

Aktenzeichen: 8 AZR 565/00
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 22. März 2001
- 8 AZR 565/00 -

I. Arbeitsgericht
Bremen

Urteil vom 31. März 1999
- 5 Ca 5419/98 -
Urteil vom 31. März 1999
- 5 Ca 5420/98 -
Urteil vom 31. März 1999
- 5 Ca 5417/98 -
Urteil vom 16. März 1999
- 4a Ca 4197/98 -
Urteil vom 29. Juni 1999
- 3 Ca 3361/98 -
Urteil vom 1. September 1999
- 7 Ca 7386/98 -
Urteil vom 1. September 1999
- 7 Ca 7387/98 -
Urteil vom 29. Juli 1999
- 8 Ca 8232/98 -

II. Landesarbeitsgericht
Bremen

Urteil vom 26. Mai 2000
- 2 Sa 188/99 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Gesetzlicher Richter bei kammerübergreifender Verbindung durch das
LAG

Gesetze:

GG Art. 101 Abs. 1 Satz 2; ZPO § 147, § 551 Nr. 1; BGB § 613 a; KSchG
§§ 1, 17

Leitsätze:

1. Kennzeichen der Gewährleistung des gesetzlichen Richters ist die normative, abstrakt-generelle Vorherbestimmung des jeweils für die Entscheidung zuständigen Richters. Der gesetzliche Richter ist nicht gewahrt, wenn er durch eine Ermessensentscheidung bestimmt werden kann.



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



2. Eine abstrakt-generelle Regelung, die eine Ermessensentscheidung über die Zuständigkeit ausschließt, liegt nicht vor, wenn der Geschäftsverteilungsplan eines Landesarbeitsgerichts vorsieht, daß "in Sachen, die in mehreren Kammern anhängig sind und bei denen eine Verbindung in Frage kommt (§ 147 ZPO), die Verbindung durch die Kammer erfolgen soll, in der die zuerst eingegangene Sache anhängig ist".



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 565/00
2 Sa 188/99
Landesarbeitsgericht
Bremen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
22. März 2001

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte/Berufungskläger und Revisionsklägerin,

pp.

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.
- 6.
- 7.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagte,

- 8.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 22. März 2001 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Etzel, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Wittek und Prof. Dr. Mikosch, die ehrenamtlichen Richter Dr. Haible und Schmitzberger für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 26. Mai 2000 - 2 Sa 188/99 - hinsichtlich der Kläger zu 1), 2), 3), 4) und 8) aufgehoben und hinsichtlich der Kläger zu 5), 6) und 7) insoweit aufgehoben, als die Berufung der Kläger nicht zurückgewiesen worden ist.

Der Rechtsstreit des Klägers zu 2) - 3 Sa 189/99 - wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an die Kammer 3 des Landesarbeitsgerichts zurückverwiesen.

Die Rechtsstreitigkeiten der Kläger zu 3) - 4 Sa 190/99 -, 4) - 4 Sa 194/99 -, 6) - 4 Sa 259/99 - und 8) - 4 Sa 262/99 - werden zur andersweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an die Kammer 4 des Landesarbeitsgerichts zurückverwiesen.

Die Berufung des Klägers zu 1) gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bremen vom 31. März 1999 - 5 Ca 5419/98 - wird zurückgewiesen.

Die Berufung des Klägers zu 5) gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bremen vom 29. Juni 1999 - 3 Ca 3361/98 - wird zurückgewiesen.

Die Berufung des Klägers zu 7) gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bremen vom 1. September 1999 - 7 Ca 7387/98 - wird zurückgewiesen.

Die Kläger zu 1), 5) und 7) haben die Kosten der Berufung sowie die Kosten der Revision jeweils zu 1/8 zu tragen.

Von Rechts wegen!



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit von betriebsbedingten Kündigungen gegenüber den Klägern. Diese wurden von der Beklagten erklärt, weil die Maschinentechnische Abteilung „MTA/Werkhof“ in U. (sog. MTA U.) zum 1. Juli 1998 auf die A. R. Bau-Geräte GmbH (ARB) mit Sitz in B. übergegangen sei und deshalb keine Beschäftigungsmöglichkeiten bei der Beklagten für die Kläger bestehe. Die Kläger hatten dem von der Beklagten behaupteten Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse widersprochen. Sie waren langjährig bei der Beklagten in der MTA U. beschäftigt.

Der 1941 geborene Kläger zu 1) ist seit 1970 bei der Beklagten als Verladearbeiter tätig. Der 1943 geborene Kläger zu 2) ist seit 1987 als Baumaschinenwart beschäftigt. Der 1938 geborene Kläger zu 3) ist seit 1982 als Schlosser beschäftigt. Der 1938 geborene Kläger zu 4) ist seit 1981 bei der Beklagten als Bauarbeiter tätig. Der 1937 geborene Kläger zu 6) ist seit 1979 bei der Beklagten als Baumaschinenführer angestellt. Der 1948 geborene Kläger zu 7) ist seit 1971 als Kraftfahrer beschäftigt. Der 1936 geborene Kläger zu 8) ist seit 1962 bei der Beklagten beschäftigt, ebenfalls als Kraftfahrer.

Der 1944 geborene Kläger zu 5) ist seit 1970 bei der Beklagten als Kraftfahrer und Baumaschinist beschäftigt. Er ist schwerbehindert. Er wurde bei der D. H. GmbH zusammen mit deren Arbeitnehmern und Arbeitnehmern der A. R. Bauunternehmung GmbH im Rahmen eines Werkvertrages zwischen der Beklagten und der D. H. GmbH eingesetzt. Diese Firma betreibt in Seehausen eine Deponie für kontaminierten Hafenschlick. Die im Rahmen dieser Deponiebetriebsung erforderlichen Transportleistungen vergibt die Detlef Hegemann GmbH an andere Unternehmer. Sie hatte bislang die Beklagte beauftragt, im Rahmen eines Werkvertrages Transportleistungen auf dem Deponiegelände durchzuführen. Im Rahmen dieses Vertrages war der Kläger als Lkw-Fahrer, seit vier Jahren als Baumaschinist tätig.

In der MTA U. wurden die für den operativen Baubetrieb erforderlichen Maschinen vorgehalten, gewartet und repariert. Solche maschinentechnischen Abteilungen wurden bis Dezember 1996 auch in anderen zum H.-Konzern gehörenden Betrieben unterhalten. In Br. war die maschinentechnische Abteilung der Beklagten zugeordnet, die überwiegend Holding-Funktionen für die Tochtergesellschaften wahrnahm. Bis zum 1. Juli 1998 wurden die in der MTA U. gewarteten und reparierten Baugeräte fast ausschließlich an die A. R. Bauunternehmung GmbH Br. vermietet. Der MTA U.



waren nach Angaben der Beklagten von ihren 57 Arbeitnehmern 42 Arbeitnehmer zugeordnet. Nach Angaben der Kläger hatte die MTA 30, die Beklagte insgesamt 70 Mitarbeiter.

Zwischen der Beklagten, der A. R. Bauunternehmung GmbH und der A. R. Bau-Geräte GmbH bestehen enge gesellschaftsrechtliche und persönliche Verknüpfungen. Für die Unternehmen der D. H./A. R.-Gruppe gibt es eine zentrale Personalverwaltung. Die A. R. Bauunternehmung GmbH hat keine abschließenden Entscheidungsbefugnisse im personellen Bereich. Personelle Entscheidungen müssen in der Regel der zentralen Personalabteilung vorgelegt werden. Die Zustimmung der Holding-Geschäftsführer, ggf. auch des Vorstandes ist einzuholen, damit eine Einstellung wirksam durchgeführt werden kann.

Die A. R. Bau-Geräte GmbH wurde im März 1997 ins Handelsregister eingetragen. Sie entstand durch Umfirmierung der A. R. Bauunternehmung GmbH. Gegenstand des Unternehmens ist der An- und Verkauf sowie die An- und Vermietung von Baumaschinen, -geräten und -ausrüstung, deren Reparatur und Service sowie alle Tätigkeiten, die damit in mittelbarem und unmittelbarem Zusammenhang stehen. Zwischen der A. R. Bau-Geräte GmbH und der Beklagten besteht ein „Gewinnabführungsvertrag“.

Mit Schreiben vom 28. April 1998 teilte die Beklagte, die A. R. Bauunternehmung GmbH Br. und die A. R. Bau-Geräte GmbH den Klägern folgendes mit:

„die angespannte wirtschaftliche Lage der Bauwirtschaft ... hat die Gesellschafter und die Geschäftsführung zu Umstrukturierungsmaßnahmen mit dem Ziel gezwungen, die Kostenbelastung zu reduzieren und dadurch die Wettbewerbsfähigkeit und Ertragskraft zu stärken, um so Arbeitsplätze und den Bestand des Unternehmens für die Zukunft zu sichern.

