

# Urteil

**Aktenzeichen:**

**11 Sa 42/05**

-

2 Ca 466/04 (ArbG Lörrach)  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 01.09.2005

gez. W

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

**- Kläger/Berufungskläger -**

**Proz.-Bev.:**

**gegen**

**- Beklagte/Berufungsbeklagte -**

**Proz.-Bev.:**

hat das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg  
- Kammern Freiburg - 11. Kammer -  
durch den Vorsitzenden Richter  
am Landesarbeitsgericht Bernhard,  
den ehrenamtlichen Richter Adam  
und den ehrenamtlichen Richter Fortwängler  
auf die mündliche Verhandlung vom 01.09.2005

**für Recht erkannt:**

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Lörrach vom 24.03.2005, Az. 2 Ca 466/04, wird auf seine Kosten zurückgewiesen.
2. Die Revision wird zugelassen, soweit der Kläger festgestellt haben will, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 28.10.2004 wegen unterlassener Massentlassungsanzeige nicht beendet wurde.

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Arbeitgeberkündigung und um die Zahlung von Weihnachtsgeld.

Der Kläger war bei der Beklagten seit 31.03.1991 als Maschinist beschäftigt. Sein Arbeitsverdienst belief sich zuletzt auf € 2.500,00 brutto. Die Beklagte hatte ursprünglich in der Rechtsform der GmbH ein Unternehmen für Tief- und Straßenbau betrieben und befindet sich in der Liquidation. In ihren aktiven Zeiten hatte sie in S zuvor ca. 85 Arbeitnehmer beschäftigt.

Nachdem der Gesellschafter der Beklagten, Herr T B, am 06.09.2004 verstorben war, beschloss dessen Erbengemeinschaft am 15.10.2004 die Gesellschaft aufzulösen, keine neuen Aufträge mehr anzunehmen, an keinen weiteren Ausschreibungen teilzunehmen, den Immobilienbestand zu veräußern, die bei den Banken beanspruchten Kontokorrentmittel zurückzuführen, die laufenden Aufträge zu Ende zu führen und nach deren Beendigung das bewegliche Anlagevermögen zu veräußern. Zwei weitere Betriebsstätten, in H und H in den neuen Bundesländern, sollten an deren technischen Leiter veräußert werden. Unter dem 20.10.2004 fasste die Erbengemeinschaft den Beschluss, die Gesellschaft mit Wirkung zum Ablauf des 31.05.2005 aufzulösen und einen der Erben, nämlich Herrn C B zum alleinigen Liquidator zu bestimmen. In der Folgezeit wurden Mietverträge gekündigt, Kunden von der Auflösung in Kenntnis gesetzt, Telefonanschlüsse und Wartungsverträge sowie Zeitschriften, darunter das Bundesausschreibungsblatt, abbestellt. Die Agentur für Arbeit L verfügte auf Massenenlassungsanzeige der Beklagten mit Bescheid vom 18.11.2004 für 48 Arbeitnehmer eine Freifrist vom 30.11.2004 bis 27.02.2005 und wies darauf hin, dass für die ihr bereits mündlich bekannten Entlasstermine ab 31.03.2004 es einer erneuten Anzeige bedürfte. Auf die entsprechende Anzeige der Beklagten vom 26.01.2005 erfolgte mit Bescheid der Agentur für Arbeit L ohne Datum für weitere 35 Arbeitnehmer eine Freifristfestsetzung für die Zeit vom 27.02. bis 27.05.2005.

Dem Kläger war mit Schreiben vom 28.10.2004 zum 30.04.2005 gekündigt worden. Als Begründung gab die Beklagte an, der Betrieb müsse stillgelegt werden, weil die wirtschaftliche und finanzielle Situation eine Fortführung des Unternehmens nicht gestatte.

