
Datum: 20.09.2012
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 9. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 9 AL 286/11
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2012:0920.L9AL286.11.00

Vorinstanz: Sozialgericht Düsseldorf, S 13 AL 240/07
Sachgebiet: Arbeitslosenversicherung
Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 01.09.2011 wird zurückgewiesen. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens. Die Revision wird nicht zugelassen. Der Streitwert wird auf 5.997,31 Euro festgesetzt.

- Tatbestand: 1
- Die Beteiligten streiten über die Erstattung von Arbeitslosengeld in Höhe von insgesamt 5.997,31 Euro, das die Beklagte in der Zeit vom 23.12.2006 bis 31.03.2007 an die ehemalige Arbeitnehmerin der Klägerin, die Zeugin C T, gezahlt hat. 2
- Die Klägerin, die ihren Sitz in E hat, betreibt Einrichtungen zur Durchführung von Maßnahmen der Berufsbildung. Zu diesem Zweck unterhält sie aktuell 23 Geschäftsstellen in den alten Bundesländern. Eine dieser Geschäftsstellen befindet sich in T. In dieser Geschäftsstelle gibt es einen Leiter (bis 2008 war dies der erstinstanzlich vernommene Zeuge S) und einen Betriebsrat, der ausschließlich für diese Geschäftsstelle gewählt wurde. Die Wahl des Betriebsrates erfolgte auf der Grundlage eines Tarifvertrages nach § 3 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) u.a. der Klägerin mit der Gewerkschaft Ver.di vom 28.01.2005, wonach u.a. in der Geschäftsstelle T ein Gemeinschaftsbetriebsrat von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen der Klägerin und der inab - Ausbildungs- und Beschäftigungsgesellschaft des bfw mbH gewählt werden sollte. Die Geschäftsstelle T unterhält insgesamt 8 Berufsbildungsstätten. Eine davon befindet sich in T1. 3

Die am 00.00.1949 geborene Arbeitnehmerin C T (im Folgenden: Arbeitnehmerin) war seit 1982 bei der Klägerin beschäftigt. Nach dem Arbeitsvertrag vom 25.02.1982 war sie mit Sekretariatsarbeiten beschäftigt. Als regelmäßiger Beschäftigungsort war T1 vereinbart. Auch in einer Änderung des Arbeitsvertrages vom 17.09.1990, der von der Geschäftsführung der Klägerin unterzeichnet worden war, war als Beschäftigungsort T1 vereinbart. Nach diesem Änderungsvertrag war die Arbeitnehmerin als Sachbearbeiterin Lehrgangsorganisation (Mischstätigkeit) beschäftigt. Im Arbeitsvertrag war darüber hinaus vereinbart, dass die jeweils geltungsbereichsmäßig zutreffenden Tarifverträge zwischen der Klägerin und der Gewerkschaft Handel, Banken und Versicherungen, Hauptvorstand E, Bestandteil des Arbeitsvertrages sind. Seit der Verschmelzung der Gewerkschaft Handel, Banken und Versicherungen sowie anderer Gewerkschaften zur Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (Ver.di) schließt die Klägerin Tarifverträge mit dieser Gewerkschaft ab. In § 25 des von der Klägerin abgeschlossenen Manteltarifvertrages (im Folgenden MTV) ist ein besonderer Kündigungsschutz für langjährige Beschäftigte geregelt. Die ab dem 01.05.2003 geltende Fassung des 25. Änderungstarifvertrages zum MTV lautet:	4
"§ 25 Kündigungsschutz langjährig Beschäftigter	5
(1) Beschäftigten, die eine Gesamtbeschäftigungszeit von mindestens 15 Jahren erfüllt und das 55. Lebensjahr vollendet haben, kann nur aus wichtigem Grund gem. § 626 BGB gekündigt werden, es sei denn, die Kündigung wird aus betrieblichen Gründen, bedingt durch notwendige Betriebsänderungen, ausgesprochen.	6
(2) Abs. 1 gilt auch für Beschäftigte, die am 01.05.2003	7
- eine Gesamtbeschäftigungszeit von mindestens 15 Jahren aufweisen, - oder die das 50. Lebensjahr vollendet haben und eine Gesamtbeschäftigungszeit von mindestens 10 Jahren aufweisen."	8
Mit Schreiben vom 30.03.2005 kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis mit der Arbeitnehmerin ordentlich und außerordentlich mit sozialer Auslaufzeit zum 31.12.2005. Das Kündigungsschreiben war durch den Geschäftsstellenleiter der Geschäftsstelle T, den Zeugen K S, mit dem Zusatz "i.V." unterzeichnet. Ihm lag eine von der Klägerin dem Zeugin S erteilte schriftliche Vollmacht bei. Die Arbeitnehmerin erhob gegen die Kündigung Kündigungsklage vor dem Arbeitsgericht T. Das Kündigungsschutzverfahren wurde auf Vorschlag des Arbeitsgerichts durch gerichtlichen Vergleich abgeschlossen. In diesem einigten sich die Klägerin und die Arbeitnehmerin auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.12.2005 aufgrund der arbeitgeberseitigen, nicht sozialwidrigen, außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit vom 30.03.2005 und die Zahlung einer Abfindung für den Verlust des Arbeitsplatzes in Höhe von 12.500,- Euro.	9
Aufgrund ihrer Arbeitslosmeldung zum 01.01.2006 bewilligte die Beklagte der Arbeitnehmerin ab dem 01.01.2006 Arbeitslosengeld für 780 Tage (bis zum 29.02.2008) auf der Grundlage eines kalendertäglichen Bemessungsentgelts von 94,30 Euro in Höhe von 34,08 Euro pro Kalendertag.	10
Nach vorheriger Anhörung forderte die Beklagte von der Klägerin mit Bescheid vom 22.05.2007 die Erstattung des in der Zeit vom 23.12.2006 bis 31.03.2007 an die Arbeitnehmerin gezahlten Arbeitslosengeldes sowie der Beiträge zur Kranken-, Renten-, Pflegeversicherung in Höhe von insgesamt 5.997,31 Euro.	11

Mit dem Widerspruch gegen diesen Bescheid trug die Klägerin vor, die Erstattungspflicht entfalle gemäß § 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III), da das Arbeitsverhältnis aufgrund berechtigter außerordentlicher Kündigung mit sozialer Auslaufrist beendet worden sei. Die Arbeitnehmerin sei aufgrund ihrer langjährigen Beschäftigungsdauer gemäß § 25 MTV nicht mehr ordentlich kündbar gewesen. Sie sei in der Bildungsstätte T1 im Bereich der Geschäftsstelle T in der Lehrgangsorganisation beschäftigt gewesen. Aufgrund eines drastischen Einbruches der durchgeführten Bildungsmaßnahmen, insbesondere wegen der geänderten Förderungspraxis durch die Beklagte, sei die erforderliche Tätigkeit in der Lehrgangsorganisation erheblich zurückgegangen. Während in den früheren Jahren durch die Arbeitnehmerin jährlich zwischen 250 und 300 Teilnehmer zu betreuen gewesen seien, seien nur noch 50 Teilnehmerplätze verblieben. Wegen der erheblich reduzierten Einnahmen sei eine zusätzliche Lehrgangsorganisation nicht mehr finanzierbar gewesen. Die verbleibenden Teilnehmerplätze hätten durch die Ausbilder und Anleiter selbst verwaltet werden können. Aus diesem Grunde habe die Geschäftsführung beschlossen, die Stelle der Sachbearbeiterin Lehrgangsorganisation in T1 wegfällen zu lassen. Eine Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmerin sei weder im Betrieb noch im Unternehmen möglich gewesen, da keine freien Stellen vorhanden gewesen seien. Da die Arbeitnehmerin T die einzige Arbeitnehmerin in der Lehrgangsorganisation mit dem arbeitsvertraglich vereinbarten Beschäftigungsort T1 gewesen sei, sei eine Sozialauswahl mangels vergleichbarer Beschäftigter nicht durchzuführen gewesen. Sie habe daher das Arbeitsverhältnis außerordentlich mit einer sozialen Auslaufrist, die der höchstmöglichen Kündigungsfrist entsprochen habe, gekündigt. Dazu sei sie berechtigt gewesen. Der Betriebsrat habe der Kündigung nicht widersprochen.

