



Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für Januar 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.

Im ersten Teil stellen wir Ihnen ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts vor, in dem es um die Frage ging, ob der kurzarbeitsbedingte Ausfall der Arbeit eine unterjährige Neuberechnung des Urlaubsanspruchs rechtfertigt

Im zweiten Teil erläutern wir eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, in der diskutiert wurde, ob ein Minijobber während eines staatlich verfügten allgemeinen Lockdowns tatsächlich seinen Anspruch auf Arbeitsentgelt gegenüber dem Arbeitgeber behält oder vielleicht doch verliert.

In den Tipps im Januar möchten wir Ihnen eine kurze Zusammenfassung der aktuellen Rechtslage zum Thema Corona und Arbeitsrecht geben.

Inhalt

1. **Urlaubsberechnung bei Kurzarbeit**

(BAG vom 30.11.2021 – 9 AZR 225/21)

2. **Betriebsrisiko und Lockdown**

(BAG vom 13.10.2021 – 5 AZR 211/21)

3. **Tipps: 3G am Arbeitsplatz, Home-Office und Verlängerung Kurzarbeitergeld**

Urlaubsberechnung bei Kurzarbeit (BAG vom 30.11.2021 – 9 AZR 225/21)

Bereits seit knapp 2 Jahren müssen sich zahlreiche Betriebe in Deutschland mit unterschiedlichen steuer-, sozialversicherungs- und arbeitsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Gewährung von Kurzarbeitergeld auseinandersetzen.

In den vergangenen Monaten wurde immer wieder die Frage diskutiert, welchen Einfluss die Einführung von Kurzarbeit in einem Betrieb auf den Urlaubsanspruch der Mitarbeiter hat.

In einer aktuellen Entscheidung musste sich das Bundesarbeitsgericht nun mit der Frage befassen, ob der kurzarbeitsbedingte Ausfall der Arbeit eine unterjährige Neuberechnung des Urlaubsanspruchs rechtfertigt (Urteil vom 30.11.2021 – 9 AZR 225/21).



Beispiel

Arbeitnehmerin A ist bei Arbeitgeber B drei Tage wöchentlich als Verkaufshilfe mit Backtätigkeiten beschäftigt. Bei einer 6-Tage-Woche hätte ihr nach dem Arbeitsvertrag ein jährlicher Erholungsurlaub von 28 Werktagen zugestanden. Dies entspricht bei der vereinbarten 3-Tage-Woche einem Urlaubsanspruch von 14 Arbeitstagen.

Aufgrund Arbeitsausfalls durch die Corona-Pandemie führte B Kurzarbeit ein. Dazu trafen die Parteien Kurzarbeitsvereinbarungen, auf deren Grundlage A unter anderem in den Monaten April, Mai und Oktober 2020 vollständig von der Arbeitspflicht befreit war und in den Monaten November und Dezember 2020 insgesamt nur an 5 Tagen arbeitete.

Aus Anlass der kurzarbeitsbedingten Arbeitsausfälle nahm B eine Neuberechnung des Urlaubs vor. Der Arbeitgeber bezifferte den Jahresurlaub von A für das Jahr 2020 auf 11,5 Arbeitstage.

Hiermit ist A nicht einverstanden und vertritt die Auffassung, dass kurzarbeitsbedingt ausgefallene Arbeitstage urlaubsrechtlich wie Arbeitstage gewertet werden müssen.

Da B sich weigert, den von A geforderten Anspruch zu erfüllen, erhebt sie Klage beim zuständigen Arbeitsgericht.

Hat A Anspruch auf die von B nicht gewährten Urlaubstage?

Urlaubsanspruch nach der Rechtsprechung des EuGH

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat entschieden, dass der Zweck des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub darin besteht, es dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, sich von der Ausübung der ihm nach seinem Arbeitsvertrag obliegenden Aufgaben **zu erholen** und über einen Zeitraum der **Entspannung und Freizeit** zu verfügen (Urteil vom 13.12.2018 – C-385/17).

