

**Titel:**

**Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch Kündigungen**

**Normenkette:**

BGB § 612a

**Leitsätze:**

1. Lehnt der Arbeitnehmer eine vom Arbeitgeber angebotene Vereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit ab, weil der Arbeitgeber nicht bereit ist, dem Arbeitnehmer über das Kurzarbeitergeld hinaus vollen Lohnausgleich zu zahlen, so verstößt die auf die Ablehnung des Angebots gestützte Kündigung nicht gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB. (Rn. 35 – 38)

2. Ob die angebotene Vereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit im Falle ihrer Annahme durch den Arbeitnehmer wirksam gewesen wäre, ist jedenfalls dann nicht maßgeblich, wenn der Arbeitnehmer das Angebot vor der Kündigung allein deshalb abgelehnt hat, weil der Arbeitgeber keinen vollen Lohnausgleich zugesagt hat, sich im Übrigen aber mit der Anordnung von Kurzarbeit einverstanden erklärt hat. Etwaige ihm im Zusammenhang mit der Unwirksamkeit der angebotenen Vereinbarung zustehende Rechte hat der Arbeitnehmer dann nicht iSd. § 612a BGB "ausgeübt". (Rn. 39)

**Schlagworte:**

Lohnausgleich, Kurzarbeit, Kurzarbeitergeld, Maßregelungsverbot, Coronavirus, SARS-CoV-2

**Vorinstanz:**

ArbG Bamberg, Endurteil vom 30.09.2020 – 4 Ca 277/20

**Fundstellen:**

ZInsO 2021, 2328

LSK 2021, 14336

**Tenor**

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Bamberg - Kammer Coburg - vom 30.09.2020, Az.: 4 Ca 277/20, wird zurückgewiesen.

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

3. Die Revision wird nicht zugelassen.

**Tatbestand**

**1**

Die Parteien streiten über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigungen vom 26.03.2020 und vom 31.03.2020 sowie die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht.

**2**

Die Klägerin war seit 15.10.2012 im Friseurbetrieb der Beklagten tätig. Der monatliche Bruttolohn betrug durchschnittlich 985,71 Euro.

**3**

Am 21.03.2020 wurde der Friseurbetrieb der Beklagten aufgrund einer Allgemeinverfügung des Bayerischen Gesundheitsministeriums vom 20.03.2020 vorübergehend geschlossen.

**4**

Am 23.03.2020 erhielt Klägerin per E-Mail einen Entwurf einer „Vereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit“ datiert auf den 29.02.2020. Die Vereinbarung, die in der Präambel auf die derzeit bestehende Covid 19-Epidemie und den daraus folgenden erheblichen Umsatzeinbußen der Beklagten hinweist, sieht vor, dass der Arbeitgeber für den Fall eines erheblichen vorübergehenden Arbeitsausfalls i.S.d. § 96 SGB III berechtigt ist, Kurzarbeit anzuordnen, sofern er Kurzarbeit bei der Agentur für Arbeit angezeigt hat und

diese gem. § 99 Abs. 3 SGB III einen schriftlichen Bescheid erlassen hat. Die Kurzarbeit darf danach maximal für den Zeitraum angeordnet werden, für den nach den jeweils gültigen gesetzlichen Maßgaben die Zahlung von Kurzarbeitergeld durch die Agentur für Arbeit möglich ist. Es ist darin ferner geregelt, dass dann, wenn die Agentur für Arbeit aus Gründen, die nicht durch den Arbeitnehmer veranlasst oder beeinflussbar sind, kein Kurzarbeitergeld zahlt, dem Arbeitnehmer für die Zeit der Kurzarbeit derjenige Betrag zu zahlen ist, den er ansonsten als Kurzarbeitergeld erhalten hätte. Wegen des genauen Inhalts der Vereinbarung wird verwiesen auf die Anlage 3, Bl. 8 ff d.A. Die Klägerin unterzeichnete diese Vereinbarung nicht.

## 5

Mit E-Mail vom 24.03.2020 gesendet um 10.03 Uhr teilte die Klägerin der Beklagten in Antwort auf die E-Mail mit: „melden uns ... sobald eine interne Entscheidung / Prüfung erfolgt ist.“ (vgl. Anlage 3 Bl. 8 ff.d.A.). Mit Schreiben vom 24.03.2020 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass die von der Beklagten zur Unterschrift vorgelegte Vereinbarung zur Kurzarbeit der gegenwärtigen Situation nicht gerecht werde, weil diese das Beschäftigungsrisiko des Arbeitgebers einseitig auf den Arbeitnehmer verlagere, der auf 40% seines Lohnes verzichten müsse, während der Arbeitgeber keinerlei Einbußen hinnehmen müsse, sofern - wovon auszugehen sei - der Antrag genehmigt werde. Sie wies darauf hin, dass nach einer Stellungnahme des Bundesarbeitsministeriums der Arbeitgeber grundsätzlich weiter zur Entgeltzahlung verpflichtet bleibe, wenn der Arbeitnehmer arbeitsbereit und arbeitsfähig sei. Arbeitgeber könnten zur Entlastung (nicht als Ersatz) Kurzarbeitergeld beantragen. Werde der Antrag genehmigt, übernehme die zuständige Arbeitsagentur einen Teil der Lohnkosten (wegen des Inhalts des Schreibens vom 24.03.2020 vgl. Anlage 6, Bl. 14 ff d.A.). In einem dem Schreiben beigefügten Entwurf einer „Vereinbarung“, die die Klägerin der Beklagten als Vorschlag unterbreitete, heißt es:

