

Grundkurs Arbeitsrecht

Junker

20., neu bearbeitete Auflage 2021
ISBN 978-3-406-76493-6
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

a) Ein **Freiwilligkeitsvorbehalt** soll verhindern, dass in der Zukunft ein Anspruch auf eine bestimmte Leistung entsteht: Die Leistung erfolgt freiwillig und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht zur zukünftigen Gewährung. Hinsichtlich der Wirksamkeit eines solchen Vorbehalts ist zu unterscheiden:

- Für **laufendes Arbeitsentgelt** bedeutet der Vorbehalt des Arbeitgebers, zeitabschnittsweise (zB Monat für Monat) neu über die Gewährung eines Entgeltbestands zu entscheiden zu wollen, eine unangemessene und damit nach § 307 I 1 BGB unwirksame Benachteiligung des Arbeitnehmers.⁹¹
- Bei **Sondervergütungen** wie Weihnachtsgeld, Jubiläumsprämien und anderen Gratifikationen kann der Arbeitgeber einen Freiwilligkeitsvorbehalt vorsehen, der die Entstehung gleichgelagerter Ansprüche in der Zukunft ausschließt⁹² und das Entstehen eines Anspruchs aus **betrieblicher Übung** (→ Rn. 70) verhindert.⁹³

Beispiel für einen wirksamen Freiwilligkeitsvorbehalt: „Die Gewährung des Weihnachtsgelds erfolgt freiwillig und mit der Maßgabe, dass auch mit einer wiederholten Zahlung kein Rechtsanspruch für die Zukunft begründet wird.“

b) Ein **Widerrufsvorbehalt** verhindert zwar nicht, dass ein Anspruch des Arbeitnehmers entsteht, ermöglicht dem Arbeitgeber jedoch, eine versprochene Leistungsgewährung einseitig zu ändern, indem er sie für die Zukunft ausschließt (→ Rn. 74). Er kann in einer individuellen Abrede, einer arbeitsvertraglichen Einheitsregelung oder einer Gesamtzusage enthalten sein.⁹⁴

Durchblick: (1) Verknüpft der Arbeitgeber den **Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt** („Die Leistung erfolgt freiwillig und jederzeit widerrufbar“), so bejaht das BAG einen Verstoß gegen das **Transparenzgebot** des § 307 I 2 BGB (→ Rn. 82) mit der Folge der Klauselunwirksamkeit, weil nicht hinreichend klar werde, dass bereits der Rechtsbindungswille ausgeschlossen sein solle.⁹⁵

(2) Ist in einem vereinbarten Widerrufsvorbehalt eine **Frist für die Ausübung** des Widerrufs vorgesehen, so handelt es sich der Sache nach um ein vereinbartes Recht zur **Teilkündigung** der betroffenen Arbeitsbedingung (→ Rn. 417).

c) Der **Änderungsvorbehalt** ist verwandt mit dem Widerrufsvorbehalt und kann zB **254** dahin gehen, dass der Arbeitgeber eine Leistung nicht vollständig widerrufen, sondern nur einschränken kann. Ferner kann der Arbeitgeber aufgrund eines Änderungsvorbehalts – über das Weisungsrecht hinaus – Art, Ort oder Zeit der Arbeit modifizieren (zur Direktionsrechtserweiterung → Rn. 211).

⁹¹ BAG 25.4.2007 – 5 AZR 627/06, BAGE 122, 182 = AP Nr. 7 zu § 308 BGB = NZA 2007, 853 Rn. 23; ausf. *Stoffels* ZfA 2009, 862 (868).

⁹² BAG 30.7.2008 – 10 AZR 606/07, BAGE 127, 185 = AP Nr. 274 zu § 611 BGB Gratifikation = NZA 2008, 1173 Rn. 14ff.; krit. *Preis/Sagan* NZA 2012, 697 (706).

⁹³ BAG 19.3.2014 – 10 AZR 622/13, BAGE 147, 322 = AP Nr. 113 zu § 315 BGB = NZA 2014, 596 Rn. 28; zust. *Kamanabrou* ArbR Rn. 459.

⁹⁴ BAG 23.10.2002 – 10 AZR 48/02, BAGE 103, 151 (155f.) = AP Nr. 243 zu § 611 BGB Gratifikation = NZA 2003, 558 (559).

⁹⁵ BAG 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, BAGE 139, 156 = AP Nr. 56 zu § 307 BGB = NZA 2012, 81 Rn. 21.

