

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

NZA 23/2009

14. Dezember 2009 · 26. Jahrgang · Seite 1305 – 1376

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von:

Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Rechtsanwalt, Stuttgart – Prof. Dr. Johannes Peter Francken, Präsident des LAG Baden-Württemberg, Stuttgart – Edith Gräfl, Richterin am BAG, Erfurt – Dr. Thomas Klebe, Justitiar der IG Metall, Frankfurt a. M. – Wolfgang Koberski, Ministerialdirektor im Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Berlin – Prof. Dr. Eckhard Kreßel, Leiter Personal- und Arbeitspolitik der Daimler AG, Stuttgart – Prof. Dr. Klaus Neef, Rechtsanwalt, Hannover – Prof. Dr. Ulrich Preis, Universität zu Köln – Prof. Dr. Reinhard Richardi, Universität Regensburg – Prof. Dr. Volker Rieble, München – Ingrid Schmidt, Präsidentin des BAG, Erfurt – Prof. Dr. Klaus Schmidt, Präsident des LAG Rheinland-Pfalz a. D., Heidelberg – Prof. Dr. Achim Schunder, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Hans Joachim Spiegelhalter, Geschäftsführer Personal der Buderus Heiztechnik GmbH a. D., Wetzlar – Prof. Dr. Ulrike Wendeling-Schröder, Universität Hannover – Prof. Dr. Hellmut Wißmann, Präsident des BAG a. D., Erfurt

Schriftleitung: Prof. Dr. Klaus Schmidt, Hans Joachim Spiegelhalter und Prof. Dr. Achim Schunder,
Beethovenstr. 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

Aufsätze und Berichte

Rechtsanwälte Wolfgang Trittin und Patrick Fütterer, Frankfurt a. M.*

Interessenausgleich und Sozialplan in Kleinbetrieben

Nachdem die Wirtschaftskrise anfänglich überwiegend durch Kurzarbeit bekämpft wurde, geraten mit dem Anhalten der Auftragsrückgänge bei den Unternehmen zunehmend einschneidende Umstrukturierungsprogramme und Massenentlassungen in den Blickpunkt. Zentrale Instrumente des deutschen Arbeitsrechts zur Steuerung und sozialen Abfederung solcher Maßnahmen sind der Interessenausgleich und Sozialplan. Doch nicht jeder Betrieb und nicht jede Maßnahme unterliegen immer einer Interessenausgleichs- und Sozialplanpflicht.

I. Einleitung

Interessenausgleich und Sozialplan nebst Unterrichts- und Beratungspflichten des Arbeitgebers waren gem. § 111 BetrVG 1972 nur Betrieben mit in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmern vorbehalten. Kleinbetriebe waren durch diesen Schwellenwert von der Interessenausgleichs- und Sozialplanpflicht ausgenommen, selbst wenn sie Teil eines Großunternehmens mit mehreren tausend Beschäftigten waren.

Mit Entscheidung vom 8. 6. 1999 hatte das BAG diese Rechtsvorschrift insoweit korrigiert und verfassungskonform ausgelegt, dass, wenn sich eine wirtschaftliche Maßnahme betriebsübergreifend auf mehrere Kleinbetriebe eines Unternehmens erstreckte und in die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats fiel, für die Berechnung des Schwellenwerts auf die Zahl der Arbeitnehmer des Unternehmens abzustellen sei¹. Das BAG hielt es in einem solchen Fall sogar für möglich, dass für die Bestimmung der Betriebsänderung gem. § 111 S. 2 Nr. 1 BetrVG 1972 auf eine unternehmenseinheitliche Sicht abgestellt wird².

Durch die Betriebsverfassungsgesetzreform von 2001 wurde die Bezugsgröße des Schwellenwerts nun verändert und der Betrieb durch das Unternehmen ersetzt, unabhängig davon, ob die wirtschaftliche Maßnahme betriebsübergreifend ist oder in die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats fällt.

Diese Änderung wurde in der Literatur überwiegend begrüßt, da nach der ratio legis nicht nachvollziehbar war, warum sich ein Großunternehmen allein auf Grund seiner kleinbetrieblichen Struktur den wirtschaftlichen Belastungen eines Interessenausgleichs- und Sozialplans entziehen konnte³. Durch diese Gesetzesänderungen wurde die vorangegangene Rechtsprechung des BAG nicht völlig obsolet. Der Betrieb wurde nämlich nicht vollständig als Bezugsgröße durch das Unternehmen verdrängt, sondern bleibt als Bestandteil der Betriebsänderung weiter Bezugsgröße für dieeteiligungsrechte gem. §§ 111 ff. BetrVG 2001. Dies wird auch in der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs ausdrücklich betont⁴. Maßgeblich für das Vorliegen einer Betriebsänderung sind im Wesentlichen die Katalogtatbestände des § 111 S. 3 BetrVG 2001.

