

# Landesarbeitsgericht Düsseldorf

IN NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

§§ 1, 3, 11 BUrlG; § 128a Abs. 1 ZPO, § 96 Abs. 4 SGB 3

- 1. Während der Dauer der Kurzarbeit Null muss der betreffende Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung erbringen. Da folglich keine ganzjährige Arbeitspflicht besteht, hat grundsätzlich eine jahresbezogene Umrechnung zu erfolgen.**
- 2. Für Zeiträume, in denen Arbeitnehmer aufgrund konjunktureller Kurzarbeit "Null" keine Arbeitspflicht haben, ist der jährliche Urlaubsanspruch anteilig zu kürzen.**

LAG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2021, Az.:6 Sa 824/20

### **Tenor:**

I.Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Essen vom 06.10.2020 - Az.: 1 Ca 2155/20 - wird zurückgewiesen.

II.Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

III.Die Revision wird zugelassen.

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten darüber, ob der Urlaub der Klägerin für das Jahr 2020 wegen Kurzarbeit gekürzt werden durfte.

Die Klägerin ist seit dem 01.03.2011 bei der Beklagten als Verkaufshilfe mit Baktätigkeiten gegen eine Vergütung in Höhe von 9,35 EUR brutto pro Stunde beschäftigt. Vereinbart ist eine Arbeitszeit von drei Tagen pro Woche.

Arbeitsvertraglich steht ihr ein jährlicher Urlaubsanspruch von 28 Werktagen zu.

Als Folge der Covid-19- Pandemie musste im Betrieb der Beklagten Kurzarbeit eingeführt werden. Diese wurde mit den jeweiligen Mitarbeiter/innen - u.a. der Klägerin - vereinbart. In den Monaten April und Mai 2020 wurde der Klägerin zunächst bestehender Resturlaub aus Vorjahren gewährt. Anschließend befand sie sich - in den Monaten Juni und Juli 2020 durchgehend - in Kurzarbeit "Null". In der Zeit vom 01.08.

bis zum 08.08.2020 und vom 01.09.2020 bis zum 18.09.2020 erhielt sie Urlaub. Für die Urlaubszeit ist die Klägerin einvernehmlich aus der Kurzarbeit herausgenommen worden. Im gesamten Monat Oktober 2020 galt vereinbarungsgemäß wiederum durchgehend Kurzarbeit "Null". Im November und Dezember 2020 hat sie an insgesamt fünf Tagen gearbeitet.

Mit ihrer der Beklagten am 14.09.2020 zugestellten Klage hat die Klägerin geltend gemacht, ihr stünde für das Jahr 2020 ein ungekürzter Urlaubsanspruch im Umfang von 28 Werktagen zu, was umgerechnet auf die vereinbarte 3-Tage-Woche 14 Urlaubstage ergebe. Die Kurzarbeit könne nicht zu einer Reduzierung des Urlaubsanspruchs führen. Hierfür fehle es an einer Rechtsgrundlage. Es gebe weder einen einschlägigen Tarifvertrag noch eine Betriebsvereinbarung, der eine solche Kürzung vorsehe. Nach dem Bundesurlaubsgesetz sei für die Entstehung des Urlaubsanspruchs allein auf das Bestehen des Arbeitsverhältnisses abzustellen.

Die Klägerin hat beantragt,

festzustellen, dass ihr aus dem Jahr 2020 ein restlicher Urlaubsanspruch von 14 Arbeitstagen (28 Werktagen) gegen die Beklagte zusteht.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, der Urlaubsanspruch könne für Zeiten einer Kurzarbeit "Null" gekürzt werden. Für jeden vollen Monat der Kurzarbeit sei eine Kürzung um 1/12 vorzunehmen, was monatlich 2,33 Werktagen entspreche. Zur Begründung hat die Beklagte auf einschlägige Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs verwiesen. Kurzarbeiter seien mit Teilzeitbeschäftigten vergleichbar. Die Leistungspflichten während der Kurzarbeit seien suspendiert; bei fehlender Arbeitspflicht entstünden keine Urlaubsansprüche.

Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Urteil vom 06.10.2020 - AZ: 1 Ca 2155/20 - abgewiesen. Nach dem Recht der Europäischen Union erwerbe ein Arbeitnehmer Urlaubsansprüche nur für Zeiten, in denen er tatsächlich gearbeitet habe. Das Bundesurlaubsgesetz enthalte keine für die Arbeitnehmer günstigeren Regelungen.

