personen, die vor der Geburt des Kindes überhaupt nicht oder mit so niedrigem Einkommen erwerbstätig waren, dass sich nach den gesetzlichen Regelungen für sie kein Elterngeld ergeben würde.

Der betreuende Elternteil erhält auch Elterngeld, wenn er nach der Geburt mit nicht mehr als 30 Wochenstunden (bei Geburten ab 1.9.2021 32 Wochenstunden) weiterarbeitet. Maßstab für die Höhe des Elterngeldes ist auch in diesem Fall der tatsächliche Einkommensausfall, d.h. die Differenz zwischen dem aktuellen und dem früheren Nettoeinkommen. Das Elterngeld beträgt dann 67 % dieser Differenz. Als Einkommen vor der Geburt werden dabei allerdings höchstens 2.770 € monatlich berücksichtigt. Wenn das Einkommen nach der Geburt oberhalb dieser Grenze liegt, wird das Elterngeld nur in Höhe des Mindestbetrags von 300 € gezahlt.

Elterngeld wird als **Basiselterngeld** oder als **Elterngeld Plus** gewährt. Es kann ab dem Tag der Geburt bezogen werden. Ein Elternteil kann mindestens für 2 Monate (Mindestbezugszeit) und höchstens für 12 Monate **Basiselterngeld** beziehen. Wenn sich auch der Partner an der Kinderbetreuung beteiligt und dafür mindestens 2 Monate seine Berufstätigkeit unterbricht oder auf höchstens 30 Wochenstunden (32 Wochenstunden bei Geburten ab 1.9.2021) einschränkt, kann die Förderdauer auf 14 Monate ausgedehnt werden. Wenn →Eltern das Elterngeld gleichzeitig in Anspruch nehmen, führt dies zu einem doppelten Verbrauch von Mo-

natsbeträgen und zu einer entsprechenden Verkürzung des Bezugszeitraums.

**Elterngeld Plus** kann auch nach dem 14. Lebensmonat bezogen werden, solange es ab dem 15. Lebensmonat in aufeinanderfolgenden Lebensmonaten von zumindest einem Elternteil in Anspruch genommen wird. Das Elterngeld Plus beträgt höchstens die Hälfte des Basiselterngeldes, das Eltern ohne Teilzeiteinkommen zustünde. Damit geht eine Verdoppelung der Bezugsdauer auf bis zu 28 Monate einher, bei Geburten ab 1.9.2021 auf bis zu 32 Monate.

Das Elterngeld Plus wird vom **Partnerschaftsbonus** ergänzt. Dieser besteht aus 4 zusätzlichen Elterngeld Plus-Monaten je Elternteil (bei Geburten ab 1.9.2021 wahlweise zwischen mindestens 2 und bis zu 4 Monaten) und kann bei paralleler Teilzeittätigkeit beider Elternteile im Umfang von 25 bis 30 Wochenstunden (bei Geburten ab 1.9.2021 im Umfang von 24 bis 32 Wochenstunden) bezogen werden. Basiselterngeld, Elterngeld Plus und Partnerschaftsbonus lassen sich in mehrfacher Weise kombinieren.

**Anrechnung anderer Leistungen:** Fällt der Bezug von Elterngeld für ein früher geborenes Kind mit der Schutzfrist für eine weitere Schwangerschaft zusammen, so werden das von der Krankenkasse in den ersten 8 bzw. 12 Wochen **nach** der Geburt gezahlte Mutterschaftsgeld sowie der Arbeitgeberzuschuss hierzu voll auf das Elterngeld angerechnet (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BEEG), soweit sich die beiden Leistungszeiträume decken. Es soll in einem solchen Fall nicht zu Doppelleistungen kommen. Angerechnet auf das Elterngeld wird auch das Mutterschaftsgeld in der 6-wöchigen Schutzfrist **vor** der Geburt, nicht aber der hierzu gezahlte Arbeitgeberzuschuss.

Nicht angerechnet wird das Mutterschaftsgeld, das **nicht gesetzlich krankenversicherte Frauen** im Gesamtbetrag von 210 € vom Bundesversicherungsamt erhalten (vgl. oben Abschnitt 2.10.2), da dieses Mutterschaftsgeld wegfallendes Erwerbseinkommen nicht ausgleicht.

Das Elterngeld wird **steuerfrei** ausgezahlt. Es unterliegt aber dem steuerlichen Progressionsvorbehalt. Vom Elterngeld müssen weder Beiträge zur Renten- noch zur Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung abgeführt werden (vgl. Abschnitt 3.12 zu Fragen der Sozialversicherung während der Elternzeit).

Zuständig für die Ausführung des Gesetzes und damit für die Beantragung von Elterngeld sind die von den Landesregierungen bestimmten Stellen.

<sup>34</sup> BSG, Urteil vom 15.12.2015, NJW 2016, S. 3117 (Rdnr. 10, 14).

### 3.2 Wer kann Elternzeit beanspruchen?

Anspruch auf Elternzeit als unbezahlte Freistellung von der Arbeit können nur Arbeitnehmer haben. Erste Voraussetzung ist daher das **Bestehen eines Arbeitsverhältnisses**. Ferner müssen die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter mit ihrem Kind in einem Haushalt leben und dieses Kind selbst betreuen und erziehen (§ 15 Abs. 1 BEEG). Anspruch auf Elternzeit können auch andere Personen haben, z. B. für ein in ihrem Haushalt lebendes Kind des Ehegatten oder Lebenspartners oder Verwandte bis zum dritten Grad bei schwerer Krankheit, Schwerbehinderung oder Tod der Eltern des Kindes, wenn sie das Kind in ihrem Haushalt aufgenommen haben und es betreuen und erziehen. Auch Vollzeit-Pflegeeltern können Elternzeit nehmen. Auch Großeltern können Elternzeit beanspruchen, wenn der Großelternteil mit seinem Enkelkind in einem Haushalt lebt und dieses Kind selbst betreut und erzieht. Zudem muss ein Elternteil des Kindes minderjährig sein oder sich in Ausbildung befinden, die vor dem 18. Geburtstag begonnen wurde. Der Anspruch des Großelternteils besteht nur für Zeiten, in denen keiner der Elternteile selbst Elternzeit beansprucht.

Die Elternzeit kann, auch anteilig, von jedem Elternteil allein oder von beiden Elternteilen gemeinsam genommen werden.

**Hinweis:** Elternzeit kann in jedem Arbeitsverhältnis genommen werden, also auch von Arbeitnehmern mit **geringfügigen Beschäftigungen** (vgl. Kapitel B 3 „Teilzeit-Arbeitsverträge“, Abschnitt 10) und von **Auszubildenden**, ferner auch von **befristet Beschäftigten** (vgl. hierzu Kapitel B 4 „Befristete Arbeitsverträge“), wobei es sich notwendigerweise um ein länger dauerndes befristetes Arbeitsverhältnis handeln muss. Allerdings verlängern sich befristete Arbeitsverträge durch die Elternzeit nicht.

### 3.3 Beginn und Dauer der Elternzeit, vorzeitige Beendigung

#### 3.3.1 Beginn und Dauer

Elternzeit kann von jedem Elternteil – unabhängig vom Entschluss des anderen Elternteils – **bis zur Vollendung des 3. Lebensjahres** des Kindes beansprucht werden. Die 8- oder 12-wöchige Mutterschutzfrist nach der Entbindung wird für die Elternzeit der Mutter auf die

3-jährige Höchstdauer der Elternzeit angerechnet (§ 15 Abs. 2 Satz 3 BEEG). In der Praxis wirkt sich dies nur insoweit aus, als Väter die Elternzeit bereits mit der Geburt des Kindes und damit während der Mutterschutzfrist antreten können. Für den Fall der Inanspruchnahme der Elternzeit durch die Mutter bleibt es dabei, dass die Elternzeit erst nach Ablauf der Mutterschutzfrist, d. h. frühestens 8 oder 12 Wochen nach der Geburt beginnt.

Die Eltern können einen Anteil von **bis zu 24 Monaten** – bei Geburten bis 30.6.2015 bis zu 12 Monaten – in der Zeit zwischen dem 3. Geburtstag und der Vollendung des 8. Lebensjahres in Anspruch nehmen, z. B. für die Betreuung des Kindes im 1. Schuljahr. Sie bedürfen hierzu **keiner Zustimmung des Arbeitgebers**. Es muss folglich lediglich ein Anteil von mindestens 12 Monaten bis zum 3. Geburtstag des Kindes genommen werden, damit dieser Teil nicht verfällt. Damit bleibt die bis zum 3. Geburtstag des Kindes nicht verbrauchte Elternzeit erhalten und kann auch gegenüber einem neuen Arbeitgeber beansprucht werden. Der Arbeitgeber hat die Elternzeit zu bescheinigen.

**Hinweis:** Um Klarheit über noch bestehende Elternzeitansprüche neu eingestellter Mitarbeiter mit Kindern im Alter zwischen 3 und 8 Jahren zu erhalten, sollte sich der Arbeitgeber vom Mitarbeiter eine Bescheinigung des früheren Arbeitgebers über bereits genommene Elternzeit vorlegen lassen. Der Mitarbeiter, der erneut Elternzeit anmeldet, ist auf Verlangen des Arbeitgebers zur Vorlage dieser Bescheinigung verpflichtet (§ 16 Abs. 1 Satz 9 BEEG).

#### 3.3.2 Überschneidung der Elternzeiten für 2 oder mehr Kinder

Den Eltern stehen auch bei Mehrlingsgeburten und bei kurzer Geburtenfolge **für jedes Kind** 3 Jahre Elternzeit zu. Die Elternzeit je Kind verkürzt sich also nicht um die Zeit der Überschneidung. Denn durch eine erneute Schwangerschaft und die Geburt eines weiteren Kindes wird die laufende Elternzeit für das 1. Kind nicht unterbrochen<sup>35</sup>. Die Elternzeit für das 2. Kind kann deshalb erst mit Ende der Elternzeit für das 1. Kind beginnen. Das bedeutet, dass auch in diesen Fällen für jedes Kind bis zu

<sup>35</sup> BAG, Urteil vom 21.4.2009, NZA 2010, S. 155 (Rdnr. 40 ff.).

24 Monate Elternzeit im Zeitraum bis zum 8. Geburtstag genommen werden können.

**Beispiel:** Kind A wird am 1.2.2016 und Kind B am 1.2.2018 geboren. Die Mutter nimmt 3 Jahre Elternzeit für Kind A bis 31.1.2019. Im Anschluss daran nimmt sie 1 Jahr Elternzeit für Kind B bis zu dessen 2. Geburtstag, also bis 31.1.2020. Das 1. Lebensjahr von Kind B hat sich mit der Elternzeit für Kind A überschnitten. Von der Elternzeit für Kind B sind also lediglich 12 Monate verbraucht. Deshalb kann die Mutter den verbleibenden Teil von 24 Monaten in bis zu 2 weiteren Zeitabschnitten (s. dazu unten Abschnitt 3.4.4) bis zum 8. Geburtstag von Kind B nehmen.

Die Mutter könnte aber auch umgekehrt vorgehen und **die Elternzeit für Kind A vorzeitig beenden** (zu den Voraussetzungen hierfür s. den folgenden Abschnitt 3.3.3), um nach der Elternzeit für Kind B den restlichen Anteil der ersten Elternzeit zu nehmen, wobei dies spätestens bis zum 8. Geburtstag von Kind A erfolgen muss.

