



Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für Dezember 2019 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 dem Urlaubanspruch bei einem ruhenden Arbeitsverhältnis.

Der zweite Teil befasst sich mit der Bürgenhaftung nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG).

Die Tipps im Dezember handeln von der Abrufarbeit nach § 12 TzBfG und anderer flexibler Einsatz des Arbeitnehmers.

---

## Inhalt

---

### 1. **Urlaubsanspruch bei ruhendem Arbeitsverhältnis**

(BAG vom 19.03.2019 – 9 AZR 406/17; BAG vom 24.09.2019 – 9 AZR 481/18)

### 2. **Bürgenhaftung nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG)**

(BAG vom 16.10.2019 – 5 AZR 241/18)

### 3. **Tipps: Abrufarbeit nach § 12 TzBfG und anderer flexibler Einsatz des Arbeitnehmers**

---

**Urlaubsanspruch bei ruhendem Arbeitsverhältnis**  
(BAG vom 19.03.2019 – 9 AZR 406/17; BAG vom 24.09.2019 – 9 AZR 481/18)

---

Nach § 1 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) hat jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Der Urlaubsanspruch setzt lediglich das rechtliche Bestehen eines Arbeitsverhältnisses voraus. Wie das Bundesarbeitsgericht insbesondere im Zusammenhang mit dem Verfall von Urlaubsansprüchen bei langfristiger Erkrankung klargestellt hat, kommt es auf eine Mindestarbeitsleistung oder die Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers grundsätzlich nicht an.

In Aktuelles aus dem Arbeitsrecht im Mai 2019 haben wir Sie über eine Rechtsprechungsänderung des Bundesarbeitsgerichts informiert. Entgegen seiner früheren Auffassung soll während eines unbezahlten Sonderurlaubs kein Anspruch auf Erholungsurlaub entstehen.

Mit zwei jetzt veröffentlichten Entscheidungen stellt das Bundesarbeitsgericht dabei klar, wie die Berechnung des (anteiligen) Urlaubsanspruchs erfolgen soll und welche Auswirkungen eine Altersteilzeit auf den Urlaubsanspruch hat.

### **Bisherige Rechtsprechung des BAG**

In seiner bisherigen Rechtsprechung war das Bundesarbeitsgericht der Auffassung, die Entstehung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs erfordere nur den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses und die einmalige Erfüllung der Wartezeit. Das Bundesurlaubsgesetz binde den Urlaubsanspruch damit weder an die Erfüllung der Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis, noch ordne es die Kürzung des Urlaubsanspruchs für den Fall des Ruhens des Arbeitsverhältnisses an. Nur wenn spezialgesetzliche Regelungen für den Arbeitgeber die Möglichkeit der Kürzung des Urlaubs vorsehen würden, wie etwa bei Elternzeit (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG) oder Wehrdienst (§ 4 Abs. 1 Satz 1 ArbPISchG), wäre die Kürzung möglich. In anderen Vorschriften, wie etwa bei der Pflegezeit, sei dagegen keine Kürzungsregelung vorgesehen.

Komme es zum Ruhen des Arbeitsverhältnisses aufgrund einer Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien, hindere dies grundsätzlich weder das Entstehen des gesetzlichen Urlaubsanspruchs noch sei der Arbeitgeber – mangels gesetzlicher Erlaubnis – zur Kürzung des gesetzlichen Urlaubs berechtigt.

*Aufgrund dieser Erwägungen hatte das BAG noch im Mai 2014 eine Universitätsklinik verurteilt, einer dort beschäftigten Krankenschwester bei ihrem Ausscheiden 15 Urlaubstage für den Zeitraum eines unbezahlten Sonderurlaubs von 01.01. bis 30.09.2011 abzugelten.*

### **Rechtsprechungsänderung** **BAG vom 19.03.2019 – 9 AZR 315/17**

Wie wir Sie bereits in Aktuelles aus dem Arbeitsrecht im Mai 2019 informiert haben, hält das BAG an der bisherigen Rechtsprechung mit seiner Entscheidung vom 19.03.2019 nicht mehr fest.

Bei der Berechnung der Urlaubsdauer sei zu berücksichtigen, dass die Arbeitsvertragsparteien ihre Hauptleistungspflichten durch die Vereinbarung von Sonderurlaub vorübergehend ausgesetzt hätten. Befindet sich der Arbeitnehmer im Urlaubsjahr ganz oder teilweise im unbezahlten Sonderurlaub, sei dies bei der Berechnung der Urlaubsdauer zu berücksichtigen. Dies führe dazu, dass einem Arbeitnehmer für ein Kalenderjahr, in dem er sich sogar durchgehend im unbezahlten Sonderurlaub befindet, mangels einer Arbeitspflicht kein Anspruch auf Erholungsurlaub zustehe.