II. Betriebliche Schwellenwerte bei der Betriebsänderung

Betriebliche Schwellenwerte haben weiter Bedeutung beim Vorliegen einer Betriebsänderung bei sämtlichen Katalogtat-

* Die Autoren sind Anwälte der Kanzlei Trittin Rechtsanwälte, Frankfurt a. M.

1 BAG (8. 6. 1999), NZA 1999, 1168.

2 BAG, NZA 1999, 1168 (1171).

3 Däubler, AuR 2001, 6; Engels/Trebbinger, DB 2001, 532 (540); Hanau, RdA 2001, 65 (68); Konzen, RdA 2001, 76 (92); Löwisch, BB 2001, 1790 (1796); Richard/Annau, DB 2001, 41 (45).

4 BT-Dr. 14/5741, S. 51.

beständen der Betriebsänderung mit Ausnahme des § 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG.

1. Wesentlichkeit des Betriebsteils

Für die Beurteilung, ob ein Betriebsteil gem. § 111 S. 3 Nrn. 1 und 2 BetrVG wesentlich ist, werden in der Praxis regelmäßig die Schwellenwerte des § 17 KSchG herangezogen. Danach liegt ein wesentlicher Betriebsteil vor, wenn die Zahl der in dem Betriebsteil beschäftigten Arbeitnehmer im Verhältnis der Arbeitnehmer im Betrieb die Schwellenwerte des § 17 I 1 KSchG überschreitet, jedenfalls aber 5% der Arbeitnehmer in dem Betriebsteil beschäftigt sind⁵.

Hieraus ergeben sich folgende Zahlenstaffeln:

Betriebsgröße	Beschäftigte des Betriebsteils
21–59 Arbeitnehmer	mehr als 5 Arbeitnehmer
60–499 Arbeitnehmer	mehr als 25 Arbeitnehmer oder 10%
500–600 Arbeitnehmer ab 601 Arbeitnehmer	mindestens 30 Arbeitnehmer mindestens 5%

Bei Kleinbetrieben sind die Zahlenstaffeln hingegen umstritten. Auf Grund des Anstiegens der prozentualen Relevanzschwelle bei kleineren Betrieben wird verbreitet ein Schwellenwert von einem Drittel verlangt⁶. *Gillen/Vable*⁷ wollen 30% genügen lassen. *Oetker*⁸ verlangt sogar nur die Beschäftigung von 3 Arbeitnehmern. *Löwisch*⁹ hingegen verlangt, dass mindestens 6 Arbeitnehmer in dem betroffenen Betriebsteil beschäftigt sind.

Daneben kommen in der Rechtsprechung auch qualitative Kriterien zum Einsatz, die auf die wesentliche Bedeutung innerhalb der betrieblichen Gesamtorganisation¹⁰, die erhebliche Bedeutung für den Gesamtbetrieb und die arbeitstechnischen Zwecke¹¹ oder auf die Schlüsselfunktionen der fraglichen Einheit¹² abstellen.

Betrachtet man die Einzelfälle, so stellt man jedoch fest, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung das qualitative Element tendenziell restriktiv anwendet und vor allem auf die Schwellenwerte des § 17 KSchG abstellt¹³.

2. Betriebseinschränkung durch Personalabbau

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG kann auch ein Personalabbau eine Betriebsänderung durch Betriebseinschränkung darstellen, wenn er zu einer dauerhaften wesentlichen Verminderung der Leistungsfähigkeit des Betriebs führt¹⁴. Durch die Einführung des § 112a BetrVG wurde diese Rechtsprechung auch durch den Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt.

Als Maßstab für die Feststellung, ob eine wesentliche Verminderung der Leistungsfähigkeit des Betriebs durch Personalabbau vorliegt zieht das BAG wiederum in ständiger Rechtsprechung die Schwellenwerte des § 17 KSchG heran und ergänzt diese für Großbetriebe¹⁵.

Hieraus ergeben sich folgende Zahlenstaffeln:

Betriebsgröße	beabsichtigter Personalabbau
21–59 Arbeitnehmer	mehr als 5 Arbeitnehmer
60–499 Arbeitnehmer	mehr als 25 Arbeitnehmer oder 10%
500–600 Arbeitnehmer ab 601 Arbeitnehmer	mindestens 30 Arbeitnehmer mindestens 5%

Bei Kleinbetrieben stellt sich wiederum das Problem der Fortschreibung der Zahlenstaffel. Hier stehen sich die gleichen Meinungen gegenüber wie bei der Beurteilung des we-

sentlichen Betriebsteils, so dass die in der Literatur vertretenen Schwellenwerte von mindestens 3 entlassenen Arbeitnehmern bis zu einem Drittel der Beschäftigten des Betriebs reichen.

