

**Kündigung: Ist die Stilllegung ernsthaft gewollt, ist der Job weg**

Kündigt der Verwalter eines in Konkurs geratenen Betriebes einem Mitarbeiter, weil die Stilllegung „ernsthaft gewollt“ ist, so kann sich der Beschäftigte nicht mit der Begründung gegen die Entlassung wehren, es handele sich um einen Betriebsübergang, wenn später entschieden wird, die Firma — allerdings mit einem anderen Betriebszweck- fortzuführen.

Quelle: Wolfgang Büser

**Voraussetzungen für das Vorliegen eines Betriebsübergangs; Identität der wirtschaftlichen Einheit; Übernahme von Wirtschaftsgütern und Eingliederung in bestehende Organisation; Änderung des Betriebszwecks**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 16.05.2002

**Aktenzeichen:** 8 AZR 319/01

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2002, 16669

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

LAG Hessen - 14.12.2000 - 11 Sa 922/99

**Rechtsgrundlagen:**

§ 613a BGB

§ 1 KSchG

§ 113 InsO

§ 125 InsO

§ 102 BetrVG

§ 256 ZPO

**Fundstellen:**

ARST 2002, 190-191 (Pressemitteilung)

ARST 2003, 104-106

AuR 2002, 224

AUR 2002, 224

DB 2002, 2552 (red. Leitsatz)

EzA-SD 11/2002, 3-4 (Pressemitteilung)

EzA-SD 25/2002, 9

FA 2002, 220-221

FAr 2002, 220-221

KTS 2003, 309-315 (Volltext mit red. LS)

Life&Law 2003, 247-255

NZA 2003, 93-100 (Volltext mit red. LS)

schnellbrief 2002, 4 (Pressemitteilung)

schnellbrief 2003, 6

ZInsO 2003, 43-47 (Volltext mit red. LS)

ZIP 2002, A44 (Volltext)

ZMV 2002, 195-196 (Pressemitteilung)

---

## BAG, 16.05.2002 - 8 AZR 319/01

### Redaktioneller Leitsatz:

1. Ein Betriebsübergang i.S.d. § 613a BGB liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger die wirtschaftliche Einheit unter Wahrung von deren Identität fortführt.
2. Bei einem Produktionsbetrieb kann für die Wahrung der wirtschaftlichen Einheit entscheidend sein, ob der Erwerber die beim Veräußerer gebildete betriebliche Organisation übernimmt oder ob er die Produktion mittels der in seinem Betrieb bereits bestehenden Organisation fortführt und die übernommenen Wirtschaftsgüter in die vorhandene Organisation seiner Produktion eingliedert.
3. Gegen eine Identität der wirtschaftlichen Einheit spricht, wenn der Betriebszweck sich ändert und statt der ursprünglichen Massenproduktion von Schuhen nunmehr überwiegend handwerklich ausgerichtete Musterfertigung von Schuhen im Vordergrund steht.
4. Eine Betriebsstillegung und ein Betriebsübergang schließen sich gegenseitig aus.

In dem Rechtsstreit  
hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts  
auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 16. Mai 2002  
durch  
den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck,  
den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Wittek,  
die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux,  
die ehrenamtlichen Richter Binder und Hennecke  
für **Recht** erkannt:

### Tenor:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 14. Dezember 2000 - 11 Sa 922/99 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

### Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung des Beklagten zu 1), die Weiterbeschäftigung des Klägers durch die Beklagte zu 2) sowie den Fortbestand des

Arbeitsverhältnisses infolge eines Betriebsübergangs auf die Beklagte zu 3) und die Wiedereinstellung des Klägers bei der Beklagten zu 3).

- 2 Die H... GmbH & Co. KG (Gemeinschuldnerin) war ein Unternehmen mit 167 Mitarbeitern, welches sich mit der Produktion von Schuhen befaßte. Der Beklagte zu 1) ist der Konkursverwalter über das Vermögen der Gemeinschuldnerin. Die Beklagte zu 3) entstand aus einer Verlagerung der H... Shoe Group GmbH mit Sitz in N... - einer Gesellschaft aus dem Konzern der Beklagten zu 2) - und deren Umbenennung in H... GmbH. Diese Gesellschaft wurde am 20. April 1998 in das Handelsregister des Amtsgerichts in Offenbach am Main eingetragen.
- 3 Der Kläger war seit 1980 bei der H... GmbH & Co. KG als Überholer mit einem monatlichen Bruttoverdienst von zuletzt 3.631,44 DM beschäftigt. Er war im Zeitpunkt der Kündigung 46 Jahre alt und einem Kind zur Leistung von Unterhalt verpflichtet.
- 4 Nachdem seit Oktober 1997 Löhne und Gehälter nicht mehr gezahlt werden konnten, wurde auf Antrag der Gemeinschuldnerin mit Beschluß des Amtsgerichts Offenbach am Main vom 11. Dezember 1997 die Sequestration angeordnet und der Beklagte zu 1) zum Sequester bestellt. Mit Schreiben vom 16. Dezember 1997 teilte die Gemeinschuldnerin dem Betriebsrat mit:

"...

*Da eine Betriebsfortführung über den 30. Dezember 1997 hinaus derzeit nicht sichergestellt werden kann, ist beabsichtigt, spätestens am 30. Dezember 1997 sämtlichen Mitarbeitern des Unternehmens die Kündigung ihres jeweiligen Arbeitsverhältnisses mit den tarifvertraglichen bzw. gesetzlichen Fristen gemäß § 113 Abs. 1 InsO auszusprechen.*

*In der Anlage ist eine entsprechende Namensliste mit den Personal- und Sozialdaten aller Mitarbeiter beigefügt. Wir bitten um Ihre Stellungnahme innerhalb der gesetzlich bestimmten Frist.*

*Gleichzeitig werden Sie aufgefordert mit uns bzw. dem Sequester in Verhandlungen über den Abschluß eines Interessenausgleichs einzutreten. Es wird darauf hingewiesen, daß hierdurch die Fristen des § 113 Abs. 3 BetrVerfG in lauff gesetzt wird.*

*Die Anhörung gilt vorsorglich auch als Anhörung für den Fall der Konkursöffnung und anschließenden Kündigung durch den Konkursverwalter. Entsprechendes gilt für die Aufforderung nach § 113 Abs. 3 BetrVerfG."*

- 5 Am 23. Dezember 1997 erwarb die Beklagte zu 2), das österreichische Unternehmen H... Shoe Group AG, das Warenzeichen H... zum Kaufpreis von 1,2 Mio. DM und das Warenlager zum Kaufpreis von 1,2 Mio. DM sowie die bei den Lohnfertigungsbetrieben in Bosnien und Ungarn befindlichen halbfertigen Schuhe (ca. 35.000 Paar sogenannte Schäfte). Die Beklagte zu 2) teilte dem Beklagten zu 1) am 23. Dezember 1997 schriftlich mit:

*"im Zusammenhang mit dem Ihnen heute über Herrn P... übergebenen Angebot halten wir fest, daß wir uns an dieses Angebot nur dann gebunden erachten, wenn Sie gewährleisten können, daß die Dienstverhältnisse sämtlicher Dienstnehmer der Firma H... G.m.b.H. & Co zum 31.03.1998 rechtswirksam gekündigt werden und jene Dienstnehmer, die in Liste Beilage 1 - (vorläufige Namensfestlegung) - aufgezählt sind, zum Zwecke der ordnungsgemäßen Abwicklung bis 31.03.1998 weiterbeschäftigt werden.*

*Sofern dies nicht gewährleistet ist, können wir unser Angebot nicht aufrecht erhalten und werden von einem Vertragsabschluß Abstand nehmen."*

- 6 Am 30. Dezember 1997 wurde über das Vermögen der Gemeinschuldnerin das Konkursverfahren eröffnet und der Beklagte zu 1) zum Konkursverwalter bestellt. Am gleichen Tag wurde zwischen dem Beklagten zu 1) und dem Betriebsrat ein Interessenausgleich mit folgendem Inhalt abgeschlossen:

"1.

*Der Betriebsrat wurde umfassend über die Situation des Unternehmens und die konkursaushösenden Faktoren unterrichtet. Insbesondere wurde der Betriebsrat davon in Kenntnis gesetzt, daß eine Fortführung des Betriebes der Fa. H... GmbH & Co. in seinem bisherigen Bestand nicht möglich ist.*

2.

*Zwar ist es am 23.12.1997 gelungen, sowohl das Warenzeichen, das Warenlager als auch Teile der Werkzeuge zu verwerten, eine Fortführung des Produktionsbetriebes am Standort Offenbach ist jedoch durch die Übernehmerin nicht beabsichtigt. Der Betrieb soll vielmehr an ausländische Produktionsstandorte verlagert werden. Die Verwaltung des Unternehmens wird durch die Unternehmerin, die Fa. H... Shoe Group AG, T/Österreich selbst übernommen.*

3.

