

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a mechanical arm. Below it, another gear is partially visible, resting on a surface. The background is filled with various pieces of industrial machinery, including conveyor belts and structural frames, all slightly out of focus. The overall lighting is bright, typical of a factory setting.

**LOSCHELDER**

**Newsletter Arbeitsrecht  
Oktober 2020**

## **Inhalt**

### **Neues vom Gesetzgeber**

**Empfehlungen der Bundesregierung zum  
„infektionsschutzgerechten Lüften“**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Auskunftsanspruch des Arbeitgebers gegen Arbeitnehmer -  
BAG mischt Karten im Kündigungsschutzprozess neu**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Auflösung des Betriebsrats durch gerichtliche Entscheidung?**

### **Loschelder Praxistipp**

**Corona: Ausschluss der Kinder aus der Schule und  
Vergütungsanspruch der betreuenden Eltern**

### **Loschelder Praxistipp**

**Fallstricke bei der Massentlassungsanzeige –  
Der Betriebsbegriff des § 17 KSchG**

## Neues vom Gesetzgeber

### Empfehlungen der Bundesregierung zum „infektionsschutzgerechten Lüften“

*Die Bundesregierung hat am 16. September 2020 die von BMAS, Robert-Koch-Institut, Umweltbundesamt sowie Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin gemeinsam erarbeiteten Maßnahmenempfehlungen zum „infektionsschutzgerechten Lüften“ veröffentlicht. Anlass sind die anstehenden Herbst- und Wintermonate, in denen das Zusammenleben wieder vermehrt innerhalb geschlossener Räume stattfinden wird. Die Empfehlungen sollen eine Orientierung bei der Gestaltung von Lüftungskonzepten bieten.*

Die Empfehlungen der Bundesregierung sind **nicht rechtsverbindlich**. In arbeitsrechtlicher Hinsicht folgt die Pflicht zur Erarbeitung und Umsetzung von Lüftungskonzepten jedoch schon aus **§ 4 Nr. 1 ArbSchG** und **§ 3a Abs. 1 ArbStättVO**. Danach sind Arbeit und Arbeitsstätten so zu gestalten, dass eine **Gefährdung** für das Leben sowie die physische und psychische Gesundheit **möglichst vermieden** und verbleibende Gefährdungen möglichst gering gehalten werden.

Die Lüftung von Gebäudeinnenräumen, in denen sich mehrere Personen nicht nur kurzfristig aufhalten, soll insbesondere durch die **Erhöhung des Luftwechsels und der Außenluftzufuhr** so verbessert werden, dass **Infektionsgefahren weitgehend minimiert** werden. Ihre Empfehlungen fasst die Bundesregierung in **fünf Punkten** zusammen:

#### 1. Intensives und fachgerechtes Lüften

Es sollen die Vorgaben der **Technischen Regel für Arbeitsstätten A3.6 – Lüftung** („ASR A3.6“) innerhalb von Gebäuden in allen Arbeitsräumen, die von mehreren Personen nicht nur kurzzeitig gleichzeitig genutzt werden, konsequent umgesetzt werden. Gleiches gilt für andere Bereiche mit vergleichbarer Nutzung wie öffentliche Einrichtungen, Geschäfte und Restaurants.

Die **Grundformel** für das sog. **Stoßlüften** lautet (vgl. Ziff. 5.4 der ASR A3.6):

Ein **Büroraum** soll **alle 60 Minuten** stoßgelüftet werden, ein **Besprechungsraum** **alle 20 Minuten**. Orientierungswerte für

die Lüftungsdauer sind: 3 Minuten im Winter, 5 Minuten im Frühling/Herbst und 10 Minuten im Sommer.

### Exkurs:

Technische Regeln wie die ASR A3.6 zur Lüftung haben keinen Rechtsnormcharakter, begründen also keine unmittelbaren Verpflichtungen gegenüber Arbeitgebern. Sie beschreiben jedoch den Stand der Technik, Arbeitsmedizin und Hygiene sowie sonstige gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse, die jeder Arbeitgeber gemäß § 4 Nr. 3 des Arbeitsschutzgesetzes (ArbSchG) bei Maßnahmen des Arbeitsschutzes berücksichtigen muss. Hält der Arbeitgeber diese Regeln ein, kann er davon ausgehen, dass er die Anforderungen des Arbeitsschutzgesetzes und der auf dessen Grundlage erlassenen Verordnungen, insbesondere der Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV), erfüllt. § 3a Abs. 1 Satz 3 ArbStättV begründet ausdrücklich eine entsprechende Vermutungswirkung. Das heißt nicht, dass die Arbeitsschutzregel sklavisch einzuhalten ist. Soweit sich der Arbeitgeber nicht daran hält, muss er jedoch durch andere Maßnahmen die gleiche Sicherheit und den gleichen Gesundheitsschutz gewährleisten.

