

keit vom 2. 3. 2004 – am 24. 9. 2004 – auf 16 Punkte hätte der Ast. jedoch gem. § 4 III 1 Nr. 2 StVG jedenfalls verwarnen werden müssen.

Eine solche Verwarnung wäre nach der Punktereduzierung vom 21. 10. 2004 infolge der Tilgung (gem. § 29 VI 4 StVG) der die Ordnungswidrigkeit vom 23. 6. 1999 betreffenden Eintragung auf 13 Punkte – ohne die Notwendigkeit einer weiteren Verwarnung nach § 4 III 1 Nr. 1 StVG – und der nachfolgenden Erhöhung des Punktestands am 30. 11. 2004 mit Rücksicht auf die da eingetretene Rechts- bzw. Bestandskraft der die Ordnungswidrigkeit vom 27. 7. 2004 betreffenden Entscheidung auf 17 Punkte erneut notwendig gewesen.

Ein weiteres Mal wäre der Ast. auf der Grundlage des § 4 III 1 Nr. 2 StVG zu verwarnen gewesen, nachdem sich nach der Verminderung des Punktestands zunächst wegen der Tilgung (gem. § 29 VI 4 StVG) der in Bezug auf die Ordnungswidrigkeit vom 12. 6. 2000 erfolgten Eintragung – am 17. 8. 2005 – auf 16 Punkte und sodann auf Grund der Tilgung (gem. § 29 VI 4 StVG) der Eintragung zur Ordnungswidrigkeit vom 5. 9. 2000 – am 2. 2. 2006 – auf 13 Punkte – ohne dass sich auch da die Notwendigkeit zu einer wiederholten Verwarnung auf der ersten Stufe des § 4 III 1 StVG ergeben hätte –, der Punktestand am 24. 2. 2006 wegen der Rechts- bzw. Bestandskraft der Entscheidung bezüglich der Ordnungswidrigkeit vom 18. 11. 2005 nochmals in den Punktbereich des § 4 III 1 Nr. 2 StVG, nämlich auf 16 Punkte, erhöht hatte.

Danach wurde der Punktestand am 4. 4. 2006 auf Grund der Tilgung (gem. § 29 VI 4 StVG) der die Ordnungswidrigkeit vom 28. 11. 2000 betreffenden Eintragung auf 15 Punkte abgesenkt, um dann aber wieder am 14. 11. 2006 mit Rücksicht auf die Rechts- bzw. Bestandskraft der die Ordnungswidrigkeit vom 13. 9. 2006 betreffenden Entscheidung auf 17 Punkte anzusteigen.

Mit der Rechts- bzw. Bestandskraft der auf die Ordnungswidrigkeit vom 3. 12. 2006 ergangenen Entscheidung – am 27. 1. 2007 – ergaben sich dann erstmals „18 oder mehr Punkte“, nämlich 20 Punkte. Da die Maßnahme auf der zweiten Stufe des § 4 III 1 StVG nach dem Punkteabbau – in die erste Stufe – gem. § 4 IV 2 StVG bzw. auf Grund der Tilgung einzelner Eintragungen nach Maßgabe des § 29 VI 4 StVG – auf das Niveau der ersten Stufe – nicht erneut ergriffen worden war, wurde der Punktestand gem. § 4 V 2 StVG auf 17 Punkte rückgesetzt. Zuzugabe der obigen Ausführungen bedurfte es danach keiner erneuten Verwarnung gem. § 4 III 1 Nr. 2 S. 2 StVG mehr, da das Versäumnis der Fahrerlaubnisbehörde mit der Rückversetzung gem. § 4 V StVG „geheilt“ war.

Durch die Tilgung (gem. § 29 VI 4 StVG) der die Ordnungswidrigkeit vom 13. 3. 2002 betreffenden Eintragung – am 4. 5. 2007 – ermäßigte sich der Punktestand dann zunächst wieder auf 14 Punkte, um sich schließlich mit der am 14. 7. 2007 eingetretenen Rechts- bzw. Bestandskraft der Entscheidung zur Ordnungswidrigkeit vom 19. 4. 2007 auf 15 Punkte und alsdann mit der Rechts- bzw. Bestandskraft der Entscheidung hinsichtlich der Ordnungswidrigkeit vom 19. 9. 2007 – am 6. 12. 2007 – auf 18 Punkte zu erhöhen. Wie eingangs erläutert wurde, war danach für eine wiederholte Reduzierung gem. § 4 V 2 StVG kein Raum.

Anm. d. Schriftlgt.: Zur Entziehung der Fahrerlaubnis nach dem Punktesystem vgl. auch VGH München, NJW 2008, 1547. S. ferner BVerwG, NJW 2008, 3014, mit Praxishinw. Heß/Burmann, NJW-Spezial 2008, 650, und OVG Greifswald, NJW 2008, 3016, mit Praxishinw. Heß/Burmann, NJW-Spezial 2008, 651.

Bundesarbeitsgericht

21 Betriebsbedingte Kündigung wegen auslaufenden Auftrags – Betriebsstilllegung

KSchG § 1 II

1. Schon eine beabsichtigte Betriebs- oder Abteilungsstilllegung kann sich ausnahmsweise als ein dringendes betriebliches Erfordernis i. S. von § 1 II KSchG darstellen, nämlich, wenn die für den künftigen Wegfall der Beschäftigung des Arbeitnehmers maßgeblichen Entwicklungen bereits zum Kündigungszeitpunkt feststehen.

