

7 Sa 119/06
4 Ca 1049/05 S
(Würzburg)



LANDESARBEITSGERICHT NÜRNBERG

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

in dem Rechtsstreit

A...

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte: ...

g e g e n

Firma B...

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: ...

wegen: Kündigung

Die 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg hat durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Nürnberg **Prof. Dr. Dr. Holzer-Thieser** und die ehrenamtlichen Richter Wohler und Leikauf-Götz aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. November 2007

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Würzburg vom 01.12.2005 - Az. 4 Ca 1049/05 S - wird auf Kosten der Berufungsführerin zurückgewiesen.
2. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer wegen Betriebsstilllegung zum 30.09.2005 ausgesprochenen Kündigung vom 24.06.2005, dem Kläger zugegangen am 27.06.2005, zum 31.12.2005.

Der Kläger ist bei der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin seit 01.02.1985 beschäftigt. Die Beklagte ist eine Gesellschaft des B...-Konzerns, sie hat in Deutschland 8 Betriebe. Ab August 2004 war der Kläger freigestelltes Mitglied des für den Betrieb Süd der Beklagten (C...) gewählten Betriebsrats. Die Beklagte erbringt Dienstleistungen im IT-Bereich. Sie beschäftigt sich mit „Strategic Outsourcing“. Die Beklagte nimmt für ihre Kunden im Wesentlichen den Betrieb von Rechenzentren, die Installation, Wartung und Pflege von Hardware sowie die Entwicklung, Installation und Wartung von Software (insbesondere SAP-Anwendungen) wahr. Die Beklagte hat zum 31.03.2005 den Softwarebereich „AMS“ mit den in diesem Bereich tätigen Beschäftigten auf die neu gegründete D... GmbH überführt. Die am 30.09.2005 noch vorhandenen Aufgaben hat sie überwiegend auf Konzernunternehmen in Tschechien und Ungarn, auf andere Unternehmen in Deutschland (insbesondere auf die Unternehmen E..., F... und G..., insbesondere zur Wartung des von ihr für die Erledigung der Kundenaufträge weiter betriebenen Rechenzentrums in C...) und auf eigene Arbeitnehmer in anderen Betrieben verteilt. Sie hat das Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern, die sich in der aktiven Phase der verblockten Altersteilzeit befanden, nicht gekündigt und diese Arbeitnehmer auch nicht in andere Betriebe versetzt.

Der Kläger hat unter anderem vorgetragen, dass eine Betriebsstilllegung schon wegen der Weiterbeschäftigung der Altersteilzeitkräfte über den 30.09.2005 hinaus fehle. Außerdem sei die Kündigung unter anderem wegen bestehender Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten, fehlerhafter Anhörung des Betriebsrats, fehlerhafter Massenentlassungsanzeige und eines tariflichen Kündigungsschutzes unwirksam.

Der Kläger hat beantragt:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 24.06.2005 nicht beendet wird.

Die Beklagte hat beantragt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Beklagte hat vorgetragen, der Betrieb Süd sei zum 30.09.2005 stillgelegt worden. Wegen einer fehlenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Betrieb Süd und in ihren anderen Betrieben habe dem Kläger gemäß § 15 Abs. 4 KSchG gekündigt werden müssen.

Wegen des erstinstanzlichen Vortrags der Parteien im Übrigen wird auf den Tatbestand des angefochtenen Endurteils vom 01.12.2005 Bezug genommen, mit dem der Klage stattgegeben worden ist (Bl. 273-275 d.A.).

Mit Schriftsatz vom 27.02.2006, beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am selben Tag eingegangen, hat die Beklagte gegen das ihr am 16.02.2006 zugestellte Endurteil vom 01.12.2005 Berufung eingelegt und diese – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis 18.05.2006 – mit Schriftsatz vom 16.05.2006, beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am selben Tag eingegangen, begründet.

