

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 19. Juli 2016
- 2 AZR 468/15 -
ECLI:DE:BAG:2016:190716.U.2AZR468.15.0

I. Arbeitsgericht Frankfurt am Main

Urteil vom 23. April 2014
- 17 Ca 7907/13 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 7. Mai 2015
- 9 Sa 1036/14 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Ordentliche Kündigung - Betrieblicher Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes

Bestimmungen:

GG Art. 3 Abs. 1; KSchG § 23 Abs. 1 Satz 3

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 468/15
9 Sa 1036/14
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. Juli 2016

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 19. Juli 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Rachor sowie die ehrenamtlichen Richter Söller und Claes für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 7. Mai 2015 - 9 Sa 1036/14 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. 1
- Der Kläger war seit Juli 2007 als Sales- und Marketingmanager zunächst bei einer Schwestergesellschaft der Beklagten beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis wurde ab Juli 2009 mit der Beklagten fortgeführt. Diese erwarb von ihrer Schwestergesellschaft neben deren Betrieb in F eine im Handelsregister als selbständige Niederlassung eingetragene Betriebsstätte in der Schweiz. Deren Leiter ist für die Einstellung und Entlassung des Personals der Niederlassung verantwortlich. Zwei bei der Schweizer Niederlassung angestellte Mitarbeiter haben ihren Wohnsitz in Deutschland. 2
- Die Beklagte kündigte das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 28. Oktober 2013 zum 31. Dezember 2013. Zum Zeitpunkt der Kündigung beschäftigte sie in ihrem Betrieb in F neben dem Kläger neun weitere Arbeitnehmer. 3
- Die Beklagte suchte im März 2014 über das Internet für ihre in F gelegene Niederlassung einen „Sales Assistant“. 4
- Gegen die Kündigung hat der Kläger rechtzeitig die vorliegende Klage erhoben. Die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Das Kündigungsschutzgesetz finde Anwendung. Die in der Schweizer Niederlassung beschäftigten Arbeitnehmer seien bei der Bemessung der Arbeitnehmerzahl der Hauptnieder- 5

lassung zu berücksichtigen. Jedenfalls habe er einen Anspruch auf Wiedereinstellung als „Sales Assistent“.

Der Kläger hat beantragt,

6

1. festzustellen, dass die Kündigung der Beklagten vom 28. Oktober 2013 das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst hat;
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn für den Fall des Ob-siegens mit dem Antrag zu 1) zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung als Sales & Marketing Manager zu beschäftigen;
3. für den Fall des Unterliegens mit dem Kündigungsschutzantrag die Beklagte zu verurteilen, sein Angebot auf Wiedereinstellung mit Wirkung ab dem 1. Januar 2014 als Sales Assistent zu den bei der Beklagten üblichen Arbeitsbedingungen mit einer Jahresvergütung in Höhe von 95.000,00 Euro unter Anrechnung einer Betriebszugehörigkeit seit dem 1. Juli 2007 anzunehmen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die beiden vom Kläger benannten Mitarbeiter der Schweizer Niederlassung erhielten ihre Arbeitsanweisungen von deren Leiter. Sie suchten nur gelegentlich aus geschäftlichen Anlässen den Betrieb in F auf.

7

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

8

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen.

9

I. Die Kündigungsschutzklage ist unbegründet. Die Kündigung ist nicht sozial ungerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 2 KSchG. Der Kläger war im Kündigungs-

10

zeitpunkt nicht in einem Betrieb beschäftigt, für den gem. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG der Erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes Anwendung fand. Andere Unwirksamkeitsgründe hat er gegenüber der streitgegenständlichen Kündigung nicht geltend gemacht.

1. Nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG gelten in Betrieben, in denen in der Regel nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden, die Vorschriften des Ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes mit Ausnahme von dessen §§ 4 bis 7, § 13 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 nicht für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis - wie hier - nach dem 31. Dezember 2003 begonnen hat. 11

2. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG enthält ebenso wie das gesamte Kündigungsschutzgesetz keine Definition des Betriebsbegriffs. Für §§ 1, 15 und 17 KSchG gilt daher im Wesentlichen der Betriebsbegriff iSd. § 1 BetrVG. Danach ist der Betrieb die organisatorische Einheit von Arbeitsmitteln, mit deren Hilfe der Arbeitgeber allein oder in Gemeinschaft mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe von technischen und immateriellen Mitteln einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck fortgesetzt verfolgt, der nicht nur in der Befriedigung von Eigenbedarf liegt. Mangels entgegenstehender Hinweise ist davon auszugehen, dass der Betriebsbegriff im gesamten Kündigungsschutzgesetz einheitlich gebraucht wird. Entsprechend der Unterscheidung zwischen „Betrieb“ und „Unternehmen“ in § 1 Abs. 1 KSchG ist er auch in § 23 Abs. 1 KSchG nicht mit dem des Unternehmens gleichzusetzen (*BAG 17. Januar 2008 - 2 AZR 902/06 - Rn. 15 f., BAGE 125, 274*). Dies ist verfassungsrechtlich im Grundsatz nicht zu beanstanden (*BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B II 4 b bb der Gründe, BVerfGE 97, 169*). 12

3. Die Darlegungs- und Beweislast für die betrieblichen Geltungsvoraussetzungen nach § 23 Abs. 1 KSchG trägt grundsätzlich der Arbeitnehmer. Etwaigen Schwierigkeiten, die sich mangels eigener Kenntnismöglichkeiten ergeben, ist durch die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast Rechnung zu tragen (*BAG 24. Januar 2013 - 2 AZR 140/12 - Rn. 27, BAGE 144, 222*). 13

4. Danach ist der betriebliche Geltungsbereich gem. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG im Streitfall nicht eröffnet. Die Beklagte beschäftigte im Zeitpunkt der Kündigung in ihrem Betrieb in F nicht mehr als zehn Arbeitnehmer. Es ist weder aus dem Vorbringen des Klägers noch objektiv ersichtlich, dass außer den - einschließlich des Klägers - unstreitig dort beschäftigten zehn Arbeitnehmern noch mindestens ein weiterer Mitarbeiter der Schweizer Niederlassung dem Betrieb in F zuzurechnen wäre. 14

a) Der Kläger hat behauptet, die beiden von ihm benannten Mitarbeiter würden „in der Hauptniederlassung beschäftigt und von Deutschland aus den gesamten europäischen Markt bearbeiten“. Einen auf ihre Eingliederung in den F Betrieb gerichteten substantiierten Tatsachenvortrag hat er indes nicht gehalten. Nach dem insoweit unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Beklagten suchen die beiden Mitarbeiter den Betrieb in F lediglich gelegentlich im Rahmen von Meetings und Präsentationen auf. Dies genügt nicht, um sie bei der Bestimmung der Betriebsgröße mitzuzählen. Sie müssten vielmehr in die dortige betriebliche Struktur eingebunden sein. Dafür wäre zumindest erforderlich, dass sie ihre Tätigkeit für den Betrieb in F erbringen und die Weisungen zu ihrer Durchführung im Wesentlichen von dort erhalten (*zur Einbindung in die Struktur einer betrieblichen Einheit BAG 24. August 2006 - 8 AZR 556/05 - Rn. 28*). An einem darauf bezogenen Vorbringen des Klägers fehlt es jedoch. 15

b) Die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen gegen die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, die benannten Mitarbeiter mit Wohnsitz in Deutschland seien bei der Schweizer Niederlassung angestellt, greifen nicht durch. Sie richten sich gegen tatbestandliche Feststellungen, die nicht mit einer Verfahrensrüge in der Revision, sondern nur mit einem Antrag auf Tatbestandsberichtigung nach § 320 ZPO bekämpft werden könnten (*BAG 2. Mai 2014 - 2 AZR 490/13 - Rn. 24*). Einen solchen hat der Kläger nicht gestellt. Der Senat ist daher gem. § 559 ZPO an die Feststellungen im Berufungsurteil gebunden. Selbst bei einem Widerspruch zwischen diesen und dem Inhalt der 16

vorbereitenden Schriftsätze ginge der Tatbestand des Berufungsurteils vor (BGH 8. Januar 2007 - II ZR 334/04 - Rn. 11).