*Der Betrieb des Unternehmens der Fa. H... GmbH & Co. wird danach zum 31.12.1997 mit der Maßgabe eingestellt, daß für die Dauer von drei Monaten, d.h. bis zum Ablauf der konkursbedingten Kündigungsfrist am 31. März 1998 folgende Mitarbeiter zum Zwecke der ordnungsgemäßen Abwicklung der Übergabe an die Übernehmerin fortbeschäftigt werden. Hierbei wird dem Betriebsrat ausdrücklich mitgeteilt, daß diese Regelung unter namentlicher Festlegung auf die nachfolgend benannten Arbeitnehmer ausdrückliche Bedingung der Übernehmerin im Sinne der sogenannten *conditio sine qua non* war, da sie nur hierdurch eine ordnungsgemäße Übergabe der Rechte und der erworbenen Gegenstände gewährleistet sah.*

4. ...

5. ...

6.

*Sollten sich im Rahmen der weiteren Verwertung des Gesellschaftsvermögens bzw. der Abwicklung des Konkurses Möglichkeiten eröffnen, Betriebsteile auf andere Unternehmungen zu übertragen, werden die Betriebsparteien in Verhandlungen über eine Ergänzung dieses Interessenausgleichs bzw. über die Vereinbarung einer Namensliste der zu übernehmenden Personen eintreten ...*

7.

*Die gegebene Situation wurde zwischen den Betriebsparteien umfassend beraten, einschließlich der hieraus erwachsenden Auswirkungen. Danach sieht der Betriebsrat insbesondere im Rahmen der vorstehend gemachten Zusagen, keine andere Möglichkeit, als der Betriebsstilllegung seine Zustimmung zu erteilen und den beabsichtigten Kündigungsmaßnahmen zuzustimmen."*

- 7 Ebenfalls am 30. Dezember 1997 kündigte der Beklagte zu 1) das Arbeitsverhältnis des Klägers ordentlich zum 31. März 1998.

- 8 Am 5. März 1998 erwarb die Beklagte zu 2) sowohl Betriebs- und Geschäftsausstattungen zum Preis von 300.000,00 DM netto als auch Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe zum Preis von 250.000,00 DM. Am 6. März 1998 teilte die Beklagte zu 2) dem Beklagten zu 1) ua. mit:

*"nachdem seit der Übernahme der Markenrechte und des Warenlagers der Firma H... GmbH & Co. i.K. nunmehr zwei Monate vergangen sind und wir in dieser Zeit im*

*Rahmen unserer Mitwirkung bei den hieraus resultierenden Übernahme- und Abwicklungsarbeiten eine intensive Analyse der Unternehmens- und Geschäftsstruktur vornehmen konnten, stehen für uns Überlegungen im Raum, einige (Teilbetriebs-)Funktionen zur Weiterführung der Marke "H" über den 31.03.1998 hinaus nicht in T..., sondern am Standort Offenbach/Main fortzuführen.*

...

*Nachdem ein derartiges Denkmodell erstmals Ende Januar entwickelt wurde und wir danach verschiedene Alternativen durchgerechnet haben, aus welchen sich für uns die oben dargestellte Funktionsweiterführung als wirtschaftlich tragfähigste Lösung dargestellt hat, haben wir im Hinblick auf die abzudeckenden Funktionen und die notwendigen Umstrukturierungen auf unsere konzerninternen Abläufe, die im Rahmen der Abwicklung tätigen Mitarbeiter von ihrer Tätigkeitsstruktur und ihren Einsatzmöglichkeiten daraufhin überprüft, ob und wie sie im Rahmen des angedachten Konzepts weiterbeschäftigt werden könnten.*

...

*Um Ihnen auch Planungsmöglichkeiten im Hinblick auf benötigte Räumlichkeiten zur Umsetzung eines derartigen Konzepts zu geben, dürfen wir Ihnen weiter mitteilen, daß bei uns angedacht ist, den Teilbereich Prototypen- und Musterfertigung im zweiten Obergeschoss des Gebäudes 3 auf dem H-Gelände weiterzuführen; der Rest in Teilen des früheren Verwaltungsbereiches.*

..."

- 9 Am 12. März 1998 wurde zwischen dem Beklagten zu 1) und dem Betriebsrat eine Ergänzungsvereinbarung zum Interessenausgleich vom 30. Dezember 1997 geschlossen, in welchem eine Namensliste über die weiterzubeschäftigenden Arbeitnehmer enthalten ist. Ziffer 3 des Interessenausgleichs hat folgenden Wortlaut:

*"Die genannten Mitarbeiter erhalten seitens des Konkursverwalters eine Mitteilung , daß ihr Arbeitsplatz im Wege eines Teilbetriebsüberganges auf die Firma H... Shoe Group übergeht. Der Konkursverwalter sichert zu, bei der Übernehmerin darauf hinzuwirken, daß diese auch ausdrücklich die Übernahme unter Aufrechterhaltung des sozialen Besitzstandes gegenüber den betroffenen Mitarbeitern bestätigt, wobei allerdings individualrechtliche Abänderungen der bisherigen vertraglichen Gegebenheiten durchaus möglich sind."*

- 10 Das ursprünglich vorgesehene Ende der Lohnfertigung zum 31. März 1998 konnte nicht eingehalten werden, nachdem die im Ausland zu fertigenden Teile nicht rechtzeitig geliefert werden konnten. Etwa 10 bis 15 Arbeitnehmer wurden für ca. sechs Wochen von dem Beklagten zu 1) über den 31. März 1998 hinaus weiterbeschäftigt. Mit Schreiben vom 20. März 1998 teilte der Beklagte zu 1) dem Kläger mit, daß er dessen Arbeitskraft noch weiter benötige und deshalb die Kündigungsfrist bis zum 30. April 1998 verlängere. Daraufhin setzte der Kläger seine Arbeit für den Beklagten zu 1) über den 1. April 1998 hinaus fort.
- 11 Die in der Ergänzungsvereinbarung zum Interessenausgleich vom 12. März 1998 namentlich bezeichneten Arbeitnehmer werden im Betrieb der Beklagten zu 3) beschäftigt. Sie werden in Teilbereichen der Unternehmung der Gemeinschuldnerin tätig, nämlich in den Betriebsbereichen Kollektionsentwicklung und kollektionstechnische Entwicklung bis zur Produktionsreife, Prototypen- und Musterfertigung als Kompetenzzentrum, Marketing und Vertrieb, Betriebsbuchhaltung und Controlling. Darüber hinaus findet am Standort Offenbach keine Schuhproduktion statt. In dem Betrieb werden lediglich die Muster der unter dem Namen "H" vertriebenen Schuhkollektion entwickelt.

- 12** Mit seiner Klage wendet sich der Kläger gegen die Kündigung des Beklagten zu 1). Von der Beklagten zu 2) begehrt er - unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Großen Senats vom 27. Februar 1985 - die Weiterbeschäftigung als Überholer. Ferner verlangt er die Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 3) fortbesteht und beansprucht deren Verurteilung zu seiner Wiedereinstellung als Schuhfacharbeiter.
- 13** Der Kläger hat die Rechtsansicht vertreten, daß ein Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2) stattgefunden habe. Dies folge aus dem Schreiben der Beklagten zu 2) vom 6. März 1998. Der Annahme eines Betriebsübergangs könne nicht entgegengehalten werden, daß die Beklagte zu 2) die Übernahme des Betriebs unter die "absolute Bedingung" gestellt habe, die Fortführung des Betriebs nur mit bestimmten Arbeitnehmern der Gemeinschuldnerin zu vollziehen. Dies stelle eine Umgehung des § 613a BGB dar. Auch komme in dem abgeschlossenen Interessenausgleich vom 12. März 1998 zum Ausdruck, daß die Beklagte zu 2) nicht nur, wie der Beklagte zu 1) behauptete, einzelne Betriebsteile übernommen habe, sondern den Betrieb mit sämtlichen Betriebsabteilungen. Die Kündigung des Beklagten zu 1) sei auch nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG gerechtfertigt. Aus dem Vortrag des Beklagten zu 1) lasse sich entnehmen, daß er im Dezember 1997 mit anderen Unternehmen Verhandlungen um die Fortführung des Betriebs geführt habe und selbst davon ausgegangen sei, daß der Betrieb nicht stillgelegt werde.
- 14** Ferner hat der Kläger die Auffassung vertreten, daß der Betriebsrat zu der Kündigung nicht ordnungsgemäß angehört worden sei. Aus dem Anhörungsschreiben ergebe sich deutlich, daß dem Betriebsrat die einschlägigen tariflichen Kündigungsfristen mitgeteilt worden seien. Der Beklagte zu 1) habe aber sämtliche Kündigungen auf die Kündigungsfrist des § 113 InsO gestützt. Damit sei der Betriebsrat bezüglich der Kündigungsfristen unzutreffend unterrichtet worden. Der Beklagte zu 1) habe auch nicht die einschlägigen tariflichen Kündigungsfristen gewahrt. Auf § 113 InsO könne er sich nicht berufen, da diese Vorschrift gegen Art. 9 Abs. 3 des Grundgesetzes verstoße.
- 15** Des weiteren hat der Kläger gemeint, daß ihm ein Anspruch auf Wiedereinstellung gegen die Beklagte zu 3) zustehe, selbst wenn der Betrieb der Gemeinschuldnerin stillgelegt worden wäre. Nach der Fortführung des Betriebs sei eine Sozialauswahl bezüglich der weiterzubeschäftigenden Arbeitnehmer nicht ordnungsgemäß getroffen worden. Ferner hat der Kläger behauptet, daß sein Arbeitsplatz im Betrieb der Beklagten zu 3) nach wie vor vorhanden sei. Es seien nunmehr nur andere, weniger schutzwürdige Arbeitnehmer beschäftigt.
- 16** Der Kläger hat beantragt,
1. es wird festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis durch die von dem Beklagten zu 1) am 30. Dezember 1997 zum 31. März 1998 ausgesprochene Kündigung nicht aufgelöst worden ist, sondern fortbesteht;
  2. die Beklagte zu 2) wird verurteilt, den Kläger als Überholer zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen ab dem 1. Mai 1998 tatsächlich weiterzubeschäftigen;
  3. es wird festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis des Klägers auf die Beklagte zu 3) übergegangen ist;
  4. es wird festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis des Klägers zur Beklagten zu 3) zu unveränderten Bedingungen über den 30. April 1998 hinaus fortbesteht;
  5. die Beklagte zu 3) wird verpflichtet, den Kläger als Schuhfacharbeiter ab dem 1. Mai 1998 wieder einzustellen.

