

Kapitel 36: Die Kurzarbeit und der Urlaubsanspruch

I. Kurzarbeit als Steuerungsinstrument in der Krise

Kurzarbeit ist seit der Corona-Pandemie (C-Krise) in aller Munde. Dabei ist die Kurzarbeit keine neue Erfindung, sondern ein komplexes **sozialrechtliches Steuerungsinstrument**, mit dem der Arbeitgeber in Zeiten schwacher Nachfrage wirtschaftlich bedingte Entlassungen vermeiden kann. Bereits in der Finanzkrise 2008 wurde es erfolgreich eingesetzt.

Nur in aller Kürze: Mit Kurzarbeit kann die **Arbeitszeit** auf **bis zu Null** reduziert werden – mit der Folge, dass dem Mitarbeiter nur ein reduzierter Arbeitslohn (sog. Kurzlohn) zusteht.

Für ein grundlegendes Verständnis dieses Vorgangs Kurzarbeit sind zu unterscheiden:

- die **Ermächtigung zur Einführung** der Kurzarbeit, die die Arbeitspflicht des Mitarbeiters reduziert bzw. sogar ganz aufhebt, durch Gesetz (§ 19 KSchG im Fall der Massenentlassung), Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder – einvernehmlich – im Arbeitsvertrag;¹⁸⁴
- die **verbindliche Einführung** der Kurzarbeit für den Mitarbeiter auf Grundlage dieser Ermächtigung und
- der Anspruch des Mitarbeiters auf **Kurzarbeitsgeld** (kurz: Kug) nach §§ 95 ff. SGB III für maximal zwölf Monate.¹⁸⁵

Es gibt also **zwei Aspekte der Kurzarbeit**:

184 BAG vom 16.12.2008 – 9 AZR 164/08 Rn. 59: Das Direktionsrecht des Arbeitgebers reicht nicht aus.

185 Derzeit wird politisch diskutiert, ob dieser Zeitraum auf 24 Monate verlängert wird.

- Die **Ermächtigung** und die auf dieser Grundlage **verbindliche Einführung** der Kurzarbeit entsprechen dem **arbeitsrechtlichen Aspekt** der Kurzarbeit;
- das **Kug** entspricht dem **arbeitslosenversicherungsrechtlichen Aspekt**.¹⁸⁶

Im Detail wirft die Kurzarbeit sehr viele (auch technische) Fragen auf, auf die hier nicht eingegangen werden soll. Unter dem Blickwinkel des Urlaubsrechts ist Folgendes wichtig:

Die Ermächtigungsgrundlage ist sorgfältig zu entwerfen. So muss bei einer Kurzarbeitsklausel in einer Betriebsvereinbarung für die Arbeitnehmer zuverlässig zu erkennen sein, was seine Rechte und Pflichten sind. Das wäre Thema für ein eigenes Buch.

Zunächst ein kleiner Taktik-Bonus, bevor wir uns dem Urlaubsanspruch des Mitarbeiters in der Kurzarbeitsphase zuwenden (ab unten II.):

TAKTIK-BONUS:

FAQ - Drei häufige Fragen rund um die Kurzarbeit:

1. Was passiert bei einer einvernehmlichen Aufhebung oder Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Kurzarbeit und dem Kurzlohn?

Im Fall einer **Kündigung/Aufhebungsvertrag** erlischt sofort der Anspruch Ihres Mitarbeiters auf Kug (§ 98 Abs. 1 Nr. 2 SGB III). Er hat dann bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses seinen normalen (ungekürzten) Vergütungsanspruch gegen Sie.