Gegen dieses Urteil, welches der Klägerin am 29.10.2020 zugestellt worden ist, hat sie mit einem am 26.11.2020 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit einem am 29.12.2020 eingegangenen Schriftsatz begründet.

Die Klägerin rügt, das Arbeitsgericht habe die Rechtslage falsch beurteilt. Es fehle an einer Rechtsgrundlage für die Kürzung des Urlaubsanspruchs. Ein solches Recht ergebe sich weder aus § 3 BurlG noch aus Europäischem Recht. Soweit der EuGH in Entscheidungen vom 08.11.2012 - C-229/11 und C-230/11 - entschieden habe, dass eine Urlaubskürzung bei Kurzarbeit zulässig sei, habe dies ausschließlich für den Fall gegolten, dass eine entsprechende kollektivrechtliche Regelung bestehe. Außerdem habe es sich um einen Fall der Transfer-Kurzarbeit, nicht wie vorliegend um konjunkturelle Kurzarbeit gehandelt. Jedenfalls für konjunkturelle Kurzarbeit scheidet eine Kürzungsmöglichkeit aus. So habe ein Arbeitnehmer während der konjunkturellen Kurzarbeit keine den Erholungszwecken dienende Freizeit. Die Zeit während Kurzarbeit "Null" sei nicht planbar, da der Arbeitnehmer jederzeit mit einer Wiederaufnahme der Arbeit rechnen müsse. Auch unterliege der Arbeitnehmer während der Kurzarbeit "Null" zahlreichen sanktionsbewährten Verpflichtungen gegenüber der zuständigen Agentur für Arbeit. Die Situation der Kurzarbeit sei mit dem Annahmeverzug vergleichbar, da das

Kurzarbeitergeld den Zweck habe, das wirtschaftliche Risiko des Arbeitgebers zu mildern. Außerdem ergebe sich aus § 96 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB III, dass vor der Gewährung von Kurzarbeitergeld vorrangig Urlaub zu gewähren sei. Die aktuelle politische Entscheidung, darauf zu verzichten, dürfe nicht dadurch konterkariert werden, dass den Beschäftigten der Erholungsurlaub gekürzt werde.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Essen vom 06.10.2020 - 1 Ca 2155/20 - abzuändern und festzustellen, dass der Klägerin aus dem Jahr 2020 ein restlicher Urlaubsanspruch von 2,5 Urlaubstagen (entsprechend fünf Werktagen) zusteht.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte meint, die Kürzung des Urlaubsanspruchs ergebe sich unmittelbar aus den gesetzlichen Regelungen, so dass es keiner gesonderten kollektivrechtlichen Vereinbarung bedürfe. Nach der zutreffenden Rechtsprechung des EuGH seien Kurzarbeiter mit Teilzeitbeschäftigten vergleichbar, so dass sich der Urlaubsanspruch entsprechend reduziere. Außerdem liege die Einführung von Kurzarbeit im Interesse der Arbeitnehmer, deren Arbeitsplatz erhalten bleibe. Es hätte für Arbeitgeber unzumutbare wirtschaftliche Folgen, wenn sämtliche Arbeitnehmer nach Beendigung einer - gegebenenfalls ganzjährigen - Kurzarbeit "Null" erst einmal ihren Jahresurlaub nehmen könnten.

Das Gericht hat den Parteien und ihren Bevollmächtigten mit Blick darauf, dass es in der Sache wesentlich um die Erörterung von Rechtsfragen ging sowie zur Vermeidung einer weiten Anreise in Zeiten der Pandemie durch Beschluss vom 05.02.2021 von Amts wegen gestattet, sich während der mündlichen Verhandlung an einem anderen Ort aufzuhalten und dort Verfahrenshandlungen über den von der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen zur Verfügung gestellten Virtuellen Meetingraum (VMR) vorzunehmen. Davon hat der Prozessbevollmächtigte der Beklagten Gebrauch gemacht.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die Sitzungsniederschriften beider Instanz sowie ergänzend auf sämtliche Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

A.

Die Anträge im Berufungsverfahren wurden wirksam im Rahmen einer mündlichen Verhandlung gestellt. Soweit der Prozessbevollmächtigte der Beklagten nicht persönlich im Gerichtssaal anwesend war, sondern vom Kanzleisitz aus per Video- und Tonübertragung an der Verhandlung teilgenommen hat, war dies gemäß § 128a ZPO aufgrund des gerichtlichen Beschlusses vom 05.02.2021 zulässig.

