

Aktenzeichen: 2 AZR 327/01
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 13. Juni 2002
- 2 AZR 327/01 -

I. Arbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 17. November 2000
- 1 Ca 6401/00 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 3. April 2001
- 6 Sa 114/01 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichworte:

Kündigungsschutz; Konzernholding

Gesetz:

KSchG § 23

Leitsatz:

Der Arbeitnehmer einer Konzernholding genießt, soweit kein Gemeinschaftsbetrieb zwischen der Holding und den Tochtergesellschaften besteht, regelmäßig nur dann Kündigungsschutz, wenn die Holding ihrerseits dem Kündigungsschutzgesetz unterliegt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDEsarBEITSGERICHT



2 AZR 327/01
6 Sa 114/01
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
13. Juni 2002

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 13. Juni 2002 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Bröhl und Schmitz-Scholemann, die ehrenamtlichen Richter Röder und Dr. Bartel für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 3. April 2001 - 6 Sa 114/01 - aufgehoben.
2. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 17. November 2000 - 1 Ca 6401/00 - wird zurückgewiesen.
3. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über eine Kündigung der Beklagten und einen Auflösungsantrag des Klägers, insbesondere darüber, ob das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet.

Der Kläger war bei der Beklagten seit 1. März 2000 als Vorstandsassistent gegen ein monatliches Bruttogehalt von 5.000,00 DM beschäftigt. Die Beklagte ist als Holding an mehreren Tochtergesellschaften beteiligt. Dabei handelt es sich um Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die den Verkauf und die Reparatur von Kraftfahrzeugen betreiben. An sechs Autohäusern ist die Beklagte zu 100 %, an einem Tochterunternehmen in Frankreich mit mehreren Enkelunternehmen zu 99,48 % und an weiteren Tochterunternehmen zu 90 % beteiligt. In dem gesamten Konzern waren 1999 insgesamt 284 Mitarbeiter beschäftigt. Bei der Beklagten selbst waren 1999 sieben Mitarbeiter tätig. Im Verlauf des Jahres 2000 waren nach Darstellung der Beklagten bei ihr nicht mehr als fünf Mitarbeiter beschäftigt. Die Beklagte kündigte dem Kläger mit Schreiben vom 6. September 2000 fristgerecht zum 31. Dezember 2000.

Der Kläger hält die Kündigung für sozialwidrig und begehrt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung. Er macht geltend, entgegen der Annahme der Beklagten finde das Kündigungsschutzgesetz Anwendung. Lasse man zwei kurzfristige Probearbeitsverhältnisse unberücksichtigt, so sei zwar von einer regelmäßigen Beschäftigtenzahl von nur fünf Arbeitnehmern auszugehen. Der Sohn des Vorstandsvorsitzenden der Beklagten sei jedoch bis Ende März 2000 ebenfalls bei der Beklagten tätig gewesen. Jedenfalls bestehe eine wirtschaftliche Identität zwischen der Beklagten und ihren rechtlich selbständigen Tochtergesellschaften, an denen sie zu



100 % beteiligt sei und mit denen sie Ergebnisabführungsverträge geschlossen habe. Insoweit bestehe im Konzern auch ein einheitlicher Leitungsapparat, denn die Geschäftsführer der Tochtergesellschaften würden nicht nur von der Beklagten bestellt und abberufen, sondern seien auch weisungsgebunden und rechenschaftspflichtig. Auf Grund dieser wirtschaftlichen Identität stelle sich die Konzernorganisation mit mehreren rechtlich selbständigen Tochtergesellschaften als eine Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes dar. Als millionenschweres Unternehmen falle die Beklagte nicht unter den Schutzzweck der Kleinbetriebsklausel.

Gründe für eine soziale Rechtfertigung der Kündigung lägen nicht vor. Eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei ihm nicht zumutbar, weil er sich seitens des Vorstandsvorsitzenden der Beklagten ständig schweren Beleidigungen ausgesetzt gesehen habe. Zugestandenermaßen sei er von diesem mit Worten wie: Schlappier, Trottel, Lehrling, Narr, Schwachmatiker, Schlappschwanz, dämlich und dusslig beleidigt worden.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung vom 6. September 2000 nicht zum 31. Dezember 2000 beendet worden ist,
2. das Arbeitsverhältnis rückwirkend zum 31. Dezember 2000 aufzulösen und die Beklagte zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen.

