

Bundesarbeitsgericht  
Zweiter Senat

Urteil vom 8. Mai 2014  
- 2 AZR 1005/12 -

I. Arbeitsgericht Köln

Urteil vom 14. Oktober 2011  
- 1 Ca 6564/09 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Urteil vom 17. August 2012  
- 10 Sa 1347/11 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

---

Entscheidungsstichworte:

Betriebsbedingte Kündigung - Betriebsratsanhörung - Übergangsmandat  
- Restmandat

Bestimmungen:

KSchG § 1 Abs. 2; BetrVG §§ 21a, 21b, 102

# BUNDEARBEITSGERICHT



2 AZR 1005/12  
10 Sa 1347/11  
Landesarbeitsgericht  
Köln

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
8. Mai 2014

## URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8. Mai 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Dr. Rinck sowie den ehrenamtlichen Richter Krichel und die ehrenamtliche Richterin Pitsch für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 17. August 2012 - 10 Sa 1347/11 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung. 1
- Die Beklagte war - jedenfalls bis Ende Mai 2009 - auf dem Gebiet der Industriereinigung unternehmerisch tätig. Der Kläger war bei ihr seit September 2000 als Reiniger beschäftigt. Sein Bruttomonatsverdienst betrug rund 2.460,00 Euro. Seit dem Frühjahr 2008 erbrachte er - zumindest zeitweise aufgrund von Arbeitsunfähigkeit - für die Beklagte keine Arbeitsleistungen mehr. 2
- Anfang April 2009 vereinbarte die Beklagte mit der E GmbH (E GmbH) einen Betriebspachtvertrag mit Wirkung zum 1. Juni 2009. Anschließend unterrichtete sie den Kläger über einen aus ihrer Sicht damit einhergehenden Betriebsübergang. Mit Schreiben vom 8. Mai 2009 widersprach der Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die E GmbH. 3
- Mit Schreiben vom 23. Juni 2009 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien „fristgerecht“ zum 31. Juli 2009. Sie verwies auf fehlende Beschäftigungsmöglichkeiten. 4
- Gegen die Kündigung hat der Kläger - rechtzeitig - die vorliegende Klage erhoben. Er hat geltend gemacht, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Sein Arbeitsplatz sei nicht weggefallen. Die Beklagte habe ihre unternehmerische Tätigkeit nicht, zumindest nicht vollständig eingestellt. Sie führe weiterhin Reinigungsarbeiten in Kraftwerken durch und setze dabei Arbeitnehmer ein, die dem behaupteten Betriebsübergang gleichfalls widersprochen hätten. Unabhängig davon sei die Kündigung nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. 5

Die Beklagte habe den im übergegangenen Betrieb gewählten Betriebsrat zur Kündigung anhören müssen. Für die Zeit vom 1. September bis 30. November 2009 habe er Anspruch auf Vergütung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs. Seit Ende August 2009 sei er wieder arbeitsfähig gewesen.

Der Kläger hat beantragt

6

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 23. Juni 2009 nicht aufgelöst worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 7.500,00 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus je 2.500,00 Euro seit jeweils dem 1. Kalendertag der Monate Oktober, November und Dezember 2009 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgebracht, das Kündigungsschutzgesetz finde keine Anwendung. Andernfalls sei die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse iSv. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt. Seit Anfang Juni 2009 habe sie im Bereich der Industriereinigung keine Aufträge mehr erledigt und Mitarbeiter nicht mehr tatsächlich beschäftigt. Gegenstand ihrer unternehmerischen Tätigkeit sei nur noch die Verpachtung des von der Betriebserwerberin genutzten Grundstücks. Damit seien Beschäftigungsmöglichkeiten im bisherigen Arbeitsbereich des Klägers weggefallen. Den im übergegangenen Betrieb gewählten Betriebsrat habe sie zur Kündigung nicht anhören müssen. Ein Übergangs- oder Restmandat habe diesem nicht zugestanden. Der Kläger habe keinen Anspruch auf Zahlung der begehrten Vergütung. Er habe seine Arbeitsfähigkeit vor Ablauf der Kündigungsfrist nicht wiedererlangt.

7

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 23. Juni 2009 erst zum 30. September 2009 beendet worden ist. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren, soweit es in den Vorinstanzen erfolglos geblieben ist, weiter.