Eine **Überprüfungsklausel** (Beispiel: „Die Bemessungsobergrenze für das Weihnachtsgeld wird alle zwei Jahre überprüft“) begründet einen Anspruch gegen den Arbeitgeber, die versprochene Überprüfung vorzunehmen und das Ergebnis mitzuteilen, nicht aber einen Anspruch auf Anpassung. Die Klausel garantiert kein günstiges Prüfungsergebnis bei günstiger wirtschaftlicher Lage, sondern schafft lediglich einen Legitimations- und Begründungsdruck des Arbeitgebers.⁹⁶

d) Der **Rückzahlungsvorbehalt** hat mit dem Änderungsvorbehalt und dem Widerrufsvorbehalt gemeinsam, dass der Arbeitgeber einseitig in das Leistungsgefüge eingreift. Eine Rückzahlungsklausel (auch Bindungs- oder Stichtagsklausel genannt) spielt für **Sonderzuwendungen (Gratifikationen)** eine Rolle (→ Rn. 248 ff.), ferner für **Ausbildungs- und Fortbildungskosten** (→ Rn. 55; s. auch → Rn. 110).

Durchblick: Die vorgenannten Klauseln, die der Flexibilisierung, Anpassung und Änderung von Arbeitsbedingungen im laufenden Arbeitsverhältnis dienen, unterliegen der **Inhaltskontrolle** nach §§ 307 ff. BGB (→ Rn. 80 f.). Das BAG stellt formelle und materielle Anforderungen: Für den **Widerrufsvorbehalt** verlangt das BAG gemäß § 308 Nr. 4 BGB in formeller Hinsicht Klarheit, Verständlichkeit und Nennung des Widerrufsgrunds, in materieller Hinsicht ein anerkennenswertes Arbeitgeberinteresse⁹⁷ (→ Rn. 74). Entsprechendes gilt für den **Rückzahlungsvorbehalt** (→ Rn. 251).

Zur Vertiefung s. die klausurmäßige Lösung eines Sachverhalts zur Rückzahlung von Ausbildungskosten bei *Junker*, Fälle zum Arbeitsrecht, Fall 4 Rn. 8–43.

6. Schutz des Vergütungsanspruchs

- 255 Der Arbeitslohn ist idR die wichtigste Einnahmequelle des Arbeitnehmers und damit seine Existenzgrundlage. Damit der Arbeitnehmer und seine Familie nicht der Sozialhilfe anheimfallen, schützt das Gesetz das Existenzminimum vor einer **Pfändung** durch die Gläubiger des Arbeitnehmers (dazu a) und vor einer **Aufrechnung** durch den Arbeitgeber (dazu b). Ferner sind bestimmte Vergütungsansprüche in der **Insolvenz** des Arbeitgebers gesichert (dazu c).

a) **Pfändungsschutz.** Ein Gläubiger des Arbeitnehmers, der aus einem Zahlungsurteil gegen den Arbeitnehmer vollstrecken will, kann den Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen (§§ 829, 835 ZPO). Es besteht jedoch hinsichtlich des Arbeitseinkommens⁹⁸ ein – je nach Art der Bezüge unterschiedlich ausgestalteter – Pfändungsschutz (§§ 850a–850l ZPO). Bestimmte Bezüge, zB Urlaubsgeld und Erschwerniszulagen „im Rahmen des Üblichen“⁹⁹ sowie ein Teil des Weihnachtsgelds,¹⁰⁰ sind absolut unpfändbar (§ 850a ZPO). Im Übrigen ist der Pfändungsschutz relativ: Er besteht nur bis zu gesetzlich festgelegten Höchstbeträgen (Pfändungsfreigrenzen), die insbesondere von den Unterhaltspflichten des

⁹⁶ BAG 27.2.2019 – 10 AZR 341/18, AP Nr. 316 zu § 611 BGB Gratifikation = NZA 2019, 914 Rn. 32.

⁹⁷ BAG 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, BAGE 113, 140 (144ff.) = AP Nr. 1 zu § 308 BGB = NZA 2005, 465.

⁹⁸ Siehe zum Begriff des Arbeitseinkommens BAG 6.5.2009 – 10 AZR 834/08, AP Nr. 17 zu § 850 ZPO = NZA 2009, 805 Rn. 22.

⁹⁹ Siehe zum Begriff der „Üblichkeit“ einer Zulage BAG 23.8.2017 – 10 AZR 859/16, BAGE 160, 57 = AP Nr. 7 zu § 850a ZPO = NZA 2017, 1548 Rn. 52; BGH 20.9.2018 – IX ZB 41/16, NJW 2018, 3461 Rn. 7f.