### 3.3.3 In welchen Fällen endet die Elternzeit vor dem Ablauf der beantragten Zeit?

Es gibt verschiedene Möglichkeiten einer vorzeitigen Beendigung der Elternzeit:

- Die Elternzeit kann vorzeitig beendet werden, **wenn der Apothekeninhaber dem zustimmt** (§ 16 Abs. 3 Satz 1 BEEG). Damit sollen die Interessen des Arbeitgebers berücksichtigt werden, der möglicherweise für die Elternzeit entsprechende Dispositionen im Betrieb getroffen, z. B. eine Ersatzkraft befristet eingestellt hat, und damit dem vorzeitig rückkehrwilligen Arbeitnehmer keine Beschäftigungsmöglichkeit anbieten kann.
- Liegen schwerwiegende Gründe vor, kann die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter die Elternzeit ohne Zustimmung des Apothekeninhabers vorzeitig beenden. Solche Gründe sieht das Gesetz darin, dass die Mitarbeiterin von einem weiteren Kind entbunden wurde<sup>35a</sup> oder ein besonderer Härtefall gegeben ist (z. B. schwere Krankheit, Tod eines Elternteils, Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz). Der Apothekeninhaber kann dem nur aus **dringenden betrieblichen Gründen** widersprechen. Er muss seine **Ablehnung schriftlich und innerhalb einer Ausschluss-**

**frist von 4 Wochen** kundtun (§ 16 Abs. 3 Satz 2 BEEG). Versäumt der Apothekeninhaber diese Frist oder äußert er seine Ablehnung nicht schriftlich, verliert er sein Ablehnungsrecht. Das Gleiche gilt, wenn er keine dringenden betrieblichen Gründe für seine Ablehnung ins Feld führen kann.

- Die Arbeitnehmerin, die erneut schwanger ist, kann die Elternzeit ferner auch ohne Zustimmung des Arbeitgebers zur Inanspruchnahme der Mutterschutzfristen von 6 Wochen vor und 8 bzw. 12 Wochen nach der Geburt und der damit verbundenen Möglichkeit eines Zuschusses zum Mutterschaftsgeld vorzeitig beenden; in diesen Fällen soll die Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber die Beendigung der Elternzeit rechtzeitig mitteilen (§ 16 Abs. 3 Satz 3 BEEG).
- Endet das Arbeitsverhältnis während der Elternzeit, so endet damit selbstverständlich auch die Elternzeit selbst.
- Stirbt das Kind während der Elternzeit, so endet diese 3 Wochen nach dem Tod des Kindes (§ 16 Abs. 4 BEEG). Eine Zustimmung des Arbeitgebers ist in diesem Fall nicht erforderlich.
- Immer möglich ist eine vorzeitige Beendigung der Elternzeit im beiderseitigen Einvernehmen.

### 3.4 Wie wird die Elternzeit geltend gemacht?

#### 3.4.1 Schriftform

Die Geltendmachung der Elternzeit muss **zwingend schriftlich** erfolgen. Erforderlich ist die Einhaltung der strengen Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB, also eigenhändige Unterzeichnung durch Namensunterschrift. Telefax oder E-Mail reichen nicht aus, sondern führen zur Nichtigkeit des Elternzeitverlangens<sup>36</sup>. Eine Elternzeit ist damit nicht wirksam zustande gekommen.

**Hinweis:** Um Unklarheiten und Risiken zu vermeiden, sollte der Apothekeninhaber das unwirksame Elternzeitverlangen nicht negieren, sondern auf der Einhaltung der strengen Schriftform bestehen. Reagiert der Arbeitnehmer hierauf nicht entsprechend, sollte ihn der Apothekeninhaber auffordern, unverzüglich die Arbeit wieder aufzunehmen<sup>37</sup>.

<sup>35a</sup> BAG, Urteil vom 8.5.2018, NZA 2018, S. 1195 (Rdnr. 18).

<sup>36</sup> BAG, Urteil vom 10.5.2016, NJW 2016, S. 2906 (Rdnr. 15 ff.).

<sup>37</sup> Tillmanns/Mutschler, a.a.O., § 16 BEEG, Rdnr. 5.

### 3.4.2 Anmeldefristen

Die Anmeldefristen für die Elternzeit sind gesplittet.

Soweit es um die Elternzeit bis zum 3. Geburtstag des Kindes geht, muss der Mitarbeiter diese spätestens **7 Wochen vor ihrem Beginn** vom Apothekeninhaber verlangen.

**Beispiel:** Soll die Elternzeit am Freitag, dem 24. April 2020, beginnen, muss sie spätestens am Donnerstag, dem 5. März 2020, angemeldet werden.

Versäumt der Mitarbeiter diese Frist unverschuldet, z.B. wegen einer schweren Erkrankung, und kann er deshalb eine sich unmittelbar an die 8-wöchige Schutzfrist nach der Geburt anschließende Elternzeit nicht rechtzeitig verlangen, so kann er dies innerhalb einer Woche nach Wegfall des Grundes nachholen (§ 16 Abs. 2 BEEG).

**Beispiel:** Die Mitarbeiterin möchte unmittelbar im Anschluss an die 8-wöchige Schutzfrist ab Dienstag, 20. Februar, Elternzeit in Anspruch nehmen. Eine schwere Erkrankung macht es ihr unmöglich, den spätesten Termin für die Anmeldung der Elternzeit (Dienstag, 2. Januar) einzuhalten. Ab 1. Februar ist sie wieder gesund. Sie kann nun bis zum 8. Februar das Elternzeitverlangen nachholen und dann die Elternzeit ab 20. Februar antreten (vgl. im Übrigen zum Verhältnis zwischen Elternzeit und Krankheit unten Abschnitt 3.6.2).

Das schriftliche Verlangen bezüglich der Elternzeit bis zum 3. Geburtstag des Kindes muss auch die Erklärung beinhalten, für **welchen Zeitraum innerhalb von 2 Jahren** der Mitarbeiter Elternzeit nehmen will (§ 16 Abs. 1 Satz 2 BEEG) (s. Vordruckmuster → Anmeldung der Elternzeit). Ansonsten liegt keine wirksame Geltendmachung der Elternzeit vor. Nimmt die Mutter die Elternzeit im Anschluss an die Mutterschutzfrist nach der Geburt, wird die Zeit der Schutzfrist auf den 2-Jahres-Zeitraum angerechnet (§ 16 Abs. 1 Satz 4 BEEG). Damit hat der Gesetzgeber noch deutlicher klargestellt, dass sich die Mutter bezüglich der Elternzeit in den ersten 3 Jahren nach der Geburt nur bis zum 2. Geburtstag des Kindes festlegen muss. Allerdings bleibt es der Arbeitnehmerin unbenommen, auch den Elternzeitanspruch für das 3. Jahr sofort geltend zu machen.

Wenn der Mitarbeiter von dem Rechtsanspruch Gebrauch machen will, bis zu 24 Monate der **Elternzeit zwischen dem 3. Geburtstag und**

**dem vollendeten 8. Lebensjahr** des Kindes zu nehmen (s. hierzu oben Abschnitt 3.3.1), muss er dies schriftlich vom Arbeitgeber **spätestens 13 Wochen vor Elternzeitbeginn** verlangen. Damit soll dem Arbeitgeber mehr Planungssicherheit und mehr Zeit für die eventuelle Einstellung einer Ersatzkraft gegeben werden.

**Achtung:** Bei **Geburten bis 30.6.2015**, bei denen nur bis zu 12 Monate Elternzeit auf die Zeit bis zum 8. Geburtstag des Kindes verschoben werden können, gilt die gleiche Anmeldefrist von 7 Wochen wie bei der Elternzeit bis zum 3. Geburtstag des Kindes.

Die Antragsfristen hat der Gesetzgeber im Interesse des Arbeitgebers geschaffen. Der Apothekeninhaber kann also auf die Einhaltung der Fristen verzichten, mit der Folge, dass der Mitarbeiter die Elternzeit auch noch mit kürzerer Frist beantragen kann.

### 3.4.3 Bindungswirkung des Elternzeitverlangens

Die schriftliche Anmeldung der Elternzeit ist **bindend und nicht widerruflich**; der Mitarbeiter muss also zum angegebenen Zeitpunkt die Elternzeit antreten und über den angemeldeten Zeitraum hinweg durchführen. **Einer Einverständniserklärung des Arbeitgebers zum Antritt der Elternzeit bedarf es nicht**<sup>38</sup>, wenn der Arbeitnehmer unter Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen die Elternzeit wirksam geltend gemacht hat.

### 3.4.4 Aufteilung auf mehrere Zeitabschnitte

Die Elternzeitansprüche der beiden Eltern werden aus Vereinfachungsgründen völlig unabhängig voneinander behandelt. Das jeweilige Arbeitsverhältnis wird für sich betrachtet. Jeder Elternteil kann seine Elternzeit in bis zu 3 Zeitabschnitte – bei Geburten bis 30.6.2015 in bis zu 2 Zeitabschnitte – aufteilen (§ 16 Abs. 1 Satz 6 BEEG); eine Verteilung auf weitere Zeitabschnitte ist nur mit Zustimmung des Arbeitgebers möglich.

**Beispiel:** Die Mitarbeiterin beantragt Elternzeit für die ersten 6 Lebensmonate des Kindes und für die Lebensmonate 13 bis 18 sowie 25 bis 30. Der Arbeitgeber kann allerdings den dritten Abschnitt **aus dringenden betrieblichen Gründen** ablehnen, sofern dieser zwischen dem 3. und

<sup>38</sup> Ständige Rechtsprechung, z.B. BAG, Urteil vom 9.5.2006, NJW 2006, S. 3595 (3596).

dem 8. Geburtstag liegt. Diese Gründe müssen schwerwiegend sein (erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Belange), so dass eine Ablehnung des dritten Abschnitts nur ausnahmsweise möglich ist. Erklärt der Arbeitgeber die Ablehnung nicht innerhalb von 8 Wochen nach Zugang des Antrags, gilt seine Zustimmung als erteilt.

## 3.5 Verlängerung der Elternzeit

Der Mitarbeiter muss sich, wie oben dargestellt (s. Abschnitt 3.4.2), nur für **2 Jahre** festlegen, soweit es die Elternzeit in den ersten 3 Lebensjahren des Kindes betrifft. Damit kann er, wenn er zunächst eine 2-jährige Elternzeit geltend gemacht hat, das noch nicht verbrauchte Jahr der Elternzeit verlangen und unmittelbar im Anschluss an den 2-Jahres-Zeitraum in Anspruch nehmen, ohne dass dem der Arbeitgeber widersprechen könnte. Er muss allerdings auch in diesem Fall die Frist von 7 Wochen vor Beginn des 3. Jahres einhalten.

Hat der Mitarbeiter dagegen „im ersten Anlauf“ z. B. nur ein Jahr Elternzeit angemeldet, kann er nun nicht ohne Weiteres eine Verlängerung um ein weiteres Jahr bis zum 2. Geburtstag des Kindes beanspruchen. Denn er ist nach dem Gesetz für 2 Jahre an den ursprünglich beantragten Zeitraum gebunden. In diesem Fall kann eine Verlängerung nur mit Zustimmung des Arbeitgebers erfolgen. Der Arbeitgeber kann hier aber nicht nach freiem Belieben entscheiden; vielmehr muss er „nach billigem Ermessen“ (§ 315 Abs. 3 Satz 1 BGB) seine Interessen (z. B. wenn er für diesen Zeitraum Personaldispositionen getroffen hat) gegen die Betreuungsinteressen des Mitarbeiters abwägen<sup>39</sup>. Der Arbeitnehmer benötigt lediglich dann keine Zustimmung des Arbeitgebers zur gewünschten Verlängerung, wenn ein vorgesehener Wechsel in der Elternzeit von ihm zu seinem Ehegatten aus einem wichtigen Grund nicht erfolgen kann.

