

# Schwerpunktbereichsklausur im Arbeits- und Sozialrecht: Kündigung, Krise und Kurzarbeit

Von Ass. iur. **Christiane Waschke**, München\*

*Der erste Teil dieser studienabschließenden Prüfung behandelt neben einigen altbekannten „Klassikern“ auch eine Vielzahl von aktuellen Problemen, die sich bei einer (außerordentlichen) Kündigung ergeben können. Zusätzlich werden sozialrechtliche Aspekte, die bei der Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers zu beachten sind, abgeprüft. Der zweite Teil der Schwerpunktklausur beschäftigt sich mit der Einführung von Kurzarbeit und dem Anspruch auf Kurzarbeitergeld während der COVID-19-Pandemie.*

## Ausgangsfall

Katharina Karotte (K) betreibt den Bio-Supermarkt „Karottenkönigin“ mit 50 Beschäftigten in der Münchner Innenstadt. Es bestehen ein Betriebsrat sowie eine Schwerbehindertenvertretung. Dennis Dattel (D) arbeitet seit vielen Jahren als Verkäufer in der Gemüseabteilung der „Karottenkönigin“. Bei ihm liegt ein Grad der Behinderung von 60 vor.

Am 1.7.2021 veröffentlicht D das Bild eines vor der „Karottenkönigin“ geparkten SUVs und schreibt dazu folgenden Eintrag in seine Facebook-Chronik: „Vorne rum einen auf bio machen und hinten rum ne fette Karre fahren und die Umwelt verpesten. Typisch Chefin. So ne dumme, verlogene Heuchlerin!!! Lasst euch nicht für blöd verkaufen...geht lieber wo anders hin!!!!“.

Am 2.8.2021 wird K von einer verärgerten Kundin auf Ds Facebook-Eintrag aufmerksam gemacht. K ist entsetzt und fürchtet um ihren Ruf bei Kunden und Geschäftspartnern. Sollten weitere Kunden oder ihre Geschäftspartner den Eintrag sehen, könnte es sein, dass sie nicht mehr bei K einkaufen bzw. Verträge mit ihr abschließen wollen. Außerdem ärgert sich K sehr über D. Ihre Arbeitnehmer gehe es nichts an, wie sie ihre Geschäfte führe und welches Auto sie fahre. Dass D sie im Internet so bloßstelle und dazu auch noch beschimpfe, hält K für unerträglich. Auch D wird von der verärgerten Kundin auf den Eintrag angesprochen und löscht diesen daraufhin noch am 2.8.2021 aus seiner Facebook-Chronik.

Am 3.8.2021 unterrichtet K die Schwerbehindertenvertretung und den Betriebsrat darüber, dass sie beabsichtige, den D außerordentlich zu kündigen. Sie ruft hierfür bei der Vertrauensperson der Schwerbehindertenvertretung Nina Nektarine (N) und bei dem Betriebsratsvorsitzenden Timo Tomate (T) an. K teilt N und T jeweils ausführlich und umfassend den Sachverhalt, die Kündigungsgründe und die Sozialdaten des D mit. Sie weist darauf hin, dass es sich um eine außerordentliche Kündigung handelt und bittet beide um Stellungnahme. Die für den 4.8.2021 angesetzte Betriebsratssitzung findet als Videokonferenz statt. Dabei ist sichergestellt, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können.

---

\* Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR), Lehrstuhl für Sozialrecht, Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht (Prof. Dr. Richard Giesen), Ludwig-Maximilians-Universität München.

nen. Alle Betriebsratsmitglieder sind mit Bild und Ton zugeschaltet und fassen mehrheitlich den Beschluss, der außerordentlichen Kündigung des D zuzustimmen. Noch am selben Tag teilt T der K telefonisch mit, dass der Betriebsrat mit der außerordentlichen Kündigung des D einverstanden sei.

Als K auch am 9.8.2021 noch keine Rückmeldung von N erhalten hat, beantragt sie schriftlich die Zustimmung des zuständigen Integrationsamtes zur außerordentlichen Kündigung des D. Mit Bescheid vom 17.8.2021, welcher der K am 18.8.2021 zugeht, erteilt das Integrationsamt die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung. Am 19.8.2021 informiert K die Schwerbehindertenvertretung, dass sie sich dazu entschieden habe, D außerordentlich zu kündigen. Mit Schreiben vom 20.8.2021, welches D am 21.8.2021 zugeht, erklärt K gegenüber D die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

D möchte sich diese Kündigung nicht gefallen lassen. Es könne ja wohl nicht sein, dass K ihn wegen einer solchen Kleinigkeit sofort rauswerfe. Was er im Internet verbreite, sei seine Privatangelegenheit. Es sei doch total normal, im Internet Dinge auch mal überspitzt darzustellen und bei der Wortwahl nicht so zimperlich zu sein. Die Kündigung sei außerdem viel zu spät und ohne ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung erfolgt. Am 30.8.2021 erhebt D beim Arbeitsgericht München Kündigungsschutzklage.

## Frage 1

Hat die zulässige Klage des D Aussicht auf Erfolg?

## Bearbeitungsvermerk

Ds Facebook-Profil und seine Einträge sind „öffentlich“ sichtbar. Es können also alle Internetnutzer, einschließlich Personen ohne Facebook-Account, auf sein Profil zugreifen, die Informationen einsehen und die Einträge lesen. D ist auf seinem Profilbild eindeutig zu erkennen. Als Profilenames hat er „Dennis Dattel“ und als Arbeitgeberin die „Karottenkönigin“ angegeben.

## Fallfortsetzung

Die Corona-Krise trifft die „Karottenkönigin“ hart. Die Homeoffice-Pflicht und insbesondere die „2G“-Regelung für die Gastronomie führen dazu, dass deutlich weniger Kunden den „Bio Business Lunch“ im Supermarkt-Restaurant in Anspruch nehmen. Um auf den vorübergehend geringen Bedarf an Personal reagieren zu können, schließt K mit dem Betriebsrat eine schriftliche Betriebsvereinbarung über die Einführung von Kurzarbeit. K zeigt den Arbeitsausfall bei der Agentur für Arbeit München ordnungsgemäß an und macht glaubhaft, dass ein erheblicher Arbeitsausfall besteht und die betrieblichen Voraussetzungen für das Kurzarbeitergeld erfüllt sind. Nachdem jeglicher Resturlaub aufgebraucht und alle Überstunden abgebaut sind, ordnet K am 29.10.2021 entsprechend

den Festlegungen in der Betriebsvereinbarung für die Zeit vom 1.12.2021 bis zum 31.1.2022 für die im Supermarkt-Restaurant beschäftigten Arbeitnehmer (insgesamt zehn der 50 Beschäftigten) Kurzarbeit an. Wie in der Betriebsvereinbarung bestimmt, wird die Arbeitszeit von Montag bis Donnerstag von 10:00 bis 18:00 Uhr auf 11:00 bis 16:00 Uhr reduziert. Die Arbeitszeit am Freitag von 10:00 bis 17:00 Uhr entfällt vollständig. Das Supermarkt-Restaurant öffnet im Dezember 2021 und Januar 2022 freitags nicht. Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit wird damit von 40 auf 20 Stunden reduziert, was mit einem Entgeltausfall i.H.v. 50 % des monatlichen Bruttoentgelts einhergeht.

Der an der Essensausgabe tätige Arthur Ananas (A) möchte zwar weiterhin für K arbeiten, diese Kürzung will er sich aber nicht bieten lassen. In seinem Arbeitsvertrag befindet sich keine Klausel, wonach ihn K einfach so in Kurzarbeit schicken dürfe. Es könne ja wohl nicht sein, dass seine Arbeitgeberin und der Betriebsrat so etwas über seinen Kopf hinweg entscheiden dürften. A erklärt gegenüber K, dass er die volle Arbeitszeit leisten und dafür auch die volle Vergütung erhalten wolle; K will davon nichts wissen. A fragt, ob ihm für Dezember 2021 und Januar 2022 die volle oder eine der Kurzarbeitsanordnung entsprechende, reduzierte Vergütung zusteht. Für den Fall, dass die Anordnung der Kurzarbeit rechtmäßig ist und ihm nur ein reduzierter Vergütungsanspruch zusteht, möchte A wissen, ob er Anspruch auf Kurzarbeitergeld hat. Ihn interessiert auch, in welcher Höhe das Kurzarbeitergeld geleistet wird.

## Frage 2

Prüfen Sie die Fragen des A gutachtlich.

## Bearbeitungsvermerk

Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen, notfalls hilfsgutachtlich, einzugehen.

A ist unverheiratet und kinderlos. Sein reguläres monatliches Bruttoentgelt beträgt 3.000 €. Sein monatliches Bruttoentgelt während der Kurzarbeit würde bei Kürzung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 40 auf 20 Stunden 1.500 € betragen. As reguläres pauschaliertes Nettoentgelt beträgt 2.000 €. Sein pauschalisiertes Nettoentgelt würde bei der genannten Kürzung während der Kurzarbeit 1.000 € betragen.