In der Berufungsinstanz verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Sie wiederholt ihren erstinstanzlichen Vortrag und führt bezüglich der Altersteilzeitkräfte unter anderem ergänzend aus:

Der Mitarbeiter H... sei bis 30.06.2006 mit Transfer- bzw. Abwicklungsarbeiten und mit der Einarbeitung des Mitarbeiters I... für den Betrieb J... beschäftigt gewesen. Der Mitarbeiter K... sei bis 31.12.2006, der Mitarbeiter L... bis 15.02.2007 in der aktiven Altersteilzeitphase gewesen. Beide hätten Abwicklungsarbeiten übernommen, ein Einsatzbedarf habe nur äußerst selten bestanden. Anweisungen hätten die Altersteilzeitmitarbeiter von Führungskräften aus anderen Standorten erhalten. Der Mitarbeiter M... sei seit 01.10.2005 in ihrem Betrieb J... beschäftigt.

Die Beklagte beantragt:

1. Auf die Berufung der Berufungsklägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Würzburg – Kammer Schweinfurt – vom 01.12.2005, Az.: 4 Ca 1049/05 S, aufgehoben. Die Klage des Berufungsbeklagten wird abgewiesen.
2. Der Berufungsbeklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Der Kläger beantragt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Würzburg – Kammer Schweinfurt – vom 01.12.2005 (Aktenzeichen: 4 Ca 1049/05 S) wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Der Kläger trägt vor:

Die Altersteilzeitmitarbeiter seien weiterbeschäftigt worden. Der Mitarbeiter M... habe täglich in C... gearbeitet, eine eventuelle Versetzung nach J... sei praktisch nicht umgesetzt worden, er habe in C... sogar bis zum 27.11.2007 gearbeitet.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze und die Sitzungsniederschrift vom 27.11.2007 (Bl. 474-477 d.A.) verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist nicht begründet.

- A. Die Kündigung des Klägers ist wegen Fehlens der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 15 Abs. 4 KSchG unwirksam.
 - I. Die Wirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigung ist nach § 15 Abs. 4 KSchG zu beurteilen.
 1. Der Kläger war im – für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung maßgeblichen – Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung (27.06.2005) Betriebsratsmitglied.

Für die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung beruft sich die Beklagte auf eine Betriebsstilllegung.

Damit ist die Wirksamkeit der Kündigung – entgegen der Ansicht des Erstgerichts – nicht nach § 1 KSchG, sondern ausschließlich nach § 15 Abs. 4 KSchG zu beurteilen.

§ 15 Abs. 4 KSchG ist Lex specialis zu § 1 KSchG (h.M., z.B. v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 14. Aufl., Rdnr. 176 zu 15; KR/Etzel, 8. Aufl., Rdnr. 93 zu § 15; Dörner in: Bader/Bram/Dörner/Kriebel, KSchG, Rdnr. 89 zu § 15; BAG, Urteil vom 22.09.2005 – 2 AZR 544/04). Nur soweit § 1 KSchG einen gegenüber § 15 Abs. 4 KSchG weitergehenden

Kündigungsschutz gewährt, wird ausnahmsweise zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs eine Anwendbarkeit des § 1 KSchG bejaht (z.B. bei einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit eines Betriebsratsmitglieds in einem anderen Betrieb des Unternehmens, BAG, a.a.O.; vgl. auch KR/Etzel, a.a.O.). Im vorliegenden Rechtsstreit ist ein solcher Ausnahmefall nicht gegeben, so dass für die Anwendung des § 1 KSchG kein Raum ist.

Auch die Beklagte hat die Kündigung auf § 15 Abs. 4 KSchG gestützt (Schriftsatz vom 28.10.2005, Seite 23 – Bl. 62 d.A.) und sich deshalb auch gegenüber dem Betriebsrat bei der Betriebsratsanhörung auf diese Norm berufen (Schriftsatz vom 28.10.2005, Seite 24 – Bl. 63 d.A.).

