

# Newsletter

## Arbeitsrecht

Oktober 2009

Gegenläufige betriebliche Übung

Betriebsübergang – Auftragsnachfolge

Verwirkung des Widerspruchsrechts nach fehlerhafter Unterrichtung über den Betriebsübergang

Betriebsbedingte Kündigung bei Einsatz von Leiharbeitnehmern

Keine Vermutung der Betriebsbedingtheit gemäß § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG bei außerordentlicher betriebsbedingter Änderungskündigung

Beweisführung bei fristloser Kündigung wegen angekündigter Erkrankung

Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen gesetzliche Vorschriften bei der Massentlassungsanzeige

## Gegenläufige betriebliche Übung

BAG, Urteil vom 18.03.2009 - 10 AZR 281/08

Ein aus betrieblicher Übung entstandener Anspruch auf Weihnachtsgeld kann nicht durch eine gegenläufige betriebliche Übung beseitigt werden (Änderung der Rechtsprechung).

Der Kläger hatte gegen die Beklagte einen Anspruch auf Weihnachtsgeld aus betrieblicher Übung. Die Beklagte ergänzte seit 2002 die Lohnabrechnungen im Auszahlungsmonat des Weihnachtsgeldes mit folgendem handschriftlichen Hinweis: „Die Zahlung des Weihnachtsgeldes ist eine freiwillige Leistung und begründet keinen Rechtsanspruch!“ Der Kläger widersprach diesen Hinweisen nicht. Die Beklagte zahlte erstmals im Jahr 2006 kein Weihnachtsgeld mehr.

Das BAG hat der Klage auf Fortzahlung des Weihnachtsgeldes unter Aufgabe seiner ständigen Rechtsprechung zur gegenläufigen betrieblichen Übung stattgegeben. Bis dato war anerkannt, dass ein Anspruch aus betrieblicher Übung verschlechtert bzw. beseitigt werden kann, indem der Arbeitgeber die vertragliche Leistung dreimal unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt stellt und der Arbeitnehmer dem nicht widerspricht. Eine derartige Vertragsänderung ist ab sofort nicht mehr möglich. Der Freiwilligkeitsvorbehalt der Beklagten in den Lohnabrechnungen war nach Ansicht des BAG eine vorformulierte Arbeitsbedingung (§ 305 Abs. 1 BGB) in Form eines Angebotes auf Beseitigung der betrieblichen Übung. Die Annahme dieses Angebotes durch ein dreimaliges Schweigen des Arbeitnehmers sei mit § 308 Nr. 5 BGB nicht zu vereinbaren. Nach dieser Vorschrift dürfe grundsätzlich durch eine vorformulierte Arbeitsbedingung keine Erklärung des Vertragspartners fingiert werden. Das dreimalige Schweigen des Klägers war daher nach Ansicht des BAG nicht als Annahme, sondern als Ablehnung zu verstehen.

Die Entscheidung des BAG macht Arbeitgebern die Verschlechterung bzw. Beseitigung einer betrieblichen Übung nunmehr fast unmöglich. Hierfür verbleiben die theoretischen Möglichkeiten einer einvernehmlichen Änderung mit dem Arbeitnehmer und einer Änderungskündigung.

**Fazit:** Eine gegenläufige betriebliche Übung ist nicht mehr möglich. Um das Problem in seinem Kern zu lösen, sollte bereits bei Einstellungen das Entstehen einer betrieblichen Übung arbeitsvertraglich ausgeschlossen werden.



