

Grundkurs Arbeitsrecht

Junker

23. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-81786-1
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.

- Bei **Sondervergütungen** wie Weihnachtsgeld, Jubiläumspremien und anderen Gratifikationen kann der Arbeitgeber einen Freiwilligkeitsvorbehalt vorsehen, der die Entstehung gleichgelagerter Ansprüche in der Zukunft ausschließt und das Entstehen eines Anspruchs aus **betrieblicher Übung** verhindert.⁹⁹

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.¹⁰⁰

Beispiele: (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 Klauselunwirksamkeit¹⁰¹ – doppelt gemoppelt hält also nicht besser.

(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; eine solche Vereinbarung können die Arbeitsvertragsparteien grundsätzlich wirksam treffen (→ Rn. 417).

- c) Der **Änderungsvorbehalt** ist verwandt mit dem Widerrufsvorbehalt und kann zB 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).

254

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.¹⁰²

- 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, ferner bei der Übernahme von Aus- oder Fortbildungskosten durch den Arbeitgeber.

⁹⁹ BAG 19.3.2014 – 10 AZR 622/13, BAGE 147, 322 = NZA 2014, 596 Rn. 28; zust. Kamana-brou ArbR Rn. 459.

¹⁰⁰ BAG 23.10.2002 – 10 AZR 48/02, BAGE 103, 151 (155f.) = NZA 2003, 558 (559).

¹⁰¹ BAG 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, BAGE 139, 156 = NZA 2012, 81 Rn. 21.

¹⁰² BAG 27.2.2019 – 10 AZR 341/18, NZA 2019, 914 Rn. 32.

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 verlangt für den **Widerrufsvorbehalt** *in formeller Hinsicht* Klarheit, Verständlichkeit und Nennung des Widerrufsgrunds und *in materieller Hinsicht* ein anerkennenswertes Arbeitgeberinteresse (§ 308 Nr. 4 BGB);¹⁰³ 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 dessen Anspruch auf Arbeitseinkommen pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen (§§ 829, 835 ZPO). Es besteht jedoch ein nach Art der Bezüge unterschiedlich ausgestalteter Pfändungsschutz (§§ 850 a ff. ZPO). Bestimmte Bezüge, zB Urlaubsgeld und Erschwerniszulagen¹⁰⁴ „im Rahmen des Üblichen“¹⁰⁵ sowie ein Teil des Weihnachtsgelds,¹⁰⁶ sind absolut unpfändbar (§ 850 a ZPO). Im Übrigen ist der Schutz relativ: Ein Pfändungsschutz besteht nur bis zu gesetzlich festgelegten Höchstbeträgen (Pfändungsfreigrenzen), die insbesondere von den Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers abhängen (§ 850 c ZPO).¹⁰⁷

Ein **Abtretungsverbot** ergänzt den Pfändungsschutz: 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).

256 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.

¹⁰³ BAG 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, BAGE 113, 140 (144 ff.) = NZA 2005, 465.

¹⁰⁴ Siehe zur Unpfändbarkeit einer „Corona-Prämie“ BAG 25.8.2022 – 8 AZR 14/22, AP ZPO § 850 a Nr. 8 = NZA 2023, 55 Rn. 31.

¹⁰⁵ Siehe zum Begriff der „Üblichkeit“ einer Zulage BAG 23.8.2017 – 10 AZR 859/16, BAGE 160, 57 = AP ZPO § 850 a Nr. 7 = NZA 2017, 1548 Rn. 52.

¹⁰⁶ Siehe zum Begriff des Weihnachtsgelds BAG 18.5.2016 – 10 AZR 233/15, AP ZPO § 850 a Nr. 6 = NZA 2016, 840 Rn. 13.

¹⁰⁷ Siehe zur Berechnung des pfändbaren Einkommens BAG 17.4.2013 – 10 AZR 59/12, BAGE 145, 18 = NZA 2013, 859 Rn. 12.

Bei der **Aufrechnung** gegen Arbeitseinkommen obliegt es dem Arbeitgeber vorzutragen, dass die Vorschriften über den Pfändungsschutz beachtet wurden. Denn diese Vorschriften sind vom Arbeitsgericht auch ohne eine Rüge des Arbeitnehmers zu berücksichtigen.¹⁰⁸

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. Dabei sind aus Arbeitnehmersicht zwei Zeiträume zu unterscheiden.

Beispiel: Arbeitnehmer A hat für den letzten Monat *vor Insolvenzeröffnung* über das Vermögen seines Arbeitgebers noch kein Gehalt bekommen. Auf Verlangen des Insolvenzverwalters hat Arbeitnehmer B, bisher ebenfalls ohne Vergütung, einen Monat *nach Insolvenzeröffnung* gearbeitet. Wie ist die Rechtslage?

