

NEWS ALERT

ARBEITSRECHT & HR



BRYAN CAVE

A Broader Perspective™

1 / 2009

Vorsicht auch bei nur geringem Personalabbau

Der Begriff der „Massenentlassung“ wird in jüngster Zeit leider wieder aktuell. Viele Unternehmen sehen sich aufgrund der gesamtwirtschaftlichen Umstände gezwungen, Personal zu reduzieren, sei es durch Kündigungen, durch einvernehmliche Trennungen oder durch Nutzung der natürlichen Fluktuation. Wenigen ist jedoch bewusst, dass ab einem bestimmten Ausmaß auch die einvernehmliche Personalreduzierung eine vorherige Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit erfordert. Abhängig von der Betriebsgröße kann bereits ab einer Personalreduzierung von 6 Arbeitnehmern eine solche Anzeige erforderlich sein. Die Risiken einer unterlassenen oder fehlerhaften Anzeige sind groß: Kündigungen sind unheilbar unwirksam, Aufhebungsverträge können bei fehlender Unterrichtung des Arbeitnehmers angefochten werden.

BAG: Vorsicht bei Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung ohne vorherige Durchführung eines "Betrieblichen Eingliederungsmanagements"

Zwei junge Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zu krankheitsbedingten Kündigungen haben erhebliche Auswirkungen auf die praktische Vorgehensweise, wenn Arbeitsverhältnisse aufgrund lang anhaltender Arbeitsunfähigkeit oder häufiger Kurzerkrankungen gekündigt werden sollen. Eine Missachtung dieser Grundsätze kann den Arbeitgeber im Falle einer Klage des Arbeitnehmers leicht in erhebliche Erklärungsnot bringen, da sie zu einer Beweislastumkehr zulasten des Arbeitgebers führt. Hierneben erwähnt das BAG aber auch eine weitere Pflicht des Arbeitgebers vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung: Besteht kein freier Arbeitsplatz zur so genannten „leidensgerechten Weiterbeschäftigung“ des Arbeitnehmers, ist in Einzelfällen eine Pflicht zur Versetzung anderer Arbeitnehmer oder zur Umsetzung ganzer Reorganisierung zu bejahen.

Aus der Praxis: 5 Fragen, 5 Antworten

Ist eine mit „im Auftrag“ („i.A.“) unterzeichnete Kündigungserklärung unwirksam? Diese und weitere praxisrelevante Fragen werden beantwortet.

In eigener Sache

Einige Neuigkeiten über Bryan Cave LLP.

Vorsicht auch bei nur geringem Personalabbau

Gem. § 17 Abs. 1 KSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er

- in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als 5 Arbeitnehmer,
- in Betrieben mit in der Regel zwischen 60 und 499 Arbeitnehmern 10% der Belegschaft oder mehr als 25 Arbeitnehmer und
- in Betrieben mit in der Regel mehr als 499 Arbeitnehmern 30 oder mehr Arbeitnehmer

entlässt.

Der viel diskutierten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 27. Januar 2005 zufolge, der sich das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 23. März 2006 anschloss, hat die Anzeige bereits vor Ausspruch der Kündigung zu erfolgen. Erfolgt keine oder eine fehlerhafte Anzeige an die Agentur für Arbeit, ist die Kündigung unheilbar unwirksam.

Zwar ist der Ausspruch von Kündigungen nach zutreffender Ansicht unmittelbar nach Anzeige bei der Agentur für Arbeit möglich. Einer recht jungen Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg vom 21. Dezember 2007 zufolge soll die Kündigungsfrist allerdings erst nach Ablauf der in § 18 Abs. 1 KSchG geregelten einmonatigen Entlassungssperre zu laufen beginnen. Eine frühzeitige Einleitung des Anzeigeverfahrens ist demnach dringend anzuraten, um insbesondere bei erheblichen Personalreduzierungen wesentliche finanzielle Risiken zu vermeiden. Da die Sperrfrist nach § 18 Abs. 2 KSchG in Einzelfällen auch auf 2 Monate verlängert werden kann, sollte das Anzeigeverfahren spätestens 2 Monate vor dem geplanten Ausspruch der Kündigungen eingeleitet werden.

