

Aktenzeichen: 2 AZR 353/90 (A)
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Teil-Urteil vom 27. März 1991
- 2 AZR 353/90 (A) -

I. Arbeitsgericht
Frankfurt am Main

Urteil vom 25. Juli 1989
- 17 Ca 401/88 -

II. Landesarbeitsgericht
Frankfurt am Main

Urteil vom 16. März 1990
- 6 Sa 1298/89 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse : Nein
Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Kündigung - Betriebsstillegung - Betriebsübergang

Gesetz:

KSchG § 1; BGB § 613 a

Leitsätze:

K e i n e



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 353/90 (A)

6 Sa 1298/89 Frankfurt am Main

Verkündet am
27. März 1991

Noll,
Reg.-Hauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Teilurteil

In Sachen

pp.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Januar 1991 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Ascheid sowie die ehrenamtlichen Richter Wisskirchen und Baerbaum für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 16. März 1990 - 6 Sa 1298/89 - aufgehoben.
2. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 25. Juli 1989 - 17 Ca 401/88 - wird hinsichtlich der Beklagten zu 3. insgesamt und hinsichtlich der Beklagten zu 1. und 2. mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß festgestellt wird, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten zu 1. und 2. vom 27. Oktober 1988 aufgelöst worden ist.
3. Der Kläger trägt die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 3.
Im übrigen bleibt die Kostenentscheidung dem Schlußurteil vorbehalten.

V o n R e c h t s w e g e n !



T a t b e s t a n d :

Der Kläger war aufgrund eines Arbeitsvertrages vom 12. April 1978 seit 17. April 1978 für die Beklagte zu 1) als Gebäudereiniger tätig. Für die Zeit vom 1. Januar 1984 bis 31. Dezember 1988 erteilte die Flughafen Frankfurt/Main AG (im folgenden: FAG) den Beklagten zu 1) und 2) gemeinsam einen Auftrag zur Reinigung des Terminals. Die Reinigung des Flughafenbereichs Ost und des Frachtbereichs wurde an zwei andere Reinigungsfirmen vergeben. Befristet für die Laufzeit des Reinigungsauftrages gründeten die Beklagten zu 1) und zu 2) eine Arbeitsgemeinschaft bürgerlichen Rechts (im folgenden: ARGE), an der sie zu je 50 % beteiligt waren. Die Beklagte zu 2) trat dem Arbeitsvertrag des Klägers mit der Beklagten zu 1) bei. Der Kläger war am Flughafen Rhein-Main eingesetzt, sein Stundenlohn betrug zuletzt 10,20 DM brutto.

Die FAG überließ der ARGE Büroräume, Räume für die Aufnahme von Reinigungsmitteln, Reinigungsgeräten sowie Sozialräume (mit Spinden) zum Umziehen der Arbeitnehmer. Die ARGE beschaffte die nötigen Reinigungsgeräte und -mittel sowie das erforderliche Personal auf eigene Rechnung. Sie beschäftigte zuletzt 177 Arbeiterinnen und Arbeiter, davon 34 befristet bis zum 31. Dezember 1988, darunter acht Vorarbeiterinnen und Vorarbeiter, einen Nachschichtleiter sowie drei Angestellte, von denen einer, Herr M als "Leiter vor Ort", Herr B , als sein Vertreter und Frau E als Sachbearbeiterin fungierten. Die drei Angestellten sorg-



ten für die laufende Arbeit vor Ort, Herr M war für Einstellungen zuständig. Entscheidungen über Entlassungen, über Änderungen der Planung im Reinigungsrythmus und ähnliches war den Geschäftsführern F und S vorbehalten.

Die Buchführungsarbeiten hatte die ARGE an die O GmbH und ihre Personalverwaltung an die P Verwaltungs-GmbH, beide in O gegen Entgelt vergeben. Einstellungsverträge, Abmahnungen, Anhörungsschreiben und die spätere Massenentlassungsanzeige an das Arbeitsamt wurden in der Verwaltungs-GmbH ausgefertigt und durch den Personalsachbearbeiter Z in O unterschrieben.

Alle Pkw's und Kleinbusse für Transport vor Ort leaste die ARGE von der Firma P Fuhrpark GmbH. Die ARGE hatte außerdem eine Kehrsaugmaschine zur Reinigung großer Flächen sowie drei Naß-Schrubbmaschinen von der Firma T geleast, und zwar für 24 Monate. Danach sollte der Restwert dieser Geräte noch 15 % des Neuwertes, d.h. 93.675,-- DM betragen.

Am 22. August 1988 schrieb die FAG den Auftrag für die Flughafenreinigung ab 1. Januar 1989 öffentlich aus. Diese Ausschreibung erfaßte außer der Toilettenreinigung und der Reinigung der Flugzeuge alle Bereiche des Flughafens, also Terminal, Bereich Ost und Frachtbereich. Den Auftrag erhielt die Beklagte zu 3).

Mit Schreiben vom 17. Oktober 1988 bat die ARGE den Betriebsrat um Zustimmung zur vorsorglichen fristgerechten Kündigung u.a.



des Klägers mit dem Hinweis, der Reinigungsvertrag mit der FAG ende am 31. Dezember 1988. Der Betriebsrat stimmte dem unter dem Vorbehalt des Zustandekommens eines Sozialplanes zu. Mit Schreiben vom 27. Oktober 1988, das dem Kläger am 1. November 1988 zuging, kündigte die ARGE das Arbeitsverhältnis zum Kläger vorsorglich und fristgerecht zum 31. Dezember 1988. In dem Kündigungsschreiben heißt es:

"Wie Sie wissen, endet der Reinigungsauftrag mit der FAG zum 31.12.1988.