(1) 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.

(2) 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).

(3) Führt das Insolvenzverfahren nicht zur Befriedigung dieser Ansprüche, so erhält der Arbeitnehmer **für die letzten drei Monate** vor Insolvenzeröffnung von der Agentur für Arbeit **Insolvenzgeld**, das durch Umlagen der Arbeitgeber aufgebracht wird (§§ 165ff. SGB III).

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

IV. Weitere Pflichten des Arbeitgebers

Die **Nebenleistungspflichten** (zum Begriff → Rn. 200) des Arbeitgebers umfassen die Bereitstellung der notwendigen Arbeitsmittel sowie die Gewährung von Erholungsurlaub und anderen Freistellungen (→ Rn. 258 ff.). Eine **Nebenpflicht** iS des § 241 II BGB ist die Fürsorgepflicht, die sich ua im Schutz der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers manifestiert (→ Rn. 266 ff.). Dem Schutz der Willensfreiheit des Arbeitnehmers dient das Maßregelungsverbot (→ Rn. 269).

257

Die Pflicht des Arbeitgebers zur **Gleichbehandlung** der Arbeitnehmer wurde bereits im Zusammenhang mit den Gleichheitsrechten erörtert (→ Rn. 52f.), der **Auskunftsanspruch** des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber bei → Rn. 200.

1. Bereitstellung der Arbeitsmittel

Als ein Gegenstück zur *Pflicht des Arbeitnehmers*, dem Arbeitgeber das Arbeitsergebnis zu überlassen (→ Rn. 222), kann man die *Pflicht des Arbeitgebers* ansehen, dem Arbeitnehmer die Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen, die notwendig sind, um die Arbeitsleistung zu erbringen. Diese Pflicht ist eine Nebenleistungspflicht des Arbeitgebers iS des § 241 I 1 BGB. Die **Anspruchsgrundlage** des Arbeitnehmers erblickt das BAG in

¹⁰⁸ BAG 18.11.2020 – 5 AZR 57/20, NZA 2021, 357 Rn. 38.

§ 611 a I BGB iVm dem Arbeitsvertrag, der auf dem Grundsatz beruhe, dass der Arbeitnehmer nichts einbringen müsse außer seiner Arbeitskraft.¹⁰⁹

Die **Abbedingung des Anspruchs** durch den Arbeitsvertrag, eine Betriebsvereinbarung oder einen Tarifvertrag ist möglich,¹¹⁰ zB durch eine „Bring Your Own Device“-Vereinbarung. Wird der Anspruch durch den *Arbeitsvertrag* abbedungen oder geschmälert, so erfolgt eine Inhaltskontrolle gemäß § 307 I, II BGB (→ Rn. 80 ff.; zur Haftung des Arbeitgebers für Schäden an arbeitnehmereigenen Sachen → Rn. 318).

Beispiel: Die Arbeitsverträge von Essenslieferanten enthalten die Verpflichtung, die eigenen Fahrräder und Mobiltelefone einzusetzen; als Gegenleistung wird ein Fahrrad-Reparaturguthaben von 25 Eurocent pro Arbeitsstunde gewährt, einzulösen bei Vertragswerkstätten des Arbeitgebers. Einer der Betroffenen will erst weiterarbeiten, wenn er ein Dienstfahrrad und ein Diensttelefon bekommt. Wie ist die Rechtslage?

Lösung: (1) Die Verpflichtung, bei der Arbeit eigenes Gerät zu verwenden, ist eine Abweichung von dem Leitbild des § 611 a BGB iVm dem Arbeitsvertrag. Die Kompensation dieser Abweichung – für das Mobiltelefon gar nichts und für das Fahrrad ein lächerlich geringer Betrag – ändert nichts an der unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers (§ 307 II Nr. 1 BGB).¹¹¹

(2) Da die Vertragsbestimmung über den Einsatz arbeitnehmereigener Sachen unwirksam ist (§ 307 I 1 BGB), können die Arbeitnehmer verlangen, dass der Arbeitgeber bei Arbeitsbeginn geeignete und funktionstüchtige Fahrräder und Kommunikationsmittel bereitstellt. Erfüllt der Arbeitgeber diesen Nebenleistungsanspruch nicht, so schuldet er bei Arbeitsverweigerung die Vergütung (Annahmeverzug, § 615 Satz 1 BGB).