Der Kläger hatte während des bestehenden Arbeitsverhältnisses jahrelang ein Weihnachtsgeld erhalten, die Zahlung erfolgte ohne ausdrücklichen Vorbehalt regelmäßig in zwei Tranchen im November und April und in unterschiedlicher Höhe, letztmals im November 2003 in Höhe von € 850,00.

Der Kläger hat die Kündigung vom 28.10.2004 für unwirksam gehalten und die Auffassung vertreten, die beabsichtigte Auflösung der Gesellschaft und des Betriebs habe keinen erkennbaren wirtschaftlichen Sinn gehabt und sei nicht auf die wirtschaftliche Situation im Baugewerbe zurückzuführen gewesen. Im Übrigen sei die Kündigung wegen fehlender Massentlassungsanzeige unwirksam. Der Kläger hat ferner ein Weihnachtsgeld in Höhe des Vorjahresbezugs auch für das Jahr 2004 geltend gemacht und im Rahmen eines wechselnden Sachvortrags behauptet, es sei jahrelang derselbe Betrag, ein jeweils volles 13. Monatsentgelt, ein gleichbleibender Prozentsatz vom Jahresbruttolohn, ein jeweils unterschiedlicher Betrag, aber ohne Bezug zum Geschäftsergebnis und lediglich in Abhängigkeit von der Arbeitsleistung des Klägers gezahlt worden. Hieraus ergebe sich auch ein Rechtsanspruch für die Zukunft.

Der Kläger **hat die Anträge gestellt:**

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die ordnungsgemäße Kündigung vom 28.10.2004 beendet wurde.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger Weihnachtsgeld 2004 im Umfang von € 850,00 brutto für den Abrechnungsmonat November 2004 nach zu vergüten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 16.12.2004.

Die Beklagte hat

### **Klagabweisung**

b e a n t r a g t.

Bezüglich der Kündigung hat sie auf den Stilllegungsbeschluss der Gesellschafterversammlung der Erbengemeinschaft des verstorbenen Gesellschafters der Beklagten verwiesen und die greifbaren Formen, die die Stilllegung bereits angenommen hätten, in den Gesellschafterbeschlüssen, der ersten Massentlassungsanzeige sowie der Einstellung derwerbenden Tätigkeit ab Beschlussfassung gesehen. Die Massentlassungsanzeigen seien

ordnungsgemäß erfolgt, denn mit Entlassung sei nicht Kündigung gemeint. Im Übrigen könne die Beklagte sich auf einen Vertrauensschutz berufen, nachdem sie sich so verhalten habe, wie es das nationale Recht bislang immer verlangt habe. Das gegenteilige Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 27.01.2005 habe keine Auswirkungen auf die nationale Rechtslage.

Nach Auffassung der Beklagten hat der Kläger keinen Anspruch auf Zahlung eines 13. Monatseinkommens/Weihnachtsgeld, weil insoweit eine Vertragsgrundlage nicht gegeben sei. Insbesondere habe sich keine betriebliche Übung entwickeln können, da die Beklagte das Weihnachtsgeld in der Vergangenheit nach Gutdünken und einzelfallbezogen in unterschiedlicher Höhe gewährt habe, abhängig vom Betriebsergebnis und den Leistungen der einzelnen Arbeitnehmer.

Bezüglich weiterer Einzelheiten des Parteivorbringens erster Instanz wird auf die dort gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf die in den Verhandlungsprotokollen vom 06.12.2004 und 02.03.2005 niedergelegten Erklärungen der Parteien verwiesen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Die Kündigung sei durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt, weil die Beklagte die unternehmerische Entscheidung getroffen habe, den gesamten Betrieb stillzulegen. Auch der Kläger habe dies im Kammertermin nicht mehr ernsthaft bestritten. Die unternehmerische Entscheidung habe auch greifbare Formen angenommen, denn die Beklagte habe zahlreiche diesbezügliche Maßnahmen, wie Schreiben an Auftraggeber oder Kündigungen diverser Verträge, dargelegt und nachgewiesen. Dies habe die Prognose gerechtfertigt, dass bis zum Auslaufen der Kündigungsfrist der Kläger nicht mehr beschäftigt werden konnte. Für eine rechtsmissbräuchliche Unternehmerentscheidung aber sei nichts dargetan.

