

# 7 Fragen zur Kündigung wegen Corona

**KÜNDIGUNG** Die Pandemie hat viele Unternehmen in wirtschaftliche Schwierigkeiten gebracht. Arbeitnehmer fürchten um ihre Arbeitsplätze. Aber kann der Arbeitgeber wirklich wegen Corona kündigen? Wir haben Prof. Dr. Wolfgang Däubler gefragt.



**Dr. Wolfgang Däubler,** Professor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht, Universität Bremen.

## 1. Kann der Arbeitgeber einen Beschäftigten kündigen, weil er an COVID-19 erkrankt ist und deshalb lange ausfällt?

Im Kündigungsschutzrecht ist COVID-19 wie jede andere Krankheit zu behandeln. Eine Kündigung kommt daher nur dann in Betracht,

- wenn nicht absehbar ist, wann der Arbeitnehmer wieder gesund ist,
- wenn sein Ausfall erhebliche betriebliche Störungen verursacht und
- wenn die Abwägung der beiderseitigen Interessen ergibt, dass das Arbeitgeberinteresse an der Neubesetzung der Stelle gegenüber dem Interesse des Arbeitnehmers überwiegt, seinen bisherigen Arbeitsplatz zu behalten.

In der Regel muss sich ein an COVID-19 erkrankter Patient keine Sorgen machen, dass alle diese Voraussetzungen erfüllt sind und der Arbeitgeber eine Kündigung ausspricht. Ob wirklich »nicht absehbar« ist, wann der Erkrankte wiederkommt, muss letztlich der Arzt entscheiden; einige Monate zu warten, ist durchaus zumutbar, zumal der Arbeitgeber nach dem Ende der Entgeltfortzahlung ja nicht mehr wesentlich belastet ist. Weiter wird es häufig möglich sein, den Ausfall des Erkrankten durch Beschäftigung einer Ersatzkraft zu überbrücken und so betriebliche Nachteile zu vermeiden. Und schließlich trifft Corona irgendwie alle. Wenn sich nun eine Person angesteckt hat und im Krankenhaus liegt – soll man dann zu einem Unglück noch ein weiteres hinzufügen und ihm den Arbeitsplatz nehmen? Das wird in den meisten Fällen schon der Arbeitgeber nicht wollen (auch wenn es sich dabei um ein »außerjuristisches« Argument handelt).

## 2. Wie ist die Lage, wenn der Beschäftigte sich mit Corona infiziert hat, weil er z. B. in ein Risikogebiet gereist ist oder an unerlaubten Partys teilgenommen hat?

Wenn sich ein Arbeitnehmer sehr unvorsichtig verhält, also diejenige Sorgfalt nicht beachtet, die jeder andere schon im eigenen Interesse beachten würde, so entfällt möglicherweise die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Anders im Kündigungsschutz: Die Kündigung wegen Krankheit will nicht fahrlässiges Verhalten bestrafen, sondern den Arbeitgeber vor nicht mehr hinnehmbaren Belastungen bewahren. An sich wäre eine verhaltensbedingte Kündigung denkbar, aber sie scheitert daran, dass es sich um ein Verhalten in der Freizeit handelt, wo grundsätzlich keine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen bestehen.

## 3. Ist eine verhaltensbedingte Kündigung möglich, weil ein Arbeitnehmer die vorgeschriebenen Hygiene- und Abstandsregeln im Betrieb nicht einhält?

Im Prinzip ist das durchaus denkbar. Nur muss es sich um einen Verstoß von einigem Gewicht handeln. Auch muss grundsätzlich jeder verhaltensbedingten Kündigung eine Abmahnung vorausgehen. Um es am Beispiel zu verdeutlichen: Wer einmal den Mundschutz vergisst, darf ermahnt werden, in Zukunft vorsichtiger zu sein. Der einmalige Regelverstoß reicht noch nicht für eine Abmahnung. Erst recht nicht für eine Kündigung. Wer den Mundschutz zwei oder drei Mal vergisst, kann abgemahnt werden. Ein uneinsichtiger Wiederholungstäter, der trotz Abmahnung die Vorschriften weiter missachtet oder sie von vorne herein ablehnt, kann aber durchaus gekündigt werden.

