

# Anbahnung des Arbeitsverhältnisses

## Inhalt:

<b>1</b>	<b>Einführung</b>	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>Benachteiligungsverbote</b>	<b>3</b>
2.1	Die 8 Benachteiligungsgründe des AGG	3
2.2	Unmittelbare Benachteiligung	3
2.3	Mittelbare Benachteiligung	4
2.4	Gendiagnostikgesetz	4
<b>3</b>	<b>Benachteiligungsfreie Stellenausschreibung</b>	<b>4</b>
3.1	Geltung für alle Ausschreibungen	4
3.2	Keine Anknüpfung an Benachteiligungsmerkmale	4
3.3	Aufforderung zur Übersendung von Bewerbungsunterlagen	6
3.4	Besondere Pflichten in Bezug auf Schwerbehinderte	6
3.5	Rechtsfolgen	6
<b>4</b>	<b>Auswahlverfahren</b>	<b>7</b>
4.1	Kriterien für das Auswahlverfahren	7
4.2	Auskünfte über den Bewerber	7
4.2.1	Aus Sicht des anfragenden Arbeitgebers	7
4.2.2	Aus Sicht des befragten Arbeitgebers	7
4.3	Recherche im Internet	8
4.4	Vorstellungsgespräch	8
4.5	Hinweis- und Aufklärungspflichten bei Einstellungsverhandlungen	9
4.5.1	Aufklärungspflichten des Arbeitgebers	9
4.5.2	Aufklärungspflichten des Arbeitnehmers	9
4.6	Ärztliche Untersuchung	9
<b>5</b>	<b>Einstellungsentscheidung</b>	<b>10</b>
5.1	Diskriminierungsfreie Auswahl	10
5.2	Wichtige Benachteiligungsmerkmale	10
5.2.1	Geschlecht	10
5.2.2	Behinderung	10
5.2.3	Alter	11
5.3	Umgang mit Bewerbungsunterlagen	11
5.4	Dokumentation der Personalentscheidung	12
<b>6</b>	<b>Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot</b>	<b>12</b>
6.1	Trotz Benachteiligung kein Anspruch auf Einstellung	12
6.2	Anspruch auf Entschädigung und Schadensersatz	12
6.2.1	Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG	12
6.2.2	Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG	13
6.2.3	Rechtsmissbrauch bei Scheinbewerbung	13
6.2.4	Beweislast	14
6.2.5	Fristen zur Geltendmachung der Ansprüche	14
<b>7</b>	<b>Abschluss des Bewerbungsverfahrens</b>	<b>15</b>
7.1	Wie sollte die Ablehnung einer Bewerbung erfolgen?	15
7.2	Rücksendung und Datenlöschung bei Ablehnung der Bewerbung	15
<b>8</b>	<b>Ersatz der Vorstellungskosten</b>	<b>16</b>

# **A1 Anbahnung des Arbeitsverhältnisses**

---

Seite 2

## 1 Einführung

Bevor der Apothekeninhaber neue Mitarbeiter einstellen kann, steht er vor der häufig mühevollen Aufgabe der Personalsuche, der Führung von Bewerbungsgesprächen und schließlich der Auswahl des geeigneten Kandidaten für die zu besetzende Stelle. Bereits in dieser Phase befinden sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer keineswegs in einem rechtsfreien Raum. Denn unabhängig davon, ob es später tatsächlich zum Abschluss eines Arbeitsvertrags kommt, begründet bereits die Aufnahme von Vertragsverhandlungen ein vorvertragliches Schuldverhältnis (§ 311 Abs. 2 BGB) mit gegenseitigen Informations- und Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB). Darüber hinaus ist bei der Personalgewinnung das **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)**, zu beachten, das gerade auch für das Einstellungsverfahren in vielerlei Hinsicht eine substanzIELL neue Rechtslage geschaffen hat.

## 2 Benachteiligungsverbote

### 2.1 Die 8 Benachteiligungsgründe des AGG

Das AGG verfolgt nach seinem § 1 das Ziel, Benachteiligungen aus einem der folgenden Gründe zu verhindern oder zu beseitigen:

- Rasse,
- ethnische Herkunft,
- Geschlecht,
- Religion oder Weltanschauung,
- Behinderung,
- Alter,
- sexuelle Identität.

Die zentrale Verbotsnorm des AGG findet sich in § 7 Abs. 1. Danach dürfen Beschäftigte nicht wegen eines der genannten 8 Gründe benachteiligt werden. Geschützt durch diese Vorschrift sind nicht nur Arbeitnehmer und die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten; als Beschäftigte gelten gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG auch die Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis. § 6 Abs. 1 Satz 2 enthält nach neuerer Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts einen formalen Bewerberbegriff. Danach ist **Bewerber jeder, der eine Bewerbung eingereicht hat**<sup>1</sup>. Dagegen kommt es an dieser Stelle nicht darauf

an, ob sich der Betroffene subjektiv ernsthaft beworben hat und nicht nur in rechtsmissbräuchlicher Weise eine Entschädigung anstrebt<sup>2</sup> (vgl. hierzu unten Abschnitt 6.2.3).

In Übereinstimmung mit § 6 Abs. 1 Satz 2 bestimmt § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG, dass Benachteiligungen aus einem der in § 1 genannten 8 Gründe unter anderem unzulässig sind in Bezug auf die Bedingungen, einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, für den Zugang zu unselbstständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit.

Das Zusammenspiel dieser gesetzlichen Regelungen zeigt, dass die Inhalte des AGG für die verschiedenen Phasen der Anbahnung des Arbeitsverhältnisses von zentraler Bedeutung sind, von der Ausschreibung der Stelle einschließlich der Anforderung von Bewerbungsunterlagen über die Führung von Auswahlgesprächen bis zur Einstellungsentscheidung und der Mitteilung von Gründen für die Ablehnung des Bewerbers.

Im Übrigen ist das AGG auch im laufenden Arbeitsverhältnis zu beachten. Hieran erinnert beide Arbeitsvertragsparteien der deklaratorische Hinweis in der Präambel des Bundesrahmentarifvertrags für Apothekenmitarbeiter (BRTV).

### 2.2 Unmittelbare Benachteiligung

Unzulässig ist sowohl eine unmittelbare (§ 3 Abs. 1 AGG) als auch eine mittelbare Benachteiligung (§ 3 Abs. 2 AGG). Bei einer **unmittelbaren Benachteiligung** wird eine Person wegen eines der oben genannten Merkmale weniger günstig behandelt als eine Person **in einer vergleichbaren Situation** (Zufügung eines Nachteils); die sich nachteilig auswirkende Maßnahme knüpft direkt an das verbotene Merkmal an (z. B. Nichteinladung eines türkischen oder eines farbigen Bewerbers zu einem Vorstellungsgespräch). In einer vergleichbaren Situation befinden sich Personen grundsätzlich bereits dann, wenn sie sich für dieselbe Stelle beworben haben<sup>3</sup>, ohne dass es hier auf die individuelle Qualifikation des Bewerbers ankäme<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> BAG, Urteil vom 19.5.2016, NZA 2016, S. 1394 (Rdnr. 62).

<sup>2</sup> BAG, a.a.O.

<sup>3</sup> BAG, a.a.O., Rdnr. 18.

<sup>4</sup> BAG, Urteil vom 18.3.2010, NZA 2010, S. 872 (Rdnr. 22).

## 2.3 Mittelbare Benachteiligung

Bei einer **mittelbaren Benachteiligung** werden Personen durch den Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren wegen eines der Merkmale des § 1 benachteiligt, z.B. dadurch, dass sie stärker benachteiligt oder zahlenmäßig mehr betroffen sind als eine vergleichbare Gruppe. Siehe beispielhaft hierzu in Abschnitt 3.2 das Verlangen nach einer bestimmten Berufserfahrung.

Das Verbot der mittelbaren Benachteiligung ist letztlich ein Hilfsmittel zur Durchsetzung des eigentlichen Verbots unmittelbarer Diskriminierung<sup>5</sup>.

## 2.4 Gendiagnostikgesetz

Ergänzt werden die Diskriminierungsverbote des AGG seit 1.2.2010 durch das **Gendiagnostikgesetz (GenDG)**. Dieses enthält in § 21 ein spezielles arbeitsrechtliches Benachteiligungsverbot. Danach darf der Arbeitgeber Beschäftigte u.a. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses nicht wegen ihrer genetischen Eigenschaften benachteiligen. Das Verbot bezieht sich auch auf die genetischen Eigenschaften einer mit dem Stellenbewerber genetisch verwandten Person.

# 3 Benachteiligungsfreie Stellenausschreibung

## 3.1 Geltung für alle Ausschreibungen

Nach § 11 AGG darf ein Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ausgeschrieben werden. Dies gilt für jegliche Form der Ausschreibung von Stellen, sowohl für öffentliche Ausschreibungen (insbesondere Stellenanzeigen in Zeitungen oder im Internet) als auch für Ausschreibungen innerhalb des Betriebs. Bedient sich der Arbeitgeber zur Stellenausschreibung eines Dritten, z.B. eines Stellenvermittlers wie der Agentur für Arbeit, und verletzt dieser Dritte die Pflicht zur neutralen Ausschreibung, so ist diese Pflichtverletzung dem Arbeitgeber zuzurechnen<sup>6</sup>. Den Apothekeninhaber trifft also bei Fremdausschreibung die Sorgfaltspflicht, die Ordnungsgemäßheit der Ausschreibung zu überwachen; er kann die Verantwortung für ein neutrales Verhalten bei

Ausschreibungen nicht auf Dritte abwälzen<sup>7</sup>. Dies gilt für jegliche Verstöße gegen das AGG im Bewerbungsverfahren (s. dazu unten Abschnitt 5.3.2.2).

## 3.2 Keine Anknüpfung an Benachteiligungsmerkmale

Von den 8 Benachteiligungsmerkmalen des § 1 AGG, hinsichtlich derer die Ausschreibung von Arbeitsplätzen neutral sein muss, werden nachfolgend einige herausgegriffen:

– **Geschlecht:** Früher genügte es, Stellenangebote gleichermaßen an männliche und an weibliche Bewerber zu richten. Nach der verfassungsrechtlichen Anerkennung eines dritten Geschlechts durch das Bundesverfassungsgericht<sup>8</sup> sind Stellenausschreibungen nur noch geschlechtsneutral, wenn sie auch das dritte Geschlecht ansprechen, wobei dieses regelmäßig mit „d“ (für „divers“) bezeichnet wird. Korrekt ist z.B. die Formulierung „Wir suchen einen Apotheker (m/w/d)“; genauso könnte man formulieren „Wir suchen eine Apothekerin (m/w/d)“. Zuweilen findet sich in Stellenanzeigen auch der Satz „Wir freuen uns über die Bewerbung von Menschen jeden Geschlechts“.

