

Aktenzeichen: 2 AZR 522/01
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 5. Dezember 2002
- 2 AZR 522/01 -

I. Arbeitsgericht
Dresden

Urteil vom 26. September 2000
- 14 Ca 2978/00 -

II. Sächsisches
Landesarbeitsgericht

Urteil vom 19. Juli 2001
- 8 Sa 959/00 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Betriebsbedingte Kündigung - Sozialauswahl -; Berücksichtigung eines Widerspruchs eines Arbeitnehmers wegen eines vermeintlichen Betriebsübergangs

Gesetze:

KSchG § 1 Abs. 2 und 3; BGB § 613 a

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 522/01
8 Sa 959/00
Sächsisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
5. Dezember 2002

URTEIL

Anderl, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 5. Dezember 2002 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Brühl und Dr. Eylert sowie die ehrenamtlichen Richter Rosendahl und Dr. Bartz für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 19. Juli 2001 - 8 Sa 959/00 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung und die vorläufige Weiterbeschäftigung der Klägerin.

Die am 25. Dezember 1953 geborene, verheiratete Klägerin ist seit dem 1. Januar 1988 bei der beklagten Stadt bzw. deren Rechtsvorgängerin als Arbeiterin beschäftigt. Auf Grund einer einzelvertraglichen Vereinbarung findet der BMT-G-O auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung. Die Klägerin arbeitete zuletzt mit mindestens drei weiteren Arbeitnehmerinnen im beruflichen Schulzentrum A. als Reinigungskraft (Stellen Nr. 40.59/502.008). Sie erhielt eine Vergütung nach der Lohngruppe 1 a nach Bewährungsaufstieg aus der Lohngruppe 1 Fallgruppe 1 des BMT-G-O. Im Jahr 1999 schrieb die Beklagte alle technischen Dienstleistungen, insbesondere alle Reinigungsleistungen mit Ausnahme derjenigen für die Bereiche Hauptamt, Standesamt, Schulverwaltungsamt, Sportamt, Sozialamt, Kulturamt, Kita G. sowie für die Ortschaft S. zur Vergabe an Drittunternehmen aus. Sie übertrug die Reinigung des Schulzentrums A. der F. GmbH Gebäude- und Industrieanlagenreinigung (im folgenden: F-GmbH). Der Personalüberleitungsvertrag mit der F-GmbH vom 14./21. Dezember 1999 sah ua. vor:

"§ 1 Vertragsgegenstand

Aufgrund eines Betriebsübergangs i. S. d. § 613 a BGB wird die Unterhalts-, Grund- und Glasreinigung des beruflichen Schulzentrums A. auf die Firma übertragen. Das in der Schule mit Reinigungsarbeiten beschäftigte Personal ist abschließend in der Anlage zu diesem Vertrag aufgeführt. Die Arbeitsverhältnisse der betroffenen Beschäftigten richten sich zum Stichtag nach dem BMT-G-O und den ergänzenden und ändernden Tarifverträgen. Dieses Personal wird zum Stichtag von der Firma übernommen. Die Firma tritt zu diesem Zeitpunkt in die Arbeitsverträge der in der Anlage aufgeführten Beschäftigten ein und beschäftigt diese weiter.



Sofern neben den Arbeitsverträgen noch Dienst- oder Ausbildungsverträge mit den vom Betriebsübergang Betroffenen bestehen, tritt die Firma auch in diese Vertragsverhältnisse ein.

§ 2 Kündigungsschutz

Die Firma verpflichtet sich, das übernommene Personal vom Stichtag an für die Dauer von einem Jahr weiterzubeschäftigen. Betriebsbedingte Kündigungen sind demnach für diesen Zeitraum ausgeschlossen.

