

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 5. Dezember 2023
- 9 AZR 364/22 -
ECLI:DE:BAG:2023:051223.U.9AZR364.22.0

I. Arbeitsgericht
Neumünster

Urteil vom 22. Juni 2021
- 3 Ca 248 a/21 -

II. Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Urteil vom 29. September 2022
- 4 Sa 179/21 -

Entscheidungsstichworte:

Urlaubsberechnung bei Überschneidung von Krankheit und Kurzarbeit

Leitsatz:

Erkrankt der Arbeitnehmer in einem Zeitraum, für den - wirksam - Kurzarbeit „null“ eingeführt worden ist, sind die ausgefallenen Arbeitstage bei der Berechnung des Urlaubsumfangs nicht Zeiten mit Arbeitspflicht gleichzustellen.

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 364/22
4 Sa 179/21
Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
5. Dezember 2023

URTEIL

Kleinert, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. Dezember 2023 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht Zimmermann als Vorsitzenden, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Suckow und die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Darsow-Faller sowie

die ehrenamtliche Richterin Folkerts und den ehrenamtlichen Richter Hampel für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 29. September 2022 - 4 Sa 179/21 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Urlaubsabgeltung aus dem Jahr 2020 und in diesem Zusammenhang insbesondere über die Urlaubsberechnung bei zeitlicher Überschneidung von Krankheit und Kurzarbeit „null“.

Der Kläger war vom 1. Mai 2018 bis zum 31. Januar 2021 bei der Beklagten als Mitarbeiter in der Betriebsschlosserei mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden und einer monatlichen Bruttovergütung iHv. 2.500,00 Euro beschäftigt. Sein Jahresurlaub betrug 29 Arbeitstage in einer Fünftagewoche.

Der Kläger war ausweislich einer am 19. März 2020 ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in der Zeit vom 20. März bis zum 27. März 2020 arbeitsunfähig krank. Aus Anlass eines durch die Corona-Pandemie bedingten Arbeitsausfalls trafen die Parteien unter dem 23. März 2020 als Ergänzung zum bestehenden Arbeitsvertrag eine Vereinbarung über Kurzarbeit, in der es ua. heißt:

„Aufgrund der Corona Pandemie besteht im Unternehmen nur noch eine erheblich verminderte Beschäftigungsmöglichkeit. Aus diesem Grund wird im Unternehmen mit Wirkung ab 01.04.2020 Kurzarbeit eingeführt. Der Arbeitgeber zeigt die Kurzarbeit unverzüglich gegenüber der Agentur für Arbeit an und stellt dort rechtzeitig die erforderlichen Anträge. Die nachfolgende Vereinbarung steht unter dem Vorbehalt, dass Kurzarbeitergeld gem. §§ 95 ff. SGB III von

der Agentur für Arbeit bewilligt wird. Dies vorausgesetzt treffen die Parteien folgende Vereinbarungen:

1.) Zeitraum der Kurzarbeit

Das Arbeitsverhältnis wird im Zeitraum vom 01.04.2020 bis 31.12.2020 in Kurzarbeit fortgesetzt. Der Arbeitgeber ist berechtigt, die vorzeitige Beendigung der Kurzarbeit mit einer Ankündigungsfrist von einer Woche einseitig zu erklären. Einer ggf. notwendigen Verlängerung der Kurzarbeit von bis zu 6 weiteren Monaten stimmt der Arbeitnehmer bereits jetzt zu. Diese Verlängerung der Kurzarbeit muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bis spätestens 15.12.2020 mitgeteilt haben. Eine weitergehende Verlängerung bedarf einer Vereinbarung der Parteien.

2.) Arbeitszeit während der Kurzarbeit

Während der Kurzarbeit beträgt die wöchentliche Arbeitszeit 0 Wochenstunden. Der Arbeitgeber kann die in Satz 1 vereinbarte Arbeitszeit durch einseitige Erklärung mit einer Ankündigungsfrist von 4 Tagen anheben oder bis Kurzarbeit ‚null‘ absenken.

3.) Verteilung der Arbeitszeit

Die in Ziffer 2.) vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit verteilt sich wie folgt: 0 Werktage à 0 Stunden. Die Verteilung der Arbeitszeit kann bei betrieblicher Notwendigkeit vom Arbeitgeber unter Beachtung billigen Ermessens verändert festgelegt werden.

