LArbG München, Urteil v. 05.05.2021 – 5 Sa 938/20

Titel:

ordentliche betriebsbedingte Kündigung einer Reiseleiterin in der Corona-Pandemie

Normenkette:

KSchG § 1 Abs. 2

Leitsatz:

Die gleichzeitige Einführung von Kurzarbeit im Betrieb für Mitarbeiter mit den gleichen Aufgaben spricht gegen einen dauerhaft gesunkenen Beschäftigungsbedarf (Anschluss an BAG, 23.02.2012, 2 AZR 548/10). Da für einen Reiseleiter und Stadtführer aufgrund der Covid-Pandemie zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung am 09.04.2020 die Prognose eines dauerhaften Rückgangs des Arbeitsvolumens nicht bestand, war die Kündigung nicht aus dringenden betriebsbedingten Gründen sozial gerechtfertigt. (Rn. 35 – 36 und 38)

Schlagworte:

Corona-Pandemie, kein dauerhafter Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit, Reiseleiterin, ordentliche betriebsbedingte Kündigung, Kurzarbeit, Prognose

Vorinstanz:

ArbG Passau, Endurteil vom 27.08.2020 – 3 Ca 377/20

Fundstellen:

NWB 2021, 2800

LSK 2021, 15259

Tenor

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Endurteil des Arbeitsgerichts Passau vom 27.08.2020, Az.: 3 Ca 377/20 abgeändert:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 08.04.2020, zugegangen am 09.04.2020, nicht aufgelöst worden ist.

2. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1
Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung. Die auch unter der Marke X. auftretende Beklagte ist eine in P. ansässige Anbieterin von Schiffservice, Parkservice, Touren und Gepäcklogistik. Sie gehört zur E.-Unternehmensgruppe, welche aus mehreren Unternehmen der Reise- und Tourismusbranche besteht und beschäftigt ständig mehr als zehn Arbeitnehmer i.S. des Kündigungsschutzgesetzes.

2
Die am 00.00.1954 geborene Klägerin, verwitwet und unterhaltspflichtig für einen Sohn in der Ausbildung, war bei der Beklagten aufgrund des Arbeitsvertrages vom 05.03.2018 (Bl. 12 ff d.A.) seit 21.03.2018 als „Stadtführerin und Reiseleiterin“ mit einer monatlichen Vergütung von 2.500,00 € brutto beschäftigt.

3
Im März 2020 wandte sich die Beklagte an ihre Mitarbeiter und bat diese im Hinblick auf die wegen der Corona-Pandemie bestehenden Einschränkungen darum, ihre Zustimmung zur Reduzierung der Arbeitszeit auf Kurzarbeit zu erteilen. Die Klägerin, bei der die sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld im Hinblick auf das Überschreiten des Rentenalters nicht gegeben sind, teilte der Beklagten mit E-Mail vom 17.03.2020 (Bl. 17 d.A.) mit, dass sie - wenn es notwendig sein sollte - bereit sei, auch ihren Beitrag zu leisten, um gemeinsam diese Krise überstehen zu können.

4
Die Stadt P. hat am 20.03.2020 eine zum 21.03.2020 in Kraft getretene Allgemeinverfügung erlassen und das Anlegen von Personenschiffen im gesamten Stadtgebiet verboten. Am 27.03.2020 wurde sodann die Bayerische Verordnung bei Infektionsschutzmaßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie veröffentlicht, die am 31.03.2020 in Kraft getreten ist und zunächst bis zum 19.04.2020 befristet war. In § 2 Betriebsuntersagungen ist in Abs. 1 die Untersagung des Betriebs sämtlicher Einrichtungen geregelt, die nicht notwendigen Verrichtungen des täglichen Lebens, sondern der Freizeitgestaltung dienen. Hierin waren auch Stadtführungen eingeschlossen. In der 5. Bayerischen Infektionsmaßnahmenverordnung vom 29.05.2020 wurde sodann in § 11 Abs. 2 geregelt, dass u. a. Stadt- und Gästeführungen zulässig sind, wenn der Verantwortliche durch geeignete Maßnahmen sicherstellt, dass grundsätzlich der Mindestabstand von 1,5 Metern zwischen den Teilnehmern eingehalten werden kann. Dabei war die Gruppengröße in geschlossenen Räumen auf eine Person je 20 qm und im Freien auf höchstens 15 Personen begrenzt. Die Verordnung trat am 30.05.2020 in Kraft und war bis 14.06.2020 befristet. Im Amtsblatt der Stadt P. wurde am 08.07.2020 die Aufhebung der Allgemeinverfügung der Stadt P. zum Verbot des Anlegens der Personenschiffe im gesamten Stadtgebiet aufgehoben.