2. Die zur Kündigung führende Organisationsentscheidung muss bereits zum Kündigungszeitpunkt endgültig getroffen worden sein und die Schließung des Betriebs oder der Betriebsabteilung aus Sicht der Arbeitsvertragsparteien zum Kündigungszeitpunkt bereits Formen angenommen haben. Deswegen ist eine Kündigung wegen Betriebsschließung nicht sozial gerechtfertigt, solange der Arbeitgeber den Stilllegungsbeschluss lediglich erwogen, aber noch nicht endgültig gefasst hat. Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber im Kündigungszeitpunkt noch in ernsthaften Verhandlungen über die Veräußerung des Betriebs oder der Betriebsabteilung steht oder sich um neue Aufträge bemüht. Dann liegt keine unbedingte und endgültige Stilllegungsabsicht vor.

3. Diese Grundsätze gelten auch für gemeinnützige, am Markt teilnehmende Unternehmen. (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG)

BAG, Urt. v. 13. 2. 2008 – 2 AZR 543/06 (LAG Sachsen-Anhalt)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung. Der am 10. 12. 1956 geborene, verheiratete Kl. ist seit dem 1. 5. 1995 beim Bekl. als Rettungsassistent beschäftigt. Der Bekl. ist ein auf Kreisebene organisierter gemeinnütziger Verein. Er beschäftigt 548 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Davon setzte er 72 als Rettungsassistenten und Rettungsassistenten in insgesamt fünf Rettungswachen im Landkreis S. ein. Zwei weitere Rettungswachen im Landkreis S. wurden von der J e. V. betrieben. Der Kl. arbeitete in der Rettungswache H. Die Ausführung der Notfallrettung und des qualifizierten Krankentransportes beruht auf Verträgen zwischen dem Bekl. und dem Landkreis S. Der letzte Vertrag war bis zum 31. 12. 2004 befristet. Am 12. 3. 2004 schrieb der Landkreis S. die Durchführung der Rettungsdienste zum 1. 1. 2005 neu aus. Der Bekl. bewarb sich am 31. 3. 2004 um die Genehmigung und weitere Übertragung des Rettungsdienstes. Eine entsprechende Bewerbung gab auch die J e. V. ab. Mit Schreiben vom 11. 6. 2004 hörte der Bekl. den Betriebsrat zur beabsichtigten fristgerechten betriebsbedingten Kündigung der Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer des Rettungsdienstes zum 31. 12. 2004 mit der Begründung an, die Genehmigung zur Durchführung des Rettungswesens im Landkreis sei nur bis zum 31. 12. 2004 befristet; es sei nicht abzusehen, ob das anhängige Ausschreibungsverfahren zum Erfolg führe. Dem Anhörungsschreiben an den Betriebsrat war eine Namensliste der von einer Kündigung betroffenen Rettungsassistenten und Rettungsassistenten beigelegt. Der Betriebsrat widersprach den Kündigungen. Mit Schreiben vom 15. 6. 2004 kündigte der Bekl. das Arbeitsverhältnis des Kl. fristgemäß zum 31. 12. 2004. Mit undatiertem Schreiben, dem Bekl. am 2. 9. 2004 zugegangen, teilte der Landkreis S. dem Bekl. mit, er werde dem Antrag vom 31. 3. 2004 auf Erteilung einer Genehmigung zur Durchführung der Notfallrettung und des qualifizierten Krankentransportes nicht stattgeben, der Zuschlag sei einem anderen Anbieter erteilt worden. Mit Bescheid vom 29. 9. 2004 lehnte der Landkreis S. den Antrag des Bekl. ausdrücklich ab. Mit Schreiben vom 30. 9. 2004 übersandte der Landkreis S. dem Bekl. den Genehmigungsbescheid zu Gunsten des Konkurrenten, der J e. V. zur Kenntnisnahme.

Der Bekl. hat gegen den ablehnenden Bescheid Klage beim VG Magdeburg erhoben und eine ermessensfehlerhafte Entscheidung des Land-

kreises S. behauptet. Mit einem weiteren Schreiben vom 22. 9. 2004 kündigte der Bekl. das Arbeitsverhältnis erneut zum 31. 3. 2005 aus betriebsbedingten Gründen. Der Kl. hat auch hiergegen Kündigungsschutzklage zum ArbG – 2 Ca 2066/04 – erhoben.

Mit der vorliegenden Kündigungsschutzklage hat sich der Kl. gegen die Kündigung vom 15. 6. 2004 gewandt und geltend gemacht: Bei Ausspruch dieser Kündigung habe weder der Auftragsverlust festgestanden noch habe der Bekl. schon die endgültige Betriebseinstellung des Rettungswesens beschlossen. Er habe sich vielmehr an der Neuausschreibung des Rettungsdienstes beteiligt und auch sonst keine Aktivitäten zur endgültigen Einstellung des Betriebs entwickelt. Im Übrigen sei er mit den Altenpflegern und Hilfspflegern vergleichbar. Der Betriebsrat sei fehlerhaft angehört worden. Zudem verstoße die Kündigung gegen § 17 KSchG.

