

Aktenzeichen: 2 AZR 763/06
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 29. November 2007
- 2 AZR 763/06 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 3. November 2005
- 71 Ca 6436/05 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 20. Juni 2006
- 12 Sa 2329/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Gemeinschaftsbetrieb - Sozialauswahl

Gesetz:

KSchG § 1

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 763/06
12 Sa 2329/05
Landesarbeitsgericht
Berlin

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
29. November 2007

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 29. November 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Bröhl und Dr. Eylert sowie die ehrenamtlichen Richter Thelen und Krichel für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 20. Juni 2006 - 12 Sa 2329/05 - aufgehoben.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung
- auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeits-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung 1
durch die Beklagte und in diesem Zusammenhang vorrangig über die Frage, ob die
Beklagte einen Gemeinschaftsbetrieb mit der S GmbH und der P GmbH unterhalten
und eine ordnungsgemäße Massenentlassungsanzeige abgegeben hat.

Der zum Zeitpunkt der Kündigung 45 Jahre alte und einem Kind zum Unterhalt 2
verpflichtete Kläger begann bei der Beklagten am 11. April 1990 ein Arbeitsverhältnis
als Maurer/Putzer in Vollzeit. Die Beklagte betrieb eine Baufirma und beschäftigte im
Februar 2005 insgesamt 22 Arbeitnehmer, ein Betriebsrat besteht nicht. Sie wird von
der Geschäftsführerin J. und dem Geschäftsführer St. vertreten, die gleichzeitig auch
die alleinigen Gesellschafter der Beklagten sowie Geschäftsführer der P GmbH sind
(ursprünglich Beklagte zu 3). Im Jahr 2005 übernahm der Geschäftsführer St. auch die
Geschäftsführung der S GmbH (ursprünglich Beklagte zu 2). Alle drei Firmen haben
ihren Geschäftssitz in demselben Gebäude. Die S GmbH betreibt ebenfalls einen
Baubetrieb, während die P GmbH Dienstleistungen im Bereich Kurierdienste, Trans-
porte, Entsorgung und Abriss-/Abbruch anbietet. Arbeitnehmer der Beklagten wurden
teilweise auf Bauvorhaben der S GmbH und umgekehrt eingesetzt.

Am 20. Januar 2005 beschlossen die Gesellschafter der Beklagten eine „Neu- 3
orientierung“ des Unternehmens mit dem Unternehmensgegenstand Ankauf von
Altbauobjekten zum Zwecke einer hochwertigen Sanierung mit dem Ziel der Ver-
mietung und Veräußerung. Lediglich die Bauleitung/Projektsteuerung sollte bei der
Beklagten verbleiben. Die Bauleistungen für die Sanierungsarbeiten sollten ausschließ-
lich an Subunternehmer vergeben werden. Gleichzeitig beschlossen die Ge-
sellschafter, zukünftig keine gewerblichen Arbeitnehmer mehr zu beschäftigen, alle
- damals - 15 gewerblichen Arbeitnehmer sowie drei oder vier Sachbearbeiter ab dem
31. Januar 2005 mit der jeweiligen ordentlichen Kündigungsfrist zu kündigen und



lediglich einen Mitarbeiter für einen langfristigen Auftrag bei der Deutschen Bahn bis zum 31. Dezember 2005 weiter zu beschäftigen. Die Erforderlichkeit einer Massenentlassungsanzeige bei der Arbeitsagentur sollte geprüft werden.

Am 11. Februar 2005 erstattete die Beklagte eine Anzeige bei der Agentur für Arbeit über geplante Entlassungen. Ausweislich des Aktenvermerks der Agentur für Arbeit vom 3. März 2005 fehlten Angaben über die Entlassungstermine und waren in der Anzeige unterschiedliche Angaben über die Anzahl der Beschäftigten und der zu Entlassenden enthalten.

Mit Schreiben vom 24. Februar 2005, dem Kläger am 28. Februar 2005 zugegangen, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31. August 2005. Gleichzeitig kündigte sie allen weiteren bei ihr beschäftigten gewerblichen Arbeitnehmern mit unterschiedlichen Kündigungsfristen. Arbeitnehmer mit längeren Kündigungsfristen wurden teilweise bis zum Ablauf ihrer Kündigungsfrist auf Baustellen der S GmbH eingesetzt. Zwei Mitarbeiter (Sc und K) haben nach Ablauf ihrer Kündigungsfrist weitergearbeitet.

Am 3. März 2005 ergänzte die Beklagte die Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit. Mit Schreiben vom selben Tag teilte die Agentur für Arbeit Berlin Nord der Beklagten folgendes mit:

„... Nach Ihren Angaben in der vollständigen Anzeige sind in der Regel 22 Arbeitnehmer beschäftigt.

