

Bundesarbeitsgericht  
Zweiter Senat

Urteil vom 24. September 2015  
- 2 AZR 562/14 -  
ECLI:DE:BAG:2015:240915.U.2AZR562.14.0

I. Arbeitsgericht Erfurt

Urteil vom 26. November 2010  
- 8 Ca 354/10 -

II. Thüringer Landesarbeitsgericht

Urteil vom 23. Juli 2014  
- 6 Sa 198/13 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Ja

---

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche Kündigung - Betriebsübergang

Bestimmungen:

BGB §§ 242, 613a, 626; BetrVG §§ 21a, 21b, 102; KSchG § 4 Satz 1, § 7; ZPO §§ 59 ff., 138, 268, 286, 533

Leitsätze:

1. Der scheinbar nur den Betriebserwerber betreffende Antrag eines Arbeitnehmers festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund eines Betriebsübergangs zum Erwerber besteht, kann zugleich gegen den Betriebsveräußerer gerichtet sein.
2. Hat nach dem möglichen Betriebsübergang der Veräußerer das Arbeitsverhältnis gekündigt und hat der Arbeitnehmer deshalb gegen ihn hilfsweise Kündigungsschutzklage erhoben, handelt es sich bei dieser in einem solchen Fall um eine objektive Eventualklage innerhalb eines zum Veräußerer bereits unbedingt bestehenden Prozessrechtsverhältnisses. Eine in subjektiver Hinsicht bedingte - unzulässige - Klagehäufung liegt dann nicht vor.
3. Ein Arbeitgeber, der keine eigenen Arbeitnehmer mehr beschäftigt will, ist zur Vermeidung einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung eines tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnisses grundsätzlich nicht verpflichtet, die Möglichkeit einer „Gestellung“ des betreffenden Arbeitnehmers an einen anderen Arbeitgeber zu sondieren.

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 562/14  
6 Sa 198/13  
Thüringer  
Landesarbeitsgericht

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
24. September 2015

## URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

1. ...

2.

Beklagte zu 2., Berufungsbeklagte zu 2. und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. September 2015 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor und den

Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie den ehrenamtlichen Richter Gans und die ehrenamtliche Richterin Nielebock für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Thüringer Landesarbeitsgerichts vom 23. Juli 2014 - 6 Sa 198/13 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. 1

Der 1961 geborene Kläger wurde 1985 von der D P der DDR eingestellt. Sein Arbeitsverhältnis, das nach § 10 UTV iVm. § 7 TV Sonderregelungen iVm. § 26 MTV DT AG betriebsbedingt nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden kann, ging zum 1. Mai 2007 auf die Beklagte zu 2. über. 2

Die Beklagte zu 2. beschäftigte den Kläger als Call-Center-Agent zu den bei ihrer Betriebsvorgängerin geltenden Bedingungen weiter. Mit neu eingestellten Arbeitnehmern vereinbarte sie deutlich schlechtere Konditionen. Im Juli 2008 bot sie den übernommenen Mitarbeitern an, mit Wirkung zum 1. Januar 2009 neue Arbeitsverträge abzuschließen. Darin waren eine Verlängerung der Arbeitszeit, der Wegfall sämtlicher Sonderzahlungen und eine Absenkung der Vergütung bei Zahlung einer Besitzstandszulage bis zum Jahr 2012 vorgesehen. Das Angebot wurde von 44 Arbeitnehmern - unter ihnen der Kläger - abgelehnt (sog. Nein-Sager). 3

Bis mindestens zum Sommer 2009 konnten alle Mitarbeiter von ihren Arbeitsplätzen aus sowohl Backoffice-Tätigkeiten als auch Call-Center-Arbeiten verrichten. Sodann wurden die „Nein-Sager“ einem Bereich zugeordnet, in dem sie ausschließlich Backoffice-Tätigkeiten in Gleitzeit von 7:00 Uhr bis 20:00 Uhr im Zweischichtmodell auszuüben hatten. Im Call-Center-Bereich wurden in ei 4

nem Großraumbüro mit Telefontätigkeiten im 24-Stunden-Takt die neu eingestellten Mitarbeiter sowie diejenigen übernommenen Arbeitnehmer beschäftigt, die sich mit der Änderung der Arbeitsverträge einverstanden erklärt hatten (sog. Ja-Sager).

Im Oktober 2009 entschied die Beklagte zu 2., ihren Betrieb zum 7. Dezember 2009 in diese beiden Bereiche förmlich aufzuspalten und die damit entstehenden eigenständigen Betriebe zum 1. Januar 2010 an die Beklagte zu 1. (Call-Center) und eine andere Gesellschaft (Backoffice) zu verpachten. In einer Betriebsvereinbarung verzichteten die künftigen Pächterinnen bis zum 31. Dezember 2010 darauf, betriebsbedingte Kündigungen gegenüber den von der Aufspaltung und Verpachtung betroffenen Arbeitnehmern zu erklären. Für die „Ja-Sager“ galt der Kündigungsverzicht bis zum 30. April 2012. 5

Mit Schreiben von Ende Dezember 2009 widersprach der Kläger - als einer von insgesamt elf Arbeitnehmern - dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Pächterin des Betriebs Backoffice und bot seine Arbeitsleistung für die Zeit ab dem 1. Januar 2010 der Beklagten zu 1. an. 6

Mit E-Mail vom 20. Januar 2010 hörte die Beklagte zu 2. den nach den Betriebsübergängen bei der Beklagten zu 1. amtierenden Betriebsrat zu ihrer Absicht an, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger betriebsbedingt außerordentlich mit Auslauffrist, hilfsweise ordentlich zu kündigen. Der Betriebsrat nahm die E-Mail am 21. Januar 2010 zur Kenntnis. Er gab keine Stellungnahme ab. 7

Mit Schreiben vom 28. Januar 2010 kündigte die Beklagte zu 2. das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger wie geplant jeweils zum 31. August 2010. Das Kündigungsschreiben wurde zwei Mitarbeitern am 28. Januar 2010 übergeben und dem Kläger von diesen weisungsgemäß - erst - am 29. Januar 2010 überbracht. 8

Im Januar und März 2011 nahm die Pächterin des Betriebs Backoffice an zwei Ausschreibungen großer Unternehmen teil. Zum 31. Dezember 2012 legte sie ihren Betrieb still. 9

