



LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn N. X., H. Str. 4, O.,

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte V. X. & Partner mbB,
U.-I.-Ring 19 - 21, L.,

g e g e n

die U. L. Q. N. GmbH, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführer S. F. und
U. M., T. feld 22 - 28, N.,

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte I., L., M., X.,
H.-H.-Str. 4, E.,

hat die 10. Kammer des Landesarbeitsgerichts E.
auf die mündliche Verhandlung vom 19.01.2018
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Mailänder als
Vorsitzenden sowie den ehrenamtlichen Richter Sasgen und den
ehrenamtlichen Richter Krüger

für R e c h t erkannt:

**Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts
Oberhausen vom 30.11.2016 – 3 Ca 995/16 – wird auf seine
Kosten zurückgewiesen.**

Die Revision wird nicht zugelassen.

TATBESTAND:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung.

Der am 26.03.1964 geborene, verheiratete Kläger wurde von der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin am 01.06.1999 als Prozessingenieur eingestellt. Er erhielt zuletzt eine monatliche Festvergütung von 4.946,16 € brutto zuzüglich Urlaubs- und Weihnachtsgeld und Vermögenswirksame Leistungen. Die ordentliche Kündigungsfrist beträgt unstreitig sechs Monate.

Ursprünglich war die Beklagte in E. geschäftsansässig und firmierte unter dem Namen „U. L. Q. T. Tec GmbH“. Zum 31.12.2012 legte sie ihren dortigen Geschäftsbetrieb still und kündigte in diesem Zusammenhang sämtliche Arbeitsverhältnisse, u.a. auch das des Klägers, aus betriebsbedingten Gründen zum 31.12.2012. Der Kläger war Mitglied des Betriebsrats des E.er Betriebes. Gegen die Kündigung vom 21.05.2012 erhob er Kündigungsschutzklage.

Im Februar 2014 verlegte die Beklagte ihren Geschäftssitz von E. nach N.. Am 23.04.2014 nahm sie im Wege der Verschmelzung die „U. L. Q. T. Tec N. GmbH“ auf, womit sie Inhaberin des bis dahin von dieser Gesellschaft am Standort N. unterhaltenen Betriebes wurde. Seit dem 25.04.2014 firmiert die Beklagte unter dem Namen „U. L. Q. N. GmbH“.

Mit Urteil vom 26.02.2015 – 2 AZR 955/13 – stellte das Bundesarbeitsgericht unter teilweiser Aufhebung der vorangegangenen Entscheidung der 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts E. vom 18. September 2013 – 4 Sa 495/13 – letztinstanzlich die Unwirksamkeit der Kündigung vom 21.05.2012 wegen nicht ordnungsgemäßer Massenentlassungsanzeige i.S.d. § 17 KSchG fest. Neben dem Kläger war noch ein weiterer Mitarbeiter (Dr. T.) mit seiner Kündigungsschutzklage beim Bundesarbeitsgericht erfolgreich. Alle anderen Arbeitsverhältnisse mit Mitarbeitern des E.er Betriebes sind zwischenzeitlich beendet. Unter dem 30.05.2015 und 29.06.2015 sprach die Beklagte gegenüber dem Kläger weitere Kündigungen aus. Mit rechtskräftigem Urteil vom 31.05.2016 – 8 Sa 1215/15 – stellte das Landesarbeitsgericht Düsseldorf die Unwirksamkeit dieser Kündigungen gemäß § 174 Satz 1 BGB fest, wies jedoch die Klage mit dem auf vorläufige Weiterbeschäftigung gerichteten Antrag ab.

Mit einem nach ihrer Behauptung auf den 02.06.2016 datierenden Schreiben wandte sich die Beklagte an den Vorsitzenden des E.er Betriebsrats, um diesen

zu einer von ihr erneut beabsichtigten ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers anzuhören. Wegen des Inhaltes dieses Schreibens wird auf die mit der Klageerwiderung als Anlage B1 vorgelegte Kopie und wegen des Widerspruchsschreibens des Betriebsrates vom 08.06.2016 auf die mit der Berufungsbeantwortung als Anlage B3 vorgelegte Kopie verwiesen.

Mit Schreiben vom 24.06.2016, welches dem Kläger am 29.06.2016 zuzuging, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 31.12.2016.

Gegen diese Kündigung wendet sich der Kläger mit der streitgegenständlichen, am 15.07.2016 beim Arbeitsgericht eingegangenen Kündigungsschutzklage.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die neuerliche Kündigung sei schon deshalb unwirksam, weil die Beklagte es - unstrittig - unterlassen habe, die Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG einzuholen bzw. hilfsweise durch das Arbeitsgericht ersetzen zu lassen. Er genieße nach wie vor Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 KSchG. Denn es bestehe weiterhin ein Restmandat des ehemaligen Betriebsrats des Betriebes E. i.S.d. § 21 b BetrVG. Jedenfalls sei die Kündigung wegen mangelhafter Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG unwirksam. Darüber hinaus sei von der Beklagten kein Kündigungsgrund nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG dargelegt. Auf die unternehmerische Entscheidung zur Stilllegung des E.er Betriebes könne sie sich nicht mehr berufen. Seit der Verlegung des Unternehmenssitzes nach N. sei er Mitarbeiter des einzigen von der Beklagten unterhaltenen Betriebes in N., in dem - unstrittig - mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt sind. Dort müsse er beschäftigt werden und auf diesen Betrieb, in dem es eine Reihe vom Kläger auch namentlich benannte, vergleichbare Arbeitnehmer gebe, habe sich auch die Sozialauswahl zu erstrecken.