Für die Sozialplanpflicht bei einer Betriebsänderung durch Personalabbau sind daneben noch die Einschränkungen des § 112a BetrVG zu beachten. Dieser schließt bei reinen Entlassungen die Erzwingbarkeit des Sozialplans aus, wenn nicht bestimmte betriebliche Schwellenwerte erreicht sind. Je kleiner der Betrieb ist, umso größer muss wiederum der prozentuale Anteil der zu entlassenden Arbeitnehmer sein, wobei diese Schwellenwerte wesentlich restriktiver sind als die Schwellenwerte des § 17 KSchG.

Hieraus ergeben sich folgende Zahlenstaffeln:

Betriebsgröße	beabsichtigter Personalabbau
bis 59 Arbeitnehmer	20% und mindestens 6 Arbeitnehmer
60–249 Arbeitnehmer	20% oder mindestens 37 Arbeitnehmer
250–499 Arbeitnehmer	15% oder mindestens 60 Arbeitnehmer
500–599 Arbeitnehmer ab 600 Arbeitnehmer	mindestens 60 Arbeitnehmer 10% der Belegschaft

3. Grundlegende Änderung der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen und Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren

Gemäß § 111 S. 3 Nrn. 4 und 5 BetrVG stellen grundlegende Änderungen der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen und die Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren ebenfalls Betriebsänderungen dar.

Bei der Beurteilung, ob eine Änderung der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen aber auch ob eine Arbeitsmethode und ein Fertigungsverfahren grundlegend neu ist, ist vorrangig eine qualitative Betrachtung geboten¹⁶. Führt diese zu keinen eindeutigen Ergebnissen, ist darauf abzustellen, ob hiervon eine erhebliche Zahl von Arbeitnehmern betroffen sind, was wiederum anhand der Schwellenwerte des § 17 KSchG zu bestimmen ist¹⁷.

5 BAG (7. 8. 1990), NZA 1991, 113 = AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 34; BAG (27. 6. 2002), EZA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 119.

6 DKK-Däubler, 11. Aufl. (2008), § 111 Rdnr. 45 a; *Richard/Annauß*, ArbR, 11. Aufl. (2008), § 111 Rdnr. 74.

7 *Gillen/Vable*, NZA 2005, 1385 (1387).

8 *Oetker*, GK-BetrVG, 8. Aufl. (2005), § 111 Rdnr. 72.

9 *Löwisch*, BB 2001, 1790 (1797).

10 BAG (6. 6. 1978), AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 2.

11 BAG (6. 12. 1988), NZA 1989, 557 = AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 26.

12 BAG (28. 3. 2006), NZA 2006, 932 (936).

13 BAG, AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 2 (Einschränkung einer Lackiererei, die zu 95% mit Lohnlackieraufträgen ausgelastet ist, die unabhängig von der betrieblichen Tätigkeit ausgeführt werden); BAG (21. 10. 1980), NJW 1981, 2599 = AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 8 (Ausgliederung einer bisher einem Supermarkt angegliederten Gaststätte); BAG, NZA 1989, 557 = AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 26 (Auflösung einer betriebseigenen Reinigungsabteilung eines Druckbetriebs); BAG, NZA 1991, 113 = AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 34 (Aufgabe der Herstellung eines notwendigen am Markt selbständig vertriebenen Vorprodukts).

14 BAG, NZA 1991, 113 (114); BAG, NZA 2006, 932.

15 BAG, NZA 1991, 113; BAG, NZA 2006, 932.

16 DKK-Däubler (o. Fußn. 6), § 111 Rdnrn. 86 und 91; *Heither*, ZIP 1985, 513 (520); *Fitting*, BetrVG, 24. Aufl. (2008), § 111 Rdnr. 100; *Richard/Annauß* (o. Fußn. 6), § 111 Rdnr. 123.

17 BAG (26. 10. 1982), NZA 1983, 2838 = AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 10; BAG, NZA 1991, 113 (115).

III. Kleinbetriebe von Großunternehmen

Die kleinbetriebliche Struktur eines Unternehmens gewinnt wieder an Bedeutung, wenn Betriebsteile auf Grund einer einheitlichen unternehmerischen Entscheidung eingeschränkt, stillgelegt oder verlagert werden sollen oder wenn sich die Betriebsänderung in einem reinen Personalabbau erschöpft. Ebenso kann eine Änderung der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen sowie die Einführung neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren in mehreren Betrieben bzw. betriebsübergreifend erfolgen. Die hiermit verbundenen Probleme sollen anhand von drei praxisrelevanten Fallbeispielen verdeutlicht werden.

