Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Aktenzeichen: 2 AZR 637/01

Bundesarbeitsgericht 2. Senat	Urteil vom 26. September 2002 - 2 AZR 637/01 -
I. Arbeitsgericht Neumünster	Urteil vom 14. Dezember 2000 - 2 Ca 1656 a/00 -
II. Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein	Urteil vom 24. Oktober 2001 - 2 Sa 190/01 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Betriebsbedingte Kündigung

Gesetz:

KSchG § 1

Leitsätze:

keine

Hinweise des Senats:

Parallelsache zu BAG 26. September 2002 - 2 AZR 636/01 -

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

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

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

BUNDESARBEITSGERICHT

2 AZR 637/01
2 Sa 190/01
Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
26. September 2002

URTEIL

Umbach, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. September 2002 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Bröhl und Dr. Eylert, die ehrenamtliche Richterin Nielebock und den ehrenamtlichen Richter Heise für Recht erkannt:

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

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

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 24. Oktober 2001 - 2 Sa 190/01 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung und einen Weiterbeschäftigungsantrag.

Die am 26. August 1947 geborene Klägerin ist seit dem 21. November 1984 in der von der Beklagten betriebenen Rheumaklinik im Küchen-, Servier- und Spülbereich beschäftigt. Ihre Vergütung betrug zuletzt 2.688,51 DM brutto. Auf die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter der Klinik findet entweder der Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) oder der Manteltarifvertrag für Arbeiterinnen und Arbeiter des Bundes und der Länder (MTArb) Anwendung. In beiden Tarifwerken ist die ordentliche Kündigung nach einer Beschäftigung von 15 Jahren, frühestens nach Vollendung des 40. Lebensjahres, ausgeschlossen.

Die Beklagte hat steuerrechtlich den Status der Gemeinnützigkeit. Gesellschafter der in der Rechtsform der GmbH betriebenen Beklagten sind die Landesversicherungsanstalten und die AOK-Landesverbände der Länder Schleswig-Holstein und Hamburg sowie die Stadt B . Nach Jahresfehlbeträgen von jeweils mehr als 4 Mio. DM in den Kalenderjahren 1995 und 1996 leitete die Beklagte erste Sanierungsmaßnahmen ein. Sie ließ ein Gutachten zur Organisations- und Strukturanalyse ihres Unternehmens erstellen, das Ende 1999 vorlag. Auf der Grundlage dieses Gutachtens beschlossen die Gesellschafter auf ihrer Versammlung vom 15. Juni 2000, die Klinikbereiche Reinigung, Küche und Servierbereich sowie die Diätabteilung und die Ernährungsberatung zum 31. März 2001 stillzulegen. Es wurde beschlossen, eine Service-GmbH zu gründen. An dieser sollte sich die Beklagte mehrheitlich beteiligen. Ziel der Mehrheitsbeteiligung war die Herbeiführung einer steuerrechtlichen Organschaft. Dadurch sollte sichergestellt werden, daß die Beklagte auf Leistungen der Service-GmbH keine Umsatzsteuer zu zahlen hatte. Spätestens zum 1. April 2001 sollten der Service-GmbH sämtliche Dienstleistungen übertragen werden, die bisher in den betroffenen Bereichen von der Beklagten selbst bzw. von der Reinigungsfirma S. erbracht worden

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

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

waren. Die Beklagte rechnete mit einer Gesamtersparnis von über 1,6 Mio. DM, die sich aus günstigeren Personalkosten wegen der dann anwendbaren Tarifverträge des Gebäudereinigerhandwerks und der Einsparung der bisher auf die Rechnungen der Fa. S. gezahlten Umsatzsteuer ergeben sollte.

Die Beklagte unterrichtete den Betriebsrat am 20. September 2000 über die beabsichtigte Kündigung der Klägerin, wobei sie die Hintergründe ihrer Entscheidung darstellte. Nach schriftlichem Widerspruch des Betriebsrats vom 25. September 2000, der die Ordnungsgemäßheit der Anhörung rügte, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin mit Schreiben vom 28. September 2000 außerordentlich zum 31. März 2001.