4.) Vergütung

Während der Kurzarbeit erhält der Arbeitnehmer für die Stunden der erbrachten Arbeitsleistung seine vertragliche Vergütung (Kurzlohn). Im Übrigen erhält der Arbeitnehmer Kurzarbeitergeld. Kurzlohn und Kurzarbeitergeld werden vom Arbeitgeber monatlich abgerechnet und das sich aus der Abrechnung ergebende Nettogehalt wird vom Arbeitgeber ausgezahlt. Wird während der Kurzarbeit Urlaub in Anspruch genommen, so wird der Urlaub berechnet, als wäre unverkürzt gearbeitet worden.“

Die Beklagte führte mit Wirkung vom 1. April 2020 in ihrem Betrieb Kurzarbeit ein. Zu diesem Zeitpunkt war der Kläger nach Maßgabe einer Folgebescheinigung vom 26. März 2020 weiterhin zunächst bis zum 12. April 2020 und

4

sodann - attestiert durch weitere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen - durchgehend bis zum 31. Dezember 2020 arbeitsunfähig krank.

Mit seiner Klage hat der Kläger - soweit für die Revision von Bedeutung - die Abgeltung von 15 Arbeitstagen gesetzlichen Mindesturlaubs für den Zeitraum 1. April bis 31. Dezember 2020 verlangt. Er hat die Auffassung vertreten, für diesen Zeitraum gesetzliche Urlaubsansprüche in ungeminderter Höhe erworben zu haben. Ungeachtet der im Betrieb praktizierten Kurzarbeit seien die Zeiten seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit bei der Berechnung des Urlaubs wie solche mit tatsächlicher Arbeitsleistung zu behandeln. 5

Der Kläger hat zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihm 1.409,09 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinsatz seit dem 30. März 2021 zu zahlen. 6

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag die Auffassung vertreten, die für den Zeitraum vom 1. April bis 31. Dezember 2020 vereinbarte Kurzarbeit „null“ führe unabhängig von der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Klägers zu einer Minderung seines gesetzlichen Jahresurlaubs. 7

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter. 8

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat seine Berufung gegen das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts zu Recht zurückgewiesen. Die zulässige Klage ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Abgeltung weiterer 15 Arbeitstage gesetzlichen Mindesturlaubs aus dem Jahr 2020. 9

- I. Gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG ist der Urlaub abzugelten, wenn er wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann. Ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung setzt deshalb voraus, dass zum Zeitpunkt der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch offene Urlaubsansprüche bestehen, die nicht mehr erfüllt werden können, weil das Arbeitsverhältnis beendet ist (*BAG 28. März 2023 - 9 AZR 488/21 - Rn. 17*). 10
- II. Dem Kläger stand für das Kalenderjahr 2020 kein gesetzlicher Urlaubsanspruch zu, der fünf Arbeitstage übersteigt. Der Umfang des Urlaubsanspruchs war - wie vom Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt - unter Berücksichtigung der kurzarbeitsbedingten Aufhebung der Arbeitspflicht an ganzen Arbeitstagen zu berechnen. Dies folgt aus §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG. 11
1. § 3 Abs. 1 BUrlG bestimmt die Zahl der Urlaubstage ausgehend vom Erholungszweck des gesetzlichen Mindesturlaubs in Abhängigkeit von der Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht. Die sich grundsätzlich an der im Arbeitsvertrag vorgesehenen - regelmäßigen - Verteilung der Arbeitszeit ausrichtende Berechnung des Urlaubsanspruchs erfolgt, indem die in § 3 Abs. 1 BUrlG genannten 24 Werkstage durch die Zahl der Arbeitstage im Jahr bei einer Sechstageswoche geteilt und mit der Zahl der für den Arbeitnehmer maßgeblichen Arbeitstage im Jahr multipliziert werden (*24 Werkstage x Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht: 312 Werkstage; BAG 30. November 2021 - 9 AZR 225/21 - Rn. 10 ff., BAGE 176, 251*). 12
2. Bei einer - in der Regel aufgrund einzelvertraglicher Absprachen oder kollektivrechtlicher Bestimmungen - eintretenden Änderung der Arbeitstage mit Arbeitspflicht ist der gesetzliche Urlaubsanspruch unter Berücksichtigung der einzelnen Zeiträume der Beschäftigung und der auf sie entfallenden Wochentage mit Arbeitspflicht neu zu berechnen. Eine Anpassung des Urlaubsanspruchs durch Umrechnung entsprechend § 3 Abs. 1 BUrlG ist auch dann vorzunehmen, wenn die Arbeitspflicht infolge einer wirksam eingeführten Kurzarbeit an ganzen Arbeitstagen entfällt. Aus der Einführung von Kurzarbeit ergibt sich eine neue, die vertragliche Arbeitspflicht des Arbeitnehmers bestimmende Verteilung der Arbeitszeit, die eine Neuberechnung der Urlaubstage nach sich zieht. Die Regelung in § 3 Abs. 1 BUrlG ist nicht dahingehend auszulegen, dass Arbeitstage, die auf 13