## 2. Prüfung der RLT-Anlagen

Arbeitgeber sollen die in ihren Räumlichkeiten installierten Raumlufthechnischen Anlagen („RLT-Anlagen“) auf ihre ordnungsgemäße Funktionstüchtigkeit prüfen und ggf. erforderliche Reparatur- und Wartungsmaßnahmen durchführen bzw. von den Betreibern durchführen lassen.

## 3. Optimierung der RLT-Anlagen

RLT-Anlagen sollen auf **Dauerbetrieb** umgestellt werden. Zumindest sollen die **Betriebszeiten verlängert** werden.

Soweit möglich, soll der **Umluftbetrieb vermieden** werden, d.h. die RLT-Anlagen sollen mit einem möglichst hohen Anteil an Außenluft betrieben werden.

## 4. Aufrüstung der RLT-Anlagen

RLT-Anlagen, die nicht zu 100% mit Frischluft betrieben werden können, sollen – soweit möglich – mit dem Ziel einer

Reduktion luftgetragener Viren aufgerüstet werden, etwa durch den **Einsatz hochwertigerer Filter**.

Dies soll insbesondere dann notwendig sein, wenn **Räume nicht nur kurzzeitig mehrfach belegt** sind. Ist eine Aufrüstung der RLT-Anlage nicht möglich, sind zusätzliche Maßnahmen vorzusehen, z.B. zusätzliche Lüftung, Reduzierung der Raumbelegung, Anbringung von Abtrennungen oder das Tragen von Mund-Nase-Bedeckungen.

## 5. Nutzung von CO<sub>2</sub>-Messgeräten

Wenn eine **hohe Belegungsdichte** in Räumlichkeiten durch organisatorische Maßnahmen nicht vermieden werden kann, empfiehlt die Bundesregierung, CO<sub>2</sub>-Messgeräte einzusetzen, damit rechtzeitig Lüftungsmaßnahmen ergriffen werden können. Alternativ wird der **Einsatz von Luftfilteranlagen** empfohlen.

Die Bundesregierung bittet die zuständigen Arbeitsschutz- und Infektionsschutzbehörden, die Ordnungs- und Bauordnungsbehörden sowie die Aufsichtsdienste der Unfallversicherungsträger, ihre **Beratung, Aufsicht** und den **Vollzug zu verstärken**. **Verstöße** gegen die bestehenden rechtlichen Bestimmungen im Bereich der Lüftung von Gebäudeinnenräumen sollen **konsequent geahndet** werden. In Betracht kommen etwa **Bußgelder** nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 3a Abs. 1 Satz 1 ArbStättVO wegen Nichtbeachtung der ASR A3.6 zur Lüftung, insbesondere der darin enthaltenen Regelungen zur **Wartung und Prüfung der RLT-Anlagen**.



## **Neues aus der Rechtsprechung**

### **Auskunftsanspruch des Arbeitgebers gegen Arbeitnehmer - BAG mischt Karten im Kündigungsschutzprozess neu**

*Kündigungsschutzprozesse sind für den Arbeitgeber häufig unangenehm, nicht nur, da die Anforderungen an eine rechtmäßige Kündigung streng sind und sich ein Prozessausgang häufig nicht wirklich sicher prognostizieren lässt, sondern auch, da dieses Prognoserisiko fast ausschließlich auf Seiten des Arbeitgebers liegt: Wenn ein Kündigungsschutzprozess zuletzt verloren geht, hat der Arbeitnehmer das Recht, neben der „Wiedereinstellung“ zu verlangen, dass die wegen der Kündigung nicht zur Auszahlung gelangten Gehälter an ihn (abzüglich der auf die Bundesagentur übergegangenen Ansprüche) ausgezahlt werden. Dieses Annahmeverzugslohnrisiko kann leicht erhebliche Beträge umfassen und den Arbeitgeber in einen teuren Vergleich drängen.*

Auf den Annahmeverzug angerechnet werden müssen allerdings anderweitige Einkünfte des Arbeitnehmers und auch böswillig unterlassener anderweitiger Erwerb. Dieses Verteidigungsmittel des Arbeitgebers war in der Vergangenheit nur schwach, da aus Sicht der Arbeitsgerichte der Arbeitgeber Indizien für anderweitigen bzw. böswillig unterlassenen Erwerb darlegen musste – wozu er regelmäßig nicht in der Lage ist. In dieser Situation kommt eine neue Entscheidung des BAG (Urteil vom 27.05.2020, Az. 5 AZR 387/19) dem Arbeitgeber zu Hilfe.