Mit Gesellschaftsvertrag vom 16. Januar 2001, wurde die "Gesellschaft für Dienst- und Serviceleistungen mbH" (im nachfolgenden: Service-GmbH) gegründet. Gesellschaftszweck der Service-GmbH ist gemäß § 2 des Gesellschaftsvertrages die Durchführung von Dienstleistungen für die Beklagte, ua. im Bereich der Reinigungstätigkeiten und der Speisen- und Getränkeversorgung. Die Beklagte hält gemäß § 4 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages 51 % der Gesellschaftsanteile, die Firma Z. - ein überregional tätiges Dienstleistungsunternehmen - die übrigen 49 %. § 5 des Gesellschaftsvertrages sieht vor, daß der jeweilige Geschäftsführer der Service-GmbH aus der Leitung der Beklagten stammt. Der Geschäftsführer ist nach § 7 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages verpflichtet, die Geschäfte der Gesellschaft in Übereinstimmung mit den Beschlüssen der Gesellschafter zu führen. Die Geschäftsführung der Service-GmbH benötigt gemäß § 7 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages für alle Geschäfte, die über den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens der Gesellschaft hinausgehen, der vorhergehenden Zustimmung durch Gesellschafterbeschluß. Unter dem 26. März 2001 schlossen die Beklagte und die Service-GmbH Werkverträge für die Bereiche "Reinigung der Klinik" und "Dienstleistung Küchenbereich einschließlich Diätabteilung und Ernährungsabteilung". Nach § 4 Abs. 2 des Werkvertrages zur Reinigung ist die Beklagte als Auftraggeberin berechtigt, die eingesetzten Kräfte der Service-GmbH jederzeit auf ihre fachliche und persönliche Eignung zu überprüfen. § 1 des Vertrages über die Küchenleistungen lautet:

> "Der Auftragnehmer betreibt die Küche des Auftraggebers. Dies geschieht ausschließlich unter Nutzung der in den Räumlichkeiten der Auftraggeberin eingerichteten Küche mit sämtlichem Inventar. Der Auftraggeber ist zur Unterhaltung und Reinigung der gesamten zum Küchenbetrieb gehörenden Räumlichkeiten auf seine Kosten verpflichtet.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

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

> Der Auftraggeber trägt die Wartungskosten für das gesamte Inventar. Schwund und Bruch gehen zu Lasten des Auftraggebers mit Ausnahme vorsätzlich durch Bedienstete des Auftragnehmers verursachte Schäden. Der Auftragnehmer erbringt seine Leistungen namens und auf Rechnung des Auftraggebers. Der Auftragnehmer hat sämtliche für die Herstellung der Speisen und Getränke erforderlichen Lebensmittel und Waren zu stellen."

Die Klägerin hält die Kündigung für sozialwidrig und macht geltend, ihre bisherigen Aufgaben seien nicht entfallen. Die Beklagte habe ihre Arbeitgeberstellung nicht aufgegeben. Als Mehrheitsgesellschafterin der Service-GmbH und auf Grund der Personenidentität in der Geschäftsführerposition habe sie maßgeblichen Einfluß auf die Geschäftsführung der Service-GmbH. Die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats werde bestritten. Die Kündigung sei auch gemäß § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB unwirksam. Es liege ein Fall der Unternehmensaufspaltung vor.

Die Klägerin hat beantragt

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 28. September 2000, der Klägerin zugegangen am 29. September 2000, nicht aufgelöst worden ist,

2. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin zu unveränderten Bedingungen weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag vorgetragen, die gesamten Reinigungs-, Küchen- und Servierbereiche seien von ihr zum 31. März 2001 stillgelegt worden. Zum 1. April 2001 seien sämtliche Dienstleistungen auf die Service-GmbH übertragen worden, die keine Mitarbeiter von ihr übernommen habe. Ein Betriebsübergang liege nicht vor, da nichts auf die Service-GmbH übergegangen sei. Die Nutzung der Einrichtungen der Rheumaklinik durch die Service-GmbH erfolge nicht eigenwirtschaftlich, sondern nur zur Erfüllung der im Verhältnis zu ihr, der Beklagten, begründeten Dienstleistungspflicht. Eine Sozialauswahl habe nicht durchgeführt werden können, da kein vergleichbarer Arbeitsplatz vorhanden gewesen sei. Seit 1. April 2001 übe sie keine Arbeitgeberfunktionen in den betroffenen Bereichen mehr aus. Sie habe es sich nicht vorbehalten, Mitarbeitern der Service-GmbH irgendwelche Weisungen zu erteilen. Es sei vorgesehen gewesen und auch so umgesetzt worden, daß die Service-GmbH einen mit Einzelprokura versehenen Prokuristen beschäftige, der mit der Befug-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