– **Alter:** Neben dem Geschlecht ist vor allem das Alter ein Benachteiligungsmerkmal, das bei Stellenanzeigen eine Rolle spielt. Generell ist davon abzuraten, Anforderungen an ein bestimmtes Lebensalter in die Stellenausschreibung aufzunehmen. So hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass u.a. folgende Formulierungen in Stellenanzeigen eine Diskriminierung wegen des Alters bewirken und die Vermutung einer Benachteiligung älterer Stellenbewerber begründen:

- Suche von Mitarbeitern zwischen 18 und 35 Jahren „für unser junges Team“<sup>9</sup>;
- Angebot einer Stelle für „eine(n) junge(n), engagierte(n) Volljuristin/en“<sup>10</sup>;
- Ausschreibung eines Traineeprogrammes „für Hochschulabsolventen/Young Professionals“ als Berufsanfänger<sup>11</sup>;

<sup>5</sup> BAG, Urteil vom 14.11.2013, NZA 2014, S. 489 (Rdnr. 37).

<sup>6</sup> BAG, Urteil vom 5.2.2004, NJW 2004, S. 2112 (2115).

<sup>7</sup> BVerfG, Beschluss vom 21.9.2006, NJW 2007, S. 137 (138).

<sup>8</sup> BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017, NJW 2017, S. 3643 (Rdnr. 40, 50).

<sup>9</sup> BAG, Urteil vom 21.6.2012, NZA 2012, S. 1211 (1213).

<sup>10</sup> BAG, Urteil vom 19.8.2010, NZA 2010, S. 1412 (1415).

<sup>11</sup> BAG, Urteil vom 24.1.2013, NZA 2013, S. 498 (Rdnr. 41 ff.).

- Suche von Bewerbern, die eine intensive Einarbeitung „mit einem jungen, dynamischen Team“ erwartet<sup>12</sup>;
  - Suche nach einer Person, „die gerade frischgebacken aus einer kaufmännischen Ausbildung kommt“<sup>13</sup>;
  - Ausschreibung einer Stelle für einen „Rechtsanwalt (m/w) mit 0–2 Jahren Berufserfahrung“, dem/der eine langfristige Perspektive „in einem jungen und dynamischen Team“ geboten wird<sup>14</sup>.
- 2 dieser Entscheidungen betreffen Tätigkeitsangebote in einem „jungen, dynamischen Team“. Im Gegensatz dazu sieht das BAG keine Diskriminierung wegen des Alters, wenn sich das Unternehmen selbst in der Anzeige als „junges, dynamisches Unternehmen“ bezeichnet. Denn damit wird nicht auf eine Gruppe von Mitarbeitern hingewiesen – zu denen der Bewerber passen sollte –, sondern es wird lediglich das Alter und damit eine Eigenschaft des Unternehmens beschrieben<sup>15</sup>.
- Alter und Berufserfahrung:** Die in obiger Aufzählung letztgenannte Entscheidung („Rechtsanwalt....“) lenkt den Blick auf das Kriterium der Berufserfahrung. Auch wenn dieses nicht direkt auf ein bestimmtes Alter Bezug nimmt, ist es dennoch geeignet, eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters nach § 3 Abs. 2 AGG zu bewirken.
- Wenn – wie im genannten Beispiel – 0–2 Jahre Berufserfahrung verlangt werden, wird damit laut BAG lediglich Interesse an jüngeren Bewerbern signalisiert; damit ist eine Benachteiligung älterer Personen indiziert<sup>16</sup>. In einem solchen Fall dürfte aber der Hinweis in der Stellenanzeige zulässig sein, dass die Stelle **auch** für Berufsanfänger geeignet ist.
- Wenn umgekehrt Mitarbeiter mit längerer Berufserfahrung gesucht werden, weisen diese typischerweise ein höheres Lebensalter auf als Berufsanfänger und Bewerber mit erster oder kurzer Berufserfahrung<sup>17</sup>. Jüngere Bewerber können insoweit benachteiligt werden. Dennoch kann das Verlangen nach Berufserfahrung für viele Tätigkeiten gerechtfertigt sein. Größere Berufserfahrung befähigt

den Arbeitnehmer nämlich in der Regel, seine Arbeit besser zu verrichten<sup>18</sup>. Dies muss der Arbeitgeber aber im Streitfall substantiiert darlegen und begründen können. Häufig ist es daher besser, in einer Stellenausschreibung die Anforderung einer bestimmten Berufserfahrung durch die Beschreibung der Tätigkeit und der hierfür erwarteten Qualifikationen und Kenntnisse indirekt anzusprechen.

- **Behinderung:** Die Begriffe „**flexibel und belastbar**“ in der Stellenanzeige eines Kleinbetriebs (in dem hier zitierten Urteil geht es um die Stelle eines Kfz-Mechanikers) sollen lediglich die Selbstverständlichkeit deutlich machen, dass für ein vielfältiges Aufgabengebiet auch erhebliches Engagement verlangt wird. Sie stellen kein Indiz für eine Benachteiligung behinderter Bewerber dar<sup>19</sup>.
- **Deutsche Sprache:** Die Anforderung, die deutsche Sprache in Wort und Schrift zu beherrschen, knüpft nicht unmittelbar an eine ethnische Herkunft und damit an eines der Benachteiligungsmerkmale des § 1 AGG an. Gute oder sehr gute Deutschkenntnisse sind auch nicht untrennbar mit einer ethnischen Herkunft verknüpft<sup>20</sup>, sondern können u. a. in Schulen und Sprachkursen erworben werden. In seiner neueren Rechtsprechung verneint das BAG aber auch eine mittelbare Diskriminierung, da Personen, die einer bestimmten ethnischen Gruppe angehören, durch die Forderung nach sehr guten Deutschkenntnissen nicht „in besonderer Weise“ benachteiligt würden, wie dies das AGG in § 3 Abs. 2 verlangt. Eine Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft lässt sich nach dem BAG nicht allein mit der Anforderung bestimmter Sprachkenntnisse begründen; vielmehr müssen weitere Indizien hinzukommen, die auf eine Benachteiligung „wegen“ der ethnischen Herkunft schließen lassen<sup>21</sup>. **Anders** liegt der Fall allerdings, wenn in einer Stellenbeschreibung „**Deutsch als Muttersprache**“ verlangt wird; dies bewirkt eine mittelbare Diskriminierung wegen

<sup>12</sup> BAG, Urteil vom 11.8.2016, BB 2017, S. 506 (Rdnr. 32 ff.).

<sup>13</sup> BAG, Urteil vom 15.12.2016, BB 2017, S. 953 (Rdnr. 30 ff.).

<sup>14</sup> BAG, Urteil vom 19.5.2016, NZA 2016, S. 1394 (Rdnr. 71 ff.).

<sup>15</sup> BAG, Urteil vom 23.11.2017, NZA 2018, S. 584 (Rdnr. 32–36).

<sup>16</sup> BAG, a.a.O., Rdnr. 73.

<sup>17</sup> BAG, a.a.O.

<sup>18</sup> BAG, Urteil vom 15.12.2016, BB 2017, S. 953 (Rdnr. 45).

<sup>19</sup> LAG Nürnberg, Urteil vom 19.2.2008, NZA 2009, S. 148 (149 f.).

<sup>20</sup> BAG, Urteil vom 23.11.2017, NZA-RR 2018, S. 287 (Rdnr. 39–41).

<sup>21</sup> BAG, a.a.O., Rdnr. 48 f.

der ethnischen Herkunft und hält damit dem AGG nicht stand<sup>22</sup>.

Apothekeninhaber können somit in Stellenanzeigen auch weiterhin gute Deutschkenntnisse verlangen, zumal diese Forderung im Kernbereich der Apotheke – bei den pharmazeutischen Mitarbeitern – schon gesetzlich vorgegeben ist: Nach § 3 Abs. 5 Satz 2 ApBetrO müssen Angehörige des pharmazeutischen Personals der deutschen Sprache mächtig sein.

**Hinweis:** Generell sollten Stellenausschreibungen als Folge des AGG hauptsächlich auf die Tätigkeit selbst bezogen sein und die Anforderungen an die Tätigkeit möglichst genau wiedergeben.

### 3.3 Aufforderung zur Übersendung von Bewerbungsunterlagen

Auch bezüglich der Frage, welche Bewerbungsunterlagen in Stellenausschreibungen angefordert werden sollten, ist das AGG zu beachten. Weiter zulässig und für die Beurteilung des Bewerbers notwendig ist die Vorlage der **Zeugnisse** über die bisherigen beruflichen Tätigkeiten und die Schul- und Berufsausbildung. Jedoch könnte nach Ansicht einiger Kommentatoren die Praxis, ein Lichtbild und einen Lebenslauf für die Bewerbungsunterlagen zu verlangen, als – wenn auch nur schwaches – Indiz für eine unzulässige Benachteiligung angesehen werden. In Bezug auf das Lichtbild wird das damit begründet, dass dieses ggf. Rückschlüsse auf die Rasse oder ethnische Herkunft eines Bewerbers oder auch eine sichtbare Behinderung ermöglicht. Solange die Rechtsprechung hier nicht „grünes Licht“ gibt, sollten also Lebenslauf und Lichtbild in einer Stellenausschreibung nicht verlangt werden.

In der Praxis sollte man sich damit begnügen, „**aussagekräftige Bewerbungsunterlagen**“ in der Stellenausschreibung anzufordern. Es ist dann Sache des Bewerbers zu entscheiden, welche Angaben er in seiner Bewerbung macht und welche Unterlagen er beifügt. Angesichts der mindestens derzeit noch bestehenden Erwartungen in der Praxis an die Inhalte einer Bewerbung ist den Bewerbern zu empfehlen, auch

weiterhin vollständige Angaben im bisherigen Sinne zu machen.

### 3.4 Besondere Pflichten in Bezug auf Schwerbehinderte

Der Arbeitgeber ist nach § 164 Abs. 1 SGB IX verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden können. Hierzu ist frühzeitig Verbindung mit der Arbeitsagentur aufzunehmen, um sich ggf. geeignete schwerbehinderte Bewerber benennen zu lassen. Diese Pflichten treffen alle Arbeitgeber, auch solche, die wegen ihrer Mitarbeiterzahl (weniger als 20 Arbeitsplätze, Stellen mit weniger als 18 Wochenstunden und Auszubildende zählen nicht mit) keine Schwerbehinderten beschäftigen müssen. Wird die Agentur für Arbeit nicht eingeschaltet, ergibt sich hieraus ein Indiz für eine Benachteiligung wegen einer Behinderung gem. § 7 AGG.

**Hinweis:** Es ist deshalb zu empfehlen, standardmäßig der Stelle für Schwerbehinderte bei der Arbeitsagentur die Stellenausschreibung zukommen zu lassen.