Der Kündigungsschutz verlängert sich um ein weiteres Jahr, sofern die vom Betriebsübergang betroffenen Beschäftigten sich zu einer einvernehmlichen Änderung ihrer Arbeitsbedingungen (Wechsel vom BMT-G-O zum Rahmentarifvertrag für die gewerblichen Beschäftigten im Gebäudereinigungshandwerk) bereit erklären.

§ 3 Beschäftigungszeit

Die Firma erkennt den vom Betriebsübergang Betroffenen die bisher i. S. d. § 6 BMT-G-O angelaufene Beschäftigungszeit in vollem Umfang an.

§ 4 Stichtag

Stichtag im Sinne dieses Vertrages ist der 01.01.2000. An diesem Tage übernimmt die Firma die Reinigungsleistungen und führt sie fort.

Sollte der kalendermäßig bestimmte Stichtag nicht eingehalten werden können, gilt als Stichtag der Tag, an dem die Firma die Einrichtung fortführt bzw. hierzu die Gelegenheit erhält.

§ 5 Leistungen der Firma

Die Firma übernimmt die betroffenen Beschäftigten zumindest für das erste Jahr ab dem Stichtag zu den zum Stichtag nach § 4 aktuellen arbeits- und tarifvertraglichen Bedingungen des BMT-G-O.

§ 6 Leistungen der Stadt

Während des ersten Jahres nach dem Betriebsübergang (gerechnet ab dem Stichtag) stellt die Stadt die Firma von allen finanziellen Belastungen frei, die durch die Fortgeltung des BMT-G-O entstehen (abzüglich ersparter Personalkosten durch Einsatz der übernommenen Beschäftigten in anderen Objekten entsprechend dem Angebot mit dem geringstmöglichen Personaleinsatz in den übernommenen städtischen Einrichtungen).



Bei einer geringeren Vergütung der betroffenen Beschäftigten bei der Firma verpflichtet sich die Stadt, für jeden einzelnen übernommenen Beschäftigten eine Differenzzahlung zwischen der von der Firma gezahlten tarifgerechten Vergütung nach dem Gebäudereinigertarifvertrag und der Vergütung nach BMT-G-O zu leisten. Die Firma ist verpflichtet, die den übernommenen Mitarbeitern nach dem Rahmentarifvertrag für die gewerblichen Beschäftigten im Gebäudereinigerhandwerk und den ergänzenden oder ändernden Tarifverträgen zustehenden Vergütungen getrennt zu errechnen und diese monatlichen Lohnabrechnungen inkl. der Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile der Stadt, Personalamt, Abteilung Lohn- und Gehalt, spätestens zu jedem Monatsletzten vollständig (inkl. der ausgewiesenen pauschalen Lohnsteuer) für den laufenden Monat zuzuleiten.

Die Stadt überweist dann die Differenzzahlungen termingerecht zum 15. des folgenden Monats für den Vormonat an die Firma. Das in entsprechender Weise berechnete Urlaubsgeld überweist die Stadt zum 01.07., damit eine fristgerechte Auszahlung zum 15.07. eines jeden Jahres abgesichert ist. Die Berechnung des Urlaubsgeldes muss der Stadt - entsprechend dem o. g. Verfahren bis zum 15.06. vorliegen.

Ebenso ist bei der Auszahlung der Zuwendung zum 15.11. zu verfahren. Die Firma liefert zum 15.10. die Berechnungen der von ihr aufzubringenden Zuwendung an die Stadt. Die Stadt zahlt den Differenzbetrag zum 01.11. aus.

..."

Seit dem 1. Januar 2000 erfolgt die Reinigung des Schulzentrums A. durch die F-GmbH.

Die Beklagte informierte ihre Arbeitnehmer auf einer Veranstaltung über die beabsichtigten organisatorischen Änderungen und Personalüberleitungen. Mit Schreiben vom 15. November 1999 teilte sie der Klägerin mit, daß ihr Arbeitsverhältnis gemäß § 613 a BGB zum 1. Januar 2000 wegen Betriebsübergangs auf die F-GmbH übergehe.

