

Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Urteil

Aktenzeichen: 6 Sa 216/01
2 Ca 1674 a/00 ArbG Neumünster
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 07.06.2002

Im Namen des Volkes

gez. ...
als Urkundsbeamt. d. Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit pp.

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 07.06.2002 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 14. Dezember 2000 - Az: 2 Ca 1674 a/00 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.
2. Die Revision wird zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

pp.

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung der Beklagten mit Schreiben vom 28. September 2000 zum 31. März 2001 beendet worden ist.

Der am ... 1972 geborene Kläger ist seit dem 1. März 1995 bei der Beklagten im Küchen-, Servier- und Spülbereich beschäftigt. Seine monatliche Vergütung betrug zuletzt bei einer Arbeitszeit von 38,5 Wochenstunden 1.701,00 EUR brutto.

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet der Manteltarifvertrag für Arbeiter (MTArb) Anwendung.

Die Beklagte betreibt eine Klinik in B.... Gesellschafter der Beklagten sind die Landesversicherungsanstalten und die ... Landesverbände der Länder ... sowie die Stadt B....

Nach Anhörung des Betriebsrats mit Schreiben vom 20. September 2000 und dessen Widerspruch vom 25. September 2000 hat die Beklagte mit Schreiben vom 28. September 2000 das Arbeitsverhältnis der Parteien ordentlich zum 31. März 2001 gekündigt, weil „die ... Reinigungs-, Küchen- und Servierbereiche sowie die Diätabteilung und die Abteilung Ernährungsberatung mit Ablauf des 31. März 2001 vollständig stillgelegt“ würden. Dieser Schritt sei aus wirtschaftlichen Gründen zwingend erforderlich.

Der Kündigung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Durch notariellen Vertrag vom 16. Januar 2001 errichteten die Beklagte und die Firma Z. GmbH die Firma G. Gesellschaft für Dienst- und Serviceleistungen mbH (nachfolgend S.-GmbH) mit dem Sitz in B.... Die Beklagte hat 51%, die Firma Z. 49% der Geschäftsanteile übernommen. Der das Gesellschaftsverhältnis regelnde Gesellschaftsvertrag bestimmt u. a.:

§ 2

Gegenstand des Unternehmens

- (1) Gegenstand des Unternehmens ist die Durchführung von Dienstleistungstätigkeiten für die Klinik B... wie folgt:
- a) Reinigungstätigkeiten aller Art sowie der Tätigkeit des klinischen Hauspersonals (ibs. Stationshilfen o. ä.) der allgemeinen hauswirtschaftlichen Tätigkeiten (ibs. Etagenhilfen), des Hol- und Bringdienstes, des Transportdienstes der Wäscherei und Wäscheversorgung;
 - b) Speisen- und Getränkeversorgung einschließlich der damit verbundenen Nebenleistungen und Transportdienste;
 - c) Erbringung von Facility-Management-Dienstleistungen, d. h. die Organisation, Koordination und Erbringung von Dienstleistungen, die für die Erhaltung und Nutzung von Grundstücken nebst darauf stehenden Gebäuden

und ihren Räumlichkeiten sowie den zugehörigen Maschinen und Anlagen zweckdienlich sind.

sowie sonstigen Dienstleistungen im nicht medizinischen Bereich.

- (2) Die Gesellschaft kann alle Geschäfte betreiben, die dem Gesellschaftszweck unmittelbar oder mittelbar zu dienen geeignet sind. Sie kann Zweigniederlassungen errichten und sich an gleichartigen oder ähnlichen Unternehmen beteiligen.

§ 4

Stammkapital, Stammeinlagen

- (1) Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt

Euro 25.000,00

(in Worten: Euro fünfundzwanzigtausend).

- (2) Auf das Stammkapital übernehmen:

- die Klinik B... GmbH, eine Stammeinlage von	Euro	12.750,00
- die Z. B... GmbH, eine Stammeinlage von	Euro	12.250,00

§ 5

Geschäftsführung

Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer, die durch Gesellschaftsbeschluss bestellt und abberufen werden. Hierbei ist sicherzustellen, dass der oder die Geschäftsführer jeweils aus der Leitung der Klinik B... GmbH stammen. Die Geschäftsführung ist berechtigt, vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft aufzunehmen.