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

nis des Personalleiters ausgestattet sei. Dieser sei auf Grund einer Geschäftsanweisung für alle personellen und sozialen Angelegenheiten der Mitarbeiter in der Service-GmbH zuständig. Außerdem verfüge die Service-GmbH über einen Betriebsleiter, dessen fachlichen Weisungen die Mitarbeiter der Service-GmbH ausschließlich unterlägen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die betriebsbedingte Kündigung sei sozial nicht gerechtfertigt. Im Regelfall liege in der Ausgliederung und Verselbständigung von Betriebsteilen zu einem eigenständigen Betrieb zugleich eine Teilbetriebsstillegung dieser Bereiche, die eine Kündigung der dort beschäftigten Mitarbeiter rechtfertige. Hier liege jedoch keine Teilbetriebsstillegung vor, denn entscheidend sei, daß die Beklagte ihre Befugnisse als Arbeitgeberin und Unternehmerin in den betroffenen Betriebsbereichen auch nach dem 31. März 2001 nicht vollständig aufgegeben, sondern in wesentlichen Funktionen beibehalten habe. Auf Grund der persönlichen Identität der Geschäftsführer der Beklagten und der Service-GmbH sei gewährleistet, daß die Beklagte ihre betrieblichen Interessen im Küchen- und Reinigungsbereich durch Weisungen gegenüber den dort tätigen Arbeitnehmern wahrnehmen und durchsetzen könne. Die Geschäftsführung der Service-GmbH benötige für alle Geschäfte, die über den gewöhnlichen Betrieb hinausgingen, der vorhergehenden Zustimmung durch Gesellschafterbeschluß. Hier werde sich in der Regel auswirken, daß die Beklagte mit ihrem 51 %igen Mehrheitsanteil die Majorität in der Gesellschafterversammlung habe. Zudem nehme die Beklagte über die Regelungen in dem Vertrag Dienstleistung Küchenbereich auf den Küchenbetrieb entscheidend und für die Service-GmbH verbindlich Einfluß. Dieser Einfluß gehe über dasjenige hinaus, was sich jeder Auftraggeber eines Werkvertrages als Vorgaben vorbehalte. Durch diese Abstimmungsbefugnisse steuere die Beklagte den Küchenbetrieb. Unerheblich sei, daß die Service-GmbH einen mit Einzelprokura versehenen Prokuristen habe, der mit den Befugnissen des

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

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

Personalleiters ausgestattet sei, und über einen Betriebsleiter verfüge, dessen fachlichen Weisungen die Mitarbeiter der Service-GmbH ausschließlich unterlägen. Entscheidend sei, daß beide Personen ihrerseits den Weisungen des Geschäftsführers der Service-GmbH unterlägen. Zwar sei der Geschäftsführer einer GmbH der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, Beschränkungen einzuhalten, welche sich aus dem Gesellschaftsvertrag oder aus Beschlüssen der Gesellschaft für ihn ergäben. Derartige Beschränkungen seien jedoch in dem Gesellschaftsvertrag nicht enthalten und ließen sich dem Vortrag der Parteien auch nicht entnehmen.

II. Dem folgt der Senat im Ergebnis und in Teilen der Begründung.

1. Die außerordentliche Kündigung der Beklagten ist rechtsunwirksam, da kein wichtiger Grund iSv. § 626 BGB vorlag, das Arbeitsverhältnis selbst unter Gewährung einer Auslauffrist außerordentlich zu beenden.