Hiervon sollen mit Ablauf des 31. 03. 2005 5 Arbeitnehmer, mit Ablauf des 30. 04. 2005 1 Arbeitnehmer, mit Ablauf des 30. 06. 2005 4 Arbeitnehmer, mit Ablauf des 31. 07. 2005 2 Arbeitnehmer und mit Ablauf des 31.08.2005 6 Arbeitnehmer entlassen werden.

Gemäß § 17 Absatz 1 des KSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als 5 Arbeitnehmer innerhalb von 30 Kalendertagen entlässt. ...

Die Entlassungen für Ihren Betrieb sind daher nicht anzeigepflichtig im Sinne der Bestimmung des § 17 KSchG.“

Der Kläger hat Kündigungsschutzklage gegen die Beklagte erhoben. Soweit er diese später auf die S GmbH und die P GmbH erweitert hat, hat er die entsprechenden Anträge zurückgenommen.



Der Kläger bestreitet, dass die Beklagte die unternehmerische Entscheidung getroffen habe, zukünftig nur noch als Bauträger zu arbeiten. Hiergegen spreche, dass sich die Beklagte ausweislich des Postausgangsbuchs für neue Bauvorhaben beworben habe. Außerdem habe die unternehmerische Entscheidung bis zum Zeitpunkt der Kündigung keine greifbaren Formen angenommen.

8

Die Beklagte unterhalte mit der S GmbH und der P GmbH einen Gemeinschaftsbetrieb. Für einen einheitlichen Leitungsapparat spreche bereits die Personenidentität in der Geschäftsführung. Die Arbeitnehmer seien auf den Baustellen unterschiedslos den Weisungen der Vorarbeiter der Beklagten und der S GmbH unterworfen worden, eine organisatorische Trennung habe nicht stattgefunden. So habe es in den Jahren 1994 bis 2005 mindestens 23 gemeinsame Baustellen von insgesamt 50 Bauvorhaben gegeben. Das Postausgangsbuch werde außerdem für alle drei Beklagten gemeinsam geführt. Dieser Gemeinschaftsbetrieb sei zwischenzeitlich auch nicht aufgelöst worden. Eine solche Auflösung komme nur im Falle der Betriebsstilllegung in Betracht, die nicht vorliege. Da jedenfalls zum Zeitpunkt der Kündigung der Gemeinschaftsbetrieb noch fortbestanden habe, hätte die Beklagte die Sozialauswahl auf die Arbeitnehmer der S GmbH und der P GmbH erstrecken müssen. Bei der S GmbH würden mit ihm vergleichbare Maurer mit geringerem sozialen Besitzstand beschäftigt.

9

Die Kündigung sei darüber hinaus wegen fehlerhafter Massenentlassungsanzeige unwirksam. Die Beklagte sei im Hinblick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verpflichtet gewesen, vor Ausspruch der Kündigungen eine ordnungsgemäße Massenentlassungsanzeige zu erstatten. Eine solche habe die Beklagte erst am 3. März 2005 und somit zu spät erstattet. Auf Vertrauensschutz könne sie sich nicht berufen, weil die Kündigungen zeitlich nach der Verkündung der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs ausgesprochen worden seien.

10

Der Kläger hat zuletzt beantragt

11

festzustellen, dass das Kündigungsschreiben der Beklagten vom 24. Februar 2005 das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten nicht rechtswirksam beendet hat.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie beruft sich auf ihre unternehmerische Entscheidung, die zum Wegfall sämtlicher gewerblicher Arbeitsplätze geführt habe. Sie habe diese unternehmerische Entscheidung auch umgesetzt. Die vom Kläger benannten Angebotsschreiben im Postausgangsbuch stünden dem nicht

12



entgegen; sie habe sich nur noch um solche Aufträge beworben, bei denen sie sich als Bauträger im Sinne ihres Gesellschafterbeschlusses vom Januar 2005 betätigen könne. Einen Gemeinschaftsbetrieb mit der S GmbH und der P GmbH gebe es nicht. Alle drei Firmen hätten über jeweils eigene Geschäftsräume, eigene Verwaltungen und eigene Buchhaltungen mit jeweils eigenen Arbeitnehmern verfügt. Die betriebliche Tätigkeit der S GmbH beschränke sich auf Stuckarbeiten und Fassadensanierung, während sie selbst sich mit Innenausbau, das heißt vorwiegend mit Maurer- und Trockenbauarbeiten befasst habe. Soweit Arbeitnehmer der Beklagten und der S GmbH wechselseitig eingesetzt worden seien, sei dies immer auf Grund von Subunternehmerverträgen erfolgt, die ordnungsgemäß verbucht und abgerechnet worden seien. Eine Weisungsbefugnis von Vorarbeitern der jeweils anderen Gesellschaft habe nicht bestanden. Der Kläger sei in den vielen Jahren seiner Beschäftigung nur auf 7 oder 8 Baustellen eingesetzt gewesen, auf denen er mit Arbeitnehmern der S GmbH zusammengearbeitet habe. Bei diesen Bauvorhaben hätten entweder beide Firmen jeweils eigene, von einander unabhängige Aufträge erhalten oder eine Firma sei als Subunternehmerin der jeweils anderen beauftragt worden. Bei der S GmbH und der P GmbH seien auch keine mit dem Kläger vergleichbaren Arbeitnehmer beschäftigt. Die S GmbH beschäftige Stuckateure, die P GmbH ohnehin nur sporadisch Hilfsarbeiter.

