

Bundesarbeitsgericht  
Zweiter Senat

Urteil vom 27. Juni 2019  
- 2 AZR 38/19 -  
ECLI:DE:BAG:2019:270619.U.2AZR38.19.0

I. Arbeitsgericht  
Berlin

Urteil vom 28. März 2018  
- 54 Ca 15017/17 -

II. Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 7. Dezember 2018  
- 6 Sa 709/18 -

---

Entscheidungsstichworte:

Betrieb nach § 3 BetrVG - Stilllegung - Betriebsratsmitglied

Leitsatz:

Das Arbeitsverhältnis eines Mitglieds einer nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrVG gebildeten Arbeitnehmervertretung kann gemäß § 15 Abs. 4 KSchG ordentlich gekündigt werden, wenn das Betriebsratsmitglied in einem Betrieb iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG beschäftigt ist und dieser stillgelegt wird.

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 38/19  
6 Sa 709/18  
Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
27. Juni 2019

## URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. Juni 2019 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesar-

beitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Grimberg und Krüger für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 7. Dezember 2018 - 6 Sa 709/18 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. 1
- Die Beklagte und weitere Gesellschaften des N-Konzerns vereinbarten mit der IG Metall im März 2016 einen „Strukturtarifvertrag ... nach § 3 BetrVG“ (im Folgenden StrukturTV). Danach wurden die Betriebsstätten der betreffenden Unternehmen in H, B und L mit Wirkung ab Mai 2016 zu einer betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheit zusammengefasst, für die ein Betriebsrat gewählt werden sollte. 2
- Der Kläger war der Betriebsstätte der Beklagten in B zugeordnet. Zum 1. Mai 2016 gliederte die Beklagte aus dieser den Bereich Kundendienst/Customer aus und übertrug ihn auf eine andere Gesellschaft. 3
- Der Kläger war - so die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts - Ersatzmitglied eines in einem „Gemeinschaftsbetrieb“ gewählten Betriebsrats und nahm im April 2017 als Nachrücker an einer „Betriebsratssitzung des Gesamtbetriebsrats“ teil. 4

Ab dem 7. Juni 2017 war die Betriebsstätte der Beklagten in B geschlossen. 5

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis der Parteien nach Anhörung „des Betriebsrats“ mit Schreiben vom 28. November 2017 ordentlich zum 30. Juni 2018. 6

Dagegen hat der Kläger rechtzeitig die vorliegende Klage erhoben. Die ordentliche Kündigung sei nach § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG ausgeschlossen gewesen. 7

Der Kläger hat sinngemäß beantragt 8

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 28. November 2017 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die ordentliche Kündigung sei nach § 15 Abs. 4 KSchG zulässig und gemäß § 1 Abs. 2 KSchG auch sozial gerechtfertigt. Sie habe ihren einzigen Betrieb in B zum 31. Mai 2017 stillgelegt. Es habe keine Möglichkeit bestanden, den Kläger an einem freien Arbeitsplatz im Unternehmen weiterzubeschäftigen. Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß angehört worden. 9

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. 10

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision hat Erfolg. Mit der von ihm gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht die Berufung der Beklagten gegen das der Klage stattgebende erstinstanzliche Urteil nicht zurückweisen. Ob das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die streitbefangene Kündigung aufgelöst worden ist, kann der Senat nicht selbst entscheiden. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache an das 11

Landesarbeitsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung (§ 563 Abs. 1 ZPO).

A. Die Annahme des Berufungsgerichts, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger habe von der Beklagten nicht nach § 15 Abs. 4 KSchG ordentlich gekündigt werden können, weil „der nach dem Strukturtarifvertrag gebildete Gemeinschaftsbetrieb ... nicht insgesamt stillgelegt“ worden sei, hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. 12

I. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, vorliegend seien die Rechtsfolgen einer Vereinbarung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a BetrVG zu beurteilen. Durch den StrukturTV sollte ein unternehmensübergreifender Betriebsrat für Betriebsstätten mehrerer Gesellschaften gebildet werden. Dies kann nur unter den Voraussetzungen von § 3 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 BetrVG erfolgen. § 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a BetrVG lässt schon nach seinem Wortlaut lediglich die Errichtung einer auf das Unternehmen beschränkten Arbeitnehmervertretung zu. 13