grund der kurzarbeitsbedingten Neuverteilung der Arbeitszeit ausgefallen sind, bei der Berechnung des Urlaubsumfangs Zeiten mit Arbeitspflicht gleichzustellen sind (*BAG 30. November 2021 - 9 AZR 225/21 - Rn. 11 ff. mit ausf. Begründung, BAGE 176, 251*).

3. Erkrankt der Arbeitnehmer in einem Zeitraum, für den - wirksam - Kurzarbeit eingeführt worden ist, ändert sich an der durch die Kurzarbeit geänderten Verteilung der Arbeitszeit nichts. Die für die Berechnung der Urlaubsdauer maßgebliche arbeitsvertragliche Grundlage bleibt durch die Erkrankung unberührt. Der Urlaubsanspruch eines während der Kurzarbeit arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmers muss - auch unter Berücksichtigung der Vorgaben aus Art. 31 Abs. 2 GRC und Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG - nicht nach Maßgabe der außerhalb der Kurzarbeit gültigen Arbeitszeit berechnet werden. Dies lässt sich ohne Weiteres aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ableiten, ohne dass es eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV bedarf. 14

a) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist ein einzelstaatliches Gericht, dessen Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, von der Pflicht, den Gerichtshof gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV anzurufen, ua. dann befreit, wenn es festgestellt hat, dass die richtige Auslegung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt. Die bloße Möglichkeit, von einer Vorschrift des Unionsrechts eine oder mehrere weitere Auslegungen vornehmen zu können, sofern keine von ihnen dem betreffenden einzelstaatlichen Gericht insbesondere im Hinblick auf den Zusammenhang und die Ziele der Vorschrift sowie die Regelung, zu der sie gehört, hinreichend plausibel erscheint, kann nicht die Annahme begründen, dass an der richtigen Auslegung dieser Vorschrift ein vernünftiger Zweifel besteht (*EuGH 6. Oktober 2021 - C-561/19 - [Consortio Italian Management e Catania Multiservizi] Rn. 39 ff.*). Hinsichtlich der Voraussetzungen eines acte clair oder acte éclairé kommt dem letztinstanzlichen Hauptsachegericht ein Beurteilungsrahmen zu (*vgl. BVerfG 9. Mai 2018 - 2 BvR 37/18 - Rn. 29; BAG 14. September 2022 - 4 AZR 26/21 - Rn. 19*). 15

