

Die Möglichkeiten außerordentlicher betriebsbedingter
Kündigungen durch die Nachfolgegesellschaften der
Bremer Entsorgungsbetriebe

Rechtsgutachten

erstattet von Prof. Dr. Däubler, Bremen

A. Sachverhalt

I. Privatisierung und Überleitungs-Tarifvertrag

Im Zusammenhang mit der Privatisierung der Bremer Entsorgungsbetriebe wurde am 24. April 1997 zwischen der Stadtgemeinde Bremen und der Gewerkschaft ÖTV ein sog. Überleitungstarifvertrag abgeschlossen. Dieser sieht in § 1 Abs. 1 vor, dass der Übergang auf einzelne Gesellschaften in privater Rechtsform im Wege des Betriebsübergangs nach § 613 a BGB erfolgen müsse. Ausdrücklich ausgeschlossen wird die Veräußerung von Betriebsteilen im Wege des Anlagenverkaufs auf bereits operierende Unternehmen Dritter. Damit sollte vermutlich einer „Zerstückelung“ und „Zerschlagung“ der Bremer Entsorgungsbetriebe, insbesondere durch Verkauf von „Filetstücken“, vorgebeugt werden. Auf diese Vorgabe wird zu gegebener Zeit zurückzukommen sein.

Unmittelbar einschlägig sind im vorliegenden Zusammenhang die folgenden Bestimmungen:

1. Bestandsschutz

§ 2 Abs. 1 des Tarifvertrags legt fest, dass die von einem Betriebsübergang erfassten Arbeitsverhältnisse im Rahmen eines Personalüberleitungsvertrages zwischen der Stadtgemeinde Bremen und dem privaten Rechtsträger bestimmt werden. In diesem Vertrag ist nach § 2 Abs. 2 des Tarifvertrags ferner festzulegen, „dass die privaten Gesellschaften alle Besitz- und Rechtsstände der zu den privaten Gesellschaften wechselnden Arbeitnehmer einschließlich der Beschäftigungs- und Dienstzei-

ten sowie der Tätigkeits- und Bewährungszeiten nach Maßgabe dieses Tarifvertrags anerkennen."

Widerspricht ein betroffener Arbeitnehmer dem Betriebsübergang, so kann er nach § 2 Abs. 3 nur mit seiner schriftlichen Zustimmung an eine der privaten Gesellschaften überlassen werden. Außerdem soll die betriebsbedingte Kündigung der zu den privaten Gesellschaften übergehenden Beschäftigten ausgeschlossen sein, da § 2 Abs. 4 des Tarifvertrags bestimmt:

„Die Stadtgemeinde Bremen verpflichtet sich, sicherzustellen, dass die privaten Gesellschaften gegenüber den am Tage des Betriebsübergangs unbefristet Beschäftigten kündbaren Arbeitnehmern keine betriebsbedingten Kündigungen aussprechen.“

2. Rückkehrrecht

§ 3 räumt den zu den privaten Gesellschaften übergegangenen Arbeitnehmern ein Rückkehrrecht zur Stadtgemeinde Bremen ein. Im Einzelnen ist bestimmt:

„(1) Im Falle des Konkurses oder der Liquidation der privaten Gesellschaften wird den am Tage des Betriebsübergangs unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern ein Rückkehrrecht zur Stadtgemeinde Bremen zugestanden. Das Rückkehrrecht zur Stadtgemeinde kann auch durch ein entsprechendes Beschäftigungsangebot bei einer bremischen Eigengesellschaft erfüllt werden. In diesem Fall werden betroffene Arbeitnehmer hinsichtlich ihrer Arbeitsbedingungen materiell so gestellt, als ob sie zur Stadtgemeinde Bremen zurückgekehrt wären.“

(2) Die bei den privaten Gesellschaften zurückgelegten Dienst- und Beschäftigungszeiten werden bei einer Rückkehr

zur Stadtgemeinde Bremen so angerechnet, wie sie anzurechnen wären, wenn das Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst fortgesetzt worden wäre.

(3) Betriebsbedingte Kündigungen aus Anlass der Wahrnehmung des Rückkehrrechts sind ausgeschlossen."

Damit wird der schon in § 2 zum Ausdruck gekommene Gedanke weitergeführt, dass die Privatisierung die Rechtsstellung der Arbeitnehmer nicht verschlechtern darf.

3. Übernahme des Tarifrechts der KAV Bremen

Derselbe Gedanke kommt in § 4 des Tarifvertrags zum Ausdruck, wonach die Stadtgemeinde Bremen durch Aufnahme entsprechender Bestimmungen in die Gesellschaftsverträge sicherstellen muss, dass die privaten Gesellschaften Mitglieder im Kommunalen Arbeitgeberverband Bremen e. V. sein werden und so die von diesem abgeschlossenen Tarifverträge auch in den neuen Unternehmen gelten. § 4 Abs. 3 lockert dies in der Weise auf, dass spätestens bis 31. Dezember 1998 Tarifverhandlungen mit dem Ziel aufzunehmen sind, „eine auf die Bedürfnisse der privaten Gesellschaften abgestimmte und die sozialen Belange der Arbeitnehmer berücksichtigende Weiterentwicklung des Tarifrechts zu vereinbaren.“

II. Umsetzungsmaßnahmen

1. Tarifvertrag über die Geltung des VKA-Tarifrechts

Am 5. Juni 1998 wurde zwischen der VAK und der Gewerkschaft ÖTV ein Tarifvertrag abgeschlossen, der die (modifizierte) Geltung des VKA- und des bezirklichen Tarifrechts zum Gegenstand hatte. Der Tarifvertrag bezieht sich seinem Geltungsbe-

reich nach u. a. auch auf die Entsorgung Nord GmbH. § 2 Abs. 3 des Tarifvertrags bestimmt:

„Der Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe - BMT-G II - vom 31. Januar 1962 in der Fassung des Tarifvertrages über die Geltung des VKA-Tarifrechts für die Arbeiter und arbeiterrentenversicherungspflichtigen Auszubildenden des Landes und der Stadtgemeinde Bremen sowie der Stadt Bremerhaven (Überleitungs-TV Bremen) vom 17. Februar 1995 in der jeweils geltenden Fassung sowie das jeweils ergänzende Tarifrecht des Kommunalen Arbeitgeberverbandes Bremen e. V. (KAV Bremen) gelten mit der Maßgabe, dass gegenüber den zum Zeitpunkt der Rechtsformänderung (Betriebsübergang) der BEB auf die Gesellschaften übergehenden und unbefristet beschäftigten kündbaren Arbeitern betriebsbedingte Kündigungen ausgeschlossen sind.“

In einer Protokollerklärung wird klargestellt, dass es auf den Stichtag ankommt, in dem aufgrund des Personalüberleitungsvertrags die Gesellschaften in die Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisse eintreten. § 2 Abs. 3 des Tarifvertrags geht insoweit über die allgemeinen Regeln des BMT-G II hinaus, als der Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen für alle unbefristet beschäftigten Arbeitnehmer angeordnet wird, die von dem Betriebsübergang betroffen sind. Dies entspricht der Vorgabe des § 2 Abs. 4 des Tarifvertrags zwischen Stadtgemeinde Bremen und ÖTV vom 24.04.1997.