Der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub beruht nach Ansicht des EuGH auf der Prämisse, dass der Arbeitnehmer im Laufe des Referenzzeitraums **tatsächlich gearbeitet** hat. Ein Arbeitnehmer kann danach einen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nach Artikel 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG somit nur für die Zeiträume erwerben, in denen er **Arbeitsleistung erbracht** hat.

In Bezug auf das Thema Erholungsurlaub und Kurzarbeit hat der EuGH entschieden, dass Kurzarbeiter zwar formell betrachtet einen Vollzeitarbeitsvertrag haben, sie jedoch als **„vorübergehend teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer“** anzusehen seien.

Faktisch sei die Situation der Kurzarbeiter mit derjenigen von Teilzeitbeschäftigten vergleichbar, so dass für ihren Anspruch auf Jahresurlaub der **Pro-rata-temporis-Grundsatz** gelte (EuGH vom 08.11.2012 – C-229/11 u. C-230/11).

BAG vom 30.11.2021 – 9 AZR 225/21

Im dargestellten Beispielfall hatte die Vorinstanz, das LAG Düsseldorf (Urteil vom 12.03.2021 – 6 Sa 824/20) entschieden, dass die Arbeitnehmerin den von ihr begehrten Urlaubsanspruch **nicht geltend machen** könne. Vielmehr hatte ihr Arbeitgeber aufgrund der Kurzarbeit **zu Recht eine Neuberechnung des Urlaubs** vorgenommen.

Die hiergegen eingelegte Revision der Arbeitnehmerin hatte beim Bundesarbeitsgericht **keinen Erfolg**.

Die Richter in Erfurt führten zunächst aus, dass nach § 3 Abs. 1 BUrlG sich der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub bei einer gleichmäßigen Verteilung der Arbeit auf 6 Tage in der Woche auf 24 Werktagen belaufe.

Ist die Arbeitszeit eines Arbeitnehmers nach dem Arbeitsvertrag auf weniger oder mehr als 6 Arbeitstage in der Kalenderwoche verteilt, ist die Anzahl der Urlaubstage grundsätzlich unter Berücksichtigung des für das Urlaubsjahr **maßgeblichen Arbeitsrhythmus** zu berechnen, um für alle Arbeitnehmer eine **gleichwertige Urlaubsdauer** zu gewährleisten.

Hierfür legte das BAG in der derzeit einzig vorliegenden Pressemitteilung folgende Formel zugrunde:

$$24 \text{ Werktage} \times \text{Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht} \text{ geteilt durch } 312 \text{ Werktage}$$

Neuberechnung des Erholungsurlaubes bei Kurzarbeit

Die dargestellte Berechnungsformel gelte auch für den **vertraglichen Mehrurlaub**, wenn die Arbeitsvertragsparteien – wie im zugrundeliegenden Fall – für die Berechnung des Urlaubsanspruchs **keine von § 3 Abs. 1 BUrlG abweichende Vereinbarung** getroffen haben.

Bei der vertraglichen 3-Tage-Woche der klagenden Arbeitnehmerin errechnete sich zunächst ein Jahresurlaub von 14 Arbeitstagen (28 Werktagen x 156 Tage mit Arbeitspflicht geteilt durch 312 Werktagen).

Nach Ansicht der Erfurter Richter rechtfertige der **kurzarbeitsbedingte Ausfall ganzer Arbeitstage** eine **unterjährige Neuberechnung** des Urlaubsanspruchs.

Aufgrund einzelvertraglich vereinbarter Kurzarbeit ausgefallene Arbeitstage sind weder nach nationalem Recht noch nach Unionsrecht **Zeiten mit Arbeitspflicht gleichzustellen**.