„...“

1. Der Arbeitnehmer erklärt sich damit einverstanden, dass der Arbeitgeber wegen angeordneter Betriebsschließung zum 21.03.2020 Kurzarbeitergeld beantragt.
2. Ein Verzicht des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt ist damit nicht verbunden.
3. Der Arbeitgeber verpflichtet sich, für die Zeit der Betriebsschließung das volle Arbeitsentgelt weiterzuzahlen.
4. Der Arbeitgeber sichert zu, dass durch die Betriebsschließung bedingten Ausfallzeiten nicht nachgearbeitet werden müssen.

...“

## 6

Daraufhin äußerte die Beklagte in einem Telefonanruf gegenüber dem Ehegatten der Klägerin sinngemäß, sie werde den Arbeitsvertrag kündigen, wenn die Klägerin die vorgelegte Vereinbarung nicht unterschreibe.

## 7

Am 25.03.2020 sendete die Klägerin der Beklagten um 12.09 Uhr eine Nachricht folgenden Inhalts:

„Hallo C.,

in der Anlage erhältst du meine Einverständniserklärung zur Beantragung von Kurzarbeitergeld.

Somit kannst du alle für den Betrieb erforderlichen Maßnahmen ergreifen.

Bitte um Rücksendung der angefügten Vereinbarung ... mit deiner Unterschrift. (...)“ (vgl. E-Mail vom 25.03.2020, gesendet um 12.09 Uhr, Anlage 9, Bl. 23 d.A.).

## 8

Die angefügte, auf den 25.03.2020 datierte Vereinbarung ist inhaltsgleich mit der Vereinbarung, die dem Schreiben vom 24.03.2020 beigefügt war (vgl. Bl. 26 d.A.)

## 9

Zusätzlich richtete die Klägerin „das Einverständnis“ mit Originalunterschrift per Einschreiben an die Beklagte, zugestellt am 26.03.2020.

10

Am 26.03.2020 sprach die Beklagte die Kündigung vom 26.03.2020 zum 30.06.2020 aus, die am 27.03.2020 in den Briefkasten der Klägerin eingeworfen wurde (vgl. Anlage 11, Bl. 30.d.A.). Am 31.03.2020 wurde die weitere Kündigung vom 31.03.2020 in den Briefkasten der Klägerin eingeworfen (vgl. Kündigungsschreiben als Anlage 12, Bl. 31.d.A.).

11

Die Klägerin hat gegen diese Kündigungen mit Schreiben vom 16.04.2020, am gleichen Tag beim Arbeitsgericht eingegangen und der Beklagten am 24.04.2020 zugestellt, Kündigungsschutzklage erhoben.

12

Die Klägerin hat erstinstanzlich die Ansicht vertreten, die Kündigung sei gem. § 612a BGB wegen eines Verstoßes gegen das Maßregelungsverbot sittenwidrig und nichtig (§§ 138, 134 BGB). So habe die Klägerin in zulässiger Weise ihre Rechte ausgeübt, indem sie einen Lohnverzicht abgelehnt habe. Alleiniges Motiv der Kündigung sei Vergeltung. Auch aus der Coronakrise und der damit verbundenen Betriebsschließung lasse sich kein Kündigungsmotiv ableiten. Schließlich sei eine Kündigung, die erst Monate später wirkt, ein untaugliches Mittel gewesen. Die vom BAG: Urteil vom 22.05.2003 - 2 AZR 426/02 - zu TZ 52 - 54 entwickelten Grundsätze seien im vorliegenden Fall nicht anwendbar. Es handele sich hier um einen völlig anderen Sachverhalt, der in keinem Punkt unter diese Grundsätze subsumiert werden könne. Gründe aus der arbeitsvertraglichen „Vorgeschichte“, die sich auf den Kündigungsentschluss kausal ausgewirkt hätten, seien nicht einmal ansatzweise erkennbar oder vorgetragen. Anders als im vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall sei die „Vereinbarung zur Kurzarbeit“ kein Zwischenglied einer Kausalkette zur Lösung eines arbeitsrechtlichen Konflikts. Jede andere Auslegung des § 612a BGB würde zu einer Abschaffung der Norm führen. Zudem existiere weder in Bezug auf das Arbeitsverhältnis selbst noch im Hinblick auf einen Lohnverzicht ein Änderungsangebot des Arbeitgebers im Sinne der Rechtsordnung. Ein Erlassvertrag liege nicht vor, da der Arbeitgeber den Arbeitnehmer lediglich zur Abgabe eines Angebots auffordern könne. Ein Angebot zum Abschluss eines Erlassvertrags könne nur der Verfügende als Inhaber des Rechts (Arbeitnehmer) abgeben. Die Klägerin ist weiter der Ansicht, sie sei dem legitimen Anliegen der Beklagten zur Einführung von Kurzarbeit mit Anlage 9 der Klageschrift nachgekommen. Der Beklagten sei es jedoch um mehr gegangen, vor allem um die Begrenzung des Arbeitslohns auf die Höhe des Kurzarbeitergeldes in jedem Fall, sei es, dass Kurzarbeitergeld geleistet wird oder nicht (Z 4). Die Rückdatierung der von der Beklagten angebotenen Vereinbarung auf den 29.02.2020 hätte nach Ansicht der Klägerin dazu geführt, dass sie ab dem 01.03.2020 auf 40% Lohn verzichtet hätte, obwohl sie voll gearbeitet habe.

