

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 16. April 2024
- 9 AZR 165/23 -
ECLI:DE:BAG:2024:160424.U.9AZR165.23.0

I. Arbeitsgericht Freiburg
- Kammern Lörrach -

Urteil vom 10. Februar 2022
- 9 Ca 158/21 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg
- Kammern Freiburg -

Urteil vom 20. September 2022
- 11 Sa 12/22 -

Entscheidungsstichworte:

Mutterschutz - Elternzeit - Urlaubskürzung - Berechnung der Urlaubs-
abgeltung

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 165/23
11 Sa 12/22
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
16. April 2024

URTEIL

Kleinert, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 16. April 2024 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, die Richter am Bundesarbeitsgericht Zimmermann und Dr. Suckow sowie den ehrenamtlichen Richter Fabian und die ehrenamtliche Richterin Lipphaus für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Freiburg - vom 20. September 2022 - 11 Sa 12/22 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Urlaubsabgeltung aus den Jahren 2015 bis 2020. 1

Die Klägerin war bei der Beklagten vom 1. Februar 2009 bis zum 25. November 2020 als Therapeutin mit einer monatlichen Bruttovergütung iHv. zuletzt 3.700,00 Euro angestellt. Seit dem Jahr 2010 belief sich ihre wöchentliche Arbeitszeit auf 36 Stunden bei einer Verteilung auf fünf Wochentage. Ihr arbeitsvertraglicher Jahresurlaub betrug 29 Arbeitstage. 2

Ab dem 24. August 2015 befand sich die seinerzeit mit ihrem ersten Kind schwangere Klägerin im Mutterschutz. Zu diesem Zeitpunkt stand ihr noch ein Arbeitstag Urlaub aus dem laufenden Jahr zu. Im unmittelbaren Anschluss an die Mutterschutzfrist nahm sie Elternzeit in Anspruch. Daran schlossen sich nahtlos die Mutterschutzfristen anlässlich der Geburt eines weiteren Kindes an, nach deren Ablauf die Klägerin Elternzeit bis zum 25. November 2020 nahm. Mit Schreiben vom 8. Juli 2020 kündigte sie das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis zum Ablauf der Elternzeit am 25. November 2020. Bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses hatte die Beklagte nicht erklärt, den auf die Elternzeit bezogenen Urlaub zu kürzen. Mit Schreiben vom 15. März 2021 forderte die Klägerin die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 31. März 2021 vergeblich auf, den Resturlaub aus den Jahren 2015 bis 2020 abzugelten. 3

Mit ihrer Klage hat die Klägerin die Abgeltung von insgesamt 146 Arbeitstagen Urlaub aus den Jahren 2015 bis 2020 (ein Tag aus dem Jahr 2015 und je 4

29 Tage aus den Jahren 2016 bis 2020) iHv. insgesamt 24.932,42 Euro brutto geltend gemacht. Sie hat die Auffassung vertreten, die Urlaubsansprüche seien während der Mutterschutzfristen und der Elternzeit in voller Höhe entstanden. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses könne die Beklagte den Urlaub nicht mehr kürzen. Da ihre Urlaubsansprüche weder verfallen noch verjährt seien, habe die Beklagte sie mit der gewöhnlichen Vergütung abzugelten.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt, 5
die Beklagte zu verurteilen, an sie 24.932,42 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. April 2021 zu zahlen.

Die Beklagte hat ihren Klageabweisungsantrag darauf gestützt, dass der 6
jeweilige Jahresurlaub nach § 17 Abs. 1 BEEG auch noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel gekürzt werden könne. Doch selbst wenn der Klägerin dem Grunde nach noch Urlaubsansprüche zustünden, errechne sich der Urlaubsabgeltungsanspruch auf 0,00 Euro, weil die Klägerin im Referenzzeitraum des § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG keinen Verdienst erzielt habe und ihr elternzeitbedingter Arbeitsausfall nicht iSv. § 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG unverschuldet sei. Jedenfalls seien etwaige Urlaubsansprüche aus den Jahren 2015 bis 2017 verjährt.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht 7
hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht 8
hat die Berufung der Beklagten gegen das der Klage stattgebende Urteil des Arbeitsgerichts zu Recht zurückgewiesen. Die Klägerin hat gegen die Beklagte gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG, § 17 Abs. 3 BEEG Anspruch auf Abgeltung von 146 Ar-

beitstagen Urlaub mit einem Bruttobetrag iHv. 24.932,42 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. April 2021.