8

## Entscheidungsgründe

- Die zulässige Revision ist unbegründet. 9
- A. Was den Vergütungsanspruch des Klägers für den Monat September 2009 betrifft, ist die Revision schon deshalb unbegründet, weil die Berufung des Klägers in diesem Umfang unzulässig war. Es fehlt damit insoweit an einer - vom Revisionsgericht von Amts wegen zu prüfenden - Prozessfortsetzungsvooraussetzung. Unerheblich ist, dass das Landesarbeitsgericht die Berufung insgesamt als zulässig angesehen hat (*vgl. BAG 13. Februar 2013 - 7 AZR 284/11 - Rn. 11 mwN*). 10
- I. Das Arbeitsgericht hat den betreffenden Zahlungsanspruch des Klägers für unbegründet erachtet, obwohl es - rechtskräftig - auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bis zum 30. September 2009 erkannt hat. Es hat angenommen, der Kläger habe nicht hinreichend dargelegt, für seine vertraglich geschuldete Tätigkeit als Kesselreiniger leistungsfähig gewesen zu sein. Unabhängig davon habe er nicht mitgeteilt, in welcher Höhe er - auf das Arbeitsentgelt anzurechnende - Lohnersatzleistungen bezogen habe. 11
- II. Der Kläger hat sich in der Berufungsbegründung darauf beschränkt, pauschal auf seine wiedererlangte Arbeitsfähigkeit zu verweisen, ohne sich - wie nach § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG iVm. § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO erforderlich (*zu den Anforderungen an die Berufungsbegründung: vgl. BAG 17. Januar 2007 - 7 AZR 20/06 - Rn. 11 mwN, BAGE 121, 18*) - mit den Gründen des angefochtenen Urteils näher auseinanderzusetzen. Insbesondere hat er nicht dargelegt, warum die Zweitbegründung des Arbeitsgerichts betreffend den Erhalt von Lohnersatzleistungen dessen Entscheidung nicht trage (*zur Unzulässigkeit des Rechtsmittels in einem solchen Fall: BAG 2. Mai 2014 - 2 AZR 490/13 - Rn. 39 mwN; 11. März 1998 - 2 AZR 497/97 - zu I der Gründe, BAGE 88, 171*). 12
- B. Die Revision ist auch hinsichtlich der weiteren Streitgegenstände nicht begründet. Zwar war die Berufung des Klägers insoweit zulässig, sie war aber 13

unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerfrei entschieden, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 23. Juni 2009 aufgelöst worden ist.

- I. Die ordentliche Kündigung ist wirksam. 14
- 1. Sie ist nicht nach § 613a Abs. 4 BGB unwirksam. Die Vorschrift schützt nur vor einer Kündigung „wegen“ des Betriebsübergangs. Sie greift nicht ein, wenn, wie im Streitfall, der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebserwerber widersprochen hat und der Arbeitgeber nunmehr wegen des Fehlens einer Beschäftigungsmöglichkeit kündigt (*vgl. BAG 24. Februar 2000 - 8 AZR 145/99 - zu II 3 der Gründe; 21. März 1996 - 2 AZR 559/95 - zu IV 1 der Gründe, BAGE 82, 316*). 15
- 2. Selbst wenn das Kündigungsschutzgesetz im Kündigungszeitpunkt auf das Arbeitsverhältnis der Parteien (noch) Anwendung fand, ist die Kündigung nicht gemäß § 1 Abs. 1 KSchG unwirksam. Sie ist durch dringende betriebliche Erfordernisse iSv. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt. Die soziale Auswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG) hat der Kläger nicht gerügt. 16
- a) Dringende betriebliche Erfordernisse, die eine Kündigung bedingen, können sich daraus ergeben, dass sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, deren Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer im Betrieb dauerhaft entfallen lässt. Eine solche unternehmerische Entscheidung ist gerichtlich nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (*BAG 29. August 2013 - 2 AZR 809/12 - Rn. 13; 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 - Rn. 19*). Ohne Einschränkung nachzuprüfen ist hingegen, ob die fragliche Entscheidung tatsächlich umgesetzt wurde und ob dadurch das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist (*BAG 29. August 2013 - 2 AZR 809/12 - Rn. 13*). 17
- b) Daran gemessen war die Kündigung berechtigt. 18