Die vereinzelt vertretene Auffassung, dass es sich bei dem "anderen Ort" i.S.v. § 128a Abs. 1 ZPO um einen Gerichtssaal bzw. einen vom Gericht zur Verfügung gestellten Raum handeln müsse (Zöller/Greger, 33. Aufl. 2020, § 128a Rn. 4), ist abwegig. Weder der Wortlaut noch die Gesetzeshistorie (vgl. BT-Drucks. 17/1224, S. 1 u.12) oder der Sinn

und Zweck des § 128a ZPO geben Anlass für eine solche Einschränkung. Mit diesem Verständnis liefe die Norm mangels relevanten Anwendungsbereichs ins Leere. Die erkennende Kammer folgt vollumfänglich den zutreffenden Ausführungen des Urteils der 12. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 13.01.2021 (12 Sa 453/20, juris, dort Rn. 76-81). Dementsprechend entspricht es auch der ganz herrschenden Meinung im Schrifttum, dass die Zuschaltung der Parteivertreter aus der Kanzlei bzw. dem Homeoffice im Einklang mit § 128a Abs. 1 ZPO stehe (MüKOZPO/Fritsche, 6. Aufl. 2020, § 128a Rn. 5; Klasen in Ory/Weth, jurisPK-ERV, Band 2, 1. Aufl., § 128a ZPO [Stand 01.09.2020] Rn. 9; Manz/Spoenle, MDR 2020, 637, 639; Stadler in Musielak/Voit, ZPO, 17. Aufl. 2020, § 128a Rn. 2; BeckOKZPO/von Selle, 39. Edition [Stand 01.12.2020], § 128a Rn. 6; Windau, AnwBl. 2021, 26, 28).

B.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, aber unbegründet.

I. Es bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Berufung. Sie ist nach Maßgabe der §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. § 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Die Berufung ist auch statthaft gemäß § 64 Abs. 1 u. Abs. 2 lit. a) ArbGG, da das Arbeitsgericht die Berufung zugelassen hat.

II. In der Sache hat die Berufung der Klägerin keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.

1. Der Feststellungsantrag der Klägerin ist zulässig. Die Voraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO liegen vor.

Im Hinblick darauf, dass Urlaub im Jahr 2020 nicht mehr genommen werden kann, ist der Antrag so zu verstehen, dass es der Klägerin um einen Anspruch auf Ersatz-Urlaub geht (vgl. BAG v. 19.03.2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 10). Das Bestehen eines (Ersatz-) Urlaubsanspruchs kann im Wege eines Feststellungsantrags geltend gemacht werden. Der Vorrang der Leistungsklage gilt insoweit nicht (vgl. wiederum BAG v. 19.03.2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 10), da eine solche nur im Zusammenhang mit einem konkreten Urlaubsantrag gestellt werden könnte. Die Klägerin hat aber ein Interesse daran, unabhängig von einem solchen Urlaubsantrag bereits vorab den Umfang des ihr zustehenden Urlaubs klären zu lassen. Das besondere Interesse an der Feststellung ergibt sich daraus, dass mit dem Antrag der zwischen den Parteien bestehende Streit über das Bestehen des Anspruchs auf restliche 2,5 (Ersatz-) Urlaubstage für 2020 abschließend geklärt werden kann.

2. Der Antrag ist aber unbegründet. Der Klägerin ist sämtlicher ihr zustehender Urlaub für das Jahr 2020 gewährt worden.

a) Selbst wenn man zugunsten der Klägerin unterstellt, dass sie in den Monaten August, September, November und Dezember 2020 jeweils anteilige Urlaubsansprüche erworben hat, so stand ihr im Jahr 2020 maximal ein Urlaubsanspruch von 11 Tagen zu.

aa) Hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen gelten die Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes auch hinsichtlich des arbeitsvertraglich vereinbarten Mehrurlaubs, wenn die Arbeitsvertragsparteien keine von diesen Regelungen abweichende Vereinbarung getroffen haben (vgl. BAG v. 03.12.2019 - 9 AZR 33/19 - Rn. 38). Der Arbeitsvertrag enthält insoweit keine eigenständigen Bestimmungen. Dass im Rahmen der Kurzarbeitsvereinbarungen Regelungen hinsichtlich des Urlaubs getroffen worden wären, hat keine der Parteien behauptet.