Durchblick: Der vom BAG entwickelte Anspruch auf Bereitstellung notwendiger Arbeitsmittel ist die Kehrseite einer einklagbaren **Pflicht** des Arbeitgebers (§ 241 I 1 BGB). Sie steht deshalb auf einer Ebene mit dem Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers, der ua auch der Persönlichkeitsentfaltung des Arbeitnehmers dient (→ Rn. 393). Für den bloßen *Entgeltsschutz* bei Arbeitsverweigerung hätte eine – nicht klagbare – **Obliegenheit** des Arbeitgebers genügt, die notwendigen Arbeitsmittel bereitzustellen (§ 615 Satz 1, → Rn. 271 ff). Für ein Recht auf *Persönlichkeitsentfaltung* is einer Selbstverwirklichung durch Arbeit bedarf es dagegen des **Anspruchs** auf Bereitstellung notwendiger Arbeitsmittel.

2. Erholungsurlaub und Freistellungen

258 Der wichtigste Fall einer bezahlten Freistellung von der Arbeit ist der Erholungsurlaub. Das Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz, **BUrlG**) gewährt jedem Arbeitnehmer im Kalenderjahr einen Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub (**Urlaubsanspruch, § 1 BUrlG**). Europarechtlich abgesichert ist dieser Anspruch durch die **Richtlinie 03/88/EG** über die Arbeitszeitgestaltung. Sie verpflichtet die Mitgliedstaaten, einen **bezahlten Mindestjahresurlaub** von vier Wochen vorzusehen (Art. 7 der Richtlinie).

Der Urlaubsanspruch besteht aus **zwei Komponenten**, der Freistellung von der Arbeit und der Fortzahlung des Entgelts. Er bezieht sich somit auf beide Hauptleistungspflichten: Arbeit und Ver-

¹⁰⁹ BAG 10.11.2021 – 5 AZR 334/21, BAGE 176, 145 = NZA 2022, 401 Rn. 18 unter Berufung auf Lotmar, Der Arbeitsvertrag, 2. Aufl. 1908, S. 42 (historisch-typisierende Betrachtung).

¹¹⁰ Siehe zur tarifvertraglichen Abbedingung Schwarze JA 2022, 691 (692).

¹¹¹ BAG 10.11.2021 – 5 AZR 334/21, BAGE 176, 145 = NZA 2022, 401 Rn. 16, 26.

gütung. Eine unbezahlte Freistellung ist keine Erfüllung des Urlaubsanspruchs. Der **Freistellungsanspruch** ist höchstpersönlich und deshalb unübertragbar, nicht aber der **Vergütungsanspruch** während des Urlaubs. Die Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs gehört zu den Parametern, die gemäß dem **Nachweisgesetz** in die Niederschrift der wesentlichen Arbeitsbedingungen aufgenommen werden müssen (§ 2 I 2 Nr. 11 NachwG). Der jährliche Erholungsurlaub besteht häufig nicht nur aus dem **gesetzlichen Mindesturlaub**, sondern auch aus einem arbeits- oder kollektivvertraglichen **Mehrurlaub**.

Beispiel: Der Arbeitnehmer A, der in einer Fünftageweche von Montag bis Freitag arbeitet, hat laut Arbeitsvertrag einen jährlichen Erholungsurlaub von 30 Arbeitstagen. Wie setzt sich dieser Urlaub zusammen?

Lösung: Der **gesetzliche Mindesturlaub** beträgt jährlich 24 Werktage (§ 3 I BUrlG). Als Werktage gelten alle Kalendertage, die nicht Sonn- oder gesetzliche Feiertage sind (§ 3 II BUrlG). Bei einer Fünftageweche gilt die Formel: 24 Werktage (gesetzlicher Mindesturlaub) dividiert durch 6 (Werktage pro Woche) multipliziert mit 5 (Arbeitstage pro Woche). Für A ergibt diese Formel 20 Arbeitstage gesetzlichen Erholungsurlaub, der „vertragsfest“ ist. Der darüber hinausgehende **vertragliche Mehrurlaub** beträgt somit 10 Arbeitstage; er unterliegt der Disposition der Vertragsparteien.

Einen **gesetzlichen Anspruch** auf zusätzlichen Urlaub haben schwerbehinderte Menschen (§ 208 SGB IX) und Jugendliche (§ 19 ArbSchG). Das **gesetzliche Urlaubsrecht** der Arbeitnehmer weist Parallelen zum gesetzlichen Arbeitszeitrecht auf (→ Rn. 212f.).

