

## Urlaubskürzung und Kurzarbeit – Bewertung aus Sicht des Deutschen Gewerkschaftsbundes und seiner Mitgliedsgewerkschaften

Aufgrund der aktuellen wirtschaftlichen Situation infolge der Sars-CoV-2-Pandemie haben zahlreiche Unternehmen Kurzarbeit eingeführt und für ihre Beschäftigten Kurzarbeitergeld (KUG) beantragt. In diesem Zusammenhang wird von den Arbeitgebern – insbesondere unter der Berufung auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs – vermehrt die Rechtsauffassung vertreten, während der Kurzarbeit können Arbeitgeber die Ansprüche der Arbeitnehmer\*innen auf Erholungsurlaub kürzen. Diese Rechtsauffassung ist umstritten. Überzeugende Argumente sprechen für die Gegenposition, d. h. gegen eine Kürzung der Urlaubsansprüche bei Kurzarbeit:

### **1. Die Rechtsprechung des EuGH führt nicht automatisch zu einem Kürzungsrecht in Bezug auf die Urlaubsansprüche der Beschäftigten in Kurzarbeit in Deutschland**

Die Befürworter der Urlaubskürzung aufgrund der Kurzarbeit berufen sich auf die Rechtsprechungslinie des EuGH, die mit dem Urteil aus dem Jahr 2012 begonnen hat<sup>1</sup>. Diese Entscheidung setzte sich mit einer im Sozialplan vereinbarten Transfer-Kurzarbeit auseinander. Auf Grundlage dieser Vereinbarung wurden Beschäftigte für einen fest vereinbarten Zeitraum freigestellt. Der EuGH hat entschieden, dass in diesem Fall eine Kürzung der Urlaubsansprüche nicht gegen das Unionsrecht verstoße und konkretisierte dies im Jahr 2018 dahingehend, dass Ansprüche auf den bezahlten Jahresurlaub nach dem Unionsrecht grundsätzlich anhand der Zeiträume der tatsächlich geleisteten Arbeit zu berechnen seien<sup>2</sup>; Ein Arbeitnehmer, der sich in einer Situation der „Kurzarbeit null“ befinde, könne Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub nach dem Unionsrecht nur für die Zeiträume erwerben, in denen er tatsächlich gearbeitet habe<sup>3</sup>.

Seine Bewertung stützte der EuGH auf der Annahme, Kurzarbeit sei mit der Teilzeitarbeit vergleichbar<sup>4</sup> und brachte damit die Rechtsprechung des EuGH zur Urlaubsberechnung bei Teilzeitarbeit<sup>5</sup> zur Anwendung. Der EuGH begründete dies damit, dass ein Kurzarbeiter, ähnlich einem Teilzeitbeschäftigten, eine vorhersehbare und frei gestaltbare Freizeit gewinne, die er nutzen könne, um sich auszuruhen oder Freizeittätigkeiten nachzugehen<sup>6</sup>.

Diese Argumentation und **die vom EuGH aufgestellten Grundsätze sind auf die Fälle der konjunkturbedingten Kurzarbeit, wie sie derzeit in Deutschland vorherrscht, nicht übertragbar**. Aus mehreren Gründen ist diese Form der Kurzarbeit mit Teilzeitarbeit nicht vergleichbar (dazu ausführlich unter 4.), bereits aufgrund der Ungewissheit bezüglich Dauer und Umfang der Kurzarbeit können Kurzarbeiter ihre Erholung nicht in dem unterstellten Maß verwirklichen.

Hinzu kommt, dass der **EuGH mit seiner Rechtsprechung lediglich die Mindestvorgaben des Unionsrechts definiert**. Den Mitgliedstaaten bleibt es unbenommen, von diesen Mindestvorgaben zugunsten der Arbeitnehmer\*innen abzuweichen<sup>7</sup>. Der EuGH bestätigte dies ausdrücklich auch für die Frage der Berechnung von Urlaubsansprüchen bei Kurzarbeit. Die Richtlinie stehe dem nicht entgegen, dass Arbeitnehmer\*innen in nationalen Rechtsvorschriften oder in einem

<sup>1</sup> EuGH v. 8.11.2012, C-229/11 und C 230/11, Rs. Heimann und Toltschin.

<sup>2</sup> EuGH v. 4.10. 2018, C 12/17, Rs. Dicu, Rn. 28.

<sup>3</sup> EuGH v. 13.12.2018, C-385/17, Rs. Hein, Rn. 29.