Das BAG führte weiter aus, dass die Arbeitnehmerin im Kalenderjahr 2020 in jedem Fall nicht mehr als die von ihrem Arbeitgeber berechneten 11,5 Arbeitstage verlangen konnte. Allein bei Zugrundelegung der drei Monate, in denen die Arbeit vollständig entfallen ist, hätte die Arbeitnehmerin lediglich einen Urlaubsanspruch von 10,5 Arbeitstagen (28 Werktagen x 117 Tage mit Arbeitspflicht geteilt durch 312 Werktagen).



Hinweis

In der Pressemitteilung wird auf drei Monate, in denen die Arbeit vollständig ausgefallen ist, abgestellt, so dass der Eindruck entstehen könnte, dass es nicht auf ausgefallene Arbeitstage, sondern auf volle Monate ankäme. Gleichzeitig heißt es jedoch im Eingangssatz der Pressemitteilung, dass, wenn aufgrund von Kurzarbeit **einzelne Arbeitstage** vollständig ausfallen, dies bei der Berechnung des Jahresurlaubs zu berücksichtigen sei.

Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass – entsprechend der Rechtsprechung des EuGH – eine anteilige Neuberechnung des Urlaubs bereits bei Ausfall von einzelnen Tagen auszugehen ist. Bei einer 5-Tage-Woche könnte dies nach folgender Formel berechnet werden:

$$24 \text{ Werktage} \times \text{Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht} \text{ geteilt durch } 260 \text{ Werktage}$$

Für eine endgültige Beurteilung muss allerdings die Veröffentlichung der Entscheidungsgründe abgewartet werden.

Betriebsrisiko und Lockdown (BAG vom 13.10.2021 – 5 AZR 211/21)

Für geringfügig entlohnte Beschäftigte kann kein Kurzarbeitergeld beantragt werden, da Voraussetzung hierfür grundsätzlich eine versicherungspflichtige Beschäftigung ist.

Bislang haben Betriebe ihren geringfügig Beschäftigten im Falle eines Lockdowns häufig die Vergütung weitergezahlt.

Das Bundesarbeitsgericht musste sich in einer aktuellen Entscheidung mit der Frage befassen, ob ein Minijobber während eines staatlich verfügbaren allgemeinen Lockdowns tatsächlich seinen Anspruch auf Arbeitsentgelt gegenüber dem Arbeitgeber behält oder verliert (Urteil vom 13.10.2021 – 5 AZR 211/21).



Beispiel

Arbeitgeber A betreibt einen Handel mit Nähmaschinen und Zubehör und unterhält in Bremen eine Filiale. Dort ist Arbeitnehmerin B seit Oktober 2019 als geringfügig Beschäftigte gegen eine monatliche Vergütung in Höhe von 432,00 Euro im Verkauf tätig.

Im April 2020 war das Ladengeschäft aufgrund der „Allgemeinverfügung über das Verbot von Veranstaltungen, Zusammenkünften und der Öffnung bestimmter Betriebe zur Eindämmung des Coronavirus“ der freien Hansestadt Bremen vom 23.03.2020 geschlossen.

Aus diesem Grund konnte B nicht arbeiten und A stellte während dieser Zeit die Zahlung der Vergütung ein.

Hiermit möchte sich B nicht abfinden und erhebt Klage auf Zahlung ihres Entgelts für den Monat April 2020 unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs. Aus ihrer Sicht sei die Schließung des Betriebs aufgrund behördlicher Anordnung ein Fall des von ihrem Arbeitgeber zu tragenden Betriebsrisikos.

Der Arbeitgeber vertrat hingegen die Auffassung, dass die von der freien Hansestadt Bremen zur Pandemiebekämpfung angeordneten Maßnahmen das allgemeine Lebensrisiko betreffen, das nicht beherrschbar und somit von allen gleichermaßen zu tragen sei.

Durfte der Betrieb die Entgeltfortzahlung während des Lockdowns einstellen?