II. Entgegen dem Berufungsgericht haben die beteiligten Unternehmen sich im StrukturTV nicht zur Führung eines „Gemeinschaftsbetriebs“ zusammengeschlossen. Ein Betrieb kann zwar von mehreren Arbeitgebern als gemeinsamer Betrieb geführt werden (*vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BetrVG*). Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist von einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen aber nur auszugehen, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird. Dazu müssen sich die beteiligten Unternehmen zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben. Diese einheitliche Leitung muss sich auf die wesentlichen Funktionen eines Arbeitgebers in sozialen und personellen Angelegenheiten erstrecken. Eine lediglich unternehmerische Zusammenarbeit genügt dagegen nicht. Vielmehr müssen die Funktionen des Arbeitgebers in den 14

sozialen und personellen Angelegenheiten des Betriebsverfassungsgesetzes institutionell einheitlich für die beteiligten Unternehmen wahrgenommen werden (*BAG 13. August 2008 - 7 ABR 21/07 - Rn. 19 f.*). Die im StrukturTV getroffene Abrede kann die für die Annahme eines Gemeinschaftsbetriebs notwendige Organisationsstruktur nicht ersetzen, sondern könnte allenfalls eine Führungsvereinbarung über die zu bildende Betriebsstätte darstellen.

III. Ebenso fehl geht die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die beteiligten Unternehmen hätten durch den StrukturTV eine „Produktionsgemeinschaft“ gebildet. Es sollte lediglich nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 BetrVG eine *betriebsverfassungsrechtliche* Organisationseinheit errichtet und in dieser - abweichend von den tatsächlichen Gegebenheiten - ein einheitlicher Betriebsrat gewählt werden. 15

IV. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass der Kläger zum Ersatzmitglied eines aufgrund des StrukturTV für die Betriebsstätten in H, B und L errichteten Betriebsrats gewählt worden ist und im April 2017 als Nachrücker an einer Sitzung *dieses* Gremiums teilgenommen hat. 16

V. Selbst wenn dies zugunsten des Klägers unterstellt würde, hätte das Landesarbeitsgericht mit rechtsfehlerhafter Begründung angenommen, das Arbeitsverhältnis der Parteien habe von der Beklagten nicht gemäß § 15 Abs. 4 KSchG ordentlich gekündigt werden können. 17

1. Das Berufungsgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass Ersatzmitglieder eines nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrVG gebildeten Betriebsrats den nachwirkenden Sonderkündigungsschutz gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG genießen können. Das folgt aus § 3 Abs. 5 Satz 2 BetrVG. Danach finden auf sie ua. die Vorschriften über die Rechtsstellung von Mitgliedern eines „regulär“ errichteten Betriebsrats Anwendung. Zu diesen Vorschriften zählt § 15 KSchG. 18

2. Das Landesarbeitsgericht hat auch zu Recht angenommen, dass während des Nachwirkungszeitraums von einem Jahr eine arbeitgeberseitige or- 19

dentliche Kündigung ausschließlich unter den besonderen Voraussetzungen von § 15 Abs. 4 oder Abs. 5 KSchG zulässig ist. Danach konnte das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die am 30. November 2017 zugegangene ordentliche Kündigung der Beklagten vom 28. November 2017 lediglich im Fall der Stilllegung eines Betriebs oder doch einer Betriebsabteilung aufgelöst werden.

3. Das Berufungsgericht hat jedoch rechtsfehlerhaft das Vorliegen einer Betriebsstilllegung iSv. § 15 Abs. 4 KSchG verneint. Hierfür genügte es, wenn die Beklagte den Betrieb geschlossen haben sollte, in dem der Kläger beschäftigt war. 20

a) Die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses einer nach § 15 Abs. 1 bis Abs. 3a KSchG geschützten Person (*die Nichterwähnung von § 15 Abs. 3a KSchG beruht auf einem Redaktionsversehen, BAG 4. November 2004 - 2 AZR 96/04 - zu B I 2 der Gründe*) ist gemäß § 15 Abs. 4 KSchG ohne besondere Voraussetzungen zulässig, wenn „der Betrieb“ stillgelegt wird. § 15 KSchG enthält ebenso wie das gesamte Kündigungsschutzgesetz keine eigene Definition des Betriebsbegriffs. Es gilt daher der allgemeine Betriebsbegriff, der im Wesentlichen demjenigen des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG entspricht (*BAG 19. Juli 2016 - 2 AZR 468/15 - Rn. 12*). Danach ist der Betrieb die organisatorische Einheit von Arbeitsmitteln, mit deren Hilfe der Arbeitgeber allein oder in Gemeinschaft mit seinen Arbeitnehmern unter Einsatz von technischen und immateriellen Mitteln einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck fortgesetzt verfolgt, der nicht nur in der Befriedigung von Eigenbedarf liegt (*BAG 2. März 2017 - 2 AZR 427/16 - Rn. 15*). Eine aufgrund einer Vereinbarung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrVG errichtete betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheit stellt für sich genommen ohne entsprechende Organisationsstruktur keinen Betrieb iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG dar. Die Beteiligten schaffen mit einer Vereinbarung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrVG gerade eine von den tatsächlichen betrieblichen Strukturen abweichende betriebsverfassungsrechtliche Ordnung und lösen den Betriebsrat vom „Betrieb als ausschließliche Organisationsbasis“ ab (*BT-Drs. 14/5741 S. 33*). 21