<sup>4</sup> EuGH v. 8.11.2012, C-229/11 und C 230/11, Rs. Heimann und Toltschin, Rn. 32.

<sup>5</sup> EuGH v. 22.04.2010 - C-486/08, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols.

<sup>6</sup> EuGH v. 8.11.2012, C-229/11 und C 230/11, Rs. Heimann und Toltschin, Rn. 32.

<sup>7</sup> EuGH vom 13.12.2018, C 385/17, Rz. 30.

Tarifvertrag ein Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub von längerer als der durch die Richtlinie garantierten Dauer unabhängig davon gewährt wird, ob die Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufgrund von Kurzarbeit verkürzt war<sup>8</sup>. **Die unionsrechtliche Zulässigkeit der Kürzung der Urlaubsansprüche sagt daher noch nichts über die Rechtslage in Deutschland aus.**

## **2. Dem Bundesurlaubsgesetz lässt sich die Zulässigkeit der Kürzung des Urlaubsanspruchs bei Kurzarbeit nicht entnehmen**

Der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub ist zwingendes, nicht tarifdispositives Recht (§ 13 Abs. 1 iVm § 3 Abs. 1 BurlG). Das Bundesurlaubsgesetz enthält keinerlei Bestimmungen zu der Zulässigkeit der Kürzung des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs bei Kurzarbeit.

Dabei sind die Auswirkungen der Kurzarbeit auf das Urlaubsrecht im Bundesurlaubsgesetz durchaus geregelt. So bleiben die aufgrund der Kurzarbeit entstandenen Verdienstkürzungen ausdrücklich ohne Auswirkung auf die Berechnung des Urlaubsentgelts (§ 11 Abs. 1 S. 3 BUrlG). Diese Regelung ist übrigens unionsrechtlich geboten: der EuGH bestätigte, dass Kurzarbeitszeiten die Höhe des Urlaubsentgelts nicht verringern dürfen. Während seines unionsrechtlich garantierten Mindestjahresurlaubs hat ein Arbeitnehmer ungeachtet früherer Kurzarbeitszeiten Anspruch auf sein normales Arbeitsentgelt für die ggf. kürzere Urlaubsdauer<sup>9</sup>.

## **3. Höchststrichterlich ist die Zulässigkeit der Kürzung von Urlaubsansprüchen bei Kurzarbeit nicht entschieden**

Die Zulässigkeit der Kürzung des Urlaubsanspruchs bei Kurzarbeit ist höchstrichterlich nicht bestätigt worden. Das Bundesarbeitsgericht hat zwar im Jahr 2019 für die Berechnung der Urlaubsansprüche im ruhenden Arbeitsverhältnis die vom EuGH entwickelten Grundsätze übernommen. So entschied das BAG in Anlehnung an die unter 1. genannten EuGH-Entscheidungen, dass Arbeitnehmer für Zeiten, in denen sie zur Erbringung von Arbeit nicht verpflichtet seien, keinen Anspruch auf Erholungsurlaub haben<sup>10</sup>. Allerdings lag der Entscheidung der Fall eines Sonderurlaubs, des sog. Sabbaticals, zugrunde. Wie nachstehend ausgeführt (s. dazu unter 4.), ist diese Fallkonstellation mit **der konjunkturbedingten Kurzarbeit aus mehreren Gründen nicht vergleichbar**. Eine Übertragung der Rechtsprechung auf die aktuelle Situation verbietet sich daher.

Gleiches gilt übrigens für die Grundsätze des BAG zur Umrechnung der Urlaubsansprüche bei einem Wechsel zwischen Vollzeit und Teilzeit und dem daraus folgenden unterjährigen Wechsel der Anzahl der Arbeitstage<sup>11</sup>. Auch hier fehlt gleich aus mehreren Gründen die Vergleichbarkeit (dazu ausführlich unter 4.).

## **4. Aus mehreren Gründen lassen sich die bislang in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze auf die Situation der konjunkturbedingten Kurzarbeit nicht übertragen**

Der Rechtsprechung des EuGH liegt die Annahme zugrunde, Kurzarbeiter seien den Teilzeitbeschäftigten vergleichbar, da sie über die aufgrund der Arbeitszeitreduzierung gewonnenen Zeit frei und planbar verfügen können. Das Bundesarbeitsgericht hat diesen Grundsatz auf eine Fallkonstellation eines freiwilligen und frei planbaren Sonderurlaubs übertragen. Die aktuell vorherrschende konjunkturbedingte **Kurzarbeit ist aber weder mit Teilzeitarbeit noch mit einem Sonderurlaub vergleichbar. Die Zulässigkeit der Kürzung des Urlaubsanspruchs bei Kurzarbeit ist aus mehreren Gründen abzulehnen:**

<sup>8</sup> EuGH vom 13.12.2018, C 385/17, Rz. 30f. unter Verweis auf EuGH v. 24.01.2012, C 282/10 Rs. Dominguez, Rn. 47 und 48.