2. Gesellschaftsvertrag der ENO

Der Gesellschaftsvertrag der ENO, der dem Gutachter in der Fassung vom 29.06.1998 vorliegt, hat gleichfalls den tarifvertraglichen Festlegungen Rechnung getragen. § 6 umschreibt die

Befugnisse der Geschäftsführer und verpflichtet sie in Abs. 1 dazu, die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden. Abs. 2 enthält einen Katalog von Geschäften, die der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen. Abs. 3 enthält Regeln über den Wirtschaftsplan, Abs. 4 betrifft die Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat. In Abs. 5 ist unter Nr. 1 ausdrücklich aufgeführt:

„Es ist der Geschäftsführung nicht gestattet, gegenüber den am Tage des Betriebsübergangs (§ 3 Ziffer IV) unbefristet beschäftigten kündbaren Arbeitnehmern betriebsbedingte Kündigungen auszusprechen.“

§ 3 Ziffer IV betrifft die Einbringung des Teilbetriebs „Entsorgung“ der Bremer Entsorgungsbetriebe in die ENO GmbH. Abs. 5 Nr. 5 legt die Verpflichtung fest, die Mitgliedschaft in der KAV Bremen zu erwerben und dadurch die Tarifbindung herbeizuführen. Nach Abs. 5 Nr. 6 besteht eine Verpflichtung, das in den vorangegangenen Ziffern Festgelegte zum Gegenstand von Tarifverträgen zu machen.

III. Die Ausgliederung im Bereich der ENO-Zentralwerkstatt

1. Die allgemeinen Regeln

Auf der Grundlage eines „Werkstattkonzepts“ wurden Ende 2002 geschäftliche Aktivitäten der ENO-GmbH und der Firma Nehlsen gebündelt und auf die Kraftfahrzeugtechnik Nord GmbH (im Folgenden: k-tec) übertragen. Aus diesem Anlass wurde zwischen der Geschäftsführung und dem Betriebsrat der ENO am 26.08.2002 ein Interessenausgleich geschlossen. Bezüglich des Übergangs von Mitarbeitern auf die k-tec wurde in Nr. 3 des Interessenausgleichs ein an alle betroffenen Mitarbeiter zu richtendes

Informationsschreiben vorgesehen, dessen Inhalt gemeinsam mit dem Betriebsrat auszuarbeiten war. Unter Nr. 4 wird dann ausgeführt:

„Dem Informationsschreiben an die Mitarbeiter/-innen wird eine Ergänzung zum Arbeitsvertrag beigelegt, mit dem die Mitarbeiter dem geplanten Betriebsübergang widersprechen und gleichzeitig ihre Zustimmung zu einer konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung abgeben.

Den Mitarbeiter/-innen wird ausdrücklich die Gelegenheit zum Widerspruch in Bezug auf den geplanten Betriebsübergang eingeräumt, daneben besteht für die Mitarbeiter/-innen die Möglichkeit, die Zustimmung zu der geplanten konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung zu verweigern.

Sollte entgegen der Auffassung der Betriebsparteien aufgrund des Tätigwerdens von Mitarbeitern/-innen bei der Kraftfahrzeugtechnik Nord GmbH nach rechtskräftiger gerichtlicher Entscheidung ein Arbeitsverhältnis zur Kraftfahrzeugtechnik Nord GmbH als begründet gelten oder die Erlaubnis zur konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung von einem Arbeitsgericht entzogen werden, wird die ENO den Teilbetrieb ENO-Zentralwerkstatt auf sie zurückführen.

Mitarbeiter/-innen, die ihre Zustimmung zu der geplanten konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung erteilt haben, können diese jederzeit widerrufen. Ein Widerrufsrecht besteht für die ENO nicht.

Die ENO verpflichtet sich, allen von dem Geltungsbereich betroffenen Mitarbeitern/-innen, das konzerninterne Arbeitnehmerüberlassungsangebot anzubieten.“

Die Regelung war nach Auskunft des Betriebsrats insofern ein Kompromiss, als ohne sie die Betroffenen dem Betriebsübergang ausnahmslos widersprochen und diesen so praktisch unmöglich gemacht hätten. Die Lösung über eine Arbeitnehmerüberlassung hatte insbesondere den Vorteil, den Betroffenen auf Dauer die tarifliche Unkündbarkeit zu erhalten. Das Recht, die Zustimmung zur konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung nachträglich zu widerrufen, war gleichfalls Gegenstand des Kompromisses.

Aufgrund des Interessenausgleichs wurde den Beschäftigten eine Ergänzung zu ihrem Arbeitsvertrag angeboten, die durchweg akzeptiert wurde. In § 1 ist dabei der Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses sowie die Tatsache festgelegt, dass die Ausübung des Widerspruchsrechts zu keinen nachteiligen Maßnahmen dem Arbeitnehmer gegenüber führen darf. In § 2 wird dann bestimmt:

„Herr X. ist mit seiner Überlassung an die Werkstatt GmbH ab dem 01.10.2002, spätestens zum 01.01.2003, einverstanden.“

Diese Erklärung kann jederzeit von Herrn X widerrufen werden.“

In Ergänzung zum Interessenausgleich wurde am 27.08.2002 eine „Abspracheregelung“ getroffen, die den Fall betrifft, dass einzelne Beschäftigte ihre Zustimmung zur geplanten konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung verweigern oder diese widerrufen. Dabei wird festgelegt:

„Die ENO verpflichtet sich, grundsätzlich innerhalb von vier Wochen nach Verweigerung bzw. Widerspruch mit den betroffenen Mitarbeitern im Beisein des Betriebsrates Einzelgespräche zu führen, um mit ihnen und dem Betriebsrat

nach den Möglichkeiten des Betriebes gleichwertige, zumindest aber gleich bewertete Arbeitsplätze zu finden. Es kommen dabei auch höherwertige Aufgaben in Betracht, sofern es vakante Stellen gibt und sich der Mitarbeiter im Rahmen von dem Betrieb zumutbaren Qualifikationsmaßnahmen weiterbilden lässt."