Die Kündigung sei auch nicht wegen Verstoß gegen § 17 Abs. 1 KSchG unter Berücksichtigung der Richtlinie 98/59/EG unwirksam. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts führe ein Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Anzeigepflicht nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Hieran ändere auch die erwähnte Richtlinie in der durch den Europäischen Gerichtshof verfolgten Auslegung (Urt. v. 27.01.2005 - RSC 188/03 - Jung/Kühnel) nichts. Eine direkte Anwendung der Richtlinie scheide aus, denn sie wende sich nur an die Mitgliedsstaaten, greife aber nicht unmittelbar in das Verhältnis zweier Privatrechtssubjekte zueinander ein. Eine danach verbleibende und gebotene richtlinienkonforme Auslegung der nationalen Vorschrift des § 17 KSchG sei nach deren klaren

Regelungsgehalts nicht möglich, denn das Kündigungsschutzgesetz unterscheide in seiner Systematik eindeutig zwischen Kündigung und Entlassung. Somit sei es nach dem nationalen Recht nicht möglich, als Entlassung bereits die Kündigung anzusehen und daraus folgernd die Wirksamkeit der Kündigung abhängig zu machen von der Erstattung der Massentlassungsanzeige. Letztendlich aber würde ein solches Ergebnis zumindest am Vertrauensschutz scheitern, denn das Prinzip der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes finde auch im Rahmen der Europarechtskonformen Auslegung von nationalen Gesetzen Anwendung. Berücksichtige man, dass bisher in den Merkblättern der Bundesagentur für Arbeit sowie in den Formularen zur Erstattung von Massentlassungsanzeigen der Arbeitgeber ausdrücklich darauf hingewiesen worden sei, dass es bei der Massentlassungsanzeige nicht auf den Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung sondern auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ankomme, erscheine es kaum vertretbar, dem Arbeitgeber nunmehr anzulasten, dass die von ihm ausgesprochene Kündigung wegen Verstoßes gegen Anzeigenpflichten unwirksam sein sollte.

Das Arbeitsgericht sieht auch keinen Anspruch des Klägers auf Zahlung eines Weihnachtsgeldes, weil ein solches sich insbesondere nicht aus einer betrieblichen Übung herleite. Eine betriebliche Übung sei nicht entstanden, weil das Weihnachtsgeld in unterschiedlicher Höhe ausbezahlt worden sei. Die Berechnung der jeweiligen Gratifikationen sei nicht objektiv und rechnerisch nachvollziehbaren Kriterien gefolgt. Daraus habe auch der Kläger ersehen können, dass die Beklagte den Willen gehabt habe, in jedem Jahr neu über die Zuwendung zu entscheiden.

Gegen das ihm am 08.04.2005 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat der Kläger am 09.05.2005, einem Montag, Berufung beim Landesarbeitsgericht eingelegt und diese zugleich begründet. Er hält die Kündigung der Beklagten weiterhin für unwirksam, zum einen deshalb, weil die Entscheidung der Gesellschafter, die GmbH zu liquidieren und den Betrieb stillzulegen unsinnig gewesen sei, denn es habe Interessenten für die Fortführung des Betriebs gegeben. Die Kündigung der Beklagten leide aber auch daran, dass die Massentlassungsanzeige erst nach Ausspruch der Kündigung bei der Agentur für Arbeit erstattet worden sei. Hinsichtlich des Weihnachtsgelds behauptet der Kläger nunmehr noch, er habe in der Vergangenheit jedes Jahr ein Weihnachtsgeld in Höhe von 10,5 Prozent seines Bruttojahresgehalts als Gratifikation vorbehaltlos gezahlt bekommen, hieraus ergebe sich ein Anspruch aus betrieblicher Übung auch für das Jahr 2004.