Im hiesigen Rechtsstreit hat der Kläger vorrangig ua. die Feststellung begehrt, dass zwischen ihm und der Beklagten zu 1. seit dem 1. Januar 2010 ein Arbeitsverhältnis bestehe. Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit diesem Antrag hat er feststellen lassen wollen, dass das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 2. durch deren Kündigungen vom 28. Januar 2010 nicht aufgelöst worden sei. Zur Begründung des Kündigungsschutzantrags hat er gemeint, die Beklagte zu 2. habe den Wegfall des Beschäftigungsbedarfs missbräuchlich herbeigeführt. Dazu hat er behauptet, diese habe ihren Betrieb nur aufgespalten, um im weiteren Fortgang den „Nein-Sagern“ kündigen zu können. Deren Zusammenfassung in einem - anschließend verselbständigten - Bereich sei nicht durch unterschiedliche Arbeitsbedingungen gerechtfertigt gewesen. Die Beklagte zu 2. habe von Anfang an beabsichtigt, den nach ihrer Ansicht unrentablen Betrieb Backoffice auf eine andere Gesellschaft zu übertragen und von dieser stilllegen zu lassen. Ihr damaliger Geschäftsführer habe erklärt, man wolle sich von den „Nein-Sagern“ trennen und wisse, wie man dies tun könne, obwohl sie besonderen Kündigungsschutz genössen. Selbst wenn die von der Beklagten getroffenen Organisationsentscheidungen hinzunehmen sein sollten, sei er wegen der „konzernrechtlichen Strukturen“ auf einem freien Arbeitsplatz bei der Beklagten zu 1. weiterzubeschäftigen. Zudem sei der Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigungen nicht ordnungsgemäß angehört worden.

10

Der Kläger hat - soweit noch streitgegenständlich - beantragt festzustellen, dass die Kündigungen der Beklagten zu 2. vom 28. Januar 2010 das zwischen ihm und der Beklagten zu 2. bestehende Arbeitsverhältnis nicht zum 31. August 2010 beendet haben.

11

Die Beklagte zu 2. hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat gemeint, Betriebsaufspaltung und Verpachtungsentscheidung seien rechtlich nicht zu beanstanden. Dazu hat sie behauptet, die Änderungsangebote seien unterbreitet worden, weil die Vergütung und die sonstigen Arbeitsbedingungen der übernommenen Arbeitnehmer sich als nicht marktgerecht erwiesen hätten. Die „Nein-Sager“ seien in einem eigenen Arbeitsbereich „gebündelt“ und von den anderen Mitarbeitern getrennt eingesetzt worden, damit der Betriebsfrieden

12

nicht beeinträchtigt werde. Den bei der Beklagten zu 1. residierenden Betriebsrat habe sie vor Ausspruch der Kündigungen - vorsorglich - ordnungsgemäß angehört.

Das Arbeitsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht den Hauptanträgen stattgegeben. Auf die Revisionen beider Beklagten hat das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 21. Februar 2013 (- 8 AZR 878/11 -) das erstinstanzliche Urteil hinsichtlich der Hauptanträge wiederhergestellt. Bezüglich des hilfsweise gestellten Kündigungsschutzantrags hat es den Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Dieses hat die Berufung nach neuer Verhandlung und Entscheidung auch insoweit zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Kündigungsschutzantrag weiter.

13

## **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Kündigungsschutzklage zu Recht abgewiesen. Sie ist zwar zulässig, aber unbegründet.

14

A. Die Kündigungsschutzklage ist zulässig. Sie ist nicht in subjektiver, sondern in objektiver Hinsicht bedingt erhoben worden. Im Übrigen hat der Kläger sie im Laufe des Verfahrens in prozessual zulässiger Weise in eine unbedingte Klage „umgestellt“.

15

I. Die Kündigungsschutzklage erweist sich von Beginn an nicht als subjektive, sondern als objektive Eventualklage. Der scheinbar nur die Beklagte zu 1. betreffende Hauptantrag zu 1. war in Wahrheit auch gegen die Beklagte zu 2. (*künftig Beklagte*) gerichtet. Damit war die Rechtshängigkeit der gegenüber der Beklagten hilfsweise erhobenen Kündigungsschutzklage von einer innerprozessualen und nicht von einer außerprozessualen Bedingung abhängig.

16

1. Der Achte Senat hat den Hauptantrag zu 1. dahin verstanden, es solle auch gegenüber der Beklagten, die sich einer gegenteiligen Rechtsposition berührt hat (*vgl. BAG 24. Juni 2004 - 2 AZR 215/03 - zu B I 2 b der Gründe mwN*), festgestellt werden, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers seit dem 1. Januar 2010 zur Beklagten zu 1. bestand. Vor diesem Hintergrund hat er weder die Beschwer der Beklagten durch das erste Berufungsurteil bezweifelt noch die Zulässigkeit des Kündigungsschutzantrags in Frage gestellt. Letztes wäre geboten gewesen, hätte er eine subjektive Eventualklage angenommen (*vgl. BAG 23. Februar 2010 - 2 AZR 720/08 - Rn. 35; 24. Juni 2004 - 2 AZR 215/03 - zu B I 2 a der Gründe*). Die „Hilfsklage“ gegen den einen Beklagten „erstarkt“ zwar zu einer unbedingten Klage, wenn die „Hauptklage“ gegen den anderen Beklagten rechtskräftig abgewiesen wird. Der damit verbundene Übergang von einem Hilfs- zu einem Hauptantrag stellt in einem solchen Fall jedoch eine in der Revisionsinstanz grundsätzlich unzulässige (*vgl. BGH 6. Dezember 2006 - XII ZR 190/06 - Rn. 15, BGHZ 170, 176 in einer Kindschaftssache*) Klageerweiterung dar. Während der Beklagte bei einem in objektiver Hinsicht bedingten Klageantrag stets damit rechnen muss, dass diesem auch stattgegeben werden kann, wenn die innerprozessuale Bedingung nach Ansicht des erkennenden Instanzgerichts eingetreten ist, darf er bei einem in subjektiver Hinsicht bedingten Klageantrag davon ausgehen, dass dieser - wegen der Unzulässigkeit der außerprozessualen Bedingung - unabhängig vom Schicksal der „Hauptklage“, also selbst bei Eintritt der außerprozessualen Bedingung, unter die er gestellt ist, als unzulässig abgewiesen wird (*vgl. BGH 6. Dezember 2006 - XII ZR 190/06 - Rn. 9, aaO*).

17

2. Für die Frage, ob der Kündigungsschutzantrag innerhalb eines bereits unbedingten bestehenden Prozessrechtsverhältnisses zur Beklagten objektiv bedingt erhoben worden ist, spielen das genaue Verständnis und die Zulässigkeit des Hauptantrags zu 1. keine Rolle.