2. Der konkrete Konfliktfall

In jüngster Zeit hat der Arbeitnehmer S, der unter den beschriebenen Bedingungen im Wege der Personalüberlassung bei der k-tec tätig war, von seinem Widerrufsrecht Gebrauch gemacht. Dies führte zu zwei Gesprächen zwischen dem Betriebsrat, der Geschäftsleitung und dem betroffenen Arbeitnehmer, die der „Abspracheregulierung“ entsprechend die Weiterverwendung des Herrn S bei der ENO zum Gegenstand hatten. Mit Schreiben vom 29.04.2003 hörte die Geschäftsführung den Betriebsrat zur beabsichtigten Kündigung von Herrn S an. Darin ist ausgeführt, dass es innerhalb der ENO zurzeit keine freien gleichwertigen oder gleich bewerteten Arbeitsplätze gebe. Als Handwerksmeister sei Herr S in der Vergütungsgruppe V b BAT eingruppiert. Arbeitsplätze für Handwerksmeister im Angestelltenbereich seien innerhalb der ENO nur in der Zentralwerkstatt vorhanden gewesen, die auf die k-tec übergegangen sei. Auch ein höherwertiger Arbeitsplatz stehe nicht zur Verfügung. Somit sei mangels Beschäftigungsmöglichkeit ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis entstanden, das man im Wege der außerordentlichen befristeten Kündigung auflösen wolle. Dem Betriebsrat wurde eine Frist von einer Woche zur Stellungnahme eingeräumt.

Mit Schreiben vom 7. Mai 2003 widersprach der Betriebsrat der geplanten Kündigung zum 31.12.2003. Es handle sich um eine betriebsbedingte Kündigung, die sowohl nach dem Tarifvertrag vom 24. April 1997 als auch nach dem Gesellschaftsvertrag ausge-

schlossen sei. Die Ausübung des arbeitsvertraglich eingeräumten Rechts auf Zustimmungsverweigerung dürfe nicht zum Nachteil des Widersprechenden ausschlagen. Außerdem habe sich der Arbeitgeber selbst in die Situation gebracht, die er jetzt als (angebliche) Rechtfertigung für die Kündigung heranziehe. Schließlich bestünden ausreichend Stellen, auf denen Herr S weiterbeschäftigt werden könnte.

Mit Schreiben vom 13. Mai 2003 wurde Herr S gleichwohl gekündigt. Dabei wurde eine Auslauffrist bis zum 31. Dezember 2003 vorgesehen. Der Betroffene hat inzwischen Kündigungsschutzklage erhoben.

IV. Die aufgeworfenen Rechtsfragen

Im vorliegenden Zusammenhang bedürfen drei Probleme der Untersuchung, die gleichermaßen das Rechtsinstitut der außerordentlichen befristeten Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen betreffen.

Zum einen geht es darum, ob die Kündigung des Arbeitnehmers S unter den gegebenen Umständen rechtmäßig ist.

Zum zweiten ist der Frage nachzugehen, ob ein Arbeitgeber sich auch dann auf die fehlende Beschäftigungsmöglichkeit berufen kann, wenn er diese selbst - etwa in Form des Outsourcing - herbeigeführt hat.

Schließlich stellt sich das Problem, inwieweit eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung in Betracht kommt, wenn aus anderen Gründen, etwa wegen Wegfalls von Aufträgen, eine Weiterbeschäftigung nicht mehr möglich ist. Sollte dies bejaht werden, wäre der Frage nachzugehen, ob die Betroffenen in einem solchen Fall ein Recht auf Rückkehr zur Stadtgemeinde Bre-

men besitzen, das im Tarifvertrag von 24. April 1997 jedenfalls für den Fall des Konkurses oder der Liquidation der privaten Gesellschaften vorgesehen ist.

B. Rechtliche Stellungnahme

I. Kündigung nach Widerruf der Zustimmung zur Überlassung an die k-tec?

Das Problem, ob und unter welchen Umständen auch unkündbare Arbeitnehmer unter Wahrung der potentiell für sie geltenden Kündigungsfrist gekündigt werden können, um ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis zu vermeiden, stellt sich nicht, wenn die Kündigung bereits aus anderen Gründen ausgeschlossen ist.

a) Arbeitsvertraglicher Verzicht auf Kündigung bei Ausübung des Kündigungsrechts?

Denkbar ist, dass die bei der Entsendung zur k-tec getroffenen Abmachungen den Ausspruch einer Kündigung ausdrücklich oder sinngemäß verbieten, soweit ein Betroffener von vorne herein seine Zustimmung verweigert oder sie später wieder zurückzieht.

Im Fall von Herrn S wurde der Arbeitsvertrag - wie oben unter A III 2 beschrieben - durch eine Entsendungs- und Rückkehrklausel ergänzt. Der Arbeitgeber hat Herrn S genau wie allen anderen Arbeitnehmern somit die Freiheit eingeräumt, jederzeit zum „Stammbetrieb“ ENO zurückzukehren. Das Recht, die Zustimmung zu widerrufen, ist an keinerlei inhaltliche Voraussetzungen gebunden; nirgendwo ist etwa die Rede davon, dass eine Rückkehr nur bei unzumutbaren Arbeitsbelastungen oder anderen gewichtigen Gründen möglich sei. Auch die Wahrung einer bestimmten Frist ist nicht vorgesehen.

Die Ergänzung zum Arbeitsvertrag enthält auch an keiner Stelle einen Hinweis darauf, dass die Ausübung des Widerrufsrechts

mit irgendwelchen Nachteilen verbunden sein könnte. Stattdessen legt sie in § 1 ausdrücklich fest, dass denjenigen gegenüber, die dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die k-tec widersprechen, keinerlei Nachteile entstehen dürfen. Ein nachträglich erklärter Widerruf der Überlassung hat aber dieselbe Folge wie ein von vorneherein erklärter Widerspruch: Das Arbeitsverhältnis besteht ausschließlich im Verhältnis zur ENO fort.