§ 7**Ausübung der Geschäftsführung**

- (2) Die Geschäftsführer sind verpflichtet, die Geschäfte der Gesellschaft in Übereinstimmung mit dem Gesetz, diesem Gesellschaftsvertrag sowie den Beschlüssen der Gesellschafter zu führen.
- (3) Die Geschäftsführung bedarf für alle Geschäfte, die über den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens der Gesellschaft hinausgehen, der vorhergehenden Zustimmung durch Gesellschafterbeschluss. Hierzu zählen insbesondere
- (4)
- a) die Veräußerung des Unternehmens ...
 - b) der Erwerb anderer Unternehmen ...
 - d) Erwerb von Grundstücken ...
 - f) Abschluss von Reinigungs-, Catering- ...-Verträgen, sofern das sich hier aus jeweils für die Gesellschaft ergebende Vergütungsvolumen Euro 5.000,00 pro Kalendermonat übersteigt;
 - h) Investitionen, soweit die ... Kosten im Einzelfall Euro 5.000 übersteigen
 - l) Bestellung und Abberufung von Prokuristen, General- oder Handlungsbevollmächtigten für den gesamten Geschäftsbetrieb;
 - m) Abschluss, Änderung oder Beendigung von Miet-, Pacht- oder Leasingverträgen, soweit die jährlichen Verpflichtungen mehr als Euro 10.000,- im Einzelfall betragen;

Unter dem 26. März 2001 schlossen die Beklagte als „Auftraggeber“ und die S.-GmbH als „Auftragnehmer“ einen Vertrag, dessen Zielsetzung in der Vorbemerkung wie folgt bestimmt ist:

- Die Patienten und Mitarbeiter des Auftraggebers qualitativ anspruchsvoll zu verpflegen;
- dem Auftraggeber einen möglichst wirtschaftlichen Betrieb des Verpflegungsbereichs sicherzustellen.

In diesem Vertrag, der im Folgenden als **Vertrag Dienstleistung Küchenbereich** bezeichnet wird, heißt es u. a.:

Vorbemerkung

Der Auftraggeber betreibt eine Klinik in B.... Um eine dauerhafte und gute Zusammenarbeit herbeizuführen, werden die nachfolgenden Vereinbarungen getroffen, mit der Zielsetzung:

- Die Patienten und Mitarbeiter des Auftraggebers qualitativ anspruchsvoll zu verpflegen;
- dem Auftraggeber ein möglichst wirtschaftlichen Betrieb des Verpflegungsbereichs sicherzustellen.

§ 1

Gegenstand und Zweck des Vertrages

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

Der Auftraggeber trägt die Wartungskosten für das gesamte Inventar. Schwund und Bruch gehen zu Lasten des Auftraggebers mit Ausnahme vorsätzlich durch Bedienstete des Auftragnehmers verursachter 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.

§ 2

Leistungsumfang im Einzelnen

Im Einzelnen hat der Auftragnehmer demgemäß folgende Tätigkeiten zu erbringen:

- Zubereitung aller Speisen und Getränke, wie in den gemeinsam festgelegten Speiseplänen vorgesehen;
Erstellen von Speiseplänen;
Aufgaben der Diätassistentin und Ernährungsberatung;
- Disponierung aller zu beschaffenden Waren;
- Speisenportionierung und Vorbereitung zur Verteilung sowie Verteilung der Speisen;
- Reinigen und Spülen des Geschirrs;
- sonstige Tätigkeiten zur Leitung und Organisation des Verpflegungsbereichs.

§ 4

Speisepläne und Essenszeiten

- (1) Die Essenszeiten und Ausgabezeiten werden einvernehmlich zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer festgelegt.
- (2) Der Auftragnehmer erstellt Speisepläne, die mit dem Auftraggeber unter Hinzuziehung seiner Küchenkommission abgestimmt werden.

§ 7

Rohstoffe

Nach gemeinsamer Festlegung der Speisepläne wird der Auftragnehmer wöchentliche/monatliche Dispositionslisten über die erforderlichen Rohstoffe und Materialien erstellen und diese mit dem Auftraggeber abstimmen. Der Auftragnehmer wird dann die Bestellung im Namen und für Rechnung des Auftraggebers auf der Grundlage der abgestimmten Dispositionslisten vornehmen.

Ebenfalls unter dem 26. März 2001 schlossen die Beklagte und die S.-GmbH einen Werkvertrag, in dem die Beklagte die Ausführung der Unterhaltsreinigung in ihrer

Klinik der S.-GmbH nach Maßgabe des anliegenden Leistungs-, Raum- und Flächenverzeichnisses übertragen hat. Dieser Vertrag (im Folgenden: **Werkvertrag Reinigung**) bestimmt in

§ 4 Sonstige Bestimmungen

(2) Der Auftraggeber ist berechtigt, die vom Auftragnehmer bei der Reinigung arbeitenden Kräfte jederzeit auf ihre fachliche und persönliche Eignung hin zu überprüfen.