a) Ist in einem Tarifvertrag die ordentliche Kündigung ausgeschlossen und verweisen die Tarifpartner im übrigen auf die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung (§ 626 BGB), so ist eine betriebsbedingte außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist gegenüber dem ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer nur in extremen Ausnahmefällen zulässig. Betriebsbedingte Gründe rechtfertigen regelmäßig keine außerordentliche Kündigung. Das Betriebsrisiko hat der Arbeitgeber zu tragen. Ausnahmen hat der Senat im wesentlichen nur dann zugelassen, wenn sonst ein sinnloses Arbeitsverhältnis ggf. bis zur Pensionierung des Arbeitnehmers allein durch Vergütungszahlungen aufrechterhalten werden müßte. Diese Rechtsprechung darf nicht dahin mißverstanden werden, daß bei ordentlicher Unkündbarkeit aufgrund eines Tarifvertrages eine betriebsbedingte Kündigung stets unter etwas verschärften Voraussetzungen nunmehr als außerordentliche Kündigung möglich wäre *(BAG 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - BAGE 88, 10, 15; 13. Juni 2002 - 2 AZR 391/00 – zur Veröffentlichung vorgesehen)*. Noch schärfere Anforderungen gelten, wenn wie in § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 1 BAT auch die außerordentliche betriebsbedingte Beendigungskündigung aus wichtigem Grund ausgeschlossen ist *(vgl. dazu Senatsurteil 27. Juni 2002 - 2 AZR 367/01 - zur Veröffentlichung vorgesehen)*.

b) Die Beklagte hat jedenfalls für die Voraussetzungen, unter denen eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung nach § 626 BGB auch nur in Betracht kommen könnte, keine ausreichenden Tatsachen vorgetragen. Der von der Beklagten vorgetragene Kündigungssachverhalt war nicht einmal geeignet, bei einem vergleichbaren Ar-

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

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

beitnehmer ohne tariflichen besonderen Kündigungsschutz eine ordentliche Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial zu rechtfertigen. Damit lag erst recht kein wichtiger Grund zur außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung vor. Der Beklagten war jedenfalls zumutbar, bei der Neugründung der Service-GmbH die Rechte der tariflich unkündbaren Arbeitnehmer zu wahren. Da nach wie vor bei der Service-GmbH Beschäftigungsmöglichkeiten bestanden, führte eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht notwendigerweise dazu, ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis allein durch Gehaltszahlungen aufrechtzuerhalten. Die Beklagte wollte vielmehr lediglich den Lohn der betroffenen Arbeitnehmer bzw. der Arbeitskräfte, die für die Service-GmbH nunmehr die entsprechenden Arbeiten verrichten sollten, mindern. Dieses Ziel konnte die Beklagte angesichts des besonderen tariflichen Kündigungsschutzes jedenfalls nicht durch eine Beendigungskündigung erreichen. Es war ihr vielmehr zumutbar, die tariflich unkündbaren Arbeitnehmer zu den vereinbarten Vertragsbedingungen entweder selbst weiterzubeschäftigen oder an die Service-GmbH auszuleihen und die Differenz zwischen der tariflichen Vergütung und dem Lohn der anderen Arbeitnehmer und der Service-GmbH selbst zu tragen.

2. Einem vergleichbaren Arbeitnehmer ohne den besonderen tariflichen Kündigungsschutz konnte die Beklagte, wie der Senat in den Parallelverfahren der betreffenden Arbeitnehmer ausgeführt hat, aus den geltend gemachten Gründen nicht rechtswirksam kündigen, eine solche Kündigung wäre nach § 1 Abs. 2 KSchG sozialwidrig gewesen. Die Entscheidung des Unternehmers, einen Betriebsteil durch eine noch zu gründende, finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in sein Unternehmen voll eingegliederte Organgesellschaft (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG) weiter betreiben zu lassen, stellt kein dringendes betriebliches Erfordernis iSv. § 1 Abs. 2 KSchG dar, den in diesem Betriebsteil beschäftigten Arbeitnehmern zu kündigen, um ihn mit neu eingestellten Arbeitnehmern weiter betreiben zu lassen.

a) Gemäß § 1 Abs. 2 KSchG ist eine Kündigung ua. dann sozial gerechtfertigt, wenn sie durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, die der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen. Betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung können sich aus innerbetrieblichen Umständen (Unternehmerentscheidungen bzw. Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Einschränkung der Produktion) oder durch außerbetriebliche Gründe (zB Auftragsmangel oder Umsatzrückgang) ergeben. Die betrieblichen Erfordernisse müssen „dringend“ sein und eine Kündigung im Interesse des Betriebes notwendig machen. Diese Vor-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