## 3.6 Auswirkungen der Elternzeit auf das Arbeitsverhältnis

### 3.6.1 Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, keine Unterbrechung der Betriebszugehörigkeit; Berechnung der Berufsjahre

Das Arbeitsverhältnis besteht auch während der Elternzeit fort. Es entfallen während dieser

Zeit lediglich die beiderseitigen Hauptpflichten: Die Mitarbeiterin ist also von ihrer Arbeitspflicht befreit, der Apothekeninhaber von der Pflicht zur Gehaltszahlung sowie den damit verbundenen Geld- oder Sachleistungen wie z. B. Gehaltszahlung im Krankheitsfall, Arbeitgeberzuschuss zur Sozialversicherung, vermögenswirksame Leistungen, Essenzuschuss und dergleichen.

Die Nebenpflichten bleiben aber bestehen, z. B. Verschwiegenheitspflicht, Wettbewerbsverbot, usw.

Die **Betriebszugehörigkeit** wird durch die Elternzeit nicht unterbrochen. Wenn es also z. B. um den Zusatzurlaub von einem Werktag nach 5-jähriger ununterbrochener Betriebszugehörigkeit nach § 11 Abs. 3 des Bundesrahmentarifvertrages für Apothekenmitarbeiter (BRTV) geht, wird die Elternzeit voll mitgezählt.

Wie sich Zeiten einer Elternzeit auf die **Berechnung der Berufsjahre nach § 14 BRTV** auswirken, war zwischen den Tarifparteien des BRTV seit der Verlängerung des Erziehungsurlaubs bis zum 3. Geburtstag des Kindes bei Geburten ab 1.1.1992 umstritten. Der BRTV regelt diese Frage seit 1995 ausdrücklich. Danach werden Zeiten einer Elternzeit in Höhe von bis zu 12 Monaten je Kind auf die Berufsjahre angerechnet, insgesamt – also bei mehreren Kindern – jedoch nicht mehr als 2 Jahre (§ 14 Abs. 1 Satz 5). Diese Regelung gilt uneingeschränkt für Erziehungsurlaube bzw. Elternzeiten, die ab dem 1.1.1995, dem Tag des Inkrafttretens des BRTV vom 5.9.1995, begonnen haben. Bei Erziehungsurlauben, die zu diesem Zeitpunkt bereits beendet waren, stellt die Bestandsschutzklausel des § 14 Abs. 6 BRTV sicher, dass die früher angerechneten Zeiträume – nach Auffassung des Arbeitgeberverbandes Deutscher Apotheken waren dies bis zu 18 Monate je Kind ohne eine Gesamtobergrenze – nicht nachträglich gekürzt werden. Nach der hier vertretenen Ansicht muss dies in gleicher Weise für Erziehungsurlaube (Elternzeiten) gelten, die vor dem 1.1.1995 bereits begonnen, zu diesem Zeitpunkt aber noch nicht beendet waren.

Zur Klarstellung ist darauf hinzuweisen, dass die Anrechnung von Zeiten einer Elternzeit auf die Berufsjahre stets voraussetzt, dass ein Arbeitsverhältnis bestand. **Denn ohne Arbeitsverhältnis gibt es keine Elternzeit.**

Richtigerweise sind bei Elternzeiten, die ein Jahr oder länger dauern, die 12 Monate nach § 14 Abs. 1 Satz 5 BRTV als Mindestanrech-

<sup>39</sup> BAG, Urteil vom 18.10.2011, NZA 2012, S. 262 (264).

nungszeitraum zu sehen, der nicht davon abhängt, ob während der Elternzeit Teilzeit gearbeitet (s. dazu unten Abschnitt 3.10) oder ganz mit der Arbeit ausgesetzt wird.

**Beispiel:** Eine Mitarbeiterin arbeitet während der gesamten 3 Jahre Elternzeit wöchentlich 10 Stunden, was einem Viertel der tariflichen Wochenarbeitszeit entspricht. Nach der hier vertretenen Auffassung erhält sie für das erste Elternzeitjahr 12 Monate auf die Berufsjahre angerechnet. Für die beiden weiteren Jahre greift die quotale Anrechnung nach § 14 Abs. 5 b BRTV, so dass der Mitarbeiterin für jedes dieser Jahre 0,25 Berufsjahre angerechnet werden. Für den gesamten Zeitraum der Elternzeit kommt sie somit auf 1,5 Berufsjahre.

**Auf die Dauer einer Berufsausbildung** wird die Elternzeit nicht angerechnet (§ 20 Abs. 1 Satz 2 BEEG). Die Ausbildung verlängert sich also automatisch um den Zeitraum der Elternzeit, so weit dieser in die Ausbildungszeit fällt (vgl. dazu auch Kapitel B 7 „Ausbildungsverträge“, Abschnitt 2.10.1.5).

### 3.6.2 Elternzeit und Krankheit

Weil der Apothekeninhaber während der Elternzeit keine Arbeitsvergütung bezahlen muss, **entfällt** für den Mitarbeiter **auch der Anspruch auf Entgeltfortzahlung**, wenn er während der Elternzeit (und ohne Teilzeitarbeit zu leisten) krank wird. Dies gilt in gleicher Weise, wenn der Mitarbeiter bereits vor Antritt der Elternzeit erkrankt und zum Zeitpunkt des Eintritts der Krankheit die Elternzeit bereits wirksam beim Arbeitgeber geltend gemacht hat<sup>40</sup>.

**Beispiel:** Eine PTA hat am 25. April dem Apothekeninhaber mitgeteilt, dass sie ab 15. Juni Elternzeit in Anspruch nehmen möchte. Am 4. Juni wird sie arbeitsunfähig krank. Die Arbeitsunfähigkeit besteht bis 20. Juli. In diesem Fall erhält die PTA bis zum Beginn der Elternzeit von der Krankenkasse das Mutterschaftsgeld und vom Apothekeninhaber den Zuschuss hierzu, wie wenn sie nicht erkrankt wäre. Ab 15. Juni, dem Beginn der Elternzeit, steht ihr zwar keine Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber zu, jedoch ein Anspruch auf Zahlung von Krankengeld durch die Krankenkasse. Der Beginn und der Lauf der Elternzeit werden in diesem Fall nicht dadurch berührt, dass die PTA vor Beginn der Elternzeit arbeitsunfähig krank wurde.

<sup>40</sup> BAG, Urteil vom 22.6.1988, BB 1989, S. 354 (355).

Wird die Mitarbeiterin, wie in diesem Fall, während der 8-wöchigen Schutzfrist nach der Geburt krank, kann sie sich auch dafür entscheiden, die Elternzeit nicht unmittelbar im Anschluss an diese Schutzfrist anzutreten, sondern erst nach dem Ende ihrer Krankheit. Da sie Elternzeit aber mindestens 7 Wochen vor Beginn vom Arbeitgeber verlangen muss (vgl. oben Abschnitt 3.4.2) und das Ende der Arbeitsunfähigkeit im Allgemeinen nur wenige Tage im Voraus festgestellt werden kann, muss die Mitarbeiterin in einem solchen Fall damit rechnen, dass sie ihre Arbeit im Anschluss an die Gesundung wieder aufnehmen muss, bevor dann die Elternzeit beginnt. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, kann die Mitarbeiterin die Elternzeit ohne Rücksicht auf eine bestehende Arbeitsunfähigkeit für die Zeit im Anschluss an die Schutzfrist verlangen<sup>41</sup>. Sollte sie dann bei Beginn der Elternzeit tatsächlich noch krank sein, steht ihr ein Anspruch auf Krankengeld gegen die Krankenkasse zu.

### 3.6.3 Elternzeit und Sonderzahlung (§ 18 BRTV)

Die nach dem Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter (BRTV) vorgesehene Sonderzahlung wird nicht für Zeiten der Elternzeit bezahlt. Nach § 18 Abs. 5 Satz 1 BRTV ermäßigt sie sich um 1/12 für jeden vollen Monat der genommenen Elternzeit. Für die Kürzung müssen nur volle „Monate“ erfüllt sein, nicht „Kalendermonate“ – im Gegensatz zur gesetzlichen Kürzungsregelung beim Urlaub<sup>42</sup> (s. dazu den folgenden Abschnitt 3.6.4).

**Beispiel 1:** Die Elternzeit beginnt nach Ablauf der Schutzfrist am 5. April und dauert über das Ende des Jahres hinaus an. Die Sonderzahlung für das betreffende Jahr wird in diesem Fall für 8 Monate gekürzt, beträgt also 4/12 der vollen Sonderzahlung. Eine Kürzung für den Monat April ist nicht zulässig, da die Elternzeit nicht den ganzen Monat April umfasst hat.

**Beispiel 2:** Ein Vater nimmt Elternzeit von 16. Juli bis 16. September. Die Sonderzahlung wird für jeden vollen Monat Elternzeit um je 1/12 gekürzt. Dem Mitarbeiter stehen damit in diesem Jahr 10/12 der Sonderzahlung zu. Außerhalb des BRTV gezahlte Sonderzuwendungen, wie z. B. 13. Gehalt, **Weihnachtsgeld**

<sup>41</sup> BAG, Urteil vom 17.10.1990, BB 1991, S. 414.

<sup>42</sup> So auch Fichtel/Mettang, Kommentar zum Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter (BRTV), 13. Aufl., Stand Juni 2017, § 2 Rdnr. 20.

oder **Gratifikationen**, können für Zeiträume der Elternzeit vom Arbeitgeber grundsätzlich ebenfalls gekürzt werden, soweit sie auch oder nur Entgelt für geleistete Arbeit darstellen und nicht ausschließlich die Betriebstreue belohnen sollen. Bei diesen einzelvertraglichen Sonderleistungen ist aber Voraussetzung für die Möglichkeit der Kürzung, dass diese zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart ist. Nähere Erläuterungen hierzu gibt das Kapitel B 10 „Sonderformen der Vergütung und Sonderleistungen des Arbeitgebers“.

**Hinweis:** Im Arbeitsvertrag sollte bei anderen Zuwendungen als der Sonderzahlung nach dem BRTV stets festgelegt werden, ob die Zuwendung für Zeiträume der Elternzeit gekürzt werden kann (vgl. Kapitel B 2 „Allgemeine Arbeitsverträge“, → Außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 4.3).

## 3.6.4 Elternzeit und Jahresurlaub

### 3.6.4.1 Kürzung des Urlaubs

Eine ähnliche Lösung, wie sie die Tarifparteien für die Sonderzahlung vereinbart haben, sieht das Gesetz für den Jahresurlaub vor: **Für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit kann der Jahresurlaub um 1/12 gekürzt werden** (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG). Der Urlaubsanspruch sollte in folgenden 2 Schritten berechnet werden:

- Ermittlung der Höhe des Urlaubsanspruchs ohne Berücksichtigung der Elternzeit;
- Kürzung dieses Anspruchs um 1/12 für jeden vollen Kalendermonat.

**Beispiel:** Der approbierten Mitarbeiterin stehen für 2017 34 Werkstage Urlaub zu. Sie entbindet am 7.7.2017 und tritt die Elternzeit am 2.9.2017 unmittelbar im Anschluss an die Schutzfrist an. Der Urlaubsanspruch wird nur für die Monate Oktober, November und Dezember gekürzt, also um 3/12. Eine Kürzung für September kann nicht erfolgen, da die Elternzeit nicht den vollen Kalendermonat September gedauert hat.

Ergebnis daher: 34 Werkstage minus 8,5 Werkstage = 25,5 Werkstage. Die Mitarbeiterin hat also (aufgerundet) im Jahr 2017 26 Werkstage Urlaub zu beanspruchen.

