

ArbG Stuttgart Urteil vom 22.10.2020, 11 Ca 2950/20

Fristlose Änderungskündigung - Einführung von Kurzarbeit - betriebsbedingte Kündigung

Leitsätze

1. Eine fristlose Änderungskündigung mit dem Ziel, eine Einführung von Kurzarbeit zu ermöglichen, kann im Einzelfall als betriebsbedingte Änderungskündigung nach § 626 BGB gerechtfertigt sein.
2. Die Rechtsprechungsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichts zur reinen Entgeltreduzierung durch Änderungskündigung sind auf eine Änderungskündigung zur Einführung von Kurzarbeit nicht übertragbar.
3. Für die Frage der Verhältnismäßigkeit der Kündigung sind insbesondere eine entsprechende Ankündigungsfrist und eine Begrenzung der Dauer der (möglichen) Kurzarbeit von Bedeutung sowie der Umstand, dass Kurzarbeit nur dann eingeführt werden kann, wenn die entsprechenden Voraussetzungen zur Gewährung von Kurzarbeitergeld auch in der Person des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin vorliegen.

Tenor

1. Die beklagte Partei wird verurteilt, an die klägerische Partei EUR 1.750,00 brutto aus Lohnmonat Mai 2020 nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.06.2020 zu bezahlen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, der klägerischen Partei ein Zwischenzeugnis zu erteilen, das sich auf Verhalten und Leistung erstreckt.
3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
4. Von den Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte 28 %, die Klägerseite 72 %.
5. Der Streitwert wird auf EUR 18.900,00 festgesetzt.
6. Die Berufung wird nicht gesondert zugelassen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer außerordentlichen sowie ordentlichen Änderungskündigung. Ferner begehrt die Klägerin von der Beklagten die Erteilung eines Zwischenzeugnisses und macht Lohnansprüche geltend.
- 2 Die Klägerin ist seit dem ...2011 bei der Beklagten, die mehr als 10 Arbeitnehmer im Sinne des § 23 Abs. 1 KSchG beschäftigt und eine Leiharbeitsfirma betreibt, als Personaldisponentin gegen ein vereinbartes monatliches Gehalt von zuletzt EUR 3.500,00 brutto beschäftigt (vgl. auch Arbeitsvertrag Anlage K1, Abl. 9 ff.) Neben der Klägerin sind noch weitere drei Personaldisponenten bei der Beklagten beschäftigt. Die Klägerin war sowohl für den kaufmännischen und medizinischen Bereich als auch für den Bereich Soziales und Pflege zuständig. Zuletzt war die Klägerin jedoch nahezu ausschließlich im Bereich Soziales und Pflege tätig und war insbesondere mit der Einsatzplanung für sowie mit der Abstimmung mit Kindergärten und Kindertagesstätten betraut. Mitte März 2020 kam es, wie allgemein bekannt, zu einer vorübergehenden Schließung der Kindergärten und Kindertagesstätten. Die Klägerin ist seit dem 06.04.2020 bis jedenfalls 05.08.2020 durchgehend arbeitsunfähig gewesen. Am 09.04.2020 telefonierte die Geschäftsführerin der Beklagten mit der Klägerin und bat sie um Unterzeichnung einer Vereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit. Dies lehnte die Klägerin ab, nach Ausführungen im Kammertermin insbesondere vor dem Hintergrund ihrer Arbeitsunfähigkeit und dem Umstand, dass sie es nicht nachvollziehen könne, dass sie in der jetzigen Situation in Kurzarbeit gehen müsse. Die Beklagte hat am 02.04.2020 bei der Bundesagentur für Arbeit - Agentur für Arbeit Stuttgart - einen Arbeitsausfall in ihrem Betrieb angezeigt und diesen mit der Schließung von Schulen und Kindergärten bedingt durch die Corona Krise sowie der Abmeldung ihrer Zeitarbeitskräfte begründet. Die Bundesagentur für Arbeit hat daraufhin mit Schreiben vom 14.04.2020 mitgeteilt, dass „aufgrund der vorgetragenen und glaubhaft gemachten Tatsachen ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt und die betrieblichen Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld erfüllt sind“. Kurzarbeitergeld wurde ab 01.04.2020 für die Zeit des Vorliegens aller Anspruchsvoraussetzungen, längstens jedoch bis 31.12.2020 bewilligt (vgl. im Einzelnen Anzeige der Beklagten, B3, Abl. 60 und Bewilligung der Arbeitsagentur, Anlage B4, Abl. 71).

