



LANDEsarBEITSGERICHT NÜRNBERG

IM NAMEN DES VOLKES

BESCHLUSS

in dem Beschlussverfahren

1. **A...**

- Antragstellerin, Beschwerdeführerin und Beteiligte zu 1) -

Verfahrensbevollmächtigter: ...

g e g e n

2. **B...**

3. **Betriebsrat der A...**

4. **Jugend- und Auszubildendenvertretung der A...**

- Beteiligte zu 2) – 4) -

Verfahrensbevollmächtigte zu 2) – 4): ...

wegen: Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg hat durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht **R o t h** und die ehrenamtlichen Richter Bürner und Schneider aufgrund der mündlichen Anhörung vom 07. Februar 2007

für Recht erkannt:

1. Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Bamberg – Kammer Coburg – vom 23.05.2006, Az.: 4 BV 1/06 C, abgeändert.
2. Das mit dem Beteiligten zu 2) gemäß § 78a BetrVG begründete Arbeitsverhältnis wird aufgelöst.
3. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses des Beteiligten zu 2) gemäß § 78a Abs. 4 S. 1 Ziff. 2 BetrVG.

Der am 13.09.1981 geborene Beteiligte zu 2) wurde bei der Antragstellerin auf der Grundlage des schriftlichen Ausbildungsvertrages vom 14.11.2002 (Kopie Bl. 13 - 15 d.A.) seit dem 01.04.2003 zum Krankenpfleger ausgebildet. Das Ausbildungsverhältnis endete mit Bestehen der Abschlussprüfung am 27.03.2006.

Seit dem 24.01.2005 ist der Beteiligte zu 2) gewähltes Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung am A....

Mit Schreiben vom 14.02.2006 (Kopie Bl. 17 d.A.) beehrte der Beteiligte zu 2) die Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis als Krankenpfleger unter Berufung auf § 78a Abs. 2 BetrVG. Die Beteiligte zu 1) teilte ihm mit Schreiben vom 15.02.2006 (Kopie Bl. 18 d.A.) mit, dass aufgrund einer Entscheidung der Geschäftsführung seit dem 01.02.2005 frei werdende Stellen für Gesundheits- und Krankenpfleger ausschließlich über ein Gestellungsverhältnis mit der Schwesternschaft C... e.V. besetzt würden und er deshalb nicht in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit der Beteiligten zu 1) übernommen werden könne.

Mit ihrem zum Arbeitsgericht Bamberg – Kammer Coburg – erhobenen Antrag begehrt die Antragstellerin die gerichtliche Auflösung des mit dem Beteiligten zu 2) gemäß § 78a BetrVG begründeten Arbeitsverhältnisses.

Wegen der Anträge der Beteiligten und ihres näheren Vorbringens im erstinstanzlichen Verfahren wird auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht Bamberg – Kammer Coburg – hat mit Beschluss vom 23.05.2006 den Antrag zurückgewiesen.

Es hat dies im Wesentlichen damit begründet, dass die Antragstellerin aus wirtschaftlichen Gründen bereits seit dem Jahr 2001 Umstrukturierungen im Dienstleistungsbereich durchführe. In der Entscheidung der Geschäftsführung, ab dem Jahr 2005 keine eigenen Pflegekräfte mehr einzustellen, liege keine Umgehung des § 78a BetrVG,

denn die Umstrukturierungsmaßnahmen der Antragstellerin seien wirtschaftlich begründet und langfristig angelegt.

Gleichwohl sei es der Beteiligten zu 1) nicht unzumutbar, den Beteiligten zu 2) im Rahmen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses zu beschäftigen. Im Zeitpunkt des Abschlusses seiner Prüfung habe ein Bedarf an Pflegekräften bestanden. Aufgrund der großen Anzahl der eigenen Beschäftigten sei die wirtschaftliche Mehrbelastung vernachlässigbar, die der Antragstellerin dadurch entstünde, dass sie den Beteiligten zu 2) als eigenen Arbeitnehmer zu beschäftigen habe und er ihr nicht über die Schwesternschaft C... als Pflegekraft zur Verfügung gestellt werde.

Der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin hat gegen die ihm am 07.07.2006 zugestellte Entscheidung des Erstgerichts mit Telefax vom 01.08.2006 Beschwerde eingelegt und sie mit weiterem Telefax vom 06.09.2006 begründet.

