

# Allgemeine Arbeitsverträge

## Inhalt:

<b>1</b>	<b>Einführung</b> .....	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>Abgrenzung Arbeitnehmer – freier Mitarbeiter</b> .....	<b>3</b>
<b>3</b>	<b>Abschluss und Form des Arbeitsvertrages</b> .....	<b>4</b>
3.1	Vertragsfreiheit .....	4
3.2	Begründung des Arbeitsverhältnisses .....	4
3.3	Form des Arbeitsvertrags .....	4
3.4	Anforderungen des Nachweisgesetzes .....	4
3.4.1	Geltungsbereich des Nachweisgesetzes .....	5
3.4.2	Ersetzung der Niederschrift durch schriftlichen Arbeitsvertrag .....	5
3.4.3	Welche Angaben verlangt das Nachweisgesetz? .....	5
3.4.4	Was gilt für vor 1.8.2022 bestehende Arbeitsverhältnisse? .....	6
3.4.5	Verstöße gegen die Nachweispflicht .....	6
<b>4</b>	<b>Direktionsrecht des Arbeitgebers</b> .....	<b>7</b>
4.1	Worauf erstreckt sich das Direktionsrecht? .....	7
4.2	Ausübung nur nach billigem Ermessen .....	7
<b>5</b>	<b>Inhalt des Arbeitsvertrages</b> .....	<b>8</b>
5.1	Beginn, Kündigung vor Arbeitsaufnahme und Vertragsstrafe .....	8
5.2	Probezeit .....	9
5.2.1	Grundsätzliches und Kündigungsfristen .....	9
5.2.2	Verlängerung der Probezeit .....	10
5.2.3	Befristetes Probearbeitsverhältnis .....	10
5.3	Art der Tätigkeit, Beschäftigungsort bei Filialapotheken .....	10
5.3.1	Art der Tätigkeit .....	10
5.3.2	Beschäftigungsort .....	11
5.4	Arbeitszeit .....	11
5.4.1	Dauer und Lage der Arbeitszeit .....	11
5.4.2	Feiertage .....	12
5.4.3	Mehrarbeit .....	12
5.4.4	Notdienstbereitschaft .....	12
5.5	Vergütung und besondere Leistungen .....	12
5.5.1	Grundsatz der Vertragsfreiheit bei der Festlegung der Vergütung .....	12
5.5.2	Veränderung der Vergütung im außertariflichen Arbeitsverhältnis .....	13
5.5.3	Veränderung der Vergütung bei Anwendbarkeit des Bundesrahmentarifvertrages für Apothekenmitarbeiter (BRTV) .....	13
5.5.4	Vergütung von Mehrarbeit und Notdienstbereitschaft im außertariflichen Arbeitsverhältnis .....	14
5.5.5	Vergütung von Mehrarbeit und Notdienstbereitschaft bei Anwendbarkeit des Bundesrahmentarifvertrages für Apothekenmitarbeiter (BRTV) .....	15
5.5.6	Sonderzuwendung im außertariflichen Arbeitsverhältnis .....	16
5.5.7	Abtretung und Verpfändung von Arbeitseinkommen .....	17
5.6	Arbeitsverhinderung .....	17
5.6.1	Anzeigepflichten .....	17
5.6.2	Nachweispflichten bei Erkrankung .....	17
5.7	Gehaltsfortzahlung .....	18
5.8	Erholungsurlaub .....	18
5.8.1	Urlaubsdauer .....	18

5.8.2	Zwölfteilung im Ein- und Austrittsjahr . . . . .	19
5.8.3	Festlegung des Urlaubszeitpunkts . . . . .	19
5.8.4	Übertragung auf das nächste Kalenderjahr, Unterscheidung zwischen Mindest- und Mehrurlaub . . . . .	19
5.9	Bezahlte Freistellung; Teilnahme an Fortbildungen . . . . .	20
5.9.1	Freistellung aus besonderen Anlässen . . . . .	20
5.9.2	Teilnahme an Fortbildungen . . . . .	20
5.10	Nachvertragliches Wettbewerbsverbot . . . . .	20
5.11	Nebentätigkeiten . . . . .	21
5.12	Geheimhaltungspflichten und Datenschutz . . . . .	22
5.13	Beendigung des Arbeitsverhältnisses . . . . .	24
5.13.1	Beendigung mit Erreichen der Altersgrenze? . . . . .	24
5.13.1.1	Keine automatische Beendigung . . . . .	24
5.13.1.2	Weiterarbeit nach Erreichen der Altersgrenze . . . . .	25
5.13.2	Prinzip der Kündigungsfreiheit . . . . .	26
5.13.3	Form der Kündigungserklärung . . . . .	26
5.13.4	Kündigungsfristen . . . . .	26
5.13.5	Freistellung während der Kündigungsfrist . . . . .	26
5.13.6	Hinweis auf Formalien bei der Kündigung . . . . .	27
5.14	Ausschlussfristen . . . . .	27
5.15	Bezugnahme auf BRTV . . . . .	28
5.16	Schlussbestimmungen . . . . .	28



**Vertragsmuster (Kopiervorlagen):**

<b>Arbeitsvertrag . . . . .</b>	<b>29</b>
<b>Außertariflicher Arbeitsvertrag . . . . .</b>	<b>35</b>
<b>Verpflichtung zum Schutz von Privatgeheimnissen nach § 203 StGB . . . . .</b>	<b>41</b>

## 1 Einführung

Fragen und Probleme, die sich aus den Rechtsbeziehungen zwischen dem Apothekeninhaber als Arbeitgeber und seinen Mitarbeitern ergeben, haben zunehmend an Bedeutung gewonnen. Dies hängt mit der schwieriger gewordenen wirtschaftlichen Situation der Apotheken zusammen, die viele Apothekeninhaber zu Einsparungsmaßnahmen auch im Personalbereich veranlasst. Es ist aber auch die Folge einer gewandelten Einstellung, die die Parteien des Arbeitsverhältnisses mehr als früher danach fragen lässt, welche Rechte sie gegenüber dem Anderen haben, wo bestimmte Pflichten niedergelegt sind und wie sie ihren Rechtsstandpunkt durchsetzen können. Umso wichtiger ist es, dass die beiderseitigen Rechtsbeziehungen klar und unzweideutig geregelt sind. Dies dient der **Rechtssicherheit** und der **Vermeidung von Streitfällen**.

Grundlage dieser Rechtsbeziehungen ist der **Arbeitsvertrag**. Er begründet die gegenseitigen Verpflichtungen der beiden Parteien, nämlich – als Hauptpflichten – die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung von Arbeit und des Arbeitgebers zur Zahlung der vereinbarten Arbeitsvergütung.

## 2 Abgrenzung Arbeitnehmer – freier Mitarbeiter

Arbeitnehmer ist nicht jeder, der in einem Vertragsverhältnis für andere tätig ist, sondern nur der, der vertraglich im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (§ 611 a Abs. 1 Satz 1 BGB)<sup>1</sup>. Wer selbständig bestimmen kann, wie er seine Arbeit gestaltet, insbesondere in zeitlicher Hinsicht, ist regelmäßig nicht Arbeitnehmer. Er kann aber **freier Mitarbeiter** sein.

In Apotheken kommt freie Mitarbeit in erster Linie bei Vertretungen vor, weil oft beide Seiten hieran ein Interesse haben. Eine solche Gestaltung wird aber den rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten der Apotheke meist nicht gerecht. Die Anerkennung eines freien Mitarbeiterverhältnisses setzt regelmäßig voraus, dass der Mitarbeiter persönlich nicht abhängig und an Weisungen, vor allem hinsichtlich der

Arbeitszeit und der Gestaltung der Tätigkeit, nicht gebunden ist. Eine solchermaßen selbständige Stellung eines Mitarbeiters verträgt sich im Kernbereich pharmazeutischer Tätigkeiten nicht mit der umfassenden Eigenverantwortlichkeit des Apothekeninhabers für den Apothekenbetrieb nach § 7 Apothekengesetz und § 2 Apothekenbetriebsordnung<sup>2</sup>. Dies gilt nach überwiegender Auffassung auch für **Vertreter** (vgl. dazu ausführlich Kapitel B 6 „Arbeitsvertrag für Vertreter“, Abschnitt 2).

Nach der Zulassung eines eingeschränkten Mehrbesitzes ab 1.1.2004 sind diese Grundsätze auch auf den **verantwortlichen Leiter einer Filialapotheke** anzuwenden. Dieser hat zwar nach außen alle Verpflichtungen zu erfüllen, die für einen Apothekenleiter gelten (§ 2 Abs. 5 Nr. 2 ApoG). Nach innen, also im Verhältnis zum Betreiber und Leiter der Hauptapotheke, muss der Leiter der Filialapotheke aber **im arbeitsrechtlichen Sinn weisungsgebunden** sein; anders könnte der Betreiber der Hauptapotheke seiner auch für die Filialapotheke(n) bestehenden Eigenverantwortung nach § 7 ApoG nicht nachkommen (s. ausführlich zum Arbeitsverhältnis des Filialapothekenleiters Kapitel B 5 „Arbeitsvertrag für Filialapothekenleiter“, mit Mustervertrag).

Denkbar ist ein Freie-Mitarbeiter-Verhältnis in der Apotheke allenfalls in Bereichen, die Weisungsgebundenheit sowie persönliche und zeitliche Abhängigkeit nicht unbedingt voraussetzen, z. B. bei Buchhaltungsarbeiten oder Pflegekräften für den Einsatz in der häuslichen Krankenpflege. In diesen Fällen können die Parteien ein Arbeitsverhältnis, bei entsprechender Gestaltung der Tätigkeit aber auch ein freies Mitarbeiterverhältnis vereinbaren.

Wird ein freies Mitarbeiterverhältnis **nicht anerkannt und rückwirkend der Bestand eines Arbeitsverhältnisses** festgestellt, – was der Mitarbeiter im Klageweg feststellen lassen kann – müssen **nachträglich Lohnsteuer- und Sozialversicherungsbeiträge** abgeführt werden. Zu den Konsequenzen im Einzelnen s. Kapitel B 6 „Arbeitsvertrag für Vertreter“, Abschnitt 2. Hier liegen also nicht unerhebliche Risiken verborgen. Der Mitarbeiter seinerseits verzichtet bei einem freien Dienstverhältnis auf Arbeitnehmerschutzrechte wie Kündigungsschutz, Vergütungsfortzahlung im Krankheitsfall, Anspruch auf bezahlten Urlaub u. a. m.

<sup>1</sup> Mit § 611 a Abs. 1 Satz 1 BGB, in Kraft getreten am 1.4.2017, hat der Gesetzgeber den von der Rechtsprechung des BAG entwickelten Arbeitnehmerbegriff übernommen.

<sup>2</sup> S. z. B. Pfeil/Pieck/Blume, Kommentar zur Apothekenbetriebsordnung, Stand 2017, § 3 Rdnr. 70.

---

**Hinweis:** Ein Freie-Mitarbeiter-Verhältnis sollte in der Apotheke allenfalls für engbegrenzte Ausnahmefälle in Erwägung gezogen werden. Die vorherige Einholung von fachkundigem Rat ist in jedem Fall zu empfehlen.

---

### 3 Abschluss und Form des Arbeitsvertrages

#### 3.1 Vertragsfreiheit

Nach dem Grundgesetz hat der Arbeitnehmer das Recht, seinen Arbeitsplatz frei zu wählen und ein Arbeitsverhältnis einzugehen oder nicht (Art. 12 Grundgesetz). Auch der Arbeitgeber ist auf Grund der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Grundgesetz) frei zu entscheiden, ob, mit wem und mit welchem Inhalt er einen Arbeitsvertrag abschließen will. Gemäß diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben bestimmt § 105 der Gewerbeordnung (GewO), dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer Abschluss, Inhalt und Form des Arbeitsvertrags frei vereinbaren können, soweit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften, Bestimmungen eines anwendbaren Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung entgegenstehen. Als mittelbare Einschränkungen der Vertragsfreiheit könnten Diskriminierungsverbote aufgefasst werden, wie sie vor allem das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) enthält, siehe hierzu ausführlich Kapitel A 1 „Anbahnung des Arbeitsverhältnisses“, sowie die Verpflichtung eines Arbeitgebers mit jahresdurchschnittlich monatlich mindestens 20 Arbeitsplätzen (nicht gerechnet Stellen für weniger als 18 Wochenstunden und Stellen für Auszubildende), in gewissem Umfang **Schwerbehinderte** zu beschäftigen (§ 154 Abs. 1 SGB IX). Kommt der Arbeitgeber der letztgenannten Pflicht nicht nach, muss er eine Ausgleichsabgabe zahlen.

#### 3.2 Begründung des Arbeitsverhältnisses

Wie jeder andere privatrechtliche Vertrag kommt der Arbeitsvertrag durch übereinstimmende Willenserklärungen der Vertragsparteien – Angebot und Annahme – zustande. Der Apothekeninhaber und der Mitarbeiter müssen sich über die wesentlichen Punkte geeinigt haben. Rechtlich unverzichtbar ist eine Einigung über den **Eintrittstermin des Mitarbeiters** und die **Art der vorgesehenen Tätigkeit**. Daneben kommt in der Praxis der **Regelung des Gehalts** zentrale Bedeutung zu.

Weitere Punkte, die zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages üblicherweise geregelt werden, sind die Probezeit, die regelmäßige wöchentliche, zum Teil auch die tägliche Arbeitszeit, der Urlaub, Sonderzahlungen (Weihnachtsgeld), Kündigungsfristen, gegebenenfalls sonstige Sozialleistungen wie z. B. Fahrtkostenerstattung, die Verschwiegenheitspflicht und anderes mehr (vgl. → die nachstehenden Musterarbeitsverträge).

#### 3.3 Form des Arbeitsvertrags

Weder durch das Gesetz noch durch den Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter (BRTV) ist eine bestimmte Form für den Arbeitsvertrag zwingend vorgeschrieben. In § 2 Abs. 1 BRTV heißt es lediglich, dass der Arbeitsvertrag **schriftlich** geschlossen werden **soll**, nicht aber muss. Der Arbeitsvertrag könnte daher auch mündlich oder per E-Mail zustande kommen. Hiervon ist eindeutig abzuraten, da in vielen Fällen zwischen den Vertragsparteien später nicht mehr klar wäre, was genau vereinbart wurde und welche gegenseitigen Ansprüche und Pflichten bestehen.

Ein schriftlicher Arbeitsvertrag kann auch in **Briefform** abgeschlossen werden (§ 127 Abs. 2 BGB). Hierzu ist erforderlich, dass der Arbeitgeber die getroffenen Vereinbarungen in einem Schreiben in doppelter Ausfertigung an den Arbeitnehmer niederlegt. Der Arbeitsvertrag kommt dadurch zustande, dass der Arbeitnehmer die Zweitschrift des Briefs mit einem entsprechenden Einverständnisvermerk unterzeichnet an den Arbeitgeber zurücksendet.

---

**Hinweis:** Sowohl der Neuabschluss als auch spätere Änderungen und Ergänzungen des Arbeitsvertrags sollten stets schriftlich erfolgen (vgl. → Außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 15; → Arbeitsvertrag, Ziff. 13.1). Dies bedeutet, wenn nichts anderes vereinbart ist, dass der Vertrag von den Parteien auf derselben Urkunde eigenhändig zu unterzeichnen ist. Werden, wie bei einem Arbeitsvertrag üblich, 2 gleichlautende Urkunden erstellt, genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet (§ 126 Abs. 2 BGB).

---

#### 3.4 Anforderungen des Nachweisgesetzes

Unabhängig von der generellen Empfehlung zum Abschluss schriftlicher Arbeitsverträge führen die faktischen Auswirkungen des **Geset-**

zes über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (**Nachweisgesetz – NachwG**) dazu, dass letztlich nur ein schriftlicher Arbeitsvertrag sinnvoll ist. Das seit 1995 geltende Gesetz wurde mit Wirkung ab 1. August 2022 in Umsetzung der Arbeitsbedingungen-Richtlinie der EU stark erweitert und verschärft. Es verpflichtet den Arbeitgeber, **die wesentlichen Arbeitsbedingungen schriftlich niederzulegen – die elektronische Form genügt nicht –, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen.** Eine Unterschrift des Arbeitnehmers ist nicht erforderlich.

### 3.4.1 Geltungsbereich des Nachweisgesetzes

Das Gesetz gilt für alle Arbeitnehmer, auch für Teilzeitkräfte und geringfügig Beschäftigte. Allen ab 1.8.2022 neu eingestellten Arbeitnehmern ist spätestens am 1. Tag der Arbeitsleistung die Niederschrift mit den Angaben zu den Vertragsparteien, zur Vergütung und zur Arbeitszeit auszuhändigen. Den Nachweis weiterer Arbeitsbedingungen hat der Arbeitgeber in gestaffelter Form spätestens am 7. Kalendertag bzw. einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses zur Verfügung zu stellen. Dem Arbeitgeber bleibt es unbenommen, sämtliche nachzuweisenden Arbeitsbedingungen bereits am 1. Tag der Arbeitsleistung an den Arbeitnehmer auszuhändigen.

### 3.4.2 Ersetzung der Niederschrift durch schriftlichen Arbeitsvertrag

Wie bereits nach der bisherigen Gesetzesfassung **entfällt** für den Arbeitgeber die **Verpflichtung zur Niederschrift** der wesentlichen Arbeitsbedingungen, wenn dem Arbeitnehmer ein **schriftlicher Arbeitsvertrag** ausgehändigt wird, der die gesetzlich geforderten Angaben zu den Vertragsbedingungen enthält (§ 2 Abs. 5 NachwG). Auch aus diesem Grund führt in der Praxis am Abschluss schriftlicher Arbeitsverträge kein Weg vorbei.

**Hinweis:** Alle Arbeitsvertragsmuster in diesem Werk ebenso wie die Ausbildungsverträge in Kapitel B 7 berücksichtigen die erforderlichen Angaben nach dem neuen Nachweisgesetz. Bei Verwendung dieser Muster ist daher die zusätzliche Aushändigung einer Niederschrift durch den Apothekeninhaber zum Nachweis der Arbeitsbedingungen entbehrlich.