Leider ist heute noch nicht absehbar, ob wir erneut als Auftragnehmer verpflichtet werden.

Wir sind deshalb gezwungen, Ihnen hiermit vorsorglich und fristgerecht zum 31.12.1988 zu kündigen.

Kann eine Weiterbeschäftigung nicht erfolgen, wird ein Sozialplan, über den zur Zeit mit dem Betriebsrat verhandelt wird, in Kraft treten. ..."

Am 22. Dezember 1988 wurde vor der Einigungsstelle ein Interessenausgleich und ein Sozialplan vereinbart. Hierin waren 50.000,-- DM für solche Mitarbeiter bereitgestellt, die ihren Arbeitsplatz nicht aus wichtigen, persönlichen Gründen oder freiwillig verlieren, die noch kein volles Jahr der Betriebszugehörigkeit erreicht hatten und denen von der Beklagten zu 3) kein vergleichbares Arbeitsverhältnis angeboten wurde. Im Eingang verpflichteten sich die Beteiligten, sich dafür einzusetzen, daß möglichst alle derzeit beschäftigten Arbeitnehmer ab 1. Januar 1989 von dem Auftragnehmer zu den allgemeinverbindlichen Tarifbedingungen eingestellt werden sollten. Dem Kläger wurde ein neuer Arbeitsplatz angeboten, den er jedoch ablehnte.



Mit einem beim Arbeitsamt Frankfurt am Main am 21. November 1988 eingegangenen Schreiben vom 15. November 1988 zeigte die ARGE eine bevorstehende Massenentlassung von 143 Arbeitern an. Zur Stellungnahme des Betriebsrates heißt es: "Wird nachgereicht". Die Stellungnahme des Betriebsrates ging beim Arbeitsamt am 6. Dezember 1988 ein. Mit Schreiben vom 28. November 1988 an die ARGE berechnete das Arbeitsamt die Sperrfrist vom 22. November bis zum 21. Dezember 1988 und die hieran anschließende Freifrist bis zum 21. Januar 1989.

Ende November/Anfang Dezember 1988 zeichnete sich in einem Vergabegespräch ab, daß die Beklagte zu 3) zusammen mit einer Mitbewerberin den Auftrag erhalten werde. Diese beiden aussichtsreichen Bewerber schlossen sich gesellschaftsrechtlich zur jetzigen Beklagten zu 3) zusammen und erhielten von der FAG den Auftrag kurz vor Weihnachten 1988. Ab 23. Dezember 1988 bestellte die Beklagte zu 3) bei verschiedenen Lieferanten Reinigungsgeräte und Reinigungsmittel sowie Zubehör und größere Maschinen im Werte von weit über 100.000,-- DM.

Mit dem 31. Dezember 1988 beendete die ARGE ihre Reinigungstätigkeit im Flughafenbetrieb und übte auch sonst keine Reinigungstätigkeit mehr aus. Die Arbeitsverhältnisse mit ihren drei Angestellten wurden einvernehmlich aufgehoben. Den Angestellten war hierbei klar, daß sie bei der Beklagten zu 3) aufgrund neuer Verträge weiter würden tätig sein können.

Am 1. Januar 1989 nahm die Beklagte zu 3) ihre Reinigungstätigkeit im Flughafen auf. Sie beschäftigt 280 Arbeitnehmer, dar-



unter 105 der ARGE sowie deren drei frühere Angestellte. Die Beklagte zu 3) hatte nahezu allen Arbeitern neue Arbeitsverträge angeboten, im wesentlichen zu denselben Stundenlöhnen wie früher und unter Vereinbarung der einschlägigen Tarifverträge, jedoch mit dem Datum des Betriebseintritts zum 1. Januar 1989.

Die Beklagte zu 3) trat in den laufenden Leasingvertrag einer Kehrmaschine der Beklagten zu 1) und 2) ein und leaste alle übrigen Großmaschinen aufgrund neuer Verträge an, ebenso alle Fahrzeuge von der P Fuhrpark GmbH in O . Die FAG stellte die erforderlichen Räume zur Verfügung.

Die ARGE gab Vorräte an unangebrochenen Reinigungsmitteln an ihre Lieferanten zurück, worüber sie Gutschriften in Höhe von 3.917,-- DM erhielt, für überlassene Geräte berechnete sie der Beklagten zu 3) 7.296,-- DM.

Der Kläger hält die Kündigung für unwirksam und ist der Auffassung, er stehe in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten zu 3).

Er hat vorgetragen, der Betriebsrat sei nicht ordnungsgemäß angehört worden, ebenso sei die Massenentlassung nicht richtig angezeigt worden. Die Kündigung sei aber auch nicht wegen Betriebsstillegung gerechtfertigt. Diese sei nur zum Schein erfolgt, während in Wahrheit persönliche und sächliche Betriebsmittel durch Rechtsgeschäft auf die Beklagte zu 3) übergeleitet worden seien.