In Betrieben mit Betriebsrat ist sogar eine noch frühere Einleitung ratsam: Der Massenentlassungsanzeige ist gem. § 17 Abs. 3 S. 2 KSchG eine Stellungnahme des Betriebsrates zu den geplanten Kündigungen beizufügen. Liegt eine Stellungnahme des Betriebsrates nicht vor, hat der Arbeitgeber glaubhaft zu machen, dass der Betriebsrat mindestens zwei Wochen vor Erstattung der Massenentlassungsanzeige umfassend unterrichtet wurde. Vor diesem Hintergrund sollte eine interne bestenfalls schriftliche Unterrichtung des Betriebsrates rund 3 Monate vor dem geplanten Kündigungsausspruch erfolgen. Dies kann auch im Rahmen von Interessenausgleichsverhandlungen erfolgen. In der Praxis ist es inzwischen üblich geworden, im Interessenausgleich einen entsprechenden Passus aufzunehmen, dem zufolge im Rahmen der Verhandlungen eine Unterrichtung des Betriebsrates gem. § 17 Abs. 2 KSchG erfolgt ist.

Eine Massenentlassungsanzeige ist nicht nur zwingend, bevor die genannte Anzahl an Beendigungskündigungen ausgesprochen wird. Auch vor Ausspruch einer entsprechenden Anzahl von Änderungskündigungen ist eine vorherige Anzeige erforderlich, da es je nach Entscheidung des Arbeitnehmers, ob er das Änderungsangebot annimmt, auch zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommen kann. Ebenfalls ist vor Abschluss einer entsprechenden Anzahl an Aufhebungsvereinbarungen eine Massenentlassungsanzeige vorgeschrieben, es sei denn, die Initiative für den Aufhebungsvertrag kam ausschließlich von den Arbeitnehmern, was in der Praxis eher selten der Fall sein dürfte.

Die Massenentlassungsanzeige wie auch die Unterrichtung des Betriebsrates muss inhaltlich bestimmte Anforderungen erfüllen. Hierunter fallen beispielsweise Informationen zu

- der Anzahl und den Berufsgruppen der entlassenen Arbeitnehmer,
- der Anzahl und den Berufsgruppen der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer,
- den Gründen für die Entlassungen.

Die Agentur für Arbeit bietet auf ihren Internetseiten ein Standardformular zum kostenlosen Download an. Wie viele behördlichen Merkblätter und Formulare enthält aber auch dieses Entlassungsformular eine Vielzahl an Fehlerquellen. In der Praxis ist es daher ratsam, frühzeitig mit der Agentur für Arbeit in Kontakt zu treten und mit dem Standardformular ein weiteres Anschreiben einzureichen, in dem detaillierte Informationen enthalten sind.

Praxistipp:

Zu Beginn jeder geplanten Personalreduzierung sollte zunächst geprüft werden, in welchen Betrieben Entlassungen in welchem Umfang durchgeführt werden könnten, um zu prüfen, ob eine oder mehrere Massenentlassungsanzeigen erforderlich sind. In Fällen der Unklarheit (wie beispielsweise in möglichen Gemeinschaftsbetrieben mehrerer Unternehmen) kann die Agentur für Arbeit bereits im Vorfeld konsultiert werden. Eine etwaige Auskunft der Agentur für Arbeit, eine bestimmte Maßnahme sei nicht anzeigepflichtig, ist für Gerichte jedoch nicht bindend. Im Zweifel sollte das Anzeigeverfahren daher eher vorsorglich durchgeführt werden.

Die Anzeige von geplanten Entlassungen bei der Agentur für Arbeit steht stets im Konflikt mit etwaigen Interessenausgleichsverhandlungen, in denen mit dem Betriebsrat auch das „Ob“ der Maßnahme diskutiert wird. Der Betriebsrat könnte sich, wenn die Agentur für Arbeit während laufender Interessenausgleichsverhandlungen informiert wird, auf den Standpunkt stellen, dies stelle eine Vorwegnahme der Maßnahme dar und versuchen, dies durch Einleitung eines einstweiligen Verfügungsverfahrens zu verhindern. Ein solches Verfahren wird zwar kaum Aussicht auf Erfolg haben. Zur Wahrung des Betriebsfriedens und im Interesse einer konstruktiven Verhandlung sollte der Betriebsrat dennoch vor der tatsächlichen Anzeige bei der Agentur für Arbeit hiervon in Kenntnis gesetzt werden.