13

Die Klägerin hätte weiter auch nach Betriebsschließung auf ihren Lohn verzichtet, der ihr auch während der behördlichen Schließung in voller Höhe zustehe. Es handle sich um einen sittenwidrigen Lohnverzicht, der unter dem Deckmantel der Kurzarbeit versteckt sei. Die Begriffe Lohnverzicht und Betriebsschließung kämen in der „Vereinbarung“ nicht vor. Voraussetzungen, Beginn und Ende würden nicht definiert. Der Arbeitnehmer werde unangemessen benachteiligt. Zudem sei die „Vereinbarung“ hinsichtlich des Lohnverzichts auch gemäß § 134 BGB nichtig, weil sie gegen § 3 des Mindestlohngesetzes verstieße.

14

Die Beklagte hat erstinstanzlich die Ansicht vertreten, die Kündigung sei nicht nach § 612a BGB unwirksam. Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis, nachdem der Arbeitnehmer ein Änderungsangebot des Arbeitgebers abgelehnt hat, liege hierin kein Verstoß gegen das Maßregelungsverbot (BAG 22.05.2003, 2 AZR 462/02). Die Ausgestaltung des Änderungsangebotes selbst sei auch keine unerlaubte Maßregelung. Das Instrument der Kurzarbeit sei in §§ 95 ff SGB III gesetzlich verankert. Das Angebot, das Arbeitsverhältnis nur fortzusetzen, wenn Kurzarbeit eingeführt werden kann, sei aufgrund der Umstände kein sittenwidriges Angebot. Es sei nicht darum gegangen, den Ungehorsam der Klägerin zu bestrafen. Das Angebot, den Arbeitsvertrag zu ändern, nämlich Kurzarbeit einzuführen, sei nicht Folge des Ungehorsams der Klägerin oder die Geltendmachung von Ansprüchen, sondern die notwendige Folge, auf die pandemiebedingte per Verordnung angeordnete Betriebsschließung zu reagieren.

15

Hinsichtlich des erstinstanzlichen Vortrages der Parteien im Übrigen sowie der genauen Antragstellung wird auf den Tatbestand im Urteil des Arbeitsgerichts (Bl. 84 -88 d.A.) verwiesen.

16

Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Endurteil vom 30.09.2020 abgewiesen. Zur Begründung hat es angeführt, dass die Klage hinsichtlich des allgemeinen Feststellungsantrags unzulässig sei, weil sich keine Anhaltspunkte dafür ergäben, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt neben den mit Kündigungsschutzklage angegriffenen Kündigungen bereits weitere Beendigungstatbestände im Raum gestanden hätten.

#### 17

Die beiden Kündigungsschutzanträge hat das Arbeitsgericht als unbegründet erachtet, da das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 26.03.2020 zum 30.06.2020 aufgelöst worden sei.

#### 18

Es hat insoweit ausgeführt, dass die Kündigung vom 26.03.2020 nicht unwirksam nach §§ 134, 612a BGB sei. Zwar könne auch die auf die Ablehnung eines Änderungsangebotes gestützte Kündigung eine Maßregelung im Sinne des § 612a BGB sein. Dies könne jedoch vor dem Hintergrund, dass - wie § 2 KSchG zeigt - eine Auflösungskündigung wegen der Ablehnung eines Änderungsangebotes sogar sozial gerechtfertigt sein kann, nicht schlechthin, sondern nur unter besonderen Voraussetzungen gelten. Die Abgabe eines Änderungsangebotes durch den Arbeitgeber sei ebenso wie die Ablehnung dieses Angebotes durch den Arbeitnehmer Ausdruck der durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Vertragsfreiheit. Von dem besonderen Unwerturteil des § 612a BGB könne daher eine Kündigung, die auf die Ablehnung eines Änderungsangebotes durch den Arbeitnehmer gestützt ist, nur dann betroffen sein, wenn die Ausgestaltung des Änderungsangebots selbst sich als unerlaubte Maßregelung darstelle, sich also gewissermaßen als „Racheakt“ für eine zulässige Rechtsausübung durch den Arbeitnehmer darstelle. Für das Änderungsangebot selbst müssten daher die besonderen, auf das Motiv des Kündigenden bezogenen Voraussetzungen des § 612a BGB vorliegen (BAG, Urteil vom 22. Mai 2003 - 2 AZR 426/02 -, Rn. 53, juris).

