



Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für Juni 2022 unserer auf das Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei, **BECK.Kanzlei für Arbeitsrecht**. Auch in diesem Monat werden wir Sie über aktuelle Entscheidungen und Entwicklungen im Arbeitsrecht informieren.

Der erste Teil beschäftigt sich mit der Berechnungsmethode für den anteiligen Urlaub bei Kurzarbeit.

Im zweiten Teil musste sich das Bundesarbeitsgericht mit der Frage auseinandersetzen, ob ein Arbeitgeber einen Mitarbeiter ebenfalls auf den Schwerbehindertenzusatzurlaub hinweisen muss, obwohl er gar nicht weiß, dass der Mitarbeiter schwerbehindert ist.

Die Tipps im Juni beschäftigen sich mit der Frage, ob sich die durch das BAG entwickelte Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess durch die Entscheidung des EuGH geändert hat, wenn beim Arbeitgeber kein verlässliches System zur Messung der Arbeitszeit besteht.

Inhalt

- 1. Pro-rata-temporis-Berechnung des Urlaubsanspruchs bei Kurzarbeit**
(BAG vom 30.11.2021 – 9 AZR 234/21, BAG vom 30.11.2021 – 9 AZR 225/21)
- 2. Hinweisobliegenheit bei Schwerbehindertenzusatzurlaub**
(BAG vom 30.11.2021 – 9 AZR 143/21)
- 3. Tipps: Darlegungs- und Beweislast im Überstundenvergütungsprozess**

(BAG vom 30.11.2021 – 9 AZR 234/21, BAG vom 30.11.2021 – 9 AZR 225/21)

Während der Corona-Pandemie seit März 2020 hatten in der Spitze über 700.000 und damit nahezu ein Drittel aller Betriebe in Deutschland, die zumindest einen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen, **Kurzarbeit** angezeigt. Im April und Mai 2020 waren wohl zusammen über 10 Millionen Beschäftigte von Kurzarbeit betroffen.

Aufgrund eines europarechtlich geänderten Verständnisses des **Urlaubsanspruchs** stellte sich zwischenzeitlich die Frage, ob der Erholungsurlaub auch dann in vollem Umfang durch den Arbeitgeber zu gewähren ist, wenn sich der Arbeitnehmer im Kalenderjahr in Kurzarbeit befunden hatte. Für die sog. Kurzarbeit „Null“ hatte dies das LAG Düsseldorf im März 2021 angenommen (siehe „Aktuelles aus dem Arbeitsrecht 06/2021“).

Mit zwei Entscheidungen vom 30.11.2021 hat das BAG die Rechtsauffassung des LAG Düsseldorf sowie eine ähnliche Entscheidung des LAG Baden-Württemberg bestätigt. Über die Pressemitteilung hatten wir in „Aktuelles aus dem Arbeitsrecht“ im Januar 2022 berichtet.

Nunmehr liegen die Entscheidungsgründe vor, aus denen sich die **Berechnungsmethode für den anteiligen Urlaub** sehr schön ableiten lässt.

Voraussetzung des Urlaubsanspruchs

Das Bundesarbeitsgericht bestätigt in beiden Entscheidungen, dass der gesetzliche Urlaubsanspruch nach §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG – dem Grunde nach – allein das Bestehen des Arbeitsverhältnisses voraussetze. Er steht nicht unter der Bedingung, dass der Arbeitnehmer im Bezugszeitraum eine Arbeitsleistung erbracht hat. Gemäß § 4 BUrlG entsteht nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses der volle Urlaubsanspruch jeweils am 1. Januar eines Kalenderjahres in voller Höhe.

Allerdings sei der Umfang des gesetzlichen Urlaubsanspruchs nach § 3 Abs. 1 BUrlG zu berechnen. Die nach dieser Bestimmung geltenden Grundsätze sind auch dann anzuwenden, wenn für den Arbeitnehmer aufgrund von Kurzarbeit **an ganzen Arbeitstagen keine Arbeitspflicht** besteht.

Berechnung des Urlaubsanspruchs

Nach Ansicht des BAG bestimmt § 3 Abs. 1 BUrlG die Zahl der Urlaubstage ausgehend vom Erholungszweck des gesetzlichen Mindesturlaubs **in Abhängigkeit von der Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht**.