b) Bei der durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung gewillkürten Einheit handelt es sich lediglich um die nach § 3 Abs. 5 Satz 1 BetrVG ausdrücklich auf das *Betriebsverfassungsgesetz* begrenzte Fiktion eines Betriebs, die für das *Kündigungsschutzgesetz* ohne Bedeutung ist (*BAG 31. Mai 2007 - 2 AZR 276/06 - Rn. 18, BAGE 123, 1*). Das gilt auch für § 15 KSchG. Zwar enthält der Zweite Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes Bestimmungen zum „Kündigungsschutz im Rahmen der Betriebsverfassung“. Das ändert aber nichts daran, dass die Vorschrift im Kündigungsschutzgesetz verortet ist. Es kann nicht angenommen werden, der historische Gesetzgeber des § 3 Abs. 5 Satz 1 BetrVG habe die Fiktionswirkung über den eindeutigen Wortlaut der Norm hinaus auf § 15 KSchG als eine betriebsverfassungsrechtlich geprägte Vorschrift außerhalb des Betriebsverfassungsgesetzes (*zu § 17 Abs. 2 KSchG BAG 22. September 2016 - 2 AZR 276/16 - Rn. 37, BAGE 157, 1*) erstrecken wollen. Es erscheint ausgeschlossen, dass er § 15 KSchG übersehen hat. § 3 Abs. 5 BetrVG ist durch das Gesetz zur Reform der Betriebsverfassung vom 23. Juli 2001 (*BGBI. I S. 1852*) im Zusammenhang mit einer erheblichen Ausweitung der Gestaltungsmöglichkeiten der Kollektivparteien in das Betriebsverfassungsgesetz aufgenommen worden. Durch das gleiche Gesetz ist § 15 KSchG um seinen Wahlinitiatoren betreffenden Abs. 3a ergänzt worden. Der Gesetzgeber musste deshalb die für den bestandsrechtlichen Schutz von Organen der Betriebsverfassung zentrale Norm des § 15 KSchG deutlich vor Augen haben. Das belegt die zeitgleich eingeführte Regelung in § 3 Abs. 5 Satz 2 BetrVG über die Rechtsstellung der Mitglieder eines Betriebsrats, die gerade auch die betreffenden Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes für anwendbar erklärt.

22

c) Aus § 3 Abs. 5 Satz 2 BetrVG folgt ebenfalls nicht, dass die nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrVG errichteten betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheiten zugunsten der Mitglieder der „in ihnen“ gebildeten Arbeitnehmervertretungen als „Betrieb“ iSv. § 15 Abs. 4 KSchG zu gelten hätten. § 3 Abs. 5 Satz 2 BetrVG betrifft nur die *persönliche Rechtsstellung* der Mitglieder eines gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrVG gewählten Betriebsrats. Die Norm enthält keine Aussage darüber, auf welche Einheit bei der Prüfung einer

23

Betriebsstilllegung abzustellen ist. Ihren Vorgaben wird dadurch genügt, dass die Gremienmitglieder bezogen auf die Stilllegung eines Betriebs iSd. allgemeinen Betriebsbegriffs den gleichen Schutz genießen wie die Mitglieder eines nach § 1 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2, Abs. 2 BetrVG errichteten Betriebsrats.

d) Der Annahme, eine gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrVG gebildete betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheit sei als Betrieb iSv. § 15 Abs. 4 KSchG anzusehen, stünden auch die Rechtspositionen der in anderen, nicht von der Stilllegung betroffenen Betrieben beschäftigten Arbeitnehmer entgegen. 24

aa) Ordentliche Kündigungen, die vom Arbeitgeber auf § 15 Abs. 4 KSchG gestützt werden, sind Kündigungen aus dringenden betrieblichen Gründen iSv. § 1 Abs. 2 und Abs. 3 KSchG (*BAG 14. Oktober 1982 - 2 AZR 568/80 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 41, 72*). Die Anwendbarkeit von § 15 Abs. 4 KSchG muss deshalb im Kontext dieser Bestimmungen beurteilt werden, die insgesamt der individualrechtlichen Zuweisung von Beschäftigungsrisiken für die betroffenen Arbeitnehmer dienen (*vgl. Preis RdA 2000, 257, 264*). 25