Im entschiedenen Fall hatte das BAG über den Urlaubsanspruch für ein gesamtes Kalenderjahr zu entscheiden, so dass unklar blieb, wie der Arbeitgeber den Urlaubsanspruch kürzen kann, wenn der unbezahlte Urlaub nur einen Teil des Kalenderjahres umfasst. Es könnte § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG analog anzuwenden sein (Kürzung um ein Zwölftel des Urlaubsanspruchs für jeden vollen Monat des unbezahlten Urlaubs) oder eine Berechnung wie beim Teilurlaub nach § 5 Abs. 1 BUrlG erfolgen.

### **Anteilige Berechnung** **BAG vom 19.03.2019 – 9 AZR 406/17**

In seiner zweiten Entscheidung vom 19.03.2019 konkretisiert das Bundesarbeitsgericht, wie der Erholungsurlaub anteilig zu berechnen ist, wenn das Arbeitsverhältnis – z.B. bei Gewährung von Sonderurlaub – nicht das gesamte Kalenderjahr ruht.

Wechselt die **Anzahl der Arbeitstage** unterjährig, ist nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (in Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung des EuGH) der gesetzliche Urlaubsanspruch für das betreffende Kalenderjahr unter Berücksichtigung der einzelnen Zeiträume der Beschäftigung und der auf sie entfallenen Wochenarbeitstage umzurechnen. Unter Umständen muss die Dauer im Kalenderjahr mehrfach berechnet werden.

Diese **Umrechnung** des nach § 3 Abs. 1 BUrlG in Werktagen bemessenen Urlaubs in Arbeitstage ist grundsätzlich auch dann vorzunehmen, wenn die Arbeitsvertragsparteien ihre Hauptleistungspflichten durch die Vereinbarung von Sonderurlaub suspendieren und damit die bisherige Arbeitszeitregelung vorübergehend ausgesetzt haben. Der Zeitraum des Sonderurlaubs ist bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs in diesen Fällen mit „0“ Arbeitstagen in Ansatz zu bringen. Daraus folgt, dass ein Urlaubsanspruch für die Zeit des Sonderurlaubs regelmäßig (anteilig) nicht besteht (BAG vom 19.03.2019 – 9 AZR 406/17).



### Beispiele

*Würde ein Arbeitnehmer mit einem jährlichen Urlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen, bezogen auf eine 5-Tage-Woche (6 Wochen Urlaub im Jahr), von 01.01. bis 31.12. Sonderurlaub nehmen, hätte er in diesem Kalenderjahr gar keinen Anspruch auf Erholungsurlaub.*

*Würde dieser Mitarbeiter z.B. von 01.04. bis 30.06. Sonderurlaub nehmen, wäre der Urlaub für 8 Monate auf Basis der 5-Tage-Woche und für 4 Monate auf Basis der „0-Tage-Woche“ zu berechnen, so dass im Ergebnis ein Anspruch von 20 Urlaubstagen bestünde (8/12 aus 30 Tagen). Dies gilt, obwohl das Arbeitsverhältnis im Kalenderjahr länger als 6 Monate an 5 Tagen pro Woche ausgeübt wurde. Die Regelungen zur Teilurlaubsberechnung nach § 5 Abs. 1 BUrlG sind damit nicht anzuwenden.*

*Bei einem Sonderurlaub von 8 Monaten würden nach dieser Berechnung 10 Tage Urlaub (für 4 Monate in einer 5-Tage-Woche) verbleiben.*



### Hinweis

Aus der Entscheidung ergibt sich noch nicht die Berechnung der Urlaubstage, wenn der Sonderurlaub nicht für volle Monate gewährt wird, d.h. ob in solchen Fällen eine wochen- oder gar tageweise anteilige Berechnung erfolgen soll (siehe aber nächste Folie).

Ebenfalls nicht geklärt ist die Frage, ob Teile von Urlaubstagen, die sich bei der anteiligen Berechnung ergeben, in irgendeiner Form zu runden sind, also z.B. mindestens halbe Urlaubstage analog der Regelung in § 5 Abs. 2 BUrlG (für den Teilurlaub) aufgerundet werden müssen.