2. Die Regelung des § 15 Abs. 4 KSchG beinhaltet eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Verbot des § 15 KSchG, Betriebsratsmitglieder ordentlich zu kündigen.
3. Eine Betriebsstilllegung setzt die Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft voraus, die ihre Veranlassung und zugleich ihren sichtbaren Ausdruck darin findet, dass der Unternehmer die bisherige wirtschaftliche Betätigung in der ernstlichen Absicht einstellt, die Weiterverfolgung des bisherigen Betriebszwecks dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne aufzugeben (h.M., z.B. BAG, Urteil vom 21.11.1985 – 2 AZR 33/85; Urteil vom 19.06.1991 – 2 AZR 127/91; Urteil vom 10.05.2007 – 2 AZR 263/06; v. Hoyningen-Huene/Linck, a.a.O., Rdnrn. 155 ff. m.w.N.). Maßgebend kommt es also auf die Auslösung der dem Betriebszweck dienenden Organisation an (BAG, Urteil vom 21.11.1985).
4. Eine solche Auflösung kann nicht angenommen werden, wenn der Unternehmer am Markt unverändert seine bisherigen Leistungen anbietet, die bislang von Arbeitnehmern des Betriebes ausgeführten Tätigkeiten aber auf Dritte überträgt, deren Arbeitnehmer dem Direktionsrecht des ausgliedernden Unternehmers unterliegen. Das Bundesarbeitsgericht hat Kündigungen, die der Unternehmer in einem solchen Fall gegenüber seinen Arbeitnehmern ausgesprochen hat, als so genannte Austausch-kündigungen im Hinblick auf § 1 Abs. 2 KSchG für unwirksam erklärt (Urteil vom 16.12.2004 – 2 AZR 66/04). Erfolgen solche Austausch-kündigungen und beruft sich der Unternehmer im Rahmen des § 15 Abs. 4 KSchG auf eine Betriebsstilllegung, führt dies zur Verneinung einer Betriebsstilllegung, weil eine Auflösung der dem Betriebszweck dienenden Organisation dann nicht vorliegt.
5. Im Gegensatz zur betriebsbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG wegen beabsichtigter Betriebsstilllegung reicht nicht schon der ernstliche Schluss des Arbeitgebers zur Stilllegung, erforderlich ist bei § 15 Abs. 4 KSchG die tatsächliche Auflösung der Organisation des Betriebes (v. Hoyningen-Huene/Linck, a.a.O., Rdnrn. 156 und 174 zu § 15).
6. Von einer Betriebsstilllegung kann auch dann noch ausgegangen werden, wenn „wenige Arbeitnehmer für kurze Zeit mit Abwicklungs- und

Aufräumungsarbeiten weiterbeschäftigt werden“ (BAG, Urteil vom 21.11.1985 – 2 AZR 33/85 – unter I. 1.; so auch Dörner, a.a.O., Rdnr. 72 zu § 15; Kittner/Trittin, Kündigungsschutzrecht, 2. Aufl., Rdnr. 69 zu § 15 KSchG). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Damit kann auch im Falle von Abwicklungs- und Aufräumungsarbeiten durch wenige Arbeitnehmer eine Stilllegung dann nicht mehr bejaht werden, wenn diese Arbeiten eine kurze Dauer übersteigen. Als Obergrenze sind etwa drei Monate anzunehmen (Kittner/Trittin, a.a.O.).

7. Der Arbeitgeber kann ein Betriebsratsmitglied nach dem Wortlaut des § 15 Abs. 4 KSchG auch zu einem vor der Stilllegung liegenden Zeitpunkt kündigen, wenn die Kündigung zu diesem früheren Zeitpunkt „durch zwingende betriebliche Erfordernisse bedingt ist“.

Bei einem freigestellten Betriebsratsmitglied kommt eine vorzeitige Kündigung allerdings nicht in Betracht (v. Hoyningen-Huene/Linck, a.a.O., Rdnr. 173 zu § 15; Kittner/Trittin, a.a.O., Rdnr. 70 zu § 15 KSchG; KR/Etzel, a.a.O., Rdnr. 108 zu § 15 KSchG).