**Wichtig:** Die Verpflichtungen des Arbeitgebers nach § 164 SGB IX gelten nur für Schwerbehinderte (Menschen mit einem Grad der Behinderung von wenigstens 50, s. § 2 Abs. 2 SGB IX) und Menschen mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50, aber wenigstens 30, sofern diese auf ihren Antrag den Schwerbehinderten durch Entscheidung der Bundesagentur für Arbeit gleichgestellt wurden, s. § 2 Abs. 3 SGB IX. Ein Bewerber, der zwar behindert, jedoch nicht schwerbehindert ist und auch nicht gleichgestellt wurde, kann sich auf einen Verstoß des Arbeitgebers gegen § 164 Abs. 1 SGB IX daher nicht berufen<sup>23</sup>.

### 3.5 Rechtsfolgen

An einen Verstoß gegen § 11 AGG knüpft das Gesetz keine unmittelbaren Rechtsfolgen. Jedoch begründet eine Stellenausschreibung, die im Hinblick auf eines der 8 genannten Merkmale nicht neutral formuliert ist, die Vermutung, dass der Arbeitgeber gegen das Benachteiligungsverbot verstößen hat<sup>24</sup>. Die Beweislast ist nach § 22 AGG so verteilt, dass der Arbeitneh-

<sup>22</sup> BAG, Urteil vom 29.6.2017, NZA 2018, S. 33 (Rdnr. 52).

<sup>23</sup> BAG, Urteil vom 27.1.2011, NJW 2011, S. 2070 (2072).

<sup>24</sup> BAG, Urteil vom 15.12.2016, BB 2017, S. 953 (Rdnr. 24).

mer nur Indizien beweisen muss, die eine Benachteiligung vermuten lassen. Der Arbeitgeber trägt dann die Beweislast dafür, dass keine unzulässige Benachteiligung vorgelegen hat. Dieser Beweis dürfte in der Praxis nur schwer zu führen sein, wenn der Arbeitnehmer als Indiz eine gegen das Gesetz verstößende Stellenausschreibung anführen kann; s. dazu unter Abschnitt 6.2.4.

## 4 Auswahlverfahren

### 4.1 Kriterien für das Auswahlverfahren

Zur Vorbereitung des Bewerbungsverfahrens sollte der Apothekeninhaber die objektiven und subjektiven Kriterien formulieren, die ihm für den zu besetzenden Arbeitsplatz wichtig sind. Es ist zu empfehlen, diese Kriterien in ein Schema zu bringen und das Auswahlverfahren nach diesem Schema durchzuführen. Dabei kann man formelle und materielle Kriterien unterscheiden<sup>25</sup>. Als **formelle** Kriterien objektiver Art können gelten einerseits die Vollständigkeit und andererseits die Fehlerfreiheit der Bewerbungsunterlagen, als subjektives formelles Kriterium, ob die Bewerbungsunterlagen ansprechend sind.

**Materiell-inhaltliche** Auswahlkriterien sind z.B. die Ausbildung, Fort- und Weiterbildung, eine mögliche Zusatzausbildung, Noten, Zeugnisse, weitere Qualifikationen wie z.B. EDV-Kenntnisse, Fremdsprachenkenntnisse, Führerschein (ggf. für Botenfahrten wichtig) und Art und Grad der Berufserfahrung (ggf. bezüglich der speziellen Tätigkeitsfelder der betreffenden Apotheke).

Subjektive Auswahlkriterien könnten sein Kommunikativität, sympathisches Auftreten, schnelle Auffassungsgabe, Teamfähigkeit, Motivation, Sicherheit im Gespräch, Ausstrahlung u.a.m. In dieser Art sollten die im jeweiligen Einzelfall maßgeblichen Kriterien formuliert werden. Die objektiven Kriterien sowohl formeller als auch materieller Art sind für das Vorauwahlverfahren wichtig, die subjektiven materiellen Kriterien werden dann im Wesentlichen für die **Vorstellungsgespräche** zum Tragen kommen (s. dazu auch unter Abschnitt 4.4).

### 4.2 Auskünfte über den Bewerber

#### 4.2.1 Aus Sicht des anfragenden Arbeitgebers

Der Apothekeninhaber, der eine Stelle ausgeschrieben hat, wird zuweilen daran interessiert sein, über die vorgelegten Zeugnisse hinaus weitere Auskünfte über einen Bewerber einzuholen. Dem setzen der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers und das Datenschutzrecht jedoch enge Grenzen.

Zunächst ist ein Auskunftsersuchen des Apothekeninhabers **nicht zulässig**, wenn der Bewerber ausdrücklich um vertrauliche Behandlung seiner Bewerbung gebeten hat, desgleichen, wenn der Bewerber noch in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis steht. Aber auch dann, wenn das bisherige Arbeitsverhältnis gekündigt ist oder der Apothekeninhaber bei einem früheren Arbeitgeber anfragen will, wird die Abwägung der beiderseitigen Interessen im Regelfall ergeben, dass das Schutzinteresse des Bewerbers überwiegt. Der Bewerber kann aber natürlich dem Auskunftsersuchen durch vorherige Einwilligung zustimmen (Art. 6 Abs. 1 Buchst. a, Art. 7 DS-GVO, § 51 BDSG).

#### 4.2.2 Aus Sicht des befragten Arbeitgebers

Aus Sicht des befragten Arbeitgebers wiederum ist zu unterscheiden: **Gegenüber seinem früheren Arbeitnehmer** ist der Arbeitgeber aus der nachwirkenden Fürsorgepflicht in dessen Interesse und auf seinen Wunsch gehalten, einem Dritten, bei dem sich der Arbeitnehmer um eine neue Anstellung bewirbt, Auskünfte über Leistung und Verhalten zu erteilen<sup>26</sup>.

In der Regel dürfen die Auskünfte des früheren Arbeitgebers nicht weitergehen als der Inhalt eines entsprechenden Zeugnisses.

**Gegenüber dem anfragenden Apothekeninhaber** ist der frühere Arbeitgeber nicht zur Auskunftserteilung **verpflichtet** und der Anfragende hat seinerseits keinen Anspruch auf Auskunft. Der befragte Arbeitgeber ist aber noch weitergehend nach heutiger Rechtslage ohne Zustimmung des Arbeitnehmers auch **nicht berechtigt**, Auskünfte über den früheren Mitarbeiter zu erteilen. Hiervor schützen den Arbeitnehmer sein allgemeines Persönlichkeitsrecht und das Datenschutzrecht. So erfasst § 26 Abs. 7

<sup>25</sup> Nach Worzalla, Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgegesetz, 1. Aufl. 2006, Abschn. 2.5.4.6.1.

<sup>26</sup> LAG Berlin, Urteil vom 8.5.1989, BB 1989, S. 1825 (1826); LAG Niedersachsen, Urteil vom 29.5.2007, LAGE § 280 BGB 2002 Nr. 4 (Rdnr. 52).

BDSG auch die Übermittlung personenbezogener Daten, die nicht in einem Dateisystem gespeichert sind. Wenn also z. B. in einem Telefonat zwischen den betroffenen Arbeitgebern Werturteile und subjektive Eindrücke wiedergegeben werden, die der bisherige Arbeitgeber von dem Arbeitnehmer gewonnen und die er im Regelfall auf keinem Datenträger festgehalten hat, ist dies ohne Einwilligung des Arbeitnehmers weder nach § 26 BDSG noch nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. a DS-GVO zulässig.

Lediglich im Ausnahmefall ist eine Berechtigung zur Auskunftserteilung gegeben, wenn schwerwiegende, vor allem strafrechtliche Vorwürfe gegen den Arbeitnehmer bestehen und nachfolgende Arbeitgeber gewarnt werden müssen.

Wenn eine Auskunft erteilt wurde, muss sie vollständig und wahrheitsgemäß sein und in unmittelbarem und sachlichen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen.

Erteilt der Arbeitgeber über einen früheren Arbeitnehmer schuldhaft eine unvollständige oder fehlerhafte Auskunft, und kommt der Arbeitnehmer deswegen mit einer Bewerbung nicht zum Zuge, hat dieser gegen den alten Arbeitgeber Anspruch auf Schadensersatz<sup>27</sup>.

## 4.3 Recherche im Internet

Häufig finden sich Informationen über Bewerber im **Internet**, vor allem solche, die der Betroffene – sei es aus privaten oder beruflichen Gründen – selbst ins Netz gestellt hat. Viele Arbeitgeber nutzen das Internet inzwischen zur Informationsgewinnung über Arbeitnehmer, die sich bei ihnen beworben haben. Als Rechtsgrundlage kommt insoweit § 26 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BDSG in Betracht. Danach dürfen personenbezogene Daten von Bewerbern verarbeitet, also u.a. erhoben werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung müssen das Informationsinteresse des Arbeitgebers und das Persönlichkeitsrecht des Bewerbers gegeneinander abgewogen werden. Die Situation ist insofern vergleichbar mit derjenigen beim Fraugerecht des Arbeitgebers im Rahmen der Bewerberauswahl (Kapitel B 1 „Einstellungsfragebogen“, Abschnitt 2.1).

Bezüglich der Recherche in sozialen Netzwerken wird unterschieden:

- Recherchiert der Arbeitgeber in **beruflich orientierten Netzwerken** wie z.B. XING oder LinkedIn, ist die Kenntnisnahme von dort eingestellten Daten dem Bewerber nicht nur bewusst; sie wird von ihm regelmäßig sogar gewünscht, da er die Daten gerade zum Zweck der beruflichen Verwendung bereitgestellt hat. Hier überwiegt das Informationsinteresse des Arbeitgebers; die Datennutzung in berufsbezogenen Netzwerken ist daher zulässig<sup>28</sup>, auch wenn die Daten in diesem Fall – entgegen dem Grundsatz der Direkterhebung (vgl. dazu Kapitel A 11 „Datenschutz“, Abschnitt 4.2), nicht unmittelbar beim Bewerber selbst erhoben wurden.
- Bei **freizeitorientierten Netzwerken** wie z.B. Facebook verhält es sich hingegen anders. Auch wenn dort beruflich relevante Informationen zu finden sein sollten, sind die Daten in solchen Netzwerken in erster Linie privater Natur und nicht zur berufsbezogenen Verwendung durch einstellungswillige Arbeitgeber bestimmt. Ebenso wenig wie der Arbeitgeber private Daten über einen Einstellungsfragebogen erheben darf (vgl. Kapitel B 1 „Einstellungsfragebogen“, Abschnitt 2.1), darf er sich diese im Internet beschaffen. Die Interessenabwägung im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung fällt hier zugunsten des Persönlichkeitsrechts des Bewerbers aus; eine Recherche über Bewerber in freizeitorientierten Netzwerken ist als unzulässig anzusehen.