Voraussetzungen der Kurzarbeit

Voraussetzung für den Anspruch auf Kurzarbeitergeld ist zunächst, dass ein **erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall** vorliegt.

Ein Arbeitsausfall ist danach erheblich, wenn unter anderem im jeweiligen Anspruchszeitraum mindestens ein Drittel (aktuell: 10%) der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10% ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen ist, § 96 Abs. 1 Nr. 4 SGB III.

Zu der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer zählen:

- Alle sozialversicherungspflichtig beschäftigten Arbeitnehmer
- Unständig Beschäftigte
- Erkrankte und beurlaubte Arbeitnehmer
- **Geringfügig beschäftigte Arbeitnehmer (Minijobber)**
- Beschäftigte in Mutterschutz,
- Leiharbeitnehmer.

Persönliche Voraussetzungen

Geringfügig beschäftigte Arbeitnehmer sind somit zunächst bei der Anzahl der im Betrieb beschäftigten Mitarbeiter mit einzuberechnen.

Fraglich ist jedoch, ob Minijobber selbst auch **Kurzarbeitergeld** beanspruchen können.

Nach § 98 Abs. 1 Nr. 1 sind die persönlichen Voraussetzungen erfüllt, wenn betroffene Mitarbeiter nach Beginn des Arbeitsausfalls eine **versicherungspflichtige Beschäftigung** fortsetzt, aus zwingenden Gründen aufnimmt oder im Anschluss an die Beendigung eines Berufsausbildungsverhältnisses aufnimmt.



Hinweis

Das bedeutet, dass für Minijobber kein Kurzarbeitergeld beantragt werden kann, da bei diesen Sozialversicherungsfreiheit besteht und somit die persönlichen Voraussetzungen des § 98 SGB III nicht gegeben sind.

Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko

Das Betriebsrisiko betrifft die Frage, ob ein Arbeitgeber zur Lohnzahlung verpflichtet ist, wenn er **ohne eigenes Verschulden** zur Beschäftigung der Belegschaft aus **betriebstechnischen Gründen** nicht im Stande ist. Gemeint ist damit das Risiko des Arbeitgebers, seinen Betrieb betreiben zu können.

Dabei geht es um Fälle, in denen der Arbeitgeber **notwendige Arbeitsmittel, bzw. Gegenstände**, sei es aus tatsächlichen, sei es aus rechtlichen Gründen, **nicht zur Verfügung stellen kann**, so dass die arbeitswilligen Arbeitnehmer nicht mehr in der Lage sind, ihre Arbeitsleistung zu erbringen.

Beispiele bieten **Betriebseinstellungen**, die aufgrund von Naturereignissen, Zusammenbruch der Energieversorgung oder Brandschäden erzwungen werden.



Hinweis

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales vertrat in einer Stellungnahme vom 26.02.2020 die Auffassung, dass ein Arbeitnehmer seinen Entgeltanspruch behalte, wenn der Betrieb aufgrund behördlicher Infektionsschutzmaßnahmen vorübergehend geschlossen werden müsse; der Arbeitgeber trage insoweit das Betriebsrisiko nach § 615 Satz 3 BGB.

BAG vom 13.10.2021 – 5 AZR 211/21

Im beschriebenen Beispielfall war die Frage, ob die Arbeitnehmerin für den Monat April 2020, in dem ihre Arbeitsleistung und deren Annahme durch ihren Arbeitgeber aufgrund der behördlich angeordneten Betriebsschließung unmöglich war, Anspruch auf Entgeltzahlung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs habe.

Zur Überraschung vieler entschied das Bundesarbeitsgericht am 13.10.2021, dass die Arbeitnehmerin **keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung** habe.

Der Arbeitgeber trage – so die Erfurter Richter – **nicht** das **Risiko des Arbeitsausfalls**, wenn – wie im vorliegenden Fall – zum Schutz der Bevölkerung vor schweren und tödlichen Krankheitsverläufen in Folge SARS-COV-2-Infektionen **durch behördliche Anordnung** in einem Bundesland die sozialen Kontakte auf ein Minimum reduziert und nahezu flächendeckend alle nicht für die Versorgung der Bevölkerung notwendigen Einrichtungen geschlossen werden.