Der Kläger hat beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung, datierend vom 24.06.2016, beendet wird.
2. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern über den 31.12.2016 hinaus zu unveränderten Bedingungen fortbesteht.

3. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zum 31.12.2016 zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Prozessingenieur zu beschäftigen.
4. Die Beklagte wird für den Fall des Obsiegens mit den Anträgen zu 1. bzw. 2. verurteilt, den Kläger auch nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Prozessingenieur weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, die erneute Kündigung sei rechtswirksam. Allgemeinen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz könne der Kläger inzwischen nicht mehr in Anspruch nehmen. Da dem ehemaligen E.er Betrieb nur noch der Kläger und ein weiterer Mitarbeiter (Dr. T.) zugeordnet seien, werde die nach § 23 Abs. 1 KSchG erforderliche Mindestbeschäftigtenzahl nicht mehr erreicht.

Die Verschmelzung im Jahre 2014 habe nicht zur Folge, dass der Kläger im kündigungsschutzrechtlichen Sinne dem N.er Betrieb zuzuordnen sei. Die Betriebe in E. und N. hätten nie einen Gemeinschaftsbetrieb gebildet. Ungeachtet dessen sei die Kündigung aus betriebsbedingten Gründen i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt. Mit der zum 31.12.2012 erfolgten Betriebsschließung seien sämtliche ursprünglich vorgehaltenen Beschäftigungsmöglichkeiten am E.er Standort entfallen. Im N.er Betrieb gäbe es keine freien Arbeitsplätze, auf denen der Kläger weiterbeschäftigt werden könne. Da der Kläger, ebenso wie Herr Dr. T., nunmehr gleichzeitig erneut gekündigt worden seien, erübrige sich eine Sozialauswahl, da keine weiteren Arbeitnehmer beschäftigt würden.

Eine Betriebsratsanhörung sei nicht erforderlich gewesen. Der Betriebsrat des N.er Betriebes habe nicht angehört werden müssen, weil der Kläger diesem Betrieb nicht zugeordnet sei. Das Amt des zuletzt für den E.er Betrieb gebildeten Betriebsrats habe mit der Betriebsstilllegung und dem damit verbundenen Absinken der Arbeitnehmerzahl zum 31.12.2012, spätestens aber mit Ablauf der regulären Amtszeit zum 31.05.2014 geendet. Die Kündigung sei auch nicht mehr von einem Restmandat gemäß § 21 b BetrVG umfasst. Gleichwohl habe sie vorsorglich den ehemaligen Betriebsrat des E.er Betriebes als auch den Betriebsrat des

N.er Betriebes mit Anhörungsschreiben vom 02.06.2016, wegen dessen Inhalt auf die zu den Akten gereichten Kopien der verwiesen wird, beteiligt.

Für den Kläger bestehe keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit. Der E.er Betrieb, dem er zugeordnet gewesen sei, sei seit 31.12.2012 stillgelegt. Eine Verpflichtung, ihn in einen anderen Betrieb zu versetzen, bestehe nicht. In dem einzigen Betrieb, den sie noch vorhalte (N.), gäbe es keine freien Beschäftigungsmöglichkeiten.

Mit Urteil vom 30.11.2016, auf dessen Entscheidungsgründe wegen der im Einzelnen zugrundeliegenden Erwägungen verwiesen wird, hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen.

Es könne dahinstehen, ob die Kündigung i.S.d. § 1 Abs. 1 KSchG sozial gerechtfertigt sei. Denn das Kündigungsschutzgesetz finde gemäß § 23 KSchG inzwischen keine Anwendung mehr. Abzustellen sei allein auf den Zustand des aufgelösten Betriebes in E.. Dort würden - unstreitig - zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung nur noch der Kläger und ein weiterer Mitarbeiter, mithin also nicht mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt. Die Kündigung sei auch nicht wegen fehlerhafter Beteiligung des Betriebsrats unwirksam. § 15 Abs. 4 KSchG lasse eine ordentliche Kündigung im Fall der Stilllegung des ganzen Betriebes zu, die in diesen Fällen nicht der Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG, aber der Anhörung nach § 102 Abs. 2 BetrVG bedürfe. Diese Anhörung sei erfolgt und lasse keinen Fehler erkennen.

Mit seiner form- und fristgemäß eingelegten Berufung, wegen deren teils wiederholenden, teils vertiefenden Details auf die Berufungsbegründung und den ergänzenden Schriftsatz vom 14.07.2017 verwiesen wird, verfolgt der Kläger sein Begehren - zuletzt noch allein mit dem punktuellen Kündigungsschutzantrag zu 1. - weiter. Weiterhin werde mit Nichtwissen bestritten, dass es bei der Beklagten keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit gebe.

Er beantragt zuletzt:

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Oberhausen 30.11.2016, Az.: 3 Ca 995/16, wird abgeändert.
2. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung, datierend vom 24.06.2016, beendet wird.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Mit ihrer Berufungsbeantwortung, auf die wegen der Einzelheiten des zweitinstanzlichen Vorbringens verwiesen wird, verteidigt sie das Urteil des Arbeitsgerichts unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags.