## 4.4 Vorstellungsgespräch

Auch auf die Führung von Vorstellungsgesprächen wirkt sich das AGG aus. Zu empfehlen ist insbesondere, Vorstellungsgespräche auf Arbeitgeberseite grundsätzlich zu zweit zu führen und zur späteren Rechtfertigung der getroffenen Entscheidung und zu Beweiszwecken Verlauf und Inhalt des Vorstellungsgesprächs schriftlich zu dokumentieren. Zweckmäßig ist es, für das Vorstellungsgespräch ein einheitliches Ablaufschema zu verwenden und nach diesem Schema bei allen Vorstellungsgesprächen vorzugehen. Damit wird die Objektivität der Bewerberauswahl unterstrichen.

<sup>27</sup> LAG Niedersachsen, a.a.O., Rdnr. 53.

<sup>28</sup> Kainer/Weber, Datenschutzrechtliche Aspekte des „Talentmanagements“, BB 2017, S. 2740 (2744).

Beim Vorstellungsgespräch spielt das **Fragerecht des Arbeitgebers** eine zentrale Rolle. Der Apothekeninhaber darf beim Vorstellungsgespräch nur nach dem AGG zulässige Fragen stellen. Insoweit gilt für das Fragerecht während des Vorstellungsgesprächs das gleiche wie für Fragen, die in einem schriftlichen Einstellungsfragebogen gestellt werden. Hierzu wird auf das Kapitel B 1 „Einstellungsfragebogen“ sowie auf die dort abgedruckte Kopiervorlage eines → Einstellungsfragebogens verwiesen.

#### 4.5 Hinweis- und Aufklärungspflichten bei Einstellungsverhandlungen

Unabhängig davon, ob im Ergebnis ein Arbeitsvertrag zustande kommt oder nicht, entstehen allein aufgrund der Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder geschäftlichen Kontakten für beide Parteien bestimmte Verpflichtungen. Insbesondere müssen sich grundsätzlich beide Parteien gegenseitig über sämtliche Umstände aufklären, **die für die andere Seite im Hinblick auf den möglichen Arbeitsvertrag und dessen Erfüllung Bedeutung haben**<sup>29</sup>. Werden diese Pflichten schuldhaft verletzt, kann der andere Teil unter Umständen Schadensersatzansprüche aufgrund des sog. Verschuldens bei Vertragsschluss geltend machen.

##### 4.5.1 Aufklärungspflichten des Arbeitgebers

Der Apothekeninhaber muss den Bewerber über alle Anforderungen und Umstände des zu besetzenden Arbeitsplatzes unterrichten, die über den Rahmen des Üblichen hinausgehen oder von der Norm abweichen.

**Beispiel:** Wenn der Apothekeninhaber eine PTA einstellen möchte, die er nur zur Beaufsichtigung der PKA oder ausschließlich in der Defektur und Rezeptur einzusetzen gedenkt, nicht aber im Handverkauf, ist dies ein Umstand, den er bei den Einstellungsverhandlungen mitteilen muss.

Der Apothekeninhaber muss den Stellenbewerber auch informieren, wenn in absehbarer Zeit in der Apotheke organisatorische Änderungen bevorstehen, die sich auf den zu besetzenden Arbeitsplatz auswirken oder diesen möglicherweise gar wegfallen lassen<sup>30</sup>.

Auch dann, wenn der Apothekeninhaber erkennt, dass der Bewerber besondere Wünsche und Erwartungen an die Stelle hat, muss er ihn darüber aufklären, inwieweit diese erfüllbar sind.

##### 4.5.2 Aufklärungspflichten des Arbeitnehmers

Auch der Arbeitnehmer hat Offenbarungspflichten, wenn er weiß oder im Einstellungsgespräch erkennt, dass er die an ihn gestellten Anforderungen nicht wird erfüllen können. Dies gilt z.B. für gesundheitliche Umstände, etwa einen bevorstehenden Krankenhausaufenthalt, aber in gleicher Weise auch für Umstände, die sein persönliches Leistungsvermögen betreffen und ihn daran hindern, den normalen Anforderungen gerecht zu werden.

**Beispiel:** Eine PTA mit mehrjähriger Berufserfahrung war bei ihrem bisherigen Arbeitgeber nicht im Handverkauf tätig. Diese Tatsache dürfte sie bei einem Einstellungsgespräch mit einem Apothekeninhaber nicht verschweigen, wenn sie erkennt, dass sie in dieser Apotheke dem Berufsbild der PTA entsprechend im Handverkauf eingesetzt werden soll (vgl. wegen weiterer Beispiele für Offenbarungspflichten des Arbeitnehmers auch das Kapitel B 1 „Einstellungsfragebogen“, Abschnitt 2.3).

#### 4.6 Ärztliche Untersuchung

Der Arbeitgeber ist berechtigt, die Einstellung eines Arbeitnehmers von einer vorherigen ärztlichen Untersuchung abhängig zu machen. Dabei sind die gleichen Bindungen zu beachten, wie sie für die Frage nach dem Gesundheitszustand im Rahmen eines Einstellungsfragebogens gelten (vgl. hierzu Kapitel B 1 „Einstellungsfragebogen“, Abschnitt 3.5). Dies bedeutet insbesondere, dass die Untersuchung darauf abzielen muss, ob der Bewerber **für den zu besetzenden Arbeitsplatz** gesundheitlich geeignet ist. Krankheiten oder Beeinträchtigungen, die die Eignung für die vorgesehene Tätigkeit nicht tangieren, dürfen also bei der Untersuchung keine Rolle spielen.

Eine Verpflichtung des Bewerbers, die Untersuchung durchführen zu lassen, besteht nicht. Die Teilnahme ist **freiwillig**. Wenn der Bewerber allerdings die Untersuchung verweigert, läuft er Gefahr, dass seine Bewerbung abgelehnt wird. Das Untersuchungsergebnis darf der Arbeitgeber vom Arzt nur insoweit erfahren, als es für die Eignung des Bewerbers für die zu besetzen-

<sup>29</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 24.9.1974, BB 1975, S. 184.

<sup>30</sup> BAG, Urteil vom 2.12.1976, BB 1977, S. 246.

de Stelle von Bedeutung ist; einzelne Details der Befunde darf der Arzt nicht mitteilen.

**DNA- oder Genomanalysen** dürfen von den Bewerbern nicht gefordert werden. Dies ist durch das Gendiagnostikgesetz (GenDG) ausdrücklich geregelt. Nach § 19 GenDG darf der Arbeitgeber weder vor noch nach der Begründung des Arbeitsverhältnisses von Beschäftigten die Vornahme genetischer Untersuchungen oder Analysen verlangen. Ebensowenig darf der Arbeitgeber Ergebnisse bereits vorgenommener genetischer Untersuchungen verlangen, entgegennehmen oder verwenden.

## 5 Einstellungsentscheidung

### 5.1 Diskriminierungsfreie Auswahl

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz nimmt dem Arbeitgeber nicht die Freiheit der Mitarbeiterauswahl. Es gibt ihm aber vor, nicht die Auswahl in diskriminierender, also mit den Benachteiligungsmerkmalen des § 1 AGG zusammenhängender Weise zu beschränken, also den Bewerber aus derartigen Gründen nicht in die Auswahl einzubeziehen. Die Benachteiligung liegt hier in der Versagung einer Chance<sup>31</sup>. Dabei ist es nicht von Bedeutung, ob es andere Bewerber für die Stelle gab, eine andere Bewerbung Erfolg hatte und ob die Stelle überhaupt besetzt wurde<sup>32</sup>; die Nichteinstellung eines Anderen beseitigt nicht eine Diskriminierung im Bewerbungsverfahren.

Wenn allerdings das Auswahlverfahren aus sachlichen und nachvollziehbaren Gründen abgebrochen wurde, bevor die Bewerbung beim Arbeitgeber eingegangen ist, z.B. weil zwischenzeitlich das Erfordernis einer Stellenbesetzung entfallen ist, scheidet eine Diskriminierung aus<sup>33</sup>.

Eine weniger günstige Behandlung **wegen** eines dieser Merkmale ist bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an das Merkmal anknüpft oder durch sie motiviert ist. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der betreffende Grund, z.B. das Geschlecht, das Alter oder die ethnische Herkunft, das ausschließliche oder auch nur ein wesentliches Motiv für das Handeln des Arbeitgebers ist. Ausreichend ist vielmehr, dass das verpönte Merkmal Bestandteil eines „Mo-

tivbündels“ ist, welches die Entscheidung beeinflusst hat<sup>34</sup>.

Nach § 8 Abs. 1 AGG kann eine unterschiedliche Behandlung wegen eines der Gründe des § 1 AGG gerechtfertigt sein, wenn dieser Grund **eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung** darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ muss von der Art der betreffenden Tätigkeit oder den Bedingungen ihrer Ausübung vorgegeben sein in dem Sinne, dass davon **nach objektiven Maßstäben** die ordnungsgemäße Durchführung der Tätigkeit abhängt<sup>35</sup>. Dies muss der Arbeitgeber beweisen<sup>36</sup>. Subjektive Erwägungen dürfen dagegen keine Rolle spielen. Der Rechtfertigungsgrund des § 8 AGG gilt für alle Benachteiligungsmerkmale; Beispiele hinsichtlich des Geschlechts werden nachstehend im Abschnitt 5.2.1 genannt. Bezuglich einer Ungleichbehandlung wegen des Alters enthält § 10 AGG spezielle Rechtfertigungsgründe.

### 5.2 Wichtige Benachteiligungsmerkmale

#### 5.2.1 Geschlecht

Ein zentrales Merkmal ist das **Geschlecht**. Geschlechtsbezogene Benachteiligungen sind in der Praxis nur unter ganz engen Voraussetzungen zulässig. Dies gilt z.B. bei einer Chorsängerin für einen Tenor oder Bassisten, bei einer Stelle als Mannequin für Damenbekleidung oder bei einer mit Nachtdiensten verbundenen Tätigkeit einer Erzieherin in einem Mädcheninternat<sup>37</sup>. Bei den **Arbeitsplätzen in Apotheken** gibt es in diesem Sinne keine nur mit einem Mann oder einer Frau besetzbaren Stellen. Im Übrigen ist bei dieser Thematik nunmehr stets auch an das dritte Geschlecht zu denken (s. oben Abschnitt 3.2).

#### 5.2.2 Behinderung

Ein weiteres wichtiges Benachteiligungsmerkmal ist die **Behinderung**. Wegen des Begriffsinhalts verweist die Gesetzesbegründung auf § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX. Danach sind Menschen mit Behinderungen Menschen, die körperliche,

<sup>31</sup> Ständige Rechtsprechung, z.B. BAG, Urteil vom 20.1.2016, NZA 2016, S. 681 (Rdnr. 23).

<sup>32</sup> BAG, Urteil vom 19.12.2019, NZA 2020, S. 707 (Rdnr. 29).

<sup>33</sup> BAG, Urteil vom 11.8.2016, NZA 2017, S. 310 (Rdnr. 89).

