

Weender Straße 87  
37073 Göttingen  
TEL : 0551/36245  
FAX : 0551/36246  
info@feuerhahn-rechtsanwaelte.de  
www.feuerhahn-rechtsanwaelte.de

feuerhahn rechtsanwälte – Weender Straße 87 – 37073 Göttingen

**PER E-MAIL s.loehlau@buko-diakonie.de**  
Bundeskonferenz der Arbeitsgemeinschaften  
und  
Gesamtausschüsse der Mitarbeitervertretungen  
Heinrich-Wimmer-Straße 4

D 34131 Kassel

**Bankverbindung**

DKB Deutsche Kreditbank AG  
IBAN: DE23 1203 0000 1056 2183 63  
BIC: BYLADEM1001

Steuernummer  
20/112/02889

Anwaltskammer Braunschweig

IHR SCHREIBEN VOM

IHR ZEICHEN

UNSER ZEICHEN

GÖTTINGEN, DEN

20/00149 SF/vPi

14.08.2020

**Bitte immer angeben**

## Buko (Kurzarbeit)

Sehr geehrte Damen und Herren der Sprechergruppe der Bundeskonferenz der  
Mitarbeitervertretungen,  
sehr geehrter Herr Löhlaus,

auftragsgemäß haben wir uns mit nachfolgenden Fragestellungen befasst:

- 1. Kann der Urlaubsanspruch von Mitarbeitenden sich durch Zeiten der Kurzarbeit reduzieren?**
- 2. Wenn ja: In welchem Umfang?**
- 3. Können sich Urlaubsansprüche auch anteilig verringern, wenn die Arbeitszeit durch Kurzarbeit nicht vollständig, sondern nur teilweise suspendiert wird?**
- 4. Sind Besonderheiten, insbesondere im Anwendungsbereich der AVR.DD zu beachten?**

## **Zu 1: Kann der Urlaubsanspruch von Mitarbeitenden sich durch Zeiten der Kurzarbeit reduzieren?**

Der VdDD hat mit Rundschreiben vom 28.04.2020 die Auffassung vertreten, dass sich der Urlaubsanspruch von Arbeitnehmer\*innen durch Zeiten der Kurzarbeit reduziere.

Fraglich ist, ob man dieser Auffassung folgen kann oder ob nicht wesentliche Anhaltspunkte dafür sprechen, dass sich der Urlaubsanspruch durch Zeiten von Kurzarbeit nicht reduziert.

Zunächst hat jede Arbeitnehmer\*in nach § 1 des Bundesurlaubsgesetzes (BurlG) in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub.

Das Ziel des Bundesurlaubsgesetzes ist es, der Arbeitnehmer\*in einen Erholungsurlaub zu sichern.

Das Gesetz verpflichtet daher die Arbeitgeber\*in, die bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer\*innen für eine bestimmte Dauer im Jahr von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freizustellen, um Gelegenheit zur selbstbestimmten Erholung zu geben<sup>1</sup>.

Man könnte nun darüber diskutieren, dass bei einer Reduzierung der Arbeitsleistung aufgrund von Kurzarbeit auch der Urlaubsanspruch sich im selben Verhältnis reduziert.

Allerdings hat das Bundesarbeitsgericht<sup>2</sup> und auch der EuGH<sup>3</sup> klargestellt, dass es für das Entstehen, den Bestand und die Erteilung des Urlaubs auf ein konkretes Erholungsbedürfnis der Arbeitnehmerin und ihre Freizeitgestaltung, jedenfalls im Rahmen der in § 8 BUrIG (Erwerbstätigkeit während des Urlaubs) gesetzten Grenzen, nicht ankommt.

Das Gesetz geht davon aus, dass eine Arbeitnehmer\*in bei Fälligkeit des Anspruchs erholungsbedürftig ist.

---

<sup>1</sup> Gallner in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Auflage 2020, § 1 BUrIG Rn. 4,

BAG, Urteil vom 20.06.2000, 9 AZR 405/99

<sup>2</sup> BAG, Urteil vom 20.05.2008, 9 AZR219/07 in NZA 2008,1237 (1239)

<sup>3</sup> EuGH, Urteil vom 24.01.2012 in NZA 2012,139

Auch geht die Rechtsprechung davon aus, dass tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung nicht zu den anspruchsbegründenden Voraussetzungen gehört<sup>4</sup>.

Das könnte zunächst dafür sprechen, dass sich der Anspruch auf Urlaub nicht reduziert.

Die seitens des VdDD zitierte Entscheidung des EuGH<sup>5</sup> rechtfertigt in den Fallkonstellationen, die auf Grund der Corona-Pandemie zur Einführung von Kurzarbeit führten, ebenfalls keine Kürzung des Urlaubsanspruchs.

