

Arbeitsrechtliche Fragstellungen zu Urlaub im Zusammenhang mit Kurzarbeit¹ – Stand 19. Mai 2020

Praxishinweis: Bezüglich der hier vorgenommenen Beurteilung der Rechtslage können sich **abweichende tarifvertragliche Regelungen** zur Urlaubsdauer bei Kurzarbeit bzw. der Umrechnung ergeben. Eine Zusammenfassung der tarifvertraglichen Regelungen finden Sie daher im **Anhang**.

1. Welchen Urlaub müssen Beschäftigte vor Beginn des Bezugs von Kurzarbeitergeld nehmen?

Grundsätzlich gilt: Resturlaubsansprüche sind zur Vermeidung der Zahlung von Kurzarbeitergeld einzubringen. Für Urlaub aus dem laufenden Jahr gilt dies nur, wenn die Kurzarbeit gegen Ende des Jahres eingeführt wird. Im Einzelnen:

Das Gesetz selbst unterscheidet nicht zwischen Urlaubsansprüchen aus dem Vorjahr und Urlaubsansprüchen aus dem laufenden Jahr. Gem. § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III gilt nämlich:

*(4) Ein Arbeitsausfall ist nicht vermeidbar, wenn in einem Betrieb alle zumutbaren Vorkehrungen getroffen wurden, um den Eintritt des Arbeitsausfalls zu verhindern. **Als vermeidbar gilt insbesondere ein Arbeitsausfall, der***

1. überwiegend branchenüblich, betriebsüblich oder saisonbedingt ist oder ausschließlich auf betriebsorganisatorischen Gründen beruht,

2. durch die Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub ganz oder teilweise verhindert werden kann, soweit vorrangige Urlaubswünsche der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Urlaubsgewährung nicht entgegenstehen, oder (...)

Die Bundesagentur für Arbeit (BA) führt in ihrer aktuellen Weisung vom 30.03.2020² allerdings aus, dass bis zum Ende dieses Jahres davon abgesehen wird, die Einbringung von Erholungsurlaub **aus dem laufenden Urlaubsjahr** zur Vermeidung von Kurzarbeit einzufordern. Nur in Fällen, in denen die Kurzarbeit erst gegen Ende des Jahres eingeführt wird und noch Urlaubstage für das laufende Jahr zur Verfügung stehen, ist der Arbeitgeber gehalten, den Arbeitnehmern diesen Urlaub zu gewähren.

¹ Inklusive Exkurs zur Anordnung von Betriebsferien (vgl. S. 8).

² Abrufbar unter: <https://www.arbeitsagentur.de/datei/ba146387.pdf>

Hinsichtlich des **Resturlaubs** nimmt die BA eine strengere Haltung ein. Dieser muss grundsätzlich vorrangig in Anspruch genommen werden. In beiden Fällen gilt, dass Urlaubswünsche der Arbeitnehmer nicht entgegenstehen dürfen.

Weisung 202003015 vom 30.03.2020 – Weisung Verbesserungen für das KUG bis zum 31.12.2020:

*„Die BA sieht bis zum 31. Dezember 2020 davon ab, die Einbringung von Erholungsurlaub aus dem laufenden Urlaubsjahr zur Vermeidung von Kurzarbeit einzufordern. Diese Regelung erfolgt vor dem Hintergrund, dass bei der Interessenabwägung mit vorrangigen Urlaubswünschen der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers in der jetzigen Situation nicht absehbar ist, für welchen konkreten Zweck diese ihren Urlaub nutzen wollen oder müssen (z. B. Urlaub zur Betreuung ihrer Kinder wegen Schließung der Kitas oder Schulen). Der Schutz durch die Versicherungsgemeinschaft geht aufgrund der außergewöhnlichen Verhältnisse somit der Schadensminderungspflicht des Einzelnen vor. **Wird die Kurzarbeit gegen Ende des Urlaubsjahres eingeführt oder bestehen noch übertragene Urlaubsansprüche aus dem vorangegangenen Urlaubsjahr, ist der Arbeitgeber aufzufordern, den Zeitpunkt für den Antritt noch vorhandenen Urlaubs zur Verminderung des Arbeitsausfalls festzulegen.** Auch hier dürfen die Urlaubswünsche der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht entgegenstehen.“*

2. Was gilt für Urlaub im Zeitraum der Kurzarbeit?

Bereits genehmigter Urlaub ist von den Arbeitnehmern wie geplant zu nehmen. Nach der Weisung³ der BA haben die Agenturen für Arbeit bei der Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls unter anderem zu prüfen, ob bereits geplanter und gewährter Urlaub während der Kurzarbeit aufgrund der Urlaubsliste, des Urlaubsplans oder aufgrund von Betriebsferien einzubringen wäre. Über **noch nicht genehmigte Urlaubsanträge** im Zeitraum der Kurzarbeit können Arbeitgeber wie gewohnt entscheiden.