Das BAG gibt dem Arbeitgeber einen **Anspruch auf Auskunft gegen den Arbeitnehmer** über die diesem von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter unterbreiteten **Vermittlungsvorschläge**. Dieser Anspruch soll sich auf Grundlage einer vertraglichen Nebenpflicht gemäß § 242 BGB ergeben: Nach Treu und Glauben können Auskunftsansprüche bestehen, wenn die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien es mit sich bringen, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über den bestehenden Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderliche Auskunft unschwer geben kann.

Das BAG weist hier darauf hin, dass der Arbeitgeber in entschuldbarer Weise über das Bestehen und den Umfang der Vermittlungsangebote im Ungewissen sei und keine andere rechtmäßige Möglichkeit habe, sich die zur Begründung ihrer Einwendungen notwendigen Informationen zu beschaffen. Er kann regelmäßig weder darlegen und beweisen, dass der Arbeitnehmer überhaupt anderweitigen Verdienst hatte, noch kann er Angaben zur Höhe des anderweitigen Erwerbs machen. Ohne Auskunftsanspruch liefe damit die gesetzlich vorgesehene Anrechnungsmöglichkeit jedenfalls in Bezug auf anderweitig erzielten Verdienst und Arbeitsmöglichkeiten bei Dritten faktisch leer.

Der Auskunftsanspruch, den der Arbeitgeber im Verlaufe eines längeren Kündigungsschutzprozesses als **Widerklage** geltend machen kann und sollte, verändert damit die Risikoverteilung im Kündigungsschutzprozess deutlich. Auskunft kann nicht nur, wie vom BAG titulierte, über die Vermittlungsangebote verlangt werden, sondern, wie aus dem Text der Begründung hervorgeht, auch über **anderweitig erzielten Verdienst**.

Erst in Kenntnis dieses anderweitig erzielten Verdienstes ist dem Arbeitgeber eine realistische **Einschätzung des Annahmeverzugslohnrisikos** möglich. Wenn der Arbeitnehmer eine neue Arbeitsstelle gefunden hat, aus der der anderweitig erzielte Verdienst herrührt, sinkt für den Arbeitgeber das Risiko hoher Annahmeverzugslohnansprüche; auch das Risiko einer tatsächlichen Wiedereinstellung sinkt, da der Arbeitnehmer im Zweifel die neue Arbeitsstelle nicht aufgeben wird. Aus diesem Grund haben Arbeitnehmervertreter auch in der Vergangenheit häufig Auskünfte zu einer neuen Beschäftigung verweigert; dies ist

auf Grundlage der neuen Rechtsprechung des BAG nicht mehr möglich.

Der taktische Wert der weitergehenden Ansprüche auf Mitteilung der Vermittlungsangebote darf dagegen nicht überschätzt werden: Es wird dem Arbeitgeber regelmäßig nicht möglich sein, darzulegen, dass der Arbeitnehmer tatsächlich eine Einstellung böswillig unterlassen hat. Dennoch stellen sich hier zahlreiche Folgeprobleme, etwa, ob es bereits Böswilligkeit begründet, wenn der Arbeitnehmer sich nicht arbeitssuchend bei der Arbeitsagentur gemeldet haben sollte, oder ob die verweigerte Auskunft die Böswilligkeit bereits indiziert.

Bei Zahlungsklagen des Arbeitnehmers auf Verzugslohn lassen sich die Auskunftsansprüche ebenfalls nutzen, indem bis zur Erfüllung des Auskunftsanspruchs ein **Zurückbehaltungsrecht** gemäß § 273 BGB geltend gemacht wird. Ob die Arbeitsgerichte ein solches Zurückbehaltungsrecht anerkennen werden, ist noch nicht entschieden; nach allgemeiner zivilrechtlicher Dogmatik muss die Geltendmachung jedoch möglich sein.