¹⁰⁰ Siehe zum Begriff des Weihnachtsgelds BAG 18.5.2016 – 10 AZR 233/15, AP Nr. 6 zu § 850a ZPO = NZA 2016, 840 Rn. 13.

Arbeitnehmers abhängen (§ 850c ZPO, Ausnahme vom Pfändungsschutz in § 850d ZPO).¹⁰¹

Der Pfändungsschutz wird durch ein **Abtretungsverbot** ergänzt: Soweit der Vergütungsanspruch nicht pfändbar ist, kann ihn der Arbeitnehmer nicht abtreten (§ 400 BGB). Auch darf der unpfändbare Teil der Vergütung nicht verpfändet werden (§§ 1274 I, 400 BGB).

b) **Aufrechnungsverbot.** Das Existenzminimum des Arbeitnehmers und seiner Familie muss nicht nur vor dem Zugriff der Gläubiger des Arbeitnehmers, sondern auch vor dem Zugriff des Arbeitgebers geschützt werden. Der **Arbeitgeber**, der gegen den Arbeitnehmer einen Anspruch hat (zB auf Rückgewähr zu viel gezahlter Vergütung), kann sich nach §§ 387 ff. BGB durch Aufrechnung gegen den Lohnanspruch befriedigen (**Übungsfall 4.2**, → Rn. 249 ff.). Damit der **Arbeitnehmer** nicht zum Sozialfall wird, unterliegt die Aufrechnung durch den Arbeitgeber denselben Grenzen wie die Pfändung des Arbeitseinkommens: Nach § 394 Satz 1 BGB besteht ein Aufrechnungsverbot, soweit die Lohnforderung unpfändbar ist. 256

c) **Insolvenzschutz.** Da der Arbeitnehmer sein Einkommen idR als Existenzgrundlage benötigt, wird – wie es die **Richtlinie 08/94/EG** vorsieht – sein Vergütungsanspruch bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers geschützt. Zwei Zeiträume sind zu unterscheiden:

- Entgeltansprüche aus Arbeit **nach Eröffnung** des Insolvenzverfahrens sind, soweit der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Arbeitsvertrags zur Insolvenzmasse verlangt, gemäß § 55 I Nr. 2 Var. 1 InsO als Masseschulden aus der **Insolvenzmasse** zu befriedigen.
- Entgeltansprüche aus Arbeit **vor Eröffnung** des Insolvenzverfahrens, dh nicht erfüllte, vor Insolvenzeröffnung entstandene Vergütungsansprüche der Arbeitnehmer, gelten kraft gesetzlicher Anordnung als gewöhnliche Insolvenzforderungen (§§ 38, 108 III InsO).

Führt das Insolvenzverfahren – wie meist – nicht zur Befriedigung des Arbeitnehmers, kann er **für die letzten drei Monate** vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens von der Bundesagentur für Arbeit **Insolvenzgeld** verlangen, das durch eine Umlage der Arbeitgeber aufgebracht wird (§§ 165 ff. SGB III).

IV. Weitere Pflichten des Arbeitgebers

Neben der Vergütungspflicht treffen den Arbeitgeber weitere Pflichten. Diese Nebenpflichten umfassen insbesondere die Gewährung von **Erholungsurlaub** (→ Rn. 258 ff.), die Pflicht zur **Freistellung** des Arbeitnehmers aus anderen, gesetzlich oder vertraglich festgelegten Gründen (→ Rn. 263 ff.) und die **Fürsorgepflicht** des Arbeitgebers, die sich ua im Schutz der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers manifestiert (→ Rn. 266 f.). Die Pflicht des Arbeitgebers zur **Gleichbehandlung** der Arbeitnehmer wurde bereits im Zusammenhang mit den Gleichheitsrechten erörtert (→ Rn. 52 f.), die **Auskunftspflicht** des Arbeitgebers im Zusammenhang mit dem Datenschutz (→ Rn. 156). 257

¹⁰¹ Siehe zur Berechnung des pfändbaren Einkommens BAG 17.4.2013 – 10 AZR 59/12, BAGE 145, 18 = AP Nr. 6 zu § 850e ZPO mAnm Würdinger = NZA 2013, 859 Rn. 12.