### 3.4.3 Welche Angaben verlangt das Nachweisgesetz?

§ 2 NachwG verlangt zahlreiche Angaben. Tatsächlich aufzuführen in der Niederschrift bzw. im Arbeitsvertrag sind aber nur die Punkte, die beim jeweiligen Arbeitsverhältnis einschlägig sind. Mit dieser Maßgabe sind folgende Mindestangaben erforderlich:

1. Der Name und die Anschrift der Vertragsparteien,
2. der Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses,
3. bei befristeten Arbeitsverhältnissen: das Enddatum oder – bei Verträgen mit Zweckbefristung wie z.B. einem Vertrag zur Krankheitsvertretung – die vorhersehbare Dauer des Arbeitsverhältnisses,
4. der Arbeitsort oder – bei geplantem Einsatz in verschiedenen Betrieben, etwa im Filialverbund – ein diesbezüglicher Hinweis,
5. eine kurze Charakterisierung oder Beschreibung der vom Arbeitnehmer zu leistenden Tätigkeit. Hierfür genügt nicht die bloße Angabe der Berufsbezeichnung, z.B. Apotheker oder PTA. Vielmehr müssen die wesentlichen Tätigkeitsmerkmale und damit das Aufgabengebiet des Arbeitnehmers kurz umschrieben werden. Dies sind bei den wichtigsten Gruppen des Apothekenpersonals insbesondere folgende Merkmale:
  - **Apotheker:** Herstellung und Prüfung von Arzneimitteln; Abgabe von Arzneimitteln, Medizinprodukten und apothekenüblichen Waren; Information und Beratung über Arzneimittel und apothekenübliche Waren, ggf. Vertretung des Apothekeninhabers.
  - **Apothekerassistenten/Pharmazie-Ingenieure:** Herstellung, Prüfung und Abgabe von Arzneimitteln unter Verantwortung eines Apothekers; Abgabe von apothekenüblichen Waren; ggf. Vertretung des Apothekeninhabers nach Maßgabe der ApBetrO.
  - **Pharmazeutisch-technische Assistenten:** Herstellung, Prüfung und Abgabe von Arzneimitteln unter Aufsicht eines Apothekers; Abgabe von apothekenüblichen Waren.
  - **Pharmazeutisch-kaufmännische Angestellte:** Warenbewirtschaftung, Unterstützung des pharmazeutischen Personals bei Herstellung und Prüfung der Arzneimittel, Verkaufsvorbereitung, Werbung und Verkaufsförderung, kaufmännische und organisatorische Tätigkeiten.

Wird der Mitarbeiter nicht oder zum Teil nicht gemäß seinem jeweiligen Berufsbild eingesetzt, sollte die betreffende Aufgabenbeschreibung entsprechend abgeändert und die konkret vorgesehenen Tätigkeiten mit aufgenommen werden. **Beispiel:** Eine PTA soll als einen Aufgabenschwerpunkt den Kosmetikbereich betreuen.

Im **→ Arbeitsvertrag**, Ziff. 1, sind mehrere Leerzeilen für die Tätigkeitsbeschreibung vorgesehen;

6. die Dauer der Probezeit, sofern eine solche vereinbart ist,
7. die Zusammensetzung und Höhe des Arbeitsentgelts einschließlich der Vergütung von Überstunden, der Zuschläge, Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen (z.B. ein 13. Monatsgehalt oder eine Gratifikation) oder anderer Bestandteile sowie deren Fälligkeit und die Art der Auszahlung. Die einzelnen Bestandteile des Arbeitsentgelts sind jeweils getrennt anzugeben;
8. die vereinbarte Arbeitszeit sowie vereinbarte Ruhepausen und Ruhezeiten,
9. bestimmte Angaben bei Arbeit auf Abruf (s. hierzu Kapitel B 4 „Befristete Arbeitsverträge“, Abschnitt 8),
10. sofern vereinbart, die Möglichkeit der Anordnung von Überstunden,
11. die Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs,
12. ein etwaiger Anspruch auf vom Arbeitgeber bereitgestellte Fortbildung,
13. bei Zusage einer betrieblichen Altersversorgung über einen Versorgungsträger dessen Name und Anschrift; die Nachweispflicht entfällt, wenn der Versorgungsträger selbst zu dieser Information verpflichtet ist. Letzteres ist bei Pensionsfonds, Pensionskassen und Lebensversicherungen der Fall. Dies ist wichtig im Hinblick auf den von den Tarifparteien des BRTV geschlossenen Tarifvertrag zur betrieblichen Altersvorsorge. Nach dessen § 7 Abs. 1 muss der Apothekeninhaber dem Mitarbeiter als Durchführungsweg der betrieblichen Altersvorsorge nur den Abschluss einer Direktversicherung, also einer Lebensversicherung, anbieten. Soweit daher eine betriebliche Altersversorgung nach dem eben genannten Tarifvertrag oder über einen Pensionsfonds oder eine Pensionskasse zugesagt ist, müssen Name und Anschrift des Versorgungsträgers nicht in den Nachweis bzw. den Arbeitsvertrag aufgenommen werden;

14. das bei der Kündigung einzuhaltende Verfahren, mindestens das Schriftformerfordernis und die Kündigungsfristen sowie die Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage,

15. ein allgemein gehaltener Hinweis auf die anwendbaren Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen.

Der Hinweis nach Nr. 15 ist nur dann erforderlich, wenn das betreffende Arbeitsverhältnis durch Tarifgebundenheit beider Vertragspartner dem Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter (BRTV) unterliegt oder durch vertragliche Einbeziehung dem BRTV unterstellt werden soll (vgl. **→ Arbeitsvertrag**, Ziff. 12) oder kraft betrieblicher Übung dem BRTV unterliegt<sup>3</sup>. **Wenn der Hinweis nach Nr. 15 in die Niederschrift aufgenommen wird, sind die Angaben nach Nr. 6 bis 8 (Probezeit, Arbeitsentgelt, Arbeitszeit) sowie Nr. 10 bis 14 (Überstunden, Erholungsurlaub, Fortbildung, betriebliche Altersversorgung und Kündigungsfristen) in der Niederschrift entbehrlich. Eine Änderung der wesentlichen Vertragsbedingungen ist spätestens an dem Tag, an dem sie wirksam wird, dem Arbeitnehmer schriftlich mitzuteilen; dies ist nicht erforderlich, wenn sich lediglich die für das Arbeitsverhältnis geltenden gesetzlichen Vorschriften oder Tarifverträge ändern.**

### 3.4.4 Was gilt für vor 1.8.2022 bestehende Arbeitsverhältnisse?

Gegenüber Arbeitnehmern, die bereits vor dem 1.8.2022 in der betreffenden Apotheke beschäftigt waren, entsteht die Nachweisverpflichtung nach dem neuen Gesetz erst nach entsprechender Aufforderung durch den Arbeitnehmer. In diesem Fall ist der Nachweis dem Arbeitnehmer spätestens am 7. Tag nach Zugang der Aufforderung beim Arbeitgeber auszuhändigen. Ohne Verlangen des Mitarbeiters muss der Apothekeninhaber nicht tätig werden.

### 3.4.5 Verstöße gegen die Nachweispflicht

Von den Bestimmungen des Nachweisgesetzes darf zuungunsten des Arbeitnehmers nicht, auch nicht bei seinem Einverständnis, abgewichen werden.

Ein Verstoß gegen die Nachweispflicht führt nicht dazu, dass andere Vertragsbedingungen

<sup>3</sup> BAG, Urteil vom 5.11.2003, NZA 2005, S. 64 (65).

als die vereinbarten gelten, kann aber einen Schadensersatzanspruch des Mitarbeiters auslösen<sup>3</sup>. Darüber hinaus wird eine fehlende, nicht vollständige oder nicht rechtzeitige oder sonst unzureichende Erfüllung der Nachweispflicht erstmals als Ordnungswidrigkeit eingestuft, die mit einem Bußgeld von bis zu 2.000 € geahndet werden kann.

## 4 Direktionsrecht des Arbeitgebers

### 4.1 Worauf erstreckt sich das Direktionsrecht?

Der Arbeitgeber hat ein Direktions- oder Weisungsrecht, mit dessen Hilfe er in bestimmtem Rahmen die Arbeitsbedingungen einseitig gestalten kann. Das Direktionsrecht ist seit jeher Wesensmerkmal des Arbeitsverhältnisses. Es ist für alle Arbeitnehmer in § 106 der Gewerbeordnung (GewO) geregelt. Danach kann der Arbeitgeber **Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung** nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrags oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.

Soweit der Arbeitsvertrag Festlegungen über Art, Ort und Zeit der Arbeitsleistung enthält, bleibt für die Anwendung des Direktionsrechts kein Raum. Umgekehrt: Je weniger konkret im Arbeitsvertrag z. B. die **Lage der Arbeitszeit** festgelegt ist, umso weiter ist das Weisungsrecht des Apothekeninhabers, auf Grund dessen er die vereinbarte Wochenarbeitszeit auf die einzelnen Tage verteilen kann (s. hierzu ausführlich Kapitel A 5 „Arbeitszeit“, Abschnitt 7).

Zum Direktionsrecht hinsichtlich der **Art der Tätigkeit** s. unten Abschnitt 5.3.1. Das Direktionsrecht erstreckt sich aber nicht auf die Kernbestandteile des Arbeitsverhältnisses, nämlich den Umfang der Arbeitsleistung (Dauer der Arbeitszeit) und die Höhe des Entgelts.

Der Apothekeninhaber kann mit dem Direktionsrecht auch **Ordnungsfragen im Betrieb** regeln (so ausdrücklich § 106 Satz 2 GewO), z. B. ein Rauch- und Alkoholverbot anordnen, das Tragen von Arbeitskleidung verfügen, Weisungen zur Telefonbenutzung erlassen oder die private Nutzung von Internet und betrieblichem E-Mail-Zugang oder den Zugang zu sozialen Netzwerken im Betrieb regeln. Er ist auch be-

fugt, Schutzmaßnahmen für seine Mitarbeiter vorzuschreiben wie etwa das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung bei einem **Infektionsgeschehen**, auch wenn es dafür (noch) keine behördliche Anordnung gibt.

### 4.2 Ausübung nur nach billigem Ermessen

Unabhängig von der Begrenzung des Weisungsrechts durch den Arbeitsvertrag, die Gesetze, den Tarifvertrag und gegebenenfalls die Grundrechte des Arbeitnehmers darf das Direktionsrecht nur nach „**billigem Ermessen**“ (§§ 106 Satz 1 GewO, 315 BGB) ausgeübt werden. Dies verlangt eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach den Maßstäben u. a. der Verhältnismäßigkeit, Angemessenheit und Zumutbarkeit; in die Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen<sup>4</sup>. Geht es z. B. um die Versetzung an einen anderen Arbeitsort oder um eine Verteilung der Wochenarbeitszeit auf andere Tage oder Tageszeiten, sind den betrieblichen Belangen die berechtigten persönlichen Interessen und sozialen Lebensverhältnisse des Arbeitnehmers gegenüberzustellen, insbesondere familiäre Pflichten und Bedürfnisse (s. dazu auch Kapitel A 5 „Arbeitszeit“, Abschnitt 7). Nach § 106 Satz 3 GewO hat der Arbeitgeber bei der Ausübung des Ermessens auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen.

Ob sich eine Maßnahme des Arbeitgebers in den Grenzen des „billigen Ermessens“ hält, ist im Einzelfall oft schwierig festzustellen; gegebenenfalls muss das Arbeitsgericht darüber entscheiden. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sein Handeln billigem Ermessen entspricht, liegt beim Arbeitgeber.

Nach neuerer Auffassung des BAG ist ein Arbeitnehmer nicht – auch nicht vorläufig – an eine unbillige Weisung des Arbeitgebers gebunden<sup>5</sup>. Einer unbilligen Weisung muss der Arbeitnehmer also nicht Folge leisten, sondern hat insoweit ein Leistungsverweigerungsrecht. Stellt sich allerdings bei einer gerichtlichen Überprüfung heraus, dass die Weisung des Arbeitgebers doch der Billigkeit entsprach und damit für den Arbeitnehmer verbindlich war (§ 315 Abs. 3 Satz 1 BGB), kann der Arbeitgeber Sanktionen ergreifen und den Arbeitnehmer abmahnen bzw., wenn schon eine einschlägige Abmahnung vorliegt, kündigen. Außerdem ver-

<sup>3</sup> BAG, Urteil vom 5.11.2003, NZA 2005, S. 64 (65).

<sup>4</sup> BAG, Urteil vom 18.10.2017, NZA 2017, S. 1452 (Rdnr. 45).

<sup>5</sup> BAG, a. a. O., Rdnr. 63 ff.

liert der Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch.

Erweist sich dagegen die Weisung des Arbeitgebers vor Gericht als unbillig, hat der Arbeitnehmer zu Recht deren Befolgung verweigert mit der Konsequenz, dass vom Arbeitgeber ausgesprochene Sanktionen unwirksam sind. Weiter ist der Arbeitgeber rückwirkend nach § 615 Satz 1 BGB zur Zahlung der Vergütung aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs verpflichtet. Wenn dem Arbeitnehmer ferner durch die Befolgung einer unwirksamen Weisung, z. B. der Versetzung an einen anderen Ort, ein zusätzlicher Schaden entstanden ist, kann er dessen Ersatz vom Arbeitgeber verlangen<sup>5a</sup>.

Der Apothekeninhaber muss das Direktionsrecht im Übrigen nicht notwendig in eigener Person ausüben; er kann es auch ganz oder teilweise delegieren, z. B. an einen leitenden Ap-  
probierten oder bei Filialapotheken an deren Leiter.

## 5 Inhalt des Arbeitsvertrages

Die inhaltliche Gestaltung des Arbeitsvertrages eines Apothekenmitarbeiters bestimmt sich ganz wesentlich danach, ob auf das betreffende Arbeitsverhältnis der **Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter (BRTV)** Anwendung finden soll oder nicht (vgl. hierzu auch Kapitel A 2 „Geltungsbereich und Anwendbarkeit des Bundesrahmentarifvertrages für Apothekenmitarbeiter“). Ist die Anwendung des BRTV gewollt, was auf sehr viele Arbeitsverhältnisse in den Apotheken zutrifft, genügt ein relativ knapper Arbeitsvertrag, der die wichtigsten Punkte enthält und im Übrigen auf die Bestimmungen des BRTV verweist und deren Geltung für das konkrete Arbeitsverhältnis damit festlegt. Diesem Muster folgt der „**tarifbezogene**“ **Arbeitsvertrag**, der die Verweisungsregelung auf den BRTV in Ziffer 12 enthält (vgl. → Arbeitsvertrag, Ziff. 12).

Soll das Arbeitsverhältnis **nicht** dem Tarifvertrag unterstellt werden, empfiehlt sich ein **ausführlicherer Arbeitsvertrag**. Dieser sollte dann alle zwischen den Parteien regelungsbedürftigen Punkte beinhalten. Für diese Art der Vertragsgestaltung bietet der **außertarifliche Arbeitsvertrag für einen Apotheker** (vgl. → Außertariflicher Arbeitsvertrag) ein Beispiel. Die meisten

Bestimmungen dieses Arbeitsvertrages werden in anderen Kapiteln dieses Handbuchs ausführlich behandelt, insbesondere die Themen Arbeitszeit (Kapitel A 5), Arbeitsvergütung (Kapitel A 3), Erholungsurlaub (Kapitel A 7), Kündigung (Kapitel B 12). Die Kommentierung beschränkt sich daher zur Vermeidung von Wiederholungen auf einen Überblick über die wichtigsten Fragen. Dargestellt werden u. a. die **Besonderheiten, die beim außertariflichen Arbeitsvertrag eines Ap-  
probierten** zu beachten sind, der **als Vertreter des Apothekeninhabers** eine herausgehobene Position innehat. Für Arbeitsverträge anderer Mitarbeiter eignet sich dieses Vertragsmuster nur eingeschränkt.

### 5.1 Beginn, Kündigung vor Arbeitsaufnahme und Vertragsstrafe

Im Arbeitsvertrag ist festzulegen, wann das Arbeitsverhältnis beginnt und ob es befristet oder unbefristet abgeschlossen wird. Die **befristeten Arbeitsverträge** werden im Kapitel B 4 „Befristete Arbeitsverträge“ behandelt.

Normalerweise wird der Arbeitsvertrag **auf unbestimmte Zeit** abgeschlossen, also unbefristet. Man spricht dann auch vom sogenannten **Dauerarbeitsvertrag**.

Manchmal möchte sich eine der beiden Vertragsparteien bereits **vor Beginn des Arbeitsverhältnisses** vom geschlossenen Vertrag **lösen**. Geschieht dies unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfristen, bestehen hiergegen keine rechtlichen Bedenken, sofern nicht im Vertrag eine Kündigung vor Arbeitsaufnahme ausgeschlossen war (vgl. Kapitel B 12 „Kündigung“, Abschnitt 1.5).

---

**Hinweis:** Im Arbeitsvertrag sollte stets eine Kündigung vor Arbeitsaufnahme ausgeschlossen werden (→ Außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 1.1, → Arbeitsvertrag, Ziff. 1.2).

---

Wenn z. B. der Arbeitnehmer trotz des Kündigungsverbots vor Arbeitsaufnahme das Arbeitsverhältnis kündigt und den Dienst nicht antritt, liegt ein Vertragsbruch vor. Das Gleiche gilt, wenn ohne Einhaltung der vereinbarten Fristen gekündigt wird.

Ein Vertragsbruch berechtigt den jeweils anderen Teil zum **Schadensersatz**. Ist der Arbeitnehmer vertragsbrüchig geworden, hat er dem Arbeitgeber alle diejenigen hierdurch entstandenen Schäden zu ersetzen, die bei Antritt der Arbeit und

<sup>5a</sup> BAG, Urteil vom 28.11.2019, Betriebs-Berater 2020, S. 1403 (Rdnr. 19 ff.).