Dass das Urteil nicht nur, wie es auf den ersten Blick erscheinen könnte, eine Randfrage betrifft, sondern die Taktik im Kündigungsschutzprozess massiv beeinflussen kann, zeigen nicht zuletzt die teilweise recht deutlichen Reaktionen, gerade aus dem arbeitnehmernahen Lager. Diese werfen dem fünften Senat des BAG insbesondere vor, in unzulässiger Weise von der bisherigen, „arbeitnehmerfreundlicheren“ Rechtsprechung des neunten Senats abgewichen zu sein.



## Neues aus der Rechtsprechung

### Auflösung des Betriebsrats durch gerichtliche Entscheidung?

*Auf Antrag eines Arbeitgebers und 246 Arbeitnehmern hat das Arbeitsgericht Solingen den gesamten 13-köpfigen Betriebsrat des Unternehmens nach § 23 Abs. 1 Satz 1 BetrVG aufgelöst (Beschluss vom 04.10.2019, Az. 1 BV 27/18). Der Betriebsrat hatte die betrieblichen Abläufe und den Betriebsfrieden in gravierender Weise gestört. Dass Arbeitsgerichte einem Antrag auf Auflösung des Betriebsrats stattgeben, ist allerdings eine Ausnahme und allenfalls in Extremfällen vorstellbar. Nur in seltenen Fällen kann Arbeitgebern deshalb zu einer solchen Antragstellung geraten werden. Auch im Umgang mit „schwierigen“ Betriebsräten müssen fast immer andere Lösungen gefunden werden.*

Nach **§ 23 Abs. 1 Satz 1 BetrVG** können Gerichte auf Antrag des Arbeitgebers, einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft oder eines Viertels der wahlberechtigten Arbeitnehmer den Betriebsrat auflösen, wenn dieser **grob gegen seine gesetzlichen Pflichten verstoßen** hat. Ist für den Pflichtverstoß nur ein **einzelnes Betriebsratsmitglied** verantwortlich, kann dieses **aus dem Betriebsrat entfernt** werden. Im letzten Fall ist auch der Betriebsrat antragsbefugt. Die Hürden dafür, dass Gerichte einem solchen Antrag stattgeben, sind allerdings hoch.

Im Fall des **ArbG Solingen** ging es um einen 13-köpfigen Betriebsrat, der in mehreren Fällen die Grundsätze der

vertrauensvollen Zusammenarbeit grob und nachweislich verletzt hatte:

- Der Betriebsrat hatte die **Zusammenarbeit mit dem Personalleiter des Arbeitgebers offiziell aufgekündigt** und den Arbeitgeber aufgefordert, einen anderen Ansprechpartner an Stelle des Personalleiters zu benennen. Er erklärte schriftlich, dass er an Sitzungen nicht mehr teilnehmen werde, bei denen auch der Personalleiter dabei sei. Bei E-Mails setzte der Betriebsrat den Personalleiter nicht einmal mehr in „cc“ und schrieb stattdessen unmittelbar und eigenmächtig die dem Personalleiter unterstellten Personalsachbearbeiter an.
- Der Betriebsrat behauptete in Rundschreiben an die Belegschaft, der Arbeitgeber hätte Gespräche mit ihm verweigert und Drohungen ausgesprochen. Tatsächlich hatte er kurz zuvor Gesprächseinladungen des Arbeitgebers erhalten. Drohungen hatte es ebenfalls nie gegeben. Die Behauptungen des Betriebsrats waren also **nachweislich gelogen**.
- Bei gleich drei Verhandlungsanliegen beantragte der Betriebsrat parallel vor Gericht, Einigungsstellen einzusetzen. Der Betriebsrat hatte diese Anträge gestellt, obwohl der Arbeitgeber ihm im Vorfeld fristgerecht und schriftlich Verhandlungsbereitschaft signalisiert hatte. Die **gerichtlichen Anträge** waren deshalb **rechtsmissbräuchlich** und unzulässig.
- **Eigenmächtig** hatte der Betriebsrat **alle Personaldienstleister des Unternehmens selbst angeschrieben** und sie aufgefordert, ihm die Profile aller Mitarbeiter mitzuteilen, die beim Unternehmen eingesetzt werden. Dies wurde mit dem Hinweis verbunden, dass künftige Einstellungen nur noch mit Zustimmung des Betriebsrats erfolgen können.