Das Berufungsgericht hat Beweis erhoben über die Behauptung der Beklagten, es habe auch unter Berücksichtigung zumutbarer Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen keine freien (gleich- oder geringwertigeren) Arbeitsplätze gegeben, auf denen der Kläger innerhalb des Unternehmens gegebenenfalls zu geänderten Arbeitsbedingungen hätte weiter beschäftigt werden können - und zwar weder innerhalb der Kündigungsfrist noch über deren Ablauf hinaus.

Wegen des Inhalts des Beweisbeschlusses sowie des Verlaufs und des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 19.01.2018 verwiesen.

Im Übrigen wird von der weitergehenden Darstellung des Tatbestandes gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG abgesehen und wegen der Einzelheiten des zugrundeliegenden Sachverhalts sowie des widerstreitenden Sachvortrags und der unterschiedlichen Rechtsauffassungen der Parteien gemäß § 69 Abs. 3 Satz 2 ArbGG ergänzend auf den Akteninhalt, insbesondere die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen aus beiden Instanzen Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I.

Die den Anforderungen der §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 1, 2, 6 ArbGG in Verbindung mit §§ 519, 520 ZPO genügende und deshalb zulässige Berufung konnte in der Sache keinen Erfolg haben.

Das Arbeitsgericht hat den Rechtsstreit im Ergebnis richtig entschieden, indem es die Klage abgewiesen hat. Die Kündigung vom 24.06.2016 ist wirksam. Sie hat das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 31.12.2016 aufgelöst.

1. Im Zentrum der vom Kläger gegen das erstinstanzliche Urteil aber auch gegen die Wirksamkeit der Kündigung vorgebrachten Angriffe steht die Argumentation, dass er seit der im Jahre 2014 erfolgten Verschmelzung Mitarbeiter des bis dato von der U. L. Q. T. Tec N. GmbH in N. unterhaltenen Betriebes sei, weshalb bei der rechtlichen Prüfung der Kündigung nach dem Kündigungsschutzgesetz und dem Betriebsverfassungsgesetz auf diesen Betrieb abzustellen sei.

Mit dieser Auffassung irrt der Kläger jedoch. Für die Prüfung und Entscheidung des Falles kann weder davon ausgegangen werden, dass der Kläger dem Betrieb in N. zugeordnet ist, noch, dass er diesem Betrieb hätte zugeordnet werden müssen.

aa) Eine Zuordnung ergibt sich zunächst nicht "automatisch", weil der Kläger – so seine Formulierung - "andernfalls im luftleeren Raum verbleiben" würde.

Während seiner Tätigkeit war der Kläger unstreitig dem (seinerzeit einzigen) von der Beklagten unterhaltenen Betrieb in E. zugeordnet. An dieser Zuordnung hat sich weder durch die Stilllegung dieses Betriebes noch durch die spätere Verschmelzung der Beklagten mit der ehemaligen U. L. Q. T. Tec N. GmbH noch durch die damit einhergehende "Übernahme" des von dieser in N. unterhaltenen Betriebes etwas geändert.

Es mag zwar sein, dass der Kläger seit der Auflösung des E.er Betriebes zum 31.12.2012 faktisch keinem Betrieb mehr zugeordnet war. Das bedeutet aber nicht, dass er mit seinem nach Feststellung des Bundesarbeitsgerichtes fortbestehenden Arbeitsverhältnis automatisch dem später im Jahre 2014 hinzugewonnenen Betrieb in N. "zufiel". Eine solch „automatische“ Zuordnung zu einem (anderen) Betrieb ist sachlich nicht begründbar.

Das Bundesarbeitsgericht hat schon wiederholt darauf erkannt, dass Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmern, die dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebserwerber wirksam gemäß § 613a Abs. 6 BGB widersprochen haben, nicht „automatisch“ in den vom Arbeitgeber eventuell weitergeführten Bereich fallen, sondern die Zuordnung des Arbeitnehmers zu einem bestimmten Betrieb oder Betriebsteil entweder einer entsprechenden Willensübereinkunft der Arbeitsvertragsparteien oder mangels einer solchen doch zumindest einer ein-

seitigen Festlegung des Arbeitgebers in Ausübung des im zustehenden Direktionsrechtes bedarf (BAG, Urteil vom 21. Februar 2013 – 8 AZR 877/11 –, Rn. 35, 41, juris, m.w.N.).

Wie sich dem vierten Orientierungssatz der zitierten Entscheidung entnehmen lässt, ist auch aus dem gesetzlichen Schutz des Arbeitnehmers vor betriebsbedingten Arbeitgeberkündigungen gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b KSchG (Möglichkeit der Weiterbeschäftigung u.a. auch in einem anderen Betrieb des Unternehmens) nicht die Verpflichtung des Arbeitgebers abzuleiten, einen Arbeitnehmer, der einem gemäß § 613a Abs. 1 BGB auf einen Erwerber übergegangenen Betrieb zugeordnet war, einem anderen Betrieb zuzuordnen, wenn er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber widersprochen hat (BAG, Urteil vom 21. Februar 2013 – 8 AZR 877/11 –, juris, 4. Orientierungssatz).