- 17** Die Beklagten haben beantragt,  
die Klage abzuweisen.

**18**

Der Beklagte zu 1) hat die Auffassung vertreten, er habe vor Ausspruch der Kündigung den endgültigen Entschluß gefaßt, den Betrieb einzustellen. Nachdem sämtliche bis zur Konkursöffnung geführten Gespräche mit möglichen Interessenten ergeben hätten, daß diese an einer (Teil-)Übernahme nicht interessiert gewesen seien, sondern nur Interesse am Erwerb von einzelnen Vermögensgegenständen gezeigt hätten, sei der Entschluß, den Betrieb zu schließen, unausweichlich gewesen. Bis zum 31. März 1998 seien die von der Beklagten zu 2) erworbenen halbfertigen Schuhe, soweit sie von den ausländischen Lohnfertigungsunternehmen fertiggestellt gewesen seien, im Offenbacher Betrieb der Gemeinschuldnerin dem abschließenden Finish unterzogen und versandfertig gemacht worden. Die hierbei der Konkursmasse entstehenden Personal- und sonstigen Abwicklungskosten würden bei entsprechender Rechnungstellung von der Beklagten zu 2) beglichen. Eine Betriebsübernahme - auch in Teilbereichen - sei nicht erfolgt. Die Voraussetzungen für eine Betriebsübernahme lägen nicht vor.

- 19** Die Beklagte zu 3) hat behauptet, sie habe keine Markenrechte und Warenlager der in Konkurs gefallenen H... GmbH & Co. übernommen. Dies sei vielmehr durch die Beklagte zu 2) erfolgt. In der Folgezeit sei auch das Warenlager abtransportiert worden, um in anderen Produktionsstätten der österreichischen Gesellschaft weiterverarbeitet zu werden. Die Markenrechte befänden sich immer noch im Besitz der österreichischen Aktiengesellschaft und es sei auch nicht beabsichtigt, diese auf die Beklagte zu 3) zu übertragen. Die H... Shoe Group GmbH sei nicht durch den Gesellschafterbeschuß vom 28. Januar 1998 umfirmiert worden, um die Geschäfte der Gemeinschuldnerin fortzuführen. Ursprünglich hätten durch die umfirmierte Gesellschaft die bisher von der H... Shoe Group GmbH betriebenen Geschäfte in der Bundesrepublik Deutschland fortgeführt werden sollen. Erst Ende Februar/Anfang März 1998 habe die Beklagte zu 2) die Entscheidung getroffen, in einem eng begrenzten Teilbereich der bisherigen Unternehmung der Gemeinschuldnerin, nämlich in den Betriebsbereichen Kollektionentwicklung und kollektionstechnische Entwicklung bis zur Produktionsreife, Prototypen- und Musterfertigung als Kompetenzzentrum, Marketing und Vertrieb, Betriebsbuchhaltung und Controlling tätig zu werden. Daraus folge, daß die Erwerberin der Markenrechte und des Warenlagers, die Beklagte zu 2), am 23. Dezember 1997 keinerlei Interesse an einer Fortführung auch nur von Betriebsteilen in Offenbach gehabt habe.
- 20** Das Arbeitsgericht hat mit Teilurteil festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung des Beklagten zu 1) beendet worden ist und sie im übrigen abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Beklagten zu 1) unter Zurückweisung der Berufung des Klägers die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

## Gründe

- 21** Die Revision des Klägers ist unbegründet. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen.

**22** **A**

Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, es sei von einer im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung des Beklagten zu 1) ernstlich beabsichtigten Stilllegung des Betriebs auszugehen. Aus den glaubhaften Bekundungen des Zeugen P folge, daß der Beklagte zu 1) am 30. Dezember 1997 von einer Unveräußerlichkeit des Betriebs oder Teilen des Betriebs ausgegangen sei und die ernsthafte Absicht gehabt habe, den Betrieb mit dem Ablauf der Kündigungsfristen am 31. März 1998 stillzulegen. Aus den gleichen Gründen könne auch nicht angenommen werden, die Kündigung sei "wegen" des Betriebsübergangs ausgesprochen worden und deshalb gemäß § 613a Abs. 4 BGB unwirksam. Ein bevorstehender Betriebsübergang könne nur dann zur Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 613a BGB führen, wenn die den Betriebsübergang ausmachenden Tatsachen im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits feststünden oder zumindest greifbare Formen angenommen hätten. Auf Grund der Beweisaufnahme stehe fest, daß im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung ein Betriebsübergang noch keine greifbaren Formen angenommen habe. Zwar habe die Beklagte zu 2) materielle und immaterielle Betriebsmittel erworben. Sie habe aber ab dem 1. Januar 1998 keine wirtschaftliche Tätigkeit mit eigener Zielsetzung mittels der

erworbenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel ausgeführt. Sie habe nicht die vorhandene Organisation genutzt und daher mit den erworbenen materiellen und immateriellen Betriebsmitteln keine betriebliche Tätigkeit entfaltet. Der Beklagte zu 1) habe auch die von ihm zu wahrende Kündigungsfrist eingehalten. § 113 Abs. 1 Satz 2 InsO sei verfassungsgemäß.

**23** Die Kündigung sei auch nicht wegen einer fehlerhaften Betriebsratsanhörung unwirksam. Die Beweisaufnahme habe ergeben, daß am 30. Dezember 1997 unmittelbar vor Ausspruch der Kündigung eine weitere Anhörung des Betriebsrats stattgefunden habe, die im Zusammenhang mit den zeitlich davor liegenden Gesprächen als ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats im Sinne des § 102 BetrVG anzusehen sei. Vor der Betriebsratssitzung habe ein Gespräch zwischen dem Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin R..., Rechtsanwalt J..., dem Beklagten zu 1) und dem Betriebsratsvorsitzenden H... stattgefunden, in welchem davon die Rede gewesen sei, daß eine erneute Betriebsratssitzung stattfinden müsse, weil der Betriebsrat zu den Kündigungen angehört und auch noch über den Interessenausgleich gesprochen werden müsse. Die Vertreter der Arbeitgeberseite hätten sowohl das Gespräch über den Interessenausgleich als auch über die Anhörung des Betriebsrats zu den Kündigungen für notwendig befunden. Der jetzige Prozeßbevollmächtigte der Beklagten habe deutlich gemacht, daß noch einmal eine Anhörung des Betriebsrats zu den beabsichtigten Kündigungen erfolgen solle und daß eine Reaktion des Betriebsrats darauf gewünscht sei. Gegen 9.00 Uhr habe dann die Betriebsratssitzung stattgefunden, in welcher der Beklagte zu 1) und Rechtsanwalt J... noch einmal die wirtschaftlichen Gegebenheiten erläutert hätten. Es sei erneut über den Interessenausgleich verhandelt worden, und zwar so, daß er unterschriftsreif vorgelegen habe. Auch sei eine Namensliste aller Arbeitnehmer präsentiert worden. In dieser Sitzung habe der Betriebsrat dann den Beschluß gefaßt, daß er den beabsichtigten Kündigungen zustimme. Nach der Betriebsratssitzung sei dieses Ergebnis der Arbeitgeberseite mitgeteilt worden.

**24** Das Arbeitsverhältnis sei weder auf die Beklagte zu 2) noch auf die Beklagte zu 3) übergegangen; der Kläger könne auch nicht die Wiedereinstellung ab dem 1. Mai 1998 verlangen. Da die Kündigung des Beklagten zu 1) das Arbeitsverhältnis zum 30. April 1998 beendet habe, habe das Arbeitsverhältnis nicht gemäß § 613a BGB auf die Beklagte zu 3) übergehen können. Wenn überhaupt ein Betrieb übergegangen sein sollte, so sei dies auf die Beklagte zu 3), und erst nach dem Ablauf der Kündigungsfrist durch Aufnahme der betrieblichen Tätigkeit der Beklagten zu 3) erfolgt. Ein Wiedereinstellungsanspruch komme nicht in Betracht. Im Falle des im Insolvenzverfahren vollzogenen Betriebsübergangs bestehe keine Notwendigkeit, einen solchen Fortsetzungsanspruch überhaupt anzuerkennen.