2. Wann brauche ich eine Kurzarbeitsklausel im Arbeitsvertrag?

Immer dann, wenn es keine andere Ermächtigungsgrundlage gibt. Prüfen Sie

¹⁸⁶ BAG vom 16.12.2008 – 9 AZR 164/08 Rn. 58

daher zunächst, ob ein Tarifvertrag mit einer entsprechenden Kurzarbeitsklausel auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Ist das nicht der Fall, könnten Sie mit Ihrem Betriebsrat eine entsprechende Betriebsvereinbarung abschließen. Existiert auch kein Betriebsrat, bleibt nur der Weg über die einzelnen Arbeitsverträge, sofern diese eine solche Klausel nicht enthalten. Mit jedem Mitarbeiter müsste in diesem Fall individuell ein Nachtrag vereinbart werden. Bei der Formulierung des Nachtrags ist erhöhte Sorgfalt geboten. Denn die Kurzarbeitsklausel unterliegt – wie alle Regelungen in dem Arbeitsvertrag - grundsätzlich der AGB-Kontrolle, d.h., sie muss angemessen sein (§ 307 Abs. 1 BGB). Von laienhaften Formulierungskünsten muss ausdrücklich abratet werden.

3. Was ist, wenn es keine Ermächtigungsgrundlage gibt und der Mitarbeiter der Kurzarbeit nicht zustimmt?

Dann bliebe Ihnen nur der Weg der **Änderungskündigung**.

II. Die automatische Verkürzung des Urlaubs in der Kurzarbeit

Der **Urlaubsanspruch** hat nach EU-Recht¹⁸⁷ **zwei Aspekte**, die im Zusammenhang mit der Kurzarbeit von entscheidender Bedeutung sind:

- einen Anspruch auf eine **gesetzliche Mindestdauer** (vier Wochen = 20 Arbeitstage)
- einen Anspruch auf **Urlaubsentgelt** (Urlaubsvergütung)

Der **erste Aspekt** beruht auf der Annahme, dass der Mitarbeiter auch **tatsächlich arbeitet**.¹⁸⁸ Wenn der Mitarbeiter infolge von Kurzarbeit Null gar nicht arbeitet, verringert sich sein Anspruch **automatisch**. Der Arbeitgeber muss insoweit keine Kürzungserklärung oder Ähnliches abgeben. Die Kürzung vollzieht sich von selbst.

¹⁸⁷ Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG; Art. 31 Abs. 2 der Grundrechts-Charta

¹⁸⁸ EuGH vom 13.12.2008 – C-385/17 (Entscheidung „Hein“) Rn. 27

Den **Umfang der Kürzung** kennt man erst, wenn das Ende der Kurzarbeit bekannt oder das Jahresende erreicht ist. Auch in diesem Punkt stellt uns die **C-Krise** vor eine besondere Herausforderung:

Es sind nicht nur sehr viele unterschiedliche Unternehmen gleichzeitig betroffen, auch kann derzeit niemand sagen, wie lange die C-Krise und ihre wirtschaftlichen Auswirkungen anhalten. Im Gegensatz zu der üblichen saisonbedingten Kurzarbeit, z.B. in der Bauwirtschaft, ist derzeit **keine seriöse Prognose** möglich, für wen die Kurzarbeit wann enden wird.

Hingegen beruht der **zweite Aspekt** nicht auf der Annahme der tatsächlichen Arbeitsleistung. Das **Urlaubsentgelt** muss **ungekürzt** gezahlt werden (§ 11 BUrlG). Zwar sieht § 13 BUrlG die Möglichkeit vor, dass (nur) in Tarifverträgen davon abgewichen werden kann. Der **EuGH** hat aber in seiner Entscheidung vom **13.12.2008** für die Regelung in § 8 BRTV Bau klargestellt, dass das **nicht zulässig** ist¹⁸⁹ - und dieses Votum gilt es zu beachten.

Der Mitarbeiter hat – bezogen auf den gesetzlichen Mindesturlaub - immer einen Anspruch auf ein Urlaubsentgelt in Höhe des **gewöhnlichen Arbeitsentgelts**. Ob in den Referenzzeitraum der vorherigen 13 Wochen Kurzarbeit gefallen ist und ein Tarifvertrag insoweit eine Kürzung vorsieht, spielt keine Rolle.