## Gliederung

### Ausgangsfall

- I. Kündigungserklärung
- II. Keine materielle Präklusion, §§ 4 S. 1, 7 Hs. 1 KSchG i.V.m. § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG
- III. Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung, § 178 Abs. 2 S. 1 Hs.1 SGB IX
- IV. Anhörung des Betriebsrats, § 102 BetrVG
- V. Zustimmung Integrationsamt, § 168 SGB IX
- VI. Mitteilung der Kündigungsentscheidung an die Schwerbehindertenvertretung

VII. Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung, § 626 BGB

1. Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist, § 626 Abs. 2 BGB
2. Vorliegen eines wichtigen Grundes, § 626 Abs. 1 BGB

VIII. Umdeutung, § 140 BGB

1. Wirksamkeit der Kündigung als ordentliche Kündigung
2. Keine Umdeutungsmöglichkeit

IX. Gesamtergebnis zu Frage 1

## Fallfortsetzung

I. Anspruch auf Vergütung, § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. Arbeitsvertrag

1. Arbeitsvertrag
2. Reduzierung der Arbeitsvertragspflichten aufgrund der Kurzarbeitsanordnung

II. Anspruch auf Kurzarbeitergeld

1. Erheblicher Arbeitsausfall, §§ 95 S. 1 Nr. 1 SGB III
2. Betriebliche Voraussetzungen, § 95 S. 1 Nr. 2 SGB III
3. Persönliche Voraussetzungen, § 95 S. 1 Nr. 3 SGB III
4. Anzeige des Arbeitsausfalls, § 95 S.1 Nr. 4 SGB III
5. Zwischenergebnis

III. Höhe Kurzarbeitergeld

IV. Gesamtergebnis zu Frage 2

## Lösungsvorschlag

### Ausgangsfall

Die zulässige Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie begründet ist. Die Klage ist begründet, wenn die von K am 20.8.2021 ausgesprochene außerordentliche Kündigung unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis zwischen K und D daher nicht aufgelöst hat.

### I. Kündigungserklärung

Die Kündigung wurde von K als kündigungsberechtigter Person in Schriftform gem. § 623 BGB erklärt. Das Kündigungsschreiben ist D als Adressat auch zugegangen, § 130 Abs. 1 BGB. Eine wirksame Kündigungserklärung liegt damit vor.

### II. Keine materielle Präklusion, § 4 S. 1, 7 Hs. 1 KSchG i.V.m. § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG

Die Klage müsste rechtzeitig, also innerhalb der Dreiwochenfrist des § 4 S. 1 KSchG erhoben worden sein. Andernfalls wird die Kündigung gem. § 7 Hs. 1 KSchG i.V.m. § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG als von Anfang an rechtswirksam behandelt.

Das Kündigungsschreiben ist D am 21.8.2021 zugegangen. Gem. § 187 Abs. 1 BGB, § 222 ZPO i.V.m. § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG begann die Dreiwochenfrist am 22.8.2021 zu laufen und endete gem. §§ 188 Abs. 2, 193 BGB, § 222 ZPO i.V.m. § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG am 13.9.2021.<sup>1</sup> Die Klage wurde von

<sup>1</sup> Zur Fristberechnung siehe *Hesse*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt*, *Kündigungsrecht*, 6. Aufl. 2021, KSchG § 4 Rn. 89 ff.; *Kiel*,

D bereits am 30.8.2021 und damit innerhalb der Frist beim Arbeitsgericht München erhoben.

### III. Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung, § 178 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 SGB IX

D ist der Auffassung, die Schwerbehindertenvertretung sei nicht ordnungsgemäß beteiligt worden. Bei D liegt ein Grad der Behinderung von 60 und damit gem. § 2 Abs. 2 SGB IX eine Schwerbehinderteneigenschaft vor. Nach § 178 Abs. 2 S. 3 SGB IX ist eine ohne Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ausgesprochene Kündigung unwirksam. Eine ordnungsgemäße Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung setzt gem. § 178 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 SGB IX eine unverzügliche und umfassende Unterrichtung sowie eine Anhörung<sup>2</sup> vor der Kündigungsentscheidung voraus.<sup>3</sup> K hat die Schwerbehindertenvertretung am nächsten Tag, und damit sowohl vor der endgültigen Kündigungsentscheidung als auch unverzüglich<sup>4</sup> unterrichtet. Indem K ausführlich und vollumfänglich den Sachverhalt, die Kündigungsgründe und die Sozialdaten des D mitgeteilt hat, erfolgte die Unterrichtung auch umfassend.<sup>5</sup>

in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl. 2022, KSchG § 4 Rn. 21 ff.

<sup>2</sup> Die Anhörung kann sowohl mündlich als auch schriftlich erfolgen, *Baeck/Winzer/Abend*, NZG 2017, 651 (652).

<sup>3</sup> *Schnelle*, NZA 2017, 880 (881).

<sup>4</sup> *Brose*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Sozialrecht, Stand: 1.6.2021, SGB IX § 178 Rn. 28; *Rolfs*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl. 2022, SGB IX § 178 Rn. 9.

<sup>5</sup> Vertiefung/Exkurs: Es bestanden Unklarheiten darüber, wie umfangreich der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung zu unterrichten habe. Teilweise wurde vertreten, die Schwerbehindertenvertretung müsse lediglich in die Lage versetzt werden, überprüfen zu können, ob die Kündigung im Zusammenhang mit der Schwerbehinderung des betroffenen Arbeitnehmers stehe. Umstände, die in keinem Zusammenhang stehen, brauche der Arbeitgeber nicht mitzuteilen. Die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung diene der Überprüfung der behindertenspezifischen Besonderheiten, nicht der Wirksamkeitskontrolle der Kündigung an sich. Die Anforderungen an die Unterrichtungspflicht der Schwerbehindertenvertretung reichten deshalb nicht so weit wie die Anforderungen an die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG, *Baeck/Winzer/Abend*, NZG 2017, 651 (652); *Bayreuther*, NZA 2017, 87 (89); *Lingemann/Steinhauser*, NJW 2017, 1369 (1370); *Schmitt*, BB 2017, 2293 (2296). Dem trat das BAG entgegen. Aufgabe der Schwerbehindertenvertretung sei es, die Interessen von schwerbehinderten Menschen umfassend zu vertreten. Sie könne deshalb auch „nicht behinderungsspezifische“ Einwände gegen die beabsichtigte Kündigung erheben. Die Schwerbehindertenvertretung müsse selbst beurteilen können, ob sie einen Bezug der Kündigung zur Behinderung des Arbeitnehmers für gegeben erachte. Eine Reduzierung des Unterrichtsinhalts auf schwerbehindertenspezifische Kündigungsbezüge dürfe deshalb nicht stattfinden. Der notwendige Inhalt der Unterrichtung bleibe nicht hinter dem für die Anhörung des Betriebsrats zurück. Der Arbeitgeber müs-

se auch der Schwerbehindertenvertretung „die Gründe für die Kündigung“ i.S.v. § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG mitteilen, BAG NZA 2019, 305 (306 Rn. 21 m.w.N.); *Vossen*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, SGB IX § 168 Rn. 29f; kritisch *Zöllner*, SAE 2019, 139 (143).

<sup>6</sup> BAG NZA 2019, 305 (307 Rn. 20).

<sup>7</sup> *Bayreuther*, NZA 2017, 87 (89).

<sup>8</sup> *Bayreuther*, NZA 2017, 87 (90).

<sup>9</sup> *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, Einl. Rn. 48.

<sup>10</sup> BAG NZA 2019, 305 (306 Rn. 23); *Bayreuther*, NZA 2017, 87 (90); *Schmitt*, BB 2017, 2293 (2297) mit Verweis auf BT-Drs. 18/10523, S. 67.

<sup>11</sup> Es sei kein sachlicher Grund ersichtlich, der Schwerbehindertenvertretung ein zeitlich weitreichenderes Mitbestimmungsrecht einzuräumen als dem Betriebsrat, *Baeck/Winzer/Abend*, NZG 2017, 651 (652); *Bayreuther*, NZA 2017, 87 (89 f.); *Schmitt*, BB 2017, 2293 (2297).

<sup>12</sup> BAG NZA 2019, 305 (306 Rn. 23); *Baeck/Winzer/Abend*, NZG 2017, 651 (652); *Bayreuther*, NZA 2017, 87 (90); *Benkert*, NJW-Spezial 2017, 370 (370); *Klein*, NJW 2017, 852 (855); *Schmitt*, BB 2017, 2293 (2297); *Schnelle*, NZA 2017, 880 (882).

<sup>13</sup> *Schnelle*, NZA 2017, 880 (882); einer ausdrücklichen Fristsetzung durch den Arbeitgeber bedarf es nicht, BAG NZA

se auch der Schwerbehindertenvertretung „die Gründe für die Kündigung“ i.S.v. § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG mitteilen, BAG NZA 2019, 305 (306 Rn. 21 m.w.N.); *Vossen*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, SGB IX § 168 Rn. 29f; kritisch *Zöllner*, SAE 2019, 139 (143).

<sup>6</sup> BAG NZA 2019, 305 (307 Rn. 20).

<sup>7</sup> *Bayreuther*, NZA 2017, 87 (89).

<sup>8</sup> *Bayreuther*, NZA 2017, 87 (90).

<sup>9</sup> *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, Einl. Rn. 48.