Eine Massenentlassungsanzeige sei nicht erforderlich gewesen. Zum 31. August 2005 seien nur fünf und nicht wie bei der Arbeitsagentur angegeben, sechs Arbeitnehmer entlassen worden. Bei den Angaben gegenüber der Arbeitsagentur habe es sich insoweit um einen Schreibfehler gehandelt; tatsächlich sei der Arbeitnehmer M bereits zum 31. März und nicht erst zum 31. August 2005 entlassen worden. Die Arbeitnehmer Sc und K seien bereits zum 30. Juni 2005 gekündigt, jedoch anschließend bei der S GmbH beschäftigt worden.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers blieb erfolglos. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Die Sache ist mangels hinreichender Tatsachenfeststellungen an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 ZPO).



- A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Kündigung sei aus 16
dringenden betrieblichen Erfordernissen sozial gerechtfertigt. Die unternehmerische
Entscheidung, zukünftig keine gewerblichen Bauleistungen mehr zu erbringen, habe
das Beschäftigungsbedürfnis für den Kläger entfallen lassen. Diese Entscheidung habe
bis zum Zeitpunkt der Kündigung bereits hinreichend greifbare Formen angenommen.
Die Kündigung sei nicht nach § 1 Abs. 3 KSchG unwirksam. Eine auf die Arbeitnehmer
der S GmbH und der P GmbH ausgedehnte Sozialauswahl sei nicht erforderlich
gewesen. Dabei könne dahinstehen, ob die Beklagte mit diesen Firmen ursprünglich
einen Gemeinschaftsbetrieb gebildet habe. Dieser sei jedenfalls mit Ablauf der
Kündigungsfrist aufgelöst worden. Die Aufgabe des bisherigen Betriebszwecks sei
insoweit der Betriebsstilllegung gleichzustellen. Es bestehe ebenfalls kein Anspruch
des Klägers auf Beschäftigung im Betrieb der S GmbH. Da ein eventueller Gemein-
schaftsbetrieb mit dieser Firma bereits bei Ablauf der Kündigungsfrist des Klägers
aufgelöst gewesen sei, sei eine Weiterbeschäftigung in dem früheren Gemein-
schaftsbetrieb nicht mehr in Betracht gekommen. Die Kündigung sei schließlich auch nicht
wegen Verstoßes gegen die Vorschriften zur Massenentlassungsanzeige unwirksam.
Zwar habe die Beklagte vor Ausspruch der Kündigung keine hinreichende Massenent-
lassungsanzeige erstattet, da die Anzeige vom 11. Februar 2005 die erforderlichen
Angaben nicht vollständig enthalten habe. Jedenfalls genieße die Beklagte Ver-
trauensschutz. Auf das Schreiben der zuständigen Agentur für Arbeit, eine Massenent-
lassungsanzeige sei nicht erforderlich, habe sich die Beklagte verlassen dürfen.
- B. Dem folgt der Senat nur in Teilen der Begründung, aber nicht im Ergebnis. Die 17
Revision rügt zu Recht einen Verstoß gegen § 1 Abs. 2, Abs. 3 KSchG.
- I. Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht davon aus, dass die Kündigung aus 18
dringenden betrieblichen Erfordernissen sozial gerechtfertigt ist, § 1 Abs. 2 Satz 1,
Abs. 1 KSchG.
1. Die unternehmerische Entscheidung, zukünftig keine gewerblichen Bau- 19
leistungen mehr zu erbringen, sondern sich nur noch als Bauträger zu betätigen und
gewerbliche Bauleistungen ausschließlich über Subunternehmen abzuwickeln, lässt
den Beschäftigungsbedarf für diejenigen gewerblichen Arbeitnehmer entfallen, die
bisher in diesem Betrieb gewerbliche Bauleistungen erbracht haben. Sie stellt damit
regelmäßig ein dringendes betriebliches Erfordernis dar, das die Kündigung iSv. § 1
Abs. 2 KSchG sozial rechtfertigen kann.



2. Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Landesarbeitsgericht nach dem von ihm festgestellten Sachverhalt davon ausgegangen ist, die Beklagte habe vor Ausspruch der Kündigungen eine entsprechende unternehmerische Entscheidung getroffen. Hierfür spricht die tatsächliche Entwicklung der Geschäftstätigkeit der Beklagten bis zum Kündigungszeitpunkt, die durch die spätere Entwicklung bestätigt wird. Wenn die Beklagte nur noch Restarbeiten an gewerblichen Bauleistungen erbringen wollte und deshalb keine Aufträge über von ihr in Zukunft zu erbringende Bauleistungen mehr abgeschlossen hat, so entfiel allein durch die Änderung des Betriebszwecks der Beschäftigungsbedarf für gewerbliche Bauarbeitnehmer. Dies hat nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts sogar dazu geführt, dass die Arbeitnehmer der Beklagten nicht einmal ausnahmslos während ihrer Kündigungsfrist voll bei der Beklagten beschäftigt werden konnten, sondern ihr anderweitiger Einsatz erforderlich war. Dem Landesarbeitsgericht ist darin zu folgen, dass die Ernsthaftigkeit der unternehmerischen Entscheidung nicht dadurch in Frage gestellt werden konnte, dass die Beklagte sich weiterhin um Bauaufträge beworben hat. Auch als Bauträgergesellschaft war sie auf entsprechende Aufträge angewiesen.

20

3. Die unternehmerische Entscheidung der Beklagten hatte bis zum Ausspruch der Kündigung nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts auch hinreichend greifbare Formen angenommen. Wird die Kündigung auf die künftige Entwicklung der betrieblichen Verhältnisse gestützt, so kann sie ausgesprochen werden, wenn die betreffenden betrieblichen Umstände greifbare Formen angenommen haben. Solche greifbaren Formen liegen vor, wenn im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung auf Grund einer vernünftigen, betriebswirtschaftlichen Betrachtung davon auszugehen ist, zum Zeitpunkt des Kündigungstermins sei mit einiger Sicherheit der Eintritt eines die Entlassung erforderlich machenden betrieblichen Grundes gegeben (*BAG 24. Februar 2005 - 2 AZR 214/04 - AP KSchG 1969 § 1 Gemeinschaftsbetrieb Nr. 4 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 59 mwN*). Das Landesarbeitsgericht ist von diesen Rechtsgrundsätzen ausgegangen und hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die unternehmerische Entscheidung der Beklagten im Kündigungszeitpunkt hinreichend greifbare Formen angenommen hatte. Zu Unrecht macht die Revision geltend, das Landesarbeitsgericht habe allein aus dem Ausspruch der Kündigungen auf eine entsprechende Umsetzung der unternehmerischen Entscheidung geschlossen. Das Landesarbeitsgericht hat im Gegenteil entscheidend darauf abgestellt, der geänderte Betriebszweck sei dadurch verwirklicht worden, dass die Beklagte keine Aufträge über selbst zu erbringende Bauleistungen mehr angenommen habe mit dem Ergebnis, dass

21



für die bisherigen Arbeitnehmer nicht einmal während deren Kündigungsfrist ausreichend Arbeit vorhanden gewesen sei.

- II. Soweit das Landesarbeitsgericht angenommen hat, die Kündigung sei nicht nach § 1 Abs. 3 KSchG unwirksam, tragen seine Feststellungen das gefundene Ergebnis allerdings nicht. Da ungeprüft geblieben ist, ob die Beklagte im Kündigungszeitpunkt mit den beiden anderen Unternehmen oder mit einem von beiden einen Gemeinschaftsbetrieb gebildet hat, lässt sich noch nicht abschließend beurteilen, ob wegen des festgestellten Wegfalls des Beschäftigungsbedarfs anstatt des Klägers ein anderer Arbeitnehmer hätte entlassen werden müssen. 22
1. Bilden mehrere Unternehmen einen gemeinschaftlichen Betrieb, so ist die Sozialauswahl bis zu einer etwaigen Auflösung des Gemeinschaftsbetriebs auf den gesamten Betrieb zu erstrecken (*BAG 24. Februar 2005 - 2 AZR 214/04 - AP KSchG 1969 § 1 Gemeinschaftsbetrieb Nr. 4 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 59*). Eine unternehmensübergreifende Sozialauswahl ist allerdings dann nicht vorzunehmen, wenn der Gemeinschaftsbetrieb im Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr besteht (*BAG 13. September 1995 - 2 AZR 954/94 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 72 = EzA KSchG § 1 Nr. 48 mwN*). 23
2. Im Ansatz zutreffend geht das Landesarbeitsgericht von der Senatsrechtsprechung aus, wonach eine unternehmensübergreifende Sozialauswahl dann nicht mehr vorzunehmen ist, wenn im Zeitpunkt der Kündigung einer der Betriebe, die einen Gemeinschaftsbetrieb gebildet haben, stillgelegt ist. Damit sind in der Regel die Arbeitgeberfunktionen im Bereich der sozialen und personellen Angelegenheiten sowie die unternehmerischen Funktionen im Bereich der wirtschaftlichen Angelegenheiten dem vormals einheitlichen Leitungsapparat der beteiligten Unternehmen entzogen, der Gemeinschaftsbetrieb ist also aufgelöst. Die „gemeinsame Klammer“, die eine unternehmensübergreifende Sozialauswahl veranlasst hat, ist regelmäßig auch dann entfallen, wenn im Zeitpunkt der Kündigung der eine der Betriebe, die zusammen einen Gemeinschaftsbetrieb gebildet haben, zwar noch nicht stillgelegt ist, auf Grund einer unternehmerischen Entscheidung, die bereits greifbare Formen angenommen hat, aber feststeht, dass er bei Ablauf der Kündigungsfrist des Arbeitnehmers stillgelegt sein wird (*BAG 24. Februar 2005 - 2 AZR 214/04 - AP KSchG 1969 § 1 Gemeinschaftsbetrieb Nr. 4 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 59*). 24