1. Gewährung von Erholungsurlaub

- 258 Der wichtigste Fall einer bezahlten Freistellung von der Arbeit ist der Erholungsurlaub. Nach dem Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz, **BUrlG**) hat jeder Arbeitnehmer im Kalenderjahr einen Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub (§ 1 BUrlG). Der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers ist ein „Urlaubserteilungsanspruch“: Den Arbeitgeber trifft die arbeitsvertragliche Nebenpflicht, den Arbeitnehmer für die Zeit des Urlaubs von der Arbeit freizustellen (→ Rn. 260). Die **Richtlinie 03/88/EG** über die Arbeitszeitgestaltung verpflichtet die Mitgliedstaaten, einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen vorzusehen (Art. 7 der Richtlinie).

Der **gesetzliche Mindesturlaub** beträgt nach deutschem Recht jährlich 24 Werktage (§ 3 I BUrlG). Als Werktage gelten alle Kalendertage, die nicht Sonn- oder gesetzliche Feiertage sind (§ 3 II BUrlG). Bei einer Fünf-Tage-Woche gilt die Formel: 24 Werktage (gesetzlicher Mindesturlaub) dividiert durch 6 (Werktage pro Woche) multipliziert mit 5 (Arbeitstage pro Woche) ergibt 20 Arbeitstage, an denen der Arbeitnehmer im Kalenderjahr mindestens freizustellen ist (zuzüglich der Arbeitstage, die im Urlaubszeitraum auf einen gesetzlichen Feiertag fallen).

Die meisten Arbeitnehmer kommen durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag in den Genuss eines weitergehenden Urlaubsanspruchs (**vertraglicher Mehrurlaub**). Einen gesetzlichen Anspruch auf zusätzlichen Urlaub haben schwerbehinderte Menschen (§ 208 SGB IX) und Jugendliche (§ 19 JArbSchG).

Das **gesetzliche Urlaubsrecht** der Arbeitnehmer weist Parallelen zum gesetzlichen Arbeitszeitrecht auf (→ Rn. 212 f.).

- **Allgemeiner und besonderer Schutz:** Ebenso wie ein allgemeiner Arbeitszeitschutz nach dem ArbZG und ein besonderer nach MuSchG, SGB IX und JArbSchG existiert ein allgemeines Urlaubsrecht nach BUrlG und ein besonderes nach SGB IX und JArbSchG.
- **Tarifdispositivität:** Ebenso wie zahlreiche Vorschriften des ArbZG durch Tarifvertrag zu Ungunsten der Arbeitnehmer abdingbar sind (§ 7 ArbZG), hat der Gesetzgeber zahlreiche Vorschriften des BUrlG für tarifdispositiv erklärt (Einzelheiten in § 13 BUrlG).¹⁰²

a) Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs

- 259 Die Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs sind das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses und der Ablauf einer Wartezeit von sechs Monaten (§§ 2, 4 BUrlG). Die Parteien des Arbeitsvertrags können einvernehmlich auf die Einhaltung der Wartezeit verzichten (Abweichung zugunsten des Arbeitnehmers, vgl. § 13 I 3 BUrlG). Ferner darf kein anderer, vorrangiger Freistellungsgrund bestehen: Erkrankt ein Arbeitnehmer während des Urlaubs, werden die Tage der Arbeitsunfähigkeit nicht auf den Erholungsurlaub angerechnet (§ 9 BUrlG). Nach den Vorgaben des EuGH gelten weitere, arbeitnehmerfreundliche Regeln:

(1) **Arbeitsverhinderung infolge Krankheit.** Auch wenn der Arbeitnehmer im Kalenderjahr nicht oder nur geringfügig gearbeitet hat, weil er langfristig erkrankt war, ist die Geltendmachung des Anspruchs auf Erholungsurlaub nicht wegen Rechtsmissbrauchs (im deutschen Recht: § 242 BGB) ausgeschlossen. Der EuGH stellt, gestützt auf Art. 7 der **Richtlinie 03/88/EG**, strengste Anforderungen an die **Urlaubsabgeltung gemäß § 7 IV BUrlG**: War der Arbeitnehmer sehr lange erkrankt und hat seine Arbeitsunfähigkeit infolge der Krankheit bis zur Beendigung des Arbeitsver-

¹⁰² Siehe zum Umfang der tariflichen Regelungsbefugnis BAG 12.4.2011 – 9 AZR 80/10, BAGE 137, 328 = AP Nr. 50 zu § 7 BUrlG = NZA 2011, 1050.

hältnisses (zB durch Renteneintritt) fortgedauert, müssen die während der krankheitsbedingten Arbeitsverhinderung entstandenen Urlaubsansprüche nach § 7 IV BUrlG finanziell abgegolten werden.¹⁰³