Der Kläger **stellt die Anträge:**

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die ordnungsgemäße Kündigung vom 28.10.2004 nicht beendet wurde.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger Weihnachtsgeld 2004 im Umfang von € 850,00 brutto für den Abrechnungsmonat November 2004 nach zu vergüten, nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit 16.12.2004.

Die Beklagte **b e a n t r a g t**,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts als in allen Teilen zutreffend und korrekt und vermisst am Vorbringen des Klägers jegliche Auseinandersetzung mit den Entscheidungsgründen des angegriffenen Urteils.

Bezüglich weiterer Einzelheiten des Parteivorbringens in der Berufung wird auf deren Begründung und Erwiderung Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die an sich statthafte, form- und fristgerecht eingelegte und begründete und damit insgesamt zulässige Berufung des Klägers ist nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat mit zutreffenden Erwägungen sowohl die Kündigungsschutzklage des Klägers als auch dessen Klage auf Zahlung eines Weihnachtsgeldes abgewiesen. Auf die Entscheidungsgründe des arbeitsgerichtlichen Urteils wird vollumfänglich verwiesen, lediglich im Hinblick auf die Angriffe der Berufung ist ergänzend Folgendes auszuführen:

1. Die Kündigung der Beklagten vom 28.10.2004 ist rechtswirksam und hat das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zum Ablauf der Kündigungsfrist am 30.04.2005 beendet.
  - a) Mit den Ausführungen des Arbeitsgerichts zur Betriebsbedingtheit der angegriffenen Kündigung, die allesamt zutreffend sind und den Schluss rechtfertigen, dass die Kündigung wegen beabsichtigter Stilllegung des Betriebs erfolgte und damit auf einer unternehmerischen Entscheidung basierte, die sich der gerichtlichen Kontrolle entzog, und sich damit als sozial gerechtfertigt darstellte, hat der Kläger sich in der Berufung

nicht inhaltlich auseinandergesetzt. Er hat insoweit lediglich auf seinen Vortrag erster Instanz verwiesen, in dem er in Abrede stellte und bestritt, dass die unternehmerische Entscheidung bereits greifbare Formen angenommen, die Liquidation bereits stattgefunden hat bzw. in Angriff genommen wurde. Das Arbeitsgericht hat insoweit auf die von der Beklagten vorgelegten Urkunden verwiesen, aus denen sich nicht nur die entsprechenden Gesellschafterbeschlüsse, sondern auch deren Umsetzung entnehmen ließen und deren Authentizität vom Kläger weder erstinstanzlich noch zweitinstanzlich bestritten wurde. Damit aber muss auch das Berufungsgericht davon ausgehen, dass die Kündigung der Beklagten jedenfalls nicht nach § 1 Abs. 2 KSchG unwirksam ist.

- b) Die Wirksamkeit der Kündigung der Beklagten scheitert aber auch nicht an der Vorschrift des § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG wegen fehlerhafter, insbesondere verspäteter Massenentlassungsanzeige gegenüber der Bundesagentur für Arbeit.

