

# BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 197/10  
2 Sa 36/09  
Landesarbeitsgericht  
Saarland

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
17. Mai 2011

## URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. Mai 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundes-

arbeitsgericht Prof. Düwell, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer und Dr. Suckow sowie den ehrenamtlichen Richter Kranzusch und die ehrenamtliche Richterin Pielenz für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Saarland vom 25. November 2009 - 2 Sa 36/09 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über Urlaubsansprüche. 1

Der Kläger ist seit 1989 als Sachbearbeiter bei der Beklagten beschäftigt. Er ist schwerbehindert. Die Parteien wenden auf ihr Arbeitsverhältnis den zwischen dem Verband der Metall- und Elektroindustrie des Saarlandes e. V. und der IG Metall abgeschlossenen Manteltarifvertrag vom 20. Juli 2005 (*im Folgenden: MTV*) an. Dort heißt es in § 17: 2

#### **„Berechnung der Urlaubsdauer**

1. Der Urlaub beträgt bei zwölfmonatiger ununterbrochener Beschäftigung im gleichen Betrieb für Beschäftigte 30 Arbeitstage.
2. Schwerbehinderte Menschen haben einen gesetzlichen Anspruch auf einen zusätzlichen Urlaub von fünf Arbeitstagen.
- ...
3. Der Urlaubsanspruch entsteht monatlich und beträgt je Kalendermonat der Beschäftigung ein Zwölftel des Jahresurlaubs.
4. Erfolgt der Eintritt eines Beschäftigten in den Betrieb nach dem 15. oder der Austritt vor dem 16. eines Kalendermonats, so besteht für diesen Monat kein

Anspruch auf Urlaub.

5. Ebenso besteht kein Urlaubsanspruch bei einer Arbeitsleistung an weniger als 3/4 der nach der jeweiligen betrieblichen Arbeitszeiteinteilung (Schichtplan) anfallenden Arbeitstage im Kalendermonat.<sup>12</sup>

Dabei werden die Urlaubszeit, die Arbeitsruhe für Frauen im Zusammenhang mit der Niederkunft (§ 3, § 6 Abs. 1 MuSchG) sowie die Zeiten, in denen die Arbeitsleistung infolge Arbeitsunfalls oder Krankheit nicht erbracht werden konnte, wenn sie auf eine ununterbrochene Dauer von einem Jahr beschränkt bleibt, wie wirklich geleistete Arbeitszeiten angesehen.

...

---

<sup>12</sup> Protokollnotiz zu § 17 Ziff. 5:

Dies findet keine Anwendung bei Freistellung zum Zwecke von Fortbildungs- und Schulungsmaßnahmen, sofern sie einen Monat pro Kalenderjahr nicht überschreiten.“

Der Kläger befand sich in der Zeit vom 16. August bis zum 15. Oktober 2008 in Elternzeit. Die Beklagte gewährte ihm im Jahre 2008 insgesamt 29 Arbeitstage Urlaub. Sie führt ein Urlaubskonto. Aus der „Zeitnachweisliste“ vom 1. Dezember bis zum 31. Dezember 2008 ergibt sich kein Resturlaubsanspruch des Klägers. Mit seiner der Beklagten am 17. November 2008 zugegangenen Klage verlangt der Kläger, dem bei ihr geführten Urlaubskonto weitere drei Urlaubstage hinzuzufügen. Dies lehnt die Beklagte ab. 3

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er habe 2008 einschließlich des Zusatzurlaubs für schwerbehinderte Arbeitnehmer einen Gesamtjahresurlaubsanspruch von 35 Arbeitstagen erworben. Dieser sei wegen der Elternzeit lediglich um 1/12 zu kürzen, sodass ihm abzüglich der gewährten 29 Urlaubstage für 2008 ein Urlaubsanspruch von drei Arbeitstagen verbleibe. Die Kürzung, die § 17 BEEG nur für volle Kalendermonate der Elternzeit vorsehe, könne durch § 17 Ziff. 5 MTV nicht zulasten des Arbeitnehmers geändert werden. Zudem eröffne diese Tarifvorschrift Kürzungsmöglichkeiten nur für die 4

Niederkunft, bei Arbeitsunfall, Krankheit, Schulung, Weiterbildung und Urlaub. Elternzeit sehe die enumerative Aufzählung nicht vor.

Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt, 5  
die Beklagte zu verurteilen, dem bei ihr für ihn geführten  
Urlaubskonto drei weitere Urlaubstage hinzuzufügen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie meint, § 17 6  
Ziff. 5 MTV regle nicht die Kürzung eines bereits entstandenen Urlaubs-  
anspruchs, sondern dessen Entstehungsvoraussetzungen. Diese Tarifvorschrift  
sei auf alle Zeiten ohne Arbeitsleistung anzuwenden und erfasse daher auch  
die Elternzeit des Klägers. Für den Zeitraum der Elternzeit vom 16. August bis  
zum 15. Oktober 2008 habe deshalb kein Urlaubsanspruch des Klägers ent-  
stehen können. Der Kläger habe für 2008 Anspruch auf 22,5 Arbeitstage Er-  
holungsurlaub zuzüglich 4,6 Arbeitstage Zusatzurlaub. Dies ergebe einen  
Gesamturlaubsanspruch von 27,1 Arbeitstagen. Er habe deshalb sogar zwei  
Urlaubstage zu viel erhalten.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeits- 7  
gericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landes-  
arbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageab-  
weisungsantrag weiter.

## **Entscheidungsgründe**

A. Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben 8  
der Klage zu Recht stattgegeben.

I. Der Kläger verlangt in Form der Leistungsklage, dass die Beklagte 9  
seinem Urlaubskonto weitere drei Urlaubstage gutschreibt. Eine solche Klage  
ist zulässig. Der Arbeitnehmer hat Anspruch darauf, dass sein Urlaubs- und  
Arbeitszeitkonto richtig geführt wird (*BAG 19. Januar 2010 - 9 AZR 246/09 -  
Rn. 14, EzA TVG § 4 Bewachungsgewerbe Nr. 4*). Das Klageziel richtet sich

darauf, dem Urlaubskonto weitere drei Tage gutzuschreiben und damit letztendlich drei Tage Urlaub nachzugewähren (vgl. BAG 16. Dezember 2008 - 9 AZR 164/08 - Rn. 14, BAGE 129, 46).

II. Die Klage ist begründet. Der Anspruch folgt aus § 280 Abs. 1, § 286 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3, § 287 Satz 2, § 249 Abs. 1 BGB. Der Urlaubsanspruch für 2008 war nach dem auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren § 22 Satz 2 MTV spätestens mit Ablauf des Übertragungszeitraums am 31. März 2009 verfallen. Nach dieser Tarifvorschrift erlischt der Urlaubsanspruch spätestens drei Monate nach Beendigung des Urlaubsjahres. Den Untergang des Anspruchs hat jedoch die Beklagte zu vertreten, weil sie sich mit der Gewährung des Urlaubs in Verzug befand. 10

1. Die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aus Verzug liegen vor. Der Kläger hatte für 2008 Anspruch auf drei weitere Urlaubstage. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wandelt sich der Urlaubsanspruch in einen Schadensersatzanspruch um, der auf Gewährung von Ersatzurlaub als Naturalrestitution gerichtet ist, wenn der Arbeitgeber den rechtzeitig verlangten Urlaub nicht gewährt und der Urlaub aufgrund seiner Befristung verfällt (BAG 11. April 2006 - 9 AZR 523/05 - Rn. 24, AP BUrlG § 7 Übertragung Nr. 28 = EzA BUrlG § 7 Nr. 116). 11

2. Allerdings verlangt der Kläger von der Beklagten nicht die Gewährung der restlichen drei Urlaubstage für 2008. Er macht mit der Klage vom 7. Oktober 2008 lediglich die Gutschrift dieser Tage auf seinem Urlaubskonto geltend. Das ist etwas anderes. 12

a) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat an den Inhalt der für den Ersatzurlaubsanspruch erforderlichen Mahnung erhebliche Anforderungen gestellt. Sie verlangt die Mahnung, dem Arbeitnehmer für einen bestimmten Zeitraum Urlaub zu gewähren (vgl. BAG 18. März 1997 - 9 AZR 794/95 - zu I 2 der Gründe; 24. August 1993 - 9 AZR 409/90 - zu II der Gründe; 26. Juni 1986 - 8 AZR 75/83 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 52, 254). Es kann aber auch ausreichen, dass der Arbeitnehmer verlangt, ihm den Urlaub zu 13

gewähren. In diesem Fall überlässt er dem Arbeitgeber die Festlegung des Urlaubszeitraums.