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

aussetzung ist erfüllt, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, der betrieblichen Lage durch andere Maßnahmen auf technischem, organisatorischem oder wirtschaftlichem Gebiet als durch eine Kündigung zu entsprechen. Die Kündigung muß wegen der betrieblichen Lage unvermeidbar sein *(s. etwa BAG 17. Juni 1999 - 2 AZR 141/99 - BAGE 92, 71; - 2 AZR 522/98 - BAGE 92, 61 und - 2 AZR 456/98 - BAGE 92, 79).*

b) Entschließt sich der Arbeitgeber im Unternehmensbereich zu einer organisatorischen Maßnahme, bei deren innerbetrieblicher Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt, so ist die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit dieser Unternehmerentscheidung von den Arbeitsgerichten inhaltlich nicht zu überprüfen. Es ist nicht Sache der Arbeitsgerichte, dem Arbeitgeber eine „bessere“ oder „richtigere“ Unternehmenspolitik vorzuschreiben und damit in die Kostenkalkulation des Arbeitgebers einzugreifen. Die Gestaltung eines Betriebes, die Frage, ob und in welcher Weise sich jemand wirtschaftlich betätigen will, ist Bestandteil der grundrechtlich geschützten unternehmerischen Freiheit, wie sie sich aus Art. 2 Abs. 1, Art. 12 und Art. 14 GG ableiten läßt *(BAG 17. Juni 1999 - 2 AZR 522/98 - aaO mwN; Rost JbArbR Bd. 39 S 83, 86).* Zu der verfassungsrechtlich garantierten unternehmerischen Freiheit gehört grundsätzlich auch das Recht des Unternehmers, sein Unternehmen aufzugeben, selbst darüber zu entscheiden, welche Größenordnung es haben soll und festzulegen, ob bestimmte Arbeiten weiter im eigenen Betrieb ausgeführt oder an Subunternehmer vergeben werden sollen *(BAG 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - BAGE 88, 10; 12. November 1998 - 2 AZR 91/98 - BAGE 90, 182; 17. Juni 1999 - 2 AZR 522/98 - BAGE 92, 61).*

c) Die unternehmerische Freiheit gilt jedoch nicht schrankenlos. Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht nur die unternehmerische Freiheit, sondern gewährt auch einen Mindestbestandsschutz für den Arbeitnehmer. Zwar ist mit der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufswahlfreiheit kein unmittelbarer Schutz gegen den Verlust des Arbeitsplatzes auf Grund privater Disposition verbunden. Insofern obliegt dem Staat aber eine aus dem Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG folgende Schutzpflicht, der sowohl der Gesetzgeber als auch die Gerichte Rechnung tragen müssen. Der verfassungsrechtlich gebotene Mindestbestandsschutz für ein Arbeitsverhältnis strahlt auf die Auslegung und Anwendung der Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes aus. Die Gerichte haben von Verfassungs wegen zu prüfen, ob von ihrer Anwendung im Einzelfall das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG berührt wird. Trifft das zu, dann haben die Gerichte die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes im

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

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

Lichte der Grundrechte auszulegen und anzuwenden *(BVerfG 8. Juli 1997 - 1 BvR 2111/94 -, - 1 BvR 195/95 - und - 1 BvR 2189/95 - BVerfGE 96, 171; 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - BVerfGE 97, 169; 21. Februar 1995 - 1 BvR 1397/93 - BVerfGE 92, 140; 19. März 1998 - 1 BvR 10/97 - NZA 1998, 587; BAG 21. Februar 2001 - 2 AZR 15/00 - BAGE 97, 92; Rost aaO S 86).*