In diesem Zusammenhang ist auch eine effektivere Auslastung der Gerätekapazität des gesamten Baubereichs der H.-Gruppe erforderlich, weswegen die Entscheidung gefällt wurde, eine zentrale Geräteverwaltungs- und Instandhaltungseinheit zu bilden. Zukünftig soll daher die maschinentechnische Verwaltung von B. aus erfolgen. Die Wartung und Reparatur der Baugeräte wird an zentralen Standorten bzw. direkt vor Ort durchgeführt werden.

Zu diesem Zweck wurde die Firma A. R. Baugeräte GmbH (ARB) mit Sitz in Berlin gegründet, die als Dienstleister mit den vorbezeichneten Aufgaben sowie der Vermietung der jeweils



konkret benötigten Baugeräte an jede einzelne Baustelle aus dem Baubereich der H.-Gruppe betraut ist.

Der bisherige Betriebshof MTA/Werkhof unseres Unternehmens wird daher mit Ablauf des 31.05.1998 im Wege des Betriebsübergangs auf die A. R. Baugeräte GmbH, B., übergehen.

Für diese Gesellschaft sind Sie als Mitarbeiter vorgesehen. Ihr bisher mit Ihrem bisherigen Unternehmen bestehendes Arbeitsverhältnis wird gem. § 613 a BGB auf die A. R. Baugeräte GmbH übergehen.

...“

Den Klägern wurde weiter mitgeteilt, daß ihr Beschäftigungsort in Br. bleibe. Sie wurden auf ihr Widerspruchsrecht hingewiesen. Mit Schreiben vom 30. Juni 1998 widersprachen die Kläger nach einer ihnen gewährten Fristverlängerung dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf die A. R. Bau-Geräte GmbH.

Die Beklagte und die Firma A. R. Bau-Geräte GmbH haben am 25. Juni 1998 bzw. 29. Juni 1998 folgende Vereinbarung unterzeichnet:

„Zwischen der A. R. Bau GmbH & Co. ... und der A. R. Baugeräte GmbH ... besteht Einigkeit darüber, daß die Firma A. R. Bau GmbH & Co. in Vollziehung des Teilbetriebsübergangs der MTA in U., auf die A. R. Baugeräte GmbH die vorgenannte Betriebsstätte in U. mit Wirkung ab dem 01.07.1998 mit allen Rechten und Pflichten an die A. R. Baugeräte GmbH übergeben wird.

Die A. R. Baugeräte GmbH verpflichtet sich, diesen Übergang allen erforderlichen Institutionen, wie z.B. Ämtern, Behörden, Berufsgenossenschaften, Versicherungen und Verbänden sowie Aufsichts- und Genehmigungsinstanzen mitzuteilen.

Soweit Mitarbeiter der A. R. Bau GmbH & Co. gem. § 613 a BGB auf die A. R. Baugeräte GmbH übergehen werden, tritt die A. R. Baugeräte GmbH mit Wirkung vom 01.07.1998, 0.00 h, in die Rechte und Pflichten von deren Arbeitsverhältnissen ein.

Soweit Mitarbeiter der A. R. Bau GmbH & Co. wegen eines Widerspruches gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses nicht übergehen, werden diese Arbeitnehmer bis zur Beendigung ihrer Arbeitsverhältnisse von der A. R. Bau GmbH & Co. der Firma A. R. Baugeräte GmbH im Rahmen eines Personalgestellungsvertrages i.S.d. § 1 III Nr. 2 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz zur Verfügung gestellt.

A. R. Bau GmbH & Co. ermächtigt die Firma A. R. Baugeräte GmbH - soweit rechtlich zulässig - gegenüber diesen Arbeit-



nehmern ab dem 01.07.1998, 0.00 h, die Arbeitgeberrolle zu übernehmen.

Die Firma A. R. Baugeräte GmbH verpflichtet sich im Innenverhältnis ab diesem Zeitpunkt die Arbeitgeberrolle uneingeschränkt wahrzunehmen und die Firma A. R. Bau GmbH & Co. insoweit von allen Lohn- und Gehaltsansprüchen und sonstigen Inanspruchnahmen seitens der Arbeitnehmer oder Dritter freizuhalten.

Die Firma A. R. Bau GmbH & Co. wird unverzüglich das Kündigungsverfahren für diese Arbeitnehmer einleiten.“

Unter dem 15. Juni 1998 unterzeichneten die D. H. GmbH & Co. und die Beklagte einerseits sowie die A. R. Bau-Geräte GmbH B. andererseits einen Mietvertrag über Baugeräte. Vertragsbeginn war der 1. Juli 1998. Unter § 2 „Vertragsgegenstand“ heißt es:

„Die ARB ist zuständig für die Verwaltung und Vermietung der Baugeräte der oben aufgeführten Unternehmen nebst evtl. weiterer Tochterunternehmungen (Bestandsnachweis zum 1. Juli 1998, s. § 6). Die Vermietung dieser Geräte durch die ARB erfolgt hauptsächlich wiederum im Konzernbereich der oben angegebenen Unternehmungen sowie auch an Dritte. Diese Mietbedingungen sind in der „Geschäftsordnung“ der ARB und evtl. weiteren einzelnen Verträgen geregelt und sind nicht Bestandteil dieses Vertrages.“

Am 1. Juli 1998 wurde von der Beklagten und der A. R. Bau-Geräte GmbH Niederlassung Br. ein Mietvertrag unterzeichnet, wonach letzterer das Grundstück in U. (Lager und Freiflächen) und die darauf befindlichen Gebäude (Bürogebäude, Werkstatt, Tischlerei und Lagerhallen) zum Betrieb eines Bauhofes vermietet wurden.

Mit Schreiben vom 15. Juli 1998 hörte die Beklagte den Betriebsrat, an dessen Wahl die Arbeitnehmer der Beklagten und der A. R. Bauunternehmung GmbH teilgenommen hatten, „rein vorsorglich und ohne Anerkennung seiner Zuständigkeit und der Rechtmäßigkeit seines Zustandekommens“, zu den beabsichtigten Kündigungen der Kläger an. Der Betriebsrat widersprach den beabsichtigten Kündigungen.

Den Klägern zu 1) bis 4) und zu 6) bis 8) wurde am 23. Juli 1998 betriebsbedingt gekündigt. Dem Kläger zu 5) wurde - nachdem die Hauptfürsorgestelle mit Schreiben vom 28. September 1998 der Kündigung zugestimmt hatte - mit Schreiben vom 29. September 1998 gekündigt.

Mit ihren Kündigungsschutzklagen haben die Kläger geltend gemacht, die Kündigungen seien sozial ungerechtfertigt. Sie haben bestritten, daß überhaupt ein Betriebsübergang im Sinne des § 613 a BGB stattgefunden habe. Wenn überhaupt ein Betriebsübergang anzunehmen sei, sei dieser bereits zu Beginn des Jahres 1997 erfolgt, zu einer Zeit, in der die A. R. Bau-Geräte GmbH bereits geschäftlich nach außen hin tätig geworden sei. Zudem bilde die Beklagte mit der A. R. Bauunternehmung GmbH und der A. R. Bau-Geräte GmbH einen gemeinsamen Betrieb, der sich in den Aktivitäten der zentralen Personalverwaltung der A. R./D. H.-Gruppe dokumentiere. In personellen und sozialen Angelegenheiten bestehe kein Entscheidungsspielraum für die einzelnen Unternehmungen. Sie seien von der zentralen Personalverwaltung abhängig. Daraus ergebe sich auch, daß angenommen werden müsse, die MTA U. - so sie einen eigenständigen Betrieb bilde - werde gemeinsam von der A. R. Bau-Geräte GmbH und der Beklagten betrieben. Im übrigen rügen die Kläger, der Betriebsrat sei nicht ordnungsgemäß angehört worden.

Die Kläger zu 1), 3), 4), 6), 7) und 8) haben zudem geltend gemacht, die Kündigungen seien wegen Verstoßes gegen § 17 KSchG unwirksam. Die Beklagte habe dem Arbeitsamt unzutreffende Tatsachen über den „normalen Stand der Beschäftigung“ gemacht.

Die Kläger halten ihren Widerspruch für sachlich begründet. Die Beklagte wolle mit der Zuordnung ihrer Arbeitsverhältnisse zur Bau-Geräte GmbH Tarifflicht begehen. Die Bau-Geräte GmbH unterfalle nicht mehr dem BRTV-Bau. Insoweit sei die betriebliche Altersversorgung über die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes gefährdet.