- I. Gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG ist der Urlaub abzugelten, wenn er wegen Be- 9
endigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt wer-
den kann. Dies gilt nach § 17 Abs. 3 BEEG auch dann, wenn das Arbeitsverhält-
nis - wie vorliegend - im Anschluss an die Elternzeit nicht fortgesetzt wird. Ein
Anspruch auf Urlaubsabgeltung setzt voraus, dass zum Zeitpunkt der rechtlichen
Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch offene Urlaubsansprüche bestehen,
die nicht mehr erfüllt werden können, weil das Arbeitsverhältnis beendet ist (*BAG*
28. März 2023 - 9 AZR 488/21 - Rn. 17).
- II. Zum Zeitpunkt der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 10
25. November 2020 standen der Klägerin noch Urlaubsansprüche aus den Jah-
ren 2015 bis 2020 im Umfang von 146 Arbeitstagen zu.
1. Zu Beginn der Mutterschutzfristen hatte die Klägerin Resturlaub aus dem 11
Jahr 2015 iHv. einem Arbeitstag. In den Jahren 2016 bis 2020 erwarb sie jeweils
zu Beginn des Jahres einen Urlaubsanspruch im Umfang von 29 Arbeitstagen.
Weder der zweimalige Mutterschutz noch die beiden Elternzeiten, die die Kläge-
rin in diesen Jahren in Anspruch nahm, hinderten das Entstehen von Urlaubsan-
sprüchen im Umfang von insgesamt 145 Arbeitstagen. Für die Mutterschutzfris-
ten folgt dies unmittelbar aus § 24 Satz 1 MuSchG, dem zufolge die Ausfallzeiten
wegen eines Beschäftigungsverbots für die Berechnung des Anspruchs auf be-
zahlten Erholungsurlaub als Beschäftigungszeiten gelten. Die Regelung in § 17
Abs. 1 Satz 1 BEEG berücksichtigt über die Vorgaben der Richtlinie 2003/88/EG
hinaus und abweichend von § 3 BUrlG die Zeiten der Inanspruchnahme von El-
ternzeit zunächst bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs uneingeschränkt,
räumt dem Arbeitgeber jedoch das Recht ein, den Urlaubsumfang für jeden vollen
Kalendermonat der Elternzeit im Wege der Kürzung an die ausgesetzte Arbeits-
pflicht des Arbeitnehmers anzupassen (*vgl. BAG 19. März 2019 - 9 AZR 362/18 -*
Rn. 20).

2. Die Urlaubsansprüche aus den Jahren 2015 bis 2020, deren Abgeltung die Klägerin begehrt, sind vor dem Zeitpunkt, zu dem das Arbeitsverhältnis der Parteien endete, nicht gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG verfallen. Das Fristenregime des § 7 Abs. 3 BUrlG findet während der mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote und der Elternzeit keine Anwendung. 12
- a) § 24 Satz 2 MuSchG, dem zufolge die Arbeitnehmerin den vor Beginn der Beschäftigungsverbote nicht oder nicht vollständig erhaltenen Erholungsurlaub auch noch nach Ablauf der Verbote im laufenden Jahr oder im Folgejahr nehmen kann, steht einem Verfall von Urlaub während der Mutterschutzfristen entgegen. Die Vorschrift regelt das für das Fristenregime des § 7 Abs. 3 BUrlG maßgebliche Urlaubsjahr (*BAG 9. August 2016 - 9 AZR 575/15 - Rn. 14, BAGE 156, 65*). 13
- b) Während der Elternzeit gehen die gesetzlichen Sonderregelungen in § 17 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BEEG den allgemeinen Befristungsregelungen in § 7 Abs. 3 BUrlG vor (*BAG 5. Juli 2022 - 9 AZR 341/21 - Rn. 32; 19. März 2019 - 9 AZR 495/17 - Rn. 12, BAGE 166, 189*). Der Urlaub muss weder nach § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG im laufenden Kalenderjahr noch nach § 7 Abs. 3 Satz 2 und 3 BUrlG in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahrs gewährt und genommen werden. 14
- aa) Nach § 17 Abs. 1 BEEG kann der Arbeitgeber Erholungsurlaub, der dem Arbeitnehmer für das Urlaubsjahr zusteht, für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel kürzen. Die Bestimmung entkoppelt den grundsätzlich der Kürzung unterliegenden Urlaubsanspruch vom Urlaubsjahr und nimmt ihn somit von einem Verfall nach § 7 Abs. 3 BUrlG während der Elternzeit aus (*BAG 5. Juli 2022 - 9 AZR 341/21 - Rn. 33; 19. März 2019 - 9 AZR 495/17 - Rn. 14 ff., BAGE 166, 189*). 15
- bb) § 17 Abs. 2 BEEG trifft bezüglich der Erfüllung und des Verfalls des Urlaubs eine eigenständige, von § 7 Abs. 3 BUrlG abweichende Regelung des Urlaubsjahres. Hat der Arbeitnehmer den ihm zustehenden Urlaub vor dem Beginn der Elternzeit nicht oder nicht vollständig erhalten, hat der Arbeitgeber den 16