Das ArbG Solingen wertete sämtliche Handlungen des Betriebsrats als **grobe Verstöße** gegen die **Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit** (§ 2 Abs. 1 BetrVG) und zur **Rücksichtnahme auf den Betriebsfrieden** (§ 74 Abs. 2 Satz 2 BetrVG). Es löste den Betriebsrat insgesamt durch Gerichtsbeschluss auf.

Die Entscheidung des ArbG Solingen ist zu begrüßen. Das Gericht macht deutlich, dass sich ein Betriebsrat konstruktiver Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber nicht prinzipiell verschließen und seine Stellung und Kompetenzen nicht systematisch missbrauchen darf. Erfreulich ist auch, dass sich das LAG Düsseldorf in 2. Instanz mittlerweile dieser Entscheidung angeschlossen und die Beschwerde des Betriebsrats zurückgewiesen hat (Beschluss vom 23.06.2020, Az. 14 TaBV 75/19, noch nicht im Volltext veröffentlicht).

Alle Arbeitgeber, die mit schwierigen Betriebsräten zu kämpfen haben und ebenfalls erwägen, einen Antrag nach § 23 Abs. 1 BetrVG zu stellen – sei es, um den Betriebsrat aufzulösen, oder sei es nur, um ein bestimmtes Betriebsratsmitglied auszuschließen – sind aber **deutlich zu warnen**: Ein solcher Antrag ist eher als „letzte Verzweiflungstat“ sinnvoll und entwickelt sich sonst schnell zum „Eigentor“.

- Arbeitsgerichte betrachten Betriebsratsmitglieder als demokratisch gewählte Mandatsträger, die Meinungsfreiheit für sich beanspruchen können und gegenüber dem Arbeitgeber auch dreist und frech auftreten dürfen. Der Arbeitgeber muss sich viel gefallen lassen. Nur in ganz schweren Fällen geben Gerichte dem Antrag statt.
- Selbst wenn ein Arbeitsgericht dem Antrag des Arbeitgebers nach § 23 Abs. 1 BetrVG stattgibt, führt dies nicht dazu, dass der Betriebsrat sofort aufgelöst oder ein Betriebsratsmitglied ausgeschlossen wird. Dies ist erst bei Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung der Fall. Zuvor ist die Beschwerde zum LAG und anschließend die Rechtsbeschwerde bzw. Nichtzulassungsbeschwerde zum BAG zulässig. Erst wenn der gesamte Instanzenzug erfolgreich abgeschlossen ist, verlieren die betreffenden Betriebsratsmitglieder ihr Mandat. Oft vergehen bis dahin zwei Jahre und die Betriebsratswahlperiode ist ohnehin schon vorbei.
- Ein Antrag nach § 23 Abs. 1 BetrVG führt stets zu großer Unruhe im Betrieb. Gleichzeitig verhärten sich die Fronten zwischen Betriebsrat und dem Arbeitgeber. Dies kann sich über eine Verfahrensdauer von mehreren Jahren hinziehen und den Betriebsalltag schwer belasten.

- Solange ein Arbeitgeber seinen Betriebsrat systematisch bekämpft, werden sich die gegenüber dem Arbeitgeber loyalen und karriereorientierten Mitarbeiter nicht im Betriebsrat engagieren. Dann muss sich der Arbeitgeber nicht wundern, wenn vor allem Unzufriedene oder gar Querulanten auf den Betriebsratswahllisten stehen.
- Wenn es der Arbeitgeber darauf anlegt, einen bestimmten Betriebsrat aufzulösen, gelingt dies oft leichter, indem der Arbeitgeber den gesamten Betrieb auflöst. Dies bedeutet nicht zwingend, dass Mitarbeiter gekündigt werden müssen. Eine Betriebsauflösung im Rechtssinne kann auch erfolgen, indem Leitungsebenen mehrerer Betriebe zusammengelegt werden (sog. Betriebszusammenlegung) oder die Leitungsebene eines Betriebs ausgesplittet wird (sog. Betriebsspaltung). Dadurch kann sich die Betriebsstruktur so verändern, dass eine anders zusammengesetzte Belegschaft Betriebsratsneuwahlen einleiten muss. Inwieweit dies umsetzbar und sinnvoll ist, ist allerdings ebenfalls eine Frage des Einzelfalls.