Dass die Ausübung des Widerrufsrechts nicht zu dem gravierenden Nachteil einer außerordentlichen Kündigung wegen dauerhaft fehlender Beschäftigungsmöglichkeit führen kann, wird auch aus weiteren Regelungen deutlich. So ist in § 3 und § 4 der Ergänzung der Fall geregelt, dass entgegen den Absichten der Vertragsparteien ein Arbeitsverhältnis zur k-tec entsteht, weil die Grenzen einer „vorübergehenden“ Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG überschritten sind: In diesem Fall wird kraft ausdrücklicher Vereinbarung in § 4 das Arbeitsverhältnis zur ENO fortgesetzt, was - da nicht auf den Einzelfall beschränkbar - ersichtlich davon ausgeht, dass die ENO in einer solchen Konstellation den in die k-tec eingebrachten Geschäftsbereich zurücknehmen würde. Dass der Eintritt der Voraussetzungen des § 4 zur Folge haben könnte, dass alle nunmehr ohne „Abordnung“ weiterbestehenden Arbeitsverhältnisse mangels Beschäftigungsmöglichkeiten gekündigt werden könnten, kann nicht angenommen werden. Die gesamte Ergänzung zum Arbeitsvertrag ist so angelegt, dass die Abordnung zur k-tec unter bestimmten (wenn auch sicherlich nicht gewünschten) Umständen wieder rückgängig gemacht werden kann, ohne dass dadurch die Arbeitsverhältnisse als solche in Gefahr geraten.

Auch die den Interessenausgleich ergänzende „Abspracheregelung“ erwähnt an keiner Stelle die Möglichkeit, dass der Widersprechende oder der Rückkehrer sein Arbeitsverhältnis

verlieren könnte. Vielmehr ist lediglich davon die Rede, dass zusammen mit dem Betriebsrat und dem betroffenen Mitarbeiter Gespräche zu führen sind, um gleichwertige oder zumindest gleich bewertete Arbeitsplätze bei der ENO zu finden.

Ergänzend kann noch auf ein Schreiben der Geschäftsleitung vom 27.08.2002 an einen anderen an die k-tec überlassenen Arbeitnehmer Bezug genommen werden. Dort heißt es auf S. 2 ausdrücklich:

„Falls Sie der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung nicht zustimmen, aber dennoch dem Betriebsübergang widersprechen, verlieren Sie dadurch zwar nicht den Anspruch auf einen Arbeitsplatz innerhalb der ENO, aber den Anspruch auf ihren jetzigen Arbeitsplatz, da durch den Betriebsübergang der Arbeitsplatz auf die neue Werkstatt-GmbH übergeht.“

Damit ist eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass der Wegfall der Werkstatt-Arbeitsplätze nicht etwa eine Kündigung zur Folge hat, sondern nur dazu führt, dass der Betroffene an anderer Stelle innerhalb der ENO weiterarbeiten muss.

Angesichts aller dieser Umstände ist die Ergänzung zum Arbeitsvertrag so zu verstehen, dass die Rückkehr überlassener Arbeitskräfte zur ENO nicht zu einem Arbeitsplatzverlust führen darf. Eine gleichwohl ausgesprochene Kündigung ist daher ein Verstoß gegen den Arbeitsvertrag und schon von daher rechtswidrig.

b) Bedenken gegen die Gültigkeit der Ergänzungen des Arbeitsvertrags?

Eine andere Beurteilung könnte nur dann Platz greifen, wenn eine solche Zusage wegen Verstoßes gegen geltendes Recht unwirksam wäre. Davon kann jedoch nicht die Rede sein. Die Arbeitgeberseite befand sich in keiner Zwangslage, sondern hat in freien Verhandlungen eine entsprechende Konzession gemacht. Rechtlich hätte sie die Möglichkeit besessen, auf den Abschluss des Interessenausgleichs und damit auch auf die arbeitsvertraglichen Abmachungen zu verzichten, mit deren Hilfe dieser umgesetzt wurde. In freiwilligen Verhandlungen kann jede Seite selbst bestimmen, was sie sich wirtschaftlich zumuten will. Dies kann auch den Fall erfassen, einen Arbeitnehmer wieder „zurückzunehmen“, den man nicht mehr weiterbeschäftigen kann: Wer etwas Derartiges in Kenntnis der Tatsache zusagt, dass der betroffene Beschäftigte unkündbar ist, nimmt damit notwendigerweise in Kauf, ggf. über viele Jahre hinweg ein Entgelt ohne korrespondierende Arbeitsleistung bezahlen zu müssen. Ob eine solche Abmachung sinnvoll ist oder ob die Arbeitgeberseite besser beraten gewesen wäre, nur einer Überlassung ohne Rückkehrrecht zuzustimmen, ist hier nicht zu entscheiden. Vermutlich dominierte die bislang ja auch weitgehend erfüllte Erwartung, die überlassenen Arbeitnehmer würden von ihrem Rückkehrrecht keinen Gebrauch machen. Wenn sich im Falle von Herrn S diese Erwartung als unzutreffend erweist, gehört dies in die Risikosphäre des Arbeitgebers, der eine solche Entwicklung von vorneherein in Kauf genommen hat. Im „worst case“, in dem die Mehrzahl oder alle überlassenen Arbeitskräfte von ihrem Widerrufsrecht Gebrauch machen, müsste die Zusammenarbeit mit Nehlsen aufgelöst und der fragliche Funktionsbereich wieder selbst übernommen werden. Dies wäre sicherlich wirtschaftlich nachteilig (ohne dass die Konsequen-

zen auf der Grundlage der verfügbaren Informationen für den Gutachter abschätzbar wären), doch können solche Nachteile im Wirtschaftsleben immer eintreten. Sie sprechen nicht gegen die Wirksamkeit von vertraglichen Abmachungen, die eine derartige Entwicklung möglich machen. Im konkreten Fall wird dies dadurch bestätigt, dass die vertraglichen Abmachungen für den Fall, dass ein Arbeitsverhältnis zur k-tec entstehen sollte, ausdrücklich die Rücknahme in Eigenregie vorsehen; eine solche Entwicklung stand also von vorne herein nicht außerhalb des Möglichen und Vorstellbaren. Schon von daher kommt auch keine Berufung auf den Gedanken des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB in Betracht - ganz abgesehen davon, dass die Ausübung eines ausdrücklich eingeräumten Rechts nichts mit diesem Rechtsinstitut zu tun hat.

c) Ergebnis

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Kündigung des Herrn S gegen die arbeitsvertragliche Zusage verstößt, dass die Rückkehr zur ENO nur zur Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz, nicht aber zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses führen kann. Auf die denkbare weitere Frage, ob es gegen Treu und Glauben verstoßen könnte, auf der einen Seite ein Recht einzuräumen und auf der anderen Seite seine Ausübung mit einer Kündigung zu sanktionieren, kommt es unter diesen Umständen nicht an.

II. Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten aufgrund von Ausgliederungsmaßnahmen als Kündigungsgrund?

1. Zur Zulässigkeit außerordentlicher betriebsbedingter Kündigungen

a) Wirtschaftliche Schwierigkeiten als wichtiger Grund?

Auftragsrückgang, schlechte wirtschaftliche Lage oder der Wegfall von Arbeitsplätzen aufgrund von Rationalisierungsmaßnahmen können grundsätzlich nur eine ordentliche Kündigung rechtfertigen. „Dringende betrieblicher Erfordernisse“ stellen grundsätzlich keinen wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB dar, da die Wahrung der Kündigungsfristen zum normalen unternehmerischen Risiko gehört.

BAG v. 07.03.2002, DB 2002, 1724

b) Das sog. sinnentleerte Arbeitsverhältnis

Ist die ordentliche Kündigung durch Tarifvertrag ausgeschlossen, kann auf diese Weise jedoch die Situation entstehen, dass für einzelne „unkündbare“ Arbeitnehmer auf Dauer keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr besteht, der Arbeitgeber jedoch gleichwohl zur Zahlung verpflichtet bleibt. Dieser wenig akzeptabel erscheinende Zustand hat die Rechtsprechung des BAG veranlasst, eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung zuzulassen, wenn andernfalls über viele Jahre hinweg ein „sinnentleertes Arbeitsverhältnis“ bestehen würde, das nicht mehr durch Arbeit vollzogen werden kann.

BAG v. 05.02.1998, NZA 1998, ⁷⁷¹~~721~~; BAG v. 07.03.2002, DB 2002, 1724; BAG v. 13.06.2002, DB 2003, 210

Dabei muss es sich allerdings um „extreme Ausnahmefälle“ handeln.

So die genannten Entscheidungen sowie BAG v. 17.06.2002, DB 2003, 103

Dem Arbeitgeber dürfe nichts Unmögliches oder evident Unzumutbares aufgebürdet werden.

So BAG v. 13.06.2002, DB 2003, 210

Dies wäre dann der Fall, „wenn der Arbeitgeber gezwungen wäre, ein sinnloses Arbeitsverhältnis über viele Jahre hinweg allein durch Gehaltszahlungen, denen keine Arbeitsleistung gegenübersteht, aufrecht zu erhalten“ (BAG a. a. O.).

c) Ausschöpfung aller alternativen Möglichkeiten

Bei der Frage, ob wirklich ein solcher Fall vorliegt, ist ein „strenger Prüfungsmaßstab“ anzulegen. Besteht irgendeine Möglichkeit zur Weiterbeschäftigung des betroffenen Arbeitnehmers, ist in erster Linie von dieser Gebrauch zu machen. Das BAG verlangt insoweit vom Arbeitgeber erhebliche Anstrengungen.

Zunächst muss der Versuch unternommen werden, den Arbeitnehmer auf einem anderen gleichwertigen Arbeitsplatz zu beschäftigen, dessen Anforderungen er gerecht werden kann. Ist kein freier Arbeitsplatz vorhanden, der sich dafür anbietet, ist notfalls ein entsprechender Arbeitsplatz „frei zu kündigen“, wenn der dort tätige Arbeitnehmer nicht seinerseits unkündbar ist.

S. die zusammenfassende Darstellung der Rechtsprechung bei Etzel ZTR 2003, 210, 213; Mauer/Schüßler BB 2001, 466, 468

Weiter wird vom Arbeitgeber auch verlangt, im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren einen unkündbaren Arbeitnehmer umzuschulen, um ihn an anderer Stelle einsetzen zu können. Die Zumutbarkeit entfällt allerdings dann, wenn die fragliche Person bei Auslaufen des Arbeitsverhältnisses ca. 59 Jahre alt ist, die Umschulung 10 bis 12 Monate dauern würde und unklar bleibt, ob in absehbarer Zeit ein Rentenantrag gestellt oder bis zum Alter 65 weitergearbeitet wird.

So der Fall BAG 05.02.1998, NZA 1998, 771 ff.

Der Arbeitgeber ist schließlich auch dazu verpflichtet, Umorganisationen vorzunehmen, um ggf. einen Arbeitsplatz zu schaffen, der von dem Unkündbaren ausgefüllt werden kann.

Etzel ZTR 2003, 210, 213; Mauer/Schüßler BB 2001, 466, 468

Nur wenn alle diese Möglichkeiten ausscheiden, kommt eine außerordentliche Kündigung in Betracht, wobei ein Zeitraum von fünf Jahren, in dem keine Arbeit mehr geleistet werden kann, (mit Recht) als unzumutbar angesehen wird. Zutreffend hat das BAG gerade auch im Hinblick auf die dem Arbeitgeber zugemuteten „Ausweichstrategien“ darauf hingewiesen, seine Rechtsprechung dürfe nicht dahin missverstanden werden, „dass bei ordentlicher Unkündbarkeit aufgrund eines Tarifvertrags eine betriebsbedingte Kündigung stets unter etwas verschärften Voraussetzungen nunmehr als außerordentliche Kündigung möglich wäre.“

BAG v. 27.06.2002, DB 2003, 102, 103

d) Tarifliche Einschränkung der außerordentlichen Kündigung

Die Maßstäbe werden noch etwas strenger, wenn ein Tarifvertrag auch die außerordentliche Kündigung aus betrieblichen Gründen ausschließt und - wie beispielsweise § 55 BAT - lediglich eine Änderungskündigung mit dem Ziel der Herabstufung um eine Vergütungsgruppe zulässt. Ein vom Wortlaut des § 55 BAT an sich gedeckter „Totalausschluss“ der außerordentlichen Kündigung aus betrieblichen Gründen könne mit Rücksicht auf Art. 12 Abs. 1 GG und den grundsätzlich zwingenden Charakter des § 626 BGB nicht vereinbart werden. Ohne dass insoweit ein abschließender Katalog an noch verbleibenden Kündigungsmöglichkeiten genannt würde, wird auf den Fall der Existenzvernichtung bei einer Fortzahlung der Vergütung abgestellt: Ein Forschungsinstitut, das zu 100 % von Drittmitteln abhängig ist und das einen unkündbaren Forscher beschäftigt, würde zu Grunde gehen, müsste es diesem bis zur Altersgrenze seine Bezüge fortbezahlen.