5
Die Parteien versuchten zunächst eine Verständigung über eine Reduzierung der Vergütung. Eine Einigung auf € 1.500,00 brutto kam nicht zustande. Eine schließlich von der Beklagten vorgeschlagene Gehaltskürzung auf € 1.000,00 brutto lehnte die Klägerin mit vorab per E-Mail übermitteltem Schreiben vom 08.04.2020 (Bl. 18 f d.A.) ab.

6
In der Folge kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 08.04.2020 (Bl. 16 d.A.) das mit der Klägerin bestehende Arbeitsverhältnis „aufgrund der Corona-Krise und der wirtschaftlichen Auftragslage“ zum 15.05.2020 bzw. zum nächstmöglichen Termin.

7
Mit ihrer Kündigungsschutzklage vom 14.04.2020, eingegangen beim Arbeitsgericht Passau am 15.04.2020, hat die Klägerin die Unwirksamkeit der Kündigung wegen fehlender sozialer Rechtfertigung geltend gemacht und außerdem darauf verwiesen, dass jedenfalls die ordentliche Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine Beendigung frühestens zum 31.05.2020 erlaube.

8
Die Klägerin hat sich darauf berufen, dass keine dringenden betrieblichen Erfordernisse vorliegen, die ihrer Weiterbeschäftigung entgegenstehen. Ein nur vorübergehender Arbeitsmangel könne eine betriebsbedingte Kündigung nicht rechtfertigen. Werde im Betrieb Kurzarbeit geleistet, spreche dies gegen einen dauerhaft gesunkenen Beschäftigungsbedarf. Die gesetzgeberische Wertung in § 615 Satz 3 BGB, wonach der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers nicht entfalle, wenn der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trage, strahle auch in das Kündigungsschutzrecht aus und dürfe nicht durch dieses unterlaufen werden.

9
Soweit der Klägerin bekannt sei, sei sie die Einzige im Betrieb der Beklagten, die von der Kurzarbeiterregelung ausgeschlossen ist. Es sei daher wenig plausibel, dass sich die daraus resultierende finanzielle Belastung der Beklagten zu einem dringenden betrieblichen Erfordernis verdichte. Sie habe darüber hinaus einer angemessenen Herabsetzung ihres Einkommens um den prozentualen Anteil, den auch die anderen Mitarbeiter zu tragen hätten, zugestimmt. Die Beklagte habe ihr zunächst eine Reduzierung der Vergütung auf 1.500,00 € brutto monatlich für die Dauer der Krise angeboten, womit, sie ihr Einverständnis erklärt habe. Allerdings sollte auf Wunsch der Beklagten die Änderung in einer Zusatzvereinbarung schriftlich festgehalten werden, die der Klägerin nie zugegangen sei. Später habe die Beklagte von der Klägerin ultimativ verlangt, sich mit einer Reduzierung auf € 1.000,00 brutto einverstanden zu erklären. Dem habe sie nicht nähertreten können, weil dies eine Absenkung des Nettogehalts auf etwa 800,00 € bedeutet hätte und damit auf einen Betrag unter dem existenzsichernden Minimum von Arbeitslosengeld II („Hartz IV“).

10
Mit Rücksicht auf ihr Alter und der Tatsache, dass sie mangels einer anderweitigen Alterssicherung auf ihr Einkommen angewiesen ist, liege es nahe, dass die Beklagte ihr Auswahlermessen nach § 1 Abs. 3 KSchG nicht oder jedenfalls nicht zutreffend ausgeübt habe.