#### 19

Der Rechtsmeinung der Klägerin, dass die vorstehenden Maßgaben nur für Fälle gölten, in denen sich Gründe aus der arbeitsvertraglichen „Vorgeschichte“ auf den Kündigungsentschluss kausal ausgewirkt hätten und das Änderungsangebot sich als Zwischenglied einer Kausalkette zur Lösung eines arbeitsrechtlichen Konflikts darstelle, könne nicht gefolgt werden. Eine solche Einschränkung sei weder den seitens des Bundesarbeitsgerichts allgemein aufgestellten Grundsätzen zu entnehmen noch erscheine diese sachlich geboten. Der grundrechtlich garantierte Schutz der Vertragsfreiheit erscheine vielmehr unabhängig davon geboten, ob das Änderungsangebot der Beilegung eines vorangegangenen Konflikts des Arbeitsverhältnisses dienen sollte. Diese Auslegung des § 612a BGB führe - entgegen der Ansicht der Klägerin - auch nicht zu dessen Abschaffung. Vielmehr blieben alle Fälle, in denen die zugrundeliegende zulässige Rechtsausübung nicht in der Ablehnung eines Änderungsangebots besteht, unberührt. Und auch in Fällen, in denen die zugrundeliegende zulässige Rechtsausübung in der Ablehnung eines Änderungsangebots besteht, laufe § 612a BGB nicht leer, sondern könne im Rahmen der oben dargestellten Maßgaben zur Rechtsfolge des § 134 BGB führen, wenn das Änderungsangebot selbst sich als Maßregelung darstellt.

#### 20

Vorliegend könne zugunsten der Klägerin unterstellt werden, dass die Klägerin mit ihrer Weigerung, das Änderungsangebot der Beklagten anzunehmen, zulässig von ihr zustehenden Rechten Gebrauch gemacht habe und die Weigerung tragender Beweggrund für den Ausspruch der Kündigung vom 26.03.2020 gewesen sei. Die Kündigung vom 26.03.2020 verstieße dennoch nicht gegen das Maßregelverbot des § 612a BGB, da die Ausgestaltung des Änderungsangebots selbst sich nicht als unerlaubte Maßregelung darstelle.

#### 21

Der Beklagten sei beizupflichten, dass es sich bei dem Versuch, Kurzarbeit einzuführen, um ein zulässiges, vor allem aber auch nachvollziehbares, Anliegen handele. Dies gelte grundsätzlich für alle Situationen, in denen der Beschäftigungsbedarf vorübergehend entfalle und somit auch für die vorübergehende Betriebsschließung aufgrund der Corona-Pandemie. Der arbeitsmarktpolitische Zweck des Kurzarbeitergeldes bestünde gerade darin, den Abbau von Arbeitsplätzen bei vorübergehendem Wegfall des Beschäftigungsbedarfs zu vermeiden. Die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Kurzarbeitergeld sei seitens des Bundesgesetzgebers im Rahmen der Corona-Pandemie entsprechend erweitert worden. Auch die Klägerin sehe in der Einführung von Kurzarbeit ein legitimes Anliegen.

#### 22

Das Angebot der Beklagten stelle sich auch nicht als unerlaubte Maßregelung dar, weil mit seiner Annahme eine Reduzierung des Einkommens der Klägerin einhergegangen wäre. Dies stelle vielmehr den Normalfall der Kurzarbeit dar, § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. Irrtümlich gehe die Klägerin davon aus, dass das Angebot der Beklagten aufgrund der Rückdatierung auf 29.02.2020 darauf gerichtet gewesen wäre, einen Verzicht auf Arbeitsentgelt für in der Vergangenheit geleistete Arbeit herbeizuführen. Das Angebot habe vielmehr nur die Möglichkeit vorgesehen, Kurzarbeit - nach entsprechender Anzeige bei der Bundesagentur für Arbeit - für die Zukunft anzuordnen. Dementsprechend könne das Änderungsangebot auch nicht zu einer mindestlohnwidrigen Bezahlung der Klägerin führen.