Die Antragstellerin behauptet, bei Abschluss des Ausbildungsverhältnisses habe keine für eine dauerhafte Weiterbeschäftigung des Beteiligten zu 2) geeignete freie Stelle existiert. Zwar habe durchaus ein Beschäftigungsbedarf bestanden. Dieser werde jedoch aufgrund des Gestellungsvertrages mit der Schwesternschaft C... e.V. alleine durch das von dieser Einrichtung zur Verfügung gestellte Pflegepersonal abgedeckt. Die getroffene unternehmerische Entscheidung beruhe alleine auf wirtschaftlichen Überlegungen und diene nicht einer Umgehung des § 78a BetrVG. Aufgrund der von den Gerichten hinzunehmenden Organisationsentscheidung sei ein freier Arbeitsplatz für die Beschäftigung eines eigenen Mitarbeiters nicht vorhanden. Das Fehlen einer freien Stelle genüge, um die Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung i.R.d. § 78a Abs. 4 S. 1 BetrVG zu begründen. Auf die geringen wirtschaftlichen Auswirkungen der Schaffung einer zusätzlichen Stelle könne im Rahmen der Unzumutbarkeitserwägungen nicht abgestellt werden.

Ein weiterer Einsatz des Beteiligten zu 2) am A... sei ohne weiteres möglich, wenn dieser bereit wäre, ein Anstellungsverhältnis mit der Schwesternschaft C... zu begründen.

Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin beantragt:

1. Der Beschluss des Arbeitsgerichts Bamberg, Kammer Coburg, vom 23. Mai 2006, Aktenzeichen 4 BV 1/06 C, wird abgeändert.
2. Das zwischen der Antragstellerin und Beschwerdeführerin und dem Beteiligten zu 2.) nach Beendigung der Ausbildungszeit am 31. März 2006 bzw. dem Bestehen der Abschlussprüfung am 27. März 2006 gemäß § 78a BetrVG begründete Arbeitsverhältnis wird aufgelöst.

Die weiteren Beteiligten beantragen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Zur Begründung tragen sie vor, bei der Antragstellerin gebe es eine Vielzahl geeigneter und neu zu besetzender Arbeitsplätze, die alleine deswegen dem Beteiligten zu 2) nicht angeboten worden seien, weil die Beteiligte zu 1) sie über die Schwesternschaft C... besetzen wollte. Nachdem Arbeitsplätze faktisch vorhanden seien,

könne es nicht vom Willen der Beteiligten zu 1) abhängen - getarnt als sogenannte „Unternehmerentscheidung“ - ein Kriterium für die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung zu schaffen. An die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung aus betrieblichen Gründen seien strenge Anforderungen zu stellen. Bei einem Beschäftigtenstand von 720 Arbeitnehmern sei die wirtschaftliche Mehrbelastung durch die Weiterbeschäftigung eines einzelnen Angestellten nach den tarifrechtlichen Bestimmungen des öffentlichen Dienstes vernachlässigbar gering. Bei der Beendigung der Ausbildung des Beteiligten zu 2) seien mindestens vier Arbeitsplätze frei gewesen und mit anderen Auszubildenden desselben Jahrganges besetzt worden.

Zu den näheren Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten wird auf die von ihnen in dem Beschwerdeverfahren eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

1. Die Beschwerde ist zulässig.

Sie ist statthaft, § 87 Abs. 1 ArbGG, und auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden, §§ 87 Abs. 2, 89, 66 ArbGG.

Die Beteiligten zu 3 und 4 sind gemäß § 78a Abs. 4 S. 2 BetrVG an dem gerichtlichen Verfahren zu beteiligen.

2. Die Beschwerde ist sachlich begründet.

Sie führt zur Abänderung der Entscheidung des Arbeitsgerichts Bamberg - Kammer Coburg – und Auflösung des gesetzlich begründeten Arbeitsverhältnisses mit dem Beteiligten zu 2).

Das zwischen der Antragstellerin und dem Beteiligten zu 2) gemäß § 78a Abs. 2 S. 1 BetrVG begründete Arbeitsverhältnis ist gemäß § 78a Abs. 4 S. 1

Ziff. 2 BetrVG aufzulösen, da der Arbeitgeberin die Weiterbeschäftigung unter Berücksichtigung aller Umstände nicht zugemutet werden kann.

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Entscheidungen vom 12.11.1997 – 7 ABR 73/96 – AP Nr. 31 zu § 78a BetrVG 1972; vom 06.11.1996 – 7 ABR 57/95 – AP Nr. 26 zu § 78a BetrVG; vom 24.07.1991 – 7 ABR 68/90 – BAGE 68, 187; jeweils m.w.N.) ist dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung im Sinne des § 78a Abs. 4 BetrVG u.a. dann unzumutbar, wenn zum Zeitpunkt der Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses im Betrieb des Arbeitgebers kein freier Arbeitsplatz vorhanden ist, auf dem der Auszubildende mit seiner durch die Ausbildung erworbenen Qualifikation beschäftigt werden kann.