Die Beklagte zu 3) habe den Betriebszweck, nämlich die Reinigung des Terminals, fortgesetzt. Sie habe die bisherigen Räumlichkeiten der ARGE (Büro, Umkleidekabinen, Spinde, Lager), die bisherige Anschrift, den Telefonanschluß und zumindest die größeren Reinigungsmaschinen, die die ARGE habe stehengelassen und deren Beschriftung erst später geändert worden sei, weiterbenutzt. Dies sei auch geschehen hinsichtlich der früheren Büroeinrichtungen einschließlich der Schreibmaschinen, sämtlicher Fahrzeuge, die ebenfalls erst im Laufe der Monate umlackiert worden seien, und der gesamten Personalorganisation der ARGE. Hierzu seien zu rechnen die Schicht- und Einsatzpläne, alle Vorarbeiter, der Nachtdienstleiter, die Organisations- und Betriebsstruktur, soweit sie die Auslagerung und Vergabe von Buchhaltungsarbeiten an die O GmbH in O und die Personalverwaltungsarbeiten an eine andere P Verwaltungsgesellschaft in O betroffen hätten.

Ohne Rückgriff auf die Personallisten, die personellen und sachlichen Organisationsstrukturen der ARGE und ohne Ortskenntnisse der früheren Mitarbeiter der ARGE, die als know how anzusehen seien, hätte die Beklagte zu 3) ihren Betrieb am 1. Januar 1989 nicht anlaufen lassen können. Ohne Rückgriff auf die gesamte Arbeitsorganisation der ARGE und auf die bewußt stehengelassenen Transport- und Reinigungsgeräte einschließlich verbliebener Arbeitskleidung hätte die Beklagte zu 3) den Auftrag so spät zum 1. Januar 1989 gar nicht mehr annehmen können.

Die Beklagte zu 3) habe ein ausreichendes Betriebssubstrat mit Billigung der ARGE übernommen. Die übernommenen Kräfte hätten



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

in ihrer bisherigen Dienstkleidung zu denselben Bedingungen mit demselben Material im selben Revier schlicht weitergearbeitet. Die Personalverwaltung und die Personalbuchhaltung der ARGE sei auf die Beklagte zu 3) übergegangen. Soweit die Beklagte zu 3) Arbeitskleidung der ARGE oder Reinigungsmaschinen aufgrund neuer Leasingverträge weiterbenutzt habe, habe sie die alten Leasingverbindungen der ARGE übernommen.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die von der Beklagten zu 1) und 2) am 27. Oktober 1988, zugegangen am 1. November 1988, zum 31. Dezember 1988 ausgesprochene ordentliche Kündigung nicht aufgelöst sei, sondern zu unveränderten Arbeitsbedingungen fortbestehe,
2. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und der Beklagten zu 3) ungekündigt seit dem 17. April 1978 zu unveränderten Arbeitsbedingungen bestehe,
3. die Beklagte zu 3) zu verurteilen, ihn zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagten zu 1) und 2) haben vorgetragen, die Anhörung des Betriebsrates und die Anzeige der Massenentlassungen seien ordnungsgemäß, dem Betriebsrat hätten keine Sozialdaten mitgeteilt werden müssen, weil ausnahmslos allen Arbeitern hätte gekündigt werden müssen.

Zum allein maßgeblichen Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung seien sie zur Aufgabe des Betriebes fest entschlossen gewesen. Der Auftrag sei bis 31. Dezember 1988 befristet gewesen. Eine konkrete



Aussicht, die Arbeiten fortführen zu können, habe nicht bestanden. Der Betrieb sei zum 31. Dezember 1988 auch tatsächlich aufgelöst worden. Die Leasingverträge seien im November zum 31. Dezember 1988 gekündigt worden. Die turnusmäßige Bestellung von Reinigungsmitteln für Januar sei nicht mehr erfolgt. Zum 31. Dezember 1988 habe sie sämtliche Räume der FAG zurückgegeben. Zunächst zurückgebliebenes Material und Gerät sei später abtransportiert worden, die für sie wertlos gewordene Berufskleidung mit der Aufschrift "ARGE" habe sie den Arbeitnehmern zum Selbstgebrauch überlassen. Betriebsmittel seien nicht zu funktionsfähigen Einheiten zusammengefaßt und auf die Beklagte zu 3) übertragen worden.

Die Beklagte zu 3) hat geltend gemacht, sie habe einen neuen Betrieb aufgebaut, ohne wesentliche Betriebsmittel von der ARGE übernommen zu haben. Dies ergebe sich schon aus dem größeren Arbeitsbereich, nämlich Bereich Ost und Fracht, und dem Auftragsvolumen von jährlich 8,5 Mio. DM gegenüber 4,2 Mio. DM der ARGE. Seit dem Vergabegespräch Ende November habe sie ihren Betrieb aufgebaut und so organisiert, daß er ab 1. Januar 1989 auch ohne Übernahme wesentlicher, funktionsfähiger Betriebsteile der ARGE habe arbeiten können. Mit allen 280 Arbeitnehmern habe sie neue Arbeitsverträge geschlossen, alle Schweißgeräte und Fahrzeuge habe sie aufgrund neuer Leasingverträge angeleast mit Ausnahme einer Kehrsaugmaschine, für die sie die Weiterführung des laufenden Leasingvertrages von der ARGE übernommen habe. Die nötigen Reinigungsmittel und Kleingeräte seien am 1. Januar und 2. Januar 1989 soweit angeliefert gewesen, daß die Arbeiten hätten durchgeführt werden können. Daß sie die Räume der FAG benutzt habe, sei rechtlich nicht erheblich.