Resturlaub gemäß § 17 Abs. 2 BEEG nach der Elternzeit im laufenden oder im nächsten Urlaubsjahr zu gewähren. Diese Ausnahme von dem Grundsatz, dass der Erholungsurlaub im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden muss (*BAG 5. Juli 2022 - 9 AZR 341/21 - Rn. 34 mwN*), gilt auch bei einer Mehrzahl von aufeinander folgenden Mutterschutzfristen und Elternzeiten (*vgl. BAG 5. Juli 2022 - 9 AZR 341/21 - aaO*).

c) Die Urlaubsansprüche der Klägerin bestanden danach wegen der nahtlos aneinander anschließenden Mutterschutzfristen und Elternzeiten nach dem Ende der zweiten Elternzeit fort. An die Mutterschutzfrist nach der Entbindung ihres ersten Kindes schloss sich nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts eine Elternzeit an und sodann eine erneute Mutterschutzfrist anlässlich der bevorstehenden Entbindung ihres zweiten Kindes. Die auf die Mutterschutzfrist nach der Entbindung folgende Elternzeit dauerte bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 25. November 2020. 17

3. Die Urlaubsansprüche der Klägerin aus den Jahren 2015 bis 2020 sind nicht aufgrund einer Kürzungserklärung der Beklagten gemäß § 17 Abs. 1 BEEG teilweise untergegangen. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass der Beklagten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr das Recht zustand, die auf die Elternzeit entfallenden Urlaubsansprüche zu kürzen. 18

a) Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG kann der Arbeitgeber den Erholungsurlaub, der dem Arbeitnehmer für das Urlaubsjahr zusteht, für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel kürzen. Dazu ist eine hierauf gerichtete rechtsgeschäftliche Erklärung erforderlich, die dem Arbeitnehmer zugehen muss. Die Kürzungserklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend abgegeben werden (*BAG 5. Juli 2022 - 9 AZR 341/21 - Rn. 39*). 19

aa) Die in der Vorschrift vorgesehene Kürzungsmöglichkeit verstößt weder gegen Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG noch gegen § 5 Nr. 2 der überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub vom 18. Juni 2009 im Anhang der Richtlinie 2010/18/EU (*ausf. BAG 19. März 2019 - 9 AZR 362/18 - Rn. 19 ff. mwN*). 20

bb) Möchte der Arbeitgeber den Anspruch des Arbeitnehmers auf Erholungsurlaub nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG kürzen, muss er die entsprechende Erklärung im bestehenden Arbeitsverhältnis abgeben. Das Kürzungsrecht setzt somit voraus, dass der Anspruch auf Erholungsurlaub bei Zugang der Kürzungserklärung noch besteht. Es kann nicht mehr ausgeübt werden, wenn das Arbeitsverhältnis beendet ist und der Arbeitnehmer Anspruch auf Urlaubsabgeltung hat (*mit ausf. Begründung BAG 19. Mai 2015 - 9 AZR 725/13 - Rn. 10, 13 ff., BAGE 151, 360*).