11
Die Klägerin hat erstinstanzlich beantragt festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung vom 08.04.2020, zugegangen am 09.04.2020, nicht aufgelöst worden ist.

12
Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt, die Klage abzuweisen.

13
Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass die Kündigung aus betriebsbedingten Gründen gerechtfertigt ist. Aufgrund der Entwicklung der sog. Corona-Krise seien ab Mitte März 2020 keine von der Beklagten angebotenen Leistungen im Bereich Busreisen/Parken/Stadtführungen mehr abgerufen worden. Eine von der Klägerin im Februar 2020 durchgeführte Stadtführung mit einem Erlös von € 92,00 sei durch die Verbindungen der Klägerin zu dem veranstaltenden niederländischen Reiseunternehmen zustande gekommen und sei die einzige Stadtführung im laufenden Kalenderjahr gewesen. Die Beklagte habe einschließlich der Klägerin lediglich zwei Reiseleiter/Stadtführer im Arbeitsverhältnis beschäftigt. Sämtliche anderen Reiseleiter/Stadtführer seien auf der Grundlage von Einzelaufträgen als freie Mitarbeiter tätig (gewesen). Die Beklagte habe sich zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin entschließen müssen, da nicht absehbar sei, ob bzw. wann diese wieder eingesetzt werden könne. Leistungen aufgrund von Kurzarbeiterregelungen könne die Klägerin gerade nicht in Anspruch nehmen. Die anderen bei der Beklagten beschäftigten Arbeitnehmer seien allesamt in Kurzarbeit gegangen.

14
Der zweite angestellte Reiseleiter/Stadtführer sei seit dem 01.08.2017 und damit ein gutes halbes Jahr länger als die Klägerin bei der Beklagten beschäftigt und verheiratet. Er sei seit der 11. Kalenderwoche 2020 in Kurzarbeit gewesen und habe zuletzt am 10.03. 2020 eine fünfstündige Tour betreut. Mittlerweile habe sich die Beklagte gezwungen gesehen, auch diesem letzten im Angestelltenverhältnis verbliebenen Stadtführer zu kündigen, ebenso der Mitarbeiterin im Backoffice aus der Abteilung Guides. Für die von der Beklagten angebotenen Leistungen im Bereich Flusskreuzfahrten/Reiseleitungen/Stadtführungen in P. bestehe im laufenden Kalenderjahr keine Nachfrage. Stadtführungen mit angestellten Mitarbeitern werde die Beklagte auf Dauer nicht mehr durchführen. Sie habe sich entschlossen, keine geführten Stadtrundgänge gegenüber Reiseveranstaltern der Flusskreuzfahrtbranche mehr anzubieten. Deshalb bestehe für die Klägerin keine Einsatzmöglichkeit mehr.

15
Das Arbeitsgericht Passau hat mit seinem Urteil vom 27.08.2020, Az.: 3 Ca 377/20, auf das hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Ausführungen Bezug genommen wird, der Klage lediglich hinsichtlich der einzuhaltenden Kündigungsfrist und damit einer Beendigung zum 31.05.2020 statt 15.05.2020 stattgegeben und im Übrigen die Kündigungsschutzklage abgewiesen.

16
Das Arbeitsgericht hat seine Entscheidung damit begründet, dass die Kündigung aus dringenden betrieblichen Gründen sozialgerechtfertigt gewesen sei. Der Deutsche Bundestag habe am 25.03.2020 festgestellt, dass in Deutschland eine epidemische Lage von nationaler Tragweite bestehe. In Bayern sei am 31.03.2020 die erste Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 27.03.2020 in Kraft getreten, die u. a. Stadtführungen untersagt habe. Diese Betriebsuntersagungen seien auch in den daran anschließenden zweiten und dritten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen enthalten gewesen. Nach der vierten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 05.05.2020, in Kraft getreten am 11.05.2020 seien Stadtführungen geschlossen gewesen. Erst aufgrund der fünften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung seien diese eingeschränkt wieder zulässig gewesen und dies habe sich auch in der sechsten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung fortgesetzt. Die Stadt P. habe zudem am 20.03.2020 eine zum 21.03.2020 in Kraft getretene Allgemeinverfügung zum Verbot des Anlegens von Personenschiffen im gesamten Stadtgebiet erlassen, die erst am 07.07.2020 für die Zukunft aufgehoben worden sei. Daraus ergebe sich, dass in der Zeit vom 21.03.2020 bis 07.07.2020 keine Flusskreuzfahrtschiffe in der Stadt P. anlegen durften und dass der Beklagte vom 31.03. bis in den Monat Mai 2020 hinein Stadtführungen untersagt und danach allenfalls mit Einschränkungen möglich waren.