**25** Dem Landesarbeitsgericht ist im Ergebnis zu folgen.

**26** **B**

Die Klageanträge sind zum Teil unzulässig, im übrigen unbegründet. Die Kündigung des Beklagten zu 1) vom 30. Dezember 1997 ist wegen der Schließung des Betriebs der H... GmbH & Co. KG erfolgt und daher sozial gerechtfertigt; sie verstößt auch nicht gegen § 102 BetrVG. Da ein Betriebsübergang nicht vorliegt, sind des weiteren die Klageanträge 2 bis 5 unbegründet.

**27** **I.**

Die angefochtene Entscheidung ist nicht bereits wegen des absoluten Revisionsgrundes der nicht vorschriftsmäßigen Besetzung des Landesarbeitsgerichts ( § 551 Nr. 1 ZPO aF) aufzuheben, denn der Kläger hat diesen Verfahrensmangel in der Revisionsbegründung nicht gemäß § 554 Abs. 3 Nr. 3b ZPO aF gerügt (zB BAG 25. August 1983 - 6 ABR 31/82 - BAGE 43, 258 = AP ZPO § 551 Nr. 11).

**28** **II.**

Die Klageanträge sind nur zum Teil zulässig.



29 1.

Soweit der Kläger die Feststellung beantragt, daß das Arbeitsverhältnis auf die Beklagte zu 3) übergegangen ist (Antrag 3), ist die Klage unzulässig. Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann Klage nur auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses erhoben werden. Unter einem Rechtsverhältnis ist die aus einem vorgetragenen Sachverhalt abgeleitete rechtliche Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder Sache zu verstehen (vgl. *BGH 15. Oktober 1956 - III ZR 226/55 - BGHZ 22, 43, 47; BAG 19. Juni 1984 - 1 AZR 361/82 - BAGE 46, 129 = AP TVG § 1 Verhandlungspflicht Nr. 3; Zöller/Greger ZPO 21. Aufl. § 256 Rn. 3 mwN*). Elemente eines Rechtsverhältnisses können nicht Gegenstand einer Feststellungsklage sein (*BAG 19. September 1985 - 6 AZR 460/83 - BAGE 49, 370 = AP BUrlG § 13 Nr. 21, zu II der Gründe; BGH 3. Mai 1977 - VI ZR 36/74 - BGHZ 68, 331*). Bei der vom Kläger mit dem Antrag 3 zur Entscheidung gestellten Frage geht es lediglich um die Feststellung einer Rechtsfolge. Nach Lage der Dinge käme als feststellbares Rechtsverhältnis nur der Bestand des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 3) in Betracht. Eine dementsprechende Antragsauslegung scheidet aber aus, weil der Kläger einen derartigen Antrag - zu 4 - bereits gestellt hat und somit die Auslegung zu einer - unzulässigen - doppelten Rechtshängigkeit führen würde.

30 2.

Im übrigen ist die Klage zulässig. Der auf Einstellung als Schuhfacharbeiter gerichtete Klageantrag ist ein zulässiger Leistungsantrag. Er ist auf Abgabe einer Willenserklärung des Arbeitgebers gerichtet, die mit Rechtskraft eines dem Klageantrag stattgebenden Urteils gemäß § 894 Abs. 1 Satz 1 ZPO als abgegeben gilt (vgl. *BAG 6. August 1997 - 7 AZR 557/96 - BAGE 86, 194 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 2, zu I der Gründe*).

31 Soweit der Kläger mit dem Klageantrag zu 1 neben dem Kündigungsschutzantrag die Feststellung begehrt, daß das Arbeitsverhältnis fortbesteht, ist dies nicht als allgemeiner Feststellungsantrag neben dem Kündigungsschutzbegehren zu verstehen. Dies folgt aus dem Umstand, daß die Klagebegründung nicht erkennen läßt, ob der Kläger befürchtet, der Konkursverwalter werde weitere Beendigungsgründe geltend machen. Der Zusatz stellt lediglich ein unselbständiges Anhängsel zum Kündigungsschutzantrag dar, da weitere Ausführungen zum Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses mit dem Konkursverwalter in der Klageschrift fehlen (*BAG 26. Januar 1995 - 2 AZR 649/94 - BAGE 79, 176 = AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 34; 15. März 2001 - 2 AZR 141/00 - AP KSchG 1969 § 4 Nr. 46 = EzA KSchG § 4 n.F. Nr. 61*).

32 Die weiteren nach § 256 Abs. 1 ZPO an die Feststellungsanträge zu stellenden Anforderungen sind erfüllt, weil der Kläger ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung hat, ob und mit welcher Person ein Arbeitsverhältnis besteht.

33 Im übrigen bestehen gegen die Zulässigkeit der Klage keine Bedenken.

34 III.

Soweit die Klage nicht bereits unzulässig ist, ist sie unbegründet.

35 1.

Die Kündigungsschutzklage gegen den Beklagten zu 1) hat keinen Erfolg, die Kündigung ist wirksam und hat das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 30. April 1998 aufgelöst.

36 a)

Der Beklagte zu 1) ist passivlegitimiert und zwar unabhängig davon, ob in der Folgezeit ein Betriebsübergang stattgefunden hat oder nicht. Hat der Arbeitnehmer fristgemäß

Kündigungsschutzklage erhoben und findet anschließend ein Betriebsübergang statt, so kann der Prozeß gegen den bisherigen Beklagten fortgesetzt werden (*BAG 18. März 1999 - 8 AZR 306/98 - AP KSchG 1969 § 4 Nr. 44 = EzA BGB § 613a Nr. 179*).

37 b)

Die Kündigung des Beklagten zu 1) ist durch dringende betriebliche Gründe bedingt und daher sozial gerechtfertigt ( § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ).

38 aa)

Die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Sozialwidrigkeit einer Kündigung ist in der Revisionsinstanz nur beschränkt nachprüfbar. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung ( § 1 Abs. 2 KSchG ) handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der dem Tatsachenrichter ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob es in sich widerspruchsfrei ist (*zB BAG 22. März 2001 - 8 AZR 565/00 - AP GG Art. 101 Nr. 59 = EzA GG Art. 101 Nr. 5, zu B II 2a der Gründe; 10. Oktober 1996 - 2 AZR 477/95 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 81 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 87*).

39 Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil stand.

40 bb)

Zu den dringenden betrieblichen Erfordernissen gehört die Stilllegung des gesamten Betriebs durch den Arbeitgeber. Die bloße Einstellung der Produktion bedeutet allerdings noch keine Betriebsstilllegung (*BAG 12. Februar 1987 - 2 AZR 247/86 - AP BGB § 613a Nr. 67 = EzA BGB § 613a Nr. 64, zu II 1a der Gründe*). Unter Betriebsstilllegung ist vielmehr die Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zu verstehen, die ihre Veranlassung und zugleich ihren unmittelbaren Ausdruck darin findet, daß der Unternehmer die bisherige wirtschaftliche Betätigung in der ernstlichen Absicht einstellt, die Verfolgung des bisherigen Betriebszwecks dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne nicht weiter zu verfolgen. Der Arbeitgeber muß endgültig entschlossen sein, den Betrieb stillzulegen (*vgl. zB BAG 9. Februar 1994 - 2 AZR 666/93 - AP BGB § 613a Nr. 105 = EzA BGB § 613a Nr. 116; 10. Oktober 1996 - 2 AZR 477/95 - aaO*).

41 (1)

Demgemäß ist von einer Stilllegung auszugehen, wenn der Arbeitgeber seine Stilllegungsabsicht unmißverständlich äußert, allen Arbeitnehmern kündigt, etwaige Mietverträge zum nächstmöglichen Zeitpunkt auflöst, die Betriebsmittel, über die er verfügen kann, veräußert und die Betriebstätigkeit vollständig einstellt (*BAG 22. Mai 1997 - 8 AZR 101/96 - BAGE 86, 20 = AP BGB § 613a Nr. 154*). Abgeschlossen ist die Stilllegung erst dann, wenn die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer beendet sind (*BAG 29. März 1977 - 1 AZR 46/75 - BAGE 29, 114 = AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 11*).

42 Der Arbeitgeber ist jedoch nicht gehalten, eine Kündigung erst nach Durchführung der Stilllegung auszusprechen. Es kommt auch eine Kündigung wegen beabsichtigter Stilllegung in Betracht. Wird die Kündigung auf die künftige Entwicklung der betrieblichen Verhältnisse gestützt, so kann sie ausgesprochen werden, wenn die betrieblichen Umstände greifbare Formen angenommen haben. Grundsätzlich brauchen betriebliche Gründe noch nicht tatsächlich eingetreten zu sein, sondern es genügt, wenn sie sich konkret und greifbar abzeichnen. Sie liegen dann vor, wenn im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung auf Grund einer vernünftigen, betriebswirtschaftlichen Betrachtung davon auszugehen ist, zum Zeitpunkt des Kündigungstermins sei mit einiger Sicherheit der Eintritt

eines die Entlassung erforderlich machenden betrieblichen Grundes gegeben (*BAG 10. Oktober 1996 - 2 AZR 477/95 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 81 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 87; 22. Mai 1997 - 8 AZR 101/96 - BAGE 86, 20 = AP BGB § 613a Nr. 154*).