<sup>10</sup> BAG NZA 2019, 305 (306 Rn. 23); *Bayreuther*, NZA 2017, 87 (90); *Schmitt*, BB 2017, 2293 (2297) mit Verweis auf BT-Drs. 18/10523, S. 67.

<sup>11</sup> Es sei kein sachlicher Grund ersichtlich, der Schwerbehindertenvertretung ein zeitlich weitreichenderes Mitbestimmungsrecht einzuräumen als dem Betriebsrat, *Baeck/Winzer/Abend*, NZG 2017, 651 (652); *Bayreuther*, NZA 2017, 87 (89 f.); *Schmitt*, BB 2017, 2293 (2297).

<sup>12</sup> BAG NZA 2019, 305 (306 Rn. 23); *Baeck/Winzer/Abend*, NZG 2017, 651 (652); *Bayreuther*, NZA 2017, 87 (90); *Benkert*, NJW-Spezial 2017, 370 (370); *Klein*, NJW 2017, 852 (855); *Schmitt*, BB 2017, 2293 (2297); *Schnelle*, NZA 2017, 880 (882).

<sup>13</sup> *Schnelle*, NZA 2017, 880 (882); einer ausdrücklichen Fristsetzung durch den Arbeitgeber bedarf es nicht, BAG NZA

Das Anhörungsverfahren ist demgemäß beendet, wenn diese Frist abgelaufen ist oder eine das Verfahren abschließende Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung vorliegt.<sup>14</sup> Da es an einer solchen Stellungnahme fehlt, kommt es darauf an, ob die Frist zur Anhörung zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung bereits abgelaufen war. Für die Fristberechnung gelten §§ 187 ff. BGB. Gem. § 187 Abs. 1 BGB begann die Frist am 4.8.2021 zu laufen und endete gem. § 188 Abs. 2 BGB am 6.8.2021. Damit war die Frist am 20.8.2021 bereits abgelaufen und das Anhörungsverfahren beendet. Eine ordnungsgemäße Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung liegt vor.

#### IV. Anhörung des Betriebsrats, § 102 BetrVG

Auch der Betriebsrat müsste ordnungsgemäß nach § 102 Abs. 1 BetrVG beteiligt worden sein.

Dies setzt voraus, dass K dem Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung<sup>15</sup> die Gründe für die Kündigung mitgeteilt hat, § 102 Abs. 1 S. 1, S. 2 BetrVG. Indem K den T am 3.8.2021 angerufen und ihn ausführlich und umfassend über den Sachverhalt, die Sozialdaten des D sowie die Art der Kündigung informiert und T zur Stellungnahme aufgefordert hat, hat sie die Anforderungen an die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers erfüllt.<sup>16</sup> K durfte T die Kündigungsgründe auch telefonisch durchgeben. Für die Einleitung des Anhörungsverfahrens besteht kein Schriftformerfordernis.<sup>17</sup> T ist als Betriebsratsvorsitzender zur Entgegennahme der Mitteilung der K berechtigt, § 26 Abs. 2 S. 2 BetrVG.<sup>18</sup>

Der Betriebsrat hat der außerordentlichen Kündigung des D am 4.8.2021 und damit innerhalb der Dreitagesfrist des § 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG zugestimmt.<sup>19</sup> Diese, das Beteiligungsverfahren abschließende Stellungnahme darf der Betriebsratsvorsitzende auch mündlich abgeben, wenn der Betriebsrat der Kündigung vorbehaltlos zustimmt. Das Schriftformerfordernis des § 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG findet nur bei der Geltendmachung von „Bedenken“ Anwendung.<sup>20</sup>

Problematisch könnte sein, dass der Zustimmungsbeschluss im Rahmen einer virtuell stattfindenden Betriebsratssitzung gefasst wurde. Gem. § 30 Abs. 1 S. 5 BetrVG sind Betriebsratssitzungen in Präsenz abzuhalten und Beschlüsse gem. § 33 Abs. 1 S. 1 BetrVG durch die Mehrheit der Stimmen der anwesenden Mitglieder zu fassen.

2019, 305 (306 Rn. 23); bezüglich der Einzelheiten und der Fristberechnung gelten die zu § 102 Abs. 2 BetrVG herausgearbeiteten Grundsätze entsprechend, *Bayreuther*, NZA 2017, 87 (90).

<sup>14</sup> BAG NZA 2019, 305 (308 Rn. 24).

<sup>15</sup> *Koch*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht*, 6. Aufl. 2021, BetrVG § 102 Rn. 61.

<sup>16</sup> Zum Inhalt der Mitteilung siehe ausführlich *Koch* (Fn. 15), BetrVG § 102 Rn. 86 ff.

<sup>17</sup> *Koch* (Fn. 15), BetrVG § 102 Rn. 68.

<sup>18</sup> *Koch* (Fn. 15), BetrVG § 102 Rn. 77.

<sup>19</sup> Zur Fristberechnung siehe *Koch* (Fn. 15), BetrVG § 102 Rn. 130; *Kania*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 22. Aufl. 2022, BetrVG § 102 Rn. 11.

<sup>20</sup> *Kania* (Fn. 19), BetrVG § 102 Rn. 10.

Unter den Voraussetzungen des § 30 Abs. 2 S. 2 BetrVG kann die Teilnahme an den Betriebsratssitzungen aber auch mittels Video- und Telefonkonferenz erfolgen. Gem. § 33 Abs. 1 S. 2 BetrVG gelten Betriebsratsmitglieder, die mittels Video- und Telefonkonferenz an der Beschlussfassung teilnehmen, als anwesend.<sup>21</sup>

Es ist davon auszugehen, dass die Voraussetzungen des § 30 Abs. 2 S. 2 BetrVG eingehalten und damit kein Mangel im Anhörungsverfahren vorliegt. Der Betriebsrat wurde ordnungsgemäß beteiligt.

#### V. Zustimmung Integrationsamt, § 168 SGB IX

Schließlich<sup>22</sup> müsste K gem. §§ 168, 174 Abs. 1 SGB IX die Zustimmung zur Kündigung beim Integrationsamt eingeholt

<sup>21</sup> Vertiefung/Exkurs: Bereits vor Beginn der Corona-Krise wurde der h.M., wonach Betriebsratssitzungen und Beschlussfassungen wegen der Missbrauchsgefahr und der Möglichkeit des Verstoßes gegen das Gebot der Nichtöffentlichkeit nicht mittels Videokonferenz abgehalten werden dürfen (*Jesgarzewski/Holzendorf*, NZA 2012, 1021; *Koch*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 17. Aufl. 2017, BetrVG § 33 Rn. 3; *Raab*, in: *Wiese/Kreutz/Oetker, Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, 11. Aufl. 2018, Bd. 1, § 33 Rn. 12; *Thüsing*, in: *Richardi, Betriebsverfassungsgesetz*, 16. Aufl. 2018, § 33 Rn. 3; *Wedde*, in: *Däubler/Klebe/Wedde, Kommentar zum BetrVG*, 17. Aufl. 2019, § 33 Rn. 11; differenzierend: *Fitting*, in: *Fitting, Betriebsverfassungsgesetz*, 29. Aufl. 2018, § 33 Rn. 21) von Teilen der Lit. entgegengetreten (*Butz/Pleul*, AuA 2011, 213 [214]; *Fündling/Sorber*, NZA 2017, 552 [555]; *Stück/Wein*, AuA 2007, 345 [348]). Mit Ausbruch der COVID-19-Pandemie wurden die kritischen Stimmen lauter, die eine Pflicht zur Abhaltung von Betriebsratssitzungen in physischer Anwesenheit der Beteiligten vor Ort für veraltet hielten und eine Neuregelung forderten. Es könne nicht sein, dass in Zeiten, in denen zum Schutze der Gesundheit Dienstreisen abgesagt und Arbeit ins Home-Office verlegt wird, Betriebsräte durch ganz Deutschland reisen müssen, um beschlussfähig zu bleiben (*Beden/Rombey*, BB 2020, 1141; *Fuhlrott/Fischer*, NZA 2020, 345 [349]; *Grimm*, ArbRB 2020, 129). Der Gesetzgeber reagierte auf die (berechtigte) Kritik und führte Sonderregelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie ein (BGBl. I 2020, S. 1044 [Nr. 24 v. 28.5.2020]). Die Übergangsregelung des § 129 BetrVG n.F. ermöglichte Betriebsräten, Beschlüsse rückwirkend ab dem 1.3.2020 bis zum 31.12.2020 auch via Video- und Telefonkonferenz zu fassen und virtuelle Betriebsversammlungen abzuhalten. Dadurch sollten die mit Infektionsrisiken verbundenen Präsenzsitzungen vermieden und gleichzeitig die Handlungs- und Beschlussfähigkeit des Betriebsrats sichergestellt werden (*Klump/Holler*, BB 2020, 1268; *Stück*, CCZ 2020, 205 [207]). Mit in Kraft treten des Betriebsrätemodernisierungsgesetzes am 18.6.2021 wurde die Regelung dauerhaft in den neu gefassten §§ 30, 33 BetrVG verankert (BGBl. I 2021, S. 1762 [Nr. 32 v. 17.6.2021]).