18

a) Allerdings kommt das vom Achten Senat dem ersten Revisionsurteil zugrunde gelegte Verständnis des Hauptantrags zu 1. einer Meinung im Schrifttum nahe, der zu Folge der Arbeitnehmer den kündigenden Arbeitgeber als Be-

19

triebsveräußerer mit einem Hauptantrag auf die Feststellung verklagen soll, dass zu ihm im Kündigungszeitpunkt kein Arbeitsverhältnis mehr bestanden habe, um sodann mit einem - objektiv bedingten - Hilfsantrag Kündigungsschutzklage gegen ihn zu führen. Daneben könne der Arbeitnehmer den weiteren - potenziellen - Arbeitgeber als Betriebserwerber auf die Feststellung verklagen, dass zwischen ihnen ein - ungekündigtes - Arbeitsverhältnis bestehe (so *HaKo-Mestwerdt/Wemheuer* 5. Aufl. § 613a BGB Rn. 212).

b) Dieser Vorschlag hat vieles für sich. Der Arbeitnehmer bringt den von ihm zuvorderst eingenommenen Standpunkt rechtssicher und kostenschonend „in Antragsform“. Er vermeidet eine in subjektiver Hinsicht bedingte Klagehäufung und muss den von ihm „eigentlich“ für unbegründet erachteten Kündigungsschutzantrag nicht als unbedingten Antrag stellen. Die „Vorschaltung“ des negativen Feststellungsantrags beeinträchtigt nicht das durch § 4 Satz 1 KSchG iVm. § 61a ArbGG anerkannte dringende Entscheidungsinteresse des kündigenden Arbeitgebers (vgl. *Bakker Anm. EzA KSchG § 4 nF Nr. 46; Lüke JuS* 1996, 969, 970). Es wird eine „Vorfrage“ des Antrags nach § 4 Satz 1 KSchG - das Bestehen des Arbeitsverhältnisses bei Zugang der Kündigung - innerhalb des „richtigen“ Prozessrechtsverhältnisses beantwortet und damit das Prüfprogramm des Kündigungsschutzantrags - so er anfallen sollte - verringert (vgl. *Reiche Die prozessualen Folgen eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB* S. 199 f.).

20

c) Indes verbleibt die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen, insbesondere dadurch, dass die Klageanträge, die nach §§ 59, 60 ZPO in selbständigen, bloß äußerlich zu einem Rechtsstreit verbundenen Prozessrechtsverhältnissen gestellt werden, während des Verfahrens „auseinanderlaufen“. Wenn das Arbeitsgericht beiden allgemeinen Feststellungsklagen stattgäbe, weil es einen Übergang des Arbeitsverhältnisses annimmt, auf die - alleinige - Berufung des vermeintlichen Erwerbers aber die gegen ihn gerichtete Klage abgewiesen würde, stünde der Arbeitnehmer gleichsam „ohne Arbeitsverhältnis“ da. Wegen der Präjudizialität der Entscheidung über seine negative Feststellungsklage

21



könnte er nicht einmal eine Erfolg versprechende - neue - Kündigungsschutzklage gegen den „Veräußerer“ erheben.

d) Dem könnte der Arbeitnehmer entgehen, wenn man eine „Betriebsübergangs-Feststellungsklage“ für nach § 256 ZPO zulässig hielte und insofern eine notwendige Streitgenossenschaft iSv. § 62 ZPO zwischen den beklagten „Arbeitgebern“ annähme. Die Entscheidung über den zwingend gegen beide „Arbeitgeber“ gemeinsam zu richtenden Antrag „festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis vor Zugang der Kündigung von der Beklagten zu 1. auf die Beklagte zu 2. übergegangen ist“, dürfte auch aus Gründen des materiellen Rechts nur einheitlich gegenüber beiden Beklagten ergehen. Bei dem Übergang eines Arbeitsverhältnisses nach § 613a BGB fällt der „Beendigungstatbestand“ gegenüber dem Veräußerer mit dem „Begründungstatbestand“ gegenüber dem Erwerber zusammen. Fehlt es an dem einen, mangelt es auch an dem anderen. Der Antrag wäre auch dann insgesamt abzuweisen, wenn das Gericht annehmen sollte, das Arbeitsverhältnis sei zwar übergegangen, dies jedoch auf einen anderen Arbeitgeber als den Zweitbeklagten. Würde dem Antrag stattgegeben, stünde zweierlei fest: Die Kündigung des Veräußerers ging „ins Leere“ und das Arbeitsverhältnis des Klägers bestand für eine juristische Sekunde zum Erwerber. Hingegen wäre die Klage insoweit allein gegen den Erwerber gerichtet, wenn auch der *Fortbestand* des Arbeitsverhältnisses mit ihm festgestellt werden soll.

22

II. Sollte die vorliegende Kündigungsschutzklage gleichwohl in subjektiver Hinsicht bedingt erhoben worden sein, wäre sie jedenfalls im fortgesetzten Berufungsverfahren zulässig geworden. Der Kläger kann eine subjektive Eventualklage „bescheidungsfähig“ machen, indem er sie in eine unbedingte „umstellt“, also die Bedingung nachträglich fallen lässt (vgl. BAG 31. März 1993 - 2 AZR 467/92 - zu B II 2 b cc (2) der Gründe, BAGE 73, 30; BGH 6. Dezember 2006 - XII ZR 190/06 - Rn. 15, BGHZ 170, 176). Eben dies hat der Kläger nach der Zurückverweisung der Sache durch den Achten Senat zwangsläufig getan. Nachdem die „Hauptklage“ rechtskräftig abgewiesen worden war, konnte es sich bei dem Kündigungsschutzantrag nur noch um eine unbedingte Klage

23

handeln. Diese hat das Landesarbeitsgericht als unbegründet abgewiesen. Ob dies eine Klageänderung im Berufungsverfahren darstellte und die Voraussetzungen des § 533 ZPO erfüllt waren, ist vom Revisionsgericht analog § 268 ZPO nicht zu überprüfen (*BAG 27. Mai 2015 - 5 AZR 88/14 - Rn. 24; 9. Dezember 2014 - 1 AZR 146/13 - Rn. 24*).

B. Der Kündigungsschutzantrag ist unbegründet. 24

I. Das ist allerdings nicht schon deshalb der Fall, weil das Arbeitsverhältnis des Klägers im Kündigungszeitpunkt nicht mehr zur Beklagten bestanden hätte. Selbst wenn das Gegenteil nicht aufgrund der Entscheidung des Achten Senats rechtskräftig feststehen sollte, herrscht zwischen den Parteien seither doch kein Streit mehr darüber, dass sie bei Zugang der Kündigung durch ein Arbeitsverhältnis verbunden waren. Die Beklagte hat dies ohnehin nie in Abrede gestellt. 25

II. Es kann offenbleiben, ob die Klage sich bereits deswegen als unbegründet erweist, weil die Kündigung nach § 7 KSchG als wirksam gilt. Allerdings dürfte die Frist des § 4 Satz 1 KSchG ohne Weiteres gewahrt worden sein, wenn der Kläger den Kündigungsschutzantrag „nur“ in objektiver Hinsicht bedingt gestellt haben sollte. Insofern dürfte nichts anderes gelten als bei mehreren in - wenn auch unechten - Hilfsverhältnissen stehenden Kündigungsschutzanträgen (*vgl. BAG 18. Juni 2015 - 2 AZR 480/14 - Rn. 15; 21. November 2013 - 2 AZR 598/12 - Rn. 16 ff., BAGE 146, 353; nach BAG 31. März 1993 - 2 AZR 467/92 - zu B II der Gründe, BAGE 73, 30 kann selbst eine subjektive Eventualklage die Frist des § 4 Satz 1 KSchG wahren*). 26