Der Kläger zu 1) hat zuletzt beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien weder durch die Kündigung der Beklagten vom 23. Juli 1998 noch durch sonstige Beendigungsgründe aufgelöst worden ist und unverändert über den Kündigungsstichtag hinaus fortbesteht;
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger im Falle des Ob-siegens mit dem Antrag zu 1) über den 31. Januar 1999 hinaus zu unveränderten Arbeitsbedingungen bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits weiterzubeschäftigen.



Hilfsweise

die Beklagte zu verurteilen, den Kläger durch Weisung entsprechend § 308 Abs. 1 AktG an die Firma A. R. Baugeräte GmbH, B., zum Einsatz in der Niederlassung Br. der A. R. Baugeräte GmbH abzuordnen, ersatzweise dem Kläger eine Abfindung in entsprechender Anwendung des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG zu zahlen;

höchst hilfsweise

die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger durch Weisung nach § 308 Abs. 1 AktG an die Firma A. R. Baugeräte GmbH, B., einen Arbeitsvertrag mit der Firma A. R. Baugeräte GmbH in der Niederlassung Br. zu verschaffen.

Der Kläger zu 2) hat zuletzt beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien weder durch die Kündigung der Beklagten vom 23. Juli 1998 noch durch sonstige Beendigungsgründe aufgelöst worden ist und unverändert über den Kündigungsstichtag hinaus fortbesteht;
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger im Falle des Ob-siegens mit dem Antrag zu 1) über den 31. Januar 1999 hinaus zu unveränderten Arbeitsbedingungen bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits weiterzubeschäftigen.

Hilfsweise

die Beklagte zu verurteilen, den Kläger durch Weisung entsprechend § 308 Abs. 1 AktG an die Firma A. R. Baugeräte GmbH, B., zum Einsatz in der Niederlassung Br. der A. R. Baugeräte GmbH abzuordnen, ersatzweise dem Kläger eine Abfindung in entsprechender Anwendung des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG zu zahlen;

höchst hilfsweise

die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger durch Weisung nach § 308 Abs. 1 AktG an die Firma A. R. Baugeräte GmbH, B., einen Arbeitsvertrag mit der Firma A. R. Baugeräte GmbH in der Niederlassung Br. zu verschaffen.



Der Kläger zu 3) hat zuletzt beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien weder durch die Kündigung der Beklagten vom 23. Juli 1998 noch durch sonstige Beendigungsgründe aufgelöst worden ist und unverändert über den Kündigungsendtermin hinaus fortbesteht;
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger im Falle des Ob-siegens mit dem Antrag zu 1) über den 31. Januar 1999 hinaus zu unveränderten Arbeitsbedingungen bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits weiterzubeschäftigen.

Hilfsweise

die Beklagte zu verurteilen, den Kläger durch Weisung entsprechend § 308 Abs. 1 AktG an die Firma A. R. Baugeräte GmbH, B., zum Einsatz in der Niederlassung Br. der A. R. Baugeräte GmbH abzuordnen, ersatzweise dem Kläger eine Abfindung in entsprechender Anwendung des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG zu zahlen;

höchst hilfsweise

die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger durch Weisung nach § 308 Abs. 1 AktG an die Firma A. R. Baugeräte GmbH, B., einen Arbeitsvertrag mit der Firma A. R. Baugeräte GmbH in der Niederlassung Br. zu verschaffen.

Der Kläger zu 4) hat zuletzt beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien weder durch die Kündigung der Beklagten vom 23. Juli 1998 noch durch sonstige Beendigungsgründe aufgelöst worden ist und unverändert über den Kündigungsendtermin hinaus fortbesteht;
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger im Falle des Ob-siegens mit dem Antrag zu 1) über den 31. Januar 1999 hinaus zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Facharbeiter bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits weiterzubeschäftigen.

Hilfsweise

die Beklagte zu verurteilen, den Kläger durch Weisung entsprechend § 308 Abs. 1 AktG an die Firma A. R. Baugeräte GmbH, B., zum Einsatz in der Niederlassung Br. der A. R. Baugeräte GmbH abzuordnen, ersatzweise dem



Kläger eine Abfindung in entsprechender Anwendung des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG zu zahlen;

höchst hilfsweise

die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger durch Weisung nach § 308 Abs. 1 AktG an die Firma A. R. Baugeräte GmbH, B., einen Arbeitsvertrag mit der Firma A. R. Baugeräte GmbH in der Niederlassung Br. zu verschaffen.

Der Kläger zu 5) hat zuletzt beantragt

festzustellen, daß die dem Kläger gegenüber mit Schreiben vom 29. September 1998 ausgesprochene ordentliche Kündigung rechtsunwirksam ist und das Arbeitsverhältnis zu unveränderten Bedingungen über den 30. April 1999 hinaus fortbesteht.

Der Kläger zu 6) hat zuletzt beantragt

festzustellen, daß die dem Kläger gegenüber mit Schreiben vom 23. Juli 1998 ausgesprochene ordentliche Kündigung rechtsunwirksam ist und das Arbeitsverhältnis zu unveränderten Bedingungen über den 31. Januar 1999 hinaus fortbesteht.

Der Kläger zu 7) hat zuletzt beantragt

festzustellen, daß die dem Kläger gegenüber mit Schreiben vom 23. Juli 1998 ausgesprochene ordentliche Kündigung rechtsunwirksam ist und das Arbeitsverhältnis zu unveränderten Bedingungen über den 28. Februar 1999 hinaus fortbesteht.

Der Kläger zu 8) hat zuletzt beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien weder durch die Kündigung der Beklagten vom 23. Juli 1998 noch durch sonstige Beendigungsgründe aufgelöst worden ist und unverändert über den Kündigungsstichtag hinaus fortbesteht;
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger im Falle des Ob-siegens mit dem Antrag zu 1) über den 28. Februar 1999 hinaus zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Kraft-fahrer bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits weiterzubeschäftigen.



Hilfsweise

die Beklagte zu verurteilen, den Kläger durch Weisung entsprechend § 308 Abs. 1 AktG an die Firma A. R. Baugeräte GmbH, B., zum Einsatz in der Niederlassung Br. der A. R. Baugeräte GmbH ersatzweise dem Kläger eine Abfindung in entsprechender Anwendung des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG zu zahlen;

höchst hilfsweise

die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger durch Weisung nach § 308 Abs. 1 AktG an die Firma A. R. Baugeräte GmbH, B., einen Arbeitsvertrag mit der Firma A. R. Baugeräte GmbH in der Niederlassung Br. zu verschaffen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klagen abzuweisen.

Sie hat geltend gemacht, daß nach dem Widerspruch der Kläger über das durch das Gesetz vorgegebene Beendigungsdatum hinaus keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr bestanden habe. Die A. R. Bau-Geräte GmbH sei nicht bereit gewesen, die Kläger über diesen Zeitpunkt hinaus zu beschäftigen. Eine Sozialauswahl mit ihren übrigen Mitarbeitern könne nicht stattfinden, da diese andere Funktionen hätten. Sie beschäftige nur noch Angestellte in der sog. Holding. Eine Sozialauswahl mit den Arbeitnehmern der A. R. Bauunternehmung GmbH komme nicht in Betracht, da die Beklagte mit dieser keinen gemeinsamen Betrieb führe. Sie führe auch mit der A. R. Bau-Geräte GmbH die MTA U. nicht gemeinsam. Überdies seien die bei der A. R. Bauunternehmung GmbH beschäftigten Arbeitnehmer sozial schutzwürdiger oder hätten andere, nicht vergleichbare Funktionen als die Kläger. Im übrigen hätten die Kläger keinen sachlichen Grund für ihren Widerspruch gehabt. Auch ansonsten seien die Kündigungen rechtlich nicht zu beanstanden. Ein Betriebsübergang zum Jahresbeginn 1997 habe auf Grund des Drucks der Belegschaft nicht stattgefunden. Die A. R. Bau-Geräte GmbH habe zwar 1997 ihre Tätigkeit aufgenommen, allerdings ohne für die MTA U. zuständig gewesen zu sein. Die zentrale Personalverwaltung leiste lediglich Servicefunktionen. Eine dauerhafte Überlassung der Kläger an die A. R. Bau-Geräte GmbH sei wegen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht möglich.

Das Arbeitsgericht hat die Klagen bezüglich der Kläger zu 1) bis 7) abgewiesen, bezüglich des Klägers zu 8) stattgegeben.