(1) Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bildet eine Zäsur, die nicht nur die gegenseitigen Hauptleistungspflichten, sondern auch den Anspruch auf den bezahlten Jahresurlaub betrifft. Trotz des gemeinsamen Ursprungs besteht zwischen Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsanspruch keine Zweckidentität, die es erforderte, den Urlaubsanspruch, der eine bezahlte Freistellung zum Inhalt hat, und den Abgeltungsanspruch, der einen reinen Geldanspruch darstellt, gleich zu behandeln. Der Arbeitnehmer kann nicht mehr zu Erholungszwecken unter Fortzahlung seines Arbeitsentgelts von der Arbeitspflicht freigestellt werden (*BAG 31. Januar 2023 - 9 AZR 456/20 - Rn. 41*). An die Stelle des Urlaubsanspruchs tritt der Urlaubsabgeltungsanspruch, bei dem es sich um einen Geldanspruch handelt. Das Gesetz unterstellt allein den „Erholungsurlaub“ der Kürzungsbefugnis des Arbeitgebers, nicht dagegen den auf Geldzahlung gerichteten Abgeltungsanspruch (*BAG 5. Juli 2022 - 9 AZR 341/21 - Rn. 38; 19. März 2019 - 9 AZR 362/18 - Rn. 32*).

(2) Diesem Verständnis steht nicht der Einwand der Beklagten entgegen, der Arbeitgeber müsse den Urlaub auch noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses kürzen dürfen, weil der Gesetzgeber bei Schaffung des § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG die - vom Senat mittlerweile vollständig aufgegebene - Surrogatstheorie vor Augen gehabt habe, die dies noch zugelassen habe.

(a) Nach der Surrogatstheorie ist der Urlaubsabgeltungsanspruch Erfüllungssurrogat des Urlaubsanspruchs. Bei Annahme einer Zweckidentität zwischen Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen (*vgl. BAG 19. Juni 2012*

- 9 AZR 652/10 - Rn. 16, BAGE 142, 64) konnte der Urlaub auch nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch gekürzt werden (vgl. BAG 19. Mai 2015 - 9 AZR 725/13 - Rn. 17, BAGE 151, 360).

(b) Der Senat hat die Surrogatstheorie vollständig aufgegeben. An ihr konnte bereits deshalb nicht festgehalten werden, weil sie nicht im Einklang mit dem Unionsrecht steht. Nach Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG, der dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf eine finanzielle Vergütung für die nicht genommenen Urlaubstage einräumt, ist alleinige Voraussetzung für das Entstehen des Abgeltungsanspruchs, dass das Arbeitsverhältnis beendet ist und der Arbeitnehmer nicht den gesamten bezahlten Jahresurlaub genommen hat, auf den er bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch hatte (EuGH 6. November 2018 - C-569/16 und C-570/16 - [Bauer und Willmeroth] Rn. 42 bis 48). Von weiteren Voraussetzungen (zB die Arbeitsfähigkeit bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses) darf der Urlaubsabgeltungsanspruch nicht abhängig gemacht werden. Damit ist der Surrogatstheorie die rechtliche Grundlage entzogen und der Urlaubsabgeltungsanspruch - dem Verständnis des Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG entsprechend - als reiner Geldanspruch anzusehen (vgl. ausf. BAG 19. Juni 2012 - 9 AZR 652/10 - Rn. 14 ff., BAGE 142, 64).

(c) Der Surrogatscharakter des Abgeltungsanspruchs ist im Gesetzeswortlaut auch nicht ausdrücklich angelegt. Die Bestimmung in § 7 Abs. 4 BUrlG verlangt für den Anspruch auf Urlaubsabgeltung keine Geltendmachung, sondern setzt allein die Beendigung des Arbeitsverhältnisses voraus. Sie trifft keine Regelung über den Verfall. § 7 Abs. 3 BUrlG hingegen normiert seinem Wortlaut und Sinn nach allein die zeitliche Bindung und Übertragung des Urlaubs als bezahlte Freistellung (vgl. BAG 19. Juni 2012 - 9 AZR 652/10 - Rn. 21, BAGE 142, 64).

b) Nach diesen Grundsätzen hat die Beklagte den der Klägerin zustehenden Urlaub, der auf die Zeiträume ihrer Elternzeiten entfällt, nicht wirksam gekürzt. Im bestehenden Arbeitsverhältnis hat sie keine Kürzungserklärung abgegeben. Im anhängigen Rechtsstreit konnte sie sich auf ihr Kürzungsrecht nicht mehr berufen.

4. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht zudem erkannt, dass die Be- 28
klagte nicht nach § 214 Abs. 1 BGB berechtigt war, die Abgeltung des Urlaubs
aus den Jahren 2015 bis 2017 wegen Eintritts der Verjährung zu verweigern. Die
dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB war bei Beendigung des Arbeitsver-
hältnisses der Parteien noch nicht abgelaufen.
- a) Gemäß § 194 Abs. 1 BGB unterliegt das Recht, von einem anderen ein 29
Tun oder Unterlassen zu verlangen, der Verjährung. Dies gilt grundsätzlich auch
für den Anspruch des Arbeitnehmers auf den gesetzlichen Mindesturlaub (*BAG*
20. Dezember 2022 - 9 AZR 266/20 - Rn. 38).
- aa) Soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, beginnt die re- 30
gelmäßige Verjährungsfrist, die nach § 195 BGB drei Jahre beträgt, mit dem
Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (§ 199 Abs. 1 Nr. 1
BGB) und der Gläubiger von den Umständen, die den Anspruch begründen, so-
wie von der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrläs-
sigkeit erlangen müsste (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 *BGB*).
- bb) Nach allgemeinen Grundsätzen ist ein Anspruch iSv. § 199 Abs. 1 Nr. 1 31
BGB entstanden, wenn er erstmals geltend gemacht und notfalls klageweise
durchgesetzt werden kann. Regelmäßig entsteht ein Anspruch im verjährungs-
rechtlichen Sinne, wenn er fällig ist, weil der Gläubiger von diesem Zeitpunkt an
nach § 271 Abs. 2 *BGB* mit Erfolg die Leistung fordern und den Ablauf der Ver-
jährungsfrist durch Klageerhebung verhindern kann (*BAG 20. Dezember 2022*
- 9 AZR 266/20 - Rn. 40; 29. September 2020 - 9 AZR 266/20 (A) - Rn. 30,
BAGE 172, 337). Der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub entsteht
nach Ablauf der Wartezeit (§ 4 *BUrlG*) zu Beginn eines jeden Urlaubsjahres (*vgl.*
BAG 21. Februar 2012 - 9 AZR 486/10 - Rn. 14). Zu diesem Zeitpunkt kann der
Arbeitnehmer von dem Arbeitgeber grundsätzlich verlangen, ihm Urlaub zu ge-
währen, dh. ihn unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts von der Verpflichtung zur
Arbeitsleistung freizustellen (*vgl. BAG 20. Dezember 2022 - 9 AZR 266/20 - aaO;*
25. August 2020 - 9 AZR 612/19 - Rn. 22, BAGE 172, 66).

- cc) Für während der Beschäftigungsverbote vor und nach der Geburt sowie der Elternzeit entstandene Urlaubsansprüche gelten Besonderheiten. 32
- (1) Der Urlaubsanspruch wird nicht vor Ablauf der Mutterschutzfristen bzw. Beendigung der Elternzeit fällig. Die Inanspruchnahme von Urlaub setzt das Bestehen einer Arbeitspflicht voraus, von der der Arbeitnehmer zum Zwecke der Erholung und Entspannung freigestellt werden kann (*vgl. BAG 18. März 2014 - 9 AZR 669/12 - Rn. 16*). Während des Beschäftigungsverbots bzw. der suspendierten Arbeitspflicht kann daher Verjährung nicht eintreten. 33
- (2) Zudem kann Urlaub vor Ablauf des Urlaubsjahres weder verfallen noch verjähren. § 24 Satz 2 MuSchG und § 17 Abs. 2 BEEG bestimmen abweichend von § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG, dass der Urlaub nicht im „laufenden“ Kalenderjahr gewährt und genommen werden muss, sondern verschieben das für das Fristenregime des § 7 Abs. 3 BUrlG maßgebliche Urlaubsjahr auf die Zeit nach Ablauf der Mutterschutzfristen bzw. Elternzeit (*vgl. BAG 15. Dezember 2015 - 9 AZR 52/15 - Rn. 21, BAGE 154, 1*). 34
- (3) Schließlich beginnt die Verjährungsfrist nach der unionsrechtskonformen Auslegung des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB erst mit Ende des Jahres, in dem der Arbeitgeber seine Mitwirkungsobliegenheiten im Zusammenhang mit der Gewährung und Inanspruchnahme des gesetzlichen Mindesturlaubs erfüllt hat (*vgl. BAG 20. Dezember 2022 - 9 AZR 266/20 - Rn. 31; zu den Mitwirkungsobliegenheiten grundlegend BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 39 ff., BAGE 165, 376*). Dasselbe gilt für den arbeitsvertraglichen Mehrurlaub, wenn die Parteien - wie im Streitfall - nichts Abweichendes vereinbart haben (*mit ausf. Begründung BAG 20. Dezember 2022 - 9 AZR 266/20 - aaO*). 35
- b) Danach standen der Klägerin bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien am 25. November 2020 die nicht erfüllten streitgegenständlichen Urlaubsansprüche noch zu. Seit dem 24. August 2015 bestand infolge der Beschäftigungsverbote und Elternzeit keine Arbeitspflicht. Da sie in dieser Zeit 36