Praktische Links:

[§ 17 KSchG](#)

[§ 18 KSchG](#)

[BAG vom 23.03.2006](#)

[Formular Massenentlassungsanzeige der Agentur für Arbeit](#)

[Anlage zur Massenentlassungsanzeige der Agentur für Arbeit](#)

[Anlage „Liste der zur Entlassung vorgesehenen Arbeitnehmer“ der Agentur für Arbeit](#)

BAG: Vorsicht bei Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung ohne vorherige Durchführung eines "Betrieblichen Eingliederungsmanagements"

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG wird die Zulässigkeit einer krankheitsbedingten Kündigung im Wesentlichen in 3 Stufen geprüft.

Auf der **ersten Stufe** ist zunächst eine so genannte „negative Gesundheitsprognose“ erforderlich. Bei regelmäßigen Kurzerkrankungen wird eine negative Gesundheitsprognose (die mithilfe der Erfahrungswerte aus der Vergangenheit zu erstellen ist) wohl erst ab einer Fehlquote von 25%-30% pro Jahr über einen Zeitraum von mindestens 3 Jahren zu bejahen sein. Bei Langzeiterkrankungen ist eine negative Prognose der Rechtsprechung des BAG zufolge beispielsweise zu bejahen, wenn ein Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Kündigung bereits seit 18 Monaten arbeitsunfähig erkrankt und eine Besserung in den folgenden 24 Monaten nicht zu erwarten ist.

Auf der **zweiten Stufe** fordert das BAG eine „erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen“. Nach einer jungen Entscheidung des BAG soll allein die Ungewissheit darüber, wann ein Arbeitnehmer, der seit 18 Monaten arbeitsunfähig erkrankt ist, wieder Dienste erbringen kann, eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen darstellen, da der Arbeitgeber auf unabsehbare Zeit gehindert sei, sein Direktionsrecht auszuüben (BAG vom 18.01.2007, 2 AZR 759/05). Hier gilt es weiterhin zu prüfen, ob Überbrückungsmaßnahmen (Einstellung von Hilfskräften, Versetzungen, Mehrarbeit) möglich sind.

Auf der **dritten Stufe** ist dann zu prüfen, ob derartige Überbrückungsmaßnahmen für den Arbeitgeber auch zumutbar sind.

Zwei Entscheidungen des BAG (BAG vom 12.07.2007, 2 AZR 716/06 und BAG vom 23.04.2008, 2 AZR 1012/06) werden nun in der Praxis zu einem weiteren Punkt führen: Zur Durchführung eines „betrieblichen Eingliederungsmanagements“. Im Rahmen eines solchen Verfahrens wird geprüft, ob Versetzungen des betroffenen Arbeitnehmers in Betracht kommen, ob ein so genannter „leidensgerechter Arbeitsplatz“ zur Verfügung steht oder ob durch eine Reorganisation des Betriebes ein solcher Arbeitsplatz geschaffen werden kann. § 84 Abs. 2 SGB IX regelt die Einzelheiten für das betriebliche Eingliederungsmanagement.

Das BAG entschied nun, dass ein solches Eingliederungsmanagement zwar keine Wirksamkeitsvoraussetzung für eine krankheitsbedingte Kündigung darstelle; wird jedoch kein betriebliches Eingliederungsmanagement durchgeführt, kehrt sich die Beweislast, dass kein leidensgerechter Arbeitsplatz für eine Weiterbeschäftigung besteht, zulasten des Arbeitgebers um. Konnte der Arbeitgeber nach bisheriger Rechtsprechung noch pauschal behaupten, dass ein solcher nicht bestünde, und oblag es hiernach dem Arbeitnehmer, eine mögliche und zumutbare Weiterbeschäftigung darzulegen, muss nun der Arbeitgeber dazu vortragen, warum der Arbeitnehmer nicht mehr auf seinem bisherigen Arbeitsplatz eingesetzt werden könne, warum eine leidensgerechte Anpassung und Veränderung ausgeschlossen sei und warum der Arbeitnehmer nicht auf einem (alternativen) Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit eingesetzt werden könne.