- b) Danach ist im Streitfall ein Vorabentscheidungsersuchen nicht erforderlich. 16
- aa) Der Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub nach § 1 BUrlG sowie der durch Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG unionsrechtlich gewährleistete Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub sollen es dem Arbeitnehmer ermöglichen, sich zum einen von der Ausübung der ihm nach seinem Arbeitsvertrag obliegenden Aufgaben zu erholen und zum anderen über einen Zeitraum der Erholung, Entspannung und Freizeit zu verfügen. Dieser durch die Richtlinie 2003/88/EG vorgesehene Zweck beruht auf der Prämisse, dass der Arbeitnehmer im Laufe des Bezugszeitraums tatsächlich gearbeitet hat. Deshalb sind die Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub grundsätzlich anhand der auf der Grundlage des Arbeitsvertrags tatsächlich geleisteten Arbeitszeiträume zu berechnen (*EuGH 12. Oktober 2023 - C-57/22 - [Reditelství silnic a dálnic] Rn. 33; 25. Juni 2020 - C-762/18 und C-37/19 - [Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria und Iccrea Banca] Rn. 58*). Fallen ganze Urlaubstage aufgrund von Kurzarbeit aus, verringert sich die durch die Erbringung der Arbeitsleistung bedingte Belastung. In diesem Fall steht es im Einklang mit dem Urlaubszweck, den Urlaubsumfang bei der Umrechnung von Werktagen in Arbeitstage an die herabgesetzte Arbeitspflicht des Arbeitnehmers anzupassen (*BAG 30. November 2021 - 9 AZR 225/21 - Rn. 14 ff. mit ausf. Begründung, BAGE 176, 251*). 17
- bb) Der Anspruch auf den bezahlten Jahresurlaub darf jedoch in bestimmten Fällen, in denen ein Arbeitnehmer nicht in der Lage ist, seine Aufgaben zu erfüllen, nicht von der Voraussetzung abhängig gemacht werden, dass der Arbeitnehmer tatsächlich gearbeitet hat (*EuGH 12. Oktober 2023 - C-57/22 - [Reditelství silnic a dálnic] Rn. 34; 25. Juni 2020 - C-762/18 und C-37/19 - [Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria und Iccrea Banca] Rn. 59*). Dies gilt insbesondere für Arbeitnehmer, die während des Bezugszeitraums krankgeschrieben sind (*EuGH 9. Dezember 2021 - C-217/20 - [Staatssecretaris van Financiën] Rn. 30; 25. Juni 2020 - C-762/18 und C-37/19 - [Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria und Iccrea Banca] Rn. 60*). Dies folgt im Wesentlichen aus dem Übereinkommen Nr. 132 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 24. Juni 1970 18

über den bezahlten Jahresurlaub (Neufassung), dessen Grundsätze nach dem sechsten Erwägungsgrund der Richtlinie 2003/88/EG bei deren Auslegung beachtet werden müssen. Nach Art. 5 Abs. 4 dieses Übereinkommens zählen Fehlzeiten infolge einer Krankheit zu den Arbeitsversäumnissen aus „Gründen, die unabhängig vom Willen des beteiligten Arbeitnehmers bestehen“. Sie sind damit „als Dienstzeit anzurechnen“ (*EuGH 9. Dezember 2021 - C-217/20 - [Staatssekretaris van Financiën] Rn. 31; vgl. auch EuGH 4. Oktober 2018 - C-12/17 - [Dicu] Rn. 32*).

cc) Danach kann der unionsrechtlich gewährleistete Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Mindestjahresurlaub nicht dadurch eingeschränkt werden, dass der Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht wegen einer Erkrankung im Bezugszeitraum nicht nachkommen konnte (*EuGH 9. Dezember 2021 - C-217/20 - [Staatssekretaris van Financiën] Rn. 32; 25. Juni 2020 - C-762/18 und C-37/19 - [Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria und Iccrea Banca] Rn. 63*). In Bezug auf den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub sind Arbeitnehmer, die wegen einer Krankschreibung während des Bezugszeitraums der Arbeit ferngeblieben sind, und solche, die während dieses Zeitraums tatsächlich gearbeitet haben, gleichgestellt (*EuGH 4. Oktober 2018 - C-12/17 - [Dicu] Rn. 29*). 19

dd) Mit dieser Rechtsprechung intendiert der Gerichtshof erklärtermaßen, Arbeitnehmer, die wegen einer Krankschreibung während des Bezugszeitraums der Arbeit ferngeblieben sind, mit solchen gleichzustellen, die während dieses Zeitraums tatsächlich gearbeitet haben. Eine Privilegierung erkrankter Arbeitnehmer gegenüber arbeitsfähigen Arbeitnehmern ist damit - offensichtlich - nicht bezweckt. Diese träte aber ein, wenn arbeitsunfähige Arbeitnehmer bei der Berechnung ihres Urlaubsanspruchs so behandelt würden, als hätten sie keine Kurzarbeitsvereinbarung getroffen. Bei Einführung von Kurzarbeit „null“ im gesamten Betrieb erhielten sie - anders als ihre arbeitsfähigen Kollegen - den ungekürzten Urlaub und wären diesen gegenüber bessergestellt. Räumte man dem arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmer einen Urlaubsanspruch auf der Grundlage seiner „regulären“ Arbeitszeit ein, hätte dies zur Konsequenz, dass er allein auf 20

grund seiner Arbeitsunfähigkeit besser stände, als wenn er in dem betreffenden Zeitraum arbeitsfähig gewesen wäre.