(2) **Vererbbarkeit des Abgeltungsanspruchs.** Stirbt der langzeiterkrankte Arbeitnehmer, ohne die Arbeitsfähigkeit wiedererlangt zu haben, geht der Abgeltungsanspruch (§ 7 IV BUrlG) auf die Erben über.¹⁰⁴ Die Erben können diesen Anspruch nicht nur gegenüber einem staatlichen, sondern auch gegenüber einem privaten Arbeitgeber unmittelbar auf Unionsrecht stützen.¹⁰⁵ Als reiner Geldanspruch unterliegt der Abgeltungsanspruch tarif- oder arbeitsvertraglichen **Ausschlussfristen**.¹⁰⁶

(3) **Obliegenheiten des Arbeitgebers.** Nur wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in die Lage versetzt hat, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen, und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat, kommt ein **Verfall von Urlaubsansprüchen** in Betracht.¹⁰⁷ *In die Lage versetzen* heißt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auffordern muss, seinen Urlaub zu nehmen, und ihm klar und rechtzeitig mitzuteilen hat, dass der Urlaub mit Ablauf des Kalenderjahrs oder des Übertragungszeitraums verfällt, wenn er ihn nicht beantragt.¹⁰⁸

(4) **Rechtliche Behandlung von Mehrurlaub.** Die vorstehenden Regeln gelten nach der Rechtsprechung des BAG nicht nur für den **gesetzlichen Jahresurlaub**, sondern auch für den **vertraglichen Mehrurlaub**, es sei denn, die Parteien haben ausdrücklich oder konkludent vereinbart, dass der Mehrurlaub unabhängig davon verfallen soll, ob der Arbeitgeber Mitwirkungsobliegenheiten erfüllt hat.¹⁰⁹

b) Erfüllung des Urlaubsanspruchs

Das **Urlaubsbestimmungsrecht** des Arbeitgebers wird dadurch eingeschränkt, dass die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind, es sei denn, es stehen dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer entgegen, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen (§ 7 I 1 BUrlG). Existiert ein Betriebsrat, so wird das Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers ferner durch die Mitbestimmungsrechte nach § 87 I Nr. 5 BetrVG begrenzt (→ Rn. 741). 260

Die **zeitliche Lage des Erholungsurlaubs** kann auch im Einvernehmen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht frei festgelegt werden, sondern wird vom Urlaubszweck bestimmt. Der Erho-

¹⁰³ EuGH 20.1.2009 – C-350/06 ua, NZA 2009, 135 – Schultz-Hoff; zur zeitlichen Begrenzung dieses Anspruchs s. EuGH 22.11.2011 – C-214/10, NZA 2011, 133 Rn. 44 – KHS/Schulte; *Rudkowski* EuZA 2012, 381.

¹⁰⁴ EuGH 12.6.2014 – C-118/13, NZA 2014, 651 – Bollacke/K + K; EuGH 6.11.2018 – C-569/16 ua, NZA 2018, 1467 Rn. 63 – Stadt Wuppertal/Bauer; folgend BAG 22.1.2019 – 9 AZR 45/16, BAGE 165, 90 = AP Nr. 107 zu § 7 BUrlG Abgeltung mAnm *Kamanabrou* = NZA 2019, 829; anders noch BAG 12.3.2013 – 9 AZR 532/11, AP Nr. 99 zu § 7 BUrlG Abgeltung = NZA 2013, 678 Rn. 12.

¹⁰⁵ EuGH 6.11.2018 – C-569/16 ua, NZA 2018, 1467 Rn. 64ff. – Stadt Wuppertal/Bauer; EuGH 6.11.2018 – C-619/16, NZA 2018, 1612 Rn. 62ff. – Kreuziger/Land Berlin.

¹⁰⁶ BAG 22.10.2019 – 9 AZR 532/18, BAGE 168, 186 = AP Nr. 77 zu § 307 BGB = NZA 2020, 513 Rn. 10.

¹⁰⁷ EuGH 29.11.2017 – C-214/16, NZA 2017, 1591 Rn. 51ff. – King/The Sash Window Workshop; EuGH 6.11.2018 – C-684/16, NZA 2018, 1479 Rn. 44ff. – Max-Planck-Gesellschaft.

¹⁰⁸ BAG 19.2.2019 – 9 AZR 423/16, BAGE 165, 376 = AP Nr. 83 zu § 7 BUrlG = NZA 2019, 977 Rn. 40; BAG 19.2.2019 – 9 AZR 321/16, AP Nr. 85 zu § 7 BUrlG = NZA 2019, 1043 Rn. 38; BAG 22.10.2019 – 9 AZR 98/19, AP Nr. 92 zu § 7 BUrlG = NZA 2020, 307 Rn. 12.