b) Vorliegend kann dahinstehen, ob das Verlangen, die Urlaubstage dem Urlaubskonto gutzuschreiben, als konkludentes Verlangen, den Urlaub zu gewähren, ausreicht. Für eine Mahnung genügt es, dass der Gläubiger zumindest konkludent zum Ausdruck bringt, dass er die geschuldete Leistung verlangt (*BGH 10. März 1998 - X ZR 70/96 - zu II 2 der Gründe, NJW 1998, 2132; 6. Mai 1981 - IVa ZR 170/80 - zu III der Gründe, BGHZ 80, 269*). Der Verzug der Beklagten ergibt sich hier schon daraus, dass sie mit dem Antrag auf Klageabweisung vom 18. November 2008 und somit vor Ablauf des Urlaubsjahres 2008 zu erkennen gegeben hat, die weiteren drei Urlaubstage nicht gewähren zu wollen. Darin lag ihre ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung als Schuldnerin des Urlaubsanspruchs, die gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB eine Mahnung des Klägers entbehrlich macht (*vgl. BAG 31. Januar 1991 - 8 AZR 462/89 - zu II der Gründe*). 14

3. Dem Kläger standen im Verzugszeitraum noch drei Resturlaubstage aus 2008 zu. 15

a) Nach § 17 Ziff. 1 MTV beträgt der Urlaub bei zwölfmonatiger ununterbrochener Beschäftigung 30 Arbeitstage. Im Jahr 2008 lag in diesem Sinne eine Beschäftigung des Klägers von zwölf Monaten vor. Die Elternzeit unterbrach die Beschäftigung im Tarifsinne nicht. In § 17 Ziff. 1 MTV wird mit „Beschäftigung“ die im Betrieb verbrachte Zeit im Sinne von Betriebszugehörigkeit bezeichnet. Darin eingeschlossen sind Zeiträume, in denen das Arbeitsverhältnis ruht. Das ergibt die Auslegung der maßgebenden Tarifbestimmungen des MTV. 16

aa) Der Begriff der „Beschäftigung“ bedeutet nach allgemeinem Verständnis, jemanden gegen Bezahlung arbeiten zu lassen. „Beschäftigt sein“ kann bedeuten, bei einem anderen „angestellt“ zu sein. Weiterhin hat der Begriff die darüber hinausgehende Bedeutung des „mit etwas beschäftigt sein“ im Sinne von „sich mit etwas befassen“. Danach ist der Begriff nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht auf ein ununterbrochen aktives Tun beschränkt, sondern 17

kann einen Dauerzustand beschreiben, der Unterbrechungen zulässt, ohne ihn damit zu beenden oder im Charakter zu verändern (*BAG 4. Dezember 2002 - 10 AZR 138/02 - zu II 2 b aa der Gründe, AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 245 = EzA BGB 2002 § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 3*).

bb) Diese Auslegung entspricht der Verwendung des Begriffs „Beschäftigung“ durch die Tarifvertragsparteien im gesamten Tarifvertrag. So bezeichnen sie den Arbeitnehmer durchgängig als „Beschäftigten“. Der Begriff „Beschäftigung“ ist deshalb synonym für „das Arbeitsverhältnis“, der Begriff „Beschäftigter“ synonym für „Arbeitnehmer“ (*vgl. § 1 Ziff. 3 MTV*). Diese Terminologie verdeutlicht, dass die Tarifvertragsparteien mit dem Begriff „Beschäftigung“ nur das Bestehen des Arbeitsverhältnisses, nicht aber die tatsächliche Arbeitsleistung bezeichnen wollten (*vgl. BAG 15. April 2003 - 9 AZR 137/02 - zu I 1 b cc der Gründe, BAGE 106, 22*). Dies wird durch § 29 Abs. 4 MTV bestätigt. Danach werden frühere „Beschäftigungszeiten“ bei einer Wiedereinstellung nach Zeiten der Kindererziehung angerechnet. 18