bb) Das Kündigungsschutzgesetz wird gekennzeichnet durch eine im Wesentlichen auf den Beschäftigungsbetrieb lokalisierte Betrachtungsweise (*BAG 14. Oktober 1982 - 2 AZR 568/80 - zu B II 3 a der Gründe, BAGE 41, 72*). Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG muss die Kündigung bedingt sein durch dringende *betriebliche* Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers *in diesem Betrieb* entgegenstehen. Steht dies fest, ist die Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG gleichwohl sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG enthält eine Ausnahmeregelung als Ausprägung des ultima-ratio-Grundsatzes und betrifft nur *freie* Arbeitsplätze (*BAG 31. Mai 2007 - 2 AZR 276/06 - Rn. 16, BAGE 123, 1; 15. Dezember 2005 - 6 AZR 199/05 - Rn. 24*). Es erfolgt dementsprechend keine betriebsübergreifende „Verdrängung“ von Arbeitnehmern. Zu einer „Verdrängung“ kann es nur nach den Grundsätzen der 26

Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG kommen. Die Sozialauswahl erfolgt stets innerhalb des Betriebs. Sie erstreckt sich auch dann nicht auf Arbeitnehmer anderer Betriebe des Unternehmens, wenn eine betriebsübergreifende Versetzungsklausel vereinbart ist (*BAG 31. Mai 2007 - 2 AZR 276/06 - aaO; 15. Dezember 2005 - 6 AZR 199/05 - aaO*). Zum einen wirkte eine betriebsübergreifende Versetzungsklausel ansonsten als Vertrag zulasten Dritter. Zum anderen besteht für Arbeitnehmer anderer Betriebe kein auf ihren Beschäftigungsbetrieb bezogenes Erfordernis, das eine Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial rechtfertigen könnte (*BAG 31. Mai 2007 - 2 AZR 276/06 - aaO*). Damit ist das Kündigungsrisiko im Sinn einer gegenseitigen „Verdrängung“ strikt auf solche Arbeitnehmer begrenzt, die in demselben Betrieb beschäftigt sind. Zwar kann es sogar zu einer *rechtsträgerübergreifenden* Sozialauswahl kommen, wenn mehrere Unternehmen einen gemeinsamen Betrieb führen (*vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG*). Damit wird der Betriebsbezug der Sozialauswahl aber nicht aufgegeben, sondern wegen der einheitlichen Betriebsstruktur gerade aufrechterhalten. Hingegen scheidet eine unternehmensübergreifende „Verdrängung“ aus, wenn der gemeinsame Betrieb bei Zugang der Kündigung aufgelöst ist oder feststeht, dass er bei Ablauf der Kündigungsfrist stillgelegt sein wird. Mangels gemeinsamer Leitungsstruktur ist der Unternehmer des stillzulegenden Betriebs dann nicht mehr rechtlich in der Lage, eine Weiterbeschäftigung im fortgeführten Betrieb des anderen Unternehmens durchzusetzen (*vgl. BAG 18. Oktober 2012 - 6 AZR 41/11 - Rn. 53; 23. März 2006 - 2 AZR 162/05 - Rn. 35*).

cc) In den in § 15 Abs. 1 bis Abs. 3a KSchG bestimmten Fällen kommt regelmäßig nur eine außerordentliche Kündigung in Betracht, die zudem ggf. der Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG bedarf. Die geschützten Personen sollen mit Rücksicht auf ihre besondere Stellung grundsätzlich von der Bedrohung durch eine ordentliche Kündigung ausgenommen sein (*BAG 21. Juni 2012 - 2 AZR 343/11 - Rn. 13*). Eine solche ist allerdings ausnahmsweise zulässig, wenn der Arbeitgeber einen Betrieb (§ 15 Abs. 4 KSchG) oder doch eine Betriebsabteilung (§ 15 Abs. 5 KSchG) stilllegt. Der Gesetzgeber hat