Der Bekl. hat zur Begründung seines Klageabweisungsantrags im Wesentlichen ausgeführt: Angesichts des drohenden Auftragsverlusts und der langen Kündigungsfristen der Mitarbeiter sei die schon im Juni erklärte Kündigung aus betriebsbedingten Gründen sozial gerechtfertigt. Ein Abwarten bis zu einer endgültigen – negativen – Entscheidung des Landkreises sei ihm, einem gemeinnützigen Verein, dessen Finanzierung allein über öffentliche Fördermittel und öffentliche Leistungserstattungen erfolge, nicht zumutbar gewesen. Dies gelte umso mehr als das Angebot des Mitbewerbers, der J e. V., auf Grund des günstigeren tariflichen Umfelds wirtschaftlich attraktiver gewesen sei. Deshalb sei bereits im Juni 2004 mit hoher Wahrscheinlichkeit mit dem Verlust des Auftrags zu rechnen gewesen. Auf Grund der langen Kündigungsfristen der insgesamt 65 von den Kündigungen betroffenen Mitarbeiter und den daraus resultierenden Personalkosten wäre er bei einem späteren Kündigungsausspruch in eine existenzielle Notlage geraten. Da mit Ausnahme der Betriebsratsmitglieder allen Arbeitnehmern des Rettungsdienstes gekündigt worden sei, habe es keiner Sozialauswahl bedurft. Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß angehört worden. Die Bundesagentur für Arbeit habe auf eine entsprechende Mitteilung vom 15. 4. 2004 und weiterer Gespräche vom 29. 4. 2004 auf eine Anzeige zur Massenentlassung verzichtet.

Das ArbG hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Bekl. hat das LAG die Klage abgewiesen. Die Revision des Kl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen: [14] Die Revision des Kl. ist erfolgreich. Sein Arbeitsverhältnis ist nicht durch die Kündigung vom 15. 6. 2004 beendet worden.

[15] A. Das LAG hat seine die Klage abweisende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

Die Kündigung vom 15. 6. 2004 sei durch dringende betriebliche Erfordernisse i. S. von § 1 II KSchG sozial gerechtfertigt. Zwar habe wegen des noch laufenden Ausschreibungsverfahrens der Wegfall des Arbeitsplatzes des Kl. zum 31. 12. 2004 im Kündigungszeitpunkt noch nicht festgestanden. Auf Grund der besonderen Situation des Bekl. liege aber ein Ausnahmefall vor, in dem die Kündigung aus betriebsbedingten Gründen schon in dieser Phase zulässig sei. Durch die zeitliche Gestaltung und Durchführung des Ausschreibungsverfahrens sei der Bekl. in eine existenzielle Zwangslage geraten. Bei einem Abwarten bis zur endgültigen Entscheidung über die Ausschreibung hätte er im Falle einer Nichtberücksichtigung auf Grund der langen Kündigungsfristen der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer erst sehr viel später kündigen können. Er hätte dann die Mitarbeiter noch über den 31. 12. 2004 hinaus weiterbeschäftigen müssen, ohne dass nach dem Wegfall des einzigen Rettungsdienstauftrags zum 31. 12. 2004 entsprechende Arbeit vorhanden und eine Finanzierung gesichert gewesen wäre. Dem Bestandsschutzinteresse der Arbeitnehmer könne in einem solchen Fall dadurch ausreichend Rechnung getragen werden, dass nach Erteilung des neuen Auftrags den Mitarbeitern des Rettungsdienstes ein Wiedereinstellungsanspruch eingeräumt werde. Auf eine mögliche unwirksame Massenentlassungsanzeige könne sich der Kl. nicht berufen. Die Bundesagentur für Arbeit habe dem Bekl. ausdrücklich bestätigt, eine Anzeige sei nicht notwendig. Schließlich sei der Betriebsrat ordnungsgemäß zur beabsichtigten Kündigung des Kl. angehört worden.

[16] B. Dem folgt der Senat weder im Ergebnis noch in der Begründung. Die Kündigung vom 15. 6. 2004 ist unwirksam, weil sie sozialwidrig i. S. von § 1 II 1 KSchG ist. Bei Ausspruch dieser Kündigung lag kein dringendes betriebliches Erfordernis vor. Es handelt sich vielmehr um eine so genannte „Vorratskündigung“. Die Einstellung des Rettungs-

wesens bzw. Schließung der Abteilung „Rettungswesen“ war zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung noch nicht endgültig vom Bekl. beschlossen.

[17] I. Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Kündigung gem. § 1 II KSchG sozial gerechtfertigt ist, weil dringende betriebliche Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen, geht es um die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe. Diese kann vom RevGer. nur darauf überprüft werden, ob das LAG in dem angegriffenen Urteil die Rechtsbegriffe selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist (st. Rspr., BAGE 84, 209 [212] = NJW 1997, 885 = NZA 1997, 202; BAG, NZA 2006, 266 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138).

[18] II. Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das Berufungsurteil nicht stand.

[19] 1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats (vgl. nur BAGE 92, 79 = NZA 1999, 1157 m. w. Nachw.; BAG, NJW 2002, 3795 = NZA 2002, 1205 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118) können sich betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung i. S. von § 1 II KSchG aus innerbetrieblichen Umständen (Unternehmerentscheidungen, wie z. B. Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Einschränkung der Produktion) oder durch außerbetriebliche Gründe (z. B. Auftragsmangel oder Umsatzrückgang) ergeben. Diese betrieblichen Erfordernisse müssen „dringend“ sein und eine Kündigung im Interesse des Betriebs notwendig machen. Die Kündigung muss wegen der betrieblichen Lage unvermeidbar sein (BAGE 92, 79 = NZA 1999, 1157).