Der Arbeitgeber ist grundsätzlich nicht verpflichtet, durch eine Änderung seiner Arbeitsorganisation einen neuen Arbeitsplatz zu schaffen, um einen durch § 78a BetrVG geschützten Auszubildenden weiterbeschäftigen zu können.

Ob der Arbeitgeber einen andauernden Beschäftigungsbedarf hat und mithin ein freier Arbeitsplatz für den durch § 78a BetrVG geschützten Auszubildenden zur Verfügung steht, bestimmt sich nicht danach, ob Arbeitsaufgaben vorhanden sind, mit deren Verrichtung ein Arbeitnehmer betraut werden könnte. Welche Arbeiten im Betrieb verrichtet werden sollen und wie viele Arbeitnehmer damit beschäftigt werden, bestimmt vielmehr der Arbeitgeber durch seine arbeitstechnischen Vorgaben und seine Personalplanung. Entscheidet er sich dafür, keine Arbeiten durch zusätzliche Arbeitnehmer ver-

richten zu lassen und hat er mithin keinen Einstellungsbedarf, so ist ein freier Arbeitsplatz nicht vorhanden. Von Missbrauchsfällen abgesehen ist deshalb der Arbeitgeber grundsätzlich auch nicht gehindert, durch eine Veränderung der Arbeitsorganisation Arbeitsplätze wegfällen zu lassen (so das BAG im Beschluss vom 28.06.2000 – 7 ABR 57/98 – ZTR 2001, 139; BAG vom 12.11.1997 und 06.11.1996, a.a.O.).

Bei der Entscheidung, durch eine Veränderung der Arbeitsorganisation Arbeitsplätze wegfällen zu lassen, handelt es sich um einen von der freien Unternehmerentscheidung gedeckten Planungsvorbehalt des Arbeitgebers. Dieser hat die Durchführbarkeit und Nachhaltigkeit der unternehmerischen Entscheidung wie im Kündigungsrechtsstreit aufzuzeigen (vgl. LAG Schleswig-Holstein vom 21.03.2006 – 5 TaBV 45/05 – NZA-RR 2006, 469).

- b) Bei der unternehmerischen Entscheidung der Beteiligten zu 1), ihren Bedarf an Pflegekräften ab dem Jahr 2005 ausschließlich über die Schwesternschaft C... e.V. im Rahmen eines mit dieser Organisation geschlossenen Gestellungsvertrages abzudecken, handelt es sich um eine Entscheidung im Sinne obiger Rechtsprechung, die das Fehlen eines freien Arbeitsplatzes begründet.

Nach dem unbestrittenen Sachvortrag der Beteiligten zu 1) deckt sie bereits seit vielen Jahrzehnten einen Teil ihres Pflegebedarfs durch den Einsatz von Krankenschwestern der Schwesternschaft C... des D... auf der Basis von Gestellungsverträgen ab. Im Jahr 2004 hatte sie die unternehmerische Entscheidung getroffen, nunmehr den Pflegebedarf ausschließlich über diese Schwesternschaft abzudecken, soweit ein solcher Bedarf neben dem bereits beschäftigten Personal entsteht. Dies wurde unstreitig in der Folgezeit so vollzogen und es sind ca. 100 neue Pflegekräfte über die Schwesternschaft im Einsatz. Dies erfolgte, von einer Ausnahme abgesehen, stets auch unter Beachtung des Mitbestimmungsrechts des Beteiligten zu 3).

Diese unternehmerische Entscheidung hat die Beteiligte zu 1) in der Anhörung vom 07.02.2007 mit dem Erfordernis von Kosteneinsparungen im Personalbereich begründet. Diese würden bei einem Einsatz von Pflegekräften aufgrund des Gestellungsvertrages mit der Schwesternschaft C... erzielt, da bei ihr und der Schwesternschaft unterschiedlich hohe Tariflöhne bezahlt würden und die Zusatzversorgung anders dotiert werde.

Auch bei einer gemeinnützigen Krankenhausgesellschaft ist das Bestreben – und die oftmalige Notwendigkeit – Einsparungen im Bereich der Personalkosten vorzunehmen, ein ausreichender Anlass für eine zu treffende unternehmerische Entscheidung.

Diese hatte hier zum Inhalt, sukzessive dem gesamten nachgeordneten Pflegebereich fremd zu vergeben. Dies in der Form, in diesem Bereich neben dem bisher beschäftigten eigenen Personal keine Neueinstellungen mehr vorzunehmen und sukzessive das eigene Pflegepersonal infolge der natürlichen Fluktuation abzubauen. Insofern wollte sich die Beteiligte zu 1) dauerhaft und nachhaltig einer dritten Organisation bedienen, um den Personalbedarf kostengünstiger abdecken zu können. Diese Situation ist vergleichbar mit der Entscheidung, betriebliche Teilaufgaben nicht mehr selbst zu erledigen und hierzu eigenes Personal einzusetzen, sondern sich diesbezüglich dritter Organisationen zu bedienen.