27

die wegen der Stilllegung ausgesprochene Kündigung für in der Regel „unverdächtig“ erachtet und typisierend angenommen, es gehe dem Arbeitgeber nicht (nur) darum, sich von unliebsamen Akteuren der Betriebsverfassung zu trennen. Dementsprechend hat er es bei der Anknüpfung des Kündigungsschutzes an den Beschäftigungsbetrieb belassen. Wird dieser insgesamt stillgelegt, kann das Arbeitsverhältnis einer geschützten Person zum Zeitpunkt der Stilllegung nach den allgemeinen Grundsätzen aus dringenden betrieblichen Erfordernissen gekündigt werden. Der Amtsträger kann - wie andere betriebsangehörige Arbeitnehmer - nur verlangen, auf einem Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb des Unternehmens beschäftigt zu werden, wenn dieser frei ist (§ 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG). Eine betriebsübergreifende „Verdrängung“ von Arbeitnehmern findet nicht statt. Wird „lediglich“ eine Abteilung des Beschäftigungsbetriebs geschlossen, werden die betreffenden geschützten Personen gegenüber den allgemeinen Grundsätzen allein durch die Pflicht des Arbeitgebers bessergestellt, sie in eine andere Betriebsabteilung zu übernehmen (§ 15 Abs. 5 Satz 1 KSchG). Die besondere Übernahmepflicht bezieht sich ggf. auch auf nicht freie Arbeitsplätze (BAG 23. Februar 2010 - 2 AZR 656/08 - Rn. 37, BAGE 133, 226; 13. Juni 2002 - 2 AZR 391/01 - zu B I 3 a der Gründe, BAGE 101, 328). Sie hat zur Folge, dass nach § 15 Abs. 1 bis Abs. 3a KSchG geschützte Personen andere Arbeitnehmer desselben Betriebs nicht nur nach den Grundsätzen der Sozialauswahl, also nicht bloß innerhalb der Grenzen ihres bestehenden Arbeitsvertrags und nicht allein nach den durch § 1 Abs. 3 KSchG vorgegebenen Kriterien „verdrängen“ können. Beides ändert indes nichts daran, dass eine den Beschäftigungsbetrieb übersteigende „Verdrängung“ von Arbeitnehmern in den § 15 Abs. 4 und Abs. 5 KSchG zugrunde liegenden Fällen nicht stattfindet. Dies gilt gleichermaßen, wenn mehrere Unternehmen einen Gemeinschaftsbetrieb iSd. § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG führen. Auch dann bilden ausschließlich Arbeitnehmer ein und desselben Betriebs eine „Risikogemeinschaft“ (vgl. Thüsing ZIP 2003, 693, 705). Überdies liegt ein Fall der Betriebsstilllegung iSv. § 15 Abs. 4 KSchG vor, wenn eines der an dem gemeinsamen Betrieb beteiligten Unternehmen seinen Betrieb bei Zugang der Kündigung stillgelegt hat oder im Kündigungszeitpunkt feststeht, dass er bei Ablauf der Kündigungsfrist stillgelegt

sein wird (vgl. BAG 5. März 1987 - 2 AZR 623/85 - zu B II bis IV der Gründe, BAGE 55, 117).

dd) Wäre eine betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheit nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrVG hingegen als „Betrieb“ iSv. § 15 Abs. 4 KSchG anzusehen, bedeutete dies einen Bruch mit dem allgemeinen Prinzip, dass keine „Verdrängung“ von Arbeitnehmern über die Grenzen ihres Beschäftigungsbetriebs hinweg stattfindet. Da ein Betrieb iSd. allgemeinen Betriebsbegriffs durch eine kollektivrechtliche Vereinbarung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrVG nicht seiner Identität beraubt wird (zu § 1 BetrVG vgl. BAG 7. Juni 2011 - 1 ABR 110/09 - Rn. 14; 18. März 2008 - 1 ABR 3/07 - Rn. 28, BAGE 126, 161) und er deshalb zumindest als „Abteilung“ der gewillkürten betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheit anzusehen wäre, blieben die durch § 15 Abs. 1 bis Abs. 3a KSchG geschützten Personen im Fall der Stilllegung (nur) ihres Beschäftigungsbetriebs nicht etwa ordentlich unkündbar. Vielmehr käme dann eine ordentliche Kündigung nach § 15 Abs. 5 KSchG in Betracht. Es bestünde ggf. die Pflicht des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis mit einem „eigentlich“ in einem anderen Betrieb tätigen Arbeitnehmer zu beenden, um die geschützte Person auf dem „freigemachten“ Arbeitsplatz weiterbeschäftigen zu können. Dafür gäbe es wohl kein dringendes, auf seinen Beschäftigungsbetrieb bezogenes Erfordernis, das eine Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial rechtfertigen könnte (vgl. Rn. 26). Wollte man annehmen, der Kündigungsgrund liege insofern in § 15 KSchG, ginge eine Regelung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrVG zulasten von Arbeitnehmern, die ohne eine solche vom Wegfall des Beschäftigungsbedarfs in einem anderen Betrieb nicht betroffen wären. Die von § 3 BetrVG bezweckte Verbesserung der betriebsverfassungsrechtlichen Vertretung ihrer Interessen wirkte sich dann als Verschlechterung ihrer bestandsrechtlichen Position aus. Diese Konsequenz hätte einer ausdrücklichen Anordnung bedurft, an der es gerade fehlt (vgl. Preis RdA 2000, 257, 263), weil die Fiktion des § 3 Abs. 5 Satz 1 BetrVG auf die Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes begrenzt ist (Rn. 23).