<sup>34</sup> Ständige Rechtsprechung, z.B. BAG, Urteil vom 15.12.2016, BB 2017, S. 953 (Rdnr. 20, 58).

<sup>35</sup> BAG, Urteil vom 19.12.2019, NZA 2020, S. 707 (Rdnr. 39).

<sup>36</sup> BAG, a.a.O., Rdnr. 41.

<sup>37</sup> BAG, Urteil vom 28.5.2009, NZA 2009, S. 1016 (Rdnr. 40 f.).

seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft – wozu auch die Teilhabe am Berufsleben gehört – mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als 6 Monate hindern können. Bei dieser Definition kommt es nicht auf den Grad der Behinderung an. Der Begriff „Behinderung“ ist damit weiter als der Begriff „Schwerbehinderung“ im Sinne von § 2 Abs. 2 SGB IX, der einen Grad der Behinderung von wenigstens 50 voraussetzt. Für die Annahme einer Benachteiligung reicht es aus, dass die Behinderung mitursächlich für die Ablehnung des Bewerbers war<sup>38</sup>. Deshalb schließt die bessere Eignung von Mitbewerbern eine Benachteiligung nicht aus<sup>39</sup>.

Neben dem allgemeinen Benachteiligungsverbot wegen Behinderung nach dem AGG gibt es nach wie vor das spezielle Benachteiligungsverbot zum Schutz schwerbehinderter Beschäftigter nach § 164 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Siehe zu weiteren Verpflichtungen des Arbeitgebers in Bezug auf Schwerbehinderte und diesen Gleichgestellte oben Abschnitt 3.4.

Der Arbeitgeber kann allerdings einen Bewerber „wegen“ dessen Behinderung nur dann benachteiligen, wenn ihm diese bekannt oder wenn sie offensichtlich ist. Ein Stellensucher, der bei seiner Bewerbung den besonderen Schutz des Schwerbehindertenrechts (SGB IX) in Anspruch nehmen will, muss daher **im Bewerbungsschreiben selbst** unter Angabe des Grades der Behinderung **oder** alternativ an gut erkennbarer Stelle **im Lebenslauf** über seine Behinderung informieren<sup>40</sup>. Es reicht nicht, unter weiteren Bewerbungsunterlagen eine Kopie des Schwerbehindertenausweises beizulegen, ohne dass im Anschreiben oder im Lebenslauf hierauf ausreichend hingewiesen wird<sup>41</sup>.

### 5.2.3 Alter

Grundlegend neu für das deutsche Recht ist die Einführung des Benachteiligungsgrunds „Alter“. Es geht dabei nicht ausschließlich um den Schutz älterer Menschen vor Benachteiligungen. Vielmehr ist das Alter im Sinne von Le-

bensalter – im Gegensatz zu den anderen Diskriminierungsgründen – ein ambivalentes, relatives Differenzierungsmerkmal<sup>42</sup>. Von einer Altersdiskriminierung ist darum potentiell jeder Mensch betroffen. Deshalb kann eine unzulässige Benachteiligung wegen des Alters nur angenommen werden, wenn die Ungleichbehandlung für den Betroffenen einen eindeutigen Nachteil bewirkt und ihn zurücksetzt.

In § 10 AGG findet sich eine spezielle Rechtserstellungsvorschrift in Bezug auf das Alter. Danach ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist und auch die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Als legitime Ziele in diesem Sinne erkennt das BAG in europarechtlicher Auslegung der Vorschrift nur solche an, die als „sozialpolitische Ziele“ im Allgemeininteresse liegen<sup>43</sup>. Dies sind Ziele, die mit der Beschäftigungspolitik, dem Arbeitsmarkt und der beruflichen Bildung im Zusammenhang stehen. Das Gesetz nennt selbst einige Regelbeispiele. So kann u.a. eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig sein, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Beschäftigten und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen. Des Weiteren können Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung festgelegt werden.

### 5.3 Umgang mit Bewerbungsunterlagen

Es ist selbstverständlich, dass der Apothekeninhaber die ihm vorliegenden Bewerbungsunterlagen sorgfältig und vertraulich behandeln und aufbewahren muss. Insbesondere darf er die Unterlagen in seiner Apotheke nur solchen Personen zur Kenntnis geben, die mit der Bewerbung befasst oder vor der Einstellung zu Rate gezogen werden.

Erst recht nicht darf der Apothekeninhaber ohne das ausdrückliche, schriftliche Einverständnis des Bewerbers die Bewerbungsunterlagen betriebsfremden Dritten zugänglich machen, etwa einer anderen Apotheke oder einem sonstigen Arbeitgeber, wenn sein eigener Bedarf an Mitarbeitern bereits gedeckt ist.

<sup>38</sup> Ständige Rechtsprechung, z.B. BAG, Urteil vom 20.1.2016, NZA 2016, S. 681 (Rdnr. 24).

<sup>39</sup> BAG, Urteil vom 21.7.2009, NZA 2009, S. 1087 (Rdnr. 42).

<sup>40</sup> BAG, Urteil vom 22.10.2015, NZA 2016, S. 625 (Rdnr. 31).

<sup>41</sup> BAG, a.a.O., Rdnr. 32.

<sup>42</sup> BAG, Urteil vom 25.2.2010, NZA 2010, S. 561 (563).

<sup>43</sup> BAG, Urteil vom 19.5.2016, NZA 2016, S. 1394 (Rdnr. 83).

## 5.4 Dokumentation der Personalentscheidung

Aufgrund des AGG müssen Personalentscheidungen – nicht nur bei der Einstellung – sorgfältig dokumentiert werden. Der Arbeitgeber muss nach Möglichkeit lückenlos nachweisen können, nach welchen Kriterien, die nicht mit einem Benachteiligungsmerkmal des § 1 AGG zusammenhängen, er seine Auswahl getroffen hat. Zu empfehlen ist die Verwendung eines **schriftlichen Anforderungsprofils**, anhand dessen nachvollziehbar gemacht werden kann, welcher Bewerber den höchsten Übereinstimmungsgrad mit dem Profil aufweist. Die Gründe für die Ablehnung eines Bewerbers sollten deshalb umgehend schriftlich, und sei es nur in Form von Stichworten, dokumentiert und aufbewahrt werden. Dabei können dem Apothekeninhaber die oben (vgl. Abschnitt 4.1) beispielhaft erwähnten Auswahlkriterien von Nutzen sein.

# 6 Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot

## 6.1 Trotz Benachteiligung kein Anspruch auf Einstellung

Auch wenn der Apothekeninhaber bei der Einstellung gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen hat, begründet dies nach ausdrücklicher gesetzlicher Regelung in § 15 Abs. 6 AGG keinen Anspruch auf Einstellung. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich der Anspruch aus einem anderen Rechtsgrund ergibt. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn der Apothekeninhaber im Stellenbewerber den Eindruck erweckt, er werde mit ihm einen Arbeitsvertrag abschließen und den Arbeitnehmer veranlasst, sein bisheriges Arbeitsverhältnis zu kündigen.

Wenn der Apothekeninhaber in diesem Fall den Bewerber nicht einstellt, hat er ihn über die Absicht zum Vertragsabschluss getäuscht und muss ihm den Schaden ersetzen, den der Arbeitnehmer durch den Verlust des alten Arbeitsverhältnisses erleidet. Der Schaden kann darin bestehen, dass der Arbeitnehmer durch die Absage nicht sofort ein neues Arbeitsverhältnis im Anschluss an das von ihm gekündigte Arbeitsverhältnis eingehen kann. Den hierdurch entstehenden Lohnausfall kann er von dem Arbeitgeber ersetzt verlangen, der ihn zur Kündigung seines bisherigen Arbeitsvertrages veranlasst hat.

---

**Hinweis:** Bei Vertragsverhandlungen mit Stellenbewerbern sollte der Apothekeninhaber am Schluss stets darauf hinweisen, dass er noch mit anderen Bewerbern Gespräche führen wolle, eine Entscheidung noch nicht gefallen sei und er deshalb noch keine Zusage machen könne.

---

## 6.2 Anspruch auf Entschädigung und Schadensersatz

### 6.2.1 Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG

Bei einem schuldenhaften Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ist der Arbeitgeber verpflichtet, den hierdurch entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Beweislast, dass ein Schaden eingetreten ist und dieser kausal auf die Benachteiligungshandlung zurückzuführen ist, trägt der Bewerber<sup>44</sup>. Der Begriff des schuldenhaften Handelns beim Arbeitgeber umfasst vorätzliches und fahrlässiges Verhalten. § 15 Abs. 1 AGG regelt den Ersatz eines entstandenen **Vermögensschadens**. Nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen hat der Arbeitgeber den benachteiligten Stellenbewerber so zu stellen, wie dieser stünde, wenn er nicht benachteiligt worden wäre. Als zu ersetzende Vermögensschäden kommen z.B. Bewerbungskosten in Betracht, vor allem aber der **Ersatz der entgangenen Vergütung, wenn der Bewerber bei benachteiligungsfreier Auswahl eingestellt worden wäre**. Der Gesetzgeber hat keine Obergrenze für die Höhe dieses Schadensersatzanspruchs vorgesehen. Theoretisch wäre also eine jahrelange Zahlungspflicht des Arbeitgebers denkbar, falls der Stellenbewerber keine gleichwertige Beschäftigung findet. In der Literatur wird zum Teil für eine „Deckelung“ in Höhe der Vergütung plädiert, die der Bewerber bis zu dem Zeitpunkt verdient hätte, zu dem der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis frühestens wieder hätte kündigen können<sup>45</sup>. Es ist Aufgabe der Rechtsprechung, diesbezüglich Grundsätze für eine Begrenzung im Sinne der Verhältnismäßigkeit zu finden. In jedem Fall sind eine anderweitige Vergütung oder eine Lohnersatzleistung wie z.B. Arbeitslosengeld vom Ersatzanspruch abzuziehen. In der Praxis wird der Bewerber allerdings den Nachweis, dass er bei benachtei-

<sup>44</sup> BAG, Urteil vom 18.5.2017, NZA 2017, S. 1530 (Rdnr. 70).

<sup>45</sup> Bauer/Krieger, Kommentar zum AGG, § 15 Rdnr. 27.

gungsfreier Auswahl eingestellt worden wäre, regelmäßig kaum führen können.

### 6.2.2 Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG

Wegen eines Schadens, der **nicht Vermögensschaden** ist, kann der Stellenbewerber eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen (§ 15 Abs. 2 AGG). Dieser Anspruch setzt – im Gegensatz zum Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG – kein schuldhaftes Verhalten des Arbeitgebers voraus. Der Arbeitgeber haftet auch für Rechtsverstöße, die ein von ihm beauftragter Personalberater im Bewerbungsverfahren begeht. Entschädigungsansprüche nach § 15 Abs. 2 AGG richten sich daher stets gegen den Arbeitgeber, nicht den Beauftragten<sup>46</sup>. Voraussetzung für den Entschädigungsanspruch ist nicht, dass der Arbeitnehmer in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt worden ist<sup>47</sup>. Steht ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot fest, ist damit „automatisch“ auch das Entstehen eines immateriellen Schadens beim Arbeitnehmer anzunehmen, das einen Entschädigungsanspruch auslöst<sup>48</sup>.

