

## Kurzarbeit

# Urlaubskürzung ja, aber wie?

**So mancher Arbeitgeber wird aus „heiterem Himmel“ fallen, wenn die Belegschaft trotz Kurzarbeit den vollständigen Jahresurlaub geltend macht. Nein zum vollen Urlaubsanspruch sagen zumindest der EuGH und das LAG Düsseldorf. Aber ist die letztgenannte Entscheidung entgegen anderslautender Literaturstimmen zutreffend? Wie ist bei der Urlaubskürzung am geschicktesten vorzugehen und wie berechnet sich der gekürzte Urlaubsanspruch? Bedarf es einer Kürzungserklärung und wenn ja, wie muss diese lauten? Was passiert, wenn bereits zu viel Urlaub gewährt oder genehmigt wurde?**

## ENTSCHEIDUNG DES LAG DÜSSELDORF IST ZUTREFFEND

Für Kurzarbeit Null befanden sowohl der EuGH in seiner Entscheidung vom 8.11.2012 (C-229/11, AuA 2/14, S. 116) als auch das LAG Düsseldorf in seinem Urteil vom 12.3.2021 (6 Sa 824/20), dass dem Arbeitnehmer nur ein anteiliger Urlaubsanspruch zusteht. Der EuGH nimmt in seiner Entscheidung die Suspendierung der Arbeitspflicht bei Kurzarbeit zum Anlass, den Kurzarbeiter mit einem Teilzeitarbeitnehmer zu vergleichen, dessen Urlaubsanspruch ebenfalls anteilig zu kürzen ist. Eine Vergleichbarkeit mit einem erkrankten Arbeitgeber bestehe nicht. Denn der vorhersehbare Arbeitsausfall bei Kurzarbeit ermöglicht die Nutzung der entfallenden Arbeitszeit für Freizeitaktivitäten. Diese Grundsätze übertrug nun auch das LAG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 12.3.2021 (6 Sa 824/20) auf das deutsche Urlaubsrecht und urteilte, dass ein Arbeitnehmer, der sich während des Urlaubsjahres in Kurzarbeit Null befindet, nur einen anteilig verkürzten Jahresurlaubsanspruch erwirbt. Zuletzt gingen Teile der Literatur (vgl. zuletzt Matschullis, AuA 5/21, S. 62) davon aus, die Entscheidung des LAG Düsseldorf könne rechtlich keinen Bestand haben, weil das deutsche Urlaubsrecht keine Urlaubskürzung bei Kurzarbeit ermögliche. Der Urlaubsanspruch im deutschen Urlaubsrecht entstehe schon zum 1. Januar eines jeden Jahres vollständig. Daher sei es unerheblich, dass der EuGH den Urlaubsanspruch für Zeiten der Kurzarbeit für nicht entstanden ansieht. Eine Rechtsgrundlage für die nachträgliche Kürzung des Urlaubs bei unterjährigem Eintritt von Kurzarbeit sei im deutschen Urlaubsrecht gerade nicht vorgesehen.

Die hiesigen Autoren teilen diese Bedenken nicht. Es mag zutreffen, dass der Urlaubsanspruch nach deutschem Urlaubsrecht zum 1. Januar eines jeden Jahres entsteht und im BUrlG keine explizite Kürzungsregelung für Kurzarbeit existiert. Das ist jedoch unschädlich, weil sich die Kürzungsfolge unter Zugrundelegung der Recht-

sprechung des BAG bereits aus allgemeinen Urlaubsberechnungsgrundsätzen ergibt. § 3 Abs. 1 BUrlG verknüpft aus der Formulierung („Werktage“) ersichtlich die Höhe des Urlaubsanspruchs mit der Anzahl von Tagen, an denen eine Arbeitspflicht besteht.