## 23

Offenbleiben könne, ob der Klägerin ohne die einvernehmliche Einführung von Kurzarbeit Annahmeverzugslohn nach §§ 615 Satz 3, 293 ff BGB zugestanden hätte, da das Angebot der Beklagten auch dann nicht dem Unwerturteil des § 612a BGB unterläge, wenn die Klägerin ohne die Vereinbarung von Kurzarbeit grundsätzlich den vollen Lohn beanspruchen hätte können. Die Beklagte mache - nachvollziehbar - geltend, mit ihrem Änderungsangebot auf den drohenden Rückgang der Beschäftigungsmöglichkeiten aufgrund der angeordneten Betriebsschließung reagiert zu haben. Dafür, dass mit dem Änderungsangebot der Beklagten ein zulässiges Verhalten der Klägerin sanktioniert worden wäre, seien hingegen keine Anhaltspunkte ersichtlich. Mit der Vereinbarung von Kurzarbeit bestehe vielmehr ein rechtlich zulässiges Instrument, um das Betriebsrisiko des Arbeitgebers zu verringern. Denn die Grundsätze der Betriebsrisikolehre seien ebenso wie § 615 BGB insgesamt dispositiv. Sie könnten eben gerade auch von einzelvertraglichen Regelungen verdrängt werden (BAG 4.7.1958 AP BGB § 615 Betriebsrisiko Nr. 5; 25.1.2012 AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 337; ErfK/Preis, 20. Aufl. 2020 Rn. 129, BGB § 615 Rn. 129). Dabei könne dahinstehen, ob die angetragene Vereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit in jeder Hinsicht einer AGB-Kontrolle standgehalten hätte, etwa im Hinblick darauf, dass Beginn und Ende der Kurzarbeit nicht näher festgelegt sind. Entscheidend sei, dass das Angebot der Beklagten offensichtlich nicht auf eine Maßregelung der Klägerin abziele, sondern mit der Einschränkung des Betriebsrisikos sachlich gerechtfertigte Ziele verfolge.

## 24

Die Kündigung vom 26.03.2020 sei auch nicht sittenwidrig und unwirksam nach §§ 134, 138 BGB. Dies sei schon deshalb nicht der Fall, weil - wie ausgeführt - die Kündigung der Durchsetzung rechtmäßiger und legitimer Interessen der Beklagten diene.

## 25

Hinsichtlich der Entscheidungsgründe des Urteils im Übrigen wird auf die Bl. 88 bis 94 d.A. verwiesen.

## 26

Das Urteil des Arbeitsgerichts Bamberg - Kammer Coburg - vom 30.09.2020 ist der Klägerin am 11.10.2020 zugestellt worden. Die Berufungsschrift vom 03.11.2020 ist beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am 04.11.2020 eingegangen. Die Berufungsbegründungsschrift vom 01.12.2020 ist beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am 02.12.2020 eingegangen.

## 27

Die Klägerin führt zur Begründung ihrer Berufung aus, dass das Arbeitsgericht im Rahmen der Prüfung von § 612a BGB zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass es sich beim streitgegenständlichen Sachverhalt um einen „Normalfall“ der Kurzarbeit handle. Die Tatsache, dass zum Zeitpunkt der Vorlage der Vereinbarung vom 23.03.2020 durch die Beklagte der Betrieb zum 21.03.2020 durch behördliche Anordnung bereits geschlossen war, werde völlig ausgeblendet. Mit der Anordnung der Betriebsschließung seien deren Rechtsfolgen vorgegeben und die unternehmerischen Entscheidungen beschränkt. Die eingeräumte Möglichkeit des Kurzarbeitergeldes sei lediglich eine zusätzliche staatliche Hilfe, die keinesfalls dazu führen könne, dass der Anspruch aus § 615 BGB ersetzt, abgelöst oder reduziert werde. Auch die vom Arbeitsgericht herangezogene Vorschrift des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB sei nicht einschlägig. Vielmehr werde die Rechtsfolge des § 326 Abs. 2 S. 1 BGB durch § 615 S. 3 BGB auf Fälle ausgedehnt, in denen wie hier der Arbeitgeber das Betriebsrisiko trage. Gem. § 615 S. 2 BGB müsse sich die Klägerin das gezahlte Kurzarbeitergeld anrechnen lassen, was der Beklagten zu Gute komme. Genau dieses Ergebnis habe das Bundesarbeitsministerium dargestellt und publiziert. Weiterhin könne es sich nicht um einen „Normalfall“ der Kurzarbeit handeln, wenn das legitime Anliegen eines Angebots zur Einführung der gesetzlichen Kurzarbeit iSd. §§ 95-111 SGB III dazu missbraucht werde, den gem. § 615 BGB bestehenden Lohnanspruch zu