Sowohl der Vertrag Dienstleistung Küchenbereich als auch der Werkvertrag Reinigung sind vereinbarungsgemäß zum 1. April 2001 in Kraft getreten. Der Kläger hat die Tätigkeit in der Klinik der Beklagten über den 31. März 2001 fortgesetzt. Die Arbeitskräfte die bei der S.-GmbH ab 1. April 2001 im Küchen- und Servicebereich (im Folgenden: **Küchenbereich**) eingesetzt oder mit Reinigungstätigkeiten betraut sind, erhalten seit dem 1. April 2001 Arbeitsanweisungen von der S.-GmbH.

Der Kläger hält die Kündigung für sozial ungerechtfertigt und hat vorgetragen: Dringende betriebliche Gründe lägen nicht vor. Die von ihm ausgeübte Tätigkeit müsse weiterhin ausgeführt werden. Vor Ausspruch der Kündigung hätte eine Sozialauswahl mit vergleichbaren Arbeitnehmern stattfinden müssen. Im Übrigen liege ein klassischer Betriebsübergang vor. Auch sei der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß beteiligt worden.

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 28. September 2000 nicht zum 31. März 2001 aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen:

Die Kündigung sei als betriebsbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt. Seit Jahren sei ihre wirtschaftliche Entwicklung ungünstig verlaufen. Sie habe in den Jahren 1995 bis 1997 Fehlbeträge in Höhe von DM 4,5 Mio und 2,6 Mio erwirtschaftet. Die Eigenkapitaldecke habe sie bis zum 31. Dezember 1999 auf rund 6,1 Mio verringert. Für 2000 werde ein Jahresfehlbetrag zwischen einer und 1,6 Mio DM erwartet. Durch die Übertragung der Arbeiten solle Umsatzsteuer eingespart werden, da sie, die Beklagte, wegen ihrer Gemeinnützigkeit den Vorsteuerabzug nicht geltend machen könne. Sie habe sich, so das Gutachten, deshalb an ein Drittunternehmen mit 51 % beteiligen sollen. Das erwartete Einsparpotenzial liege bei DM 1,6 Mio jährlich. Die Einsparung ergebe sich daraus, dass die Mitarbeiter der S.-GmbH nach dem Gebäudereinigerstarifvertrag für Schleswig-Holstein bezahlt würden sowie in der Einsparung von Umsatzsteuer. Die gesamten Reinigungs-, Küchen- und Servierbereiche würden zum 31. März 2001 stillgelegt. Zum 1. April seien sämtliche Dienstleistungen in den beschriebenen Bereichen auf die S.-GmbH übertragen. Diese beschäftige keine Mitarbeiter, die bisher bei ihr, der Beklagten, tätig gewesen seien. Die Nutzung der Einrichtungen der Klinik erfolge durch die S.-GmbH nicht eigenwirtschaftlich, sondern nur zur Erfüllung ihrer im Verhältnis zur ihr, der Beklagten, begründeten Dienstleistungspflicht.

Durch die Stilllegung der Bereiche sei die Möglichkeit einer Beschäftigung in diesen Bereichen entfallen. Sie, die Beklagte, habe sich gegen einen Betriebsübergang entschieden, weil sonst die erforderliche Kostenersparnis nicht erreichbar gewesen sei. Ein Betriebsübergang liege nicht vor, weil nichts auf die S.-GmbH übergehe. Die Identität der wirtschaftlichen Einheit werde nicht gewahrt. Eine Sozialauswahl sei nicht durchzuführen gewesen, weil es im ganzen Betrieb keine vergleichbaren Arbeitnehmer gebe. Der Betriebsrat sei auch ausreichend unterrichtet worden; am 5. und 17. Juli 2000 seien zwei ausführliche Gespräche mit dem Betriebsrat geführt worden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und dies wie folgt begründet:

Die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt, weil dringende betriebliche Erfordernisse, die der Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstünden, nicht vorlägen. Das ergebe sich insbesondere nicht aus einer Betriebsteilstilllegung. Eine solche setze den

ernstlichen und endgültigen Entschluss des Unternehmers voraus, die Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hinsichtlich eines bestimmten Betriebsteils für einen seiner Dauer nach unbestimmten, wirtschaftlich nicht unerheblichen Zeitpunkt aufzuheben. Erforderlich sei in jedem Fall, dass der Arbeitgeber seine Arbeitgeberstellung aufgebe. Diese Voraussetzung liege nicht vor. Die Beteiligung der Beklagten an der S.-GmbH solle nach ihrem eigenen Vorbringen 51 % betragen. Damit habe die Beklagte die Gesellschaftermehrheit. Gleichzeitig solle der Geschäftsführer der Beklagten zugleich Geschäftsführer der S.-GmbH sein. Sie sei damit gegenüber Arbeitnehmern des Reinigungs- und Küchenbetriebes weisungsbefugt. Damit behalte die Beklagte die Arbeitgeberstellung bei. Daran ändere der Vortrag der Beklagten nichts, dass der Prokurist der S.-GmbH die Befugnisse des Personalleiters wahrnehmen solle. Der Geschäftsführer der S.-GmbH sei gegenüber dem Prokuristen weisungsbefugt und könne dieses Weisungsrecht jederzeit ausüben.