<sup>22</sup> Es ist keine Reihenfolge vorgeschrieben, in der Schwerbehindertenvertretung, Betriebsrat und Integrationsamt beteiligt werden müssen. Sowohl § 178 Abs. 2 S. 1 SGB IX als auch

haben. Eine ohne vorherige Zustimmung ausgesprochene Kündigung ist nichtig.<sup>23</sup>

Gem. § 174 Abs. 2 SGB IX muss die Zustimmung innerhalb von zwei Wochen ab dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt,<sup>24</sup> beantragt werden. K sieht den Eintrag in Ds Facebook-Chronik am 2.8.2021. Damit begann die Frist gem. § 187 Abs. 1 BGB am 3.8.2021 zu laufen und endete gem. § 188 Abs. 2 BGB am 16.8.2021. Die Beantragung der Zustimmung erfolgte bereits am 9.8.2021 und damit innerhalb der Zweiwochenfrist.

Auch dem Integrationsamt steht gem. § 174 Abs. 3 SGB IX eine Zweiwochenfrist zur Erteilung der Zustimmung zu. Die Frist beginnt mit der Antragstellung zu laufen.<sup>25</sup> K hat die Zustimmung am 9.8.2021 beantragt. Die Frist begann gem. § 187 Abs. 1 BGB am 10.8.2021 zu laufen und endete gem. § 188 Abs. 2 BGB am 23.8.2021. Das Integrationsamt hat seine Entscheidung<sup>26</sup> spätestens am 17.8.2021 und damit fristgerecht getroffen.<sup>27</sup>

§ 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG und § 168 SGB IX legen nur fest, dass die Anhörung bzw. Zustimmung vor der Entscheidung, also vor Ausspruch der Kündigung, erfolgen bzw. eingeholt werden muss. Die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung kann folglich sowohl vor, gleichzeitig als auch nach der Anhörung des Betriebsrats erfolgen. Die Schwerbehindertenvertretung muss nicht zwingend vor der Beteiligung des Integrationsamtes angehört werden. Ihre Anhörung kann vor, während oder nach dem Zustimmungsverfahren nach §§ 168 ff. SGB IX erfolgen. Auch der Betriebsrat kann vor oder gleichzeitig mit Einleitung des Zustimmungsverfahrens oder nach der Entscheidung des Integrationsamtes angehört werden; BAG NZA 2019, 305 (307 Rn. 19); LAG Baden-Württemberg BeckRS 2019, 39361 Rn. 90; Mühlmann, NZA 2017, 884 (885 f.); Zimmermann, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2021, § 198 Rn. 143 f.; Zöllner, SAE 2019, 139 (142 f.).

<sup>23</sup> *Gutzeit*, in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, Stand: 1.6.2021, SGB IX § 168 Rn. 32; *Rolfs* (Fn. 4), SGB IX § 168 Rn. 13; *Vossen* (Fn. 5), SGB IX § 168 Rn. 32.

<sup>24</sup> § 174 Abs. 2 SGB IX ist § 626 Abs. 2 BGB nachgebildet. Es gelten dieselben Erwägungen für die Kenntniserlangung des Kündigungsgrunds, *Rolfs* (Fn. 4), SGB IX § 174 Rn. 3; *Vossen* (Fn. 5), SGB IX § 174 Rn. 7 f. m.w.N.

<sup>25</sup> *Gutzeit* (Fn. 23), SGB IX § 174 Rn. 9.

<sup>26</sup> Gem. § 174 Abs. 4 SGB IX soll das Integrationsamt die Zustimmung erteilen, wenn der Kündigungsgrund in keinem Zusammenhang mit der der Behinderung des Arbeitnehmers steht. Diese Soll-Vorschrift schränkt das Ermessen des Integrationsamtes im Falle eines behinderungsunabhängigen Kündigungsgrunds ein; *Gutzeit* (Fn. 23), SGB IX § 174 Rn. 12 f.; *Rolfs* (Fn. 4), SGB IX § 174 Rn. 6.

<sup>27</sup> Es kommt nur darauf an, dass das Integrationsamt innerhalb der Zweiwochenfrist seine abschließende Endentscheidung trifft. § 174 Abs. 3 S. 1 SGB IX verlangt hingegen nicht, dass die Entscheidung dem Arbeitgeber auch innerhalb der Frist zugestellt wird, BAG NZA 2005, 1173 (1174); *Gutzeit* (Fn. 23), SGB IX § 174 Rn. 9.

Eine ordnungsgemäße Beteiligung des Integrationsamtes liegt demnach vor.

## VI. Mitteilung der Kündigungsentscheidung an die Schwerbehindertenvertretung

K ist ihrer Mitteilungspflicht aus § 178 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 SGB IX nachgekommen. Sie hat die Schwerbehindertenvertretung am 19.8.2021, und damit unverzüglich, über ihre Kündigungsentscheidung informiert.<sup>28</sup>

## VII. Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung, § 626 BGB

Schließlich müssten die Voraussetzungen des § 626 BGB erfüllt sein. Dafür dürfte die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht verstrichen sein und es müsste gem. § 626 Abs. 1 BGB ein „an sich“ wichtiger Grund vorliegen, der es auch unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und nach Abwägung der Interessen beider Vertragsteile für K unzumutbar erscheinen lässt, das Arbeitsverhältnis mit D noch bis zum Fristablauf fortzuführen.<sup>29</sup>

### 1. Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist, § 626 Abs. 2 BGB

K müsste die Kündigung gem. § 626 Abs. 2 S. 1, S. 2 BGB innerhalb von zwei Wochen ab Kenntniserlangung von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen erklärt haben. Die Frist beginnt grundsätzlich, sobald der Arbeitgeber von den Äußerungen auf Facebook erfährt. K wurde am 2.8.2021 auf den Eintrag des D aufmerksam gemacht. Der Eintrag war zu diesem Zeitpunkt aber bereits mehrere Wochen auf Facebook eingestellt und daher über einen länger anhaltenden Zeitraum nachlesbar. Dies hat zur Folge, dass es sich um einen sog. Dauertatbestand handelt. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt bei Dauertatbeständen nicht vor deren Beendigung zu laufen. Sie beginnt jeden Tag neu bis der Eintrag auf Facebook tatsächlich gelöscht wird.<sup>30</sup> D löschte den Eintrag am 2.8.2021. Damit begann die Frist gem. § 187 Abs. 1 BGB am 3.8.2021 zu laufen und endete gem. § 188 Abs. 2 BGB

<sup>28</sup> Die Unwirksamkeitsfolge des § 178 Abs. 2 S. 3 SGB IX tritt nicht ein, wenn der Arbeitgeber nur die Mitteilungspflicht aus § 178 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 SGB IX verletzt. Die Mitteilung dient zur Kontrolle der ordnungsgemäßen Beteiligung. Sie ermöglicht der Schwerbehindertenvertretung keine Mitwirkung an der Willensbildung des Arbeitgebers; BAG NZA 2019, 305 (307 Rn. 14); LAG Baden-Württemberg BeckRS 2019, 39361 Rn. 90; *Rolfs* (Fn. 4), SGB IX § 178 Rn. 10; *Vossen* (Fn. 5), SGB IX § 168 Rn. 29g; *Zöllner*, SAE 2019, 139 (141); a.A. *Mühlmann*, NZA 2017, 884 (887); *Schmitt*, BB 2017, 2293 (2297 f.).

<sup>29</sup> Zum zweistufigen Prüfungsverfahren siehe *Henssler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 626 Rn. 80 ff.; *Niemann*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl. 2022, BGB § 626 Rn. 14 ff.

<sup>30</sup> ArbG Duisburg BeckRS 2012, 74872 Rn. 34; *Bauer/Günther*, NZA 2013, 67 (72); allgemein zur Kündigung bei Dauertatbeständen siehe *Henssler* (Fn. 29), § 626 Rn. 338 f.; *Niemann* (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 212 ff.

am 16.8.2021. K erklärte die Kündigung erst mit Schreiben vom 20.8.2021 und damit nach Ablauf der Zweiwochenfrist. Allerdings erfolgte die Zustimmung des Integrationsamtes erst am 17.8.2021 und damit nach Fristablauf. Gem. § 174 Abs. 5 SGB IX kann eine außerordentliche Kündigung nach Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB erfolgen,<sup>31</sup> wenn sie unverzüglich<sup>32</sup> nach Erteilung der Zustimmung des Integrationsamtes erklärt wird. K erklärte die außerordentliche Kündigung mit Schreiben vom 20.8.2021 und damit innerhalb von drei Tagen nach in Kenntnissetzung durch das Integrationsamt. Die Kündigungserklärung erfolgte unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung. Die Kündigungserklärungsfrist wurde eingehalten.