Die Beklagte hat zur Stützung ihres Klageabweisungsantrages vorgetragen, das Kündigungsschutzgesetz finde keine Anwendung, da sie im Jahr 2000 nicht mehr als fünf Arbeitnehmer in ihrem Betrieb beschäftigt habe. Der Sohn des Vorstandsvorsitzenden sei seinerzeit Vorstandsmitglied der I AG und nicht ihr Arbeitnehmer gewesen. Seit Frühjahr 2000 sei er in Frankreich tätig. Es seien auch die Arbeitnehmer der verschiedenen Autohäuser bei der Berechnung der Beschäftigtenzahl nicht mit zu berücksichtigen. Sie als Holding bilde mit ihren nachgeordneten Autohäusern keinen einheitlichen Betrieb. Sie sei lediglich Trägerin und Verwalterin von Geschäftsanteilen ihrer Tochtergesellschaften. Hieraus resultiere ihre konzernrechtliche Weisungsmacht.

Die Kündigung sei aus personenbedingten Gründen gerechtfertigt. Der Kläger habe die ihm als Vorstandsassistenten übertragenen Arbeiten, insbesondere bei diversen Bauvorhaben und deren Vermarktung, nicht zügig, kompetent und umfassend er-



ledigen können. Durch die Schlechtleistung des Klägers genervt, habe der Vorstandsvorsitzende dann zu Schimpfworten gegriffen. Der Kläger sei aber auch mehrfach abgemahnt worden.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat der Feststellungsklage stattgegeben und das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung von 2.500,00 DM zum 31. Dezember 2000 aufgelöst. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Die Kündigung der Beklagten hat das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgelöst.

I. Das Landesarbeitsgericht hat - kurz zusammengefaßt - angenommen, das Kündigungsschutzgesetz finde auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung. Die Beklagte sei als Teileinheit eines größeren Gesamtunternehmens anzusehen, für das der Schutzgedanke des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG nicht einschlägig sei. Personen- oder verhaltensbedingte Gründe, die die Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial rechtfertigen könnten, lägen nicht vor. Wegen der wiederholten Beschimpfungen durch den gesetzlichen Vertreter der Beklagten sei dem Kläger eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar und dieses deshalb nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG aufzulösen gewesen. Die festgesetzte Abfindung in Höhe eines halben Monatseinkommens habe die Kammer angesichts der Gesamtumstände für angemessen und ausreichend gehalten.

II. Dem folgt der Senat nicht. Die Revision rügt zu Recht eine Verletzung des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG. Der Antrag des Klägers auf Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten nicht beendet worden ist, ist unbegründet. Das Kündigungsschutzgesetz findet auf das Arbeitsverhältnis der Parteien keine Anwendung, sonstige Gründe für die Unwirksamkeit der Kündigung sind nicht ersichtlich. Damit ist auch der Auflösungsantrag des Klägers unbegründet.



1. Die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes ergibt sich nicht bereits - wie vom Landesarbeitsgericht angenommen - daraus, daß den wenigen Arbeitnehmern der Beklagten die unstreitig zahlreichen Beschäftigten der Tochterunternehmen der Beklagten hinzuzurechnen wären.

