

---

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 09.08.2016, 9 AZR 575/15

ECLI:DE:BAG:2016:090816.U.9AZR575.15.0

## Leitsätze des Gerichts

1. Ein tätigkeitsbezogenes generelles Beschäftigungsverbot nach § 4 MuSchG verhindert den zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs nach § 362 Abs. 1 BGB erforderlichen Leistungserfolg auch dann, wenn der Urlaubszeitraum bereits vor Eintritt des Beschäftigungsverbots festgelegt war und der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin keine zumutbare Ersatztätigkeit zugewiesen hat.
2. § 17 Satz 2 MuSchG regelt die Unvereinbarkeit von Urlaub und einer (vollständigen) Arbeitsbefreiung infolge mutterschutzrechtlicher Beschäftigungsverbote mit der Folge, dass das Risiko der Leistungsstörung durch ein in den festgelegten Urlaubszeitraum fallendes Beschäftigungsverbot dem Arbeitgeber zugewiesen wird.

## Tenor

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Thüringer Landesarbeitsgerichts vom 25. März 2015 – 4 Sa 91/14 – wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

## Tatbestand

9 AZR 575/15 > Rn 1

Die Parteien streiten über die Abgeltung von 17 Urlaubstagen aus dem Jahr 2013.

9 AZR 575/15 > Rn 2

Die Klägerin war seit dem 1. Juli 2008 bei der Beklagten als sog. Operatorin im Blutspendebereich mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden und einem

monatlichen Bruttoarbeitsentgelt von 1.790,00 Euro tätig. Zu ihrem Aufgabenbereich zählte die Entnahme von menschlichem Blut und Blutbestandteilen von Spendern.

9 AZR 575/15 > Rn 3

Anfang des Jahres 2013 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie ua. am 11. und 12. Juli 2013, vom 19. bis zum 30. August 2013 und vom 21. bis zum 25. Oktober 2013 Urlaub wünsche. Die zuständige Zentrumsmanagerin übernahm die Urlaubswünsche in einen Urlaubsplan und erteilte hierfür einen Freigabevermerk, der den Mitarbeitern in einer Dienstbesprechung am 20. Februar 2013 mitgeteilt wurde.

9 AZR 575/15 > Rn 4

Die Klägerin informierte die Beklagte am 2. Juni 2013 unter Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung über ihre Schwangerschaft. Voraussichtlicher Entbindungstermin war der 29. Dezember 2013. Die Beklagte sprach gegenüber der Klägerin mit Schreiben vom 5. Juni 2013 ein Beschäftigungsverbot aus. Darin heißt es auszugsweise:

„Aufgrund des mit Ihrer Tätigkeit verbundenen Umganges mit potentiell infektiösem Material, und zwar Blut und Plasma, und der fehlenden Möglichkeit der Umgestaltung Ihres Arbeitsplatzes bzw. eines Arbeitsplatzwechsels sehen wir bei einer Weiterbeschäftigung für die Fortdauer Ihrer Schwangerschaft ein erhöhtes Gesundheitsrisiko für Sie und Ihr ungeborenes Kind.

Auf der Grundlage von § 4 der Verordnung zum Schutze der Mütter am Arbeitsplatz i.V.m. § 4 Mutterschutzgesetz erteilen wir Ihnen mit Wirkung ab dem 05. Juni 2013 bis zum Beginn der Mutterschutzfrist nach § 3 Absatz 2 Mutterschutzgesetz ein Beschäftigungsverbot. Wir [be]halten uns einen Widerruf des Beschäftigungsverbot es ausdrücklich vor.

...

Das Beschäftigungsverbot erfolgt unter Anrechnung der Ihnen bewilligten Urlaubstage:

11.07.2013 bis 12.07.2013

2 Urlaubstage

19.08.2013 bis 30.08.2013

10 Urlaubstage

21.10.2013 bis 25.10.2013

5 Urlaubstage

...“

9 AZR 575/15 > Rn 5

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses begehrte die Klägerin von der Beklagten die Abgeltung von 17 Urlaubstagen aus dem Jahr 2013 mit 1.400,80 Euro brutto. Sie hat die Auffassung vertreten, die Gewährung von Urlaub während des Beschäftigungsverbots verstoße gegen § 17 Satz 2 MuSchG.

9 AZR 575/15 > Rn 6

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 1.400,80 Euro brutto zu zahlen.