Die Kammer 2 des Landesarbeitsgerichts hat durch Beschluß vom 10. Dezember 1999 die bei ihr anhängigen Verfahren 2 Sa 188/99 (Kläger zu 1), 2 Sa 218/99 (Kläger zu 5) und 2 Sa 260/99 (Kläger zu 7) gemäß § 147 ZPO miteinander verbunden. Gleichzeitig hat die Kammer 2 das bei der Kammer 3 anhängige Verfahren 3 Sa 189/99 (Kläger zu 2) sowie die Verfahren der Kammer 4 4 Sa 190/99 (Kläger zu 3), 4 Sa 194/99 (Kläger zu 4), 4 Sa 259/99 (Kläger zu 6) und 4 Sa 262/99 (Kläger zu 8) unter Hinweis auf Ziffer 7 e des Geschäftsverteilungsplans des Landesarbeitsgericht mit dem führenden Verfahren 2 Sa 188/99 verbunden. Das Landesarbeitsgericht hat auf die jeweiligen Berufungen den Klagen der Kläger zu 1) bis 7) mit den Hauptanträgen im wesentlichen stattgegeben und die Berufung der Beklagten hinsichtlich des Klägers zu 8) zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht für die Beklagte zugelassenen Revision begehrt diese die Klageabweisung.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils im wesentlichen. Der Rechtsstreit wird hinsichtlich der Kläger zu 2), 3), 4), 6) und 8) wegen der insoweit erfolgreichen Rüge der Verletzung des gesetzlichen Richters an die zuständigen Kammern 3 und 4 des Landesarbeitsgerichts zurückverwiesen. Die Klagen der Kläger zu 1), 5) und 7) sind unbegründet.

A. Zu Recht rügt die Revision in den Verfahren der Kläger zu 2), 3), 4), 6) und 8) einen Verstoß gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Die Verbindung dieser ursprünglich bei den Kammern 3 und 4 anhängigen Verfahren durch eine Ermessensentscheidung mit den Verfahren der Kammer 2 hat zu einem willkürlichen Austausch des gesetzlichen Richters geführt, so daß den Parteien der gesetzliche Richter entzogen wurde.

Es liegt der absolute Revisionsgrund der nicht vorschriftsmäßigen Besetzung des Berufungsgerichts gemäß § 551 Nr. 1 ZPO vor. Danach ist eine Entscheidung stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen, wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war. Unter diese Norm fällt auch die Konstellation, daß über die Rechtsstreitigkeit andere Richter entscheiden als die gesetzlich dazu berufenen (vgl. BGH 19. Oktober 1992 - II ZR 171/91 - NJW 1993, 600; 19. Oktober 1988 - IV b ZR 10/88 - BGHZ 105, 270, 276, für den Fall, daß unbefugterweise der Einzelrichter statt des Kollegialgerichts entschieden hat).



I. Gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Damit soll der Gefahr vorgebeugt werden, daß die Justiz durch eine Manipulation der rechtsprechenden Organe sachfremden Einflüssen ausgesetzt wird. Es soll vermieden werden, daß durch eine auf den Einzelfall bezogene Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter das Ergebnis der Entscheidung beeinflußt werden kann, gleichgültig, von welcher Seite eine solche Manipulation ausgeht. Damit soll die Unabhängigkeit der Rechtsprechung gewahrt und das Vertrauen der Rechtsuchenden und der Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Gerichte gesichert werden. Dieses Vertrauen nähme Schaden, müßte der rechtsuchende Bürger befürchten, sich einem Richter gegenüber zu sehen, der mit Blick auf seinen Fall und seine Person bestellt worden ist. Aus diesem Zweck des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG folgt, daß der für die einzelne Sache zuständige Richter sich im voraus möglichst eindeutig aus einer allgemeinen Regelung ergeben muß. Dies setzt einen Bestand von Rechtssätzen voraus, die für jeden Streitfall den Richter bezeichnen, der für die Entscheidung zuständig ist (*BVerfG 8. April 1997 - 1 PBvU 1/95 - BVerfGE 95, 322, 327 f., zu C I 1 der Gründe mwN*). Ergänzend zu formellen Gesetzen, die fundamentale Regeln zur Zuständigkeit aufstellen, die einzelnen Gerichte errichten und ihren Gerichtsbezirk festlegen, müssen Geschäftsverteilungspläne der Gerichte hinzutreten. Darin sind insbesondere die Zuständigkeiten der jeweiligen Spruchkörper festzulegen sowie die erforderlichen Richter zuzuweisen. Erst durch diese Regelung wird der gesetzliche Richter genau bestimmt. Da gesetzliche Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG auch die im Einzelfall zur Mitwirkung berufenen Richter sind, muß sich die abstrakt-generelle Vorausbestimmung bis auf die letzte Regelungsstufe erstrecken, auf der es um die Person des konkreten Richters geht. Es gehört zum Begriff des gesetzlichen Richters, daß nicht für bestimmte Einzelfälle bestimmte Richter ausgesucht werden, sondern daß die einzelne Sache „blindlings“ auf Grund allgemeiner, vorab festgelegter Merkmale an den entscheidenden Richter gelangt (*vgl. BVerfG 8. April 1997 - 1 PBvU 1/95 - aaO, zu C I 2 und 3 der Gründe*). Willkürlich ist die Bestimmung des Richters bereits dann, wenn die Zuständigkeitsbestimmung von Fall zu Fall im Gegensatz zu einer normativen, abstrakt-generellen Vorherbestimmung des Richters erfolgt. Der gesetzliche Richter ist nicht gewahrt, wenn er durch eine Ermessensentscheidung bestimmt werden kann (*BVerfG 10. Juli 1990 - 1 BvR 984, 985/87 - BVerfGE 82, 286, 298; vgl. auch BAG 26. September 1996 - 8 AZR 126/95 - BAGE 84, 189, 193; 16. November 1995 - 8 AZR 864/93 - BAGE 81, 265, 282 f.*).



II. Gemäß § 147 ZPO „kann“ das Gericht die Verbindung mehrerer bei ihm anhängiger Prozesse derselben oder verschiedener Parteien zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung anordnen, wenn die Ansprüche, die den Gegenstand dieser Prozesse bilden, in rechtlichem Zusammenhang stehen oder in einer Klage hätten geltend gemacht werden können.

Diese Voraussetzung für eine Verbindung ist zwar in den vorliegenden Prozessen gegeben. Da es sich aber bei dem „Gericht“ im Sinne des § 147 ZPO nicht notwendigerweise um den gleichen Spruchkörper handeln muß (vgl. *Zöller/Greger ZPO 22. Auflage § 147 Rn. 2; Musielak/Stadler ZPO 2. Auflage § 147 Rn. 2*), kann die Verbindung zum Austausch des gesetzlichen Richters führen, wenn Verfahren - wie vorliegend - miteinander verbunden werden, die bei unterschiedlichen Kammern anhängig sind. Durch eine gerichtliche Ermessensentscheidung, nämlich den Verbindungsbeschluß, wird damit die abstrakt-generelle Geschäftsverteilung im konkreten Einzelfall abgeändert. Das ist mit der Garantie des gesetzlichen Richters nicht vereinbar.

Hiervon zu unterscheiden ist eine Regelung im Geschäftsverteilungsplan des Gerichts, in der zulässigerweise abstrakt-generell angeordnet wird, daß für Rechtsstreitigkeiten oder Berufungen, die etwa dieselbe Beklagte betreffen, die Kammer zuständig wird, bei der die erste Berufung eingegangen ist. Eine solche Regelung findet sich aber im Geschäftsverteilungsplan für das Landesarbeitsgericht Bremen nicht. In dem Geschäftsverteilungsplan für die Zeit vom 22. März 1999 bis 31. Dezember 1999 findet sich in Ziff. 7 e) lediglich die Regelung, daß in Sachen, „die in mehreren Kammern anhängig sind und bei denen eine Verbindung in Frage kommt (§ 147 ZPO), die Verbindung durch die Kammer erfolgen soll, in der die zuerst eingegangene Sache anhängig ist“. Hierbei handelt es sich nicht um eine abstrakt-generelle Regelung, sondern es wird vielmehr vorausgesetzt, daß die Verfahren in verschiedenen Kammern anhängig sind und dann im Falle eines Beschlusses nach § 147 ZPO die Verbindung durch die Kammer erfolgen „soll“, in der die zuerst eingegangene Sache anhängig ist.

