

Liebe Leserinnen und Leser,

diese Ausgabe beschäftigt sich mit älteren Entscheidungen des BAG und des EuGH, die in Ermangelung aktueller Rechtsprechung zu der Corona-Pandemie in den Fokus rücken.

Ihr Rechtsanwalt Stefan von Zduowski, Fachanwalt für Arbeitsrecht

1 Betriebsbedingte Kündigung trotz Einführung von Kurzarbeit

Im Anschluss an PA 04/2020, Ziffer 3

Aufgrund der Corona-Pandemie haben viele Arbeitgeber von dem Instrument der Kurzarbeit Gebrauch gemacht, um die Personalkosten einer vorübergehend gesunkenen Auftragslage anzupassen. Dem Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen stand erst einmal im Wege, dass die Rechtsprechung einen dauerhaften Wegfall eines Arbeitsplatzes fordert. Die coronabedingten Anpassungen in den Betrieben insbesondere auch aufgrund des neuerlichen Teil-Lockdowns führen aber oftmals dazu, dass Umstrukturierungen stattfinden, welche Arbeitsplätze auch dauerhaft entfallen lassen. Aber kann eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen werden, während im Betrieb Kurzarbeit herrscht?

Das Bundesarbeitsgericht hatte sich zu dieser Frage bereits im Jahr 1980 grundsätzlich geäußert. Die zwei Leitsätze des Urteils des BAG vom 17.10.1980 (7 AZR 675/78) lauten:

"1. Während einer Kurzarbeitsperiode sind betriebsbedingte Kündigungen nach § 1 Abs. 2 KSchG nicht ausgeschlossen.

2. Hat ein Arbeitgeber wegen eines vorübergehenden Arbeitsmangels (§ 63 Abs. 1 Satz 1 AFG) Kurzarbeit eingeführt, so ist eine betriebsbedingte Kündigung nur dann sozial gerechtfertigt (§ 1 Abs. 2 KSchG), wenn über die Gründe, die zur Einführung von Kurzarbeit geführt haben, weitergehende inner- oder außerbetriebliche Gründe vorliegen, die ergeben, daß nicht nur vorübergehend, sondern auf (unbestimmte) Dauer für den gekündigten Arbeit-

nehmer das Bedürfnis der Weiterbeschäftigung entfallen ist."

In neuerer Zeit hatte sich das BAG mit Urteil vom 23.2.2012 (2 AZR 548/10) mit dieser Frage befasst; in Rdnr. 22 heißt es dazu:

"Da die betrieblichen Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers entgegenstehen, dringend sein müssen, die Kündigung im Interesse des Betriebs also unvermeidbar sein muss, hat der Arbeitgeber zuvor alle Möglichkeiten auszuschöpfen, die mit dem Ziel geschaffen worden sind und bestehen, durch eine Flexibilisierung der Arbeitszeit betriebsbedingte Kündigungen in Zeiten geringeren Arbeitsanfalls zu vermeiden (BAG 8. November 2007 - 2 AZR 418/06 - Rn. 16, EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 157, zur Inanspruchnahme von Arbeitszeitkonten). Haben die Betriebsparteien durch die Einführung von Kurzarbeit den Umfang der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit auf ein Niveau abgesenkt, dass den Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen gerade überflüssig macht, so kann ein dringendes betriebliches Kündigungserfordernis regelmäßig erst dann angenommen werden, wenn der Arbeitgeber die Möglichkeit zur Arbeitszeitreduzierung voll ausgeschöpft hat und gleichwohl noch ein Beschäftigungsüberhang besteht (vgl. BAG 8. November 2007 - 2 AZR 418/06 - aaO)."

Festzuhalten bleibt hiernach, dass infolge der Einführung von Kurzarbeit zwar eine widerlegliche Vermutung

des nur vorübergehenden Arbeitsausfalls besteht, aber eine betriebsbedingte Kündigung gleichwohl möglich ist, wenn trotz Kurzarbeit keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr besteht. Diese bedeutet also eine erhöhte Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers. Eine betriebsbedingte Kündigung ist jedenfalls dann sozialwidrig, wenn sie auf denselben Gründen beruht, aufgrund derer die Kurzarbeit angeordnet wurde.

Der Beschäftigungsbedarf muss daher für einzelne von der Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmer auf Grund weiterer, später eingetretener Umstände dauerhaft entfallen, damit trotz der Kurzarbeit ein dringendes betriebliches Erfordernis für eine Kündigung vorliegen kann.

Hier schließt sich der Kreis zu der Empfehlung in der PA 04/2020, Ziffer 3, einen Arbeitsplatzwegfall durch nach Einführung der Kurzarbeit getroffene unternehmerische Entscheidungen herbeizuführen.

Zu beachten ist allerdings, dass ab Ausspruch der Kündigung die Voraussetzungen der Kurzarbeit entfallen, so dass der gekündigte Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist auch dann voll zu vergüten ist, wenn ihm keine oder nur wenig Arbeit zugewiesen werden kann oder – unter Berücksichtigung der Höchstdauer für die Entgeltfortzahlung – der Arbeitnehmer erkrankt.

Auch nach Ablauf der Kündigungsfrist lässt sich das Annahmeverzugslohnrisiko des Arbeitgebers nicht aufgrund der Einführung von Kurzarbeit im Betrieb senken.

2 Kürzung des Urlaubsanspruchs für die Zeit der Kurzarbeit entsprechend Teilzeitarbeit

Der Europäische Gerichtshof hatte schon im Jahr 2012 entschieden, dass der Urlaubsanspruch für die Dauer der Kurzarbeit wie bei einer Teilzeitarbeit gekürzt werden kann (EuGH, Urteil vom 8.11.2012 -C-229/11-). In der Entscheidung heißt es:

"Sind Art. 31 Abs. 2 der Charta bzw. Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 dahin auszulegen, dass sie nationalen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten entgegenstehen, wonach im Falle der Verringerung der zu leistenden Arbeitstage pro Woche infolge rechtmäßiger Anordnung von Kurzarbeit der Anspruch des Kurzarbeiters auf bezahlten Jahresurlaub pro rata temporis im Verhältnis der

Anzahl der Wochenarbeitstage während der Kurzarbeit zu der Anzahl der Wochenarbeitstage eines Vollzeitbeschäftigten angepasst wird und der Kurzarbeiter damit während der Kurzarbeit nur einen dementsprechend geringeren Urlaubsanspruch erwirbt?

... Zweitens kann der betroffene Arbeitnehmer während der Kurzarbeit, die sich aus dem genannten Sozialplan ergibt und für ihn folglich vorhersehbar ist, sich entweder ausruhen oder Freizeittätigkeiten nachgehen. Da er unter keinen durch eine Erkrankung hervorgerufenen physischen oder psychischen Beschwerden leidet, befindet er sich daher in einer anderen Lage, als wenn er aufgrund seines

Gesundheitszustands arbeitsunfähig wäre.

... Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass Art. 31 Abs. 2 der Charta und Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 dahin auszulegen sind, dass sie nationalen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten – wie etwa einem von einem Unternehmen und seinem Betriebsrat vereinbarten Sozialplan –, nach denen der Anspruch eines Kurzarbeiters auf bezahlten Jahresurlaub pro rata temporis berechnet wird, nicht entgegenstehen."

IMPRESSUM

Herausgeber und Bearbeiter:
Rechtsanwalt Stefan von Zduowski
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Ludwigkirchplatz 2
10719 Berlin-Wilmersdorf
www.praxiswissen-arbeitsrecht.de