3 Unter dem Datum vom 22.04.2020 sprach die Beklagte eine fristlose sowie hilfsweise ordentliche
Änderungskündigung zum 31.07.2020 aus, die nachfolgenden Inhalt hat (vgl. auch Anlage B1, Abl. 69 f.):

4 **„Änderungskündigung**

5 *Sehr geehrte Frau B.,*

hiermit kündigen wir das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis außerordentlich und fristlos aus wichtigem Grund. Zugleich bieten wir Ihnen an, das Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt des Zugangs dieses Kündigungsschreibens wie folgt fortzusetzen:

6 *1. Die S. S. GmbH (nachfolgend „AG“ genannt) ist berechtigt, für die Zeit vom 18.05.2020 bis voraussichtlich dem 31.12.2020 Kurzarbeit anzuordnen, sofern ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt, der auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht und der zuständigen Agentur für Arbeit angezeigt ist, und sämtliche weiteren Voraussetzungen für einen Anspruch von Frau C. B. (nachfolgend „AN“ genannt) auf Kurzarbeitergeld vorliegen (§§ 95 ff. SGB III).*

7 *2. Den Beginn und das Ende der Kurzarbeit sowie die Reduzierung der wöchentlichen Arbeitszeit während des Zeitraums der Kurzarbeit wird AG unter Wahrung einer Ankündigungsfrist von drei Wochen in Textform AN mitteilen.*

8 *Die Verteilung der im Zeitraum der Kurzarbeit verbleibenden Arbeitszeit auf die einzelnen Kalendertage sowie die Lage der täglichen Arbeitszeit richten sich nach den betrieblichen Erfordernissen und den Weisungen von AG.*

9 *3. Für den Zeitraum der Kurzarbeit reduziert sich die Vergütung von AN entsprechend der Reduzierung der Arbeitszeit.*

10 *4. Im Übrigen verbleibt es bei den bisherigen arbeitsvertraglichen Bedingungen.*

11 *Bitte teilen Sie uns unverzüglich mit, ob Sie mit der Fortsetzung Ihres Arbeitsverhältnisses zu den vorstehend unter Ziff. 1 bis 4 genannten, geänderten Bedingungen ab dem Zeitpunkt des Zugangs dieses Kündigungsschreibens einverstanden sind, diese ablehnen oder sie unter Vorbehalt annehmen.*

12 *Nur für den Fall der Rechtsunwirksamkeit der vorstehend erklärten außerordentlichen und fristlosen Kündigung kündigen wird das von Ihnen begründete Arbeitsverhältnis hiermit hilfsweise ordentlich und fristgerecht zum 31.07.2020 und bieten Ihnen an, das Arbeitsverhältnis ab dem 01.08.2020 wie folgt fortzusetzen:*

13 *5. AG ist berechtigt, für die Zeit vom 01.08.2020 bis voraussichtlich dem 31.12.2020 Kurzarbeit anzuordnen, sofern ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt, der auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht und der zuständigen Agentur für Arbeit angezeigt ist, und sämtliche weiteren Voraussetzungen für einen Anspruch von AN auf Kurzarbeitergeld vorliegen (§§ 95 ff. SGB III).*

14 *6. Den Beginn und das Ende der Kurzarbeit sowie die Reduzierung der wöchentlichen Arbeitszeit während des Zeitraums der Kurzarbeit wird AG unter Wahrung einer Ankündigungsfrist von drei Wochen in Textform AN mitteilen.*

15 *Die Verteilung der im Zeitraum der Kurzarbeit verbleibenden Arbeitszeit auf die einzelnen Kalendertage sowie die Lage der täglichen Arbeitszeit richten sich nach den betrieblichen Erfordernissen und den Weisungen von AG.*

16 *7. Für den Zeitraum der Kurzarbeit reduziert sich die Vergütung von AN entsprechend der Reduzierung der Arbeitszeit.*

17 *8. Im Übrigen verbleibt es bei den bisherigen arbeitsvertraglichen Bedingungen.*

(...)“

18 Unter dem Datum vom 24.04.2020 schrieb der Prozessbevollmächtigte der Klägerseite an die Beklagte folgendes zurück:

19 *„(...)*

Gegenstand unserer Beauftragung ist Ihre unter dem 22.04.2020 gegenüber unserer Mandantschaft erteilte o.g. Änderungskündigung.

20 *Namens und in Vollmacht unserer Mandantschaft nehmen wir diese hiermit unter dem Vorbehalt der gerichtlichen*

Überprüfung deren Sozialwidrigkeit an. Wir möchten allerdings deutlich zum Ausdruck bringen, dass wir die Änderungskündigung nicht für sozial gerechtfertigt halten. Aus diesem Grunde haben wir Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht erhoben. Diese dürfte Ihnen alsbald zugehen.