Das lässt zweierlei erkennen: Zum einen verneint das Bundesarbeitsgericht eindeutig die aufgeworfene Frage nach einer derartigen Verpflichtung des Arbeitgebers. Zum anderen lässt die Tatsache, dass das Bundesarbeitsgericht der Frage überhaupt nachgeht, ob eine entsprechende Verpflichtung bestehen könnte, deutlich erkennen, dass das Bundesarbeitsgericht eine "automatische", d.h. also eine nicht auf einer ausdrücklichen oder doch zumindest konkludenten Willensbetätigung beruhende Zuordnung per se für nicht tragfähig erachtet (so im Übrigen ausdrücklich: BAG, Urteil vom 13. Februar 2003 – 8 AZR 102/02 –, Rn. 45, juris). Denn ließe sich ein Automatismus vertreten, hätte es der Frage nach einer ggf. bestehenden Verpflichtung zur Willensbetätigung nicht nachgehen müssen.

bb) Die Beklagte muss sich im Rahmen der Prüfung der sozialen Rechtfertigung ihrer Kündigung auch nicht so behandeln lassen, als habe sie den Kläger entgegen den tatsächlichen Gegebenheiten durch eine mit ihm getroffene Übereinkunft oder kraft einseitiger Ausübung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechtes dem N. er Betrieb zugeordnet.

Dazu bestünde in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 162 BGB allenfalls Veranlassung, wenn die Beklagte sich vorwerfen lassen müsste, sich durch die Unterlassung einer solchen Maßnahme wider Treu und Glauben einen anders nicht zu korrigierenden Rechtsvorteil verschafft hätte.

Dem ist jedoch nicht so.

Der durch § 1 KSchG gewährte Kündigungsschutz ist grundsätzlich betriebsbezogen. Das gilt insbesondere für die dringenden betrieblichen Erfordernisse und

die Sozialauswahl (vgl. statt vieler: KR-Griebeling/Rachor, § 1 KSchG Rn. 537 m.w.N auch zur Rspr.). Dieser Grundsatz der Betriebsbezogenheit erfährt nur insofern eine Durchbrechung, als zum einen das Gesetz bei der Wartezeit i.S.d. § 1 Abs. 1 KSchG nicht auf die Betriebs-, sondern auf die Unternehmenszugehörigkeit abstellt und zum anderen die bereits angesprochene Möglichkeit der Weiterbeschäftigung u.a. auch in einem anderen Betrieb des Unternehmens nach heute nahezu einhelliger Auffassung nicht nur bei entsprechendem Widerspruch des Betriebsrats, sondern auch ohne einen solchen zu berücksichtigen ist (KR-Griebeling/Rachor, § 1 KSchG Rn. 538).

Letzteres war durchaus umstritten (vgl KR-Griebeling/Rachor, § 1 KSchG 196 f., m.w.N.). Die heute weitgehend übereinstimmende Meinung interpretiert die in den Widerspruchstatbeständen des § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG umschriebenen besonderen Merkmale der Sozialwidrigkeit jedoch als gesetzliche Konkretisierung des dem Kündigungsschutz nach dem KSchG zugrunde liegenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des ultima-ratio-Prinzips und gelangt auf diesem Wege zu dem Ergebnis, dass der Frage der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem anderen Betrieb des Unternehmens entgegen dem durch § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 b KSchG erweckten Eindruck auch bei der allgemeinen Prüfung der Sozialwidrigkeit nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG nachzugehen ist (z.B. BAG, Urteil vom 29. August 2013 – 2 AZR 809/12 –, juris, Rn. 22, m.w.N.; KR-Griebeling/Rachor, § 1 KSchG 196 f.). Besteht diese Möglichkeit, kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer also auf einem anderen freien Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigen, so ist die gleichwohl ausgesprochene (Beendigungs-) Kündigung nicht ultima-ratio und aus diesem Grunde sozialwidrig (vgl. z.B. Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 28. April 2016 – 5 Sa 784/15 –, Rn. 42, juris; Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 25. Juni 2015 – 8 Sa 642/14 –, Rn. 81, juris).

Die Frage, ob der Arbeitgeber den gekündigten Arbeitnehmer einem anderen Betrieb "zuordnen" muss, löst das geltende Kündigungsschutzrecht also auf der Rechtsfolgenseite der nach § 1 Abs. 2 KSchG vorzunehmenden Prüfung. Wenn dem aber so ist, besteht weder Veranlassung noch rechtliche Handhabe, den Arbeitnehmer bei der Prüfung der sozialen Rechtfertigung seiner Kündigung schon „vorab“ so zu behandeln, als sei er einem Betrieb zugeordnet, in dessen Strukturen er mit seiner Aufgabenstellung tatsächlich nie eingebunden war. Das liefe erkennbar auf eine Untergrabung der vom Gesetzgeber gewollten Betriebsbezogenheit des Kündigungsschutzes hinaus.

2. Ausgehend von dieser Prämisse begegnet die Kündigung der Beklagten vom 24.06.2016 keinen durchgreifenden Bedenken.

a) Aus § 103 BetrVG erwachsende Kündigungsbeschränkungen stehen der Kündigung nicht entgegen.

Nach dieser Vorschrift bedarf die außerordentliche Kündigung u.a. von Mitgliedern des Betriebsrats dessen Zustimmung, die der Arbeitgeber im Falle der unberechtigten Verweigerung durch das Arbeitsgericht ersetzen lassen kann. Die Beklagte hat aber keine außerordentliche, sondern eine ordentliche Kündigung ausgesprochen. In einem solchen Fall ist § 103 BetrVG nicht einschlägig (vgl. BAG, Urteil vom 22. September 2016 – 2 AZR 276/16 –, Rn. 67, juris).

b) Auch aus der Perspektive des § 15 Abs. 4 KSchG können sich keine Bedenken gegen die Wirksamkeit der Kündigung ergeben.