III. Die Klage ist zumindest deshalb unbegründet, weil die mit korrekt bemessener Auslaufrist erklärte Kündigung der Beklagten vom 28. Januar 2010 wirksam ist. Ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung bestand. Die Kündigung ist auch nicht wegen fehlerhafter Anhörung eines Betriebsrats unwirksam. 27

1. Auf der Grundlage der den Senat bindenden tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts lag ein wichtiger Grund iSv. § 626 BGB für eine außerordentliche Kündigung mit - notwendiger - Auslauffrist vor. 28
- a) Eine auf betriebliche Gründe gestützte außerordentliche Kündigung mit einer der - fiktiven - ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Auslauffrist kommt in Betracht, wenn die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist und dies dazu führt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer andernfalls trotz Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit noch für Jahre vergüten müsste, ohne dass dem eine entsprechende Arbeitsleistung gegenüberstünde. Allerdings ist der Arbeitgeber in diesem Fall in besonderem Maße verpflichtet zu versuchen, die Kündigung durch geeignete andere Maßnahmen zu vermeiden. Besteht irgendeine Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis sinnvoll fortzusetzen, wird er den Arbeitnehmer in der Regel entsprechend einzusetzen haben. Erst wenn sämtliche denkbaren Alternativen ausscheiden, kann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegen (*vgl. BAG 18. Juni 2015 - 2 AZR 480/14 - Rn. 30; 23. Januar 2014 - 2 AZR 372/13 - Rn. 17*). Diese Grundsätze gelten einerseits auch dann, wenn der Wegfall der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit aus einer innerbetrieblichen, von äußeren Faktoren nicht „erzwungenen“ Maßnahme resultiert (*vgl. BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 - Rn. 18, BAGE 145, 265; 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - Rn. 15*). Andererseits muss der Arbeitgeber vor einer außerordentlichen Kündigung aus betrieblichen Gründen auch dann alle zumutbaren, eine Weiterbeschäftigung ermöglichenden Mittel ausgeschöpft haben, wenn der Verlust des Arbeitsplatzes auf einem Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses gemäß § 613a BGB „beruht“. Die tarifliche besondere Absicherung des Arbeitsverhältnisses wird durch einen voraussetzungslos zulässigen Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses nicht gemindert (*vgl. BAG 29. März 2007 - 8 AZR 538/06 - Rn. 35; 17. September 1998 - 2 AZR 419/97 - zu II 6 der Gründe*). 29
- b) Der Kläger genoss aufgrund seines Lebensalters und seiner Betriebszugehörigkeit besonderen Kündigungsschutz gemäß § 10 Abs. 1 UTV iVm. § 7 30

TV Sonderregelungen iVm. § 26 Abs. 1 und Abs. 2 MTV DT AG. Betriebsbedingt konnte sein Arbeitsverhältnis nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden.

c) Das Arbeitsverhältnis der Parteien war aufgrund von der Beklagten getroffener, rechtlich nicht zu beanstandender Organisationsmaßnahmen dauerhaft sinnentleert. Die Kündigung konnte nicht dadurch vermieden werden, dass der Kläger einer anderen Gesellschaft „gestellt“ oder bei dieser „untergebracht“ worden wäre. 31

aa) Die Beklagte hat ihren Betrieb in zwei Bereiche getrennt und sodann in zwei selbständige Betriebe aufgespalten. Beide Betriebe hat sie an andere Gesellschaften verpachtet. Die Überwachung der Pachtverträge hat sie nach außen vergeben. Aufgrund der Verpachtung ihrer Betriebe hatte die Beklagte unstreitig keinen Bedarf mehr an einer Beschäftigung von Arbeitnehmern „im eigenen Hause“. 32

bb) Die Beklagte musste den Kläger weder einem anderen Unternehmen zur Arbeitsleistung „überlassen“ noch musste sie versuchen, ihn bei einem anderen Arbeitgeber „unterzubringen“. 33

(1) Der Arbeitgeber muss grundsätzlich keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten neu schaffen, um eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist zu vermeiden. Es kommt allein darauf an, ob andere Beschäftigungsmöglichkeiten tatsächlich noch bestehen (*BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 - Rn. 27, BAGE 145, 265*). Das beurteilt sich - sofern nicht ein Fall des Rechtsmissbrauchs vorliegt - anhand der nach einer unternehmerischen Entscheidung bestehenden Strukturen. Weder stellt der Verzicht auf die beschlossene Organisationsmaßnahme eine „geeignete andere Maßnahme“ zur Vermeidung einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung dar (*vgl. BAG 18. Juni 2015 - 2 AZR 480/14 - Rn. 21*) noch kann der Arbeitgeber gezwungen sein, eine Organisationsentscheidung mit dem Ziel zu „modifizieren“, dass jedenfalls die Arbeitsplätze von Arbeitnehmern in ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitsverhältnissen erhalten bleiben. Durch eine solche gerichtliche Grenzziehung würde die unter- 34

nehmerische Entscheidung nicht nur kontrolliert, sondern ihr ggf. eine andere Gestalt gegeben. Wenn sie aber wegen Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich als „Fixpunkt“ hinzunehmen ist und ihre Vorgaben nicht verändert werden sollen, kann dem Arbeitgeber nicht vorgegeben werden, welche und wie viele Arbeitsplätze er in seinem „Betrieb“ weiter vorzuhalten hat. Vielmehr kann es nur darum gehen, ob auch auf der Basis der von ihm - nicht missbräuchlich - getroffenen unternehmerischen Entscheidung noch eine Möglichkeit besteht, den Arbeitnehmer sinnvoll weiterzubeschäftigen (vgl. BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 - Rn. 19 ff., aaO; 6. Oktober 2005 - 2 AZR 362/04 - zu B V 3 a, b der Gründe mwN).

(2) Hiernach musste die Beklagte nicht versuchen, den Kläger einer der Pächterinnen zu „stellen“. 35

(a) Die Beklagte hatte entschieden, selbst künftig nur noch als Verpächterin aufzutreten. Gegenstand der Pachtverträge waren nach deren § 1 jeweils das gesamte Sachanlagevermögen, die Nutzungsrechte an den Betriebsräumen sowie die sonstigen der Beklagten bei Pachtbeginn zustehenden materiellen und immateriellen Vermögensgegenstände und Rechte aller Art, die dem Betrieb der verpachteten Anlagen zu dienen bestimmt waren oder mit dem Betrieb in Zusammenhang standen. Den Beteiligten war klar, dass in Vollzug dieser Regelungen die Arbeitsverhältnisse, die vormals zur Beklagten bestanden hatten, auf die jeweilige Pächterin übergehen würden. Hingegen sollten die Pachtverträge nach § 3 Ziff. 5 in ihrer Wirksamkeit ausdrücklich vom Übergang der Arbeitsverhältnisse unabhängig sein. Die Beklagte hatte sich nicht etwa verpflichtet, den Pächterinnen - zumal fortlaufend - eine bestimmte Anzahl an Arbeitnehmern „zur Verfügung zu stellen“. Wäre sie, um die Kündigung zu vermeiden, gehalten gewesen, den Kläger einer der Pächterinnen als Arbeitnehmer zu „überlassen“, hätte sie die von ihr getroffene, von den Gerichten für Arbeitssachen grundsätzlich hinzunehmende Unternehmerentscheidung zumindest teilweise revidieren und entgegen ihrem Willen fortan als „Arbeitnehmerverleiherin“ tätig werden müssen. 36