## Loschelder Praxistipp

### Corona: Ausschluss der Kinder aus der Schule und Vergütungsanspruch der betreuenden Eltern

*Werden Kinder nach den von den Ländern vorgegebenen Regularien wegen Corona-Verdachts vom Schulbetrieb ausgeschlossen, müssen Eltern die Betreuung der Kinder selbst übernehmen. In unserem Beitrag erläutern wir Ihnen, welche Konsequenzen das für den Vergütungsanspruch der betreuenden Eltern hat.*

Müssen Eltern ihre Kinder nach einem Ausschluss vom Schulbetrieb selbst betreuen, entfällt die Pflicht zur Arbeitsleistung. Dies folgt rechtlich aus § 275 Abs. 3 BGB: Im Rahmen des der Leistung entgegenstehenden Hindernisses (Kinderbetreuung) kann den Eltern die **Erbringung der Arbeitsleistung nicht zugemutet** werden. Anders wäre dies nur, wenn die Eltern über einen **Home-Office-Arbeitsplatz** verfügen würden und die Arbeitsleistung von dort aus erbringen könnten. Auf einen solchen Arbeitsplatz besteht jedoch kein gesetzlicher Anspruch (zuletzt Arbeitsgericht Augsburg, Urteil vom 07.05.2020, Az. 3 Ga 9/20). Arbeitgeber und Arbeitnehmer müssten also eine **einvernehmliche Regelung** finden.

Das bedeutet, dass der **Vergütungsanspruch** im Ausgangspunkt **entfällt**. Erhalten bleiben könnte der Anspruch über eine Anwendung des **§ 616 BGB**. Nach dieser Vorschrift verlieren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ihren Vergütungsanspruch nicht, wenn sie für eine **verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit** durch einen in ihrer Person liegenden Grund ohne eigenes Verschulden **an der Erbringung der Arbeitsleistung gehindert** sind. Die Anwendbarkeit der Vorschrift in Pandemiesituationen wird zum Teil mit dem Argument angezweifelt, es läge kein personenbedingter, sondern ein objektiver Hinderungsgrund vor, der eine Vielzahl von Personen betreffe. Die herrschende Meinung hält § 616 BGB jedoch für anwendbar. Rechtsprechung hierzu existiert noch nicht.

Folgt man der herrschenden Meinung, dürfte ein **Zeitraum von fünf Tagen** noch als „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ anzusehen sein. Hieran sollten sich Arbeitgeber in der Praxis orientieren. Anspruchsvoraussetzung ist allerdings, dass die **Betreuung durch den berufstätigen Elternteil erforderlich** ist, was

nicht der Fall ist, wenn der im Haushalt lebende Ehegatte oder Lebensgefährte nicht berufstätig ist und die Betreuung übernehmen kann. Bei **zwei berufstätigen Eltern** besteht der **Anspruch nur einmal**. Die Eltern haben ein **Wahlrecht**, wer die Betreuung übernimmt.

Haben die Kinder das **zwölfte Lebensjahr vollendet**, geht der Gesetzgeber davon aus, dass eine **Betreuung** durch die Eltern **nicht erforderlich** ist (vgl. § 56 Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 IfSG). Diese gesetzgeberische Wertung dürfte auf § 616 BGB zu übertragen sein.

**Achtung:** In vielen Arbeits- und Tarifverträgen ist die Anwendung von § 616 BGB ausgeschlossen bzw. auf bestimmte Fälle begrenzt. Dann kann hieraus von vornherein kein Vergütungsanspruch hergeleitet werden.

Dauert der Ausschluss vom Schulbetrieb **länger als fünf Tage** an, greift § 616 BGB nach überwiegender Auffassung nicht. Arbeitnehmer haben dann **keinen Anspruch** auf Entgeltfortzahlung, **auch nicht anteilig** für einen Zeitraum von fünf Tagen. **Entschädigungsansprüche nach § 56 Abs. 1a IfSG scheiden ebenfalls aus**. Die Norm regelt jedoch nach ihrem Wortlaut nur den Fall, dass Einrichtungen zur Betreuung von Kindern, Schulen oder Einrichtungen für Menschen mit Behinderungen pandemiebedingt vorübergehend geschlossen werden oder deren Betreten untersagt wird. Der **Ausschluss** einzelner Kinder ist **tatbestandlich nicht erfasst**. Ob die Vorschrift in dieser Konstellation analog angewendet werden kann, ist derzeit offen. Bis auf Weiteres sollten Arbeitgeber davon ausgehen, dass kein Entschädigungsanspruch besteht, für den sie gemäß § 56 Abs. 5 IfSG in Vorleistung gehen müssten.