Auch die Umdeutung oder Auslegung dieser „Soll-Vorschrift“ in verfassungskonformer Weise in eine „Muß-Vorschrift“ würde nicht weiterhelfen, weil jedenfalls § 147 ZPO eine Ermessensentscheidung voraussetzt. Da durch die Zuteilung der Kündigungsschutzverfahren an die einzelnen Kammern gemäß dem Geschäftsverteilungsplan der gesetzliche Richter bestimmt war, stellt die Entscheidung im Einzelfall, das Verfahren von der zuständigen zu einer anderen Kammer „hinzuverbinden“, eine Ent-



scheidung über den zur Entscheidung des Rechtsstreits berufenen Richter im Einzelfall dar, die Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gerade verhindern will. Ob dieser Entscheidung unlautere Motive zugrundelagen, ist unerheblich.

Eine Verbindung nach § 147 ZPO, die dazu führt, daß für das Verfahren eine andere Kammer, als nach dem Geschäftsverteilungsplan vorgesehen, zuständig wird, ist deshalb allenfalls dann zulässig, wenn alle Parteien dem zustimmen (vgl. *Stein/Jonas/Leipold ZPO 21. Auflage § 147 Rn. 15; MünchKomm/Peters ZPO 2. Auflage § 147 Rn. 8; Zöller/Greger ZPO 22. Auflage § 147 Rn. 2; Musielak/Stadler ZPO 2. Auflage § 147 Rn. 2; aA: Fischer MDR 1996, 239, 240*). Die Beklagte hat aber stets der Verbindung ausdrücklich widersprochen. Soweit das Landesarbeitsgericht allerdings das Verfahren 2 Sa 188/99 mit anderen Verfahren der Kammer 2 verbunden hat, ist dies mit § 147 ZPO vereinbar und verstößt auch nicht gegen den gesetzlichen Richter.

III. Die Revision ist damit gemäß § 551 Nr. 1 ZPO begründet, soweit sie die Kläger zu 2), 3), 4), 6) und 8) betrifft. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 564 Abs. 1, § 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Heilung des Verstoßes gegen die Garantie des gesetzlichen Richters ist nur dadurch möglich, daß die Verfahren an die Kammern zurückverwiesen werden, die nach der Geschäftsverteilung ursprünglich zuständig waren. Ein absoluter Revisionsgrund führt zur Aufhebung und Zurückverweisung und schließt grundsätzlich eine Sachentscheidung aus.

B. Hinsichtlich der Kläger zu 1), 5) und 7) ist in der Sache selbst zu entscheiden. Insoweit ist die Revision ebenfalls begründet. Die von der Beklagten ausgesprochenen Kündigungen sind wirksam und haben das Arbeitsverhältnis des Klägers zu 1) zum 28. Februar 1999, des Klägers zu 5) zum 30. April 1999 und des Klägers zu 7) zum 28. Februar 1999 aufgelöst.

I. Das Landesarbeitsgericht hat dazu im wesentlichen ausgeführt:

Die Kündigungen seien nicht aus betriebsbedingten Gründen gerechtfertigt. Die Beklagte habe zwar nach dem 1. Juli 1998 nur noch allgemeine Akquisitions-, Koordinierungs- und Verwaltungsaufgaben ausgeübt. Funktional habe sich aber durch die Zusammenfassung der Bauhöfe in der A. R. Bau-Geräte GmbH nichts geändert. Die Aufgabe der MTA U. bleibe dieselbe. Da die arbeitsorganisatorische Funktion der Bauhöfe unverändert sei, blieben diese funktional unersetzbarer Bestandteil zur Erfüllung der Betriebszwecke der A. R. Bauunternehmungen.



Es könne dahinstehen, ob ein Betriebsübergang oder Teilbetriebsübergang vollzogen worden sei, da sich aus der inneren Struktur der Beklagten und ihrer Tochtergesellschaften ergebe, daß der Beklagten durch den Vertrag nicht die Möglichkeit genommen worden sei, die Kläger weiterhin an ihrem Arbeitsplatz auch über den durch die Kündigung festgelegten Beendigungszeitpunkt hinaus zu beschäftigen. Die Beklagte habe es selbst in der Hand, darüber zu befinden, ob die Kläger in der MTA eingesetzt werden oder nicht.

Als Kündigungsgrund komme lediglich die Entscheidung der Beklagten in Betracht, innerhalb des Konzerns die Arbeitsaufgaben der MTA nicht mit eigenen Arbeitnehmern durchführen zu wollen, sondern ausschließlich Arbeitnehmer der A. R. Bau-Geräte GmbH einzusetzen. Die Unternehmerentscheidung als solche könne jedoch in der Regel eine Kündigung aus betriebsbedingten Gründen nicht rechtfertigen. Kündigungsgrund könne nur die aus der Unternehmerentscheidung folgende Auswirkung auf den Arbeitskräftebedarf im Betrieb sein. Konkrete betriebliche Auswirkungen seien jedoch nicht gegeben. Die Beklagte könne zwar, wolle aber diese Arbeitsplätze nicht mit eigenen, an sie arbeitsvertraglich gebundenen Arbeitnehmern besetzen. Es bestehe eine strukturelle Ähnlichkeit zum Problem der „Austauschkündigung“. Die Beklagte wolle erreichen, daß nach wie vor existierende Arbeitsplätze nicht von eigenen Arbeitnehmern, sondern von Arbeitnehmern, die zu Dritten im Arbeitsverhältnis stehen, ausgefüllt würden.

Die Kündigung des Klägers zu 5) sei bereits deshalb unwirksam, weil die Beklagte nicht vorgetragen habe, daß der im Rahmen eines Werkvertrages zwischen ihr und der Firma D. H. mit Transportarbeiten auf einem Deponiegelände beschäftigte Kläger zu 5) zum Zeitpunkt der Kündigung absehbar nicht weiter mit dieser Aufgabe hätte betraut werden können.

II. Diesen Ausführungen des Landesarbeitsgerichts folgt der Senat nicht.

1. Soweit die Kläger geltend gemacht haben, die Beklagte sei nicht zum Ausspruch der Kündigungen befugt gewesen, weil sie nicht mehr die Arbeitgeberin der Kläger gewesen sei, denn es sei bereits zum Jahresbeginn 1997 zu einem Betriebsübergang der MTA U. gekommen, ist das Landesarbeitsgericht dem nicht weiter nachgegangen. Die Kläger zu 5) und 7) haben diese Auffassung mit der Berufung auch nicht mehr geltend gemacht, sondern sind von einem Betriebsübergang zum 1. Juli



1998 ausgegangen. Der Auffassung des Klägers zu 1) hinsichtlich eines Betriebsübergangs bereits zum Jahresbeginn 1997 kann nicht gefolgt werden.

a) Ein Betriebsübergang 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. Der Übergang durch Rechtsgeschäft erfaßt alle Fälle einer Fortführung der wirtschaftlichen Einheit im Rahmen vertraglicher oder sonst rechtsgeschäftlicher Beziehungen, ohne daß unmittelbare Vertragsbeziehungen zwischen dem bisherigen Inhaber und dem Erwerber bestehen müssen (*ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. nur 25. Mai 2000 - 8 AZR 416/99 - AP BGB § 613 a Nr. 209 = EzA BGB § 613 a Nr. 190, zu II 1 a der Gründe; 26. August 1999 - 8 AZR 827/98 - BAGE 92, 251, zu I 3 a, 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 (*Senat 26. August 1999 - 8 AZR 718/98 - AP BGB § 613 a Nr. 196 = EzA BGB § 613 a Nr. 185, zu B II 1 der Gründe*).

b) Die Kläger berufen sich hinsichtlich eines Betriebsteilübergangs zum 1. Januar 1997 im wesentlichen auf die entsprechende Mitteilung der Beklagten vom Dezember 1996 und darauf, daß sie gegenüber Kunden entsprechend aufgetreten sei. Es ist jedoch nicht erkennbar, daß die ARB bereits zu diesem Zeitpunkt tatsächlich die wirtschaftliche Einheit „MTA U.“ übernommen hat und die Beklagte ihre wirtschaftliche Betätigung in diesem Betrieb oder Betriebsteil eingestellt hat. Genausowenig ist ersichtlich, daß und welche Betriebsmittel, welches Personal, welche Aufträge usw. die ARB von der Beklagten übernommen hat. Selbst wenn davon auszugehen ist, daß die ARB sich - auch schon vor ihrer Eintragung - wirtschaftlich betätigt hat, folgt daraus nicht, daß gerade auch die MTA U. auf sie übergegangen ist und die Beklagte ihre wirtschaftliche Betätigung insoweit eingestellt hat. Die Beklagte hat unwidersprochen



darauf hingewiesen, daß andere Unternehmen des H.-Konzerns ihre maschinentechnischen Abteilungen bereits im Jahre 1997 auf die ARB übertragen haben, jedoch bei der Beklagten auf Drängen der Belegschaft der Übergang noch nicht vollzogen worden sei. Zwischen den Betriebsparteien bestand nach den vorliegenden „Betriebsvereinbarungen“ „Einigkeit darüber, daß keine personellen Maßnahmen hinsichtlich der Umstrukturierung und der Teilübertragung“ von der Beklagten zur ARB durchgeführt werden, „bevor die entsprechenden Vereinbarungen Ende Januar 97 getroffen worden sind.“ In dem Beschlußverfahren - 5 BV Ga 39/98 - haben sich die Betriebsparteien darauf verständigt, daß die „Verhandlungen über einen Interessenausgleich über den Teilbetriebsübergang MTA“ als mit Ablauf des 30. Juni 1998 gescheitert gelten. Von einem Betriebsübergang vor dem 1. Juli 1998 kann deshalb nicht ausgegangen werden.

2. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Kündigungen sei nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt (§ 1 Abs. 2 KSchG), ist rechtsfehlerhaft.

a) Bei der Beantwortung der Frage, ob eine ordentliche Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt ist, weil dringende betriebliche Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen, geht es um die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das Landesarbeitsgericht in dem angefochtenen Urteil die Rechtsbegriffe 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 das Urteil in sich widerspruchsfrei ist (*ständige Rechtsprechung, vgl. nur BAG 17. Juni 1999 - 2 AZR 141/99 - BAGE 92, 71, 73*).

b) Dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, können sich aus inner- oder außerbetrieblichen Gründen ergeben. Eine Kündigung ist aus innerbetrieblichen Gründen gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber im Unternehmensbereich zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren innerbetrieblicher Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt (*vgl. nur BAG 17. Juni 1999 - 2 AZR 141/99 - BAGE 92, 71, 74 mwN*).



c) Die Beklagte hat einen solchen innerbetrieblichen Grund für ihre Kündigungen gehabt. Sie hat dargelegt, daß sie sich mit Wirkung vom 1. Juli 1998 entschlossen habe, ihre bisher in der sog. MTA U. wahrgenommenen Aufgaben „Bauhof/Werkstatt/Maschinentechnische Abteilung/Geräteverwaltung“ auf die Firma A. R. Bau-Geräte GmbH zu übertragen. Seit dem 1. Juli 1998 würden von der Beklagten Aufgaben im Bereich Bauhof/Werkstatt/Maschinentechnische Abteilung/Geräteverwaltung nicht mehr wahrgenommen. Durch den rechtsgeschäftlichen Übergang des Betriebs teils „MTA U.“ mit Wirkung ab 1. Juli 1998 auf die Firma A. R. Bau-Geräte GmbH in B. seien diese Aufgaben im Betrieb der Beklagten vollständig entfallen. Das Landesarbeitsgericht hat letztlich nicht in Zweifel gezogen, daß die Beklagte diese unternehmerische Entscheidung auch umgesetzt hat, aber gemeint, die Beklagte könne auf ihr Tochterunternehmen, die A. R. Bau-Geräte GmbH einwirken, daß die Arbeitnehmer in der MTA U. weiterbeschäftigt werden. Hierauf kommt es jedoch auf der ersten Stufe im Rahmen des Wegfalls der Arbeitsmöglichkeit bei der Beklagten nicht an, vielmehr handelt es sich allenfalls um eine Frage der anderweitigen Weiterbeschäftigungsmöglichkeit. Die unternehmerische Entscheidung, die Aufgaben der Maschinentechnischen Abteilung auf ein Tochterunternehmen zu verlagern, ist als solche nicht zu beanstanden. Die entsprechende unternehmerische Entscheidung ist nur darauf hin zu überprüfen, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (*vgl. nur BAG 17. Juni 1999 - 2 AZR 522/98 - BAGE 92, 61, 64 f.*). Hierfür besteht kein Anhaltspunkt. Die Beklagte hat sich dazu entschlossen, eine zentrale Geräteverwaltungs- und Instandhaltungseinheit außerhalb ihres Unternehmens anzusiedeln, um eine effektivere Auslastung der Gerätekapazität der sog. H.-Gruppe sicherstellen zu können. Eine solche unternehmerische Überlegung kann nicht als unvernünftig, unsachlich oder willkürlich angesehen werden.

Es handelt sich auch nicht um eine rechtsunwirksame sog. „Austauschkündigung“ (*vgl. dazu BAG 26. September 1996 - 2 AZR 200/96 - BAGE 84, 209, 213 f.; 26. September 1996 - 2 AZR 679/95 - nv.*). Es darf nicht übersehen werden, daß die A. R. Bau-Geräte GmbH, die die Maschinentechnischen Abteilungen bzw. Bauhöfe nicht nur der Beklagten, sondern auch anderer Unternehmen der R./H.-Gruppe übernommen hat, ein selbständiges Unternehmen ist. Konzernrechtliche Abhängigkeiten vermögen hieran nichts zu ändern. Der Konzernbegriff (§ 18 AktG) setzt gerade die Existenz rechtlich selbständiger Unternehmen voraus und erlaubt deren Zusammenfassung zu einem Unterordnungs- oder Gleichordnungskonzern (*vgl. nur Hüffer AktG 4. Auflage § 18 Rn. 2 ff.*). Die Rechtsordnung läßt eine konzerninterne Umstrukturierung



von Tätigkeitsbereichen und Arbeitsaufgaben zwischen den selbständigen Unternehmen zu.

d) Die unternehmerische Entscheidung der Beklagten zur Verlagerung der MTA U. auf die ARB ist auch tatsächlich umgesetzt worden. Es ist zum 1. Juli 1998 zu einem Betriebs- bzw. Betriebsteilübergang auf die A. R. Bau-Geräte GmbH gekommen.

aa) Der Betriebsübergang tritt mit dem Wechsel in der Person des Inhabers des Betriebs ein. Der bisherige Inhaber muß seine wirtschaftliche Betätigung in dem Betrieb oder Betriebsteil einstellen. Einer besonderen Übertragung einer irgendwie gear- teten Leitungsmacht bedarf es daneben nicht. Allerdings tritt kein Wechsel der Inha- berschaft ein, wenn der neue „Inhaber“ den Betrieb gar nicht führt (*Senat 12. November 1998 - 8 AZR 282/97 - BAGE 90, 163, 167, zu B I 1 der Gründe; 18. März 1999 - 8 AZR 159/98 - BAGE 91, 121, zu II 1 der Gründe*).

Der Übergang eines Betriebsteils steht für dessen Arbeitnehmer dem Be- tribsübergang gleich. Auch bei dem Erwerb eines Betriebsteils ist es erforderlich, daß die wirtschaftliche Einheit ihre Identität bewahrt. Betriebsteile sind Teileinheiten (Teilor- ganisationen) des Betriebes. Es muß sich um eine selbständig abtrennbare organisato- rische 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 ver- folgt werden (*Senat 26. August 1999 - 8 AZR 718/98 - AP BGB § 613 a Nr. 196 = EzA BGB § 613 a Nr. 185, zu B II 1 der Gründe*).

bb) Am 1. Juli 1998 hat die A. R. Bau-Geräte GmbH (ARB) die wirtschaftliche Ein- heit „MTA U.“ übernommen und im wesentlichen unverändert fortgeführt. Damit ist ein Betriebsübergang nach § 613 a BGB zu diesem Zeitpunkt eingetreten. Die Beklagte hat am 1. Juli 1998 die betriebliche Tätigkeit in der „MTA U.“ eingestellt. Die ARB hat die vorhandene Organisation der „MTA U.“ übernommen und die Betriebstätigkeit ohne Unterbrechung im eigenen Namen weitergeführt und die Arbeitnehmer weiterbeschäf- tigt. Dies geschah auf der Grundlage der von der Beklagten und der Firma A. R. Bau- Geräte GmbH getroffenen Vereinbarung vom 25. Juni/29. Juni 1998. Die Beklagte hat das Grundstück in U. und die darauf befindlichen Gebäude zum Betrieb eines Bauho- fes an die ARB vermietet. Die Baugeräte sind der ARB von der D. H. GmbH & Co. und der Beklagten vermietet worden. Die materiellen Betriebsmittel sind damit auf die ARB übergegangen. Auch die Kläger haben dies letztlich nicht in Frage gestellt, sondern den Vorgang auf Grund der konzerninternen Abhängigkeiten anders bewertet wissen



wollen. Für einen Betriebsübergang ist aber nicht erheblich, ob Veräußerer und Erwerber zu einem Konzern gehören.