Das Arbeitsgericht hat zu Recht auf die gefestigte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts verwiesen, wonach ein Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Anzeigepflicht nach § 17 KSchG nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führt (vgl. Urte. v. 24.10.1996 - 2 AZR 895/95 - BAGE 84, 267; v. 11.03.1999 - 2 AZR 461/98 - BAGE 91, 107; v. 13.04.2000 - 2 AZR 215/99 - AP Nr. 13 zu § 17 KSchG 1969 u. v. 18.09.2003 - 2 AZR 79/02 - AP Nr. 14 zu § 17 KSchG 1969). Danach ist die Kündigungserklärung als privatrechtliches Rechtsgeschäft unabhängig von einem Verstoß gegen die §§ 17, 18 KSchG wirksam. Bei fehlender, fehlerhafter oder verspäteter Massenentlassungsanzeige tritt lediglich eine Entlassungssperre ein, d. h. das Arbeitsverhältnis besteht trotz wirksamer Kündigung fort. Maßgeblicher Zeitpunkt für die erforderliche Anzeige nach § 17 und 18 KSchG ist demzufolge nicht der Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs, sondern vielmehr der der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, d. h. der Ablauf der Kündigungsfrist. Die arbeitsrechtliche Literatur ist der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gefolgt ebenso wie die Arbeitsverwaltung. Dies wird im Falle der Beklagten besonders deutlich, indem die Agentur für Arbeit L mit Bescheid vom 18.11.2004, mit dem sie die Freifrist für die ersten 48 Arbeitnehmer auf die Zeit vom 30.11. bis 27.02.2005 festsetzte und in Bezug auf die bereits mündlich bekannten Entlasstermine ab 31.03.2004, was gerade den Fall des Klägers betraf, ausdrücklich darauf hinwies, dass es hierzu einer erneuten Anzeige bedurfte, die die Beklagte sodann unter dem 26.01.2005 auch erstattete und aufgrund derer die Agentur für Arbeit L eine weitere Freifrist vom 27.02. bis 27.05.2005 festsetzte.

Das Berufungsgericht folgt auch der Auffassung des Arbeitsgerichts, wonach sich an der bisherigen Rechtslage durch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 27.01.2005 Rs.C 188/03 nichts Entscheidendes ändern kann. Mit dieser hat der Europäische Gerichtshof die Richtlinie des Rats 98/59/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften in Mitgliedsstaaten über Massenentlassungen vom 20.07.1998 (ABi Nr. L 225/16 Massenentlassungsrichtlinie) dahingehend ausgelegt, dass die Massenentlassungsrichtlinie mit dem Terminus Entlassung die Kündigungserklärung meint. Eine direkte Anwendung der Richtlinie auf den vorliegenden Fall ist jedoch gemäß § 249 Abs. 3 EG ausgeschlossen (siehe BAG Ur. v. 18.09.2003 - 2 AZR 79/02 - AP Nr. 14 zu § 17 KSchG 1969). Allerdings verlangt das europäische Recht, dass das innerstaatliche Gericht das nationale Recht unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt soweit wie möglich richtlinienkonform auszulegen hat. Insoweit gelten die allgemeinen Auslegungsregeln, die auch die Grenzen einer gemeinschaftskonformen Auslegung bestimmen. Die Auslegung darf also nicht am Wortlaut einer Vorschrift Halt machen und sie darf insbesondere den erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht verändern (vgl. BAG Ur. v. 18.09.2003 - 2 AZR 79/02 - a. a. O.). Da das Kündigungsschutzgesetz in seiner Systematik eindeutig zwischen Kündigung und Entlassung unterscheidet, erscheint es auch dem Berufungsgericht nach nationalem Recht nicht möglich, als Entlassung bereits die Kündigung anzusehen. Dies gilt vor allem auch im Hinblick auf die arbeitsmarktpolitische Zielsetzung des § 17 KSchG, die erreichen will, dass die Arbeitsverwaltung in die Lage versetzt wird, zu dem Zeitpunkt vermittelnd aktiv zu werden, zu dem die Arbeitnehmer nach ausgesprochener Kündigung und mit Ablauf der Kündigungsfrist dem Arbeitsmarkt auch zur Verfügung stehen. Gerade deshalb hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 24.02.2005 (2 AZR 207/04 - Arbeitsrecht im Betrieb 8/2005, S. 228) auch in Kenntnis der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vom 27.01.2005 seine bisherige Rechtsprechung zum Zeitpunkt der erforderlichen Massenentlassungsanzeige aufrecht erhalten.