bb) Der Urlaubsanspruch nach den §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG setzt - dem Grunde nach - allein das Bestehen des Arbeitsverhältnisses voraus (vgl. nur BAG v. 19.03.2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 21 ff.). Er steht nicht unter der Bedingung, dass der Arbeitnehmer im Bezugszeitraum eine Arbeitsleistung erbracht hat. Weder enthält § 1 BUrlG, nach dem jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub hat, eine Ausnahmeregelung für den Fall des Ruhens des Arbeitsverhältnisses noch nimmt § 2 Satz 1 BUrlG Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis kraft Abrede der Arbeitsvertragsparteien oder aufgrund tariflicher Anordnung ruht, vom Geltungsbereich des Bundesurlaubsgesetzes aus (st. Rspr., vgl. BAG v. 19.03.2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 21 sowie BAG v. 22.01.2019 - 9 AZR 10/17 - Rn. 28 m.w.N.). Vielmehr entsteht nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses der volle Urlaubsanspruch (BAG v. 19.03.2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 22; BAG v. 22.01.2019 - 9 AZR 10/17 - Rn.29). Insoweit gilt während der Kurzarbeit nichts anderes, denn der Sinn und Zweck von Kurzarbeit liegt gerade in der Vermeidung einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

cc) Davon zu trennen ist aber die Frage, in welcher Höhe ein Urlaubsanspruch entsteht.

aaa) § 3 Abs. 1 BUrlG bestimmt die Zahl der Urlaubstage ausgehend vom Erholungszweck des gesetzlichen Mindesturlaubs in Abhängigkeit von der Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht (BAG v. 03.12.2019 - 9 AZR 33/19 - Rn. 11).

Die Vorschrift unterstellt eine an sechs Kalendertagen bestehende Arbeitspflicht und gewährleistet unter dieser Voraussetzung einen gesetzlichen Mindesturlaub von 24 Werktagen im Kalenderjahr, was umgerechnet vier Wochen entspricht. 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, vertraglich vorgesehenen Verteilung der Arbeitszeit auf die Wochentage zu ermitteln (allgemeine Meinung, vgl. nur BAG v. 03.12.2019 - 9 AZR 33/19 - Rn. 12).

Danach steht der Klägerin - was zwischen den Parteien auch nicht im Streit steht - jährlich maximal ein Urlaubsanspruch von 14 Tagen zu, da sie nur drei statt der gesetzlich vorausgesetzten sechs Werktage pro Woche arbeitet. Der Anspruch von 14 Tagen ergibt sich aus folgender Berechnung:  $28 : 6 \times 3 = 14$ .

bbb) Abzustellen ist grundsätzlich auf die für das gesamte Urlaubsjahr arbeitsvertraglich vorgesehene Verteilung der Arbeitszeit auf die Wochentage (BAG v. 03.12.2019 - 9 AZR 33/19 - Rn. 22). Wechselt die Anzahl der Arbeitstage unterjährig, ist der gesetzliche Urlaubsanspruch für das betreffende Kalenderjahr unter Berücksichtigung der einzelnen Zeiträume der Beschäftigung und der auf sie entfallenden Wochentage mit Arbeitspflicht umzurechnen. Unter Umständen muss daher die Urlaubsdauer im Kalenderjahr mehrfach berechnet werden (BAG v. 03.12.2019 - 9 AZR 33/19 - Rn. 12; BAG v. 19.03.2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 27).

Dies gilt auch, wenn für einzelne Zeiträume eine Befreiung von der Arbeitsverpflichtung, also eine Arbeitszeit von "Null" vereinbart worden ist (vgl. BAG v. 03.12.2019 - 9 AZR 33/19 - Rn. 12; BAG v. 19.03.2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 35). Diese Berechnung des Urlaubsanspruchs steht mit Unionsrecht grundsätzlich im Einklang (hierzu ausführlich BAG v. 19.03.2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 36). Der Gerichtshof der Europäischen Union hat entschieden, 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 v. 13.12.2018 - 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. 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 Arbeitsleistungen erbracht hat (vgl. EuGH v. 13.12.2018 - C-385/17 [Hein] Rn. 27).