(b) Hierzu war die Beklagte nicht ausnahmsweise deshalb verpflichtet, weil sie sich einer entsprechenden Tarifregelung „unterworfen“ und nunmehr deren Vorgaben umzusetzen hätte. 37

(aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der (öffentliche) Arbeitgeber verpflichtet sein, eine Weiterbeschäftigung im Wege der Personalgestellung - ggf. mit einer Differenzzahlung - in seine Überlegungen einzubeziehen, wenn der Arbeitnehmer einen Sonderkündigungsschutz genießt, der - wie etwa § 55 BAT - das Arbeitsverhältnis in „garantieähnlicher“ Weise einem Beamtenverhältnis annähert (*vgl. BAG 29. März 2007 - 8 AZR 538/06 - Rn. 36 ff.; 6. Oktober 2005 - 2 AZR 362/04 - zu B V 3 b cc der Gründe; 24. Juni 2004 - 2 AZR 215/03 - zu B II 3 der Gründe; 27. Juni 2002 - 2 AZR 367/01 - zu II 5 c der Gründe, BAGE 102, 40*). Bei der Prüfung von „Personalgestellungsmöglichkeiten“ handelt es sich dann um die „Erfüllung des (...) vereinbarten Sonderkündigungsschutzes“ (*so ausdrücklich BAG 29. März 2007 - 8 AZR 538/06 - Rn. 42*). 38

(bb) Der Kläger genießt keinen solchen Sonderkündigungsschutz. § 26 MTV DT AG räumt den betreffenden Arbeitnehmern keine „Beschäftigungsgarantie“ ein. Er nähert deren Arbeitsverhältnisse auch sonst nicht einem Beamtenverhältnis an. Weder schließt er - wie § 55 BAT - eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung grundsätzlich aus, noch verpflichtet er den Arbeitgeber dazu, den Arbeitnehmer ggf. entsprechend beamtenrechtlichen Vorschriften in den einstweiligen Ruhestand zu versetzen (*so die Tarifregelung im Fall von BAG 29. März 2007 - 8 AZR 538/06 -*). Es kann dahinstehen, ob eine solche Regelung zulasten eines privaten Arbeitgebers in einem (Haus-)Tarifvertrag von Verfassungs wegen zulässig wäre, wenn der besondere Kündigungsschutz „lediglich“ an die Dauer der Betriebszugehörigkeit und das Lebensalter des Arbeitnehmers anknüpft und es sich nicht um eine - zeitlich begrenzte - Gegenleistung für einen Verzicht des Arbeitnehmers auf bestimmte Rechtsansprüche handelt (*vgl. BAG 18. Juni 2015 - 2 AZR 480/14 - Rn. 27 mwN; Bitter/Kiel FS Schwerdtner S. 13 f. und S. 22 ff.*). 39

(c) Die Beklagte war auch nicht aufgrund einer besonderen Sachverhalts- 40  
gestaltung gezwungen, eine „Gestellung“ an eine der beiden Pächterinnen zu  
versuchen.

(aa) Das Bundesarbeitsgericht hat in einer früheren Entscheidung einem 41  
(privaten) Arbeitgeber abverlangt, einen Arbeitnehmer, der einen „normalen“  
Sonderkündigungsschutz genoss und dem Übergang seines Arbeitsverhältnis-  
ses nach § 613a BGB widersprochen hatte, gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG aF  
solange auf seinem „übergegangenen“ Arbeitsplatz einzusetzen, bis bei ihm  
- dem kündigenden Veräußerer - selbst geeignete Arbeitsplätze frei wurden  
(vgl. BAG 17. September 1998 - 2 AZR 419/97 - zu II 6 der Gründe). Zudem hat  
es in einem Fall, in dem der Veräußerer eines Betriebsteils neben einem weite-  
ren Gesellschafter 50 vH der Anteile an dem Erwerber hielt, angenommen, er  
- der Veräußerer - müsse sich bei seinem Mitgesellschafter darum bemühen,  
dass der dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprechende  
- abberufene - Beauftragte für den Datenschutz zumindest so lange auf dem  
„übergegangenen“ Arbeitsplatz eingesetzt werden könne, wie der besondere  
Kündigungsschutz nach § 4f Abs. 3 Satz 5 bzw. Satz 6 BDSG bestehe. Dabei  
spielte es auch eine Rolle, dass der betreffende Arbeitnehmer noch nach sei-  
nem Widerspruch beim Erwerber eingesetzt worden war (vgl. BAG 23. Januar  
2014 - 2 AZR 372/13 - Rn. 23).

(bb) Der Streitfall liegt anders. Der Kläger war kein Funktionsträger. Er wurde 42  
nicht trotz seines Widerspruchs bei der Pächterin des „Backoffice“ einge-  
setzt. Seine „Gestellung“ an eine der beiden Pächterinnen, an denen die Be-  
klagte nicht als Gesellschafterin beteiligt ist, hätte nicht bloß der „Überbrückung“  
gedient. Sie wäre vielmehr auf Dauer angelegt und mit den von der Beklagten  
getroffenen Organisationsentscheidungen nicht „kompatibel“ gewesen. Es kann  
deshalb offen bleiben, ob die Beklagte sich bei einem „Verleih“ des Klägers an  
eine ihrer Pächterinnen nicht auch dem Verdacht ausgesetzt hätte, die „Über-  
lassung“ geschehe in Erfüllung oder zumindest zum „Erhalt“ der Pachtverträge  
und damit gewerbsmäßig - dh. mit Gewinnerzielungsabsicht - iSv. § 1 Abs. 1

Satz 1 AÜG in der bei Zugang der Kündigung geltenden Fassung vom 23. Dezember 2002.