Die Beklagten machen insgesamt geltend, sie seien weder durch gesellschaftsrechtliche Beteiligungen noch durch personelle Verflechtungen von Geschäftsführern und Gesellschaftern konzernmäßig abhängige Gesellschaften gewesen. Von einer "Freigabe" von Kunden könne nicht ausgegangen werden. Es sei weder mit der ARGE noch mit der Beklagten zu 1) vereinbart worden, diese sollten sich nicht um den Anschlußauftrag bemühen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers der Klage im vollen Umfang stattgegeben. Hiergegen richten sich die Revisionen der Beklagten, um deren Zurückweisung der Kläger bittet.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist im wesentlichen begründet. Der Kläger steht nicht in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten zu 3). Durch die Kündigung der Beklagten zu 1) und 2) ist das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis wirksam beendet worden. Der Rechtsstreit war insoweit jedoch teilweise durch Beschluß auszusetzen, da der genaue Beendigungstermin der Kündigung noch nicht festgestellt werden kann.

A. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, die Kündigung der Beklagten zu 1) und 2) sei unwirksam. Mit der Beklagten zu 3) bestehe das frühere Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fort.



1. Die Kündigung sei nicht wegen § 102 BetrVG unwirksam. Im Anhörungsschreiben fehlten zwar die Sozialdaten. Dies sei aber im konkreten Fall unschädlich, da für eine soziale Auswahl angesichts der Kündigung aller Arbeitnehmer kein Raum gewesen sei.

Die Kündigung sei nicht nach §§ 17, 18 KSchG unwirksam, allerdings hätte die Kündigung eine Entlassung nicht zum 31. Dezember 1988 bewirken können, sondern erst zum 31. Januar 1989. Die Entlassungsanzeige sei erst am 6. Dezember 1988 durch Nachreichung der Stellungnahme des Betriebsrates wirksam geworden. Nach § 622 Abs. 2 BGB könne eine Kündigung nur zum Monatsende ausgesprochen werden, diese Regelung bleibe durch § 18 KSchG unberührt.

2. Die Kündigung sei aber unwirksam, da die ARGE bei ihrem Anspruch noch nicht zur unwiderruflichen Stilllegung endgültig entschlossen gewesen sei. Sie habe nur vorsorglich gekündigt und lediglich für den Fall, daß eine Weiterbeschäftigung nicht erfolgen werde, einen Sozialplan angekündigt. § 613 a Abs. 4 BGB könne daher nicht als ausgeschlossen angesehen werden.

3. Der Kläger stehe in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten zu 3). Diese habe von der ARGE den Betrieb erworben. Die bewährte, eingespielte Personalorganisation und Personalverwaltung mit einem Nachtschichtleiter, acht ortskundigen Vorarbeitern und drei Angestellten für den laufenden Betrieb hätten zusammen mit der Anschriftenliste der bisherigen Beschäftigten der ARGE, die als Reinigungskräfte hätten weiterarbeiten wollen, mit deren Lohnabzugsdaten ein wertvolles wesentliches Betriebsmittel ergeben, mit dem auch die Beklagte zu 3) für ihren Reinigungsabschnitt im Terminal



als dem organisatorischen Herzstück ihres neuen Gesamtauftrages im Rahmen ihres Betriebsaufbaues hätte viel anfangen können. Wenn die alten Betriebsinhaber auf ihre einzige Kundenbeziehung aus freien Stücken verzichtet hätten, dann sei diese Kundenbeziehung als Unternehmenswert nicht mehr veräußerungsfähig. Eine solche "Freigabe" der Kundenbeziehung durch die ARGE liege vor. Um den Anschlußauftrag der FAG hätten sich weder die ARGE noch ihre Gesellschafter einzeln beworben. Die ARGE habe am 31. Dezember 1988 "ein funktionsfähiges Ensemble" solcher Betriebsmittel hinterlassen, das die Beklagte zu 3) instandgesetzt habe, den Reinigungsabschnitt Terminal zu bedienen.

Wertvollster Teil dieser Hinterlassenschaft sei die Personalorganisation und Personalstruktur mit Anschriftenliste gewesen. Auch die Auflistung der Personalverwaltung und Personalbuchführung zwischen dem Betriebsbüro in Frankfurt und den zentralen Diensten der P Gruppe seien unverändert erhalten geblieben. Hinzugekommen seien hinterlassene, geleaste Fahrzeuge und Großmaschinen, deren Verträge zwar von der ARGE formell gekündigt und die von der Beklagten zu 3) aufgrund neuer Leasingverträge nahtlos weiter genutzt worden seien, weil sie auf dem Flughafen einfach stehengelassen worden seien. An den stehengelassenen Maschinen seien die Leasingbeziehungen ablesbar, durch die Übernahme dieser Geräte seien der ARGE "Auflösungsverluste in ungeklärter Höhe" erspart worden. Mit dem Neuleasing dieser Geräte bei der Firma T und von Fahrzeugen bei der P Fuhrpark GmbH O sei die Beklagte zu 3) an bei der ARGE bewährte und auf dem Flughafen vorhandene Fahrzeuge und Großmaschinen gekommen.