weder Gewährung ihres Urlaubs verlangen noch klageweise durchsetzen konnte, sind ihre Urlaubsansprüche nicht vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 25. November 2020 verjährt.

III. Die Beklagte ist gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG, § 17 Abs. 3 BEEG verpflichtet, den bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehenden Anspruch der Klägerin auf Urlaub für 146 Arbeitstage mit einem Betrag iHv. 24.932,42 Euro brutto abzugelten. Entgegen der Auffassung der Revision reduziert sich der Abgeltungsanspruch vorliegend nicht dadurch auf null, dass sich die Klägerin in den letzten 13 Wochen vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Elternzeit befunden und deshalb kein Entgelt von der Beklagten erhalten hat. Dies hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt. 37

1. Der Anspruch auf Abgeltung des nicht in Anspruch genommenen gesetzlichen Mindesturlaubs ist gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG, § 17 Abs. 3 BEEG nach Maßgabe von § 1 iVm. § 11 BUrlG zu berechnen. Die Grundsätze gelten auch für die Abgeltung des übergesetzlichen Urlaubs, wenn die Parteien insoweit keine von den Bestimmungen des Bundesurlaubsgesetzes abweichenden Vereinbarungen getroffen haben (*vgl. BAG 22. Oktober 2019 - 9 AZR 98/19 - Rn. 29*). Die Höhe des Urlaubsabgeltungsanspruchs errechnet sich - ebenso wie die Höhe des Urlaubsentgelts - aus einer Multiplikation von Zeit- und Geldfaktor. 38

a) Der Zeitfaktor ergibt sich im bestehenden Arbeitsverhältnis aus dem durch den Urlaub ausfallenden Teil der Arbeitszeit. Er gehört zu dem unabdingbaren Teil der Bezahlung iSd. § 1 BUrlG (*BAG 20. November 2018 - 9 AZR 349/18 - Rn. 31*). Wie die infolge Urlaubs ausfallende Arbeitszeit zu vergüten ist (sog. Geldfaktor), bestimmt sich nach dem in § 11 Abs. 1 BUrlG geregelten Referenzprinzip. 39

b) Der Geldfaktor, dh. die Höhe der Vergütung, die je Zeiteinheit zu zahlen ist, bemisst sich gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst, den der Arbeitnehmer in den letzten 13 Wochen vor dem Beginn des Urlaubs erhalten hat, sofern nicht eine andere Berechnung aufgrund gesetzlicher Bestimmungen sowie nach § 13 BUrlG zulässiger kollektivrechtli- 40

cher oder vertraglicher Vereinbarungen zu erfolgen hat (*st. Rspr. BAG 27. Juli 2021 - 9 AZR 376/20 - Rn. 30; 21. September 2010 - 9 AZR 510/09 - Rn. 16 mwN, BAGE 135, 301*). Für die Ermittlung der Höhe des nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses begründeten Urlaubsabgeltungsanspruchs ist ebenfalls auf den durchschnittlichen Arbeitsverdienst in den letzten 13 Wochen vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzustellen (*BAG 22. Oktober 2019 - 9 AZR 98/19 - Rn. 29*).