17
Dieser, wenn auch nur vorübergehende Ausfall führe dazu, dass die der Klägerin gegenüber ausgesprochene Kündigung vom 08.04.2020 durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne von § 1

Abs. 2 S. 1 KSchG bedingt sei, die einer Weiterbeschäftigung im Betrieb der Beklagten entgegenstünden. Das mildere Mittel der Vereinbarung von Kurzarbeit habe im Falle der Klägerin nicht zur Verfügung gestanden. Die damit zusammentreffende Ungewissheit über die Dauer des durch die oben dargestellten Corona-Maßnahmen verursachten vorübergehenden Arbeitsausfalls stellten dringende betriebliche Erfordernisse dar. Zwar könne ein nur vorübergehender Arbeitsmangel in der Regel eine betriebsbedingte Kündigung nicht rechtfertigen. Auch spreche die Tatsache, dass in einem Betrieb Kurzarbeit geleistet wird, gegen einen dauerhaft gesunkenen Beschäftigungsbedarf.

18
Zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vom 08.04.2020 am 09.04.2020 sei aber für niemanden absehbar gewesen, wie lange das landesweite Verbot von Stadtführungen und Reisebusreisen dauern würde. Diese Ungewissheit über die zeitliche Dimension des vorübergehenden Arbeitsausfalls stehe einer dauerhaften Reduzierung des betrieblichen Arbeitskräftebedarfs im Sinne der Rechtsprechung gleich. Eine bezogen auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung angestellte Prognose, dass der Beschäftigungsbedarf für eine Stadtführerin/Reiseleiterin für längere Zeit entfallen werde, sei im Übrigen durch die nachfolgende Entwicklung bestätigt worden. Auf die zwischen den Parteien streitige Frage, ob, wann und in welchem Umfang nach Aufhebung des Anlegeverbots das Geschäft mit den Stadtführungen wieder anlaufe, komme es nicht an.

19
Anderweitige zumutbare und wirtschaftlich sinnvolle Maßnahmen vorrangig zur Kündigung hätten nicht bestanden. Eine Vereinbarung über die vorübergehende Absenkung der Vergütung der Klägerin auf die von ihr vorgeschlagenen € 1.500,- brutto sei nicht zustande gekommen. Ein Angebot der Beklagten auf Absenkung der Vergütung auf vorübergehend € 1.000,- habe die Klägerin nicht angenommen. Die Beklagte sei nicht gehalten gewesen, der Klägerin vor Ausspruch der Beendigungskündigung eine vorübergehende Reduzierung der Vergütung anzubieten.

20
Auch eine soziale Auswahl habe nicht durchgeführt werden müssen. Die Klägerin habe keinen Arbeitnehmer namentlich benannt, dem unter Berücksichtigung der Dauer der Betriebszugehörigkeit, des Lebensalters, der Unterhaltspflicht und einer Schwerbehinderung an ihre Stelle hätte gekündigt werden müssen. Der von der Beklagten erwähnten weiteren Stadtführer mit etwas längerer Dauer der Betriebszugehörigkeit sei zwar von der Tätigkeit her mit der Klägerin an sich vergleichbar. Im konkreten Fall scheide er jedoch als vergleichbarer Arbeitnehmer aus, weil er - anders als die Klägerin - zum Bezug von Kurzarbeitergeld berechtigt sei. Die Kündigung sei deshalb wirksam und habe das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist gemäß § 622 Abs. 2 Nr. 1 BGB von einem Monat zum Ende des Kalendermonats und damit zum 31.05.2020 beendet.