28

- ee) In den Fällen des § 3 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG stünde der Arbeitgeber zudem vor einem unlösbaren Problem. Er könnte die ggf. geforderte Übernahme einer geschützten Person in einen anderen Betrieb eines anderen Rechtsträgers - zumal unter „Freikündigen“ eines dortigen Arbeitsplatzes - regelmäßig nicht durchsetzen. Für eine entsprechende Rechtsmacht böte eine auf die betriebsverfassungsrechtlichen Vertretungsstrukturen beschränkte Vereinbarung nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 BetrVG für sich genommen keine Grundlage. 29
- ff) Es wäre überdies widersprüchlich, auch dann eine rechtsträgerübergreifende Übernahmepflicht anzunehmen, wenn ein an eine Kollektivvereinbarung gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 BetrVG gebundener Arbeitgeber seinen (einzigsten) der betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheit angehörenden Betrieb stilllegte. Man hielte ihn dann an einer Vereinbarung nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 BetrVG und der bloßen Fiktion eines rechtsträgerübergreifenden Betriebs stärker fest als an der Abrede, einen „echten“ gemeinsamen Betrieb zu führen (*Rn. 27*). 30
- e) Durch die am kündigungsrechtlichen Betriebsbegriff orientierte Auslegung wird der Zweck von § 15 KSchG nicht beeinträchtigt. 31
- aa) Die Vorschrift soll zum einen den dort geschützten Personen die erforderliche Unabhängigkeit bei der Ausübung ihres Amtes gewährleisten (*BAG 21. Juni 2012 - 2 AZR 343/11 - Rn. 13*). Sie sollen nicht aus Furcht vor einer ordentlichen Kündigung davor zurückschrecken, Aufgaben im Rahmen des Betriebsverfassungsgesetzes zu übernehmen oder übernommene Aufgaben ordnungsgemäß wahrzunehmen, auch wenn dabei Konflikte mit dem Arbeitgeber auszutragen sind (*BAG 29. August 2013 - 2 AZR 419/12 - Rn. 29*). Dieser Zweck wird auch erreicht, wenn die nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrVG gebildete betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheit für sich genommen keinen „Betrieb“ iSv. § 15 KSchG darstellt. Es verbleibt bei dem Grundsatz der ordentlichen Unkündbarkeit. § 15 Abs. 4 und Abs. 5 KSchG gelangen weiterhin nur zur Anwendung, wenn ein Betrieb oder doch eine Betriebsabteilung iSd. 32

allgemeinen Begriffe stillgelegt wird. Diese Fälle hat der Gesetzgeber bei typisierender Betrachtung für „unverdächtig“ gehalten (*Rn. 27*). An dieser Einschätzung ändert eine abweichende Vereinbarung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrVG nichts.

bb) § 15 KSchG soll zum anderen die Kontinuität der Betriebsratsarbeit sichern (*BAG 21. Juni 2012 - 2 AZR 343/11 - Rn. 13*) und das Kollegialorgan für die Dauer der Wahlperiode vor einer personellen Auszehrung schützen (*BAG 23. Februar 2010 - 2 AZR 656/08 - Rn. 43, BAGE 133, 226*). Auch insofern gilt, dass es nur bei Stilllegung eines Betriebs (§ 15 Abs. 4 KSchG) oder doch einer Betriebsabteilung (§ 15 Abs. 5 KSchG) iSd. allgemeinen Begriffe zu einer personellen Ausdünnung des Gremiums durch den Ausspruch ordentlicher Kündigungen kommen kann. Insoweit gilt ebenfalls das gleiche Schutzniveau, wie es ohne eine Vereinbarung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrVG bestünde.