Das Berufungsgericht schließt sich auch den Erwägungen des Arbeitsgerichts insoweit an, als dieses eine richtlinienkonforme Auslegung der §§ 17, 18 KSchG letztlich jedenfalls am Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes scheitern lässt. Auf die Ausführungen des Arbeitsgerichts in den Entscheidungsgründen Ziffer 2 b) cc) wird vollumfänglich verwiesen, ebenso auf die Auffassung des Landesarbeitsgerichts Berlin (Ur. v. 27.04.2005 - 17 Sa 2646/04 - NZA-RR 2005, Heft 8) und des LAG Hessen (6 Sa 2279/04 v. 20.04.2005, Beck RS 2005, Nr. 42262). Der Vertrauensschutz für die

Beklagte im vorliegenden Falle ist besonders augenfällig, nachdem diese am 26.10.2004, also vor Ausspruch der streitgegenständlichen Kündigung, eine Massenentlassungsanzeige für die Arbeitnehmer erstattete, die kürzere Kündigungsfristen als der Kläger aufwies und dabei mündlich bereits die zum späteren Zeitpunkt wirkenden Kündigungen mitteilte und sodann von der Agentur für Arbeit L die Freifristen für die Kündigungen der Arbeitnehmer mit kürzerer Kündigungsfrist mitgeteilt bekam unter ausdrücklichem Hinweis darauf, dass für die Mitarbeiter mit längeren Kündigungsfristen und damit späterem Ausscheiden eine erneute Anzeige erforderlich sei. Damit konnte die Beklagte nicht nur auf die langjährige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vertrauen, sondern auch auf das Verwaltungshandeln und die Auskünfte der für die Bundesagentur für Arbeit tätigen Dienststelle.

2. Das Arbeitsgericht hat auch den Anspruch des Klägers auf Zahlung einer Weihnachtsgratifikation zu Recht zurückgewiesen. Der Kläger hat weder einen vertraglichen noch einen tarifvertraglichen Anspruch auf Zahlung des Weihnachtsgelds behauptet. Er hat sich auf den Erwerb eines Anspruchs unter dem Gesichtspunkt der betrieblichen Übung berufen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts können über eine betriebliche Übung vertragliche Ansprüche entstehen, wenn Arbeitnehmer aus der regelmäßigen Wiederholung einer bestimmten Verhaltensweise des Arbeitgebers schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Dabei ist nicht auf den Verpflichtungswillen, sondern darauf abzustellen, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung oder das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände (§ 133, 157 BGB) verstehen musste und durfte (st. Rspr. d. BAG, vgl. z. B. BAG 16.01.2002 - 5 AZR 717/00 - AP Nr. 56 zu § 242 BGB - Betriebliche Übung). Aus dem eigenen Vortrag des Klägers sowohl in erster Instanz als auch in der Berufungsbegründung ergibt sich nicht, dass die Arbeitnehmer davon ausgehen konnten, eine Weihnachtsgeldzahlung werde ohne Vorliegen bestimmter Voraussetzungen und nicht nur für das jeweilige Jahr gewährt. Der Kläger hat seinen Sachvortrag in erster Instanz mehrfach gewechselt. Er hat zum einen behauptet, ihm sei als Weihnachtsgeld immer der gleiche Betrag zugeflossen, dann hat er behauptet, er habe immer ein volles 13. Monatsgehalt erhalten, schließlich hat er vorgetragen, es sei jeweils ein Betrag in Höhe von 10,25 Prozent des Jahresbruttolohns gezahlt worden. In der Berufungsbegründung nunmehr behauptet er, die Weihnachtsgratifikation sei jeweils in zwei Tranchen ausbezahlt worden, einer größeren mit dem Novembergehalt, einer kleineren mit dem darauf folgenden Aprilgehalt, immer aber in