Mit Schreiben ihres Prozeßbevollmächtigten vom 8. Dezember 1999 widersprach die Klägerin dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die F-GmbH ohne Angabe von Gründen.

In einem Einigungsstellenverfahren bei der beklagten Stadt sind am 1. Februar 1996 Richtlinien zur sozialen Auswahl erstellt worden. Auf deren Basis führte die Beklagte unter Berücksichtigung der im Stellenplan ausgewiesenen Sollvergütungen eine Vorauswahl durch. In der Vorauswahlliste A der Lohngruppe 1 Fallgruppe 1 rangiert die Klägerin an 14. Stelle mit 74 Punkten. Insgesamt sieben Arbeitnehmer



und Arbeitnehmerinnen der Lohngruppe 1 Fallgruppe 1 widersprachen dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf ein Drittunternehmen.

Mit Schreiben vom 3. Februar 2000 forderte die Beklagte die Klägerin auf, besondere Sozialauswahldaten freiwillig nachzuweisen. Die Klägerin äußerte sich nicht. Die Beklagte setzte daraufhin die Klägerin und die anderen widersprechenden Arbeitnehmer von ihren bisherigen Rangstellen in der Vorauswahlliste A auf die Plätze 1 bis 7 in der Auswahlliste B; die Klägerin rückte so auf den 4. Rang vor.

Mit Beschluß ihres Stadtrats vom 10. Februar 2000 strich die Beklagte insgesamt 709 Stellen per 1. Januar 2000 aus dem Stellenplan. Davon war auch die Stelle der Klägerin namentlich betroffen. Von diesen 709 Stellen waren bereits sieben vor dem Beschluß unbesetzt, 32 Mitarbeiter gingen zu anderen Trägern, 380 Mitarbeiter schlossen mit der beklagten Stadt Aufhebungsverträge, 26 Mitarbeiter nahmen an der Maßnahme MAS teil, weitere 133 Mitarbeiter gingen auf private Dienstleistungsunternehmen über. Von verbleibenden 131 widersprechenden Mitarbeitern waren 31 Finanzsachbearbeiter. 30 weitere Mitarbeiter sind schwerbehindert, deren Kündigung der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle bedurfte. Für weitere 5 bestand gesetzlicher Kündigungsschutz. 13 Mitarbeiter wurden umgesetzt und 2 erhielten eine Änderungskündigung. Gegenüber den restlichen 50 Mitarbeitern beschloß die Beklagte den Ausspruch von Beendigungskündigungen.

Der mit Schreiben vom 2. März 2000 informierte Personalrat widersprach der beabsichtigten Kündigung der Klägerin mit Schreiben vom 13. März 2000.

Mit Schreiben vom 27. März 2000, der Klägerin am 28. März 2000 zugegangen, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 30. September 2000 aus betriebsbedingten Gründen.

Die Klägerin hat Kündigungsschutzklage erhoben. Sie hält die Kündigung für sozial ungerechtfertigt. Die Beklagte habe weniger sozial schutzbedürftige, vergleichbare Mitarbeiter, ua. Frau S. (geboren im April 1970, seit dem 1. Juli 1991 beschäftigt und zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtet), Herrn K. (am 13. November 1970 geboren, seit dem 16. Juli 1988 beschäftigt, ohne Kinder) und Frau K. (am 31. Oktober 1956 geboren, seit dem 1. Januar 1991 beschäftigt, ohne Kinder) weiter beschäftigt. Ihr Widerspruch gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die F-GmbH sei gerechtfertigt, weil sich ihre Vergütung nach einem Jahr reduziert hätte, sie höhere Fahrtkosten habe und schließlich auch hätte "geteilt" arbeiten müssen.