### Freistellungsphase der Altersteilzeit BAG vom 24.09.2019 – 9 AZR 481/18

In Fortführung seiner Rechtsprechung zum Urlaubsanspruch bei gewährtem Sonderurlaub bestätigt das BAG mit seiner Entscheidung vom 24.09.2019, dass während der **Freistellungsphase einer Altersteilzeit im Blockmodell** kein Anspruch auf Erholungsurlaub bestünde. Auch hier sei die Arbeitsverpflichtung bei der anteiligen Berechnung mit "0" Arbeitstagen zu bewerten.

Das BAG ergänzt in dieser Entscheidung, dass der Anteil der Urlaubstage unter Berücksichtigung des für das Urlaubsjahr maßgeblichen Arbeitsrhythmus berechnet werden müsse und gibt als Berechnungsformel vor: 24 Werktage (= gesetzlicher Mindesturlaub) x Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht : 312 Werktage.



### Hinweis

Bisher liegt nur die Pressemitteilung der Entscheidung vor. Tendenziell ergibt sich aber, dass der anteilige Urlaub z.B. bei gewährtem Sonderurlaub tagesgenau zu berechnen ist.

---

Bürghaftung nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG)  
(BAG vom 16.10.2019 – 5 AZR 241/18)

---

Sowohl nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) als auch nach dem Mindestlohngesetz (MiLoG) haftet ein Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt, für dessen Verpflichtung zur Zahlung des Mindestentgelts an seine Arbeitnehmer wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat (sog. selbstschuldnerische Bürghaftung).

Mit seinem Urteil vom 16.10.2019 musste das BAG beurteilen, ob auch Bauherren der Bürghaftung unterliegen.



### Beispiel

*Der Unternehmer lässt auf einem ihm gehörenden Grundstück in Berlin ein Einkaufszentrum errichten, das er verwaltet und in dem er Geschäftsräume an Dritte vermietet.*

*Für den Bau des Gebäudes hatte der Unternehmer einen Generalunternehmer beauftragt, der wiederum mehrere Subunternehmer einschaltete. Bei einem dieser Subunternehmer war ein Arbeitnehmer als Bauhelfer beschäftigt. Der Subunternehmer blieb dem Arbeitnehmer sein Entgelt schuldig. Schließlich wurde über das Vermögen des Subunternehmers und des Generalunternehmers das Insolvenzverfahren eröffnet.*

*Der Arbeitnehmer verklagte deshalb den Unternehmer (also denjenigen, der den Bau des Einkaufszentrums in Auftrag gegeben hat) auf Zahlung des Mindestentgelts nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz bzw. nach dem Mindestlohngesetz.*

### BAG vom 16.10.2019 – 5 AZR 241/18

Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts unterliegen der Auftraggeberhaftung (Bürghaftung) nach § 14 AEntG nicht Unternehmer, die lediglich als bloße Bauherren eine Bauleistung (in der Regel Werkleistung) in Auftrag geben.

Der Begriff des Unternehmers nach § 14 AEntG sei (im Einklang mit der Rechtsprechung des BAG zur alten Regelung in § 1a AEntG a.F.) nach dem vom Gesetzgeber mit dieser Bestimmung verfolgten Sinn und Zweck einschränkend auszulegen. Erfasst würde

nur der Unternehmer, der sich zur Erbringung einer Werk- oder Dienstleistung verpflichtet hat und diese nicht mit eigenen Arbeitskräften erledigt, sondern sich zur Erfüllung seiner Verpflichtung eines oder mehrerer Subunternehmer bedient. Gibt ein solcher Unternehmer auf diese Weise die Beachtung der zwingenden Mindestarbeitsbedingungen (oder Mindestlohnverpflichtung) aus der Hand, sei es gerechtfertigt, ihm die Haftung für die Erfüllung der Mindestlohnansprüche der auch in seinem Interesse auf der Baustelle eingesetzten Arbeitnehmer aufzuerlegen.

Auf einen Unternehmer, der lediglich als Bauherr den Auftrag zur Errichtung eines Gebäudes für den betrieblichen Eigenbedarf an einen Generalunternehmer erteilt und damit nicht die Erfüllung eigener Verpflichtungen an Subunternehmer weitergibt, trifft diese Verpflichtung dagegen nicht zu.

Im Ergebnis haftet damit der Auftraggeber nicht nach § 14 AEntG (bzw. § 13 MiLoG) für das Nettoentgelt der Angestellten etwaiger Subunternehmer eines Generalunternehmens.