Gegen dieses ihr am 1. März 2001 zugestellte Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer am 29. März 2001 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen und am 27. April 2001 begründeten Berufung.

Die Beklagte trägt vor:

Ihre Entscheidung bewege sich im Rahmen der freien Unternehmerentscheidung. Sie habe das sich ergebende Einsparpotenzial nachvollziehbar dargelegt. Dieses liege bei rund DM 1,6 Mio. Im Ergebnis resultiere die Einsparung daraus, dass die S.-GmbH ihre Leistungen entsprechend günstig anbieten könne, weil die von ihr beschäftigten Mitarbeiter nach dem Gebäudereinigertarifvertrag für Schleswig-Holstein bezahlt würden, der im Verhältnis zu den für die Mitarbeiter geltenden Tarifen des öffentlichen Dienstes ein um knapp 27 % geringeres Lohnniveau habe. Auch die Unkündbarkeit stehe der Kündigung nicht entgegen. Diese ändere nichts an der Tatsache, dass eine Sozialauswahl nicht durchgeführt werden könne, weil kein vergleichbarer Arbeitsplatz vorhanden sei. Sie sei auch nicht in der Lage, aufgrund von Umorganisationen entsprechende Arbeitsplätze zu schaffen. Eine Weiterbeschäftigung des Klägers an anderen Arbeitsplätzen scheitere im Hinblick auf die Aufgaben des Personenkreises und wegen der besonderen qualitativen Anforderungen an die jeweilige Tätigkeit.

Es sei vorgesehen und auch so umgesetzt worden, dass die S.-GmbH einen mit Einzelprokura versehenen Prokuristen habe, der mit der Befugnis des Personalleiters ausgestattet sei. Ihm sei durch Geschäftsanweisung für alle personellen und sozialen Angelegenheiten der Mitarbeiter in der S.-GmbH die Zuständigkeitskompetenz mit eigenständiger Entschließungsfreiheit zugewiesen worden. Der Prokurist sei auch im Handelsregister als Einzelprokurist eingetragen. Ferner verfüge die Firma über einen Betriebsleiter. Die von der S.-GmbH beschäftigten Arbeitnehmer unterlägen ausschließlich dessen fachlichen Weisungen. Die S.-GmbH stelle auch ihre Mitarbeiter selbst ein.

Die Beklagte nimmt im Übrigen auf die mit der S.-GmbH abgeschlossenen Verträge Bezug. Sie, die Beklagte, habe sich weder im Vertrag bezüglich der Küchenleistungen noch im Reinigungsvertrag vorbehalten, Mitarbeitern der S.-GmbH irgendwelche Weisungen, sei es in fachlicher oder personeller Hinsicht, zu erteilen. Zur Zeit befinde sie, die Beklagte, sich, da noch 54 Kündigungsrechtsstreite rechtshängig seien, mit der Umsetzung der von ihr angestrebten Sanierungsmaßnahmen in einer Übergangsphase.

Das Arbeitsgericht gehe zu Unrecht davon aus, dass sie, die Beklagte, nach der Stilllegung zum 31. März 2001 noch irgendwelche Arbeitgeberfunktionen bezüglich der von der S.-GmbH beschäftigten Arbeitnehmer, die in ihren, der Beklagten, Räumen tätig seien, ausübe oder ausüben werde. Zum 1. April 2001 steuere sie gerade nicht mehr die wirtschaftlichen und betriebsorganisatorischen sowie fachnotwendigen Abläufe im Küchenbereich (einschließlich Servierbereich, Diätabteilung und Abteilung Ernährungsberatung) und im Reinigungsbereich. Die der S.-GmbH übertragenen Arbeiten seien der S.-GmbH zur selbständigen Erledigung übertragen. Mit dieser Übertragung wolle sie, die Beklagte, sich auch der aufwandswirksamen Belastungen entledigen, die mit der weiteren Wahrnehmung von Arbeitgeberfunktionen, insbesondere in personeller und sozialer sowie fachlicher Beziehung, verbunden gewesen seien. Richtig sei, dass der Geschäftsführer der S.-GmbH gegenüber dem Betriebsleiter der S.-GmbH und dem Prokuristen der Gesellschaft weisungsbefugt sei. Nicht weisungsbefugt sei aber ihr, der Beklagten, Geschäftsführer. Der Geschäftsführer der S.-GmbH sei ausschließlich den Gesellschaftern der S.-GmbH gegenüber weisungsge-