3. Die bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts reichen aber nicht zur Begründung dafür aus, dass der vorliegende Fall, in dem lediglich der Betriebszweck geändert worden ist, einer Betriebsstilllegung vergleichbar ist und deshalb der behauptete Gemeinschaftsbetrieb mit der Änderung des Betriebszwecks der Beklagten aufgelöst worden ist. 25
- a) Bilden zwei Unternehmen einen Gemeinschaftsbetrieb, so führt nicht jede Änderung des Betriebszwecks der verbundenen Unternehmen ohne weiteres zu einer Auflösung des Gemeinschaftsbetriebs. Im Fall der Stilllegung des dem einen Unternehmen zuzurechnenden Betriebsteils beschränkt sich notwendigerweise für die Zukunft der Betriebszweck auf den Betriebszweck, welchen das den Betrieb weiterführende Unternehmen nach wie vor verfolgt. Bei einer bloßen Änderung des Betriebszwecks eines der beiden Unternehmen kommt es entscheidend darauf an und ist deshalb stets zu prüfen, ob nicht die Fortführung der beiden Betriebsteile auch nach der Änderung des Betriebszwecks des einen Unternehmens auf das Fortbestehen eines Gemeinschaftsbetriebs schließen lässt. Haben etwa zwei Unternehmen in der Form eines Gemeinschaftsbetriebs Bauleistungen erbracht, so muss nicht notwendigerweise die bisher ausgeübte einheitliche personelle Leitung wegfallen, wenn sich in Zukunft das eine dieser Unternehmen auf Bauträgerleistungen konzentriert oder bloße Bauplanungen ausführt und die gewerblichen Bauaufgaben dem anderen Unternehmen überlässt. Eine bei einer solchen Änderung des Betriebszwecks des einen Unternehmens nahe liegende Möglichkeit ist etwa die, dass die Bauträgersgesellschaft nunmehr das andere Teilunternehmen des Gemeinschaftsbetriebs verstärkt als Subunternehmer einsetzt, so dass sich an der praktischen Abwicklung der Bauaufträge im Wesentlichen nur die Art und Weise ändert, wie und über welches Unternehmen die einzelnen Bauaufträge abgerechnet werden. 26
- b) Selbst im Fall einer Betriebsstilllegung prüft die Rechtsprechung darüber hinaus stets konkret, ob nicht die einheitliche personelle Leitung und damit die „gemeinsame Klammer“, durch die die unternehmensübergreifende Sozialauswahl ermöglicht wird, trotz der Betriebsstilllegung tatsächlich erhalten geblieben ist (*BAG 24. Februar 2005 - 2 AZR 214/04 - AP KSchG 1969 § 1 Gemeinschaftsbetrieb Nr. 4 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 59*). Zu einer solch konkreten Prüfung anhand der Einzelfallumstände besteht umso mehr dann Anlass, wenn der bisherige Betriebszweck des Gemeinschaftsbetriebs (zB Planung und Ausführung von Bauleistungen) 27



nach der Umorganisation grundsätzlich erhalten bleibt und nur die Aufgaben innerhalb der bisher gemeinschaftlich geführten Einheiten anders verteilt werden sollen.