Die **Kürzung des Urlaubs** erfolgt **nicht automatisch**. Der Arbeitgeber muss vielmehr erklären, dass er von der Kürzungsmöglichkeit Gebrauch machen will. Auch wenn eine stillschweigende Urlaubskürzung rechtlich nicht ausgeschlossen

ist, ist dringend zu empfehlen, die Kürzung ausdrücklich und **schriftlich** auszusprechen. Diese Erklärung kann vor, während und nach dem Ende der Elternzeit erfolgen, sie muss aber jedenfalls noch **während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses** abgegeben werden<sup>43</sup>. Endet das Arbeitsverhältnis auf Wunsch des Mitarbeiters mit dem Ende der Elternzeit, wäre eine erst nach Beendigung erklärte Kürzung des Urlaubs verspätet, und der Arbeitgeber müsste den Urlaub finanziell abgelten.

Voraussetzung für die Kürzungsbefugnis ist aber, dass der Mitarbeiter die Elternzeit nach Umfang und zeitlicher Lage konkret geltend gemacht hat. Eine „vorbeugende“ Kürzung des Urlaubs, bevor überhaupt feststeht, ob und für wann Elternzeit beansprucht wird, hat keinerlei rechtliche Wirkung<sup>44</sup>. Es empfiehlt sich daher, dem Mitarbeiter gleich nach der Beantragung der Elternzeit schriftlich mitzuteilen, dass entsprechend der gesetzlichen Kürzungsmöglichkeit der Urlaub für jeden vollen Kalendermonat der beantragten Elternzeit um 1/12 gekürzt wird. Diese Erklärung sollte sinnvollerweise mit der Bestätigung der Elternzeit verbunden werden (s. Vordruckmuster → Bestätigung der Elternzeit und Kürzung des Erholungsurlaubs).

### 3.6.4.2 Übertragung nicht genommenen Urlaubs

Häufig erhält die Arbeitnehmerin den ihr zustehenden Urlaub vor dem Beginn der Elternzeit nicht oder nicht vollständig. In diesem Fall hat der Apothekeninhaber nach § 17 Abs. 2 BEEG den Resturlaub nach der Elternzeit im dann laufenden oder darauf folgenden Urlaubsjahr zu gewähren.

Diese Vorschrift ergänzt § 24 Satz 2 MuSchG. Danach wird Urlaub, den die Schwangere vor Beginn der Beschäftigungsverbote nicht mehr nehmen konnte, vollständig in das Jahr übertragen, in dem die Schutzfristen nach der Geburt enden, sowie in das darauffolgende Kalenderjahr. Durch Inanspruchnahme der Elternzeit erfolgt eine weitere Übertragung bis in das Jahr, in dem die Elternzeit endet, sowie in das gesamte Kalenderjahr danach.

**Beispiel:** Im obigen Beispiel hat die Mitarbeiterin von ihren 26 Werktagen Urlaub 18 vor Beginn der Schutzfrist vor der Geburt genommen.

<sup>43</sup> BAG, Urteil vom 19.5.2015, NZA 2015, S. 989 (Rdnr. 21).

<sup>44</sup> BAG, Urteil vom 19.3.2019, NZA 2019, S. 1136 (Rdnr. 35).

Der verbleibende Rest von 8 Urlaubstagen wird auf die Zeit nach der Elternzeit übertragen. Unter der Annahme, dass die Elternzeit in vollem Umfang genommen wird, also bis zum 6.7.2020 dauert (= 1 Tag vor dem 3. Geburtstag des Kindes), ist der Mitarbeiterin der Resturlaub von 8 Tagen aus 2017 im Jahr 2020 oder 2021 zu gewähren. Dieser Resturlaub verfällt grundsätzlich am 31.12.2021. Wenn dringende betriebliche oder persönliche Gründe vorliegen (z.B. Krankheit der Mitarbeiterin), wird der Resturlaub jedoch in das Folgejahr – im vorstehenden Beispiel 2022 – übertragen und muss dann bis 31. März abgewickelt werden<sup>45</sup>. Überschneidet sich allerdings die 1. Elternzeit mit einer 2. Elternzeit nach Geburt eines weiteren Kindes, verfällt der aufgrund der 1. Elternzeit übertragene Urlaub nicht. Vielmehr wird dieser restliche Alturlaub, der (ausschließlich) wegen einer unmittelbar anschließenden weiteren Elternzeit nicht genommen werden kann, auf die Zeit nach der 2. Elternzeit übertragen<sup>46</sup>.

**Beispiel:** Die Mitarbeiterin im obigen Beispiel bekommt am 20.5.2019 ihr 2. Kind und verlangt für dieses – während der 1. Elternzeit – eine 2. Elternzeit bis 19.5.2022. Der noch offene Resturlaub von 8 Tagen aus 2017 wird dadurch ins Jahr 2022 oder 2023 übertragen.

Das Gesetz regelt auch den umgekehrten Fall: Hat der Arbeitnehmer vor dem Beginn der Elternzeit mehr Urlaub erhalten als ihm zusteht, kann der Apothekeninhaber den zu viel gewährten Urlaub nach der Elternzeit vom Jahresurlaub abziehen (§ 17 Abs. 4 BEEG).

Die Gewährung eines noch bestehenden Resturlaubs nach der Elternzeit setzt voraus, dass das Arbeitsverhältnis im Anschluss an die Elternzeit fortgesetzt wird. Ist dies nicht der Fall oder hat das Arbeitsverhältnis während der Elternzeit bereits geendet, so hat der Arbeitgeber den noch nicht gewährten Resturlaub **in Geld abzugelten** (§ 17 Abs. 3 BEEG).

**Hinweis:** Wenn der Mitarbeiter während der Elternzeit Teilzeit arbeitet, kommt weder eine Kürzung des Urlaubs in Betracht noch bedarf es einer Übertragung des Urlaubs auf den Zeitraum nach der Elternzeit (s. dazu unten Abschnitt 3.10.5).

<sup>45</sup> BAG, Urteil vom 15.12.2015, NZA 2016, S. 433 (Rdnr. 19 ff.).

<sup>46</sup> BAG, Urteil vom 20.5.2008, NZA 2008, S. 1237 (1239 ff.).

### 3.7 Kündigungsschutz während der Elternzeit

Der Arbeitgeber darf während der Elternzeit grundsätzlich nicht kündigen (§ 18 Abs. 1 BEEG). Dieses Kündigungsverbot gilt für jede Kündigung des Arbeitgebers, also für die ordentliche, die außerordentliche und die Änderungskündigung sowie die Kündigung in der Probezeit. Es schützt alle Arbeitnehmer, auch Minijobber, Aushilfskräfte und befristet Beschäftigte sowie PKA-Auszubildende, PTA-Praktikanten und Pharmazeuten im Praktikum. Das Kündigungsverbot gilt unabhängig von der Betriebsgröße, also auch in Kleinbetrieben.

Kommt es während einer noch laufenden Elternzeit zu einer weiteren Schwangerschaft, wird insoweit der Kündigungsschutz nach dem Mutterschutzgesetz erneut in Gang gesetzt. Für die Mitarbeiterin besteht in diesem Fall demgemäß aufgrund von 2 unterschiedlichen Tatbeständen ein absoluter Kündigungsschutz.

#### 3.7.1 Beginn des Kündigungsschutzes

Der Kündigungsschutz besteht nicht erst mit Antritt der Elternzeit, sondern bereits **ab dem Zeitpunkt**, in dem die Elternzeit **verlangt** worden ist, **jedoch frühestens 8 bzw. 14 Wochen vor Beginn der Elternzeit**.

Die Frist von **8 Wochen** gilt bei **Geburten bis 30.6.2015** generell. Bei **Geburten ab 1.7.2015** gilt sie für Elternzeitanträge bis zum 3. Geburtstag des Kindes, während bei Anmeldung von Elternzeit zwischen dem 3. Geburtstag und dem vollendeten 8. Lebensjahr der Kündigungsschutz frühestens **14 Wochen** vor Elternzeitbeginn einsetzt. Damit wird der verlängerten Anmeldefrist von 13 Wochen für diese Elternzeit Rechnung getragen.

Für weibliche Mitarbeiter hat diese Vorverlegung des Kündigungsschutzes keine Bedeutung, wenn diese die Elternzeit – wie im Regelfall – unmittelbar im Anschluss an die Schutzfrist antreten und damit vor der Elternzeit ohnehin nicht gekündigt werden können. Dagegen sind durch die Vorverlegung des Kündigungsverbots männliche Mitarbeiter besser geschützt, die die Elternzeit in Anspruch nehmen wollen.

#### 3.7.2 Ende des Kündigungsschutzes

Der Kündigungsschutz **besteht bis zum letzten Tag der Elternzeit**. Es spielt dabei keine Rolle, aus welchem Grund die Elternzeit endet, ob sie

wie ursprünglich beantragt durchgeführt oder – weswegen auch immer – vorzeitig zu Ende geht. Wenn die Elternzeit in mehreren Zeitabschnitten genommen wird, endet der Kündigungsschutz mit dem Ende eines Abschnitts und beginnt mit der Anmeldung eines weiteren Abschnitts von neuem. In der Phase zwischen den Zeitabschnitten besteht also kein Kündigungsschutz. Zu Aspekten des **Kündigungsschutzes bei Teilzeitbeschäftigte** s. unten **Abschnitt 3.10.6**.

Der Arbeitgeber kann das Arbeitsverhältnis erstmals wieder am Tag nach Ablauf der Elternzeit kündigen, wobei er die für die Mitarbeiterin jeweils geltenden Kündigungsfristen einzuhalten hat.

**Beispiel:** Die Elternzeit einer Mitarbeiterin, deren Arbeitsverhältnis aufgrund ihrer Betriebszugehörigkeit nur unter Einhaltung einer Frist von 3 Monaten zum Monatsende gekündigt werden kann, endet am 12. Oktober. Der Apothekeninhaber kann dieser Mitarbeiterin daher ab 13. Oktober kündigen, allerdings nur unter Einhaltung der 3-monatigen Frist, d.h. zum 31. Januar des Folgejahres. Maßgebend ist stets der Tag des Zugangs der Kündigung.

### 3.7.3 Ausnahme vom Kündigungsverbot

Ähnlich wie bei einer Arbeitgeberkündigung während der Schwangerschaft (s. oben Abschnitt 2.13.7) kann auch eine Kündigung während der Elternzeit durch die zuständige Behörde – im Regelfall das Gewerbeaufsichtsamt bzw. die Behörde für Arbeitsschutz – in besonderen Fällen ausnahmsweise für zulässig erklärt werden (§ 18 Abs. 1 Sätze 4, 5 BEEG). Die Zustimmung der Behörde muss vor Ausspruch der Kündigung vorliegen. Durch eine Verwaltungsvorschrift ist näher bestimmt worden, in welchen besonderen Fällen ausnahmsweise eine Kündigung für zulässig erklärt werden kann, z.B. bei besonders schweren Verstößen des Arbeitnehmers gegen arbeitsvertragliche Pflichten oder wenn durch die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses nach Ende der Elternzeit die wirtschaftliche Existenz des Arbeitgebers gefährdet werden würde. Ein besonderer Fall ist nach nahezu einhelliger Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte und des BAG auch gegeben, wenn der Betrieb dauerhaft stillgelegt wird und der Arbeitnehmer nicht in einem anderen Betrieb des Unternehmens wei-

terbeschäftigt werden kann (Filialverbund!)<sup>47</sup>. Wenn daher eine Apotheke geschlossen werden muss und sich kein Betriebsnachfolger findet, wird die Kündigung eines in Elternzeit befindlichen Arbeitnehmers von der Behörde genehmigt.