## 4. Darf der Arbeitgeber eine betriebsbedingte Kündigung mit Corona begründen?

Nein. Die Tatsache, dass es eine Pandemie gibt, ist kein Kündigungsgrund. Wie schon der Ausdruck »betriebsbedingte Kündigung« sagt, muss der Grund im Betrieb selbst liegen,

es muss Arbeitsmangel bestehen. Dieser kann coronabedingt sein, aber auch andere Ursachen haben.

### 5. Unter welchen Voraussetzungen ist eine betriebsbedingte Kündigung möglich?

Eine betriebsbedingte Kündigung setzt voraus, dass für den Betroffenen nicht mehr genügend Arbeit vorhanden ist. Dabei reicht es nicht, dass dieser Zustand nur für einige Monate besteht. Vielmehr muss die fragliche Tätigkeit auf Dauer wegfallen. Das bedeutet: Wenn der Arbeitgeber einen Wegfall von Aufträgen als »vorübergehend« qualifiziert und deshalb Kurzarbeitergeld beantragt, kann er jetzt nicht plötzlich den Standpunkt vertreten, es liege ein dauerhafter Auftragseinbruch vor. Das wäre widersprüchliches Verhalten, das gegen Treu und Glauben verstößt. Schwieriger ist es, wenn der Arbeitgeber von Anfang an auf Kurzarbeit verzichtet und von einem »hoffnungslosen Zustand« ausgeht. Gibt es Anhaltspunkte dafür, dass sich in sechs oder zwölf Monaten die Situation wieder bessert, kann der Betriebsrat von seinem Initiativrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG Gebrauch machen und die Festlegung von Kurzarbeit verlangen. Wenn der Arbeitgeber weiter »mauert«, kann er die Einigungsstelle anrufen, die dann auch die Bundesagentur für Arbeit hinzuziehen wird: Ist sie bereit, Kurzarbeitergeld zu bezahlen, weil sie auch von einem vorübergehenden Arbeitsmangel ausgeht, wird der Arbeitgeber nicht mehr kündigen können: Die Kurzarbeit ist in diesem Fall nach der Rechtsprechung das mildere Mittel. Nur wenn das alles nicht hilft, weil wirklich nicht mehr mit einer Besserung zu rechnen ist, kommt eine betriebsbedingte Kündigung in Betracht. Dabei muss dann zuerst eine Versetzungsmöglichkeit geprüft und eine soziale Auswahl vorgenommen werden.

### 6. Kann der Arbeitgeber einem Beschäftigten kündigen, weil er Kurzarbeit ablehnt?

Das ist ein eher theoretischer Fall. In der Regel wird die Kurzarbeit aufgrund einer Ermächtigung im Tarifvertrag oder aufgrund einer Betriebsvereinbarung eingeführt. Der einzelne Beschäftigte wird nicht gefragt. Nur dann, wenn weder ein Tarifvertrag noch eine Betriebsvereinbarung eingreift, muss der Arbeitsvertrag geändert werden, ist also die Zustimmung des Einzelnen erforderlich. Stellt er sich quer, kann der Arbeitgeber eine Änderungskündigung aussprechen, die die Wo-

chenarbeitszeit vorübergehend auf die Stundenzahl reduziert, die noch gearbeitet wird. Gegenüber einer Beendigungskündigung wäre dies das mildere Mittel.

### 7. Kann der Betriebsrat bei »Coronabedingten« Kündigungen mitreden? Kann er diese verhindern?

Der Betriebsrat muss nach § 102 Abs. 1 BetrVG vor jeder Kündigung angehört werden. Ein Vetorecht hat er nach dem Gesetz nicht. Lediglich bei bestimmten Fehlern, z.B. bei mangelhafter sozialer Auswahl, kann er der Kündigung widersprechen. Erhebt dann der betroffene Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage, ist dieser bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung weiter zu beschäftigen.