Einhaltung der Kündigungsfrist vermeidbar gewesen wären, z. B. Geschäftsverluste, die Differenz zum erhöhten Gehalt einer Ersatzkraft oder Mehrkosten durch Überstundenzuschläge. Allerdings hat der Arbeitgeber den Schaden zu beweisen, was erfahrungsgemäß in der Praxis oft mit großen Schwierigkeiten verbunden ist. Daher empfiehlt es sich für den Apothekeninhaber, im Arbeitsvertrag eine angemessene **Vertragsstrafe** für den Fall festzulegen, dass der Arbeitnehmer den Dienst vertragswidrig und schuldhaft nicht antritt.

Formulärmäßige Vereinbarungen von Vertragsstrafen, wie z. B. in den nachfolgend abgedruckten Musterverträgen, unterliegen der **Inhaltskontrolle** nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB). Hierbei sind jedoch nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB „die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen“<sup>6</sup>. Als Besonderheit des Arbeitsrechts hat das Bundesarbeitsgericht den Umstand angesehen, dass ein Arbeitnehmer nicht durch Zwangsgeld oder Zwangshaft zur Erbringung der Arbeitsleistung angehalten werden darf (§ 888 Abs. 3 ZPO). Insofern steht dem Arbeitgeber meist keine andere Möglichkeit als ein Vertragsstrafeversprechen zur Verfügung, um die Vertragserfüllung durch den Arbeitnehmer zu sichern.

Das BAG hat aber Vertragsstrafeversprechen, die den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligen (§ 307 BGB), für unwirksam erklärt. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich aus der Höhe der Vertragsstrafe ergeben<sup>7</sup>. Generell hat das BAG ein Monatsgehalt als geeigneten Maßstab angesehen. Im konkreten Fall ist jedoch stets zu prüfen, wie lange die jeweils maßgebliche Kündigungsfrist ist. Die für diesen Zeitraum zu zahlende Vergütung ist regelmäßig der Maßstab für die Angemessenheit der Vertragsstrafe. So ist eine Vertragsstrafe in Höhe eines vollen Bruttomonatsgehalts bei Nichtantritt der Arbeit regelmäßig unangemessen hoch, wenn die Kündigungsfrist in der Probezeit nur 2 Wochen beträgt. Dies führt laut BAG zur Unwirksamkeit der Vertragsstrafenregelung insgesamt. Eine Herabsetzung auf eine rechtlich gerade noch zulässige Höhe ist nicht möglich<sup>8</sup>.

In den Musterverträgen ist die Vertragsstrafe im Fall der Kündigung vor Dienstantritt sowie im Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Einhaltung der maßgeblichen Kündigungsfrist in Höhe eines Bruttotagegeldes vereinbart, allerdings beschränkt auf das in der jeweiligen gesetzlichen Mindestkündigungsfrist zu zahlende Entgelt. Dieses entspricht während einer vereinbarten Probezeit dem Arbeitsentgelt für 2 Wochen (§ 622 Abs. 3 BGB) bzw. – bei 3-monatiger Probezeit nach BRTV (s. den folgenden Abschnitt 5.2) – für eine Woche, ansonsten der Vergütung für 4 Wochen (§ 622 Abs. 1 BGB)<sup>9</sup> (→ Außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 12 → Arbeitsvertrag, Ziff. 9).

## 5.2 Probezeit

### 5.2.1 Grundsätzliches und Kündigungsfristen

Eine Probezeit gilt nicht automatisch; sie muss vielmehr vereinbart werden. Dies kann sowohl im Arbeitsvertrag als auch in einem Tarifvertrag geschehen, der auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Eine Probezeit ist dringend zu empfehlen, weil während ihres Laufs beide Parteien mit einer verkürzten Frist kündigen können.

So beträgt die **gesetzliche** Kündigungsfrist während einer vereinbarten Probezeit, **längstens für die Dauer von 6 Monaten, 2 Wochen** ohne festen Endtermin (§ 622 Abs. 3 BGB). Diese Frist kann durch Vereinbarung im Arbeitsvertrag nicht verkürzt, wohl aber verlängert werden. Eine kürzere Kündigungsfrist als 2 Wochen in der Probezeit kann nur in einem Tarifvertrag vereinbart werden. Dies ist z. B. beim **Bundesrahmentarifvertrag** für Apothekenmitarbeiter (BRTV) der Fall, nach dessen § 19 Abs. 2 **die ersten 3 Monate des Arbeitsverhältnisses als Probezeit gelten**. Nach § 19 Abs. 2 Satz 3 BRTV kann das Arbeitsverhältnis während einer 3-monatigen Probezeit mit einer Frist von einer Woche, bei längerer Dauer der Probezeit mit einer Frist von 2 Wochen gekündigt werden. Einen festen Termin, zu dem gekündigt werden muss, gibt es dabei nicht. Die Kündigung kann auch noch **am letzten Tag der Probezeit** erfolgen.

**Beispiel:** Ein dem BRTV unterliegendes, am 1. Oktober beginnendes Arbeitsverhältnis mit 3-monatiger Probezeit kann noch am 31. Dezember (Zugang der Kündigung) mit einer Frist

<sup>6</sup> BAG, Urteil vom 4.3.2004, NZA 2004, S. 727 (729 ff.).

<sup>7</sup> Ständige Rechtsprechung, z. B. BAG, Urteil vom 24.8.2017, NZA 2018, S. 100 (Rdnr. 27).

<sup>8</sup> BAG, Urteil vom 23.9.2010, NZA 2011, S. 89 (Rdnr. 35 ff.).

<sup>9</sup> Vgl. die analoge Klausel im Urteil des BAG vom 28.5.2009, NZA 2009, S. 1337 (1341).

von einer Woche zum 7. Januar gekündigt werden. Geht die Kündigung dem Vertragspartner am 1. bzw. 2. Januar zu, beendet sie das Arbeitsverhältnis mit der normalen tariflichen Kündigungsfrist von einem Monat zum Monatsende, also zum 28. Februar (§ 19 Abs. 1 Satz 1 BRTV). Die Probezeit ist strikt zu unterscheiden von der Wartezeit von 6 Monaten nach dem Kündigungsschutzgesetz. Diese muss ein Arbeitnehmer bei einer Betriebsgröße von mehr als 10 Mitarbeitern einhalten, bevor er eine Kündigung arbeitsgerichtlich überprüfen lassen kann (s. dazu Kapitel B 12 „Kündigung“, Abschnitte 6.1.2, 6.1.3). Die Wartezeit für das Eingreifen des allgemeinen Kündigungsschutzes ist völlig unabhängig von der Dauer der Probezeit. Wenn der Mitarbeiter z.B. eine 3-monatige Probezeit besteht, genießt er gleichwohl noch keinen Kündigungsschutz. Der Arbeitgeber kann ihm also auch in den nächsten 3 Monaten noch ohne einen verhaltens-, personen- oder betriebsbedingten Grund kündigen, allerdings nicht mit der verkürzten Kündigungsfrist während der Probezeit, sondern mit der normalen, für das Arbeitsverhältnis geltenden Kündigungsfrist. Erst nach 6-monatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses greift der allgemeine Kündigungsschutz ein.

### 5.2.2 Verlängerung der Probezeit

Der Apothekeninhaber und der Mitarbeiter können eine bereits vereinbarte Probezeit in beiderseitigem Einvernehmen (nie aber einseitig) verlängern. Diese Möglichkeit sieht auch der BRTV in § 19 Abs. 2 Satz 2 vor; danach kann die Probezeit vertraglich auf bis zu 6 Monate verlängert werden. 6 Monate beträgt auch unabhängig vom BRTV im allgemeinen die Höchstdauer einer Probezeit. In den Musterverträgen ist dementsprechend die Dauer der Probezeit offengelassen; sie muss bei Vertragsschluss festgelegt und ins Formular eingetragen werden (→ Außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 1.2, → Arbeitsvertrag, Ziff. 2). In jedem Fall sollte die Verlängerung noch während der ursprünglich festgelegten Laufzeit und nicht erst nach deren Ablauf vereinbart werden. Zu den speziellen Regelungen der Probezeit im Berufsausbildungsverhältnis s. Kapitel B 7 „Ausbildungsverträge“, Abschnitt 2.4.

### 5.2.3 Befristetes Probearbeitsverhältnis

Statt der vorgeschalteten Probezeit im unbefristeten Arbeitsverhältnis, wie sie in den Muster-

verträgen enthalten ist (→ Außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 1.2, → Arbeitsvertrag, Ziff. 2), könnte auch ein **befristetes Probearbeitsverhältnis** mit gleicher Dauer vereinbart werden. Kennzeichen einer solchen Vertragsgestaltung ist die **Beendigung durch Zeitablauf**, ohne dass gekündigt werden muss. Soll in einem solchen Fall an die Probezeit ein unbefristetes Arbeitsverhältnis angeschlossen werden, müssen die Parteien eine neue Vereinbarung treffen. Vor seinem Ablauf kann ein befristeter Probearbeitsvertrag im Übrigen nur gekündigt werden, wenn seine Kündbarkeit zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart wurde.

Ein befristeter Probearbeitsvertrag endet grundsätzlich auch dann mit Ablauf der vereinbarten Zeit, wenn die Mitarbeiterin zu diesem Zeitpunkt **schwanger** ist. Ein Ausnahmefall kann vorliegen, wenn der Arbeitgeber bei der Mitarbeiterin, sei es schon bei Vertragsschluss oder während der Probezeit, die Erwartung geweckt hat, sie werde bei Eignung und Bewährung unbefristet weiterbeschäftigt. Wenn in einem solchen Fall der Arbeitgeber trotz des von ihm gesetzten Vertrauensstatbestands das Probearbeitsverhältnis lediglich wegen der zwischenzeitlich eingetretenen Schwangerschaft nicht fortsetzt, kann er nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu einer Fortsetzung verpflichtet sein<sup>10</sup>.

Ist dagegen, wie es dem Regelfall entspricht, eine normale vorgeschaltete Probezeit im unbefristeten Arbeitsverhältnis vereinbart, darf der Mitarbeiterin während der Probezeit und danach nicht gekündigt werden, wenn sie in dieser Zeit schwanger wird (vgl. zu Probearbeitsverträgen auch Kapitel B 4 „Befristete Arbeitsverträge“, Abschnitt 5.2 und Kapitel B 12 „Kündigung“, Abschnitt 1.6.4).

## 5.3 Art der Tätigkeit, Beschäftigungsort bei Filialapotheken

### 5.3.1 Art der Tätigkeit

Welche Arbeit der Arbeitnehmer im Einzelnen zu leisten hat, bestimmt sich in erster Linie nach dem Arbeitsvertrag. Dieser muss hierzu nähere Angaben enthalten. Bei Apothekenmitarbeitern wird die Tätigkeit in aller Regel im Arbeitsvertrag fachlich umschrieben. Dadurch, dass jemand z.B. als Apotheker oder PTA eingestellt wird, ist die Art der zu leistenden Tätigkeit insoweit festgelegt. Der Apothekeninhaber

<sup>10</sup> BAG, Urteil vom 16.3.1989, NZA 1989, S. 719.

kann dem betreffenden Mitarbeiter auf Grund seines **Direktionsrechts** (s. dazu Abschnitt 4) sämtliche Aufgaben zuweisen, die innerhalb des jeweiligen Berufsbildes von Angehörigen dieses Berufs üblicherweise geleistet werden.

Wenn im Arbeitsvertrag nichts Gegenteiliges geregelt ist, braucht der Mitarbeiter die **Zuweisung anderer Aufgaben** grundsätzlich nicht hinzunehmen, es sei denn, es liegt ein **Notfall** vor. Dann kann der Apothekeninhaber dem Mitarbeiter kurzfristig auch die Ausführung vertraglich nicht geschuldeter, gegebenenfalls auch geringerwertiger Tätigkeiten übertragen, wobei vorher die beiderseitigen Interessen abzuwägen sind. Stets muss es sich um einen Notfall, d. h. einen unvorhersehbaren, auch durch rechtzeitige Personalplanung nicht ohne Weiteres behebbaren Personalengpass handeln. Erkrankten z. B. in einer kleinen Apotheke beide PKA unvorhergesehen zur gleichen Zeit, wird es vorübergehend zumutbar sein, dass die Approbierte oder die PTA auch PKA-Arbeiten mit übernehmen. Ebenso können den Arbeitnehmern in einem Katastrophenfall oder auch in einer Pandemielage wie z. B. der Covid-19-Pandemie für begrenzte Zeit vertraglich nicht vereinbarte Tätigkeiten zugewiesen werden. Selbstverständlich darf die kurzfristige Übertragung geringerwertiger oder anderer Arbeiten nicht zu einer Gehaltskürzung führen.

Im **außertariflichen Arbeitsvertrag** ist in Ziff. 2.1 festgelegt, dass dem Approbierten über Notfälle hinaus „bei betrieblichen Erfordernissen“ im Rahmen des Zumutbaren andere Aufgaben zugewiesen werden können.

Ist die Art der Arbeitsleistung im Arbeitsvertrag ausnahmsweise – und entgegen dem Nachweisgesetz, das eine kurze Beschreibung der Arbeit verlangt (s. hierzu oben Abschnitt 3.3) – nur ganz **allgemein umschrieben** (z. B. als Bürohilfskraft), kann der Apothekeninhaber in entsprechendem weiteren Umfang die Art der vom Arbeitnehmer zu leistenden Arbeit durch sein Weisungsrecht bestimmen.

### 5.3.2 Beschäftigungsort

Für den Fall, dass der Apothekeninhaber nicht nur eine Einzelapotheke, sondern eine Hauptapotheke und eine oder mehrere (bis zu 3) Filialapotheken betreibt oder möglicherweise in Zukunft betreiben will, empfiehlt es sich, im Arbeitsvertrag die Möglichkeit der Versetzung des Mitarbeiters an einen anderen Arbeitsort zu

vereinbaren. Demgemäß ist im **Arbeitsvertrag** in Ziff. 1.3 und im **außertariflichen Arbeitsvertrag** in Ziff. 2.2 die Befugnis des Apothekeninhabers enthalten, den Mitarbeiter auch in einer anderen Apotheke zu beschäftigen. Macht der Apothekeninhaber von dieser Befugnis Gebrauch, muss er dies „nach billigem Ermessen“ tun (§ 106 Satz 1 Gewerbeordnung), d. h. die Entscheidung muss für den Mitarbeiter zumutbar sein (§ 308 Nr. 4 BGB), z. B. hinsichtlich der Erreichbarkeit der anderen Arbeitsstätte.

Benötigt der Apothekeninhaber diese Klausel nicht, so ist sie im Vertrag zu streichen.

## 5.4 Arbeitszeit

### 5.4.1 Dauer und Lage der Arbeitszeit

Im Arbeitsvertrag ist die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit festzulegen. In den nachstehenden Arbeitsvertragsmustern (**außertariflicher Arbeitsvertrag**, Ziff. 3.1, **Arbeitsvertrag**, Ziff. 3.1) ist zunächst die Dauer der betriebsüblichen Wochenarbeitszeit einzutragen. Bezüglich der konkret gewünschten Arbeitszeit des Mitarbeiters bieten die Formulare sodann 2 Möglichkeiten: Entweder soll diese der betriebsüblichen Wochenarbeitszeit entsprechen oder es ist eine davon abweichende Wochenstundenzahl zu vermerken.

Die Verteilung der Wochenarbeitszeit auf die **einzelnen Wochentage** sowie die Festlegung von **Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Regelung der Pausen** obliegen nach § 3 Abs. 2 des Bundesrahmentarifvertrages für Apothekenmitarbeiter (BRTV) der Entscheidung des Apothekeninhabers und sind ein Bestandteil des dem Arbeitgeber zukommenden **Direktionsrechts**. Dieser muss dabei nach „billigem Ermessen“ vorgehen (§ 106 GewO; s. dazu oben Abschnitt 4.2). Der Apothekeninhaber kann deshalb grundsätzlich kraft einseitiger Anordnung – unter Abwägung der beiderseitigen Interessen – auch die Lage der Arbeitszeiten seiner Mitarbeiter verändern, nicht aber die Wochenarbeitszeit verlängern, z. B. wenn er nach den einschlägigen landesgesetzlichen Regelungen zum Ladenschluss seine Apotheke länger geöffnet halten möchte (s. hierzu ausführlich Kapitel A 5 „Arbeitszeit“, Abschnitt 7).

Selbstverständlich bleibt es den beiden Arbeitsvertragsparteien unbenommen, im Arbeitsvertrag über die Dauer der Wochenarbeitszeit hinaus auch die Lage der täglichen Arbeitszeit fest-

zulegen. An eine solche Festlegung ist der Apothekeninhaber dann allerdings gebunden und kann deshalb nicht einseitig die Arbeitszeit anders verteilen, als im Vertrag geregelt.

Der → Arbeitsvertrag gibt in Ziff. 3.2 dem Apothekenleiter folgende Entscheidungsalternativen: In der 1. Variante bleibt die Festlegung der täglichen Arbeitszeit dem Apothekeninhaber überlassen. (Diese Regelung trifft im Übrigen auch der → Außertarifliche Arbeitsvertrag in Ziff. 3.2). In der 2. Variante werden die täglichen Arbeitszeiten fixiert, zugleich aber wird ein Jahresarbeitszeitkonto nach § 4 BRTV vereinbart (s. hierzu Kapitel A 5 „Arbeitszeit“, Abschnitt 8). Damit kann der Apothekeninhaber wiederum flexibel auf den jeweiligen Arbeitsbedarf reagieren.

**Eingehende Ausführungen zu sonstigen Arbeitszeitfragen**, z.B. zur Höchstdauer der Arbeitszeit, zu den Ruhepausen und den Arbeitszeitregelungen des Bundesrahmentarifvertrages für Apothekenmitarbeiter (BRTV) **enthält das Kapitel A 5 „Arbeitszeit“**.