(3) Die Beklagte musste nicht versuchen, den Kläger bei einer anderen Gesellschaft der „Gruppe“ - namentlich bei einer der beiden Pächterinnen - „unterzubringen“. 43

(a) Der Arbeitgeber ist vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung grundsätzlich nicht gehalten, den Arbeitnehmer in einem Betrieb eines anderen Unternehmens „unterzubringen“. Ausnahmsweise kann eine solche Pflicht indes bestehen. Dies gilt etwa dann, wenn sich ein anderes Konzernunternehmen ausdrücklich zur Übernahme des Arbeitnehmers bereit erklärt hat oder wenn sich eine solche Verpflichtung aus einer vertraglichen Absprache oder einer in der Vergangenheit geübten Praxis ergibt. Weitere Voraussetzung ist, dass der Vertragsarbeitgeber auf die „Versetzung“ einen bestimmenden Einfluss hat. Die Entscheidung über sie darf grundsätzlich nicht dem zur Übernahme bereiten Unternehmen vorbehalten bleiben. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Möglichkeit der Einflussnahme aufgrund eindeutiger rechtlicher Regelungen oder nur faktisch besteht (*BAG 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - Rn. 39; 24. Mai 2012 - 2 AZR 62/11 - Rn. 27, BAGE 142, 36*). Die zur konzernbezogenen Weiterbeschäftigungspflicht entwickelten Grundsätze gelten auch im Falle einer außerordentlichen Kündigung mit Auslaufzeit (*vgl. BAG 29. März 2007 - 8 AZR 538/06 - Rn. 43*). 44

(b) Die Voraussetzungen einer konzernbezogenen Weiterbeschäftigungspflicht sind hier nicht erfüllt. Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass eine andere Gesellschaft der „Unternehmensgruppe“ zur Übernahme des Klägers bereit gewesen und der Beklagten insofern ein bestimmender Einfluss eingeräumt worden wäre. Hinsichtlich der beiden Pächterinnen tritt hinzu, dass der Kläger diejenige des „Backoffice“ ausweislich des Widerspruchs gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses als Vertragsarbeitgeberin abgelehnt hatte (§ 242 BGB) und er - als „Nein-Sager“ - für die Beklagte zu 1. zu den bei dieser geltenden Konditionen ausdrücklich nicht tätig werden wollen. 45



cc) Die Organisationsentscheidungen, die dazu geführt haben, dass der Kläger von der Beklagten nicht mehr sinnvoll eingesetzt werden konnte, sind rechtlich nicht zu beanstanden. 46

(1) Die gerichtliche Kontrolle unternehmerischer Entscheidungen zielt nicht darauf ab, dem Arbeitgeber organisatorische Vorgaben zu machen. Sie dient nicht dazu, die Stichhaltigkeit der Erwägungen zu prüfen, die ihn gerade zu dem von ihm gewählten Konzept erwogen haben. Es geht allein darum, Missbrauch zu verhindern. Ein solcher kann vorliegen, wenn die Maßnahmen des Arbeitgebers alleine darauf abzielen, den Arbeitnehmer „loszuwerden“ (*BAG 18. Juni 2015 - 2 AZR 480/14 - Rn. 34*). Dagegen genügt es nicht, dass Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der getroffenen Organisationsentscheidungen in Zweifel stehen. Dies gilt auch in Fällen, in denen von ihnen Arbeitnehmer in ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnissen betroffen sind (*vgl. BAG 6. Oktober 2005 - 2 AZR 362/04 - zu B V 3 a der Gründe*). 47

(2) Für beschlossene und durchgeführte unternehmerische Organisationsentscheidungen spricht die Vermutung, dass sie aus sachlichen - nicht zuletzt wirtschaftlichen - Gründen getroffen wurden und nicht auf Rechtsmissbrauch beruhen. Im Prozess hat der Arbeitnehmer die Umstände darzulegen und ggf. zu beweisen, aus denen sich ergeben soll, dass die getroffenen Organisationsmaßnahmen offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich sind. Trägt er entsprechende Indizien vor, ist in den Tatsacheninstanzen zunächst zu prüfen, ob diese in ihrer Gesamtschau, ggf. im Zusammenhang mit dem übrigen Prozessstoff auf das Vorliegen von Rechtsmissbrauch schließen lassen. Ist dem so, sind die vom Arbeitnehmer angetretenen Beweise zu erheben, soweit der Arbeitgeber die Indiztatsachen ausreichend bestritten hat (§ 138 ZPO), und sind die Ergebnisse der Beweisaufnahme unter Beachtung der den Arbeitnehmer treffenden objektiven Beweislast zu würdigen (§ 286 Abs. 1 ZPO). Bei alledem ist das Gericht grundsätzlich frei darin, welche Beweiskraft es den - unstreitigen oder bewiesenen - Indizien im Einzelnen und in der Gesamtschau für seine Überzeugungsbildung beimisst (*BAG 18. Juni 2015 - 2 AZR 480/14 - Rn. 35 mwN*). 48

- (3) Vom Revisionsgericht wird nur überprüft, ob das Berufungsgericht keine überspannten Anforderungen an das Maß der richterlichen Überzeugung gestellt und sämtliche vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände widerspruchsfrei beachtet hat und ob die Beweismwürdigung frei von Verstößen gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze und rechtlich möglich ist (vgl. BAG 31. Mai 2007 - 2 AZR 276/06 - Rn. 42, BAGE 123, 1; 20. November 2003 - 8 AZR 580/02 - zu II 3 b bb (4) der Gründe). 49
- (4) Diesem eingeschränkten Überprüfungsmaßstab hält die angefochtene Entscheidung stand. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, gegen die der Kläger keine Verfahrensrügen erhoben hat, ist frei von Rechtsfehlern. Das Berufungsgericht ist von den richtigen Grundsätzen ausgegangen und hat den von ihm festgestellten Sachverhalt voll ausgeschöpft. Dabei hat es sich vertretbar und ohne dass es insofern eine absolute Gewissheit verlangt hätte, nicht die volle Überzeugung bilden können, das Handeln der Beklagten habe - von vornherein - einzig darauf abgezielt, die Arbeitsverhältnisse der „Nein-Sager“ einseitig beenden zu können. 50
- (a) Das Landesarbeitsgericht hat berücksichtigt, dass die „Nein-Sager“ im „Backoffice“ gebündelt wurden und dieser Bereich damit hinsichtlich der Personalkosten „verteuert“ wurde. Es hat den einschlägigen Plan eines Beraters ebenso in seine Würdigung einbezogen wie die vom Kläger behauptete Äußerung des damaligen Geschäftsführers der Beklagten, man wolle sich von den „Nein-Sagern“ trennen und kenne Möglichkeiten, dies trotz deren besonderen Kündigungsschutzes zu erreichen. 51
- (b) Aus diesen Umständen hat das Landesarbeitsgericht dennoch nicht geschlossen, es sei der Beklagten unter dem Deckmantel unternehmerischer Entscheidungsfreiheit allein darum gegangen, die Arbeitsverhältnisse der „Nein-Sager“ wirksam kündigen zu können. Es hat gemeint, die Beklagte könne das „Backoffice“ und das „Call-Center“ auch zu dem Zweck getrennt und die zu den alten Vertragsbedingungen tätigen „Nein-Sager“ im Bereich Backoffice „gebündelt“ haben, den Betriebsfrieden zu wahren. Dass die Backoffice-Tätigkeiten „verteuert“ worden seien, besage nicht, dass die Beklagte diesen Bereich habe 52