43 (2)

Eine Stilllegungsabsicht des Arbeitgebers liegt nicht vor, wenn dieser beabsichtigt, seinen Betrieb zu veräußern. Die Veräußerung des Betriebs allein ist - wie sich aus der Wertung des § 613a BGB ergibt - keine Stilllegung, weil die Identität des Betriebs gewahrt bleibt und lediglich ein Betriebsinhaberwechsel stattfindet (*vgl. BAG 9. Februar 1994 - 2 AZR 666/93 - AP BGB § 613a Nr. 105 = EzA BGB § 613a Nr. 116*). Betriebsveräußerung und Betriebsstilllegung schließen sich also systematisch aus (*vgl. BAG 12. Februar 1987 - 2 AZR 247/86 - AP BGB § 613a Nr. 67 = EzA BGB § 613a Nr. 64*). Dabei kommt es auf das tatsächliche Vorliegen des Kündigungsgrundes und nicht auf die vom Arbeitgeber gegebene Begründung an. Eine vom Arbeitgeber mit einer Stilllegungsabsicht begründete Kündigung ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn die geplante Maßnahme sich als Betriebsstilllegung und nicht als Betriebsveräußerung darstellt, weil die für die Fortführung des Betriebs wesentlichen Gegenstände einem Dritten überlassen werden sollten, der Veräußerer diesen Vorgang aber rechtlich unzutreffend als Betriebsstilllegung bewertet (*vgl. BAG 9. Februar 1994 - 2 AZR 666/93 - aaO*).

44 Ist im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ein Betriebsübergang geplant, so wirkt sich dessen späteres Scheitern ebensowenig auf den Kündigungsgrund aus wie eine unerwartete spätere Betriebsfortführung, die einer vom Arbeitgeber endgültig geplanten und schon eingeleiteten oder bereits durchgeführten Betriebsstilllegung nach Ausspruch der Kündigung folgt. Zu prüfen ist also nur, ob der vorgetragene Kündigungsgrund einer beabsichtigten Stilllegung die Kündigung sozial rechtfertigt (*BAG 9. Februar 1994 - 2 AZR 666/93 - aaO*); *19. Mai 1988 - 2 AZR 596/87 - BAGE 59, 12 = AP BGB § 613a Nr. 75, zu B V 2b ff. der Gründe*).

45 Die Darlegungs- und Beweislast hängt in diesen Fällen davon ab, ob sich der Arbeitnehmer im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses darauf beruft, der Betrieb sei von den bisherigen Arbeitgebern nicht stillgelegt, sondern an einen neuen Inhaber übertragen worden und ihm sei aus diesem Grund gekündigt worden oder ob er nur, etwa weil er die Klagefrist des § 7 KSchG versäumt hat, den Unwirksamkeitsgrund des § 613a Abs. 4 BGB geltend machen kann. Im letzteren Fall hat der Arbeitnehmer darzulegen und zu beweisen, daß ihm wegen eines rechtsgeschäftlichen Betriebsübergangs gekündigt worden ist. Im Kündigungsschutzverfahren nach § 1 Abs. 2 KSchG hat demgegenüber der Arbeitgeber die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen und es ist seine Aufgabe vorzutragen und nachzuweisen, daß die Kündigung sozial gerechtfertigt ist. Fehlt es daran, ist der Kündigungsschutzklage stattzugeben, ohne daß es der Feststellung bedarf, daß der tragende Beweggrund für die Kündigung ein Betriebsübergang ist (*so zum Vorstehenden BAG 5. Dezember 1985 - 2 AZR 3/85 - AP BGB § 613a Nr. 47 = EzA BGB § 613a Nr. 50, zu B II 2a der Gründe; 9. Februar 1994 - 2 AZR 666/93 - AP BGB § 613a Nr. 105 = EzA BGB § 613a Nr. 116*).

46 An der Verteilung der geschilderten Darlegungs- und Beweislast ändert sich im Streitfall auch durch § 125 InsO - der ebenso wie §§ 113, 128 InsO im Geltungsbereich der Konkursordnung (alte Bundesländer) bereits mit Wirkung zum 1. Oktober 1996 in Kraft getreten ist - nichts. Die in § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO enthaltene Vermutung der sozialen Rechtfertigung kommt nur zum Tragen, wenn der Insolvenzverwalter eine Betriebsänderung und die Existenz des Interessenausgleichs nebst Namensliste dargelegt und gegebenenfalls bewiesen hat (*vgl. KR-Weigand 6. Aufl. § 125 InsO Rn. 19; BAG 7. Mai 1998 - 2 AZR 536/97 - BAGE 88, 363 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 94, Leitsatz 1 und zu II 1b der Gründe, zu § 1 Abs. 5 KSchG in der damals geltenden Fassung*). Da § 125 Abs. 1 Satz 1 InsO voraussetzt, daß es sich um eine Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG handelt, kommt es auch im Rahmen des § 125 InsO zunächst darauf an, inwieweit eine Stilllegung des Betriebs oder eine Betriebsveräußerung geplant waren. Ein Betriebsübergang gemäß § 613a BGB stellt nämlich keine Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG dar, weil sich die Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer nicht ändern (*vgl. BAG 17. März 1987 - 1 ABR 47/85 - AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 18 = EzA BetrVG 1972 § 111 Nr. 19, zu B*

*I 2 der Gründe mwN).*

- 47 § 125 InsO kann nicht auf Vorgänge erstreckt werden, die sich nicht als Betriebsänderung darstellen und damit außerhalb des Anwendungsbereichs des § 111 BetrVG liegen (*vgl. so auch Kübler/Prütting/Moll InsO § 125 Rn. 28; Zwanziger DB 1998, 2174, 2175 [BAG 17.06.1998 - 2 AZR 336/97]; aA Anm. Schiefer DB 1997, 1518, 1519 [AG Bonn 05.02.1997 - 2 Ca 3268/96]*). Die Möglichkeit, daß Betriebsrat und Arbeitgeber bzw. Insolvenzverwalter gemeinsam den Kündigungsschutz einzelner Beschäftigter reduzieren können, ist vom Wortlaut her unmißverständlich auf Fälle der Betriebsänderung nach § 111 BetrVG begrenzt (*vgl. Moll aaO § 125 Rn. 12, 28*).
- 48 cc)
- Gemessen an diesen Grundsätzen ist das Landesarbeitsgericht zutreffend davon ausgegangen, daß bei einer vernünftigen betriebswirtschaftlichen Betrachtung zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung gegenüber dem Kläger davon ausgegangen werden konnte, daß seine Beschäftigung zum Zeitpunkt des Kündigungstermins nicht mehr möglich war.
- 49 Das Landesarbeitsgericht hat auf der Grundlage einer Beweisaufnahme für den Senat gemäß § 561 Abs. 2 ZPO aF bindend festgestellt, daß der Beklagte zu 1) im Kündigungszeitpunkt seine Bemühungen, den Betrieb noch als Einheit zu veräußern, als gescheitert habe ansehen dürfen und angesehen habe; er sei deshalb zur Stilllegung ernstlich und endgültig entschlossen gewesen.
- 50 (1)
- Die Beweiswürdigung des Tatsachenrichters kann im Revisionsverfahren nur darauf überprüft werden, ob sie rechtlich möglich ist und ob der Tatsachenrichter Grenzen und Voraussetzungen der richterlichen Überzeugung gewahrt hat. Es bedarf daher einer formellen Verfahrensrüge und der genauen Darlegung, auf Grund welcher Tatsachen sich ergibt, daß der Richter gegen § 286 ZPO verstoßen habe oder ihm bei einer Beweiswürdigung ein sonstiger Rechtsfehler unterlaufen sei (*BAG 18. April 1986 - 7 AZR 114/85 - BAGE 51, 375 [BAG 18.04.1986 - 7 AZR 114/85] = AP BGB § 611 Bühnengagementsvertrag Nr. 27, zu II 2b aa der Gründe*).
- 51 (2)
- Diesen Anforderungen wird die Revisionsbegründung nicht gerecht. Soweit der Kläger meint, Ziffer 6 des Interessenausgleichs vom 30. Dezember 1997 stünde nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der Annahme einer ernsthaften Stilllegungsabsicht entgegen, die Bestimmung sei vom Landesarbeitsgericht nicht gewürdigt worden, nimmt er lediglich eine abweichende Beweiswürdigung vor, ohne daß er jedoch revisionsrechtlich beachtliche Fehler in der Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts rügen würde. Zwar hat sich das Landesarbeitsgericht mit der zitierten Regelung nicht auseinandergesetzt. Was ihm unerheblich erschien, braucht das Landesarbeitsgericht aber nicht ausdrücklich zu erörtern (*BAG 7. März 1996 - 2 AZR 298/95 - nv., zu II der Gründe*). Der in Ziffer 6 des Interessenausgleichs zum Ausdruck gekommene Vorbehalt, eine sich bietende Möglichkeit zur Betriebsveräußerung wahrzunehmen, ist entgegen der Auffassung des Klägers für das Vorliegen einer endgültigen und ernsthaften Stilllegungsabsicht rechtlich ohne Belang. Jede Prognose birgt die Gefahr in sich, daß sie sich auf Grund einer neuen tatsächlichen Entwicklung als unzutreffend herausstellt. Entscheidend ist, daß das Landesarbeitsgericht für den Senat gemäß § 561 Abs. 2 ZPO aF bindend tatsächliche Umstände festgestellt hat, welche die Prognose, bezogen auf den Kündigungszeitpunkt, als berechtigt erscheinen lassen. Nur auf diesen Zeitpunkt ist abzustellen. Sind in einem Fall der Insolvenz Gespräche hinsichtlich der Übernahme des ganzen Betriebs gescheitert und spricht der Konkursverwalter deshalb Kündigungen aus, ist eine Kündigung zulässig, selbst wenn er in der Folgezeit versucht, Betriebsteile zu veräußern, hierfür aber Erfolg versprechende, greifbare Anhaltspunkte im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung nicht vorliegen (*so BAG 7. März 1996 - 2 AZR 298/95 - nv., zu II der Gründe; auch ErfK/Ascheid 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 412*).

