

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 30. November 2021
- 9 AZR 225/21 -
ECLI:DE:BAG:2021:301121.U.9AZR225.21.0

I. Arbeitsgericht Essen

Urteil vom 6. Oktober 2020
- 1 Ca 2155/20 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 12. März 2021
- 6 Sa 824/20 -

Entscheidungsstichwort:

Urlaubsberechnung bei Kurzarbeit null

Leitsatz:

Arbeitstage, die aufgrund der kurzarbeitsbedingten Neuverteilung der Arbeitszeit ausfallen, sind bei einer unterjährigen Neuberechnung des Jahresurlaubs nicht Zeiten mit Arbeitspflicht gleichzustellen.

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 225/21
6 Sa 824/20
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
30. November 2021

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 30. November 2021 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, die Richter am Bundesarbeitsgericht Zimmermann

und Dr. Suckow sowie die ehrenamtlichen Richter Wullhorst und Dipper für Recht erkannt:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 12. März 2021 - 6 Sa 824/20 - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, wie sich die kurzarbeitsbedingte Aufhebung der Arbeitspflicht an ganzen Arbeitstagen auf die Berechnung des Urlaubsanspruchs der Klägerin aus dem Jahr 2020 auswirkt. 1

Die Klägerin ist seit dem 1. März 2011 bei der Beklagten als „Verkaufshilfe mit Bocktätigkeit“ beschäftigt. Bei einer Sechstageswoche stand ihr nach dem Arbeitsvertrag ein jährlicher Erholungsurlaub von 28 Werktagen zu. Dies entspricht bei einer vereinbarten Dreitageweche einem Urlaubsanspruch von 14 Arbeitstagen im Jahr. Aufgrund Arbeitsausfalls durch die Corona-Pandemie führte die Beklagte auf einzelvertraglicher Grundlage Kurzarbeit ein. Die Klägerin war aufgrund von Kurzarbeit in den Monaten Juni, Juli und Oktober 2020 durchgehend von der Arbeitspflicht befreit und arbeitete in den Monaten November und Dezember 2020 nur an fünf Tagen. Aus Anlass der kurzarbeitsbedingten Arbeitsausfälle nahm die Beklagte eine Neuberechnung des Urlaubs vor. Sie bezifferte den Jahresurlaub der Klägerin für das Jahr 2020 auf 11,5 Arbeitstage. 2

Die Klägerin hat sich mit ihrer Klage gegen die Neuberechnung ihres Urlaubsanspruchs gerichtet. Die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, den Urlaub zu kürzen. Aufgrund von Kurzarbeit ausgefallene Arbeitstage seien bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs wie Tage mit Arbeitspflicht zu behandeln. Für das Jahr 2020 stünden ihr deshalb weitere 2,5 Urlaubstage zu. 3

Die Klägerin hat zuletzt beantragt, 4
festzustellen, dass ihr aus dem Jahr 2020 ein restlicher Urlaubsanspruch von 2,5 Urlaubstagen (entsprechend 5 Werktagen) zusteht.

Die Beklagte hat ihren Klageabweisungsantrag darauf gestützt, dass der 5
Urlaubsanspruch der Klägerin wegen der Kurzarbeit gemindert sei.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht 6
hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht 7
hat die Berufung der Klägerin gegen das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts zu Recht zurückgewiesen. Die zulässige Klage ist unbegründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf weitere 2,5 Arbeitstage Erholungsurlaub für das Kalenderjahr 2020. Der Umfang des Urlaubsanspruchs war unter Berücksichtigung der kurzarbeitsbedingten Aufhebung der Arbeitspflicht an ganzen Arbeitstagen zu berechnen. Dies folgt aus §§ 1, 3 Abs. 1, § 4 BUrlG.

I. Nach den §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG setzt der gesetzliche Urlaubsanspruch - dem Grunde nach - allein das Bestehen des Arbeitsverhältnisses 8
voraus. Er steht nicht unter der Bedingung, dass der Arbeitnehmer im Bezugszeitraum eine Arbeitsleistung erbracht hat. Gemäß § 4 BUrlG entsteht nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses der volle Urlaubsanspruch jeweils am 1. Januar eines Kalenderjahres. Der Umfang des gesetzlichen Urlaubsanspruchs ist nach § 3 Abs. 1 BUrlG zu berechnen (*vgl. BAG 19. März 2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 21 f., BAGE 166, 176*). Die nach dieser Bestimmung geltenden Berechnungsgrundsätze sind auch dann anzuwenden, wenn für den

Arbeitnehmer aufgrund von Kurzarbeit an ganzen Arbeitstagen keine Arbeitspflicht besteht.