ee) Bei unionsrechtskonformem Verständnis sind krankheitsbedingte Ausfallzeiten bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs nur wie Zeiten mit geleisteter Arbeit zu behandeln, wenn die Erkrankung kausal für den Wegfall der Arbeitspflicht war (vgl. BAG 7. August 2012 - 9 AZR 353/10 - Rn. 12, BAGE 142, 371). 21

(1) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist die Urlaubsdauer allgemein anhand der *auf der Grundlage des Arbeitsvertrags* tatsächlich geleisteten Arbeitszeiträume zu berechnen (EuGH 12. Oktober 2023 - C-57/22 - [Reditelství silnic a dálnic] Rn. 33; 25. Juni 2020 - C-762/18 und C-37/19 - [Varhoven kasationen sad na Republika Bulgaria und Iccrea Banca] Rn. 58). Bei einer kraft Einzel- oder Kollektivvertrags wirksam eingeführten Kurzarbeit „null“ bestimmt diese die für das Arbeitsverhältnis maßgebliche Verteilung der Arbeitszeit, auf deren Grundlage der Urlaubsanspruch zu berechnen ist. Ursache für den Arbeitsausfall ist die vereinbarte Kurzarbeit, mit der einem vorübergehenden Arbeitsausfall begegnet wird, und nicht die Krankheit. Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit liegt nur vor, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Tätigkeit beim Arbeitgeber wegen Krankheit nicht mehr ausüben kann oder nicht mehr ausüben sollte, weil die Heilung einer vorhandenen Krankheit nach ärztlicher Prognose verhindert oder verzögert wird (BAG 16. August 2022 - 9 AZR 76/22 (A) - Rn. 26; 18. März 2014 - 9 AZR 669/12 - Rn. 25; 23. Januar 2008 - 5 AZR 393/07 - Rn. 19 mwN). Ein solcher Fall liegt nicht vor, wenn der Arbeitnehmer bereits aufgrund einer Kurzarbeitsvereinbarung vertraglich keine Tätigkeit schuldet. 22

(2) Eine andere Beurteilung ist nicht veranlasst, wenn die Arbeitsunfähigkeit bereits vor Einführung der Kurzarbeit vorlag. Ein erkrankter Arbeitnehmer ist nicht per se von den arbeitsrechtlichen Folgen der Kurzarbeit ausgenommen. Dies zeigt die Regelung in § 47b Abs. 4 Satz 1 SGB V. Einem Versicherten, der arbeitsunfähig erkrankt, bevor in seinem Betrieb die Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld nach dem SGB III erfüllt sind, wird danach - solange Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle besteht - neben dem Arbeitsentgelt als Krankengeld der Betrag des Kurzarbeitergeldes gewährt, 23

den er erhielte, wenn er nicht arbeitsunfähig wäre. Diese Regelung setzt voraus, dass - trotz der Erkrankung - die Arbeitszeit des Arbeitnehmers infolge von Kurzarbeit herabgesetzt ist. Anderenfalls hätte der Arbeitnehmer gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1, § 4 Abs. 1 EFZG einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach Maßgabe seiner „regulären“ Arbeitszeit. Stände eine Erkrankung der Vereinbarung von Kurzarbeit entgegen, bedürfte es innerhalb des sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraums keines gesetzlichen Anspruchs auf Krankengeld iHd. Kurzarbeitergeldes.

III. Ausgehend von diesen Grundsätzen standen dem Kläger zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine weiteren 15 Arbeitstage Erholungsurlaub für das Kalenderjahr 2020 zu. 24