- c) Nach diesen Grundsätzen steht mangels hinreichender Tatsachenfeststellungen durch das Landesarbeitsgericht noch nicht fest, ob auch bei einer Änderung des Betriebszwecks, wie sie die Beklagte vorgenommen hat, die für eine Sozialauswahl zwischen den Arbeitnehmern des ursprünglichen Gemeinschaftsbetriebs erforderliche Vergleichbarkeit fehlt. Unterstellt man im vorliegenden Fall, dass zumindest die Beklagte und die S GmbH, wie vom Kläger hinreichend konkret behauptet, bis zum Ausspruch der Kündigungen einen Gemeinschaftsbetrieb gebildet haben, reicht allein die vom Landesarbeitsgericht festgestellte Änderung des Betriebszwecks der Beklagten nicht aus, um von einer Auflösung dieses Gemeinschaftsbetriebs auszugehen. Unstreitig ist schon bisher die Abwicklung der Bauaufträge teilweise derart erfolgt, dass jeweils eines der beiden Unternehmen als Subunternehmer des anderen eingesetzt worden ist. Das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, ob diese Handhabung aufhören oder nicht vielleicht sogar nach der Umgestaltung der Beklagten in eine reine Bauträgergesellschaft verstärkt werden sollte. Immerhin hatte der Kläger in diesem Zusammenhang Neueinstellungen bei der S GmbH behauptet und darauf hingewiesen, dass - unstreitig - zumindest zwei Arbeitnehmer der Beklagten bei der S GmbH weiterbeschäftigt worden sind. Dies könnte dafür sprechen, dass nach der Kündigung der gewerblichen Arbeitnehmer der Beklagten der Arbeitsanfall bei der S GmbH - möglicherweise durch Aufträge der Beklagten - nicht unerheblich angestiegen ist. 28
- d) Das Landesarbeitsgericht hat ebenfalls nicht geprüft, ob nicht die Tatsache, dass nach Ausspruch der Kündigungen einzelnen Arbeitnehmern der Beklagten offenbar ohne Beachtung sozialer Gesichtspunkte Arbeit bei der S GmbH zugewiesen worden ist, nicht doch darauf schließen lässt, dass die einheitliche personelle Leitung in dem nach Behauptung des Klägers zuvor bestehenden Gemeinschaftsbetriebs tatsächlich durch die Änderung des Betriebszwecks nicht beendet worden ist, sondern auch über den Kündigungszeitpunkt hinaus tatsächlich fortbestanden hat (vgl. BAG 24. Februar 2005 - 2 AZR 214/04 - AP KSchG 1969 § 1 Gemeinschaftsbetrieb Nr. 4 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 59, zu B II 2 c der Gründe). 29
4. Nach der Zurückverweisung wird das Landesarbeitsgericht dem detaillierten Sachvortrag der Parteien zum Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebs nachzugehen und die zahlreichen vorgelegten Unterlagen zu der tatsächlichen Auftragsabwicklung 30



zwischen der Beklagten und der S GmbH auszuwerten haben. Steht danach fest, dass beide Unternehmen - möglicherweise mit der P GmbH - bis zur Kündigung einen Gemeinschaftsbetrieb gebildet haben, so wird weiter zu prüfen sein, ob die bloße Änderung des Betriebszwecks der Beklagten - wofür nach dem bisherigen Parteivorbringen kaum hinreichende Anhaltspunkte sprechen - die „gemeinsame Klammer“ der einheitlichen personellen Leitung beseitigt hat, so dass eine unternehmensübergreifende Sozialauswahl nicht mehr erforderlich war. War eine solche erforderlich, so spricht, da die Beklagte offensichtlich keine Sozialauswahl unter Einbeziehung der Arbeitnehmer der S GmbH vorgenommen hat, der erste Anschein dafür, dass die Kündigung gegen § 1 Abs. 3 KSchG verstößt. Die tatsächliche Vermutung, dass die Auswahl dann auch im Ergebnis sozialwidrig ist, kann vom Arbeitgeber nur dadurch ausgeräumt werden, dass er näher darlegt, weshalb er trotz der gegen § 1 Abs. 3 KSchG verstoßenden Überlegungen ausnahmsweise im Ergebnis soziale Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigt hat (*BAG 17. Januar 2002 - 2 AZR 15/01 - EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 47 mwN*).

5. Sollte nach alledem feststehen, dass zusammen mit der Änderung des Betriebszwecks beide Firmen auch tatsächlich getrennt worden sind und der Gemeinschaftsbetrieb aufgelöst worden ist, so wird darüber hinaus zu prüfen sein, ob die unternehmerische Entscheidung der Beklagten willkürlich war, weil sie darauf angelegt war, den Kündigungsschutz des Klägers und der anderen bei der Beklagten mit Bauarbeiten beschäftigten Arbeitnehmer zu vereiteln (*vgl. BAG 26. September 2002 - 2 AZR 636/01 - BAGE 103, 31*). Ein solcher Fall könnte nahe liegen, wenn die unternehmerische Entscheidung der Beklagten allein darauf zielte, die bisher von ihr mit Arbeitnehmern wie dem Kläger verrichteten Bauleistungen nunmehr durch die schon bis zur Kündigung des Klägers mit ihr in Form eines Gemeinschaftsbetriebs verbundene S GmbH als Subunternehmerin verrichten zu lassen und den bei dieser nunmehr gesteigerten Arbeitsanfall durch von ihr willkürlich ohne Beachtung sozialer Gesichtspunkte ausgewählte frühere Arbeitnehmer der Beklagten verrichten zu lassen.