8. Der Arbeitgeber kann eine auf § 15 Abs. 4 KSchG gestützte Kündigung nur zum Zeitpunkt der Stilllegung aussprechen. Eine zu einem früheren Termin ausgesprochene Kündigung ist unwirksam (Dörner, a.a.O., Rdnr. 85 zu § 15). Anders ist die Rechtslage nur dann, wenn der Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigung eine Stilllegung im Sinn des § 15 Abs. 4 KSchG zu einem bestimmten Zeitpunkt plante, sich die Auflösung der Betriebsgemeinschaft nachträglich aber planwidrig verzögerte. In diesem Fall wirkt die Kündigung zum Termin der späteren tatsächlichen Auflösung (Dörner, a.a.O.). Die Bejahung der Wirksamkeit der Kündigung in diesem besonderen Fall rechtfertigt sich aus dem das gesamte Kündigungsrecht beherrschenden Grundsatz, dass für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Kündigung die bei Kündigungsausspruch vorliegenden Tatsachen maßgebend sind und die Wirksamkeit durch spätere Entwicklungen nicht beeinflusst wird.
9. Für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der Tatbestandsmerkmale des § 15 Abs. 4 KSchG ist der Arbeitgeber darlegungs- und beweisbelastet.

II. Unter Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall kommt die Kammer zum Ergebnis, dass die Kündigung unwirksam ist.

1. Die Beklagte hat die betriebliche Organisation nicht zum 30.09. oder 31.12.2005 aufgelöst, denn sie hat Mitarbeiter in der aktiven Phase der Altersteilzeit weiterbeschäftigt.
 - a) Die Beklagte hat – nach ihrem eigenen, vom Kläger nicht bestrittenen Vortrag – die aktiven Beschäftigungsverhältnisse der Mitarbeiter H... (bis 30.06.2006), K... (bis 31.12.2006) und L... (bis 15.02.2007) fortgesetzt. Damit liegt eine Fortsetzung über den Termin der behaupteten Stilllegung (30.09.2005) hinaus im Umfang von 9 bzw. 15 bzw. 16,5 Monaten vor. Diese Zeiten sind keine nur

kurzfristigen Überschreitungen.

- b) Die Arbeitsverträge bestanden in diesen Fortsetzungszeiträumen mit der Beklagten (und nicht mit anderen Konzernunternehmen).

Die 3 genannten Arbeitnehmer waren auch nach dem 30.09.2005 dem Betrieb Süd zugeordnet. Für diese Zuordnung ist unbeachtlich, dass die 3 Arbeitnehmer – wie die Beklagte im Termin vom 27.11.2007, vom Kläger bestritten, vorgetragen hat – Anweisungen von Führungskräften aus anderen Standorten erhalten haben. Maßgeblich ist allein, dass die Beklagte die 3 Arbeitnehmer keinem anderen Betrieb zugeordnet hat und diese Arbeitnehmer damit Arbeitnehmer des Betriebs Süd geblieben sind.

Im Übrigen hat die beweisbelastete Beklagte keinen Beweis für ihre Behauptung der von anderen Standorten aus erfolgten Arbeitsanweisungen angetreten.

- c) Es kann die Prüfung der Frage dahinstehen, ob bei Aufräumungs- und Abwicklungsarbeiten, die mit zeitlicher Unterbrechung geleistet werden, eine Addition der einzelnen Zeitabschnitte, während denen tatsächlich Arbeitsleistungen erbracht worden sind, erfolgen kann mit dem Ergebnis, dass bei einer gesamten Dauer der faktischen Arbeitsleistungen von weniger als drei Monaten noch eine Stilllegung angenommen werden kann.