aa) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Beklagte habe ihren Betrieb iSd. § 613a BGB mit Wirkung zum 1. Juni 2009 auf die E GmbH übertragen. Es stützt sich dabei ersichtlich auf den „Betriebspachtvertrag“ vom 7. April 2009. Danach hat die Beklagte zum fraglichen Termin der E GmbH ihren Betrieb mit dem Geschäftszweck „Industriereinigung“ einschließlich dort bezeichneter Immobilien und des beweglichen Sachanlagevermögens zur „Nutzung und Fortentwicklung“ überlassen. Gegen diese - nachvollziehbare - Würdigung bringt der Kläger nichts vor. Er stellt nicht in Abrede, dass die im „Betriebspachtvertrag“ getroffenen Vereinbarungen umgesetzt worden sind. 19

bb) Das Landesarbeitsgericht hat ferner - auf der Grundlage einer erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme - angenommen, bei der Beklagten hätten nach dem Betriebsübergang keine Beschäftigungsmöglichkeiten mehr bestanden. Zwar hätten einzelne Arbeitnehmer dem Betriebsübergang widersprochen. Diese seien aber faktisch nicht mehr für die Beklagte tätig geworden. Die betreffenden Mitarbeiter hätten ihre Arbeitsleistungen vielmehr ausschließlich gegenüber der E GmbH erbracht. Deren Betriebsleiter habe ihnen Arbeitsanweisungen erteilt. Auch lauteten die aus der fraglichen Zeit herrührenden Gehaltsbescheinigungen und die zur Vorlage beim Finanzamt bestimmten Arbeitsbescheinigungen auf die E GmbH. Andere Umstände, die auf eine Fortführung des operativen Geschäfts durch die Beklagte hindeuten könnten, lägen nicht vor. An die dieser Würdigung zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen ist der Senat mangels durchgreifender Angriffe der Revision gebunden (§ 559 Abs. 2 ZPO). 20

(1) Eine vom Berufungsgericht nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO vorgenommene Beweiswürdigung unterliegt nur einer eingeschränkten Kontrolle durch das Revisionsgericht. Es ist lediglich zu prüfen, ob das Berufungsgericht die Voraussetzungen und Grenzen des § 286 ZPO beachtet hat. Seine Würdigung muss in sich widerspruchsfrei, ohne Verletzung von Denkgesetzen sowie allgemeinen Erfahrungssätzen erfolgt und rechtlich möglich sein (BAG 21. Juni 2012 - 2 AZR 694/11 - Rn. 28, BAGE 142, 188; 27. Juli 2011 - 7 AZR 402/10 - Rn. 51). 21

- (2) Diesen Anforderungen wird die Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts gerecht. Die gegen sie erhobenen Rügen des Klägers sind, soweit zulässig, unbegründet. 22
- (a) Das Landesarbeitsgericht durfte sich für seine Überzeugungsbildung auf das Ergebnis der erstinstanzlichen Vernehmung des Zeugen W stützen (§ 64 Abs. 6 ArbGG iVm. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Es brauchte diesen nicht erneut zu vernehmen. Eine solche Pflicht hätte nur bestanden, wenn es zu dem Ergebnis gekommen wäre, dass die Beweisaufnahme vom Arbeitsgericht nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden sei, oder es die Glaubwürdigkeit des Zeugen abweichend hätte beurteilen wollen (vgl. dazu BVerfG 22. November 2004 - 1 BvR 1935/03 - zu II 1 a der Gründe). Beides ist nicht der Fall. 23
- (b) Das Landesarbeitsgericht hat keinen wesentlichen, die Glaubwürdigkeit des Zeugen in Frage stellenden Vortrag außer Acht gelassen. Es hat durchaus berücksichtigt, dass der Zeuge bei der Beklagten die Stellung eines kaufmännischen Leiters innehatte. Es hat darin nur keinen Grund gesehen, dessen Glaubwürdigkeit oder die Glaubhaftigkeit seiner Angaben in Zweifel zu ziehen. Dafür hat es - vertretbar - dessen lebensnahe und nachvollziehbare Schilderung des Sachverhalts angeführt. Zu einer anderen Bewertung musste das Landesarbeitsgericht auch nicht aufgrund von Sachvortrag gelangen, den der Kläger in einem nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz gehalten hat. Es musste wegen des dortigen Vorbringens nicht erneut in die mündliche Verhandlung eintreten (§ 156 ZPO). 24
- (aa) Den Ausführungen des Klägers ist nicht zu entnehmen, dass der kaufmännische Leiter im Zeitpunkt seiner Vernehmung die Stellung eines Geschäftsführers der Komplementärin der Beklagten innegehabt hätte und er deshalb nicht als Zeuge hätte vernommen werden dürfen. Ebenso wenig ergeben sich aus dem Schriftsatz Anhaltspunkte dafür, dass er zu einem früheren Zeitpunkt organschaftlicher Vertreter der Beklagten gewesen und ihm die Vertretungsmacht allein zu dem Zweck entzogen worden wäre, ihn als Zeugen präsentieren zu können. Es kann deshalb offenbleiben, ob das Landesarbeitsgericht bei einer solchen Sachlage von der Unverwertbarkeit der Zeugenaussage 25