„vor die Wand fahren“ wollen. Dagegen spreche, dass den „Nein-Sagern“ ein Schutz vor betriebsbedingten Kündigungen bis zum 31. Dezember 2010 eingeräumt worden sei und die Erwerberin noch nach diesem Termin - im Januar und März 2011 - an zwei Ausschreibungen großer Unternehmen teilgenommen habe. Die Beklagte müsse auch nicht den Plan ihres Beraters verfolgt haben. Das Geschehen nach der Trennung der beiden Bereiche weiche in erheblicher Weise von diesem Plan ab. Der habe nicht vorgesehen, auch den - vermeintlich - stillzulegenden „Betriebsteil“ auf eine andere Gesellschaft zu übertragen. Das sei nicht nötig gewesen, um das vom Kläger unterstellte Ziel zu erreichen, die Arbeitsverhältnisse der „Nein-Sager“ wirksam kündigen zu können. Die in diesem Sinne „überflüssige“ Verpachtung auch des Betriebs Backoffice lasse zugleich die angebliche Äußerung des früheren Geschäftsführers der Beklagten in anderem Licht erscheinen. Die Beklagte habe sich von den „Nein-Sagern“ schon dadurch „trennen“ können, dass deren Arbeitsverhältnisse gemäß § 613a BGB auf eine andere Gesellschaft übergingen. Insofern sei für sie lediglich bedeutsam gewesen, dass ein Widerspruch gegen den Übergang der Arbeitsverhältnisse keinen Sinn mache, weil bei ihr alle Beschäftigungsmöglichkeiten weggefallen seien. Hingegen habe eine „Trennung“ *von der Beklagten* nicht vorausgesetzt, dass die Erwerberin ihren Betrieb stilllege und die Arbeitsverhältnisse der „Nein-Sager“ beende.

(c) Die Erwägungen, aufgrund derer das Landesarbeitsgericht sich gehindert sah, mit dem von § 286 Abs. 1 ZPO geforderten Grad an Überzeugung anzunehmen, es sei der Beklagten einzig darum gegangen, die Arbeitsverhältnisse der „Nein-Sager“ wirksam kündigen zu können, lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

53

(aa) Das Landesarbeitsgericht durfte es als denkbar ansehen, dass die Beklagte die „Nein-Sager“ nicht aus missbräuchlichen Motiven, sondern zur Wahrung des Betriebsfriedens in einem eigenen Bereich „gebündelt“ hat (*zur Berechtigung einer solchen Überlegung vgl. BAG 15. März 1991 - 2 AZR 582/90 - zu B III 1 aa der Gründe*). Die Befürchtung, es könne zu Missstimmungen bei anderen Arbeitnehmern kommen, muss nicht deshalb vorgeschoben gewesen

54

sein, weil bei der Beklagten eine *Drei-Klassen-Gesellschaft* aus „Nein-Sagern“, „Ja-Sagern“ und Neueinstellungen bestand. Dass die „Ja-Sager“ zunächst noch eine Besitzstandszulage bezogen, änderte weder etwas daran, dass die „Nein-Sager“ keinen Beitrag zum Bestand des Unternehmens geleistet hatten, noch etwas daran, dass sie zu - auf Dauer - besseren Konditionen beschäftigt wurden.

(bb) Aus dem Umstand, dass den „Nein-Sagern“ ein Schutz vor betriebsbedingten Kündigungen bloß bis zum 31. Dezember 2010 eingeräumt worden ist, während den „Ja-Sagern“ ein solcher bis zum 30. April 2012 gewährt wurde, lässt sich nicht folgern, die Stilllegung des Betriebs Backoffice müsse im Zeitpunkt der Spaltungs- und Verpachtungsentscheidung bereits „beschlossene Sache“ gewesen sein. Aus der unterschiedlichen Länge der „Schutzfristen“ folgt allenfalls, dass es nach Einschätzung der Beteiligten um die Wettbewerbsfähigkeit des Betriebs Backoffice in der Tat schlechter bestellt war als um diejenige des Betriebs Call-Center. Im Übrigen dürfte es sich bei der Verlängerung - die Neueinstellungen ebenfalls nicht gewährt wurde - im Sinne eines „betrieblichen Bündnisses für Arbeit“ um eine Kompensation dafür gehandelt haben, dass die „Ja-Sager“ bereit gewesen waren, dem Angebot verschlechterter Vertragsbedingungen zuzustimmen.

55

(cc) Dass der Betrieb Backoffice - auch aufgrund des „teuren“ Personals - nach der eigenen Beurteilung der Beklagten schlechte Chancen am Markt haben würde, heißt nicht, es müsse ihr bei allem darum gegangen sein, die Arbeitsverhältnisse der „Nein-Sager“ wirksam kündigen zu können. Die Verpachtungen mögen dazu gedient haben, eine „Quersubventionierung“ zulasten der „Ja-Sager“ und der Neueinstellungen zu beenden. Damit ist jedoch nur gesagt, dass die Arbeitsverhältnisse dieser beiden Gruppen - insbesondere diejenigen der „Ja-Sager“ - möglichst erhalten werden sollten. Die Absicht, bestimmte Arbeitsverhältnisse zu „retten“, erlaubt nicht den Umkehrschluss, dass die Arbeitsverhältnisse der „Nein-Sager“ beendet werden *sollten*. Dagegen spricht auch, dass die Pächterin des „Backoffice“ nach dem Ende des „Kündigungsverbots“ am 31. Dezember 2010 noch an zwei Ausschreibungen großer Unter-

56

nehmen teilgenommen und - nachdem sie dabei keine Berücksichtigung gefunden hatte - ihren Betrieb „erst“ zum 31. Dezember 2012 eingestellt hat. Es ist eine reine Mutmaßung, dass sie die Stilllegung aus „strategischen Gründen“ verzögert habe.

dd) Die Beklagte war nach den von ihr beschlossenen und umgesetzten Organisationsmaßnahmen für einen beträchtlichen Zeitraum an ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis gebunden. Der Kläger war bei Ablauf der Auslaufrist 49 Jahre alt und damit weit entfernt von einer - tariflichen - Altersgrenze (vgl. BAG 18. Juni 2015 - 2 AZR 480/14 - Rn. 37; 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 - Rn. 31, BAGE 145, 265). 57