Nachdem die Beklagte die Klägerin, u.a. in einem Telefonat vom 27.07.2007, zur weiteren Ergänzung ihres Vortrags aufgefordert und auf § 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB III und die insoweit einschlägige Rechtsprechung hingewiesen hatte (vgl. auch das Schreiben vom 25.07.2007), trug die Klägerin vor, im Zeitraum vom 01.06.2005 bis zum 30.05.2006 seien in der Geschäftsstelle T 2,5 Arbeitnehmer eingestellt worden und 3,5 Arbeitnehmer ausgeschieden, darunter ein älterer Arbeitnehmer, nämlich die Arbeitnehmerin. Zu Beginn dieses Zeitraums seien 29,75 Arbeitnehmer, darunter 5 ältere Arbeitnehmer, dort beschäftigt gewesen. Die Klägerin vertrat insoweit die Auffassung, bei der Geschäftsstelle T handele es sich um einen Betrieb im Sinne von § 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB III.

13

Die Beklagte stellte daraufhin fest, dass sie der Geschäftsstelle T eine eigene Betriebsnummer zugeteilt hatte. Außerdem führte sie ein Telefonat mit dem Zeugen S durch, in dem dieser nach dem auf Bl. 96 der Verwaltungsakte befindlichen Vermerk vom 07.09.2007 u.a. ausführte, der Geschäftsstellenleiter habe nur eingeschränkte Handlungsvollmacht, über Entlassungen werde z.B. in E entschieden. Daher habe er die Kündigung der Arbeitnehmerin mit "i.V." unterschrieben.

14

Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 10.09.2007 zurück. Zur Begründung führte sie aus, dass die Erstattungspflicht nicht gemäß § 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB III entfalle, da das Arbeitsverhältnis mit der Arbeitnehmerin nicht mehr ordentlich kündbar gewesen sei. Der tarifliche Ausschluss der ordentlichen Kündigung stehe der Anwendung dieser Vorschrift entgegen. Auch die Voraussetzungen für den Wegfall der Erstattungspflicht nach § 147a Abs. 1 Satz 2 Ziffer 5 SGB III lägen nicht vor, da die Klägerin nicht berechtigt gewesen sei, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist mit sozialer Auslaufrist zu kündigen. Die Kündigung eines tariflichen unkündbaren Arbeitnehmers sei nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes nur ausnahmsweise unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zulässig. Dies gelte jedoch nur dann, wenn der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers komplett weggefallen sei, und der

15

Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch unter Einsatz aller zumutbaren Mittel gegebenenfalls durch Umorganisation des Betriebes nicht weiter beschäftigen könne. Dabei sei ein besonders strenger Maßstab anzulegen. Die von der Klägerin vorgetragenen wirtschaftlichen Ursachen rechtfertigten die außerordentliche Kündigung jedenfalls nicht. Auch die Voraussetzungen des § 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB III lägen nicht vor, da es sich bei der Geschäftsstelle T nicht um einen Betrieb im Sinne dieser Vorschrift handele.

Die Klägerin hat am 18.09.2007 Klage beim Sozialgericht (SG) Düsseldorf erhoben. Sie hat die Auffassung vertreten, die Erstattungspflicht entfalle bereits nach § 147a Abs. 1 Satz 2 Ziffer 6 SGB III, da es sich bei der Geschäftsstelle T um einen Betrieb im Sinne dieser Vorschrift handele. Bezogen auf diesen Betrieb lägen die zahlenmäßigen Voraussetzungen für den Wegfall der Erstattungspflicht vor. Dass es sich bei der Geschäftsstelle T um einen Betrieb im Sinne dieser Vorschrift handele, ergebe sich schon daraus, dass für den Bereich dieses Betriebes eigenständige Betriebsratswahlen durchgeführt worden seien. Der Betriebsbegriff nach dem Betriebsverfassungsgesetz sei auf alle anderen gesetzlichen Vorschriften übertragbar. Darüber hinaus habe es sich bei dem Betrieb der Geschäftsstelle auch um eine organisatorische Einheit gehandelt, innerhalb derer ein bestimmter arbeitstechnischer Zweck verfolgt worden sei. Der Geschäftsstellenleiter habe auch die Arbeitgeberfunktionen im Bereich dieser Geschäftsstelle eigenständig ausgeübt. Er sei nach Ziffer 2.1.5 der Organisationsdarstellung und Geschäftsanweisung über Inhalt und Umfang von Handlungsvollmachten der Klägerin berechtigt gewesen, eigenverantwortlich Mitarbeiter einzustellen und Kündigungen auszusprechen. Aus diesem Grunde habe der damalige Geschäftsstellenleiter, der Zeuge S, auch das Kündigungsschreiben an die Arbeitnehmerin unterzeichnet, nachdem er selbst mit Schreiben vom 21.03.2005 der Geschäftsführung der Klägerin mitgeteilt habe, dass die Stelle der Arbeitnehmerin ersatzlos wegfallen könne. Der sodann erfolgte Beschluss der Geschäftsführung vom 21.03.2005, mit dem der Geschäftsstellenleiter zur Einleitung der erforderlichen Einzelmaßnahme beauftragt worden sei, sei nur zum Zwecke einer etwaigen Beweisführung in einem Kündigungsschutzverfahren erfolgt. Auch die Betriebsratsanhörung sei durch den Geschäftsstellenleiter erfolgt. Da sich die Geschäftsstellen der Klägerin auf das gesamte Bundesgebiet verteilten, sei zudem bereits aufgrund dieser großen räumlichen Entfernung eine organisatorische Eigenständigkeit der Geschäftsstellen unumgänglich. Darüber hinaus entfalle die Erstattungspflicht auch gemäß § 147a Abs. 2 Ziffer 5 SGB III, da sie berechtigt gewesen sei, das Arbeitsverhältnis mit der Arbeitnehmerin aus wichtigem Grund mit sozialer Auslaufzeit zu kündigen. Aufgrund des erheblichen Rückganges der durchgeführten Maßnahmen sei sie aus wirtschaftlichen Gründen gezwungen gewesen, die Stelle der Arbeitnehmerin wegfallen zu lassen. Eine andere Beschäftigungsmöglichkeit für die Arbeitnehmerin sei nicht gegeben gewesen, da in T1 eine solche Beschäftigungsmöglichkeit nicht gegeben gewesen sei. Da T1 im Arbeitsvertrag als Beschäftigungsort festgelegt worden sei, sei eine Versetzung im Wege des Direktionsrechtes nicht möglich gewesen. Auch im Wege der Änderungskündigung hätte der Arbeitnehmerin kein anderer Arbeitsplatz zugewiesen werden können, da im gesamten Unternehmen keine sonstigen, für die Arbeitnehmerin geeigneten Stellen vorhanden gewesen seien. Sie sei vielmehr aufgrund massiven Rückganges der Maßnahmen gezwungen gewesen, einen erheblichen Personalabbau durchzuführen. Darüber hinaus sei die Arbeitnehmerin aufgrund ihrer persönlichen Lebensumstände nicht bereit gewesen, das Saarland aus beruflichen Gründen zu verlassen. Eine Sozialauswahl sei nicht durchzuführen gewesen, da vergleichbare Mitarbeiter in T1 nicht vorhanden gewesen seien. Da der Arbeitsplatz der Arbeitnehmerin weggefallen und eine andere Beschäftigungsmöglichkeit nicht vorhandengewesen sei, hätte sie daher ohne die außerordentliche Kündigung der Arbeitnehmerin das Arbeitsentgelt bis zum Renteneintritt fortzahlen zu müssen, ohne im Gegenzug die Arbeitsleistung in Anspruch nehmen zu können. Dies sei ihr nicht zumutbar

gewesen, so dass sie berechtigt gewesen sei, das Arbeitsverhältnis durch außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist zu beenden.