Zwar hat der EuGH (aaO) entschieden, dass verminderte Urlaubsansprüche während der Kurzarbeit entstehen, sodass diese Rechtsprechung in Teilen der Literatur unter anderem zu der Auffassung führt, dass für Zeiten, in denen Kurzarbeit geleistet wird, Urlaubsansprüche analog der Kürzung von Urlaubsansprüchen bei Teilzeitbeschäftigten unter Berufung auf Urteile des Europäischen Gerichtshofes gekürzt werden können.

Eine höchstrichterliche nationale Rechtsprechung zu dieser Rechtsfrage ist bislang nicht ergangen.

Allerdings dürfte diese Rechtsprechung des EuGH (aaO) auf eine Vielzahl von Einrichtungen, in denen Kurzarbeit geleistet wird, nicht übertragbar sein, da in den dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorgelegten Fällen Grundlage für die Kürzung des Urlaubes Sozialpläne waren, die aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten der Arbeitgeberin und einem damit einhergehenden Personalabbau geschlossen worden sind.

Dieser Sozialplan sah ausdrücklich vor, dass die gegenseitigen Leistungspflichten des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers nach Maßgabe der Arbeitsverkürzung suspendiert sind<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> BAG 06.05.2014, 9 AZR 678/12 in NZA 2014, 959; BAG 23.01.2018, 9 AZR 200/17 in NZA 2018, 653, BVwG 09.05.2018 8 C 13/17 in NZA-RR 2018, 608

<sup>5</sup> EuGH, Urteil vom 08.11.2012, Heimann (C-229/11), Toltschin (C-230/11) gegen Kaiser

<sup>6</sup> EuGH vom 08.11.2012, Rn. 28

Zudem sollte der Sozialplan eine Entlassung der betroffenen Arbeitnehmer aus wirtschaftlichen Gründen verhindern und die Nachteile, die sich für diese Arbeitnehmer aus einer derartigen Entlassung ergeben, verringern<sup>7</sup>.

Der EuGH stellt in Rn. 32 seines Urteils nochmals klar, dass sich die gegenseitigen suspendierten Leistungspflichten des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers aus dem Sozialplan (und nicht aus allgemeinen Regelungen) ergeben, indem der EuGH auf die Rn. 13 und 28 seiner Entscheidung verweist.

Nicht entschieden hat der Europäische Gerichtshof indes, was in den Fällen passiert, in denen Kurzarbeit nicht auf Grundlage eines Sozialplans eingeführt wird, die Kurzarbeit nicht unmittelbar auf betriebliche „Defizite“ zurückzuführen ist, sondern extern durch eine weltweite Pandemie hervorgerufen worden ist.

Eine Vielzahl von Betrieben, die Kurzarbeit eingeführt haben, hatten aufgrund gesetzlicher – temporärer – Schießungsvorgaben schlicht keine andere Möglichkeit, um die Beschäftigungsverhältnisse der Arbeitnehmer\*innen zu sichern.

Demnach könnte fast von einer „gesetzlich verordneten Kurzarbeit“ gesprochen werden, auf die die Unternehmen und insbesondere die Arbeitnehmer\*innen keinen Einfluss hatten.

Oftmals wurde Kurzarbeit auch lediglich kurzfristig eingeführt, was erst Recht nicht den Schluss zulässt, dass eine Reduzierung der Urlaubsansprüche erfolgt.

Der Entscheidung des EuGHs aus dem Jahr 2012 (aaO) lag zugrunde, dass die Arbeitnehmer nach Beendigung der Kurzarbeit aus dem Arbeitsverhältnis aufgrund des Sozialplans ausgeschieden sind.

Die Arbeitspflicht war demnach endgültig aufgehoben.

Die durch die Kurzarbeit bedingten „freien“ Zeiten der Arbeitnehmer\*innen im Rahmen der Corona-Pandemie führen aber gerade nicht dazu, dass die Arbeitspflicht endgültig aufgehoben wird.

---

<sup>7</sup> EuGH vom 08.11.2012, Rn. 30

Die freie Zeit ist nicht zu vergleichen mit Freizeit, die die Arbeitnehmer\*in frei verplanen kann.

Vielmehr ist die Arbeitgeber\*in berechtigt, die Kurzarbeit vorzeitig zu beenden bzw. zu reduzieren<sup>8</sup> – auch ohne Zustimmung der MAV -, sollte in einer Dienstvereinbarung nichts Gegenteiliges geregelt sein.

Zudem ist die Agentur für Arbeit berechtigt, eine Bezieher\*in von KuG aufzufordern, sich an Tagen des Arbeitsausfalls persönlich bei der Agentur für Arbeit zu melden.

Wird dieser Aufforderung ohne Vorhandensein eines wichtigen Grundes nicht nachgekommen, führt dieses zum Ruhen des Anspruchs auf KuG für 1 Woche.<sup>9</sup>

Zudem kann die Agentur für Arbeit die Bezieher\*in von KuG in ein Zweitarbeitsverhältnis vermitteln. Im fall der Ablehnung durch die Arbeitnehmer\*in kann dieses zu einer Sperrzeit hinsichtlich des Bezugs von KuG von 3 Wochen führen.<sup>10</sup>

Demnach können die Zeiten der Kurzarbeit nicht mit Freizeit gleichgesetzt werden.