(...)“

- 21 Die Beklagte rechnete für den Monat April 2020 den vollen Lohn ab und bezahlte diesen aus, wobei wiederum in der Lohnabrechnung Mai 2020 für die Zeit ab Zugang der fristlosen Änderungskündigung bis Ende April 2020 ein entsprechender Abzug vermerkt ist (vgl. auch vorgelegte Lohnabrechnung für April und Mai 2020, Anlage B6, Abl. 74 einerseits und Anlage B7, Abl. 72 andererseits). Für Mai 2020 wurde kein Gehalt ausbezahlt.
- 22 Im Rahme des Gütetermins vom 14.07.2020 (Abl. 28) erklärte der Klägerevertreter zu Protokoll, dass sich die Kündigungsschutzklage sowohl gegen die außerordentliche als auch die ordentliche Änderungskündigung richte, die Vorbehaltsannahme allerdings sich nur auf die ordentliche Kündigung beziehe. Der Klägerevertreter hat zuletzt vorgetragen (im Rahmen des Kammertermins), dass er sowohl die fristlose als auch die ordentliche Änderungskündigung unter Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung angenommen habe.
- 23 Die Klägerin ist der Rechtsauffassung, dass sowohl die fristlose als auch die ordentliche Änderungskündigung rechtsunwirksam sei. Es werde bestritten, dass sich die Beklagte in einer wirtschaftlichen schwierigen Situation befunden habe. Ferner sei nur die Klägerin in Kurzarbeit geschickt worden. Es sei zudem Ende März 2020 im Team besprochen worden, dass die Monate April und Mai noch abgewartet werden sollten wegen Kurzarbeit, da die Auftragslage noch gut gewesen sei.
- 24 Die Klägerin beantragt nach Klagerücknahme im Übrigen zuletzt mit dem Hinweis, dass sich der Klageantrag Ziffer 1 sowohl gegen die fristlose als auch die ordentliche Änderungskündigung richte:
- 25 **1. Es wird festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die Änderungskündigung vom 22.04.2020, der klägerischen Partei am 23.04.2020 zugegangen, sozial ungerechtfertigt und unwirksam ist.**
- 26 **2. Die beklagte Partei wird verurteilt, der klägerischen Partei ein Zwischenzeugnis zu erteilen, das sich auf Verhalten und Leistung erstreckt.**
- 27 **3. Die beklagte Partei wird verurteilt an die klägerische Partei EUR3.500 brutto aus Lohnmonat Mai 2020 nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.06.2020 zu bezahlen.**
- 28 **4. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet war, an die Klägerin für den Lohnmonat April 2020 einen Betrag von EUR 1.750,00 brutto zu bezahlen.**
- 29 Die Beklagte beantragt:
- 30 **Klageabweisung.**
- 31 Die Beklagte trägt vor, dass sie von einer Verfristung der Klage nach §§ 4,7 KSchG ausgehe, da die fristlose Änderungskündigung nicht angegriffen worden sei. Im Übrigen sei die Änderungskündigung auch rechtswirksam. Zur Einführung der notwendigen Kurzarbeit habe nur das Mittel Änderungskündigung zur Verfügung gestanden, da die Klägerin einer individuellen arbeitsvertraglichen Lösung ja auch nicht zugestimmt habe. Ein entsprechender Rückgang des Arbeitskräftebedarfs habe sowohl für den Betrieb (was durch die Bewilligung von Kurzarbeit durch die Bundesagentur bestätigt werde) als auch in der Person der Klägerin im Hinblick auf die Kindertageseinrichtungen bestanden. Bei den anderen Mitarbeitern, die alle sich vertraglich zur Einführung von Kurzarbeit bereit erklärt hätten, sei im Übrigen tatsächlich Kurzarbeit ab Mai/Juni 2020 eingeführt worden. Mit den Ankündigungsfristen sowie der zeitlichen Begrenzung der Einführung von Kurzarbeit sei auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt. Ein Zahlungsanspruch bestehe zu Gunsten der Klägerin nicht, da das Arbeitsverhältnis durch die fristlose Änderungskündigung mit Zugang sein Ende gefunden habe. Im Übrigen schulde die Beklagte allenfalls für Mai 2020 bis 15.05.2020 im Hinblick auf die Begrenzung durch den 6-Wochenzeitraum des § 3 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz einen Betrag von 1.750,00 Euro.
- 32 Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 24.04.2020, der Beklagten am 05.05.2020 zugestellt, Klage erhoben.
- 33 Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Verhandlungsprotokolle verwiesen, vgl. nur § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG, § 313 Abs. 2 S. 2 ZPO.