cc) Auch in der urlaubsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur bezeichnet der Begriff „Beschäftigungsmonat“ den Zeitraum, in dem das Arbeitsverhältnis rechtlich besteht (*BAG 13. Oktober 2009 - 9 AZR 763/08 - Rn. 26*). 19

b) Auch während der Elternzeit des Klägers sind Urlaubsansprüche entstanden. 20

aa) Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats entsteht der Anspruch auf Urlaub gemäß § 1 BUrlG in jedem Kalenderjahr, ohne dass zuvor Arbeitsleistungen erbracht werden müssen. Der gesetzliche Urlaubsanspruch ist keine Gegenleistung des Arbeitgebers für erbrachte oder noch zu erbringende Arbeitsleistungen, sondern eine gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis, den Arbeitnehmer für die Dauer des Urlaubs von der Arbeitspflicht zu befreien (*BAG 13. Oktober 2009 - 9 AZR 763/08 - Rn. 15; 7. November 1985 - 6 AZR 62/84 - zu 3 a und b der Gründe, BAGE 50, 112*). 21

bb) Demgegenüber wird neuerdings vertreten, in einem ruhenden Arbeitsverhältnis entstünden keine Urlaubsansprüche, wenn das Arbeitsverhältnis während des gesamten Kalenderjahres ruhe. Etwas anderes gelte nur dann, wenn das Arbeitsverhältnis nicht während des gesamten Kalenderjahres, konkret zu Beginn des Kalenderjahres, geruht habe. Hier entstehe der Urlaubsanspruch bei erfüllter Wartezeit zu Beginn des Jahres in vollem Umfang. Dieser könne ohne gesetzliche Grundlage nicht gekürzt werden (*LAG Düsseldorf 1. Oktober 2010 - 9 Sa 1541/09 - zu B I 3 b bb der Gründe*). 22

cc) Ob diese Auffassung mit der Rechtsprechung des EuGH für den unionsrechtlich verbürgten Mindesturlaubsanspruch iSv. Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG (*sog. Arbeitszeitrichtlinie*) zu vereinbaren ist, erscheint zweifelhaft; denn der Gerichtshof geht davon aus, dass auch dann, wenn der Arbeitnehmer nicht arbeitet, weil seine Arbeitspflicht infolge Krankheit ruht, der Urlaubsanspruch entsteht (*vgl. für den Fall der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit EuGH 20. Januar 2009 - C-350/06 und C-520/06 - [Schultz-Hoff] Rn. 41, Slg. 2009, I-179; dem folgend: BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 21, BAGE 130, 119*). Im deutschen Recht existiert keine Norm, die die Erbringung von Arbeitsleistung zur Voraussetzung für den Urlaubsanspruch erhebt. So verlangt § 4 BUrlG für das Entstehen des Vollanspruchs lediglich, dass die sechsmonatige Wartezeit erfüllt ist. Soweit in einem Tarifvertrag für den tariflichen Urlaubsanspruch keine anderslautenden Regelungen getroffen werden, gelten diese Grundsätze auch für den tariflichen Mehrurlaub (*vgl. BAG 15. Dezember 2009 - 9 AZR 795/08 - Rn. 29*). 23

Es muss hier nicht entschieden werden, ob in jedem Fall des Ruhens der Arbeitspflicht oder bei einem vereinbarten Ruhen der beiderseitigen Hauptleistungspflichten (*zB bei Bezug einer befristeten oder unbefristeten Erwerbsminderungsrente*) Urlaubsansprüche entstehen können. Jedenfalls folgt für die hier maßgebende Elternzeit aus der Kürzungsnorm in § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG, dass auch während des Ruhens der beiderseitigen Hauptleistungspflichten in der Elternzeit Urlaubsansprüche entstehen. Denn nur ein ent- 24



standener Urlaubsanspruch kann gekürzt werden (*so schon BAG 30. Juli 1986 - 8 AZR 475/84 - zu I 3 der Gründe, BAGE 52, 305*).