1. Die Parteien haben durch die unter dem 23. März 2020 aufgrund eines durch die Corona-Pandemie bedingten Arbeitsausfalls als Ergänzung zum Arbeitsvertrag getroffene Vereinbarung über Kurzarbeit die Arbeitspflicht des Klägers für den Zeitraum vom 1. April 2020 bis zum 31. Dezember 2020 wirksam suspendiert und damit das grundsätzlich vom Arbeitgeber zu tragende Risiko des Arbeitsausfalls umverteilt. 25

a) Kurzarbeit ist die vorübergehende Kürzung des Volumens der regelmäßig geschuldeten Arbeitszeit bei anschließender Rückkehr zum vereinbarten Zeitumfang. Während der Kurzarbeit ist der Arbeitgeber nicht zur Zahlung der vollen Vergütung verpflichtet, obwohl er den Arbeitnehmer nicht beschäftigt bzw. nicht beschäftigen kann. Der Arbeitgeber ist allerdings nicht berechtigt, sie einseitig durch Ausübung des Direktionsrechts einzuführen. Es bedarf vielmehr stets einer besonderen einzelvertraglichen oder kollektivrechtlichen Grundlage, um die vertragliche Arbeits- und Vergütungspflicht einzuschränken (*BAG 30. November 2021 - 9 AZR 225/21 - Rn. 28, BAGE 176, 251; 18. November 2015 - 5 AZR 491/14 - Rn. 15, BAGE 153, 256*). 26

b) Bei Einführung von Kurzarbeit wird dem Arbeitnehmer unter den Voraussetzungen der §§ 95 ff. SGB III bei vorübergehendem Arbeitsausfall Kurzarbeitergeld gewährt. Diese Regelungen, die der Verfolgung arbeitsmarktpolitischer 27

Ziele dienen, führen dazu, dass dem Arbeitgeber das Entgeltrisiko in besonderen Fallgestaltungen durch die Bundesagentur für Arbeit abgenommen wird (*BAG 30. November 2021 - 9 AZR 225/21 - Rn. 29, BAGE 176, 251*).

- c) Eine Vereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit muss die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten so deutlich regeln, dass diese für die Arbeitnehmer zuverlässig zu erkennen sind. Erforderlich sind mindestens die Bestimmung von Beginn und Dauer der Kurzarbeit, die Regelung der Lage und Verteilung der Arbeitszeit sowie die Auswahl der betroffenen Arbeitnehmer (*BAG 30. November 2021 - 9 AZR 234/21 - Rn. 48; 18. November 2015 - 5 AZR 491/14 - Rn. 15, BAGE 153, 256*). 28
- d) Danach haben die Parteien eine wirksame Vereinbarung über Kurzarbeit „null“ getroffen. 29
- aa) Die Vereinbarung bezog sich auf die Person des Klägers und regelte Beginn und Dauer der Kurzarbeit (1. April bis zum 31. Dezember 2020). Die wöchentliche Arbeitszeit sollte null Stunden betragen. Eine Regelung über die konkrete Verteilung der Arbeitszeit erübrigte sich deshalb. 30
- bb) Soweit die Vereinbarung der Beklagten das Recht einräumt, die Kurzarbeit mit einer Ankündigungsfrist von einer Woche einseitig zu beenden, liegt darin keine unangemessene Benachteiligung des Klägers iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Es liegt nicht nur im Interesse der Beklagten, sondern auch im Interesse des Klägers, die Kurzarbeit zu beenden, wenn der vorübergehende Arbeitsausfall endet und eine Rückkehr zur bisherigen Arbeitszeit und dem damit verbundenen Arbeitsentgelt wieder möglich ist. 31
- cc) Auch die sonstigen der Beklagten eingeräumten Gestaltungsbefugnisse - namentlich die einseitige Verlängerung der Kurzarbeit um bis zu sechs Monate und die einseitige Anhebung oder Reduzierung des Umfangs der Kurzarbeit - führen nicht zur Unwirksamkeit der Vereinbarung von Kurzarbeit „null“ für den streitgegenständlichen Zeitraum. Es kann offenbleiben, ob diese Regelungen wegen unangemessener Benachteiligung des Klägers nach § 307 Abs. 1 Satz 1 32

BGB unwirksam sind. Wären sie gemäß § 306 Abs. 1 BGB unwirksam, bliebe die Kurzarbeitsabrede als solche hiervon unberührt.