### 5.4.2 Feiertage

Bei einem gesetzlichen Feiertag oder mehreren gesetzlichen Feiertagen in der Woche verkürzt sich die wöchentliche Arbeitszeit um die an den Feiertagen ausfallenden Arbeitsstunden. Diese Regelung in den Arbeitsverträgen (→ Außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 3.1, → Arbeitsvertrag, Ziff. 3.1) hat lediglich klarstellenden Charakter und deckt sich mit der gesetzlichen und tariflichen Lage (vgl. hierzu auch Kapitel A 5 „Arbeitszeit“, Abschnitt 9.1.1).

### 5.4.3 Mehrarbeit

Der → außertarifliche Arbeitsvertrag enthält in Ziff. 3.3 die Verpflichtung des Mitarbeiters, **bei betrieblichen Erfordernissen** Mehrarbeit zu leisten. Der maximale Umfang der Mehrarbeit pro Woche sollte in Ziff. 3.3 eingetragen werden. Dabei ist die zulässige Höchstarbeitszeit von durchschnittlich 48 Wochenstunden in 6 Kalendermonaten nach dem Arbeitszeitgesetz zu beachten (s. Kapitel A 5 „Arbeitszeit“, Abschnitt 3). Diese Regelung geht über die tarifliche Regelung hinaus. Nach dem Bundesrahmentarifvertrag (§ 7 Abs. 1) kann nämlich der Apothekeninhaber nur **in begründeten Ausnahmefällen**, also z.B. bei einem unvorhersehbaren Personalengpass durch gleichzeitige Erkrankung mehrerer Mitarbeiter, wie dies bei einem Infektions-

geschehen vorkommen kann, oder einem vorübergehend erhöhten Arbeitsaufkommen, Mehrarbeit verlangen. Diese tarifliche Regelung wird aus Gründen besserer Transparenz im tarifbezogenen → Arbeitsvertrag, Ziff. 3.3 ausdrücklich erwähnt.

Demgegenüber erscheint es bei einer leitenden Position sinnvoll und angemessen, dass der Apothekeninhaber schlechthin bei „betrieblichen Erfordernissen“ Mehrarbeit verlangen kann. Allerdings muss er auch hier die Grenzen „billigen Ermessens“ nach § 106 GewO wahren und die wechselseitigen Interessen gegeneinander abwägen.

### 5.4.4 Notdienstbereitschaft

Der Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter (BRTV) enthält in § 5 ausführliche Regelungen zur Leistung der Notdienstbereitschaft. **Unterliegt das Arbeitsverhältnis nicht dem Tarif, muss der Arbeitsvertrag dieses Thema regeln**, jedenfalls dann, wenn der Apothekeninhaber nicht tarifgebunden ist. Denn bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern gilt die Notdienstregelung des § 5 BRTV nicht mit der Folge, dass die Wahrnehmung der Notdienstbereitschaft wegen der Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes über die tägliche Höchstarbeitszeit und die zwingenden Ruhezeiten eingeschränkt wäre. Sie wäre sogar ausgeschlossen, wenn die Notdienstbereitschaft im Anschluss oder vor einem normalen Arbeitstag abzuleisten wäre. Um auch bei nichttarifgebundenen Arbeitgebern die Wahrnehmung der Notdienstbereitschaft im gewünschten Umfang zu ermöglichen, muss nach § 7 Abs. 3 ArbZG die tarifliche Regelung des § 5 BRTV durch schriftliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer übernommen werden. Dies geschieht mit der Ziff. 5.1 im → außertariflichen Arbeitsvertrag. Mit der Inbezugnahme von § 5 BRTV ist zugleich festgelegt, dass der Apotheker nicht mehr als die Hälfte der von der Apotheke zu leistenden Notdienstbereitschaft übernehmen muss (§ 5 Abs. 4 Satz 3 BRTV). Ausführlich wird diese Thematik im Kapitel A 6 „Notdienstbereitschaft und Notdienstvergütung“ im Abschnitt 4.3 dargestellt.

## 5.5 Vergütung und besondere Leistungen

### 5.5.1 Grundsatz der Vertragsfreiheit bei der Festlegung der Vergütung

Der Apothekeninhaber kann mit seinen Mitarbeitern die Höhe der monatlichen Vergütung

grundsätzlich frei vereinbaren. **Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz kommt bei der (erstmaligen) Festlegung der Arbeitsvergütung nicht zur Anwendung**, wenn es sich um individuell vereinbarte Löhne und Gehälter handelt und der Arbeitgeber nur einzelne Arbeitnehmer besserstellt<sup>11</sup>. Einen Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ gibt es als Anspruchsgrundlage in der deutschen Rechtsordnung nicht. Auch für vergleichbare Tätigkeiten darf also grundsätzlich ein unterschiedliches Gehalt gezahlt werden<sup>12</sup> (vgl. auch Kapitel A 3 „Arbeitsvergütung“, Abschnitt 2.4 am Ende).

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit ist allerdings in verschiedener Hinsicht eingeschränkt. So gilt seit 1. Januar 2015 das **Mindestlohngesetz** (MiLoG). Es sieht für alle Arbeitnehmer ab 18 Jahren seit 1.10.2022 einen Mindestlohn von 12 € je Zeitstunde vor. Alle im Gehaltstarifvertrag vereinbarten Gehälter liegen über dem gesetzlichen Mindestlohn. Im Apothekenbereich hat daher das MiLoG bezüglich der Gehaltshöhe nur Auswirkung auf Arbeitnehmer, deren Löhne und Gehälter nicht durch den Gehaltstarif geregelt werden, wie z.B. Boten, Reinigungs- oder Buchhaltungskräfte.

Wenn **Tarifbindung** vorliegt, wenn also sowohl der Apothekeninhaber als auch der Mitarbeiter Mitglied der tarifschließenden Parteien des Bundesrahmenvertrags für Apothekenmitarbeiter sind (vgl. Kapitel A 2 „Geltungsbereich und Anwendbarkeit des Bundesrahmenvertrags für Apothekenmitarbeiter“, Abschnitt 3.1), stellen die Sätze des Gehaltstarifs **Mindestvergütungen** dar, die nicht unter-, wohl aber überschritten werden dürfen.

Ferner sind vom Arbeitgeber die Diskriminierungsverbote des AGG und anderer Gesetze zu beachten. Unzulässig ist es, bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit **Frauen** einen geringeren Lohn als Männern oder **Behinderten** eine geringere Vergütung als Nichtbehinderten zu zahlen (§ 7 Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG). Des Weiteren dürfen **Teilzeitbeschäftigte** wegen der Teilzeitarbeit und **befristet Beschäftigte** wegen der Befristung nicht schlechter behandelt, z.B. geringer entlohnt werden als vergleichbare Vollzeitkräfte bzw. vergleichbare unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer (§ 4 Teilzeit- und Befristungsgesetz).

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Vertragsfreiheit besteht auch dann, wenn der Apothekeninhaber **freiwillig bestimmte Leistungszuschläge oder Sozialleistungen** wie z.B. Gratifikationen bezahlt. In diesem Fall darf er wegen des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht einzelne Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern von allgemein nach einem erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährten Zuwendungen ausschließen. Denn der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet dem Arbeitgeber eine sachfremde Gruppenbildung und die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe, also in vergleichbarer Lage<sup>13</sup>. Sein Inhalt geht also in Richtung eines Benachteiligungsverbots. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet jedoch nicht, einzelne Arbeitnehmer oder Gruppen von ihnen besserzustellen.

### 5.5.2 Veränderung der Vergütung im außertariflichen Arbeitsverhältnis

Der **→** außertarifliche Arbeitsvertrag enthält keine Regelung über eine automatische jährliche Gehaltssteigerung, sondern gibt einen **Rahmen für die Anpassung** der Vergütung vor. Danach wird das Gehalt jährlich für das folgende Kalenderjahr zwischen den Vertragspartnern neu ausgehandelt unter Berücksichtigung der Veränderung der wirtschaftlichen Entwicklung, der allgemeinen Lebenshaltungskosten sowie der Gehaltsentwicklung für Approbierte (**→** außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 4.1). Dies gibt dem Apothekeninhaber mehr Flexibilität und berücksichtigt andererseits das Interesse des Mitarbeiters, an der allgemeinen Wirtschafts- und Gehaltsentwicklung teilzunehmen.

### 5.5.3 Veränderung der Vergütung bei Anwendbarkeit des Bundesrahmenvertrages für Apothekenmitarbeiter (BRTV)

Unterliegt das Arbeitsverhältnis dem BRTV, sind für die Frage der Veränderung der zu Beginn des Arbeitsverhältnisses festgelegten Vergütung verschiedene Fälle zu unterscheiden:

#### – Vergütung in Tariffhöhe:

Wenn in diesem Fall die Tarifgehälter durch Vereinbarung der Tarifparteien angehoben werden, führt dies bei Vorliegen einer Tarif-

<sup>11</sup> BAG, Urteil vom 13.2.2002, NZA 2003, S. 215 (216).

<sup>12</sup> BAG, Urteil vom 9.11.1972, BB 1973, S. 245; Urteil vom 23.8.1995, BB 1996, S. 855.

<sup>13</sup> Ständige Rechtsprechung, z.B. BAG, Urteil vom 28.3.2007, NZA 2007, S. 687 (688); Urteil vom 13.12.2016, BB 2017, S. 762 (Rdnr. 34).

bindung automatisch und unmittelbar zu einer entsprechenden Anhebung der Vergütung dieses Mitarbeiters. Das Gleiche gilt, wenn kein Fall der Tarifbindung vorliegt, sondern die **Anwendbarkeit des Gehaltstarifs im Arbeitsvertrag vereinbart** wurde. Hier ist allerdings darauf zu achten, dass im Arbeitsvertrag auf den **jeweils gültigen** Gehaltstarif verwiesen wird, um klarzustellen, dass Tarifänderungen sich auf das individuelle Gehalt auswirken (vgl. → Arbeitsvertrag, Ziff. 4.1, 1. Alt.).

### – Übertarifliche Vergütung:

Wird der Mitarbeiter übertariflich bezahlt, kann eine **Tariferhöhung grundsätzlich auf die übertarifliche Leistung angerechnet** werden (vgl. → Arbeitsvertrag Ziff. 4.1, 2. Alt.). Das Bundesarbeitsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass eine **allgemeine übertarifliche Zulage** regelmäßig unter einem entsprechenden Anrechnungsvorbehalt steht, selbst wenn das nicht ausdrücklich geregelt war<sup>14</sup>. Der Apothekeninhaber ist also nicht verpflichtet, das übertarifliche Gehalt entsprechend der Tariferhöhung anzuheben.

**Beispiel:** Das übertarifliche Gehalt beträgt 2.600 €, das Tarifgehalt 2.400 €. Erfolgt eine Tariferhöhung um 2%, so führt dies **nicht zu einer Anhebung** der Vergütung dieses Mitarbeiters von 2.600 € auf 2.652 € (2.600 € + 2%). Auch wenn ein Arbeitgeber jahrelang Tarifierhöhungen ohne Anrechnung auf übertarifliche Gehälter an die Mitarbeiter gezahlt hat, kann er grundsätzlich bei einer neuerlichen Tarifierhöhung eine Anrechnung ganz oder teilweise vornehmen<sup>15</sup>. Etwas anderes verlangt auch nicht das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Laut BAG sind nämlich Anrechnungsvorbehalte in Arbeitsverträgen seit Jahrzehnten gang und gäbe. Dem durchschnittlichen Arbeitnehmer sei hinreichend klar, dass die Anrechnung gerade bei allgemeinen Tariflohnerhöhungen möglich sein solle. Das sei nicht nur Vertragsinhalt, sondern geradezu der Sinn einer allgemeinen übertariflichen Zulage<sup>16</sup>.

---

**Hinweis:** Ungeachtet dessen ist dem Apothekeninhaber zu empfehlen, übertariflich bezahlte Mitarbeiter bei jeder ungekürzten Weitergabe einer Tarifierhöhung schriftlich auf die Freiwilligkeit dieser Leistung hinzuweisen.

---

Eine Anrechnung der Tarifierhöhung auf eine übertarifliche Vergütung kann allerdings nicht erfolgen, wenn dem Arbeitnehmer die Zulage vertraglich als selbständiger Entgeltbestandteil neben dem jeweiligen Tarifgehalt zugesagt ist<sup>17</sup>. So kann festgelegt werden, dass das monatliche Bruttogehalt mit einem bestimmten **Prozentsatz oder €-Betrag über dem jeweils gültigen Gehaltstarif** des Bundesrahmentarifvertrages für Apothekenmitarbeiter (BRTV) liegen muss. Eine derartige Klausel garantiert dem Arbeitnehmer, dass der zu Beginn des Beschäftigungsverhältnisses vereinbarte Abstand seines individuellen Bruttogehalts zum Tarifgehalt beibehalten wird. Sie könnte wie folgt lauten:

„Das monatliche Bruttogehalt wird mit ... % über dem jeweils gültigen Gehaltstarif des Bundesrahmentarifvertrages für Apothekenmitarbeiter (BRTV) vereinbart. Dies sind bei Beschäftigungsbeginn ... €.“

### 5.5.4 Vergütung von Mehrarbeit und Notdienstbereitschaft im außertariflichen Arbeitsverhältnis

Unterliegt das Arbeitsverhältnis eines Apothekers nicht dem Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter (BRTV), sollte der Arbeitsvertrag die Vergütung von Mehrarbeit und Notdienstbereitschaft regeln.

Im Arbeitsvertrag eines leitenden Mitarbeiters, dessen Vergütung deutlich oberhalb der tariflichen Sätze liegen wird, sollten in gewissem Umfang Mehrarbeitsstunden und Notdienste mit der Vergütung abgegolten sein. Dabei muss sich wegen des Transparenzgebots bei vorformulierten Arbeitsverträgen (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) aus dem Arbeitsvertrag ergeben, welche Arbeitsleistungen von der pauschalen Abgeltung erfasst werden sollen<sup>18</sup>. Der Arbeitnehmer muss bereits bei Vertragsschluss erkennen kön-

<sup>14</sup> Siehe z. B. BAG, Urteil vom 1.3.2006, NZA 2006, S. 688 (689).

<sup>15</sup> BAG, Urteil vom 27.8.2008, NZA 2009, S. 49 (50); Urteil vom 14.8.2001, NZA 2002, S. 342 (343).

<sup>16</sup> BAG, Urteil vom 27.8.2008, NZA 2009, S. 49 (52).

<sup>17</sup> BAG, Urteil vom 8.6.2004, BB 2005, S. 722 (723); Urteil vom 30.5.2006, BB 2006, S. 2356 (2357).

<sup>18</sup> Ständige Rechtsprechung, z. B. BAG, Urteil vom 27.6.2012, NZA 2012, S. 1147 (Rdnr. 16); Urteil vom 1.9.2010, BB 2011, S. 1406 (Rdnr. 15).

nen, was gegebenenfalls „auf ihn zukommt“ und welche Leistungen er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss. Der → außertarifliche Arbeitsvertrag sieht in Ziff. 4.2 vor, dass der Apothekeninhaber die Höchstzahl der mit der Vergütung abgegoltenen **Mehrarbeitsstunden** einträgt. Er muss dabei die gesetzliche Obergrenze von – durchschnittlich in 6 Kalendermonaten – 48 Wochenstunden (§ 3 ArbZG) beachten. Soweit Mehrarbeit – im genannten gesetzlichen Rahmen – über der eingetragenen Stundenzahl geleistet wird, sieht der → außertarifliche Arbeitsvertrag in Ziff. 4.2 zur anteiligen Grundvergütung einen einheitlichen Zuschlag von 25 % vor. Dem Apothekeninhaber steht es frei, die Mehrarbeit stattdessen in Freizeit zu vergüten, wobei auch in diesem Fall der Zuschlag von 25 % in Ansatz zu bringen ist.

Zu beachten ist, dass **Überstunden** nach langjähriger Rechtsprechung des BAG **nur dann zu vergüten** sind, wenn sie vom Arbeitgeber veranlasst oder sie ihm zumindest zuzurechnen sind. Dies ist der Fall, wenn die Überstunden vom Arbeitgeber – ausdrücklich oder konkludent – angeordnet, wenn sie gebilligt, d. h. nachträglich genehmigt, geduldet oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit notwendig gewesen sind<sup>18a</sup> (s. dazu Kapitel A 3 „Arbeitsvergütung“, Abschnitt 5).

Was die **Notdienstbereitschaft** angeht, so verweist Ziff. 5.1 des → außertariflichen Arbeitsvertrags auf den Tarifvertrag (§ 5). Dieser sieht in § 5 Abs. 4 Satz 3 vor, dass vom einzelnen Mitarbeiter nicht mehr als die Hälfte der von der Apotheke zu leistenden Notdienstbereitschaften verlangt werden kann. Deshalb kann in Ziff. 4.3 dieses Formulars nur höchstens die Hälfte der Notdienstbereitschaft der Apotheke eingetragen werden. Das Vertragsformular geht davon aus, dass diese Notdienste mit der normalen Vergütung abgegolten sind. Im Übrigen gilt bezüglich der Notdienstbereitschaft nichts anderes als für die Mehrarbeit: Der Mitarbeiter muss aus dem (vorformulierten) Arbeitsvertrag erkennen können, wie viele Notdienste mit der Vergütung abgegolten sein sollen<sup>19</sup>. Dem Apothekeninhaber ist zusätzlich zu empfehlen, dem Mitarbeiter bei Vertragsschluss einen **Notdienstplan** zu übergeben.

<sup>18a</sup> BAG, Urteil vom 4.5.2022, 5 AZR 359/21, NZA 2022, S. 1267 (Rdnr. 18).

<sup>19</sup> Vgl. LAG Düsseldorf, Urteil vom 6.5.2010 – 13 Sa 1129/09.