c) Entgegen der Auffassung der Revision folgt auch aus § 17 Ziff. 5 MTV nicht, dass der Urlaubsanspruch des Klägers im Jahre 2008 anteilig für die Monate der Elternzeit nicht entstanden war. 25

aa) Die Beklagte meint, aus § 17 Ziff. 5 MTV folge der allgemeine Grundsatz, dass der Urlaubsanspruch bei einer Arbeitsleistung von weniger als 3/4 der nach der jeweiligen betrieblichen Arbeitszeiteinteilung (*Schichtplan*) anfallenden Arbeitstage im Kalendermonat nicht entstehe. Da der Kläger wegen seiner Elternzeit vom 16. August bis zum 15. Oktober 2008 in drei Kalendermonaten weniger als 3/4 der jeweiligen betrieblichen Arbeitszeiteinteilung gearbeitet habe, sei für die Monate August, September und Oktober 2008 kein Urlaubsanspruch entstanden. Der Kläger habe deshalb nur Anspruch auf 22,5 Tage tariflichen Erholungsurlaub zuzüglich 4,6 Tage des gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG gekürzten Zusatzurlaubs für schwerbehinderte Menschen nach § 125 Abs. 1 SGB IX. Dies ergebe einen Gesamturlaubsanspruch von 27,1 Urlaubstagen. 26

bb) Diese Tarifauslegung der Beklagten trifft nicht zu. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, § 17 Ziff. 5 MTV regle nur die Zeiträume fehlender Arbeitsleistung, in denen zumindest grundsätzlich eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung bestanden habe. 27

(1) Die Auslegung des normativen Teils eines Tarifvertrags folgt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts den für die Auslegung von Gesetzen geltenden Regeln. Danach ist zunächst vom Tarifwortlaut auszugehen, wobei der maßgebliche Sinn der Erklärung zu erforschen ist, ohne am Buchstaben zu haften. Soweit der Tarifwortlaut nicht unmissverständlich ist, ist der wirkliche Wille der Tarifvertragsparteien mitzubersichtigen, soweit er in den tariflichen Normen seinen Niederschlag gefunden hat. Abzustellen ist ferner auf den tariflichen Gesamtzusammenhang, weil dieser Anhaltspunkte für den wirklichen Willen der Tarifvertragsparteien liefert und nur so Sinn und Zweck 28

der Tarifnorm ermittelt werden können. Lässt dies zweifelsfreie Auslegungsergebnisse nicht zu, können die Gerichte für Arbeitsachen ohne Bindung an eine Reihenfolge weitere Kriterien wie die Entstehungsgeschichte des Tarifvertrags, gegebenenfalls auch die praktische Tarifübung ergänzend hinzuziehen. Auch die Praktikabilität denkbarer Auslegungsergebnisse gilt es zu berücksichtigen. Im Zweifel gebührt derjenigen Tarifauslegung der Vorzug, die zu einer vernünftigen, sachgerechten, zweckorientierten und praktisch brauchbaren Regelung führt (*BAG 16. November 2010 - 9 AZR 589/09 - Rn. 15; 20. Januar 2009 - 9 AZR 677/07 - Rn. 35, BAGE 129, 131*).

(2) Bereits aus dem Wortlaut von § 17 Ziff. 5 MTV folgt, dass Zeiten, in denen die beiderseitigen Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis ruhen, von dessen kürzender Urlaubsberechnung nicht betroffen sind. Dabei kann dahinstehen, ob die Tarifvorschrift den Urlaubsanspruch bereits nicht entstehen lässt, wie die Beklagte meint, oder den entstandenen Urlaub für die maßgeblichen Monate ohne erhebliche Arbeitsleistung kürzt. 29