### 3.8 Beendigungsmöglichkeiten der Mitarbeiterin

Ähnlich wie eine Mitarbeiterin während der Schwangerschaft ihr Arbeitsverhältnis selbst kündigen kann, kann sie dies auch während der Elternzeit tun. Sie muss dabei die für sie geltenden gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfristen beachten. Mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses endet selbstverständlich auch die Elternzeit.

Neben dem allgemeinen Kündigungsrecht und unabhängig hiervon hat die Mitarbeiterin während der Elternzeit ein **Sonderkündigungsrecht**. Nach § 19 BEEG kann sie das Arbeitsverhältnis auch zum Ende der Elternzeit kündigen, allerdings nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 3 Monaten.

**Beispiel:** Die Elternzeit endet am 18. Mai. Die Mitarbeiterin kann das Arbeitsverhältnis spätestens am 18. Februar mit Wirkung zum Ende der Elternzeit am 18. Mai kündigen. Die Kündigung bedarf keiner Begründung.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer können das Arbeitsverhältnis während der Elternzeit auch jederzeit durch einen Aufhebungsvertrag einvernehmlich lösen.

### 3.9 Anspruch auf Änderung der Arbeitszeit nach Ende der Elternzeit?

Das Gesetz räumt dem Mitarbeiter ausdrücklich das Recht ein, nach der Elternzeit zu der **Arbeitszeit** zurückzukehren, die er vor Beginn der Elternzeit hatte (§ 15 Abs. 5 Satz 4 BEEG). Dies beinhaltet nicht zwingend das Recht, auch genau wieder an dem alten Arbeitsplatz tätig zu sein. Der Arbeitgeber ist vielmehr berechtigt, dem Mitarbeiter nach Ende der Elternzeit im Rahmen seines Direktionsrechts und des vertraglich festgelegten Aufgabengebiets einen anderen Arbeitsplatz zuzuweisen.

Viele Mütter wollen allerdings nach dem Ende der Elternzeit nicht mehr in dem Umfang arbeiten, wie sie es vor der Schwangerschaft getan

<sup>47</sup> BAG, Urteil vom 20.1.2005, NZA 2005, S. 687 (688); BVerwG, Urteil vom 30.9.2009, NJW 2010, S. 2074 (2075).

haben. Sie möchten damit ihrer geänderten zeitlichen Beanspruchung durch Kind und Familie Rechnung tragen sowie die privaten und beruflichen Interessen besser miteinander in Einklang bringen.

Besteht bei einer Apothekenmitarbeiterin der Wunsch nach einer kürzeren Arbeitszeit als vor der Schwangerschaft, sollte sie hierüber **rechtzeitig vor dem Ende der Elternzeit mit dem Apothekeninhaber sprechen**. Meldet sich die Mitarbeiterin nicht rechtzeitig beim Apothekeninhaber, so sollte dieser die Initiative ergreifen und möglichst 4 Monate vor dem Ende der Elternzeit mit der Mitarbeiterin Kontakt aufnehmen, um die Fortführung des Arbeitsverhältnisses mit ihr zu klären. Erfolgt die Klärung nicht und versäumt die Mitarbeiterin auch die 3-Monats-Frist zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum Ende der Elternzeit, muss sie grundsätzlich nach Ende der Elternzeit ihre Arbeit wieder in gleichem Umfang aufnehmen wie vor der Elternzeit.

Allerdings kann sich aus dem **Teilzeit- und Befristungsgesetz** (TzBfG) ein **Anspruch** des Arbeitnehmers auf **Verringerung seiner Arbeitszeit nach Ablauf der Elternzeit** ergeben. Der Anspruch besteht aber **nur**, wenn der Arbeitgeber – ohne Berücksichtigung der Personen in Berufsausbildung, aber bei voller Zählung der Teilzeitkräfte – **mindestens 16 Arbeitnehmer beschäftigt**. Die Regelung bezieht sich nicht auf den Betrieb, sondern auf das Unternehmen; bei einem Filialverbund werden also im Regelfall die Mitarbeiter sämtlicher Filialen mitgezählt. Ist die Zahl 16 erreicht, kann der Mitarbeiter eine Verringerung seiner Arbeitszeit verlangen, wenn der Arbeitgeber nicht entgegenstehende betriebliche Gründe ins Feld führen kann. Der Arbeitnehmer muss die Arbeitszeitverringerung und den gewünschten Umfang spätestens 3 Monate vor Beginn geltend machen. Hat der Arbeitgeber die Arbeitszeitverringerung nicht spätestens einen Monat vor dem gewünschten Beginn schriftlich abgelehnt, verringert sich die Arbeitszeit automatisch in dem vom Arbeitnehmer gewünschten Umfang (vgl. hierzu Kapitel B 3 „Teilzeit-Arbeitsverträge“, Abschnitt 6.3.2). Hat der Betrieb dagegen – wie sehr viele Apotheken – **nicht mehr als 15 Beschäftigte, kann der Mitarbeiter nicht verlangen, nach Ende der Elternzeit kürzer zu arbeiten**.

Möchte die Mitarbeiterin nach Ablauf der Elternzeit ihre frühere Vollzeitstelle wegen der Kinderbetreuung nicht wieder besetzen und

kann ihr der Apothekeninhaber keine Teilzeitstelle anbieten, muss die Mitarbeiterin – mit der Frist von 3 Monaten zum Ende der Elternzeit – das Arbeitsverhältnis selbst kündigen. Dies könnte Bedenken auslösen im Hinblick auf § 159 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III. Danach tritt eine **Sperrzeit beim Arbeitslosengeld** ein, wenn der Arbeitslose das Beschäftigungsverhältnis gelöst und hierdurch ohne wichtigen Grund vorsätzlich oder grob fahrlässig die Arbeitslosigkeit herbeigeführt hat.

Jedoch hat die Mitarbeiterin einen wichtigen Grund für die Aufgabe ihrer Vollzeitbeschäftigung – sei es durch Eigenkündigung oder Unterzeichnung eines Aufhebungsvertrags –, da sie aus anerkennenswerten persönlichen Gründen nicht mehr Vollzeit arbeiten und andererseits ihre bisherige Beschäftigung nicht in Teilzeitform weiterführen kann. Die Mitarbeiterin muss bei der Antragstellung für das Arbeitslosengeld insoweit gegenüber der Agentur für Arbeit dokumentieren können, dass sie sich erfolglos um eine Teilzeitbeschäftigung bemüht hat. Eine Sperrfrist wird dann nicht verhängt werden.

### 3.10 Teilzeitarbeit während der Elternzeit

#### 3.10.1 Zulässiger Umfang der Teilzeitarbeit

Erwerbstätigkeit ist während der Elternzeit zulässig, wenn die **wöchentliche Arbeitszeit 30 Stunden im Durchschnitt des Monats bzw. bei Geburten ab 1.9.2021 32 Wochenstunden nicht übersteigt** (§ 15 Abs. 4 Satz 1 BEEG). Nehmen beide Eltern die Elternzeit in Anspruch, können sie zusammen bis zu 60 Stunden bzw. 64 Stunden pro Woche arbeiten. Die Höchstzahl von 30 bzw. 32 Stunden pro Elternteil darf jedoch nicht, auch nicht geringfügig, überschritten werden.

Die Ausübung der gleichen Tätigkeit wie bisher als Teilzeitarbeit **beim eigenen Arbeitgeber** ist richtigerweise nicht als ein weiteres selbständiges Arbeitsverhältnis anzusehen, das neben das ruhende Arbeitsverhältnis tritt, sondern als Modifizierung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses<sup>48</sup>. Die Parteien vereinbaren, für einen befristeten Zeitraum die Stundenzahl und damit auch die Vergütung zu reduzieren. Damit besteht weiter ein einheitliches Arbeitsverhältnis. Mit dem Ablauf der vereinbarten Zeit, spätestens mit dem Ende der Elternzeit, leben die arbeitsvertraglichen Pflichten im ursprünglichen Umfang wieder auf, und die Teilzeittätig-

<sup>48</sup> BAG, Urteil vom 22.10.2008, NZA 2009, S. 962 (964).

keit endet, ohne dass es einer weiteren Erklärung der Parteien bedürfte.

**Hinweis:** Um der Gefahr von Meinungsverschiedenheiten zu begegnen, sollte in jedem Falle eine **eindeutige schriftliche Vereinbarung** getroffen werden, etwa wie folgt: „Für die Dauer der Elternzeit (alternativ: Für den Zeitraum vom ... bis ...) wird die wöchentliche Arbeitszeit von 40 auf 15 Stunden reduziert. Anschließend gilt wieder die Arbeitszeit von 40 Stunden.“

## 3.10.2 Anspruch auf Teilzeitarbeit während der Elternzeit in Betrieben mit mindestens 16 Mitarbeitern

Die Möglichkeit zur Ausübung einer Teilzeitbeschäftigung während der Elternzeit (s. dazu vorstehenden Abschnitt 3.10.1) beim eigenen Arbeitgeber besagt noch nicht, dass der Arbeitnehmer auch einen dahingehenden Anspruch gegen seinen Arbeitgeber hat. Keinen Anspruch auf Teilzeittätigkeit gibt es, soweit die Apotheke **nicht mehr als 15 Mitarbeiter** beschäftigt. In Apotheken bis zu dieser Mitarbeiterzahl kann der Apothekeninhaber also nach seinen betrieblichen Erfordernissen entscheiden, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eine Teilzeitarbeit seines Mitarbeiters während der Elternzeit für ihn von Nutzen ist.

In Apotheken **mit mindestens 16 Mitarbeitern** besteht allerdings **grundsätzlich ein Rechtsanspruch** des Arbeitnehmers **auf Teilzeitarbeit während der Elternzeit**, also ein Anspruch auf Vertragsänderung. Bei der Ermittlung der Zahl der Mitarbeiter werden Auszubildende, PTA- und Pharmaziepraktikanten nicht mitgezählt. Hingegen zählen Teilzeitkräfte voll und nicht nur anteilig nach ihrer Arbeitszeit. Dies bedeutet, dass auch geringfügig Beschäftigte, die arbeitsrechtlich bekanntlich Teilzeitkräfte sind (so ausdrücklich § 2 Abs. 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz) voll mitgezählt werden. Bei Filialverbünden ist die Zahl von 16 Beschäftigten schnell erreicht, da wie beim Teilzeitanspruch nach § 8 TzBfG (s. oben Abschnitt 3.9) auf das Unternehmen, nicht den Betrieb abgestellt werden muss.

### 3.10.2.1 Voraussetzungen

**Arbeitszeitverringerung im Einvernehmen:** Der Gesetzgeber setzt in der Frage der Teilzeitarbeit zunächst auf eine Einigung zwischen den

beiden Arbeitsvertragsparteien (§ 15 Abs. 5 BEEG). Der Arbeitnehmer wünscht vom Arbeitgeber eine Verringerung seiner Arbeitszeit. Die beiden Parteien sollen sich binnen 4 Wochen hierüber einigen. Gelingt eine Einigung, wird damit das Arbeitsverhältnis für einen befristeten Zeitraum in beiderseitigem Einvernehmen geändert. In diesem sog. **Konsensverfahren** können die Parteien im Übrigen von der Untergrenze für den gesetzlichen Elternteilzeitan spruch von 15 Wochenstunden (s. dazu die folgenden Ausführungen) nach unten abweichen und z. B. einen Minijob vereinbaren<sup>49</sup>.