Werden mehrere betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen und soll zugleich ein Betrieb oder wesentlicher Betriebsteil eingeschränkt werden, so liegt eine geplante Betriebsänderung nach § 111 BetrVG vor. Der Betriebsrat kann dann umfassende Auskunft verlangen und anschließend über Interessenausgleich und Sozialplan verhandeln. Bis die Verhandlungen über den Interessenausgleich erfolgreich abgeschlossen oder gescheitert sind, dürfen keine Kündigungen ausgesprochen werden. Nach der Rechtsprechung der meisten Landesarbeitsgerichte kann der Betriebsrat beim Arbeitsgericht eine einstweilige Verfügung erwirken, die dem Arbeitgeber betriebsbedingte Kündigungen während dieser Zeit verbietet. Es kann also viele Monate dauern, bis der Arbeitgeber mit Kündigungen beginnen kann. Liegt eine Massenentlassung im Sinne des § 17 KSchG vor, muss der Betriebsrat eingehend konsultiert werden. Seine Stellungnahme ist beizufügen, wenn der Arbeitgeber die geplante Massenentlassung bei der Bundesagentur für Arbeit anzeigt. Passiert hier ein Fehler, wird der Betriebsrat z. B. nicht voll informiert, ist auch die Anzeige fehlerhaft. Damit verlieren alle daraufhin ausgesprochenen Kündigungen ihre Wirkung – so das Bundesarbeitsgericht im Fall der (insolventen) Air Berlin. Lag ein Kündigungsgrund vor, so muss der Arbeitgeber erneut kündigen und für die Zwischenzeit das Entgelt fortbezahlen.

Der Betriebsrat kann die Kündigungen im Ergebnis nicht verhindern – er kann aber durch Verhandlungen über den Interessenausgleich und durch das Massenentlassungsverfahren ihren Zeitpunkt hinausschieben. Damit kann für die Betroffenen viel gewonnen sein: Das Rentenalter rückt näher, der Zeitraum wird länger, in dem man sich nach



Wolfgang Däubler,  
**Arbeitsrecht in Zeiten  
der Corona-Krise**  
Rechte und Pflichten  
im Ausnahmezustand  
1. Auflage 2020  
► [www.bund-verlag.de/  
shop](http://www.bund-verlag.de/shop)

**WICHTIG**

Eine unvollständige Sachdarstellung des Arbeitgebers bei der Anhörung des Betriebsrats zur Kündigung ist unzulässig. Das ist der Fall, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat bewusst ihm bekannte und seinen Kündigungsentschluss bestimmende Tatsachen vorenthält, die nicht nur eine Ergänzung oder Konkretisierung des mitgeteilten Sachverhalts darstellen, sondern diesem erst das Gewicht eines Kündigungsgrundes geben oder weitere eigenständige Kündigungsgründe enthalten.

etwas Neuem umschauen kann. Das ist nicht großartig, aber es ist besser als nichts. Dazu kommt in der Regel eine Abfindung aus dem Sozialplan und nicht selten auch der Eintritt in eine Transfergesellschaft. Schlimm ist es nur dort, wo es keinen Betriebsrat gibt – dort

finden keine Verhandlungen statt, und es gibt keine Abfindungen aus einem Sozialplan. Der Arbeitgeber kann seine Pläne durchziehen, wie es ihm am besten erscheint. <

Die Fragen stellte **Leslie Schilling**.