Das bedarf schon deshalb keiner Vertiefung, weil nach dieser Vorschrift die Kündigung von Arbeitsverhältnissen der durch § 15 KSchG geschützten Personen für den Fall der Stilllegung des Betriebes ausdrücklich für zulässig erklärt wird und es unter den Parteien nicht (mehr) strittig ist, dass der E. er Betrieb längst stillgelegt ist.

c) Die Kündigung ist nicht wegen unterbliebener Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG unwirksam.

Gemäß § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der (zuständige) Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören; eine ohne Anhörung des Betriebsrates ausgesprochene Kündigung ist nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam.

Diesem Erfordernis hat die Beklagte mit dem an den Betriebsratsvorsitzenden des ehemaligen E. er Betriebes gerichteten Anhörungsschreiben Genüge getan, das sie mit ihrer Klageerwiderung als Anlage B1 vorgelegt hat.

(1) Der Betriebsrat des N. er Betriebes war nicht anzuhören, da der Kläger diesem Betrieb aus den oben dargelegten Gründen nicht zugeordnet war und ist. Zuständig für die nach § 102 BetrVG erforderliche Anhörung war vielmehr nach wie vor der Betriebsrat des ehemaligen E. er Betriebes. Die Tatsache, dass dieser

Betrieb schon länger stillgelegt ist, ändert daran nichts. Denn nach § 21b BetrVG bleibt der Betriebsrat, dessen Betrieb durch Stilllegung, Spaltung oder Zusammenlegung untergeht, so lange im Amt, wie dies zur Wahrnehmung der damit im Zusammenhang stehenden Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte erforderlich ist. Mit Wegfall der betrieblichen Organisation wandelt sich sein bisheriges Vollmandat in ein Restmandat, das sich auf alle im Zusammenhang mit der Stilllegung, Spaltung oder Zusammenlegung stehenden betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte erstreckt. Dieses Restmandat besteht so lange, wie noch nicht alle Arbeitsverhältnisse beendet sind und noch Kündigungen ausgesprochen werden müssen (vgl. BAG, Beschluss vom 14. August 2001 - 1 ABR 52/00 -, juris; BAG, Beschluss vom 06. Dezember 2006 – 7 ABR 62/05 –, Rn. 24, juris; BAG, Urteil vom 25.10.2007 - 8 AZR 917/06 -, juris; BAG, Urteil vom 26.07.2007 - 8 AZR 769/06 -, juris).

(2) Das von der Beklagten vorgelegte Anhörungsschreiben genügt Anforderungen an eine Anhörung nach § 102 BetrVG. Inhaltliche Mängel hat der Kläger nicht gerügt. Sein Einwand, es sei unklar, ob das Anhörungsschreiben dem Betriebsrat überhaupt zugegangen ist, verfängt nicht. Dem von Beklagtenseite mit der Berufungsbeantwortung als Anlage B3 vorgelegten dreiseitigen Widerspruchsschreiben des Vorsitzenden des E. er Betriebsrats, Herrn T., vom 08.06.2016 lässt sich entnehmen, dass das Anhörungsschreiben am 06.06.2016 zugeht. Die Existenz des Widerspruchsschreibens beantwortet zugleich den Einwand, dass nicht ersichtlich sei, ob der Betriebsrat darauf reagiert habe.

d) Die Kündigung ist nicht nach § 1 Abs. 1 KSchG unwirksam.

aa) Das Arbeitsgericht geht davon aus, dass das Kündigungsschutzgesetz mit seinem ersten und zweiten Abschnitt inzwischen keine Anwendung mehr findet, weil allein auf den Zustand des aufgelösten Betriebes in E. abzustellen sei, dem - unstrittig - zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung nur noch der Kläger und ein weiterer Mitarbeiter, mithin also nicht mehr als 10 Arbeitnehmer, angehören. Es kann dahinstehen, ob diese Auffassung zutrifft oder aus verfassungsrechtlichen Gründen eine Beschränkung des durch § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG bewirkten Ausschlusses aus dem Geltungsbereich des Kündigungsschutzes angezeigt ist, weil es sich bei der Beklagten nicht um eine „Einheit“ handelt, für deren Schutz die Kleinbetriebsklausel nach ihrem Sinn und Zweck allein bestimmt ist (vgl. zu diesem Thema: BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 -, juris; BAG, Urteil vom 28. Oktober 2010 – 2 AZR 392/08 –, juris; BAG,

Urteil vom 19. Juli 2016 – 2 AZR 468/15 –, juris). Noch näher liegt die Überlegung, dass für die Bemessung des nach § 23 KSchG maßgeblichen Schwellenwertes nach wie vor auf die Belegschaftsstärke abzustellen ist, die zum Zeitpunkt der Stilllegungsentscheidung gegeben war. So hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 22.01.2004 konstatiert, dass etwa dann, wenn wegen Betriebsstilllegung gekündigt wird, nur ein Rückblick auf die bisherige Belegschaftsstärke in Frage komme. Entscheidend sei dann, wann der Arbeitgeber noch eine regelmäßige Betriebstätigkeit entwickelt und wie viele Arbeitnehmer er hierfür eingesetzt hat (BAG, Urteil vom 22. Januar 2004 – 2 AZR 237/03 –, juris, Rn. 14; unter Hinweis auf die zur vergleichbaren Problematik des § 17 Abs. 1 KSchG ergangene Entscheidung vom 8. Juli 1989 - 2 AZR 624/88 - juris). Letztlich kann aber auch dies dahinstehen. Denn auch bei Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes auf die streitgegenständliche Kündigung hat die Klage keinen Erfolg.

bb) Die Kündigung ist durch dringende betriebliche Erfordernisse i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstehen.