Entscheidungsgründe

- 34 Die zulässige Klage hat nur teilweise Erfolg. Soweit die Klägerin einen Betrag von 1.750,00 Euro brutto nebst Zinsen verlangt sowie die Erteilung eines Zwischenzeugnisses ist die Klage begründet (vgl. nur I. 3 und 4 der Gründe). Im Übrigen war sie sowohl bezüglich der Änderungsschutzklage nach § 4 S. 2 KSchG als auch bezüglich des weitergehenden Zahlungsanspruches abzuweisen (näher unter I.1 bzw. 1. 2 der Gründe). Im Einzelnen:
- I.
- 35 1. Die als fristlose Änderungskündigung ausgesprochene Kündigung zur Einführung von Kurzarbeit in der hiesigen Form ist rechtswirksam, da ein wichtiger Grund nach § 626 Abs. 1 BGB besteht.
- 36 a) Die Kündigung gilt nicht nach § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG, §§ 4,7 KSchG als rechtswirksam, da die Klägerin die maßgebliche 3-wöchige Klageerhebungsfrist durch den Antrag nach § 4 S. 2 KSchG gewahrt hat.
- 37 Die Klageschrift war dabei so auszulegen, dass der Klageantrag Ziffer 1 sich auch auf die außerordentliche Kündigung vom 22.04.2020 bezieht. Dafür spricht bereits der Wortlaut des Antrages, wonach die Änderungen in der Änderungskündigung vom 22.04.2020 für rechtsunwirksam gelten gemacht werden; dies erfasst auch die fristlose Änderungskündigung. Hat der Arbeitgeber in erster Linie außerordentlich und nur hilfsweise ordentlich gekündigt, handelt es sich nur um eine Kündigungserklärung, hierauf weist die Beklagte zu Recht hin (vgl. etwa LAG Düsseldorf, Ur. v. 27.04.2011, 7 Sa 1418/10, Rn. 32). Auch die Klagebegründung spricht dafür, die außerordentliche Kündigung wird dabei ausdrücklich erwähnt, wobei im nächsten Absatz der Klägervorteil ausführt, dass *diese Änderungskündigung* unter Vorbehalt angenommen worden sei. Selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Ansicht davon ausgehen würde, in der Klageschrift sei ursprünglich nur die ordentliche Änderungskündigung angegriffen worden, würde sich am Ergebnis nichts ändern: Ein Änderungsschutzantrag nach § 4 Satz 2 KSchG wahrt die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG für eine nachfolgende (oder ergänzend gleichzeitig ausgesprochene) Beendigungskündigung, die vor dem oder zeitgleich mit dem "Änderungstermin" der ersten Kündigung wirksam werden soll, jedenfalls dann, wenn der Kläger die Unwirksamkeit der Folgekündigung noch vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz mit einem Antrag nach § 4 Satz 1 KSchG geltend macht (vgl. BAG vom 24.05.2018 – 2 AZR 67/18; vgl. im Übrigen auch BAG vom 18.1.2014 – 2 AZR 163/14; zu einem möglichen Wechsel eines Antrages nach § 4 Abs. 1 KSchG auf § 4 S. 2 KSchG auch BAG vom 21.05.2019 – 2 AZR 26/19).
- 38 b) Die außerordentliche Änderungskündigung zur Möglichkeit der Einführung von Kurzarbeit in der Zeit vom 18.05.2020 bis 31.12.2020 ist gemäß § 626 Abs. 1 BGB gerechtfertigt.
- 39 aa) Eine betriebsbedingte ordentliche Änderungskündigung ist grundsätzlich sozial gerechtfertigt, wenn dringende betriebliche Erfordernisse das Änderungsangebot bedingen. Zudem muss der Arbeitgeber sich darauf beschränken, dem Arbeitnehmer nur solche Änderungen anzubieten, die dieser billigerweise hinnehmen muss. Ob der Arbeitnehmer eine ihm vorgeschlagene Änderung billigerweise hinnehmen muss, ist nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu ermitteln. Die Änderungen müssen geeignet und erforderlich sein, um den Inhalt des Arbeitsvertrags an die verbliebenen Beschäftigungsmöglichkeiten anzupassen. Die angebotenen Änderungen dürfen sich nicht weiter vom bisherigen Inhalt des Arbeitsverhältnisses entfernen, als dies zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich ist. Dieser Prüfungsmaßstab gilt unabhängig davon, ob die Änderungen gemäß § 2 KSchG unter Vorbehalt angenommen worden sind oder nicht (BAG vom 02.03.2017 – 2 AZR 546/17). Für die außerordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung ist darüber hinaus entscheidend, ob die zugrundeliegende Organisationsentscheidung die vorgeschlagene Änderung erzwingt oder ob sie im Wesentlichen auch ohne oder mit weniger einschneidenden Änderungen im Arbeitsvertrag des Gekündigten durchsetzbar bleibt (vgl. nur BAG vom 18.05.2006 – 2 AZR 207/05 Rz. 26).
- 40 Die Voraussetzungen einer betriebsbedingten Änderungskündigung zur Einführung von Kurzarbeit, speziell in der Form einer außerordentlichen Änderungskündigung, werden nicht einheitlich gesehen und sind – soweit ersichtlich – noch nicht (höchststrichterlich) geklärt (das Bundesarbeitsgericht verweist lediglich darauf, dass bei Ausscheiden einer arbeitsvertraglichen, betrieblichen oder tarifvertraglichen Regelung nur der Weg über die Änderungskündigung verbliebe, ohne die Voraussetzungen hierfür jedoch näher darzulegen, vgl. etwa BAG vom 27.01.1994 – 6 AZR 541/93). Es stellt sich insbesondere die Frage, ob die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Änderungskündigung bei Entgeltreduzierung Anwendung findet (vgl. aus jüngerer Zeit etwa Bauer/Günther, NZA 2020, S. 419 ff.; vgl. auch Schmidt-Rolfs, AuA 2020, S. 353 ff; einschränkend eher Weller/König, BB 2020, 953).
- 41 bb) Die erkennende Kammer hält im vorliegenden Fall die ausgesprochene (fristlose) Änderungskündigung für rechtswirksam. Bauer/Günther a.a.O verweisen überzeugend auf die Unterschiede zur reinen Entgeltreduzierung hin, insbesondere, dass gerade nicht in das Äquivalenzinteresse eingegriffen wird und die Kurzarbeit nur auf