### 5.5.5 Vergütung von Mehrarbeit und Notdienstbereitschaft bei Anwendbarkeit des Bundesrahmentarifvertrages für Apothekenmitarbeiter (BRTV)

Unterliegt das Arbeitsverhältnis dem Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter (BRTV), ist im Arbeitsvertrag eine Regelung für die Vergütung von Mehrarbeit und Notdienstbereitschaft normalerweise nicht erforderlich, da die entsprechenden tariflichen Bestimmungen anzuwenden sind (§ 8 BRTV für die Vergütung der Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit, vgl. hierzu Kapitel A 3 „Arbeitsvergütung“, Abschnitt 5.1, sowie § 6 BRTV für die Vergütung der Notdienstbereitschaft, vgl. hierzu Kapitel A 6 „Notdienstbereitschaft und Notdienstvergütung“, Abschnitt 6). Im tarifbezogenen → Arbeitsvertrag wird dennoch aus Gründen besserer Übersichtlichkeit in Ziff. 4.2 die Regelung des § 8 BRTV über die Vergütung von Mehrarbeit wiedergegeben.

Es gibt keinen Grundsatz des Inhalts, dass durch die Zahlung eines übertariflichen Gehalts auch die Vergütung für Mehrarbeitsstunden abgegolten ist. Wenn eine solche Abgeltung gewollt ist, muss dies im Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart werden. In diesem Fall ist aber folgendes zu beachten: Sind beide Parteien tarifgebunden, stellt das entsprechende **Tarifgehalt zuzüglich der Mehrarbeitsvergütung nach § 8 BRTV** die Untergrenze für die Bemessung der Pauschalabgeltung dar. Das übertarifliche Gehalt, mit dem die Mehrarbeit abgegolten sein soll, darf also nicht niedriger sein als diese Tarifsätze.

**Hinweis:** Unter dem Gesichtspunkt des Transparenzgebots des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (s. dazu vorstehenden Abschnitt 5.5.4) es ist erforderlich, im Rahmen einer solchen Pauschalabgeltung eine Höchststundenzahl (monatlich oder wöchentlich) anzugeben, bis zu der Mehrarbeit durch das übertarifliche Gehalt abgegolten sein soll.

Anders liegt der Fall einer Abgeltung bezüglich der Leistung von **Notdienstbereitschaft**. Liegt das **konkret vereinbarte Gehalt um mindestens 13 % über dem Tarifgehalt**, ist damit nach § 6 Abs. 6 BRTV die **Notdienstbereitschaft abgegolten**.

Sowohl die Ansprüche aus Mehrarbeit (ebenso aus Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit) als auch

die Ansprüche der Mitarbeiter auf Vergütung der Notdienstbereitschaft unterliegen einer tariflichen Ausschlussfrist. Nach § 20 Abs. 1 BRTV sind sie spätestens 3 Monate nach Fälligkeit schriftlich geltend zu machen. Bei Nichteinhaltung der Frist sind die Ansprüche verfallen (§ 20 Abs. 3 BRTV), d. h. erloschen.

### 5.5.6 Sonderzuwendung im außertariflichen Arbeitsverhältnis

Wenn in einem Arbeitsverhältnis, das nicht dem Bundesrahmentarifvertrag unterliegt, zusätzlich zum laufenden Gehalt eine Sonderleistung gezahlt werden soll, bedarf es hierfür einer gesonderten Rechtsgrundlage. Diese kann vor allem der Arbeitsvertrag bilden. Allerdings sind die Möglichkeiten für eine Ausgestaltung einer Sonderzuwendung so vielfältig, dass dem **ein** Regelungsvorschlag im Vertragsformular **→** außertariflicher Arbeitsvertrag nicht gerecht werden kann. Vielmehr werden im Folgenden 2 gegensätzliche Lösungsansätze aufgezeigt und erläutert.

(1) Eine Möglichkeit besteht in einer rechtsverbindlichen Zusage an den Mitarbeiter etwa wie folgt:

#### Sonderzuwendung

1. Der/die Mitarbeiter/in erhält eine jährliche Sonderzuwendung in Höhe von .....€, zahlbar jeweils spätestens mit dem Novembergehalt.
2. Bei Eintritt oder Ausscheiden während des Kalenderjahres wird eine anteilige Sonderzuwendung in Höhe von 1/12 des vollen Betrages für jeden vollendeten Beschäftigungsmonat gezahlt.
3. Voraussetzung für die Zahlung der Sonderzuwendung ist, dass das Arbeitsverhältnis länger als 6 Monate besteht.
4. Scheidet der/die Mitarbeiter/in während des Kalenderjahres aus, wird die anteilige Sonderzuwendung mit dem letzten Gehalt bezahlt.
5. Der Anspruch besteht nicht für Zeiten, in denen das Arbeitsverhältnis ruht, insbesondere bei Elternzeit und unbezahltem Sonderurlaub, sowie für Fehlzeiten, für die keine Gehaltsfortzahlung zu leisten ist.

Ausgeschlossen wird der Anspruch nach Ziff. 5 u. a. für Fehlzeiten, für die der Arbeitgeber keine Gehaltsfortzahlung leisten muss; dies betrifft insbesondere Zeiten einer Arbeitsunfähigkeit, die über die 6-wöchige Gehaltsfortzahlungspflicht des Arbeitgebers hinausgehen.

Ziff. 5 sowie die anteilige Zahlung im Ein- und Austrittsjahr zeigen, dass es sich hier – wie bei der Sonderzahlung nach § 18 BRTV – um eine **Vergütung für erbrachte Arbeitsleistung** und Teil der vereinbarten Gesamtentlohnung handelt, die lediglich zu einem bestimmten Zeitpunkt – hier mit dem Novembergehalt – und nicht fortlaufend bezahlt wird.

Wenn der Apothekeninhaber den obigen Textvorschlag in den **→** außertariflichen Arbeitsvertrag übernehmen möchte, sollte er ihn am besten in Ziff. 15 unter „Besondere Vereinbarungen“ einfügen.

(2) Möchte sich der Apothekeninhaber bezüglich der Zahlung von Sondervergütungen nicht von vornherein festlegen, ist der vorgenannte Textvorschlag nicht geeignet. Diese Art von Sonderzahlung darf nämlich in vom Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsverträgen, – die als Allgemeine Geschäftsbedingungen der Inhaltskontrolle gem. den §§ 305 ff. BGB unterliegen –, nach der neueren BAG-Rechtsprechung nicht (mehr) mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt verbunden werden. Denn wenn eine vertraglich zugesagte Leistung gleichzeitig als freiwillig bezeichnet und ein Rechtsanspruch darauf für die Zukunft ausgeschlossen wird, ist dies widersprüchlich, verstößt gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB)<sup>20</sup>.

Dies gilt im Übrigen in gleicher Weise für die Ankündigung anderer vergütungsorientierter Sonderzahlungen, die wie etwa Leistungsprämien, Boni oder Zielvereinbarungen das Verhalten des Arbeitnehmers steuern und seine Leistung beeinflussen wollen<sup>21</sup>.

Wenn somit der Apothekeninhaber in der Entscheidung über das „Ob“ und das „Wie“ einer Sonderleistung frei sein möchte, sollte im Arbeitsvertrag dieses Thema gar nicht angesprochen werden. Vielmehr kann die Leistung ohne vertragliche Grundlage und ohne Bindung für die Zukunft erbracht werden, wenn in einem Begleitschreiben an den Mitarbeiter **vor jeder Zahlung** ein entsprechender **schriftlicher Vorbehalt** gemacht wird. Zu empfehlen ist etwa folgende Formulierung:

*Aufgrund der positiven geschäftlichen Entwicklung unserer Apotheke (alternativ: Ihrer besonderen Leistungen im Geschäftsjahr ...) kann ich*

<sup>20</sup> BAG, Urteil vom 30.7.2008, NJW 2008, S. 3592 (Rdnr. 39).

<sup>21</sup> BAG, Urteil vom 19.3.2014, NZA 2014, S. 595 (Rdnr. 52).

*Ihnen in diesem Jahr eine Sondervergütung in Höhe von ..... € gewähren. Diese Zahlung erfolgt einmalig, ohne Bindung für die Zukunft. Ein Rechtsanspruch für künftige Geschäftsjahre ist ausdrücklich ausgeschlossen<sup>21a</sup>.*

Damit macht der Apothekeninhaber hinreichend deutlich, dass er keine Zusage für die Zukunft gibt, sondern jedes Jahr neu über die zusätzliche Leistung entscheiden will. Er verhindert damit auch das Entstehen einer entsprechenden betrieblichen Übung.

Das **Kapitel B 10 „Sonderformen der Vergütung und Sonderleistungen des Arbeitgebers“** informiert im Abschnitt 2 ausführlich über diese Thematik und noch weitere Gestaltungsmöglichkeiten wie z.B. Sonderleistungen zur Honorierung der Betriebstreue.

---

**Hinweis:** Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB). Das Aushandeln erfordert vor allem, dass beide Vertragspartner die reale Möglichkeit haben, auf den Vertragsinhalt Einfluss zu nehmen. Änderungsvorbehalte wie der oben erwähnte Freiwilligkeitsvorbehalt, die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in diesem Sinne für den konkreten Fall ausgehandelt und formuliert sind, unterliegen daher nicht der Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB. Soll dieser Weg beschritten werden, ist aber eine anwaltliche Beratung dringend zu empfehlen.

---

### 5.5.7 Abtretung und Verpfändung von Arbeitseinkommen

Hat ein Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber bestehende Forderungen auf Gehalt oder Versorgungsleistungen einem Dritten abgetreten oder verpfändet, kann der Arbeitgeber nicht einfach die entsprechenden Beträge statt an den Arbeitnehmer an den Dritten ausbezahlen. Denn Forderungen können nicht abgetreten werden, soweit sie unpfändbar sind (§ 400 BGB). Arbeitseinkommen wiederum ist nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung (§§ 850a ff. ZPO) nur bis zu den sogenannten Pfändungsgrenzen pfändbar, um dem Arbeitnehmer seine Existenzgrundlage nicht zu nehmen.

Der Arbeitgeber muss daher die Beträge errechnen, die er an den Gläubiger seines Mitarbeiters

ohne Verstoß gegen die Pfändungsbeschränkungen auszahlen darf. Unterläuft ihm hierbei ein Fehler, so setzt er sich einem Haftungsrisiko aus; überdies bedeutet die Ermittlung der Pfändungsfreibeträge einen erheblichen Aufwand. Deshalb wurde arbeitsvertraglich häufig die Abtretung und Verpfändung von Vergütungsansprüchen ausgeschlossen (§ 399 BGB). In vorformulierten Arbeitsverträgen ist dies nach § 308 Nr. 9 Buchst. a BGB nicht mehr zulässig. Dies gilt für ab dem 1.10.2021 neu abgeschlossene Arbeitsverträge; Abtretungsverbote in vor diesem Datum zustande gekommenen Arbeitsverträgen bleiben wirksam.

**Zulässig** bleibt lediglich die Vereinbarung eines **Abtretungsverbots für Ansprüche auf Versorgungsleistungen aus der betrieblichen Altersversorgung** (vgl. → Außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 4.3, → Arbeitsvertrag, Ziff. 4.2). Eine gleichwohl erfolgende Abtretung durch den Mitarbeiter ist unwirksam.

## 5.6 Arbeitsverhinderung

Im Falle der Arbeitsverhinderung, namentlich bei Arbeitsunfähigkeit, treffen den Mitarbeiter Anzeige- und Nachweispflichten.

### 5.6.1 Anzeigepflichten

Der Mitarbeiter ist verpflichtet, **jede Arbeitsverhinderung** dem Apothekeninhaber oder dessen Stellvertreter **unverzüglich**, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, anzuzeigen. Hieraus folgt, dass die Anzeige dem Apothekeninhaber grundsätzlich am ersten Tag der Arbeitsverhinderung zu gehen muss. Sie kann in jeder Form, also mündlich, telefonisch, schriftlich, per E-Mail oder durch Angehörige oder Boten erfolgen. Ausnahmsweise kann die Anzeige unterbleiben, wenn der Arbeitgeber von der Arbeitsunfähigkeit selbst Kenntnis erlangt hat. Die Anzeige muss die voraussichtliche Dauer der Arbeitsverhinderung enthalten. Darüber hinaus sind auf Verlangen des Apothekeninhabers auch die Gründe der Arbeitsverhinderung mitzuteilen (→ Außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 6 → Arbeitsvertrag, Ziff. 5).

### 5.6.2 Nachweispflichten bei Erkrankung

Im Falle einer Erkrankung, die länger als 3 Kalendertage dauert, sind gesetzlich krankenversicherte Arbeitnehmer verpflichtet, ihre Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer spätestens am **darauffolgenden Arbeits-**

<sup>21a</sup> Nach Preis, Der Arbeitsvertrag, 5. Aufl. 2015, II V 70 (Rdnr. 70).

**tag ärztlich feststellen zu lassen** (§ 5 Abs. 1a Satz 2 Entgeltfortzahlungsgesetz; vgl.  $\rightarrow$  außertariflicher  $\rightarrow$  Arbeitsvertrag, Ziff. 6, und Arbeitsvertrag, Ziff. 5). Die Krankenkasse erhält vom Arzt elektronisch die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung und stellt diese zum Abruf durch den Arbeitgeber bereit (s. hierzu ausführlich Kapitel A 4 „Entgeltfortzahlung bei Krankheit, im Todesfall und an Feiertagen“, Abschnitt 2.7.2). Dem Arbeitnehmer wird vom Arzt weiterhin zu Beweis Zwecken ohne Weiterleitungspflicht eine Papierbescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit übergeben.

---

**Hinweis:** Die Pflicht des Arbeitnehmers **zur Vorlage** der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung **an den Arbeitgeber** gilt seit 1.1.2023 nur noch für Mitarbeiter, die nicht bei einer gesetzlichen Krankenkasse versichert sind. Ebenso gilt die Vorlagepflicht noch, wenn die Arbeitsunfähigkeit von einem Arzt festgestellt wird, der nicht an der vertragsärztlichen Versorgung teilnimmt.

---

Ist der auf die ersten 3 Krankheitstage folgende Arbeitstag ein Sonntag oder gesetzlicher Feiertag, verschiebt sich die Pflicht des Mitarbeiters auf den darauf folgenden nächsten Arbeitstag. Bei der Berechnung der Frist zählt der Tag des Beginns der Arbeitsunfähigkeit mit. Beginnt z.B. die Erkrankung am Dienstag, muss die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit am Freitag erfolgen. Die Vertragsmuster geben die gesetzliche Möglichkeit wieder, im Einzelfall vom Mitarbeiter schon früher die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit zu verlangen. Verletzt der Arbeitnehmer wiederholt seine Anzeige- und/oder Nachweispflichten, so kann nach **vorheriger Abmahnung eine ordentliche Kündigung** gerechtfertigt sein (vgl. Kapitel B 12 „Kündigung“, Abschnitt 2.3.3.1).

### 5.7 Gehaltsfortzahlung

Grundsätzlich haben alle Mitarbeiter bei Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit Anspruch auf Lohn- oder Gehaltsfortzahlung bis zur Dauer von 6 Wochen. Dieser Anspruch ergibt sich unmittelbar aus gesetzlichen Vorschriften (§§ 3, 4 Entgeltfortzahlungsgesetz) und **kann durch Vereinbarung im Arbeitsvertrag nicht eingeschränkt oder gar ausgeschlossen werden**. Der Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter (BRTV) enthält **keinen eigenen tarifvertraglichen Anspruch** auf Weiterzahlung des

Gehalts bei unverschuldeter Arbeitsversäumnis, sondern verweist in § 9 deklaratorisch auf die jeweilige gesetzliche Regelung.

Im  $\rightarrow$  außertariflichen Arbeitsvertrag ist in Ziff. 7.1 der Anspruch auf Gehaltsfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit infolge unverschuldeter Krankheit vertraglich geregelt, und zwar mit der Möglichkeit, eine **längere Dauer der Gehaltsfortzahlung** als die üblichen 6 Wochen festzulegen.

Ferner enthält der  $\rightarrow$  außertarifliche Arbeitsvertrag in Ziff. 7.2 die Regelung einer **Gehaltsfortzahlung beim Ableben des Mitarbeiters** an den unterhaltsberechtigten Ehegatten/Lebenspartner oder die unterhaltsberechtigten Kinder des Mitarbeiters für einen individuell festzulegenden Zeitraum.

Bei Arbeitsverhältnissen, die dem Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter (BRTV) unterliegen, ergibt sich eine Verpflichtung des Apothekeninhabers zur Fortzahlung des Gehalts **im Todesfall des Mitarbeiters** für weitere 6 Wochen an den unterhaltsberechtigten Ehegatten, den unterhaltsberechtigten nicht-ehelichen Lebensgefährten oder die unterhaltsberechtigten Kinder aus § 10 BRTV.

Einzelheiten zu Fragen der Arbeitsverhinderung und der Gehaltsfortzahlung werden im Kapitel A 4 „Entgeltfortzahlung bei Krankheit, im Todesfall und an Feiertagen“ dargestellt.

### 5.8 Erholungsurlaub

#### 5.8.1 Urlaubsdauer

Nach § 11 Abs. 3 BRTV beträgt der Urlaub für alle Mitarbeiter 34 Werktage. Dazu kommt ein Werktag Zusatzurlaub nach 5-jähriger ununterbrochener Betriebszugehörigkeit. Günstigere Regelungen aufgrund früherer Tarifverträge sind entfallen; insoweit gibt es auch keine Bestandsschutzklausel.

Als Werktage zählen alle Tage außer Sonn- und Feiertagen. Demzufolge ist auch der **Samstag ein Werktag**. Verteilt sich die Arbeitszeit des Mitarbeiters auf weniger als 6 Werktage in der Woche, so ist der Urlaubsanspruch – der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts folgend – von Werktagen in Arbeitstage umzurechnen (§ 11 Abs. 4 BRTV).

Der tarifliche Urlaubsanspruch ist zwingend für alle Arbeitsverhältnisse, die einer echten **Tarifbindung** unterliegen, also bei gleichzeitiger Mitgliedschaft der beiden Vertragsparteien in ihren tarifschließenden Organisationen.