## Betriebsübergang – Auftragsnachfolge

BAG, Urteil vom 22.01.2009 - 8 AZR 158/07

**Sind in der Organisationsstruktur des Betriebserwerbers keine in ihrem Funktions- und Zweckzusammenhang beibehaltenen Faktoren des Betriebsveräußerers mehr aufrecht erhalten, spricht dies gegen einen Betriebsübergang.**

Das BAG hat mit Urteil vom 22. Januar 2009 präzisiert, wie eine bloße Auftragsnachfolge von einem Sachverhalt abzugrenzen ist, der einen Betriebsübergang bewirkt. Der Kläger war als Haustechniker bei einem Unternehmen beschäftigt, das in einem Teilbereich des Universitätsklinikums Charité in Berlin mit 19 Arbeitnehmern gebäudetechnische Service-Leistungen für die betriebs- und versorgungstechnischen Anlagen erbrachte. Das Universitätsklinikum entschied dann, für alle Standorte und alle Aufgaben des Facility-Managements nur noch einen einzigen Auftrag zu vergeben, kündigte den Dienstleistungsauftrag mit dem Unternehmen und übertrug das gesamte Facility-Management im Universitätsklinikum auf einen neuen Dienstleister („Erwerber“), der mit ca. 1.900 Beschäftigten auch die Aufgaben aus dem Dienstleistungsauftrag mit dem Arbeitgeber des Klägers übernahm. Der Kläger machte erfolglos geltend, die Kündigung sei wegen Betriebsübergangs unwirksam.

Das BAG sah den Sachverhalt als bloße Auftragsnachfolge an, die keinen Betriebsübergang im Sinne § 613 a BGB darstellt. Die vormals vorhandene organisatorische Einheit habe nicht nur ihre organisatorische Selbstständigkeit verloren; es seien auch keine in ihrem Funktions- und Zweckzusammenhang beibehaltenen Faktoren in die Organisationsstruktur des Erwerbers eingegliedert worden. Der Erwerber nutze zur Verfolgung seiner umfassenderen Tätigkeit keine Produktionsfaktoren, die schon bei dem alten Dienstleister in ihrer Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung bestanden hätten. Die technischen Anlagen, an denen die Facility-Management-Tätigkeit verrichtet worden sei, würden nicht den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs ausmachen.

In dieser Entscheidung bezieht sich das BAG erstmals auf die Klarenberg-Entscheidung des EuGH (EuGH 12.02.2009 - C-466/07), in der der EuGH die Eingliederung einer Einheit in eine organisatorisch andersartige Struktur beim Erwerber nicht als Umstand angesehen hatte, der einen Betriebsübergang ausschließe. Das BAG hatte in den vergangenen Jahren häufiger Betriebsübergänge unter dem Gesichtspunkt abgelehnt, daß der Erwerber die übernommenen Tätigkeiten organisatorisch in

## Betriebsübergang – Auftragsnachfolge

seine eigene Struktur eingegliedert und damit die übernommene wirtschaftliche Einheit aufgelöst habe (vgl. BAG 14.08.2007 - 8 AZR 1043/06, DB 2007, 2654), so dass mit Spannung erwartet wurde, wie das BAG auf die Entscheidung des EuGH reagieren werde. Das BAG nimmt auf die Klarenberg-Entscheidung des EuGH, die erst nach der Urteilsverkündung ergangen ist, Bezug und nutzt diese zur Präzisierung der eigenen Rechtsprechung. Die vorliegende Fallkonstellation betraf eine betriebsmittelarme Tätigkeit in der Form eines reinen Dienstleistungsauftrags im Facility Management. Die Arbeitnehmer des vormaligen Dienstleisters waren vom Erwerber nicht nach Zahl oder Sachkunde überwiegend übernommen worden. Das BAG verneint einen Betriebsübergang mit dem Argument, dass der bei dem vormaligen Dienstleister noch gegebene Funktions- und Zweckzusammenhang der organisatorisch zur Aufgabenerfüllung zusammengefassten Arbeitnehmer bei dem Erwerber, der dies im größeren Rahmen versehe, fortgefallen sei.

Das BAG lässt erkennen, daß die Frage, in welcher Organisationsform der Erwerber eine übernommene Tätigkeit fortführt, auch nach der Klarenberg-Entscheidung des EuGH Bedeutung bei der Frage zukommt, ob ein Betriebsübergang vorliegt. Ein Betriebsübergang kann dann vorliegen, wenn es bei dem Erwerber „beibehaltene Faktoren“ gibt, die sich ungeachtet der anderen organisatorischen Einbindung fortsetzen. Dies bezeichnet das BAG mit der in den Leitsatz aufgenommenen Wendung der „Beibehaltung des Funktions- und Zweckzusammenhangs“.