**Rechtsanspruch auf Arbeitszeitverringerung:** Kommt eine Einigung nicht zustande, kann der Arbeitnehmer das „**Anspruchsverfahren**“ nach § 15 Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 7 BEEG einleiten, indem er dem Arbeitgeber ein annahmefähiges Angebot auf Verringerung und ggf. Verteilung der verringerten Arbeitszeit unterbreitet und sich dabei auf seinen Teilzeitanspruch beruft<sup>50</sup>. Neben der **Mindestzahl von 16 Mitarbeitern** müssen hierfür folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers in dieser Apotheke muss ohne Unterbrechung länger als 6 Monate bestehen.
- Der Zeitraum, für den die verkürzte Arbeitszeit gelten soll, muss mindestens 2 zusammenhängende Monate umfassen.
- Die angestrebte wöchentliche Arbeitszeit muss **im Durchschnitt des Monats** mindestens 15 und darf höchstens 30 Wochenstunden (bei ab 1.9.2021 geborenen Kindern 32 Wochenstunden) betragen.

– Der Mitarbeiter muss sein Verlangen nach Teilzeitarbeit bzw. nach Verringerung der Arbeitszeit spätestens **7 Wochen vor Beginn** der Teilzeitarbeit schriftlich gegenüber dem Apothekeninhaber geltend gemacht haben.

Betrifft **bei Geburten ab 1.7.2015** der Anspruch auf Teilzeit eine Elternzeit **zwischen dem 3. Geburtstag und dem vollendeten 8. Lebensjahr**, muss die Teilzeittätigkeit **13 Wochen** vor ihrem Beginn schriftlich angemeldet werden. Beim Teilzeitwunsch bis zum 3. Geburtstag des Kindes bleibt es auch bei Geburten ab 1.7.2015 bei der Frist von 7 Wochen. Damit können die Anmeldung der Elternzeit (s. dazu oben Abschnitt 3.4) und der Antrag auf Teilzeit gleichzeitig erfolgen. Andererseits darf der Mitarbeiter den Teilzeitantrag

<sup>49</sup> Tillmanns/Mutschler, a.a.O., § 15 BEEG, Rdnr.39.

<sup>50</sup> BAG, Urteil vom 19.2.2013, NZA 2013, S. 907 (Rdnr. 15).

auch nicht verfrüht stellen, d.h. bevor er überhaupt die Elternzeit an sich verlangt hat. Ein verfrühter Antrag hat keine Rechtswirkung; der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, auf einen verfrüht gestellten Antrag auf Elternzeit zu reagieren<sup>51</sup>.

Der Mitarbeiter muss zum Zweck einer besseren Planbarkeit für den Arbeitgeber konkrete Angaben zu Beginn und Umfang der Teilzeit-tätigkeit bereits im Antrag mitteilen. Ferner soll er **auch die gewünschte Verteilung** der verringerten Arbeitszeit im Antrag angeben (§ 15 Abs. 7 Sätze 2 und 3 BEEG).

- Dem Anspruch dürfen **keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen**.

### 3.10.2.2 Insbesondere: kein Entgegenstehen dringender betrieblicher Gründe

Inwieweit diese Voraussetzung im Einzelfall erfüllt ist, muss nach der Art des Arbeitsplatzes, nach den Möglichkeiten für den Arbeitgeber, eine geeignete Ersatzkraft zu finden, und nach weiteren betrieblichen Gegebenheiten entschieden werden. Die entgegenstehenden betrieblichen Interessen, für die der Arbeitgeber in vollem Umfang darlegungs- und beweispflichtig ist, müssen **von erheblichem Gewicht** sein. Sie müssen sich gleichsam als zwingende Hindernisse für den Teilzeitwunsch darstellen<sup>52</sup>. Dringende betriebliche Gründe in diesem Sinne liegen u.a. dann vor, wenn der Arbeitsplatz nicht teilbar oder die gewünschte Teilzeitarbeit mit den betrieblichen Arbeitszeitmodellen unvereinbar ist. In diesen Fällen prüft das Bundesarbeitsgericht anhand eines dreistufigen Prüfungsschemas, ob (1) der Arbeitgeber für die von ihm gewollte Arbeitszeitregelung ein schlüssiges Organisationskonzept hat, das (2) dem Teilzeitwunsch des Arbeitnehmers tatsächlich entgegensteht und ob (3) die vom Arbeitgeber behaupteten betrieblichen Gründe so gewichtig sind, dass sie die Interessen der Arbeitnehmerin an der Teilzeitbeschäftigung während der Elternzeit überwiegen<sup>53</sup>. Dabei wird vom Arbeitgeber grundsätzlich erwartet, dass er die mit einer elternzeitbedingten Abwesenheit des Arbeitnehmers verbundenen betrieblichen Schwierigkeiten bewältigt und die aus seiner Sicht erforderlichen Überbrückungs-

maßnahmen trifft. Deshalb sind bloße Störungen im Arbeitsablauf keine ausreichenden betrieblichen Gründe.

Ein **dringender betrieblicher Grund** kann sich vor allem auch daraus ergeben, dass **für eine Beschäftigung des Arbeitnehmers während seiner Elternzeit kein Bedarf besteht**<sup>54</sup>. Dem Arbeitgeber wird gesetzlich nicht zugemutet, den Arbeitnehmer trotz fehlenden Beschäftigungsbedarfs (allein) wegen der Elternzeit als Teilzeitkraft zu beschäftigen. Bei der Prüfung einer Beschäftigungsmöglichkeit sind nur freie Arbeitsplätze zu berücksichtigen.

Auf einen dringenden betrieblichen Grund gegenüber einem Antrag auf Elternzeit kann sich der Arbeitgeber auch berufen, wenn er für die Dauer der Elternzeit eine **Vertretung** eingesetzt hat, die nicht bereit ist, ihre Arbeitszeit zu verringern und andere Beschäftigungsmöglichkeiten nicht vorhanden sind<sup>55</sup>.

Mit dem Wunsch des Mitarbeiters nach Verringerung der Arbeitszeit ist in der Regel gerade in der Elternzeit zwangsläufig der Wunsch nach einer bestimmten **Verteilung der verringerten Arbeitszeit** verbunden. Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass dem Arbeitgeber auch zur Abwehr des Wunsches nach einer bestimmten Verteilung der Arbeitszeit dringende betriebliche Gründe zur Seite stehen müssen. Aus Sicht des Arbeitnehmers seien Dauer und Lage der Arbeitszeit regelmäßig aufs Engste verknüpft. Sei der Arbeitnehmer wegen seiner familiären Einbindung und der Verfügbarkeit einer Betreuung des Kindes durch Dritte während seiner Abwesenheit auf eine bestimmte Lage seiner Arbeitszeit angewiesen, so gebüre seinen Interessen regelmäßig der Vorrang<sup>56</sup>.

### 3.10.2.3 Anspruch auf zweimalige Arbeitszeitverringerung

Der Arbeitnehmer kann während der Gesamtdauer der Elternzeit den Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit insgesamt **zweimal** geltend machen. Nach dem BAG ist eine im Konsensverfahren (§ 15 Abs. 5 BEEG, s. dazu oben Abschnitt 3.10.2.1) einvernehmlich getroffene Regelung zur Elternteilzeit nicht auf den Anspruch auf zweimalige Verringerung der Arbeitszeit (§ 15 Abs. 6 und 7 BEEG) anzurechnen<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> BAG, Urteil vom 5.6.2007, NZA 2007, S. 1352 (Rdnr. 31 ff.).

<sup>52</sup> BAG, Urteil vom 11.12.2018, NZA 2019, S. 616 (Rdnr. 27).

<sup>53</sup> BAG, Urteil vom 15.12.2009, NZA 2010, S. 447 (Rdnr. 50 ff.).

<sup>54</sup> BAG, Urteil vom 19.4.2005, NZA 2005, S. 1354 (1356 f.).

<sup>55</sup> BAG, Urteil vom 9.5.2006, NJW 2006, S. 3595 (3598 f.).

<sup>56</sup> BAG, Urteil vom 19.2.2013, NZA 2013, S. 907 (Rdnr. 19 ff.).

**Hinweis:** Wenn der Arbeitgeber vermeiden möchte, dass gegen seinen Willen die Arbeitszeit während der Gesamtdauer der Elternzeit mehr als zweimal verringert wird, darf er sich folglich mit dem Arbeitnehmer nicht schon im Konsensverfahren einigen. Er sollte vielmehr den Arbeitnehmer auffordern, seinen gesetzlichen Verringerungsanspruch geltend zu machen. Wenn dann in diesem „Anspruchsverfahren“ eine Einigung erfolgt, ist diese laut BAG auf den Anspruch auf zweimalige Verringerung anzurechnen<sup>58</sup>.

Die Reduzierung bezieht sich immer auf die ursprüngliche Arbeitszeit, die vor der Elternzeit gegolten hat. Die gewünschte Arbeitszeit bei der 2. Geltendmachung muss also nicht kürzer sein als in der 1. Teilzeitphase. Vielmehr kann etwa eine Vollzeitkraft z.B. für den 1. Zeitraum eine Verringerung ihrer Arbeitszeit auf 20 Wochenstunden und für den 2. Zeitraum auf 30 Wochenstunden verlangen, die Teilzeit also bis zum gesetzlich erlaubten Maß erhöhen.

### 3.10.2.4 Ablehnung des Anspruchs

Wenn der Apothekeninhaber den vom Mitarbeiter geltend gemachten Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit und deren Verteilung **ablehnen** will, muss er dies fristgerecht **mit schriftlicher Begründung** tun. In dieser Begründung müssen die dringenden betrieblichen Gründe dargelegt werden, die dem Teilzeitwunsch des Mitarbeiters entgegenstehen. Das Ablehnungsschreiben muss vom Arbeitgeber eigenhändig unterzeichnet sein (Schriftform nach § 126 Abs. 1 BGB).

**Geburten bis 30.6.2015:** Die Frist für die Ablehnung des Teilzeitwunsches beträgt **4 Wochen**. Dies gilt auch für Teilzeitanträge zwischen dem 3. und 8. Geburtstag des Kindes. Der Mitarbeiter seinerseits kann, soweit der Apothekeninhaber der Verkürzung der Arbeitszeit nicht zustimmt, Klage vor dem Arbeitsgericht erheben. Das Gleiche gilt, wenn der Arbeitgeber innerhalb der 4-Wochen-Frist nicht oder nicht schriftlich reagiert. Aus einer fehlenden Reaktion des Arbeitgebers ergibt sich also nicht, dass sich die Arbeitszeit automatisch, wie vom Arbeitnehmer gewünscht, verringert. Der Ar-

beitnehmer ist in jedem Fall auf den Klageweg verwiesen.

**Geburten ab 1.7.2015:** Hier hat der Gesetzgeber die Reaktionsfristen des Arbeitgebers gesplittet: Betrifft der Antrag auf Verringerung der Arbeitszeit die Elternzeit **zwischen der Geburt und dem 3. Geburtstag** des Kindes, beträgt die Frist für die Ablehnung des Antrags **4 Wochen** ab Zugang. Will der Arbeitgeber einen Teilzeitantrag des Mitarbeiters in einer Elternzeit **zwischen dem 3. Geburtstag und dem vollendeten 8. Lebensjahr** des Kindes ablehnen, hat er hierfür ab Zugang des Antrags **8 Wochen** Zeit. Neu eingeführt wurde eine sog. **Zustimmungsfiktion**: Anders als bei Geburten bis 30.6.2015 gilt die Zustimmung des Arbeitgebers zur beantragten Verringerung der Arbeitszeit und zur Verteilung der Arbeitszeit als erteilt, wenn er seine Ablehnung gar nicht, nicht schriftlich oder nicht innerhalb der genannten Fristen erklärt; mit anderen Worten: Die **Verringerung** der Arbeitszeit **und** deren **Verteilung** gilt entsprechend den Wünschen des Arbeitnehmers als festgelegt (§ 15 Abs. 7 Sätze 5, 6 BEEG).