- **Allgemeiner und besonderer Schutz:** Ebenso wie ein allgemeiner Arbeitzeitschutz nach dem ArbZG und ein besonderer nach MuSchG, SGB IX und ArbSchG existiert ein allgemeines Urlaubsrecht nach BUrlG und ein besonderes nach SGB IX und ArbSchG.
- **Tarifdispositivität:** Ebenso wie zahlreiche Vorschriften des ArbZG durch Tarifvertrag zuungunsten der Arbeitnehmer abdingbar sind (§ 7 ArbZG), hat der Gesetzgeber zahlreiche Vorschriften des BUrlG für tarifdispositiv erklärt (Einzelheiten in § 13 BUrlG).¹¹²

a) Anspruch auf Erholungsurlaub

Der Urlaubsanspruch setzt *erstens* voraus, dass der Anspruchsteller ein **Arbeitnehmer** 259 oder eine arbeitnehmerähnliche Person ist (§ 2 BUrlG). *Zweitens* muss eine **Wartezeit** von sechs Monaten seit Beginn des Arbeitsverhältnisses abgelaufen sein (§ 4 BUrlG, abdingbar gemäß § 13 I 3 BUrlG). *Drittens* darf kein anderer, vorrangiger Freistellungsgrund bestehen. Bei **Erkrankung** während des Urlaubs werden die Tage der Arbeitsunfähigkeit nicht auf den Erholungsurlaub angerechnet (§ 9 BUrlG; s. das Aufbauschema → Rn. 261).

- Eine **Übertragung** des jährlichen Mindesturlaubs in das folgende Kalenderjahr ist nach deutschem Recht nur statthaft unter den Voraussetzungen des § 7 III BUrlG.
- Eine **Abgeltung** des Urlaubsanspruchs darf nur unter den Voraussetzungen des § 7 IV BUrlG erfolgen (→ Rn. 260). Der EuGH hat in Anwendung der **Richtlinie 03/88/EG** massiv in das deutsche Recht eingegriffen:

(1) **Obliegenheiten des Arbeitgebers.** Nur wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer durch Hinweis und Aufforderung in die Lage versetzt hat, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen, und der

¹¹² Siehe zum Umfang der tariflichen Regelungsbefugnis BAG 12.4.2011 – 9 AZR 80/10, BAGE 137, 328 = NZA 2011, 1050.

Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat, kommt ein Verfall von Urlaubsansprüchen einschließlich der Ansprüche auf Abgeltung des Erholungsurlaubs in Betracht.¹¹³ Das Gleiche gilt, wenn der Arbeitnehmer auch bei Erfüllung der Hinweisobliegenheit nicht in der Lage gewesen wäre, den Urlaub in Anspruch zu nehmen.¹¹⁴

(2) **Verjährung von Urlaubsansprüchen.** Das europäische Recht steht im laufenden Arbeitsverhältnis der Regelverjährung des Urlaubsanspruchs nach §§ 194 I, 195 BGB (drei Jahre) entgegen, wenn der Arbeitgeber seine Obliegenheiten gemäß (1) verletzt hat: Die Rechtssicherheit dürfe, so der EuGH, „nicht als Vorwand dienen“, einen Arbeitgeber, der versäumt habe, dem Arbeitnehmer Urlaub zu gewähren, die Einrede der Verjährung zu gestatten.¹¹⁵ Anders ist es bei dem Abgeltungsanspruch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.¹¹⁶

(3) **Arbeitsverhinderung infolge Krankheit.** Auch wenn der Arbeitnehmer im Kalenderjahr nicht gearbeitet hat, weil er langfristig erkrankt war, müssen die bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses (zB durch Renteneintritt) während der fortdauernden krankheitsbedingten Arbeitsverhinderung entstandenen Urlaubsansprüche finanziell abgegolten werden¹¹⁷ (§ 7 IV BUrIG).

(4) **Vererbbarkeit des Abgeltungsanspruchs.** Stirbt der langzeiterkrankte Arbeitnehmer, ohne die Arbeitsfähigkeit wiedererlangt zu haben, so geht der Abgeltungsanspruch auf die Erben über. Sie können diesen Anspruch nicht nur gegenüber einem staatlichen, sondern auch gegenüber einem privaten Arbeitgeber unmittelbar auf Unionsrecht stützen.¹¹⁸

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.¹¹⁹ Beim **tariflichen Mehrurlaub** ist es umgekehrt: Hier hat, wenn nichts anderes geregelt ist, der Arbeitnehmer die Initiativlast.¹²⁰

260 Der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers ist ein **Urlaubserteilungsanspruch**: Der Arbeitgeber hat die **Nebenleistungspflicht**, den Arbeitnehmer für die Zeit des Erholungsurlaubs **unter Fortzahlung des Entgelts von der Arbeit freizustellen**. 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 BUrIG). Existiert ein Betriebsrat, so wird das Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers ferner durch die Mitbestimmungsrechte nach § 87 I Nr. 5 BetrVG begrenzt (→ Rn. 741).