## Verwirkung des Widerspruchsrechts nach fehlerhafter Unterrichtung über den Betriebsübergang

BAG, Urteil vom 23.07.2009 - 8 AZR 357/08

Der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber hat die von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang in Textform umfassend nach Maßgabe des § 613a Abs. 5 BGB zu unterrichten. Der Arbeitnehmer kann nach § 613a Abs. 6 BGB dem Übergang des Arbeitsverhältnisses binnen eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB schriftlich widersprechen.

## Verwirkung des Widerspruchsrechts nach fehlerhafter Unterrichtung über den Betriebsübergang

Fehlen in der Unterrichtung Informationen oder sind die Informationen falsch, beginnt die Monatsfrist für den Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB nicht zu laufen mit der Folge, dass der Arbeitnehmer auch noch nach Ablauf eines Monats seit Unterrichtung dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprechen kann.

Das Widerspruchsrecht kann vom Arbeitnehmer in einem solchen Fall lediglich verwirkt werden. Angesichts der Vielzahl von Fallstricken, die bei der Abfassung eines Unterrichtungsschreibens nach § 615a Abs. 5 BGB lauern, erlangt die Verwirkung des Widerspruchsrechts in der Praxis erhebliche Bedeutung.

Jüngst hat das BAG mit Urteil vom 23. Juli 2009 (8 AZR 357/08) erneut zu entscheiden gehabt, ob das vom Arbeitnehmer ausgeübte Widerspruchsrecht verwirkt war. Der Kläger war mit Schreiben vom 29. August 2005 über einen Betriebsübergang zum 01. Oktober 2005 unterrichtet worden. Die Unterrichtung war allerdings nicht ordnungsgemäß, so dass die Monatsfrist des § 613a Abs. 6 BGB nicht in Lauf gesetzt worden war. Der Betriebsübergang fand statt. Fast ein Jahr nach Betriebsübergang am 09. August 2006 schloss der Kläger mit der Betriebserwerberin einen Aufhebungsvertrag, wonach das Arbeitsverhältnis zum 31. Oktober 2006 gegen Zahlung einer Abfindung enden sollte. Am 29. September 2006 meldete die Betriebserwerberin Insolvenz an. Daraufhin widersprach der Kläger mit Schreiben vom 22. Dezember 2006 dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Erwerberin unter Berufung auf die Fehlerhaftigkeit der Unterrichtung, machte den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit der Betriebsveräußerin geltend und verlangte Weiterbeschäftigung und Vergütung durch die Betriebsveräußerin. Das BAG hat die Klage abgewiesen. Zwar habe die fehlerhafte Unterrichtung die Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 BGB nicht in Gang gesetzt. Der Kläger habe sein Widerspruchsrecht jedoch verwirkt, da er durch den Abschluss des Aufhebungsvertrages mit der Betriebserwerberin über sein Arbeitsverhältnis disponiert habe. Auf diesen Umstand könne sich auch die Betriebsveräußerin berufen, wobei es nicht darauf ankomme, wann sie vom Abschluss des Aufhebungsvertrages Kenntnis erlangt habe. Zu der Entscheidung des BAG liegt bislang lediglich eine Pressemitteilung des BAG vor.

Das BAG setzt mit der Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung zur Verwirkung fort. Bereits mit Urteil vom 27. November 2008 (8 AZR 174/07) hatte das BAG entschieden, dass ein Arbeitnehmer nach Ablauf von 15 Monaten seit der fehlerhaften