a) Nach der ständigen Senatsrechtsprechung (12. November 1998 - 2 AZR 459/97 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 20 = EzA KSchG § 23 Nr. 20; 29. April 1999 - 2 AZR 352/98 - AP aaO Nr. 21 = EzA aaO Nr. 21 und 15. März 2001 - 2 AZR 151/00 - EzA aaO Nr. 23), an der festgehalten wird, sind bei der Berechnung der für die Anwendbarkeit des ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes notwendigen Arbeitnehmerzahl (§ 23 Abs. 1 KSchG) die von anderen Arbeitgebern (Unternehmen) beschäftigten Arbeitnehmer grundsätzlich nicht mitzuberücksichtigen. Der Kündigungsschutz nach dem KSchG ist nicht unternehmens-, dh. arbeitgeberübergreifend ausgestaltet. Der Senat hat die Annahme eines ausnahmsweise arbeitgeberübergreifenden Kündigungsschutzes stets davon abhängig gemacht, daß sich zwei oder mehrere Unternehmen zur gemeinsamen Führung eines Betriebes - zumindest konkludent - rechtlich verbunden haben, so daß der Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Bereich von derselben institutionellen Leitung ausgeübt wird. Das trifft nicht schon dann zu, wenn die Unternehmen zB auf der Grundlage von Organ- oder Beherrschungsverträgen lediglich unternehmerisch zusammenarbeiten. Vielmehr muß die Vereinbarung auf eine einheitliche Leitung für die Aufgaben gerichtet sein, die vollzogen werden müssen, um die in der organisatorischen Einheit zu verfolgenden arbeitstechnischen Zwecke erfüllen zu können (Senat 18. Januar 1990 - 2 AZR 355/89 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 9 = EzA KSchG § 23 Nr. 9; vgl. auch § 322 Abs. 2 UmwG).

b) Der Arbeitnehmer einer Konzernholding genießt danach, soweit kein Gemeinschaftsbetrieb zwischen der Holding und den Tochtergesellschaften besteht, regelmäßig nur dann Kündigungsschutz, wenn die Holding ihrerseits dem Kündigungsschutzgesetz unterliegt, insbesondere die erforderliche Anzahl von Arbeitnehmern beschäftigt. Ein gemeinschaftlicher Betrieb zwischen einer Konzernholding und einer oder mehreren Tochtergesellschaften liegt nicht bereits dann vor, wenn die Holding aufgrund ihrer konzernrechtlichen Leitungsmacht gegenüber dem zuständigen Organ der Tochtergesellschaft in bestimmten Bereichen Anordnungen treffen kann. Es ist zwischen konzernrechtlicher Weisungsbefugnis und betrieblichem Leitungsapparat zu unterscheiden. Die Annahme eines Gemeinschaftsbetriebes setzt einen einheitlichen, rechtlich gesicherten betriebsbezogenen Leitungsapparat voraus. Adressat von kon-



zernrechtlichen Weisungen ist allein das Leitungsorgan der abhängigen Tochter. Konzernrechtliche Weisungsmacht kann zwar bis zur Betriebsebene durchschlagen. Sie erzeugt jedoch für sich gesehen noch keinen betriebsbezogenen Leitungsapparat (*BAG 29. April 1999 aaO mwN*).

c) Ein weitergehender kündigungsschutzrechtlicher "Berechnungsdurchgriff im Konzern" ist auch nicht verfassungsrechtlich geboten (*ebenso Jacobs Anm. zu EzA KSchG nF § 23 Nr. 20; ErfKomm/Ascheid 2. Aufl. § 23 KSchG Rn. 5; Franzen SAE 2000, 106, 108; Gragert NZA 2000, 961, 964*). Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluß vom 27. Januar 1998 (- 1 BvL 15/87 - BVerfGE 97, 169) den hier einschlägigen § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG sowohl hinsichtlich der Größe des Kleinbetriebes als auch hinsichtlich der Anknüpfung an den Begriff "Betrieb" unbeanstandet gelassen und nur im Wege einer verfassungskonformen Auslegung eine Beschränkung auf solche Einheiten verlangt, für deren Schutz die Kleinbetriebsklausel allein bestimmend ist. Ein Berechnungsdurchgriff im Konzern ist danach nicht erforderlich (*BAG 29. April 1999 aaO*).