21
Gegen dieses Endurteil vom 27.08.2020, der Klägerin zugestellt am 08.09.2020 hat diese mit einem am 05.10.2020 eingegangen Schriftsatz Berufung eingelegt und ihre Berufung am 20.11.2020 begründet, nachdem die Berufungsbegründungsfrist bis 07.12.2020 verlängert worden war.

22
Die Klägerin macht mit ihrer Berufung geltend, dass ein vorübergehender Arbeitsmangel kein Kündigungsgrund sei. Stadtführungen hätten bereits ab Ende Mai 2020 wieder durchgeführt werden können und das Anlegeverbot für Schiffe habe am 08.07.2020 geendet.

23
Zudem habe die Klägerin Stadtführungen nicht nur im Rahmen von Kreuzfahrten durchgeführt. Ihre Arbeit sei nicht dauerhaft weggefallen. Dies werde auch dadurch belegt, dass die Beklagte noch heute Werbung für Stadtführungen mache. Auch sei als milderes Mittel eine Einigung mit der Klägerin auf Kurzarbeit bzw. Reduzierung der Vergütung möglich gewesen.

24
Die Klägerin beantragt,

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Passau vom 27.08.2020, Az.: 3 Ca 377/20, zugestellt am 08.09.2020, aufgehoben.

2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 08.04.2020, zugegangen am 09.04.2020, nicht aufgelöst worden ist.

25
Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

26
Die Beklagte macht geltend, dass der Arbeitsmangel nicht nur vorübergehend gewesen sei. Aufgrund der Stornierungen von Buchungen sei bei ihr die Einführung von Kurzarbeit erforderlich gewesen. Die Hauptkunden der Beklagten wie die T., die Z. Flusskreuzfahrten und die V. hätten bis 31.10. bzw. vorläufig 30.06.2020 sämtliche Buchungen storniert. Es sei völlig ungewiss gewesen, ob in der laufenden Saison überhaupt noch Stadtführungen und Dienste als Reiseleitung nachgefragt würden. Die Klägerin habe am 07.02.2020 die einzige holländische Stadtführung in diesem Jahr 2020 durchgeführt. Ein für den 17.03.2020 geplanter Termin der Z. sei ausgefallen. Zum Zeitpunkt der Kündigung sei deswegen der Arbeitsmangel nicht nur vorübergehend gewesen und vielmehr nicht vorhersehbar.

27
Eine Änderungskündigung sei wegen der Ungewissheit nicht in Betracht gekommen. Inzwischen sei zudem die Kündigung aller angestellten Mitarbeiter im Bereich Stadtführungen erfolgt. Es würden hier nur noch selbständige Mitarbeiter beschäftigt. Die Klägerin sei eine von zwei Reiseleitern/Stadtführern gewesen, die als Arbeitnehmer bei der Beklagten beschäftigt waren. Im Übrigen habe die Beklagte freie Mitarbeiter eingesetzt. Im Juni 2020 seien 30 Arbeitnehmer in Kurzarbeit gewesen. Davon 12 Arbeitnehmer mit 90%, 6 Arbeitnehmer mit 80%, weitere 6 Arbeitnehmer mit 50% und 6 Arbeitnehmer mit unter 50%. Mit Ausnahme des Parkservice sei der Geschäftsbetrieb eingestellt worden.

28
Für den weiteren Sach- und Rechtsvortrag der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die Schriftsätze vom 18.11.2020, 21.12.2020, 22.03.2021, 29.03.2021 und 06.04.2021 samt Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

29
Die zulässige Berufung ist auch begründet. Die ordentliche Kündigung vom 08.04.2020 war nicht sozial gerechtfertigt und hat daher das Arbeitsverhältnis nicht beendet. Die erstinstanzliche Entscheidung war dementsprechend abzuändern und der Klage stattzugeben.

I.

30
Die Berufung ist zulässig. Sie ist nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthaft sowie frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO).

II.