## 2. Vorliegen eines wichtigen Grundes, § 626 Abs. 1 BGB

### a) Wichtiger Grund „an sich“

Die Veröffentlichung des Facebook-Eintrags stellt ein von D steuerbares Verhalten dar. Das Verhalten eines Arbeitnehmers ist abstrakt geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, wenn in diesem Verhalten ein erheblicher Verstoß gegen die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zu sehen ist.<sup>33</sup>

### aa) Pflichtverletzung

Ds Facebook-Eintrag müsste zunächst ein objektiv vertragswidriges Verhalten darstellen. Ein solches liegt bei Verletzung bestimmter, vom Arbeitnehmer geschuldeter Verhaltenspflichten vor.<sup>34</sup>

Der Eintrag weist auf ein umweltschädliches Verhalten der K hin. D steht es grundsätzlich zu, sich für den Umweltschutz einzusetzen. Er muss sich dabei nicht auf sein privates Umfeld beschränken. Als Arbeitnehmer kann sich D auch in seinem beruflichen Umfeld auf sein Grundrecht auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG berufen und somit unternehmensöffentliche Kritik an seinem Arbeitgeber und den betrieblichen Verhältnissen äußern. In diesem Zusammenhang sind zwar auch polemische und übertriebene Äußerungen möglich, es muss jedoch stets die Auseinandersetzung in der Sache und nicht die Diffamierung der Person des Arbeitgebers im Vordergrund stehen. Das Grundrecht auf Meinungsfreiheit wird nach Art. 5 Abs. 2 GG unter anderem durch die allgemeinen Gesetze, zu denen auch § 241 Abs. 2 BGB gehört, und das Recht der persönlichen Ehre beschränkt. Das Recht der persönlichen Ehre schützt den Arbeitgeber vor unsachlichen Angriffen. Äußerungen von Arbeitnehmern, die seine Position untergraben oder als Formalbeleidigung oder Schmähkritik eingestuft werden können, müssen vom Arbeitgeber nicht hingenommen werden.<sup>35</sup>

Die Bezeichnung der K als „Heuchlerin“ könnte dahingehend verstanden werden, dass auf ein Sich-Verstellen und Vortäuschen von Umweltbewusstsein und nachhaltiger Lebensweise hingewiesen werden soll. In Verbindung mit den Bezeichnungen „dumm“ und „verlogen“ wird aber deutlich, dass keine überspitzte Kritik am Verhalten der K geäußert, sondern K als Person beschimpft und herabgewürdigt werden soll. Der Facebook-Eintrag stellt deshalb eine Beleidigung, jedenfalls aber eine Respektlosigkeit und damit ein Verstoß gegen nebenvertraglichen Verhaltenspflichten dar (a.A. vertretbar).

Die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB umfasst eine Verschwiegenheitspflicht. Dieser Verschwiegenheitsverpflichtung unterliegen alle Vorgänge und Tatsachen, die dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit seiner Stellung im Betrieb bekannt geworden sind und deren Geheimhaltung im Interesse des Arbeitgebers liegt, wie z.B. persönliche Umstände und Verhaltensweisen des Arbeitgebers.<sup>36</sup> Mit dem Hinweis auf das umweltschädliche Verhalten geht neben der öffentlichen Kritik auch ein Schadenspotenzial und eine mögliche Geschäfts- und Rufschädigung einher.<sup>37</sup> K hat deshalb ein berechtigtes Interesse an der Nichtverbreitung dieser Information. Ds Facebook-Eintrag verstößt gegen die Verschwiegenheitspflicht und stellt eine Verletzung seiner Rücksichtnahmepflicht gegenüber K dar.

§ 241 Abs. 2 BGB verpflichtet Arbeitnehmer auch, Störungen des Betriebsfriedens und des Betriebsablaufs sowie bewusst illoyales Verhalten zu vermeiden.<sup>38</sup> Der Facebook-Eintrag führt zu Verärgerungen bei Ks Kunden. Der Aufruf, nicht mehr in der „Karottenkönigin“ einzukaufen, lässt erkennen, dass D der K durch einen Kundenrückgang Schäden zufügen möchte. Auch dieser Aufruf stellt eine Verletzung der nebenvertraglichen Rücksichtnahmepflicht dar.

Dass die Äußerungen im Internet<sup>39</sup> getätigt wurden, ändert nichts an ihrer Einstufung als Pflichtverletzung. Unternehmensschädigende Postings in den sozialen Medien sind nicht weniger schwerwiegend zu beurteilen als beleidigende Äußerungen in den herkömmlichen Verbreitungswegen der analogen Welt. Vielmehr kommen noch erschwerende Faktoren wie die enorme Verbreitungsgeschwindigkeit und der kaum überschaubare Adressatenkreis der sozialen Netzwerke hinzu.<sup>40</sup> Der Eintrag ist D zweifelsfrei zuzuordnen, denn er hat sich mit seinem Namen angemeldet und ist auf seinem Profilbild zu erkennen. Ds Profil ist öffentlich zugänglich, sodass der Eintrag von einer unbegrenzten Personenanzahl gelesen werden und ggf. auch geteilt und verbreitet werden

Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.5.2021, BGB § 626 Rn. 25 ff.

<sup>36</sup> Vossen (Fn. 5), BGB § 626 Rn. 271 ff.

<sup>37</sup> Zur Geschäfts- bzw. Rufschädigung als Kündigungsgrund siehe *Stoffels* (Fn. 33), BGB § 626 Rn. 110.

<sup>38</sup> *Plum* (Fn. 35), BGB § 626 Rn. 21; BAG NZA 2017, 1332 (1337 Rn. 49).

<sup>39</sup> Zur Kündigung wegen beleidigender Äußerungen im Internet siehe *Bauer/Günter*, NZA 2013, 67; *Göpfert/Wilke*, ArbR Aktuell 2011, 159; *Kort*, NZA 2012, 1321.

<sup>40</sup> *Günther/Lenz*, ArbR Aktuell 2020, 405 (405).

<sup>31</sup> Zur Besonderheit der Fristausdehnung bei Dauertatbeständen siehe BAG NZA 2004, 1271 (1273).

<sup>32</sup> BAG NZA 2020, 717 (718 Rn. 16 ff.).

<sup>33</sup> *Niemann* (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 14 ff.; *Stoffels*, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2021, BGB § 626 Rn. 45 f.; *Vossen* (Fn. 5), BGB § 626 Rn. 29.

<sup>34</sup> *Vossen* (Fn. 5), BGB § 626 Rn. 72.

<sup>35</sup> St. Rspr. vgl. BAG NJOZ 2003, 3169 (3171 f.); *Plum*, in:

kann. D muss damit rechnen, dass nicht nur Kunden und Geschäftspartner der K, sondern auch K selbst, den Eintrag lesen wird. Aufgrund der öffentlichen Zugänglichkeit kann D sich nicht auf eine Vertraulichkeit der Kommunikation und damit auch nicht auf eine erhöhte Schutzwürdigkeit berufen.

Aber aus der Tatsache, dass D den Eintrag auf seinem privaten Facebook-Profil veröffentlicht hat, folgt auch, dass es sich um ein außerdienstliches Verhalten handelt. Außerdienstliches Verhalten von Arbeitnehmern ist grundsätzlich ungeeignet, eine Kündigung zu rechtfertigen. Die Gestaltung des privaten Lebensbereichs befindet sich außerhalb der Einflussosphäre des Arbeitgebers. Dies gilt jedoch nur, soweit Verhaltensweisen keine Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis haben. Außerdienstliche Handlungen werden kündigungsrelevant, sobald sie konkrete, innerbetriebliche Auswirkungen haben oder ein Bezug zum Arbeitsverhältnis hergestellt werden kann. Bei der Nutzung sozialer Netzwerke reicht für die Herstellung eines Bezugs zum Arbeitsverhältnis bereits die Angabe des Arbeitgebers in dem Profil.<sup>41</sup>

D hat die „Karottenkönigin“ in seinem Profil als Arbeitgeberin angegeben. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Facebook-Eintrag den Ruf der K bei Kunden und Geschäftspartnern schädigt und zu einem Rückgang der Kundenzahlen und Vertragspartner führt. Der Eintrag stellt damit ein kündigungsrelevantes, außerdienstliches Verhalten dar.

#### bb) *Negativprognose*

Aufgrund des von D in der Vergangenheit gezeigten Verhaltens müsste eine Störung in der Zukunft zu erwarten sein, die einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses entgegensteht. Eine solche negative Prognose lässt sich entweder bei Wiederholungsgefahr bejahen oder wenn die Störung so schwerwiegend ist, dass eine zukünftige Zusammenarbeit nicht mehr möglich erscheint.<sup>42</sup> D zeigt sich nicht einsichtig, sondern hält seinen Facebook-Eintrag für eine Kleinigkeit. Es ist davon auszugehen, dass er auch zukünftig auf Verhaltensweisen der K in den sozialen Medien aufmerksam machen wird. Eine negative Prognose ist damit gegeben (a.A. vertretbar).

#### cc) *Zwischenergebnis*

Es liegt ein „an sich“ wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vor.

#### b) *Umfassende Interessenabwägung im Einzelfall*

Schließlich müsste das Interesse der K an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Interesse des D an einer Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist überwiegen.

#### aa) *Ultima-ratio-Prinzip*

Es müsste K unzumutbar sein, D bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen. Die Kündigung muss im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips ultima ratio des Kündigenden sein. Sie dient nicht als Sanktion vergangenen Ver-

haltens, sondern zur Verhinderung künftiger Vertragsstörungen. K dürften keine anderen, geeigneten und milderen Mittel als die außerordentliche Kündigung zur Verfügung stehen. Als mildere Mittel kommen grundsätzlich eine ordentliche Kündigung und eine Abmahnung in Betracht.<sup>43</sup>

Die Abmahnung hat Hinweis-, Ermahnungs- und Warnfunktion. Liegen ein steuerbares Verhalten und eine verhaltensbedingte Kündigung vor, muss die Abmahnung einer Kündigung grundsätzlich vorangehen.<sup>44</sup> K hat D nicht abgemahnt, sondern die außerordentliche Kündigung ausgesprochen. Fraglich ist, ob eine Abmahnung ausnahmsweise entbehrlich war.