d) Es ist auch vom Sinn und Zweck der Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG her nicht - wie das Landesarbeitsgericht offenbar annimmt - gerechtfertigt, einen Berechnungsdurchgriff im Konzern schon dann zuzulassen, wenn nur einer der Gesichtspunkte nicht zutrifft, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - BVerfGE 97, 169) einen Ausschluß des Kündigungsschutzes für die betroffenen Arbeitnehmer rechtfertigen (für einen Kleinbetrieb typische Art der Zusammenarbeit der Arbeitnehmer und des Arbeitgebers, geringe Finanzausstattung und Verwaltungskapazität des Unternehmers). Dies gilt insbesondere für die Prüfung der "geringen Finanzausstattung". Es wäre ein sachfremder Gesichtspunkt, allein darauf abzustellen, ob etwa einer Konzernholding mit vier Arbeitnehmern ausreichende finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, ihren Arbeitnehmern im Kündigungsfall eine Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG zu zahlen (*vgl. BAG 15. März 2001 - 2 AZR 151/00 - aaO*). Liegen bei einer Konzernholding Kündigungsgründe vor, die wegen der für einen Kleinbetrieb typischen Art der Zusammenarbeit der Arbeitnehmer und des Arbeitgebers nach Sinn und Zweck des § 23 Abs. 1 KSchG eine leichtere Trennungsmöglichkeit erfordern, so nützt es der Holding, die einen anderen Betriebszweck als ihre Tochterunternehmen verfolgt, regelmäßig wenig, daß sie über eine ausreichende Finanzkraft verfügt, eine Abfindung zu zahlen. Ist eine Versetzung oder eine sonstige Unterbringung des Arbeitnehmers in einem Tochterunternehmen



nicht möglich und stellt der Arbeitnehmer keinen Auflösungsantrag, so verwirklicht sich, wenn auch der Arbeitgeber hinreichende Auflösungsgründe nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG nicht darlegen und beweisen kann, mit der erzwungenen Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers genau das Risiko, dem der Gesetzgeber durch die Schaffung des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG begegnen wollte.

e) Wie die Mißbrauchsfälle abzugrenzen sind, in denen ggf. auf Grund der Umstände des Einzelfalls in derartigen Fällen eine Zusammenrechnung der Arbeitnehmer der Konzernholding und der Tochterunternehmen zu erfolgen hat, kann dahinstehen, denn solche Umstände hat der Kläger nicht vorgetragen.

2. Danach trägt die Begründung des Landesarbeitsgerichts nicht die getroffene Entscheidung, den wenigen Arbeitnehmern der im wesentlichen mit Vermögensverwaltung und Geschäftsführung befaßten Beklagten als Konzernholding die Arbeitnehmer der von den Tochtergesellschaften betriebenen Autohäuser hinzuzurechnen. Mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (27. Januar 1998 aaO) geht das Berufungsurteil zutreffend davon aus, in einem Betrieb mit wenigen Arbeitskräften hänge der Geschäftserfolg mehr als in Großbetrieben von jedem einzelnen Arbeitnehmer ab. Auf seine Leistungsfähigkeit komme es ebenso an wie auf die Persönlichkeitsmerkmale, die für die Zusammenarbeit, die Außenwirkung und das Betriebsklima von Bedeutung seien. Kleine Teams seien anfällig für Mißstimmungen und Querelen. Störungen des Betriebsklimas könnten zu Leistungsminderungen führen, die bei geringem Geschäftsvolumen spürbar auf das Ergebnis durchschlugen. Ausfälle ließen sich bei niedrigem Personalbestand nur schwer ausgleichen. Typischerweise arbeite bei kleinen Betrieben der Unternehmer selbst als Chef vor Ort mit. Damit bekomme das Vertrauensverhältnis zu jedem seiner Mitarbeiter einen besonderen Stellenwert. Auch die regelmäßig geringere Finanzausstattung falle ins Gewicht.