Die Klägerin hat zuletzt beantragt

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die ordentliche Kündigung vom 27. März 2000 nicht zum 30. September 2000 aufgelöst worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, sie in ihrer Tätigkeit bis zum rechtskräftigen Abschluß des Verfahrens weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags darauf verwiesen, die Raumpflege im Schulzentrum A. sei durch den Personalüberleitungsvertrag am 1. Januar 2000 auf die F-GmbH übergegangen. Die freien Planstellen seien mit den sozial schwächsten Mitarbeitern besetzt worden. Die Klägerin habe diesem Betriebsübergang ohne sachliche Gründe widersprochen. Sie habe damit die Fortsetzung ihres sicheren und zumutbaren Arbeitsverhältnisses bei der F-GmbH aufs Spiel gesetzt. Deshalb könne sie sich nicht auf mögliche Fehler bei der Sozialauswahl berufen. Die nachgeschobene Widerspruchsbegründung der Klägerin könne nicht mehr berücksichtigt werden.

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die ordentliche Kündigung aufgelöst worden ist und hat die Beklagte zur vorläufigen Weiterbeschäftigung der Klägerin verurteilt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben zutreffend erkannt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 27. März 2000 beendet worden und die Beklagte zur vorläufigen Weiterbeschäftigung der Klägerin verpflichtet ist.

A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Kündigung sei nicht sozial gerechtfertigt. Es könne dahingestellt bleiben, ob sie durch dringende betriebliche Erfordernisse iSv. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt sei. Die Beklagte habe jedenfalls bei der Auswahl der Klägerin zur Kündigung soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt (§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG). Die Klägerin habe auf der Vorauswahlliste A erst an



14. Stelle gestanden. Bei lediglich sieben überzähligen Arbeitnehmern erweise sich die Sozialauswahl aber als unzutreffend.

Die Klägerin sei nicht durch ihren Widerspruch auf der Liste "vorgerückt". Die Sozialauswahl könne nur zu ihren Lasten ausfallen, wenn der Widerspruch der Klägerin zu einer anderen Bewertung der Sozialauswahl führe. Es erscheine schon zweifelhaft, ob das Arbeitsverhältnis der Klägerin auch ohne ihren Widerspruch überhaupt im Wege des Betriebsübergangs auf die F-GmbH übergegangen wäre. Aus dem Vortrag der Parteien sei nicht ersichtlich, daß der Bereich Reinigung im Schulzentrum A. überhaupt ein betriebsübergangsfähiger Betriebsteil sei. Gegen einen Betriebsteilübergang spreche, daß von ehemals vier Reinigungskräften tatsächlich nur noch eine von der F-GmbH beschäftigt werde. Diese Frage könne aber dahinstehen. Dahinstehen könne weiter, ob die Grundsätze des Bundesarbeitsgerichts zur Sozialauswahl bei Widerspruch des Arbeitnehmers gegen einen Betriebsübergang bei einer Funktionsnachfolge entsprechend anzuwenden seien, wenn das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers beim Funktionsnachfolger fortbestehen könne. Die Sozialauswahl sei auch bei Berücksichtigung des Widerspruchs und dessen Begründung fehlerhaft. Im Verhältnis der Klägerin zum Arbeitnehmer K. lägen ausreichende Gründe für einen Widerspruch der Klägerin vor. Die konkrete Gefahr einer Verringerung ihres Stundenlohns nach Ablauf eines Jahres sowie die Gefahr einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen unter Berücksichtigung ihres Alters sei beachtlich. Daß die Klägerin ihren Widerspruch erstmals im Verlauf des Rechtsstreits begründet habe, sei unerheblich. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung der Sozialwidrigkeit einer Kündigung sei der Zugang einer Kündigungserklärung. Zu diesem Zeitpunkt müßten objektiv die Tatsachen vorliegen, die eine Kündigung bedingen. Die Widerspruchsgründe der Klägerin lägen bereits seit dem Zugang der Kündigung vor. Die fehlende Berücksichtigung der Gründe habe die Klägerin nicht verschuldet. Es habe an einer Aufforderung der Beklagten zur Mitteilung der Widerspruchsgründe gefehlt.

