# Betriebs Berater



4 2020

Steuern ... ARUG II ... WirtschaftsstrafR ... Überstundenvergütungen ... Paketbotenschutz ...

20.1.2020 | 75. Jg. Seiten 129–192

#### **DIE ERSTE SEITE**

#### Jan-Paul Grüner

Einführung eines Freibetrags in der betrieblichen Altersversorgung

#### WIRTSCHAFTSRECHT

Madeleine Zipperle, RAin, und Dr. Gero Lingen, RA

Das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie im Überblick | 131

**Ulf Reuker**, LL.M., RA, und **Sebastian Wagner**, RA

Strafrechtliche Risiken der Werbung für Glücksspielanbieter | 138

#### **STEUERRECHT**

**Prof. Dr. Lenhard Jesse**, RA/FAStR/StB

Bindung der Finanzbehörden an (Finanz-)Gerichtsentscheidungen – Teil II | 151

Joschka Gommers, RA

Anwendbarkeit der Fünftelregelung auf die Nachzahlung von Überstundenvergütungen | 156

# **BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT**

Dr. Martin Weiss, StB/FBIStR

Neuere Entwicklungen bei der steuerbilanziellen Teilwertabschreibung | 171

### **ARBEITSRECHT**

Dr. Gloria Versin, LL.M.

Die Nachunternehmerhaftung im Paketboten-Schutz-Gesetz | 181

# **Arbeitsrecht** | Entscheidung

Seidel | BB-Kommentar zu BAG · 27.6.2019 – 2 AZR 38/19

## **BB-Kommentar**

Kündigungsschutz von Betriebsräten: Betrieb nach § 3 Abs. 1 BetrVG ist nicht gleich Betrieb im Sinne von § 15 Abs. 4 KSchG

#### **PROBLEM**

Mitglieder eines Betriebsrats genießen besonderen Kündigungsschutz gemäß § 15 Abs. 1 KSchG. Dies gilt gemäß § 3 Abs. 5 S. 2 BetrVG auch für Betriebsratsmitglieder der nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG gebildeten Organisationseinheiten, z.B. Spartenbetriebsräte. Eine arbeitgeberseitige ordentliche Kündigung von Betriebsratsmitgliedern ist jedoch gemäß § 15 Abs. 4 KSchG zulässig, wenn der Arbeitgeber den Betrieb stilllegt. Fraglich ist, ob es hierfür auf die Stilllegung der gewillkürten Betriebsstruktur im Sinne des § 3 Abs. 1 BetrVG oder des tatsächlichen Beschäftigungsbetriebs ankommt. Mit dieser Frage hatte sich das BAG zu befassen.

#### **ZUSAMMENFASSUNG**

Die Parteien stritten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. Bei der Beklagten und weiteren Konzerngesellschaften waren auf Grundlage eines Strukturtarifvertrags nach § 3 BetrVG drei Betriebsstätten zu einer betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheit zusammengefasst worden, für die ein Betriebsrat gewählt wurde. Der Kläger rückte zwischenzeitlich als Ersatzmitglied dieses Betriebsrats nach. Infolge einer Ausgliederung schloss die Beklagte eine der drei Betriebsstätten, in der der Kläger beschäftigt war, und kündigte das Arbeitsverhältnis nach Anhörung des Betriebsrats ordentlich. Die Beklagte berief sich darauf, dass eine Kündigung gemäß § 15 Abs. 4 KSchG zulässig sei, da der Beschäftigungsbetrieb des Klägers geschlossen wurde. Der Strukturtarifvertrag nach § 3 BetrVG hätte lediglich Einfluss auf die betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen und würde nicht zur Annahme eines Gemeinschaftsbetriebs im kündigungsrechtlichen Sinne führen. Der Kläger vertrat die Auffassung, die ordentliche Kündigung sei nach § 15 Abs. 1 KSchG ausgeschlossen. Er berief sich darauf, dass es sich bei der Stilllegung der Betriebsstätte vor dem Hintergrund der betriebsübergreifend gebildeten Organisationseinheit nicht um die Stilllegung eines Betriebs handelte und verwies auf eine gemäß § 15 Abs. 5 KSchG bestehende Weiterbeschäftigungspflicht in einem anderen Teil des neu geschaffenen Betriebs. Die Vorinstanzen gaben der Kündigungsschutzklage statt. Das BAG war anderer Auffassung, hob das Berufungsurteil auf und verwies die Rechtssache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurück. Nach Ansicht des BAG sei allein die Stilllegung des an die tatsächliche Organisationsstruktur anknüpfenden Beschäftigungsbetriebs maßgeblich für das Vorliegen einer Betriebsstilllegung im Sinne des § 15 Abs. 4 KSchG. Dies gelte auch dann, wenn das gekündigte Betriebsratsmitglied für den unternehmensübergreifend gebildeten Betriebsrat gewählt wurde. Die durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung gebildete Einheit stelle lediglich eine nach § 3 Abs. 5 S. 1 BetrVG auf das Betriebsverfassungsgesetz begrenzte Fiktion eines Betriebs dar, die für das Kündigungsschutzgesetz ohne Bedeutung sei. § 3 Abs. 5 S. 2 BetrVG betreffe allein die persönliche Rechtsstellung der Mitglieder der gewählten Arbeitnehmervertretung, treffe jedoch keine Aussage darüber, auf welche Einheit bei der Prüfung einer Betriebsstilllegung abzustellen ist. Nur innerhalb eines tatsächlichen Betriebs sei es gemäß § 15 Abs. 5 S. 1 KSchG hinzunehmen, dass der Arbeitgeber Arbeitsplätze zum Schutz betroffener Betriebsratsmitglieder freizumachen hat und hierdurch andere Arbeitnehmer verdrängt werden. Eine Erweiterung dieser Verpflichtung zum Nachteil außerhalb des tatsächlichen Betriebs beschäftigter Arbeitnehmer sei ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung nicht veranlasst. Das BAG stellte weitergehend fest, dass sich die beteiligten Unternehmen allein durch den Strukturtarifvertrag auch nicht zur Führung eines Gemeinschaftsbetriebs zusammengeschlossen hatten.