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. 9
- a) Die Vorschrift unterstellt eine an sechs Tagen der Kalenderwoche bestehende Arbeitspflicht und gewährleistet unter dieser Voraussetzung einen gesetzlichen Mindesturlaub von 24 Werktagen im Kalenderjahr. Ist die Arbeitspflicht nicht, wie in § 3 Abs. 1 BUrlG vorausgesetzt, auf sechs Tage der Kalenderwoche, sondern auf weniger oder mehr Wochentage verteilt, vermindert oder erhöht sich der Urlaubsanspruch entsprechend. Um für alle Arbeitnehmer eine gleichwertige Urlaubsdauer zu gewährleisten, ist die Anzahl der Urlaubstage unter Berücksichtigung der für das Urlaubsjahr maßgeblichen Verteilung der Arbeitszeit auf die Wochentage zu ermitteln. Maßgeblich ist grundsätzlich die im Arbeitsvertrag vorgesehene - regelmäßige - Verteilung der Arbeitszeit (*BAG 19. März 2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 23 ff. mwN, BAGE 166, 176*). 10
- b) 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 umzurechnen. Dieses Verständnis einer zeitabschnittsbezogenen Berechnung anhand der arbeitsvertraglich zu leistenden Arbeit hat in § 3 Abs. 1 BUrlG seinen Ausdruck gefunden und wird durch § 208 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 SGB IX (*früher § 125 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 SGB IX bzw. zuvor § 47 Satz 1 SchwbG*) bestätigt (*vgl. hierzu im Einzelnen BAG 19. März 2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 26 ff. mwN, BAGE 166, 176*). Die Umrechnung erfolgt, indem die in § 3 Abs. 1 BUrlG genannten 24 Werktage 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 Werktage x Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht: 312 Werktage; vgl. BAG 19. März 2019 - 9 AZR 406/17 -* 11

Rn. 28 ff., aaO). Unter Umständen muss die Urlaubsdauer im Kalenderjahr mehrfach berechnet werden (*BAG 19. März 2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 27, aaO*).

c) Eine andere Berechnung kann durch gesetzliche Bestimmungen sowie durch nach § 13 BUrlG zulässige kollektivrechtliche oder vertragliche Vereinbarungen veranlasst sein. So bestimmt § 24 Satz 1 MuSchG, dass Ausfallzeiten wegen eines Beschäftigungsverbots für die Berechnung des Anspruchs auf bezahlten Erholungsurlaub als Beschäftigungszeiten gelten. Mit § 17 BEEG hat der Gesetzgeber eine abschließende Sonderregelung für die mit der Elternzeit im Zusammenhang stehenden Urlaubsansprüche geschaffen, die - zugunsten des Arbeitnehmers - die Anpassung des Urlaubsanspruchs an die allgemeinen Berechnungsgrundsätze von einer durch den Arbeitgeber im noch bestehenden Arbeitsverhältnis auszusprechenden Kürzungserklärung abhängig macht (*vgl. BAG 19. März 2019 - 9 AZR 495/17 - Rn. 16, 32 ff., BAGE 166, 189*). Darüber hinaus gelten Besonderheiten für Urlaubsansprüche, die von Kürzungsregelungen wie in § 4 ArbPISchG oder § 4 Abs. 4 PflegeZG erfasst werden (*BAG 19. März 2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 36 f., BAGE 166, 176*). § 5 Abs. 1 Buchst. c BUrlG sowie § 6 Abs. 1 BUrlG tragen der besonderen Situation des Arbeitnehmers bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Verlauf des Urlaubsjahres Rechnung (*vgl. BAG 19. März 2019 - 9 AZR 495/17 - Rn. 27 f., aaO*).

d) Von der auf einer einzel- oder kollektivvertraglichen Vereinbarung beruhenden Änderung des regelmäßigen Arbeitsrhythmus sind Arbeitsausfälle abzugrenzen, die bei der Ausfüllung der Formel als Tage mit Arbeitspflicht zählen. Dies betrifft Ausfallzeiten aufgrund gesetzlicher Feiertage, deren rechtliche Behandlung gesondert in §§ 9 bis 13 ArbZG und in § 2 EFZG geregelt ist. An Feiertagen, an denen der Arbeitnehmer nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, kann die Arbeitspflicht nicht nochmals suspendiert werden. Feiertage stehen damit für die Urlaubsgewährung nicht mehr zur Verfügung und haben deshalb nicht für die Berechnung des gesetzlichen Mindesturlaubs, sondern lediglich für dessen Erfüllung Bedeutung (*st. Rspr., vgl. BAG 19. März 2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 32 mwN, BAGE 166, 176*). Gleiches gilt für Arbeitsausfall im Verlauf des

Kalenderjahres zB durch Freistellungen für Bildungsveranstaltungen, vorübergehende Verhinderung nach § 616 BGB, krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit nach § 1 EFZG oder Suspendierungen nach §§ 2, 3 PflegeZG. Dies folgt zudem unmittelbar aus § 3 Abs. 1 BUrlG. Die Bestimmung gewährt den gesetzlichen Mindesturlaub bei einer Sechstageswoche unabhängig vom Arbeitsausfall im Verlauf eines Kalenderjahres (*BAG 19. März 2019 - 9 AZR 406/17 - aaO*). Die - auf punktuellen Umständen beruhenden - Arbeitsausfälle haben keinen prägenden Einfluss auf die für das Arbeitsverhältnis maßgebliche - regelmäßige - Verteilung der Arbeitszeit. Der arbeitsvertragliche Arbeitsrhythmus wird dadurch nicht berührt.