Wird die Anzahl der Arbeitstage (unterjährig) verringert oder werden die arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten suspendiert, ist daher gem. § 3 Abs. 1 BUrlG der Jahresurlaub zu kürzen, solange nichts Gegenteiliges durch

- gesetzliche Bestimmungen,
- unionsrechtliche Vorgaben (insbesondere in Krankheitsfällen; nicht aber im Fall von Kurzarbeit) oder
- kollektiv-rechtliche oder
- vertragliche Vereinbarungen

bestimmt ist (vgl. BAG, Urt. v. 19.3.2019 – 9 AZR 315/17, AuA 10/19, S. 613). Das BAG geht also gerade nicht davon aus, dass der (volle) Urlaubsanspruch lediglich das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses voraussetzt. Dies gilt sowohl bei Reduzierung der wöchentlichen Arbeitstage, z. B. durch einen Wechsel von Voll- in Teilzeit, als auch für Sonderurlaub (vgl. BAG v. 19.3.2019, a. a. O.). Nichts anderes kann im Falle von Kurzarbeit gelten. Einerseits ist der Kurzarbeiter mit einem vorübergehenden Teilzeitarbeitnehmer vergleichbar. Andererseits erfolgt bei Kurzarbeit, wie auch bei Sonderurlaub, eine vorübergehende Suspendierung der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten und damit eine vorübergehende Aufhebung der Arbeitszeitregelung. Die Ausführungen des BAG in seinen Sabbatical-Entscheidungen (v. 19.3.2019, a. a. O.; Urt. v. 19.3.2019 – 9 AZR 406/17) können auch auf Fälle der Kurzarbeit übertragen werden.

Aus § 17 BEEG kann zudem nicht der Schluss gezogen werden, dass eine Reduzierung des Urlaubsanspruchs im deutschen Urlaubsrecht grundsätzlich explizit geregelt wird. § 17 BEEG, der optional eine Urlaubskürzung bei Elternzeit ermöglicht, ist als Sondervorschrift zur allgemeinen Regelung des § 3 Abs. 1 BUrlG zu sehen. Die

Vorschrift ist notwendig, weil der Gesetzgeber im Falle von Elternzeit – zugunsten des Arbeitnehmers – eben keine zwingende Reduzierung des Urlaubs wollte.

Soweit die Entscheidung des LAG Düsseldorf im Widerspruch zu den Entscheidungen des EuGH in Sachen „Brandes“ (Urt. v. 13.6.2013 – C 415/12) und „Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols“ (Urt. v. 22.4.2010 – C 486/08, AuA 3/11, S. 178) gesehen wird, sind auch diese Bedenken unbegründet. Der EuGH hat in diesen Entscheidungen herausgearbeitet, dass bei einem Wechsel von Voll- in Teilzeit der bereits (in Vollzeit) erworbene Urlaubsanspruch nicht gekürzt werden darf. Da der EuGH den Kurzarbeiter mit einem vorübergehenden Teilzeitarbeitnehmer vergleicht, finden diese Grundsätze folgerichtig auch bei Kurzarbeit Anwendung. Bei der vom LAG Düsseldorf herangezogenen Berechnungsformel finden Arbeitstage, die vor Eintritt in die Kurzarbeit abgeleistet wurden, weiterhin volle Berücksichtigung, sodass der auf sie entfallende Anteil des Jahresurlaubs ungekürzt bestehen bleibt.

Die Entscheidung des LAG Düsseldorf ist daher zutreffend. Nach Auffassung der Autoren ist auch bei anteiliger Kurzarbeit von einer Kürzungsmöglichkeit auszugehen, wenn vorhersehbar und endgültig ganze Arbeitstage entfallen und dies dem Arbeitnehmer rechtzeitig zuvor bekannt ist. Ein solcher Entfall muss nach der Konzeption des § 3 Abs. 1 BUrlG zu einer Anpassung des Jahresurlaubs führen. Europarechtlichen Bedenken begegnet eine entsprechende Kürzung unter den oben genannten Voraussetzungen auch bei anteiliger Kurzarbeit nicht, da auch hier die entfallenden Arbeitstage sinnvoll für Freizeitgestaltung genutzt werden können.