Empfohlen wird, in Betriebsvereinbarungen zur Kurzarbeit festzulegen, dass der Mitarbeiter **für den Zeitraum der Urlaubsgewährung von der Kurzarbeit ausgenommen** wird.⁴ Andernfalls besteht das Risiko, dass der Urlaub den Arbeitnehmern nachträglich zu gewähren ist. Das folgt aus einer Entscheidung des BAG aus dem Jahr 2008.⁵ Zu beachten ist nämlich, dass mit der Vereinbarung von Kurzarbeit auch die Arbeitspflicht entfällt. Das zugrunde gelegt, könnte auch die Auffassung vertreten werden, dass die Urlaubsgewährung nachträglich obsolet wird, weil der bezweckte Erfolg, d. h. die Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht für die Dauer des Urlaubs, nicht mehr eintreten kann. Der Arbeitnehmer bleibt auch an den Tagen in Kurzarbeit, für die eigentlich Urlaub vereinbart wurde. Der Urlaub würde damit verbraucht. Eine Klausel in der Betriebsvereinbarung zur Kurzarbeit könnte zur Vermeidung dieser Folge wie folgt lauten⁶:

§ 6 Urlaub, Einbringen von Arbeitszeitguthaben

*(1) Jeder Mitarbeiter kann während der Kurzarbeit Urlaub nehmen. Geht der Urlaubsantrag spätestens ... Wochen vor Urlaubsbeginn bei dem Vorgesetzten und der Personalabteilung ein, so ist der Urlaub zu gewähren, es sei denn, dem stehen dringende betriebliche Belange entgegen. **Für den Zeitraum der Urlaubsgewährung wird der Mitarbeiter von der Kurzarbeit ausgenommen.***

³ Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld (Kug); Abrufbar unter: https://www.arbeitsagentur.de/datei/dok_ba013530.pdf

⁴ Vgl. z. B. BV-Muster Kurzarbeit Bauer/Haußmann, Anwaltsformularbuch Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2017, S. 1082 f. und BV-Muster Kurzarbeit Kornbichler, Beck'sches Formularbuch, 3. Aufl. 2014, S. 1222.

⁵ BAG v. 16.12.2008 – 9 AZR 164/08.

⁶ Muster von Kornbichler, Beck'sches Formularbuch, 3. Aufl. 2014, S. 1222.

3. Kann der Urlaubsanspruch bei Kurzarbeit „gekürzt“ werden?

Unseres Erachtens kann der Urlaubsanspruch „gekürzt“ werden. Das folgt u. E. aus zwei Entscheidungen des EuGH aus dem Jahr 2012⁷ und 2018⁸. Der EuGH vertrat in seinem Urteil aus dem Jahr 2012 die Ansicht, dass eine Regelung in einem Sozialplan, wonach sich der Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub im Verhältnis zur erfolgten Arbeitszeitverkürzung verringert, mit europäischem Unionsrecht vereinbar ist. Damit darf u. E. auch der Anspruch eines Kurzarbeiters auf bezahlten Jahresurlaub im Verhältnis zur Arbeitszeitverkürzung (pro-rata temporis bzw. zeitanteilig) neu berechnet werden. Die Urlaubsansprüche sind durch Umrechnung an die neue Arbeitsverpflichtung anzupassen.

Dabei gilt: Ist die Kurzarbeit so ausgestaltet, dass sich zwar die tägliche Arbeitszeit verringert, die Anzahl der Wochenarbeitstage aber gleich bleibt, wirkt sich dies auf die – stets in Tagen bemessene – Urlaubsdauer nicht aus. Ändert sich hingegen die Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht,⁹ wird der Urlaub neu berechnet.

Wird beispielsweise „Kurzarbeit Null“ für die Dauer von drei Monaten angeordnet, mindert sich der Jahresurlaubsanspruch um ein Viertel (zu den Einzelheiten der Berechnung des Urlaubsanspruchs vgl. Frage 7).

Im Jahr 2018 hat sich der EuGH erneut mit den Auswirkungen von Kurzarbeit auf den Urlaubsanspruch beschäftigt.¹⁰ Vordergründig ging es dabei zwar um die Höhe des Urlaubsentgelts, jedoch bestätigte der EuGH in diesem Urteil nach unserer Lesart auch, dass sich der Urlaubsanspruch bei Kurzarbeit generell verringern kann. Folgt man dem Gedanken des EuGH¹¹, wonach der Zweck eines Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub auf der Prämisse beruht, dass der Arbeitnehmer im Laufe des Referenzzeitraums tatsächlich gearbeitet hat und Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub daher grundsätzlich anhand der Zeiträume der auf der Grundlage des Arbeitsvertrags **tatsächlich geleisteten Arbeit** zu berechnen sind, erscheint die Möglichkeit der Verringerung des Urlaubsanspruchs auch bei Kurzarbeit konsequent.

Auch die neueste Rechtsprechung des BAG gebietet unseres Erachtens keine andere rechtliche Bewertung. Vielmehr schließt sich das BAG ausdrücklich den Erwägungen des EuGH an. So führt es etwa in seinem zum unbezahlten Sonderurlaub (Sabbatical) ergangenen Urteil¹² – in dem das Gericht entschieden hat, dass für Zeiten des Sonderurlaubs **mangels Arbeitspflicht** kein Anspruch auf Erholungsurlaub entsteht – zunächst wie folgt aus (Rn. 20):