## Verwirkung des Widerspruchsrechts nach fehlerhafter Unterrichtung über den Betriebsübergang

Unterrichtung über den Betriebsübergang sein Recht zum Widerspruch verwirkt habe, wenn er innerhalb dieser Zeitspanne selbst über den Bestand seines Arbeitsverhältnisses durch Abschluss eines Aufhebungsvertrags disponiert habe. Verwirkung setze voraus, dass der Gläubiger längere Zeit seine Rechte nicht geltend mache (Zeitmoment), wobei er unter Umständen untätig geblieben sein müsse, die den Eindruck erweckt hätten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle (Umstandsmoment) (BAG 27.11.2008 - 8 AZR 174/07, NZA 2009, S. 552, Rdnr. 22). Für die Verwirkung des Widerspruchsrechts reicht es nach der Rechtsprechung des BAG mithin nicht aus, dass der Arbeitnehmer durch Abschluss eines Aufhebungsvertrags beim Erwerber über sein Arbeitsverhältnis disponiert hat. Vielmehr muss auch eine gewisse Zeit abgelaufen sein, um neben dem Umstandsmoment das für die Verwirkung erforderliche Zeitmoment zu erfüllen. Zeitmoment und Umstandsmoment stehen dabei in einer Wechselwirkung. Je stärker das Umstandsmoment, desto schneller kann der Anspruch verwirkt sein (BAG 27.11.2008 - 8 AZR 174/07, NZA 2009, S. 552, Rdnr. 24). Bei der Entscheidung vom 27.11.2008 und der Entscheidung vom 23.07.2009 waren Zeiträume von 15 bzw. zwölf Monaten bis zum Widerspruch verstrichen. Angesichts des Gewichts des Umstands, dem der Abschluss eines Aufhebungsvertrags zukommt, dürften jedoch auch kürzere Zeiträume für eine Verwirkung ausreichen.

## Betriebsbedingte Kündigung bei Einsatz von Leiharbeitnehmern

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 03.03.2009 – 12 Sa 2468/08

Welche Bedeutung hat der Einsatz von Leiharbeitnehmern für die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung von Stammarbeitskräften? Mit diesem Zusammenhang hatte sich das LAG Berlin-Brandenburg zu befassen. Es hat dabei insbesondere zu der Frage Stellung genommen, ob die von Leiharbeitnehmern besetzten Stellen als freie Dauerarbeitsplätze im Sinne einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit anzusehen sind.

## Betriebsbedingte Kündigung bei Einsatz von Leiharbeit- nehmern

Der Kläger war seit 1999 als Fahrer/Lader bei dem beklagten Entsorgungsunternehmen beschäftigt. Er war an einem Standort tätig, an dem die Beklagte neben fest angestellten Stammkräften täglich ein bis acht Leiharbeiter als Fahrer einsetzte. Im Juni 2008 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist. Sie begründete die Kündigung mit der Stilllegung von Transportfahrzeugen aufgrund der Einstellung von Entsorgungsfahrten und einer Reduzierung der Speiserestesammlung. Der von dem Kläger erhobenen Kündigungsschutzklage gab das Arbeitsgericht Potsdam statt; die Berufung der Arbeitgeberin hatte keinen Erfolg.

Das LAG Berlin-Brandenburg hielt die Kündigung für sozial nicht gerechtfertigt, da sie nicht durch dringende betriebliche Gründe bedingt war. Eine Kündigung ist nur dann durch ein dringendes betriebliches Erfordernis bedingt, wenn der Arbeitgeber keine Möglichkeit hat, den Arbeitnehmer anderweitig zu beschäftigen. Zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung darf kein freier vergleichbarer Arbeitsplatz vorhanden sein. Einen solchen Arbeitsplatz kann nach Ansicht des LAG auch eine mit Leiharbeitnehmern besetzte Beschäftigungsposition darstellen. Daß die Leiharbeiter nicht zu der Beklagten, sondern zu einem Dritten im Arbeitsvertragsverhältnis stehen, ändere nichts an ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer und an ihrer Beschäftigung auf betrieblichen Arbeitsplätzen. Sie seien – anders als freie Mitarbeiter – in die betriebliche Organisation des Arbeitgebers eingegliedert und unterlägen seinem Weisungsrecht. Der Arbeitgeber müsse sich daher die mit Leiharbeitnehmern besetzten Beschäftigungsstellen als betriebliche Arbeitsplätze zurechnen lassen.