- 52 Demgegenüber betrifft die vom Kläger angeführte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts eine mit dem Streitfall nicht vergleichbare Fallkonstellation. Dort hatte der Konkursverwalter im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung - anders als im Streitfall - noch in ernsthaften Verhandlungen über eine Veräußerung des Betriebs gestanden und deswegen nur vorsorglich mit der Begründung gekündigt, der Betrieb solle zu einem bestimmten Zeitpunkt stillgelegt werden, falls eine Veräußerung scheitere (vgl. BAG 27. September 1984 - 2 AZR 309/83 - BAGE 47, 13 = AP BGB § 613a Nr. 39, Leitsatz 3b).
- 53 Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts ist mithin vollständig und rechtlich möglich. Der Kläger hat demgegenüber nicht aufgezeigt, daß das Landesarbeitsgericht einen relevanten Tatsachenvortrag übergangen oder gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen hätte.
- 54 (3)
- Der Annahme einer endgültigen und ernsthaften Stilllegungsabsicht steht auch nicht Ziffer 2 des am 30. Dezember 1997 geschlossenen Interessenausgleichs entgegen, wonach eine Fortführung des Produktionsbetriebs nicht am Standort Offenbach beabsichtigt war, sondern im Ausland produziert werden sollte.
- 55 Ein Betriebsübergang iSd. § 613a BGB liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger die wirtschaftliche Einheit unter Wahrung von deren Identität fortführt. Ob ein im wesentlichen unveränderter Fortbestand der organisierten Gesamtheit "Betrieb" bei dem neuen Inhaber anzunehmen ist, richtet sich nach den Umständen des konkreten Falles. Zu den maßgeblichen Tatsachen hierfür zählen insbesondere die Art des betreffenden Betriebs, der Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter sowie deren Wert und Bedeutung, die Übernahme der immateriellen Betriebsmittel und der vorhandenen Organisation, der Grad der Ähnlichkeit mit der Betriebstätigkeit des bisherigen Inhabers, die Weiterbeschäftigung der Hauptbelegschaft, der Übergang von Kundschaft und Lieferantenbeziehungen und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung der Betriebstätigkeit (st. Rspr. des Senats im Anschluß an EuGH 11. März 1997 - Rs C-13/95 - EuGHE I 1997, 1259 [Ayse Süzen]; vgl. nur BAG 25. Mai 2000 - 8 AZR 416/99 - BAGE 95, 1 [BAG 25.05.2000 - 8 AZR 416/99] = AP BGB § 613a Nr. 209, zu II 1a der Gründe; 26. August 1999 - 8 AZR 827/98 - BAGE 92, 251 = AP BGB § 613a Nr. 197, zu I 3a, c der Gründe mwN). Der Übergang eines Betriebsteils steht für dessen Arbeitnehmer dem Betriebsübergang gleich. Auch bei dem Erwerb eines Betriebsteils ist es erforderlich, daß die wirtschaftliche Einheit ihre Identität bewahrt (BAG 26. August 1999 - 8 AZR 718/98 - AP BGB § 613a Nr. 196 = EzA BGB § 613a Nr. 185, zu B I der Gründe). Betriebsteile sind Teileinheiten (Teilorganisationen) des Betriebs. Es muß sich um eine selbständige, abtrennbare organisatorische Einheit handeln, die innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks einen Teilzweck erfüllt. Das Merkmal des Teilzwecks dient dabei zur Abgrenzung der organisatorischen Einheit. Im Teilbetrieb müssen nicht andersartige Zwecke als im übrigen Betrieb verfolgt werden (BAG 26. August 1999 - 8 AZR 718/98 - aaO, zu B II 1 der Gründe; 14. Dezember 2000 - 8 AZR 220/00 - nv.; Soergel/Raab BGB 12. Aufl. § 613a Rn. 20; Staudinger/Richardi/Annunzi/BGB 13. Bearbeitung § 613a Rn. 51). Bei den übertragenen sächlichen und immateriellen Betriebsmitteln muß es sich um eine organisatorische Untergliederung handeln, mit der innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wird, auch wenn es sich nur um eine untergeordnete Hilfsfunktion handelt. § 613a BGB setzt für den Teilbetriebsübergang voraus, daß die übernommenen Betriebsmittel bereits bei dem früheren Betriebsinhaber die Qualität eines Betriebsteils hatten (Senat 24. April 1997 - 8 AZR 848/94 - NZA 1998, 253, zu II 2b aa der Gründe; 11. September 1997 - 8 AZR 555/95 - BAGE 86, 271, 277 f. [BAG 11.09.1997 - 8 AZR 555/95] = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 16, zu B 3b der Gründe; 13. November 1997 - 8 AZR 52/96 - EzA BGB § 613a Nr. 166, zu B I 2a der Gründe; 11. Dezember 1997 - 8 AZR 729/96 - BAGE 87, 303, 305 ff. = AP BGB § 613a Nr. 172, zu B I 2a der Gründe; 26. August 1999 - 8 AZR 718/98 - aaO; 25. Mai 2000 - 8 AZR 335/99 - nv.). Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, ist es auch möglich, nur einen Teilbetrieb zu übernehmen und dabei andere Betriebsteile auszunehmen. Es kommt dabei nicht darauf an, ob der verbleibende Restbetrieb fortgesetzt werden könnte oder noch lebensfähig ist. Der Betriebsübergang folgt aus der Wahrung der Identität des Betriebs beim Erwerber und nicht aus dem Untergang der früheren Identität des Gesamtbetriebs (BAG 13. November 1997 - 8 AZR 375/96 - BAGE 87, 120 = AP BGB § 613a Nr. 170, zu II 2 g der Gründe;