Ausgangsfall:

Ein Unternehmen mit 10 000 Beschäftigten betreibt in 500 Betrieben mit jeweils 20 Beschäftigten Reparaturwerkstätten mit angeschlossenen Zubehörverkauf. Im Zubehörverkauf sind jeweils zwei Arbeitnehmer beschäftigt. Das Unternehmen entscheidet den Autozubehörverkauf zukünftig einzustellen und die dort beschäftigten Arbeitnehmer zu entlassen.

1. Abwandlung

Der Zubehörverkauf wird nicht geschlossen. Stattdessen will das Unternehmen sein Personal um 1000 Mitarbeiter gleichmäßig über alle Betriebe verteilt reduzieren, so dass in jedem Betrieb nur zwei Arbeitsplätze abgebaut werden sollen. Dies soll im Wege einer reinen Arbeitsverdichtung geschehen, ohne dass die Werkstatt oder der Verkauf hierdurch beeinträchtigt werden.

2. Abwandlung

Der Zubehörverkauf wird nicht geschlossen. Stattdessen will das Unternehmen sein Personal um 500 Mitarbeiter gleichmäßig über die Hälfte der Betriebe verteilt reduzieren, so dass in jedem Betrieb nur zwei Arbeitsplätze abgebaut werden sollen. Dies soll im Wege einer reinen Arbeitsverdichtung geschehen, ohne dass die Werkstatt oder der Verkauf hierdurch beeinträchtigt werden.

Im Ausgangsfall ist fraglich, ob der Zubehörverkauf einen wesentlichen Betriebsteil darstellt. Wendet man die Schwellenwerte streng an, so wird man die Stilllegung eines wesentlichen Betriebsteils verneinen müssen. Die betroffenen Arbeitnehmer stellen nur 10% der Belegschaft des Betriebs dar und es werden nicht mindestens 3 Arbeitnehmer entlassen. Damit liegt nach keiner der Ansichten in der Literatur ein wesentlicher Betriebsteil vor. Auch wenn man die von der Rechtsprechung entwickelten qualitativen Kriterien heranzieht, wird man auf Grund der geringen gesamtbetrieblichen Bedeutung des Zubehörverkaufs das Vorliegen eines Betriebsteils verneinen müssen.

In der 1. Abwandlung sind die Verhältnisse noch klarer. Es werden weder die Schwellenwerte für das Vorliegen einer Betriebsänderung noch für einen erzwingbaren Sozialplan gem. § 112a I BetrVG erreicht.

Für die 2. Abwandlung gilt das gleiche. In den einzelnen Betrieben stellen die betroffenen Arbeitnehmer nur 10% der Belegschaft dar und es werden wiederum nicht mindestens 3 Arbeitnehmer entlassen.

Würde das Unternehmen im Ausgangsfall und in der 1. Abwandlung nur einen Betrieb unterhalten, unterläge es der Pflicht zum Abschluss eines Interessenausgleichs- und Sozialplans. Durch die kleinteilige Betriebsstruktur kann es sich jedoch dieser Pflicht entziehen. Das gleiche wäre in der 2. Abwandlung der Fall, wenn das Unternehmen nur zwei Betriebe mit jeweils 5000 Beschäftigten unterhalten würde und sich der Personalabbau auf einen Betrieb beschränken würde.

IV. Veränderter Bezugspunkt der Schwellenwerte in Großunternehmen

Im Folgenden soll untersucht werden, inwieweit dieses Ergebnis mit verfassungsrechtlichen und EG-rechtlichen Vorgaben im Einklang steht.

1. Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht

Die Vereinbarkeit dieses Ergebnisses mit dem Gleichheitssatz gem. Art. 3 I GG ist sehr zweifelhaft. Die verfassungskonforme Auslegung des Zivilrechts, durch die Fachgerichte ist im Anschluss an mehrere Grundsatzentscheidungen des *BVerfG*¹⁸ allgemein anerkannt. So führte das *BVerfG* bereits im Lüth-Urteil¹⁹ aus:

„Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften. Wie neues Recht im Einklang mit dem grundrechtlichen Wertesystem stehen muss, so wird bestehendes älteres Recht inhaltlich auf dieses Wertesystem ausgerichtet; von ihm her fließt ihm ein spezifisch verfassungsrechtlicher Gehalt zu, der fortan seine Auslegung bestimmt. Ein Streit zwischen Privaten über Rechte und Pflichten aus solchen grundrechtlich beeinflussten Verhaltensnormen des bürgerlichen Rechts bleibt materiell und prozessual ein bürgerlicher Rechtsstreit. Ausgelegt und angewendet wird bürgerliches Recht, wenn auch seine Auslegung dem öffentlichen Recht, der Verfassung, zu folgen hat.“

In seinen aktuellen Entscheidungen leitet das *BVerfG* die Pflicht zur verfassungskonformen Auslegung des Zivilrechts durch die Fachgerichte aus Art. 20 III und Art. 1 III GG ab²⁰. Das Arbeitsrecht hat sich zwar bedingt durch die ökonomischen Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses mittlerweile als eigenständiges Rechtsgebiet entwickelt, letztlich handelt es sich hierbei aber immer noch um die unter anderem durch das BetrVG näher ausgestaltete Regelung eines Schuldverhältnisses zwischen Privaten, so dass diese Rechtsprechung auch bei der Auslegung des BetrVG herangezogen werden muss.