kürzen. Die von der Beklagten vorgelegte Vereinbarung verschweige deren Rechtsfolgen. Dies habe die Klägerin so verstehen müssen, dass bei Zahlung des Kurzarbeitergeldes keine darüberhinausgehenden Lohnzahlungen durch die Beklagte geleistet werden. Die Klägerin habe durch ihre Einverständniserklärung zur Beantragung der Kurzarbeit der Beklagten die Möglichkeit eröffnet, Kurzarbeit in den Arbeitsvertrag einzubeziehen und sich allein dem Ansinnen der Beklagten widersetzt, dass ihre während der Betriebsschließung gem. § 615 BGB bestehenden Zahlungsansprüche ohne rechtlichen Grund und ohne jeden Anspruch reduziert würden. Die Tatsache, dass die Klägerin ihre Ansprüche geltend gemacht und auf Rechtspositionen beharrt hat, sei tragender und ausschließlicher Beweggrund für die Kündigung. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass die Klägerin der Einführung von Kurzarbeit ausdrücklich zugestimmt habe. Im Übrigen halte Vereinbarung einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand und sei insgesamt und ohne die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion unwirksam. Sie sei außerdem sittenwidrig und verstoße gegen ein gesetzliches Verbot iSd § 134 BGB, da der Lohnanspruch nach § 615 BGB unter die Grenze des Mindestlohns „heruntergefahren“ werde.

## **28**

Die Klägerin und Berufungsklägerin beantragt,

Das Urteil des Arbeitsgerichts Bamberg - Kammer Coburg - vom 30.09.2020, Az.: 4 Ca 277/20 wird dahingehend abgeändert, dass

1. festgestellt wird, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 26.03.2020, zugegangen am 27.03.2020, zum 30.06.2020 nicht aufgelöst wird und weiter festgestellt wird, dass

2. das Arbeitsverhältnis auch nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 31.03.2020, zugegangen am 31.03.2020, zum 30.06.2020 aufgelöst wird.

## **29**

Die Beklagte und Berufungsbeklagte beantragt,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

## **30**

Die Beklagte verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts. Sie führt aus, dass sie die Kurzarbeit auch habe einführen können, nachdem der Betrieb durch die behördliche Anordnung geschlossen worden sei. Auf die Betriebsschließung und den damit verbundenen Arbeitsausfall habe die Beklagte mit der Vereinbarung auf Einführung von Kurzarbeit reagieren dürfen. Allein der drohende Arbeitsausfall und nicht die Sanktionierung eines zulässigen Verhaltens sei Anlass für die Unterbreitung des Änderungsangebots gewesen.

## **31**

Wegen des weitergehenden Berufungsvorbringens der Parteien wird auf die Schriftsätze der Klägerin vom 01.12.2020 (Bl. 136 ff d.A.) und vom 04.03.2021 (Bl. 159 ff d.A.) sowie der Beklagten vom 11.01.2021 (Bl. 150 ff d.A.) und vom 09.03.2021 (Bl. 164 f d.A.) Bezug genommen. Bezug genommen wird auch auf den gesamten Akteninhalt im Übrigen.

## **Entscheidungsgründe**

I.

## **32**

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft, § 64 Abs. 1, Abs. 2 b ArbGG, und auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO.

II.

## **33**

Die Berufung ist jedoch unbegründet. Das Arbeitsgericht hat die Klage mit ausführlicher und überzeugender Begründung abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht folgt den Erwägungen des Erstgerichts in vollem Umfang. Insoweit wird auf eine bloß wiederholende Darstellung im Hinblick auf § 69 Abs. 2 ArbGG verzichtet. Die Berufungsangriffe sind nicht geeignet, zu einer vom Erstgericht abweichenden Entscheidung zu kommen.

Im Hinblick auf die Berufungsangriffe ist lediglich noch Folgendes anzumerken:

## 35

1. Entgegen der Ansicht der Klägerin verstößt die auf ihre Nichtannahme des Angebots der Vereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit vom 23.03.2020 gestützte Kündigung nicht deshalb gegen § 612a BGB, weil die Klägerin infolge der zum Zeitpunkt des Änderungsangebots auf Grund der bereits zum 21.03.2020 erfolgten behördlichen Betriebsschließung einen unabdingbaren Vergütungsanspruch nach §§ 615 S. 1 und S. 3 BGB gehabt hätte. Die Klägerin hatte keinen Anspruch darauf, dass ihr die Beklagte im Rahmen der Vereinbarung über die Einführung der Kurzarbeit den vollen Lohnausgleich zusichert. Das Angebot der Beklagten zur Vereinbarung über die Einführung von Kurzarbeit vom 23.03.2020 erweist sich daher nicht als unerlaubte Maßregelung, weil es entgegen der Forderung der Klägerin keinen vollen Lohnausgleich vorsieht, so dass die auf die Ablehnung des Angebots gestützte Kündigung nicht gegen § 612a BGB verstößt.