Weiter stellte das LAG fest, dass der Einsatz der Leiharbeiter als Krankheitsvertretung einer Einordnung als Dauerarbeitsplatz nicht entgegensteht, wenn der Vertretungsbedarf ständig und ununterbrochen anfällt und der Arbeitgeber hierfür dauerhaft Personal beschäftigt. Durch den ständigen Einsatz von Leiharbeitnehmern zeige sich der dauerhafte Bedarf an einer höheren Anzahl von Arbeitsplätzen.

Die mit Leiharbeitnehmern besetzten Arbeitsplätze seien auch „frei“. „Frei“ sind nach ständiger Rechtsprechung die Arbeitsplätze, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung unbesetzt sind oder bis zum Ablauf der Kündigungsfrist frei werden oder für die der Arbeitgeber die Beschäftigungsmöglichkeit treuwidrig vereitelt hat. Das LAG zieht hier den gleichen Schluss wie bereits das LAG Hamm (Urteil vom 07. April 2008 - 8 (19) Sa 1151/06):

## Betriebsbedingte Kündigung bei Einsatz von Leiharbeitnehmern

Arbeitsplätze, die mit überlassenen Arbeitnehmern besetzt sind, zu denen der Arbeitgeber in keinen vertraglichen Beziehungen steht, sind als frei anzusehen. Da der Entleiher gegenüber den Leiharbeitnehmern keinen arbeitsvertraglichen Bestandsschutz zu beachten hat, ist er gehalten, zunächst deren Abruf zu unterlassen, bevor er eigene Mitarbeiter kündigt.

**Fazit:** Beschäftigt ein Arbeitgeber dauerhaft Leiharbeitnehmer, ist die betriebsbedingte Kündigung von Stammarbeitskräften an enge Voraussetzungen geknüpft: Soweit ein Leiharbeitnehmer auf einem für den zu kündigenden Stammarbeitnehmer geeigneten Arbeitsplatz beschäftigt wird, so ist zunächst der Einsatz der Leiharbeitskraft zu beenden.

### Keine Vermutung der Betriebsbedingtheit gemäß § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG bei außerordentlicher betriebsbedingter Änderungskündigung

BAG, Urteil vom 28.05.2009 - 2 AZR 844/07

Das BAG hatte darüber zu entscheiden, ob bei Ausspruch einer außerordentlichen betriebsbedingten Änderungskündigung auf der Grundlage eines Interessenausgleichs mit Namensliste gemäß § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG zu vermuten ist, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG bedingt ist.

Das BAG hatte über die Kündigungsschutzklage eines 1950 geborenen und seit 1982 bei dem Beklagten beschäftigten Arbeitnehmer zu entscheiden, der aufgrund einer auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren tariflichen Regelung ordentlich unkündbar war. Der Beklagte beschloss im Jahr 1999, seinen Sitz teilweise von Bonn nach Berlin zu verlagern. Von dieser Verlagerung war die Abteilung betroffen, in der der Kläger tätig war. Der Beklagte vereinbarte mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich mit einer Namensliste der zu versetzenden Mitarbeiter. Die Versetzung sollte ggf. im Wege der betriebsbedingten Änderungskündigung erfolgen. Auf der Namensliste befand sich auch der Name des

## Keine Vermutung der Betriebsbedingtheit gemäß § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG bei außerordentlicher betriebsbedingter Änderungskündigung

nach dem früheren Bundesangestellten-Tarifvertrag (BAT) ordentlich unkündbaren Klägers. Der Beklagte erklärte dem Kläger eine außerordentliche Änderungskündigung mit Auslaufzeit und bot dem Kläger eine Weiterbeschäftigung zu im Übrigen unveränderten Arbeitsbedingungen in Berlin an. Der Kläger nahm das Änderungsangebot unter Vorbehalt an und erhob Änderungschutzklage.