(1) § 306 Abs. 1 BGB enthält eine kodifizierte Abweichung von der Auslegungsregel des § 139 BGB und bestimmt, dass bei Teilnichtigkeit grundsätzlich der Vertrag im Übrigen aufrechterhalten bleibt. Soweit die Klausel nicht teilbar ist, tritt an ihre Stelle nach § 306 Abs. 2 BGB das Gesetz. Eine Klausel lässt sich nur dann teilweise aufrechterhalten, wenn sie mehrere Regelungen enthält und der unzulässige Teil sprachlich eindeutig abgrenzbar ist. Verbleibt nach der Streichung der unwirksamen Teilregelung und des unwirksamen Klauselteils eine verständliche Regelung, behält diese ihre Gültigkeit - sog. blue-pencil-Test (*BAG 24. Mai 2022 - 9 AZR 461/21 - Rn. 45; 13. Juli 2021 - 3 AZR 298/20 - Rn. 64*). 33

(2) Dies ist hier der Fall. Die Vereinbarung von Kurzarbeit „null“ für den Zeitraum vom 1. April bis zum 31. Dezember 2020 ist sprachlich und inhaltlich getrennt von den einseitigen Gestaltungsbefugnissen geregelt und stellt eine aus sich heraus verständliche und sinnvolle Regelung dar. 34

dd) Der einvernehmlichen Suspendierung der Arbeitspflicht infolge Kurzarbeit steht nicht entgegen, dass die Kurzarbeitsvereinbarung „unter dem Vorbehalt“ geschlossen wurde, „dass Kurzarbeitergeld gem. §§ 95 ff. SGB III von der Agentur für Arbeit bewilligt wird“ und der Kläger Krankengeld statt Kurzarbeitergeld erhalten hat. Dies ergibt die Auslegung der Präambel der Vereinbarung vom 23. März 2020. 35

(1) Die Regelungen in der Kurzarbeitsvereinbarung sind als Allgemeine Geschäftsbedingungen nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von rechtsunkundigen, verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei nicht die Verständnismöglichkeiten des konkreten, sondern die des durchschnittlichen Vertragspartners zugrunde zu legen sind. Ansatzpunkt für die nicht am Willen der jeweiligen Vertragspartner zu orientierende Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist in erster Linie der Vertragswortlaut. Ist dieser nicht eindeutig, kommt es für die Auslegung ent- 36

scheidend darauf an, wie der Vertragstext aus Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist, wobei der Vertragswille verständiger und redlicher Vertragspartner beachtet werden muss. Soweit auch der mit dem Vertrag verfolgte Zweck einzubeziehen ist, kann das nur in Bezug auf typische und von redlichen Geschäftspartnern verfolgte Ziele gelten (*BAG 9. Mai 2023 - 3 AZR 174/22 - Rn. 30; 3. Juni 2020 - 3 AZR 730/19 - Rn. 51 mwN, BAGE 171, 1*).

(2) Der Vorbehalt beschränkt sich seinem Wortlaut nach zwar auf die Bewilligung von Kurzarbeitergeld durch die Bundesagentur für Arbeit. Unter Berücksichtigung des Vertragswillens verständiger und redlicher Vertragspartner und des mit dem Vertrag verfolgten Zwecks kam es den Vertragsparteien jedoch allein darauf an, dass der kurzarbeitsbedingte Entgeltausfall durch staatliche Ersatzleistungen abgemildert wird. Nicht entscheidend war hingegen, durch wen die Entgeltersatzleistung gewährt wird. Vereinbaren Arbeitgeber und Arbeitnehmer oder Arbeitgeber und Betriebsrat (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG) wirksam Kurzarbeit, um einem erheblichen Arbeitsausfall zu begegnen, werden die gegenseitigen Hauptleistungspflichten im Umfang der Kurzarbeit - vorliegend vollständig - aufgehoben. Mangels bestehender Arbeitspflicht kann Annahmeverzug nicht eintreten. Eine Entgeltzahlungspflicht nach § 615 Satz 3 iVm. Satz 1 und § 611a Abs. 2 BGB besteht in diesen Fällen nicht (*BAG 4. Mai 2022 - 5 AZR 366/21 - Rn. 24*). Die dadurch für den Arbeitnehmer entstehenden finanziellen Nachteile sollen durch Kurzarbeitergeld abgemildert werden. Dementsprechend setzt der Anspruch auf Kurzarbeitergeld gemäß § 95 Satz 1 Nr. 1 SGB III voraus, dass ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt. Dies gilt auch, wenn der Arbeitnehmer während der Kurzarbeit erkrankt. Besonderheiten gelten lediglich, wenn der Arbeitnehmer - wie vorliegend - vor dem Beginn der Kurzarbeit arbeitsunfähig erkrankt war. 37