bunden. Die Gesellschafterversammlung habe auch nicht Weisungsrechte der Gesellschafterversammlung der S.-GmbH auf sie, die Beklagte, als einzelne Gesellschafterin übertragen. Andererseits verfügten sie, die Beklagte, und ihr Geschäftsführer überhaupt nicht über die rechtliche Macht, irgendwelche Arbeitgeberfunktionen gegenüber den von der S.-GmbH beschäftigten Mitarbeitern auszuüben. Sie übe solche Funktionen auch tatsächlich nicht aus, wie die seit 1. April 2001 gehandhabte Praxis zeige.

Das Arbeitsgericht habe auch zu Unrecht angenommen, dass eine Personalunion im Geschäftsführungsamt Auswirkungen auf den betrieblichen Bereich habe. Die Voraussetzungen für einen einheitlichen Betrieb mehrerer Unternehmen lägen nicht vor. Insbesondere fehle organisatorisch die Einheitlichkeit der Entscheidungen in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten, die ein Kriterium für die Annahme eines Gemeinschaftsbetriebes sein könne. Eine konzernrechtliche Weisungsbefugnis, die nicht einmal vorliege, reiche nicht aus.

Schließlich liege auch kein Betriebsübergang vor, weil „nichts übergehe“. Der Übergang der wirtschaftlichen Einheit ergebe sich auch nicht daraus, dass die S.-GmbH das ihr, der Beklagten, gehörende Inventar nutze. Dies erfolge nämlich nicht zu eigenwirtschaftlichen Zwecken.

Sie habe auch den Betriebsrat ordnungsgemäß angehört. Das Anhörungsschreiben sei an den Vorsitzenden des Betriebsrats gerichtet und im Büro des Betriebsrats am 22. Januar 2001 abgegeben worden. Inhaltlich erfülle das Anhörungsschreiben die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats. Zur Sozialauswahl habe sie nichts ausgeführt, weil es nach ihrer Auffassung keinen vergleichbaren Arbeitsplatz gäbe.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster (Az.: 2 Ca 1674 a/00) vom 14. Dezember 2000 dahin abzuändern, dass die Klage abgewiesen wird.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil und trägt weiter vor:

Seitens der Beklagten habe keine ernsthafte Absicht bestanden, eine Betriebsstilllegung zu betreiben. Vielmehr habe die Beklagte, wenn auch unter einem neuen rechtlichen Rahmen, den Betrieb fortgeführt, so dass schon ein dringendes betriebliches Erfordernis für die Kündigung nicht vorgelegen habe. Insofern sei das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 26. September 1996 - 2 AZR 200/96 - vorliegend anwendbar. Hier - wie in dem dortigen Fall - habe der Arbeitgeber keinesfalls die Absicht gehabt, seinen wirtschaftlichen Einfluss auf die Tätigkeiten, die durch den Kläger ausgeführt worden seien, zu beenden. Zu Recht habe das Arbeitsgericht ausgeführt, dass die Beklagte ihre Arbeitgeberstellung nicht aufgegeben habe. Als Mehrheitsgesellschafterin der S.-GmbH könne und werde die Beklagte mit den Beschlüssen in der Gesellschafterversammlung maßgeblichen Einfluss auf die Geschäfte der S.-GmbH nehmen. Es liege Personalunion zwischen den Geschäftsführern vor. Die Mitarbeiter und das Beschäftigungsbedürfnis blieben, lediglich die Vertragsverhältnisse würden ausgetauscht. Die von der Beklagten behaupteten Befugnisse und Kompetenzen des personalleitenden Prokuristen und das Vorliegen einer Geschäftsanweisung für alle personellen und sozialen Angelegenheiten der Mitarbeiter würden bestritten. Es sei der Beklagten auch möglich gewesen, ihr Ziel, die Lohnkosten zu senken, mit veränderten Arbeitsbedingungen zu erreichen. Die Beklagte habe den Verhandlungsspielraum, welcher der Beklagten durch den Betriebsrat und die Mitarbeiter angeboten worden sei, nicht genutzt. Sie habe ihr Konzept auch durch Änderungskündigung durchsetzen können. Die Kündigung sei auf jeden Fall deshalb unwirksam, weil hier ein Fall der Unternehmensaufspaltung mit den Rechtsfolgen des § 613 a BGB vorliege. Die Beklagte habe einen Teil ihres Betriebes ausgegliedert und in eine von ihr neu gegründete GmbH verlagert.