Denn die Beklagte hat den zeitlichen Umfang der nach dem 30.09.2005 geleisteten Tätigkeiten der Mitarbeiter K... und L... nicht angegeben. Die Formulierung im Schriftsatz vom 16.11.2007 (Seite 6 f., Bl. 461 f. d.A.), dass ein Einsatzbedarf „nur äußerst selten“ bestanden habe, stellt keinen substantiierten Sachvortrag dar. Es ist nicht erkennbar, in welchem zeitlichen Umfang tatsächlich Arbeitsleistungen erbracht worden sind.

Bezüglich der bis 30.06.2006 erbrachten Arbeiten des Mitarbeiters H... hat die Beklagte keine zeitlichen Unterbrechungen vorgetragen. Für die Entscheidung ist damit insgesamt davon auszugehen, dass die 3 Altersteilzeitmitarbeiter H..., K... und L... im Umfang von jeweils mehr als 3 Monaten gearbeitet haben. Damit kann eine Stilllegung zum 30.09.2005 nicht angenommen werden.

Aufgrund der notwendigen Einbeziehung der 3 Arbeitnehmer in die Betrachtung kann auch die Frage ungeprüft bleiben, ob schon allein die durchgehende Weiterbeschäftigung des Mitarbeiters H... bis zum 30.06.2006 ausreicht, eine Stilllegung zum 30.09.2005 zu verneinen.

- d) Da eine Stilllegung zum 30.09.2005 schon allein wegen der Dauer der Weiterbeschäftigung zu verneinen ist, kommt es auch nicht mehr auf die Frage an, ob die von den 3 Altersteilzeitmitarbeitern in der Zeit ab 30.09.2005 erbrachten Tätigkeiten überhaupt Aufräumungs- und Abwicklungsarbeiten im Sinn der Rechtsprechung des

Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 21.11.1985 – 2 AZR 33/85) darstellen.

- e) Bei dieser Rechtslage ist nicht mehr von Bedeutung, ob auch auf die Weiterbeschäftigung des Altersteilzeitarbeitnehmers M... bis 16.02.2007 die Verneinung einer Stilllegung zum 30.09.2005 gestützt werden könnte.
 - f) Damit liegt im vorliegenden Fall keine Stilllegung des Betriebes Süd zum 30.09.2005 vor.
- 2. Der Kläger war im Kündigungszeitpunkt freigestelltes Betriebsratsmitglied. Damit konnte die Beklagte die vorzeitige Kündigung des Klägers auch nicht auf § 15 Abs. 4 HS. 2 KSchG stützen.
 - 3. Da die Beklagte die Weiterbeschäftigung der 3 Altersteilzeitarbeitnehmer bereits im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung des Klägers plante, ist die Kündigung unwirksam. Sie wirkt nicht zu einem späteren Zeitpunkt einer eventuellen Stilllegung.
- III. Bereits aufgrund der Weiterbeschäftigung der 3 Altersteilzeitarbeitnehmer ist eine Stilllegung zum 30.09.2005 zu verneinen. Damit ist nicht mehr zu prüfen, ob die Ablehnung einer Stilllegung im Sinn des § 15 Abs. 4 KSchG nicht auch darauf gestützt werden könnte, dass sogenannte Austauschkündigungen (insbesondere Übertragung von Tätigkeiten an deutsche und ausländische Konzernunternehmen) vorliegen.
- B. Da die Kündigung bereits wegen Verstoßes gegen § 15 Abs. 4 KSchG unwirksam ist, kann dahingestellt bleiben, ob die weiteren vom Kläger behaupteten Unwirksamkeitsgründe vorliegen (z.B. Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, fehlerhafte Anhörung des Betriebsrats, fehlerhafte Massenentlassungsanzeige, Kündigungsschutz gemäß Nr. 5.2 des Entgelttarifvertrags vom 21.01.1994).
- C. Damit war die Berufung der Beklagten mit der sich aus § 97 Abs. 1 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil ist die Revision nicht zulässig; auf § 72a ArbGG wird verwiesen.

Prof. Dr. Dr. Holzer-Thieser, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht
Wohlert, Ehrenamtliche Richterin
Leikauf-Götz, Ehrenamtlicher Richter

Verkündet am 27. November 2007