[20] 2. Maßgeblicher Zeitpunkt zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Kündigung ist der des Kündigungszugangs (BAG, NZA 1986, 155 = NJW 1986, 2849 L = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 24 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 36; NJW 2002, 3795 = NZA 2002, 1205 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118; BAGE 114, 258 = NJW 2006, 108 = NZA 2005, 1307; KR-Griebeling, 8. Aufl., § 1 KSchG Rdnr. 550). Grundsätzlich muss zu diesem Zeitpunkt der Kündigungsgrund, nämlich der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit, vorliegen. Das Gestaltungsrecht Kündigung kann nur bei Vorliegen eines im Zeitpunkt der Kündigungserklärung vorhandenen Kündigungsgrundes rechtswirksam ausgeübt werden (vgl. Hergenröder, EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118 S. 8 [Anm. zu BAG, NJW 2002, 3795 = NZA 2002, 1205]).

[21] Dies hätte grundsätzlich zur Folge, dass betriebsbedingte Kündigungen erst möglich wären, wenn der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers nicht mehr zur Verfügung stünde. Wegen der Zukunftsbezogenheit der Kündigung (s. z. B. HWK/Quecke, 2. Aufl., § 1 KSchG Rdnr. 61) und aus Gründen der Praktikabilität hat das BAG schon eine beabsichtigte Betriebs- oder Abteilungsstilllegung ausnahmsweise als ein dringendes betriebliches Erfordernis i. S. von § 1 II KSchG anerkannt, wenn die für den künftigen Wegfall der Beschäftigung des Arbeitnehmers maßgeblichen Entwicklungen bereits zum Kündigungszeitpunkt feststehen, insbesondere wenn die unternehmerische Organisationsentscheidung bereits getroffen war und sie sich zum Ablauf der Kündigungsfrist realisiert. Das heißt, in den Fällen, in denen zwar bei

Zugang der Kündigung noch eine Möglichkeit der Beschäftigung besteht, aber die für den künftigen Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses maßgeblichen Entscheidungen bereits gefallen sind, kommt es darauf an, ob der Arbeitnehmer bis zum Kündigungstermin voraussichtlich entbehrt werden kann (vgl. *BAGE* 54, 215 = *NZA* 1987, 700; *BAG*, *NJW* 2002, 3795 = *NZA* 2002, 1205 = *AP KSchG* 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120 = *EzA KSchG* § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118).

[22] Davon ist auszugehen, wenn im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung die auf Tatsachen gestützte, vernünftige betriebswirtschaftliche Prognose gerechtfertigt ist, dass zum Kündigungstermin mit einiger Sicherheit der Eintritt des die Entlassung erforderlich machenden betrieblichen Grundes vorliegen wird (vgl. st. Rspr. des *Senats*, *NJW* 1998, 3371 = *NZA* 1998, 879 = *AP BetrVG* 1972 § 111 Nr. 43 = *EzA KSchG* § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 99; *BAG*, *NZA* 1989, 265 = *AP BGB* § 613 a Nr. 74 = *EzA BGB* § 613 a Nr. 80; *NZA* 1991, 891 = *AP KSchG* 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 53 = *EzA KSchG* § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 70; *NJW* 1997, 1389 = *NZA* 1997, 251 = *AP KSchG* 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 81 = *EzA KSchG* § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 87; *NJW* 2001, 3356 = *NZA* 2001, 949 = *AP KSchG* 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 117 = *EzA KSchG* § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 110; *NJW* 2001, 3356 = *NZA* 2001, 949 = *AP KSchG* 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120 = *EzA KSchG* § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118; vgl. auch *KR-Griebeling*, § 1 *KSchG* Rdnr. 527; *Erk/Ascheid/Oetker*, 7. Aufl., § 1 *KSchG* Rdnr. 406; *HWK/Quecke*, § 1 *KSchG* Rdnr. 289). Dabei muss die der entsprechenden Prognose zu Grunde liegende Entscheidung bereits zum Kündigungszeitpunkt endgültig getroffen worden sein und die Schließung des Betriebs oder der Betriebsabteilung aus Sicht der Arbeitsvertragsparteien zum Kündigungszeitpunkt bereits feststehen und greifbare Formen angenommen haben (s. auch *KR-Griebeling*, § 1 *KSchG* Rdnr. 550; v. *Hoyningen-Huene*, *AP BGB* § 620 Bedingung Nr. 26 [Anm. zu *BAGE* 97, 193 = *NJW* 2001, 3355 = *NZA* 2001, 1070]). Ist dies nicht der Fall, kann eine zum Wegfall des Arbeitsplatzes und zur fehlenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit führende Prognose vor dem Ablauf der Kündigungsfrist nicht erfolgreich gestellt werden. Vielmehr entfällt die Grundlage für die Kündigung (vgl. *Hergenröder*, Anm. *EzA KSchG* § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118 S. 8 zu *BAG*, *NJW* 2002, 3795 = *NZA* 2002, 1205). Es bedarf dann einer zweiten – endgültigen – unternehmerischen Organisationsentscheidung (v. *Hoyningen-Huene*, *AP BGB* § 620 Bedingung Nr. 26 [Anm. zu *BAGE* 97, 193 = *NJW* 2001, 3355 = *NZA* 2001, 1070]).