#### **PRAXISFOLGEN**

Die Entscheidung ist konsequent und verdient Zustimmung. Es bleibt dabei, dass für § 15 Abs. 4 KSchG der allgemeine Betriebsbegriff gilt; die Gestaltungsmöglichkeiten nach § 3 Abs. 1 BetrVG haben hierauf keinen Einfluss. Das BAG knüpft mit seiner Entscheidung an die bisherige Rechtsprechung an, wonach das Kündigungsschutzgesetz durch eine im Wesentlichen auf den Beschäftigungsbetrieb beschränkte Betrachtungsweise gekennzeichnet ist. Maßgeblich hierfür ist die tatsächliche Organisationseinheit, innerhalb derer der Arbeitgeber die wesentlichen Entscheidungen in personellen und sozialen Angelegenheiten selbstständig trifft. Für die gemäß § 3 Abs. 1 BetrVG gebildete Einheit wird nach § 3 Abs. 5 S. 1 BetrVG lediglich fingiert, dass es sich um einen betriebsverfassungsrechtlichen Betrieb handelt; sie ist maßgeblich für alle an den Betrieb anknüpfenden betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen, beschränkt sich aber auch in dieser Bedeutung. Es kann nicht unterstellt werden, dass der Gesetzgeber hiermit auch den für § 15 Abs. 4 KSchG maßgeblichen Betriebsbegriff habe angleichen wollen. Eine Verkürzung des besonderen Kündigungsschutzes von Betriebsratsmitgliedern liegt hierin nicht begründet; dieser bezieht sich unverändert auf den tatsächlichen Beschäftigungsbetrieb. Die mit § 15 KSchG bezweckte Gewährleistung der Unabhängigkeit und Kontinuität der Betriebsratsarbeit erfordert diesbezüglich auch keine Korrektur. Praktische Probleme bestünden zudem bei unternehmensübergreifenden Organisationsstrukturen, da allein die zugrundeliegende Strukturvereinbarung den Arbeitgeber in der Regel nicht berechtigt, die von § 15 Abs. 5 BetrVG geforderte Übernahme des Betriebsratsmitglieds und eine gegebenenfalls erforderliche Freikündigung des Arbeitsplatzes durchzusetzen, wenn der betreffende Arbeitsplatz bei einem anderen Unternehmen besteht.

Konsequenterweise dürften die Wertungen der Entscheidung auch für das Verhältnis von § 3 Abs. 5 S. 1 BetrVG zu sonstigen betriebsbezogenen Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes, z.B. §§ 1 Abs. 3, 17, 23 KSchG, gelten. Strukturvereinbarungen gemäß § 3 Abs. 1 BetrVG werden folglich regelmäßig zu einem Auseinanderfallen von betriebsverfassungsrechtlichen und kündigungsschutzrechtlichen Betriebsstrukturen führen, soweit Letztere nicht durch Bildung einer einheitlichen Leitung in personellen und sozialen Angelegenheiten an die gewillkürten Betriebsstrukturen angeglichen werden. Arbeitgebern ist deshalb zu empfehlen, stets auch die tatsächlichen Betriebsstrukturen im Blick zu behalten, wollen sie bei Kündigungssachverhalten eine fehlerhafte Rechtsanwendung vermeiden.

Sören Seidel ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Counsel bei Allen & Overy LLP in Hamburg. Zu seinen Tätigkeitsschwerpunkten gehört die arbeitsrechtliche Beratung von Unternehmen zu betrieblichen Umstrukturierungen und Fragen der betrieblichen Mitbestimmung sowie zu arbeitsrechtlichen Aspekten von Umwandlungen.



**192** Betriebs-Berater | BB 4.2020 | 20.1.2020