Auch die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm<sup>11</sup> lässt nicht das Ergebnis zu, dass sich der Urlaubsanspruch bei Kurzarbeit reduziert.

Der Entscheidung des LAG Hamm (aaO) lag ebenfalls zugrunde, dass die Kurzarbeit auf Grund eines Sozialplans erfolgt und dass der dortige Kläger nach der Kurzarbeit Null aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden ist.

Zudem enthielt dieser Sozialplan eine Regelung, dass die Arbeitnehmer\*innen im Jahr des Eintritts in die Kurzarbeit den vollen tariflichen Jahresurlaub erhalten und im Jahr des Ausscheidens wegen der Kurzarbeit keinen Urlaubsanspruch haben.

---

<sup>8</sup> BAG, Beschluss vom 21.11.1978, 1 ABR 67/76.

<sup>9</sup> Merkblatt 8b der Bundesagentur für Arbeit zum Kurzarbeitergeld

<sup>10</sup> Wie zuvor

<sup>11</sup> LAG Hamm, Urteil vom 30.08.2017, 5 Sa 626/17

Es gab demnach eine explizite Regelung den Urlaubsanspruch in einem Jahr zu kürzen. Das LAG Hamm hat indes nicht beanstandet, dass trotz Kurzarbeit im Jahr des Eintritts in die Kurzarbeit der Urlaubsanspruch unverändert in voller Höhe bestehen bleibt.

Auch der DGB befürwortet keine Kürzung des Urlaubs durch Kurzarbeit.<sup>12</sup>

**Zu 2: Kann der Urlaubsanspruch von Mitarbeitenden sich durch Zeiten der Kurzarbeit reduzieren? Wenn ja: In welchem Umfang?**

Keine Kürzung.

**Zu 3: Können sich Urlaubsansprüche auch anteilig verringern, wenn die Arbeitszeit durch Kurzarbeit nicht vollständig, sondern nur teilweise suspendiert wird?**

Da bereits bei Kurzarbeit Null kein Anspruch der Arbeitgeber\*innen auf Kürzung des Urlaubs besteht, besteht dieser Anspruch erst Recht nicht in den Konstellationen, in denen sich die Kurzarbeit nicht auf die gesamte arbeitsvertragliche Arbeitsleistung erstreckt.

**Zu 4: Sind Besonderheiten, insbesondere im Anwendungsbereich der AVR.DD zu beachten?**

§ 9i AVR.DD hat, soweit erheblich, folgenden Wortlaut:

Abs. 4:

Für die Berechnung des Entgeltes gemäß §§ 14 bis 19a AVR und der Krankenbezüge gemäß § 24 AVR gilt § 21 AVR mit Ausnahme von Abs. 2 zweiter Halbsatz entsprechend. Für die Anwendung sonstiger Bestimmungen bleibt die Kürzung der dienstvertraglich vereinbarten Arbeitszeit und die sich daraus ergebende Minderung der Bezüge außer Betracht. Die Jahressonderzahlung wird entsprechend der Anlage 14 AVR aus dem Entgelt ohne Kurzarbeit gewährt.

Fraglich ist demnach was „sonstige Bestimmungen“ im Sinne des § 9i Abs. 4 Satz 2 AVR.DD sind.

---

<sup>12</sup> Positionspapier DGB-Bundesvorstand vom 29.06.2020, m.w.N.

Sonstige Bestimmungen im Sinne der Norm sind wenigstens alle sich aus den AVR.DD ergebenden, geltenden Regelungen, für die § 9i AVR.DD keine Abweichungsmöglichkeit normiert.

Somit gelten die in den AVR.DD normierten Regelungen zum Urlaub im Abschnitt IX der AVR.DD uneingeschränkt. Auch die dort normierten Regelungen zum Urlaub sehen keine Kürzungsmöglichkeit des Urlaubsanspruchs bedingt durch Kurzarbeit vor.

Selbst wenn aufgrund der oben skizzierten Rechtsprechung eine Kürzung von Urlaubsansprüchen aufgrund von Kurzarbeit grundsätzlich möglich sein sollte, so würde die Spezialregelung des § 9i AVR.DD jedoch eine entsprechend lautende Entscheidung nicht mehr rechtfertigen können.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass der EuGH in einer weiteren Entscheidung aus dem Jahr 2018<sup>13</sup> explizit klargestellt hat, dass die Urlaubsvergütung aufgrund von Kurzarbeit nicht gekürzt werden kann.

Für etwaige Rückfragen und Ergänzungen stehen wir gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Tanja Bohlender  
(Rechtsanwältin)

---

<sup>13</sup> EuGH, Urteil vom 13.12.2018, Hein gegen Holzkamm (C-385/17)