31
Die Berufung der Klägerin ist auch begründet. Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts liegen keine dringenden betriebsbedingten Gründe vor, die geeignet wären, die ordentliche Kündigung vom 08.04.2020 sozial zu rechtfertigen. Daher hat die Kündigung das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht beendet. Das erstinstanzliche Urteil war dementsprechend abzuändern und der Kündigungsschutzklage der Klägerin stattzugeben.

32
1. Dringende betriebsbedingte Gründe, die geeignet wären, die Kündigung gegenüber der Klägerin sozial zu rechtfertigen liegen nicht vor, weil die Beklagte nicht dargelegt hat, dass im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ein dauerhafter Wegfall des Beschäftigungsbedarfs bestand.

33
1.1 Auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ist gem. §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 2 Satz 2 das Kündigungsschutzgesetz anwendbar. Eine betriebsbedingte Kündigung ist gem. § 1 Abs. 2 und 3 KSchG

dann sozial gerechtfertigt, wenn sie auf dringenden betrieblichen Erfordernissen beruht, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen und die Sozialauswahl richtig durchgeführt worden ist. Betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung können sich aus innerbetrieblichen Umständen (Unternehmerentscheidung) und/oder durch außerbetriebliche Gründe (z.B. Auftragsmangel) ergeben. Diese betrieblichen Erfordernisse müssen dringend sein, d.h. die Kündigung unvermeidbar machen (BAGE 31, 157; 32, 150).

34
Daran fehlt es, wenn außer- oder innerbetriebliche Umstände nicht zu einer dauerhaften Reduzierung des betrieblichen Arbeitskräftebedarfs führen. Der Arbeitgeber hat die Tatsachen näher darzulegen, aus denen sich ergeben soll, dass zukünftig auf Dauer mit einem reduzierten Arbeitsvolumen und Beschäftigungsbedarf zu rechnen ist; das Vorliegen von möglicherweise nur kurzfristigen Produktions- oder Auftragsschwankungen muss ausgeschlossen sein. Der Arbeitgeber hat deshalb den dauerhaften Rückgang des Arbeitsvolumens nachvollziehbar darzustellen, in dem er die einschlägigen Daten aus repräsentativen Referenzperioden miteinander vergleicht.

35
Ein nur vorübergehender Arbeitsmangel kann eine betriebsbedingte Kündigung nicht rechtfertigen. Wird im Betrieb Kurzarbeit geleistet, spricht dies gegen einen dauerhaft gesunkenen Beschäftigungsbedarf (BAG, 23.02.2012, 2 AZR 548/10).

36
1.2 Die Beklagte hat sich vorliegend auf den Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit für die Klägerin als Reiseleiter/Stadtführer aufgrund der Corona-Pandemie berufen. Auch in diesem Fall setzt die Berechtigung zu einer betriebsbedingten Kündigung die Prognose voraus, dass die Beschäftigungsmöglichkeit dauerhaft wegfällt. Tatsachen, die geeignet wären, eine solche Prognose zu begründen, hat die Beklagte nicht vorgetragen. Vielmehr spricht die Leistung von Kurzarbeit im Betrieb gegen einen dauerhaft gesunkenen Beschäftigungsbedarf, da Voraussetzung für den Bezug von Kurzarbeitergeld gem. §§ 95, 96 Abs. 1 Nr. 2 SGB III der nur vorübergehende Wegfall der Beschäftigung ist. Nach der im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung geltenden Rechtslage ist ein Wegfall der Beschäftigung dann als nur vorübergehend anzusehen, wenn nach der Prognose ein Zeitraum von 12 Monaten nicht überschritten wird (§§ 96 Abs. 1 Nr. 2, 104 Abs. 1 Satz 1 SGB III).