Dauer angelegt ist. Vor allem ist aber die gesetzgeberische Wertung der §§ 95 ff. SGB III zu berücksichtigen, so dass anzunehmen ist, dass zugleich in einem erheblichen Arbeitsausfall i.S.v. § 96 SGB III ein dringendes betriebliches Erfordernis liegt, welches eine Änderungskündigung rechtfertigt. Hier ist schon im Interesse der Rechtsklarheit ein Gleichlauf zu fordern (so auch im Ergebnis Schmidt-Rolfs, AuA 2020, a.a.O.). Dass auch eine Verknüpfung zwischen den arbeitsrechtlichen und den sozialrechtlichen Regeln durchaus besteht und dies nach Ansicht der Kammer zu einer entsprechenden Auslegung des „dringenden betrieblichen Erfordernisses“ in hiesiger speziellen Konstellation führt, zeigt gerade etwa die Begrifflichkeit eines vorliegenden Entgeltausfalles. Ein durch erheblichen Arbeitsausfall eintretender Entgeltausfall liegt nur dann vor, wenn die Kurzarbeit wirksam eingeführt wurde (vgl. § 95 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB III, vgl. auch Bertz, NJW Spezial 2020, S. 242). Wenn nun ein Betriebsrat nicht besteht und eine individualvertragliche Regelung aufgrund Ablehnung der Arbeitnehmerseite ausscheidet, bleibt nur noch die Möglichkeit zur Änderungskündigung, die nach Ansicht der erkennenden Kammer, um den Zugang zum vorgesehenen und auch beschäftigungspolitischen gewünschten Kurzarbeitergeld nicht „zu verbauen“, an keine erhöhten Anforderungen, insbesondere etwa in Form einer drohenden Insolvenz (so für den Bereich der außerordentlichen Änderungskündigung wohl Weller/König, a.a.O.), zu messen sein darf, soweit – dazu noch gleich weiter – der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt ist. Richtig ist nun zwar, dass die sozialversicherungsrechtlichen Regelungen, was insbesondere die Betrachtung des Arbeitsausfalles mit Entgeltausfall angeht, nicht den einzelnen Arbeitnehmer betrachten (dies löst sich von der grundsätzlichen arbeitsrechtlichen Betrachtung, ob speziell bezogen auf den einzelnen Arbeitnehmer ein Wegfall der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit besteht), sondern einen Betriebsbezug herstellen. So regelt derzeit abweichend von § 96 Absatz 1 S. 1 Nr. 4 SGB III nach § 109 Absatz 5 S. 1 Nr. SGB iVm § 1 Nr. 1 der Verordnung vom 25.3.2020, dass im jeweiligen Kalendermonat (Anspruchszeitraum) der Anteil der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, der von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 % ihres monatlichen Bruttoeinkommens betroffen sein muss, mindestens 10 % beträgt. Hier ist allerdings zu berücksichtigen, dass mit der vorliegenden Änderungskündigung zunächst lediglich überhaupt die Grundlage geschaffen werden soll, im Übrigen im Einzelnen Kurzarbeit einführen zu können. Voraussetzung der Anordnung der Kurzarbeit soll nach der Formulierung der Änderungskündigung gerade auch sein, dass die persönlichen Voraussetzungen zum Bezug von Kurzarbeitergeld gerade in der Person der Klägerin vorliegen, was wiederum den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahrt. Damit ist auch nicht entscheidend, ob überhaupt im Hinblick auf die Erkrankung der Klägerin die persönlichen Voraussetzungen zur Zahlung von Kurzarbeitergeld vorlagen bzw. nicht Krankengeld zu zahlen wäre (vgl. hierzu § 98 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 2 SGB III). Es kann jedenfalls nicht angenommen werden, dass die Änderungskündigung von vornherein überflüssig gewesen ist im Hinblick auf die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin. Jedenfalls war zum Zeitpunkt der Kündigung nicht ersichtlich, dass die Klägerin längere Zeit arbeitsunfähig ausfällt und damit von vornherein eine Umsetzung der Kurzarbeit bei der Klägerin ausgeschlossen gewesen wäre, jedenfalls trägt die Klägerin dazu nicht konkret vor. Im Übrigen geht die Kammer auch bezogen auf die Klägerin von einem konkreten relevanten Arbeitsausfall aus und damit von einem dringenden betrieblichen Erfordernis auch im Sinne einer individuellen Betrachtung. Die Klägerin war zeitlich überwiegend zuletzt im Bereich der Betreuung der externen Mitarbeiter im Kindergartenbereich eingesetzt, was sie auch nicht bestreitet. Durch die coronabedingte Schließung der Kindergärten (und die Abmeldung bzw. Nichtbeschäftigungsmöglichkeit der Leiharbeiternehmer in diesem Bereich) ist es hier zu einer erheblichen Reduzierung des Arbeitskräftebedarfs gekommen, die die Klägerin nicht einfach pauschal bestreiten kann. Die Änderungskündigung wahrt im Übrigen auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Es besteht eine Vorlauffrist von über drei Wochen (möglicher Beginn 18.05.2020) und die Einführungsmöglichkeit wurde zeitlich begrenzt (bis zum 31.12.2020), wobei die Kammer – mit der Beklagtenseite – die Formulierung „voraussichtlich“ als Höchstgrenze ansieht, d.h. hiermit keine Kurzarbeit über den 31.12.2020 hinaus eingeführt werden sollte. Dies wird auch bestätigt mit einer vergleichenden Betrachtung zum Bewilligungsbescheid der Bundesagentur für Arbeit, der auch bis zum 31.12.2020 befristet ist. Die Beklagte hat auch zuvor als milderer Mittel (erfolglos) versucht, ohne Bestandsgefährdung die Möglichkeit der Kurzarbeit vertraglich durch Vereinbarung mit der Klägerin zu implementieren.