Selbst für den Fall, dass keine Betriebsaufspaltung vorliegen würde, greife § 613 a BGB unmittelbar ein.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien im Berufungsrechtszuge wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der vorbereitend gewechselten Schriftsätze und Anlagen Bezug genommen.

Ergänzend wird auf den Akteninhalt verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung der Beklagten ist zulässig.

Sie ist der Beschwer nach statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

In der Sache konnte die Berufung jedoch keinen Erfolg haben. Das Arbeitsgericht hat zu Recht festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 28. September 2000 nicht aufgelöst worden und der Kläger zu unveränderten Bedingungen weiterzubeschäftigen ist.

Die Berufungskammer folgt den zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts in vollem Umfang, so dass insoweit gem. § 543 Abs. 1 ZPO auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen werden kann.

Die Angriffe der Berufung rechtfertigen keine abweichende Beurteilung der Sach- und Rechtslage.

Die Kündigung ist nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstehen, gerechtfertigt (§ 1 Abs. 2 KSchG). Ein solches dringendes betriebliches Erfordernis kann vorliegen, wenn sich der Arbeitgeber im Unternehmensbereich zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren innerbetrieblichen Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt (BAGE 28, 131, 133 in: AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 „Betriebsbedingte Kündigung“ zu II 2 der Gründe; BAGE 31, 157, 161 in: AP Nr. 6 a. a. O. zu 2 I a der Gründe). Das Gericht hat voll nachzuprüfen, ob eine solche unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt und durch ihre Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist. Die Unternehmerentscheidung selbst ist hingegen nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unvernünftig oder willkürlich ist (BAG in BAGE 55, 262, 270 f.).

Die von der Beklagten behauptete Stilllegung eines Betriebsteiles und die Vergabe der dort bisher durchgeführten Arbeiten an ein Drittunternehmen zur selbständigen

Durchführung ist als eine die Arbeitsgerichte grundsätzlich bindende Unternehmerentscheidung anerkannt (BAG, NZA 1996, 1145).

Eine solche Betriebsteillstilllegung ist vorliegend nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten nicht gegeben. Die Beklagte hat nach ihrem insoweit unwidersprochenen Vortrag im Rahmen eines Sanierungskonzepts aus wirtschaftlichen Erwägungen den Küchenbetrieb sowie die Reinigungsarbeiten zum 31. März 2001 rechtlich ausgegliedert und der S.-GmbH übertragen, um ihre Aktivitäten auf die sogenannten Kernkompetenzen zu reduzieren, wobei zu berücksichtigen ist, dass externe Anbieter, die sich auf die betreffenden Dienstleistungen spezialisiert haben und über die erforderliche besondere Sachkunde verfügen, ihre Leistungen kostengünstig anbieten können. Eine derartige innerbetriebliche Umstrukturierungsmaßnahme stellt eine freie unternehmerische Entscheidung dar, die zum Wegfall der von der Teillstilllegung betroffenen Arbeitsplätze führen und eine betriebsbedingte Kündigung sozial rechtfertigen kann.

Vorliegend ist der Arbeitsplatz des Klägers allerdings dadurch nicht in Wegfall gekommen. Die Voraussetzungen einer Betriebsteillstilllegung im oben dargestellten Sinn sind nach Auffassung der Berufungskammer hier nicht erfüllt. Entscheidend ist, dass die Beklagte ihre Befugnisse als Arbeitgeberin auch nach Aufnahme der Tätigkeit der S.-GmbH am 1. April 2001 nicht vollständig aufgegeben, sondern in wesentlichen Funktionen beibehalten hat.

Die S.-GmbH ist zwar eine eigene Rechtsperson, die nach dem Vorbringen der Beklagten über einen eigenen Leitungsapparat verfügt, der sämtliche für die Erreichung des arbeitstechnischen Gesamtzwecks eingesetzten Mittel lenkt und die Arbeitgeberfunktionen in den sozialen und personellen Angelegenheiten im Betrieb wahrnimmt (BAG, EzA § 23 KSchG Nr. 14). Dem von der S.-GmbH bestellten und auch im Handelsregister eingetragenen Prokuristen sind alle Befugnisse in personellen Angelegenheiten zur selbständigen Erledigung übertragen worden.