Vor diesem Hintergrund ist es zukünftig dringend anzuraten, vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen. Hierbei sollte in einer offenen Kommunikation zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, ggf. unter

Hinzuziehung des Betriebsrates und ärztlicher Unterstützung, erörtert werden, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann.

Praktische Links:

[§ 84 SGB IX](#)

[§ 1 KSchG](#)

[BAG vom 18.01.2007, 2 AZR 759/05](#)

[BAG vom 12.07.2007, 2 AZR 716/06](#)

[BAG vom 23.04.2008, 2 AZR 1012/06](#)

Aus der Praxis: 5 Fragen, 5 Antworten.

Vermittelt jedes ärztliche Attest vor Gericht die Vermutung einer tatsächlichen Arbeitsunfähigkeit?

Nein. Grundsätzlich vermittelt ein ärztliches Attest einen hohen Beweiswert. Nach einem jungen Urteil des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern ist dieser Beweiswert jedoch erschüttert, wenn ein Arzt die Arbeitsunfähigkeit über einen Zeitraum von mehr als 2 Tagen rückwirkend festgestellt hat (LAG Mecklenburg-Vorpommern vom 30.05.2008, 3 Sa 195/07). Nach Auffassung des LAG Mecklenburg-Vorpommern könne ein Arzt zum Zeitpunkt der Krankschreibung in der Regel nicht feststellen, ob auch zu einem Zeitpunkt, der über 2 Tage in der Vergangenheit liegt, eine Arbeitsunfähigkeit vorlag. Im Ergebnis wird der Arbeitnehmer somit zu anderen Mitteln greifen müssen, um seine Arbeitsunfähigkeit an dem bestimmten Tag beweisen zu können; in Betracht kommt hier u.U. der Zeugenbeweis, insbesondere durch den behandelnden Arzt, der aufgrund des Krankheitsbildes möglicherweise nähere Aussagen zur Arbeitsfähigkeit zum Stichtag machen kann.

Ist eine mit „im Auftrag“ („i.A.“) unterzeichnete Kündigungserklärung unwirksam?

Grundsätzlich ja. § 623 S. 1 BGB schreibt für Kündigungen von Arbeitsverhältnissen die Schriftform vor. Gem. § 126 Abs. 1 BGB muss, wenn durch Gesetz die schriftliche Form vorgeschrieben ist, die Urkunde vom Aussteller eigenhändig unterzeichnet werden. Zwar ist gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB auch die Stellvertretung möglich; die Unterzeichnung „im Auftrag“ stellt aus formaljuristischer Sicht jedoch gerade keine Stellvertretung dar. Nur in Ausnahmefällen kann die Formulierung „im Auftrag“ ausreichend sein, wenn Anhaltspunkte bestehen, dass tatsächlich eine Vertretung und keine bloße Beauftragung vorlag. Dementsprechend wurde jüngst eine Kündigung, die mit dem Zusatz „i.A.“ unterzeichnet wurde, vom Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz für unwirksam erachtet (LAG Rheinland-Pfalz vom 19.12.2007, 7 Sa 530/07).

Muss ich es als Arbeitgeber akzeptieren, wenn ein Bewerber das Vorstellungsgespräch nur gemeinsam mit einer dritten Person (Headhunter, Familienmitglied) führen möchte?

Nein. Eingeladen wird grundsätzlich ausschließlich der Bewerber, von dem sich der Arbeitgeber ein entsprechendes Bild machen möchte. Weitere Unterstützung durch Dritte muss der Arbeitgeber nicht akzeptieren. Ausnahmen könnten in der Praxis vor dem Hintergrund des

Diskriminierungsverbotes lediglich dann gemacht werden, wenn für das Vorstellungsgespräch ein Dolmetscher benötigt wird und die zu besetzende Position nicht zwingend deutsche Sprachkenntnisse erfordert.

Besteht ein gesetzliches Rauchverbot am Arbeitsplatz?