(1) Der E. er Betrieb, in dem der Kläger beschäftigt war, ist unstreitig stillgelegt. Darin liegt ein betriebsbedingter Grund i.S.d. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG. Entgegen der Auffassung des Klägers ist es der Beklagten nicht aus Rechtsgründen verwehrt, sich auf diesen Kündigungsgrund zu berufen.

Zwar steht aufgrund des Urteils des Bundesarbeitsgerichts vom 26. Februar 2015 rechtskräftig fest, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ursprünglich wegen der Schließung des E. er Betriebes ausgesprochene Kündigung der Beklagten vom 21.05.2012 nicht aufgelöst ist (BAG, Urteil vom 26. Februar 2015 – 2 AZR 955/13 –, juris). Dieses Urteil hindert die Beklagte jedoch nicht daran, sich zur Begründung der hier streitgegenständlichen Prüfung auf diese Stilllegung des E. er Betriebes zu berufen. Sie ist insoweit nicht präkludiert. Es handelt sich nicht um eine sog. Wiederholungskündigung.

Eine Kündigung kann nicht erfolgreich auf Gründe gestützt werden, die der Arbeitgeber schon zur Begründung einer vorhergehenden Kündigung vorgebracht hat und die in dem früheren Kündigungsschutzprozess mit dem Ergebnis materiell geprüft worden sind, dass sie die Kündigung nicht tragen. Mit einer Wiederholung dieser Gründe zur Stützung einer späteren Kündigung ist der Arbeitgeber dann ausgeschlossen. Eine Präklusionswirkung in diesem Sinne entfaltet die

Entscheidung über die frühere Kündigung allerdings nur bei identischem Kündigungssachverhalt. Hat sich dieser wesentlich geändert, darf der Arbeitgeber ein weiteres Mal kündigen. Ferner tritt die Präklusionswirkung dann nicht ein, wenn die frühere Kündigung ohne Prüfung ihrer materiell-rechtlichen Rechtmäßigkeit bereits aus formellen Gründen, also etwa wegen der nicht ordnungsgemäßen Beteiligung der Mitarbeitervertretung, für unwirksam erklärt wurde (BAG, Urteil vom 20. Dezember 2012 – 2 AZR 867/11 –, Rn. 26, juris, m.w.N.).

In Anwendung dieser Grundsätze stellt die hier streitgegenständliche Kündigung keine unzulässige Wiederholungskündigung dar. Das Bundesarbeitsgericht hat nicht die zur Begründung der Kündigung vom 21.05.2012 von der Beklagten vorgebrachte Stilllegung materiell-rechtlich dahingehend geprüft, ob sie die Kündigung trägt, sondern seine Entscheidung ausschließlich auf den formalen Aspekt gestützt, dass die Beklagte keine ordnungsgemäße Massenentlassungsanzeige erstattet hat. Ob weitere Unwirksamkeitsgründe vorliegen, hat das Bundesarbeitsgericht ausdrücklich offen gelassen (BAG, Urteil vom 26. Februar 2015 – 2 AZR 955/13 –, juris, Rn. 12).

(2) Die Kündigung ist nicht gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG unwirksam.

Für die Entscheidung des Rechtsstreits kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger auf einem anderen freien Arbeitsplatz im Unternehmen weiterbeschäftigen werden kann.

(a) § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG wird nicht durch § 15 Abs. 4 KSchG verdrängt.

Zwar ist nach überwiegender Meinung für eine Anwendung des § 1 KSchG neben der Sondervorschrift des § 15 KSchG grundsätzlich kein Raum. Da allerdings § 1 KSchG insoweit einen gegenüber § 15 Abs. 4 und 5 KSchG weitergehenden Kündigungsschutz beinhaltet, als eine Kündigung auch dann sozial ungerechtfertigt ist, wenn der Arbeitnehmer in einem anderen Betrieb des Unternehmens bzw. einer anderen Dienststelle desselben Verwaltungszweigs weiterbeschäftigt werden kann, ist die Norm zwecks Vermeidung eines Wertungswiderspruchs neben § 15 Abs. 4 KSchG ausnahmsweise anwendbar, soweit es - wie hier - um die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung in einem anderen Betrieb geht (Landesarbeitsgericht E., Urteil vom 18. September 2013 – 4 Sa 495/13 –, Rn. 62, juris; BAG, Urteil vom 22. September 2005 – 2 AZR 544/04 –, juris).

(b) Es kann jedoch nicht zugunsten des Klägers von der Existenz einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ausgegangen werden.

(aa) Wie dargestellt, folgt aus dem das Kündigungsschutzrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass eine Kündigung nur dann durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, wenn der Arbeitgeber keine Möglichkeit hat, den Arbeitnehmer zu vergleichbaren (gleichwertigen) oder geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen auf einem anderen freien Arbeitsplatz im selben oder auch in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiter zu beschäftigen. Als "frei" sind dabei grundsätzlich nur solche Arbeitsplätze anzusehen, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung unbesetzt sind (BAG, Urteil vom 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn. 24, juris, BAG, Urteil vom 01. März 2007 - 2 AZR 650/05 - Rn. 24, juris, jeweils m.w.N.).