Hinsichtlich der Höhe der Entschädigung unterscheidet das Gesetz:

- Diejenigen Bewerber, die zwar benachteiligt worden sind, die die angebotene Position aber ohnehin nicht erhalten hätten, können eine angemessene Entschädigung verlangen, die **3 Monatsgehälter nicht übersteigen darf** (§ 15 Abs. 2 Satz 2 AGG). Dabei handelt es sich um eine „Kappungsgrenze“: Vom Gericht ist zunächst eine angemessene und der Höhe nach nicht begrenzte Entschädigung zu ermitteln, die dann, wenn sie 3 Monatsentgelte übersteigen sollte, zu kappen ist<sup>49</sup>. Beweispflichtig dafür, dass der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, ist beim Entschädigungsanspruch der Arbeitgeber<sup>50</sup>. Als Monatsverdienst gilt, was dem Bewerber bei regelmäßiger Arbeitszeit in dem Monat, in dem das Arbeitsverhältnis hätte begründet werden sollen, an Geld- und Sachbezügen zugestanden hätte.
- Nicht auf höchstens 3 Monatsgehälter beschränkt ist der Entschädigungsanspruch

desjenigen Bewerbers, der die Stelle nur wegen der Diskriminierung nicht erhalten hat, sie aber ohne die Benachteiligung hätte bekommen müssen. Diese vom Europäischen Gerichtshof vorgenommene Differenzierung beruht auf der Erwägung, dass den bestqualifizierten Bewerber das diskriminierende Verhalten des Arbeitgebers ungleich stärker trifft als die übrigen Bewerber, die auch ohne die Diskriminierung den Arbeitsplatz nicht erhalten hätten. Dennoch wird sich auch beim bestqualifizierten Bewerber eine gewisse Begrenzung des Entschädigungsanspruchs dadurch ergeben, dass die Gerichte die Relation z.B. zu Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit oder des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wahren müssen.

### 6.2.3 Rechtsmissbrauch bei Scheinbewerbung

Sowohl das Verlangen eines erfolglosen Bewerbers nach Schadensersatz (§ 15 Abs. 1 AGG) als auch nach Entschädigung (§ 15 Abs. 2 AGG) kann dem Rechtsmissbrauchseinwand ausgesetzt sein. Rechtsmissbrauch ist anzunehmen, sofern der Arbeitnehmer mit seiner Bewerbung nur den formalen Status als Bewerber im Sinne von § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG (vgl. oben Abschnitt 2.1) erreichen will mit dem ausschließlichen Ziel, eine Entschädigung zu erhalten<sup>51</sup>. Das BAG hat dies z. B. bejaht, wenn es nach Würdigung aller Umstände dem Bewerber nicht darum ging, den Arbeitgeber davon zu überzeugen, dass er der bestgeeignete Kandidat ist, sondern dass er beabsichtigte, dem Arbeitgeber bereits nach einem ersten Lesen der Bewerbung durchgreifende Gründe für eine Absage zu geben<sup>52</sup>. Ein solcher Bewerber kann sich nicht auf den vom AGG gewährten Schutz vor Diskriminierung berufen; er handelt rechtsmissbräuchlich, auch nach europarechtlichen Maßstäben<sup>52a</sup>. Dass der Stellenbewerber rechtsmissbräuchlich handelt, muss der Arbeitgeber beweisen; die Anforderungen des BAG an die Darlegung entsprechender Tatsachen sind hoch<sup>53</sup>.

<sup>46</sup> BAG, Urteil vom 23.1.2014, BB 2014, S. 1534 (Rdnr. 23).

<sup>47</sup> BAG, Urteil vom 22.1.2009, NZA 2009, S.945 (Rdnr. 70 ff.).

<sup>48</sup> BAG, a.a.O., Rdnr. 74 ff.

<sup>49</sup> BAG, Urteil vom 19.12.2019, NZA 2020, S. 707 (Rdnr. 78).

<sup>50</sup> BAG, Urteil vom 11.8.2016, NZA-RR 2017, S. 132 (Rdnr. 102).

<sup>51</sup> BAG, a.a.O., Rdnr. 48.

<sup>52</sup> BAG, Urteil vom 25.10.2018, NZA 2019, S. 527 (Rdnr. 46 ff., 61).

<sup>52a</sup> EuGH, Urteil vom 28.7.2016, NZA 2016, S. 1014 (Rdnr. 35).

<sup>53</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 19.5.2016, NZA 2016, S. 1394 (Rdnr. 58).

## 6.2.4 Beweislast

Dem Arbeitnehmer kommt beim rechtlichen Vorgehen gegen den Arbeitgeber eine Beweiserleichterung hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs zwischen der Benachteiligung und dem Diskriminierungsmerkmal zugute. Beweist er nämlich Indizien, die eine Benachteiligung **wegen** eines der in § 1 AGG genannten Gründe vermuten lassen, so hat der Arbeitgeber nach § 22 AGG den Vollbeweis dafür zu erbringen, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

Der Stellenbewerber muss also dreierlei beweisen:

- dass in seiner Person eines der Diskriminierungsmerkmale des § 1 vorliegt,
- dass er benachteiligt wurde, d.h. gegenüber einer anderen Person eine weniger günstige Behandlung erfahren hat (vgl. § 3 Abs. 1 AGG), und
- dass diese weniger günstige Behandlung auf einem der Gründe des § 1 AGG beruht.

Um diese Beweiserfordernisse zu erfüllen, reicht aber z.B. nicht die einfache Behauptung aus, ein Mitbewerber um einen Arbeitsplatz sei eingestellt worden, weil er männlich/jünger/älter/katholisch/nicht behindert sei, sondern es müssen zunächst Indizien dargelegt und ggf. bewiesen werden, dass die Abweisung der eigenen Bewerbung darauf beruht, Frau/zu jung/zu alt/Muslima/behindert etc. zu sein.

Auch die bloße Behauptung, man sei der am besten geeignete Bewerber, reicht nicht aus, um ein Indiz für einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zu begründen. Ebenso wenig liegt ein solches Indiz darin, dass ein Bewerber alle in der Stellenausschreibung gewünschten Anforderungen erfüllt, aber dennoch nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen wird<sup>54</sup>.

Im Übrigen hat ein **abgelehnter Stellenbewerber** gegen den Arbeitgeber im Regelfall **keinen Anspruch auf Auskunft über den eingestellten Bewerber** und die Kriterien, die für dessen Einstellung entscheidend waren<sup>55</sup>. Damit stellt auch die Verweigerung dieser Auskunft für sich betrachtet kein Indiz für eine rechtswidrige Benachteiligung im Sinne des AGG dar<sup>56</sup>.

Indizien sind sog. Hilfstatsachen, die den Schluss auf das Vorliegen einer Benachteiligung wegen eines Diskriminierungsmerkmals

rechtfertigen. Entsprechende Anhaltspunkte können etwa abfällige Äußerungen während eines Bewerbungsgesprächs bzw. bei der Ablehnung einer Bewerbung sein, ebenso unzulässige Fragen während eines Vorstellungsgesprächs (s. dazu Kapitel B 1 „Einstellungsfragebogen“) sowie Stellenanzeigen, die an die im Gesetz erwähnten Merkmale anknüpfen, ohne dass dies sachlich begründet ist. Insgesamt ist – vom Arbeitnehmer bzw. Bewerber aus gesehen – kein zu strenger Maßstab anzulegen. Es reicht, wenn „nach allgemeiner Lebenserfahrung“ eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Verknüpfung der Benachteiligung mit einem der 8 Diskriminierungsmerkmale des § 1 AGG besteht<sup>57</sup>. Werden vom Arbeitnehmer Hilfstatsachen vorgebracht, welche jedenfalls für sich allein betrachtet nicht die Vermutung einer Benachteiligung begründen können, ist vom Gericht eine **Gesamtbetrachtung** vorzunehmen, ob diese Hilfstatsachen im Zusammenhang gesehen geeignet sind, eine Benachteiligung vermuten zu lassen<sup>58</sup>.

## 6.2.5 Fristen zur Geltendmachung der Ansprüche

Sowohl der Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 als auch der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG müssen **innerhalb einer Frist von 2 Monaten schriftlich geltend gemacht werden**, es sei denn, die Tarifvertragsparteien haben etwas anderes vereinbart (§ 15 Abs. 4 Satz 1 AGG). Zwar enthält der Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter (BRTV) in § 20 Abs. 2 eine Ausschlussfrist von 3 Monaten; diese tarifliche Ausschlussfrist kann aber nicht die Ansprüche abgelehnter Bewerber erfassen, da noch kein Arbeitsvertrag abgeschlossen ist und damit der Tarifvertrag weder aufgrund unmittelbarer Tarifbindung noch aufgrund einzelvertraglicher Inbezugnahme zur Anwendung kommen kann<sup>59</sup>.

Für die Schriftlichkeit der Geltendmachung der Ansprüche durch den Bewerber ist die Textform ausreichend, die z.B. durch Telefax erfüllt wird<sup>60</sup>. Die Schriftform wird auch durch die Erhebung einer Klage auf Entschädigung gewahrt, sofern die Klage innerhalb der 2-Monats-Frist dem Arbeitgeber zugestellt oder innerhalb dieser Frist beim Arbeitsgericht eingereicht wor-

<sup>54</sup> BAG, Urteil vom 25.4.2013, DB 2013, S. 2509 (Rdnr. 46).

<sup>55</sup> BAG, a.a.O., Rdnr. 56.

<sup>56</sup> BAG, a.a.O., Rdnr. 58.

<sup>57</sup> BAG, Urteil vom 17.12.2009, NZA 2010, S. 383 (385).

<sup>58</sup> BAG, Urteil vom 7.7.2011, NZA 2012, S. 34 (36).

<sup>59</sup> BAG, Urteil vom 15.3.2012, NZA 2012, S. 910 (912 f.).

<sup>60</sup> BAG, Urteil vom 19.8.2010, NZA 2010, S. 1412 (1414 f.).

den ist, sofern sie alsbald dem Arbeitgeber zugestellt wurde<sup>61</sup>.