Das BAG entschied, dass die dem Kläger angebotene Vertragsänderung nicht durch einen wichtigen Grund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB gerechtfertigt gewesen ist. Zwar kann eine außerordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung über tarifliche Sonderkündigungsschutzvorschriften hinaus in extremen Ausnahmefällen zulässig sein. An deren Wirksamkeit sind aber hohe Anforderungen zu stellen. Dies gilt nach Ansicht des BAG auch, wenn die Kündigung auf der Grundlage eines Interessenausgleichs mit Namensliste ausgesprochen wird. § 1 Abs. 5 KSchG findet auf die außerordentliche betriebsbedingte Kündigung keine Anwendung. Die Vorschrift gilt zwar grundsätzlich auch für ordentliche Änderungskündigungen. Eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf außerordentliche (Änderungs-) Kündigungen ist jedoch zu verneinen. Denn Prüfungsmaßstab ist dann gerade nicht § 1 Abs. 2 KSchG, auf den § 1 Abs. 5 KSchG verweist, sondern § 626 Abs. 1 BGB bzw. die einschlägige tarifvertragliche Sonderkündigungsschutzregelung. Im entschiedenen Fall war die Kündigung nach diesen Grundsätzen schon deshalb nicht durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt, weil eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in Bonn jedenfalls vorübergehend bestanden hatte.

**Fazit:** Das BAG hat mit seiner Entscheidung die im Schrifttum vertretene Ansicht bestätigt, dass § 1 Abs. 5 KSchG nicht auf außerordentliche Kündigungen Anwendung findet. Neben rechtssystematischen Erwägungen ist Hintergrund der Entscheidung, dass bei Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 1 Abs. 5 KSchG auf außerordentliche Kündigungen die Gefahr besteht, dass die Betriebsparteien den tariflichen Sonderkündigungsschutz ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer erheblich entwerten könnten. Es ist also bei Abschluss eines Interessenausgleichs mit Namensliste eine gesonderte Vorprüfung anzustellen, ob (außerordentliche) Kündigungen ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer wirksam sein können.

## Beweisführung bei fristloser Kündigung wegen angekündigter Erkrankung

BAG, Urteil vom 12.3.2009 - 2 AZR 251/07

Das BAG hat wiederholt betont, dass die Ankündigung einer zukünftigen Erkrankung für den Fall der Nichtgewährung von Urlaub regelmäßig geeignet ist, einen Grund zur fristlosen Kündigung abzugeben. Dies gilt ohne Rücksicht auf eine später tatsächlich auftretende Krankheit.

Der Kläger war mit seinen Arbeiten erheblich in Verzug. Er beantragte Urlaub für einen drei Tage später liegenden Brückentag. Ob er im Verlauf des Gesprächs über den Urlaubsantrag für den Fall der Verweigerung eine Erkrankung „angedroht“ hatte, war im Prozess streitig. Er hatte noch am Tag der Ablehnung des Antrags und vor dem „Brückentag“ einen Arzt aufgesucht. Gegenüber der fristlosen Kündigung wandte er ein, er habe wegen der bestehenden Erkrankung ohnehin nicht arbeiten müssen. Nur wegen überobligatorischen Einsatzes habe er nicht schon vor dem Brückentag eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung eingereicht.

Das BAG betont, dass es entscheidend darauf ankommt, ob der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Ankündigung bereits objektiv erkrankt war. Denn der Kern des Kündigungsvorwurfes liegt darin, dass der Arbeitnehmer zum Ausdruck bringt, er werde sich rechtsmissbräuchlich auf eine nicht bestehende Erkrankung berufen. Dies stellt regelmäßig ohne Rücksicht auf eine später tatsächlich auftretende Krankheit einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung dar. War der Arbeitnehmer hingegen im Zeitpunkt der Ankündigung bereits objektiv erkrankt, ohne dies dem Arbeitgeber zu offenbaren, scheidet eine Pflichtverletzung zwar nicht von vornherein aus. Die mit seiner Erklärung verbundene Störung des Vertrauensverhältnisses soll dann allerdings regelmäßig weniger schwer wiegen. Beruft sich der gekündigte Arbeitnehmer im Prozess darauf, er sei im Zeitpunkt der Ankündigung einer Erkrankung bereits objektiv krank gewesen, muss er konkret dazu vortragen, welche Erkrankung vorgelegen haben soll und weshalb er darauf schließen durfte, auch am Tag der begehrten Freistellung arbeitsunfähig zu sein. Dazu muss er ggf. die behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbinden. Im Einzelfall können weitere Indizien – wie z.B. die fehlende zeitliche Nähe – hinzukommen, die so gewichtig sind, dass der Arbeitnehmer sie entkräften muss.