hätte ausgehen müssen (*zur Problematik MüKoZPO/Damrau 4. Aufl. § 373 Rn. 9 mwN*). Ebenso wenig ergibt sich aus dem Vorbringen des Klägers, dass der Zeuge Gesellschafter der Beklagten oder ihrer Komplementärin gewesen wäre.

(bb) Der Zeuge mag im Zeitpunkt seiner Vernehmung Geschäftsführer der E GmbH gewesen sein. Weder beeinträchtigte ein solcher Umstand seine Fähigkeit, im vorliegenden Rechtsstreit Zeuge zu sein, noch musste das Landesarbeitsgericht deshalb die Kriterien, die aus seiner Sicht für die Überzeugungskraft der Aussage sprachen, anders bewerten. Die Tatsache, dass ein Zeuge organschaftlicher Vertreter eines mit der beweisbelasteten Prozesspartei rechtlich verbundenen Unternehmens ist, bildet für sich genommen keinen Grund, seiner Aussage von vorneherein einen geringeren Beweiswert beizumessen. Ob das Tatsachengericht ihr folgt, bestimmt sich allein nach Wahrhaftigkeitskriterien, die sich aus dem Aussageverhalten sowie dem Inhalt und der Struktur der Aussage selbst ergeben (*vgl. BGH 3. November 1987 - VI ZR 95/87 - zu II der Gründe*). Der Verpflichtung, entsprechende Kriterien zu suchen, ist das Landesarbeitsgericht im Streitfall hinreichend nachgekommen.

26

(c) Das Landesarbeitsgericht hat, anders als der Kläger geltend macht, berücksichtigt, dass der Beklagten unter dem 14. Dezember 2010 ein Zertifikat ausgestellt wurde, wonach sie „strategischer“ Lieferant eines Energieversorgungsunternehmens sei. Es musste diesen Umstand aber, nachdem seiner Auffassung nach die Vernehmung mehrerer Zeugen keine Anhaltspunkte dafür erbracht hatte, dass die Beklagte nach dem 1. Juni 2009 Arbeitnehmer tatsächlich zur Auftragsbearbeitung einsetzte, nicht als zwingendes Indiz für einen Fortbestand von Beschäftigungsmöglichkeiten im Bereich Industriereinigung ansehen. Entsprechendes gilt für den Jahresabschluss der Beklagten betreffend das Kalenderjahr 2009. Soweit darin Forderungen aus Lieferungen und Leistungen eingestellt sind, hat die Beklagte auf ihre bis zum 1. Juni 2009 ausgeübte Geschäftstätigkeit und ihre Eigenschaft als umsatzsteuerrechtlicher Organträger zweier mit ihr rechtlich verbundener Unternehmen verwiesen. Diesen Ausführungen ist der Kläger nicht entgegengetreten. Auch die Nennung der

27

Beklagten in der Referenzliste eines weiteren Unternehmens ist kein zwingender Anhaltspunkt für eine im Kündigungszeitpunkt fortbestehende Beschäftigungsmöglichkeit. Dieser Umstand kann, worauf das Landesarbeitsgericht zu Recht hingewiesen hat, auf einem geschäftlichen Kontakt aus der Zeit vor dem 1. Juni 2009 beruhen. Dass die Referenzliste aus einem Internetabruf vom 11. Juli 2012 stammt, steht dieser Annahme nicht entgegen.