## BERECHNUNG DES GEKÜRZTEN ANSPRUCHS

Im Falle von Kurzarbeit ist der Urlaubsanspruch zeitanteilig zu kürzen. Zur Berechnung ist auf folgende Formel zurückzugreifen:

(Anzahl der Urlaubstage  $\times$  Anzahl der individuellen Tage mit Arbeitspflicht) : 260

Das BAG geht davon aus, dass sich in einem Kalenderjahr regelmäßig 260 Arbeitstage ergeben, soweit der Arbeitnehmer in einer Fünf-Tage-Woche beschäftigt ist. Gesetzliche Feiertage, Freistellungen für Bildungsveranstaltungen, vorübergehende Verhinderung nach § 616 BGB, krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit nach § 1 EFZG sowie Arbeitsausfall infolge von §§ 2, 3 PflegeZG (BAG v. 19.3.2019, a. a. O.) zählen als Tage mit Arbeitspflicht im Zähler der Formel. Arbeitstage, die infolge von Kurzarbeit vorhersehbar und vollständig entfallen, werden im Formelzähler hingegen nicht als Tag mit individueller Arbeitspflicht gezählt (vgl. LAG Düsseldorf, Urt. v. 12.3.2021 – 6 Sa 824/20).

Die Anzahl der Urlaubstage, die im Formelnenner einzusetzen sind, ergibt sich aus § 3 Abs. 1 BUrlG (20 Tage bei einer Fünf-Tage-Woche) zzgl. des übergesetzlichen Urlaubsanspruchs, sofern für diesen keine vertraglichen Sonderregelungen eingreifen.



### Beispiel 1:

Für einen Arbeitnehmer mit Fünf-Tage-Woche und gesetzlichem Mindesturlaub, der 2021 im Februar an drei, im März an zehn und im Juni an vier Tagen aufgrund von Kurzarbeit nicht gearbeitet hat, reduziert sich der Urlaubsanspruch wie folgt: (20 Tage gesetzlicher Urlaub für eine Fünf-Tage-Woche  $\times$  243 Tage mit Arbeitspflicht) : 260 = 18,692 Tage Urlaub.

### Beispiel 2:

Steht dem Arbeitnehmer in Beispiel 1 ein Urlaubsanspruch von 30 Tagen pro Jahr zu und bestehen für den übergesetzlichen Urlaub keine vertraglichen Sonderregelungen, so steht ihm ein Urlaubsanspruch von (30 Tage Urlaub pro Jahr  $\times$  243 Tage mit Arbeitspflicht) : 260 = 28,038 Tagen Urlaub pro Jahr zu.

### Beispiel 3:

Steht dem Arbeitnehmer in Beispiel 1 ein Urlaubsanspruch von 30 Tagen/Jahr zu und bestehen für den übergesetzlichen Urlaub vertragliche Sonderregelungen, so steht ihm ein gesetzlicher Urlaubsanspruch von 18,692 Tagen Urlaub zu, wobei für die zehn Tage übergesetzlicher Urlaub die vertraglichen Sonderregelungen gelten.

Verbleiben „angebrochene“ Urlaubstage, bleibt es grundsätzlich bei einem Anspruch auf den bruchteiligen Urlaubstag. Die Bruchteile von Urlaubstagen werden (außer in Fällen von Teilurlaub gem. § 5 Abs. 1, 2 BUrlG) weder gerundet noch fallen sie weg.

### ERFORDERLICHKEIT EINER KÜRZUNGSERKLÄRUNG?

Wählt man § 3 Abs. 1 BUrlG als Ausgangspunkt für die Urlaubskürzung im Falle von Kurzarbeit, bedarf es tendenziell keiner Kürzungserklärung zur Reduzierung des Urlaubsanspruchs (für viele: Klaasen/Haag, BB 2020, S. 2228 ff.). Die Kürzung tritt automatisch ein, weil sich der Urlaubsanspruch in Abhängigkeit der Tage mit Arbeitspflicht berechnet. Zwar existieren Sondervorschriften (z. B. § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG), die die Anpassung des Urlaubsanspruchs von einer Erklärung des Arbeitgebers abhängig machen. Diese stellen aber Ausnahmenvorschriften zur allgemeinen Regelung des § 3 Abs. 1 BUrlG dar, die aufgrund ihres spezifischen Anwendungsbereichs nicht auf die Konstellation der Kurzarbeit übertragbar sind.