## 36

a) Wie bereits das Arbeitsgericht ausgeführt hat, kann die auf die Ablehnung eines Änderungsangebotes gestützte Kündigung vor dem Hintergrund, dass - wie § 2 KSchG zeigt - eine Beendigungskündigung wegen der Ablehnung eines Änderungsangebotes sogar sozial gerechtfertigt sein kann, nicht schlechthin eine Maßregelung im Sinne des § 612a BGB sein. Dies kann nur unter besonderen Voraussetzungen gelten. Die Abgabe eines Änderungsangebotes durch den Arbeitgeber ist ebenso wie die Ablehnung dieses Angebotes durch den Arbeitnehmer Ausdruck der durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Vertragsfreiheit. Von dem besonderen Unwerturteil des § 612a BGB kann daher eine Kündigung, die auf die Ablehnung eines Änderungsangebotes durch den Arbeitnehmer gestützt ist, nur dann betroffen sein, wenn die Ausgestaltung des Änderungsangebots selbst sich als unerlaubte Maßregelung darstellt, sich also gewissermaßen als „Racheakt“ für eine zulässige Rechtsausübung durch den Arbeitnehmer darstellt. Für das Änderungsangebot selbst müssen daher die besonderen, auf das Motiv des Kündigenden bezogenen Voraussetzungen des § 612a BGB vorliegen (BAG, Urteil vom 22.05. 2003 - 2 AZR 426/02, Rn. 53, juris).

## 37

b) Daran fehlt es vorliegend. Die Klägerin erkennt, dass es legitimes Ziel der Einführung von Kurzarbeit ist, bei Arbeitsausfall gerade dem Annahmeverzugs- und Betriebsrisiko des Arbeitgebers zum Zwecke des Erhalts der Arbeitsplätze zu begegnen. Mit der Einführung von Kurzarbeit soll verhindert werden, dass der Arbeitgeber den Arbeitsausfall und das ihn ggf. vergütungsrechtlich nach Maßgabe des § 615 BGB treffende Annahmeverzugs- und Betriebsrisiko zum Anlass nimmt bzw. nehmen muss, sich von Mitarbeitern zu trennen. Arbeitsrechtlich ist unter Kurzarbeit die vorübergehende Kürzung des Volumens der regelmäßig geschuldeten Arbeitszeit bei anschließender Rückkehr zum vereinbarten Zeitumfang zu verstehen. Die Einführung von Kurzarbeit bedarf einer besonderen normativen oder einzelvertraglichen Grundlage (vgl. BAG vom 18.11.2015 - 5 AZR 491/14, Rn. 15 juris). Die wirksame Vereinbarung von Kurzarbeit hat also zur Folge, dass die regelmäßige Arbeitszeit des Arbeitnehmers im Umfang der vereinbarten Kurzarbeit vorübergehend verkürzt wird. In diesem Umfang tritt weder Annahmeverzug ein noch trägt der Arbeitgeber insoweit das Risiko des Arbeitsausfalls nach § 615 S. 3 BGB. Der Arbeitnehmer behält den Lohnanspruch (nur) in Höhe des Kurzarbeitergelds. Die Vergütungspflicht des Arbeitgebers entfällt somit nicht vollständig, was von Bedeutung ist, wenn ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld gem. §§ 95 ff SGB III nicht besteht (vgl. BAG vom 22.04. 2009 - 5 AZR 310/08, Rn.12 juris). Es ist also nicht so, wie die Klägerin meint, dass im Falle der Kurzarbeit der volle Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers gem. § 615 S. 1 und 3 BGB bestehen bleibt, auf den das gezahlte Kurzarbeitergeld anzurechnen ist. Vielmehr besteht bei wirksam eingeführter Kurzarbeit der Vergütungsanspruch im Umfang der eingeführten Kurzarbeit (von vornherein) nur in Höhe des gesetzlichen Kurzarbeitergeldes. Bestehen - wie vorliegend - keine entsprechenden kollektivrechtlichen Vorgaben, ist der Arbeitgeber grundsätzlich frei in seiner Entscheidung, ob er den Arbeitnehmern einen Zuschlag zum Kurzarbeitergeld zahlt. Individualrechtlich kommt daher ein Anspruch auf Erhöhung des gesetzlichen Kurzarbeitergeldes nur in Betracht, wenn der Arbeitgeber freiwillig entsprechende Zusagen gemacht hat, etwa in der Form der Gesamtzusage oder der echten Individualzusage (vgl. Lunck/Hackethal NZA 2020, 837). Unerheblich ist, ob die Rechtslage in den Hinweisen des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, die die Klägerin als Anlagen 4 und 5 (Bl. 11 und 12 d.A.) vorgelegt hat, tatsächlich anders dargestellt wird. Die Hinweise sind nicht rechtsverbindlich und weder für die Parteien noch für das Gericht bindend.