c) Nach den nicht mit beachtlichen Verfahrensrügen angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts handelt es sich bei der Schweizer Niederlassung - unbeschadet ihres im Ausland gelegenen Geschäftssitzes - nicht um einen unselbständigen Betriebsteil der F Hauptniederlassung. Die in der Schweiz gelegene Betriebsstätte ist organisatorisch eigenständig. Sie verfügt über eine selbständige Verwaltung und Lohnbuchhaltung. Ihr Niederlassungsleiter nimmt die Einstellung und Entlassung des dort beschäftigten Personals eigenverantwortlich wahr. 17

d) Auf die Frage, ob auf das Arbeitsverhältnis der vom Kläger benannten Mitarbeiter der Schweizer Niederlassung entgegen der getroffenen Rechtswahl deutsches Recht Anwendung findet, kommt es danach nicht an. Dies gilt gleichermaßen für die Behauptung des Klägers, einer der dort beschäftigten Mitarbeiter verfüge über ein „Home-Office“ in Deutschland. 18

5. Eine Zusammenrechnung der Arbeitnehmer beider Niederlassungen ist - unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen Mitarbeiter einer ausländischen Niederlassung bei der Bestimmung der Betriebsgröße iSd. § 23 Abs. 1 KSchG Berücksichtigung finden könnten - nicht deshalb geboten, weil anderenfalls eine mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht mehr zu vereinbarende Ungleichbehandlung der Mitarbeiter der F Niederlassung mit den Arbeitnehmern in einem nicht in mehrere betriebliche Einheiten gegliederten Unternehmen vorläge. 19

a) § 23 Abs. 1 KSchG stellt weiterhin auf die Betriebs- und nicht auf die Unternehmensgröße ab. Dies ist verfassungsrechtlich unbedenklich, solange dadurch nicht angesichts der vom Arbeitgeber geschaffenen konkreten Organisation die gesetzgeberischen Erwägungen für die Privilegierung des Kleinbetriebs bei verständiger Betrachtung ins Leere gehen und die Bestimmung des Betriebsbegriffs nach herkömmlicher Definition zu einer sachwidrigen Ungleichbehandlung betroffener Arbeitnehmer führte (BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 20

15/87 - zu B II 4 b bb der Gründe, BVerfGE 97, 169; BAG 28. Oktober 2010 - 2 AZR 392/08 - Rn. 25; APS/Moll 4. Aufl. § 23 KSchG Rn. 41; Falder NZA 1998, 1254, 1257). Der Betriebsbezug des Schwellenwerts ist demnach nicht schon immer dann zu durchbrechen, wenn sich das Unternehmen zwar in mehrere kleine, organisatorisch verselbständigte Einheiten gliedert, insgesamt aber mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt (aA Gragert/Kreutzfeldt NZA 1998, 567, 569; Kittner NZA 1998, 731). Das liefe auf eine vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte generelle Gleichsetzung von Betrieb und Unternehmen hinaus und berücksichtigte nicht, dass auch das Bundesverfassungsgericht lediglich von Einzelfällen ausgegangen ist, die dem gesetzgeberischen Leitbild nicht entsprächen (BAG 28. Oktober 2010 - 2 AZR 392/08 - Rn. 24; vHH/L KSchG 15. Aufl. § 23 Rn. 36). Die Anwendung der Kleinbetriebsklausel ist auch nicht schon dann ausgeschlossen, wenn die als „Betrieb“ im kündigungsschutzrechtlichen Sinne zu verstehende Einheit nicht sämtliche vom Bundesverfassungsgericht als charakteristisch benannten Merkmale eines Kleinbetriebs erfüllt. Dieses hat lediglich typologisch Gesichtspunkte angeführt, die für einen Kleinbetrieb bezeichnend sind (BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B I 3 b bb der Gründe, BVerfGE 97, 169), ohne dass diese wie tatbestandliche Voraussetzungen einer Norm zu behandeln wären. Maßgeblich ist vielmehr eine alle Umstände des Einzelfalls einbeziehende, wertende Gesamtbetrachtung dahingehend, ob die Anwendung der Kleinbetriebsklausel nach Maßgabe des allgemeinen Betriebsbegriffs unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse dem mit ihr verbundenen Sinn und Zweck (noch) gerecht wird (BAG 28. Oktober 2010 - 2 AZR 392/08 - aaO; 13. Juni 2002 - 2 AZR 327/01 - zu II 1 d der Gründe, BAGE 101, 321).