§ 17 Ziff. 5 Abs. 1 MTV knüpft für das Nichtbestehen (*oder die Kürzung*) eines anteiligen Urlaubsanspruchs an die „Arbeitsleistung“ von weniger als 3/4 der „anfallenden Arbeitstage“ an. Daraus wird, worauf das Landesarbeitsgericht zu Recht hinweist, deutlich, dass grundsätzlich eine Arbeitspflicht des Arbeitnehmers bestehen muss. Ansonsten fielen keine Arbeitstage an. Das zeigt auch Abs. 2 dieser Tarifvorschrift. Nach dieser Ausnahmeregelung werden die Urlaubszeit, die Mutterschutzfristen nach §§ 3, 6 Abs. 1 MuSchG und die Arbeitsunfähigkeitszeiten unter einem Jahr wie wirklich geleistete Arbeitszeiten bewertet. Das bestätigt die Regel, dass eine generelle Arbeitspflicht bestehen muss. Zudem zeigt § 17 Ziff. 7 Abs. 1 Satz 1 MTV, was die Tarifvertragsparteien unter dem Begriff „Arbeitstage“ verstehen. Das sind alle Kalendertage, an denen der Beschäftigte in individueller regelmäßiger Arbeitszeit zu arbeiten hat. Solche Tage gibt es während der Elternzeit nicht. In der Zeit der Inanspruchnahme von Elternzeit ruht das Arbeitsverhältnis unter Suspendierung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten (*BAG 27. Januar 2011 - 6 AZR 526/09 - Rn. 36, ZTR 2011, 357; 10. Dezember 2008 - 10 AZR 35/08 - Rn. 19, AP BGB*) 30

§ 611 Gratifikation Nr. 281 = EzA BGB 2002 § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 24; 11. April 2000 - 9 AZR 225/99 - zu I 2 c bb der Gründe, AP TVG § 1 Tarifverträge: Lufthansa Nr. 13 = EzA TVG § 4 Luftfahrt Nr. 4).

(3) Mit der Ausnahmeregelung in § 17 Ziff. 5 Abs. 2 MTV tragen die Tarifvertragsparteien dem Unterschied von ruhendem Arbeitsverhältnis zu nicht ruhendem Arbeitsverhältnis mit zeitweiligem Entfall der Arbeitspflicht (*Urlaubszeit, Beschäftigungsverbote nach §§ 3, 6 Abs. 1 MuSchG und Arbeitsunfähigkeit*) Rechnung. 31

Zeiten der Beschäftigungsverbote während der Mutterschutzfristen gemäß § 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1 MuSchG sind entgegen der Auffassung der Beklagten grundsätzlich keine Ruhestatbestände (*vgl. BAG 4. Dezember 2002 - 10 AZR 138/02 - Rn. 48, AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 245 = EzA BGB 2002 § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 3*). Die Arbeitnehmerin hat Anspruch auf Weitergewährung ihres bisherigen Durchschnittsverdiensts, wenn sie wegen eines Beschäftigungsverbots mit der Arbeit aussetzt. Lediglich ihre Pflicht zur Arbeitsleistung wird durch das Verbot suspendiert. Entgegen § 326 Abs. 1 BGB entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung nicht. Vielmehr besteht für die gesamte Dauer des mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots ein Anspruch auf Mutterschutzlohn (*BAG 7. November 2007 - 5 AZR 883/06 - Rn. 15, AP MuSchG 1968 § 3 Nr. 21 = EzA MuSchG § 3 Nr. 10*). 32

Zudem gelten nach § 17 Satz 1 MuSchG die Ausfallzeiten wegen mutterschutzrechtlicher Beschäftigungsverbote für den Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub als Beschäftigungszeiten und führen deshalb nicht zur Kürzung des Urlaubsanspruchs. Dasselbe gilt bei Arbeitsunfähigkeit oder Urlaub. Lediglich die Pflicht zur Arbeitsleistung entfällt. Vergütungsansprüche bleiben im gesetzlichen Rahmen bestehen (§§ 1, 11 BUrlG, § 3 EFZG). Urlaubsansprüche werden durch diese Zeiten nicht gekürzt, da deren Entstehen nicht von einer Arbeitsleistung abhängt. § 17 Ziff. 5 Abs. 2 MTV wiederholt deshalb lediglich, was gesetzlich ohnehin gilt. Allerdings beeinträchtigt der tariflich angeordnete Entfall des Urlaubsanspruchs für Arbeitsunfähigkeitszeiten von ununterbrochen mehr als einem Jahr rechtswidrig den Mindesturlaubsanspruch 33

nach §§ 1, 3 BUrlG. Denn der Urlaubsanspruch ist nicht von einer Gegenleistung abhängig (*BAG 13. Oktober 2009 - 9 AZR 763/08 - Rn. 15*). Dies ist hier allerdings nicht entscheidungserheblich, da der Kläger nicht arbeitsunfähig war.