2. Die Umrechnung des nach § 3 Abs. 1 BUrlG in Werktagen bemessenen gesetzlichen Urlaubsanspruchs in Arbeitstage ist auch dann vorzunehmen, wenn die Arbeitspflicht infolge einer wirksam eingeführten Kurzarbeit an ganzen Arbeitstagen entfällt (*ebenso Bayreuther DB 2012, 2748, 2749 f.; NK-GA/Düwell § 3 BUrlG Rn. 31; ErfK/Gallner 22. Aufl. BUrlG § 3 Rn. 23; Jacobs/Münder RdA 2019, 332, 347; Klasen/Haag BB 2020, 2228, 2232 ff.; MHdB ArbR/Klose 5. Aufl. § 86 Rn. 65; Schaub ArbR-HdB/Linck 19. Aufl. § 104 Rn. 48; Mehrens/Witschen EuZA 2019, 326, 339; Rech ZfA 2021, 578, 587; Rudkowski NZA 2012, 74, 77; HWK/Schinz 9. Aufl. § 3 BUrlG Rn. 39, 41a; aA Engelmann AuA 2021, 306, 309 f.; Kohte/Hinrichs jurisPR-ArbR 43/2021 Anm. 5; Hk-BUrlG/Oppermann 3. Aufl. § 11 BUrlG Rn. 63*). 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 aufgrund der kurzarbeitsbedingten Neuverteilung der Arbeitszeit ausgefallen sind, bei der Berechnung des Urlaubsumfangs Zeiten mit Arbeitspflicht gleichzustellen sind. Dies hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt.

a) Der Wortlaut der Vorschrift gibt keinen eindeutigen Aufschluss über die Behandlung aufgrund von Kurzarbeit ausgefallener Arbeitstage bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs. Er differenziert nicht danach, aus welchen Gründen die Arbeitspflicht entfällt, und bietet damit keine Anhaltspunkte dafür, dass die

kurzarbeitsbedingte Neuverteilung der Arbeitszeit nicht den allgemeinen Berechnungsgrundsätzen unterliegen soll.

b) Für eine Anpassung des Urlaubsanspruchs an die kurzarbeitsbedingte Aufhebung der Arbeitspflicht an ganzen Arbeitstagen spricht die Gesetzessystematik. 16

aa) Die Vorschrift des § 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG sieht - allein - für den Entgeltfaktor des Urlaubsentgelts (*vgl. BAG 27. Februar 2018 - 9 AZR 238/17 - Rn. 15; 21. September 2010 - 9 AZR 510/09 - Rn. 16 mwN, BAGE 135, 301*) vor, dass Verdienstkürzungen, die im dreizehnwöchigen Berechnungszeitraum ua. infolge von Kurzarbeit eintreten, für dessen Berechnung außer Betracht zu bleiben haben. Der Gesetzgeber hat somit das Spannungsverhältnis zwischen dem Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub und Kurzarbeit erkannt und in diesem Zusammenhang eine Sonderregelung zur Berechnung des Urlaubsentgelts geschaffen. Von einer § 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG entsprechenden Regelung in § 3 Abs. 1 BUrlG zur Berechnung der Urlaubstage bei Kurzarbeit hat er demgegenüber abgesehen und damit zum Ausdruck gebracht, dass die Urlaubstage bei einem Ausfall ganzer Arbeitstage aufgrund von Kurzarbeit nach den allgemeinen Grundsätzen zu berechnen sind (*vgl. Klasen/Haag BB 2020, 2228, 2232; Rudkowski NZA 2012, 74 f.*). 17

bb) Soweit § 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III das Verhältnis von Urlaub und Kurzarbeit dahingehend regelt, dass ein Arbeitsausfall grundsätzlich als vermeidbar gilt, wenn er durch die Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub ganz oder teilweise verhindert werden kann, lässt dies keinen Rückschluss auf die (Neu-) Berechnung des Umfangs des Urlaubsanspruchs zu. Der in der sozialversicherungsrechtlichen Vorschrift angeordnete Vorrang der Gewährung von Erholungsurlaub unterstellt das Vorliegen eines - nicht näher bezeichneten - Urlaubsanspruchs, regelt jedoch nicht dessen Umfang. Dieser ergibt sich aus dem Bundesurlaubsgesetz. 18

c) Das Auslegungsergebnis entspricht dem Zweck des Anspruchs auf bezahlten Erholungsurlaub und steht im Einklang mit den Zielen der Kurzarbeit. 19