- 56 Bei Anwendung dieser Grundsätze war eine Fortführung des Betriebs in Österreich nicht geplant.
- 57 Zwar geht die Ähnlichkeit einer betrieblichen Tätigkeit und damit die Identität der wirtschaftlichen Einheit nicht bereits dadurch verloren, daß ein Erwerber einen Betrieb verlegt. Die wirtschaftliche Einheit kann trotz Ortsverlegung gewahrt bleiben, wenn der Erwerber eines Produktionsbetriebs Betriebsmittel verlagert und an einem anderen Ort mit gleicher Arbeitsorganisation und gleichen Betriebsmethoden die Produktion weiterführt. Entscheidend für die Wahrung der wirtschaftlichen Einheit ist, ob die Beklagte zu 2) auch die für die Bewältigung der Schuhproduktion bei der Gemeinschuldnerin gebildete betriebliche Organisation übernehmen sollte oder ob sie die Produktion mittels der bei ihr im Betrieb in Österreich bereits bestehenden Organisation fortführen und die übernommenen Wirtschaftsgüter in die vorhandene Organisation ihrer dortigen Schuhproduktion eingliedern wollte.
- 58 Demgemäß könnte nur dann von einem geplanten Betriebsübergang ausgegangen werden, wenn die Organisation der übernommenen Produktion in unveränderter Weise - zB als selbständige Betriebsabteilung - in Österreich fortgeführt werden sollte (vgl. BAG 12. Februar 1987 - 2 AZR 247/86 - AP BGB § 613a Nr. 67 = EzA BGB § 613a Nr. 64, zu II 3a der Gründe). Davon kann aber nach der im Interessenausgleich zum Ausdruck gekommenen Planung nicht ausgegangen werden. Die in Ziffer 6 des Interessenausgleichs in Aussicht genommene Veräußerung von Betriebsteilen beinhaltet nämlich, daß der Betrieb als Einheit gerade nicht veräußert wurde. Ferner ergibt sich - zumindest mittelbar - aus Ziffer 2 des Interessenausgleichs auch, daß die übernommenen Wirtschaftsgüter in die bei der Beklagten zu 2) vorhandene betriebliche Organisation eingegliedert werden sollten. In dieser Regelung ist nämlich nicht nur von einer Verlagerung an einen, sondern an mehrere Produktionsstandorte die Rede. Im übrigen behauptet der Kläger selbst nicht, daß der Betrieb der Gemeinschuldnerin in Österreich fortgeführt werden sollte.
- 59 (4)
- Soweit der Kläger meint, das Landesarbeitsgericht habe bei der Feststellung der Stilllegungsabsicht die Darlegungs- und Beweislast verkannt, ist dies unzutreffend. Das Landesarbeitsgericht hat keine Beweislastentscheidung getroffen, sondern die Stilllegungsabsicht auf Grund einer revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Beweiswürdigung als erwiesen angesehen. Demgemäß kommt es auch nicht darauf an, inwieweit die vom Kläger angeführte, gegen eine ernsthafte und endgültige Stilllegungsabsicht sprechende Vermutung eingreifen würde, wenn denn ein Betriebsübergang noch während des Laufs der Kündigungsfrist stattgefunden hätte. Im übrigen hat das Bundesarbeitsgericht nicht - insbesondere nicht in den vom Kläger angesprochenen Entscheidungen (BAG 27. September 1984 - 2 AZR 309/83 - BAGE 47, 13 = AP BGB § 613a Nr. 39, zu B III 3b bb, cc der Gründe; 5. Dezember 1985 - 2 AZR 3/85 - AP BGB § 613a Nr. 47 = EzA BGB § 613a Nr. 50, zu B II 2b der Gründe) - den Rechtssatz aufgestellt, daß die tatsächliche Vermutung unwiderlegbar ist (BAG 5. Dezember 1985 - 2 AZR 3/85 - aaO).
- 60 (5)
- Die betrieblichen Umstände hatten ferner im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung bereits greifbare Formen angenommen. Das Warenlager, Teile der Werkzeuge sowie das Warenzeichen "H" waren schon verkauft. Ferner wurde die Stilllegungsabsicht gegenüber den Mitarbeitern der Beklagten zu 1) auch unmißverständlich geäußert, indem ein Interessenausgleich abgeschlossen und sämtliche Arbeitsverhältnisse gekündigt wurden. Eine weitergehende Realisierung der Stilllegungsabsicht war vor Ausspruch der Kündigung nicht erforderlich.
- 61 Im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung war zudem die Prognose gerechtfertigt, daß der Arbeitsplatz des Klägers als Überholer nach Ablauf der Kündigungsfrist entbehrlich sein werde. Der Umstand, daß sich der Vorgang der Betriebsstilllegung länger hinzog als der Beklagte zu 1)

zunächst angenommen hatte, ist nicht von Bedeutung (vgl. dazu BAG 7. März 1996 - 2 AZR 298/95 - nv., zu II der Gründe). Der Beklagte zu 1) hat die Verzögerung damit begründet, daß auf Grund von Lieferschwierigkeiten des ungarischen Lohnfertigungsunternehmens die ursprünglich bis Ende März 1998 zugesagten Lieferungen erst verspätet bis Ende April 1998 in Offenbach am Main eingetroffen seien. Für die Abwicklung dieser Aufträge sei es dann erforderlich gewesen, während dieser Zeit Mitarbeiter in entsprechend reduzierter Anzahl weiterzubeschäftigen. Diese Erklärung ist nachvollziehbar und plausibel. Im übrigen behauptet der Kläger selbst nicht, daß die geschilderte Entwicklung bereits im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung absehbar und damit die Prognose der Entbehrlichkeit des Klägers im Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist falsch gewesen wäre.

62 c)

Die Kündigung ist nicht nach § 613a Abs. 4 BGB unwirksam; ein Übergang des Betriebs der Gemeinschuldnerin auf die Beklagten zu 2) oder 3) liegt nicht vor. § 613a Abs. 4 BGB läßt eine Kündigung unberührt, die aus "anderen" Gründen als wegen des Betriebsübergangs ausgesprochen wurde. Zu diesen Gründen gehört die auf eine Stilllegung des Betriebs gestützte Kündigung (zB BAG 9. Februar 1994 - 2 AZR 666/93 - AP BGB § 613a Nr. 105 = EzA BGB § 613a Nr. 116, zu II 2a der Gründe; 5. Dezember 1985 - 2 AZR 3/85 - AP BGB § 613a Nr. 47 = EzA BGB § 613a Nr. 50, zu B II 2b der Gründe). "Wegen" eines Betriebsübergangs wird eine Kündigung dann ausgesprochen, wenn der Betriebsübergang die überwiegende Ursache der Kündigung bildet. Der Betriebsübergang muß Beweggrund für die Kündigung sein. Dabei ist ausschließlich auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung abzustellen. Ein bevorstehender Betriebsübergang kann nur dann zur Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 613a Abs. 4 BGB führen, wenn die den Betriebsübergang ausmachenden Tatsachen zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits feststehen oder zumindest greifbare Formen angenommen haben (zB BAG 22. Januar 1998 - 8 AZR 623/96 - nv.; 13. November 1997 - 8 AZR 295/95 - BAGE 87, 115 = AP BGB § 613a Nr. 169, zu II 1 der Gründe mwN).

63 Inwieweit es nach Ausspruch der Kündigung zu einem Betriebsübergang auf die Beklagten zu 2) oder zu 3) gekommen ist, kann für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung auch dahinstehen. War der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung endgültig zur Betriebsstilllegung entschlossen, so kann eine später durchgeführte Betriebsveräußerung nicht nachträglich zum tragenden Grund für die Kündigung werden. Durch die strengen Anforderungen, die an eine Kündigung wegen einer beabsichtigten Betriebsstilllegung zu stellen sind, wird die Kontrolle vorweggenommen, ob die Kündigung im Hinblick auf die spätere Betriebsveräußerung auf einer Umgehung des § 613a Abs. 1 BGB beruht. Durch die Norm hat der Gesetzgeber die Umgehung des § 613a Abs. 1 BGB durch Arbeitgeberkündigungen konkretisiert und von der Erfüllung dieses Tatbestandes abhängig gemacht. Eine Umgehung dieser Norm kommt deshalb insoweit nicht in Betracht (vgl. BAG 28. April 1988 - 2 AZR 623/87 - AP BGB § 613a Nr. 74 = EzA BGB § 613a Nr. 80, zu IV 1c der Gründe).

64 Die Unwirksamkeit der Kündigung läßt sich entgegen der Auffassung des Klägers auch nicht mit der von ihm angeführten Entscheidung des Zweiten Senats vom 27. Februar 1997 (- 2 AZR 160/96 - BAGE 85, 194 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 1) begründen. Der Zweite Senat hat bei einem Betriebsübergang während des Laufs der Kündigungsfrist nicht die auf eine endgültige Stilllegungsabsicht gestützte Kündigung für unwirksam erachtet, sondern diesen Umstand zur Begründung eines Wiedereinstellungsanspruchs herangezogen.

65 d)

Der Wirksamkeit der Kündigung stünden auch betriebsverfassungsrechtliche Gründe nicht entgegen. Nach § 102 Abs. 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam. Dabei steht die nicht ordnungsgemäße Anhörung der unterbliebenen Anhörung gleich. Die Unterrichtung muß nicht denselben Anforderungen genügen wie die Darlegung des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozeß. Nach dem Grundsatz der "subjektiven Determinierung" hat der Arbeitgeber den aus seiner Sicht maßgeblichen

Kündigungssachverhalt mitzuteilen (*BAG 24. Februar 2000 - 8 AZR 167/99 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 47 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 104, zu I 1 der Gründe; 22. März 2001 - 8 AZR 565/00 - AP GG Art. 101 Nr. 59 = EzA GG Art. 101 Nr. 5, zu B II 9 der Gründe*). Dem wird die Anhörung am 30. Dezember 1997 gerecht.

66 aa)

Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat am 30. Dezember 1997 vor Ausspruch der Kündigung eine weitere Anhörung des Betriebsrats stattgefunden. Diese Tatsachenfeststellung ist für den Senat gemäß § 561 ZPO aF mangels einer formellen Verfahrensrüge des Klägers nach § 554 Abs. 3 Nr. 3b ZPO aF bindend. Das bloße Bestreiten des Klägers in der Revisionsbegründungsschrift ist unerheblich.