Die Ausschlussfrist beginnt nach § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG grundsätzlich mit dem **Zugang der Ablehnung der Bewerbung**, nicht jedoch vor dem Zeitpunkt, ab dem der Bewerber erfahren hat, dass er benachteiligt wurde. Der Arbeitgeber muss im Übrigen seine Ablehnung nicht schriftlich erklären. Um die Frist des § 15 Abs. 2 AGG für den Arbeitnehmer in Gang zu setzen, bedarf es nur einer auf den Beschäftigten bezogenen ausdrücklichen (auch mündlichen) oder konkludenten Erklärung des Arbeitgebers, aus der sich für den Bewerber eindeutig ergibt, dass seine Bewerbung keine Aussicht (mehr) auf Erfolg hat<sup>62</sup>. Ein Schweigen oder Untätigbleiben des Arbeitgebers reicht grundsätzlich nicht aus; ebenso wenig genügt es, wenn der Bewerber nicht durch den Arbeitgeber, sondern auf andere Weise erfährt, dass seine Bewerbung erfolglos war<sup>63</sup>. Die Einhaltung der Frist setzt nicht voraus, dass der Bewerber den Anspruch der Höhe nach im Einzelnen beziffert; er muss nur vor Fristablauf schriftlich zum Ausdruck bringen, eine Entschädigung wegen Diskriminierung zu verlangen<sup>64</sup>.

Zusätzlich zu der vorgenannten Geltendmachungsfrist sieht § 61 b Abs. 1 des Arbeitsgerichtsgesetzes eine **Klagefrist** vor. Sie beginnt mit der schriftlichen Geltendmachung des Anspruchs durch den Stellenbewerber und läuft ab diesem Zeitpunkt **3 Monate**. Die Klagefrist wird unabhängig davon in Gang gesetzt, ob der Arbeitgeber auf die schriftliche Geltendmachung des Anspruchs durch den Stellenbewerber reagiert oder nicht.

## 7 Abschluss des Bewerbungsverfahrens

### 7.1 Wie sollte die Ablehnung einer Bewerbung erfolgen?

Der Arbeitgeber kann Bewerbungen mit standardisierten Schreiben ablehnen. Er ist nicht verpflichtet, individuell auf die jeweiligen Bewerbungen einzugehen und muss auch nicht von sich aus die Absage sachlich begründen<sup>65</sup>. Ganz im Gegenteil ist **dringend davon abzuraten**.

<sup>61</sup> BAG, Urteil vom 22.5.2014, NZA 2014, S. 924 (Rdnr. 10 ff.).

<sup>62</sup> BAG, Urteil vom 29.6.2017, NZA 2018, S. 33 (Rdnr. 20).

<sup>63</sup> BAG, a.a.O., Rdnr. 26.

<sup>64</sup> BAG, Urteil vom 15.2.2005, NZA 2005, S. 870 (871).

<sup>65</sup> BAG, Urteil vom 25.4.2013, DB 2013, S. 2509 (Rdnr. 52).

**ten, eine Begründung für die Ablehnung zu geben.** Um Bewerbern möglichst wenig Anhaltpunkte für ein Vorgehen gegen die Ablehnung zu geben, sollte das Absageschreiben so allgemein wie möglich gehalten sein. Auch Formulierungen wie „Ein anderer Bewerber passt besser zu uns“ sollten vermieden werden. In der Regel empfiehlt sich ein standardisiertes Schreiben ohne Angabe von Gründen wie z.B. „Wir haben uns für eine andere Person entschieden“ oder „Ihre Bewerbung konnte leider nicht berücksichtigt werden“. Vorsicht ist auch bei telefonischen Nachfragen abgelehnter Bewerber geboten; auch in diesem Fall sollte sich der Apothekeninhaber nicht dazu verleiten lassen, Gründe für die Ablehnung zu nennen.

Lediglich in einem Fall ist die Ablehnung zu begründen, nämlich gegenüber einem schwerbehinderten Bewerber (§ 164 Abs. 1 Satz 9 SGB IX). In diesem Sonderfall kann sich gerade aus der Nichtmitteilung der Ablehnungsgründe ein Indiz für eine unzulässige Benachteiligung ableiten lassen.

Zum Teil wird empfohlen, den **Zugang von Ablehnungsschreiben beim Bewerber zu dokumentieren**. Denn der Zugang löst die 2-monatige Geltendmachungsfrist für ein Vorgehen gegen die Ablehnung aus (vgl. dazu oben Abschnitt 6.2.5). Dass und wann diese Frist durch Zugang der Ablehnung beim Bewerber in Lauf gesetzt worden ist, hat nach allgemeinen prozessualen Regeln der Arbeitgeber zu beweisen<sup>66</sup>. Dieser Beweis kann am besten durch Zuschaltung des Absageschreibens durch einen Boten oder (Einwurf-)Einschreiben erbracht werden, was bei einer größeren Zahl von Bewerbern mit einem gewissen Aufwand verbunden ist. Eine Erleichterung bringen hier E-Mail-Bewerbungen, bei denen Absagen gleichfalls in elektronischer Form erfolgen können und der Arbeitgeber über den E-Mail-Verkehr den Zugang der Absage dokumentieren kann.

### 7.2 Rücksendung und Datenlöschung bei Ablehnung der Bewerbung

Einem abgelehnten Bewerber muss der Apothekeninhaber seine Bewerbungsunterlagen in angemessener Zeit zurückgeben. Ein Einstellungsbogen oder im Bewerbungsverfahren erstellte Aufzeichnungen über abgelehnte Bewerber sind zu vernichten, elektronisch erhaltene

<sup>66</sup> BAG, Urteil vom 19.8.2010, NZA 2010, S. 1412 (1414).

# A1 Anbahnung des Arbeitsverhältnisses

Seite 16

oder erhobene Daten zu löschen (Art. 17 Abs. 1 Buchst. a DS-GVO; wegen des Begriffs der Löschung s. Kapitel A 11 „Datenschutz“, Abschnitt 5). Wegen der Frist von 2 Monaten ab Zugang des Absageschreibens, die dem Bewerber für die Geltendmachung einer Benachteiligung im Einstellungsverfahren zur Verfügung steht (s. vorstehenden Abschnitt 6.2.5), sollte der Apothekeninhaber mit der Rückgabe bzw. Vernichtung der Bewerbungsunterlagen sowie der Löschung elektronischer Daten noch warten. Denn nur wenn der Bewerber bis zum Ablauf der Frist keine Benachteiligung gegenüber dem Arbeitgeber geltend gemacht hat, kann dieser sicher sein, die Unterlagen nicht mehr zu benötigen, um im Streitfall den Auswahlvorgang und die Auswahlentscheidung dokumentieren zu können. Ein mehrmonatiger „Sicherheitszuschlag“ bezüglich der Rückgabe ist daher erforderlich. Nach dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) sollten Unterlagen abgelehnter Bewerber spätestens nach einer Frist von 6 Monaten ab Absendung des Ablehnungsschreibens entweder an den Bewerber zurückgegeben oder – soweit die Daten elektronisch einge-reicht wurden – gelöscht werden<sup>67</sup>.

Um die 2-Monats-Frist möglichst bald in Gang zu setzen, sollte der Apothekeninhaber das Absageschreiben an den Bewerber unverzüglich übersenden, nachdem feststeht, dass der Bewerber nicht eingestellt wird. Wenn der Apothekeninhaber die Originalbewerbungsunterlagen nicht bis zum Ablauf der 2 Monate aufheben möchte, kann er auch Kopien der Unterlagen anfertigen und die Originale mit dem Absageschreiben zurückgeben. Dies dürfte auch unter Datenschutzgesichtspunkten zulässig sein, da der Arbeitgeber aufgrund der Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle seiner Auswahlentscheidung ein berechtigtes Interesse an der – vorübergehenden – Aufbewahrung der Unterlagen hat.

Zuweilen möchte der Arbeitgeber die Daten und Unterlagen eines nicht zum Zuge gekommenen Bewerbers aufbewahren, weil er diesen Kandidaten in ein späteres Auswahlverfahren einbeziehen möchte. Dies ist rechtlich möglich, erfordert aber die schriftliche Einwilligung des Bewerbers. Dieser sollte sein Einverständnis damit erklären, dass die von ihm übermittelten Unterlagen und personenbezogenen Daten für

ein künftiges Stellenbesetzungsverfahren aufbewahrt bzw. gespeichert werden dürfen und dass die Einwilligung jederzeit und ohne Begründung mit Wirkung für die Zukunft widerufen werden kann.

## 8 Ersatz der Vorstellungskosten

Wenn der Apothekeninhaber einen Stellenbewerber zur persönlichen Vorstellung auffordert, so hat er ihm grundsätzlich aufgrund dieser Aufforderung die Vorstellungskosten zu ersetzen (§ 670 BGB)<sup>68</sup>. Dies gilt unabhängig davon, ob ein Arbeitsverhältnis tatsächlich zustande kommt oder nicht. Eine Ersatzpflicht soll auch bestehen, wenn die Anregung zur Vorstellung vom Arbeitnehmer ausgeht und der Arbeitgeber damit einverstanden ist.

Keinen Anspruch auf Erstattung von Vorstellungskosten hat ein Arbeitnehmer, der sich **unaufgefordert ohne vorherige telefonische Kontaktaufnahme beim Arbeitgeber vorstellt**. Dies gilt auch bei einer mit dem Arbeitgeber nicht abgesprochenen Vorstellung auf Veranlassung der Agentur für Arbeit.

Der Arbeitgeber hat auch die **Möglichkeit, den Anspruch des Bewerbers auf Ersatz von Vorstellungskosten auszuschließen** oder die Erstattung auf bestimmte Kosten – sowohl der Art, als auch der Höhe nach – zu beschränken. Dies setzt allerdings voraus, dass der Arbeitgeber den Bewerber bei der Einladung zum Vorstellungsgespräch hierüber informiert.

Zu ersetzen sind, wenn demnach ein Anspruch besteht, alle Kosten, die der Stellenbewerber nach den Umständen für **erforderlich** halten durfte. Üblicherweise erstattungspflichtig sind zunächst die **Fahrtkosten**. Welche dies im Einzelfall sind, hängt von den Umständen ab. Innerhalb der Stadt oder Gemeinde sind die Kosten öffentlicher Verkehrsmittel zu ersetzen, bei Anreise von auswärts mit der Bahn eine Fahrkarte 2. Klasse oder – bei Benutzung des eigenen Pkw – Kilometergeld nach den steuerlichen Vorschriften bei Dienstreisen, also derzeit 30 Cent pro Fahrtkilometer. Die Weiterfahrt vom Bahnhof zum Bewerbungsgespräch ist grundsätzlich mit öffentlichen Verkehrsmitteln zu absolvieren; nur bei ungünstiger und damit besonders zeitaufwendiger Verbindung sind Taxikosten erstattungsfähig.

<sup>67</sup> Tätigkeitsbericht zum Datenschutz für die Jahre 2013 und 2014, S. 82, abrufbar unter [www.bfdi.bund.de](http://www.bfdi.bund.de).

<sup>68</sup> BAG, Urteil vom 29.6.1988, NZA 1989, S. 468.

Der Ersatz von **Übernachtungskosten** kann verlangt werden, wenn eine Hin- und Rückreise am selben Tag nicht zumutbar ist. **Verpflegungskosten** sind ebenfalls nach steuerlichen Grundsätzen erstattungsfähig.