Diese Grundsätze gelten jedoch nicht ohne Einschränkung. So kann eine andere Berechnung durch anderweitige unionsrechtliche Vorgaben, die Arbeitnehmer besser stellende (nationale) Gesetze, kollektivrechtliche oder vertragliche Vereinbarungen veranlasst sein (BAG v. 19.03.2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 37). So ist § 3 Abs. 1 BUrlG 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 v. 19.03.2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 37; BAG v. 22.01.2019 - 9 AZR 10/17 - Rn. 30). Entsprechendes gilt für Arbeitnehmerinnen, die wegen Mutterschaftsurlaubs ihre Aufgaben im Rahmen ihrer Arbeitsverhältnisse nicht erfüllen können (BAG v. 19.03.2019 - 9 AZR 406/17 - Rn. 37).

ccc) Basierend auf den oben dargestellten Grundsätzen hat die Rechtsprechung bereits für mehrere Fallgestaltungen, in denen die Arbeitspflicht suspendiert worden ist, angenommen, dass diese Zeiträume zu einer Verminderung des Urlaubsanspruchs führen. Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts für Zeiten, in denen ein unbezahlter Sonderurlaub vereinbart wird (BAG v. 19.03.2019 - 9 AZR 406/17 -). Auch für die Freistellungsphase einer Altersteilzeit im Blockmodell steht einem Arbeitnehmer kein gesetzlicher Anspruch auf Erholungsurlaub zu (BAG v. 03.12.2019 - 9 AZR 33/19 -). Das Landesarbeitsgericht Hamm hat entschieden, dass jedenfalls bei vollständiger Herabsetzung der Arbeitszeit durch Kurzarbeit "Null" im gesamten Kalenderjahr auf Grundlage eines Sozialplanes und unter Inanspruchnahme von Transferkurzarbeitergeld gem. § 111 SGB III kein Anspruch auf Urlaub entstehe (LAG Hamm v. 30.08.2017 - 5 Sa 626/17 -).

ddd) Für die hier zu beurteilende Konstellation, in denen konjunkturbedingt für ganze Kalendermonate Kurzarbeit "Null" vereinbart worden ist, gilt nichts anderes.

(1) Dass Kurzarbeit "Null" zu einer anteiligen Kürzung des Urlaubs führt, entspricht der ganz überwiegenden Auffassung im Schrifttum (Klasen/Haag, BB 2020, 2228 ff.; Bayreuther NZA 2020, 1057, 1061; Rudkowski NZA 2012, 74 ff.; Jacobs/Münder RdA 2019, 332, 347; ErfK/Gallner, 21. Auflage 2021, BUrlG § 3 Rn. 23; Düwell in Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 2016, BUrlG § 3 Rn. 31; Hohmeister in Hohmeister/Oppermann, Bundesurlaubsgesetz, 3. Auflage 2013, § 3 Rn. 76; Neumann in Neumann/Fenski/Kühn, Bundesurlaubsgesetz, 11. Auflage 2016, § 3 Rn. 48; Schinz in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 3 BUrlG Rn. 41a). Im Schrifttum wurde teilweise die gegenteilige Auffassung unter Berufung auf die damalige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Entstehen eines Urlaubsanspruchs während des Ruhens eines Arbeitsverhältnisses (vgl. zuletzt BAG v. 06.05.2014 - 9 AZR 678/12 -) vertreten (so Oppermann in Hohmeister/Oppermann, § 11 BUrlG Rn. 63). Diese Begründung dürfte allerdings mit Aufgabe der früheren Rechtsprechung durch das Bundesarbeitsgericht (Urteil v. BAG v. 19.03.2019 - 9 AZR 406/17, vgl. insbesondere Rn. 34) überholt sein. Aktuell vertritt im Wesentlichen noch der Deutsche Gewerkschaftsbund die Auffassung, eine Kürzung des Erholungsurlaubs bei konjunktureller Kurzarbeit "Null" sei unzulässig (Positionspapier des E. Bundesvorstandes v. 29.06.2020, abrufbar unter [www.dgb.de](http://www.dgb.de)).

(2) Die Kammer folgt der herrschenden Auffassung. Konjunkturelle Kurzarbeit "Null" führt wie andere Teilzeittatbestände zu einer Kürzung des Urlaubsanspruchs.