Im Erörterungstermin vom 25.11.2010 hat die Klägerin darüber hinaus vorgetragen, bei ihr seien die Personalangelegenheiten größtenteils selbstständig organisiert. Es gebe zwar eine zentrale Personalstelle in Erkrath, diese entscheide jedoch nur in den die Zentralstelle betreffenden Personalangelegenheiten und über Angelegenheiten der Geschäftsstellenleiter. Seit 2005 würden Arbeitsverträge durch die Geschäftsstellenleiter abgeschlossen. Diese seien auch zuständig für alle Entscheidungen in Personalangelegenheiten, auch für die Kündigungsverfahren. Ergänzend hierzu hat die Klägerin den mit dem Zeugen S abgeschlossenen Anstellungsvertrag sowie eine vom Zeugen S unterschriebene innerbetriebliche Stellenausschreibung und einen von diesem mitunterzeichneten Arbeitsvertrag zu den Akten gereicht. 17

Die Klägerin hat beantragt, 18

den Bescheid der Beklagten vom 22.05.2007 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 10.09.2007 aufzuheben. 19

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat an ihrer im Widerspruchsbescheid vertretenen Auffassung festgehalten und ergänzend vorgetragen, die überwiegenden Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Bereich könnten vom Geschäftsstellenleiter nicht ausgeübt werden. Dieser habe nur sehr eingeschränkte Handlungsbefugnisse gehabt. 20

Das SG hat Beweis erhoben über den Umfang der Entscheidungskompetenz des Geschäftsstellenleiters K S bei der Klägerin und die anderweitigen Einsatzmöglichkeiten für die Arbeitnehmerin durch uneidliche Vernehmung des Zeugen S und der Zeugin C T. Der Zeuge S hat u.a. ausgeführt, er habe praktisch keine eigenen Personalentscheidungen treffen dürfen. Auch an der Entscheidungsfindung hinsichtlich der Kündigung der Zeugin T sei er nicht beteiligt gewesen. Er habe lediglich verschiedene Schreiben unterzeichnet, die man ihm vorgelegt habe. Die Tätigkeit von Frau T sei nach deren Ausscheiden von den beiden Sekretariatskräften aus T übernommen worden. Die Zeugin T hat u.a. ausgeführt, mit ihr sei nicht darüber gesprochen worden, ob sie eventuell an einem anderen Ort hätte arbeiten können und wollen. Es wäre für sie kein Problem gewesen, in T zu arbeiten. Die beiden Personen, die in T beschäftigt gewesen seien, seien wesentlich jünger gewesen als sie und nicht so lange bei der Klägerin beschäftigt gewesen wie sie. Wegen der weiteren Einzelheiten der Beweisaufnahme wird auf den Inhalt der Niederschrift vom 30.05.2011 Bezug genommen. 21

Mit Urteil vom 01.09.2011 hat das SG die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Voraussetzungen für eine Erstattung nach § 147a Abs. 1 SGB III lägen vor. Die Arbeitnehmerin T habe innerhalb der Rahmenfrist vor dem 01.01.2006 mindestens 24 Monate in einem Versicherungsverhältnis gestanden und sei am 23.12.2006 57 Jahre alt geworden. Soweit Arbeitslosengeld zu erstatten sei, schließe dies die auf diese Leistung entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung ein. 22

Die Erstattungspflicht der Klägerin entfalle auch nicht gemäß § 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 SGB III, weil die Klägerin nicht berechtigt gewesen sei, das Arbeitsverhältnis mit der Arbeitnehmerin außerordentlich mit sozialer Auslauffrist zu kündigen. Gemäß § 25 Abs. 1 MTV sei das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmerin nicht mehr ordentlich kündbar gewesen. Die Arbeitnehmerin habe die persönlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt. Es sei 23

auch keine Kündigung aus betrieblichen Gründen bedingt durch notwendige Betriebsänderungen ausgesprochen worden.

Eine betriebsbedingte außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit sei nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes (Verweis auf das Urteil vom 27.06.2002 - 2 AZR 367/01) nur in extremen Ausnahmefällen möglich, um ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis über einen langen Zeitraum hinweg zu vermeiden. Vor dem Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung habe der Arbeitgeber alle anderen Möglichkeiten auszuschöpfen, um das Arbeitsverhältnis aufrecht zu erhalten, etwa eine Änderungskündigung, eine Fortbildung oder die Freikündigung eines Arbeitsplatzes, der von einem Arbeitnehmer besetzt wird, der einen weniger weitreichenden Kündigungsschutz besitze. Dass die Klägerin zunächst alle diese Möglichkeiten ausgeschöpft habe, habe sie nicht dargelegt. Angesichts des Umfangs, in dem die Klägerin tätig sei, und der Anzahl der von ihr beschäftigten Arbeitnehmer sei offensichtlich, dass es bei ihr andere Arbeitsplätze gegeben hätte, auf denen die Arbeitnehmerin - nach einer Änderungskündigung - einsetzbar gewesen wäre. Die Zeugin T habe bei ihrer Vernehmung ausdrücklich erklärt, sie wäre ohne weiteres bereit gewesen, eine Tätigkeit in T auszuüben. An diesem Ort seien zwei Sekretariatskräfte beschäftigt gewesen. Die Klägerin habe nicht dargelegt, dass es sich bei diesen Personen gleichfalls um unkündbare Arbeitnehmer gehandelt habe. Da die Klägerin aber nicht einmal den Versuch einer Änderungskündigung verbunden mit einer eventuellen Freikündigung des betreffenden Arbeitsplatzes für die Arbeitnehmerin unternommen habe, komme es auch nicht darauf an, welches Ergebnis diese Bemühungen letztlich gehabt hätten. Entscheidend sei, dass die Klägerin nicht einmal den Versuch unternommen habe, eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Arbeitnehmerin zu vermeiden.

24

Die Erstattungspflicht ent falle auch nicht gemäß § 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB III. Zwar lägen rechnerisch hinsichtlich der Geschäftsstelle T die Voraussetzungen für diesen Tatbestand vor. Bei der Geschäftsstelle T handele es sich jedoch nicht um einen Betrieb im Sinne dieser Vorschrift. Unter einem Betrieb sei wie im Arbeitsrecht eine organisatorische Einheit zu verstehen, innerhalb deren ein Unternehmer mit Hilfe sächlicher und sonstiger Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke verfolge. Wesentlich sei dabei insbesondere die einheitliche Organisation, durch die Arbeitgeberfunktionen ausgeübt werden. Aufgrund des gesamten Akteninhaltes und des Ergebnisses der Beweisaufnahme gehe die Kammer davon aus, dass die Geschäftsstelle T der Klägerin nicht in diesem Sinne eigenständige Arbeitgeberfunktionen ausgeübt habe. Zwar sei der Geschäftsstellenleiter nach dem vorgelegten Arbeitsvertrag des Zeugen S grundsätzlich berechtigt gewesen, selbständig Personal bis zu einer bestimmten Entgeltgruppe einzustellen, wobei es sich nach den Angaben des Zeugen S um die Mehrzahl der beschäftigten Arbeitnehmer gehandelt habe. Allerdings habe er nach seinen glaubhaften Angaben bei seiner Vernehmung regelmäßig keine eigenständigen Personaleinstellungen getroffen, da er dazu nur im Rahmen der ihm zur Verfügung stehenden Mittel berechtigt gewesen sei. Alleine die räumliche Entfernung zum Hauptbetrieb, die im Rahmen der Regelung des § 4 Betriebsverfassungsgesetz die Betriebseigenschaft begründe, könne wegen der unterschiedlichen Zielrichtung der Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes und der Vorschrift des § 147a SGB III nicht entscheidend sein (Verweis auf BSG, Urteil vom 14.12.2000, B 11 AL 19/00 R, für die Vorläufervorschrift des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AFG).

25

Die Betriebseigenschaft der Geschäftsstelle T ergebe sich auch nicht durch den Tarifvertrag gemäß § 3 BetrVG vom 20.01.2005 für die Beschäftigten der Klägerin. Die tarifvertragliche Definition des Betriebsbegriffes könne nicht unmittelbare Rechtswirkung für den Bereich des Sozialrechtes zu Lasten der Beklagten entfalten. Dabei sei zu berücksichtigen, dass durch

26

die Möglichkeit durch Tarifvertrag nach § 3 Abs. 1 BetrVG zu bestimmen, welche betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheiten als Betriebe gelten, die Wahl der Betriebsräte und die Arbeit dieser Betriebsräte erleichtert werden sollten. Im Rahmen der Befreiungsvorschriften des § 147a SGB III spielten jedoch überwiegend wirtschaftliche Erwägungen eine Rolle. Zudem zeige der Umstand, dass Organisationseinheiten gerade erst durch eine tarifvertragliche Regelung zu Betrieben bestimmt würden, dass es sich dabei gerade nicht um originäre Betriebe im Sinne von § 1 BetrVG handele. Es handele sich dabei vielmehr gemäß § 3 Abs. 5 Betriebsverfassungsgesetz um betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheiten, die als Betriebe im Sinne des Gesetzes gälten. Diese Fiktion für den Bereich des Betriebsverfassungsgesetzes könne außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes keine Wirkung entfalten.