**Flugkosten** sind im Allgemeinen nur zu ersetzen, wenn dadurch Kosten für eine Übernachtung vermieden werden können.

Auch wenn Flugtickets heute oft nicht mehr kosten als Bahntickets, zuweilen sogar weniger, sollte die Übernahme von Flugkosten vor dem Vorstellungsgespräch stets zwischen Arbeitgeber und Bewerber abgesprochen werden.

Ein eventueller **Verdienstausfall** ist nach überwiegender Auffassung nicht zu erstatten. Im Allgemeinen hat allerdings der in einem **gekündigten** Arbeitsverhältnis stehende Bewerber gegen seinen derzeitigen Arbeitgeber Anspruch auf bezahlte Freistellung zur Stellensuche und damit keinen Verdienstausfall (§ 629 BGB). Bewirbt sich ein Arbeitnehmer aus ei-

nem **ungekündigten** Arbeitsverhältnis heraus, muss er für einen Vorstellungstermin Urlaub nehmen. Der einladende Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, dem Bewerber den genommenen Urlaubstag zu vergüten.

Der Anspruch auf Ersatz von Vorstellungskosten verjährt in 3 Jahren (§ 195 BGB).

---

**Hinweis:** Die dem Bewerber entstandenen Kosten sollten – unabhängig vom Erfolg der Bewerbung – am besten bei der persönlichen Vorstellung in bar oder per Scheck bezahlt werden.

Reisekosten, die vom Arbeitgeber nicht erstattet werden, kann der Bewerber in seiner Einkommensteuererklärung als Werbungskosten geltend machen. Dies gilt auch für vorbereitende Ausgaben, etwa für die Bewerbungsmappe, Fotos oder Porto.

(Weber)

# Mutterschutz und Elternzeit

## Inhalt:

1	Einführung . . . . .	3
2	Mutterschutzgesetz. . . . .	3
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, Nachtarbeit, Sonn- und Feiertagsarbeit. . . . .	5
2.5.1	Mehrarbeit. . . . .	5
2.5.2	Nachtarbeit . . . . .	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 Erholungsurlaubs 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 Schutzzvorschriften dieser Gesetze auch sind, so ist doch nicht zu verkennen, 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 Schutzzvorschriften 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 voraussichtlich-

<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. Der Arbeitgeber hat die **Arbeitsbedingungen** für die Frau durch Schutzmaßnahmen **umzugestalten**.
2. Können dadurch unverantwortbare 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.
3. Erst dann, wenn auch die Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz ausscheidet, darf der Arbeitgeber die schwangere oder stillende Frau nicht weiter beschäftigen (**betriebliches Beschäftigungsverbot**).

#### 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 bleibt aber 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 ausspre-

chen; 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>. Besteht 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 Durchschnittsverdiens-tes 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-wöchi-

<sup>16</sup> Adresse: Bundesversicherungsamt, Mutterschaftsgeldstelle, Friedrich-Ebert-Allee 38, 53113 Bonn, Tel. 0228/619-1888, 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>.

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:  $3960 \text{ €} : 90 \text{ Kalendertage} = 44 \text{ €} - 13 \text{ € Mutter-} \\ \text{schaftsgeld} = 31 \text{ € kalendertäglicher Arbeitge-} \\ \text{berzuschuss}$ .

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

<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 Mutter-schutzlohn 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 aufsparen. 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 Beschäftigungsverbote 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 Erholungsurlauf 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 einhalten, 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 Verpflichtungs-klage 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 verstörende 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 je-

doch 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, Selbstständigen oder Hausfrauen bezogen werden. Voraussetzung ist allerdings, dass der Antragsteller im Bezugszeitraum **nicht erwerbstätig ist oder nur Teilzeitarbeit von nicht mehr als 30 Stunden wöchentlich leistet**. Grundsätzlich sind somit auch Apothekeninhaberinnen und -haber elterngeldberechtigt.

<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).

# A 9 Mutterschutz und Elternzeit

Seite 18

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 Sozialbeiträge. 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 Pauschalsatz 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 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 kann in den ersten 14 Lebensmonaten in Anspruch genommen werden. Ein Elternteil kann mindestens für 2 Monate (Mindestbezugszeit) und höchstens für 12 Monate Elterngeld beziehen. Wenn sich beide Eltern an der Kinderbetreuung beteiligen und auch der Vater dafür mindestens 2 Monate seine Berufstätigkeit unterbricht oder auf höchstens 30 Wochenstunden einschränkt, kann die Förderdauer auf 14 Monate ausgedehnt werden. Wenn Eltern das Elterngeld gleichzeitig in Anspruch nehmen, führt dies zu einem doppelten Verbrauch von Monatsbeträgen und zu einer entsprechenden Verkürzung des Bezugszeitraums.

Andererseits kann der Auszahlungszeitraum auf Antrag bei Halbierung der Monatsbeträge auch verdoppelt werden.

Für Geburten ab 1. Juli 2015 wurde als Ergänzung zum bisherigen Elterngeld (Basiseltern geld) das Elterngeld Plus eingeführt. Damit soll die Verbindung von Elterngeldbezug und Teilzeitarbeit erleichtert werden. Das Elterngeld Plus beträgt höchstens die Hälfte des Basiseltern geldes, das Eltern ohne Teilzeiteinkommen zustünde, und wird für den doppelten Zeitraum gezahlt (bis zu 28 Monate).

Das Elterngeld Plus wird vom Partnerschaftsbonus ergänzt. Dieser besteht aus 4 zusätzlichen Elterngeld Plus-Monaten je Elternteil und kann bei mindestens 4-monatiger paralleler Teilzeit tätigkeit beider Elternteile im Umfang zwischen 25 und 30 Wochenstunden bezogen werden. Basiseltern geld, 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 Progressions vorbehalt. 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. Lebensjahrs 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 geplittet.

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 Apothekenhaber 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 ange rechnet, 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 Bestandsschutz klausel 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 **Berufsbildungszeiten** wird die Elternzeit nicht angerechnet (§ 20 Abs. 1 Satz 2 BEEG). Die Ausbildung verlängert sich also automatisch um den Zeitraum der Elternzeit, soweit 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.

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

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

<sup>41</sup> So auch Fichtel/Mettang, Kommentar zum Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter (BRTV), 13. Aufl., Stand Juni 2017, § 2 Rdnr. 20.

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** 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. 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**n 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 nicht übersteigt** (§ 15 Abs. 4 Satz 1 BEEG). Nehmen beide Eltern die Elternzeit in Anspruch, können sie zusammen bis zu 60 Stunden pro Woche arbeiten. Die Höchstzahl von 30 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 Teilzeit-

arbeit 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 Elternteilzeitanspruch 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 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 Elternteilzeit 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 Entgegen-stehen 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 Hinder-nisse für den Teilzeitwunsch darstellen<sup>52</sup>. Drin-gende 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 Bun-desarbeitsgericht anhand eines dreistufigen Prüfungsschemas, ob (1) der Arbeitgeber für die von ihm gewollte Arbeitszeitregelung ein schlüssiges Organisationskonzept hat, das (2) dem Teilzeitwunsch des Arbeitnehmers tat-sächlich entgegensteht und ob (3) die vom Ar-beitgeber behaupteten betrieblichen Gründe so gewichtig sind, dass sie die Interessen der Ar-beitnehmerin an der Teilzeitbeschäftigung wäh-ren der Elternzeit überwiegen<sup>53</sup>. Dabei wird vom Arbeitgeber grundsätzlich erwartet, dass er die mit einer elternzeitbedingten Abwesen-heit des Arbeitnehmers verbundenen betriebli-chen Schwierigkeiten bewältigt und die aus seiner Sicht erforderlichen Überbrückungs-

maßnahmen trifft. Deshalb sind bloße Störun-gen im Arbeitsablauf keine ausreichenden betrieblichen Gründe.

Ein **dringender betrieblicher Grund** kann sich vor allem auch daraus ergeben, dass **für eine Beschäftigung des Arbeitnehmers während sei-ner Elternzeit kein Bedarf besteht**<sup>54</sup>. Dem Ar-beitgeber 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 ge-genüber einem Antrag auf Elternteilzeit kann sich der Arbeitgeber auch berufen, wenn er für die Dauer der Elternzeit eine **Vertretung** einge-stellt hat, die nicht bereit ist, ihre Arbeitszeit zu verringern und andere Beschäftigungsmög-lichkeiten nicht vorhanden sind<sup>55</sup>.

Mit dem Wunsch des Mitarbeiters nach Ver-ringerung der Arbeitszeit ist in der Regel gerade in der Elternzeit zwangsläufig der Wunsch nach einer bestimmten **Verteilung der verringerten Arbeitszeit** verbunden. Das Bundesarbeitsge-richt hat entschieden, dass dem Arbeitgeber auch zur Abwehr des Wunsches nach einer be-stimmten Verteilung der Arbeitszeit dringende betriebliche Gründe zur Seite stehen müssen. Aus Sicht des Arbeitnehmers seien Dauer und Lage der Arbeitszeit regelmäßig aufs Engste ver-knüpft. Sei der Arbeitnehmer wegen seiner fa-miliären Einbindung und der Verfügbarkeit ei-ner Betreuung des Kindes durch Dritte wäh-rend seiner Abwesenheit auf eine bestimmte Lage seiner Arbeitszeit angewiesen, so gebühre seinen Interessen regelmäßig der Vorrang<sup>56</sup>.

### 3.10.2.3 Anspruch auf zweimalige Arbeitszeitverringerung

Der Arbeitnehmer kann während der Gesamt-dauer der Elternzeit den Anspruch auf Verringe- rung der Arbeitszeit insgesamt **zweimal** geltend machen. Nach dem BAG ist eine im Konsens-verfahren (§ 15 Abs. 5 BEEG, s. dazu oben Ab-schnitt 3.10.2.1) einvernehmlich getroffene Re-gelung 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 15.4.2008, NZA 2008, S. 998 (1000 f.).

<sup>55</sup> BAG, Urteil vom 19.4.2005, NZA 2005, S. 1354 (1356 f.).

<sup>56</sup> BAG, Urteil vom 9.5.2006, NJW 2006, S. 3595 (3598 f.).

<sup>57</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 Monatsdurchschnitt 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 teilzeitbeschäftigten 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 Bundeselterngeld- 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 teilzeitbeschäftiger 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 teilzeitbeschäftiger Elternzeitberechtigter verhindern, nicht aber den Sonderkündigungsschutz auf den Fremdarbeitgeber ausdehnen<sup>65</sup>.

<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.

## 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“).

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 zahlen zu müssen: 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 zugewandt werden. Erfolgt keine Zuordnungserklärung der Eltern, wird die Erziehungszeit im Normalfall der Mutter zugewandt.

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.