B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand. Die Kündigung vom 27. März 2000 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst, weil die Beklagte bei der Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt hat (§ 1 Abs. 3 Satz 1 iVm. Abs. 2 KSchG).

I. Ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist an sich gegeben.



1. Dringende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung können sich aus inner- oder außerbetrieblichen Gründen ergeben. Eine Kündigung ist aus innerbetrieblichen Gründen sozial gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren innerbetrieblicher Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt (*siehe ua. Senat 7. Dezember 1978 - 2 AZR 155/77 - BAGE 31, 157; 29. März 1990 - 2 AZR 369/89 - BAGE 65, 61; zuletzt 25. April 2002 - 2 AZR 260/01 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 121 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 121*). Von den Arbeitsgerichten voll nachzuprüfen ist, ob eine derartige unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt und durch ihre Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist. Dagegen ist die unternehmerische Entscheidung selbst nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (*Senat 17. Juni 1999 - 2 AZR 522/98 - BAGE 92, 61*).

2. Nach den für den Senat bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 561 ZPO aF) hat die Beklagte die unternehmerische Entscheidung getroffen, die technischen Dienstleistungen, insbesondere die Reinigungsaufgaben, ab dem 1. Januar 2000 grundsätzlich von privaten Unternehmen ausführen zu lassen. Auch der bisherige Arbeitsbereich der Klägerin im Schulzentrum A. unterfiel - wie noch weitere 708 Arbeitsplätze - dieser Maßnahme.

Die Beklagte hat auch die konkret bezeichnete Stelle der Klägerin in ihrem Haushaltsplan mit Beschluß vom 10. Februar 2000 gestrichen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts liegt in der Streichung einer konkreten Stelle in einem Haushaltsplan die von den Arbeitsgerichten nicht nachprüfbare unternehmerische Entscheidung, die bezeichnete Stelle sei für die Dienststelle - zukünftig - entbehrlich (28. November 1956 - GS 3/56 - BAGE 3, 245, 250; 3. Mai 1978 - 4 AZR 698/76 - BAGE 30, 272, 276; 21. Januar 1993 - 2 AZR 330/92 - AP Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein § 52 Nr. 1; 19. März 1998 - 8 AZR 626/96 - AP Einigungsvertrag Anlage I Kap. XIX Nr. 76 = EzA EinigungsV Art. 20 Nr. 62).

Damit ist der Arbeitsplatz der Klägerin weggefallen.

II. Die Kündigung ist jedoch sozial ungerechtfertigt, weil die Beklagte bei der Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt hat.



1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats bestimmt sich der Kreis der in die Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer in erster Linie nach arbeitsplatz-bezogenen Merkmalen. Dabei kann die tarifliche Eingruppierung in engen Grenzen für die Beurteilung der Vergleichbarkeit herangezogen werden. Bei ausgesprochenen Hilfstätigkeiten kommt der identischen Eingruppierung der Mitarbeiter ein ausreichender Indizwert zu (*BAG 25. April 1985 - 2 AZR 140/84 - BAGE 48, 314, 323; 15. Juni 1989 - 2 AZR 580/88 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 18*).

2. Unter Anwendung dieser Grundsätze hat die Beklagte zutreffend alle mit technischen Dienstleistungen beschäftigten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen der Lohngruppe 1 als zunächst mit der Klägerin vergleichbar angesehen (vgl. Auswahlliste A; *siehe zum räumlichen Umfang der sozialen Vergleichbarkeit: BAG 17. Januar 2002 - 2 AZR 15/01 - EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 47*).