## ARBEITSHILFE

## Kündigung – Checkliste zur Anhörung des Betriebsrats

### 1. Allgemeines

- Die Unterrichtung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG hat in jedem Fall **vor Ausspruch der Kündigung** zu erfolgen. Sie hat folgende Angaben zu enthalten:
  - **Art der Kündigung:** ordentlich oder außerordentlich; verhaltens-, personen- oder betriebsbedingte Kündigung; wird die Kündigung auf mehrere Gründe gestützt, so muss die Anhörung des Betriebsrats für alle in Betracht gezogenen Kündigungsarten durchgeführt werden.
  - **Angaben zur Person des zu kündigenden Arbeitnehmers**, wie Alter, Familienstand, Anzahl der Unterhaltsberechtigten, Dauer der Betriebszugehörigkeit, gegenwärtiger Arbeitsbereich/Funktion, bestehende Sonderkündigungsschutzvorschriften (Schwerbehinderung etc.).
  - **Angabe des konkreten Kündigungstermins** (unter Anwendung gesetzlicher, tariflicher oder arbeitsvertraglicher Kündigungsfristen).
- Die Anhörung des Betriebsrats hat der Arbeitgeber gegenüber dem empfangsberechtigten Betriebsratsmitglied (Betriebsratsvorsitzender, im Falle seiner Verhinderung sein Stellvertreter, eventuell auch Vorsitzender des Personalausschusses) einzuleiten.

### 2. Anhörung zum Kündigungsgrund

- Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat **die Gründe für die Kündigung mitzuteilen** (§ 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG). Damit ist eine umfassende Information des Betriebsrats über alle Gesichtspunkte gemeint, die den Arbeitgeber zur Kündigung veranlassen. Diese Begründungspflicht vor Ausspruch einer Kündigung ist das Herzstück des Anhörungsverfahrens. Damit wird dem Betriebsrat die Grundlage für die Beurteilung der Kündigung verschafft.
- **Begründungspflicht** des Arbeitgebers:
  - (1) Der Arbeitgeber entscheidet, auf welche Gründe er eine Kündigung stützen will. Er ist nur verpflichtet, über diejenigen Gründe, auf die er die Kündigung selbst stützen will, zu informieren. Damit beschränkt sich die Prüfungspflicht des Arbeitsgerichts auch auf die Frage, ob die ausgesprochene Kündigung von den vom Arbeitgeber vorgetragenen Gründen getragen wird.
  - (2) Dem Betriebsrat müssen mindestens folgende Tatsachen mitgeteilt werden:
    - im Falle einer ordentlichen Kündigung bei Geltung des KSchG alle der Begründung des gesetzlichen Kündigungsgrundes zugrunde liegenden Tatsachen;
    - im Falle einer Kündigung ohne Geltung des KSchG alle der Kündigungsabsicht zugrunde liegenden Tatsachen und Erwägungen;
    - im Falle einer außerordentlichen Kündigung alle zur Begründung der Kündigung herangezogenen Tatsachen.
  - (3) Zu informieren ist auch über die gegen eine Kündigung sprechenden Tatsachen.
  - (4) Dem Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigung bekannte Tatsachen können im Kündigungsschutzprozess nicht mehr nachgeschoben werden, wenn der Betriebsrat hierzu nicht angehört wurde.
  - (5) Nach der Rechtsprechung des BAG darf der Arbeitgeber bei Kündigungsausspruch nicht bekannte, aber zu diesem Zeitpunkt bereits entstandene Kündigungsgründe im Kündigungsschutzprozess nachschieben, wenn der Betriebsrat hierzu erneut angehört worden ist.
  - (6) Unbeschränkt möglich ist die Erläuterung (Substantiierung oder Konkretisierung) der dem Betriebsrat mitgeteilten Kündigungsgründe.
  - (7) Wissentlich falsche oder unvollständige Darstellungen des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat führen zur Unwirksamkeit der Anhörung.
  - (8) Die lediglich objektive Unrichtigkeit der Arbeitgeberinformation führt nicht zur Unwirksamkeit der Anhörung, sondern ist bei der Prüfung der materiellen Berechtigung zur Kündigung zu würdigen.
  - (9) Bestreitet der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Anhörung, liegt die Darlegungs- und Beweislast hierfür beim Arbeitgeber.

Quelle: Bachner in Däubler/Klebe/Wedde (Hrsg.): Arbeitshilfen für den Betriebsrat, 4. Auflage 2018, § 102 Rn. 4 (Auszug).

Diese Arbeitshilfe finden Sie online unter: [www.br-mitbestimmung.de](http://www.br-mitbestimmung.de)