d) Der Senat hat deshalb bei der Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes auf an sich „freie" Unternehmerentscheidungen stets eine eingeschränkte Prüfung des unternehmerischen Konzepts vorgenommen, da bei einer schrankenlosen Hinnahme jeglicher unternehmerischen Entscheidung als bindend für den Kündigungsschutzprozeß der Kündigungsschutz der Arbeitnehmer teilweise leerlaufen würde. Besteht etwa die Unternehmerentscheidung allein in dem Entschluß, einem oder mehreren Arbeitnehmern zu kündigen, so kann diese Entscheidung des Arbeitgebers, was schon aus dem Kündigungsschutzgesetz folgt, nicht „frei" sein. Je näher die eigentliche Organisationsentscheidung an den Kündigungsentschluß rückt, um so stärkere Anforderungen werden etwa an die Darlegungslast des Arbeitgebers gestellt, der verdeutlichen muß, daß infolge der unternehmerischen Entscheidung ein Beschäftigungsbedürfnis für den Arbeitnehmer entfallen ist *(BAG 17. Juni 1999 - 2 AZR 141/99 - BAGE 92, 71).* Außerdem findet eine Mißbrauchskontrolle statt. Die unternehmerische Entscheidung ist stets daraufhin zu überprüfen, ob sie offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist *(vgl. etwa BAG 30. April 1987 - 2 AZR 184/86 - BAGE 55, 262).* Diese Mißbrauchskontrolle hat sich ua. daran zu orientieren, daß durch die Wertung der Willkür und des Mißbrauchs der verfassungsrechtlich geforderte Bestandsschutz nicht unangemessen zurückgedrängt wird *(Rost aaO S 87).* Neben Verstößen gegen gesetzliche und tarifliche Normen *(BAG 18. Dezember 1997 - 2 AZR 709/96 - BAGE 87, 327)* zählen hierzu vor allem Umgehungsfälle. Der Senat hat schon mehrfach darauf hingewiesen, daß der Arbeitgeber mißbräuchlich handelt, der durch die Bildung separater betrieblicher Organisationsstrukturen seinen Betrieb in mehrere Teile aufspaltet, um Arbeitnehmern den allgemeinen Kündigungsschutz zu entziehen und ihnen „frei" kündigen zu können *(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; vgl. auch zur Umgestaltung von Arbeitsplätzen BAG 10. November 1994 - 2 AZR 242/94 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 65 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 77 zu B I 2).*

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

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

e) Danach stellt die Unternehmerentscheidung der Beklagten kein nach § 1 Abs. 2 KSchG beachtliches dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung dar.

aa) Zwar ist die Unternehmerentscheidung des Betreibers eines Krankenhauses, bestimmte Teilbereiche (Küche, Reinigungsdienst) nicht mehr durch eigene Arbeitskräfte wahrnehmen zu lassen, sondern damit ein Drittunternehmen zu beauftragen, grundsätzlich nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen. Da § 1 Abs. 2 KSchG auf Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für den betroffenen Arbeitnehmer im Betrieb bzw. im Unternehmen, nicht jedoch im Konzern abstellt, ist es auch - von Ausnahmetatbeständen abgesehen - nicht möglich, die Organisationsentscheidung des Arbeitgebers, Teilbereiche seines Betriebes stillzulegen und auf ein anderes Unternehmen zu übertragen, dadurch zu ignorieren, daß bei enger wirtschaftlicher Verflechtung beider Unternehmen ohne das Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebs die Betriebe der beiden rechtlich selbständigen Unternehmen zusammengerechnet werden *(vgl. zum sog. „Berechnungsdurchgriff im Konzern" BAG 12. November 1998 - 2 AZR 459/97 - und 29. April 1999 - 2 AZR 352/98 - aaO)*. Der verfassungsrechtlich gebotene Bestandsschutz ist in derartigen Fällen grundsätzlich durch § 613 a BGB, §§ 322 ff. UmwG bzw. die Rechtsprechung zum Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen gewährleistet.

bb) Ihr unternehmerisches Ziel, die Arbeit in den betreffenden Teilbereichen (Küche, Reinigung) kostengünstiger zu gestalten, hätte die Beklagte hier durch zahlreiche rechtlich zulässige Mittel verwirklichen können (Änderungskündigung, Teilbetriebsübergang, Spaltung nach § 123 UmwG, Werkvertrag mit einem Drittunternehmen). Die arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen hätten dann dafür gesorgt, daß eine solche Maßnahme bei unstreitig weiterbestehendem Beschäftigungsbedarf nicht ohne weiteres dazu geführt hätte, daß - wie es das Konzept der Beklagten war - alle bisher mit diesen Arbeiten beschäftigten Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz verloren und die Arbeiten ausnahmslos durch neu eingestellte Arbeitnehmer verrichtet wurden.

cc) Es ist rechtsmißbräuchlich, wenn die Beklagte demgegenüber ein unternehmerisches Konzept zur Kostenreduzierung gewählt hat, das faktisch nicht zu Änderungen in den betrieblichen Abläufen, jedoch bei allen Arbeitnehmern der betroffenen Abteilungen erklärtermaßen zum Verlust ihres Arbeitsplatzes führen sollte, obwohl nach wie vor ein - allenfalls möglicherweise reduzierter - Beschäftigungsbedarf bestand. Die Gründung einer iSv. § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