*Der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub wird dadurch nicht in unzulässiger Weise verringert. Dieser ist nicht nach der zum Zeitpunkt der Urlaubsgewährung geltenden Arbeitszeitregelung zu bemessen (so noch BAG 14. März 2017 - 9 AZR 7/16 - Rn. 17), sondern **grundsätzlich bezogen auf das gesamte Urlaubsjahr anhand der arbeitsvertraglichen Verteilung der Arbeitszeit auf die Wochentage zu berechnen**. Befindet sich ein Arbeitnehmer im Urlaubsjahr ganz oder teilweise im unbezahlten Sonderurlaub, **ist bei der Berechnung des gesetzlichen Mindesturlaubs zu berücksichtigen, dass die Arbeitsvertragsparteien ihre Hauptleistungspflichten durch die Vereinbarung von Sonderurlaub vorübergehend ausgesetzt haben**. Dies führt dazu, dass einem Arbeitnehmer, der sich im gesamten Kalenderjahr im unbezahlten Sonderurlaub befindet, mangels Arbeitspflicht kein gesetzlicher Anspruch auf Erholungsurlaub zusteht.“*

⁷ EuGH v. 8.11.2012 – C-229/11, C-230/11; dem EuGH folgend LAG Hamm v. 30.08.2017 – 5 Sa 626/17.

⁸ EuGH v. 13.12.2018 – C-385/17.

⁹ Beispiel für eine Änderung der Wochenarbeitstage (Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht): Reguläre Arbeitspflicht von Montag bis Freitag und mit Kurzarbeit von Montag bis Donnerstag oder an keinem Tag der Woche mehr (Kurzarbeit Null).

¹⁰ EuGH v. 13.12.2018 – C-385/17.

¹¹ EuGH v. 04.10.2018 – C-12/17; EuGH v. 13.12.2018 – C-385/17.

¹² BAG v. 19.03.2019 – 9 AZR 315/17.

Und nimmt dann auf die europarechtlichen Vorgaben Bezug (Rn. 31):

„Diese Berechnung des Urlaubsanspruchs steht mit Unionsrecht grundsätzlich im Einklang. Weder Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG noch Art. 31 Abs. 2 GRC verlangen es im Fall eines allein auf Wunsch des Arbeitnehmers vereinbarten unbezahlten Sonderurlaubs, den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub für die Zeiten unbezahlten Sonderurlaubs nach der suspendierten Arbeitspflicht zu berechnen und damit den Sonderurlaub einem Zeitraum tatsächlicher Arbeitsleistung gleichzustellen (vgl. EuGH 4. Oktober 2018 - C-12/17 - [Dicu] Rn. 28).

*Der Gerichtshof der Europäischen Union hat mit der Entscheidung vom 13. Dezember 2018 (- C-385/17 - [Hein]) unter Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. EuGH 8. November 2012 - C-229/11 und C-230/11 - [Heimann und Toltschin] Rn. 32 ff.) erkannt, dass der **Zweck des in Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG jedem Arbeitnehmer gewährleisteten 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** (EuGH 13. Dezember 2018 - C-385/17 - [Hein] Rn. 26).*

Er hat weiter festgestellt, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub auf der Prämisse beruht, dass der Arbeitnehmer im Laufe des Referenzzeitraums tatsächlich gearbeitet hat. Der unionsrechtlich gewährleistete Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub ist grundsätzlich anhand der Zeiträume der auf der Grundlage des Arbeitsvertrags tatsächlich geleisteten Arbeit zu berechnen (EuGH 13. Dezember 2018 - C-385/17 - [Hein] Rn. 27; 4. Oktober 2018 - C-12/17 - [Dicu] Rn. 28). Ein Arbeitnehmer kann danach einen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub gemäß Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG nur für die Zeiträume erwerben, in denen er tatsächlich gearbeitet hat (vgl. EuGH 13. Dezember 2018 - C-385/17 - [Hein] Rn. 27, 29).

Diese Grundsätze zur Berechnung des Urlaubsanspruchs bei suspendierter Arbeitspflicht gelten jedoch nicht ohne Einschränkungen. Ausnahmen sind möglich (Rn. 32):

„Eine andere Berechnung kann durch entgegenstehende gesetzliche Bestimmungen, unionsrechtliche Vorgaben sowie nach § 13 BUrlG zulässige kollektivrechtliche oder vertragliche Vereinbarungen veranlasst sein.

So ist § 3 Abs. 1 BUrlG zB richtlinienkonform dahin auszulegen, dass Arbeitnehmer, die mit dem Arbeitgeber das Ruhen des Arbeitsverhältnisses vereinbaren, weil sie wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit während des Bezugszeitraums ihrer Arbeitspflicht nicht nachkommen können, Arbeitnehmern gleichzustellen sind, die während dieses Zeitraums tatsächlich arbeiten (BAG 22. Januar 2019 - 9 AZR 10/17 - Rn. 30).

Entsprechendes gilt für Arbeitnehmerinnen, die wegen Mutterschaftsurlaubs ihre Aufgaben im Rahmen ihrer Arbeitsverhältnisse nicht erfüllen können (vgl. EuGH 4. Oktober 2018 - C-12/17 - [Dicu] Rn. 30 mwN). Für die Ausfallzeiten wegen eines Beschäftigungsverbots hat der deutsche Gesetzgeber dies positivgesetzlich in § 24 Satz 1 MuSchG geregelt. Danach gelten diese Zeiten für die Berechnung des Anspruchs auf bezahlten Erholungsurlaub als Beschäftigungszeiten. Darüber hinaus gelten Besonderheiten für Urlaubsansprüche, die von Kürzungsregelungen wie in § 4 ArbPISchG, § 17 Abs. 1 BEEG oder § 4 Abs. 4 PflegeZG erfasst werden (vgl. zu § 17 Abs. 1 BEEG BAG 19. März 2019 - 9 AZR 362/18 - und - 9 AZR 495/17 -).