Für einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz gem. Art. 3 I GG muss eine Ungleichbehandlung vorliegen, die je nach Bezugspunkt der Ungleichbehandlung sachlich oder sogar verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein muss. Das BAG hat sich in zwei Entscheidungen mit der Vereinbarkeit der Einschränkung der Mitbestimmungsrechte in Kleinbetrieben mit dem Gleichheitssatz auseinandergesetzt²¹. Die grundsätzliche Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz wurde dabei mit der Erwägung bejaht, dass die wirtschaftliche Belastung eines Sozialplans Kleinunternehmen ungleich härter trafen. Diese Annahme wurde im Grundsatz auch von der Literatur geteilt²².

Zwar vernachlässigt diese Ansicht die Tatsache, dass die Beschäftigtenzahl nicht zwangsläufig mit der wirtschaftlichen Belastbarkeit eines Unternehmens zusammenhängt. Dies zeigt sich insbesondere an der unterschiedlichen Wertschöpfung in den verschiedenen Branchen. Als gesetzliches Modell ist diese Wertung jedoch unter anderem in den §§ 111 und 112a BetrVG verankert. Den diesbezüglichen

18 *BVerfG* (15. 1. 1958), NJW 1958, 257; *BVerfG* (25. 1. 1961), NJW 1961, 819; *BVerfG* (24. 1. 1962), NJW 1962, 442; *BVerfG* (10. 5. 1964), NJW 1964, 1715; *BVerfG* (24. 2. 1971), NJW 1971, 1645; *BVerfG* (8. 2. 1972), NJW 1972, 675.

19 *BVerfG*, NJW 1958, 257.

20 *BVerfG* (8. 10. 1996), *BVerfGE* 95, 28 (36 f.) = NJW 1997, 386.

21 BAG (17. 10. 1989), NZA 1990, 443 = AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 29; BAG, NZA 1999, 1168 (1169).

22 DKK-Däubler, BetrVG, 6. Aufl. (1998), § 111 Rdnr. 29; Fitting, BetrVG, 19. Aufl. (1998), § 111 Rdnr. 29; Fabricius, GK-BetrVG, 6. Aufl. (1998), § 111 Rdnr. 50; Richardi, BetrVG, 7. Aufl. (1998), § 111 Rdnr. 22.

Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers wird man daher respektieren müssen.

Führt in einem Großunternehmen allein die Arbeitsorganisation in vielen kleinen Betrieben zu einem Herausfallen aus der Interessenausgleichs- und Sozialplanpflicht, so vermag dies die Ungleichbehandlung gegenüber Großunternehmen mit einem einzigen Betrieb oder mit wenigen großen Betrieben jedoch nicht mehr zu rechtfertigen. Demnach ist auch das bereits beschriebene Ergebnis mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz gem. Art. 3 I GG nicht zu vereinbaren. Der Wegfall der Interessenausgleichs- und Sozialplanpflicht ließe sich nur mit der kleinteiligen Betriebsstruktur rechtfertigen, wenn diese auch durch ein Kleinunternehmen getragen würde, das die damit verbundenen wirtschaftlichen Belastungen ungleich härter trägt. Fraglich ist jedoch, ob eine verfassungskonforme Auslegung überhaupt möglich oder ob vielmehr eine Gesetzesänderung erforderlich ist.

Die verfassungskonforme Auslegung umfasst sowohl die Auslegung im engeren Sinn als auch die über den Wortlaut der Vorschrift hinausreichende Rechtsfortbildung. Sie findet ihre Grenze lediglich in Willen des Gesetzgebers, wie er sich auch in Wortlaut und Zweck des Gesetzes widerspiegelt²³. Der Wille des Reformgesetzgebers 2001 ging nur dahin, den Betrieb nicht generell als Bezugspunkt für Interessenausgleich und Sozialplan aufzugeben. Die hier diskutierte Fallkonstellation hat er ersichtlich nicht vorausgesehen. Einen Willen des Gesetzgebers verfassungswidrig zu handeln, wird man daher nicht unterstellen können. Auch bietet der Wortlaut hinreichenden Spielraum für eine verfassungskonforme Auslegung. Denn der Begriff des Betriebs ist weder im BetrVG noch in anderen Gesetzen ausdrücklich definiert.