---

## Tipps: Abrufarbeit nach § 12 TzBfG und anderer flexibler Einsatz des Arbeitnehmers

---

Nach § 12 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) lässt der Gesetzgeber die sog. Arbeit auf Abruf zu. Die Arbeit auf Abruf ist eine besondere Form der Teilzeitarbeit. Sie liegt nach § 12 Abs. 1 Satz 1 TzBfG vor, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat, wobei Arbeit anfällt, wenn aus Sicht des Arbeitgebers die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers benötigt wird.

Mit § 12 TzBfG wird dem Flexibilisierungsinteresse des Arbeitgebers entsprochen und damit das grundsätzlich vom Arbeitgeber nach § 615 BGB zu tragende Risiko, den Arbeitnehmer nicht beschäftigen zu können (Betriebs- oder Wirtschaftsrisiko) eingeschränkt. Um gleichzeitig den Arbeitnehmer vor Überforderung zu schützen, enthält § 12 TzBfG zwingende Regelungen zur Abrufarbeit, insbesondere die Vorgabe, dass eine wöchentliche Arbeitszeit festgelegt wird. Erfolgt dies nicht, sieht der Gesetzgeber eine Fiktion der Arbeitszeit vor.

Zum 01.01.2019 wurde die bei fehlender Stundenvereinbarung fingierte Wochenarbeitszeit von bisher 10 auf 20 Stunden erhöht, so dass sich das (insbesondere sozialversicherungsrechtliche) Risiko für Arbeitgeber deutlich erhöht hat. In den Tipps zum Arbeitsrecht im Dezember 2019 soll klargestellt werden, wann Abrufarbeit vorliegt und eine Abgrenzung zu anderen flexiblen Arbeitszeitmodellen erfolgen.

### Abrufarbeit nach § 12 TzBfG

Nach der gesetzlichen Definition in § 12 Abs. 1 Satz 1 TzBfG liegt Abrufarbeit vor, wenn der „Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat“.

Merkmal der Arbeit auf Abruf ist nach der Legaldefinition das **Recht des Arbeitgebers, entsprechend dem Arbeitsanfall Lage und Dauer der Arbeit bestimmen zu können** (BAG vom 07.12.2005 – 5 AZR 535/04).

Leider liegt noch keine endgültige Rechtsprechung zur Abgrenzung der Abrufarbeit von anderen flexiblen Arbeitszeitgestaltungen vor. Nach überzeugender Auffassung in der Literatur liegt Abrufarbeit allerdings erst und nur dann vor, wenn nicht nur der Umfang der Arbeitszeit

schwankt, sondern **in der Folge auch die Vergütung** an die wechselnde Arbeitszeit gekoppelt ist (Bayreuther, NZA-Beilage 2018, S. 103 ff.)

Mit anderen Worten findet § 12 TzBfG keine Anwendung, wenn zwar die Arbeitszeit flexibilisiert ist, das Gehalt aber verstetigt bleibt.

Die erforderliche Korrespondenz zwischen Arbeitszeit und Vergütung soll sich nach Ansicht der Literatur auch relativ deutlich aus der Entscheidung des BAG vom 07.12.2005 ableiten lassen.

### Arbeitszeitkonten

Nach diesem Verständnis der Abrufarbeit ist diese zunächst von **Arbeitszeitkonten** abzugrenzen.

Durch die Vereinbarung von Abrufarbeit wird das Direktionsrecht des Arbeitgebers (§ 106 Gewerbeordnung) erheblich erweitert. Zwar erstreckt sich dieses auch sonst auf die Verteilung und Lage der Arbeitszeit. Im Normalfall legen die Parteien jedoch im Arbeitsvertrag eine bestimmte Menge an Arbeit fest, die der Arbeitnehmer zu leisten hat. Der Arbeitgeber ist lediglich berechtigt, die danach in ihrer Höhe feststehende Arbeitsmenge innerhalb eines vereinbarten Zeitraums (z.B. innerhalb eines Wochenturnus) flexibel zu verteilen. Hierbei erfolgt die Einteilung abstrakt, d.h. sie wiederholt sich nach Abschluss des betreffenden Zeitabschnitts.