In der Folge ließe sich annehmen, dass sich auch bei Kurzarbeit eine entgegenstehende Berechnung gebieten könnte. Die Situation eines Kurzarbeiters ist eine andere als bei einem Arbeitnehmer, der sich aus freien Stücken dafür entscheidet, ein Sabbatical-Jahr einzulegen und könnte mit der Situation eines Arbeitnehmers, der seiner Arbeitspflicht aus krankheitsbedingten Gründen nicht nachkommen kann, verglichen werden, da auch hier das Element der Freiwilligkeit in den meisten Fällen fehlen wird. Hiergegen sprechen jedoch wiederum die eindeutigen Aussagen des EuGH in seinem Urteil aus dem Jahr 2012¹³:

¹³ EuGH v. 8.11.2012 – C-229/11.

„Daher ist es zwar ausgeschlossen, dass sich der vom Unionsrecht gewährleistete Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Mindestjahresurlaub verringert, wenn der Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht wegen einer Erkrankung im Bezugszeitraum nicht nachkommen konnte, doch kann die in der vorstehenden Randnummer dieses Urteils angeführte Rechtsprechung auf den Fall eines Kurzarbeiters – wie er den Ausgangsverfahren zugrunde liegt – nicht sinngemäß angewandt werden.

Wie Kaiser in ihren schriftlichen Erklärungen zu Recht bemerkt, sind nämlich **die Situation eines Arbeitnehmers, der wegen einer Erkrankung nicht in der Lage ist, zu arbeiten, und die eines Kurzarbeiters grundlegend verschieden.** (...)

Erstens beruht die Kurzarbeit im Ausgangsfall auf einem Sozialplan, bei dem es sich um eine besondere Form einer betrieblichen Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmervertretern handelt. Dieser Sozialplan sieht vor, dass die gegenseitigen Leistungspflichten des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers nach Maßgabe der Arbeitszeitverkürzung suspendiert sind.

Zweitens **kann der betroffene Arbeitnehmer während der Kurzarbeit, die sich aus dem genannten Sozialplan ergibt und für ihn folglich vorhersehbar ist, sich entweder ausruhen oder Freizeittätigkeiten nachgehen. Da er unter keinen durch eine Erkrankung hervorgerufenen physischen oder psychischen Beschwerden leidet, befindet er sich daher in einer anderen Lage, als wenn er aufgrund seines Gesundheitszustands arbeitsunfähig wäre.**“

4. Verringert sich der Urlaubsanspruch bei Kurzarbeit mit Verringerung der Tage mit Arbeitspflicht automatisch oder bedarf es hierzu einer Ermächtigungsgrundlage in Form einer Regelung in einer Betriebsvereinbarung (zum KuG) oder individuellen Vereinbarung zur Kurzarbeit?

Es ist derzeit offen, ob die Verringerung der Urlaubsansprüche nach deutschem Recht – im Lichte des Unionsrechts interpretiert – während der Kurzarbeit stets automatisch eintritt oder ob es einer entsprechenden Regelung der Betriebs- oder der Arbeitsvertragsparteien bedarf. Der EuGH hatte nämlich einen Fall zu entscheiden, in dem in einem **Sozialplan** vereinbart war, dass der Urlaubsanspruch eines Kurzarbeiters pro rata temporis berechnet wird. Das kann die Annahme rechtfertigen, dass die Kürzung auch nur bei vorheriger Vereinbarung möglich sein soll. Der EuGH erwähnt die Möglichkeit der Verringerung des Urlaubsanspruchs bei Kurzarbeit allerdings auch in einem anderen Urteil, in dem es nicht um einen Sozialplan ging.¹⁴

Auch spricht die zur Situation bei Wechsel von Vollzeit zu Teilzeit gezogene Parallele u. E. dafür, dass sich der Urlaubsanspruch entsprechend den Regelungen bei Wechsel von Vollzeit zu Teilzeit **automatisch verringert**, ohne dass es einer vorherigen Vereinbarung bedarf. Vgl. in diesem Sinne ErfK/Gallner, 20. Aufl. 2020, BUrIG § 3 Rn. 21 f.:

„Anders verhält es sich bei Kurzarbeit, bei der an manchen Tagen der Woche nicht gearbeitet wird. Sie ist so zu behandeln wie eine dauerhafte Verringerung der Arbeitsverpflichtung, zB beim einzelvertraglich vereinbarten Übergang von Vollzeitbeschäftigung zu TZBeschäftigung. Ggf. ist die Urlaubsmenge mehrfach im Jahr veränderl. Das kann dazu führen, dass mehr Urlaub gewährt wird, als dem AN letztl. zusteht (BAG, 23.04.1996, NZA 1997, 265, § 5 Rn. 11).“

Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer nach Beendigung der Kurzarbeit zur Erfüllung seiner Mitwirkungsobliegenheiten über seine aktuellen Urlaubsansprüche informieren (siehe hierzu auch Frage Nr. 8) und gleichzeitig mitteilen, dass diese wegen Kurzarbeit neu berechnet worden sind. Dabei dürfte konsequenterweise auch nicht von einer (aktiven) „Kürzung“ des Urlaubsanspruchs gesprochen werden. Sprachlich gesehen ist es passender von einer (automatischen) Verringerung, Anpassung oder Neuberechnung des Urlaubsanspruchs auszugehen.