(4) Es kann auch nicht angenommen werden, dass die Tarifvertragsparteien in Kenntnis der Kürzungsregelung des § 17 BEEG den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers für die Monate der Arbeitsleistung von weniger als 3/4 nicht entstehen lassen wollten. Sie hätten dann das Verhältnis zur gesetzlichen Kürzungsregelung klären müssen. Da sie diese tariflich nicht ausgeschlossen haben, wäre der Urlaub nach Ansicht der Revision für jeden angebrochenen Monat der Elternzeit, falls insgesamt 3/4 der Arbeitszeit nicht erreicht würden, nicht entstanden. Der verbliebene Resturlaub wäre sodann nach § 17 BEEG zusätzlich um 1/12 für jeden vollen Kalendermonat zu kürzen. Im Ergebnis führte dies zu einer § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG widersprechenden mehrfachen Kürzung des Urlaubsanspruchs. Eine solche überschießende und rechtswidrige Rechtsfolge kann den Tarifvertragsparteien nicht unterstellt werden. 34

d) Daraus ergibt sich folgende Berechnung: 35

aa) Der Kläger hatte für 2008 gemäß § 17 Ziff. 1 MTV Anspruch auf 30 Arbeitstage Erholungsurlaub. Hinzu kommen fünf Arbeitstage Zusatzurlaub gemäß § 125 Abs. 1 SGB IX. Danach haben schwerbehinderte Arbeitnehmer, die in der Fünftageweche beschäftigt werden, Anspruch auf einen bezahlten zusätzlichen Urlaub von fünf Arbeitstagen im Urlaubsjahr. Der schwerbehinderterrechtliche Zusatzurlaub bestimmt sich nach den Regeln des Mindesturlaubs der §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG (*BAG 22. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 65, AP SGB IX § 125 Nr. 3 = EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 16*). Deshalb hätten dem Kläger für 2008 ohne Kürzung 35 Arbeitstage Gesamturlaub zugestanden. 36

bb) Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG kann der Arbeitgeber den Erholungsurlaub für jeden vollen Monat, für den der Arbeitnehmer Elternzeit nimmt, um 1/12 kürzen. Es kann dahinstehen, ob die Beklagte durch entsprechende 37

Erklärung hiervon Gebrauch machte (*vgl. hierzu BAG 28. Juli 1992 - 9 AZR 340/91 - zu 1 c der Gründe, BAGE 71, 50*). Denn der Kläger lässt sich diese 35 Gesamturlaubstage gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG um 1/12 für den Kalendermonat September 2008 (*Elternzeit*) kürzen. Der Senat muss deshalb nicht darüber befinden, ob die Kürzung des Erholungsurlaubs und des Zusatzurlaubs nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG europarechtlichen Vorgaben entspricht (*vgl. hierzu LAG Niedersachsen 16. November 2010 - 3 Sa 1288/10 - zu II der Gründe*).

cc) Aus diesen Grundsätzen folgt: Der Anspruch auf Erholungsurlaub von 30 Arbeitstagen ist um 1/12 zu kürzen (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG). Daraus errechnen sich 27,5 Arbeitstage Urlaub. Die entsprechende Kürzung des Zusatzurlaubs ergibt 4,58 Urlaubstage. Daraus errechnen sich 32,08 Urlaubstage. Von den (*abzüglich der gewährten 29 Tage*) verbleibenden 3,08 Urlaubstagen macht der Kläger drei Tage geltend. 38

B. Die Beklagte hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen. 39

Düwell

Suckow

Krasshöfer

Pielenz

Kranzusch