Eine Abmahnung ist entbehrlich, wenn die mit ihr bezweckte zweite Chance erkennbar nicht realisiert werden kann. Dies ist der Fall, wenn eine künftige Verhaltensänderung auch nach Abmahnung nicht zu erwarten ist, oder wenn die Pflichtverletzung derart schwer wiegt, dass auch deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar ist. Hierbei muss auch für den Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar sein, dass es ausgeschlossen ist, dass der Arbeitgeber den Verstoß hinnimmt.<sup>45</sup> Ein solcher, besonders schwerwiegender Verstoß liegt nicht vor. Es ist nach dem Prognoseprinzip<sup>46</sup> zu fragen, ob eine Verhaltensänderung des D zu erwarten ist. D hielt seinen Facebook-Eintrag für eine „Kleinigkeit“ und seine Wortwahl für „total normal“. Dies spricht dafür, dass er sich der Tragweite seines Handelns nicht bewusst war. Außerdem löschte D den Facebook-Eintrag, nachdem er von der verärgerten Kundin darauf angesprochen wurde. Darin lässt sich erkennen, dass er bereit war, auf Beanstandungen zu reagieren und sein Verhalten anzupassen. Eine Abmahnung war daher nicht entbehrlich. K hätte D vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung abmahnen müssen.

Überdies hätte auch eine ordentliche Kündigung genügt, um zukünftige Vertragsstörungen durch D zu vermeiden.<sup>47</sup> D löschte den Facebook-Eintrag an dem Tag, an dem er darauf angesprochen wurde. Daraus ließ sich schließen, dass jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist keine weiteren Störungen durch D zu befürchten waren.

Damit ist K eine Weiterbeschäftigung des D zumindest bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar. K hätte eine ordentliche Kündigung als milderes Mittel aussprechen müssen.

#### bb) *Zwischenergebnis*

Das Interesse des D an einer Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist überwiegt das Interesse der K an einer sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

#### c) *Zwischenergebnis*

Die abschließende Interessenabwägung führt zu dem Ergeb-

<sup>43</sup> Henssler (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 95 ff.

<sup>44</sup> Henssler (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 97, 102.

<sup>45</sup> Henssler (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 99, 106 ff.

<sup>46</sup> Henssler (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 99.

<sup>47</sup> Niemann (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 28.

nis, dass kein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB vorliegt. Die Kündigung des D ist als außerordentliche Kündigung unwirksam.

### VIII. Umdeutung, § 140 BGB

Die unwirksame außerordentliche Kündigung könnte aber möglicherweise gem. § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung zum nächstzulässigen Termin umgedeutet werden. Dies setzt voraus, dass ein unwirksames Rechtsgeschäft vorliegt, die Umdeutung dem mutmaßlichen Willen des Erklärenden entspricht und dieser mutmaßliche Wille für den Erklärungsempfänger im Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung auch erkennbar war.<sup>48</sup>

Die von K ausgesprochene Kündigung ist als außerordentliche Kündigung unwirksam. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass K sich unter allen Umständen von dem Arbeitsverhältnis mit D lösen wollte und folglich den Willen gehabt hätte, die Kündigung als ordentliche Kündigung aufrechtzuerhalten. Dies war für D erkennbar.

Damit liegen die Voraussetzungen für eine Umdeutung vor, mit der Folge, dass die Wirksamkeit der Kündigung als ordentliche Kündigung zu überprüfen ist.

#### 1. Wirksamkeit der Kündigung als ordentliche Kündigung

##### a) Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen

Die Schriftform des § 623 BGB wurde eingehalten und die Kündigung ist D nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB wirksam zugegangen. Die Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage ist noch nicht abgelaufen, sodass keine Wirksamkeitsfiktion nach §§ 4 S. 1, 7 Hs. 1 KSchG eingetreten ist.

##### b) Beteiligungsrechte

Fraglich ist, ob der Betriebsrat, die Schwerbehindertenvertretung und das Integrationsamt ordnungsgemäß beteiligt wurden.

##### aa) Anhörung des Betriebsrats

Da auch eine ordentliche Kündigung eine Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG voraussetzt, müsste dieser ebenfalls vorsorglich zu einer ordentlichen Kündigung angehört worden sein. Andernfalls ist eine Umdeutung grundsätzlich ausgeschlossen.<sup>49</sup> K hat den Betriebsrat nur zur außerordentlichen Kündigung angehört.

Eine vorsorgliche Anhörung zur ordentlichen Kündigung ist ausnahmsweise entbehrlich, wenn der Betriebsrat der außerordentlichen Kündigung ausdrücklich und vorbehaltlos zugestimmt hat und auch aus sonstigen Umständen nicht davon auszugehen ist, dass er einer ordentlichen Kündigung entgegengetreten wäre.<sup>50</sup>

Der Betriebsrat hat der außerordentlichen Kündigung des D ausdrücklich und ohne Vorbehalte zugestimmt. Es ist auch

nicht davon auszugehen, dass er der ordentlichen Kündigung aus anderen Gründen entgegengetreten wäre.

Es ist daher von einer ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats auszugehen.

##### bb) Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung

Zudem müsste die Schwerbehindertenvertretung ordnungsgemäß nach § 178 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 SGB IX beteiligt worden sein.

K hat die Schwerbehindertenvertretung nur zur außerordentlichen Kündigung angehört. Eine Unterrichtung und Anhörung zur außerordentlichen Kündigung beinhaltet nicht zugleich eine Beteiligung an einer ordentlichen Kündigung.<sup>51</sup> Überdies wäre auch die Anhörungsfrist von einer Woche, die sich aus der analogen Anwendung des § 102 BetrVG ergibt, nicht eingehalten.

Es fehlt an einer ordnungsgemäßen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung.

##### cc) Zustimmung des Integrationsamtes

Schließlich müsste das Integrationsamt seine Zustimmung erteilt haben.

Es liegt eine Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des D vor. Diese kann jedoch nicht in eine Zustimmung zur ordentlichen Kündigung umgedeutet werden. § 43 Abs. 1 SGB X ermöglicht nur eine Umdeutung von fehlerhaften Verwaltungsakten und setzt voraus, dass der neue Bescheid in der gewählten Verfahrensweise und Form ebenfalls rechtmäßig hätte erlassen werden können. An dieser Voraussetzung fehlt es, denn das Verfahren auf Zustimmung zu einer ordentlichen Kündigung nach §§ 168 ff. SGB IX unterscheidet sich insbesondere im Hinblick auf die einzuhaltenden Fristen von dem Verfahren auf Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung nach § 174 Abs. 1 SGB IX.<sup>52</sup>

##### dd) Zwischenergebnis

Eine Umdeutung scheidet bereits an der fehlenden Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung und an der fehlenden Zustimmung des Integrationsamtes.

Darüber hinaus würde die Kündigung auch als ordentliche Kündigung mangels vorheriger Abmahnung am Ultima-ratio-Grundsatz scheitern.<sup>53</sup>

#### 2. Keine Umdeutungsmöglichkeit

Die Kündigung des D ist auch als ordentliche Kündigung unwirksam. Die außerordentliche Kündigung kann nicht in

<sup>48</sup> Henssler (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 398 ff.

<sup>49</sup> Henssler (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 399.

<sup>50</sup> Henssler (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 399.

<sup>51</sup> Düwell, in: Dau u.a., Kommentar zum Sozialgesetzbuch IX, 6. Aufl. 2021, Teil 3, § 178 Rn. 62; Esser/Isenhardt, in: juris PraxisKommentar SGB IX, 3. Aufl. 2018, § 178 Rn. 28.

<sup>52</sup> Henssler (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 400.

<sup>53</sup> Scheitert die außerordentliche Kündigung an der fehlenden Abmahnung, dann führt dieser Mangel in der Regel auch zur Sozialwidrigkeit der ordentlichen Kündigung i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG. § 1 Abs. 1 KSchG fordert wie § 626 Abs. 1 BGB eine Interessenabwägung und damit die Beachtung des Ultima-ratio-Grundsatzes, Niemann (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 28.

eine wirksame ordentliche Kündigung umgedeutet werden.

### IX. Gesamtergebnis zu Frage 1

Die Kündigung ist unwirksam. Die Kündigungsschutzklage ist daher begründet. Sie hat Aussicht auf Erfolg.

#### Fallfortsetzung

#### I. Anspruch auf Vergütung, § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. Arbeitsvertrag

A könnte der volle Vergütungsanspruch von je 3.000 € brutto für die Monate Dezember 2021 und Januar 2022 zustehen.

##### 1. Arbeitsvertrag

Zwischen A und K wurde ein Arbeitsvertrag geschlossen und eine Vergütung von 3.000 € brutto bei einer Wochenarbeitszeit von 40 Stunden vereinbart.