¹⁴ EuGH v. 04.10.2018 – C-12/17.

Dabei gilt natürlich: Eine Pflicht, den Urlaub anzupassen, trifft den Arbeitgeber auch bei einem „Automatismus“ nicht. Unterschiedliche Gründe können ausschlaggebend dafür sein, dass Arbeitgeber sich dafür entscheiden, den ursprünglichen Anspruch auf Urlaub der von Kurzarbeit betroffenen Beschäftigten unangetastet zu lassen.

Auch die verbleibende Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Frage, ob es zur Neuberechnung einer vorherigen Vereinbarung bedarf kann bei sorgfältiger Abwägung dazu bewegen, einen Automatismus abzulehnen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Gericht entscheidet, dass Urlaubsansprüche bei Kurzarbeit nur bei vorheriger Vereinbarung verringert werden dürfen und die Urlaubsansprüche folglich falsch berechnet worden sind.

5. Da sich Kurzarbeit auf den Urlaubsanspruch auswirken kann, lässt sich erst nach der Phase der Kurzarbeit feststellen, wie viel Urlaub den Beschäftigten im laufenden Jahr zusteht?

Das ist korrekt und muss daher bei der Gewährung von Erholungsurlaub im Vorfeld der Kurzarbeit mitbedacht werden, v. a. wenn der laufende Urlaub bereits in größeren Teilen genommen wurde und von einem längeren Arbeitsausfall auszugehen ist. Unproblematisch ist es, wenn bereits im Vorhinein feststeht, wie lange der Arbeitsausfall andauern wird. Dann kann der genaue Umfang des Urlaubsanspruchs prognostiziert werden. Ist das wie regelmäßig nicht der Fall – z.B. bei wöchentlicher Entscheidung über den Umfang der Kurzarbeit – sollte darauf geachtet werden, dass nicht zu viel Urlaub im Vorfeld gewährt wird.

6. Schadet eine Regelung zur Anpassung des Urlaubsanspruchs bei Kurzarbeit in einer Betriebsvereinbarung? Wie könnte eine solche formuliert sein?

Sollten sich Arbeitgeber dafür entscheiden, den Urlaubsanspruch der von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer neu zu berechnen, stellt sich die Frage, ob eine – u. E. klarstellende – deklaratorische Klausel zur Auswirkung der Kurzarbeit auf die Anzahl der Urlaubstage in eine Betriebsvereinbarung aufgenommen werden sollte.

Das kann nicht pauschal beantwortet werden. Der Vorteil einer vorsorglichen Aufnahme einer solchen Klausel ist, dass u. U. ein Streit um die Notwendigkeit einer vorherigen Vereinbarung vermieden wird (vgl. hierzu Frage 4). Ein Vorschlag für eine Klausel zu den Auswirkungen der Kurzarbeit auf den Urlaubsanspruch kann dem folgenden BV-Muster zur Kurzarbeit entnommen werden (Kornbichler, Beck'schen Formularbuch, 3. Aufl. 2014, S. 1222):

§ 6 Urlaub, Einbringen von Arbeitszeitguthaben

(1) Jeder Mitarbeiter kann während der Kurzarbeit Urlaub nehmen. Geht der Urlaubsantrag spätestens ... Wochen vor Urlaubsbeginn bei dem Vorgesetzten und der Personalabteilung ein, so ist der Urlaub zu gewähren, es sei denn, dem stehen dringende betriebliche Belange entgegen. Für den Zeitraum der Urlaubsgewährung wird der Mitarbeiter von der Kurzarbeit ausgenommen.

(2) Der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeiter wird zeitanteilig im Verhältnis der Anzahl der Wochenarbeitsstage während der Kurzarbeit zu der Anzahl der Wochenarbeitsstage eines Vollzeitbeschäftigten angepasst. (...)

Denkbar ist aber auch, dass die Aufnahme einer solchen Klausel die Bereitschaft der Betriebsräte verringert, eine Betriebsvereinbarung zur Kurzarbeit abzuschließen und einer schnellen Einigung damit im Wege stehen könnte. Die Entscheidung über eine Aufnahme kann also von Arbeitgebern je nach Verhältnis zum Betriebsrat unterschiedlich ausfallen.

7. Wie ist die Neuberechnung des Urlaubsanspruchs praktisch zu vollziehen?

Im Nachgang zu den EuGH-Entscheidungen Zentralbetriebsrat Landeskrankenhäuser Tirol, Brandes und Greenfield hat das BAG für die nach einem unterjährigen Wechsel der Anzahl der Arbeitstage erforderlich werdende Urlaubsumrechnung eine Dreisatzformel herausgearbeitet. Für den Formelnenner geht das BAG davon aus, dass sich in einem Kalenderjahr regelmäßig 260 Arbeitstage ergeben, soweit der Arbeitnehmer in einer Fünf-Tage-Woche beschäftigt ist (52 Wochen à 5 Arbeitstage).