Die Vorschrift unterstelle eine an sechs Tagen der Kalenderwoche bestehende Arbeitspflicht und gewährleiste unter dieser Voraussetzung einen gesetzlichen Mindesturlaub von 24 Werktagen im Kalenderjahr (vier Wochen).

Ist die Arbeitspflicht nicht, wie in § 3 Abs. 1 BUrlG vorausgesetzt, auf sechs Tage der Kalenderwoche, sondern auf weniger oder mehr Wochentage verteilt, vermindert oder erhöht sich der Urlaubsanspruch entsprechend.

Normalerweise ist maßgeblich die im Arbeitsvertrag (oder z.B. Tarifvertrag) vorgesehene – regelmäßige – Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Arbeitstage.

Anpassungsobliegenheiten bei eintretenden Änderungen

Bei einer – in der Regel aufgrund einzelvertraglicher Absprachen oder kollektivrechtlicher Bestimmungen – eintretenden **Änderung der Arbeitstage mit Arbeitspflicht** ist der gesetzliche Urlaubsanspruch unter Berücksichtigung der einzelnen Zeiträume der Beschäftigung und der auf sie entfallenden Wochentagen mit Arbeitspflicht umzurechnen.

Dieses Verständnis einer **zeitabschnittsbezogenen Berechnung** anhand der arbeitsvertraglich zu leistenden Arbeit hat in § 3 Abs. 1 BUrlG seinen Ausdruck gefunden und wird durch § 208 Abs. 1 Satz 1 SGB IX (Schwerbehindertenzusatzurlaub, früher § 125 Abs. 1 Satz 1 SGB IX) bestätigt.

Das BAG geht davon aus, dass unter Umständen die Urlaubsdauer **im Kalenderjahr mehrfach berechnet** werden muss.

Die Umrechnung des nach § 3 Abs. 1 BUrlG in Werktagen bemessenen gesetzlichen Urlaubsanspruchs in Arbeitstage ist auch dann vorzunehmen, **wenn die Arbeitspflicht infolge einer wirksam eingeführten Kurzarbeit an ganzen Arbeitstagen entfällt**. Aus der Einführung von Kurzarbeit ergäbe sich eine neue, die vertragliche

Arbeitspflicht des Arbeitnehmers bestimmende Verteilung der Arbeitszeit, die eine Neuberechnung der Urlaubstage nach sich ziehen würde.

Berechnungsformel auf Basis von Werktagen

Der gesetzliche Mindesturlaub umfasst 24 Werk- tage ohne Berücksichtigung, an wie vielen Ta- gen der Arbeitnehmer tatsächlich die Arbeits- leistung zu erbringen hat.

Soll der Urlaub auf Basis von Werktagen berech- net werden (*nachfolgend am Beispiel des ge- setzlichen Mindesturlaubs*), geht das BAG von **312 Tagen mit Arbeitspflicht** aus (52 Wochen x 6 Werk- tage = 312 Werk- tage pro Jahr). Würde der Arbeitnehmer regelmäßig in einer 3- Tage-Woche arbeiten und ist die Arbeit infolge Kurzarbeit an 25 Tagen im Kalenderjahr ausge- fallen, ergäbe sich folgende Berechnungsfor- mel:

24 Werk- tage Urlaub x 131 Tage mit Arbeits- pflicht (156 abzgl. 25) : 312 Werk- tage = 10,1 Urlaub- stage

Berechnungsformel auf Basis von Arbeitstagen (in der Praxis üblich)

Die Berechnung des Urlaubsanspruchs kann auch Basis der regelmäßigen Arbeitstage erfol- gen, was insbesondere geboten ist, wenn der **Urlaubsanspruch in Arbeitstagen bemessen** wird (wie dies überwiegend der Fall ist). Erfolgt keine gesonderte Regelung für den über den gesetzli- chen Mindestanspruch hinaus gewährten Ur- laub, richtet sich die **Berechnung des Gesamt- urlaubs** nach den Vorgaben des BAG.