(a) Erkrankt der Arbeitnehmer erst nach Beginn der Kurzarbeit, erhält er - ggf. neben einer nach § 4 Abs. 3 Satz 1 EFZG kurzarbeitsbedingt reduzierten Entgeltfortzahlung - weiterhin Kurzarbeitergeld von der Agentur für Arbeit. Nach § 98 Abs. 2 SGB III sind die persönlichen Voraussetzungen für den Bezug von 38

Kurzarbeitergeld auch erfüllt, wenn der Arbeitnehmer während des Bezugs von Kurzarbeitergeld arbeitsunfähig wird, solange Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfall besteht oder ohne den Arbeitsausfall bestehen würde.

(b) Nur wenn der Arbeitnehmer bereits vor dem Beginn der Kurzarbeit erkrankt war, besteht mangels Erfüllung der persönlichen Voraussetzungen des § 98 Abs. 3 Nr. 2 SGB III kein Anspruch auf Kurzarbeitergeld, weil er - ggf. neben einer nach § 4 Abs. 3 Satz 1 EFZG kurzarbeitsbedingt reduzierten Entgeltfortzahlung - nach § 47b Abs. 4 Satz 1 SGB V Krankengeld in Höhe des Kurzarbeitergelds durch die Krankenkasse erhält. 39

(c) Die Regelung in § 98 Abs. 3 Nr. 2 SGB III bezieht sich nach ihrem Wortlaut, ihrer Entstehungsgeschichte und dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ausschließlich auf das Verhältnis von Kurzarbeitergeld und Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der Zuständigkeitsverteilung zwischen Arbeitslosen- und Krankenversicherung (*zur Vorgängerregelung des § 172 Abs. 1a SGB III vgl. BSG 17. Dezember 2013 - B 11 AL 11/12 R - Rn. 16 mwN*). Diese sozialversicherungsrechtliche Zuständigkeitsverteilung wirkt sich nicht auf die Verbindlichkeit der Kurzarbeitsabrede der Parteien aus. Von rechtsunkundigen, verständigen und redlichen Vertragspartnern kann nicht angenommen werden, dass sie die Vereinbarung von Kurzarbeit „null“ für einen Zeitraum von neun Monaten davon abhängig machen wollen, ob der vor Beginn der Kurzarbeit erkrankte Arbeitnehmer bis zum Ablauf des sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraums Kurzarbeitergeld oder stattdessen Krankengeld in Höhe des Kurzarbeitergeldes bezieht. Den Vertragsparteien kommt es darauf an, dass - kurzarbeitsspezifische - staatliche Ersatzleistungen in einer bestimmten Höhe gewährt werden, nicht aber, welcher Sozialversicherungsträger die Auszahlungsstelle ist. 40

ee) Anhaltspunkte dafür, dass - wie die Revision in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausgeführt hat - die Kurzarbeitsvereinbarung nur im Falle der Wiedergenesung des Klägers gelten sollte, liegen nicht vor. Weder enthält die Vereinbarung einen solchen Vorbehalt noch ergibt sich aus dem Parteivorbringen, dass ein solcher ausdrücklich oder zumindest konkludent Gegenstand von 41

dem Vertragsschluss vorausgegangenem Gesprächen war. Stattdessen wird in Ziffer 1 der Kurzarbeitsvereinbarung ausdrücklich und unmissverständlich festgelegt, dass das Arbeitsverhältnis im Zeitraum vom 1. April bis 31. Dezember 2020 in Kurzarbeit fortgesetzt wird.

2. Der somit nach §§ 1, 3 Abs. 1, § 4 BUrlG zu bestimmende Anspruch des Klägers auf den gesetzlichen Mindesturlaub für das Jahr 2020 betrug fünf Arbeitstage (*20 Arbeitstage Jahresurlaub x 65 Tage mit Arbeitspflicht von Januar bis März 2020 ./. 260 Tage mit Arbeitspflicht im Jahr, vgl. näher zur Berechnung BAG 30. November 2021 - 9 AZR 225/21 - Rn. 44, BAGE 176, 251*). Diesen Anspruch hat die Beklagte durch die Gewährung von Urlaub erfüllt (§ 362 Abs. 1 BGB).

IV. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO). 43

Zimmermann

Darsow-Faller

Suckow

Gudrun Folkerts

Hampel