Die Umrechnungsformel bei 30 Tagen Urlaub im Jahr bei einer 5-Tage-Woche lautet:

$$\frac{30 \text{ Werkstage Urlaub} \times \text{Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht}}{260 \text{ Werkstage}}$$

Die Urlaubsformel des BAG ist grundsätzlich gut nachvollziehbar, doch ihre Umsetzung kann für den Personalpraktiker mit Aufwand verbunden sein. Die richterliche Anwendung ist im Regelfall einfacher, da diese meist nur im Wege einer ex-post-Beurteilung vorzunehmen ist, in deren Rahmen sich (verhältnismäßig) einfach feststellen lässt, wie lange der Arbeitnehmer in einem mehr oder weniger länger zurückliegenden Zeitraum gearbeitet hat.

Arbeitgeber, denen die Umrechnung des Urlaubs nach der BAG-Formel zu aufwändig erscheint, können **alternativ** auch auf die Zwölfteilungsregelung zurückgreifen, sofern mehr Urlaubstage gewährt werden als gesetzlich vorgesehen (§ 3 BurlG).

8. Wann sollte den Mitwirkungsobliegenheiten entsprochen werden?

In unseren M+E-Hinweisen empfehlen wir, den Mitwirkungsobliegenheiten zu Beginn des Jahres – im Januar und Februar – zu entsprechen und die Arbeitnehmer über die Anzahl ihrer zur Verfügung stehenden Urlaubstage zu informieren. Sollten Arbeitgeber noch nicht informiert haben, empfehlen wir mit entsprechenden Informationen bis nach der Kurzarbeitsphase zu warten, da erst dann ersichtlich ist, in welchem Umfang sich der Urlaubsanspruch der Beschäftigten durch die Kurzarbeit verringert. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass eine verfrühte Information zum Umfang des Urlaubs schon sehr bald nicht mehr richtig ist. Auch wenn nach dem BAG grundsätzlich eine Information zu "Beginn des Urlaubsjahres" erfolgen sollte, gehen wir davon aus, dass angesichts der aktuellen Ausnahmesituation auch eine spätere Unterrichtung ausreicht.

9. Exkurs: Können Arbeitgeber Betriebsferien kurzfristig anordnen?

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen Arbeitnehmer grundsätzlich selbst über den Urlaubszeitraum bestimmen können. Nach § 7 Abs. 1 BUrlG sind die Wünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, soweit dem dringende betriebliche Belange nicht entgegenstehen. Etwas anderes gilt jedoch bei Betriebsferien (auch Betriebsurlaub oder Werksferien genannt), bei denen der Urlaubszeitpunkt für alle Arbeitnehmer oder für bestimmte Arbeitnehmergruppen einheitlich festgelegt wird. Ob und unter welchen Voraussetzungen Betriebsferien angeordnet werden können, hängt von der jeweiligen Einzelfallgestaltung ab.

a. Vorrangige tarifvertragliche Vereinbarungen zu Betriebsferien

Es bedarf zunächst der Prüfung, ob die Tarifvertragsparteien eine **Regelung** zum Thema Betriebsferien/Werksferien **in einem Tarifvertrag** getroffen haben. Im Tarifgebiet Berlin/Brandenburg besteht beispielsweise ist eine Vereinbarung zum Betriebsurlaub in 2.7 TV Urlaub. Dort finden sich u. a. Regelungen zum Zeitpunkt der Festlegung und zur Frage, wie mit Arbeitnehmern umzugehen ist, die bei Beginn des Betriebsurlaubs Anspruch auf eine gegenüber dem Betriebsurlaub geringere Zahl von Urlaubstagen haben. Besteht keine Öffnungsklausel, können die tariflichen Vorgaben zum Betriebsurlaub auch von den Betriebsparteien nicht abgeändert werden.

b. Betriebe mit Betriebsrat

Die Festlegung von Betriebsferien ist mitbestimmungspflichtig. Dies gilt auch im Fall von tariflichen Regelungen, die im Regelfall eine Beteiligung des Betriebsrats explizit vorsehen. Der Betriebsrat hat gem. § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, ein Mitbestimmungsrecht über die Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze und des Urlaubsplans sowie die Festsetzung der zeitlichen Lage des Urlaubs für den einzelnen Arbeitnehmer. Hierzu gehört auch die Frage, ob im Betrieb oder in einzelnen Betriebsabteilungen für eine bestimmte Zeit Betriebsferien gemacht werden sollen.

Jedenfalls wenn ein Betriebsrat besteht und dieser der Festlegung von Betriebsferien zustimmt, wird die Einführung von Betriebsferien **insgesamt als unproblematisch** betrachtet. Nach der Rechtsprechung des BAG bedarf es für die Einführung von Betriebsferien insbesondere **keiner dringenden betrieblichen Belange** i. S. d. § 7 Abs. 1 BUrlG, die zur Abweichung von Urlaubswünschen einzelner Arbeitnehmer berechtigen, weil die Einführung der Betriebsferien selbst einen solchen Belang darstellt.¹⁵

Arbeitgeber und Betriebsrat haben jedoch nicht das Recht, auf diesem Wege den gesamten Jahresurlaub der Arbeitnehmer festzulegen.¹⁶

Teilweise wird vertreten, dass Betriebsferien **nur unter Einhaltung einer angemessenen Ankündigungsfrist** angeordnet werden dürfen. Da eine gesetzliche Regelung – wie zur ganzen Thematik Betriebsferien – nicht existiert, ist unklar, was darunter konkret zu verstehen ist. Vereinzelt Stimmen empfehlen hier ein paar Monate im Voraus. Hierdurch soll Arbeitnehmern die Möglichkeit gegeben werden, ihren Urlaub entsprechend zu planen.