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

in das Unternehmen der Beklagten eingegliederten Organgesellschaft (GmbH) und die Übertragung der Arbeiten der betroffenen Abteilungen auf diese GmbH war zwar rechtlich zulässig. Sie war jedoch in der hier praktizierten Ausgestaltung rechtsmißbräuchlich und damit kündigungsrechtlich unbeachtlich, denn die Wahl dieser Organisationsform konnte in erster Linie nur dem Zweck dienen, den Arbeitnehmern der betroffenen Bereiche ihren Kündigungsschutz zu nehmen und sich von ihnen „frei" zu trennen, damit die Arbeit in Zukunft von anderen, schlechter bezahlten Arbeitnehmern verrichtet wurde. Der verfassungsrechtlich gebotene kündigungsrechtliche Mindestschutz wäre nicht mehr gewährleistet, würde man dem Arbeitgeber gestatten, Teilbereiche seines Betriebes (oder gar den ganzen Betrieb) „stillzulegen", den betroffenen Arbeitnehmern ohne Kündigungsschutz zu kündigen, um dann dieselben Arbeiten an derselben Betriebsstätte durch eine finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in sein Unternehmen voll eingegliederte Organgesellschaft mit jüngeren und preiswerteren Arbeitskräften, die in den ersten sechs Monaten nicht einmal Kündigungsschutz gehabt hätten, weiter verrichten zu lassen.

dd) Die unternehmerische Entscheidung der Beklagten ist rechtsmißbräuchlich ungeachtet des Umstandes, daß die Beklagte steuerliche Gründe geltend macht, weshalb sie die in den beiden Teilbereichen zu verrichtenden Arbeiten nicht auf ein von ihr unabhängiges Unternehmen übertragen, sondern dafür gesorgt hat, daß die Service-GmbH finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch als Organgesellschaft in ihr Unternehmen eingegliedert blieb.

Das unternehmerische Konzept der Beklagten bestand, wie sich schon aus den Verhandlungen mit dem Betriebsrat ergibt, erklärtermaßen darin, die Service-GmbH als Organgesellschaft nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG zu gründen. Voraussetzung hierfür ist, daß der Organgesellschaft die für die Unternehmereigenschaft erforderliche Selbständigkeit der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit fehlt. Aus ihrer Unselbständigkeit folgt, daß sie nicht selbst Umsatzsteuerschuldner ist, sondern die von ihr bewirkten Umsätze dem Organträger zuzurechnen sind *(BFH 15. Juli 1987 - X R 19/80 - BFHE 150, 459)*. Eine Organgesellschaft im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG liegt vor, wenn eine juristische Person nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in ein Unternehmen, nämlich in das Unternehmen des Organträgers, eingegliedert ist. Nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse kann die Selbständigkeit auch dann fehlen, wenn die Eingliederung auf einem der drei Gebiete nicht vollkommen ist. Dagegen reicht es nicht aus, daß sie

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

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

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

nur in Beziehung auf zwei der genannten Merkmale besteht *(BFH 27. August 1964 - V 101/62 U - BFHE 80, 181)*. Da das Gesetz nur die mit dem „Betrieb" eines Krankenhauses verbundenen Umsätze von der Umsatzsteuer befreit, können Unternehmer, die an einen Krankenhausbetreiber leisten (zB selbständige Dienstleister), die Befreiung nicht in Anspruch nehmen *(BFH 25. Juni 1998 - V R 76/97 - BFH/NV 1998, 1534)*. Wie der Wortlaut des § 2 UStG zeigt, wird die unselbständige Organgesellschaft einer natürlichen Person gleichgestellt, die für den Unternehmer arbeitet und in das Unternehmen so eingegliedert ist, daß sie den Weisungen des Unternehmers zu folgen verpflichtet ist. Die Beklagte hatte damit von vornherein nicht vor, einem selbständigen Drittunternehmen die Teilbereiche Reinigung und Küche zu übertragen. Sie wollte vielmehr, weil dies Voraussetzung der umsatzsteuerlichen Organschaft war, die Verträge zwischen ihr und der Service-GmbH so gestalten, daß wegen der finanziell, wirtschaftlich und organisatorischen Unselbständigkeit der Service-GmbH ein einheitliches Unternehmen iSv. § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG fortbestand, in dem sie als Organträgerin „das Sagen" hatte.