BAG 27.06.2002, DB 2003, 102, 103 lit. Sp.

§ 55 BAT muss insoweit restriktiv ausgelegt werden.

BAG, a. a. O.; ähnlich Bröhl, Festschrift Schaub, München 1998, S. 55 ff.

e) Reaktionen auf die BAG-Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des BAG hat in den unteren Instanzen zum Teil Widerspruch erfahren. Der Ausschluss der ordentlichen Kündigung dürfe sich im Ergebnis für die besonders geschützten Arbeitnehmer nicht negativ auswirken; auch lasse der Wille der Tarifparteien eine derartige Durchbrechung nicht zu.

Die Literatur hat dem BAG bislang im Wesentlichen zugestimmt.

ErfK-Müller-Glöge, 3. Aufl., München 2003, § 626 Rn. 120; KR-Fischermeier, 6. Aufl., Neuwied u. a. 2002, § 626 BGB Rn. 301 ff.; Ascheid/Preis/Schmidt (Hrsg.), Großkommentar zum Kündigungsschutzrecht, München 2000, § 626 BGB Rn. 66 ff. (Dörner). S. weiter die Aufsätze von Etzel und Maurer/Schüßler a. a. o.

f) Anwendung auf den vorliegenden Fall

Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich die Frage, ob durch Tarifvertrag lediglich die ordentliche Kündigung ausgeschlossen, oder ob auch die außerordentliche Kündigung im Rahmen des Zulässigen eingeschränkt wurde. Der Wortlaut der beiden tariflichen Regelungen und des Gesellschaftsvertrags spricht für die zweite Alternative, da pauschal von „Kündigung“ die Rede ist, ohne dass zwischen ordentlicher und außerordentlicher differenziert würde. Auch enthält keine der Abmachungen irgendeinen Hinweis auf § 626 BGB, wie dies bei zahlreichen anderen Tarifverträgen, die eine „Unkündbarkeit“ vorsehen, der Fall ist.

S. den Fall BAG v. 13.06.2002, DB 2003, 210

Wie im Gutachten von Herrn Dr. Lohfeld zutreffend herausgearbeitet wurde, hatte die Erstreckung der Unkündbarkeit auf alle Arbeitnehmer, die im Zeitpunkt des Betriebsübergangs von den Bremer Entsorgungsbetrieben auf die privaten GmbHs in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis standen, den Sinn, sie mit jenen Beschäftigten gleich zu behandeln, die bereits auf der Grundlage des BAT bzw. des BMT-G ihre Unkündbarkeit erreicht

hatten. Dies bedeutet, dass die weitergehende Bindung gewollt war.

Fraglich ist nun, ob der Arbeitgeber in einer solchen Situation berechtigt ist, durch Ausgliederung bestimmter Funktionen eine Situation zu schaffen, die eine Weiterbeschäftigung unkündbarer Arbeitnehmer ausschließt. Wäre ein derartiges „Outsourcing“ entsprechend groß dimensioniert, würden mit hinreichender Sicherheit auch alle jene „Auffangmechanismen“ versagen, die das BAG zur Vermeidung außerordentlicher Kündigungen „unkündbarer“ Arbeitnehmer entwickelt hat.

Das LAG Berlin hatte über den Fall einer Reinigungsfirma zu entscheiden, die eine Reihe von Arbeiten an einen Subunternehmer vergeben hatte und die sich deshalb nicht mehr in der Lage sah, einzelne „unkündbare“ Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen. Das LAG sah hier eine Grenze der im Prinzip anzuerkennenden unternehmerischen Dispositionsfreiheit und führte aus (LAG Berlin v. 03.04.2001, AuR 2001, 237):

„Unterhält der Arbeitgeber mehrere Einrichtungen, in denen er Reinigungsarbeiten bisher durch eigene Arbeitnehmer durchführt, ist es ihm zumutbar, diese Arbeiten nicht vollständig fremd zu vergeben, sondern die Fremdvergabe auf die Anzahl der Arbeitsplätze der ordentlich kündbaren Arbeitnehmer zu beschränken, es sei denn, die vollständige Durchführung der unternehmerischen Entscheidung ist zwingend geboten, um eine Schließung des Betriebes zu vermeiden.“

Die Annahme einer solchen Bindung steht im Einklang mit der Rechtsprechung des BAG, das dem Arbeitgeber zur Vermeidung einer außerordentlichen Kündigung Unkündbarer nicht nur abverlangt, ggf. bestimmte Arbeitsplätze freizukündigen; vielmehr

ist der Arbeitgeber auch zu „Umorganisationen“ verpflichtet, um auf diese Weise eine Weiterbeschäftigung der Unkündbaren zu sichern. Damit würde es nicht im Einklang stehen, könnte er durch eigene freie Outsourcing-Entscheidung sich seinen eigenen Kündigungsgrund schaffen, der ihm dann die Berufung auf die „Sinnentleerung“ der fraglichen Arbeitsverhältnisse ermöglichen würde. Selbst in Bezug auf die Bestandsinteressen kündbarer Arbeitnehmer zieht das BAG in seiner neuesten Rechtsprechung im übrigen Schranken, da die bloße Ausgliederung durch Gründung einer Tochtergesellschaft samt Übernahme bestimmter Funktionen keine dringenden betrieblichen Erfordernisse denjenigen Beschäftigten gegenüber begründet, die bisher mit diesen Aufgaben betraut sind.

BAG 26.9.2002, NZA 2003, 549

Eine solche Bindung der Arbeitgeberseite ist erst recht dann anzunehmen, wenn nicht nur die ordentliche Kündigung durch Tarifvertrag ausgeschlossen ist, sondern wenn darüber hinaus wie in den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes auch die außerordentliche Kündigung im Rahmen des (noch) Zulässigen eingeschränkt ist. Dies würde in Übereinstimmung mit der Entscheidung des LAG Berlin (a. a. O.) bedeuten, dass eine Ausgliederung bestimmter Aufgabenbereiche, die die Weiterbeschäftigung unkündbarer Arbeitnehmer unmöglich machen würde, nur dann zulässig wäre, wenn andernfalls die Existenz des Unternehmens gefährdet wäre.