Höhe von insgesamt 10,5 Prozent des Bruttojahresgehalts. Auch diese letzte und neuste Tatsachenbehauptung ist erkennbar unrichtig. Der Kläger hat eine Reihe von Verdienstabrechnungen vorgelegt, aus den sich jedenfalls etwas anderes ergab, als vom Kläger vorgetragen. So erhielt der Kläger beispielsweise am 30.11.2000 einen Betrag von DM 1.150,00 und am 30.04.2001 einen weiteren Betrag von DM 1.150,00 als Weihnachtsgeld abgerechnet. Bei einem hochgerechneten sozialversicherungspflichtigen Bruttojahresgehalt von DM 53.493,00 im Jahre 2000 entspräche ein Weihnachtsgeld von insgesamt DM 2.300,00 lediglich einem Anteil am Jahresgehalt von 4,3 Prozent. Im November 2002 erhielt der Kläger € 650,00 als Weihnachtsgeld abgerechnet und im April 2003 ein solches von € 450,00. Bei einem hochgerechneten sozialversicherungspflichtigen Brutto von € 25.174,00 im Jahre 2002 entspräche dies einem Prozentsatz von etwa 4,4 Prozent. Im Jahr 2003 erhielt der Kläger insgesamt ein Weihnachtsgeld von € 850,00. Bei einem hochgerechneten Jahresbrutto von € 23.937,00 entspräche dies einem Anteil von 3,5 Prozent vom Bruttojahreseinkommen. Gleichzeitig wird ersichtlich, dass, wie im Jahr 2000/2001 feststellbar, nicht immer im November eine höhere Tranche und im April eine niedrigere gezahlt wurde, so dass auch diese Behauptung des Klägers unzutreffend ist. Selbst wenn der Kläger bestreitet, dass die Beklagte die Weihnachtsgratifikation in Abhängigkeit vom Geschäftsergebnis ausschüttete, räumte er erstinstanzlich doch ein, dass die Zahlung abhängig von der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erfolgte. Wollte die Beklagte aber mit der Zahlung des Weihnachtsgeldes besondere Leistungen des Arbeitnehmers belohnen und die Höhe in Abhängigkeit von Leistungsgesichtspunkten ohne erkennbaren Bemessungsmaßstab bestimmen, so ist eben gerade davon auszugehen, dass die Zahlung jeweils nach Gutdünken des Arbeitgebers erfolgte, nicht aber nach vorhersehbaren Kriterien, die es dem Arbeitnehmer ermöglichten, davon auszugehen, er werde auch im jeweiligen Folgejahr ein Weihnachtsgeld, und dies in vorhersehbarer Höhe, erhalten. In diesem Falle aber kann von der Begründung eines vertraglichen Anspruchs durch betriebliche Übung nicht mehr ausgegangen werden.

Da der Kläger mit der Berufung unterlegen ist hat er nach § 97 ZPO deren Kosten zu tragen.

Das Berufungsgericht hat die Revision insoweit zugelassen, als der Kläger die Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung geltend macht. Im Hinblick auf die Frage richtlinienkonforme Auslegung des § 17 und 18 KSchG nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 27.01.2005 und die Frage, ob insoweit ein Vertrauensschutz eingreift, wurde grundsätzliche Bedeutung des Rechtsstreits gesehen. Bezüglich der Forderung des Klägers

auf Zahlung eines Weihnachtsgeldes ist dagegen die Zulassung der Revision nicht geboten. Insoweit findet ein weiteres Rechtsmittel nicht statt.

### **RECHTSMITTELBELEHRUNG**

Gegen dieses Urteil findet die Revision für d. Kl. nach Maßgabe ihrer Zulassung im Urteilstenor an das Bundesarbeitsgericht statt. Die Revisionschrift muss innerhalb eines Monats nach Zustellung des Berufungsurteils, die Revisionsbegründung innerhalb von zwei Monaten nach diesem Zeitpunkt bei dem

**Bundesarbeitsgericht, Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt**

eingehen.

Die Revisions- und die Revisionsbegründungsschrift müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

gez. Bernhard

gez. Adam

gez. Fortwängler