Gegen dieses ihrem Prozessbevollmächtigten am 20.09.2011 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 20.10.2011 Berufung eingelegt. Sie meint, das SG habe übersehen, dass § 25 MTV auch eine betriebsbedingte Änderungskündigung der Zeugin T ausgeschlossen habe. Zudem lägen bei einem Teilnehmerrückgang von 80% die Voraussetzungen für eine Betriebsänderung vor. Im Übrigen zeige der von Frau T akzeptierte relativ niedrige Abfindungsbetrag, dass diese selbst von der Wirksamkeit der Kündigung ausgegangen sei. Schließlich werde in Anbetracht der Spannungen zwischen dem Zeugen S und der Zeugin T bestritten, dass letztere ein Änderungsangebot zur Weiterbeschäftigung am Standort T angenommen hätte. Darüber hinaus handele sich bei der Geschäftsstelle der Klägerin in T um einen eigenständigen Betrieb. Es sei schlechthin nicht vorstellbar, dass der einzige Geschäftsführer der Klägerin deutschlandweit für bis zu 100 Bildungsstätten mit über 2.000 Arbeitnehmern selbst die personelle Leistung ausübe. Die Klägerin habe insoweit bereits im Jahre 2004 eine Matrixorganisation eingeführt, wonach wesentliche Entscheidungskompetenzen auf die Geschäftsstellenleiter übertragen worden seien. So trage der Geschäftsstellenleiter die Verantwortung insbesondere in den sozialen und personellen Angelegenheiten gegenüber dem Betriebsrat. Der Geschäftsstellenleiter entscheide auch allein darüber, wer eingestellt werde. Im Übrigen gelte die Geschäftsstelle T aufgrund des Tarifvertrages vom 28.01.2005 gemäß § 3 Abs. 4 BetrVG als Betrieb im Sinne des BetrVG. Dies müsse auch im Rahmen des § 147a SGB III maßgeblich sein. Für das Vorliegen eines Betriebes müsse im Übrigen maßgeblich sein, ob eine wirtschaftliche Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- und Nebentätig vorliege. Dies sei bei der Geschäftsstelle in T der Fall.

Die Klägerin beantragt, 28

das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 01.09.2011 abzuändern und den Bescheid vom 22.05.2007 und den Widerspruchsbescheid vom 10.09.2007 aufzuheben. 29

Die Beklagte beantragt, 30

die Berufung zurückzuweisen. 31

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend. 32

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes nimmt der Senat auf die Prozessakte und die beigezogene Verwaltungsakte der Beklagten Bezug. Die Akten haben vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen. 33

Entscheidungsgründe: 34

35

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das SG hat die zulässige Anfechtungsklage im Sinne von § 54 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. Sozialgerichtsgesetz (SGG) zu Recht abgewiesen, weil sie unbegründet ist. Die Klägerin ist durch die angefochtenen Bescheide nicht im Sinne von § 54 Abs. 2 Satz 1 SGG beschwert, denn die Bescheide sind rechtmäßig.

1. Die Erstattungspflicht der Klägerin folgt aus § 147a Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch in der vom 01.01.2004 bis zum 31.03.2012 geltenden Fassung (SGB III a.F.). Danach erstattet der Arbeitgeber, bei dem der Arbeitslose innerhalb der letzten vier Jahre vor dem Tag der Arbeitslosigkeit, durch den nach § 124 Abs. 1 die Rahmenfrist bestimmt wird, mindestens 24 Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden hat, der Bundesagentur vierteljährlich das Arbeitslosengeld für die Zeit nach Vollendung des 57. Lebensjahres des Arbeitslosen, längstens für 32 Monate. Diese auslaufende Regelung ist hier nach Maßgabe von § 434I Abs. 4 SGB III a.F. anwendbar, weil sich die Dauer des Anspruchs auf Arbeitslosengeld der Zeugin T gemäß § 434I Abs. 1 SGB III a.F. noch nach § 127 SGB III in der bis zum 31.12.2003 geltenden Fassung gerichtet hat, da er mit der Arbeitslosmeldung zum 01.01.2006 und damit bis zum 31.01.2006 entstanden war. Die Voraussetzungen der Regelung liegen vor. Insoweit nimmt der Senat auf die zutreffenden Ausführungen des SG Bezug (§ 153 Abs. 2 SGG). Die Pflicht zur Erstattung der Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung folgt aus § 147a Abs. 4 SGB III a.F.

2. Das SG hat auch zutreffend entschieden, dass die Klägerin nicht gemäß § 147a Abs. 1 Satz 2 SGB III a.F. von der Erstattungspflicht ausgenommen ist.

Nach dieser Vorschrift tritt die Erstattungspflicht nicht ein, wenn das Arbeitsverhältnis vor Vollendung des 55. Lebensjahres des Arbeitslosen beendet worden ist, der Arbeitslose auch die Voraussetzungen für eine der in § 142 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 genannten Leistungen oder für eine Rente wegen Berufsunfähigkeit erfüllt oder der Arbeitgeber darlegt und nachweist, dass

1. der Arbeitslose innerhalb der letzten zwölf Jahre vor dem Tag der Arbeitslosigkeit, durch den nach § 124 Abs. 1 die Rahmenfrist bestimmt wird, weniger als zehn Jahre zu ihm in einem Arbeitsverhältnis gestanden hat,

2. er in der Regel nicht mehr als 20 Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten beschäftigt; § 3 Abs. 1 Satz 2 bis 6 des Aufwendungsausgleichsgesetzes gilt entsprechend mit der Maßgabe, daß das Kalenderjahr maßgebend ist, das dem Kalenderjahr vorausgeht, in dem die Voraussetzungen des Satzes 1 für die Erstattungspflicht erfüllt sind,

3. der Arbeitslose das Arbeitsverhältnis durch Kündigung beendet und weder eine Abfindung noch eine Entschädigung oder ähnliche Leistung wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhalten oder zu beanspruchen hat,

4. er das Arbeitsverhältnis durch sozial gerechtfertigte Kündigung beendet hat; § 7 des Kündigungsschutzgesetzes findet keine Anwendung; die Agentur für Arbeit ist an eine rechtskräftige Entscheidung des Arbeitsgerichts über die soziale Rechtfertigung einer Kündigung gebunden,

5. er bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist oder mit sozialer Auslaufrist zu kündigen,