¹⁰⁹ BAG 22.1.2019 – 9 AZR 328/16, AP Nr. 110 zu § 7 BUrlG Abgeltung = NZA 2019, 835 Rn. 33f.; BAG 19.2.2019 – 9 AZR 321/16, AP Nr. 85 zu § 7 BUrlG = NZA 2019, 1043 Rn. 52.

lungsurlaub soll einen Ausgleich zu den Belastungen der Arbeit schaffen und dadurch der Gesunderhaltung des Arbeitnehmers dienen:

- Dieser Zweck des Urlaubs wird nur erreicht, wenn der Arbeitnehmer den gesetzlichen Mindesturlaub möglichst zusammenhängend (§ 7 II BUrlG) und in möglichst regelmäßigen Abständen in Anspruch nimmt. Der Urlaubsanspruch ist daher grundsätzlich auf das **laufende Kalenderjahr** befristet (§ 7 III 1 BUrlG).
- Eine Übertragung in das **erste Kalendervierteljahr des Folgejahres** ist statthaft, wenn dringende betriebliche oder persönliche Gründe die Übertragung rechtfertigen (§ 7 III 2–4 BUrlG). Danach verfällt der Urlaubsanspruch jedoch nur, wenn der Arbeitgeber erfolglos die Initiative zur Urlaubsgewährung ergriffen hat (→ Rn. 259).
- Ein „Abkaufen“ des Urlaubsanspruchs während des Arbeitsverhältnisses ist ausgeschlossen, denn eine **Urlaubsabgeltung** – die Ablösung des nicht „in Natur“ gewährten Erholungsurlaubs durch Geld – ist nur zulässig, soweit der Urlaubsanspruch wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr erfüllt werden kann (§ 7 IV BUrlG).¹¹⁰

Die **Erteilung des Urlaubs** erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige rechtsgestaltende – und damit bedingungsfeindliche – Willenserklärung. Nach dem Zugang der Erklärung ist ein **Widerruf** (vor Urlaubsantritt) oder **Rückruf** (danach) nur unter den engen Voraussetzungen des § 313 I BGB zulässig (Wegfall der Geschäftsgrundlage in nicht anders behebbaren Notfällen). Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer in diesem Fall analog § 670 BGB anfallende Reisekosten zu erstatten¹¹¹ (vgl. → Rn. 318) und den ausgefallenen Urlaub nachzugewähren. Ist der Widerruf oder Rückruf als Angebot auf Abschluss einer Urlaubsaufhebungsvereinbarung zu verstehen und nimmt der Arbeitnehmer das Angebot an, hat er ebenfalls einen Kostenersatzanspruch analog § 670 BGB. Erholungsurlaub bedeutet vollständige Freistellung von der Arbeit; es gibt keine Bagatellgrenze für Unterbrechungen.

Beispiel: Der Arbeitnehmer erhält während des Erholungsurlaubs einen Telefonanruf oder eine elektronische Nachricht des Arbeitgebers. Wie ist die Rechtslage? – Der Arbeitnehmer kann frei entscheiden, ob er das Telefonat annimmt (bzw. die Nachricht öffnet) oder ignoriert. Entscheidet er sich für Letzteres, gilt das Maßregelungsverbot des § 612a BGB (→ Rn. 269).

- 261 Über den **Anspruch auf Erholungsurlaub** unterrichtet zusammenfassend die **Übersicht 4.2:**

Übersicht 4.2: Anspruch auf Erholungsurlaub (Aufbauschema)

1. **Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs**
 - a) Anwendbarkeit des Bundesurlaubsgesetzes (§ 2 BUrlG)
 - b) Ablauf der Wartezeit (§ 4 BUrlG)
 - c) Erholungsurlaub alleiniger Grund für den Arbeitsausfall

¹¹⁰ Siehe zur Aufgabe der sog. Surrogatstheorie BAG 19.6.2012 – 9 AZR 652/10, BAGE 142, 64 = AP Nr. 95 zu § 7 BUrlG Abgeltung = NZA 2012, 1087 Rn. 14ff.; BAG 19.5.2015 – 9 AZR 725/13, BAGE 151, 360 = AP Nr. 2 zu § 17 BEEG = NZA 2015, 989 Rn. 18.