37
Die aktuelle Verlängerung dieses Zeitraums aus Anlass der COVID-19-Pandemie durch Verordnung über die Bezugsdauer von Kurzarbeitergeld gem. § 109 Abs. 1 SGB III auf zunächst bis zu 21 Monate längstens bis zum 31.12.20 (Verordnung vom 16.04.2020, rückwirkend in Kraft ab 31.01.2020, BGBl I 20, 801) spielt unabhängig von der Frage der Rückwirkung vom Zeitraum her vorliegend keine Rolle, da der Zeitraum vom Zugang der Kündigung bis zum 31.12.2020 weniger als 12 Monate beträgt. Die weitere Verlängerung auf nunmehr bis zu 24 Monate, längstens bis zum 31.12.21 durch Verordnung vom 12.10.2020 (BGBl I 20, 2165) ist erst zum 01.01.2021 in Kraft getreten und hat schon von daher keine Auswirkungen auf die Beurteilung der streitgegenständlichen Kündigung und die hierfür zu Grunde zu legende Definition eines vorübergehenden Ausfalls der Beschäftigung.

38
Vorliegend spricht deshalb die Einführung von Kurzarbeit im Betrieb der Beklagten dafür, dass zum Zeitpunkt der Kündigung die Prognose bestand, dass der Beschäftigungsbedarf aufgrund der Covid-Pandemie jedenfalls nicht länger als 12 Monate entfällt. Dies dürfte der allgemeinen Einschätzung entsprochen haben, die eher von kürzeren Zeiträumen ausgegangen ist, wie an der jeweiligen kurzen Befristung der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen und auch den jeweiligen Verordnungen über die Bezugsdauer von Kurzarbeitergeld ersichtlich ist.

39
1.3 Es ist zwar denkbar, dass in einem Betrieb, in dem Kurzarbeit geleistet wird, auch betriebsbedingte Kündigungen grundsätzlich zulässig bleiben. Bei der Bewertung, ob und unter welchen Voraussetzungen von einem für eine betriebsbedingte Kündigung notwendigen dauerhaften Wegfall des Beschäftigungsbedarfs im Zusammenhang mit Kurzarbeit auszugehen ist, kann danach differenziert werden, ob die betriebsbedingte Kündigung einen Arbeitnehmer betrifft, der in einem anderen Betrieb als

demjenigen, in dem Kurzarbeit eingeführt wurde, beschäftigt ist oder in demselben Betrieb, in dem Kurzarbeit eingeführt wurde oder in derselben Betriebsabteilung.

40
Bei abgrenzbaren Betrieben kann grundsätzlich die Unternehmungsleitung beschließen, in dem einen Betrieb Kurzarbeit durchzuführen und gleichzeitig den anderen Betrieb stillzulegen oder betriebsbedingte Beendigungskündigungen zu erklären. Auch ist es denkbar, in demselben Betrieb hinsichtlich verschiedener Arbeitsbereiche nur zum Teil Kurzarbeit einzuführen. Wird jedoch gleichzeitig innerhalb einer Betriebsabteilung gleichzeitig Kurzarbeit für einen Teil der Arbeitnehmer eingeführt und werden gegenüber einem weiteren Teil der Arbeitnehmer betriebsbedingte Beendigungskündigungen erklärt, handelt es sich um Prognosewirkungen, die sich gegenseitig inhaltlich ausschließenden. Folglich schließen sich auch die konträren personellen Maßnahmen einer Anordnung von Kurzarbeit bei gleichzeitigem Ausspruch von betriebsbedingten Kündigung gegenseitig aus (siehe hierzu: Schmädicke/Stark: Kurzarbeit und betriebsbedingte Beendigungskündigung, ArbRAktuell 2020, 278 (279)).

41
Dies ist hier der Fall. Die Beklagte hat zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung zwei Arbeitnehmer mit Stadtführungen/Reiseleitertätigkeit in einem Arbeitsverhältnis beschäftigt. Im April 2020 hat die Beklagte sodann mit dem einen Arbeitnehmer ab der 11. Kalenderwoche Kurzarbeit vereinbart. Gleichzeitig hat sie der Klägerin, die aus sozialversicherungsrechtlichen Gründen keinen Anspruch auf Kurzarbeitergeld hat, am 08.04.2020 eine ordentliche Kündigung ausgesprochen. In diesem Falle kann nicht zum gleichen Punkt für die gleiche Tätigkeit einmal von einem dauerhaften Wegfall des Beschäftigungsbedarfs ausgegangen werden, und im anderen Falle hinsichtlich der beantragten Kurzarbeit lediglich von einem vorübergehenden Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit. Die Anordnung von Kurzarbeit schließt in diesem Fall das Vorliegen dringender betriebsbedingter Gründe für die Kündigung der Klägerin aus.