- 42 Die erkennende Kammer geht in hiesiger Konstellation davon aus, dass hier auch die Voraussetzungen einer **fristlosen** Änderungskündigung gegeben sind. Dafür spricht – mit Bauer/Günther a.a.O. – zunächst die Überlegung, dass ein Verweis auf – wie hier – längere Kündigungsfristen und damit die ordentliche Kündigung bei der Einführung von Kurzarbeit aufgrund drohendem Zeitablauf für den Arbeitgeber zu einer nicht möglichen sinnvollen Nutzung der Regelungsinstrumentarien der Kurzarbeit führt. Konkret wäre hier die Kündigungsfrist der 31.07.2020 gewesen, wobei die Beklagte im Rahmen des Kammertermins ausgeführt hat, dass die Kurzarbeitsphase bereits aktuell wieder vorbei ist. Dies gilt zudem gerade in der Corona-bedingten Situation, bei der die Schließung der Einrichtungen wie hier ohne längere Ankündigung (und damit ohne Planbarkeit) vollzogen wurde und dies sich unvorhersehbar kurzfristig auf den Arbeitsbedarf ausgewirkt hat. Würde man dies anders

- sehen, wäre im Ergebnis bei Verweigerung einzelner Arbeitnehmer die Einführungsmöglichkeit von Kurzarbeit gerade bei längeren Kündigungsfristen (sinnvoll) ausgeschlossen, obwohl die Kurzarbeit primär den Zweck ja hat, einen Arbeitsplätzeabbau zu verhindern. Auch ein Vergleich mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur fristlosen Änderungskündigung bei vereinbartem Ausschluss einer ordentlichen Kündigung (hierzu etwa BAG vom 02.03.2006 – 2 AZR 64/05) bestätigt dieses Ergebnis nach Ansicht der erkennenden Kammer. In diesem Bereich sind zu Recht erhöhte Anforderungen, insbesondere was vorherig zumutbare Maßnahmen erfordert, anzunehmen, da der Arbeitgeber hier – autonom – eine vertragliche Verpflichtung selbst eingegangen ist und damit auch ein erhöhtes Risiko, was in hiesiger Konstellation gerade nicht der Fall ist.
- 43 Andere mildere Maßnahmen sind nicht ersichtlich. Es musste hier nicht entschieden werden, ob etwa ein Abbau von Urlaub bzw. etwaigem Überstundenguthaben (hierzu wurde von beiden Seiten nichts vorgetragen) konkret in der Position der Klägerin vor Kurzarbeit hätte erfolgen müssen. Dies berücksichtigt die Änderungskündigung gerade, in der es nur um die Möglichkeit einer generellen Einführung von Kurzarbeit geht mit der späteren Möglichkeit einer konkreten Umsetzungsentscheidung (soweit die persönlichen Voraussetzungen vorliegen, wobei auch hier noch eine weitere Ankündigungsfrist von 3 Wochen zu wahren ist, was wiederum die Verhältnismäßigkeit der Änderungskündigung unterstreicht). Die konkrete Umsetzungsentscheidung bezüglich etwaiger Dauer und Umfang der Kurzarbeit dürfte zudem einer jedenfalls gerichtlichen kontrollierbaren Entscheidung des Arbeitgebers auf Billigkeit (§ 315 BGB) unterworfen sein, was ferner noch weiter für die Verhältnismäßigkeit spricht.