Wie ist mit tarifvertraglichen Zusatzleistungen und Überstunden zu verfahren?

Der **EuGH** hat in einer Entscheidung klargestellt, dass tarifvertragliche Zusatzleistungen außer Betracht bleiben. Bei Überstunden sieht es anders aus, sofern der Mitarbeiter diese leisten muss, diese vorhersehbar und gewöhnlich sind. Zudem müssen sie einen wesentlichen Teil des Arbeitsentgelts ausmachen.¹⁹⁰

An letzterer Voraussetzung dürfte es meines Erachtens regelmäßig fehlen.

Zugunsten des Arbeitnehmers darf es davon Abweichungen geben. Der Arbeit-

¹⁸⁹ EuGH vom 13.12.2008 – C-385/17 (Entscheidung „Hein“) Rn. 53

¹⁹⁰ EuGH vom 13.12.2008 – C-385/17 (Entscheidung „Hein“) Rn. 47

geber kann z.B. mit dem Mitarbeiter vereinbaren, dass gewöhnliche Überstunden immer einzubeziehen sind.

VERTIEFUNG:

Was bedeutet die Kurzarbeit mit der Besonderheit der unsicheren Prognose in der C-Krise für den Urlaubsanspruch des Mitarbeiters in den einzelnen Fallkonstellationen?

1. Folgende fünf Fallgestaltungen A bis E sind zum Zeitpunkt des Beginns der Kurzarbeit denkbar:

- A)** Der Mitarbeiter hat vor der Kurzarbeit seinen gesamten Jahresurlaub (= Mindesturlaub + vertraglicher Mehrurlaub) bereits genommen.
- B)** Der Mitarbeiter hat vor der Kurzarbeit bislang gar keinen Urlaub genommen, d.h., der gesamte Jahresurlaub ist noch offen.
- C)** Der wohl häufigste Fall: Der Mitarbeiter hat vor der Kurzarbeit bereits einen Teil seines Jahresurlaubs genommen.

Für die Phase der Kurzarbeit sind noch folgende Varianten für die Fallgestaltungen **B** und **C** denkbar:

- D)** Der Mitarbeiter hat seinen Resturlaub noch nicht beantragt.
- E)** Der Mitarbeiter hat seinen Resturlaub oder einen Teil davon bereits zu einem früheren Zeitpunkt in dieser Phase bewilligt bekommen.

Wie sich diese fünf Fallgestaltungen A bis E auswirken, wird im Nachfolgenden dargestellt.

2. Die **Fallgestaltung A** ist der einfachste Fall. Der Urlaubsanspruch des Mitarbeiters wurde bereits voll erfüllt, eine eventuelle Kürzung würde sich nicht zum Vorteil des Arbeitgebers auswirken, d.h., der Arbeitgeber braucht gar nicht erst anfangen zu rechnen – es gibt nichts mehr zum Kürzen!

Beispiel: Paul hat in den Monaten Januar und Februar seinen Jahresurlaub 2020 genommen. Am 15.03.2020 geht er in die Kurzarbeit Null. Selbst wenn sich infolge der Kurzarbeit sein gesetzlicher Mindesturlaub automatisch reduziert, müsste er nicht nacharbeiten oder etwas zurückzahlen.

Sobald die Kurzarbeit über den Jahreswechsel anhält, im Folgejahr am 01.01. entsteht der neue Urlaubsanspruch in voller Höhe. In diesem Moment rückt dieser Fall A automatisch in die Fallgestaltung B.

3. Bei den **Fallgestaltungen B und C** kann sich der gesetzliche Mindesturlaub reduzieren, weil nach Meinung des EuGH die Dauer des Mindesturlaubs von der tatsächlichen Arbeitsleistung abhängt.