31

III. Da das Landesarbeitsgericht nicht hinreichend aufgeklärt hat, ob zwischen der Beklagten und der S GmbH ein Gemeinschaftsbetrieb bestand und dieser fortgeführt worden ist, lässt sich auch nicht abschließend beurteilen, ob die Kündigung der Beklagten bereits nach § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG sozialwidrig und damit rechtsunwirksam war, weil der Kläger an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb weiterbeschäftigt werden konnte. Falls das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis

32



gelangt, dass ursprünglich ein Gemeinschaftsbetrieb bestand und dieser auch nach der Kündigung fortgeführt worden ist, so wird aufzuklären sein, ob im Kündigungszeitpunkt absehbar war, dass bei der S GmbH, möglicherweise infolge der Änderung des Betriebszwecks der Beklagten, ein entsprechender Beschäftigungsbedarf vorhanden war, der eine Weiterbeschäftigung des Klägers auf einem zumindest bei Ablauf seiner Kündigungsfrist absehbar freien Arbeitsplatz bei der S GmbH ermöglicht hätte.

IV. Der Senat kann auch nicht, wie die Revision geltend macht, in der Sache selbst entscheiden und feststellen, dass die Kündigung das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst hat (§ 563 Abs. 3 ZPO). Jedenfalls im Ergebnis zutreffend geht das Landesarbeitsgericht davon aus, dass die Kündigung nicht wegen Verstoßes gegen §§ 17 ff. KSchG rechtsunwirksam ist.

33

1. Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht mit der inzwischen ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (23. März 2006 - 2 AZR 343/05 - BAGE 117, 281; 13. Juli 2006 - 6 AZR 198/06 - AP KSchG 1969 § 17 Nr. 22) davon aus, dass die Beklagte verpflichtet war, vor Ausspruch der Kündigung eine Massenentlassungsanzeige nach § 17 KSchG zu erstatten. Im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (27. Januar 2005 - C-188/03 - [Junk]) ist unter „Entlassung“ iSv. § 17 Abs. 1 KSchG die Erklärung der Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu verstehen. Die „Junk“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs hat klargestellt, dass der gemeinschaftsrechtliche Begriff der Entlassung mit dem Begriff „Kündigung“ gleichzusetzen ist. Die damit erforderliche und auch mögliche richtlinienkonforme Auslegung des § 17 Abs. 1 KSchG führt dazu, dass beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 17 KSchG vor Ausspruch der Kündigung eine Massenentlassungsanzeige zu erfolgen hat. Dies bedeutet im vorliegenden Fall, dass die Beklagte, die nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts 22 Arbeitnehmer beschäftigt hat und 18 Arbeitnehmer entlassen wollte, vor Ausspruch der Kündigung eine Entlassungsanzeige hätte erstatten müssen. Dieser Pflicht ist die Beklagte nicht vollständig nachgekommen. Sie hat zwar vor Ausspruch der Kündigung vom 24. Februar 2005, dem Kläger am 28. Februar 2005 zugegangen, bereits am 11. Februar 2005 eine Massenentlassungsanzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit erstattet. Diese enthielt jedoch nach dem entsprechenden Aktenvermerk der Bundesagentur für Arbeit nicht alle erforderlichen Angaben.

34



2. Im Ergebnis zu Recht geht jedoch das Landesarbeitsgericht davon aus, dass der Beklagten jedenfalls Vertrauensschutz zu gewähren ist. Es kann deshalb offenbleiben, ob eine vor Ausspruch der Kündigung unterlassene Massenentlassungsanzeige ohne weiteres zur Rechtsunwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigungen führt.

35

a) Dem Arbeitgeber ist angesichts der nunmehr erfolgten richtlinienkonformen Auslegung des Begriffs „Entlassung“ in § 17 Abs. 1 KSchG Vertrauensschutz zu gewähren, nachdem das Bundesarbeitsgericht noch in der Entscheidung vom 18. September 2003 (- 2 AZR 79/02 - BAGE 107, 318) dezidiert die Möglichkeit einer entsprechenden Auslegung des § 17 KSchG abgelehnt hatte. Zwar gibt es grundsätzlich keinen Vertrauensschutz in den Fortbestand einer gefestigten Rechtsprechung. Die Einschränkung der Rückwirkung höchstrichterlicher Rechtsprechung ist jedoch geboten, wenn die von der Rückwirkung betroffene Partei auf die Fortgeltung der bisherigen Rechtsprechung vertrauen durfte und die Anwendung der geänderten Auffassung wegen ihrer Rechtsfolgen im Streitfall oder der Wirkung auf andere vergleichbar gelagerte Rechtsbeziehungen auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Prozessgegners eine unzumutbare Härte bedeuten würde (BAG 18. Januar 2001 - 2 AZR 616/99 - AP LPVG Niedersachsen § 28 Nr. 1 = EzA BGB § 626 Krankheit Nr. 4). Das Vertrauen eines Arbeitgebers, der sich der früheren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der Praxis der Arbeitsverwaltung gemäß verhielt, auf die Wirksamkeit der von ihm zunächst ohne vor Ausspruch der Kündigungen erstattete Massenentlassungsanzeige ausgesprochenen Kündigungen ist danach schutzwürdig (BAG 23. März 2006 - 2 AZR 345/05 - BAGE 117, 281). Allerdings ließ nach der Rechtsprechung des Sechsten Senats (BAG 13. Juli 2006 - 6 AZR 198/06 - AP KSchG 1969 § 17 Nr. 22 = EzA KSchG § 17 Nr. 17) nicht erst das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 23. März 2006 (- 2 AZR 343/05 - aaO), wie vom Landesarbeitsgericht angenommen, dieses schutzwürdige Vertrauen entfallen. Auch die Einschätzung der Rechtsfolgen der „Junk“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs durch die für die Anwendung und Ausführung der §§ 17 ff. KSchG zuständige Arbeitsverwaltung, insbesondere durch die Bundesagentur für Arbeit als oberste Behörde, ist für die Frage des schutzwürdigen Vertrauens bedeutsam (vgl. im Einzelnen: BAG 20. September 2006 - 6 AZR 219/06 - AP KSchG 1969 § 17 Nr. 24). Verlautbarte die Bundesagentur für Arbeit ihre der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts widersprechende und mit der des Europäischen Gerichtshofs übereinstimmende Einschätzung der Rechtslage in einer solchen Form, dass von einem