Zwischen den Parteien ist letztlich nicht im Streit, daß die MTA U. zumindest teilbetrieblich organisiert war. In der MTA U. wurden Baugeräte gewartet, repariert und vermietet. Dies stellt eine selbständig übergangsfähige Einheit gegenüber dem Restbetrieb der Holding dar.

e) Die Kläger gehörten auch dem übertragenen Betriebsteil „MTA U.“ an. Rechtsfolge des Übergangs der MTA U. auf die A. R. Bau-Geräte GmbH wäre gewesen, daß die Arbeitsverhältnisse der Kläger, die in diesem Bereich tätig waren, gemäß § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die ARB übergegangen wären und mit dieser fortbestanden hätten. Auf Grund des von den Klägern rechtzeitig - nämlich vor dem Betriebsübergang (vgl. *Senat 19. März 1998 - 8 AZR 139/97 - BAGE 88, 196, 201 f. mwN*) - erklärten Widerspruchs sind deren Arbeitsverhältnisse nicht auf die A. R. Bau-Geräte GmbH übergegangen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses im Rahmen eines Betriebsüberganges widersprechen. Rechtsfolge des wirksam erklärten Widerspruchs ist der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zum bisherigen Arbeitgeber. Die in § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB angeordnete Rechtsfolge des Betriebsübergangs für das Arbeitsverhältnis tritt nicht ein (vgl. *nur Senat 19. März 1998 aaO BAGE 88, 196, 199 f.*).

Damit haben die Arbeitsverhältnisse der Kläger mit der Beklagten fortbestanden. Die Beklagte selbst führt die Tätigkeit im Bereich des MTA U. nicht mehr aus und infolgedessen ist die Beschäftigungsmöglichkeit für die Kläger weggefallen. Da die bisherige Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer auf Grund des Betriebsübergangs weggefallen ist, liegt, wenn keine anderen Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen, allein auf Grund des Widerspruchs regelmäßig ein dringendes betriebliches Erfordernis vor, das eine betriebsbedingte Kündigung sozial rechtfertigen kann (vgl. *BAG 21. März 1996 - 2 AZR 559/95 - BAGE 82, 316, 326, zu IV 2 der Gründe*). Der Arbeitnehmer hat nur die Wahlmöglichkeit, den gesetzlichen Schutz des § 613 a BGB in Anspruch zu nehmen und das Arbeitsverhältnis mit dem neuen Betriebsinhaber fortzusetzen oder an dem Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Betriebsinhaber festzuhalten, was mit der Gefahr verbunden ist, daß dieser ihn nicht weiterbeschäftigen kann. Eine Wahlmöglichkeit derart, daß der Arbeitnehmer an dem Vertrag mit dem bisherigen Betriebsinhaber festhält und von diesem verlangt, er solle sich mit dem



neuen Betriebsinhaber über die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf seinem bisherigen Arbeitsplatz einigen, kennt § 613 a BGB nicht (vgl. BAG 21. März 1996 aaO, zu IV 3 der Gründe).

3. Soweit das Landesarbeitsgericht der Auffassung ist, den Kündigungen durch die Beklagte stehe entgegen, daß die Beklagte auf Grund der inneren Struktur der Beklagten und ihrer Tochtergesellschaften die Möglichkeit habe, die Kläger weiterhin an ihrem alten Arbeitsplatz zu beschäftigen, ist dem nicht zu folgen. Eine solche „Einwirkungspflicht“ des Arbeitgebers auf ein anderes Unternehmen sieht das KSchG nicht vor. Das Kündigungsschutzgesetz ist unternehmens-, nicht konzernbezogen (BAG 27. November 1991 - 2 AZR 255/91 - AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr. 6 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 72, zu B III 1 der Gründe mwN; 22. Mai 1986 - 2 AZR 612/85 - AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr. 4 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 22, zu B I 4 der Gründe; 14. Oktober 1982 - 2 AZR 568/80 - BAGE 41, 72, 85 ff.).

4. Sofern die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts so zu verstehen sind, daß für die Kläger eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit bestanden habe, ist auch dem nicht zu folgen.

a) Die Prüfung einer Möglichkeit zur Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz erstreckt sich nicht nur auf den Beschäftigungsbetrieb, sondern auch auf andere Betriebe des Unternehmens (vgl. nur BAG 27. November 1991 - 2 AZR 255/91 - aaO). Insoweit hätte es den Klägern oblegen konkret darzulegen, wie sie sich eine anderweitige Beschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz vorstellen, nachdem der bisherige Arbeitsplatz bei der Beklagten weggefallen war (vgl. nur BAG 24. Februar 2000 - 8 AZR 167/99 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 47 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 104, zu III 2 b der Gründe mwN).

b) Soweit die Kläger geltend machen, sie könnten in der MTA U. weiterbeschäftigt werden, handelt es sich hierbei nicht um eine Weiterbeschäftigung in einem Betrieb der Beklagten, weil dieser auf die A. R. Bau-Geräte GmbH übergegangen ist. In welchem anderen Bereich des Unternehmens der Beklagten die Kläger hätten weiterbeschäftigt werden können, haben sie nicht konkret aufgezeigt. Die Beklagte hat stets geltend gemacht, sie beschäftige in ihrem Bereich nur noch Angestellte für klassische Holding-Aufgaben. Es wäre an den Klägern gewesen zu konkretisieren, auf welchem freien Arbeitsplatz bei der Beklagten sie aus ihrer Sicht hätten beschäftigt werden können.



c) Auch soweit sich der Arbeitnehmer auf einen nur ausnahmsweise anzuerkennenden konzernweiten Kündigungsschutz, also zB eine Weiterbeschäftigung in einem Tochterunternehmen beruft, ist es an ihm, konkret darzutun, auf welchem freien Arbeitsplatz er für sich eine Beschäftigungsmöglichkeit sieht (vgl. BAG 20. Januar 1994 - 2 AZR 489/93 - AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr. 8 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 74, zu B III 2 d der Gründe).

d) Soweit die Kläger geltend machen, die Beklagte hätte dafür sorgen müssen, daß sie bei der A. R. Bau-Geräte GmbH oder an anderer Stelle im Unternehmensverbund weiterbeschäftigt werden können, machen sie im Ergebnis eine konzernweite Weiterbeschäftigungsverpflichtung geltend. Soweit sich dieses Ansinnen nicht auf die A. R. Bau-Geräte GmbH bezieht, haben die Kläger nicht konkret aufgezeigt, auf welchen freien Arbeitsplätzen in welchem Unternehmen sie konkret hätten weiterbeschäftigt werden können. Soweit es um eine Weiterbeschäftigung bei der A. R. Bau-Geräte GmbH geht, nämlich dort in der nunmehr von dieser übernommenen Einheit „MTA U.“, hätten sie ihre Weiterbeschäftigung bei dieser sicherstellen können, wenn sie dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf diese nicht widersprochen hätten. Nachdem die Kläger dies abgelehnt hatten, ist nicht erkennbar, daß freie Arbeitsplätze vorhanden sind, auf denen sie beschäftigt werden könnten. Die Möglichkeit anderweitiger Beschäftigung setzt das Vorhandensein eines „freien“ Arbeitsplatzes voraus (ständige Rechtsprechung, vgl. nur BAG 15. Dezember 1994 - 2 AZR 327/94 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 67 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 75). Die Kläger haben nicht konkret aufgezeigt, daß freie oder absehbar frei werdende Arbeitsplätze bei der ARB vorhanden sind, auf denen sie mit ihrer Qualifikation beschäftigt werden könnten.

e) Davon abgesehen streben die Kläger damit eine konzernweite Weiterbeschäftigungsverpflichtung an, die aber nicht besteht.

aa) Der Arbeitgeber ist vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung grundsätzlich nicht verpflichtet, eine anderweitige Unterbringung des Arbeitnehmers in einem anderen Konzernunternehmen zu versuchen. Ausnahmefälle auf Grund besonderer Sachverhaltsgestaltungen sind denkbar, in denen eine konzernbezogene Betrachtung geboten ist. Ein solche Ausnahmekonstellation liegt vor, wenn sich ein anderes Konzernunternehmen ausdrücklich zur Übernahme des Arbeitnehmers bereit erklärt hat oder wenn sich eine solche Verpflichtung unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag oder einer sonstigen vertraglichen Absprache ergibt. Der Arbeitnehmer kann nach dem Ar-



beitsvertrag von vornherein für den Unternehmens- und den Konzernbereich eingestellt worden sein oder sich arbeitsvertraglich mit einer Versetzung innerhalb der Unternehmens- bzw. Konzerngruppe einverstanden erklärt haben. Bei einer solchen Vertragsgestaltung muß der Arbeitgeber als verpflichtet angesehen werden, zunächst eine Unterbringung des Arbeitnehmers in einem anderen Konzernbetrieb zu versuchen, bevor er dem Arbeitnehmer aus betriebsbedingten Gründen kündigt. Gleiches muß auch dann gelten, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine diesbezügliche Zusage macht oder eine Übernahme durch einen anderen Konzernbetrieb in Aussicht stellt. Auch eine solche auf Grund formloser Zusage oder eines vorangegangenen Verhaltens erzeugte Selbstbindung kann den Arbeitgeber verpflichten, vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung eine anderweitige Unterbringung des Arbeitnehmers in einem Konzernbetrieb zu versuchen. Voraussetzung für eine solche erweiterte Versetzungspflicht ist allerdings weiterhin, daß dem Beschäftigungsbetrieb auf Grund einer Abstimmung mit dem beherrschenden Unternehmen oder dem anderen Konzernunternehmen ein bestimmender Einfluß auf die Versetzung eingeräumt worden und die Entscheidung darüber nicht dem grundsätzlich zur Übernahme bereiten Unternehmen vorbehalten worden ist (*BAG 27. November 1991 - 2 AZR 255/91 - AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr. 6 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 72, zu B III 1 der Gründe mwN*).