Die Beklagte hat ihre Arbeitgeberstellung im Verhältnis zur S.-GmbH jedoch lediglich formal aufgegeben, nicht aber ihr unternehmerisches Handeln und ihre Leitungsbefugnis. Zwar hat sie gegenüber den Beschäftigten der S.-GmbH rechtlich kein Weisungsrecht. Das Weisungsrecht der S.-GmbH wirkt sich aber faktisch so aus, als er-

teile die Beklagte die Weisungen selbst. Auch den Küchenbereich steuert die Beklagte wirtschaftlich.

Der Entschluss, die formale Arbeitgeberstellung aufzugeben, ist keine die Kündigung bedingende Unternehmerentscheidung, wenn der Unternehmer gegenüber den Beschäftigten weiterhin selbst die für die Durchführung der Arbeiten erforderlichen Weisungen erteilen kann. In einem solchen Fall entfällt nicht die Beschäftigungsmöglichkeit im Betrieb, vielmehr sollen nur die eigenen Beschäftigten durch andere Arbeitnehmer ersetzt werden (BAG, Urt. v. 26. September 1996, AP Nr. 80 zu § 1 KSchG „Betriebsbedingte Kündigung“, sog. „Reederei-Entscheidung“).

Diese Grundsätze sind auch im entschiedenen - zumindest vergleichbaren - Fall heranzuziehen.

Ein zumindest faktisches Weisungsrecht der Beklagten gegenüber der S.-GmbH ergibt sich aus den Regelungen des Gesellschaftsvertrages. Nach § 5 Satz 2 dieses Vertrages ist sicherzustellen, dass der oder die Geschäftsführer jeweils aus der Leitung der Beklagten stammen. Diese Personenidentität gewährleistet, dass die Beklagte ihre betrieblichen Interessen im Küchen- und Reinigungsbereich durch Weisungen gegenüber den dort tätigen Arbeitnehmer wahrnehmen und auch durchsetzen kann. Die Geschäftsführung der S.-GmbH bedarf für alle Geschäfte, die über den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens der Gesellschaft hinausgehen, der vorherigen Zustimmung durch Gesellschafterbeschluss. Hierzu zählen u. a. der Abschluss von Reinigungs- und Cateringverträgen, sofern das sich hieraus jeweils für die Gesellschaft ergebende Vergütungsvolumen 5.000,00 EUR pro Kalendermonat übersteigt (§ 7 Abs. 4 Satz 2 lit. f) und die Bestellung und Abberufung von Prokuristen, General- oder Handlungsbevollmächtigten für den gesamten Geschäftsbetrieb (§ 7 Abs. 4 Satz 2 lit. I). Die Geschäftsführer der S.-GmbH sind verpflichtet, die Geschäfte der Gesellschaft in Übereinstimmung mit den Beschlüssen der Gesellschafter zu führen (§ 7 Abs. 2). Bei derartigen Gesellschafterbeschlüssen wird es sich in der Regel auswirken, dass die Beklagte gem. § 4 des Gesellschaftsvertrages zu 51% an dem Stammkapital der Gesellschaft beteiligt ist und damit eine Mehrheit von 10 Stimmen in der Gesellschafterversammlung hat. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 25.000,00 EUR, auf das die Beklagte eine Einlage von 12.750,00 EUR und die Z. Berlin GmbH von 12.250,00 EUR übernehmen. Je 50,00 EUR eines Geschäftsanteils gewähren eine Stimme (§ 9 Abs. 3).

Überdies nimmt die Beklagte entscheidend auf den Küchenbetrieb Einfluss, wie sich aus dem Vertrag „Dienstleistungen Küchenbereich“ ergibt. Nach § 4 Abs. 1 legt die Beklagte Essens- und Ausgabezeiten einvernehmlich mit der S.-GmbH fest; über die Speisepläne stimmen sich beide ab (§ 4 Abs. 2). Die S.-GmbH hat bei der Gestaltung der Speisepläne darauf zu achten, dass der Speiserhythmus 6 Wochen nicht unterschreitet und jahreszeitlich angepasst ist (§ 4 Abs. 3 Satz 1). Sie hat die aufgrund der Festlegung der Speisepläne zu erstellenden wöchentlichen / monatlichen Dispositionslisten über die erforderlichen Rohstoffe und Materialien mit der Beklagten abzustimmen (§ 7 Satz 1). Schließlich erbringt die S.-GmbH ihre Leistungen namens und in Rechnung der Beklagten.