c) Hat der Arbeitnehmer im Referenzzeitraum seine Arbeit unverschuldet versäumt, ist sein gewöhnlicher Arbeitsverdienst für die nach dem Arbeitsvertrag geschuldete regelmäßige Arbeitszeit zugrunde zu legen (*vgl. BAG 27. Oktober 2020 - 9 AZR 630/19 - Rn. 22*). Verdienstkürzungen, die im Berechnungszeitraum infolge von Kurzarbeit, Arbeitsausfällen oder unverschuldeter Arbeitsversäumnis eintreten, führen nach § 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG zu keiner Minderung des Abgeltungsanspruchs. Zu den Zeiten unverschuldeter Arbeitsversäumnis zählen auch Abwesenheitszeiten infolge Elternzeit. 41

aa) In Abgrenzung zu den in § 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG genannten Verdienstkürzungen infolge von Kurzarbeit und Arbeitsausfällen betrifft die dritte Alternative der Bestimmung in der Sphäre des Arbeitnehmers liegende Verhinderungen (*BAG 27. Juni 1978 - 6 AZR 753/76 - zu 1 der Gründe*). Die Versäumnis der Arbeit ist unverschuldet, wenn der Arbeitnehmer durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung gehindert ist. Das Verschuldensprinzip folgt dem allgemeinen Grundgedanken, dass der Eintritt bestimmter Rechtsfolgen nur gerechtfertigt ist, wenn den Handelnden für das Eintreten eines Umstands die Verantwortung trifft oder er diese Verantwortung selbst übernommen hat. Dazu genügt es nicht, dass dieser das Eintreten des Umstands lediglich veranlasst hat. Bestandteil des Vorwurfs schuldhaften Verhaltens ist das Werturteil, dass dem Handelnden vorgeworfen wird, er habe vorsätzlich oder fahrlässig gegen die Rechtsordnung verstoßen. Verschulden setzt daher Rechtswidrigkeit voraus. Danach scheidet ein Schuldvorwurf aus, wenn es an einem Rechtsverstoß fehlt (*BGH 13. Mai 2015 - XII ZR 65/14 - Rn. 37, BGHZ 205, 300*). 42

bb) Erfasst sind danach nicht nur - ohne die zeitliche Beschränkung auf eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit - die Fälle des § 616 BGB (*ErfK/Gallner 24. Aufl. BUrlG § 11 Rn. 25*), Arbeitsunfähigkeitszeiten ohne Anspruch auf Entgeltfortzahlung (*BAG 15. Januar 2013 - 9 AZR 465/11 - Rn. 16*) oder unbezahlter Sonderurlaub (*BAG 6. Mai 2014 - 9 AZR 678/12 - Rn. 24, BAGE 148, 115*). Auch Arbeitsversäumnisse infolge Elternzeit verstoßen nicht gegen arbeitsvertragliche Pflichten und können sich deshalb bei der Bemessung der Urlaubsvergütung nicht zu Lasten des Arbeitnehmers auswirken. Der Anspruch auf Elternzeit nach § 15 Abs. 1 BEEG ist ein vom Gesetzgeber geschaffenes Instrument, durch das die Betreuung und Erziehung eines Kindes in den ersten Lebensjahren durch einen Elternteil gefördert werden soll („*bessere Vereinbarkeit von Beruf und Familie*“ *BT-Drs. 14/3553 S. 11; vgl. ErfK/Gallner 24. Aufl. BEEG § 15 Rn. 2*). Die Nutzung dieses Instruments durch den Arbeitnehmer innerhalb der Rechtsordnung ist nicht vorwerfbar, sondern vom Gesetzgeber ausdrücklich erwünscht und rechtfertigt keine Schmälerung des Urlaubsentgelts. 43

cc) Dieses Verständnis entspricht den Vorgaben des Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG, deren Umsetzung ua. § 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG dient. 44