##### 2. Reduzierung der Arbeitsvertragspflichten aufgrund der Kurzarbeitsanordnung

Diese Wochenarbeitszeit und die Vergütung des A könnten sich durch die Anordnung der Kurzarbeit<sup>54</sup> reduziert haben. Das setzt voraus, dass die Anordnung der Kurzarbeit durch K rechtmäßig war. Grundsätzlich darf der Arbeitgeber Kurzarbeit nur anordnen, wenn dies individualvertraglich, durch Betriebsvereinbarung oder tarifvertraglich zulässig ist.<sup>55</sup>

##### a) Arbeitsvertragliche Regelung

Es fehlt an einer individualvertraglichen Regelung. Der zwischen K und A geschlossene Arbeitsvertrag enthält weder eine Kurzarbeitsklausel noch wurde eine Vertragsänderung vereinbart. Die Anordnung von Kurzarbeit ist auch nicht vom Direktionsrecht umfasst.<sup>56</sup>

##### b) Betriebsvereinbarung, § 77 Abs. 2 BetrVG

K hat jedoch mit dem Betriebsrat eine förmliche Betriebsvereinbarung über Kurzarbeit geschlossen.

Der Arbeitgeberseite ist es möglich, mit dem Betriebsrat eine Regelung zu Lasten von Arbeitnehmern zu treffen, die sie einseitig bzw. mangels Befugnis gegenüber der Arbeitnehmerseite allein nicht anordnen könnte. Die Einführung von Kurzarbeit für die Monate Dezember und Januar stellt eine zeitlich vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen, regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer im Supermarkt-Restaurant dar und ist demnach gem. § 87 Abs. 1

Nr. 3 BetrVG mitbestimmungspflichtig. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG enthält eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage und ermöglicht es den Betriebsparteien auf den Inhalt der Arbeitsverhältnisse durch Betriebsvereinbarung kollektivvertraglich einzuwirken. Arbeitgeber und Betriebsrat steht eine umfassende Regelungskompetenz zu.<sup>57</sup>

Die zwischen K und dem Betriebsrat geschlossene Betriebsvereinbarung könnte gem. § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG unmittelbar und zwingend auf das Arbeitsverhältnis zwischen K und A einwirken. Betriebsvereinbarungen haben eine normative, gesetzesgleiche Wirkung auf die im Geltungsbereich liegenden Arbeitsverhältnisse. Sie schaffen objektives Recht und wirken automatisch auf die Arbeitsverhältnisse ein.<sup>58</sup>

Doch A macht geltend, dass sich in seinem Arbeitsvertrag keine Klausel zur Kurzarbeit befindet und verlangt, dass nicht die Betriebsvereinbarung über Kurzarbeit, sondern die Regelung über 40 Wochenarbeitsstunden bei einer Bezahlung von 3.000 € brutto Anwendung findet.

Grundsätzlich ist die Kollision einer Betriebsvereinbarung mit einer arbeitsvertraglichen Einzelvereinbarung nach dem Günstigkeitsprinzip aufzulösen.<sup>59</sup> Demnach würde die Regelung Anwendung finden, die für den einzelnen Arbeitnehmer bei Zugrundelegung eines objektiven Maßstabs günstiger ist (individueller Günstigkeitsvergleich).<sup>60</sup>

<sup>57</sup> Vertiefung/Exkurs: Dies ist umstritten. Während BAG (vgl. BAG NZA 2016, 565 [566 f. Rn. 15]) und h.L. (vgl. *Kania* [Fn. 19], BetrVG § 87 Rn. 31; *Linck*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl. 2021, § 47 Rn. 2, 6; *Linsenmaier*, RdA 2014, 336 (337); *Werner*, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2021, BetrVG § 87 Rn. 71) davon ausgehen, dass alle in den Mitbestimmungstatbeständen des § 87 Abs. 1 BetrVG aufgeführten Angelegenheiten durch Betriebsvereinbarung geregelt werden können und die jeweils einschlägige Nummer des § 87 Abs. 1 BetrVG als Rechtsgrundlage dienen kann, lehnen Teile der Lit. dies mit Hinweis auf die Bestimmungsrechtsakzessorietät und den Schutzzweck ab. § 87 Abs. 1 BetrVG beziehe die Mitbestimmung des Betriebsrats auf Entscheidungen des Arbeitgebers. Nur so weit, wie der Arbeitgeber entscheiden kann, tritt an die Stelle seiner Alleinentscheidung die durch § 87 Abs. 1 BetrVG gebotene mitbestimmte Entscheidung. Hat der Arbeitgeber ein einseitiges Bestimmungsrecht, Kurzarbeit anzuordnen, bestimmt der Betriebsrat bei dieser Entscheidung mit und es kann eine Betriebsvereinbarung geschlossen werden. Hat der Arbeitgeber kein einseitiges Bestimmungsrecht, dann liegen die Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 BetrVG nicht vor und es kann keine Betriebsvereinbarung geschlossen werden. Dies entspricht dem Schutzzweck des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Die Mitbestimmung des Betriebsrats soll den Arbeitnehmer vor arbeitgeberseitigen Maßnahmen schützen und nicht zur Schaffung einer neuen Ermächtigungsgrundlage führen, vgl. *Heinze*, RdA 1998, 14 (19 f.); *Lobinger*, RdA 2011, 76 (85 f.); *Waltermann*, NZA 1993, 679 (681).

<sup>58</sup> *Kania* (Fn. 19), BetrVG § 77 Rn. 5.

<sup>59</sup> *Kania* (Fn. 19), BetrVG § 77 Rn. 6, 68.

<sup>60</sup> *Arnold*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 4, 4. Aufl. 2018, § 316 Rn. 41 ff.

<sup>54</sup> Die Einführung von Kurzarbeit führt zu einer temporären und teilweisen Suspendierung der Vertragspflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Entsprechend der Höhe der Kurzarbeit entfällt die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und im entsprechenden Umfang verringert sich die Vergütungspflicht des Arbeitgebers, v. *Bockelmann*, in: *Tödtmann/v. Bockelmann*, Arbeitsrecht in Not- und Krisenzeiten: COVID-19, 2. Aufl. 2021, Rn. 61.

<sup>55</sup> *Geulen/Vogt*, ArbR Aktuell 2020, 181 (182).

<sup>56</sup> *Spinner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 611a Rn. 945.

Das Günstigkeitsprinzip als Kollisionsregel kommt nur zur Anwendung, wenn tatsächlich eine Konkurrenz zwischen der einzelvertraglichen Regelung und derjenigen in der Betriebsvereinbarung besteht.<sup>61</sup> Dies ist der Fall, wenn Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung denselben Gegenstand unterschiedlich regeln.<sup>62</sup>

Die einzelvertragliche Regelung zwischen K und A legt die regelmäßige Wochenarbeitszeit und die entsprechende, volle Vergütung fest. Die Betriebsvereinbarung regelt eine vorübergehende Verkürzung der Wochenarbeitszeit und eine entsprechende, reduzierte Vergütung. Die beiden Vereinbarungen haben folglich einen anderen Regelungsgegenstand. Die arbeitsvertragliche Vereinbarung zwischen K und A müsste mit einer Betriebsvereinbarung über die regelmäßige Wochenarbeitszeit und die volle Vergütung verglichen werden; die Betriebsvereinbarung über Kurzarbeit mit einer arbeitsvertraglichen Regelung zur vorübergehenden Verringerung der Arbeitszeit und Vergütung. An einer solchen fehlt es aber. Ein Günstigkeitsvergleich kann nicht angestellt werden. Das Günstigkeitsprinzip findet mangels einer einzelvertraglichen Regelung zur Kurzarbeit keine Anwendung.<sup>63</sup>

Ungeachtet dessen, könnte auch die besondere Interessenslage bei der Einführung von Kurzarbeit dafürsprechen, den Betriebsparteien über § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG eine nicht durch das Günstigkeitsprinzip beschränkte Eingriffsbefugnis einzuräumen.<sup>64</sup>

Die Günstigkeitsproblematik ließe sich auch dadurch entschärfen, dass die arbeitsvertragliche Vereinbarung zur Arbeitszeit als „betriebsvereinbarungsoffen“ angesehen werden könnte. Ein Arbeitsvertrag ist „betriebsvereinbarungsoffen“ geschlossen, wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer darauf einigen, dass einer Betriebsvereinbarung der Vorrang gegenüber der arbeitsvertraglichen Regelung eingeräumt werden soll. Auf betriebsvereinbarungsoffene Vertragsgestaltungen findet das Günstigkeitsprinzip keine Anwendung.<sup>65</sup> Ob eine solche Absprache vorliegt, ist durch Auslegung des Arbeitsvertrags zu klären.<sup>66</sup> K und A haben weder bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses noch während der Durchführung des Arbeitsvertrags über eine mögliche Anordnung von Kurzarbeit durch Betriebsvereinbarung gesprochen. Eine Betriebsvereinbarungsoffenheit kann jedoch auch konkludent vereinbart werden.<sup>67</sup> Wenn eine vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit zwischen den Arbeitsvertragsparteien nicht ausgeschlossen wurde, ist dies unter Berücksichtigung des objektiven Empfängerhorizonts dahingehend zu verstehen,

<sup>61</sup> Waltermann, NZA 1996, 357 (363).

<sup>62</sup> Linsenmaier, RdA 2014, 336 (339).