Auch ein Rechtsgeschäft sei anzunehmen. Die ARGE habe der Beklagten zu 3) bewußt über ihre Mitarbeiterlisten im Flughafenbüro oder in O den Zugriff auf ihre bisherige Arbeitsorganisation überlassen. Hinzu komme der selbstverständliche Zugriff auf die zentralen Dienste in O . Die ARGE müsse auch bewußt der Beklagten zu 3) gestattet haben, daß ihre ehemaligen Mitarbeiter ihre alte Berufskleidung mit der Aufschrift ARGE hätten weitertragen dürfen. Die ARGE habe bewußt ihre Leasingverbindungen zu den Firmen T und P der Beklagten zu 3) dadurch zugänglich gemacht, daß sie ihre Maschinen einfach habe stehenlassen. Die ARGE habe letztlich ihre sämtlichen Betriebsmittel solange bewußt zur Nutzung der Beklagten zu 3) zurückgelassen, bis diese ausreichend eigenes Material am Ort gehabt habe. Dadurch sei mit einem intern funktionsfähigen Ensemble von Betriebsmitteln rechtsgeschäftliche Überbrückungshilfe gewährt worden, die die Beklagte zu 3) befähigt habe, mit dem Kern der bisherigen Betriebsmittel die Reinigung des Abschnitts Terminal durchzuführen.

B. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten weitgehend der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

I. Zur Revision der Beklagten zu 3):

Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist die Beklagte zu 3) nicht in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis des Klägers eingetreten. Sie hat den Betrieb der Beklagten zu 1) und 2) nicht übernommen, so daß die Rechtsfolgen gemäß § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB nicht eingetreten sind. Die Beklagten zu 1) und 2) haben ihren Betrieb vielmehr stillgelegt.



Das Landesarbeitsgericht ist von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts abgewichen und hat zudem die vorgetragenen Tatsachen nicht zutreffend gewürdigt. Schon nach den vom Landesarbeitsgericht festgestellten Tatsachen liegt kein Betriebsübergang i. S. von § 613 a BGB vor.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG (vgl. BAGE 35, 104, 106 = AP Nr. 24 zu § 613 a BGB, zu 1 der Gründe; BAGE 47, 13 = AP Nr. 39 zu § 613 a BGB) gehören zu einem Betrieb i. S. von § 613 a Abs. 1 BGB nur die sächlichen und immateriellen Betriebsmittel, nicht auch die Arbeitnehmer (BAG Urteil vom 22. Mai 1979 - 1 AZR 46/76 - DB 1979, 1751). Der Übergang des Arbeitsverhältnisses ist Rechtsfolge, nicht Tatbestandsvoraussetzung. Die sächlichen und immateriellen Betriebsmittel machen einen Betrieb dann aus, wenn der neue Inhaber mit ihnen und mit Hilfe der Arbeitnehmer bestimmte arbeitstechnische Zwecke verfolgen kann. Dabei ist es nicht erforderlich, daß alle Wirtschaftsgüter, die bisher zu dem Betrieb des alten Inhabers gehörten, auf den neuen Betriebsinhaber übergehen. Unwesentliche Bestandteile des Betriebsvermögens bleiben außer Betracht. Die Veräußerung einzelner beweglicher Anlagegüter oder allein des Betriebsgrundstückes ohne Maschinen und Einrichtungsgegenstände kann für den Bestand und die Weiterführung des Betriebes ohne jede Bedeutung sein. Entscheidend ist, ob die Veräußerung einzelner bzw. einer Summe von Wirtschaftsgütern vorliegt oder die des Betriebes. Das hängt entscheidend davon ab, ob der neue Inhaber mit den übernommenen Betriebsmitteln den Betrieb oder einen Betriebsteil im wesentlichen unverändert fortführen kann (vgl. BAGE 27, 291, 295 = AP Nr. 2 zu



§ 613 a BGB, zu 1 der Gründe; BAG Urteil vom 22. Februar 1978 - 5 AZR 800/76 - AP Nr. 11 zu § 613 a BGB). Die eingerichteten und bestehenden Arbeitsplätze sollen im Interesse und unter Aufrechterhaltung des vorhandenen Betriebes erhalten bleiben, wenn ein anderer das Betriebssubstrat erwirbt. Die Arbeitnehmer selbst gehören nicht zum Betrieb i. S. von § 613 a BGB, wohl aber können im Einzelfall Fachkenntnisse eingearbeiteter Mitarbeiter in ihrer Bedeutung für die Fortführung des alten Betriebes im Vordergrund stehen (vgl. BAGE 49, 102, 105 f. = AP Nr. 23 zu § 7 BetrAVG, zu I 1 b der Gründe).

b) In Anwendung dieser Rechtsgrundsätze ist das Bundesarbeitsgericht nicht von einem von vornherein abstrakt festgelegten einheitlichen Betriebsbegriff ausgegangen. Es hat für die Frage, welche Betriebsmittel für die Erfüllung der arbeitstechnischen Zwecke wesentlich sind, jeweils auf die Eigenart des Betriebes abgestellt. Für Handels- und Dienstleistungsbetriebe, deren Betriebsvermögen hauptsächlich aus Rechtsbeziehungen besteht, sind es in erster Linie die immateriellen Betriebsmittel wie Kundenstamm, Kundenlisten, die Geschäftsbeziehungen zu Dritten, das "know-how" und der "good-will", ebenso die Einführung des Unternehmens auf dem Markt (BAGE 49, 102, 105 = AP, aaO, zu I 1 b der Gründe; Senatsurteil vom 29. September 1988 - 2 AZR 107/88 - AP Nr. 76 zu § 613 a BGB; Urteil vom 18. Oktober 1990 - 2 AZR 172/90 -, zur Veröffentlichung in der Fachpresse vorgesehen), ggf. auch Geschäftsräume und Geschäftslage, sofern diese Bestandteile des Betriebes ermöglichen, den bisherigen Kundenkreis zu halten und auf den neuen Betriebsinhaber überzuleiten (BAGE 53, 267 = AP Nr. 58 zu § 613 a BGB).