9 AZR 575/15 > Rn 7

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, sie habe den Urlaubsanspruch der Klägerin aus dem Jahr 2013 durch tatsächliche Gewährung erfüllt. In der Mitteilung des Urlaubsplans habe die verbindliche Festlegung des Urlaubs gelegen. Das tätigkeitsbezogene Beschäftigungsverbot stehe der Erfüllung des Urlaubsanspruchs nicht entgegen, weil der Klägerin nicht jedwede arbeitsvertragliche Tätigkeit, sondern nur Arbeiten iSv. § 4 MuSchG iVm. § 4 der Verordnung zum Schutze der Mütter am Arbeitsplatz (MuSchArbV) untersagt seien. Jedenfalls sei die Beklagte durch die verbindliche Anordnung des Urlaubs nach § 275 Abs. 1 BGB von ihrer Leistungspflicht frei geworden. § 17 Satz 2 MuSchG sei nicht auf Beschäftigungsverbote nach § 4 MuSchG anzuwenden.

9 AZR 575/15 > Rn 8

Das Arbeitsgericht hat der – noch während des bestehenden Arbeitsverhältnisses auf Feststellung des Bestehens eines Urlaubsanspruchs gerichteten – Klage stattgegeben. Nach Klageänderung in der Berufungsinstanz hat das Landesarbeitsgericht die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und diese zur

Zahlung von 1.400,80 Euro brutto verurteilt. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte die Abweisung der Klage weiter.

## Entscheidungsgründe

9 AZR 575/15 > Rn 9

Die zulässige Revision der Beklagten ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben. Die Beklagte ist nach § 7 Abs. 4 BUrlG verpflichtet, 17 Urlaubstage aus dem Jahr 2013 mit 1.400,80 Euro brutto abzugelten.

9 AZR 575/15 > Rn 10

I. In diesem Umfang ist der Urlaubsanspruch nicht durch Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB untergegangen. Der Erfüllung des Urlaubsanspruchs stand entgegen, dass für die Klägerin infolge des mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots gemäß § 4 Abs. 1 und Abs. 4 Nr. 1 MuSchG iVm. § 4 Abs. 1 Satz 1 MuSchArbV keine Arbeitspflicht bestand.

9 AZR 575/15 > Rn 11

1. Zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs bedarf es einer Freistellungserklärung des Arbeitgebers. Diese ist nur geeignet, das Erlöschen des Urlaubsanspruchs zu bewirken, wenn der Arbeitnehmer erkennen muss, dass der Arbeitgeber ihn zur Erfüllung des Anspruchs auf Erholungsurlaub von der Arbeitspflicht freistellen will (st. Rspr., zB BAG 10. Februar 2015 – [9 AZR 455/13](#) – Rn. 19, BAGE 150, 355; 19. Mai 2009 – [9 AZR 433/08](#) – Rn. 16, BAGE 131, 30). Eine Freistellungserklärung des Arbeitgebers kann nach § 362 Abs. 1 BGB das Erlöschen des Urlaubsanspruchs nur bewirken, soweit für den Freistellungszeitraum eine Arbeitspflicht des Arbeitnehmers besteht (st. Rspr., zB BAG 10. Februar 2015 – [9 AZR 455/13](#) – aaO; 18. März 2014 – [9 AZR 669/12](#) – Rn. 16).

9 AZR 575/15 > Rn 12

2. Für die Klägerin bestand im fraglichen Zeitraum keine Arbeitspflicht. Die Klägerin durfte gemäß § 4 Abs. 1 und Abs. 4 Nr. 1 MuSchG iVm. § 4 Abs. 1 Satz 1 MuSchArbV die geschuldete Tätigkeit nicht mehr erbringen. Die