33

cc) Entgegen Mückl (*DB 2010, 2615, 2618*) lässt sich aus einem Senatsurteil vom 4. November 2004 (*- 2 AZR 96/04 - zu B II 2 b der Gründe*) nicht folgern, der zweite Zweck von § 15 KSchG verlange, stets auf die Einheit abzustellen, für die ein Betriebsrat gewählt wurde. Der Senat hat dort eine *einschränkende* Auslegung von § 15 Abs. 5 KSchG vorgenommen. Er hat gemeint, bei der Stilllegung eines Betriebsteils, der nach § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG als selbstständiger Betrieb gilt und für den ein eigener Betriebsrat errichtet wurde, bestehe keine Übernahmepflicht nach § 15 Abs. 5 KSchG in den Hauptbetrieb. Mit der Stilllegung des gesetzlich fingierten Betriebs ende das Amt des für ihn errichteten Betriebsrats. Bestünde eine Übernahmepflicht, würden dessen Mitglieder in eine betriebliche Einheit wechseln, der sie zuvor nicht angehört und deren Belegschaft sie nicht repräsentiert haben. Der Schutzzweck von § 15 KSchG würde verfehlt. Dies besagt nicht umgekehrt, der Gesetzgeber müsse mit § 15 KSchG das Ziel verfolgt haben, die Kontinuität der Betriebsratsarbeit umfassend und gleichsam „um jeden Preis“, also auch dann zu gewährleisten, wenn in „unverdächtigen“ Fällen aufgrund einer Abrede der Kollektivpartner die bestandsrechtliche Position von nicht durch § 15 Abs. 1 bis Abs. 3a KSchG geschützten Arbeitnehmern verschlechtert würde. Das gilt umso mehr, als nach

34

der Senatsrechtsprechung die Übernahmepflicht gemäß § 15 Abs. 5 KSchG grundsätzlich für alle nach § 15 Abs. 1 bis Abs. 3a KSchG geschützten Personen gilt (vgl. BAG 12. März 2009 - 2 AZR 47/08 - Rn. 25 ff.), also ua. auch für ehemalige Betriebsratsmitglieder sowie Wahlbewerber, Mitglieder des Wahlvorstands und Wahlinitiatoren im jeweiligen Nachwirkungszeitraum. Insoweit kann es zumindest nicht unmittelbar um den Schutz der personellen Zusammensetzung (noch) bestehender Gremien gehen. Dies spricht gleichfalls dafür, dass der Gesetzgeber eine mögliche „Verdrängung“ durch eine besondere Übernahmepflicht nur in den Grenzen eines Betriebs iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG und ggf. sogar nur innerhalb des Betriebsteils iSd. § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zulassen wollte, für den die geschützte Person Aufgaben der Betriebsverfassung übernommen hat. Hiernach bedarf es keiner Entscheidung, ob der Zweck des § 15 KSchG lediglich dann *vollständig* erreicht würde, wenn selbst fehlerhafte, aber nicht angefochtene (§ 19 BetrVG) Betriebsbildungen zulasten „normaler“ Arbeitnehmer auf die kündigungsrechtliche Ebene durchschlügen (vgl. Preis RdA 2000, 257, 263).

dd) Ein anderes Ergebnis lässt sich schließlich nicht mit dem Einwand begründen, innerhalb einer betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheit nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrVG könnten unliebsame Betriebsratsmitglieder ohne das Erfordernis einer Zustimmung des Gremiums gemäß § 103 Abs. 3 BetrVG in einen zur Stilllegung vorgesehenen Betrieb versetzt werden, weil ein „Betriebswechsel“ in diesen Fällen nicht zum Verlust des Amts führe. Zunächst gilt § 103 Abs. 3 BetrVG nur für Versetzungen kraft Direktionsrechts nach § 106 GewO. Bei Versetzungen, die einer außerordentlichen Änderungskündigung bedürfen, bleibt es bei dem Zustimmungserfordernis gemäß § 103 Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG (*Fitting 29. Aufl. § 103 Rn. 65*). Eine ordentliche Änderungskündigung kommt lediglich unter den Voraussetzungen von § 15 Abs. 4 oder Abs. 5 KSchG in Betracht (vgl. BAG 12. März 2009 - 2 AZR 47/08 - Rn. 17 ff.; *APS/Linck 5. Aufl. BetrVG § 103 Rn. 53*). Eine rechtsträgerübergreifende Versetzung wird regelmäßig weder vom Direktionsrecht des Vertragsarbeitgebers gedeckt sein noch könnte sie von ihm durch eine Änderungskündigung bewirkt

35

werden. Soweit die Versetzung eines Betriebsratsmitglieds sich innerhalb einer betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheit und in den Grenzen des bestehenden Arbeitsvertrags vollzöge, wäre sie nach § 78 Satz 2 BetrVG iVm. § 134 BGB gleichwohl nichtig, wenn sie das alleinige Ziel verfolgte, sich durch eine anschließende Betriebsstilllegung des betreffenden Mandatsträgers entledigen zu können. Zugleich entspräche eine solche Maßnahme nicht billigem Ermessen iSv. § 106 GewO.