Auch wenn eine Kürzungserklärung ggf. nicht zwingend ist, gibt es gute Gründe, warum eine solche Erklärung vor Eintritt in die Kurzarbeit erfolgen sollte:

1. So vermeidet die frühzeitige Aufklärung spätere Missverständnisse über die Höhe des Urlaubsanspruchs.
2. Weiterhin sind Zulässigkeit und Voraussetzungen der Urlaubskürzung bei Kurzarbeit noch nicht höchstrichterlich geklärt, sodass eine vorsorgliche Erklärung der Urlaubskürzung gegenüber dem Arbeitnehmer auch unter diesem Blickwinkel sinnvoll erscheint.
3. Mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH zur Zulässigkeit des Urlaubsverfalls bietet sich auch die konkrete Bezifferung des verbleibenden Urlaubsanspruchs an. Nach dem EuGH ist ein Verfall von Urlaubsansprüchen europarechtlich nur dann zulässig, wenn der Arbeitnehmer durch eine angemessene Aufklärung in die Lage versetzt wurde, die Urlaubstage rechtzeitig zu nehmen. Zu beachten ist in diesem Kontext auch, dass Kurzarbeit nicht selten frühzeitig beendet wird. Daher kann in der Kürzungserklärung lediglich der voraussichtlich verbleibende Jahresurlaubsanspruch beziffert werden. Wird die Kurzarbeit „frühzeitig“ beendet, so bedarf es eines erneuten Hinweises des Arbeitgebers bzgl. des verbleibenden (höheren) Urlaubsanspruchs.

#### Beispiel 1:

In Anlehnung an die oben genannte Dreisatzformel des BAG bietet sich gegenüber einem Arbeitnehmer, der in einer Fünf-Tage-Woche bei gesetzlichem Mindesturlaub arbeitet, folgende Formulierung an:

„Ihr Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub i. H. v. 20 Werktagen verkürzt sich pro rata temporis im Verhältnis der Arbeitspflicht während der Kurzarbeit zur Arbeitspflicht ohne Kurzarbeit (260 Tage/Jahr).

Daher verkürzt sich Ihr Jahresurlaub für jeden vollen Arbeitstag, der infolge von Kurzarbeit entfällt, um 1/13 Urlaubstag. Ihr voraussichtlicher Resturlaub für das Jahr [...] beträgt daher [...] Tage.“

#### Beispiel 2:

Hat derselbe Arbeitnehmer einen Urlaubsanspruch von 30 Tagen (20 Tage gesetzlicher Urlaub und 10 Tage Sonderurlaub) und bestehen für den übergesetzlichen Urlaub keine Sonderregelungen, kann folgende Formulierung gewählt werden, da für den übergesetzlichen Urlaub in Abwesenheit einer expliziten Regelung die Vorschriften des BUrlG Anwendung finden:

„Ihr Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub i. H. v. 30 Werktagen verkürzt sich pro rata temporis im Verhältnis der Arbeitspflicht während der Kurzarbeit zur Arbeitspflicht ohne Kurzarbeit (260 Tage/Jahr).

Daher verkürzt sich Ihr Jahresurlaub für jeden vollen Arbeitstag, der infolge von Kurzarbeit vollständig entfällt, um 3/26 eines Urlaubstags. Ihr voraussichtlicher Resturlaub für das Jahr [...] beträgt daher [...] Tage.“

#### Beispiel 3:

Bestehen hingegen für den Sonderurlaub i. H. v. 10 Tagen gesonderte vertragliche Absprachen, bietet sich folgende Formulierung an:

„Ihr gesetzlicher Urlaubsanspruch i. H. v. 20 Werktagen verkürzt sich pro rata temporis im Verhältnis der Arbeitspflicht während der Kurzarbeit zur Arbeitspflicht ohne Kurzarbeit (260 Tage/Jahr).