(a) Unter Kurzarbeit wird allgemein eine vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen normalen Arbeitszeit verstanden (vgl. nur Kreitner in Küttner, Personalbuch 2020, 27. Auflage 2020, Stichwort: Kurzarbeit Rn. 1). Mit der Vereinbarung einer Kurzarbeit "Null" einigen sich die Parteien auf eine vorübergehende Suspendierung der Arbeitspflicht. Während der Dauer dieser Vereinbarung muss der betreffende Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung erbringen. Da folglich keine ganzjährige Arbeitspflicht besteht, hat unter Zugrundelegung der oben dargestellten Grundsätze - ebenso wie in den von der Rechtsprechung entschiedenen Konstellationen - grundsätzlich eine jahresbezogene Umrechnung zu erfolgen.

(b) Die Kürzung des Jahresurlaubsanspruchs infolge konjunktureller Kurzarbeit ist mit Unionsrecht vereinbar.

Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass Kurzarbeiter zwar formell betrachtet einen Vollzeitarbeitsvertrag haben, sie aber als "vorübergehend teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer" anzusehen seien. Faktisch sei die Situation der Kurzarbeiter mit derjenigen von Teilzeitbeschäftigten vergleichbar, so dass für ihren Anspruch auf Jahresurlaub der in Paragraf 4 Nr. 2 der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit vorgesehene Pro-rata-temporis-Grundsatz gelte (grundlegend EuGH v. 08.11.2012 - C-229/11 und C-230/11 - [Heimann und Totschin]). Entgegen der Ansicht der Klägerin ist insoweit nicht zwischen Transferkurzarbeit und konjunktureller Kurzarbeit zu differenzieren. Vielmehr hat der EuGH seine Rechtsprechung mit Urteil vom 13.12.2018 - C-385/17 - [Hein] für einen Sachverhalt bestätigt, in welchem ein Arbeitnehmer sich bei einem fortbestehenden Arbeitsverhältnis vorübergehend für insgesamt 26 Wochen in Kurzarbeit befand.

(c) Es gibt keine gesetzlichen Normen, die einer Kürzung des Urlaubsanspruchs infolge der Vereinbarung konjunktureller Kurzarbeit entgegenstehen.

Das Bundesurlaubsgesetz enthält diesbezüglich keine Sonderregelungen. Soweit in § 11 Abs. 1 S. 3 BUrlG geregelt wird, dass Verdienstkürzungen infolge Kurzarbeit bei der Berechnung des Urlaubsentgelts außer Betracht zu haben bleiben, betrifft dies nach Überschrift, Wortlaut und Gesetzssystematik nur die Höhe der Urlaubsvergütung, nicht die davon zu trennende Frage, wie viele Urlaubstage dem Arbeitnehmer zustehen.

Auch aus § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III kann kein Rückschluss auf die Zulässigkeit der kurzarbeitsbedingten Kürzung von Urlaubsansprüchen gezogen werden. Danach gilt ein Arbeitsausfall als vermeidbar, der durch die Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub ganz oder teilweise verhindert werden kann, soweit vorrangige Urlaubswünsche der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Urlaubsgewährung nicht entgegenstehen. Vor der Bewilligung von Kurzarbeitergeld ist demnach vorrangig Urlaub einzusetzen, um Arbeitsausfälle zu überbrücken. Es handelt sich nicht um eine arbeitsrechtliche, sondern um eine sozialrechtliche Norm. Sie greift nur ein, soweit arbeitsrechtlich Urlaub erteilt werden kann (vgl. BeckOK SozR/Bieback, 59. Ed. 01.12.2020, SGB III § 96 Rn. 34). Dementsprechend lässt sich aus dieser Norm nicht ableiten, in welcher Höhe ein Urlaubsanspruch besteht. § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III läuft bei einer Kürzung des jährlichen Urlaubsanspruchs infolge Kurzarbeit "Null" auch nicht etwa ins Leere, denn der vor Beginn der Kurzarbeit anteilig erworbene Urlaubsanspruch bleibt dem Arbeitnehmer erhalten und kann unter den Voraussetzungen des § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III vorrangig eingebracht werden.

(d) Auch die sonstigen von der Klägerin vorgebrachten - im Wesentlichen dem Positionspapier des E. entnommenen - Argumente vermögen nicht zu überzeugen.