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 soll 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 (vgl. *EuGH 4. Oktober 2018 - C-12/17 - [Dicu] Rn. 27 f.*; *BAG 19. März 2019 - 9 AZR 495/17 - Rn. 20, BAGE 166, 189*). 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. 20

bb) Im Gegensatz zur Gewährung von Urlaub ist es für dessen Berechnung nicht entscheidend, ob es sich bei den Arbeitstagen, die aufgrund von Kurzarbeit ausfallen, um eine für den Arbeitnehmer im Voraus planbare und frei gestaltbare Freistellung handelt oder er damit rechnen muss, gegebenenfalls kurzfristig aus der Kurzarbeit wieder herausgenommen zu werden. Die „normale“ berufliche Inaktivität während eines Zeitabschnitts, in dem der Arbeitnehmer arbeitsvertraglich nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, ist von einer urlaubsbedingten Ruhepause zu unterscheiden (vgl. *EuGH 13. Juni 2013 - C-415/12 - [Brandes] Rn. 41*; *aA Kohte/Hinrichs jurisPR-ArbR 43/2021 Anm. 5*). Dementsprechend reduziert sich der Jahresurlaub auch nicht etwa um die Anzahl der Tage, an denen sich ein Arbeitnehmer in Kurzarbeit befindet. Ganze Arbeitstage, die wegen Kurzarbeit ausfallen, werden vielmehr bei der Berechnung des Jahresurlaubs behandelt wie Tage, an denen ein in Teilzeit beschäftigter Arbeitnehmer nicht arbeiten muss. 21

(1) Der Urlaubsumfang ist nicht deshalb an die durch Kurzarbeit herabgesetzte Arbeitspflicht anzupassen, weil der Arbeitnehmer durch die arbeitsfreien 22

Tage eine Kompensation für die Minderung des Urlaubs in Form einer zusätzlichen im Voraus frei plan- und gestaltbaren Freizeit erhält, sondern allein deshalb, weil sein Erholungsbedürfnis in Anbetracht der ausgefallenen Arbeit geringer ist als ohne Kurzarbeit. Das in Arbeitstagen Urlaub ausgedrückte Erholungsbedürfnis steht in einem inneren Zusammenhang mit der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung (vgl. BAG 3. Dezember 2019 - 9 AZR 33/19 - Rn. 26; vgl. auch Bayreuther DB 2012, 2748, 2749; Klasen/Haag BB 2020, 2228, 2232; Schinz jM 2020, 148, 154).

(2) Die in einer einzel- oder kollektivrechtlichen Kurzarbeitsvereinbarung regelbare Möglichkeit, den Arbeitnehmer unter Einhaltung einer festgelegten Ankündigungsfrist wieder zur Rückkehr zur ursprünglich geschuldeten Arbeitszeit aufzufordern, kann zwar zu Einschränkungen in seiner Freizeitgestaltung und -planung führen. Dies ändert aber nichts daran, dass es sich bei aufgrund von Kurzarbeit ausgefallenen Arbeitstagen um Freizeit handelt, die er frei gestalten und sich eigenen Interessen widmen kann. An diesen Tagen kann er sich um persönliche und familiäre Angelegenheiten kümmern, an sportlichen oder kulturellen Veranstaltungen teilnehmen, sich mit Freunden treffen etc., ohne sich zur Arbeitsleistung bereit halten zu müssen. Gemessen daran ist Kurzarbeit mit einer Teilzeitbeschäftigung vergleichbar. 23

cc) Aufgrund von Kurzarbeit ausgefallene Arbeitstage sind auch nicht deshalb bei der Berechnung der Urlaubsdauer mit Tagen tatsächlich geleisteter Arbeit gleichzusetzen, weil der Arbeitnehmer während der Kurzarbeit versicherungsrechtliche Mitwirkungsobliegenheiten gegenüber der Agentur für Arbeit zu erfüllen hat. Diese sind nicht mit Zeiten tatsächlicher, im Interesse des Arbeitgebers liegender Arbeitsleistung vergleichbar. 24

(1) § 98 Abs. 4 Satz 1 SGB III ermächtigt die Agentur für Arbeit, von Kurzarbeit Betroffene in einer die Besonderheiten der Kurzarbeit berücksichtigenden Weise zur Mitwirkung an Vermittlungstätigkeiten anzuhalten (vgl. Müller-Grune in Schlegel/Voelzk jurisPK-SGB III 2. Aufl. § 98 SGB III Rn. 62 ff.), und begründet eine entsprechende Mitwirkungsobliegenheit des Beziehers von 25