B. Die angefochtene Entscheidung stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Der Senat kann nach den bisher getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilen, ob die Kündigung gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam ist, wofür allerdings wenig spricht. Der Kläger hat nicht in Abrede gestellt, dass die Beklagte das zuständige Gremium zu ihrer Kündigungsabsicht angehört habe. Er hat - soweit ersichtlich - auch nicht behauptet, „der Betriebsrat“ habe ihn wegen der versehentlichen Angabe einer falschen Personalnummer nicht eindeutig identifizieren können. Ernsthafte Identitätszweifel dürften jedenfalls dann ausgeschlossen gewesen sein, wenn die Beklagte den richtigen Namen des Klägers und seinen Status als Ersatzmitglied des anzuhörenden Gremiums mitgeteilt haben sollte. Das Geburtsdatum des Klägers hätte sowohl aus Sicht der Beklagten als auch objektiv zumindest dann keine Rolle gespielt, wenn die Beklagte den gesamten Beschäftigungsbetrieb des Klägers stillgelegt haben sollte. Überdies könnte es sich um eine in jedem Fall unschädliche Falschangabe gehandelt haben. So läge es bei einer lediglich geringfügigen, selbst bei einer durchzuführenden Sozialauswahl für die Beurteilung durch die Arbeitnehmervertretung unerheblichen Abweichung um wenige Tage oder Wochen.

C. Die Kündigungsschutzklage ist andererseits nicht zugunsten der Beklagten zur Abweisung reif. Es ist schon nicht eindeutig festgestellt, dass der Kläger hilfsweise behauptet hat, sein Arbeitsverhältnis sei vor Zugang der streitbefangenen Kündigung nach § 613a BGB auf eine andere Gesellschaft übergegangen. Im Übrigen könnte die Klage aus diesem Grund nur abgewiesen werden, wenn das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien im Kündigungszeit-

punkt nach den festgestellten Umständen tatsächlich nicht mehr bestanden haben sollte (*vgl. BAG 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - Rn. 37*).

D. Für das fortgesetzte Berufungsverfahren sind folgende weitere Hinweise veranlasst: 38

I. Nach dem zutreffenden Verständnis von § 15 Abs. 4 KSchG kommt es nicht darauf an, ob der Kläger im fraglichen Zeitraum Ersatzmitglied eines allein für seinen Beschäftigungsbetrieb oder eines nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 BetrVG für eine darüber hinausgehende betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheit gewählten Betriebsrats war. In beiden Fällen ist § 15 Abs. 4 KSchG in gleicher Weise zu prüfen. Maßgeblich ist die Stilllegung des Beschäftigungsbetriebs. 39

II. Das Landesarbeitsgericht wird deshalb prüfen müssen, ob die Beklagte in B einen Betrieb iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG geführt und diesen vor dem oder jedenfalls zum Kündigungstermin insgesamt stillgelegt hat. Für das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs der Beklagten mit einem anderen Unternehmen bestehen derzeit keine Anhaltspunkte. Sie folgen insbesondere nicht aus dem StrukturTV (*Rn. 14*). Im Übrigen gelänge § 15 Abs. 4 KSchG auch zur Anwendung, wenn ein gemeinsamer Betrieb bei Zugang der Kündigung nicht mehr bestanden haben sollte (*Rn. 27*). 40

III. Sollte der Beschäftigungsbetrieb des Klägers vor dem Kündigungstermin stillgelegt worden sein, wäre die ordentliche Kündigung gleichwohl sozial nicht gerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2 KSchG, wenn die Beklagte den Kläger auf einem *freien* Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb ihres Unternehmens einschließlich solcher Betriebe, die nicht der durch den StrukturTV errichteten betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheit angehörten, - ggf. zu geänderten Vertragsbedingungen - hätte weiterbeschäftigen können (*vgl. BAG 22. September 2005 - 2 AZR 544/04 - Rn. 33*). Hingegen musste die Beklagte für den Kläger nicht einen Arbeitsplatz in einem anderen, weiterhin der nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 BetrVG gebildeten Einheit angehörenden Betrieb ihres Unternehmens „freimachen“. Hinsichtlich des Vorliegens eines anderen, freien 41

Arbeitsplatzes gelten die allgemeinen Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast gemäß § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG (*dazu BAG 24. Mai 2012 - 2 AZR 62/11 - Rn. 28, BAGE 142, 36*).

IV. Die Beklagte stützt sich - soweit ersichtlich - bisher nicht hilfsweise darauf, zumindest eine eigenständige Betriebsabteilung iSd. allgemeinen Begriffs (*vgl. BAG 23. Februar 2010 - 2 AZR 656/08 - Rn. 29, BAGE 133, 226*) stillgelegt zu haben. 42

Koch

Rachor

Niemann

H. Grimberg

Krüger