42
1.4 Im Übrigen kommt es für den Zeitpunkt der Prognoseentscheidung auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung an, also hier den 09.04.2020. Zu diesem Zeitpunkt war die erste Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung befristet zum 19.04.2020 in Kraft getreten und es war völlig unklar, wie die Pandemielage sich entwickeln wird und wann unter welchen Bedingungen Stadtführungen wieder möglich werden. Zum damaligen Zeitpunkt ging deshalb die allgemeine Prognose eher dahin, dass sich die Situation nach Ostern bessert und für den Sommer spätestens insbesondere bei einer Tätigkeit im Freien die zunächst umfangreichen Einschränkungen zurückgenommen werden können. Dies war dann ausweislich der fünften Infektionsschutzmaßnahmenverordnung ab Ende Mai und mit der Aufhebung des Anlegeverbots für Schiffe vom 08.07.2020 auch tatsächlich der Fall.

43
Die Darlegung von Tatsachen, die eine Prognose des dauerhaften Wegfalls der Tätigkeit der Klägerin zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung gerechtfertigt hätten, ist durch die Beklagte nicht erfolgt. Die von der Beklagten behauptete Entscheidung, künftig keine Arbeitnehmer mehr als Reiseleiter/Stadtführer zu beschäftigen, ist nach eigenen Angaben erst zu einem späteren Zeitpunkt getroffen worden und betrifft auch nicht einen Wegfall der Tätigkeiten, sondern nur die Entscheidung, diese Aufgaben nunmehr freien Mitarbeitern zu übertragen. Für die Beklagte war vielmehr ersichtlich ausschlaggebend, dass sie ein Vergütungsrisiko für die Klägerin auch nicht vorübergehend tragen wollte, nachdem diese im April 2020 jedenfalls nicht einsetzbar war und der weitere Verlauf unklar. Es ist durchaus ein legitimes Interesse, das wirtschaftliche Risiko zu minimieren. Ein dringender betrieblicher Grund für eine Beendigungskündigung, liegt hierin jedoch nicht.

44
1.5 Da es bereits an einem dringenden betrieblichen Erfordernis für die Kündigung fehlt, ist für die Entscheidung nicht mehr relevant, ob im Rahmen der Sozialauswahl Arbeitnehmer in Kurzarbeit mit Arbeitnehmern, die sich nicht in Kurzarbeit befinden und die gleiche Tätigkeit ausüben, grundsätzlich vergleichbar sind. Zudem kommt es nicht darauf an, ob und inwieweit eine Änderungskündigung vorrangig gewesen wäre. In der Literatur wird durchaus die Berechtigung zum Ausspruch einer ordentlichen oder auch außerordentlichen Änderungskündigung zur Herabsetzung der Vergütung in einer Krisensituation wieder der vorliegenden bejaht (Bauer/Günther: Kurzarbeit zur Krisenbewältigung - Einführung durch

Änderungskündigung? NZA 2020, 419). Eine Änderungskündigung kann auch eine nur vorübergehende Absenkung der Vergütung beinhalten und ist somit als milderes Mittel grundsätzlich zumutbar.

III.

45
Die Kostenentscheidung folgt aus § 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. § 91 Abs. 1 ZPO.

IV.

46
Da dem Rechtsstreit über die Klärung der konkreten Rechtsbeziehungen der Parteien hinaus keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, bestand für die Zulassung der Revision gem. § 72 Abs. 2 ArbGG keine Veranlassung. Gegen dieses Urteil ist deshalb die Revision nur gegeben, wenn sie das Bundesarbeitsgericht auf Grund einer Nichtzulassungsbeschwerde zulassen sollte. Die Beklagte wird auf deren Möglichkeit und deren Voraussetzungen gem. § 72 a ArbGG hingewiesen.