Kein Betriebsrisiko

In einem solchen Fall **realisiere** sich **nicht** ein in einem bestimmten Betrieb angelegtes **Betriebsrisiko**.

Die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung sei vielmehr Folge eines **hoheitlichen Eingriffs** zur Bekämpfung einer die Gesellschaft insgesamt treffenden Gefahrenlage.

Insoweit sei es Sache des Staates, ggf. für einen **adäquaten Ausgleich** der den Beschäftigten durch den hoheitlichen Eingriff entstehenden **finanziellen Nachteile** – wie es zum Teil mit dem erleichterten Zugang zum Kurzarbeitergeld erfolgt ist – zu sorgen.



Hinweis

Soweit ein solcher – wie bei der Arbeitnehmerin im zugrundeliegenden Fall als geringfügig Beschäftigte – nicht gewährleistet ist, beruhe dies auf Lücken im sozialversicherungsrechtlichen Regelungssystem, so die Richter des BAG. Aus dem Fehlen nachgelagerter Ansprüche lasse sich jedoch **keine arbeitsrechtliche Zahlungspflicht** des Arbeitgebers herleiten.

Es bleibt abzuwarten, ob die neue Bundesregierung aufgrund dieses für viele sehr überraschenden Urteils den **Zugang geringfügig Beschäftigter zum Kurzarbeitergeld** eröffnen wird.

 Tipps: 3G am Arbeitsplatz, Home-Office und Verlängerung Kurzarbeitergeld

Durch den starken Anstieg der Infektionszahlen in Deutschland durch die hochansteckende Delta-Variante sowie die saisonalen Einflüsse im Herbst und Winter, insbesondere durch den vermehrten Aufenthalt in Innenräumen, war es erforderlich, die bisher geltenden Regelungen der Corona-Arbeitsschutzverordnung (wir berichteten hierüber im Oktober) zu verlängern sowie weitere Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie zu ergreifen.

Darüber hinaus wurde als flankierende Maßnahme der Bezug von Kurzarbeitergeld bis 31.03.2022 verlängert.

In den Tipps im Januar 2022 möchten wir Ihnen eine kurze Zusammenfassung der aktuellen Rechtslage geben.

Corona-Arbeitsschutzverordnung

Die zukünftige „Ampelkoalition“ hat die Geltungsdauer der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung mit Inkrafttreten am 24.11.2021 erneut bis **19.03.2022** verlängert.

Arbeitgeber sind also weiterhin verpflichtet, **Maßnahmen zur Kontaktreduktion** im Betrieb sowie die **Bereitstellung von Atemschutzmasken und Schnelltests** zu gewährleisten.

3G am Arbeitsplatz und Home-Office

Neu hinzugekommen sind Regelung des betrieblichen Infektionsschutzes in § 28b des Infektionsschutzgesetzes, die ebenfalls befristet bis **einschließlich 19.03.2022** gelten.

Zentrale Maßnahme dieser Neuregelung ist, dass der Zutritt zu Arbeitsplätzen nur noch möglich ist, wenn die sog. „**3G-Regelungen**“ eingehalten werden.

Das bedeutet, dass Arbeitnehmer **geimpft, genesen oder getestet** sein müssen.

Für die Durchführung der Kontrollen ist der **Arbeitgeber** zuständig. Vor Betreten der Arbeitsstätte muss hierfür ein **Nachweis** über den **Impfbzw. Genesenenstatus** oder ein **gültiger Negativtest** kontrolliert werden.

3G am Arbeitsplatz

Ausnahmen gelten nur, wenn **unmittelbar vor Ort unter Aufsicht ein Test** gemacht wird.