<sup>63</sup> Vgl. ArbG Berlin BeckRS 2004, 41161 Rn. 83 f. m.w.N.; a.A. Heinze, RdA 1998, 14 (18 f.).

<sup>64</sup> Kania (Fn. 19), BetrVG § 87 Rn. 31; Richardi/Maschmann, in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 17. Aufl. 2022, § 87 Rn. 345.

<sup>65</sup> Linck (Fn. 57), § 47 Rn. 6; Linsenmaier, RdA 2014, 336 (341).

<sup>66</sup> Linsenmaier, RdA 2014, 336 (341 ff).

<sup>67</sup> BAG NZA 2013, 916 (921 Rn. 60); Linsenmaier, RdA 2014, 336 (342).

dass auch die Einführung von Kurzarbeit durch Betriebsvereinbarung nicht ausgeschlossen werden sollte, mit der Folge, dass der Arbeitsvertrag an diesem Punkt als betriebsvereinbarungsoffen zu verstehen ist.<sup>68</sup> Das Günstigkeitsprinzip würde folglich auch bei Vorliegen von kollidierenden Regelungen nicht zum Tragen kommen.

Die Betriebsvereinbarung zwischen K und dem Betriebsrat findet auf das Arbeitsverhältnis des A grundsätzlich Anwendung.

Sie müsste auch den Mindestanforderungen an eine wirksame Betriebsvereinbarung genügen.

Betriebsvereinbarungen müssen, die sich ergebenden Rechte und Pflichten so deutlich regeln, dass diese für die Arbeitnehmer zuverlässig zu erkennen sind. Bei der Einführung von Kurzarbeit ist also mindestens die Bestimmung von Beginn und Dauer der Kurzarbeit, die Regelung der Lage und Verteilung der Arbeitszeit sowie die Auswahl der betroffenen Arbeitnehmer oder Abteilungen als auch die Festlegung der Zeiträume, in denen die Arbeit ganz ausfallen soll, erforderlich.<sup>69</sup> In der Betriebsvereinbarung ist der Zeitraum vom 1.12.2021 bis zum 31.1.2022 festgelegt und damit sowohl Beginn als auch Dauer der Kurzarbeit bestimmt. Es ist zudem eindeutig, dass die im Supermarkt-Restaurant beschäftigten Arbeitnehmer betroffen sind und sich ihre regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 40 auf 20 Stunden reduziert. Auch die Verteilung der Arbeitszeit auf Montag bis Donnerstag sowie der Arbeitsausfall am Freitag sind festgelegt.

Damit sind die Erfordernisse an eine Betriebsvereinbarung erfüllt und die Kurzarbeit ist wirksam in der „Karottenkönigin“ eingeführt worden.

A steht ein der Kurzarbeitsanordnung entsprechender, reduzierter Vergütungsanspruch zu.

## II. Anspruch auf Kurzarbeitergeld

A könnte zusätzlich einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld haben. Hierfür müssten die Voraussetzungen des § 95 S. 1 SGB III vorliegen.

### 1. Erheblicher Arbeitsausfall, § 95 S. 1 Nr. 1 SGB III

In der „Karottenkönigin“ müsste ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegen. Indem weniger Kunden den „Business Bio Lunch“ in Anspruch nehmen, liegt ein tatsächlicher Rückgang des Arbeitsanfalls vor. Dieser ist auf die Homeoffice-Pflicht und die „2G“-Regelung als staatliche Schutzmaßnahmen und damit auf ein unabwendbares, von außen kommendes Ereignis zurückzuführen, § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 3 S. 2 SGB III.<sup>70</sup>

Der Arbeitsausfall ist nur vorübergehend i.S.v. § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III, denn er beschränkt sich auf die Zeit der COVID-19-Pandemie.

Der Arbeitsausfall ist auch nicht vermeidbar i.S.v. § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB III, denn alle anderen in Betracht

<sup>68</sup> Vgl. LAG Hessen BeckRS 2015, 70834 Rn. 25.

<sup>69</sup> BAG NZA 2016, 565 (566 Rn. 15); Linck (Fn. 57), § 47 Rn. 6.

<sup>70</sup> Geulen/Vogt, ArbR Aktuell 2020, 181 (183).

kommenden Maßnahmen wurden bereits durchgeführt. So wurde insbesondere der Resturlaub gewährt und die Überstunden abgebaut, vgl. § 96 Abs. 4 SGB III.<sup>71</sup>

Schließlich müsste auch die Quote des § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB III erfüllt sein, also mindestens ein Drittel der Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 % ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen sein. Es liegt zwar ein Entgeltausfall i.H.v. 50 % vor. Hiervon sind allerdings nur zehn der 50 Beschäftigten und damit lediglich 20 % der Arbeitnehmer betroffen.

Um auf außergewöhnliche Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt reagieren zu können, ermöglicht § 109 Abs. 5 SGB III der Regierung durch Rechtsverordnung die erforderliche Quote von einem Drittel auf 10 % herabzusetzen. Hiervon hat die Bundesregierung Gebrauch gemacht und rückwirkend zum 1.3.2020 die Verordnung über Erleichterungen der Kurzarbeit erlassen.<sup>72</sup> Danach genügt die Betroffenheit von 20 % der Arbeitnehmer und die Quote ist erfüllt.

#### 2. Betriebliche Voraussetzungen, § 95 S. 1 Nr. 2 SGB III

Die betrieblichen Voraussetzungen liegen vor. In der „Karottenkönigin“ sind insgesamt 50 Arbeitnehmer beschäftigt, § 97 S. 1 SGB III. Davon arbeiten zehn im Supermarkt-Restaurant, § 97 S. 2 SGB III.

#### 3. Persönliche Voraussetzungen, § 95 S. 1 Nr. 3 SGB III

Auch die persönlichen Voraussetzungen sind erfüllt. A möchte weiterhin in der „Karottenkönigin“ arbeiten und damit nach Beginn des Arbeitsausfalls eine versicherungspflichtige Beschäftigung fortsetzen, § 98 Abs. 1 Nr. 1. lit. a SGB III.

#### 4. Anzeige des Arbeitsausfalls, § 95 S.1 Nr. 4 SGB III

K hat den Arbeitsausfall ordnungsgemäß bei der Agentur für Arbeit München angezeigt, § 99 Abs. 1 SGB III.

#### 5. Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen liegen vor. A hat einen Anspruch auf

Kurzarbeitergeld.

### III. Höhe Kurzarbeitergeld

Die Höhe des Kurzarbeitergeldes richtet sich für den unverheirateten und kinderlosen A nach § 105 Nr. 2 SGB III und beträgt 60 % der Nettoentgeltdifferenz im Anspruchszeitraum. Für die Nettoentgeltdifferenz ist das pauschalisierte Nettoentgelt aus dem Soll-Entgelt mit dem pauschalisierten Nettoentgelt aus dem Ist-Entgelt zu vergleichen. Das Soll-Entgelt ist das Bruttoarbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer ohne den Arbeitsausfall im jeweiligen Kalendermonat erzielt hätte. Das Ist-Entgelt ist das Bruttoarbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer in dem Anspruchszeitraum tatsächlich erzielt hat.

As pauschalisiertes Nettoentgelt bei regulärer Arbeitszeit beträgt 2.000 €. As pauschalisiertes Nettoentgelt während der verkürzten Arbeitszeit würde 1.000 € betragen. Die Differenz beträgt demnach 1.000 €. 60 % von 1.000 € sind 600 €.

A würde Kurzarbeitergeld i.H.v. 600 € erhalten.

### IV. Gesamtergebnis zu Frage 2

Für die Monate Dezember und Januar steht A jeweils ein reduzierter Vergütungsanspruch i.H.v. 1.500 € brutto bzw. 1.000 € netto zu. Zusätzlich hat A monatlich einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld i.H.v. 600 €.

<sup>71</sup> Geulen/Vogt, ArbR Aktuell 2020, 181 (183).

<sup>72</sup> Vertiefung/Exkurs: Die Kurzarbeitergeldverordnung (KugV) vom 25.3.2020 (BGBl. I 2020, S. 595 [Nr. 14 v. 27.3.2020]) i.d.F. des Art. 1 der Verordnung vom 25.3.2021 (BGBl. I 2021, S. 381 [Nr. 12 v. 30.3.2021]) und die Kurzarbeitergeldverlängerungsverordnung (KugverIV) vom 30.11.2021 (BGBl. I 2021, S. 5042 [Nr. 81 v. 6.12.2021]) regeln Erleichterungen für die Gewährung von Kurzarbeit und die Zahlung von Kurzarbeitergeld. § 421c Abs. 2 SGB III regelt darüber hinaus eine vorübergehende, gestaffelte Aufstockung des Kurzarbeitergeldes. Unternehmen, die von der COVID-19-Pandemie und ihren Folgen betroffen sind, soll damit möglichst schnelle und unbürokratische Unterstützung zukommen. Es soll Planungssicherheit geschaffen werden und Arbeitsplätze erhalten bleiben. Die Sonderregelungen wurden bis zum 30.6.2022 verlängert, <https://www.bmas.de/DE/Service/Presse/Pressemitteilungen/2022/mit-kurzarbeit-weiter-arbeitsplaetze-sichern.html> (12.9.2022).