c) Die Beklagte war daher nicht verpflichtet, der Klägerin im Rahmen des Angebots der Vereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit vom 23.03.2020 über die Höhe des Kurzarbeitergeldes hinaus vollen Lohnausgleich zuzusagen bzw. das Gegenangebot der Klägerin vom 24.03.2020, das eine entsprechende Verpflichtung der Beklagten enthält, anzunehmen. Es stand ihr vielmehr grundsätzlich frei, auf die bereits erfolgte behördliche Betriebsschließung zu reagieren, indem sie der Klägerin ein Angebot einer Vereinbarung über Kurzarbeit ohne vollen Lohnausgleich unterbreitet. Die Klägerin wiederum hatte keinen Anspruch darauf, dass ihr die Beklagte im Fall der Kurzarbeit vollen Lohnausgleich zusagt bzw. das darauf gerichtete Gegenangebot der Klägerin annimmt. Das Angebot der Beklagten zur Vereinbarung über die Einführung von Kurzarbeit vom 23.03.2020 erweist sich daher nicht als unerlaubte Maßregelung, so dass die auf die Ablehnung des Angebots gestützte Kündigung auch nicht gegen § 612a BGB verstößt.

2. Entgegen der Ansicht der Klägerin kommt es für die Frage, ob die Kündigung als verbotene Maßregelung gem. § 612a BGB unwirksam ist, nicht darauf an, ob die von der Beklagten angetragenen Regelungen zur Einführung der Kurzarbeit einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff BGB standhalten würden und ob die Vereinbarung, wenn sie zustande gekommen wäre, ggf. insgesamt unwirksam wäre (vgl. zu den Mindestanforderungen, die für die Wirksamkeit einer Betriebsvereinbarung über die Anordnung von Kurzarbeit erfüllt sein müssen: BAG vom 18.11.2015 - 5 AZR 491/14, Rn. 15 juris). Wie bereits das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, würde sich auch in diesem Fall das Angebot nicht als unerlaubte Maßregelung in Form eines Racheaktes darstellen. Hinzukommt, dass die Klägerin das Angebot der Beklagten gegenüber allein mit der Begründung abgelehnt hat, dass die Beklagte der Klägerin keinen vollen Lohnausgleich zugesichert hat und nicht etwa (auch) deshalb, weil die von der Beklagten angetragenen Regelungen zur Einführung von Kurzarbeit (auch) im Übrigen gegen die §§ 307 ff BGB verstießen bzw. diese (auch) im Übrigen unwirksam seien. Vielmehr hat sie sich ausdrücklich mit der Beantragung von Kurzarbeitergeld durch die Beklagte einverstanden erklärt und auch im Verfahren darauf hingewiesen, mit der Anordnung von Kurzarbeit selbst einverstanden gewesen zu sein. Etwaige mit der Unwirksamkeit der Regelungen im Zusammenhang stehende Rechte hat die Klägerin daher vor der Kündigung nicht iSd. § 612a BGB „ausgeübt“.

3. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist die von der Beklagten angebotene Vereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit vom 23.03.2020 wegen des darin nicht vorgesehenen Lohnausgleichs weder sittenwidrig iSd. § 138 BGB noch verstößt sie gegen ein gesetzliches Verbot iSd § 134 BGB, weil der Lohnanspruch nach § 615 BGB unter die Grenze des Mindestlohns „heruntergefahren“ werde. Auch unter diesen Gesichtspunkten ist die auf die Ablehnung des Angebots gestützte Kündigung nicht unwirksam.

a) Dass der nicht vorgesehene Lohnausgleich nicht zur Sittenwidrigkeit iSd. § 138 BGB führt, ergibt sich bereits aus den Ausführungen unter II 1. b) Die Vereinbarung verstößt auch nicht gegen das Mindestlohngesetz. Soweit der Arbeitnehmer infolge wirksam eingeführter Kurzarbeit keine Arbeitsleistung erbringt, erwirbt er keinen Mindestlohnanspruch gemäß § 1 Abs. 1 (iVm § 20). Die Kurzarbeit führt zu einer (teilweisen) Suspendierung der Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis. Der Arbeitnehmer wird im Umfang der Kurzarbeit von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt. Als Ausgleich erhält der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld gegen den Arbeitgeber, unabhängig davon, ob die sozialrechtlichen Voraussetzungen (§§ 95 ff. SGB III) für den Bezug von Kurzarbeitergeld vorliegen (Riechert/Nimmerjahn, MiLoG, 2. A. § 1 Rn. 45 sowie oben unter II 1 a). Davon abweichende Regelungen enthält die angebotene Vereinbarung nicht. Sie enthält auch keine Regelungen, wonach die Klägerin je geleisteter Arbeitsstunde weniger als den gesetzlichen Mindestlohn erhalten soll oder dass im Falle bestehender Entgeltfortzahlungsansprüche wie z.B. §§ 3 EFZG, 615 BGB oder § 11 BurlG die fortzuzahlende Vergütung die Höhe des bei erbrachter Arbeitsleistung zu zahlenden Mindestlohn unterschreiten kann.

1. Die Klägerin hat die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO.



2. Für die Zulassung der Revision besteht kein gesetzlich begründeter Anlass, § 72 Abs. 1 und 2 ArbGG.