[23] Deswegen ist eine Kündigung wegen Betriebschließung nicht sozial gerechtfertigt, solange der Arbeitgeber den Stilllegungsbeschluss lediglich erwogen, aber noch nicht endgültig gefasst hat (*BAG*, *NJW* 1997, 1389 = *NZA* 1997, 251 = *AP KSchG* 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 81 = *EzA KSchG* § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 87; *NJW* 2002, 3795 = *NZA* 2002, 1205 = *AP KSchG* 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120 = *EzA KSchG* § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118). Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber im Kündigungszeitpunkt noch in ernsthaften Verhandlungen über die Veräußerung des Betriebs oder der Betriebsabteilung steht oder sich um neue Aufträge bemüht. Dann liegt keine unbedingte und endgültige Stilllegungsabsicht vor (*BAGE* 47, 13 = *NJW* 1986, 91 = *NZA* 1985, 493; v. *Hoyningen-Huene*, *AP BGB* § 620 Bedingung Nr. 26 [Anm. zu *BAGE* 97, 193 = *NJW* 2001, 3355 = *NZA* 2001,

1070]; *KR-Griebeling*, § 1 *KSchG* Rdnr. 527; *HWK/Quecke*, § 1 *KSchG* Rdnr. 289).

Diese Grundsätze gelten entgegen der Auffassung des *LAG* uneingeschränkt auch für gemeinnützige, am Markt teilnehmende Unternehmen.

[24] 3. Unter Anwendung der vorstehenden Grundsätze stand der Eintritt der die Kündigung erforderlich machenden betrieblichen Umstände zum Kündigungszeitpunkt am 15. 6. 2004 noch nicht mit ausreichender Sicherheit fest. Die Kündigung vom 15. 6. 2004 stellt sich vielmehr als eine unwirksame so genannte „Vorratskündigung“ (vgl. *BAGE* 97, 193 = *NJW* 2001, 3355 = *NZA* 2001, 1070 und *BAG*, *NJW* 2002, 3795 = *NZA* 2002, 1205 = *AP KSchG* 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120 = *EzA KSchG* § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118) dar.

[25] a) Bei Zugang der Kündigung lag noch keine endgültige (Stilllegungs-) Entscheidung des Bekl. vor, aus der sich der Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses des Kl. zum Ablauf der Kündigungsfrist sicher ergeben könnte. Weder hat der Bekl. vorgetragen, wann und von wem eine solche Entscheidung getroffen worden ist, noch welche organisatorischen Maßnahmen – außer den Kündigungen der Arbeitsverhältnisse – von ihm getroffen worden sind oder konkret geplant waren.

[26] b) Der Annahme einer endgültigen Stilllegungsentscheidung des Beklagten zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs steht insbesondere entgegen, dass er sich Ende März 2004 noch an der Ausschreibung für das Rettungswesen im Landkreis S. beteiligt und der Landkreis über den Zuschlag für die Neuvergabe des Auftrags zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung noch nicht entschieden hatte. Es lagen auch keine sicheren Anhaltspunkte dafür vor, der Bekl. werde den Rettungsdienstauftrag auf keinen Fall erhalten. Solange aber der Bekl. nicht wusste, dass er den Auftrag nicht erhalten werde, kann gerade nicht davon ausgegangen werden, der Kündigungsgrund werde sich mit „einiger Sicherheit“ bis zum Ablauf der Kündigungsfrist realisieren.

[27] c) Etwas anderes könnte allenfalls angenommen werden, wenn unstreitig sichere objektive Anhaltspunkte dafür vorliegen oder dem kündigenden Arbeitgeber aus sicherer Quelle bekannt sind, auf Grund derer er zwingend mit einer Auftragsvergabe an einen Mitbewerber rechnen muss.

[28] Solche Indizien hat der Bekl. nicht dargelegt. Dies gilt umso mehr, als ihm zum einen das Angebot des Wettbewerbers, der J. e. V., zum Kündigungszeitpunkt noch gar nicht im Detail bekannt war und zum anderen er – wie seine verwaltungsgerichtliche Klage deutlich macht – auch weiterhin davon ausging, ein konkurrenz- und berücksichtigungsfähiges Angebot abgegeben zu haben.

[29] Deshalb lagen zum Kündigungszeitpunkt schon auf Grund der Beteiligung des Bekl. am noch nicht entschiedenen Vergabeverfahren keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Annahme vor, der Arbeitsplatz des Kl. werde zum Kündigungsstermin 31. 12. 2004 entfallen. Zum Kündigungszeitpunkt war der Beschäftigungsbedarf für den Kl. nur unsicher und der endgültige Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses lag eben gerade nicht sicher vor. Eine Prognose, ab dem 1. 1. 2005 werde der Bekl. den Rettungsdienst im Landkreis S. auf keinen Fall mehr durchführen dürfen, konnte auf Grund des Sachstands nicht gestellt werden. Die Lage war vielmehr offen. Sie ist mit derjenigen eines Unternehmers vergleichbar, der eine Betriebsstilllegung erwägt, aber sie noch nicht endgültig beschlossen und auch noch keine Ausführungsschritte unternommen hat.

[30] d) Schließlich rechtfertigt das bloße Auslaufen des alten Auftrags allein die Kündigung aus dringenden betriebsbedingten Gründen nicht. Nur dann, wenn sich der Bekl. gar nicht bemüht hätte, einen neuen Auftrag zu erhalten, könnte eine andere Beurteilung gerechtfertigt sein. Dann könnte eine unternehmerische Entscheidung zur (Teil-)Betriebsstilllegung vorliegen, die einen Wegfall von Arbeitsplätzen zur Folge hätte.