3. Nach dieser Auswahlliste wäre die Klägerin (Position 14) nicht von einer Kündigung erfaßt worden, weil lediglich sieben Arbeitsplätze dieses Bereichs entfallen sind und sieben Arbeitnehmer im "Überhang" waren. Für ihre Auswahlentscheidung hat die Beklagte zunächst berechtigterweise auf die zwischen ihr und ihrem Personalrat abgeschlossene "Richtlinie zur sozialen Auswahl" zurückgegriffen und auch zurückgreifen können.

Danach weist aber die Klägerin deutlich bessere Sozialdaten und damit eine höhere "Punktzahl" als beispielsweise der Arbeitnehmer K. auf. Demzufolge hätte diesem statt der Klägerin gekündigt werden müssen. Eine andere Entscheidung läßt sich auf Grund der erheblichen Unterschiede bei den sozialen Daten auch nicht mit einem der Beklagten zustehenden Wertungsspielraum rechtfertigen. Dies wird auch von der Beklagten nicht anders gesehen.

4. Ohne Erfolg wendet die Revision demgegenüber ein, bei der Bewertung der sozialen Auswahlgesichtspunkte hätte zu Lasten der Klägerin deren Widerspruch gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die F-GmbH berücksichtigt werden müssen.

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann sich auch der Arbeitnehmer, der dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber nach § 613 a BGB widerspricht, bei einer nachfolgenden, vom Betriebsveräußerer erklärten Kündigung auf eine mangelhafte Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1



KSchG berufen. Bei der Prüfung der sozialen Auswahl Gesichtspunkte sollen dann aber auch die Gründe für den Widerspruch zu berücksichtigen sein (vgl. 7. April 1993 - 2 AZR 449/91 B - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 22; 21. März 1996 - 2 AZR 559/95 - BAGE 82, 316, 327; 18. März 1999 - 8 AZR 190/98 - BAGE 91, 129; 24. Februar 2000 - 8 AZR 167/99 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 47 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 104; zuletzt kritisch etwa: Liepinski DB 2002, 1214 ff. - keine soziale Auswahl; Fischer AuR 2002, 291 ff. - keine Einschränkung der Sozialauswahl bei Widerspruch des Arbeitnehmers jeweils mwN).

b) Diese Frage bedarf hier jedoch keiner Vertiefung, weil gar kein Betriebs- (Teil-)übergang vorliegt. Er ist weder vom Landesarbeitsgericht festgestellt worden noch ergibt er sich aus dem Vorbringen der Parteien.

aa) Ein Betriebsübergang und die Anwendung des § 613 a BGB ist allerdings nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil es sich bei dem Schulzentrum A. und vor allem bei den in ihm erbrachten Reinigungsarbeiten um einen Teil der Verwaltung handelt. Zwar ist die § 613 a BGB zugrunde liegende EWG-Richtlinie 77/187 nicht auf die Übertragung hoheitlicher Aufgaben anzuwenden (EuGH 15. Oktober 1996 - C 298/94 - AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 13; BAG 20. März 1997 - 8 AZR 856/95 - BAGE 85, 312). Dies gilt jedoch nur für die Übertragung von Aufgaben im Zuge einer Umstrukturierung von Verwaltungsbehörden oder bei der Übertragung von Verwaltungsaufgaben von einer Behörde auf eine andere (BAG 7. September 1995 - 8 AZR 928/93 - AP BGB § 613 a Nr. 131 = EzA BGB § 613 a Nr. 136; 22. Oktober 1998 - 8 AZR 458/97 - nv.). Das hat auch die Richtlinie des Rates vom 29. Juni 1998 - 98/50/EG - zwischenzeitlich mit der Neufassung von Art. 1 Abs. 1 c der zuvor genannten Richtlinie 77/187 klargestellt. Da die bisher von der Beklagten erbrachten Dienstleistungen nunmehr von einem Privaten ausgeführt werden sollen, liegt aber weder eine bloße Umstrukturierung der Verwaltung noch eine Aufgabenübertragung zwischen zwei Verwaltungen vor.