Im Falle der Ausgliederung der ENO-Zentralwerkstatt auf die k-tec ist diese Voraussetzung nicht gegeben. Zumindest wurde in den verfügbaren Unterlagen nie darauf hingewiesen, dass ohne diese Maßnahme die Existenz der ENO gefährdet wäre. Daraus folgt, dass Kündigungen wie die gegenüber Herrn S ausgesprochene auch deshalb rechtswidrig sind, weil die Ausgliederung

insofern keine „dringenden betrieblichen Erfordernisse“ begründen könnte.

2. Verbot des „Asset-deal“ aufgrund Tarifvertrags?

Die Ausgliederung der ENO-Zentralwerkstatt auf die k-tec könnte möglicherweise auch deshalb problematisch sein, weil § 1 Abs. 2 des Tarifvertrags vom 24. April 1997 die Veräußerung von Betriebsteilen der BEB im Wege des „Anlagenverkaufs“ ausgeschlossen hat. Partner dieses Tarifvertrags waren zwar die Stadtgemeinde Bremen und die Gewerkschaft ÖTV, doch ist eine Bindung von ENO nicht von vorneherein ausgeschlossen: Der Tarifvertrag könnte einschließlich seines § 1 Abs. 2 nach § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB Bestandteil der Arbeitsverträge der übergegangenen Beschäftigten geworden sein, was auch ENO zu beachten hätte. Da es keine neue Regelung mit vergleichbarem Inhalt gibt, wäre auch nach Ablauf eines Jahres mangels abweichender Regelung weiter nach dieser Vorschrift zu verfahren.

Ein derartiges generelles Verbot des Outsourcing auch zu Lasten der privatisierten Unternehmen kann dem Tarifvertrag jedoch nicht entnommen werden. Zum einen spricht schon der Wortlaut des § 1 Abs. 2 dafür, dass es ausschließlich um die Privatisierung als solche, nicht aber um spätere Vorgänge gehen sollte: Deshalb sind ausdrücklich die Bremer Entsorgungsbetriebe genannt, während man sonst von „der Arbeitgeber“ gesprochen hätte. Zum zweiten ist zumindest unklar, ob § 1 Abs. 2 zum normativen Teil des Tarifvertrags gehört und damit den einzelnen Beschäftigten einen Unterlassungsanspruch gegen den Arbeitgeber in Bezug auf einen möglichen Anlagenverkauf einräumt. Sehr viel naheliegender ist die Annahme, dass insoweit lediglich eine obligatorische Regelung erfolgte, die den Tarifpartner Gewerkschaft ggf. zu rechtlichen Maßnahmen befähigt hätte. Schließlich ist nicht zu verkennen, dass in der

ganzen Auseinandersetzung um die Ausgliederung der Zentralwerkstatt auf die k-tec - soweit ersichtlich - niemals auf § 1 Abs. 2 des Tarifvertrags verwiesen und eine Unzulässigkeit behauptet wurde. Da die handelnden Personen zum Teil sogar am Abschluss des Tarifvertrags beteiligt waren, ist auch dies ein gewichtiges Indiz dafür, dass die Veräußerung von Betriebsteilen nicht generell ausgeschlossen werden sollte. Unter diesen Umständen kann auch dahingestellt bleiben, ob § 1 Abs. 2 des Tarifvertrags überhaupt die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens erfasst.

III. Außerordentliche Kündigung im Fall des Auftragsrückgangs?

1. Der Grundsatz

Geht das Auftragsvolumen der ENO nicht nur vorübergehend zurück, so ist ein Personalabbau unabdingbar. Er wird in erster Linie neu eingestellte kündbare Arbeitnehmer betreffen. Ihre Zahl ist vermutlich relativ gering. Auch wenn dies nicht so sein sollte, wäre (zumindest theoretisch) ein wirtschaftlicher Einbruch der Art denkbar, dass auch unkündbare Arbeitnehmer nicht weiterbeschäftigt werden können. Nach der oben dargestellten Rechtsprechung des BAG könnte ggf. auch ihnen gekündigt werden. Dabei ist allerdings zu beachten, dass sich nach Auffassung des BAG der Arbeitgeber im Anwendungsbereich des BAT zuvor auch bemühen muss, die betroffenen Arbeitnehmer bei einem anderen Konzernunternehmen unterzubringen. Das BAG hat beispielsweise den kommunalen Arbeitgeber für verpflichtet erachtet, die von der Schließung einer Musikschule betroffenen Lehrer im Rahmen des Möglichen bei anderen Musikschulen im Umkreis unterzubringen. Eine bloße Nachfrage hatte hierfür nicht genügt; vielmehr wäre auch die Möglichkeit eines Personalge-

stellungsvertrags „ggf. mit einer Differenzzahlung“ in die Überlegungen einzubeziehen gewesen.

BAG 27.06.2002, DB 2003, 102, 103 re. Sp.

Entsprechende Versuche wären im Rahmen der HBE zu unternehmen. Denkbar wäre, dass auch eine Unterbringung bei der Stadtgemeinde Bremen versucht werden müsste.

Soweit ein solches Vorgehen erfolglos bleibt, ist unter den unkündbaren Arbeitnehmern eine soziale Auswahl analog § 1 Abs. 3 KSchG vorzunehmen; auch die außerordentliche Kündigung soll nur die sozial relativ Stärksten treffen.

BAG 05.02.1998, DB 1998, 1035; zustimmend Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, Kommentar, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2001, § 626 BGB Rn. 161

2. Übernahmeverpflichtung der Stadtgemeinde Bremen?

Wie unter A I im Einzelnen dargestellt, hat die Stadtgemeinde Bremen im Tarifvertrag vom 24. April 1997 den damals zur ENO übergegangenen Arbeitnehmern ein Rückkehrrecht eingeräumt. Dieses stellt rechtskonstruktiv einen Vertrag zugunsten Dritter dar: Die in § 3 eingeräumten Rechte sollen ja gerade dann wirksam werden, wenn kein normativ gestaltbares Arbeitsverhältnis zwischen der Stadtgemeinde Bremen und dem einzelnen Beschäftigten mehr besteht. Ein solcher Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB ist unbestrittenermaßen auch im Rahmen eines Tarifvertrags möglich.