Daher verkürzt sich Ihr gesetzlicher Jahresurlaub für jeden vollen Arbeitstag, der infolge von Kurzarbeit vollständig entfällt, um 1/13 Tag. Für den Sonderurlaub i. H. v. 10 Tagen gelten die Bestimmungen des Arbeitsvertrags, wonach [...] gilt. Ihr voraussichtlicher Resturlaub für das Jahr [...] beträgt daher [...] Tage.“

### ÜBERGEWÄHRUNG VON URLAUB

Kommt es zu einer Verringerung des Urlaubsanspruchs infolge von Kurzarbeit, kann es vorkommen, dass für das laufende Jahr bereits mehr Urlaub genehmigt wurde, als dem Arbeitnehmer zusteht. Es stellt sich dann die Frage, ob die Freistellungserklärung (teilweise) wieder „rückgängig“ gemacht werden kann. Ein einseitiger Widerruf der Freistellungserklärung durch den Arbeitgeber kommt allenfalls in besonderen Ausnahmefällen in Betracht. Erforderlich ist eine Lage, die keinen anderen Ausweg zulässt im Sinne einer existenzbedrohenden Situation für das Unternehmen (vgl. BAG, Urt. v. 19.12.1991 – 2 AZR 367/91). Eine entsprechende Situation wird im Falle der Urlaubskürzung infolge von Kurzarbeit i. d. R. nicht vorliegen.

Eine Anfechtung wegen Irrtums wird in Fällen der Urlaubskürzung wegen Kurzarbeit i. d. R. ebenfalls nicht in Betracht kommen, da die Vorstellung bei der Genehmigung des Urlaubs, es werde im Laufe des Urlaubsjahres keine Kurzarbeit eintreten, allenfalls einen unbeachtlichen Motivirrtum darstellt.

In Betracht zu ziehen ist aber ein Anspruch des Arbeitgebers gem. § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB gerichtet auf die Zustimmung zur Aufhebung der Freistellung (vgl. BAG, Urt. v. 23.4.1996 – 9 AZR 317/95). Denn der Arbeitgeber hat durch Abgabe der Freistellungserklärung einen rechtserheblichen Vorteil, also „etwas“ i. S. d. § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB erlangt. Mit der Abgabe der

Freistellungserklärung bezweckt der Arbeitgeber die Erfüllung der Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers, sodass eine Leistung im bereicherungsrechtlichen Sinne vorliegt. Mit der Kürzung des Urlaubsanspruchs infolge von Kurzarbeit entfällt der Anspruch als rechtlicher Grund für die Freistellungserklärung nachträglich zumindest teilweise, sodass sich ein Anspruch auf „Herausgabe“ der „zu viel“ gewährten Freistellung ergibt. § 814 BGB wird einen Anspruch zumindest dann nicht ausschließen, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Urlaubsgenehmigung nicht um die Notwendigkeit von Kurzarbeit wusste. Ob das BAG einer Rückforderung der Freistellung auch im Falle der Kurzarbeit offen gegenübersteht, bleibt abzuwarten. Eine solche Argumentationskette hat das BAG jedenfalls in anderem Zusammenhang bereits einmal in Betracht gezogen. Rein praktisch dürfte sich ein solcher Aufhebungsanspruch jedoch nur schwer durchsetzen lassen. Stimmt der Arbeitnehmer der Aufhebung der Freistellung nicht zu, so müsste diese gerichtlich – notfalls durch einstweilige Verfügung – geltend gemacht werden. Ob dieser Aufwand in Anbetracht des ungewissen Ausgangs gerechtfertigt ist, darf bezweifelt werden. In Ausnahmefällen kann ein solcher Ansatz jedoch durchaus interessant sein.