Verstöße werden auf Seiten der Arbeitgeber und der Beschäftigten mit einem **Bußgeld** geahndet und können für Beschäftigte **arbeitsrechtliche Konsequenzen** (Abmahnung bis hin zur Kündigung im Wiederholungsfall) haben.

Da der Arbeitgeber zur Kontrolle verpflichtet ist, kann er diese jederzeit im Betrieb durchführen, d.h. die Nachweise sind auch **während der Arbeitszeit** mitzuführen und ggf. auf **Nachfrage vorzulegen**.

Die Daten über den Geimpft-, Genesenen- oder Getestet-Status dürfen vom Arbeitgeber zur Erfüllung der **Kontroll- und Dokumentationspflichten verarbeitet** (auch um betriebliche Hygienekonzepte besser anpassen zu können), aber **nicht langfristig gespeichert** werden.

Physische Kontakte

Die 3G-Pflicht besteht, wenn es zu „**physischen Kontakten**“ zwischen den Beschäftigten kommen kann.

Dies ist bereits dann der Fall, wenn in der Arbeitsstätte ein Zusammentreffen mit anderen Personen **nicht ausgeschlossen** werden kann, auch wenn es zu **keinem direkten Körperkontakt** kommt.

Nicht erheblich ist, ob Beschäftigte **tatsächlich** auf andere Personen treffen. Damit kann im Prinzip **fast jedes Unternehmen** unter diese Pflicht fallen, so dass die Regelung im Zweifel angewandt werden sollte.

Aufgrund der Detailgenauigkeit der Regelung bestehen mit großer Wahrscheinlichkeit **keine Mitbestimmungsrechte** des Betriebsrats.

Home-Office

Neu eingeführt wurde auch § 28b Abs. 4 Infektionsschutzgesetz. Danach werden Arbeitgeber erneut verpflichtet, allen Beschäftigten auf Bü

roarbeitsplätzen – soweit möglich – die Arbeit im Home-Office anzubieten.

Die Regelung entspricht der Vorgängerregelung, die von April bis in den Sommer 2021 gegolten hat.

Eine Pflicht zu diesem Angebot bestehen seitens des Arbeitgebers nicht, wenn **zwingende betriebsbedingte Gründe** entgegenstehen. Dies kann z.B. in Betracht kommen, wenn die **Betriebsabläufe** ansonsten **erheblich eingeschränkt** würden oder **gar nicht aufrechterhalten** werden könnten.

Arbeitnehmer sind grundsätzlich **verpflichtet**, ein vom Arbeitgeber unterbreitetes Angebot zur Arbeit im Home-Office **anzunehmen**, sofern ihrerseits **keine Gründe** entgegenstehen.

Dies können z.B. **mangelnde räumliche und technische Gegebenheiten** in der Wohnung des Arbeitnehmers sein. Insofern genügt eine **formlose Mitteilung** des Mitarbeiters, dass seine persönlichen Umstände eine Tätigkeit von Zuhause aus nicht zulassen.

Kurzarbeitergeldverordnung

Mit der neuen und fünften Verordnung über die Bezugsdauer und Verlängerung der Erleichterungen der Kurzarbeit (Kurzarbeitergeldverlängerungsverordnung) werden die bis zum

31.12.2021 in der bisherigen Kurzarbeitergeldverordnung und Kurzarbeiter-Bezugsdauerverordnung geregelten Erleichterungen und Sonderregelungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld um **weitere drei Monate** bis zum **31.03.2022** verlängert.

Die bisherige vollständige **Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge** wird dabei allerdings **auf die Hälfte reduziert**.

Zusätzlich wird auch die in der Kurzarbeitergeld-Bezugsdauerverordnung bis Ende 2021 geregelte Möglichkeit, die **maximale Bezugsdauer des Kurzarbeitergeldes** von **bis zu 24 Monaten** nutzen zu können, um weitere **drei Monate** verlängert.

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