S. statt aller Löwisch/Rieble, Kommentar zum TVG, München 1992, § 1 Rn. 314; Wiedemann, Kommentar zum TVG, 6. Aufl., München 1999, § 1 Rn. 661 ff.

Entsprechende Regelungen finden sich auch in anderen Tarifverträgen zur Personalüberleitung.

S. als Beispiel den Tarifvertrag über die Rahmenbedingungen des Wechsels von Arbeitnehmern der Deutschen Postbank AG zur Deutschen Post AG v. 9. September 1999, abgedruckt in ZTR 2000, 244 f.; dazu Däubler ZTR 2000, 241, 244

Nach dem Wortlaut des § 3 besteht das Rückkehrrecht „im Falle des Konkurses oder der Liquidation der privaten Gesellschaft“. Fraglich ist, ob es auch dann besteht, wenn es nicht zu einem solchen Zusammenbruch, sondern „nur“ zu einer Entlassung „unkündbarer“ Arbeitnehmer kommt.

Zentrales Anliegen des Tarifvertrags ist es, für die von der Privatisierung betroffenen Arbeitnehmer volle Arbeitsplatzsicherheit zu schaffen und ihnen das bisherige Niveau der Löhne und Arbeitsbedingungen zu sichern. Aus diesem Grund ist die betriebsbedingte Kündigung generell ausgeschlossen und für den „Katastrophenfall“ des Konkurses und der Liquidation, wo dieser Schutz evidentermaßen versagt, ein Rückkehrrecht vorgesehen. Dass der Schutz vor betriebsbedingten Kündigungen auch außerhalb des Konkurses und der Liquidation versagen kann, haben die Tarifparteien offensichtlich nicht bedacht. Insoweit liegt eine unbewusste Lücke, d. h. eine planwidrige Unvollständigkeit vor. Sie ist nach der Rechtsprechung des BAG aus dem Sinn und Zweck des Tarifvertrags heraus zu schließen, indem man vergleichbare Regelungen auf den nicht erfassten Fall erstreckt.

BAG 24.02.1988, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Tarifverträge: Schuhindustrie; BAG v. 26.08.1987, AP Nr. 138 zu §§ 22, 23 BAT

1975 = ZTR 1988, 95; BAG v. 21.06.2000, DB 2001, 435; BAG v. 20.07.2000, DB 2001, 202

Im konkreten Fall bedeutet dies, dass § 3 auch auf die Sonderfälle erstreckt wird, in denen nach der Rechtsprechung der Schutz gegen betriebsbedingte Kündigungen nicht mehr greift. Dies stellt auch wertungsmäßig ein sinnvolleres Ergebnis als die Beschränkung auf den Insolvenzfall dar. Welchen Sinn sollte es haben, im Falle des totalen Zusammenbruchs eine relativ weitgehende Absicherung zu gewähren, während bei einer Halbierung des Unternehmens keinerlei „Auffangnetz“ zur Verfügung stünde? Auch aus der Sicht der Stadtgemeinde Bremen als dem einen Tarifpartner erscheint es weniger gravierend und deshalb leichter akzeptabel, nur einen Teil der unkündbaren Beschäftigten „zurücknehmen“ und in der Verwaltung, in Eigenbetrieben oder Eigengesellschaften unterbringen zu müssen. Von daher erübrigt sich sogar ein Rückgriff auf die Vorschrift des § 8 Abs. 2 des Tarifvertrags, wonach über nicht erfasste Tatbestände, die mit der Personalüberleitung zusammenhängen, verhandelt und eine Regelung gefunden werden muss, die den Grundsätzen des vorhandenen Tarifvertrags entspricht. Sollten sich unüberbrückbare Meinungsverschiedenheiten zur Auslegung des § 3 ergeben, könnte aus pragmatischen Gründen gleichwohl dieser Weg von Verhandlungen gewählt werden, der allerdings zu keinem wesentlich anderen Ergebnis führen dürfte.

IV. Kündigung der Tarifverträge?

Die hier einschlägigen Tarifverträge enthalten keine Kündigungsklausel. Ob sie deshalb mit dreimonatiger Frist analog § 77 Abs. 5 BetrVG kündbar sind

so BAG v. 18.06.1997, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Kündigung; Gammillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, München 1997, § 17
28/30

IV 4 c (2), S. 771; Wiedemann-Wank, Kommentar zum TVG, a. a. O., § 4 Rn. 22

erscheint zumindest zweifelhaft. Inhaltlich geht es nämlich ähnlich wie bei einem Sozialplan um die Bewältigung eines einmaligen Umstrukturierungsvorgangs; der Sozialplan ist aber seinerseits nach allgemeiner Auffassung grundsätzlich unkündbar. Eine Ausnahme wird nur dann gemacht, wenn in ihm wiederkehrende Leistungen für längere oder unbestimmte Zeit vorgesehen sind.

BAG 24.03.1981, AP Nr. 12 zu § 112 BetrVG 1972; BAG 10.08.1994, DB 1995, 480; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, 8. Aufl., Frankfurt/Main 2002, §§ 112, 112 a Rn. 136; Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt BetrVG, 21. Aufl., München 2002, §§ 112, 112 a Rn. 157

Letztlich kann die Frage aber dahinstehen, da die Tarifverträge auch im Falle einer Kündigung nach § 4 Abs.5 TVG nachwirken würden und so die Rechte der Arbeitnehmer im Ergebnis nicht tangiert wären.

V. Zusammenfassung

1. Kündigungen aus Anlass der Rückkehr von der k-tec sind schon deshalb unwirksam, weil sie gegen die getroffenen vertraglichen Abmachungen verstoßen.

2. Das Recht von ENO, einzelne Funktionsbereiche auf andere Gesellschaften auszugliedern, kann nicht dazu führen, dass aus diesem Grund eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung möglich wäre.

Bei dauerhaftem Auftragsrückgang und anderen wirtschaftlichen Schwierigkeiten kann eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung „unkündbarer“ Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung des BAG in Betracht kommen, sofern eine Weiterbeschäftigung auch bei anderen Konzernunternehmen nicht möglich ist. In diesem Fall besteht jedoch ein Rückkehrrecht zur Stadtgemeinde Bremen.

4. Auch wenn eine Kündigung der Tarifverträge möglich sein sollte, würde sich an dieser Rechtslage im Ergebnis nichts ändern.