¹¹¹ Hromadka/Maschmann ArbR I § 8 Rn. 147.

2. Dauer des Erholungsurlaubs

- a) Gesetzlicher Mindesturlaub gemäß § 3 BUrlG
- b) Zusatzurlaub gemäß § 208 SGB IX, § 19 JArbSchG
- c) Zusatzurlaub aus Betriebsvereinbarung, Tarif- oder Arbeitsvertrag

3. Erfüllung des Urlaubsanspruchs

- a) Urlaubsgewährung durch den Arbeitgeber (§ 7 I BUrlG)
- b) Maßgebliche Bestimmungsfaktoren (§ 7 I, II BUrlG)
- c) Mitbestimmung des Betriebsrats (§ 87 I Nr. 5 BetrVG)

4. Kein Erlöschen des Urlaubsanspruchs

- a) Befristung auf das Kalenderjahr (§ 7 III 1 BUrlG)
- b) Übertragung auf das Folgejahr (§ 7 III 2–4 BUrlG)
- c) Ausnahmsweise Urlaubsabgeltung (§ 7 IV BUrlG)

c) Vergütung während des Urlaubs

Die Vergütung während des Urlaubs setzt sich aus dem Urlaubsentgelt und einem zusätzlich gewährten Urlaubsgeld zusammen: 262

- Das **Urlaubsentgelt** ist die Entgeltfortzahlung für die Zeit der urlaubsbedingten Freistellung. Die Höhe richtet sich nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst der letzten 13 Wochen (Referenzperiodenprinzip, **§ 11 I BUrlG**). Das Urlaubsentgelt ist, wenn ein Tarifvertrag nichts anderes vorsieht (§ 13 I 1 BUrlG), vor Antritt des Urlaubs zu zahlen (**§ 11 II BUrlG** als Ausnahme zu § 614 BGB).
- Das **Urlaubsgeld** ist ein zusätzlicher, über das Urlaubsentgelt hinausgehender Vergütungsbestandteil, der aus Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, Arbeitsvertrag oder betrieblicher Übung geschuldet sein kann. Der Unterschied zeigt sich auch darin, dass das Urlaubsentgelt wie Arbeitsentgelt pfändbar ist, während das Urlaubsgeld grundsätzlich nicht gepfändet werden kann (§ 850 a Nr. 2 ZPO, → Rn. 255).

Eine **Erwerbstätigkeit während des Urlaubs** ist verboten, soweit sie die dem Urlaubszweck widerspricht (**§ 8 BUrlG**). Der gesetzliche Mindesturlaub soll nicht dem zusätzlichen Einkommenserwerb, sondern der Erholung des Arbeitnehmers dienen. Bei einem Verstoß des Arbeitnehmers gegen das Verbot der Erwerbsarbeit kann der Arbeitgeber Unterlassung verlangen (§ 1004 I 2 BGB analog). Einer Rückforderung des Urlaubsentgelts nach § 812 I 1 Alt. 1 BGB (Leistungskondiktion) steht entgegen, dass die Erwerbstätigkeit den rechtlichen Grund für die Zahlung des Urlaubsentgelts nicht entfallen lässt.¹¹²

2. Sonstige Freistellungen von der Arbeit

- a) **Mutterschutz vor der Entbindung.** In der Zeit vor der Entbindung stellt das Mutterschutzgesetz (**MuSchG**) zwei Arten von Beschäftigungsverboten auf: **Sechs Wochen** vor dem mutmaßlichen Tag der Entbindung besteht ein generelles Beschäftigungsverbot, auf dessen Einhaltung die Schwangere allerdings verzichten kann (**§ 3 I MuSchG**). In der gesamten Zeit vom Beginn bis zum Ende der Schwangerschaft herrscht ein individuelles Beschäftigungsverbot, soweit und solange nach ärztlichem Attest Leben oder 263

¹¹² BAG 25.2.1988 – 8 AZR 596/85, BAGE 57, 366 (372) = AP Nr. 3 zu § 8 BUrlG = NZA 1988, 607.