Dem entsprechen auch die später abgeschlossenen Verträge zwischen der Beklagten und der Service-GmbH. Die Service-GmbH wird nur für die Beklagte tätig. Der oder die Geschäftsführer der Service-GmbH müssen nach dem Gesellschaftsvertrag jeweils aus der Leitung der Beklagten stammen und die Beklagte hält die Kapitalmehrheit. Die Kücheneinrichtung nebst Inventar bleibt Eigentum der Beklagten, sie trägt die Wartungskosten. Schwund und Bruch gehen zu ihren Lasten. Speisepläne und Einkaufslisten sind mit der Beklagten abzustimmen und im Hinblick auf die Erfordernisse der medizinischen Behandlung der Patienten hat sich die Beklagte ein Kontrollrecht hinsichtlich der persönlichen und fachlichen Eignung der Reinigungskräfte vorbehalten. Wie stark eingeschränkt selbst die Befugnisse des Geschäftsführers sind, zeigt vor allem die Tatsache, daß schon Verträge ab einem Volumen von 5.000 Euro nach dem Gesellschaftsvertrag einen Gesellschafterbeschluß erfordern.

Es ist rechtsmißbräuchlich, wenn die Beklagte ihr Ziel, durch Übertragung der beiden Teilbereiche auf eine finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch unselbständige Organgesellschaft Steuern zu sparen sowie einen Betriebsübergang nach § 613 a BGB zu vermeiden, dadurch verwirklicht, daß sie sich Einflußmöglichkeit im vorliegenden Ausmaß vorbehält und trotz fortbestehenden Beschäftigungsbedarfs von allen Arbeitnehmern trennt, die bisher die entsprechenden Arbeiten verrichtet haben, um neue Arbeitnehmer zu schlechteren Bedingungen einzustellen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

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

3. Es kann danach offen bleiben, ob bei dem vorliegenden Sachverhalt konzernbezogene Überlegungen ebenfalls zur Unwirksamkeit der Kündigung führen würden. In der Literatur wird im Anschluß an eine Entscheidung des Dritten Senats des Bundesarbeitsgerichts *(18. Oktober 1976 - 3 AZR 576/75 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 3 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 5)*, die die Frage allerdings offengelassen hat, vertreten, ein „konzernbezogener Kündigungsschutz" könne sich auch aus Vertrauensgesichtspunkten im Fall der Selbstbindung des Arbeitgebers ergeben *(vgl. hierzu auch Senat 21. Februar 2002 - 2 AZR 749/00 - nv.)*. Seien für den Fortfall des Arbeitsplatzes konzerninterne Gründe (etwa Verlagerung der Tätigkeiten auf andere Konzernunternehmen, Stillegung eines Konzernunternehmens oder einer Abteilung bei gleichzeitiger Neugründung eines Konzernunternehmens mit identischen arbeitstechnischen und wirtschaftlichen Zielsetzungen) ursächlich, sei der bisherige Arbeitgeber ggf. nicht zur betriebsbedingten Kündigung berechtigt, sondern müsse für eine Weiterbeschäftigung der betroffenen Arbeitnehmer in dem anderen Konzernunternehmen sorgen *(Kittner/Däubler/Zwanziger KSchR 5. Aufl. § 1 KSchG Rn. 397; HK-Dorndorf/Weller 4. Aufl. § 1 Rn. 902; KR-Etzel 6. Aufl. § 1 KSchG Rn. 539; vgl. Lingemann/von Steinau-Steinrück DB 1999, 2161)*. Ob dem in dieser Allgemeinheit zu folgen ist, kann offen bleiben, da die Kündigung schon aus den unter II 1 abgehandelten Gründen rechtsunwirksam ist.

4. Da das Arbeitsverhältnis der Parteien fortbestanden hat, war auch der Weiterbeschäftigungsantrag begründet.

Rost Bröhl Eylert

Heise Nielebock

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

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

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

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

ANDROID APP ON Google play
JLaw – für Android

Available on the App Store
JLaw – für iOS