Liegt kein Fall der Tarifbindung vor, kann die Höhe des Urlaubsanspruchs, abgesehen vom **gesetzlichen Mindestsatz** (24 Werktage), **frei vereinbart** werden. Dies gilt auch dann, wenn im Arbeitsvertrag im Übrigen auf den Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter (BRTV) verwiesen wird, wie dies im → Arbeitsvertrag Ziff. 12 der Fall ist.

### 5.8.2 Zwölfteilung im Ein- und Austrittsjahr

Nach Ziff. 8.3 des → außertariflichen Arbeitsvertrages beträgt der Urlaubsanspruch für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses 1/12 des Jahresurlaubs, wenn das Arbeitsverhältnis nicht während des gesamten Kalenderjahres besteht. Ist ein **Beschäftigungsmonat** nicht vollendet, so entfällt für diesen Monat der Urlaubsanspruch, selbst wenn nur ein Tag zur Vollendung des Monats fehlt.

Der Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter (BRTV) geht gleichfalls vom Zwölfteilungsprinzip aus und bestimmt in § 11 Abs. 5 Satz 1, dass der Mitarbeiter für jeden vollen Monat der Betriebszugehörigkeit Anspruch auf 1/12 des tariflichen Jahresurlaubs hat. Auch hier kommt es für die Berechnung nach dem eindeutigen Wortlaut nicht auf volle Kalendermonate, sondern auf **volle Beschäftigungsmonate** an<sup>22</sup>. Dies wirkt sich allerdings nur dann aus, wenn ein Arbeitsverhältnis während eines Kalendermonats beginnt und auch während eines Kalendermonats im selben Kalenderjahr wieder endet. **Beispiel:** Ein Arbeitsverhältnis beginnt am 15. Februar und endet am 15. August. Hier sind 6 Beschäftigungsmonate vollendet, sodass nach der Regelung im Tarifvertrag und in Ziff. 8.3 des → außertariflichen Arbeitsvertrags 6/12 des Jahresurlaubs zu gewähren sind.

Durch die Zwölfteilungsregelung darf allerdings der Mindesturlaubsanspruch nach dem Bundesurlaubsgesetz nicht unterschritten werden. Dieser beträgt – nach erfüllter Wartezeit von 6 Monaten – 24 Werktage und steht dem Arbeitnehmer auch dann zu, wenn sich nach der Zwölfteilungsregelung ein geringerer Urlaubsanspruch ergibt (s. dazu Kapitel A 7 „Erholungsurlaub“, Abschnitt 5.3.1). Dies wird aus Transparenzgründen in § 11 Abs. 5 Satz 2 BRTV und im → außertariflichen Arbeitsvertrag in Ziff. 8.3 ausdrücklich erwähnt.

### 5.8.3 Festlegung des Urlaubszeitpunkts

Im Rahmen seines Direktionsrechts (vgl. dazu oben Abschnitt 4) hat der Arbeitgeber grundsätzlich die Befugnis, den Urlaubszeitpunkt für die einzelnen Mitarbeiter festzulegen (→ Außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 8.2, → Arbeitsvertrag, Ziff. 6.2). Bei der Festlegung des Urlaubs sind die Urlaubswünsche des Mitarbeiters zu berücksichtigen, es sei denn, dass ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen (z.B. schulpflichtige Kinder), entgegenstehen (§ 7 Abs. 1 Bundesurlaubsgesetz, § 11 Abs. 6 BRTV). Der Apothekeninhaber soll nach § 11 Abs. 6 Satz 2 BRTV einen schriftlichen Urlaubsantrag des Mitarbeiters spätestens nach 4 Wochen bescheiden.

### 5.8.4 Übertragung auf das nächste Kalenderjahr, Unterscheidung zwischen Mindest- und Mehrurlaub

Wenn der Urlaub ausnahmsweise auf das nächste Kalenderjahr übertragen wird, muss ihn der Arbeitnehmer bis spätestens 31. März des Folgejahres geltend machen. Tut er dies nicht, verfällt der Urlaubsanspruch grundsätzlich mit Ablauf des 31. März ersatzlos. Dies gilt nach der Rechtsprechung des EuGH und des BAG (siehe dazu Kapitel A 7 „Erholungsurlaub“, Abschnitt 8.3) jedoch nicht, wenn der Arbeitnehmer infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit überhaupt nicht in der Lage ist, den Urlaub bis zum 31. März des Folgejahres zu nehmen. In diesem Fall ist der Urlaubsanspruch auf das nächste Urlaubsjahr zu übertragen. Er wird jedoch nicht unbegrenzt angesammelt, sondern erlischt 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres, also am 31. März des übernächsten Jahres<sup>23</sup>.

Dieser Fall der weiteren Übertragung betrifft allerdings zwingend **nur den gesetzlichen Mindesturlaub** von 24 Werktagen. Dies hat auch der BRTV in § 11 Abs. 7 Satz 2 klargestellt. Bezüglich eines darüber hinausgehenden vertraglichen oder tariflichen Urlaubsanspruchs kann zwischen den Parteien vereinbart werden, dass dieser nach Ablauf des Übertragungszeitraums auch dann verfällt, wenn der Urlaub im Übertragungszeitraum wegen Arbeitsunfähigkeit nicht

<sup>22</sup> Fichtel/Mettang, Kommentar zum Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter, 13. Aufl., Stand Juni 2017, § 11 Rdnr. 6.

<sup>23</sup> BAG, Urteil vom 7.8.2012, NZA 2012, S. 1216 (Rdnr. 32), im Anschluss an EuGH, Urteil vom 22.11.2011, NZA 2011, S. 1333.

genommen werden kann. Entsprechende Regelungen enthalten die nachfolgenden Musterverträge (→ Arbeitsvertrag, Ziff. 6.1, → Außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 8.1). Das Gleiche gilt für den tariflichen Mehrurlaub von 10 Werktagen (34 Tage minus 24 Tage); dieser verfällt mit dem 31. März des Folgejahres auch dann, wenn der Arbeitnehmer diesen Urlaub krankheitsbedingt bis zu diesem Zeitpunkt nicht nehmen konnte (§ 11 Abs. 7 Sätze 2, 3).

**Alle wichtigen Fragen des Urlaubsrechts werden ausführlich im Kapitel A 7 „Erholungsurlaub“ behandelt.**

### 5.9 Bezahlte Freistellung; Teilnahme an Fortbildungen

#### 5.9.1 Freistellung aus besonderen Anlässen

Ziff. 9.1 des → außertariflichen Arbeitsvertrages gibt dem Mitarbeiter einen Anspruch auf bezahlte Freistellung bei besonderen Anlässen. Grundsätzlich besteht ein solcher Anspruch auch ohne vertragliche Regelung für alle Arbeitnehmer nach § 616 BGB. Gemeint sind mit diesen Regelungen Fälle, in denen die **Arbeitsleistung für den Arbeitnehmer aus persönlichen Gründen unzumutbar** ist. Dies ist beispielsweise der Fall beim Tod naher Angehöriger, bei eigener Eheschließung, bei Niederkunft der Ehefrau, bei der Teilnahme an einer seltenen Familienfeier, bei Arztbesuchen, die nicht außerhalb der Arbeitszeit durchgeführt werden können, bei der Ladung zu Behörden und gerichtlichen Terminen, bei der Einberufung zum Laienrichteramts in den verschiedenen Gerichtszweigen, bei der Ablegung von Prüfungen usw. Bei den in Ziff. 9.1 des → außertariflichen Arbeitsvertrages erwähnten Anlässen handelt es sich um eine **beispielhafte, nicht abschließende Aufzählung**.

Die Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers aus § 616 BGB kann im Arbeitsvertrag ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Demgemäß kann der Apothekeninhaber nach Ziff. 9.1 des → außertariflichen Arbeitsvertrages eine **zeitliche Obergrenze** festlegen, die durch die verschiedenen Freistellungen **insgesamt pro Kalenderjahr** nicht überschritten werden darf. Eine solche Regelung findet sich – für dem Bundesrahmentarifvertrag unterliegende Arbeitsverhältnisse – beispielsweise in § 10 a BRTV mit einer Obergrenze von 2 Arbeitstagen pro Kalenderjahr. Mit Festlegung einer derartigen zeitlichen Begrenzung ist allerdings nichts darüber ausge-

sagt, welchen Umfang die einzelnen Anlässe der Freistellung für sich haben dürfen. Allgemein besteht der Freistellungs- und Vergütungsanspruch für den Zeitraum, der notwendig ist, um an dem Ereignis teilzunehmen. Möchte der Mitarbeiter über den unmittelbar notwendigen Zeitraum hinaus der Arbeit fernbleiben, muss er Urlaub beantragen. S. im Übrigen ausführlich zu dieser Thematik Kapitel A 8 „Sonstige Freistellung“, Abschnitte 2.1 und 3.7.

#### 5.9.2 Teilnahme an Fortbildungen

Der → außertarifliche Arbeitsvertrag regelt in Ziff. 9.2 die Teilnahme des Mitarbeiters an Fortbildungs- und Schulungsveranstaltungen **auf Anordnung des Apothekeninhabers** (s. für tarifgebundene Arbeitsverhältnisse die ähnliche Bestimmung des § 17 Abs. 5 BRTV). Dieser kann den Mitarbeiter hierzu aufgrund seines Direktionsrechts (s. dazu oben Abschnitt 4) verpflichten. Dabei kann es sich um Veranstaltungen verschiedenster Art handeln, seien es fachlich-pharmazeutische Themen, wirtschaftliche Fragestellungen, EDV- bzw. IT-Schulungen, Schulungen im Rahmen des Qualitätsmanagementsystems nach § 2a ApBetrO u. a. m. Die Teilnahme muss für den Mitarbeiter allerdings zumutbar sein, z. B. hinsichtlich der zeitlichen Lage der Veranstaltung; seine Interessen sind angemessen zu berücksichtigen.

Die Teilnahme an der Veranstaltung ist stets Arbeitszeit und als solche vergütungspflichtig. Zur Arbeitszeit zählt bei einer externen Veranstaltung auch die für die An- und Abreise verbrachte Zeit. Soweit die vertraglich vereinbarte Wochenarbeitszeit durch die Teilnahme überschritten wird, besteht Anspruch auf Mehrarbeitsvergütung nach Ziff. 4.2 des → außertariflichen Arbeitsvertrages. Dies wird insbesondere dann in Betracht kommen, wenn die Veranstaltung oder Schulung in für den Mitarbeiter arbeitsfreier Zeit stattfindet, d. h. an Sonn- oder Feiertagen oder an einem ggf. arbeitsfreien Samstag oder Wochentag.

Sämtliche Aufwendungen, die die Veranstaltung verursacht, trägt der Apothekeninhaber, der die Teilnahme angeordnet hat. Der Mitarbeiter ist für die entstandenen Kosten nachweislich.

#### 5.10 Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Während des bestehenden Arbeitsverhältnisses ist jedem Mitarbeiter die Ausübung einer Kon-

kurrenztätigkeit auch ohne besondere Vereinbarung untersagt. **Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist hingegen der Arbeitnehmer grundsätzlich in der Verwertung seiner Arbeitskraft frei.** So kann etwa ein angestellter Apotheker nach seinem Ausscheiden eine eigene Apotheke in unmittelbarer Nähe des bisherigen Arbeitsplatzes gründen oder als Inhaber oder Pächter übernehmen oder in einer Konkurrenzapotheke eine neue Tätigkeit ausüben. Zur Absicherung dieser Risiken kann der Apothekeninhaber mit seinen Arbeitnehmern eine **Wettbewerbsabrede** bei Abschluss des Arbeitsvertrages oder jederzeit während der Dauer des Arbeitsverhältnisses vereinbaren (§ 110 GewO). Hiernach kann dem Arbeitnehmer untersagt werden, im Einzugsbereich der Apotheke eine eigene Apotheke zu errichten oder auf eigene oder fremde Rechnung als Inhaber, Pächter oder Verwalter zu betreiben oder in ihr als Arbeitnehmer oder in sonstiger Weise tätig zu sein. Im Gegenzug muss sich der Arbeitgeber zur Zahlung einer sog. Karenzentschädigung verpflichten, die für jedes Jahr des Verbots mindestens die Hälfte der letzten vertraglichen Bezüge des Arbeitnehmers erreicht.

Bei einem leitenden Mitarbeiter steht die Frage eines Wettbewerbsverbots grundsätzlich sicherlich im Raum. Auf der anderen Seite ist die wirtschaftliche Belastung durch die Karenzentschädigung zu bedenken. Es bedarf also einer sorgfältigen Abwägung im Einzelfall. Entscheidet sich der Apothekeninhaber für ein Wettbewerbsverbot, sollte er sich des **Musters „Wettbewerbsvereinbarung“** im Kapitel B 9 „Wettbewerbsverbot“ bedienen.

**Auch zu sonstigen Fragen sei auf die ausführlichen Erläuterungen des Kapitels B 9 „Wettbewerbsverbot“ verwiesen.**

### 5.11 Nebentätigkeiten

Einem Arbeitnehmer ist grundsätzlich die Ausübung einer weiteren Beschäftigung neben seinem Hauptarbeitsverhältnis gestattet. Allerdings gibt es einige allgemeine Grenzen für die Zulässigkeit von Nebentätigkeiten:

- Die Nebenbeschäftigung darf nicht für ein Konkurrenzunternehmen ausgeübt werden. Während des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses unterliegt der Arbeitnehmer einem **Wettbewerbsverbot**. Dieses gilt kraft Gesetzes und bedarf daher keiner vertraglichen Vereinbarung. Das BAG neigt neuerdings dazu, das

Wettbewerbsverbot auf unmittelbare Konkurrenzaktivitäten zu beschränken und davon bloße Hilfstätigkeiten auszunehmen, die allenfalls zu einer untergeordneten wirtschaftlichen Unterstützung des Konkurrenzunternehmens führen können<sup>24</sup>.

- Die Nebenbeschäftigung darf nicht dazu führen, dass der Arbeitnehmer seine vertraglichen Pflichten gegenüber dem Hauptarbeitgeber nicht mehr in vollem Umfang erfüllen kann. Er muss sich so verhalten, **dass seine Arbeitskraft nicht beeinträchtigt wird**. Dies bedeutet beispielsweise auch, dass der Arbeitnehmer während einer Krankschreibung keine (Neben-)Tätigkeiten ausüben darf, die seine Genesung verzögern oder gefährden. Der gleiche Gedanke liegt dem gesetzlichen und tarifvertraglichen Verbot zugrunde, dass der Arbeitnehmer während des Urlaubs keine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit leisten darf (§ 8 BUrlG, § 11 Abs. 10 BRTV).
- Durch die Aufnahme der Nebentätigkeit darf es nicht zu einer **Überschreitung der gesetzlich zulässigen Höchstarbeitszeiten** von 10 Stunden täglich oder 48 Stunden wöchentlich bzw. 60 Stunden mit Ausgleichspflicht kommen (vgl. hierzu Kapitel A 5 „Arbeitszeit“, Abschnitt 3). Die Arbeitszeiten aus der Haupt- und der Nebenbeschäftigung sind zusammenzurechnen. Der Arbeitgeber als Adressat des Arbeitsschutzes ist für die Einhaltung der Arbeitszeitgrenzen verantwortlich. Der Arbeitnehmer darf nur beschäftigt werden, wenn die Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes eingehalten sind. Somit hat der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis von Nebenbeschäftigungen. Soweit eine Überschreitung der danach bestehenden Grenzen nicht ausgeschlossen werden kann, hat der Arbeitgeber daher gegen den Arbeitnehmer einen Anspruch auf Auskunft über das Ob und den Umfang einer Nebentätigkeit<sup>25</sup>.

In einem Tarifvertrag oder im Einzelarbeitsvertrag kann festgelegt werden, dass der Arbeitnehmer eine Nebentätigkeit nur mit Zustimmung des Arbeitgebers aufnehmen darf oder dass der Arbeitgeber berechtigt sein soll, die Aufnahme oder Ausübung einer Nebentätigkeit zu untersagen. Der **Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter (BRTV) enthält keine derartige Klausel**. Daher sollte der Arbeits-

<sup>24</sup> BAG, Urteil vom 24.3.2010, NZA 2010, S. 693 (Rdnr. 17).

<sup>25</sup> BAG, Urteil vom 11.12.2001, NZA 2002, S. 965 (967).

vertrag eine entsprechende Regelung vorsehen. Allerdings darf dem Arbeitgeber nicht die Erlaubnis zur Untersagung schlechthin jeder Nebentätigkeit eingeräumt werden, sondern nur solcher Nebenbeschäftigungen, an deren **Unterlassung der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse** hat<sup>26</sup> (s. → Außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 10, → Arbeitsvertrag, Ziff. 8). Dies ist z. B. der Fall bei Konkurrenzstätigkeiten, bei übermäßiger Inanspruchnahme des Mitarbeiters durch die zweite Beschäftigung, sodass das erste Arbeitsverhältnis wesentlich beeinträchtigt wird, bei der Gefahr der Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen, aber auch bei einer Gefahr der Überschreitung der zulässigen Höchstarbeitszeiten nach den §§ 3, 5 Arbeitszeitgesetz. Manche Arbeitsverträge verbieten dem Arbeitnehmer pauschal jegliche vom Arbeitgeber nicht genehmigte Nebentätigkeiten. Eine solche Klausel wird von den Arbeitsgerichten im Hinblick auf die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers (Art. 12 GG) dahin ausgelegt, dass der Arbeitnehmer einen Rechtsanspruch auf Genehmigung hat, wenn die Nebentätigkeit die Interessen des Arbeitgebers nicht beeinträchtigt<sup>27</sup>. Der Arbeitgeber darf also die Aufnahme einer Nebenbeschäftigung nicht willkürlich untersagen, sondern nur zur Wahrung seiner eigenen berechtigten Interessen.

**Beispiel:** Der approbierte Mitarbeiter hält abends oder am Wochenende wissenschaftliche Vorträge oder schreibt Artikel für Fachzeitschriften. Ebenso wenig werden die Interessen des Apothekeninhabers beeinträchtigt, wenn sich ein Mitarbeiter in seiner Freizeit z. B. als Tennistrainer oder Skilehrer betätigt.