6. sich die Zahl der Arbeitnehmer in dem Betrieb, in dem der Arbeitslose zuletzt mindestens zwei Jahre beschäftigt war, um mehr als drei Prozent innerhalb eines Jahres vermindert und unter den in diesem Zeitraum ausscheidenden Arbeitnehmern der Anteil der Arbeitnehmer, die das 55. Lebensjahr vollendet haben, nicht höher ist als es ihrem Anteil an der Gesamtzahl der im Betrieb Beschäftigten zu Beginn des Jahreszeitraumes entspricht. Vermindert sich die Zahl der Beschäftigten im gleichen Zeitraum um mindestens zehn Prozent, verdoppelt sich der Anteil der älteren Arbeitnehmer, der bei der Verminderung der Zahl der Arbeitnehmer nicht überschritten werden darf. Rechnerische Bruchteile werden aufgerundet. Wird der gerundete Anteil überschritten, ist in allen Fällen eine Einzelfallentscheidung erforderlich,
7. der Arbeitnehmer im Rahmen eines kurzfristigen drastischen Personalabbaus von mindestens 20 Prozent aus dem Betrieb, in dem er zuletzt mindestens zwei Jahre beschäftigt war, ausgeschieden ist und dieser Personalabbau für den örtlichen Arbeitsmarkt von erheblicher Bedeutung ist. 45
- Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Das Arbeitsverhältnis der Zeugin T ist nicht vor deren Vollendung des 55. Lebensjahres beendet worden und die Zeugin T hat nicht die Voraussetzungen für eine der in § 142 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 SGB III a.F. genannten Sozialleistungen erfüllt. Die Klägerin hat auch einen der in den Ziffern 1 bis 7 genannten Befreiungstatbestände weder dargelegt noch nachgewiesen. 46
- a) Nach ständiger Rechtsprechung des mittlerweile allein für das Arbeitsförderungsrecht zuständigen 11. Senats des Bundessozialgerichts (BSG), der der Senat folgt, gilt hinsichtlich der in den Ziffern 1 bis 7 des § 147a Abs. 1 Satz 2 SGB III a.F. genannten Befreiungstatbestände ebenso wie bei der Vorgängerregelung des § 128 Abs. 1 Satz 2 Arbeitsförderungs-gesetz (AFG) nicht der Amtsermittlungs-, sondern der Beibringungsgrundsatz. Die Beklagte und das Gericht sind zwar gehalten, durch entsprechende Hinweise darauf hinzuwirken, dass ungenügende Angaben tatsächlicher Art ergänzt werden. Für hierüber hinausgehende Initiativen zur Sachaufklärung bestehen im Rahmen von § 147a Abs. 1 Satz 2 SGB III a.F. aber weder Anlass noch Rechtsgrundlage (vgl. BSG, Urt. v. 21.09.2000 - B 11 AL 7/00 R -, juris Rn. 28; Urt. v. 14.12.2000 - B 11 AL 19/00 R -, juris Rn. 26; Beschl. v. 17.11.2009 - B 11 AL 87/09 B -, juris Rn. 4). 47
- Der Senat hat danach allein aufgrund des Tatsachenvortrags und der Beweisangebote der Klägerin zu entscheiden. In Anbetracht der ausführlichen schriftlichen Hinweise der Beklagten auf die Voraussetzungen der in Betracht kommenden Befreiungstatbestände des § 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 bis 6 SGB III a.F. und der ins Einzelne gehenden Ausführungen des SG in dem angefochtenen Urteil bestand für weitergehende Hinweise zur Ergänzung des Tatsachenvortrags kein Anlass. 48
- b) Ausgehend von ihrem Vorbringen auch im Berufungsverfahren hat die Klägerin das Vorliegen der von ihr allein behaupteten Befreiungstatbestände des § 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 bis 6 SGB III a.F. weder schlüssig dargelegt noch zur Überzeugung des Senats nachgewiesen. 49
- aa) Die Klägerin hat weder dargelegt noch nachgewiesen, dass sie das Arbeitsverhältnis der Zeugin T durch sozial gerechtfertigte Kündigung im Sinne von § 1 Abs. 2 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) beendet hat (§ 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB III a.F.). 50
- Zwar war entgegen der übereinstimmenden Auffassung der Beteiligten die ordentliche Kündigung der Zeugin T nicht ausgeschlossen. § 25 Abs. 1 MTV in der auch auf das Arbeitsverhältnis der Zeugin T anwendbaren, ab dem 01.05.2003 geltenden Fassung schloss 51

die ordentliche Kündigung gerade nicht aus, sondern ließ eine solche aus betrieblichen Gründen, bedingt durch notwendige Betriebsänderungen, ausdrücklich zu (vgl. zum Ganzen Bundesarbeitsgericht (BAG), Urt. v. 02.02.2006 - 2 AZR 58/05 -, juris Rn. 15 ff.). Entgegen der Auffassung des SG hat die Klägerin auch eine ordentliche Kündigung aus betriebsbedingten Gründen ausgesprochen. Dass sich die Klägerin und die Zeugin T durch den arbeitsgerichtlichen Vergleich darauf verständigt haben, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund außerordentlicher Kündigung mit sozialer Auslaufzeit enden soll, ist im Rahmen von § 147a SGB III a.F. unbeachtlich, weil die Agentur für Arbeit nach § 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 letzter Halbsatz SGB III a.F. zwar an eine rechtskräftige Entscheidung des Arbeitsgerichts über die soziale Rechtfertigung der Kündigung, nicht aber an einen arbeitsgerichtlichen Vergleich gebunden ist (argumentum e contrario, vgl. Brand, in: Niesel/Brand, SGB III, 5. Aufl. 2010, § 147a Rn. 48).

Die Klägerin hat jedoch nicht dargelegt, dass die Voraussetzungen für eine ordentliche Kündigung aus betriebsbedingten Gründen nach Maßgabe von § 25 Abs. 1 MTV vorliegen. Es fehlte, was die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auch selbst eingeräumt hat, an einer notwendigen Betriebsänderung im Sinne von § 25 Abs. 1 MTV. 52

Der Begriff der "Betriebsänderung" knüpft an § 111 BetrVG an und ist im Sinne dieser Vorschrift auszulegen (vgl. BAG, Urt. v. 02.02.2006 - 2 AZR 58/05 -, juris Rn. 18 m.N.). Nach § 111 Satz 1 BetrVG hat in Unternehmen mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern der Unternehmer den Betriebsrat über geplante Betriebsänderungen, die wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder wesentliche Teile der Belegschaft zur Folge haben können, rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und die geplanten Betriebsänderungen mit dem Betriebsrat zu beraten. Als Betriebsänderung in diesem Sinne gelten gemäß § 111 Abs. 1 Satz 3 BetrVG 53

1. Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen, 54
2. Verlegung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen, 55
3. Zusammenschluss mit anderen Betrieben oder die Spaltung von Betrieben, 56
4. grundlegende Änderungen der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen, 57
5. Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren. 58

Für keinen der genannten Fälle ist nach dem Vortrag der Klägerin etwas ersichtlich. Insbesondere bestehen keine Anhaltspunkte für eine Betriebseinschränkung im Sinne von § 111 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 BetrVG. In der Rechtsprechung des BAG wird Betriebseinschränkung definiert als eine erhebliche, ungewöhnliche und nicht nur vorübergehende Herabsetzung der Leistungsfähigkeit des Betriebs, gleichgültig, ob die Verminderung der Leistungsfähigkeit durch Außerbetriebsetzung von Betriebsanlagen oder durch Personalreduzierung erfolgt. Als Betriebsänderung ist die Betriebseinschränkung Gegenstand einer unternehmerischen Entscheidung; sie ist nach ihrem insoweit eindeutigen Wortsinne die Umsetzung der darauf abzielenden unternehmerischen Entscheidung in die Wirklichkeit (vgl. zum Ganzen BAG, Urt. v. 22.05.1979 - 1 ABR 17/77 -, juris Rn. 21 ff, insb. 35, 43). Ein bloß tatsächlicher Auftragsrückgang stellt danach keine Betriebseinschränkung oder eine Betriebsänderung dar. Erforderlich ist vielmehr eine betriebsorganisatorische Maßnahme, z.B. eine Verringerung der sächlichen Betriebsmittel oder ein erheblicher Personalabbau. Letzteres verlangt, dass eine größere Zahl von Arbeitnehmern betroffen ist. Maßgeblich sind hierbei die Zahlen und 59

Prozentangaben in § 17 Abs. 1 KSchG (vgl. BAG, Urt. v. 22.05.1979 - 1 ABR 17/77 -, juris Rn. 39; Urt. v. 02.02.2006 - 2 AZR 58/05 -, juris Rn. 18 m.N.). Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er

1. in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als 5 Arbeitnehmer, 60

2. in Betrieben mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern 10 vom Hundert der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer, 61

3. in Betrieben mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer innerhalb von 30 Kalendertagen entlässt. 62 63

Nach diesen Grundsätzen hat die Klägerin nicht schlüssig dargelegt, dass die Kündigung der Zeugin T aufgrund einer notwendigen Betriebsänderung erfolgt ist. Ob der Rückgang von Teilnehmern im Zuständigkeitsbereich der Bildungsstätte T1 überhaupt eine Betriebsänderung notwendig gemacht hätte, kann hier ebenso dahinstehen wie die Frage, ob die Geschäftsstelle T ein eigenständiger Betrieb und die Bildungsstätte T1 ein wesentlicher Betriebsteil ist. In jedem Fall hat die Klägerin nicht dargelegt, dass eine Betriebsänderung tatsächlich durchgeführt worden ist. Die Kündigung allein der Zeugin T genügt offensichtlich nicht; weitere Arbeitnehmer sind im Bereich der Geschäftsstelle T nach den Abgaben der Klägerin nicht gekündigt worden. Ebenso wenig ist die Bildungsstätte T1 geschlossen worden (vgl. demgegenüber BAG, Urt. v. 02.02.2006 - 2 AZR 58/05 -, juris Rn. 18 a.E.). Die Klägerin hat auch nicht dargelegt, dass eine Betriebsratsbeteiligung gemäß § 111 BetrVG erfolgt ist. 64

bb) Die Klägerin hat auch nicht hinreichend substantiiert und schlüssig dargelegt, dass sie im Sinne von § 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 SGB III a.F. bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt war, dass Arbeitsverhältnis mit der Zeugin T aus wichtigem Grund ohne Einhaltung der Kündigungsfrist oder mit sozialer Auslauffrist zu kündigen. 65