Die **zeitliche Lage des Erholungsurlaubs** kann von den Arbeitsvertragsparteien nicht frei festgelegt werden, sondern wird vom Urlaubszweck bestimmt. Der Erholungsurlaub soll einen Ausgleich zu den Belastungen der Arbeit schaffen und der Gesunderhaltung des Arbeitnehmers dienen.

¹¹³ EuGH 6.11.2018 – C-684/16, NZA 2018, 1479 Rn. 44 ff. – Max-Planck-Gesellschaft; EuGH 22.9.2022 – C-518/20 ua, NZA 2022, 1323 Rn. 46 – Fraport.

¹¹⁴ BAG 31.1.2023 – 9 AZR 85/22, AP BUrIG § 7 Nr. 111 = NZA 2023, 1121 Rn. 11.

¹¹⁵ EuGH 22.9.2022 – C-120/21, NZA 2022, 1326 Rn. 48 – Rechtssache LB; folgend BAG 20.12.2022 – 9 AZR 266/22, NZA 2023, 683 Rn. 50.

¹¹⁶ BAG 31.1.2023 – 9 AZR 456/20, AP BUrIG § 7 Abgeltung Nr. 121 = NZA 2023, 757 Rn. 37.

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ EuGH 6.11.2018 – C-619/16, NZA 2018, 1612 Rn. 62 ff. – Kreuziger/Land Berlin.

¹¹⁹ BAG 22.1.2019 – 9 AZR 328/16, NZA 2019, 835 Rn. 33f.; BAG 19.2.2019 – 9 AZR 321/16, NZA 2019, 1043 Rn. 52.

¹²⁰ BAG 25.8.2020 – 9 AZR 214/19, BAGE 172, 55 = NZA 2021, 217 Rn. 23.

- Der **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 ferner grundsätzlich auf das laufende Kalenderjahr befristet (§ 7 III 1 BUrlG).
- Eine **Übertragung des Urlaubs** in das erste Kalendervierteljahr des Folgejahres ist statthaft, wenn sie durch dringende betriebliche oder persönliche Gründe gerechtfertigt wird (§ 7 III 2–4 BUrlG). Der Urlaubsanspruch verfällt jedoch nur, wenn der Arbeitgeber erfolglos die Initiative zur Urlaubsgewährung ergriffen hat (→ Rn. 259).
- Eine **Abgeltung des Urlaubs** – die Ablösung des nicht „in Natur“ gewährten Erholungsurlaubs durch Geld – ist während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses ausgeschlossen und nur zulässig, soweit der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr erfüllt werden kann (§ 7 IV BUrlG).

Vertiefung: (1) Die Erteilung des Urlaubs erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige rechts-gestaltende – 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 behebbarer Notfällen). Der Arbeitgeber hat den Urlaub nachzugewähren.

(2) Wenn der Widerruf oder Rückruf als Angebot auf Abschluss einer Urlaubsaufhebungsvereinbarung zu verstehen ist und der Arbeitnehmer das Angebot annimmt, hat er für etwaige Kosten einen Anspruch auf **Aufwendungsersatz** 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?

Lösung: Der Arbeitnehmer kann frei entscheiden, ob er das Telefonat annimmt (bzw. die Nachricht öffnet) oder nicht. Ignoriert er den Anruf, gilt das Maßregelungsverbot des § 612a BGB (→ Rn. 269); nimmt er das Telefonat an, ist der Urlaubstag nachzugewähren.

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

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
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)

b) Vergütung während des Urlaubs

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

- 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 (§ 850a 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.¹²¹

c) Sonstige Freistellungen von der Arbeit

263 (1) **Mutterschutz vor der Entbindung.** 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 Gesundheit von Mutter oder Kind bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet ist (§ 16 I MuSchG).¹²² Für die Zeit des ärztlichen Beschäftigungsverbots besteht ein Anspruch auf **Mutterschutzlohn** gegen den Arbeitgeber (§ 18 MuSchG).

(2) **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 Arbeits-

¹²¹ BAG 25.2.1988 – 8 AZR 596/85, BAGE 57, 366 (372) = NZA 1988, 607.

¹²² Siehe zu den Voraussetzungen des Beschäftigungsverbots BAG 21.3.2001 – 5 AZR 352/99, BAGE 97, 215 (219) = NZA 2001, 1017.