Nach unserer Auffassung können die Betriebsparteien bei Abschluss einer Betriebsvereinbarung zu Betriebsferien von einer solchen **Ankündigungsfrist absehen und Betriebsferien auch kurzfristig einführen**.¹⁷ Vor dem Hintergrund fehlender gesetzlicher Regelungen und Rechtsprechung hierzu und angesichts der in der aktuellen Ausnahmesituation notwendigen schnellen Maßnahmen werden derzeit entsprechende einvernehmliche Lösungen mit den Betriebsräten gefunden.

¹⁵ BAG v. 28.07.1981 – 1 ABR 79/79.

¹⁶ BAG v. 28.7.1981 – 1 ABR 79/79.

¹⁷ A. A., aber ohne Begründung wohl Fuhlrott, GWR 2020, 107.

c. Betriebsratslose Betriebe

Auch wenn die Urlaubserteilung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG gegenüber einem einzelnen Arbeitnehmer nicht im Ermessen des Arbeitgebers gemäß § 315 Abs. 1 BGB steht, kann der Arbeitgeber nach der wohl h. M. auch in einem betriebsratslosen Betrieb Betriebsferien kraft des ihm obliegenden **Direktionsrechts** einführen.¹⁸ Wie schon unter a. ausgeführt, können nach der Rechtsprechung Betriebsferien **an sich** einen betrieblichen Belang darstellen, die abweichenden Urlaubswünschen der Arbeitnehmer vorgehen, so dass der Arbeitgeber unter Hinweis auf die festgelegten Betriebsferien berechtigt ist, abweichende individuelle Urlaubswünsche zurückzuweisen. Die einseitige Einführung wird daran gemessen, ob die zugrunde liegende unternehmerische Entscheidung auch die Interessen der Arbeitnehmer angemessen berücksichtigt. Hier wird man aber ebenfalls verlangen müssen, dass nicht der gesamte Jahresurlaub durch den Arbeitgeber festgelegt wird (zur Frage einer etwaigen Ankündigungsfrist vgl. unter b.).

¹⁸ BAG v. 12.10.1961 – 5 AZR 423/60; LAG Düsseldorf v. 20.06.2002 – 11 Sa 378/02; Neumann/Fenski/Kühn, BUrlG, § 7 Rn. 32.

Anhang: Synopse der tarifvertraglichen Regelungen zur Dauer des Urlaubs bei Kurzarbeit

Urlaub und Kurzarbeit:

Regelungen zur Dauer des Urlaubs bei Kurzarbeit bzw. der Umrechnung.

Tarifgebiet:	Regelung:
Baden-Württemberg	<p>§ 3.6.4 Urlaubsabkommen: „Beschäftigte in Betrieben, in denen in regelmäßiger Wechselschicht oder vollkontinuierlich gearbeitet wird, sowie Teilzeitbeschäftigte haben unter Beachtung der jeweiligen Schichtpläne einen Urlaubsanspruch, der dem Urlaub eines Beschäftigten entspricht, welcher im Einschichtbetrieb an 5 Tagen in der Woche regelmäßig beschäftigt wird.“</p>
Bayern	<p>§ 18 MTV: „B. Urlaubsdauer 1. Die Urlaubsdauer beträgt 30 Arbeitstage, wenn die individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit des Arbeitnehmers auf 5 Tage je Kalenderwoche verteilt ist. 2. Ist die individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit auf mehr oder weniger als 5 Tage je Kalenderwoche – ggf. auch im Durchschnitt mehrerer Kalenderwochen – verteilt, so erhöht oder verringert sich die Zahl der Urlaubstage gem. Ziff. 1 entsprechend. (...)“</p>
Berlin, Brandenburg (I und II)	<p>§ 4 Urlaubstarifvertrag „(...) 4.8 Beschäftigte in Betrieben, in denen in regelmäßiger Wechselschicht oder vollkontinuierlich gearbeitet wird, sowie Teilzeitbeschäftigte haben unter Beachtung der jeweiligen Schichtpläne einen Urlaubsanspruch, der dem Urlaub von Beschäftigten entspricht, die im Einschichtbetrieb an 5 Tagen in der Woche regelmäßig beschäftigt werden. (...) 4.11 Die Dauer des Urlaubs wird durch Kurz- oder Mehrarbeit im Betrieb nicht beeinflusst.“</p>
Mitte: Hessen	<p>§ 17 MTV: (...) Beschäftigte in Betrieben, in denen in regelmäßiger Wechselschicht oder vollkontinuierlich gearbeitet wird, sowie Teilzeitbeschäftigte haben unter Beachtung der jeweiligen Schichtpläne einen Urlaubsanspruch, der dem Urlaub eines Beschäftigten entspricht, der im 1-Schicht-Betrieb an fünf Tagen in der Woche regelmäßig beschäftigt wird. (...)“</p>