(1) Ob der Arbeitgeber, wie hier die Klägerin, zu einer solchen Kündigung berechtigt war, richtet sich nach § 626 BGB, wobei nach der Rechtsprechung des BSG die Rechtsprechung des BAG zu beachten ist (vgl. BSG, Urt. v. 14.12.2000 - B 11 AL 19/00 R -, juris Rn. 20 f.). 66

Für die hier allein in Betracht kommende außerordentliche betriebsbedingte Beendigungskündigung nimmt das BAG in ständiger Rechtsprechung an, dass sie, da dringende betriebliche Erfordernisse regelmäßig nur eine ordentliche Arbeitgeberkündigung nach § 1 KSchG rechtfertigen können, nur ausnahmsweise zulässig sein kann, weil zu dem vom Arbeitgeber zu tragenden Unternehmerrisiko auch die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist gehört (vgl. hierzu z.B. BAG, Urt. v. 02.03.2006 - 2 AZR 64/05 -, juris Rn. 26). Eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist kommt nur dann in Betracht, wenn ein wichtiger Grund zur Kündigung gerade darin zu sehen ist, dass wegen des tariflichen Ausschlusses der ordentlichen Kündigung der Arbeitgeber den Arbeitnehmer notfalls bis zum Erreichen der Pensionsgrenze weiterbeschäftigen müsste und ihm dies unzumutbar ist. Eine solche außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist, die die tariflich ausgeschlossene ordentliche Kündigung ersetzt, kommt allerdings nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht. Ein solcher kann vorliegen, wenn der Arbeitgeber ohne außerordentliche Kündigungsmöglichkeit gezwungen wäre, ein sinnloses Arbeitsverhältnis über viele Jahre hinweg allein durch Gehaltszahlungen, denen keine entsprechende Arbeitsleistung gegenübersteht, aufrechtzuerhalten. Dabei ist ein strenger Prüfungsmaßstab 67

anzulegen. In erheblich weiterem Umfang als bei einer ordentlichen Kündigung ist es dem Arbeitgeber bei einer außerordentlichen Kündigung mit Auslaufrist gegenüber einem tariflich unkündbaren Arbeitnehmer zumutbar, die Kündigung durch geeignete andere Maßnahmen zu vermeiden. Besteht noch irgendeine Möglichkeit, die Fortsetzung eines völlig sinnentleerten Arbeitsverhältnisses ("Heizer auf der E-Lok") etwa durch eine anderweitige Weiterbeschäftigung ggf. nach entsprechender Umschulung zu vermeiden, ist es dem Arbeitgeber regelmäßig zumutbar, diese andere Möglichkeit zu wählen. Erst wenn alle anderen Lösungsversuche gescheitert sind, kann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung mit Auslaufrist vorliegen.

Bei der Abgrenzung, unter welchen Voraussetzungen eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslaufrist aus betriebsbedingten Gründen gegenüber einem tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer zulässig ist, ist aber stets die besondere Ausgestaltung des tariflichen Sonderkündigungsschutzes zu berücksichtigen. Regeln die Tarifpartner im einzelnen, unter welchen Voraussetzungen gegenüber einem sonst tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer eine Beendigungs- oder Änderungskündigung aus betriebsbedingten Gründen zulässig ist, so lässt dies regelmäßig erkennen, dass nach dem Willen der Tarifpartner in erster Linie diese Kündigungsmöglichkeiten in Betracht kommen sollen, wenn aus betriebsbedingten Gründen eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in seiner bisherigen Tätigkeit nicht mehr möglich ist. Stellt die tarifliche Regelung des Sonderkündigungsschutzes für betriebsbedingte Kündigungsgründe bereits Lösungsmöglichkeiten zur Verfügung, die es dem Arbeitgeber jedenfalls im Regelfall ermöglichen, sich von unzumutbar gewordenen Arbeitsverhältnissen zu lösen, so hat der Arbeitgeber deshalb zunächst von diesen tariflichen Möglichkeiten Gebrauch zu machen. Erst wenn feststeht, dass sie versagen, kann überhaupt eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufrist gegenüber einem tariflich sonst ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer in Betracht kommen. Dies bedeutet, dass bei einem Tarifvertrag, der bereits in den wesentlichen Fällen eines betriebsbedingten Kündigungsgrundes eine ordentliche Beendigungskündigung und darüber hinaus eine Änderungskündigung zulässt, eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung mit Auslaufrist nur in seltenen Extremfällen in Betracht kommen kann (zum gesamten Vorstehenden BAG, Urt. v. 08.04.2003 - 2 AZR 355/02 -, juris Rn. 25 f. m.w.N.).

68

(2) Nach diesen Grundsätzen lässt der bisherige Vortrag der Klägerin nicht hinreichend erkennen, dass sie unter Berücksichtigung von § 25 Abs. 1 MTV zu einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung der Zeugin T berechtigt war.

69

Zu einen ist schon nicht ersichtlich, dass ein seltener Extremfall vorliegt, in dem eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung trotz der in § 25 Abs. 1 MTV vorgesehenen Möglichkeit, eine ordentliche betriebsbedingte Kündigung auszusprechen, in Betracht kommt. § 25 Abs. 1 MTV lässt, wie bereits unter aa) ausgeführt, eine ordentliche betriebsbedingte Kündigung unter der Voraussetzung zu, dass sie durch notwendige Betriebsänderungen bedingt ist. Zwar hat die Klägerin nach den Ausführungen zu aa) nicht dargelegt, dass eine Betriebsänderung in diesem Sinne tatsächlich erfolgt ist. Sie hat jedoch die Auffassung vertreten, dass wegen des Rückgangs von Teilnehmern an den von ihr angebotenen Bildungsveranstaltungen die Voraussetzungen für eine Betriebsänderung vorgelegen hätten. Wenn dies der Fall gewesen wäre, hätte die Zeugin T nach § 25 Abs. 1 MTV aber ordentlich gekündigt werden können. In diesem Fall käme eine außerordentliche Kündigung von vornherein nicht in Betracht. In jedem Fall steht aufgrund des Vortrags der Klägerin nicht fest, dass die tarifvertraglich vorgesehenen Möglichkeiten der ordentlichen Kündigung aus betriebsbedingten Gründen im Falle der Zeugin T versagt haben oder versagt hätten. Die Klägerin hat im Termin zur mündlichen Verhandlung lediglich vorgetragen, dass der

70

vorgenommene Personalabbau die Schwelle einer Betriebseinschränkung nicht überschritten habe. Sie hat aber nicht dargelegt, dass und aus welchem Grund eine Verkürzung der sächlichen Betriebsmittel, z.B. die Schließung der Bildungsstätte T1, ausschied.

Zum anderen hat die Klägerin nicht hinreichend substantiiert dargelegt, dass ein anderweitiger Einsatz der Zeugin T auch unter Aufwendung aller zumutbaren Mittel, einschließlich der Versetzung in einen anderen Betrieb oder Betriebsteil, nicht möglich war (vgl. insoweit auch BSG, Urt. v. 14.12.2000 - B 11 AL 19/00 R -, juris Rn. 21). Durch die pauschale Behauptung, für die Zeugin T sei keine andere Stelle vorhanden gewesen, und es seien an anderen Orten auch weitere Arbeitnehmer gekündigt worden, genügt die Klägerin ihrer Darlegungslast nicht (vgl. insoweit auch BAG, Urt. v. 27.06.2002 - 2 AZR 367/01 -, juris Rn. 30). 71

Die Ausführungen der Klägerin genügen auch deshalb nicht, weil der Zeuge S in seiner Vernehmung vor dem SG ausgesagt hat, die Arbeit der Lehrgangsorganisation habe nach wie vor gemacht werden müssen. Hierzu seien die Sekretariatskräfte aus T einige Tage nach T1 gefahren und hätten dort gearbeitet, um die Aufgaben zu erfüllen. Nach diesen Angaben bestehen sogar Zweifel daran, dass die Arbeitsstelle der Zeugin T in T1 tatsächlich vollständig weggefallen ist. In jedem Fall drängen sich in Anbetracht der Ausführungen des Zeugen Maßnahmen auf, die einen Verbleib der Zeugin T bei der Klägerin ermöglicht hätten: 72