Nein, noch nicht. Jedoch wurde von der Grünen-Fraktion ein Gesetzentwurf vorgelegt, dem zufolge zukünftig das Rauchen am Arbeitsplatz untersagt sein soll, soweit sich der Arbeitsplatz in einem umschlossenen Raum befindet (BT-Drucks. 16/10337). Hierneben ist es dem Arbeitgeber jedoch auch schon jetzt möglich, ein grundsätzliches Rauchverbot am Arbeitsplatz auszusprechen.

Trifft es zu, dass der Diebstahl auch nur geringwertigen Eigentums des Arbeitgebers immer zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung auch ohne Abmahnung rechtfertigt?

Nein. Zwar hat das BAG erst jüngst nochmals festgestellt, dass zulasten des Arbeitgebers begangene Vermögensdelikte regelmäßig geeignet sind, eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund zu rechtfertigen, selbst wenn der Diebstahl nur geringwertige Sachen betrifft (hier: Lippenstift) (BAG vom 13.12.2007, 2 AZR 537/06). Dennoch ist auch bei einem Vermögensdelikt stets eine Interessenabwägung durchzuführen, im Rahmen derer zu prüfen ist, ob nicht individuelle Umstände den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung ausnahmsweise unverhältnismäßig erscheinen ließen. Zu berücksichtigen sind hier insbesondere die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und Unterhaltspflichten.

Praktische Links:

[§ 623 S. 1 BGB](#)

[§ 126 Abs. 1 BGB](#)

[§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB](#)

[BT-Drucks. 16/10337](#)

[BAG vom 13.12.2007, 2 AZR 537/06](#)

In eigener Sache:

Bryan Cave LLP und Powell Goldstein LLP schließen sich zusammen

Wir sind hoch erfreut, den Zusammenschluss von Powell Goldstein LLP und Bryan Cave LLP bekannt geben zu können, der zum 01.01.2009 in Kraft getreten ist.

Für unsere Mandanten bedeutet dieser Zusammenschluss eine weitere Steigerung der verfügbaren Leistungsfähigkeit. Zukünftig sind bei Bryan Cave mehr als 1.200 Anwälte und andere Berufsträger in 25 Büros weltweit vertreten. Die Kanzlei zählt nun zu den 25 größten Anwaltskanzleien der Welt.

Bryan Cave LLP eröffnet Büro in Paris

Nach den Büroeröffnungen in Mailand und Hamburg im Sommer 2007 hat Bryan Cave LLP im November 2008 ein weiteres europäisches Büro in Paris eröffnet. Die Expansion nach Frankreich

stellt eine konsequente Fortführung der Strategie dar, unseren Mandanten in aller Welt und in allen Rechtsgebieten umfassende Unterstützung anbieten zu können.

2. Bryan Cave Forum Arbeitsrecht am 29.01.2009 im Hamburger Büro

Am 29. Januar 2009 ab 18.00h laden wir zum 2. Bryan Cave Forum Arbeitsrecht in unsere Büroräume ein. Der Vortrag beschäftigt sich aus aktuellem Anlass diesmal mit den arbeitsrechtlichen Instrumenten in der Krise und geht auf die rechtlichen Erfordernisse und die praktischen Handhabungen von Outsourcings, Massenentlassungen, der Einführung von Kurzarbeit oder Sozialplanverhandlungen ein.

Bei Interesse können Anmeldungen jederzeit über Frau Tanja Hille, 040-3033 1612 4 erfolgen.

Sie erreichen uns hierneben unter

Bryan Cave LLP | Hanseatic Trade Center | Am Sandtorkai 77 20457 | Hamburg

Tel.: +49 (0)40 3033 160

oder im Internet unter

<http://www.bryancave.com>

Ihr Ansprechpartner:



Bei Fragen zu Inhalten aus diesem News Alert oder im Zusammenhang mit Arbeitsrecht und HR wenden Sie sich bitte an:

Markulf Behrendt

Markulf.Behrendt@bryancave.com

+49 (0)40 3033 160

Dieser News Alert dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Der News Alert richtet sich an Freunde und Mandanten von Bryan Cave LLP. Sollten Sie diesen News Alert zukünftig nicht mehr erhalten wollen, klicken Sie bitte [hier](#).