Wurde dem Arbeitnehmer bereits tatsächlich zu viel Urlaub gewährt, stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber das „überzahlte“ Urlaubsentgelt nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zurückfordern kann. Letztlich muss eine Rückforderungsmöglichkeit verneint werden. Der Arbeitgeber ist grundsätzlich (außerhalb von Corona-Sondervorschriften) verpflichtet, zur Vermeidung von Kurzarbeit zunächst Resturlaub zu gewähren, § 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III. Es wäre widersprüchlich, Arbeitnehmer grundsätzlich vor Eintritt in die Kurzarbeit zur Inanspruchnahme ihres Resturlaubs anzuhalten, um anschließend das hierfür gezahlte Urlaubsentgelt zurückzufordern (so auch Klaasen/Haag, BB 2020, S. 2228 ff. [2234]). Der gangbarste Weg zur Begründung dieses Ergebnisses ist eine Analogie zu § 5 Abs. 3 BUrlG. Sowohl in den

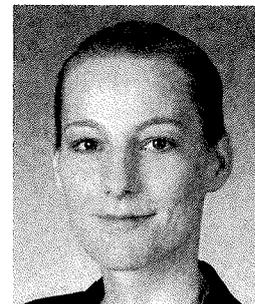
Fällen des § 5 Abs. 3 BUrlG als auch in den Fällen einer Urlaubskürzung infolge von Kurzarbeit kommt es zu einer nachträglichen Reduzierung des Urlaubsanspruchs. Die Lagen sind miteinander vergleichbar. Selbst wenn man § 5 Abs. 3 BUrlG als nicht analogiefähige Sondervorschrift erachtet, wird in den meisten Fällen zumindest der Einwand der Entreicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB einer Rückforderung des Urlaubsentgelts entgegenstehen. Auch hier gilt tendenziell für den Arbeitgeber: Pech gehabt.

## FAZIT

Einer Urlaubskürzung bei Kurzarbeit steht weder das deutsche Urlaubsrecht noch die Rechtsprechung des EuGH entgegen. Die Entscheidung des LAG Düsseldorf ist zutreffend. Auch bei anteiliger Kurzarbeit kommt, wenn einzelne Arbeitstage vollständig und endgültig entfallen und dies dem Arbeitnehmer rechtzeitig bekannt ist, eine Kürzung des Urlaubsanspruchs (voraussichtlich) in Betracht. Der gekürzte Urlaubsanspruch berechnet sich pro rata temporis nach der im Beitrag aufgeführten Formel. Eine Kürzungserklärung gegenüber dem Arbeitnehmer unter Angabe des (voraussichtlich verbleibenden) Resturlaubs ist sinnvoll.

Wurde zu viel Urlaub genehmigt, steht dem Arbeitgeber ggf. ein Anspruch auf Zustimmung zur Aufhebung der Freistellung gem. § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB zu. In den meisten Fällen ist eine Durchsetzung jedoch nicht praktikabel. Überzahltes Urlaubsentgelt kann der Arbeitgeber nicht zurückfordern. ■

## UNSERE AUTOREN



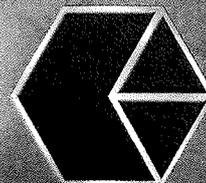
**Dr. Anne Dziuba**  
Rechtsanwältin und  
Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
Beiten Burkhardt Rechts-  
anwalts-gesellschaft mbH,  
München



**Maximilian Nickel**  
Rechtsanwalt, Beiten  
Burkhardt Rechts-  
anwalts-gesellschaft mbH,  
München

Anzeige

# BRZ: FLEXIBLE LÖSUNGEN FÜR WACHSENDE ANFORDERUNGEN



## Gestalten Sie Ihr Personalwesen mit uns!

Webbasierte Entgeltabrechnung  
Druckdatenarchivierung / Digitale Personalakte  
Grafisches Bescheinigungswesen  
Budgetplanung / Personalkostenhochrechnung  
Employee Self Service / Manager Self Service  
Personalmanagement- und Planungs-System  
Zeugniserstellung / Meldemanagement  
ePayslip und HR-Kommunikation  
über mobile Endgeräte

**BRZ-HR**  
geprüft nach IDW PS 880

Telefon: 0421 / 2015-  
E-Mail: [vertrieb@brz.de](mailto:vertrieb@brz.de)  
Web: [www.brz.ag](http://www.brz.ag)