bb) Ein Betriebsübergang iSv. § 613 a BGB liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger die wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fortführt. Ob ein im wesentlich unveränderter Fortbestand der organisierten Gesamtheit "Betrieb" bei dem neuen Inhaber anzunehmen ist, richtet sich nach den Umständen des konkreten Falles. Zu den maßgeblichen Tatsachen zählen insbesondere die Art des betreffenden Betriebs, der Übergang der materiellen Betriebsmittel, wie Gebäude und bewegliche Güter sowie deren Wert und Bedeutung, die Übernahme der immateriellen Betriebsmittel und der



vorhandenen Organisation, der Grad der Ähnlichkeit mit der Betriebstätigkeit des bisherigen Inhabers, die Weiterbeschäftigung der Hauptbelegschaft, der Übergang von Kundschaft und Lieferantenbeziehungen und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung der Betriebstätigkeit (*st. Rspr. BAG im Anschluß an EuGH 11. März 1997 - Rs. C- 13/95 - EuGHE I 1997, 1259 (Ayse Süzen): 25. Mai 2000 - 8 AZR 416/99 - BAGE 95, 1; zuletzt beispielsweise 16. Mai 2002 - 8 AZR 319/01 - AP BGB § 613 a Nr. 237 = EzA BGB § 613 a Nr. 210; 8. August 2002 - 8 AZR 583/01 - EzA BGB § 613 a Nr. 209*). Dabei darf eine Einheit nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden. Die Identität der Einheit ergibt sich auch aus anderen Merkmalen, wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und ggf. den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln. Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- oder Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu (*st. Rspr. BAG im Anschluß an EuGH 11. März 1997 aaO: 22. Mai 1997 - 8 AZR 101/96 - BAGE 86, 20, 28*). In Branchen, in denen es im wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Die Wahrung ihrer Identität ist anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hat. Hingegen stellt die bloße Fortführung der Tätigkeit durch einen Auftragnehmer (Funktionsnachfolger) keinen Betriebsübergang dar (*BAG 11. Dezember 1997 - 8 AZR 426/94 - BAGE 87, 296, 299, 300*).

cc) Der Übergang eines Betriebsteils steht für dessen Arbeitnehmer dem Betriebsübergang gleich. Auch beim Erwerb eines Betriebsteils ist es erforderlich, daß die wirtschaftliche Einheit ihre Identität bewahrt (*BAG 26. August 1999 - 8 AZR 718/98 - AP BGB § 613 a Nr. 196 = EzA BGB § 613 a Nr. 185; 8. August 2002 - 8 AZR 583/01 - aaO*). Bei den übertragenen sächlichen und immateriellen Betriebsmitteln muß es sich um eine organisatorische Untergliederung handeln, mit der innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wird, auch wenn es sich nur um eine untergeordnete Hilfsfunktion handelt. § 613 a BGB setzt für den Teilbetriebsübergang voraus, daß die übernommenen Betriebsmittel bereits beim früheren Betriebsinhaber die Qualität eines Betriebsteils hatten (*BAG 24. April 1997 - 8 AZR 848/94 - NZA 1998, 253; 11. September 1997 - 8 AZR 555/95 - BAGE 86, 271, 277 f.; 13. November 1997 - 8 AZR 52/96 - EzA BGB § 613 a Nr. 166; 11. Dezember 1997 - 8 AZR 729/96 - BA-*



GE 87, 303, 305 f.; 26. August 1999 aaO; zuletzt 16. Mai 2002 - 8 AZR 319/01 - und 8. August 2002 - 8 AZR 583/01 - aaO). Betriebsteile, beispielsweise ein Verwaltungsbereich, gehen damit nur dann über, wenn dessen sächliche oder immaterielle Betriebsmittel oder der nach der Zahl und Sachkunde wesentliche Teil des dort beschäftigten Personals übertragen worden sind. Eine bloße Wahrnehmung der gleichen Funktion beim Erwerber mit dessen eigenem Personal reicht für einen Betriebsübergang nicht aus. Voraussetzung ist, daß der entsprechende Bereich beim Veräußerer also organisatorisch verselbständigt ist (BAG 8. August 2002 - 8 AZR 583/01 - aaO).

dd) Bei Anwendung dieser Grundsätze kann im Streitfall weder ein Betriebs- noch ein Betriebsteilübergang angenommen werden.