Bei Kurzarbeit Null (= es wird in der Kurzarbeit gar keine Arbeitsleistung erbracht) ist die Reduzierung relativ einfach zu berechnen. Dazu folgen die

Beispiel: Pauline hat 30 Tage Urlaub/Jahr. Sie war in 2020 infolge der C-Krise sechs Monate in der Kurzarbeit Null. Deswegen kürzt sich automatisch ihr gesetzlicher Mindesturlaub auf die Hälfte, d.h. von vier Wochen + 20 Arbeitstagen auf zwei Wochen + zehn Arbeitstage.

Was ist mit ihrem vertraglichen **Mindesturlaub** von zehn Tagen? Wenn im Arbeitsvertrag oder Tarifvertrag nichts Abweichendes geregelt ist, kommt es meiner Meinung nach mit dem gesetzlichen Mindesturlaub zu einem

Dieshalb, d.h., auch der Mehrurlaub würde sich um die Hälfte reduzieren. Im Beispiel verbleiben also 15 Tage Gesamturlaub. Entschieden ist dieser Fall von EuGH noch nicht.

Bei einer tiefen Reduzierung der täglichen Arbeitszeit von z.B. 20% (Kurzarbeit 75%) bleibt es bei 4 Wochen gesetzlichen Mindesturlaub, weil die arbeitstägliche Arbeitsverpflichtung unverändert geblieben ist.

Verringert sich aber die Anzahl der Arbeitstage, würde der Pro-rata-temporis-Grundsatz (= anteilige Kürzung) gelten. Denn die Kurzarbeit ist mit einer Teilzeitschäftigung vergleichbar.¹⁹¹

Beispiel: Klaus hat eine Vollzeitstätigkeit von Montag bis Freitag, sein jährlicher Urlaubsanspruch entspricht 20 Arbeitstagen (= Mindesturlaub). Durch die Kurzarbeit reduziert sich seine Arbeitszeit um 50% für sechs Monate. Er arbeitet jetzt nur noch Montag bis Mittwoch. Er leistet trotz seines formalen Vollzeitarbeitsvertrages quasi Teilzeitarbeit an drei Tagen/Woche, so dass sich sein Mindesturlaubsanspruch in der Kurzarbeitsphase reduziert. Bei einer 3-Tage-Woche für ein halbes Jahr beträgt die Kürzung $4 \times 2 \text{ Tage} \times \frac{1}{2} = 4 \text{ Tage}$, so dass es bei 16 Tagen Mindesturlaub bleibt. (Der Faktor 4 steht für die vier Wochen Mindesturlaub, der Faktor 2 für die pro Woche abzufehlenden zwei Tage (3-Tage-Woche statt 5-Tage-Woche), und der Faktor $\frac{1}{2}$ reduziert die Kürzung für ein ganzes Jahr auf ein halbes Jahr.)

Auch der vertragliche Mehrurlaub würde sich dementsprechend verringern (Dieshalb), es sei denn, es ist im Arbeits- oder Tarifvertrag etwas Abweichendes vereinbart worden.

Um wie viel sich der Urlaubsanspruch im laufenden Urlaubsjahr automatisch verringert, kann man erst zum Ende der Kurzarbeit oder am Jahresende sagen.

—

¹⁹¹ EuGH vom 08.11.2012 – C-208/11 und C-209/11 (getrennte Entscheidung „Hermann/Telekom“), Nr. 42.

4. In den Fallgestaltungen B bis E stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber zur Vermeidung von Kurzarbeit zunächst einmal den noch offenen (Rest-) Urlaub gewähren muss.

Es gibt ein Spannungsfeld zwischen sozialversicherungsgesetzlicher und arbeitsrechtlicher Betrachtungsweise:

Sozialversicherungsgesetzlich hat Urlaub Vorrang vor Kurzarbeit (§ 96 Abs. 1 und Abs. 4 SGB IV), weil grundsätzlich Urlaub Kurzarbeit vermeidbar macht. Das gilt insbesondere auch für übertragenen Alt-Urlaub und sonstige Freizeitguthaben (Überstunden). Eine Ausnahme besteht bei vorrangigen Urlaubswünschen des Mitarbeiters, die der Urlaubsgewährung statt Kurzarbeit entgegenstehen. Da das Ziel lautet, dass der Mitarbeiter Kurzarbeitsgeld (Kug) bekommt, sollte man das im Auge behalten. Das gilt auch z.B. für einen Aufhebungsvertrag, der den Anspruch auf Kug zunichtemachen würde.