Für das Fehlen einer solchen anderweitigen Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ist gem. § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG der Arbeitgeber darlegungs- und beweispflichtig. Allerdings gilt eine abgestufte Darlegungslast. Bestreitet der Arbeitnehmer den Wegfall seines bisherigen Arbeitsplatzes, genügt der Vortrag des Arbeitgebers, wegen der betrieblichen Notwendigkeiten sei eine Weiterbeschäftigung zu den gleichen Bedingungen nicht möglich. Will der Arbeitnehmer vorbringen, es sei eine Beschäftigung an anderer Stelle möglich, obliegt es ihm, darzulegen, wie er sich seine anderweitige Beschäftigung vorstellt. Erst daraufhin muss der Arbeitgeber eingehend erläutern, aus welchen Gründen eine Umsetzung nicht möglich war (BAG 01.03.2007 - 2 AZR 650/05 - Rn. 21, juris).

(bb) Gemessen an diesen Grundsätzen kann nicht von einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ausgegangen werden.

Die Beklagte hat behauptet, es gebe auch unter Berücksichtigung zumutbarer Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen keine freien (gleich- oder geringwertigeren) Arbeitsplätze, auf denen der Kläger innerhalb des Unternehmens, etwa am Standort N., gegebenenfalls zu geänderten Arbeitsbedingungen weiter beschäftigt werden könnte; und zwar weder innerhalb der Kündigungsfrist noch über deren Ablauf hinaus. Das hat der Kläger mangels Einblick in die betrieblichen Verhältnisse am Standort N. in zulässiger Weise mit Nichtwissen bestritten. Die hieraufhin durchgeführte Beweisaufnahme hat jedoch die Behauptungen der Beklagten bestätigt.

Der Zeuge V. hat glaubhaft bekundet, dass zu keinem Zeitpunkt seit Verschmelzung eine freie Beschäftigungsmöglichkeit bestand, die dem Kläger hätte angeboten oder zugewiesen werden können. Nach seinen Bekundungen hat es zwar einzelne, von ihm freimütig näher erläuterte Einstellungen gegeben, so z.B. auf befristet als Schwangerschaftsvertretungen zur Verfügung stehenden Stellen im HR-Bereich oder in Zusammenhang mit der Übernahme von Mitarbeitern, die bislang der ebenfalls zum Unternehmensverbund gehörenden Q. F. GmbH beschäftigt waren, oder zwecks Einarbeitung eines mexikanischen Mitarbeiters zur Übernahme eines in Mexiko bestehenden Lagers. Alle genannten Stellen waren jedoch entweder für den Kläger fachlich nicht geeignet oder schon von vornherein nicht - jedenfalls nicht dauerhaft - „frei“ im Sinne der dargestellten Rechtsprechung. Andere konkrete Beschäftigungsmöglichkeiten auf freien Arbeitsplätzen bestanden nach glaubhafter Bekundung des Zeugen nicht und wurden auch von Klägerseite nicht substantiiert dargetan.

(3) Die demnach durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG bedingte Kündigung ist nicht deshalb sozial ungerechtfertigt, weil die Beklagte eine fehlerhafte soziale Auswahl i.S.d. § 1 Abs. 3 KSchG getroffen hätte.

Andere vergleichbare Arbeitnehmer des ehemaligen E. er Betriebes, denen nicht gekündigt worden wäre, gibt es nicht. Der darlegungs- und beweissbelastete Kläger hat solche auch nicht benannt.

Auf Beschäftigte des N. er Betrieb erstreckt sich die Sozialauswahl nicht. Die Sozialauswahl hat grundsätzlich betriebsbezogen zu erfolgen. Der Kläger ist jedoch aus den dargelegten Gründen nicht Arbeitnehmer des N. er Betriebes (s.o. unter I.1.). Es liegt auch kein Ausnahmefall vor, der eine Einbeziehung der vergleichbaren Arbeitnehmer des N. er Betriebes in die Sozialauswahl rechtfertigen würde. Daran ändert auch der mit Schriftsatz vom 14.07.2017 von Klägerseite vorgebrachte Hinweis auf einen nach ihrer Behauptung und Rechtsauffassung im Jahre 2014 bestehenden Gemeinschaftsbetrieb der Beklagten und der U. L. Q. T. Tec N. GmbH nichts.

Es kann dahinstehen, ob der Kläger zum Bestehen eines Gemeinschaftsbetriebes in anderen Verfahren hinreichend vorgetragen hat. Die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts E. hatte dies in ihrem Urteil vom 18.09.2013 jedenfalls mit dem Hinweis auf seinerzeit gesondert bestehende Personalabteilungen und Betriebsrat verneint (LAG E., Urteil vom 18. September 2013 – 4 Sa 495/13 -, Juris, Rn.

67). Selbst wenn die beiden Unternehmen seinerzeit einen sich über die Standorte N. und E. erstreckenden Gemeinschaftsbetrieb unterhalten hätten, würde dies nicht bedeuten, dass die im Rahmen der hier streitgegenständlichen Kündigung vorzunehmende Sozialauswahl sich auch auf den damals noch in der Inhaberschaft der U. L. Q. T. Tec N. GmbH befindlichen Betrieb in N. und dessen jetzige Belegschaft zu erstrecken hätte.