Damit der Apothekeninhaber prüfen kann, ob die vom Mitarbeiter ausgeübte Nebenbeschäftigung seine Interessen beeinträchtigt, enthalten die Arbeitsvertragsmuster die Verpflichtung des Arbeitnehmers, jede entgeltliche Nebentätigkeit dem Apothekeninhaber unverzüglich und unaufgefordert bekanntzugeben (→ außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 10; → Arbeitsvertrag, Ziff. 8). Ohne Bestehen einer solchen Vertragsklausel muss der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber (nur) dann eine Nebentätigkeit anzeigen, wenn dadurch dessen Interessen bedroht sind<sup>28</sup>.

Die Ausübung einer zu Recht untersagten Nebentätigkeit kann – nach vorheriger Abmahnung – einen Grund für eine verhaltensbedingte **Kündigung** (vgl. auch Kapitel B 12 „Kündigung“, Abschnitt 2.3.3.1), in schwerwiegenden Fällen auch für eine außerordentliche Kündigung darstellen. Kein Kündigungsgrund ist die Ausübung einer zulässigen, die Interessen des Arbeitgebers nicht berührenden Nebenbeschäftigung, auch wenn der Arbeitgeber dem Mitarbeiter diese Nebentätigkeit untersagt hat<sup>29</sup>.

### 5.12 Geheimhaltungspflichten und Datenschutz

Arbeitnehmer unterliegen im Hinblick auf bestimmte betriebsinterne Tatsachen und Daten einer Verschwiegenheitspflicht als arbeitsvertragliche Nebenpflicht. Diese wird in der Praxis häufig im Arbeitsvertrag konkreter ausgestaltet. Zugleich ergeben sich Vertraulichkeits- und Schweigepflichten, die gerade im Apothekenbereich große Bedeutung haben, auch aus einer Reihe gesetzlicher Regelungen.

Die Pflicht, Stillschweigen zu bewahren, umfasst jede Art der Offenlegung, selbstverständlich auch und erst recht die Verbreitung im Internet. Die Geheimhaltungspflicht bei Apothekenmitarbeitern geht in 2 Richtungen:

**Zum einen** erstreckt sie sich auf **Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse**. Darunter werden Tatsachen verstanden, die

- im Zusammenhang mit einem Betrieb stehen,
- nicht offenkundig, sondern nur einem engbegrenzten Personenkreis bekannt sind und
- nach dem bekundeten Willen des Betriebsinhabers geheim zu halten sind<sup>30</sup>.

Ein klassisches Beispiel ist die Zusammensetzung einer bestimmten Hausspezialität, aber auch spezielle Computersoftware. Weiter gehören hierzu Tatsachen aus dem kaufmännischen Bereich des Unternehmens, z. B. Bilanzen, Inventuren, Angaben zu Umsatz oder Gewinn, Rabatte von Großhändlern oder pharmazeutischen Herstellern und generell Konditionen der Apotheke bei Geschäftspartnern, Lieferantendaten, Kundenzahlen, Kundenlisten, die Preisgestaltung, Kaufgewohnheiten von Kunden, Marktstrategien, Fakten aus dem Personalbereich. Wenn ein Mitarbeiter ein Geschäftsgeheimnis, das ihm im Rahmen seines Beschäftigungsver-

<sup>26</sup> BAG, a. a. O.

<sup>27</sup> BAG, Urteil vom 13.3.2003, NZA 2003, S. 976 (978); Urteil vom 21.9.1999, NZA 2000, S. 723.

<sup>28</sup> BAG, Urteil vom 18.1.1996, NZA 1997, S. 41 (42).

<sup>29</sup> BAG, Urteil vom 26.8.1976, DB 1977, S. 544.

<sup>30</sup> BAG, Urteil vom 26.2.1987, BB 1987, S. 2448 (2449).

hältnisses anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses offenlegt, macht er sich zusätzlich zur Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) sogar **strafbar**.

**Zum zweiten** unterliegen alle Mitarbeiter einer Apotheke auch der Verschwiegenheitspflicht über sämtliche **patienten- und arzt-spezifischen Umstände** wie z. B. Namen und persönliche Daten von Kunden und Patienten, deren Ärzte und Behandlungen, Arten von Erkrankungen oder Verletzungen, Art und Häufigkeit der Arzneimittelabgabe, Ergebnisse von vorgenommenen Analysen wie etwa Blutuntersuchungen, persönliche Lebensumstände, Ereignisse, Auffälligkeiten und Vorlieben. Die Schweigepflicht gilt gegenüber jedermann, auch engen Angehörigen von Kunden wie Ehegatten, Kindern oder Eltern, ebenso gegenüber den Arbeitskollegen oder dem Vorgesetzten, sofern diese nicht in den konkreten Fall eingebunden sind.

Für Apothekerinnen und Apotheker ergibt sich die Pflicht zur Geheimhaltung solcher Informationen auch aus der Berufsordnung ihrer Landesapothekerkammer und aus § 203 Abs. 1 **Strafgesetzbuch**. Danach macht sich strafbar, wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, z. B. Patientendaten, offenbart, das ihm als Apotheker anvertraut oder sonst bekannt geworden ist. Nach § 203 StGB unterliegen aber auch weitere Personen der heilberuflichen Schweigepflicht, wenn ihre Mitwirkung an der Berufsausübung erforderlich ist und sie auf Patientengeheimnisse Zugriff haben. Dies können vor allem Apothekenmitarbeiter sein, die nicht Apotheker sind, aber auch externe Beauftragte, z. B. IT-Dienstleister (zur Auslagerung von Kunden- und Patientendaten an externe Dienstleister s. den Hinweis am Ende des Abschnitts 4.18 im **Kapitel A 11 „Beschäftigtendatenschutz“**). Der Apothekeninhaber seinerseits muss diese Personen zur Geheimhaltung verpflichten; andernfalls macht er sich selbst strafbar, wenn diese Personen eine Geheimnisverletzung begehen (§ 203 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB). Auf die Geheimhaltung verpflichtet werden müssen nicht nur neu einzustellende, sondern auch bereits in der Apotheke tätige Mitarbeiter. In der Anlage dieses Kapitels findet sich das **Muster** → **Verpflichtung zum Schutz von Privatgeheimnissen nach § 203 StGB**.

Schließlich folgt die Pflicht von Apothekenmitarbeitern zur Vertraulichkeit bezüglich perso-

nenbezogener Daten von Kunden, Patienten und Ärzten auch aus den **Datenschutzvorschriften**, insbesondere aus der Datenschutz-Grundverordnung der EU (DS-GVO). Der Apothekeninhaber hat seine Mitarbeiter mit Abschluss des Arbeitsvertrags auf die Einhaltung dieser gesetzlichen Bestimmungen zu verpflichten (→ außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 1.1; → Arbeitsvertrag, Ziff. 7). Das **Muster einer Verpflichtungserklärung** ist in einer Anlage des Kapitels A 11 „Beschäftigtendatenschutz“ abgedruckt. Im Allgemeinen obliegt dem Arbeitnehmer als arbeitsvertragliche Nebenpflicht auch eine Verschwiegenheitspflicht über **persönliche Umstände oder Verhaltensweisen des Arbeitgebers**, die dieser ausdrücklich als vertraulich bezeichnet hat, wenn dieser durch die Preisgabe geschädigt (etwa in seiner Kreditwürdigkeit beeinträchtigt) oder in der öffentlichen Meinung herabgewürdigt würde.

Die Pflicht zum Stillschweigen über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse kann nach dem Bundesarbeitsgericht auch ohne vertragliche Festlegung grundsätzlich auch **nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses** bestehen<sup>31</sup>. Dabei gibt es prinzipiell keine zeitliche Begrenzung. Der Arbeitgeber kann allerdings den Arbeitnehmer aus der Schweigepflicht entlassen.

Aus der Verpflichtung, Verschwiegenheit, z. B. über Kundenbeziehungen, zu bewahren, folgt noch **nicht die Verpflichtung, die Kunden des bisherigen Arbeitgebers nicht zu umwerben**<sup>32</sup>. Allein eine nachvertragliche Verschwiegenheitspflicht sowie die allgemeine nachvertragliche Treuepflicht begründen für den Arbeitgeber regelmäßig keinen Anspruch gegen den ehemaligen Mitarbeiter auf Unterlassung von Wettbewerb<sup>33</sup>. Es ist deshalb denkbar, dass ein Arbeitnehmer ohne Verwendung geheim zu haltender Tatsachen konkurrierend gewerblich tätig wird. Dagegen schützt den früheren Arbeitgeber nur ein Wettbewerbsverbot, das mit der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Karenzentschädigung verbunden ist (vgl. hierzu Kapitel B 9 „Wettbewerbsverbot“).

**Hinweis:** Um mögliche Unsicherheiten über das Bestehen einer Geheimhaltungspflicht nach Arbeitsvertragsende zu vermeiden, ist eine entsprechende Regelung im Arbeitsver-

<sup>31</sup> BAG, Urteil vom 15.12.1987, NJW 1988, S. 1686.

<sup>32</sup> BAG, Urteil vom 15.6.1993, NZA 1994, S. 502 (506).

<sup>33</sup> BAG, Urteil vom 19.5.1998, BB 1999, S. 212 (213).

trag anzuraten. Diese darf allerdings nicht pauschal alle betrieblichen Angelegenheiten umfassen; vielmehr geht es um zu schützende Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse. Diese sollten so konkret wie möglich bezeichnet oder wenigstens umschrieben werden. Im → außertariflichen Arbeitsvertrag, Ziff. 11.1 und im → Arbeitsvertrag, Ziff. 7.1 können entsprechende Eintragungen gemacht werden.

Des Weiteren ist in den beiden Formularen eine separate Geheimhaltungspflicht für vom Apothekeninhaber ausdrücklich als vertraulich bezeichnete Angelegenheiten enthalten, die keine Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse im eigentlichen Sinne darstellen (→ außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 11.2 und → Arbeitsvertrag, Ziff. 7.2).

Zuletzt enthalten die Arbeitsvertragsformulare auch die arbeitsvertragliche Verpflichtung, die heilberufliche Schweigepflicht nach § 203 StGB und die Datenschutzgesetze zu befolgen (→ außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 11.4 und → Arbeitsvertrag, Ziff. 7.4). Die **Verpflichtungserklärung für § 203 StGB** ist im Anschluss an die beiden Arbeitsvertragsformulare abgedruckt. Die **Verpflichtungserklärung für die Datenschutz-Grundverordnung** findet sich in einer Anlage des Kapitels A 11 „Beschäftigtendatenschutz“.

Verletzt der Mitarbeiter die Verschwiegenheitspflicht – gleichgültig, ob während oder nach Ende des Arbeitsverhältnisses –, so kann dies **Schadensersatzansprüche** des Arbeitgebers begründen. Der Apothekeninhaber kann, unter Umständen nach **Abmahnung**, auch eine **verhaltensbedingte Kündigung** aussprechen; in schwerwiegenden Fällen kommt eine fristlose Kündigung in Frage.

### 5.13 Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Der → außertarifliche Arbeitsvertrag (Ziff. 13) und der → Arbeitsvertrag (Ziff. 10) enthalten Bestimmungen über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

#### 5.13.1 Beendigung mit Erreichen der Altersgrenze?

##### 5.13.1.1 Keine automatische Beendigung

Entgegen einer verbreiteten Meinung **endet das Arbeitsverhältnis keineswegs automatisch mit Erreichen eines bestimmten Alters oder zu einem Zeitpunkt, zu dem der Mitarbeiter Altersrente in Anspruch nehmen kann**. Auch der

BRTV enthält keine Regelung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen Erreichens der Altersgrenze nach den Bestimmungen der gesetzlichen Sozialversicherung. Jedoch ist in vielen Arbeitsverträgen **die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Erreichen des Rentenanspruchs vereinbart**.

Allerdings bedarf eine solche Regelung, wie grundsätzlich jede Befristung eines Arbeitsverhältnisses, eines sachlichen Grundes. Dieser besteht im Bedürfnis des Arbeitgebers nach einer ausgewogenen Altersstruktur und einer berechenbaren Personal- und Nachwuchsplanung. Das Bundesarbeitsgericht hat diesen Bedürfnissen auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten (Grundrecht der Berufsfreiheit) jedenfalls dann Vorrang vor dem Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers gewährt, wenn für den betroffenen Arbeitnehmer bei Vertragsbeendigung eine ausreichende Alterssicherung vorgesehen ist<sup>34</sup>. Diese ist Bestandteil des Sachgrundes.

Dies muss kein Anspruch aus der gesetzlichen Rentenversicherung sein; es genügt eine anderweitige Altersversorgung mit einer gleichwertigen wirtschaftlichen Absicherung, wie sie z. B. bei der Apothekerversorgung gegeben ist<sup>35</sup>. Im Übrigen hängt die Wirksamkeit einer auf die Regelaltersgrenze bezogenen Befristung nicht von der konkreten Höhe der Rentenansprüche und damit der konkreten wirtschaftlichen Absicherung des Arbeitnehmers bei Erreichen der Altersgrenze ab<sup>36</sup>.

Durch eine derartige Altersgrenze wird der Arbeitnehmer auch nicht in unzulässiger Weise wegen des Alters diskriminiert<sup>37</sup>.

Darüber hinaus bleibt § 41 SGB VI ausdrücklich unberührt. Nach dieser Vorschrift ist die Vereinbarung einer Altersgrenze zulässig, wenn eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Erreichen der Regelaltersgrenze vorgesehen ist und der Arbeitnehmer ab diesem Zeitpunkt die gesetzliche Regelaltersrente beanspruchen kann. Wann dies der Fall ist, bestimmt sich nach dem Lebensalter des Mitarbeiters. Inso-

<sup>34</sup> Ständige Rechtsprechung, z. B. BAG, Urteil vom 18.1.2017, NZA 2017, S. 849 (Rdnr. 36); Urteil vom 11.2.2015, NZA 2015, S. 1066 (Rdnr. 25).

<sup>35</sup> BAG, Urteil vom 25.10.2017, NZA 2018, S. 507 (Rdnr. 42); Urteil vom 27.7.2005, NZA 2006, S. 37 (Rdnr. 31).

<sup>36</sup> Ständige Rechtsprechung, z. B. BAG, Urteil vom 18.1.2017, NZA 2017, S. 849 (Rdnr. 36); Urteil vom 9.12.2015, NZA 2016, S. 695 (Rdnr. 27); EuGH, Urteil vom 5.7.2012, NZA 2012, S. 785 (788).

<sup>37</sup> Ständige Rechtsprechung, z. B. BAG, Urteil vom 25.10.2017, NZA 2018, S. 507 (Rdnr. 43 ff.).

weit hat das „Rentenversicherungs-Altersgrenzenanpassungsgesetz“ vom 20.4.2007 (sog. Rente ab 67) wesentliche Änderungen gebracht. Danach erreichen Versicherte, die vor dem 1.1.1947 geboren wurden, die Regelaltersgrenze mit dem 65. Geburtstag, sofern sie eine allgemeine Wartezeit von 5 Jahren erfüllt haben. Für jüngere Versicherte wird die Altersgrenze von 65 Jahren dagegen beginnend ab 2012 stufenweise auf das Alter 67 angehoben; danach erreichen Versicherte der Jahrgänge 1964 und jünger die Regelaltersgrenze mit Vollendung des 67. Lebensjahres. Ausnahmen gibt es für langjährige Versicherte und einige andere Versicherten Gruppen. Für die Geburtsjahrgänge von 1947 bis 1963 gibt es also keine einheitliche Regelaltersgrenze mehr. Wenn in Arbeitsverträgen, die vor der Anhebung der Regelaltersgrenze, d. h. **vor dem 1.1.2008**, geschlossen wurden, explizit eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Vollendung des 65. Lebensjahres vorgesehen ist, ist dies regelmäßig dahin auszulegen, dass das Arbeitsverhältnis erst mit dem für den Bezug der Regelaltersrente jeweils maßgeblichen Lebensalter enden soll<sup>38</sup>.

**Hinweis:** Um zu vermeiden, dass eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt des Erreichens der Regelaltersgrenze nur mit einer **Abfindung** erreicht werden kann, empfiehlt es sich, in den Arbeitsvertrag die Regelung aufzunehmen, dass

- „das Arbeitsverhältnis, ohne dass es einer Kündigung bedarf, zu dem Zeitpunkt endet, in dem der/die Mitarbeiter/in Anspruch auf die Regelaltersrente hat“ (→ **Arbeitsvertrag, Ziff. 10.3**). Geht es um eine Apothekerin oder einen Apotheker, die im berufsständischen Versorgungswerk versichert sind, ist der Begriff „Altersruhegeld“ zutreffend (→ außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 13.4).

In manchen Fällen besteht auch der Wunsch nach **einer früheren Beendigung als mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze**. Dann aber muss nach § 41 Satz 2 SGB VI die Vereinbarung der **früheren Beendigung innerhalb der letzten 3 Jahre vor dem vereinbarten Zeitpunkt des Ausscheidens**<sup>39</sup> abgeschlossen worden sein oder ausdrücklich vom Arbeitnehmer bestätigt worden sein. Eine früher getroffene und nicht

bestätigte Vereinbarung gilt nach diesem Gesetz als auf das Erreichen der Regelaltersgrenze abgeschlossen. Diese Fiktion tritt aber nur ein, wenn sich der Arbeitnehmer hierauf beruft.