Soweit sie darauf verweist, dass Kurzarbeit keine planbare Freizeit beinhalte, ist dies unerheblich. Hierauf käme es nur an, wenn man die Kurzarbeit - vergleichbar etwa einer einseitigen unwiderruflichen Freistellung - als Erfüllung des Urlaubsanspruchs sehen würde. Das ist aber nicht der Fall. Vielmehr führt die Kurzarbeit "Null" dazu, dass für die entsprechende Zeit gar kein Urlaubsanspruch entsteht. Für die Frage der Entstehung des Urlaubsanspruchs kommt es aber allein auf die Arbeitspflicht, nicht auf die Frage der Erholung an. Aus diesem Grund ist es weder von Relevanz, ob die Freizeit trotz einer möglichen vorzeitigen Beendigung der Kurzarbeit planbar ist, noch ob Arbeitnehmer in der Zwischenzeit Auflagen der zuständigen Agentur für Arbeit zu erfüllen haben.

Anders als die Klägerin meint, ist Kurzarbeit auch nicht mit Annahmeverzug vergleichbar. Dem steht schon entgegen, dass im Annahmeverzug eine Arbeitsverpflichtung besteht, der Arbeitgeber die Dienste aber einseitig nicht in Anspruch nimmt. Demgegenüber beruht Kurzarbeit auf einer beide Parteien bindenden Vereinbarung.

Die Annahme der Klägerin, Kurzarbeit erfolge allein im Interesse der Arbeitgeberin, ist falsch. Der Zweck des Kurzarbeitergeldes gemäß § 95 SGB III und damit der Kurzarbeit ist es vielmehr, Arbeitsplätze zu erhalten und Arbeitslosigkeit zu vermeiden (vgl. etwa BeckOK SozR/Bieback, SGB III § 95 Rn. 2; Voelzke in Küttner, Personalbuch 2020, Stichwort: Kurzarbeit Rn. 28). Kurzarbeit dient damit - wenngleich von den Arbeitnehmern oftmals anders wahrgenommen - in erster Linie den Beschäftigten. Die Alternative zur Kurzarbeit wäre oftmals die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und damit eine Arbeitslosigkeit.

Auch führt die Kürzung des Urlaubsanspruchs nicht etwa zu Wertungswidersprüchen, weil sich Kurzarbeiter für eine etwaige Arbeitsaufforderung bereithalten müssen, während Arbeitslose gemäß den fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit grundsätzlich 21 Kalendertage pro Jahr berechtigt sind, unter Fortzahlung des Arbeitslosengeldes ortsabwesend zu sein. Zum einen wird Arbeitslosen mit dieser Genehmigung kein "Urlaub" im rechtlichen Sinne gewährt. Zum anderen kann einem sich in Kurzarbeit befindlichen Arbeitnehmer ohnehin kein Urlaub gewährt werden, weil keine Arbeitspflicht besteht (vgl. BAG v. 16.12.2008 - 9 AZR 164/08 -). Eine Urlaubsgewährung ist nur möglich, wenn - wie vorliegend für die Zeit vom 01.08. bis zum 08.08. und vom 01.09. bis zum 18.09.2020 geschehen - eine Unterbrechung der Kurzarbeit vereinbart wird. Insoweit ist die Beklagte - das sei am Rande angemerkt - der Klägerin ohnehin schon überobligatorisch entgegengekommen.

eee) Der Jahresurlaub der Klägerin für das Jahr 2020 ist damit nach folgender Formel zu berechnen (vgl. BAG v. 19.03.2019 - 9 AZR 406/17 - Rn.31):

28 Werktage Urlaub x Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht  
312 Werktage

Nimmt man zugunsten der Klägerin ausschließlich für die Monate Juni, Juli und Oktober 2020 eine Kürzung vor, so ergibt sich nachstehende Berechnung:

In jedem Monat hat die Klägerin 13 Arbeitstage (3x 4,33 = 12,99). Für neun verbleibende Monate ergäben sich demnach 117 Arbeitstage.

$28 \times 117 : 312 = 10,5$ . Rundet man dies gemäß § 5 Abs. 2 BurlG auf, so verbleiben 11 Urlaubstage.

b) Die der Klägerin für das Jahr 2020 maximal zustehenden 11 Urlaubstage sind von der Beklagten durch den Urlaub in der Zeit vom 01.08. bis zum 08.08.2020 sowie vom 01.09. bis zum 18.09.2020 unstrittig gewährt worden.

C.

I. Gemäß § 97 Abs.1 ZPO hat die Klägerin die Kosten des ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels zu tragen.

II. Die Kammer hat die Revision wegen der grundsätzlichen Bedeutung einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage zugelassen (§ 72 Abs. 2 Nr.1 ArbGG).