Ist der Arbeitnehmer z.B. in einer 5-Tage-Woche beschäftigt und hat 30 Arbeitstage Urlaub im Kalenderjahr (6 Wochen), ergibt sich bei Kurzar- beit an 50 (auch vereinzelt) Tagen Kurzarbeit im Jahr folgender **korrigierter Urlaubsanspruch**:

30 Arbeitstage Urlaub x 210 Tage mit Arbeits- pflicht (260 abzgl. 50) : 260 Werk- tage (52 x 5) = 24,2 Urlaub- stage

Leider musste das BAG nicht darüber entschei- den, wie mit Bruchteilen ganzer Urlaubstage umzugehen ist und ob hierfür die Regelung zur Teilurlaubsberechnung nach § 5 Abs. 2 BUrIG (Bruchteile von min. 0,5 sind aufzurunden) anzu- wenden ist.

Hinweisobliegenheit bei Schwerbehindertenzusatzurlaub (BAG vom 30.11.2021 – 9 AZR 143/21)

Schwerbehinderte Arbeitnehmer (GdB von mindestens 50) haben Anspruch auf einen bezahlten zusätzlichen Urlaub von fünf Arbeitstagen im Urlaubsjahr. Auf diesen Zusatzurlaub sind grundsätzlich die Vorschriften über die Entstehung, Übertragung, Kürzung und Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs anzuwenden.

Seit 2018 sind Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, ihre Mitarbeiter auf das Bestehen des Urlaubsanspruches im laufenden Kalenderjahr explizit hinzuweisen, andernfalls verfällt der Urlaub nicht nach den Regeln des Bundesurlaubsgesetzes.

Das Bundesarbeitsgericht musste sich in einer jetzt veröffentlichten Entscheidung vom 30.11.2021 mit der Frage auseinandersetzen, ob ein Arbeitgeber einen Mitarbeiter ebenfalls auf den Schwerbehindertenzusatzurlaub hinweisen muss, obwohl er gar nicht weiß, dass der Mitarbeiter schwerbehindert ist (zur Vorinstanz LAG Rheinland-Pfalz vom 14.01.2021 – 5 Sa 267/19, siehe „Aktuelles aus dem Arbeitsrecht“ im Mai 2021).



Beispiel

Arbeitnehmer A war von 2016 bis 2019 bei Arbeitgeber B als Sicherheitskraft beschäftigt. A kündigte das Arbeitsverhältnis zum 15.02.2019 und verlangte daraufhin die Abgeltung von 12 Tagen Zusatzurlaub für schwerbehinderte Arbeitnehmer (für 2016 anteilig 2 Tage, für 2017 und 2018 jeweils 5 Tage).

Der Arbeitgeber hatte bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Kenntnis von der Schwerbehinderung des Mitarbeiters.

Kann A die geltend gemachte Urlaubsabgeltung vor dem Arbeitsgericht erfolgreich geltend machen?

Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts erlischt der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub gemäß §§ 1, 3 BUrlG bei einer mit Art. 7 RL 2003/88/EG konformen Auslegung von § 7 BUrlG **nur dann am Ende des Kalenderjahres** oder eines zulässigen **Übertragungszeitraums**, wenn der Arbeitgeber den Ar-

beitnehmer zuvor **in die Lage versetzt** hat, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch **aus freien Stücken nicht genommen** hat.

Bei einem richtlinienkonformen Verständnis von § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG trifft den Arbeitgeber die **Initiativlast** bei der Verwirklichung des Urlaubsanspruchs.

Verfall nur bei ordnungsgemäßer Mitwirkung des Arbeitgebers

Die Erfüllung der hieraus in richtlinienkonformer Auslegung abgeleiteten **Mitwirkungsobliegenheiten** des Arbeitgebers ist grundsätzlich Voraussetzung für das **Eingreifen des urlaubsrechtlichen Fristenregimes** des § 7 Abs. 3 BUrlG.



Hinweis

Das bedeutet, dass der **gesetzliche Mindesturlaub** nur dann **verfallen** kann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor **konkret aufgefordert** hat, den Urlaub zu nehmen und ihn **klar und rechtzeitig** darauf hingewiesen hat, dass der Urlaub andernfalls mit Ablauf des Urlaubsjahres oder Übertragungszeitraums **erlischt**.

Schwerbehindertenzusatzurlaub

Nach § 208 Abs. 1 Satz 1 SGB IX haben schwerbehinderte Menschen Anspruch auf einen bezahlten zusätzlichen Urlaub von fünf Arbeitstagen im Urlaubsjahr. Auf diesen Zusatzurlaub sind die Vorschriften des gesetzlichen Mindesturlaubs grundsätzlich anzuwenden, sodass der Zusatzurlaub das rechtliche Schicksal des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruches teilt.