(d) Die Rüge des Klägers, das Landesarbeitsgericht habe angebotene Beweise übergangen, ist unzulässig. Für einen solchen Angriff genügt es nicht, ein entsprechendes Versäumnis nur zu behaupten. Der Rechtsmittelführer muss vielmehr nach Beweisthema und Beweismittel angeben, zu welchem konkreten Punkt das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerhaft eine an sich gebotene Beweisaufnahme unterlassen haben soll und welches Ergebnis diese voraussichtlich erbracht hätte. Eine nicht näher bestimmte Bezugnahme auf einen übergangenen Beweisantritt reicht dafür nicht aus. Erforderlich ist die Angabe der genauen vorinstanzlichen Fundstelle der übergangenen Beweisanträge nach Schriftsatz und - jedenfalls bei umfangreichen Schriftsätzen - Seitenzahl. Außerdem muss die Entscheidungserheblichkeit des behaupteten Verfahrensmangels aufgezeigt werden (*vgl. BAG 6. Januar 2004 - 9 AZR 680/02 - zu II 3 d aa der Gründe, BAGE 109, 145*). An solchen Ausführungen fehlt es. 28

(e) Der Kläger hat nicht behauptet, die Beklagte habe nach dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs den Betrieb gemeinsam mit der E GmbH geführt. Dem tatsächlichen Vorbringen der Parteien sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, die objektiv auf einen solchen Sachverhalt hindeuteten. 29

3. Die Kündigung ist nicht nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Im Kündigungszeitpunkt existierte kein Betriebsrat, den die Beklagte anzuhören verpflichtet gewesen wäre. 30

a) Gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG ist die Anhörung des Betriebsrats Wirksamkeitsvoraussetzung für jede Kündigung durch den Arbeitgeber. Anzuhören ist der Betriebsrat des Betriebs, dem der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Kündi- 31

gung angehört (*BAG 24. Mai 2012 - 2 AZR 62/11 - Rn. 42, BAGE 142, 36; 12. Mai 2005 - 2 AZR 149/04 - zu B I 1 der Gründe*).

b) Im Prozess ist es Sache des Arbeitnehmers, die für ihn günstige Tatsache darzulegen und ggf. zu beweisen, dass § 102 BetrVG zur Anwendung kommt. Ist ihm dies gelungen, trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine ordnungsgemäße Anhörung erfolgt ist (*BAG 24. Mai 2012 - 2 AZR 62/11 - Rn. 43, BAGE 142, 36; 23. Juni 2005 - 2 AZR 193/04 - zu II 1 b der Gründe*). 32

c) Der Kläger hat nicht aufgezeigt, dass er im maßgebenden Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung einem Betrieb angehörte, für den ein Betriebsrat gewählt worden wäre. Der vormalige Betrieb der Beklagten, für den ein Betriebsrat errichtet war, ist nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts als ganzer auf die E GmbH übergegangen. Aufgrund seines Widerspruchs endete die Zugehörigkeit des Klägers zu diesem Betrieb mit Ablauf des 31. Mai 2009. Der Kläger blieb Arbeitnehmer der Beklagten. Unabhängig von der Frage, ob die Beklagte zu diesem Zeitpunkt noch einen „Betrieb“ führte, war in diesem jedenfalls kein Betriebsrat gewählt. 33

d) Entgegen der Auffassung des Klägers war nicht der im Betrieb der E GmbH fortbestehende Betriebsrat zur Kündigung anzuhören. 34

aa) Der Betriebsrat besaß insoweit kein Restmandat iSv. § 21b BetrVG. 35

(1) Gemäß § 21b BetrVG bleibt der Betriebsrat in Fällen, in denen der Betrieb durch Stilllegung, Spaltung oder Zusammenlegung untergeht, so lange im Amt, wie dies zur Wahrnehmung der damit in Zusammenhang stehenden Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte erforderlich ist. An dieser Voraussetzung fehlt es, wenn der Betrieb - wie hier - unter Wahrung seiner Identität auf den Betriebserwerber übergeht (*BAG 24. Mai 2012 - 2 AZR 62/11 - Rn. 47 ff., BAGE 142, 36*). In diesen Fällen behält der Betriebsrat uneingeschränkt das ihm durch Wahl übertragene Vollmandat zur Vertretung der dem Betrieb zugehörigen Arbeitnehmer und zur Wahrung seiner betriebsverfassungsrechtlichen 36

Aufgaben (vgl. BAG 24. Mai 2012 - 2 AZR 62/11 - Rn. 49, aaO; 11. Oktober 1995 - 7 ABR 17/95 - zu B 2 a der Gründe; 28. September 1988 - 1 ABR 37/87 - zu B 1 2 a der Gründe, BAGE 59, 371).