Typisch für die Vereinbarung eines Arbeitszeitkontos ist die Festlegung einer, auf einen vorgegebenen Ausgleichszeitraum bezogenen, durchschnittlichen Arbeitszeit, die in der Regel als „Soll-Arbeitszeit“ den vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitseinsatz abstrakt definiert und als Basis für die verstetigte, also die in gleichbleibender Höhe gezahlte, monatliche Vergütung dient. Die tatsächliche Arbeitszeit (in der Regel als „Ist-Arbeitszeit“ bezeichnet), wird bedarfsgerecht festgelegt. Abweichungen von der Soll-Arbeitszeit zur Ist-Arbeitszeit werden als Plus- und Minusstunden auf dem Arbeitszeitkonto verbucht. Plusstunden werden zu einem späteren Zeitpunkt durch Freizeit (Unterschreitung der Sollarbeitszeit), Minusstunden – soweit diese zulässig sind – durch Mehrarbeit ausgeglichen.



## Arbeitseinsatz nur nach Vereinbarung

Nach der gesetzlichen Definition in § 12 Abs. 1 Satz 1 TzBfG liegt Abrufarbeit dann vor, wenn der „Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat“.

Nach Ansicht der Rechtsprechung liegt ein Arbeitsverhältnis auf Abruf deshalb nur vor, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nach (ordnungsgemäßer!) Aufforderung durch den Arbeitgeber entsprechend dem Arbeitsanfall zwingend zu erbringen hat. Entscheidend sei, dass der Arbeitgeber im Rahmen seines Direktionsrechts ein bestimmtes Stundendeputat abrufen kann und insoweit ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht hat, das die Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung begründet (LAG Rheinland-Pfalz vom 07.04.2011 – 5 Sa 637/10).

Daran fehle es, wenn die Einsätze des Arbeitnehmers nur in vorheriger Absprache mit ihm und nicht aufgrund einseitiger Anordnung durch den Arbeitgeber gegen seinen Willen erfolgen. Damit unterliegen Fallgestaltungen, in denen der Arbeitnehmer frei bestimmen bzw. ablehnen kann, ob er überhaupt arbeitet, nicht § 12 TzBfG.



### Beispiel

Das Bundesarbeitsgericht hat das Vorliegen eines (dauerhaften Abruf-) Arbeitsverhältnisses für einen, unter ca. 200 weiteren, in gleicher Weise eingesetzten Rettungsassistenten, durchweg Mitarbeiter im Nebenerwerb oder Studenten, verneint (BAG vom 31.07.2002 – 7 AZR 181/01).

Diese konnten sich – nach Eintragung der Vollzeitbeschäftigten in den Jahresdienstplan – auf die noch 20 bis 30% offenen Dienste bei den Wachleitern „bewerben“. Hierzu trugen sie sich im Vormonat im PC der Rettungswache ein oder teilten dem Wachleiter fernmündlich mit, an welchen Tagen/Nächten des folgenden Monats sie Dienste leisten könnten. Aus den so angegebenen Diensten wählte der Wachleiter aus und teilte kurz vor Beginn des nächsten Monats mit, ob und wenn ja welche und wie viele Dienste der jeweilige Rettungsassistent bekam.

Darüber hinaus rief die Rettungswache bei (z.B. krankheitsbedingtem) Ausfall eines Vollzeitbeschäftigten den Rettungsassistenten oder andere Rettungsassistenten kurzfristig an und fragte deren Bereitschaft ab, den Dienst zu übernehmen. Zur Übernahme eines solchen Dienstes bestand keine Verpflichtung. Auch eine Stornierung bereits übernommener Dienste durch die einzelnen Rettungsassistenten war möglich.



### Hinweis

Bei solchen Vertragsverhältnissen ohne Arbeitsverpflichtung des Arbeitnehmers wird es oftmals bereits an einem dauerhaften Arbeitsverhältnis fehlen. Derartige Vertragsgestaltungen finden sich regelmäßig bei studentischen Aushilfsarbeitsverhältnissen, in denen die jeweilige Beschäftigung einvernehmlich von den Vertragsparteien vereinbart wird.

Das BAG geht in derartigen Konstellationen oftmals von, auf den jeweiligen Einsatz bezogenen „Ein-Tages-Arbeitsverhältnissen“ aus. Es handele sich dabei nicht um eine unzulässige Umgehung der Abrufarbeit.

Natürlich sind auch bei solchen Konstellationen die Vorgaben des Teilzeit- und Befristungsgesetzes zu beachten (insbesondere Erforderlichkeit eines Sachgrundes und Schriftform der Befristungsabrede).

### 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](http://www.arbeitsrecht-beck.de)  
[info@arbeitsrecht-beck.de](mailto:info@arbeitsrecht-beck.de)