Denn nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist eine unternehmensübergreifende Sozialauswahl nicht vorzunehmen, wenn der Gemeinschaftsbetrieb im Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr besteht (BAG, Urteil vom 18. September 2003 – 2 AZR 79/02 –, juris, Rn. 33; BAG, Urteil vom 29. November 2007 – 2 AZR 763/06 –, juris). Ist im Zeitpunkt der Kündigung einer der beiden Betriebe stillgelegt, so sind damit nach der zutreffenden Einschätzung des Bundesarbeitsgerichts die Arbeitgeberfunktionen im Bereich der sozialen und personellen Angelegenheiten sowie die unternehmerischen Funktionen im Bereich der wirtschaftlichen Angelegenheiten dem vormals einheitlichen Leitungsapparat der beteiligten Unternehmen entzogen, der Gemeinschaftsbetrieb aufgelöst und damit die "gemeinsame Klammer", die eine unternehmensübergreifende Sozialauswahl bis dahin veranlasst hat, entfallen (BAG wie vorstehend zitiert).

So verhält es sich hier.

Der Betrieb der Beklagten wurde zum 31.12.2012 vollständig stillgelegt. In diesem Moment war jedwede „gemeinsame Klammer“ um einen ggf. bis dahin bestehenden Gemeinschaftsbetrieb der Beklagten und der U. L. Q. T. Tec N. GmbH entfallen. Diese Klammer ist auch nicht dadurch wieder aufgelebt, dass die Beklagte lange nach der Stilllegung infolge der Verschmelzung mit der U. L. Q. T. Tec N. GmbH zur Inhaberin von deren N. er Betrieb wurde. Richtig ist zwar, dass sie damit (erneut) in personellen und sozialen Angelegenheiten die Leitungsmacht in diesem Betrieb erwarb. Das Wiederaufleben eines Gemeinschaftsbetriebs mit ihrem ehemaligen E. er Betrieb konnte dies gleichwohl nicht zur Folge haben. Denn zu diesem Zeitpunkt gab es den E. er Betrieb schon lange nicht mehr. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Beklagte zumindest in zwei Fällen, nämlich dem des Klägers und dem von dessen Kollegen Dr. T., keine wirksame Kündigung ausgesprochen hatte. Die nach den Feststellungen des Bundesarbeitsgerichtes und der 8. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf im Fall des Klägers jeweils aus formalen Gründen (Verstoß gegen § 17 KSchG; Verstoß gegen § 174 BGB) unwirksamen vorangegangenen Kündigungen hatten nicht das Fortbestehen des E. er Betriebes zur Folge, sondern nur, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten nicht beendet war. Allein das (Fort-) Bestehen von Arbeitsverhältnissen macht jedoch noch keinen Betrieb aus, solange es – wie hier - an jedwedem organisierten Einsatz

von personellen und sächlichen Mittel zwecks Verfolgung eines arbeitstechnischen Zwecks fehlt.

e) Schließlich folgt auch aus der zwischen dem Konzernvorstand der U. L. AG, dem Konzernbetriebsrat und der IG-Metall geschlossenen "Vereinbarung zur strategischen Weiterentwicklung des U. L. Konzerns vom 11.05.2011" nicht die Unwirksamkeit der Kündigung.

Welche Rechtsqualität dieser Vereinbarung zukommt, ob es sich also um eine Gesamtzusage oder - wie von Klägerseite vertreten - um eine Konzernbetriebsvereinbarung handelt, kann dahinstehen. Denn die hier der Kündigung zugrundeliegende Maßnahme fällt nicht unter den Anwendungsbereich der Vereinbarung. Das ergibt deren Auslegung.

Wie schon ihrem Titel zu entnehmen ist, hat die Vereinbarung Maßnahmen zum Gegenstand, die aus der Perspektive des Jahres 2011 zur "strategischen Weiterentwicklung" ergriffen werden. Bei dieser Zwecksetzung kann kein Zweifel bestehen, dass die Unterzeichner mit der unter Ziffer 1 der Vereinbarung niedergelegten Formulierung, "aus Anlass der Maßnahmen zur strategischen Weiterentwicklung werden betriebsbedingte Kündigungen ausgeschlossen" gewiss nicht den Willen verbanden, bereits vor Jahren beschlossene Maßnahmen - hier namentlich die bereits im Jahre 2007 beschlossene Stilllegung des E.er Betriebes - im Hinblick auf die damit ggf. einhergehenden personellen Konsequenzen in Frage zu stellen. Wie schon die 4. Kammer in ihrem Urteil vom 18.09.2013 (Landesarbeitsgericht E., Urteil vom 18. September 2013 – 4 Sa 495/13 –, Rn. 95 ff., juris) festgestellt hat, hätte dies im Wortlaut der Zusage einer deutlicheren Erwähnung bedurft.

II.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 64 Abs. 6 ArbGG in Verbindung mit § 97 Abs. 1 ZPO.

III.

Für eine Zulassung der Revision an das Bundesarbeitsgericht bestand angesichts der dafür geltenden Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 ArbGG keine Veranlassung.

RECHTSMITTELBELEHRUNG:

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.
Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72a ArbGG verwiesen.

Mailänder

Sasgen

Krüger

Beglaubigt

Hülpert
Regierungsbeschäftigte