(2) Widersprechen einzelne Arbeitnehmer dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber, ist dies für sich genommen kein Vorgang, an den ein Restmandat anknüpfen könnte. Insbesondere wird der Betrieb aufgrund solcher Erklärungen nicht „gespalten“ (BAG 24. Mai 2012 - 2 AZR 62/11 - Rn. 56, 57, BAGE 142, 36; zustimmend Hidalgo/Kobler NZA 2014, 290, 291; v. Medem GWR 2013, 99). Ob etwas anderes in einem betriebsmittelarmen Betrieb zu gelten hat, wenn ein erheblicher Teil der Belegschaft vom Widerspruchsrecht Gebrauch macht (zur Problematik Hidalgo/Kobler NZA 2014, 290, 291, 295), bedarf im Streitfall keiner Entscheidung. Auf einen solchen Sachverhalt hat sich der Kläger nicht berufen. 37

bb) Der im Betrieb der E GmbH fortbestehende Betriebsrat besaß auch kein Übergangsmandat iSv. § 21a BetrVG. 38

(1) Ein Übergangsmandat setzt nach dem Wortlaut des Gesetzes eine Spaltung des Betriebs (§ 21a Abs. 1 BetrVG) oder die Zusammenfassung von Betrieben oder Betriebsteilen zu einem Betrieb (§ 21a Abs. 2 BetrVG) und damit gleichfalls eine Veränderung in der Betriebsorganisation voraus. Daran fehlt es bei der Übertragung des ganzen Betriebs auf einen anderen Rechtsträger. Der Betrieb wird nicht „gespalten“, sondern besteht unverändert fort (vgl. BAG 24. Mai 2012 - 2 AZR 62/11 - Rn. 48 ff., BAGE 142, 36; Kreuz GK-BetrVG 10. Aufl. § 21a Rn. 86; Fitting 27. Aufl. § 21a Rn. 9). 39

(2) Sinn und Zweck des Übergangsmandats gebieten kein anderes Normverständnis. Das Übergangsmandat soll im Fall einer betrieblichen Umstrukturierung die Beteiligungsrechte des Betriebsrats erhalten und bis zur Neuwahl eines Betriebsrats in der/den neu gebildeten Einheit(en) eine betriebsratslose Zeit vermeiden (BT-Drs. 14/5741 S. 39). Für ein Übergangsmandat besteht deshalb kein Bedarf, soweit der Betriebsrat nach allgemeinen Regeln für den 40

gesamten Betrieb regulär im Amt bleibt (*ErfK/Koch 14. Aufl. § 21a BetrVG Rn. 3; Fitting § 21a Rn. 7*).

(3) Das gilt auch, wenn einzelne Arbeitnehmer wirksam dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses widersprechen und ihr Arbeitsverhältnis aufgrund dessen zum bisherigen Betriebsinhaber fortbesteht (*Kreutz GK-BetrVG § 21a Rn. 86; HWGNRH-Worzalla 9. Aufl. § 21a Rn. 4; WPK/Wlotzke BetrVG 4. Aufl. § 21a Rn. 4*). Für eine - entsprechende - Anwendung von § 21a BetrVG ist in einem solchen Fall kein Raum (*aA DKKW-Buschmann 14. Aufl. § 21a Rn. 25; wohl auch Löw AuR 2007, 194*). Der Gesetzgeber hat die Entstehung eines Übergangsmandats an Sachverhalte geknüpft, bei denen infolge einer Änderung der Organisation des Betriebs entweder der bisherige Betriebsrat sein Amt verliert oder ein Teil der Arbeitnehmerschaft aus dem Zuständigkeitsbereich des - weiter amtierenden - Betriebsrats herausfällt. Das gilt, wie die Regelung des § 21a Abs. 3 BetrVG belegt, auch in Fällen einer Betriebsveräußerung. Auch dann bedarf es für die Entstehung des Übergangsmandats einer betriebsorganisatorischen Veränderung. Der Gesetzesbegründung (*BT-Drs. 14/5741 S. 39*) kann dagegen nicht entnommen werden, dass eine Aufrechterhaltung der betriebsverfassungsrechtlichen Situation für jeden einzelnen Arbeitnehmer auch dann gefordert wäre, wenn die Betriebsveräußerung auf die Organisation des Betriebs keinen Einfluss hat. Der Annahme einer unbeabsichtigten Regelungslücke steht entgegen, dass der Gesetzgeber die Entstehung eines Übergangs- und eines Restmandats an tatbestandlich klar umgrenzte Änderungen in der Betriebsorganisation gebunden hat, obwohl das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 21. März 1996 (- 2 AZR 559/95 - zu II 2 der Gründe, *BAGE 82, 316*) die Problematik, die mit einem Widerspruch des Arbeitnehmers beim Übergang des ganzen Betriebs verbunden ist, ausdrücklich angesprochen hat.