## Loschelder Praxistipp

### Fallstricke bei der Massentlassungsanzeige – Der Betriebsbegriff des § 17 KSchG

*Aufgrund der Coronakrise schrumpft die deutsche Wirtschaft im Jahr 2020 nach Prognosen des Bundesministeriums für wirtschaftliche Entwicklung um 5,8%. Im August 2020 waren 4,6 Millionen Menschen in Kurzarbeit. Auch wenn Deutschland im Vergleich zu seinen Nachbarn glimpflich durch die Krise kommt, werden viele Betriebe ohne Restrukturierungen nicht überleben können. Kommt es dabei zu Massentlassungen, bestehen nach § 17 Abs. 1 und 2 des Kündigungsschutzgesetzes Anzeigepflichten gegenüber der Bundesagentur für Arbeit und dem Betriebsrat. Wie eine aktuelle BAG-Entscheidung zeigt, beginnen die Probleme bei der Erfüllung dieser Pflichten schon bei der Ermittlung der zuständigen Arbeitsagentur (Urteil vom 13. Februar 2020, Az. 6 AZR 146/19 – „Air Berlin“). Grund dafür ist, dass dem Kündigungsschutzgesetz ein anderer Betriebsbegriff zugrunde zu legen ist als dem Betriebsverfassungsgesetz. Der Beitrag gibt einen Überblick über die damit verbundenen rechtlichen Probleme und zeigt auf, wie diese in der Praxis gelöst werden können.*

Nach § 17 Abs. 1 und 2 des Kündigungsschutzgesetzes („KSchG“) ist ein Arbeitgeber, der eine Massentlassung plant, verpflichtet, den **Betriebsrat** und die **Bundesagentur für Arbeit** von diesem Vorhaben **in Kenntnis zu setzen**. Zunächst müssen dem Betriebsrat die Gründe für die Entlassungen, die Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer und die Modalitäten der Entlassungen, wie etwa die Kriterien der Sozialauswahl, angezeigt werden. Anschließend findet

eine Beratung über die geplante Massenentlassung statt. Wenn der Arbeitgeber nach den Beratungen an seinem Vorhaben festhält, ist zusätzlich die Bundesagentur für Arbeit zu benachrichtigen.

## 1. Der Betriebsbegriff des § 17 KSchG

Die Einhaltung dieser Anzeige- und Beratungspflichten wird dadurch erschwert, dass § 17 KSchG ein **eigenständiger Betriebsbegriff** zugrunde liegt, der sich insbesondere **nicht** mit dem im deutschen Recht sonst häufig verwendeten **Betriebsbegriff des Betriebsverfassungsgesetzes** („BetrVG“) deckt. Die Anzeigepflichten aus § 17 Abs. 1, 2 u. 3 KSchG wurden zur **Umsetzung der Massenentlassungsrichtlinie** ins Kündigungsschutzgesetz implementiert, die einen vom EuGH geprägten Betriebsbegriff verwendet, der auch bei der Anwendung von § 17 Abs. 1 u. 2 KSchG maßgeblich ist. Das BAG hat diesen Betriebsbegriff in einer neueren Entscheidung (Urteil vom 13.02.2020, Az. 6 AZR 146/19) umfassend analysiert und wie folgt zusammengefasst hat:

*„Ein Betrieb ist eine unterscheidbare Einheit von einer gewissen Dauerhaftigkeit und Stabilität, die zur Erledigung einer oder mehrerer bestimmter Aufgaben bestimmt ist und über eine Gesamtheit von Arbeitnehmern sowie über technische Mittel und eine organisatorische Struktur zur Erfüllung dieser Aufgaben verfügt.“*

Dabei müsse eine Einheit

*„weder rechtliche noch wirtschaftliche, finanzielle, verwaltungsmäßige oder technologische Autonomie besitzen, um als Betrieb qualifiziert werden zu können“.*

Was sich hinter dieser etwas sperrigen Definition und den dazugehörigen Ausführungen verbirgt, ist nicht auf den ersten Blick erkennbar. Im Wesentlichen dürfte es darum gehen, dass **räumlich zusammengehörende Untergliederungen** möglichst als **ein Betrieb** zusammengefasst werden.