In der Entscheidung vom 29. September 1988 (aaO) hat der Senat ausgeführt, für Dienstleistungsbetriebe, die mit den Kunden langfristige Dienst- oder Werkverträge abschließen - z. B. ein Bewachungsunternehmen -, reiche es für die Annahme eines Betriebsüberganges nicht aus, wenn der neue Unternehmer nur die für die Bewachung des Objektes verwendeten sächlichen Betriebsmittel von dem früheren Unternehmer übernehme sowie die Mehrheit der bisher dort tätigen Arbeitnehmer einstelle. Er hat angenommen, in diesen Fällen setze die Überleitung der Beziehungen zu den gegenwärtigen Kunden in der Regel auch den Eintritt des Erwerbers in mit den Kunden bestehende Verträge voraus. Darauf könne allenfalls dann verzichtet werden, wenn die Dienstleistungsverträge ohnehin ausliefen und der bisherige Betriebsinhaber in Verbindung mit der Übertragung von Betriebsmitteln die Kunden künftig zur Anwerbung durch den Erwerber "freigebe".

c) Die Beklagte zu 3) hat in Anwendung dieser Rechtsprechung nicht dadurch den Betrieb der Beklagten zu 1) und 2) übernommen, daß sie den Zuschlag bei der Neuausschreibung erhalten hat. Eine Betriebsübernahme würde allerdings nicht deswegen auszuschließen sein, weil es insoweit an einer Vereinbarung zwischen dem bisherigen Inhaber und dem neuen Inhaber fehlt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAGE 35, 104 = AP Nr. 24 zu § 613 a BGB; BAGE 48, 376 = AP Nr. 43 zu § 613 a BGB) genügt zur Annahme eines Rechtsgeschäfts auch der Vertrag zwischen dem Erwerber und einem Dritten, insbesondere einem Verpächter, sofern hierdurch die wesentlichen Betriebsmittel jedenfalls mittelbar übertragen werden. Ein Betriebsübergang kann danach auch



dann angenommen werden, wenn der Erwerber die für die Betriebsführung wesentlichen Mittel durch Rechtsgeschäft mit einem Dritten oder durch eine Vielzahl von Rechtsgeschäften erhält. Diese Verträge müssen jedoch insgesamt dazu dienen, einen "funktionsfähigen Betrieb" zu übertragen. In der Entscheidung vom 29. September 1988 (aaO) hat der Senat dies bei der Neuerteilung eines Überwachungsauftrages deshalb verneint, weil es insoweit an einem Übergang von Kundenbeziehungen fehlte.

d) Die vorliegende Fallgestaltung ähnelt der, die der zitierten Entscheidung vom 29. September 1988 zugrunde lag.

Die Beklagten zu 1) und 2) unterhielten nicht in Form der ARGE ein Reinigungsunternehmen, das sich generell gegenüber potentiellen Kunden und Interessenten offenhielt, sondern sie hatten sich ausschließlich zur Erledigung des einzigen Reinigungsauftrages der FAG zusammengetan. Die "Kundenbeziehungen" bestanden nur zu einem Kunden, nämlich zu der FAG, und waren befristet. Der Reinigungsauftrag endete mit Ablauf des 31. Dezember 1988 und bildete kein betriebliches Substrat mehr, das hätte übertragen werden können. Insbesondere kann nicht angenommen werden, durch die Neuerteilung des Auftrages sei der Betrieb durch Rechtsgeschäft mit einem Dritten auf die Beklagte zu 3) übergegangen. Die Beklagten zu 1) und 2) waren zum maßgeblichen Zeitpunkt "betriebsmittellos". Das im konkreten Fall wesentliche Substrat ihres Betriebes, der Auftrag der FAG, existierte mit dem Ablauf des 31. Dezember 1988 nicht mehr als wesentlicher Betriebswert. Die FAG konnte zwar den Auftrag neu erteilen, dieser Auftrag bildete bei ihr aber



keinen Betriebsteil, die FAG unterhielt keinen Teilbetrieb "Reinigung".

e) Es ist daher entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts rechtlich unerheblich, daß der Reinigungsauftrag ursprünglich und der spätere - jedenfalls teilweise: Terminal - in den Räumen der FAG ausgeführt wurde und daß die FAG Sozialräume mit Spinden zur Verfügung stellte. Die Beklagte zu 3) hat auch sonst keine neben dem Betriebssubstrat "Auftrag" wesentlichen Betriebsmittel, und zwar weder eigene der Beklagten zu 1) und 2) noch geleaste, an die die Arbeitsplätze zwangsläufig funktionell gebunden gewesen wären und die die Ausübung des betreffenden Gewerbes im speziellen Fall notwendig ermöglicht hätten, durch Rechtsgeschäft übernommen. Das Berufungsgericht hat insoweit keine hierfür ausreichenden Tatsachen festgestellt. Die Beklagte zu 3) hat unstreitig eine vorhandene Reinigungsmaschine übernommen und im übrigen Gerätschaften im Wert von über 100.000,-- DM neu angeschafft, wobei das Landesarbeitsgericht keine genaue Feststellung des Wertes aus den vorgelegten Urkunden vorgenommen hat. Wie darüber hinaus feststeht, hat die ARGE Geräte zurückgegeben und hierfür eine Gutschrift in Höhe von 9.000,-- DM erhalten. Daß der Wert der einen übernommenen Kehrmaschine nicht festgestellt ist, kann vorliegend auf sich beruhen, da schon aus dem Vortrag des Klägers nicht geschlossen werden kann, diese eine Maschine habe das wesentliche Substrat des Betriebes der Beklagten zu 1) und 2) ausgemacht.