2. Die Kündigung ist nicht nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. 58

a) Im Kündigungszeitpunkt existierte kein Betriebsrat, den die Beklagte zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger hätte anhören müssen. 59

aa) Der Kläger gehörte seinerzeit keinem Betrieb mehr an, für den ein vollmandatierter Betriebsrat bestanden hätte. Nach der Aufspaltung des vormals einen Betriebs der Beklagten am 7. Dezember 2009 in die selbständigen Betriebe Call-Center und Backoffice besaß der Betriebsrat übergangsweise ein Vollmandat gemäß § 21a BetrVG nur noch für diese beiden neuen Betriebe. Für die frühere Einheit hatte er ggf. lediglich ein Restmandat nach § 21b BetrVG. 60

bb) Der vor der Betriebsaufspaltung amtierende Betriebsrat musste vor der Kündigung nicht aufgrund seines Übergangsmandats nach § 21a BetrVG angehört werden. Die „neuen“ Betriebe Call-Center und Backoffice gingen nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien zum 1. Januar 2010 unter Wahrung ihrer Identitäten auf andere Gesellschaften über. Damit bestand das Übergangsmandat des bisher amtierenden Betriebsrats gegenüber den neuen Leitungen der Betriebe fort. Der Kläger wiederum gehörte nach dem Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Pächterin des „Backoffice“ keinem der Betriebe mehr an. Für die aufgrund ihres Widerspruchs bei der Beklagten „zurückgebliebenen“ Arbeitnehmer besaß der Betriebsrat nicht 61

etwa ein „Übergangsmandat zum Übergangsmandat“. Für ein solches bestand weder ein Bedarf noch eine normative Grundlage. § 21a BetrVG ist insofern nicht analog anzuwenden (*vgl. BAG 8. Mai 2014 - 2 AZR 1005/12 - Rn. 40, 41 für das Übergangsmandat zum Vollmandat im Fall eines Betriebsübergangs*).

cc) Der vor der Betriebsaufspaltung amtierende Betriebsrat musste vor Ausspruch der Kündigung auch nicht aufgrund eines Restmandats nach § 21b BetrVG angehört werden. 62

(1) Es fehlte an dem für die Anwendung von § 21b BetrVG erforderlichen Zusammenhang der Kündigung mit der Aufspaltung des vormals einen Betriebs der Beklagten. 63

(a) Das Restmandat ist kein Vollmandat, sondern lediglich ein nachwirkendes Teilmandat. Es soll bei Eingreifen eines der in § 21b BetrVG beschriebenen Tatbestände gewährleisten, dass die zur Abwicklung nötigen betrieblichen Regelungen noch getroffen werden können. Es setzt daher einen funktionalen Bezug zu den durch die Stilllegung, Spaltung oder Zusammenlegung ausgelösten Aufgaben des Betriebsrats voraus. § 21b BetrVG begründet kein allgemeines Mandat für alle im Zeitpunkt der betrieblichen Umstrukturierung noch nicht erledigten Betriebsratsaufgaben. Ebenso wenig erstreckt sich das Restmandat auf Aufgaben, die erst nach einer Betriebsspaltung in den durch sie geschaffenen neuen Einheiten anfallen. Solche Aufgaben können allenfalls Gegenstand eines Übergangsmandats sein (*BAG 24. Mai 2012 - 2 AZR 62/11 - Rn. 55, BAGE 142, 36*). 64

(b) Das in Rede stehende Recht auf Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG weist keinen hinreichenden Bezug zu Aufgaben des Betriebsrats im Zusammenhang mit der Betriebsspaltung auf. Die Kündigung beruhte - trotz des engen zeitlichen Zusammenhangs - nicht auf dieser Spaltung. Zu ihr führte erst der Widerspruch des Klägers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Pächterin des Betriebs Backoffice. Es kann, wie die Prüfung der Missbräuchlichkeit der von der Beklagten getroffenen Organisationsentscheidungen ergeben hat, nicht angenommen werden, in der Betriebsaufspaltung sei bereits 65

die Stilllegung des verselbständigten Betriebs Backoffice - und dies nicht durch die Beklagte, sondern durch die Pächterin - „angelegt“ gewesen und deshalb der Kläger mit seinem Widerspruch einer „sicheren“ Kündigung durch die Erwerberin lediglich zugekommen.

(2) Die Erklärung des Widerspruchs gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses ist ihrerseits kein Vorgang, an den ein Restmandat anknüpfen könnte. Sie stellt - sei es als Akt eines Einzelnen, sei es als kollektiver Akt einer Mehrzahl von Arbeitnehmern - schon deshalb keine Stilllegung, Spaltung oder Zusammenlegung eines Betriebs dar, weil es sich bei ihr nicht um eine Entscheidung des Arbeitgebers handelt. Arbeitnehmer können keine Betriebe stilllegen, spalten oder zusammenlegen (*vgl. BAG 8. Mai 2014 - 2 AZR 1005/12 - Rn. 37; 24. Mai 2012 - 2 AZR 62/11 - Rn. 56, BAGE 142, 36*). Ob etwas anderes in einem betriebsmittelarmen Betrieb zu gelten hat, wenn ein erheblicher Teil der Belegschaft vom Widerspruchsrecht Gebrauch macht, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung. Auf einen derartigen Sachverhalt beruft der Kläger sich nicht (*vgl. BAG 8. Mai 2014 - 2 AZR 1005/12 - aaO*). 66

dd) Das Ergebnis, dass zu der beabsichtigten Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers kein Betriebsrat anzuhören war, ist mit Art. 6 Nr. 1 der Richtlinie 2001/23/EG vom 12. März 2001 (Betriebsübergangsrichtlinie) vereinbar. Das Unionsrecht verlangt offenkundig nicht nach der voraussetzungslosen Anerkennung eines Übergangs- oder Restmandats des Betriebsrats für die Beteiligung an Kündigungen von Arbeitnehmern, die dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang widersprochen und dadurch ihre Zugehörigkeit zu der fortbestehenden betrieblichen Einheit selbst aufgehoben haben (*vgl. BAG 8. Mai 2014 - 2 AZR 1005/12 - Rn. 43; 24. Mai 2012 - 2 AZR 62/11 - Rn. 57, BAGE 142, 36*). 67

b) Selbst wenn man mit dem Kläger den bei der Beklagten zu 1. amtierenden Betriebsrat für zuständig erachten wollte, hätte die Beklagte die Kündigung nicht verfrüht erklärt. Die dem Betriebsrat entsprechend § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG eingeräumte Frist zur Stellungnahme lief am 28. Januar 2010 um 24:00 Uhr ab. Zwar hat die Beklagte das Kündigungsschreiben bereits im Laufe 68

dieses Tages zwei Mitarbeitern übergeben. Sie hat das jedoch mit der Maßgabe getan, die Kündigung solle erst am Morgen des 29. Januar 2010 „zugestellt“ werden. Dabei ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass die Beklagte bis dahin jederzeit Zugriff auf die Boten und damit hinreichend sichergestellt hatte, den Zugang der Kündigung verhindern zu können, falls sie ihren Entschluss aufgrund einer doch noch eingehenden Stellungnahme des Betriebsrats ändern sollte (*vgl. dazu BAG 8. April 2003 - 2 AZR 515/02 - zu II 1 der Gründe, BAGE 106, 14*). Gegen diese Annahme hat der Kläger mit der Revision nicht eingewandt, die Beklagte habe keine ausreichenden „Sicherheitsvorkehrungen“ getroffen.

C. Der Kläger hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen.

69

Kreft

Rachor

Niemann

Gans

Nielebock