Kurzarbeitergeld. Nach § 38 SGB III sind die für eine Vermittlung erforderlichen Auskünfte zu erteilen und Unterlagen vorzulegen (*Estelmann in Eicher/Schlegel SGB III Stand August 2021 § 98 Rn. 105; Petzold in Hauck/Noftz SGB III Stand Dezember 2016 § 98 Rn. 22*). Anderenfalls sind die persönlichen Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld nicht erfüllt. Darüber hinausgehende Verpflichtungen, insbesondere die für Arbeitslose nach § 138 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 4 SGB III maßgebliche aktive Beschäftigungssuche (*Lüdtke/Guldan in LPG-SGB III 3. Aufl. § 98 Rn. 12*) und die nach § 138 Abs. 5 SGB III zu stellenden Anforderungen an die Verfügbarkeit, bestehen angesichts des fortbestehenden Arbeitsverhältnisses und dessen bezweckter Absicherung nicht (*Gagel/Bieback SGB II/SGB III Stand 1. Juni 2021 § 98 SGB III Rn. 56*). Diese versicherungsrechtlichen Handlungsobliegenheiten gegenüber der Agentur für Arbeit sind dem persönlichen Lebensbereich des Arbeitnehmers zuzuordnen (*vgl. BAG 25. August 2020 - 9 AZR 612/19 - Rn. 29*). Sie schränken Arbeitnehmer, die Kurzarbeitergeld beziehen, in der Disposition über ihre Zeit nicht in einer mit bestehender Arbeitspflicht vergleichbaren Weise ein.

(2) Es liegt auch keine sachlich ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von in Kurzarbeit befindlichen Personen gegenüber Beziehern von Arbeitslosengeld vor, weil Letztere unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 der Anordnung des Verwaltungsrats der Bundesanstalt für Arbeit zur Pflicht des Arbeitslosen, Vorschlägen des Arbeitsamtes zur beruflichen Eingliederung zeit- und ortsnahe Folge leisten zu können (*EAO*) vom 23. Oktober 1997 (*ANBA 1997, 1685; ANBA 1998, 1100*) idF vom 26. September 2008 (*ANBA 2008, Nr. 12 S. 5*), für bis zu drei Wochen von ihren sozialversicherungsrechtlichen Handlungsobliegenheiten befreit werden und „Urlaub machen“ können. Ungeachtet dessen, dass von Kurzarbeit betroffene Personen weiterhin in einem Arbeitsverhältnis stehen und bereits deshalb nicht ohne weiteres mit Arbeitslosen vergleichbar sind, können sie während des fortbestehenden Arbeitsverhältnisses für Tage mit Arbeitspflicht ihren Anspruch auf Erholungsurlaub ausüben. Fallen aufgrund von Kurzarbeit nur einzelne Tage in der Woche vollständig aus, stehen die Anforderungen des § 138 Abs. 5 SGB III einer urlaubsbedingten Abwesenheit nicht entgegen, weil diese

26

auf die Fälle konjunktureller Kurzarbeit keine Anwendung finden (*vgl. Rn. 25*). Möchte der Arbeitnehmer während eines längeren, ununterbrochenen Zeitraums mit Kurzarbeit „Null“ Erholungserlaub nehmen, ist dies allerdings nur möglich, wenn die Kurzarbeit einvernehmlich unterbrochen wird. Nach Einführung von Kurzarbeit „Null“ kann der mit der Festlegung des Urlaubs bezweckte Leistungserfolg, die bezahlte Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht, nicht mehr eintreten. Die Arbeitspflicht ist aufgrund der Kurzarbeit „Null“ aufgehoben (*BAG 16. Dezember 2008 - 9 AZR 164/08 - Rn. 32, BAGE 129, 46*).

dd) Eine Gleichsetzung der aufgrund von Kurzarbeit ausgefallenen Arbeitstage mit Tagen mit Arbeitspflicht kommt selbst dann nicht in Betracht, wenn der Arbeitgeber ohne die Vereinbarung von Kurzarbeit an sich zur Zahlung von Annahmeverzugsvergütung (§ 615 Satz 1 BGB) verpflichtet gewesen wäre oder das Wirtschafts- bzw. Betriebsrisiko (§ 615 Satz 3 BGB) zu tragen gehabt hätte. Bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs können zwar Zeiten ohne tatsächliche Arbeitsleistung, für die der Arbeitgeber das Entgeltrisiko trägt, einem Zeitraum mit tatsächlicher Arbeitsleistung gleichzustellen sein (*vgl. zur rechtswidrigen Kündigung EuGH 25. Juni 2020 - C-762/18 und C-37/19 - [Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria] Rn. 69*). Dies gilt jedoch nicht für aufgrund von Kurzarbeit ausgefallene Arbeitstage. Mit der wirksamen Einführung von Kurzarbeit wird das grundsätzlich vom Arbeitgeber zu tragende Risiko des Arbeitsausfalls umverteilt. 27

(1) 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 Direktionsrecht einzuführen. Es bedarf vielmehr stets einer besonderen einzelvertraglichen oder kollektivrechtlichen Grundlage, um die vertragliche Arbeits- und Vergütungspflicht einzuschränken (*BAG 18. November 2015 - 5 AZR 491/14 - Rn. 15, BAGE 153, 256; 16. Dezember 2008 - 9 AZR 164/08 - Rn. 27 mwN, BAGE 129, 46*). 28