36



Arbeitgeber bzw. seinem mit gehöriger Sorgfalt beratenden Anwalt die Kenntnis dieser Einschätzung erwartet werden musste, war das Vertrauen in den Fortbestand der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht mehr schutzwürdig.

3. Nach diesen Grundsätzen ist der Beklagten Vertrauensschutz zu gewähren. 37
Da der Sachverhalt feststeht und weitere Feststellungen nach der Zurückverweisung insoweit nicht mehr zu erwarten sind, kann der Senat dies selbst entscheiden.

Die Beklagte hat hier ohnehin schon vor Ausspruch der Kündigungen eine 38
Massenentlassungsanzeige erstattet, diese war lediglich unvollständig. Zum Zeitpunkt der ergänzten Anzeige lag die einschlägige Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs erst knapp zwei Wochen zurück. Von einem sorgfältig handelnden Arbeitgeber konnte nicht erwartet werden, dass er diese Entscheidung schon berücksichtigte. So ist die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 27. Januar 2005 (C-188/03 - aaO) etwa in der Zeitschrift „Der Betrieb“ erst am 25. Februar 2005 und in der Neuen Zeitschrift für Arbeitsrecht ebenfalls erst am 25. Februar 2005 veröffentlicht worden (DB 2005, 453 und NZA 2005, 213). Diese Veröffentlichungsdaten lagen im Übrigen noch zwischen dem Kündigungsdatum vom 24. Februar 2005 und dem Kündigungszugang. Betrachtet man zusätzlich die Stellungnahmen der Bundesagentur für Arbeit, so ist auch die Handlungsempfehlung mit Weisungscharakter der Bundesagentur, auf die das Bundesarbeitsgericht in der Entscheidung vom 13. Juli 2006 (- 6 AZR 198/06 - AP KSchG 1969 § 17 Nr. 22 = EzA KSchG § 17 Nr. 17) abstellt, im EzA-SD 2006 Nr. 26 erst am 18. März 2005, also geraume Zeit nach Ausspruch der Kündigung veröffentlicht worden.

Zusätzlich ist bei der Prüfung der Frage, ob der Beklagten Vertrauensschutz 39
zu gewähren ist, auf die Behandlung der Massenentlassungsanzeige durch die zuständige Arbeitsverwaltung abzustellen. Die zuständige Arbeitsagentur hat die schon vor Ausspruch der Kündigung erfolgte Massenentlassungsanzeige entsprechend dem bisherigen Verständnis des Begriffs „Entlassung“ in § 17 Abs. 1 KSchG behandelt, weitere Unterlagen angefordert und dann zu einem Zeitpunkt, in dem eine Umstellung der Verwaltungspraxis offensichtlich noch nicht erfolgt war, der Beklagten mitgeteilt, eine Massenentlassungsanzeige sei nicht erforderlich. Unter diesen Umständen konnte die Beklagte mit Recht darauf vertrauen, dass die Wirksamkeit ihrer Massenentlassungsanzeige jedenfalls nicht daran scheiterte, dass die vollständige Anzeige schon vor Ausspruch der Kündigungen hätte bei der Arbeitsverwaltung vorliegen müssen. Das Vertrauen der Beklagten, die nach dem eigenen Vorbringen des Klägers erst Ende



März 2005/Anfang April 2005 von dem Erfordernis einer Massentlassungsanzeige vor Ausspruch der Kündigung erfahren hat, ist schutzwürdig.

4. Auf die Argumentation des Landesarbeitsgerichts, der Bescheid der Arbeitsverwaltung vom 3. März 2005 sei als sog. „Negativattest“ beachtlich und habe das Erfordernis einer Massentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 1 KSchG als bestandskräftiger Verwaltungsakt nachträglich beseitigt, kommt es damit nicht mehr an.

40

Rost

Bröhl

Eylert

Thelen

Krichel