[31] e) Entgegen der Auffassung des LAG ist im Entscheidungsfall der Prüfungsmaßstab auch nicht deshalb anzupassen und zu reduzieren, weil der gemeinnützige Bekl. zahlreiche Arbeitnehmer mit langen Kündigungsfristen beschäftigt.

[32] Längere Kündigungsfristen, die nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses und dem Alter des Arbeitnehmers gestaffelt sind, sollen die berufliche Existenz der vom Arbeitsplatzverlust Betroffenen, in der Regel auch der älteren Arbeitnehmer, sichern (*BVerfGE* 62, 256 = NJW 1983, 617). Dieser Zweck würde verfehlt, wenn die soziale Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung nach § 1 II 1 KSchG wegen eines dringenden betrieblichen Erfordernisses schon deshalb anzunehmen wäre, weil die Erteilung der für die Fortbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer erforderlichen Aufträge ungewiss wäre. Der Sinn längerer Kündigungsfristen würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn bei der Kündigung der betroffenen Arbeitnehmer geringere Anforderungen an den betriebsbedingten Kündigungsgrund zu stellen wären als bei Arbeitnehmern mit kürzeren Kündigungsfristen, die in der Regel kürzer beschäftigt und jünger sind.

[33] f) Schließlich ist der Prüfungsmaßstab auch nicht mit der Begründung zu verändern, dem gekündigten Arbeitnehmer stehe gegebenenfalls ein Anspruch auf Wiedereinstellung zu, wenn sich die Prognose als fehlerhaft erweisen würde (s. zuletzt auch *Schiefer*, DB 2007, 54 [55]).

[34] Der Anspruch auf Wiedereinstellung verleiht einen wesentlich geringeren Schutz, als er im Kündigungsschutzgesetz vorgesehen ist (vgl. im Einzelnen *BAG*, NJW 2002, 3795 = NZA 2002, 1205 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118).

[35] III. Da die ausgesprochene Kündigung vom 15. 6. 2004 bereits wegen des Fehlens eines dringenden betrieblichen Erfordernisses nach § 1 II 1 KSchG sozial ungerechtfertigt und damit nach § 1 I KSchG rechtsunwirksam ist, bedarf es keiner weiteren Erörterung möglicher Fehler bei der Sozialauswahl, der Betriebsratsanhörung oder der Massenentlassungsanzeige.

Anmerkung

I. Für den öffentlichen Personen-Nahverkehr (ÖPNV) werden etwa Verkehrs-Service-Verträge oder Reinigungsaufträge für die öffentliche Hand stets nach Ausschreibung und Zuschlag befristete Aufträge geschlossen. Vor Ablauf der oftmals mehrjährigen Verträge erfolgt eine Neuausschreibung. Der Auftragnehmer stellt in der Regel Mitarbeiter für diesen Auftrag „projektbezogen“ ein. Bei einer achtjährigen Laufzeit, wie sie im öffentlichen Personennahverkehr durchaus üblich sein kann, beträgt allein die gesetzliche Kündigungsfrist nach § 622 II BGB drei Monate. Der Auftragnehmer wird sich gewöhnlich an der Neuausschreibung beteiligen, mit der nicht selten eine neue Preisrunde eingeläutet wird. Ob der Auftragnehmer erneut den Zuschlag erhält, ist dabei völlig ungewiss. Ein solcher Ablauf gehört zum Wirtschaftsalltag und ist erneut Gegenstand dieser Entscheidung und seiner Parallelentscheidungen vom gleichen Tag. Dort be-

ruhte die Ausführung der Notfallrettung und des Krankentransportes in Sachsen-Anhalt auf Verträgen zwischen dem gemeinnützigen Verein als Arbeitgeber und Beklagter und dem Landkreis. Der Landkreis gab den Zuschlag an einen anderen Anbieter.

II. Der 2. Senat nimmt in seinem Urteil vom 13. 2. 2008 auf die Entscheidungen vom 12. 4. 2002 (NJW 2002, 3795) und vom 10. 10. 1996 (NJW 1997, 1389) Bezug. In der Entscheidung aus dem Jahre 1996 wird ausgeführt, dass eine Kündigung wegen geplanter Betriebsstilllegung nur dann durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt sei, wenn es sich um eine endgültige, abschließende *Planung* handelt. Daran fehle es, wenn zum Kündigungszeitpunkt noch über eine Weiterveräußerung der Gesellschaftsanteile verhandelt werde. In der Entscheidung vom 12. 4. 2002 (NJW 2002, 3795) hatte der 2. Senat bereits Gelegenheit, über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch ein Reinigungsunternehmen zu entscheiden, dessen noch laufender Reinigungsvertrag nicht verlängert worden ist, sich jedoch an der Neuausschreibung beteiligt hatte und bei Ausspruch der Kündigung die Neuvergabe offen war.