Ebenso kann offenbleiben, in welchem Umfang gebrauchte Arbeitskleidung noch weiterbenutzt worden ist - was zwischen den



Parteien streitig ist -, inwieweit ein Rest von angebrochenen Reinigungsmitteln noch verbraucht worden ist und nach welchen Schichtplänen die Beklagte zu 3) arbeitet. Dieses sind Umstände, die nicht zu den wesentlichen Betriebsmitteln gerechnet werden können. Ebenso ist unerheblich, daß die Beklagte zu 3) die Buchführungs- und Personalarbeiten bei den gleichen Firmen erledigen läßt, wie die Beklagten zu 1) und 2). Der Kläger macht weder geltend, die Betriebe dieser Firma hätten mit dem Betrieb der Beklagten zu 1) und 2) einen einheitlichen Betrieb gebildet noch war er in diesen Betrieben tätig. Selbst wenn die Betriebe der O GmbH und die P Gruppe dem Betrieb der Beklagten zu 1) und 2) tatsächlich zuzurechnen wären, so hätte es sich um selbständige Betriebsteile gehandelt, in denen der Kläger nicht tätig gewesen war.

f) Das Landesarbeitsgericht hat im Rahmen der Prüfung eines Betriebsübergangs auch zu Unrecht auf die Formulierung des Senats zur "Freigabe der Kunden" abgestellt. Es kommt daher nicht darauf an, daß die Beklagten revisionsrechtlich zulässig eine Verletzung von §§ 278, 139 ZPO mit dem Vortrag gerügt haben, wenn sie gewußt hätten, daß das Gericht die Frage, wer sich alles beworben hat, für erheblich halten würde, hätten sie vorgetragen, daß die Beklagte zu 1) sich ebenfalls wiederum um den Auftrag bemüht gehabt habe.

Mit der in der Entscheidung vom 29. September 1988 (aaO) angesprochenen "Freigabe der Kunden" ist der Senat, wie sich auch



deutlich aus dem zitierten Urteil ergibt, von einem bewußten Zusammenwirken zwischen dem alten Betriebsinhaber und dem neuen Betriebsinhaber bei der Neuerteilung des Auftrages und damit der Überleitung des Substrats ausgegangen, sofern der bisherige Auftragsinhaber eine für die zukünftige Auftragsvergabe bestimmende Position besitzt. Allein die Tatsache, daß sich ein früherer Auftragsinhaber nicht bewirbt, ist noch keine Freigabe i. S. der Rechtsprechung des Senats.

g) Es können auch keine rechtserheblichen Schlüsse daraus gezogen werden, daß die Beklagte zu 3) einen erheblichen Teil des Personals der Beklagten zu 1) und 2) einschließlich von drei Angestellten mit neuen Arbeitsverträgen weiterbeschäftigt hat. War der Betrieb der Beklagten stillgelegt, so liegt kein nach § 613 a BGB relevanter Betriebsübergang vor, wenn die Belegschaft eines stillgelegten Betriebes übernommen wird.

Wie bereits ausgeführt, ist nach § 613 a BGB der Übergang von Arbeitsverhältnissen an die Übernahme des Betriebes geknüpft. Der Übergang der Arbeitsverhältnisse ist nur Rechtsfolge. Es kann dahinstehen, ob die Übernahme einer ganzen Belegschaft durch den Neuabschluß von Arbeitsverträgen ein Indiz für das Vorliegen eines Betriebsübergangs jedenfalls dann ist, wenn diese Belegschaft als solche über spezielle Kenntnisse verfügt (vgl. Staudinger/Richardi, BGB, 12. Aufl., § 613 a Rz 40 und das Senatsurteil vom 29. September 1988, aaO, zu A II 5 c, d der Gründe). Jedenfalls fehlt es vorliegend an einem besonderen technischen oder organisatorischen Wissen der betreffenden Arbeitnehmer. Im konkreten Fall



könnte es eher als Indiz für das Nichtvorliegen eines Betriebsübergangs gewertet werden, daß ein Interessenausgleich und ein Sozialplan vereinbart worden sind. Die Beteiligten sind offenbar selbst nicht davon ausgegangen, ein Betriebsübergang liege im vorliegenden Fall vor.

II. Zu den Revisionen der Beklagten zu 1) und 2):

1. Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat, scheitert die Wirksamkeit der Kündigung nicht an einer nicht ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrates. Es kam weder nach der subjektiven Auffassung der Beklagten zu 1) und 2) noch nach der objektiven Rechtslage auf irgendwelche Sozialdaten der Arbeitnehmer an, da allen gekündigt werden sollte. Einwände in der Revision werden auch nicht mehr erhoben.

2. Die Kündigung der Beklagten zu 1) und 2) ist nicht unter einer Bedingung erklärt worden, und sie ist nicht sozialwidrig i. S. von § 1 KSchG. Da die Beklagten zu 1) und 2) ihren Betrieb stillgelegt haben, lag ein dringendes betriebliches Erfordernis für die Kündigung des Klägers vor.

a) Eine Kündigung erfolgt durch Ausübung eines Gestaltungsrechts, sie ist bedingungsfeindlich, soweit der Beendigungszeitpunkt vom Kündigungsempfänger nicht ohne Schwierigkeit zweifelsfrei festgestellt werden kann (vgl. KR-Wolff, 3. Aufl., Grunds. Rz 272 f.).