**Fazit:** Das BAG löst das Problem der Kündigung wegen angedrohter Erkrankung auf der verfahrensrechtlichen Ebene. Denn der Kündigungsvorwurf ist nicht die Krankheit, sondern die Drohung mit dem Missbrauch des Entgeltfortzahlungsanspruchs, obwohl noch gar nicht erkennbar ist, dass zu dem entscheidenden Zeitpunkt solche Ansprüche wegen Krankheit überhaupt bestehen. Wer am Tag der Androhung objektiv erkrankt war, muss darlegen und beweisen, aus welchen Tatsachen er auf den Fortbestand der Krankheit am gewünschten Urlaubstag schließen konnte. Dieser Versuch wird umso schwieriger, je ferner der beantragte aber verweigerte Urlaubstag liegt.

## Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen gesetzliche Vorschriften bei der Massenentlassungsanzeige

BAG, Urteil vom 28.05.2009 - 2 AZR 523/07

Das BAG hatte über die Rechtsfolge eines Verstoßes des Arbeitgebers gegen § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG zu entscheiden. Nach dieser Vorschrift muss ein Arbeitgeber, der seiner Massenentlassungsanzeige keine Stellungnahme des Betriebsrats beifügen kann, gegenüber der Bundesagentur für Arbeit glaubhaft machen, dass er den Betriebsrat mindestens zwei Wochen vor Erstattung der Massenentlassungsanzeige unterrichtet hat, und auch den Stand der Beratungen mit dem Betriebsrat mitteilen. In dem Formular der Bundesagentur für Arbeit weist diese - abweichend vom Gesetz - darauf hin, dass bei fehlender Stellungnahme des Betriebsrats eine Darlegung des Stands der Beratungen erfolgen „sollte“.

Im zur Entscheidung anstehenden Fall hatte sich ein Arbeitgeber darauf verlassen, dass eine solche Darlegung kein Muss ist. Der nach Abgabe der Massenentlassungsanzeige entlassene Arbeitnehmer griff die Wirksamkeit der Kündigung mit dem Argument an, der Arbeitgeber habe keine ordnungsgemäße Massenentlassungsanzeige erstattet, weil die Mitteilung über den Stand der Beratungen mit dem Betriebsrat gefehlt hatte.

Das BAG hat eine arbeitgeberfreundliche Entscheidung getroffen und für Recht erkannt, dass ein Verstoß gegen § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG jedenfalls dann nicht die Unwirksamkeit der Kündigung bedinge, wenn die Bundesagentur für Arbeit auf die Abgabe solcher Erklärungen verzichtet, indem sie es dem Arbeitgeber anheimstellt, sich zu dem Stand der Beratungen zu äußern. Das BAG schlussfolgert dies aus dem Zweck des § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG. Geschützt werde durch die Vorschrift die Bundesagentur für Arbeit in Durchführung der Arbeitsvermittlung; diese habe es gemäß § 20 Abs. 3 Satz 1 KSchG in der Hand, sich anhand einer Befragung des Betriebsrats selbst ein Bild von den Verhandlungen zu machen. Es sei somit die Bundesagentur für Arbeit, die den Umfang ihrer Ermittlungen von Amts wegen bestimme. Gebe sie dem Arbeitgeber gegenüber zu erkennen, dass sie der Stand der Beratungen mit dem Betriebsrat nicht zwingend interessiere, so habe der Arbeitgeber seinen Pflichten auch dann entsprochen, wenn er der Bundesagentur für Arbeit den Stand der Beratungen entgegen § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG nicht mitteilt.

## Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen gesetzliche Vorschriften bei der Massenentlassungsanzeige

Das BAG steht zu Recht auf dem Standpunkt, dass ein Verzicht der Bundesagentur für Arbeit auf eine vollständige Unterrichtung nach § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG den Arbeitgeber von seinen Pflichten partiell befreit und der Arbeitnehmer sich nicht darauf berufen kann, der Arbeitgeber habe sich gesetzeswidrig verhalten. Die Regelungen in §§ 17 ff. KSchG dienen öffentlichen, nämlich arbeitsmarktpolitischen Zwecken, nicht dem Individualschutz. Der Individualschutz des einzelnen Arbeitnehmers, den er durch die Entlassungssperre erfährt, ist nichts als bloße Reflexwirkung. Diese Betrachtung entspricht den europarechtlichen Vorgaben. Der Zweck der entsprechenden europarechtlichen Vorschrift (Art. 4 Abs. 2 RL 98/59/EG) besteht im Schutz der Tätigkeit der zuständigen nationalen Behörde (EuGH 27.01.2005 - C-188/03 - [Junk]).

**Fazit:** Wer als Arbeitgeber im Rahmen der Massentlassungsanzeige im Vertrauen auf die Gesetzeskonformität behördlicher Formulare unvollständige Angaben zum Sachverhalt macht, wird im Verhältnis zum betroffenen Arbeitnehmer in seinem Vertrauen geschützt. Damit hat das BAG eine „böse“ Falle beseitigt, in die aufgrund der Mangelhaftigkeit der Formulare der Bundesagentur für Arbeit so mancher Arbeitgeber getappt sein mag. Das Urteil beschreibt den Zweck der §§ 17 ff. KSchG in wünschenswerter Klarheit.

Dieser Newsletter beinhaltet keinen Rechtsrat. Die enthaltenen Informationen sind sorgfältig recherchiert, geben die Rechtsprechung und Rechtsentwicklung jedoch nur auszugsweise wieder und können eine den Besonderheiten des einzelnen Sachverhaltes gerecht werdende individuelle Beratung nicht ersetzen.

Verantwortlicher Redakteur:

Dr. Benjamin Ittmann

Diese und alle weiteren Ausgaben des Newsletter Arbeitsrecht finden Sie im Internet unter [www.heuking.de/aktuelles/newsletter](http://www.heuking.de/aktuelles/newsletter)

**Berlin**

T +49 (0)30 88 00 97-0  
F +49 (0)30 88 00 97-99

**Brüssel**

Avenue Louise 326  
B-1050 Brüssel  
T +32 (0)2 646 20-00  
F +32 (0)2 646 20-40

**Chemnitz**

Weststraße 16  
D-09112 Chemnitz  
T +49 (0)371 38 203-0  
F +49 (0)371 38 203-100

**Düsseldorf**

Georg-Glock-Str. 4  
D-40474 Düsseldorf  
T +49 (0)211 600 55-00  
F +49 (0)211 600 55-050

**Frankfurt am Main**

Grüneburgweg 102  
D-60323 Frankfurt am Main  
T +49 (0)69 975 61-0  
F +49 (0)69 975 61-200

**Hamburg**

Bleichenbrücke 9  
D-20354 Hamburg  
T +49 (0)40 35 52 80-0  
F +49 (0)40 35 52 80-80

**Köln**

Magnusstraße 13  
D-50672 Köln  
T +49 (0)221 20 52-0  
F +49 (0)221 20 52-1

**München**

Prinzregentenstraße 48  
D-80538 München  
T +49 (0)89 540 31-0  
F +49 (0)89 540 31-540

**Zürich**

Bahnhofstrasse 3  
CH-8001 Zürich  
T +41 (0)44 200 71-00  
F +41 (0)44 200 71-01

[www.heuking.de](http://www.heuking.de)