Das BAG ist zwar der Ansicht, dass der Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen nicht den unionsrechtlichen Vorgaben aus Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG unterliegen würde.

Dennoch müsse ein Arbeitgeber seine **Mitwirkungsobliegenheiten** auch im Hinblick auf den **Schwerbehindertenzusatzurlaub** wahrnehmen, d.h. er hat den Arbeitnehmer konkret darauf hinzuweisen, dass der Urlaub besteht und bis zum Ende des Kalenderjahres bzw. Übertragungszeitraums genommen werden muss.

Kommt der Arbeitgeber dieser Verpflichtung nicht nach, verfällt der Urlaub nicht.

Fraglich ist nun jedoch, ob der Arbeitgeber dieser Mitwirkungsobliegenheit auch dann unterliegt, wenn er **von der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers keine Kenntnis** hat.

BAG vom 30.11.2021 – 9 AZR 143/21

Im dargestellten Beispielsfall hatte der Arbeitgeber **keine Kenntnis** davon, dass der ausgeschiedene Mitarbeiter schwerbehindert war.

Das BAG musste damit entscheiden, ob ein Arbeitgeber verpflichtet ist, jeden Arbeitnehmer **anlasslos und gleichsam prophylaktisch** auf den Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen hinzuweisen.

Die Richter am BAG sahen eine derartige Pflicht nicht. Ein Arbeitgeber braucht demnach einen Zusatzurlaub nicht anzubieten, solange er nicht weiß, dass der Arbeitnehmer ein schwerbehinderter Mensch ist.

Ein Arbeitgeber muss zwar im Anschluss an die Entscheidung des EuGH vom 06.11.2018 (Az: C-684/16) einen schwerbehinderten Arbeitnehmer auf dessen Zusatzurlaub nach § 208 Abs. 1 Satz 1 SGB IX hinweisen und dafür sorgen, dass der Mitarbeiter tatsächlich in der Lage ist, seinen Urlaub zu nehmen.

Er ist jedoch nicht verpflichtet, jeden Arbeitnehmer **höchstvorsorglich** auf den Zusatzurlaub hinzuweisen.



Hinweis

Nach Ansicht des BAG kann der Arbeitgeber regelmäßig davon ausgehen, dass ein Arbeitnehmer ihm seine Schwerbehinderten-eigenschaft mitteilt, wenn er den Zusatzurlaub wahrnehmen möchte. Hinterlässt der Arbeitnehmer diese Mitteilung, kann er den Zusatzurlaub regelmäßig nicht in Anspruch nehmen. Er wird in dieser Situation nicht auf Veranlassung des Arbeitgebers davon abgehalten, seine Rechte geltend zu machen.

Tipps: Darlegungs- und Beweislast im Überstundenvergütungsprozess

Der Europäische Gerichtshof hatte in der Rechtssache CCOO am 14.05.2019 (C-55/18) zur Richtlinie 2003/88/EG, Richtlinie 89/391/EWG und Art. 31 Abs. 2 GRCh eine arbeitgeberseitige Pflicht zur Messung der Arbeitszeit statuiert.

In der Praxis stellte sich die Frage, ob sich die durch das BAG entwickelte Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess durch die Entscheidung des EuGH geändert hat, wenn beim Arbeitgeber kein verlässliches System zur Messung der Arbeitszeit besteht.

Das Bundesarbeitsgericht hat diese Frage ganz aktuell entschieden (bisher liegt die Pressemitteilung vor).

Pflicht zur Errichtung eines Systems zur Messung der Arbeitszeit

Mit einer Verbandsklage begehrte die spanische Arbeitnehmervereinigung CCOO beim Europäischen Gerichtshof die Feststellung, dass die Deutsche Bank SAE (in Spanien) verpflichtet sei, ein System zur Erfassung der von ihren Mitarbeitern geleisteten täglichen Arbeitszeit einzurichten.

Der EuGH kam in seiner Entscheidung vom 14.05.2019 (C-55/18) zu dem Ergebnis, dass die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber verpflichten müssten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von jedem Arbeitnehmer täglich geleistete Arbeitszeit gemessen werden kann. Nationales Recht, das diese Verpflichtung nicht vorsieht, verstoße gegen die Arbeitszeitrichtlinie, die im Lichte des Art. 31 Abs. 2 GRCh und der Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie auszulegen sei.