So hätte die Klägerin mit der Zeugin möglicherweise eine Herabsetzung ihrer Arbeitszeit erörtern können und ggf. über eine betriebsbedingte Änderungskündigung, die entgegen der Auffassung der Klägerin durch § 25 Abs. 1 MTV gerade nicht vollständig ausgeschlossen war, durchsetzen können. Dass sich die Zeugin einer solchen Herabsetzung ihrer Arbeitszeit verweigert hätte, steht nicht fest, zumal die Klägerin nicht vorgetragen hat, dass sie insoweit überhaupt das Gespräch mit der Zeugin T gesucht hat. Ergänzend zu einer Herabsetzung der Arbeitszeit hätte die Klägerin für die Zeugin T nach Maßgabe von §§ 169 ff., 421t Abs. 2 Nr. 1 SGB III a.F. möglicherweise Kurzarbeitergeld beantragen können. Ausgehend von den Angaben des Zeugen S, wonach die Bildungsstätte T1 später auch wieder gewachsen und eigentlich genug Arbeit da gewesen sei, war der Arbeitsausfall offensichtlich nur vorübergehender Natur (vgl. § 170 Abs. 1 Nr. 2 SGB III a.F.). Auch hierzu hat die Klägerin nichts vorgetragen. 73

Wie das SG zutreffend ausgeführt hat, hat die Klägerin auch nicht hinreichend dargelegt, dass eine Versetzung der Zeugin T nach T ausgeschlossen war. Selbst wenn die Voraussetzungen einer nach den vorstehenden Ausführungen nicht ausgeschlossenen betriebsbedingten Änderungskündigung insoweit nicht vorgelegen hätten, hätte mit der Zeugin T eine freiwillige Änderung des Arbeitsvertrages erörtert werden können. Die Zeugin war nach ihren Angaben vor dem SG auch bereit, in T zu arbeiten. Soweit die Klägerin dies in ihrer Berufungsbegründung mit Hinblick auf die Differenzen der Zeugin mit dem Zeugen S bestreitet, ist dies nicht überzeugend. Warum der Aussage der Zeugin kein Glauben zu schenken sein soll, erschließt sich dem Senat nicht. 74

Dass für die Zeugin T in T nicht genug Arbeit vorhanden gewesen sein soll, liegt in Anbetracht der Ausführungen des Zeugen S ebenfalls nicht auf der Hand. Von daher kann auch dahinstehen, ob die Klägerin darüber hinaus vor einer Kündigung der Zeugin T hätte versuchen müssen, eine der beiden Sekretariatskräfte in T zu kündigen, die nach den Angaben der Zeugin T jünger und eine geringere Zeit bei der Klägerin beschäftigt waren und deshalb sogar möglicherweise nicht von der Schutzvorschrift des § 25 Abs. 1 MTV profitieren konnten (vgl. hierzu BAG, Urt. v. 18.10.2000 - 2 AZR 494/99 -, juris Rn. 27 ff.; für den Fall einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung offen gelassen BAG, Urt. v. 75

Die Berechtigung der Klägerin zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Zeugin T steht schließlich auch nicht aufgrund des arbeitsgerichtlichen Vergleichs fest. An diesen Vergleich ist die Beklagte nicht gebunden. Insoweit gilt nichts anderes als im Rahmen von § 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 letzter Halbsatz SGB III a.F. 76

cc) Die Klägerin hat auch die Voraussetzungen des § 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB III a.F. nicht nachgewiesen. Für die Geschäftsstelle T liegen zwar die zahlenmäßigen Voraussetzungen vor, denn im Zeitraum vom 01.06.2005 bis zum 31.05.2006 hat sich die Anzahl der Arbeitnehmer um 3,362% (1 Arbeitnehmer von 29,75 Arbeitnehmern) vermindert, und unter Berücksichtigung der Rundungsvorschrift des § 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 Satz 3 SGB III a.F. durfte vor dem Hintergrund, dass der Anteil derjenigen Arbeitnehmer, die das 55. Lebensjahr vollendet haben, an der Gesamtzahl der Beschäftigten 16,807% (5 von 29,75) betrug, maximal ein älterer Arbeitnehmer ($16,807\% \text{ von } 3,5 = 0,588$, aufgerundet = 1) entlassen werden (zu dieser Berechnungsweise vgl. BSG, Ur. v. 08.11.2001 - B 11 AL 45/01 R -, juris Rn. 18). Die Klägerin hat jedoch nicht zur Überzeugung des Senats nachgewiesen, dass es sich bei der Geschäftsstelle T um einen Betrieb im Sinne von § 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB III a.F. handelt. 77

Unter einem Betrieb ist wie im Arbeitsrecht eine organisatorische Einheit zu verstehen, innerhalb der ein Unternehmer mit Hilfe sächlicher und sonstiger Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke verfolgt; im Vordergrund steht dabei die einheitliche Organisation. Maßgeblich für die Beantwortung der Frage, ob ein oder mehrere Betriebe vorliegen, ist nach der Rechtsprechung des BSG vor allem die Einheit des Betriebsinhabers und des Betriebszwecks, die Einheitlichkeit der Leitung und der Personalverwaltung sowie die betriebsorganisatorische Verflechtung (vgl. hierzu grundlegend BSG, Ur. v. 14.12.2000 - B 11 AL 19/00 R -, juris Rn. 25 m.w.N.). Ob ein Betrieb innerhalb einer größeren Einheit, einem Unternehmen, besteht, kann mit der Testfrage geprüft werden, ob die betreffende Einheit selbstständig im Wirtschaftsleben bestehen könnte (vgl. BSG, Ur. v. 20.01.1982 - 10/8b RAr 9/80 -, juris Rn. 28). Um einen selbstständigen Betrieb handelt es sich, wenn die auswärtige Betriebsstätte einen von den Zwecken des Stammbetriebes verschiedenen Betriebszweck verfolgt und organisatorisch eine besondere Einheit bildet, insbesondere einer eigenen technischen Leitung untersteht. Wenn die auswärtige Betriebsstätte ungeachtet einer gewissen räumlichen und organisatorischen Eigenständigkeit demgegenüber dergestalt in den Gesamtbetrieb eingegliedert ist, dass sie für sich allein nicht bestehen könnte, handelt es sich lediglich um eine unselbstständige Betriebsabteilung (vgl. BSG, Ur. v. 19.01.1971 - 3 RK 19/68 -, juris Rn. 12). 78

Nach diesen Kriterien kann nicht festgestellt werden, dass es sich bei der Geschäftsstelle T um einen eigenständigen Betrieb handelt. Die Geschäftsstelle T stellt vielmehr (allenfalls) eine unselbstständige Betriebsabteilung dar. 79

(1) Es steht nach dem bisherigen Vortrag der Klägerin und dem Ergebnis der Beweisaufnahme vor dem SG nicht fest, dass die Geschäftsstelle T einer einheitlichen Leitung und Personalverwaltung unterliegt. Der Senat schließt sich insoweit den zutreffenden Ausführungen des SG in dem angefochtenen Urteil an und nimmt auf sie Bezug (§ 153 Abs. 2 SGG). Das Berufungsvorbringen führt zu keiner anderen Bewertung. Das von der Klägerin überreichte Schema ihrer Matrixorganisation sowie ihre Ausführungen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat belegen gerade keine einheitliche Leitung und Personalverwaltung durch den Geschäftsstellenleiter. Für den Personalaustritt trägt der Geschäftsstellenleiter beispielsweise nicht alleinige Verantwortung; wesentliche 80

Verantwortungsträger sind vielmehr neben ihm die zentrale Personalverwaltung der Klägerin und der Geschäftsführer der Klägerin. So muss nach den Ausführungen des Prozessbevollmächtigten der Klägerin vor jeder Kündigung zwingend die zentrale Personalabteilung der Klägerin beteiligt werden. Diese und auch der Geschäftsführer der Klägerin können einen Geschäftsstellenleiter jedenfalls dann anweisen, eine Kündigung nicht auszusprechen, wenn sie gegen die Kündigung rechtliche Bedenken haben. Insgesamt sind daher insbesondere bei Personalentscheidungen mehrere Stellen der Klägerin in einem komplizierten Abstimmungsverfahren beteiligt, so dass von einer einheitlichen Leitung einer Geschäftsstelle durch den Geschäftsstellenleiter keine Rede sein kann.