(2) 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 Ziele dienen, führen dazu, dass dem Arbeitgeber das Entgeltrisiko in besonderen Fallgestaltungen durch die Bundesagentur für Arbeit abgenommen wird (*BAG 22. Dezember 1980 - 1 ABR 2/79 - zu C I 1 b der Gründe, BAGE 34, 331; vgl. auch BAG 11. Juli 1990 - 5 AZR 557/89 - zu I 2 der Gründe, BAGE 65, 260*). 29

ee) Eine Anpassung der Berechnungsformel zur Feststellung des Urlaubsanspruchs durch die Gleichsetzung von Kurzarbeit mit Zeiten tatsächlicher Arbeitsleistung ist nicht unter dem Gesichtspunkt eines überwiegenden Arbeitgeberinteresses an der Kurzarbeit veranlasst. Ein solches besteht nicht. Der Hauptzweck der Kurzarbeit bzw. des Kurzarbeitergeldes ist - wie sich bereits aus dem Titel des sechsten Abschnitts des SGB III ergibt - der „Verbleib in Beschäftigung“ (*vgl. BSG 14. März 2012 - B 14 AS 18/11 R - Rn. 17*). Die Gewährung von Kurzarbeitergeld soll bei konjunkturell bedingten Arbeitsausfällen der Verhinderung von Arbeitslosigkeit und der Stabilisierung bestehender Beschäftigungsverhältnisse dienen. Den Arbeitnehmern sollen die Arbeitsplätze und den Betrieben die eingearbeiteten Arbeitnehmer erhalten bleiben (*Müller-Grüne in Schlegel/Voelzke jurisPK-SGB III 2. Aufl. § 95 SGB III Rn. 31*). Die Vermeidung von Entlassungen liegt somit im übereinstimmenden Interesse von Arbeitnehmern, Betrieben und Beitragszahlern (*BT-Drs. 13/4941 S. 183*). 30

ff) Die aufgrund von Kurzarbeit ausgefallenen Arbeitstage sind bei der Urlaubsberechnung auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung mit in vergleichbarer Situation befindlichen Arbeitnehmern, die ihren Urlaub bereits vor Einführung der Kurzarbeit ungekürzt erhalten haben, als Tage mit Arbeitspflicht zu berücksichtigen. 31

(1) Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Das hieraus folgende Gebot, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, gilt für ungleiche Belastungen und ungleiche Begünstigungen (*st. Rspr. des BVerfG, vgl. BVerfG 21. März 2015*) 32

- 1 BvR 2031/12 - Rn. 6 mwN; 18. Juli 2012 - 1 BvL 16/11 - Rn. 30 mwN, BVerfGE 132, 179). Dabei verwehrt Art. 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung. Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Dabei gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen (BVerfG 21. März 2015 - 1 BvR 2031/12 - Rn. 6 mwN zur st. Rspr.).

(2) Die unterjährige Urlaubsberechnung führt nicht zu einer sachwidrigen Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern, deren Urlaub im Zeitpunkt der Neuberechnung noch nicht erfüllt ist, gegenüber Arbeitnehmern, die ihren Urlaub bereits genommen haben. Die auf das Kalenderjahr bezogene und damit zeitabschnittsweise Berechnung des Urlaubsumfangs stellt für alle Arbeitnehmer eine - an ihre Arbeitspflicht angepasste - gleichwertige Urlaubsdauer sicher (vgl. BAG 19. März 2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 23, 27, BAGE 166, 176). Da dem Arbeitnehmer nach Erfüllung der Wartezeit gemäß §§ 1, 3 Abs. 1, § 4 BUrlG bereits am 1. Januar des Urlaubsjahres der volle Jahresurlaub zusteht (BAG 19. März 2019 - 9 AZR 495/17 - Rn. 25, BAGE 166, 189), sind allerdings zur Berechnung des Urlaubsanspruchs im Zeitpunkt der Urlaubsgewährung rückblickend die bisherigen Arbeitstage mit Arbeitspflicht heranzuziehen und eine Prognose über das voraussichtliche künftige Arbeitszeitregime anzustellen. Dies kann im Einzelfall zu einer Zuvielgewährung von Urlaub führen, wenn bei Urlaubsbewilligung noch nicht vorhersehbar war, dass sich das Arbeitszeitregime ändern wird. Arbeitnehmer, bei denen aufgrund späterer Urlaubsgewährung die Änderung des Arbeitsrhythmus bei der Urlaubsberechnung berücksichtigt wurde, bleibt dieser „Vorteil“ versagt. Diese sachbezogene Ungleichbehandlung ist angesichts der - bei einer typisierenden Betrachtung - herbeizuführenden Gleichwertigkeit des Urlaubsanspruchs bezogen auf den gesamten Bezugszeitraum gerechtfertigt. Auf diese Weise lässt sich das Spannungsverhältnis von sofortiger Fälligkeit und kalenderjahresbezogener Berechnung des Urlaubsanspruchs sachgerecht auflösen.