Der Grund dafür ist folgender: **Sinn und Zweck** der in § 17 KSchG normierten Anzeigepflichten gegenüber der Bundesagentur für Arbeit ist es, der zuständigen Agentur für Arbeit frühzeitig Kenntnis davon zu verschaffen, dass eine

Vielzahl ähnlich qualifizierter Arbeitnehmer zu einem bestimmten Zeitpunkt dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht, um so **Vorbereitungen für eine möglichst schnelle Vermittlung der Arbeitskräfte** zu ermöglichen. Um diesen Zweck zu verwirklichen, muss ein Betriebsbegriff zugrunde gelegt werden, der es ermöglicht, räumlich zusammengehörende Einheiten zu erfassen. Entscheidend ist daher, ob Mitarbeiter im Zuständigkeitsbereich *einer* Agentur für Arbeit entlassen werden, da dadurch der **Arbeitsmarkt lokal besonders stark belastet** wird. Entsprechend sind insbesondere **räumlich abgrenzbare Untergliederungen** Betriebe im Sinne der Massentlassungsrichtlinie.

## 2. Probleme bei der Anwendung des Betriebsbegriffs des § 17 KSchG

Die **praktische Anwendung** des Betriebsbegriffs in § 17 KSchG kann in der Praxis **erhebliche Probleme** bereiten. In dem oben zitierten, kürzlich vom BAG entschiedenen Fall hatte die Arbeitgeberin vor der Massentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit Berlin nachgefragt, welche Agentur zuständig sei. Die Arbeitsagentur hatte einen falschen Hinweis erteilt, so dass die Massentlassungsanzeige im Ergebnis bei einer **unzuständigen Agentur für Arbeit** abgegeben wurde. Solche fehlerhaften Massentlassungsanzeigen richten erhebliche Schäden an: **alle ausgesprochenen Kündigungen sind unwirksam.**

Um diese Rechtsfolge zu vermeiden, empfiehlt es sich, bei Unsicherheiten im Rahmen der Abgrenzung der Betriebe **vorsorglich bei allen möglicherweise zuständigen Agenturen für Arbeit** eine Massentlassungsanzeige abzugeben. Dieses Vorgehen ist grundsätzlich zulässig.

Selbst wenn aber der Betriebsbegriff des § 17 KSchG korrekt angewendet wird, besteht in der Praxis noch ein **weiteres Problem**: Nach § 17 Abs. 2 KSchG ist der Betriebsrat von der Massentlassung in Kenntnis zu setzen. Für die Frage, ob eine Massentlassung i.S.v. § 17 Abs. 1 KSchG vorliegt, d.h. die erforderlichen Schwellenwerte erreicht sind, ist auf den Betriebsbegriff des Kündigungsschutzgesetzes abzustellen. Der Betriebsrat ist jedoch unter Zugrundelegung des **Betriebsbegriffs des Betriebsverfassungsgesetzes** gewählt

worden, der von dem des Kündigungsschutzgesetzes **abweicht**. Entscheidend ist nach diesem Betriebsbegriff, ob die Mitarbeiter unter einer **einheitlichen Personalleitung** stehen. Auf eine räumliche Zusammengehörigkeit kommt es allenfalls nachrangig an. Um zu gewährleisten, dass die Massenentlassungsanzeige den zuständigen Betriebsrat erreicht, müssen daher **alle Betriebsräte, die für den Betrieb i.S.d. § 17 KSchG zuständig sind**, benachrichtigt werden.

### 3. Fazit

Größere Umstrukturierungen sind schon aufgrund der Anzeigepflichten bei Massenentlassungen ein kompliziertes Unterfangen. Anhand welchen Betriebsbegriffs Betriebe abgegrenzt werden müssen und welche Institution für welche Anzeige empfangszuständig ist, lässt sich nicht aus dem Gesetz ablesen, sondern erfordert eine intensive Lektüre der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Ein sorgfältiges und gründliches Vorgehen ist dabei dringend erforderlich, da jeder Fehler zur Unwirksamkeit aller ausgesprochenen Kündigungen führt. Wir beraten Sie gerne bei allen auftretenden Schwierigkeiten.



## Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm  
+49 (0) 221 650 65-129  
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock  
+49 (0) 221 650 65-233  
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer  
+49 (0) 221 650 65-263  
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.  
+49 (0) 221 650 65-263  
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh  
+49 (0) 221 650 65-129  
stefan.freh@loschelder.de



Dr. Jonas Singraven  
+49 (0) 221 650 65-129  
jonas.singraven@loschelder.de



Farzan Daneshian, LL.M.  
+49 (0) 221 65065-263  
farzan.daneshian@loschelder.de



Dr. Malte Göbel  
+49 (0) 221 650 65-129  
malte.goebel@loschelder.de

## Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de