### 5.13.1.2 Weiterarbeit nach Erreichen der Altersgrenze

Zuweilen wünschen der Mitarbeiter oder der Arbeitgeber oder beide, dass der Arbeitnehmer seine Tätigkeit auch nach Erreichen der Regelaltersgrenze noch befristet fortsetzt. Insoweit kann wie folgt verfahren werden:

- Sieht der Arbeitsvertrag die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Erreichen der Regelaltersgrenze vor (s. Abschnitt 5.13.1.1), können die Parteien **den Beendigungszeitpunkt vertraglich hinausschieben**, ggf. auch mehrfach, sofern die Verlängerungsvereinbarung schriftlich und noch während des Arbeitsverhältnisses getroffen wurde (§ 41 Satz 3 SGB VI). Die befristete Weiterbeschäftigung muss sich nahtlos an das bisherige Arbeitsverhältnis anschließen. Zudem dürfen die übrigen Vertragsbedingungen **im Zuge der Verlängerung** in keiner Weise geändert werden<sup>40</sup> Möglich ist es aber, inhaltliche Änderungen, z. B. eine andere Arbeitszeit, außerhalb eines zeitlichen Zusammenhangs mit der Verlängerung zu vereinbaren (s. ausführlich Kapitel B 4 „Befristete Arbeitsverträge“, Abschnitt 6.6). Ein sachlicher Grund wie sonst bei befristeten Arbeitsverträgen muss für die befristete Weiterbeschäftigung nach § 41 Satz 3 SGB VI nicht vorliegen<sup>41</sup>.
- Sofern die Voraussetzungen der vorstehenden Variante nicht vorliegen, können die Parteien auch bei oder nach Erreichen des Renteneintrittsalters das Arbeitsverhältnis durch schriftliche Vereinbarung befristet fortsetzen. Dies setzt aber voraus, dass der Arbeitnehmer seine Altersrente beanspruchen kann **und** dass die befristete Fortsetzung einer konkreten, zum Zeitpunkt der Befristung bestehenden Personalplanung des Arbeitgebers dient, z. B. der Einarbeitung einer Ersatz- oder Nachwuchskraft<sup>42</sup>.

**Hinweis:** Wenn das Arbeitsverhältnis bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze befristet war, sollte der Arbeitgeber unbedingt darauf achten,

<sup>38</sup> BAG, Urteil vom 9.12.2015, NZA 2016, S. 695 (Rdnr. 15 f.).

<sup>39</sup> BAG, Urteil vom 17.4.2002, BB 2002, S. 1865 (1866).

<sup>40</sup> EuGH, Urteil vom 28.2.2018, NZA 2018, S. 355 (Rdnr. 56).

<sup>41</sup> BAG, Urteil vom 19.12.2018, NZA 2019, S. 523 (Rdnr. 32).

<sup>42</sup> BAG, Urteil vom 11.2.2015, NZA 2015, S. 1066 (Rdnr. 27, 28).

dass der Mitarbeiter nicht nach diesem Zeitpunkt einfach ohne Vereinbarung weiterarbeitet. Denn dadurch entsteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis (§ 15 Abs. 5 TzBfG). Dem kann nur durch unverzüglichen Widerspruch des Arbeitgebers oder besser durch Verlängerung vor Ende des bisherigen Arbeitsverhältnisses vorgebeugt werden. Wird keine dieser Maßnahmen ergriffen, kann das Arbeitsverhältnis nur erschwert durch Kündigung (s. dazu Kapitel B 12 „Kündigung“, Abschnitt 2.2.5) oder durch Aufhebungsvertrag beendet werden.

### 5.13.2 Prinzip der Kündigungsfreiheit

Grundsätzlich ist ein Arbeitsvertrag von jeder Vertragspartei kündbar. Das Prinzip der Kündigungsfreiheit gilt indessen nicht uneingeschränkt. Während der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis zu jeder Zeit **ohne einen Kündigungsgrund** mit der vertraglichen, tariflichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist ordentlich kündigen darf, kommt es beim Arbeitgeber darauf an, ob das Kündigungsschutzgesetz auf den Betrieb Anwendung findet oder nicht. Unterliegt die Apotheke dem **Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes** (vgl. hierzu Kapitel B 12 „Kündigung“, Abschnitt 5.1), ist eine **ordentliche Kündigung des Apothekeninhabers** nur dann wirksam, wenn personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Kündigungsgründe vorliegen (vgl. Kapitel B 12 „Kündigung“, Abschnitt 2.2 ff.).

### 5.13.3 Form der Kündigungserklärung

§ 623 BGB schreibt für die Kündigung eines Arbeitsvertrages die Schriftform vor. Auch nach § 19 Abs. 5 BRTV müssen Kündigungen schriftlich erfolgen. Diese gesetzliche und tarifvertragliche Vorgabe ist in den Vertragsmustern (→ außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 13.3, → Arbeitsvertrag, Ziff. 10.1) entsprechend wiedergegeben. Die Einhaltung der Schriftform ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung; eine lediglich mündlich erklärte Kündigung ist daher unwirksam.

### 5.13.4 Kündigungsfristen

Grundsätzlich bedarf jede **ordentliche** Kündigung der Einhaltung der vertraglichen, tariflichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist. Lediglich in den Fällen der Kündigung aus wichtigem Grund (**außerordentliche** Kündigung) ist

die Einhaltung einer Frist regelmäßig nicht erforderlich.

Die **gesetzliche Grundkündigungsfrist für den Arbeitgeber und den Arbeitnehmer beträgt 4 Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats** (vgl. zu den verschiedenen Kündigungsfristen Kapitel B 12 „Kündigung“, Abschnitt 1.6), die **tarifliche Kündigungsfrist** beiderseits **einen Monat zum Monatsende**. Eine Verlängerung der gesetzlichen oder tariflichen Kündigungsfrist durch vertragliche Vereinbarung ist für beide Parteien zulässig (§ 622 Abs. 5 Satz 3 BGB). Bezüglich der tariflichen Kündigungsfrist lässt der BRTV eine Verlängerung auf bis zu 3 Monate zum Monatsende zu (s. Fußnote 4 zu § 19 Abs. 1 BRTV). Generell darf die Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer nicht länger sein als für den Arbeitgeber (§ 622 Abs. 6 BGB). Beim → außertariflichen Arbeitsvertrag für einen leitenden Apotheker empfiehlt sich aus der Sicht des Apothekeninhabers die Vereinbarung einer Kündigungsfrist von mindestens 3 Monaten zum Monatsende.

Nach § 622 Abs. 2 BGB verlängern sich zugunsten **langjährig beschäftigter Mitarbeiter** je nach Dauer der Beschäftigungszeit die **vom Arbeitgeber einzuhaltenen** Kündigungsfristen auf bis zu 7 Monate zum Monatsende (s. Kapitel B 12 „Kündigung“, Abschnitt 1.6.2). Diese verlängerten Kündigungsfristen gelten nach dem Gesetz nicht bei einer Kündigung durch den Arbeitnehmer. Es ist jedoch zulässig, im Arbeitsvertrag zu vereinbaren, dass die gesetzlich verlängerten Kündigungsfristen bei entsprechender Dauer der Betriebszugehörigkeit auch bei Kündigungen durch den Arbeitnehmer einzuhalten sind (→ außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 13.2, → Arbeitsvertrag, Ziff. 10.2); so auch Fußnote 4 zu § 19 Abs. 1 BRTV.

Auf die übrigen Fragen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses geht das Kapitel B 12 „Kündigung“ in ausführlicher Weise ein.

### 5.13.5 Freistellung während der Kündigungsfrist

Bei einem Apotheker, der als Vertreter des Apothekeninhabers eine besondere Vertrauensstellung bekleidet, wie das beim außertariflichen Arbeitsvertrag vorausgesetzt wird, sollte der Arbeitsvertrag für den Fall einer Kündigung die Möglichkeit der Freistellung unter Fortzahlung der Vergütung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist vorsehen. Da der Mitarbeiter allerdings

auch während der Kündigungsfrist grundsätzlich den allgemeinen Beschäftigungsanspruch hat, muss für eine Freistellung ein die Interessen des Arbeitnehmers überwiegendes Freistellungsinteresse des Arbeitgebers vorliegen. Damit die Freistellungsklausel keine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellt, sollte sie die wesentlichen Gründe enthalten, die die Freistellung auslösen können (z. B. eine Konkurrenzfähigkeit des Mitarbeiters). Die Klausel in Ziff. 13.4 des → außertariflichen Arbeitsvertrags berücksichtigt dies und regelt auch weitere Punkte wie etwa die Anrechnung der Freistellung auf noch bestehende Urlaubsansprüche.

Ausführlich geht auf diese Thematik **das Kapitel B 12 „Kündigung“ in Abschnitt 1.8** ein.

Auch für die übrigen Fragen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei auf das Kapitel B 12 „Kündigung“ verwiesen.

### 5.13.6 Hinweis auf Formalien bei der Kündigung

Nach dem Nachweisgesetz (s. dazu oben Abschnitt 3.4) muss im Arbeitsvertrag auch auf das bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses einzuhaltende Verfahren hingewiesen werden. Unter den Mindestanforderungen für diesen Hinweis nennt das Gesetz neben dem Schriftformerfordernis für die Kündigung und den Kündigungsfristen auch die Frist für die Erhebung einer Kündigungsschutzklage durch den Arbeitnehmer (→ Arbeitsvertrag, Ziff. 10.3, → außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 13.5).

### 5.14 Ausschlussfristen

Sowohl im bestehenden Arbeitsverhältnis als auch nach dessen Beendigung liegt es im Interesse beider Parteien, über vielleicht noch bestehende gegenseitige Ansprüche möglichst rasch Klarheit zu gewinnen. Deshalb werden in Tarifverträgen regelmäßig Ausschlussfristen vereinbart. So bestimmt auch § 20 Abs. 2 des Bundesrahmentarifvertrages für Apothekenmitarbeiter (BRTV), dass nach Ende des Arbeitsverhältnisses alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis erlöschen, wenn sie nicht binnen einer Frist von 3 Monaten schriftlich geltend gemacht werden (vgl. hierzu Kapitel B 14 „Abwicklung des Arbeitsverhältnisses“, Abschnitt 5.1). Zusätzlich enthält § 20 Abs. 1 BRTV eine 3-monatige Ausschlussfrist im bestehenden Arbeitsverhältnis für Ansprüche des Arbeitnehmers aus Mehr-

arbeit, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit, auf Zulagen jeder Art sowie auf Vergütung der Notdienstbereitschaft (s. dazu Kapitel A 3 „Arbeitsvergütung“, Abschnitt 9.7).

Wenn ein Arbeitsverhältnis nicht dem Tarif unterliegt, sollte der Arbeitsvertrag eine Ausschlussfrist enthalten. Die Frist muss in einem vorformulierten Arbeitsvertrag an die Fälligkeit des jeweiligen Anspruchs anknüpfen<sup>43</sup>. Nur in einem Tarifvertrag – wie in § 20 Abs. 2 BRTV – oder in einem individuell ausgehandelten Arbeitsvertrag kann die Ausschlussfrist auch an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses anknüpfen (vgl. § 310 Abs. 4 BGB). Der → außertarifliche Arbeitsvertrag legt in Ziff. 14.1 eine Ausschlussfrist **von 3 Monaten ab Fälligkeit** fest. Für die Geltendmachung der Ansprüche genügt die Textform, also z. B. E-Mail oder Fax. Ziff. 14.1 des → außertariflichen Arbeitsvertrags regelt darüber hinaus die Frage, wie zu verfahren ist, wenn der Anspruch zwar innerhalb der Ausschlussfrist geltend gemacht wird, die Geltendmachung aber erfolglos bleibt. Dann muss der Anspruch innerhalb einer **weiteren Frist von 3 Monaten** beim Arbeitsgericht **eingeklagt** werden. Die zweite Frist beginnt entweder mit Ablehnung des Anspruchs oder, wenn der andere Vertragsteil sich nicht geäußert hat, nach Ablauf einer 2-Wochen-Frist seit Geltendmachung des Anspruchs.

Einige Ansprüche werden aus rechtlichen Gründen von der Ausschlussfrist nicht erfasst, insbesondere Ansprüche wegen Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, aus vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzungen oder aus unerlaubten Handlungen. Gleichfalls ausgenommen sind Ansprüche des Arbeitnehmers, die kraft Gesetzes unabdingbar sind und nicht verfallen können, wie z. B. der Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn (§ 3 Sätze 1, 3 MiLoG); letzterer ist in jedem (höheren) Gehalt als eine Art Grundbetrag enthalten. Wird in einem vorformulierten Arbeitsvertrag eine Ausschlussfrist vereinbart, muss darin der Anspruch auf den Mindestlohn klar und deutlich ausgenommen werden; andernfalls ist die Ausschlussklausel intransparent und damit **insgesamt** unwirksam<sup>44</sup> (→ außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 14.2). Kürzere als 3-monatige Ausschlussfristen dürfen nach der Rechtsprechung in vorformulierten Arbeitsverträgen nicht festgelegt werden. Siehe

<sup>43</sup> BAG, Urteil vom 1.3.2006, NZA 2006, S. 783 (784).

<sup>44</sup> BAG, Urteil vom 18.9.2018, NZA 2018, S. 1619 (Rdnr. 36 ff.).

hierzu und generell zu einzelvertraglichen Ausschlussklauseln ausführlich Kapitel B 14 „Abwicklung des Arbeitsverhältnisses“, Abschnitt 6.

### 5.15 Bezugnahme auf BRTV

Im  $\rightarrow$  Arbeitsvertrag, Ziff. 12, findet sich eine Bezugnahme auf den Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter (BRTV) in seiner jeweils gültigen Fassung. Diese Vertragsklauseln gehen davon aus, dass der Apothekeninhaber tarifgebunden ist und mit der Bezugnahmeklausel eine Gleichstellung nichttarifgebundener Mitarbeiter mit denjenigen Mitarbeitern erreichen will, die gegebenenfalls der Gewerkschaft ADEXA angehören. Für den Fall, dass der Apothekeninhaber aus dem Landesapothekerverband oder der für ihn zuständigen Tarifgemeinschaft austritt oder seinen Betrieb auf einen nichttarifgebundenen Arbeitgeber überträgt, regelt die Klausel darüber hinaus, dass in diesem Fall der BRTV nur noch mit dem Inhalt weitergelten soll, den er bei Ende der Tarifbindung hatte. Ausführlich wird zu diesen Fragen in Kapitel A 2 „Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter (BRTV)“, Abschnitt 3.2.2 Stellung genommen.

### 5.16 Schlussbestimmungen

Bei schriftlich vereinbarten Arbeitsverträgen ist festzulegen, dass auch **Änderungen und Ergänzungen des Arbeitsvertrages der Schriftform** bedürfen ( $\rightarrow$  Außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 16.1,  $\rightarrow$  Arbeitsvertrag, Ziff. 13.1). Eine solche Klausel ist schon im Hinblick auf das Nachweisgesetz erforderlich, das dem Arbeitgeber aufgibt, auch Änderungen der wesentlichen Vertragsbedingungen dem Arbeitnehmer schriftlich mitzuteilen (vgl. oben Abschnitt 3.3). Darüber hinaus ist es aus Sicht des Arbeitgebers wünschenswert, dass auch die Änderung oder Aufhebung der Schriftformklausel ihrerseits der Schriftform bedarf. Dies hat folgenden Hintergrund:

Ansprüche von Arbeitnehmern auf eine Leistung oder Vergünstigung, z. B. eine Gratifikation oder Prämie, können nicht nur durch ausdrückliche Regelung im Arbeitsvertrag entstehen, sondern auch durch **betriebliche Übung**, d. h. durch wiederholte, regelmäßige Gewährung der Leistung seitens des Arbeitgebers und stillschweigende Annahme dieses so gewerteten Vertragsangebots durch den Arbeitnehmer. Das Entstehen einer solch betrieblichen Übung kann nach

dem Bundesarbeitsgericht durch Verwendung einer doppelten Schriftformklausel, wie sie eben beschrieben wurde, verhindert werden<sup>45</sup>.

Allerdings muss bei der Formulierung dieser Klausel sorgfältig vorgegangen werden. Denn eine vom Arbeitgeber im Arbeitsvertrag vorformulierte doppelte Schriftformklausel kann beim Arbeitnehmer den Eindruck erwecken, jede spätere vom Vertrag abweichende mündliche Abrede sei nichtig. Dies entspricht aber nicht der wahren Rechtslage. Denn gem. § 305 b BGB haben individuelle Vertragsabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen, also auch vor Regelungen in Formulararbeitsverträgen. Eine zu weit gefasste doppelte Schriftformklausel ist irreführend und benachteiligt den Arbeitnehmer deshalb nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unangemessen i. S. v. § 307 Abs. 1 BGB<sup>46</sup>. Sie ist damit unwirksam. Das BAG hat allerdings auch entschieden, dass eine betriebliche Übung keine Individualabrede sei. Denn der Inhalt der betrieblichen Übung werde nicht ausgehandelt, sondern einseitig durch das Verhalten des Arbeitgebers bestimmt. Der Vorrang von Individualabreden gelte daher nicht für die betriebliche Übung<sup>47</sup>. Die doppelten Schriftformklauseln in den Musterverträgen berücksichtigen einerseits den Vorrang der Individualabreden, sorgen aber andererseits dafür, dass keine Ansprüche aufgrund betrieblicher Übung entstehen können. Eine weitere Schlussbestimmung regelt die Frage, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn eine oder mehrere Bestimmungen des Arbeitsvertrages unwirksam sind. Diese sogenannte **Teilnichtigkeit** führt nach § 139 BGB im Zweifel zur Nichtigkeit des ganzen Vertrages. Allerdings ist dieser Grundsatz im Arbeitsrecht nur eingeschränkt anwendbar<sup>48</sup>. Zur Klarstellung empfiehlt sich demnach eine arbeitsvertragliche Regelung des Inhalts, dass bei Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen der Vertrag im Übrigen wirksam bleibt ( $\rightarrow$  Arbeitsvertrag, Ziff. 13.2, und  $\rightarrow$  Außertariflicher Arbeitsvertrag, Ziff. 16.2).

(Weber)

<sup>45</sup> BAG, Urteil vom 24.6.2003, NZA 2003, S. 1145 (1147).

<sup>46</sup> BAG, Urteil vom 20.5.2008, NZA 2008, S. 1233 (Rdnr. 42).

<sup>47</sup> BAG, a. a. O. (Fußnote 46), Rdnr. 30.

<sup>48</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 4.10.1978, NJW 1979, S. 2119 (2120).