Zudem wird die Behauptung weitreichender Entscheidungsbefugnisse des Geschäftsstellenleiters im Bereich der Personalverwaltung durch die Aussage des Zeugen S in seiner Vernehmung vor dem SG widerlegt. Der Zeuge hat im Einzelnen nachvollziehbar und in Übereinstimmung mit seinen Angaben gegenüber der Beklagten im Verwaltungsverfahren ausgeführt, dass er keine Personalentscheidung ohne Rücksprache mit der Zentralabteilung treffen durfte, weil die Geschäftsstelle T regelmäßig Defizite im Personalbereich hatte. Er hat auch ausgeführt, dass er an der Entscheidungsfindung über die Kündigung der Zeugin T nicht beteiligt war. Die wesentlichen Personalentscheidungen wurden nach dieser Aussage in der zentralen Personalabteilung bzw. in der Zentrale der Klägerin getroffen, nicht aber von dem Geschäftsstellenleiter. 81

Es ist nicht ersichtlich, warum diese Aussage nicht der Wahrheit entsprechen soll. Die Klägerin hat zwar bereits vor der Vernehmung des Zeugen S Zweifel an dessen Glaubwürdigkeit geltend gemacht (vgl. Ausführungen des Bevollmächtigten im Erörterungstermin vom 25.11.2010) und diese in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat wiederholt. Der Umstand, dass der Zeuge die Klägerin im Jahre 2008 unfreiwillig verlassen hat, vermag aber nach Auffassung des Senats durchgreifende Zweifel an seiner Glaubwürdigkeit nicht zu begründen. Dies gilt insbesondere deshalb, weil er bereits Anfang September 2007 und damit einige Zeit vor seiner Kündigung der Beklagten gegenüber angegeben hat, über Entlassungen werde am Hauptsitz der Klägerin in E entschieden. Zudem hat der Zeuge ausweislich seines Schreibens vom 11.11.2010 offensichtlich unmittelbar nach seinem Ausscheiden bei der Klägerin eine leitende Position bei einem anderen Unternehmen in Luxemburg übernommen. Dass sich der Zeuge an der Klägerin "rächen" wollte, wie die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vermutet hat, hält der Senat deshalb für nicht wahrscheinlich. Den Einwand der Klägerin, der Zeuge S habe in dem Gespräch mit der Beklagten Anfang September 2007 möglicherweise versucht, seine Funktion im Unternehmen der Klägerin herunterzuspielen, um seinen Chancen in einem etwaigen Kündigungsschutzverfahren zu verbessern, hält der Senat ebenfalls für bloße Spekulation. Im Zeitpunkt der Vernehmung durch das SG, in der der Zeuge seine Aussagen gegenüber der Beklagten aus dem Jahre 2007 im Wesentlichen bestätigt hat, war das Kündigungsschutzverfahren des Zeugen zudem abgeschlossen. 82

Die von der Klägerin zu den Akten gereichten Unterlagen sind ebenfalls nicht geeignet, den Wahrheitsgehalt der Aussage des Zeugen S in Frage zu stellen. Abgesehen davon, dass der Zeuge sämtliche Schreiben im Zusammenhang mit der Kündigung der Zeugin T mit "i.V." unterschrieben und dem Kündigungsschreiben sogar eine von der Klägerin ausgestellte Vollmacht beigelegt hat, womit er deutlich zum Ausdruck gebracht hat, dass er die von jemand anderem getroffene Entscheidung als dessen Vertreter umsetzt, hat der Zeuge in seiner Vernehmung diesen Vorgang plausibel damit erklärt, dass er die ihm von anderer Seite vorgelegten Schreiben unterschrieben habe. Eine eigständige Entscheidungskompetenz des Geschäftsstellenleiters der Geschäftsstelle T - nur auf diese 83

kommt es im vorliegenden Fall an - im Hinblick auf wesentliche Personalfragen wird damit gerade nicht belegt. Entsprechendes zeigt auch der Umstand, dass der Zeuge S den von der Klägerin zu den Aktengereichten Arbeitsvertrag mit einer anderen Arbeitnehmerin nicht allein unterschrieben hat. Ungeachtet der gesetzlichen Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers einer GmbH (§ 35 GmbHG) wäre es möglich gewesen, dem Geschäftsstellenleiter eine umfassende Handlungsvollmacht hinsichtlich des Abschlusses und der Beendigung von Arbeitsverträgen einzuräumen. Dies ist jedoch nicht geschehen.

Eine nochmalige Vernehmung des Zeugen S war nicht erforderlich. Der Senat weicht von der Würdigung der persönlichen Glaubwürdigkeit durch das Erstgericht nicht ab (vgl. BSG, Beschl. v. 05.09.2006 - B 7a AL 78/06 B -, juris Rn. 6; Urt. v. 28.11.2007 - B 11a/7a AL 14/07 R -, juris Rn. 11, jeweils m.w.N.). 84

(2) Es kann nach dem bisherigen Vortrag der Klägerin und dem Ergebnis der Beweisaufnahme vor dem SG auch nicht festgestellt werden, dass die Geschäftsstelle T selbstständig im Wirtschaftsleben bestehen könnte. Weder hat die Klägerin hierzu vorgetragen, noch sind insoweit Anhaltspunkte ersichtlich. 85

(3) Ebenso wenig kann festgestellt werden, dass die Geschäftsstelle T einen von Betriebszweck der Zentralabteilung der Klägerin zu unterscheidenden Betriebszweck verfolgt. Auch insoweit fehlt jeglicher Vortrag der Klägerin. Im Übrigen sind für einen selbstständigen Betriebszweck auch keine Anhaltspunkte ersichtlich. Die Geschäftsstelle T dient vielmehr offensichtlich dazu, das Bildungsangebot der Klägerin in ihrem regionalen Einzugsbereich anzubieten. 86

(4) Dass in der Geschäftsstelle T aufgrund des mit der Gewerkschaft Ver.di abgeschlossenen Tarifvertrages ein Betriebsrat gewählt wird und die Geschäftsstelle T gemäß § 3 Abs. 5 BetrVG als Betrieb im Sinne des BetrVG gilt, führt zu keiner anderen Bewertung. Zum einen handelt es sich nach § 3 Abs. 5 BetrVG um die gesetzliche Fiktion einer Betriebseigenschaft, die nicht mit dem tatsächlichen Vorliegen der Betriebseigenschaft gleichzusetzen ist. Die Norm selbst spricht ausdrücklich von "betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheiten", die als Betriebe im Sinne des BetrVG gelten. Offensichtlich ist der Gesetzgeber also selbst davon ausgegangen, dass die in § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 genannten Organisationseinheiten für sich genommen keine Betriebe sind (vgl. insoweit auch BSG, Urt. v. 19.03.1974 - 7 RAr 42/72 -, juris Rn. 15). Zum anderen ist der Betriebsbegriff des BetrVG nicht mit dem Betriebsbegriff des § 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB III a.F. identisch. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des BSG, dass der Betriebsbegriff am Ziel der jeweiligen gesetzlichen Regelung auszurichten ist (vgl. BSG, a.a.O., Rn. 19). Die Zielrichtung des § 3 BetrVG, der eine wirksamen und zweckmäßige Interessenvertretung der Arbeitnehmer sicherstellen soll, unterscheidet sich jedoch erheblich vom Sinn und Zweck des § 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB III a.F., der der begriffsimmanenten wirtschaftlichen Selbstständigkeit eines Betriebes Rechnung trägt. Dementsprechend hat das BSG bereits entschieden, dass die gesetzliche Fiktion des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG, wonach Betriebsteile, die räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt sind, als selbstständige Betriebe im Sinne des BetrVG gelten, im Rahmen des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AFG, der Vorgängerregelung zu § 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB III a.F., keine Anwendung findet (BSG, Urt. v. 14.12.2000 - B 11 AL 19/00 R -, juris Rn. 25). Für § 3 Abs. 5 BetrVG kann nichts anderes gelten. 87

dd) Für das Vorliegen anderer Befreiungstatbestände des § 147a Abs. 1 Satz 2 SGB III a.F. ist nichts ersichtlich. 88

3. Gegen die Höhe der Erstattungsforderung sind Einwendungen weder erhoben worden noch ersichtlich.	
4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 154 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).	90
5. Gründe, die Revision zuzulassen (§ 160 Abs. 2 SGG), liegen nicht vor.	91
6. Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 61 Satz 1, § 52 Abs. 3 GKG.	92