67 bb)

Soweit der Kläger ferner meint, der Arbeitgeber habe zu keinem Zeitpunkt das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG eingeleitet, ist dies unzutreffend. Ein Anhörungsverfahren wird dann wirksam eingeleitet, wenn der Arbeitgeber einen Kündigungsentschluß faßt und diesen gegenüber dem Betriebsrat eindeutig zu erkennen gibt sowie seine Mitteilungspflichten gegenüber dem Betriebsrat erfüllt (*KR-Etzel 6. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 53, 53a*). Dabei kann die Kündigungsmitteilung nicht nur durch eine ausdrückliche Erklärung erfolgen, sondern sie kann sich auch auf Grund der Begleitumstände ergeben. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts konnten ab dem 30. Dezember 1997 keine Mißverständnisse darüber bestehen, daß der Beklagte zu 1) Kündigungen auszusprechen beabsichtigte. Zwar mag die Initiative zur erneuten Anhörung des Betriebsrats anläßlich des Gesprächs zwischen dem Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin, Rechtsanwalt J, dem Beklagten zu 1) und dem Betriebsratsvorsitzenden von Rechtsanwalt J ausgegangen sein. Seine Äußerungen, daß noch einmal eine Anhörung des Betriebsrats zu den beabsichtigten Kündigungen erfolgen solle und daß eine Reaktion des Betriebsrats darauf gewünscht sei, erfolgten jedoch in Anwesenheit des Beklagten zu 1). Wenn er seinerzeit keine Kündigungsabsicht gehabt hätte, wäre zu erwarten gewesen, daß er dem Ansinnen von Rechtsanwalt J widerspricht. Dem war aber nicht so. Vielmehr hat der Beklagte zu 1) in der anschließenden Betriebsratssitzung gemeinsam mit Rechtsanwalt J dem Betriebsrat nochmals die wirtschaftlichen Gegebenheiten erläutert. Der Betriebsrat hat auch auf Grund der geschilderten Umstände die Vorgehensweise des Beklagten zu 1) als Einleitung eines Anhörungsverfahrens aufgefaßt. Er hat nämlich nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts in der Sitzung den Beschluß gefaßt, daß er den beabsichtigten Kündigungen zustimme.

68 cc)

Entgegen der Auffassung des Klägers hat der Beklagte zu 1) seine Mitteilungspflichten nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG nicht dadurch verletzt, daß er den Betriebsrat nicht zu den Vorkommnissen angehört hat, die sich nach Ausspruch der Kündigung ereignet haben. Sie gehören aus Sicht des Beklagten zu 1) nicht zum maßgeblichen Kündigungssachverhalt. Dieser ist dem Betriebsrat vom Beklagten zu 1) unterbreitet worden. Die dementsprechende Annahme des Landesarbeitsgerichts, daß die am 30. Dezember 1997 unmittelbar vor Ausspruch der Kündigung erfolgte weitere Anhörung des Betriebsrats im Zusammenhang mit den zeitlich davor liegenden Gesprächen als ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats im Sinne des § 102 BetrVG anzusehen sei, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Auch der Kläger hat insoweit keine Fehler aufzuzeigen vermocht.

69 e)

Der Beklagte zu 1) hätte auch die von ihm zu wählende Kündigungsfrist eingehalten. § 113 Abs. 1 Satz 2 InsO ist verfassungsgemäß (*vgl. BAG 16. Juni 1999 - 4 AZR 191/98 - BAGE 92, 41 = AP InsO § 113 Nr. 3*). Insbesondere verstößt § 113 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht - wie der Kläger meint - gegen Art. 9 Abs. 3 GG. Zwar greift § 113 Abs. 1 InsO in bestehende Tarifverträge ein. Zu einem derartigen Eingriff ist der Gesetzgeber aber jedenfalls dann befugt, wenn er auf eine



verfassungsrechtliche Fundierung eines legislatorisch umgesetzten Gemeinwohlbelangs verweisen kann. So liegt es hier. Der Gesetzgeber hat die sozialen Belange der Beschäftigten als einer Gruppe der Insolvenzgläubiger mit den Interessen der - anderen - Insolvenzgläubiger abgewogen. Das Entstehen von Masseschulden sollte begrenzt werden, da der Insolvenzverwalter in der Regel keinen Beschäftigungsbedarf mehr hat und zu Lasten der anderen Gläubiger Ansprüche ohne Gegenleistung entstünden. Diese Interessen der Konkurs-/Insolvenzgläubiger, die durch § 113 Abs. 1 InsO gegen eine übermäßige Aushöhlung der Insolvenzmasse geschützt werden sollen, haben Verfassungsrang. Die Forderungen der Gläubiger stellen als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG rechtlich geschützte Rechtsgüter dar. Dem entspricht es, daß das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Unternehmenseigentum als Grundrechtsposition anerkannt ist (*so BAG 16. Juni 1999 - 4 AZR 191/98 - aaO, zu II 2a der Gründe*).

70 2.

Da ein Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2) nicht vorliegt, sondern das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die Kündigung des Beklagten zu 1) zum 30. April 1998 aufgelöst worden ist (so. B III 1b und c), ist der gegen die Beklagte zu 2) gerichtete Antrag des Klägers auf Weiterbeschäftigung (Antrag 2) unbegründet.

71 3.

Der Antrag des Klägers auf Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis zu der Beklagten zu 3) zu unveränderten Bedingungen über den 30. April 1998 hinaus fortbesteht (Antrag 4) hat keinen Erfolg.

72 Da das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die wirksame Kündigung des Beklagten zu 1) vom 30. Dezember 1997 am 30. April 1998 aufgelöst wurde, kann der Kläger nicht die Feststellung verlangen, daß sein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 3) zu unveränderten Bedingungen über den 30. April 1998 hinaus fortbesteht. Das Landesarbeitsgericht hat für den Senat bindend festgestellt ( § 561 ZPO aF), daß die Beklagte zu 3) ihre betriebliche Tätigkeit erst nach dem 30. April 1998 aufgenommen hat.

73 4.

Der Kläger hat gegen die Beklagte zu 3) auch keinen Anspruch auf Wiedereinstellung (Antrag 5).

74 Ein Wiedereinstellungsanspruch setzt einen Betriebs- oder Teilbetriebsübergang voraus (*BAG 13. November 1997 - 8 AZR 295/95 - BAGE 87, 115 = AP BGB § 613a Nr. 169; 10. Dezember 1998 - 8 AZR 324/97 - BAGE 90, 260 = AP BGB § 613a Nr. 185*).

75 Der nach den allgemeinen zivilprozessualen Regeln insoweit die Darlegungs- und Beweislast tragende Kläger hat die anspruchsbegründenden Tatsachen für einen Betriebsübergang auf die Beklagte zu 3) jedoch nicht schlüssig vorgetragen.

76 Sein Hinweis, daß sein Arbeitsplatz bei der Beklagten zu 3) noch vorhanden sei, genügt nicht. Allein die Möglichkeit, daß bestimmte Arbeitnehmer ihre Tätigkeit unverändert auch beim Betriebserwerber erbringen können, wahrt die Identität der Einheit nicht. Eine wirtschaftliche Einheit darf nämlich nicht nur als bloße Tätigkeit verstanden werden (*BAG 22. Mai 1997 - 8 AZR 101/96 - BAGE 86, 20 = AP BGB § 613a Nr. 154, zu B II 2c aa der Gründe*).

77 Der Annahme eines Übergangs des gesamten Betriebs der Gemeinschuldnerin auf die Beklagte zu 3) steht entgegen, daß jene die Geschäftstätigkeit nicht weitergeführt hat. Die Beklagte zu 3) verrichtet keine ähnliche, sondern eine im wesentlichen andere betriebliche Tätigkeit als die Gemeinschuldnerin. Diese produzierte Schuhe in großen Mengen für den allgemeinen Markt. Davon unterscheiden sich das angebotene Produkt, dessen Herstellung sowie die Kundschaft der Beklagten zu 3) wesentlich. Sie entwickelt lediglich Schuhkollektionen bis zur Produktionsreife und fertigt Muster sowie Prototypen. Dementsprechend findet auch keine Massenfertigung, sondern eine

mehr handwerklich ausgerichtete Einzelfertigung statt. Die Kundschaft der Beklagten zu 3) ist auch nicht der allgemeine Markt, sondern die Beklagte zu 2). Inwieweit Betriebsmittel der Gemeinschuldnerin auf die Beklagte zu 3) übergegangen sind, spielt angesichts des veränderten Betriebszwecks keine Rolle.

**78** Rechtlich ohne Belang ist ferner, inwieweit die nunmehr von der Beklagten zu 3) verrichtete betriebliche Tätigkeit bei der Gemeinschuldnerin im Rahmen einer abtrennbaren organisatorischen Einheit, also einem Betriebsteil, erledigt wurde. Denn der Übergang eines Arbeitsverhältnisses setzt voraus, daß der Arbeitnehmer dem übertragenen Betriebsteil angehört. Nicht ausreichend ist, wenn er ohne ihm anzugehören, lediglich Tätigkeiten für den übertragenen Betriebsteil verrichtet hat (*BAG 11. September 1997 - 8 AZR 555/95 - BAGE 86, 271 [BAG 11.09.1997 - 8 AZR 555/95] = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 16, zu B 3a der Gründe; 21. Januar 1999 - 8 AZR 298/98 - nv., zu II 1b aa der Gründe*). Der Kläger behauptet aber nur, auch für die Modellfertigung Schuhe angefertigt zu haben, nicht jedoch, einem entsprechenden Betriebsteil organisatorisch angehört zu haben.

**79** Es kann deshalb letztlich dahinstehen, ob und wann ein Wiedereinstellungsanspruch im Rahmen eines im Insolvenzverfahren stattfindenden Betriebsübergangs gegeben ist.

**80** **IV.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO .

---

Hauck

Dr. Wittek

Laux

Hennecke

Der ehrenamtliche Richter Binder ist wegen Urlaub an der Unterschrift verhindert. Hauck

Von Rechts wegen!