b) Danach wäre im Streitfall selbst dann nicht auf die Unternehmensgröße der Beklagten abzustellen, wenn es sich bei der Niederlassung in der Schweiz um einen eigenständigen, im Inland gelegenen Betrieb handelte. Es ist weder vorgetragen noch objektiv ersichtlich, dass sich aufgrund der gelegentlichen Anwesenheit von Mitarbeitern der Schweizer Niederlassung zu Meetings und Präsentationen in F die enge Zusammenarbeit der dort beschäftigten Arbeit-

21

nehmer wesentlich von der in einem typischen Kleinbetrieb unterschiede, dass sich also etwa die Persönlichkeit und der Leistungsbeitrag eines jeden einzelnen Beschäftigten nicht in einer solchen Weise unmittelbar auf das Betriebsklima und die Funktionsfähigkeit der in F gelegenen betrieblichen Einheit auswirkte, wie dies für einen Kleinbetrieb typischerweise anzunehmen ist.

c) Für eine missbräuchliche, allein auf die Verhinderung des Entstehens allgemeinen Kündigungsschutzes der Beschäftigten gerichtete willkürliche Zersplitterung des Unternehmens der Beklagten in mehrere eigenständige Einheiten bestehen keine Anhaltspunkte. 22

6. Soweit der Kläger geltend gemacht hat, die Beklagte habe ihre Beschäftigtenzahl nur vorübergehend abgesenkt, hat er Umstände, aufgrund derer sich ergäbe, die Zahl der im Betrieb in F „in der Regel“ beschäftigten Arbeitnehmer liege höher als im Zeitpunkt der Kündigung, nicht vorgetragen. Sie sind auch objektiv nicht ersichtlich. 23

II. Den Wiedereinstellungsantrag hat das Landesarbeitsgericht zu Recht zurückgewiesen. Selbst wenn ein Anspruch auf Wiedereinstellung trotz wirksamer Kündigung - ausnahmsweise - auch in einem Kleinbetrieb nach § 242 BGB in Betracht käme, gibt es im Streitfall keine Anhaltspunkte für ein treuwidriges Verhalten der Beklagten. Die vom Kläger in Bezug genommene Stellenausschreibung aus dem März 2014 bezog sich auf eine andere Tätigkeit als die von ihm zuvor ausgeübte. Seinem Vorbringen ist auch nicht zu entnehmen, dass eine Beschäftigungsmöglichkeit bereits in einem zeitlichen Zusammenhang mit der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses am 31. Dezember 2013 bestanden hat. 24

III. Der als unechter Hilfsantrag nur für den Fall des Obsiegens mit dem Kündigungsschutzantrag gestellte Antrag des Klägers auf vorläufige Weiterbeschäftigung fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. 25

IV. Als unterlegene Partei hat der Kläger gem. § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen. 26

Koch

Berger

Rachor

Söller

A. Claes