Tarifgebiet:	Regelung:
Mitte: Pfalz, Rheinland-Rhein Hessen	<p>§ 16 MTV: „(...) 2. (...) Beschäftigte in Betrieben, in denen in regelmäßiger Wechselschicht oder vollkontinuierlich gearbeitet wird, sowie Teilzeitbeschäftigte haben unter Beachtung der jeweiligen Schichtpläne einen Urlaubsanspruch, der dem Urlaub eines Beschäftigten entspricht, der im Einschichtbetrieb an fünf Tagen in der Woche regelmäßig beschäftigt wird. 3. Die Urlaubsdauer wird durch Kurz- oder Mehrarbeit des Betriebes nicht beeinflusst. (...)“</p>
Mitte: Saarland	<p>§ 17 MTV: „(...) 5. Ebenso besteht kein Urlaubsanspruch bei einer Arbeitsleistung an weniger als $\frac{3}{4}$ der nach der jeweiligen betrieblichen Arbeitszeiteinteilung (Schichtplan) anfallenden Arbeitstage im Kalendermonat. (...) 7. (...) Beschäftigte in Betrieben, in denen in regelmäßiger Wechselschicht oder voll-kontinuierlich gearbeitet wird, sowie Teilzeitbeschäftigte haben unter Beachtung der jeweiligen Schichtpläne einen Urlaubsanspruch, der dem Urlaub eines Beschäftigten entspricht, der im Einschichtbetrieb an fünf Tagen in der Woche regelmäßig beschäftigt wird. (...)“</p>
Niedersachsen	<p>§ 15.4 MTV: „(...) Beschäftigte in Betrieben, in denen in regelmäßiger Wechselschicht oder vollkontinuierlich gearbeitet wird, sowie Teilzeitbeschäftigte haben unter Beachtung der jeweiligen Schichtpläne einen Urlaubsanspruch, der dem Urlaub eines bzw. einer Beschäftigten entspricht, der bzw. die im Einschichtbetrieb an 5 Tagen in der Woche regelmäßig beschäftigt wird.“</p>
NRW	<p>§ 36.1 MTV: „(...) 7. (...) Die Dauer des Urlaubs wird durch Kurz- oder Mehrarbeit des Betriebes nicht beeinflusst.“ § 36.3 MTV: „Urlaubsrechnung Beschäftigte, deren regelmäßige Arbeitszeit auf mehr oder weniger als fünf Tage in der Woche - ggf. auch im Durchschnitt mehrerer Wochen - verteilt ist, haben einen Urlaubsanspruch, der dem Urlaub von Beschäftigten entspricht, die im Einschichtbetrieb an fünf Tagen in der Woche regelmäßig beschäftigt werden.“</p>
Nordmetall	<p>§ 10 Ziffer 2 MTV: „(...) Beschäftigte in Betrieben, in denen in regelmäßiger Wechselschicht oder vollkontinuierlich gearbeitet wird, sowie Teilzeitbeschäftigte haben unter Beachtung der jeweiligen Schichtpläne einen Urlaubsanspruch, der dem Urlaub eines Beschäftigten entspricht, der im Einschichtbetrieb an fünf Tagen in der Woche regelmäßig beschäftigt wird. (...)“</p>

Tarifgebiet:	Regelung:
Osnabrück-Emsland	<p>§ 12 MTV: „(...) 12.5 (...) Beschäftigte in Betrieben, in denen in regelmäßigen Wechselschichten oder vollkontinuierlich gearbeitet wird, sowie Teilzeitbeschäftigte haben unter Beachtung der jeweiligen Schichtpläne einen Urlaubsanspruch, der dem Urlaubsanspruch von Beschäftigten entspricht, die im Einschichtbetrieb an fünf Tagen in der Woche regelmäßig beschäftigt werden. 12.6 Kurzarbeit verringert nicht die Urlaubsdauer, doch gelten auch in den Urlaub fallende Werkzeuge, an denen im Betrieb nicht gearbeitet wird, die aber außerhalb der Kurzarbeit Arbeitstage im Sinne von Ziff. 12.5 Absätze 1 und 2 wären, als Urlaubstage. (...)“</p>
Sachsen	<p>§ 18 Ziffer 2 MTV: „(...) Beschäftigte in Betrieben, in denen in regelmäßiger Wechselschicht oder vollkontinuierlich gearbeitet wird, sowie Teilzeitbeschäftigte haben unter Beachtung der jeweiligen Schichtpläne einen Urlaubsanspruch, der dem Urlaub eines Beschäftigten entspricht, der im 1-Schicht-Betrieb an 5 Tagen in der Woche regelmäßig beschäftigt wird.“</p>
Sachsen-Anhalt	<p>§ 13 Abs. 4 MTV: „(...) Beschäftigte in Betrieben, in denen in regelmäßiger Wechselschicht oder vollkontinuierlich gearbeitet wird, sowie Teilzeitbeschäftigte haben unter Beachtung der jeweiligen Schichtpläne einen Urlaubsanspruch, der dem Urlaub eines bzw. einer Beschäftigten entspricht, der bzw. die im Einschichtbetrieb an 5 Tagen in der Woche regelmäßig beschäftigt wird. (...)“</p>
Thüringen	<p>§ 18 Ziffer 2 MTV: „(...) Beschäftigte in Betrieben, in denen in regelmäßiger Wechselschicht oder vollkontinuierlich gearbeitet wird, sowie Teilzeitbeschäftigte haben unter Beachtung der jeweiligen Schichtpläne einen Urlaubsanspruch, der dem Urlaub eines Beschäftigten entspricht, der im Einschicht-Betrieb an fünf Tagen in der Woche regelmäßig beschäftigt wird.“</p>