33

3. Die Anwendung dieser Grundsätze zur Berechnung des Urlaubsanspruchs auf durch Kurzarbeit ausgefallene Arbeitstage steht mit Unionsrecht im Einklang. Weder Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG noch Art. 31 Abs. 2 GRC verlangen es, den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub unter Einbeziehung der vollständig aufgrund von Kurzarbeit ausgefallenen Arbeitstage zu berechnen und diese damit 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] Rn. 28*) unter Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. *EuGH 8. November 2012 - C-229/11 und C-230/11 - [Heimann und Toltschin] Rn. 32 ff.*) ausdrücklich festgestellt, dass Kurzarbeitszeiten, in denen das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer fortbesteht, der Arbeitnehmer aber keine tatsächliche Arbeitsleistung für die Belange seines Arbeitgebers erbringt, bei der Berechnung des Mindesturlaubsanspruchs keine Berücksichtigung finden. Der Anwendbarkeit des Pro-rata-temporis-Grundsatzes steht dabei nicht entgegen, dass die exakte Dauer der Kurzarbeit für den Arbeitnehmer nicht stets vorhersehbar ist (zB weil sich der Arbeitgeber vorbehalten hat, ihn mit einer näher bestimmten Ankündigungsfrist aus der Kurzarbeit zurückzurufen).

aa) Unter Berücksichtigung des Urlaubszwecks hat der Gerichtshof der Europäischen Union erkannt, dass der unionsrechtlich gewährleistete Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub auf der Prämisse beruht, dass der Arbeitnehmer im Laufe des Referenzzeitraums tatsächlich gearbeitet hat, und deshalb grundsätzlich anhand der Zeiträume der auf der Grundlage des Arbeitsvertrags tatsächlich geleisteten Arbeit zu berechnen ist (*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 Zeiträume erwerben, in denen er tatsächlich gearbeitet hat (vgl. *EuGH 13. Dezember 2018 - C-385/17 - [Hein] Rn. 27, 29*). Tage, an denen wegen Kurzarbeit keine Arbeitspflicht besteht, wirken sich somit auch nach dem Unionsrecht anspruchsmindernd auf die Berechnung des Urlaubsumfangs aus.

bb) Der Gerichtshof der Europäischen Union hat außerdem klargestellt, dass sich der betroffene Arbeitnehmer während der Kurzarbeit ausruhen oder Freizeitaktivitäten nachgehen kann (*EuGH 8. November 2012 - C-229/11 und C-230/11 - [Heimann und Toltschin] Rn. 29*). Dies trifft nicht nur auf strukturelle Kurzarbeit bei Übertritt in eine Transfergesellschaft (*so aber Engelmann AuR 2021, 306, 310*), sondern auch auf die - hier vorliegende - konjunkturelle Kurzarbeit zu (*vgl. Rn. 19 ff.*). 36

cc) Der Kurzarbeiter befindet sich nicht in einer mit arbeitsunfähig erkrankten Personen vergleichbaren Situation (*vgl. EuGH 8. November 2012 - C-229/11 und C-230/11 - [Heimann und Toltschin] Rn. 29*). Der Gerichtshof hält die Lage eines in Kurzarbeit befindlichen Arbeitnehmers stattdessen mit der eines Teilzeitbeschäftigten für vergleichbar („vorübergehend teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer“) und folgerichtig die Anwendung des Pro-rata-temporis-Grundsatzes bei der Berechnung dessen Urlaubsanspruchs für sachlich gerechtfertigt (*vgl. EuGH 8. November 2012 - C-229/11 und C-230/11 - [Heimann und Toltschin] Rn. 31 f.*). 37

II. Die vorstehenden Berechnungsgrundsätze gelten auch für den vertraglichen Mehrurlaub, wenn die Arbeitsvertragsparteien für die Berechnung des Urlaubsanspruchs während der Kurzarbeit keine von § 3 Abs. 1 BUrlG abweichende Vereinbarung getroffen haben. Während der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub arbeitsvertraglichen Dispositionen entzogen ist, die sich zuungunsten des Arbeitnehmers auswirken (§ 13 Abs. 1 Satz 3 BUrlG), können die Arbeitsvertragsparteien Urlaubsansprüche, die den von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG gewährleisteten und von §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG begründeten Anspruch auf Mindestjahresurlaub von vier Wochen übersteigen, frei regeln. Für einen Regelungswillen der Arbeitsvertragsparteien, dem zufolge der vertragliche Mehrurlaub abweichend von den für den gesetzlichen Mindesturlaub geltenden gesetzlichen Vorgaben berechnet werden soll, müssen allerdings deutliche Anhaltspunkte vorliegen. Fehlen solche, ist von einem diesbezüglichen Gleichlauf des gesetzlichen Urlaubsanspruchs und des Anspruchs auf den vertraglichen Mehrurlaub auszugehen (*BAG 3. Dezember 2019 - 9 AZR 33/19 - Rn. 38; vgl. zu Tarifverträgen BAG 29. September 2020 - 9 AZR 113/19 - Rn. 12 mwN*). 38