III. Sowohl bei der Befristung als auch bei der betriebsbedingten Kündigung, etwa wegen beabsichtigter Betriebsstilllegung ist die Zukunftsprognose entscheidend. Bei der Befristung etwa rechtfertigt die bloße Unsicherheit der künftigen Entwicklung des Arbeitskräftebedarfs die Befristung eines Arbeitsverhältnisses nicht. Auch bei der Übertragung sozialstaatlicher Aufgaben ist die Prognose des voraussichtlichen Beschäftigungsbedarfs Teil des Sachgrundes der Befristung (vgl. etwa *BAG*, NZA 2001, 605). Die Kündigung etwa wegen Betriebsstilllegung oder wegen der Umsetzung anderer unternehmerischer Entscheidungen in deren Folge Beschäftigungsmöglichkeiten wegfallen, wird gewöhnlich zeitlich vor der Betriebsstilllegung, vor der Fremdvergabe ausgesprochen. In diesen Fällen ist zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung die Beschäftigungsmöglichkeit noch nicht entfallen. Somit wird die betriebsbedingte Kündigung in diesen Fallkonstellationen auf die künftige Entwicklung der betrieblichen Verhältnisse gestützt. Sie ist dann rechtmäßig, wenn die betrieblichen Umstände einerseits konkrete und greifbare Formen angenommen haben und andererseits, wenn auf Grund einer vernünftigen, betriebswirtschaftlichen Betrachtung bei Ausspruch der Kündigung absehbar ist, dass zum Zeitpunkt des Vertragsendes mit *einiger Sicherheit* der Eintritt eines die Entlassung erforderlichen betrieblichen Grundes gegeben sein wird. Bereits in der Entscheidung vom 12. 4. 2002 (NJW 2002, 3795) hatte der 2. Senat ausgeführt, dass dieser Prognosemaßstab nicht im Hinblick auf Arbeitnehmer mit langen Kündigungsfristen abzumildern ist. Die Endgültigkeit der der entsprechenden Prognose zu Grunde liegenden Entscheidung wird jedoch vom Senat in Abrede gestellt, wenn der Arbeitgeber sich noch um neue Aufträge bemüht. *Bauer/Baeck* (RdA 2003, 171 [173]) führen zu einer gleich gelagerten Fallkonstellation aus, dass im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung doch *zweifelsfrei* feststehe, dass der ursprüngliche Auftrag ausliefe. In der zu besprechenden Entscheidung hatte sich der Auftragnehmer jedoch bereits bei Ausspruch der Kündigung an der Ausschreibung für den Folgevertrag beteiligt. Mit *Bauer/Baeck* ist richtigerweise festgestellt, dass zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung feststand, der ursprüngliche Auftrag lief aus, jedoch Bemühungen um den Folgeauftrag dauerten an. Daraus leitet der 2. Senat kurz und bündig ab, dass somit noch nicht mit ausreichender Sicherheit im Kündigungszeitpunkt feststünde, dass die Beschäftigungsmöglichkeit mit Auslaufen der Kündigungsfrist tatsächlich entfalle. Die Bemühun-

gen könnten ja erfolgreich sein! Es wird auf den Begriff der Vorratskündigung verwiesen. Bedauerlicherweise hat sich der 2. Senat nicht mit den Ausführungen von *Bauer/Baech* (RdA 2007, 171 [173]) auseinandergesetzt, obwohl deren Überlegungen durchaus plausibel sind: Denn zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung steht fest, dass der bestehende Auftrag nicht verlängert wird, also der Arbeitsplatz wegfallen wird. Ob es gelingt, einen neuen Auftrag zu erhalten und damit eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit zu schaffen, ist völlig ungewiss. Die „Betriebsstilllegungsfälle“ löst die Rechtsprechung im Fall des Erfolgs mit einem Wiedereinstellungsanspruch, wobei die Fallkonstellationen durchaus ähnlich sind (vgl. etwa BAG, Urt. v. 16. 5. 2007 – 7 AZR 621/06). Der Wiedereinstellungsanspruch entspräche dem durch § 1 KSchG intendierten Bestandsschutz und stelle ein notwendiges Korrektiv für die Fälle dar, in denen die betriebsbedingte Kündigung auf Grund des maßgeblichen Prüfungszeitpunkts ihres Ausspruchs zwar wirksam ist, die maßgeblichen Umstände sich aber noch während der Prognose nachträglich ändern.

Zumindest diese Schlussfolgerungen drängen sich bei dem vorliegenden Fall auf, wobei sich hier der Arbeitgeber bei oder vor Ausspruch der betriebsbedingten Kündigung um den Nachfolgeauftrag lediglich bemüht.

Fazit: Eine betriebsbedingte Kündigung wird nach dieser Rechtsprechung derzeit nur erfolversprechend sein, wenn der Arbeitgeber die Entscheidung trifft, sich nicht mehr an der Neuausschreibung zu beteiligen und sich auch nicht beteiligt hat oder bei der Streichung von Drittzuwendungen entscheidet, diejenigen Aufgaben nicht länger bearbeiten zu lassen, mit deren Erledigung die konkret betroffenen drittfinanzierten Arbeitnehmer betraut wurden. Auch die Befristung der auftragsbezogenen Arbeitsverhältnisse erscheint nicht risikolos.

Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. Ulrich Brötzmann, Mainz


22 Änderungskündigung zur Lohnkostensenkung bei bereits weitgehend erreichtem Einsparvolumen

KSchG §§ 2, 1

1. Eine Änderungskündigung zur Entgeltsenkung ist begründet, wenn bei einer Aufrechterhaltung der bisherigen Personalkostenstruktur weitere, betrieblich nicht mehr auffangbare Verluste entstünden, die absehbar zu einer Reduzierung der Belegschaft oder sogar zu einer Schließung des Betriebs führen, und ein Sanierungsplan alle mildereren Mittel ausschöpft und die von den Arbeitnehmern zu tragenden Lasten gleichmäßig verteilt.