Nicht gefolgt werden kann dem Einwand der Beklagten, dass die in den oben zitierten vertraglichen Regelungen enthaltenen Einwirkungsmöglichkeiten erforderlich seien, um die Vorstellungen der Beklagten hinsichtlich der Speisepläne in qualitativer und quantitativer Hinsicht zu wahren; sie habe sich bestimmte Einflussmöglichkeiten vorbehalten, um solche Vorgaben machen zu können, die sich jeder Auftraggeber eines Dienst- oder Werkvertrages vorbehalte. Die in § 7 des Vertrages vorgesehene Abstimmung bzgl. der Dispositionslisten über den Wareneinkauf, den die S.-GmbH vorzunehmen habe, sei geboten, weil die S.-GmbH den Einkauf im Namen und für Rechnung der Beklagten vornehme. Das Abstimmungsrecht dokumentiere daher keinerlei Eingriffsrechte auf unternehmerischer Ebene in die Abläufe der S.-GmbH, sondern entspreche der Tatsache, dass dieser keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit beim Wareneinkauf übertragen worden sei.

Durch diese Einwirkungsmöglichkeiten steuert jedoch die Beklagte wesentliche Teile des Küchenbetriebs in wirtschaftlicher Hinsicht; zumindest kann sie hier maßgeblichen Einfluss auf die S.-GmbH ausüben. Dies zeigt sich auch in der Regelung des § 7 Satz 2 des Vertrages, nach der die S.-GmbH die für den Küchenbetrieb erforderlichen Bestellungen auf der Grundlage der abgestimmten Dispositionslisten im Namen und für Rechnung der Beklagten vornimmt.

Die von der Beklagten geschilderte Organisationsstruktur der S.-GmbH steht dem hier gefundenen Ergebnis nicht entgegen. Dies haben bereits verschiedene Kam-

mern des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein in zahlreichen gleichgelagerten Fällen zutreffend entschieden. So hat die 5. Kammer dazu u. a. ausgeführt:

„... unerheblich ist nach alledem, dass die S.-GmbH nach dem Vorbringen der Beklagten einen mit Einzelprokura versehenen Prokuristen hat, der mit der Befugnis des Personalleiters ausgestattet und dem durch Geschäftsanweisung für alle personellen und sozialen Angelegenheit der Mitarbeiter in der S.-GmbH die Zuständigkeitskompetenz mit eigenständiger Entschließungsfreiheit zugewiesen worden ist, ferner, dass die S.-GmbH über einen Betriebsleiter verfügt, dessen fachlichen Weisungen die von der S.-GmbH beschäftigten Arbeitnehmer ausschließlich unterliegen. Entscheidend ist, dass Personalleiter und Betriebsleiter ihrerseits gegenüber dem Geschäftsführer der S.-GmbH weisungsgebunden sind. Allerdings ist der Geschäftsführer einer GmbH seinerseits der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche für ihn durch Gesellschaftsvertrag oder durch die Beschlüsse der Gesellschaft festgesetzt sind (§ 37 Abs. 1 GmbHG). Derartige Beschränkungen der Vertretungsbefugnis, die die Einwirkungsmöglichkeiten der Beklagten auf die S.-GmbH einschränken könnten, sind in dem Gesellschaftsvertrag jedoch nicht enthalten. Dass sie in Gesellschafterbeschlüssen festgelegt sind, lässt sich dem Vortrag der Parteien nicht entnehmen

Aus den dargelegten Gründen ergibt sich, dass von einem Weisungsrecht der Beklagten gegenüber den Mitarbeitern, die über den 31. März 2001 hinaus im Küchenbereich oder in der Reinigung weiterarbeiten, und von einem weiteren unternehmerischen Handeln der Beklagten in diesen Bereichen auszugehen ist. Damit ist die Möglichkeit, die Klägerin ab dem 1. April 2001 weiterzubeschäftigen, für die Beklagte nicht entfallen ...“ (statt vieler: LAG Schl.-Holst., Urt. v. 7. Dezember 2001 - Az.: 5 Sa 167/01 - unter 2. b. dd. und c. der Gründe).

Diesen Ausführungen, denen die erkennende Kammer folgt, ist auch für den entschiedenen Fall nichts weiter hinzuzufügen.

Erweist sich damit die streitige Beendigungskündigung mangels dringender betrieblicher Erfordernisse als sozial nicht gerechtfertigt, kam es auf die von den Parteien weiter aufgeworfenen Rechtsfragen und auf etwaige sonstige Unwirksamkeitsgründe nicht mehr an.

Die Berufung war nach allem mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Die Revision ist wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG) und im Hinblick auf die abweichenden Entscheidungen der 4. Kammer

des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein (u. a. Urt. v. 13. Dezember 2001 - Az.:
4 Sa 203/01 -) gem. § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG zugelassen worden.

gez. ...

gez. ...

gez. ...