Die Beklagten zu 1) und 2) haben in dem Kündigungsschreiben zum Ausdruck gebracht, infolge der bevorstehenden Beendigung des Reinigungsauftrages seien sie gezwungen "vorsorglich und fristgerecht zum 31. Dezember 1988 zu kündigen". Damit haben sie hinreichend verdeutlicht, das Arbeitsverhältnis solle zum 31. Dezember beendet werden. Der zweite Absatz in dem Kündigungsschreiben, es werde ein Sozialplan in Kraft treten, wenn eine Weiterbeschäftigung nicht erfolge, kann demgegenüber nicht dahingehend ausgelegt werden, die Frage der Beendigung des Arbeitsverhältnisses solle zunächst in der Schwebe bleiben. Es sollte vielmehr zum Ausdruck gebracht werden, im Falle des Nichtabschlusses eines neuen Arbeitsvertrages komme eine Zahlung aus einem noch zu vereinbarenden Sozialplan in Frage.

b) Die Kündigung war auch sozial gerechtfertigt.

Die Stilllegung eines Betriebes stellt ein dringendes betriebliches Erfordernis nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG dar. Eine hierauf gerichtete Kündigung gehört zu den Kündigungen aus anderen Gründen i. S. von § 613 a Abs. 4 Satz 2 BGB. Eine Betriebsstilllegung setzt den ernstlichen und endgültigen Entschluß des Unternehmers voraus, die Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer für einen seiner Dauer nach unbestimmten, wirtschaftlich nicht unerheblichen Zeitraum aufzugeben. Diesen Entschluß muß der Unternehmer im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung gefaßt haben, wenn die Kündigung sozial gerechtfertigt sein soll. Daran fehlt es, wenn er in diesem Zeitpunkt noch in ernsthaften Verhandlungen über eine Veräußerung des Betriebes steht und deswegen nur vorsorglich mit der Begründung kündigt, der



Betrieb solle zu einem bestimmten Zeitpunkt stillgelegt werden, falls eine Veräußerung scheitere (so BAGE 47, 13 = AP Nr. 39 zu § 613 a BGB).

Eine ernsthafte Stilllegungsabsicht liegt aber auch dann vor, wenn die Stilllegung auf unbestimmte Zeit geplant ist und nur aufgrund unvorhergesehener Umstände entbehrlich wird. Sieht sich ein Unternehmer zu einer Stilllegung durch außerbetriebliche Umstände gezwungen, so ist es für die Annahme einer ernsthaften Stilllegungsabsicht unschädlich, wenn er sich vorbehält, seinen Entschluß nicht zu verwirklichen, wenn sich die Verhältnisse wider Erwarten anders als vorhersehbar entwickeln (vgl. BAGE 54, 215 = AP Nr. 41 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; vgl. auch Hillebrecht, NZA 1989, Beilage 4 S. 10, 17).

Im vorliegenden Fall haben die Beklagten zu 1) und 2) nicht etwa vorsorglich gekündigt, weil sie sich selbst noch nicht darüber schlüssig waren, ob sie ihren Betrieb stilllegen oder veräußern wollten. Es stand für sie vielmehr als sicher fest, daß sie in jedem Fall zum 31. Dezember 1988 ihre Tätigkeit beenden würden, wenn sie nicht den Anschlußauftrag erhielten. Andere Reinigungstätigkeiten wurden von den Beklagten zu 1) und 2) weder vorher noch nachher ausgeführt. Die Stilllegung hatte greifbare Formen angenommen, während die Frage, ob der Anschlußauftrag an die Beklagten zu 1) und 2) erteilt werden würde, völlig ungewiß war, und die Beklagten zu 1) und 2) aus keinem vorhandenen Umstand annehmen konnten, sie würden den Auftrag wieder erhalten. Wie sich aus der Urkunde, mit der die Kündigung ausgesprochen worden ist,



ergibt, hätten die Beklagten zu 1) und 2) den Kläger offenbar weiterbeschäftigt, wenn sie den Anschlußreinigungsauftrag erhalten hätten. Das sagt die Formulierung, wenn eine Weiterbeschäftigung nicht in Frage komme, werde eine Sozialplan in Kraft treten.

Es kommt damit noch nicht einmal darauf an, daß rein formal betrachtet die Stilllegung des Betriebes ARGE zum Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung endgültig feststand, denn die ARGE hatte sich überhaupt nicht um den Neuauftrag beworben.

Die Kündigung ist auch nicht nach § 613 a Abs. 4 BGB unwirksam. Wie unter Ziff. I ausgeführt, lag weder ein Betriebsübergang vor noch gingen die Beklagten zu 1) und 2) von einer solchen Annahme aus.

Da der Rechtsstreit hinsichtlich der Beklagten zu 3) endgültig entschieden worden ist, war auch insoweit zu Lasten des Klägers hinsichtlich der Kosten zu entscheiden. Im übrigen war die Kostenentscheidung dem Schlußurteil vorzubehalten.

III. Im übrigen war der Rechtsstreit bis zur normativen Neuregelung der Kündigungsfristen längstens bis zum 30. Juni 1993 auszusetzen (vgl. den zur Veröffentlichung bestimmten Beschluß des Senats vom 21. März 1991 - 2 AZR 323/84 -, auf dessen Begründung verwiesen wird), weil die Parteien auch im einschlägigen Tarifver-



trag die verfassungswidrige Regelung des § 622 Abs. 2 BGB nur deklaratorisch übernommen haben.

Hillebrecht

Triebfürst

Dr. Ascheid

Wisskirchen

Baerbaum



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)