Sieht man von der Frage der Finanzausstattung der Beklagten ab, so spielen alle diese Gesichtspunkte in dem Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der beklagten Konzernholding eine entscheidende Rolle. Der Kläger war in einem kleinen Team als Vorstandsassistent dem selber mitarbeitenden Chef zugeordnet und Kündigungsgrund waren Mißstimmungen und Querelen, die, wie das Vorbringen der Beklagten zu den Kündigungsgründen und des Klägers zu den Auflösungsgründen zeigen, zu Störungen des Betriebsklimas geführt haben. Es kann demgegenüber für die vom Landesarbeitsgericht befürwortete Nichtanwendung der Kleinbetriebsklausel nicht allein darauf ankommen, daß die Beklagte als - wie der Kläger meint - "millionenschwe-



res" Unternehmen sicherlich ausreichende Finanzmittel besitzt, die festgesetzte Abfindung und die Prozeßkosten zu zahlen.

3. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, da nach dem vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalt die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

a) Bei der Beklagten waren im Kündigungszeitpunkt in der Regel nicht mehr als fünf Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten tätig (§ 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG). Bei der gebotenen Voraus- und Rückschau, bezogen auf den Kündigungszeitpunkt, ist es nicht von entscheidender Bedeutung, daß bei der Beklagten noch 1999 sieben und in den Vorjahren noch mehr Arbeitnehmer beschäftigt waren. Die Betrachtung der Beschäftigtenzahlen des Jahres 2000 läßt erkennen, daß die Beklagte im Kündigungszeitpunkt regelmäßig nur noch fünf Arbeitnehmer beschäftigte. Auch der Kläger geht nunmehr davon aus, daß bei der Beklagten selbst zuletzt nur noch fünf Arbeitnehmer tätig waren und auch eine Erhöhung der Beschäftigtenzahl im Kündigungszeitpunkt nicht abzusehen war. Zutreffend haben dabei beide Parteien die kurzfristigen Probearbeitsverhältnisse unberücksichtigt gelassen, weil sich dadurch die Zahl der Regelarbeitsplätze nicht erhöht hat. Was den Sohn des Vorstandsvorsitzenden anbelangt, so hat die Beklagte auf das entsprechende Vorbringen des Klägers im einzelnen dargestellt, weshalb dieser nie zu den Arbeitnehmern der Beklagten gezählt hat. Diesem Vorbringen ist der Kläger in der Revisionsinstanz nicht mehr entgegengetreten.

b) Ein Gemeinschaftsbetrieb zwischen der Beklagten und ihren Tochterunternehmen oder einzelnen dieser Tochterunternehmen hat nach dem vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalt nicht vorgelegen. Dem steht schon entgegen, daß die Beklagte, die als Konzernholding mit der Vermögensverwaltung und Geschäftsführung einen anderen Betriebszweck verfolgt als die nachgeordneten Autohäuser, mit keinem dieser Autohäuser auch nur den Standort oder eine gewisse Büroorganisation teilt. Es reicht nach der Senatsrechtsprechung nicht aus, daß die Geschäftsführer der Tochterunternehmen der Beklagten Adressaten von deren konzernrechtlichen Weisungen sind. Nicht einmal die gemeinsame Nutzung der sächlichen und personellen Betriebsmittel durch eine Holding als Muttergesellschaft und eine Tochtergesellschaft würde im übrigen notwendig für das Vorliegen einer Vereinbarung zur Führung eines Gemeinschaftsbetriebes sprechen. Sie könnte genau so gut bedeuten, daß die Holding



zur Durchführung ihrer Aufgaben keine eigene Betriebsorganisation benötigt und im Wege ihrer konzernrechtlichen Weisungsmacht dem Geschäftsführer der Tochtergesellschaft gegenüber angeordnet hat, ihr bestimmte sächliche oder personelle Betriebsmittel zur Verfügung zu stellen (*BAG 29. April 1999 aaO*).

c) Es ist auch kein Anhaltspunkt dafür vorgetragen oder sonst ersichtlich, daß die Beklagte dem Kläger rechtsmißbräuchlich durch die Organisation ihres Konzerns den Kündigungsschutz genommen hätte, so daß nach Treu und Glauben von einer Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes auszugehen wäre. Der Kläger rügt insoweit nur allgemein einen Treueverstoß, ohne konkrete Anhaltspunkte für einen Rechtsmißbrauch vorzutragen.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Rost Brühl Schmitz-Scholemann

Röder Bartel



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)