Hat der Arbeitgeber hingegen den Antrag des Arbeitnehmers form- und fristgerecht abgelehnt, kann der Arbeitnehmer Klage vor dem Arbeitsgericht auf Erteilung der Zustimmung erheben (§ 15 Abs. 7 Satz 7 BEEG). In diesem Prozess darf sich der Arbeitgeber nur auf solche Ablehnungsgründe stützen, die er in seinem – form- und fristgerechten – Ablehnungsschreiben geltend gemacht hat<sup>59</sup>.

Für alle vorgenannten Ablehnungsfristen des Arbeitgebers gilt: Für die Fristwahrung ist der Zugang der Ablehnung beim Arbeitnehmer entscheidend.

Der Anspruch auf Teilzeitarbeit während der Elternzeit in Betrieben mit mindestens 16 Mitarbeitern (Elternteilzeit) kann auch dann (später) geltend gemacht werden, wenn zunächst nur Elternzeit mit vollständiger Befreiung von der Arbeitspflicht in Anspruch genommen und keine Verringerung der Arbeitszeit beantragt worden war<sup>60</sup>. Das ruhende Arbeitsverhältnis wird in diesem Fall lediglich mit einer neuen Arbeitszeitregelung wieder in Vollzug gesetzt.

<sup>58</sup> BAG, a.a.O., Rdnr. 24.

<sup>59</sup> BAG, Urteil vom 11.12.2018, NZA 2019, S. 616 (Rdnr. 31 ff.).

<sup>60</sup> BAG, Urteil vom 19.4.2005, NZA 2005, S. 1354 (1356 ff.).

### 3.10.3 Fortsetzung einer bestehenden Teilzeittätigkeit während der Elternzeit

Hat der Mitarbeiter vor der Elternzeit keine Vollzeit-, sondern eine Teilzeittätigkeit von nicht mehr als 30 Stunden ausgeübt, kann er diese während der Elternzeit unverändert fortsetzen (§ 15 Abs. 5 Satz 4 BEEG). Die 30-Stunden-Grenze darf auch in diesem Fall im Monat durchschnitt nicht überschritten werden. Der Mitarbeiter hat in diesem Fall gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG schriftlich Elternzeit anzumelden und dabei gleichzeitig seinen Wunsch nach Fortsetzung der bestehenden Teilzeittätigkeit in der Elternzeit mitzuteilen.

Das Gesetz ermöglicht aber nicht nur eine lückenlose Fortsetzung der alten Teilzeitbeschäftigung mit dem Beginn der Elternzeit. Vielmehr kann der Arbeitnehmer zunächst einige Monate vollständig mit der Arbeit aussetzen und erst für die anschließende restliche Dauer der Elternzeit die Fortsetzung der früheren Teilzeittätigkeit beanspruchen<sup>61</sup>. Auch für dieses Verlangen gelten die in § 16 Abs. 1 BEEG geregelten Fristen und Förmlichkeiten. Der Mitarbeiter muss daher seinen Wunsch nach späterer Wiederaufnahme der Teilzeittätigkeit zugleich mit dem Verlangen der Elternzeit schriftlich anmelden.

### 3.10.4 Teilzeittätigkeit beim fremden Arbeitgeber

Die Möglichkeit der Teilzeitarbeit während der Elternzeit ist nicht auf den eigenen Arbeitgeber beschränkt. Vielmehr kann der Mitarbeiter die Teilerwerbstätigkeit auch **bei einem anderen Arbeitgeber oder als Selbständiger** ausüben, wenn der eigene Arbeitgeber dem zustimmt (§ 15 Abs. 4 Satz 3 BEEG).

Der Arbeitgeber kann seine Zustimmung allerdings nicht nach eigenem Belieben verweigern. Er muss vielmehr „dringende betriebliche Gründe“ geltend machen können. Solche Gründe können sein zum einen der Wunsch des Mitarbeiters, in einer nahegelegenen konkurrierenden Apotheke tätig zu sein, zum anderen die Gefahr der Weitergabe von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen. Ferner hat der Arbeitgeber auch dann ein Ablehnungsrecht, wenn er die Arbeitsleistung des Mitarbeiters benötigt und ihm eine Teilzeittätigkeit angeboten hat, dieser aber bei einem anderen Arbeitgeber arbeiten möchte<sup>62</sup>.

Wenn der Arbeitgeber seine Zustimmung zur Teilzeitarbeit seines Mitarbeiters bei einem anderen Arbeitgeber verweigert, muss er dies **schriftlich innerhalb einer Frist von 4 Wochen** tun (§ 15 Abs. 4 Satz 4 BEEG). Erklärt sich der Arbeitgeber nicht innerhalb dieser Frist, entfällt das Zustimmungserfordernis, und der Arbeitnehmer darf die Teilzeittätigkeit beim anderen Arbeitgeber auch ohne Zustimmung seines Arbeitgebers aufnehmen. Das Gleiche gilt, wenn der Arbeitgeber zwar die Frist einhält, seine Ablehnung aber nicht schriftlich erklärt oder keine Begründung dafür gibt<sup>63</sup>.

### 3.10.5 Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall; keine Kürzung bei Sonderzahlung und Jahresurlaub

Im Gegensatz zu dem Mitarbeiter, der während der Elternzeit nicht arbeitet, bestehen beim teilzeitbeschäftigen Arbeitnehmer in der Elternzeit die Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis im Umfang der Teilzeitbeschäftigung fort. Der Mitarbeiter hat deshalb Anspruch auf eine dem Maß seiner Teilzeitbeschäftigung entsprechende **Gehaltsfortzahlung im Fall der Erkrankung**.

Ferner erfolgt bei Teilzeittätigkeit keine Kürzung der **Sonderzahlung nach § 18 BRTV** um die Monate der Elternzeit. Allerdings muss bei der Bemessung der Sonderzahlung die – gegenüber dem früheren Gehalt im Regelfall verminderte – Teilzeitvergütung berücksichtigt werden. Hierzu ist – wie bei einem normalen Wechsel von Vollzeit- zu Teilzeittätigkeit nach § 18 Abs. 1 Satz 2 BRTV – die während des Jahres erzielte durchschnittliche Vergütung zu ermitteln (vgl. Kapitel A 3 „Arbeitsvergütung“). Schließlich wird auch der **Erholungsurlaub** nicht für volle Kalendermonate der Elternzeit gekürzt, wenn der Arbeitnehmer während der Elternzeit bei seinem Arbeitgeber Teilzeitarbeit leistet (§ 17 Abs. 1 Satz 2 BEEG). Der Urlaubsanspruch dieses Mitarbeiters bleibt also unberührt. Der verringerte Umfang der Beschäftigung wirkt sich nur auf die Urlaubsvergütung aus.

### 3.10.6 Kündigungsfragen bei Teilzeittätigkeit

Der besondere Kündigungsschutz des Bundeseltern- und Elternzeitgesetzes gilt auch zu-

<sup>61</sup> BAG, Urteil vom 27.4.2004, NZA 2004, S. 1039 (1041).

<sup>62</sup> BAG, Urteil vom 26.6.1997, BB 1997, S. 2169 f. zum früheren § 15 Abs. 4 BErzGG.

<sup>63</sup> BAG, a.a.O., S. 2170.

gunsten von Arbeitnehmern, die **während der Elternzeit** bei ihrem bisherigen Arbeitgeber eine **Teilzeitbeschäftigung** ausüben (§ 18 Abs. 2 Nr. 1 BEEG). Der Arbeitgeber hat deshalb auch in diesem Fall grundsätzlich kein Kündigungsrecht. Das Kündigungsverbot gilt auch für Änderungskündigungen; der Arbeitgeber kann deshalb einseitig auch keine inhaltliche Änderung der Teilzeitbeschäftigung herbeiführen, z.B. eine Verminderung der Arbeitszeit.

Im Gesetz ist des Weiteren geregelt, dass der Kündigungsschutz auch für Mitarbeiter gilt, die ohnehin mit ihrem Arbeitgeber nur einen Teilzeitarbeitsvertrag bis zu 30 Wochenstunden abgeschlossen haben und nach der Geburt ihres Kindes weiterarbeiten, **ohne** die ihnen zustehende **Elternzeit in Anspruch zu nehmen** (§ 18 Abs. 2 Nr. 2 BEEG). Voraussetzung ist in diesem Fall lediglich, dass diese Mitarbeiter **Anspruch auf Elterngeld** bis zur Vollendung des 14. Lebensmonats des Kindes haben. Ein von vornherein nur teilzeitbeschäftigter Mitarbeiter, der keine Elternzeit nehmen möchte, soll beim Kündigungsschutz also, jedenfalls solange er Elterngeld beanspruchen kann, nicht schlechter gestellt sein als ein Mitarbeiter, der Elternzeit beansprucht. Dies gilt im Übrigen auch dann, wenn das Teilzeitarbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes noch gar nicht bestand. Das Bundesarbeitsgericht hat einer Mitarbeiterin **mit Anspruch auf Erziehungs geld** (heute Elterngeld) Kündigungsschutz nach § 18 Abs. 2 Nr. 2 BERzGG aF zugebilligt, die nach der Geburt ein neues Teilzeitarbeitsverhältnis begründete, ohne Elternzeit in Anspruch zu nehmen<sup>64</sup>.

Anders verhält es sich aber, wenn ein Mitarbeiter, der beim „Stammarbeitgeber“ Elternzeit nimmt, ein Teilzeitarbeitsverhältnis **bei einem anderen Arbeitgeber** eingeht. In diesem zweiten Arbeitsverhältnis genießt er **keinen Kündigungsschutz** nach § 18 Abs. 2 Nr. 2 BEEG. Denn diese Vorschrift soll Diskriminierungen teilzeitbeschäftigter Elternzeitberechtigter verhindern, nicht aber den Sonderkündigungsschutz auf den Fremdarbeitgeber ausdehnen<sup>65</sup>.

## 3.11 Befristete Einstellung einer Ersatzkraft

Nach § 21 Abs. 1 BEEG kann der Apothekeninhaber einen **Mitarbeiter befristet einstellen** zur Vertretung

- für Zeiten eines Beschäftigungsverbots nach dem Mutterschutzgesetz, also insbesondere für die Schutzfristen 6 Wochen vor und 8 Wochen nach der Geburt;
- für die Dauer einer Elternzeit;
- für die Dauer einer freiwillig vom Apothekeninhaber gewährten Arbeitsbefreiung zur Betreuung eines Kindes;
- für notwendige Zeiten einer Einarbeitung (§ 21 Abs. 2 BEEG).

Der Apothekeninhaber kann für diese Zeiten oder für Teile davon befristete Verträge mit verschiedenen Ersatzkräften hintereinander abschließen. Er kann aber auch mit derselben Ersatzkraft mehrere befristete Arbeitsverhältnisse in Folge vereinbaren; dann muss jede einzelne Befristung für sich sachlich begründet sein.

**Hinweis:** Der Apothekeninhaber sollte beim Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages in jedem Fall den **Grund der Befristung in den Vertrag** aufnehmen (z.B. Vertretung für die Dauer der Schutzfrist, Vertretung für Elternzeit, usw.). Ein befristeter Arbeitsvertrag ist im Übrigen nur rechtswirksam, wenn er **schriftlich geschlossen** wird.

Die **Dauer der Befristung kann kalendermäßig bestimmt oder bestimbar** sein (§ 21 Abs. 3 BEEG); zulässig ist aber nach ausdrücklicher gesetzlicher Regelung auch die sog. **Zweckbefristung**, die die Dauer des Arbeitsverhältnisses der Ersatzkraft nicht mit einem konkreten Kalenderdatum benennt, sondern an die **Dauer des Vertretungsbedarfs** bindet.