Auch das *BVerfG* sieht den Betriebsbegriff im Rahmen seiner Rechtsprechung zum unternehmensbezogenen Schwellenwert des KSchG als einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich an²⁴. Das *BAG* hat zusätzlich bei der Auslegung des Begriffs Betrieb auf den Gesetzeszweck abgestellt und die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung jedenfalls dann bejaht, wenn eine Kongruenz zwischen dem Kompetenzträger und der arbeitsorganisatorischer Einheit hergestellt werden muss. Diese Kongruenz sei bei einer Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nicht mehr gegeben.

*Hamm*²⁵ hat zu dieser einschränkenden Voraussetzung bereits überzeugend dargelegt, dass hierdurch für Unternehmen ein dem Gesetzeszweck geradezu zu widerlaufender Anreiz geschaffen werde, die Betriebseinschränkungen nicht einheitlich vorzunehmen sondern zeitversetzt in den einzelnen Betrieben vorzugehen. Ein vergleichbares Problem stellt sich bei den Schwellenwerten, da eine Beschränkung auf die Zuständigkeiten des Gesamtbetriebsrats dazu führen würde, dass beispielsweise der Personalabbau oder die Teilbetriebsstilllegung zunächst in einem Teil der Betriebe durchgeführt würde und dann in einem anderen Teil. Auch geht es bei der Veränderung der Bezugsgröße für die Schwellenwerte einer Betriebsänderung streng genommen nicht um die Auslegung des Begriffs *Betrieb* sondern um die Auslegung des Begriffs der *Wesentlichkeit* bei der Einschränkung der Leistungsfähigkeit des Betriebs durch Personalabbau bzw. bei der Verlagerung oder Stilllegung eines Betriebsteils, den die Rechtsprechung richterrechtlich unter Heranziehung der Schwellenwerte des § 17 KSchG bestimmt hat. Das gleiche gilt für die Beurteilung, ob Änderungen *grundlegend* bzw. *grundlegend neu* sind.

Somit sind die §§ 111 ff. BetrVG gem. Art. 3 I GG insoweit verfassungskonform auszulegen, dass Bezugspunkt der

Schwellenwerte einer Betriebsänderung durch Personalabbau, durch Stilllegung, Einschränkung oder Verlagerung eines wesentlichen Betriebsteils, durch grundlegende Änderungen der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen sowie durch die Einführung neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren, die mehrere Betriebe betrifft, und diese Betriebe demselben Unternehmen angehören, auf die Gesamtzahl der Beschäftigten der betroffenen Betriebe abzustellen ist. Ebenso wird man die Sozialplanpflicht und die Schwellenwerte gem. § 112 a BetrVG verfassungskonform auslegen und korrigieren müssen.

2. Vereinbarkeit mit EG-Recht

Für die Auslegung des BetrVG hat in jüngster Vergangenheit die Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 3. 2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft (so genannte Anhörungsrichtlinie), die bis zum 23. 5. 2005 in nationales Recht umgesetzt werden musste, an Bedeutung gewonnen.

Anders als Verordnungen wenden sich Richtlinien gem. Art. 249 III EG allein an die Mitgliedstaaten und gelten im Privatrechtsverhältnis nicht unmittelbar, selbst wenn es sich um klare, genaue und unbedingte Richtlinienbestimmungen, mit denen dem Einzelnen Rechte gewährt oder Verpflichtungen auferlegt werden sollten, handelt²⁶.

Die nationalen Gerichte sind jedoch verpflichtet, das gesamte innerstaatliche Recht zu berücksichtigen, um zu beurteilen, inwieweit es angewandt werden kann, damit kein der Richtlinie widersprechendes Ergebnis herbeigeführt wird²⁷. Diese Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung geht über die Auslegung im engeren Sinne hinaus und umfasst auch die über den Wortlaut einer Vorschrift hinausreichende Rechtsfortbildung²⁸. Lediglich eine Rechtsfortbildung gegen den Willen des nationalen Gesetzgebers ist unzulässig.

Nach Art. 2 II lit. c Richtlinie 2002/14/EG sind die Arbeitnehmer unter anderem über Entscheidungen, die wesentliche Veränderungen der Arbeitsorganisation oder der Arbeitsverträge mit sich bringen, zu unterrichten und anzuhören. Gemäß Art. 3 I Richtlinie 2002/14/EG greifen diese Rechte in Unternehmen mit mindestens 50 Arbeitnehmern in einem Mitgliedstaat oder in Betriebe mit mindestens 20 Arbeitnehmern in einem Mitgliedstaat. Die Mitgliedstaaten sind bei der nationalen Umsetzung frei, welchen Bezugspunkt sie wählen.