Arbeitsrechtlich gilt, dass der Arbeitgeber den Urlaub bestimmt, aber die Wünsche des Arbeitnehmers zu beachten hat. Wichtig ist auch die Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers.

—

5. In den Fallgestaltungen D und E – sofern noch Resturlaub besteht – stellt sich bei Kurzarbeit Null folgende Frage:

Wird nicht genommener Urlaub während der Kurzarbeit in das erste Quartal des Folgejahres übertragen – oder erlischt er am Ende des Urlaubsjahres (31.12.)?

Es erfolgt eine Übertragung. Wenn die Kurzarbeit Null über den Jahreswechsel geht und mindestens bis zum 31.03. des Folgejahres andauert, würde dieser Urlaub endgültig erlöschen. Das entspricht auch der bisherigen Rechtsprechung des EuGH.

6. In der Fallgestaltung E fragt sich, wie mit bereits früher gewährtem Urlaub, der in die Kurzarbeitsphase fällt, umzugehen ist.

Denkbar sind zwei Lösungen:

- Die Urlaubsgewährung wird **hinfällig**. Die Kurzarbeit geht vor (Kurzarbeit schlägt Urlaub).
- Der **Urlaub bleibt**. Es ist 100% Urlaubvergütung zu zahlen. Denn Kurzarbeit bezieht sich nur auf Zeiten, wo eine Arbeitspflicht besteht – und die besteht eben im Urlaub nicht.

Die zweite Lösung „Urlaub bleibt“ würde zwar dem sozialversicherungsrechtlichen Vorzug des Urlaubs entsprechen, aber das BAG wählt die erste Lösung „Urlaubsgewährung hinfällig“.

Der Grundsatz des BAG lautet „Kurzarbeit schlägt Urlaub“

Das BAG argumentiert wie folgt: Wenn der Arbeitgeber die zeitliche Lage des Urlaubs verbindlich festlegt, hat er seine Leistung bewirkt.¹⁹² Der Arbeitnehmer hat in diesem Fall für eine bestimmte Zeit (= Urlaubsdauer) einen Freistellungsanspruch. Sofern die Arbeitspflicht zu einem späteren Zeitpunkt durch eine betriebsverfassungsgesetzliche Norm (§ 77 IV BetrVG) aufgehoben wird,¹⁹³ wird der Freistellungsanspruch des Mitarbeiters **nachträglich unmöglich**.¹⁹⁴ Die Konsequenz ist, dass der Urlaub für den Mitarbeiter verloren ist.

¹⁹² BAG vom 16.12.2008 – 9 AZR 104/08 Nr. 10

¹⁹³ BAG vom 16.12.2008 – 9 AZR 104/08 Nr. 16. In der Entscheidung wird die andere Lösungsmöglichkeit „Urlaub bleibt“ nicht mit einem Wort erwähnt.

¹⁹⁴ § 275 Abs. 1 BGB

2. In Betracht kommt aber Ersatzurlaub als Schadensersatz.¹⁹⁵ Voraussetzung wäre, dass der Arbeitgeber die Unmöglichkeit, sprich das Erlischen des Freistellungsanspruchs durch die Kurzarbeit zu vertreten hat. Dies hatte das BAG in einem Fall bejaht, wo der Arbeitgeber den die Kurzarbeit auslösenden Moment – in diesem Fall eine Werftlagezeit – mit dem Betriebsrat vereinbart hatte (= bewusste und gewollte Verhinderung des Leistungserfolges).¹⁹⁶

Meine Meinung dazu: Das wird man dem Arbeitgeber in der C-Krise wohl kaum vorwerfen können.