- III. Ausgehend von diesen Grundsätzen stehen der Klägerin keine weiteren 39
2,5 Arbeitstage Erholungsurlaub für das Kalenderjahr 2020 zu.
1. Der gesamte Urlaubsanspruch der Klägerin für das Jahr 2020 war nach 40
§§ 1, 3 Abs. 1, § 4 BUrlG zu bestimmen. Dies führt zu einer Anpassung des
Umfangs seines Urlaubsanspruchs an die kurzarbeitsbedingte Aufhebung der
Arbeitspflicht an ganzen Arbeitstagen. Eine von § 3 Abs. 1 BUrlG abweichende
Regelung zur Berechnung des Urlaubsanspruchs, der zufolge Tage, an denen
aufgrund von Kurzarbeit keine Arbeitspflicht bestand, Zeiten tatsächlich geleiste-
ter Arbeit gleichzusetzen sind, haben die Parteien nicht getroffen.
2. Nach den nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen Feststellungen des 41
Landesarbeitsgerichts sind für die Klägerin im Kalenderjahr 2020 allein in drei
Kalendermonaten sämtliche Arbeitstage aufgrund von Kurzarbeit vollständig aus-
gefallen. Bei einem auf einer Dreitageweche beruhenden Urlaubsanspruch von
jährlich 14 Arbeitstagen übersteigt der Urlaubsanspruch der Klägerin im Jahr
2020 deshalb nicht die von der Beklagten berechneten 11,5 Arbeitstage.
- a) Ist die Arbeitszeit im gesamten Kalenderjahr gleichmäßig auf weniger 42
oder mehr als sechs Wochentage verteilt, erfolgt die Umrechnung, indem die in
§ 3 Abs. 1 BUrlG genannten 24 Werktage durch die Zahl 6 geteilt und mit der
Anzahl der für den Arbeitnehmer maßgeblichen Arbeitstage einer Woche multi-
pliziert werden (*BAG 19. März 2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 28 mwN, BAGE 166,*
176).
- b) Ist die Arbeitszeit nicht das gesamte Kalenderjahr über gleichmäßig auf 43
weniger oder mehr als sechs Wochentage verteilt, ist für die Umrechnung der
Zeitabschnitt heranzuziehen, in dem die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit im
Durchschnitt erreicht wird. Eine kalenderjahresbezogene Berechnung ist vorzu-
nehmen, wenn sich nur so eine Gleichwertigkeit der Urlaubsdauer sicherstellen
lässt. Dementsprechend wird bei einer über das Kalenderjahr ungleichmäßigen
Verteilung der Arbeitszeit jahresbezogen die für den Arbeitnehmer maßgebliche
Anzahl der Arbeitstage mit der Anzahl der Werktage ins Verhältnis gesetzt. Auch
bei einer unterjährigen Änderung der Arbeitszeitregelung ist eine jahresbezogene

Betrachtung anzustellen, die die Anzahl der in den einzelnen Zeitabschnitten vorgesehenen Arbeitstage berücksichtigt (*BAG 19. März 2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 29 mwN, BAGE 166, 176*).

aa) Dabei geht das Bundesarbeitsgericht für die Sechstageswoche von 312 und für die Fünftageswoche von 260 möglichen Arbeitstagen im Jahr aus. Das beruht darauf, dass sich bei sechs Werktagen in 52 Wochen eine Zahl von 312 Werktagen ergibt. Diese Formel vernachlässigt bewusst, dass das Kalenderjahr nicht nur 364 Tage - ausgehend von 52 Wochen zu je sieben Tagen - hat, sondern nach § 191 BGB mit 365 Tagen zu rechnen ist. Der 365. Tag bleibt außer Betracht, weil die Berechnungsvorschrift in § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG auf 13 Wochen für ein Vierteljahr abstellt. Die Umrechnung erfolgt, indem die in § 3 Abs. 1 BUrlG genannten 24 Werktage durch die Anzahl der Arbeitstage im Jahr bei einer Sechstageswoche geteilt und mit der Anzahl der für den Arbeitnehmer maßgeblichen Arbeitstage im Jahr multipliziert werden (*BAG 19. März 2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 30 mwN, BAGE 166, 176*). 44

bb) Die danach maßgebliche Umrechnungsformel für den gesamten Urlaubsanspruch der Klägerin für das Jahr 2020 lautet vorliegend, wenn man lediglich die drei Monate ohne jedwede Arbeitspflicht (13 Wochen iSv. § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG x 3 Arbeitstage pro Woche = 39 Arbeitstage) berücksichtigt und die weiteren kurzarbeitsbedingten Arbeitsausfälle nicht einbezieht, wie folgt: 45

$$\frac{28 \text{ Werktage Urlaub} \times 117 \text{ Tage mit Arbeitspflicht (156 abzgl. 39)}}{312 \text{ Werktage}}$$

cc) Den so errechneten Urlaubsanspruch im Umfang von 10,5 Arbeitstagen stellt die Beklagte nicht in Abrede. Sie hat gegenüber der Klägerin sogar 11,5 Arbeitstage Urlaub streitlos gestellt. 46

IV. Der Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

47

Kiel

Suckow

Zimmermann

Wullhorst

Matth. Dipper