<sup>9</sup> EuGH, v. 13.12.2018, C-385/17.

<sup>10</sup> BAG v. 19.3.2019, 9 AZR 315/17.

<sup>11</sup> BAG v. 19.3.2019, Rn. 22 und Rn. 30 mit Verweis auf ErfK/Gallner 19. Aufl. BUrlG § 3 Rn. 15; MüKoBGB/Müller-Glöge 7. Aufl. § 611 Rn. 926.

- a. Anders als bei der Transfer-Kurzarbeit oder auch dem Sabbatical ist **bei der konjunkturbedingten Kurzarbeit die Zeit und der Umfang der Reduzierung nicht verbindlich festgelegt und die durch Kurzarbeit „gewonnene“ Freizeit keinesfalls frei planbar**. Der Arbeitgeber darf die Kurzarbeit vorzeitig und kurzfristig beenden bzw. reduzieren (oder erweitern), etwa wenn er einen neuen Auftrag erhält und die Tätigkeit wiederaufnehmen kann. Entsprechend kurzfristig lebt dann auch die Arbeitsverpflichtung der Beschäftigten auf bzw. verändert sich deren Umfang. **Die vorzeitige Beendigung der Kurzarbeit unterliegt auch nicht dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats**<sup>12</sup>. Der Arbeitgeber kann also kurzfristig und einseitig darüber entscheiden, den Normalbetrieb wieder aufzunehmen und den Arbeitsumfang seiner Beschäftigten diesem anzupassen.
- b. Das Bundesarbeitsgericht sieht in dem Kurzarbeitergeld ein staatlich angeordnetes Instrument zur Milderung des wirtschaftlichen Risikos des Arbeitgebers<sup>13</sup>. **Die Situation der Kurzarbeit ist damit ihrem Wesen nach eher mit dem Annahmeverzug des Arbeitgebers** (§ 615 BGB) als mit Teilzeitarbeit oder Sabbatical **vergleichbar**. Konsequenterweise sieht das BAG in dem Kurzarbeitergeld den Lohnersatz, wobei der Arbeitgeber das Risiko trägt, dass es nicht gezahlt wird<sup>14</sup>. Bleibt die Zahlung aus, behält der Arbeitnehmer den Lohnanspruch in Höhe des Kurzarbeitergeldes<sup>15</sup>.
- c. **Während der Kurzarbeit unterliegen Arbeitnehmer\*innen zahlreichen sanktionsbewährten Verpflichtungen gegenüber der Bundesagentur für Arbeit, wodurch sie in ihrer Freizeitgestaltung erheblich eingeschränkt sind**. Entsprechend dem Merkblatt 8b der Bundesagentur für Arbeit (dort unter 5.3 und 5.4) kann die Agentur für Arbeit Bezieher\*innen von Kurzarbeitergeld auffordern, sich an Tagen des Arbeitsausfalls persönlich bei der Agentur für Arbeit zu melden. Verletzung dieser Meldepflicht führt zum Ruhen des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld für eine Woche. Zudem kann die Agentur für Arbeit Bezieher\*innen von Kurzarbeitergeld vorübergehend in eine andere Arbeit vermitteln. Denjenigen, die die angebotene zumutbare Beschäftigung trotz Belehrung ohne wichtigen Grund nicht annehmen oder nicht antreten, droht eine dreiwöchige Kurzarbeitergeld-Sperre.
- d. **Die Zulässigkeit der Kürzung des Urlaubsanspruchs entsprechend den EuGH-Grundsätzen hätte eine Schlechterstellung der Kurzarbeiter\*innen gegenüber den Bezieher\*innen von Arbeitslosengeld I zu Folge**. Entsprechend den fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit über die Gewährung von Leistungsfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit<sup>16</sup> und der dort geregelten Erreichbarkeitsanordnung (unter § 3 Abs. 1) sind Arbeitslose grundsätzlich drei Wochen (21 Kalendertage) pro Jahr berechtigt, unter Fortzahlung des Arbeitslosengeldes ortsabwesend zu sein. Damit besteht auch während der Arbeitslosigkeit ein Recht auf „bezahlte Erholung“, auch wenn sie nicht explizit als Urlaub bezeichnet wird. Ein bereits gewährter Urlaub während der Beschäftigung im gleichen Kalenderjahr wird nicht auf die 21 Tage angerechnet. Eine Schlechterstellung der Kurzarbeiter gegenüber den Arbeitslosen wäre rechtlich unsystematisch und arbeitsmarktpolitisch ein falsches Signal.
- e. Gegen eine Kürzung der Urlaubsansprüche entsprechend der EuGH-Grundsätze sprechen zudem **weitere arbeitsmarktpolitische und betriebspolitische Argumente**:

<sup>12</sup> BAG v. 21.11.1978 – 1 ABR 67/18.

<sup>13</sup> BAG v. 11.07.1990 – 5 AZR 557/89.

<sup>14</sup> BAG v. 22. 04.2009 – 5 AZR 310/08.

<sup>15</sup> BAG, Urteil vom 25.01.2012 – 5 AZR 671/10.

<sup>16</sup> Fachliche Weisungen – Arbeitslosengeld Drittes Buch Sozialgesetzbuch – § 146 SGB III Leistungsfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit, abrufbar unter: [https://www.arbeitsagentur.de/datei/fw-sgb-iii-146\\_ba015153.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/datei/fw-sgb-iii-146_ba015153.pdf)

- i. Die aktuell getroffene **politische Entscheidung**, anders als bisher **auf das Einbringen des Erholungsurlaubs des laufenden Kalenderjahres** zur Vermeidung des Arbeitsausfalls iSd. § 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III **zu verzichten, würde konterkariert werden**. Beschäftigte die ihren Erholungsurlaub nicht wie bisher vor der Kurzarbeit einsetzen müssen, sondern ihn später einsetzen dürfen, würden den noch vorhandenen Urlaubsanspruch aufgrund der Kurzarbeit verlieren. Das hätte zur Folge, dass **Beschäftigte, die ihren vollen Jahresurlaub vor dem Beginn der Kurzarbeit genommen haben, besser gestellt wären, als diejenigen, die ihren Urlaub zu einem späteren Zeitpunkt nehmen wollten** (ihn aber noch nicht bewilligt bekommen haben).
- ii. Die Kürzung der Urlaubsansprüche würde nicht nur diejenigen Beschäftigten benachteiligen, die ihren Jahresurlaub vor der Einführung der Kurzarbeit nicht vollständig genommen haben, sondern sie würde auch **finanziell zulasten der Bundesagentur für Arbeit** gehen. Die Zeiten, um die der Jahresurlaub gekürzt wurde, müssten mittels KUG aufgefangen werden.
- iii. Die Kürzung der Urlaubsansprüche aufgrund von Kurzarbeit würde eine Ungleichbehandlung innerhalb der Belegschaften hervorrufen, wenn diese in unterschiedlichem Umfang von Kurzarbeit betroffen sind. Beschäftigte in den von Kurzarbeit betroffenen Bereichen, würden neben den reduzierten Einkünften zusätzlich Einschnitte beim Erholungsurlaub hinnehmen müssen. Eine doppelte Benachteiligung mit negativen Auswirkungen auf den Betriebsfrieden wäre die Folge.

#### **5. Fazit: Arbeitgeber, die konjunkturbedingt Kurzarbeit eingeführt haben, sind nicht berechtigt, einseitig Urlaubsansprüche ihrer Beschäftigten zu kürzen**

Nach Überzeugung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften sind Arbeitgeber nicht berechtigt, den gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch aufgrund der konjunkturbedingten Kurzarbeit zu kürzen, wie es aus Anlass der Corona-Krise vermehrt aufgetreten ist. Diese Kürzungsmöglichkeit ist weder dem deutschen Urlaubsrecht noch der dazu ergangenen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu entnehmen. Der EuGH entwickelte seine Rechtsprechung zur Berechnung von Urlaubsansprüchen bei Kurzarbeit auf Grundlage einer Sonderkonstellation mit einer von vornherein planbaren und frei gestaltbaren Freistellung. Die Planbarkeit und freie Zeitgestaltung sind bei der konjunkturbedingten Kurzarbeit in der Regel nicht gegeben und die Grundsätze nicht übertragbar. Gegen die Zulässigkeit der Kürzung der Urlaubsansprüche sprechen schließlich auch zahlreiche arbeitsmarktpolitische Argumente, insbesondere die systemwidrigen Folgen innerhalb des Leistungssystems des SGB III.