Als Arbeitgeber könnte man anführen, dass man die Kurzarbeit weder bewusst noch gewollt herbeigeführt hat (= B. C-Krise als höhere Gewalt). Würde der Arbeitgeber damit Gehör finden, wäre das Ergebnis wie folgt: Der Urlaub für den Mitarbeiter wäre endgültig verloren, den Rettungsweg der Ersatzurlaub würde es in dieser Konstellation nicht geben.

Abwegig wäre dieses Ergebnis angesichts der bisherigen Argumentation des EuGH nicht. Der EuGH hat bislang stets betont, die Kurzarbeit zeichne sich dadurch aus, dass der Arbeitnehmer sie für Freizeit etc. nutzen kann.¹⁹⁷ Nationale Rechtsprechung gibt es hierzu bei uns (noch) nicht.

FAKTE BUNDE:

Diverse praxisrelevante Fragestellungen sind noch nicht vom BAG bzw. EuGH entschieden worden. Damit muss man derzeit als Betrieb leben. Im Bereich Kurzarbeit können Sie im Rahmen einer transparent formulierten Klausel zwei wichtige Dinge in dem Arbeitsvertrag gestalten:

¹⁹⁵ §§ 201 Satz 1, 203 Abs. 1, 275 Abs. 1 und 249 Abs. 1 BGB

¹⁹⁶ BAG vom 16.12.2008 – 9 AZB 104/08 Nr. 71

¹⁹⁷ EuGH vom 08.12.2012 – C-226/11 und C – 228/11 (verbundene Entscheidungen „Jehmann/Talbot“) Nr. 26

1. In der Befugnis die Kürzung des vertraglichen Mehrurlaubs regelt

Es bietet sich an, in dem Arbeitsvertrag neben der grundsätzlichen Befugnis Kurzarbeit anzudeuten, eine eindeutige Kürzungsregelung hinsichtlich der Dauer des vertraglichen Mehrurlaubs zu vereinbaren (z. B. für Kurzarbeit Null „Für jeden vollen Monat der Kurzarbeit Null reduziert sich der vertragliche Mehrurlaubsanspruch um $\frac{1}{12}$ Tages/Jahr um $\frac{1}{12}$ “), um jedes Risiko einer anderen Betrachtungsweise durch ein Gericht zu vermeiden. Denn der von dem EuGH beschriebene Automatismus bei der Kürzung betrifft nach dem Wortlaut der Entscheidung nur den gesetzlichen Mindesturlaub. Entsprechend kann man bei der Reduzierung der Arbeitstage verfahren.

2. Versucht bei der Urlaubsgewährung vor oder während der Kurzarbeit?

Ferner empfiehlt es sich als Arbeitgeber vor der Kurzarbeitsphase nicht den vollen Urlaub zu gewähren, sondern sich ein Kürzungsvolumen zu erhalten (= Verwendung der obigen Fallgestaltung A). Umgekehrt wird der Arbeitnehmer stets unter Hinweis auf § 10 Abs. 1 und Abs. 4 SGB II versuchen, die Kurzarbeit mit den einhergehenden Vergütungsrisiken zu vermeiden, in dem er seinen Urlaub beantragt. Eine Reaktionsmöglichkeit wäre, dass Sie das mit dem Hinweis „Kurzarbeit schlägt Urlaub“ ablehnen.

Könnte der Arbeitnehmer erfolgreich während der Kurzarbeit Null seinen Urlaub einlegen?

Nein. Das würde nicht funktionieren, weil durch die Kurzarbeit Null die Arbeitsverpflichtung aufgehoben worden ist – und insoweit kein Raum für eine Urlaubsaufrechterhaltung verbleibt. Insoweit würde die Kurzarbeit Verdrängungsqualität erfüllen („Kurzarbeit schlägt Urlaub“).