**Beispiel:** Der Apothekeninhaber möchte als Ersatz für seine PTA Waltraud Müller, die ca. 2 Monate vor der Entbindung steht, eine andere PTA befristet einstellen, zunächst bis zum Ende der Mutterschutzfrist (8 Wochen nach der Geburt). Da der tatsächliche Entbindungstermin nicht bekannt ist, kann der Arbeitsvertrag „für die Dauer der Mutterschutzfristen der Mitarbeiterin Waltraud Müller sowie zum Zweck der Einarbeitung ab ...“ geschlossen werden (vgl. als Beispiel für einen zweckbefristeten Vertrag Kapitel B 4 „Befristete Arbeitsverträge“, → „Befristeter Arbeitsvertrag wegen Ausfall eines/r Mitarbeiters/in aufgrund Krankheit“).

<sup>64</sup> BAG, Urteil von 27.3.2003, BB 2003, S. 2289 (2290).

<sup>65</sup> BAG, Urteil vom 2.2.2006, NZA 2006, S. 678 f.

Eine Zweckbefristung zur Elternzeitvertretung ist bereits dann möglich, wenn die Stammkraft zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit der Vertretungskraft die Elternzeit noch nicht gem. § 16 Abs. 1 BEEG wirksam verlangt, sondern die Inanspruchnahme von Elternzeit nur angekündigt hat<sup>66</sup>.

Hat dagegen die zu vertretende Mitarbeiterin bereits entbunden und ihre Elternzeit angemeldet, so steht damit das konkrete Kalenderdatum fest, bis zu dem die Ersatzkraft benötigt wird. In diesem Fall empfiehlt sich, dieses Datum in den befristeten Arbeitsvertrag aufzunehmen, etwa so: „Die Mitarbeiterin wird befristet zum Zweck der Vertretung der Mitarbeiterin Waltraud Müller, die Elternzeit in Anspruch nimmt, für die Zeit vom ... bis ... als PTA in der ... Apotheke beschäftigt“.

Das befristete Vertretungsverhältnis endet bei einem kalendermäßig befristeten Vertrag mit Ablauf der vereinbarten Frist. Bei einem nach dem Zweck befristeten Vertrag muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das Ende des Vertretungsbedarfs mit einer Frist von 2 Wochen schriftlich ankündigen. Das befristete Vertretungsverhältnis endet frühestens 2 Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Mitarbeiters durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung (§ 15 Abs. 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz).

Wie jedes befristete Arbeitsverhältnis kann auch der nach § 21 Abs. 1, 2 BEEG befristete Vertrag grundsätzlich fristgemäß nur gekündigt werden, wenn dies ausdrücklich im Vertrag vereinbart wurde (vgl. auch Kapitel B 4 „Befristete Arbeitsverträge“, Abschnitt 9.2).

Unabhängig davon kann der Apothekeninhaber nach § 21 Abs. 4 BEEG das Vertretungsverhältnis unter Einhaltung einer **Frist von mindestens 3 Wochen**, jedoch **frühestens zum Ende der Elternzeit**, kündigen. Dieses Sonderkündigungsrecht greift ein, wenn die Elternzeit endet – durch Tod des Kindes, wenn dies dem Arbeitgeber mitgeteilt wurde; – durch Antrag des Arbeitnehmers nach § 16 Abs. 3 Satz 2 BEEG, wenn ein weiteres Kind geboren wurde oder ein besonderer Härtefall vorliegt und der Arbeitgeber keine dringenden betrieblichen Gründe gegen die vorzeitige Beendigung geltend machen kann (s. oben Abschnitt 3.3.3);

– durch – ordentliche oder außerordentliche – Kündigung des Arbeitsverhältnisses während der Elternzeit durch den Arbeitnehmer<sup>67</sup>.

Mit dem Sonderkündigungsrecht soll der Arbeitgeber davor geschützt werden, doppelt Arbeitsentgelt zu zahlen: an den Vertreter und an die außerplanmäßig vorzeitig zurückkehrende Stammkraft.

Liegt ein **wichtiger Grund** vor, kann das Vertretungsverhältnis auch **vorzeitig fristlos** gekündigt werden.

Alternativ zur Einstellung einer Vertretung besteht auch die Möglichkeit, dass sich eine mit einer niedrigeren Stundenzahl in dieser Apotheke beschäftigte Mitarbeiterin bereiterklärt, befristet für den Zeitraum der Elternzeit der Kollegin mit einer erhöhten Stundenzahl zu arbeiten. Diese Befristung ist durch den Sachgrund der Vertretung gerechtfertigt.

### 3.12 Sozialversicherung während der Elternzeit

#### 3.12.1 Rentenversicherung

Für ab 1. Januar 1992 geborene Kinder werden in der gesetzlichen Rentenversicherung 3 Erziehungsjahre anerkannt, beginnend mit dem Monat nach dem Geburtsmonat. Bei Geburten vor dem 1. Januar 1992 werden Müttern ab 2019 – statt zuvor 2 Jahre – 2 Jahre und 6 Monate angerechnet. Pro Jahr erhält die Mutter etwa einen sog. Entgeltpunkt auf ihr Rentenkonto. Damit wird sie so gestellt, als hätte sie in diesem Jahr den Durchschnittsverdienst aller Versicherten erzielt und dafür Beiträge an die Rentenversicherung gezahlt. Die Beiträge für sie übernimmt der Bund. Die Erziehungszeiten können nach Wahl der Eltern der Mutter oder dem Vater zugeordnet werden. Erfolgt keine Zuordnungserklärung der Eltern, wird die Erziehungszeit im Normalfall der Mutter zugeordnet.

Seit Juli 1998 werden Kindererziehungszeiten zusätzlich zu zeitgleichen Beitragszeiten angerechnet. Wer während der Elternzeit also teilzeitbeschäftigt ist, erhält für diesen Verdienst die entsprechenden Entgeltpunkte in vollem Umfang und zusätzlich die Entgeltpunkte für Kindererziehungszeit, allerdings insgesamt nur bis zur Höhe der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung.

<sup>66</sup> BAG, Urteil vom 9.9.2015, BB 2016, S. 251 (Rdnr. 35 ff.).

<sup>67</sup> Tillmanns/Mutschler, a.a.O., § 21 BEEG, Rdnr. 37.

Was für **Mitglieder eines Apothekerversorgungswerks** gilt, richtet sich nach dessen Satzung. Die Satzungen berufsständischer Versorgungswerke sehen regelmäßig vor, dass die Mitglieder von der Beitragspflicht freigestellt werden, wenn diese wegen Kindererziehung höchstens bis zum 3. Geburtstag des Kindes ohne Einkommen sind.

Soweit berufsständische Versorgungswerke in ihrem Leistungsrecht Kindererziehungszeiten nicht berücksichtigen, haben die Mitglieder dieser Versorgungswerke – obwohl sie von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung befreit sind – einen Anspruch auf Anerkennung der Kindererziehungszeiten von 3 Jahren für jedes ab 1992 geborene bzw. 2,5 Jahren für jedes ältere Kind in der gesetzlichen Rentenversicherung. Dies wirkt sich allerdings für die Approbierten nur aus, wenn sie die in der Rentenversicherung geltende Wartezeit von 60 Monaten Versicherungszeit erfüllen können. Diese Voraussetzung ist bei Frauen, die keine Vorversicherungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung aus einer früheren Beschäftigung vorweisen können, vielfach nicht gegeben. Der Gesetzgeber hat auf diese Problematik reagiert und geregelt, dass vor dem 1.1.1955 geborene Elternteile, denen Kindererziehungszeiten anzurechnen sind, auf Antrag frühestens 6 Monate vor Erreichen ihrer Regelaltersgrenze freiwillige Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung für so viele Monate nachzahlen kön-

nen, wie zur Erfüllung der Wartezeit von 60 Monaten noch erforderlich sind (§ 282 Abs. 1 SGB VI). Auch später geborene Approbierte, die allein mit Kindererziehungszeiten die 60 Monate nicht erfüllen, können für die fehlenden Monate freiwillige Beiträge zahlen.

Damit können betroffene Approbierte einen zusätzlichen Rentenanspruch neben dem aus dem Versorgungswerk begründen. Nähere Auskünfte erteilen die Beratungsstellen der Deutschen Rentenversicherung Bund.

### 3.12.2 Kranken- und Pflegeversicherung

In der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung wird die Pflichtmitgliedschaft während der ganzen **Dauer der Elternzeit beitragsfrei aufrechterhalten**.

Die Beitragsfreiheit gilt nicht für weitere Einnahmen, die der betreffende Mitarbeiter hat. Soweit ein Mitarbeiter während der Elternzeit **teilzeitbeschäftigt** ist, sind aus diesem Arbeitsentgelt die entsprechenden Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge zu bezahlen.

Beiträge für die private Krankenversicherung müssen deren Mitglieder selbst tragen, einschließlich des bisher vom Arbeitgeber übernommenen Anteils. Nehmen privat versicherte Angestellte in der Elternzeit eine Teilzeitbeschäftigung mit einem über 450 € liegenden Entgelt auf, werden sie gesetzlich krankenversicherungspflichtig.

(Weber)

## Anmeldung der Elternzeit

An

Herrn / Frau Apotheker/in\* .....  
Inhaber/in der .....-Apotheke  
..... Straße  
..... PLZ ..... Ort

Sehr geehrte/r Frau / Herr .....,

mein Kind ..... wurde am ..... geboren.

Die Schutzfrist nach dem Mutterschutzgesetz endet am .....

Hiermit melde ich Elternzeit an\*\*

für die Zeit unmittelbar im Anschluss an die Mutterschaftsfrist bis .....

für die Zeit vom ..... bis .....

Mit freundlichen Grüßen

....., den .....

.....  
(Unterschrift Mitarbeiter/in)\*

\* Die in diesem Muster für personenbezogene Bezeichnungen verwendete männliche und weibliche Form gilt in gleicher Weise für alle Geschlechter.

\*\* Der/die Mitarbeiter/in muss sich zwingend festlegen, für welchen Zeitraum bis zum 2. Geburtstag des Kindes er/sie Elternzeit in Anspruch nehmen will. Unbenommen bleibt die sofortige Geltendmachung der Elternzeit auch für das 3. Lebensjahr des Kindes, also bis zum 3. Geburtstag.

# Bestätigung der Elternzeit und Kürzung des Erholungsurlaubs

Sehr geehrte/r Frau/Herr\*, .....

hiermit bestätige ich die von Ihnen beantragte Elternzeit für folgenden Zeitraum/folgende Zeiträume:

vom ..... bis .....

vom ..... bis .....

vom ..... bis .....

Ihr Erholungsurlaub wird nach § 17 Abs. 1 Satz 1 des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um 1/12 gekürzt.

Diese Kürzung betrifft nicht den Urlaubsanspruch, den Sie durch eine Teilzeitbeschäftigung während der Elternzeit bei mir erwerben.

....., den .....

.....

Unterschrift des/der Apothekeninhabers/in\*

### Empfangsbestätigung:\*\*

Diese Erklärung habe ich am ..... erhalten.

....., den .....

.....  
(Unterschrift Mitarbeiter/in)\*

\* Die in diesem Muster für personenbezogene Bezeichnungen verwendete männliche und weibliche Form gilt in gleicher Weise für alle Geschlechter.

\*\* Der Apothekeninhaber sollte sich den Zugang der Erklärung vom Mitarbeiter auf einer Kopie mit Datum bestätigen lassen und diese zu den Personalakten nehmen.