(1) Danach muss - soweit ein Urlaubsanspruch in bestimmter Höhe entstanden ist - das Urlaubsentgelt dem „gewöhnlichen Arbeitsentgelt“ des Arbeitnehmers entsprechen. Der Arbeitnehmer soll ein Entgelt erhalten, das mit der Vergütung für Zeiten geleisteter Arbeit vergleichbar ist. Zwar unterliegt die Struktur des gewöhnlichen Entgelts eines Arbeitnehmers als solche den Vorschriften und Gepflogenheiten des nationalen Rechts. Die nationale Regelung darf jedoch keinen Einfluss auf den Anspruch des Arbeitnehmers haben, während des ihm für Erholung und Entspannung zur Verfügung stehenden Zeitraums in den Genuss wirtschaftlicher Bedingungen zu kommen, die mit denen vergleichbar sind, die die Ausübung seiner Arbeit betreffen (*EUGH 9. Dezember 2021 - C-217/20 - [Staatssecretaris van Financiën] Rn. 26 ff.*). Diese Grundsätze stehen einer Kürzung des Urlaubsentgelts wegen Arbeitsversäumnis grundsätzlich und unabhängig davon entgegen, ob der Urlaubsanspruch als solcher nach § 3 Abs. 1 BUrlG wegen des Ausfalls von Arbeit gemindert wird (*vgl. dazu BAG 25. Juli 2023*) 45

- 9 AZR 43/22 - Rn. 36 f.; 30. November 2021 - 9 AZR 225/21 - Rn. 9 ff., BAGE 176, 251). Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen das Unionsrecht eine Kürzung des Urlaubsentgelts bei schuldhafter Arbeitsversäumnis ausnahmsweise zulässt, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Die Inanspruchnahme von Elternzeit führt jedenfalls nicht zu einer verschuldeten Arbeitsversäumnis.

(2) Der unionsrechtskonformen Auslegung des § 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG kann nicht entgegengehalten werden, dass nach dem Unionsrecht während der Elternzeit bereits keine Urlaubsansprüche entstehen (vgl. *EuGH 4. Oktober 2018 - C-12/17 - [Dicu] Rn. 38; BAG 19. März 2019 - 9 AZR 495/17 - Rn. 20, BAGE 166, 189*) und deshalb ein rein nationaler Auslegungsmaßstab anzulegen ist. Zum einen steht vorliegend nicht allein die Abgeltung von Urlaub im Streit, der sich auf die Elternzeiten der Klägerin bezieht, sondern auch von solchem, der in den Mutterschutzfristen entstanden ist und dort sowohl nach § 24 Satz 1 MuSchG als auch nach Unionsrecht entstehen musste (vgl. *EuGH 18. März 2004 - C-342/01 - [Merino Gomez] Rn. 37; ErfK/Schlachter 24. Aufl. MuSchG § 24 Rn. 1*). Zum anderen unterscheidet § 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG hinsichtlich der Arbeitsversäumnisse im Referenzraum nicht danach, ob durch das Urlaubsentgelt Urlaub vergütet werden soll, der zwingend nach dem Unionsrecht entstehen muss, und solchem, auf den dies nicht zutrifft. Die Vorschrift ist deshalb einheitlich - unionsrechtskonform - auszulegen und anzuwenden. 46

2. Den danach von der Beklagten gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG, § 17 Abs. 3 BEEG geschuldeten Abgeltungsbetrag hat das Landesarbeitsgericht nach § 1 iVm. § 11 BUrlG zutreffend berechnet. Da die Parteien für die Abgeltung des übergesetzlichen Urlaubs keine gegenüber dem Bundesurlaubsgesetz eigenständigen Regelungen vereinbart haben, sind die für den gesetzlichen Mindesturlaub geltenden Bestimmungen auch auf den vertraglichen Mehrurlaub anzuwenden. Auf der Grundlage eines Bruttomonatsgehalts iHv. 3.700,00 Euro hat die Beklagte jeden Urlaubstag mit einem Bruttobetrag iHv. 170,77 Euro (3.700,00 Euro x 3 Monate ./ 65 Arbeitstage in der Fünftageweche und einer gleichmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 36 Stunden) abzugelten. 47

IV. Der Zinsanspruch iHv. fünf Prozentpunkten ab dem 1. April 2021 ist aufgrund der gesetzlichen Vorschriften über den Schuldnerverzug (§ 288 Abs. 1, § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB) begründet. Der Verzug der Beklagten mit der Urlaubsabgeltung trat mit Ablauf der in der Mahnung vom 15. März 2021 bis zum 31. März 2021 gesetzten Zahlungsfrist ein. Verzugszinsen schuldet sie ab dem Folgetag, dem 1. April 2021 (§ 187 Abs. 1 BGB). 48

V. Die Beklagte hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revision zu tragen. 49

Kiel

Suckow

Zimmermann

Fabian

Lipphaus