Damit legt sich die jetzt gültige Richtlinie anders als noch der ursprüngliche Entwurf der Europäischen Kommission²⁹ nicht auf das Unternehmen als einzige Einheit der Interessenswahrnehmung fest. Das deutsche Mischmodell der Anknüpfung sowohl an das Unternehmen als auch an den Betrieb dürfte daher mit den Vorgaben der Richtlinie vereinbar sein.

Anders verhält es sich hingegen mit der an die unterschiedlichen Betriebsgröße geknüpften Schwellenwerten für die We-

23 *BVerfG* (11. 6. 1958), *BVerfGE* 8, 28 = NJW 1958, 1227; *BVerfG* (24. 5. 1995), NVwZ 1996, 574 (579) = NJW 1996, 2149 L.

24 *BVerfG* (27. 1. 1998), NZA 1998, 470 = NJW 1998, 1475.

25 *BAG*, AiB 2000, 295 (299) Anm. *Hamm*.

26 *EuGH* (7. 6. 2007), Slg. 2007, I-4473 = EuZW 2007, 545 – Carp; *EuGH* (5. 10. 2004), Slg. 2004, I-8835 = NZA 2004, 1145 = NJW 2004, 3547 – Pfeiffer.

27 *EuGH*, Slg. 2004, I-8835 = NZA 2004, 1145 = NJW 2004, 3547 – Pfeiffer; *EuGH* (11. 7. 2006), Slg. 2006, I-6467 = NZA 2006, 839 = NJW 2006, 3626 L.

28 *BGH* (26. 11. 2008), NJW 2009, 427; *BAG* (24. 3. 2009), NZA 2009, 538 (544) = NJW 2009, 2238 L.

29 *Giesen*, RdA 2000, 298 (299).

sentlichkeit des Personalabbaus für das Vorliegen einer Betriebsänderung. Die Richtlinie verlangt nämlich im Unterschied zur nationalen Rechtsprechung eine wesentliche Änderung der Arbeitsorganisation und keine wesentliche Verminderung der Leistungsfähigkeit des Betriebs. Jedoch dürfte sich der Personalabbau in einem Kleinbetrieb viel wesentlicher auf die Arbeitsorganisation auswirken als in einem Großbetrieb. Da andererseits die Umsetzung der Richtlinie nicht zu einer Verschlechterung des nationalen Schutzniveaus führen darf, wird man die Schwellenwerte nicht einfach umkehren können sondern man muss vielmehr den günstigsten Schwellenwert von 5% für alle Betriebsgrößen anwenden.

Ein solches Ergebnis kann auch im Wege der richtlinienkonformen Auslegung erzielt werden. Für den Wortlaut der Betriebsänderung i. S. des § 111 BetrVG kann diesbezüglich nichts anderes gelten als im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung. Dem subjektiven Willen des Gesetzgebers wird man sogar ein geringeres Gewicht beimessen müssen, da die Anhörungsrichtlinie erst nach der Betriebsverfassungsgesetzreform 2001 beschlossen worden ist. Eine richtlinienkonforme Auslegung bezüglich des erzwingbaren Sozialplans gem. § 112 a BetrVG ist hingegen nicht möglich. So beschränkt sich die Richtlinie 2002/14/EG auf bloße Anhörungs- und Beratungspflichten³⁰ und verlangt daher nicht den Abschluss eines erzwingbaren Sozialplans. Auch würde eine generelle Korrektur der Schwellenwerte des § 112 a BetrVG auf eine auch im Wege der richtlinienkonformen Auslegung nicht mögliche Korrektur des Wortlauts der Vorschrift gegen den Willen des Gesetzgebers hinauslaufen.

Demnach sind die richterrechtlichen Schwellenwerte für das Vorliegen einer Betriebsänderung gem. § 111 BetrVG richtlinienkonform insoweit zu korrigieren, dass eine Betriebsänderung, unabhängig von der Betriebsgröße, bereits dann vorliegt, wenn mindestens 5% der Personals des Betriebs entlassen werden.

V. Ergebnis

Nimmt man die EG-rechtlichen Vorgaben ernst, so wird man die richterrechtlichen Schwellenwerte für das Vorliegen einer Betriebsänderung durch Personalabbau dahingehend verändern müssen, dass bereits nunmehr nur mindestens 5% der Arbeitnehmer in einem Betrieb unabhängig von seiner Größe von der Maßnahme betroffen sein müssen, soweit der Betrieb dem Anwendungsbereich der Richtlinie 2002/14/EG unterliegt.