- 44 Es wird darauf hingewiesen, dass die Klägerin eine fehlerhafte Sozialauswahl (die möglicherweise auch im Bereich des § 626 BGB zu berücksichtigen wäre) nicht gerügt hat, in der Klage wurde kein Auskunftsrecht nach § 1 Abs. 3 KSchG geltend gemacht. In dem Vortrag, bei anderen Arbeitnehmern sei keine Kurzarbeit eingeführt worden, wird dabei nicht, auch nicht als konkludente Rüge der Sozialauswahl gesehen. Im Übrigen wurde bei der Klägerin tatsächlich konkret gerade nicht Kurzarbeit durchgeführt, dies schon deswegen nicht, da die Beklagte von einer Vertragsbeendigung zum 22.04.2020 offensichtlich ausging bzw. die Klägerin längere Zeit erkrankte. Dass im Übrigen alle anderen Personaldisponenten die Möglichkeit zu Einführung von Kurzarbeit vertraglich vereinbarten und damit nicht gezielt die Klägerin lediglich ausgewählt wurde, wurde unstrittig im Rahmen des Kammertermins durch die Beklagte vorgetragen.
- 45 Nach alledem war der Klageantrag Ziffer 1 abzuweisen, auf die hilfsweise ordentliche Kündigung kam es nicht mehr an. Der Antrag Ziffer 1 ist bezogen auf die ordentliche Änderungskündigung dabei als bedingt gestellt für den Fall der Stattgabe der Klage zu verstehen.
- 46 2. Die Feststellungsklage bezüglich des Lohnes April 2020 ist bereits unzulässig. Ein Feststellungsinteresse nach § 256 ZPO ist nicht ersichtlich und nicht dargelegt, auf den Vorrang der Leistungsklage sei verwiesen. Im Übrigen hat die Beklagte auch unwidersprochen vorgetragen, dass der komplette Lohn für April 2020 bezahlt worden sei, d.h. es ist ohnehin Erfüllung nach § 362 BGB eingetreten.
- 47 3. Der Klägerin steht der geltend gemachte Lohnanspruch für Mai 2020 aus § 3 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz in Verbindung mit den Regeln des Arbeitsvertrages in Höhe von 1.750,00 Euro brutto zu. Im Übrigen war die Klage abzuweisen.
- 48 a) Die Klägerin war seit dem 06.04.2020 arbeitsunfähig erkrankt, so dass ihr für 6 Wochen, d.h. bis zum 17.05.2020 (ein Sonntag) ein Entgeltfortzahlungsanspruch zusteht.
- 49 b) Die Klägerin war und ist auch über den Zeitpunkt des 22.04.2020 hinaus noch Arbeitnehmerin der Beklagten, das Arbeitsverhältnis hat nicht mit dem Zugang der fristlosen Änderungskündigung geendet, auch wenn die Änderungsschutzklage nach § 4 S. 2 KSchG abgewiesen wurde.
- 50 (1) Wird das Änderungsangebot unter Vorbehalt nach § 2 KSchG angenommen und wird die Änderungsschutzklage (rechtskräftig) abgewiesen, wird das Arbeitsverhältnis zu den geänderten Bedingungen fortgesetzt (vgl. nur Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrechtskommentar, § 2 KSchG Rz. 124, 9. Auflage).
- 51 (2) Die Klägerseite hat die fristlose Änderungskündigung unter Vorbehalt angenommen. Dies ergibt sich aus der Auslegung des Schreibens der Klägerseite vom 24.04.2020. Im Schreiben ist von der Vorbehaltssannahme bezogen auf „die Änderungskündigung vom 22.04.2020“ die Rede, eine Differenzierung nach außerordentlicher bzw. ordentlicher Kündigung findet sich hierin nicht. Auch in der Klage wird auf die die Vorbehaltssannahme bezogen auf eine Kündigung vom 22.04.2020 verwiesen. Die anderweitige Aussage des Prozessvertreters im Rahmen des Gutetermins, ohne nähere Begründung, ist nicht geeignet, ein anderweitiges objektives Auslegungsergebnis zu ändern, zumal die Aussage erst zeitlich deutlich später und nicht im Zusammenhang mit der Vorbehaltserklärung erfolgte und im Rahmen des Kammertermins auch berichtigt wurde.