Gesundheit von Mutter oder Kind bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet ist (§ 16 I MuSchG).¹¹³ Für die Zeit des ärztlichen Beschäftigungsverbots besteht ein Anspruch auf **Mutterschutzlohn** gegen den Arbeitgeber (§ 18 MuSchG).

b) **Mutterschutz nach der Entbindung.** In den ersten **acht Wochen** nach der Entbindung besteht ein generelles Beschäftigungsverbot, das als absolutes Beschäftigungsverbot ausgestaltet ist (§ 3 II MuSchG). Während der Schutzfristen des § 3 MuSchG hat die Arbeitnehmerin einen Anspruch auf Zahlung von **Mutterschaftsgeld** gegen die gesetzliche Krankenkasse (§ 19 MuSchG); die Differenz zu dem zuletzt gezahlten Arbeitsentgelt muss der Arbeitgeber durch einen Zuschuss zum Mutterschaftsgeld ausgleichen (§ 20 MuSchG).

c) **Anspruch auf Elternzeit.** Wenn die achtwöchige Schutzfrist nach der Entbindung abgelaufen ist, haben die Mutter und der Vater nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes gegen den jeweiligen Arbeitgeber einen Anspruch auf Gewährung von **Elternzeit** (§§ 15–21 BEEG); über eine Verlängerung der Elternzeit nach § 16 III 1 BEEG muss der Arbeitgeber nach billigem Ermessen entscheiden (§ 315 I BGB).¹¹⁴ Bis zur Vollendung des 14. Lebensmonats des Kindes kann der freigestellte Elternteil unter bestimmten Voraussetzungen vom Staat Elterngeld verlangen (§§ 1–14 BEEG). Das BEEG entspricht den Vorgaben einer europäischen Sozialpartnervereinbarung über die Elternzeit („Elternurlaub“), die durch die **Richtlinie 10/18/EU** verbindlich wurde. Diese Richtlinie wird mit Wirkung zum 2.8.2022 von der **Richtlinie 2019/1158** zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige abgelöst, die bis zum 2.8.2022 in deutsches Recht umgesetzt sein muss¹¹⁵ (zum Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit nach § 15 V–VII BEEG → Rn. 120; zum besonderen Kündigungsschutz nach § 18 BEEG → Rn. 353).

264 d) **Anspruch auf Pflegezeit.** Nach dem Gesetz über die Pflegezeit (**PflegeZG**) sind Beschäftigte von der Arbeitsleistung ganz oder teilweise (→ Rn. 120) freizustellen, wenn sie einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegen (§ 3 I 1 PflegeZG) und das Freistellungsbegehren mindestens zehn Arbeitstage vor Freistellungsbeginn dem Arbeitgeber schriftlich ankündigen (§ 3 III PflegeZG). Die Erklärung, Pflegezeit in Anspruch zu nehmen, ist ein einseitiges Gestaltungsrecht, dessen Rechtsfolgen ohne Mitwirkung des Arbeitgebers eintreten.¹¹⁶ Der Freistellungsanspruch besteht nicht gegenüber Arbeitgebern mit idR 15 oder weniger Beschäftigten (§ 3 I 2 PflegeZG). Die maximale Dauer der Pflegezeit nach § 3 PflegeZG beträgt sechs Monate (Einzelheiten in § 4 PflegeZG). Während der Pflegezeit entfällt der Vergütungsanspruch gegen den Arbeitgeber.

Von der Pflegezeit nach § 3 PflegeZG zu unterscheiden ist das Recht des Beschäftigten nach § 2 I PflegeZG, bis zu zehn Arbeitstage der Arbeit fernzubleiben, um auf einen akut eingetretenen Pflegefall zu reagieren. § 2 PflegeZG („Kurzzeitige Arbeitsverhinderung“) ist ein Sonderfall der Vorschrift des § 616 BGB („Vorübergehende Verhinderung“), aus der sich gemäß § 2 III PflegeZG auch ein etwaiger Lohnfortzahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber ergeben kann (→ Rn. 275f.). Die **Richtlinie 2019/1158**, die bis zum 2.8.2022 in das deutsche Recht umgesetzt sein muss, macht auch Vorgaben für die Pflegezeit, die das geltende deutsche Recht aber bereits

¹¹³ Siehe zu den Voraussetzungen des Beschäftigungsverbots BAG 21.3.2001 – 5 AZR 352/99, BAGE 97, 215 (219) = AP Nr. 16 zu § 3 MuSchG 1968 mAnm *Schlachter* = NZA 2001, 1017.

¹¹⁴ BAG 18.10.2011 – 9 AZR 315/10, BAGE 139, 323 = AP Nr. 1 zu § 16 BEEG = NZA 2012, 262 Rn. 29.

¹¹⁵ Ausf. *Dahm* EuZA 2020, 19.

¹¹⁶ BAG 15.11.2011 – 9 AZR 348/10, BAGE 140, 23 = AP Nr. 1 zu § 3 PflegeZG = NZA 2012, 323 Rn. 25.