2. Liegen diese Voraussetzungen vor und hat sich die große Mehrheit der Arbeitnehmer (hier ca. 97%) mit der Reduzierung der Vergütung freiwillig einverstanden erklärt, so kann ein Arbeitnehmer, dem gegenüber die Reduzierung durch Änderungskündigung erfolgt, sich nicht darauf berufen, die Änderungskündigung sei ihm gegenüber nicht mehr erforderlich, weil der Sanierungserfolg schon durch die freiwilligen Gehaltsreduzierungen erreicht sei. (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG)

BAG, Urt. v. 26. 6. 2008 – 2 AZR 139/07 (LAG Schleswig-Holstein)

Anm. d. Schriftlgt.: Die Entscheidung ist mit Sachverhalt und Gründen abgedruckt in NZA 2008, 1182. – Zur Änderungskündigung und einer damit verbundenen Verschlechterung der Arbeitsbedingungen s. BAG, NZA 2007, 435; zur Zumutbarkeit neuer Arbeitsbedingungen s. BAG, NZA 2007, 431. 

Bundesfinanzhof

23 Abfärbewirkung der Beteiligung einer Freiberufler-Kapitalgesellschaft an einer Freiberufler-Personengesellschaft

AO §§ 40, 41 I; BGB § 716; EStG §§ 15 I 1 Nr. 2 S. 1, III Nr. 1, 18 I 1 Nr. 1, IV 2; GewStG §§ 2 I 2, 7; KStG § 8 II

Beteiligt sich eine so genannte Freiberufler-Kapitalgesellschaft mitunternehmerisch an einer Freiberufler-Personengesellschaft, so erzielt die Personengesellschaft insgesamt gewerbliche Einkünfte.

BFH, Urt. v. 8. 4. 2008 – VIII R 73/05 (FG Sachsen-Anhalt)

Zum Sachverhalt: Kl. ist eine Rechtsanwalts-Sozietät in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Gesellschafter waren bis zum 31. 12. 1994 die Rechtsanwälte S, Pf, B und G. Mit Wirkung zum 1. 1. 1995 veräußerten die Gesellschafter S und Pf ihre Gesellschaftsanteile an die C-GmbH und traten sie zugleich ab.

Im Kaufvertrag vom 15. 12. 1994 stimmten die Gesellschafter B und G dem Verkauf und der Abtretung dieser Anteile zu. Die Gesellschafter waren ab dem 1. 1. 1995 danach wie folgt beteiligt: C-GmbH zu 79%, B zu 20% und G zu 1%. Die Gesellschafter der C-GmbH sollten über eine entsprechende Gewinnbeteiligung an der Kl. einen angemessenen Ausgleich dafür erhalten, dass sie der Kl. die Gelegenheit dazu verschaffte, in größerem Umfang Mandate aus ihrem Mandantenstamm zu übernehmen bzw. zu erwerben.

Die Kl. erklärte für die Streitjahre 1995 bis 1998 Einkünfte aus selbstständiger Arbeit gem. § 18 I Nr. 1 EStG. Im Anschluss an eine Außenprüfung erließ der Bekl. (das Finanzamt) unter dem 7. 8. 2000 erstmals Bescheide über den einheitlichen Gewerbesteuermessbetrag für diese Jahre. In der Folgezeit gab die Kl. für die Jahre 1999 bis 2001 Gewerbesteuererklärungen ab, denen das Finanzamt unter anderem mit Gewerbesteuermessbescheid für 1999 vom 12. 2. 2000 folgte. Gleichwohl legte die Kl. gegen die Gewerbesteuermessbescheide für die Streitjahre 1995 bis 1999 Einspruch ein und erhob nach deren Zurückweisung Klage.

Das FG wies die Klage ab (EFG 2005, 1373). Die Revision der Kl. war unbegründet.

Aus den Gründen: II. ... Das FG hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise die von der Kl. erzielten Einkünfte als gewerbliche qualifiziert und im Ergebnis zutreffend weder die Zuordnung der von Freiberufler-Kapitalgesellschaften erzielten Einkünfte als gewerbliche noch die so genannte Abfärberegelung in § 15 III Nr. 1 EStG als verfassungswidrig beurteilt.

1. Eine Personengesellschaft entfaltet nur dann eine Tätigkeit, die die Ausübung eines freien Berufes i. S. von § 18 EStG darstellt, wenn sämtliche Gesellschafter die Merkmale eines freien Berufs erfüllen (*BFH, BFH/NV 2008, 53 = BeckRS 2007, 25012417; BFH/NV 1997, 751 m. w. Nachw.; BFHE 144, 62 = BStBl II 1985, 584 = NJW 1986, 1376*), denn die tatbestandlichen Voraussetzungen der Freiberuflichkeit können nicht von der Personengesellschaft selbst, sondern nur von den natürlichen Personen erfüllt werden. Für eine selbstständige Arbeit i. S. von § 18 I 1 Nr. 1 EStG ist die persönliche Berufsqualifikation und eine berufsbezogene Tätigkeit des Steuerpflichtigen prägend. Um die Merkmale eines freien Berufs zu erfüllen, müssen die Gesellschafter zumindest in ihrem Bereich leitend und eigenverantwortlich tätig sein (*BFHE 193, 482 = BStBl II 2001, 241 = DStRE 2001, 370; BFH, BFH/NV 2008, 53 = BeckRS 2007, 25012417*).

Insbesondere reichen eine rein kapitalmäßige Beteiligung und die bloße Beschaffung von Aufträgen nicht aus (vgl.