(1) Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die "Reinigung" im Schulzentrum A. kein Betriebsteil in dem vorgenannten Sinn. Eine organisatorische Einheit liegt nicht vor. Es ist nicht erkennbar, daß eine Teileinheit "Reinigung" selbständig und unabhängig vom Schulzentrum organisiert war. Die Reinigung ist organisatorisch vom Schulzentrum A. nicht zu trennen und kann nur als einheitliche Gesamtheit angesehen werden (vgl. auch die Entscheidung des Achten Senats vom 22. Oktober 1998 - 8 AZR 458/97 - aaO zur "Leitung, Verwaltung und Sozialbetreuung" in einem Übergangsheim).

(2) Nach dem unstreitigen Tatbestand ist außerdem nicht erkennbar, daß ein möglicher Teilbereich Reinigung auf die F-GmbH überhaupt übertragen worden ist und ein Betriebsübergang iSd. § 613 a Abs. 1 BGB vorliegt. Da bei der "Reinigung" die menschliche Arbeitskraft im Vordergrund steht, kommt eine Wahrung der Identität einer solchen Teilorganisation nur in Betracht, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur - wie hier - die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hatte.

Dies ist jedoch nicht der Fall. Von den insgesamt vier Reinigungskräften des Schulzentrums A. wird unstreitig nur eine Arbeitnehmerin von der F-GmbH nach dem 1. Januar 2000 beschäftigt. Es ist auch deshalb nicht erkennbar, daß die Voraussetzungen für einen Betriebsübergang überhaupt vorliegen. Bei einem geringen Qualifikationsgrad muß eine hohe Zahl der bisherigen Mitarbeiter auch weiterhin vom Betriebsübernehmer beschäftigt werden, damit auf einen Fortbestand der vom Betriebsveräu-



ßerer geschaffenen Arbeitsorganisation und auf einen Betriebsteilübergang geschlossen werden kann (*BAG 21. Januar 1999 - 8 AZR 680/97 - nv.*).

(3) Weitere wesentliche identitätsstiftende Merkmale, die die Annahme eines Betriebsübergangs rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Es liegt im Ergebnis nur eine Funktionsnachfolge vor, die jedoch nicht den Regeln des § 613 a BGB folgt.

5. Schließlich können die Regelungen zur Sozialauswahl nicht auch in solchen Fällen eingeschränkt werden, in denen der Arbeitgeber die bisherigen Tätigkeiten einstellt und fremd vergibt und über vertragliche Regelungen mit dem (privaten) Dienstleister für eine Übernahme oder Weiterbeschäftigung bestimmter Arbeitnehmer sorgt. Eine solche vertragliche Vereinbarung hat auf die kündigungsrechtliche Stellung des sozial stärkeren Arbeitnehmers keinen Einfluß. Sie enthält lediglich eine Chance zur Weiterbeschäftigung bei dem Dritten für die Arbeitnehmer, denen auf Grund des Wegfalls ihres Arbeitsplatzes und der sozialen Auswahl gekündigt werden kann. Ein sonstiges berechtigtes betriebliches Bedürfnis, das die Weiterbeschäftigung des sozial stärkeren Arbeitnehmers iSv. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG bedingen würde, ergibt sich hieraus nicht. Es ist nicht erkennbar, welches berechtigte Interesse der Arbeitgeber haben soll, gerade den sozial schwächeren Arbeitnehmer an den Dritten zu vermitteln.

III. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Rost Bröhl Eylert

Rosendahl Bartz



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