Unabhängig vom EG-Recht verlangt das Verfassungsrecht in Großunternehmen mit einer ausgeprägten kleinbetrieblichen Struktur eine verfassungskonforme Auslegung dahingehend, dass bei betriebsübergreifenden Maßnahmen Bezugspunkt der jeweiligen Schwellenwerte für eine Betriebsänderung die betroffenen Betriebe sein müssen. Den § 112 a BetrVG wird man in Großunternehmen mit einer ausgeprägten kleinbetrieblichen Struktur ebenso verfassungskonform dahingehend auslegen müssen, dass bei betriebsübergreifenden Maßnahmen Bezugspunkt des Schwellenwertes die betroffenen Betriebe sein müssen. ■

30 Reichold, NZA 2003, 289 (295 ff.); Bonn, AuR 2004, 321 (323 ff.).

Fachanwalt für Arbeitsrecht Hans-Hubert Wensing und wiss. Mitarbeiterin Katharina Hesse, Münster*

Die Vereinbarung längerer Kündigungsfristen im Arbeitsvertrag

Die Vereinbarung längerer Kündigungsfristen geht bei der Gestaltung von Arbeitsverträgen gewöhnlich locker von der Hand. Kaum jemand kommt dabei rechtliche Bedenken, weil doch die Verlängerung der Kündigungsfrist Sicherungsfunktion für den Bestand des Arbeitsverhältnisses beinhaltet. Umso erstaunlicher ist es, dass sich Aussagen hierzu in Rechtsprechung und Literatur nicht finden.

I. Einführung

Die Frage, ob Arbeitsvertragsparteien längere Kündigungsfristen vereinbaren können, wird manchen verblüffen: Ist nicht die Verlängerung der Kündigungsfrist aus Arbeitnehmersicht vor dem Hintergrund der (tages-)politischen und unternehmerischen Wehklage, lange Kündigungsfristen würden sich zu Lasten der Arbeitgeber auswirken und stellen ein Einstellungshindernis dar, per se günstig? Übersehen wird dabei jedoch oft, dass Kündigungsfristen nicht nur dem Bestandsinteresse des Arbeitnehmers, sondern auch dem Interesse des Arbeitgebers an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses und dem Schutz der Betriebsabläufe vor Störungen durch Mitarbeiterfluktuation dienen. Außerdem sichern sie die langfristige Bindung von Leistungsträgern an das Unternehmen. Gerade in Zeiten, in denen der Mangel an hochqualifizierten Fachkräften in vielen Bereichen trotz der krisenhaften wirtschaftlichen Gesamtlage immer offensichtlicher wird, stellt sich daher aus Arbeitgebersicht und damit auch aus Sicht der anwaltlichen Berater die Frage, ob eine Verlängerung der Kündigungsfrist wirksam im Arbeitsvertrag vereinbart werden kann. Die Brisanz der Materie wird

nicht zuletzt durch eine fehlende höchstrichterliche Klärung dieses Kollisionsfalls gesteigert; das BAG konnte die Fragestellung bisher unentschieden lassen¹. Die Zulässigkeit längerer Kündigungsfristen soll nachfolgend anhand eines Beispielsfalls aus der anwaltlichen Praxis untersucht werden:

Der bei Abschluss des Arbeitsvertrags 36 Jahre alte Arbeitnehmer war seit dem 1. 5. 2005 im Gastronomiebereich beschäftigt. Ihm lag ein lukratives Angebot eines anderen Unternehmens vor, das nur kurzfristig annehmbar war. Obwohl mit § 15 des Manteltarifvertrags für das Gaststätten- und Hotelgewerbe NRW (MTV)² eine von § 622 BGB abweichende und sehr viel kürzere tarifliche Kündigungsfristenregelung auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden war, hatten die Parteien im Arbeitsvertrag eine für beide Parteien geltende ordentliche Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Monatsende vereinbart. Es stellte sich die Frage, mit welcher Frist das Arbeitsverhältnis für den Arbeitnehmer ordentlich kündbar war.

II. Rechtliche Ausgangslage

Die in § 622 I BGB geregelten gesetzlichen Kündigungsfristen stehen gem. § 622 IV 1 BGB ohne weitere Einschränkung

* Der Autor Wensing gehört zur Arbeitsgruppe Arbeitsrecht in der Münsteraner Sozietät Harnischmacher Lör Wensing. Die Autorin Hesse ist dort als wissenschaftliche Mitarbeiterin tätig. Die Verfasser danken Frau Referendarin Hütgeling für ihre Mitarbeit.

1 Vgl. BAG (29. 8. 2001), NZA 2002, 1346 explizit in den Gründen (S. 1347) offengelassen.

2 Abrufbar unter beck-online TV20010.027.