52 (3) Der Zahlungsanspruch besteht, da am 16. und 17.5.2020 keine Arbeitspflicht bestand (Samstag und Sonntag, 5-Tage-Woche), nur bis zum 15.05.2020 und damit in Höhe eines hälftigen Bruttomonatsgehaltes, d.h. 1.750,00 Euro. Der Zinsanspruch besteht aus Verzugszinspunkten, wobei die Leistung nach dem Kalender bestimmt ist (vgl. nur §§ 286 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB, § 288 Abs. 1 BGB).

53 4. Dem Kläger steht der geltend gemachte Zwischenzeugnisanspruch zu.

54 a) In der Rechtsprechung wird in Analogie zu § 630 BGB bzw. § 109 GewO ein Zwischenzeugnisanspruch als Nebenpflicht aus dem Arbeitsvertrag, und zwar aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers hergeleitet, wenn ein besonderer Grund besteht, der ein gesondertes Interesse des Klägers an der Erteilung eines Zwischenzeugnisses begründet. Dies ist etwa bei einem Vorgesetztenwechsel, Ausspruch einer Änderungskündigung bzw. geplanten konkreten beruflichen Veränderungen etc. der Fall (vgl. nur BAG vom 17.04.2019 – 7 AZR 292/17).

55 b) Die Beklagte hat eine Änderungskündigung ausgesprochen, zudem ist die Klägerin jedenfalls längere Zeit arbeitsunfähig gewesen. Ein berechtigtes Interesse für ein Zwischenzeugnis ist anzunehmen, die Beklagte hat dies im Übrigen auch nicht bestritten, sondern zu diesem Punkt gar kein Vortrag geleistet.

II.

56 Die Kostenentscheidung beruht auf § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG, § 91, § 92 Abs. 1 ZPO, die Kosten waren im Hinblick auf den unterschiedlichen Obsiegens- und Unterliegensanteil anteilmäßig zu quoteln.

III.

57 Der Urteilsstreitwert (§ 61 Abs. 1 S. 1 ArbGG) war auf 18.900,00 Euro festzusetzen. Die Änderungsschutzklage wurde mit einem Quartalsverdienst gemäß § 3 ZPO bewertet, die Zahlungsanträge entsprechend dem Nennbetrag der (Haupt-)Forderung, wobei bezüglich der Feststellungsklage ein Abschlag von 20 % gemacht wurde. Der Zwischenzeugnisantrag wurde mit einem Bruttomonatsgehalt bewertet.

IV.

58 Gründe für eine gesonderte Zulassung der Berufung bestanden nicht, vgl. § 64 Abs. 3 ArbGG, § 64 Abs. 3a ArbGG.