Das Bundesarbeitsgericht hat auch in seiner Entscheidung vom 26.09.2002 (2 AZR 636/01 – NZA 2003, 549) betont, dass die Unternehmerentscheidung des Betreibers eines Krankenhauses, bestimmte Teilbereiche (z.B. Küche, Reinigungsdienst) nicht mehr durch eigene Arbeitskräfte wahrnehmen zu lassen, sondern damit ein Drittunternehmen zu beauftragen, grundsätzlich nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung und ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen ist.

Entschließt sich nämlich 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. 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. Zu der verfassungsrechtlich garantierten unternehmerischen Freiheit gehört grundsätzlich auch das Recht des Unternehmens, 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.

Da durch die unternehmerische Entscheidung Bestandsschutzinteressen der Arbeitnehmer betroffen sein können, hat eine Missbrauchskontrolle stattzufinden. Die unternehmerische Entscheidung ist stets daraufhin zu überprüfen, ob sie offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Diese Missbrauchskontrolle hat sich u.a. daran zu orientieren, dass durch die Wertung der Willkür und des Missbrauchs der verfassungsrechtlich geforderte Bestandsschutz nicht unangemessen zurückgedrängt wird. Neben Verstößen gegen gesetzliche und tarifliche Normen zählen hierzu vor allem Umgehungsfälle (so das BAG, a.a.O., S. 551).

Anders als in dem vom BAG in seiner Entscheidung vom 26.09.2002 entschiedenen Fall ist es in Bezug auf das Weiterbeschäftigungsinteresse der betroffenen Auszubildenden und die betriebsverfassungsrechtliche Schutzfunktion des § 78a BetrVG weder rechtsmissbräuchlich noch stellt es einen Umgehungstatbestand zu § 78a BetrVG dar, wenn die Beteiligte zu 1) eine Weiterbeschäftigung des Beteiligten zu 2) lediglich in der Form des Abschlusses eines Arbeitsvertrages mit der Schwesternschaft C... im Rahmen des bestehenden Gestellungsvertrages ermöglicht.

Dem Beteiligten zu 2) wird ein Einsatz in derselben betrieblichen Einrichtung und zu tarifvertraglich abgesicherten Arbeitsbedingungen angeboten. In seiner Funktion als Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung wird der Beteiligte zu 2) auch nicht in irgend einer Form gegenüber anderen Auszubildenden benachteiligt, denn ihm wird eine Weiterbeschäftigung zu denselben Konditionen angeboten, wie den übrigen übernommenen Auszubildenden seines Jahrgangs. Es würde sich vielmehr um eine Besserstellung des Beteiligten zu 2) aufgrund seines betriebsverfassungsrechtlichen Amtes handeln, wenn er dauerhaft vergütungs- und versorgungsrechtlich günstiger gestellt würde als die vergleichbaren Auszubildenden seines Jahrgangs, vgl. § 78 Satz 2 BetrVG.

Nachdem die unternehmerische Organisationsstruktur bereits seit zwei Jahren praktiziert wird, sprechen keine Umstände dafür, diese Konstruktion sei

von der Beteiligten zu 1) nur gewählt worden, um der Weiterbeschäftigungspflicht i.R.d. § 78a BetrVG zu entgehen.

III.

1. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst, § 2 Abs. 2 GKG.
2. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde erfolgt gemäß §§ 92 Abs. 1 S. 1 und 2, 72 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 ArbGG. Dem Verfahren wird in Bezug auf die Auswirkungen einer unternehmerischen Organisationsentscheidung i.R.d. § 78a BetrVG grundsätzliche Bedeutung beigemessen und weicht zudem von der Entscheidung der 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 21.12.2006 – 5 TaBV 61/05 – ab. In dieser Entscheidung wird in einem vergleichbaren Fall davon ausgegangen, dass ein andauernder Bedarf an der Beschäftigung von Arbeitnehmern im Rahmen der eigenen Arbeitsorganisation besteht.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss kann von den Beteiligten zu 2) – 4) Rechtsbeschwerde eingelegt werden.

Die Rechtsbeschwerde muss innerhalb einer Notfrist von einem Monat schriftlich beim Bundesarbeitsgericht, **Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt** (Telefax-Nr. 0361/2636 – 20 00) eingelegt und in gleicher Weise innerhalb von zwei Monaten begründet werden. Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses.

Die Rechtsbeschwerdeschrift und die Rechtsbeschwerdebegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Roth, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht
Bürner, Ehrenamtlicher Richter
Schneider, Ehrenamtlicher Richter

Verkündet am 28. März 2007