Beschäftigungsverbote des § 4 MuSchG treten unmittelbar kraft Gesetzes ein (BVerwG 27. Mai 1993 – 5 C 42.89 -). Eine Ersatztätigkeit, zu deren Aufnahme die Klägerin verpflichtet gewesen wäre (vgl. hierzu BAG 15. November 2000 – 5 AZR 365/99 – zu II 1 der Gründe, BAGE 96, 228), hat die Beklagte nicht zugewiesen. Danach war die Klägerin weder vertraglich verpflichtet noch tatsächlich in der Lage, andere, nicht vom mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot erfasste Tätigkeiten auszuüben. Der nach § 362 Abs. 1 BGB erforderliche Leistungserfolg konnte mithin nicht eintreten (vgl. BAG 9. August 1994 – 9 AZR 384/92 – zu 2 a der Gründe, BAGE 77, 296). Es ist unerheblich, dass unabhängig davon bei der Arbeitnehmerin der Zweck der Urlaubsgewährung eintreten kann. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist es daher ohne Bedeutung, ob sich die Klägerin trotz des tätigkeitsbezogenen generellen Beschäftigungsverbots hätte erholen können (vgl. für den Fall der Flugdienstuntauglichkeit eines Flugzeugführers BAG 18. März 2014 – [9 AZR 669/12](#) – Rn. 26; aA für das Beschäftigungsverbot nach § 4 MuSchG, weil nur die zulässige Beschäftigung, nicht aber die Arbeitspflicht als solche beschränkt sei: HWK/Hergenröder 7. Aufl. § 17 MuSchG Rn. 2; Buchner/Becker MuSchG/BEEG 8. Aufl. Vor §§ 3 bis 8 MuSchG Rn. 50; Hk-MuSchG/BEEG/Pepping 4. Aufl. § 17 MuSchG Rn. 18; wohl auch Friese NZA 2003, 597, 601).

9 AZR 575/15 > Rn 13

II. Der Urlaubsanspruch der Klägerin ist nicht durch Eintritt nachträglicher Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 1 BGB untergegangen. § 17 Satz 2 MuSchG verhindert den Untergang des Urlaubsanspruchs, der nach Festlegung des Urlaubszeitraums infolge eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots nicht genommen werden kann.

9 AZR 575/15 > Rn 14

1. Nach § 17 Satz 2 MuSchG kann die Arbeitnehmerin den vor Beginn der Beschäftigungsverbote nicht oder nicht vollständig erhaltenen Erholungsurlaub auch noch nach Ablauf der Fristen im laufenden Jahr oder im Folgejahr in Anspruch nehmen. Die Bestimmung regelt nicht nur das für das Fristenregime des § 7 Abs. 3 BUrlG maßgebliche Urlaubsjahr (vgl. BAG 15. Dezember 2015 – [9 AZR 52/15](#) – Rn. 19), sondern auch die Unvereinbarkeit von Urlaub und einer (vollständigen) Arbeitsbefreiung infolge mutterschutzrechtlicher Beschäftigungsverbote mit der Folge, dass das Risiko der Leistungsstörung durch ein in den zuvor festgelegten Urlaubszeitraum fallendes Beschäftigungsverbot dem Arbeitgeber zugewiesen wird (Düwell in jurisPK-Vereinbarkeit von Familie und Beruf Kap. 5.23 Rn. 12).

9 AZR 575/15 > Rn 15

2. Eine Arbeitnehmerin hat auch dann iSv. § 17 Satz 2 MuSchG ihren Urlaub vor Beginn der Beschäftigungsverbote nicht oder nicht vollständig erhalten, wenn der Arbeitgeber den Urlaubszeitraum bereits vor Eintritt des mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots festgelegt hatte. Die Arbeitnehmerin „erhält“ ihren Urlaub, wenn die mit der Festlegung des Urlaubszeitraums bezweckte Erfüllungswirkung eintritt. Damit die Verpflichtung zur Urlaubserteilung nach § 362 Abs. 1 BGB erlischt, genügt nicht allein die Vornahme der erforderlichen Leistungshandlung, sondern es muss auch der Leistungserfolg eintreten (BAG 9. August 1994 – 9 AZR 384/92 – zu 2 a der Gründe, BAGE 77, 296). Kann die Arbeitnehmerin nach dem Wortlaut des § 17 Satz 2 MuSchG den vor den Beschäftigungsverboten nicht erhaltenen Urlaub danach ungekürzt in Anspruch nehmen, folgt daraus die gesetzgeberische Wertung, dass Urlaub während der mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote nicht erlöschen kann. § 17 Satz 2 MuSchG enthält eine insoweit den Rechtswirkungen des § 9 BUrlG entsprechende Ausnahme von den Rechtsfolgen des § 275 Abs. 1 BGB (vgl. hierzu BAG 18. März 2014 – [9 AZR 669/12](#) – Rn. 23). Ohne die Regelung in § 17 Satz 2 MuSchG würde die Arbeitnehmerin ihren Urlaubsanspruch gemäß § 275 Abs. 1 BGB ersatzlos verlieren, wenn ihr vor Eintritt der mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote Urlaub für diesen Zeitraum bewilligt worden wäre. Der Arbeitgeber würde von der Leistungspflicht frei, weil er mit der Festlegung des Urlaubszeitraums als Schuldner des Urlaubsanspruchs das nach § 7 Abs. 1 BUrlG Erforderliche getan hätte. Würde die Freistellung durch den späteren Eintritt der mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote nachträglich unmöglich, ohne dass der Arbeitgeber diese Unmöglichkeit zu vertreten hätte, würde er nach § 275 Abs. 1 BGB von der Verpflichtung zur Freistellung frei (so ausdrücklich zur Rechtslage vor Inkrafttreten des § 17 Satz 2 MuSchG BAG 9. August 1994 – 9 AZR 384/92 – zu 2 b der Gründe, aaO). Diese Rechtsfolge verhindert § 17 Satz 2 MuSchG zugunsten der schwangeren Arbeitnehmerin (AnwK-ArbR/Düwell 2. Aufl. Bd. 2 § 7 BUrlG Rn. 82 f.; ders. in jurisPK-Vereinbarkeit von Familie und Beruf Kap. 5.23 Rn. 12; Graue AiB 2002, 589, 592).