Wegen der schwächeren Position des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis sei insbesondere die Einhaltung der Höchstarbeitszeit und der Mindestruhezeit nicht wirksam sichergestellt, wenn die tägliche Arbeitszeit nicht objektiv und verlässlich gemessen wird. Allein die Aufzeichnung von Überstunden reiche hierfür nicht aus.

Der EuGH hat in seiner Entscheidung klargestellt, dass es den **Mitgliedstaaten obliegen würde, die Form und die konkreten Modalitäten des Systems** festzulegen. Bisher ist der deutsche Gesetzgeber den Vorgaben der Entscheidung des EuGH nicht nachgekommen (*geplant im Koalitionsvertrag 2021*).

Darlegungs- und Beweislast im Überstundenvergütungsprozess

Nach bisher ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat der **Arbeitnehmer** zur Begründung einer Klage auf Vergütung geleisteter Überstunden darzulegen,

- dass er Arbeit in einem, die Normalarbeitszeit übersteigenden, Umfang geleistet oder sich auf Weisung des Arbeitgebers hierzu bereit gehalten hat und
- da der Arbeitgeber Vergütung nur für die von ihm veranlassten Überstunden bezahlen muss, dass der Arbeitgeber die geleisteten Überstunden ausdrücklich oder konkludent angeordnet, geduldet oder nachträglich gebilligt hat.

Insbesondere das Arbeitsgericht Emden hat in mehreren Entscheidungen die Auffassung vertreten, durch das Urteil des EuGH vom 14.05.2019 wäre die durch das BAG entwickelte Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess modifiziert worden.

Komme der Arbeitgeber seiner Verpflichtung zur Erfassung und Kontrolle der Arbeitszeiten des Arbeitnehmers nicht nach, würden im Vergütungs- und Überstundenprozess die vom Arbeitnehmer vorgetragene Indizien für die Annahme ausreichen, dass die vom ihm geltend gemachten Arbeitszeiten zutreffend sind. Die Nichterfassung der Arbeitszeiten des Arbeitnehmers stelle eine Beweisvereitelung durch den Arbeitgeber dar. Dies führe zwar nicht zur vollständigen Umkehr der Beweislast, begründe aber eine erhebliche Erleichterung der Beweisführung zugunsten des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber habe in diesem Fall die vom Arbeitnehmer vorgelegten Indizien durch substantiierten Gegenvortrag zu erschüttern (ArbG Emden vom 09.11.2020 – 2 Ca 399/18; ArbG Emden vom 24.09.2020 – 2 Ca 144/20).

BAG vom 04.05.2022 – 5 AZR 359/21

Nachdem bereits das LAG Niedersachsen die Rechtsauffassung des Arbeitsgerichts Emden nicht geteilt hat, bestätigt nun das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 04.05.2022 (bisher liegt die Pressemitteilung vor), dass die von ihm entwickelten **Grundsätze zur**

Verteilung der Darlegungs- und Beweislast für die Leistung von Überstunden durch den Arbeitnehmer und deren Veranlassung durch den Arbeitgeber durch die auf Unionsrecht beruhende Verpflichtung zur Einführung eines Systems zur Messung der vom Arbeitnehmer geleisteten täglichen Arbeitszeit **nicht verändert** worden wäre.

Nach Ansicht des BAG würden sich die Bestimmungen der europäischen Arbeitszeitrichtlinie darauf beschränken, Aspekte der Arbeitszeitgestaltung zu regeln, um den Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten. Sie fänden indes grundsätzlich keine Anwendung auf die Vergütung der Arbeitnehmer.

Die unionsrechtlich begründete Pflicht zur Messung der täglichen Arbeitszeit habe deshalb

keine Auswirkung auf die nach deutschem materiellen und Prozessrecht entwickelten Grundsätze über die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess.

Kontakt:



Rechtsanwälte Beck und Schwanke PartGmbH
Nordostpark 16
90411 Nürnberg

Telefon: +49 911 49 52 02 - 0
Telefax: +49 911 49 52 02 - 99
www.arbeitsrecht-beck.de
info@arbeitsrecht-beck.de