41

(4) Abgesehen davon setzt das Übergangsmandat voraus, dass der aus einer Spaltung hervorgegangene Betrieb oder Betriebsteil die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG erfüllt. Die Einheit, für die das Übergangsmandat besteht, muss betriebsratsfähig sein. Dazu muss es sich bei ihr, unabhängig

42

von der Beschäftigtenzahl, um einen Betrieb handeln. Eine Gruppe von Arbeitnehmern, die einem Betriebsübergang widersprochen haben, stellt für sich allein noch keinen Betrieb dar. Zudem hat der Kläger nicht schlüssig behauptet, dass zumindest numerisch die Zahl der widersprechenden Arbeitnehmer bei mindestens fünf lag. Er hat drei Personen namentlich benannt und im Übrigen pauschal auf die Beschäftigung weiterer Mitarbeiter verwiesen, ohne darzulegen, auf welche objektiven Tatsachen er seine Behauptung stützt. Damit hat er - auch unter Berücksichtigung der Grundsätze einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast - seiner Substantiierungspflicht im Rahmen von § 102 Abs. 1 BetrVG nicht genügt. Auf die Frage, ob er auch zur Wahlberechtigung und Wählbarkeit hätte vortragen müssen, kommt es nicht mehr an.

(5) Das Ergebnis ist mit Art. 6 Nr. 1 der Richtlinie 2001/23/EG vom 12. März 2001 (Betriebsübergangsrichtlinie) vereinbar. Nach Unterabs. 1 der Bestimmung bleiben die Rechtsstellung und die Funktion der Vertreter der von einem Übergang betroffenen Arbeitnehmer, sofern der Betrieb oder Betriebsteil seine Selbständigkeit behält, so erhalten, wie sie vor dem Zeitpunkt des Übergangs bestanden haben, sofern die Bedingungen für die Bildung einer Arbeitnehmervertretung erfüllt sind. Nach Unterabs. 4 haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit die von einem Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils betroffenen Arbeitnehmer, soweit der Betrieb oder Betriebsteil seine Selbständigkeit verliert, während des Zeitraums, der für die Neubildung der Arbeitnehmervertretung erforderlich ist, weiterhin angemessen vertreten werden. Das Unionsrecht verlangt demnach 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 selbst ihre Zugehörigkeit zu der fortbestehenden betrieblichen Einheit aufgehoben haben (*BAG 24. Mai 2012 - 2 AZR 62/11 - Rn. 57, BAGE 142, 36; vgl. auch HaKo-BetrVG/Düwell 4. Aufl. § 21a Rn. 62*).

43

4. Das Landesarbeitsgericht hat unausgesprochen angenommen, die Kündigung sei nicht deshalb unwirksam, weil die Beklagte mit der zum 31. Juli 2009 erklärten Kündigung die nach dem einschlägigen Rahmentarifvertrag für das Gebäudereinigerhandwerk einzuhaltende Kündigungsfrist nicht gewahrt hatte. Ein Rechtsfehler ist insoweit nicht erkennbar. Die Parteien gehen selbst davon aus, dass die Kündigung eine Auflösung ihres Arbeitsverhältnisses unter Einhaltung der auf das Arbeitsverhältnis objektiv anwendbaren Kündigungsfrist bewirken sollte, und dass diese Frist im Kündigungszeitpunkt drei Monate zum Monatsende betragen hat. 44
- II. Der Kläger hat für die Monate Oktober und November 2009 keinen Anspruch auf Vergütung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs. Zwischen den Parteien bestand nach dem 30. September 2009 kein Arbeitsverhältnis mehr. 45
- C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 46

Kreft

Rinck

Berger

Krichel

Pitsch