9 AZR 575/15 > Rn 16

3. Die mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote des § 4 MuSchG sind nicht vom Anwendungsbereich des § 17 Satz 2 MuSchG ausgeschlossen. Unter diese Regelung fallen Urlaubsansprüche, die infolge von generellen oder individuellen Beschäftigungsverboten nicht erfüllt werden konnten. Der in § 17 MuSchG genannte Begriff „mutterschutzrechtliche Beschäftigungsverbote“ macht deutlich, dass die Regelung nicht nur für die generellen Beschäftigungsverbote nach § 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1 MuSchG gilt, sondern auch für die weiteren mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote (vgl. BAG 15. Dezember 2015 – [9 AZR 52/15](#) – Rn. 14).

Hierzu zählen die individuellen mutterschutz-rechtlichen Beschäftigungsverbote wie beispielsweise § 3 Abs. 1 MuSchG (so ausdrücklich BAG 15. Dezember 2015 – [9 AZR 52/15](#) – aaO). Für die Nichtanwendung des § 17 Satz 2 MuSchG auf die tätigkeitsbezogenen generellen Beschäftigungsverbote des § 4 Abs. 1 und Abs. 2 MuSchG in Fällen, in denen der Arbeitgeber – wie vorliegend die Beklagte – der Arbeitnehmerin keine zumutbare Ersatztätigkeit zuweist, findet sich im Gesetz keine Stütze. § 17 Satz 2 MuSchG unterscheidet nicht zwischen den verschiedenen Arten von Beschäftigungsverboten. Auch nach dem Inhalt der Beschäftigungsverbote ist keine Differenzierung geboten. Durch ein tätigkeitsbezogenes generelles Beschäftigungsverbot ist die konkrete Beschäftigung mit der verbotenen Arbeit untersagt. Weist der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin zur Vermeidung eines Arbeitsausfalls keinen Ersatzarbeitsplatz zu, ist die Arbeitnehmerin – wie bei sonstigen Beschäftigungsverboten – insgesamt von ihrer Leistungspflicht entbunden.

9 AZR 575/15 > Rn 17

III. Der Resturlaub aus dem Jahr 2013 verfiel weder mit Ablauf des 31. Dezember 2013 noch des 31. März 2014. Die Klägerin konnte infolge der mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote nach § 4 Abs. 1, § 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1 MuSchG ihren Urlaub aus dem Jahr 2013 nicht in diesem Urlaubsjahr nehmen. Nach Ablauf der Verbote im Jahr 2014 bestand dieser Urlaub gemäß § 17 Satz 2 MuSchG noch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses (vgl. BAG 15. Dezember 2015 – [9 AZR 52/15](#) – Rn. 13 ff.). Er war deshalb aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Höhe nach unstreitigen 1.400,80 Euro brutto abzugelten.

9 AZR 575/15 > Rn 18

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

Brühler      Krasshöfer      Zimmermann

Ropertz      Lücke

---

Fundstellen:

NZA 2016, 1392  
NZA-RR 2017, 17