bb) Eine solche Ausnahmekonstellation liegt hier nicht vor. Weder ist vorgetragen noch ersichtlich, daß sich die A. R. Bau-Geräte GmbH ausdrücklich zur Übernahme der Kläger bereiterklärt hat, noch liegt eine entsprechende vertragliche Absprache oder Zusage der Beklagten gegenüber den Klägern vor. Aus der Vereinbarung zwischen der Beklagten und der A. R. Bau-Geräte GmbH vom 25./29. Juni 1998 ergibt sich lediglich, daß die Mitarbeiter, die dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses widersprochen haben, von der Beklagten der A. R. Bau-Geräte GmbH im Rahmen eines „Personalgestellungsvertrages ... zur Verfügung gestellt“ werden. Hieraus ergibt sich aber keine Verpflichtung der Beklagten den Klägern gegenüber.

f) Die Kläger können auch nicht verlangen, daß die Beklagte die Arbeitsverhältnisse mit ihnen aufrechterhält und sie weiter an die A. R. Bau-Geräte GmbH „verleiht“, damit sie dort ihre Arbeitsleistung in der MTA U. erbringen können.

Zwar ist zutreffend, daß eine Beendigungskündigung immer erst und nur dann in Betracht kommt, wenn mildere Mittel, einem eingetretenen Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes zu begegnen, nicht bestehen. Diese Verpflichtung zur Ergreifung milde-



rer Mittel besteht aber nur im Rahmen des rechtlich Möglichen. Da die Beklagte kein Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen betreibt und auch nicht über eine entsprechende Erlaubnis verfügt, kann sie schon deshalb hierzu nicht verpflichtet werden. Soweit die Kläger auf § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG verweisen, ergibt sich hieraus nichts Gegenteiliges. Nach dieser Norm sind die Bestimmungen des AÜG mit bestimmten Ausnahmen nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzerunternehmen im Sinne des § 18 AktG, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet. Selbst wenn der Begriff „vorübergehend“ weit auszulegen ist, um die konzerinterne Arbeitnehmerüberlassung zu erleichtern (vgl. BAG 5. Mai 1988 - 2 AZR 795/87 - AP AÜG § 1 Nr. 8 = EzA Arbeitnehmerüberlassungsgesetz § 1 Nr. 1, zu III 2 e der Gründe), so liegt eine „vorübergehende“ Arbeitnehmerüberlassung jedenfalls dann nicht mehr vor, wenn der Arbeitnehmer - wie dies den Klägern vorschwebt - auf unabsehbare Zeit seine Arbeitsleistung bei einem anderen Unternehmen erbringen soll. Entscheidend ist die Rückkehrmöglichkeit für den Arbeitnehmer in sein Ursprungsunternehmen (vgl. ErfK/Wank 2. Auflage § 1 AÜG Rn. 92; Schüren AÜG § 1 Rn. 752 jeweils mwN; Rüthers/Bakker ZfA 1990, 245, 298 f.). Dafür bestünde aber im Streitfall kein Anhaltspunkt, weil die Kläger gerade bei der aus dem Unternehmen der Beklagten ausgegliederten Maschinentechnischen Abteilung tätig werden sollen.

5. Eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit bei der A. R. Bau-Geräte GmbH kommt auch nicht deshalb in Betracht, weil diese und die Beklagte einen gemeinschaftlichen Betrieb führen. Es fehlt an hinreichenden Anhaltspunkten für die Annahme, die Beklagte, die A. R. Bauunternehmung GmbH Br. und die A. R. Bau-Geräte GmbH bildeten - wie dies die Kläger geltend machen - kraft gemeinsamer Arbeitsorganisation unter einheitlicher Leitungsmacht einen gemeinsamen Betrieb im Sinne des § 1 KSchG.

a) Ein arbeitgeberübergreifender Kündigungsschutz kommt ausnahmsweise in Betracht, wenn sich zwei oder mehrere Unternehmen zur gemeinsamen Führung eines Betriebes - zumindest konkludent - rechtlich verbunden haben (BAG 29. April 1999 - 2 AZR 352/98 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 21 = EzA KSchG § 23 Nr. 21, zu III 4 der Gründe; 18. Januar 1990 - 2 AZR 355/89 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 9 = EzA KSchG § 23 Nr. 9; 23. März 1984 - 7 AZR 515/82 - BAGE 45, 259). Ein solcher Gemeinschaftsbetrieb mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen liegt vor, wenn die beteiligten Unternehmen einen einheitlichen Leitungsapparat zur Erfüllung der in der organisatorischen Einheit zu verfolgenden arbeitstechnischen Zwecke geschaffen haben. Insbesondere müssen die Arbeitgeberfunktionen in den sozialen und personellen An-



gelegenheiten des Betriebsverfassungsgesetzes institutionell einheitlich für die beteiligten Unternehmen sein. Diese einheitliche Leitung muß sich auf die wesentlichen Arbeitgeberfunktionen in den sozialen und personellen Angelegenheiten erstrecken. Die einheitliche Leitung braucht nicht in einer einheitlichen vertraglichen Vereinbarung der beteiligten Unternehmen geregelt zu sein. Vielmehr genügt es, daß sich ihre Existenz aus den tatsächlichen Umständen herleiten läßt. Ergeben die Umstände des Einzelfalles, daß der Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Bereich von derselben institutionellen Leitung ausgeübt wird, so führt dies regelmäßig zu dem Schluß, daß eine konkludente Führungsvereinbarung vorliegt (*BAG 29. April 1999 aaO; 18. Januar 1990 aaO; 14. Dezember 1994 - 7 ABR 26/94 - BAGE 79, 47; 3. Dezember 1997 - 7 AZR 764/96 - BAGE 87, 186, 191, zu I 3 b der Gründe*).

Die Annahme einer Vereinbarung zur Führung eines gemeinsamen Betriebes ist aber nicht schon dann gerechtfertigt, wenn mehrere Unternehmen zB auf der Grundlage von Organ- oder Beherrschungsverträgen lediglich unternehmerisch zusammenarbeiten. Vielmehr muß die Vereinbarung auf eine einheitliche Leitung für die Aufgaben gerichtet sein, die vollzogen werden müssen, um die in der organisatorischen Einheit zu verfolgenden arbeitstechnischen Zwecke erfüllen zu können (*BAG 29. April 1999 aaO; 18. Januar 1990 aaO; 14. September 1988 - 7 ABR 10/87 - BAGE 59, 319, 324 f., zu B 2 der Gründe*). Es ist zwischen konzernrechtlicher Weisungsbefugnis und betrieblichem Leitungsapparat zu unterscheiden. Die Annahme eines Gemeinschaftsbetriebes setzt einen einheitlichen, rechtlich gesicherten betriebsbezogenen Leitungsapparat voraus. Adressat von konzernrechtlichen Weisungen ist allein der Vorstand der abhängigen Tochter. Konzernrechtliche Weisungsmacht kann zwar bis zur Betriebsebene durchschlagen, sie erzeugt jedoch für sich gesehen noch keinen betriebsbezogenen Leitungsapparat (*BAG 29. April 1999 aaO mwN*).

b) Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, daß die Firma A. R. Bauunternehmung GmbH keine abschließenden Entscheidungsbefugnisse im personellen Bereich habe, und im übrigen auf Grund der von den Klägern vorgelegten Unterlagen konzipiert, daß die Beklagte auf Grund der konzerninternen Struktur weitgehende Einflußmöglichkeiten auf die Tochterunternehmen habe. Damit kann davon ausgegangen und auch unterstellt werden, daß die Zentrale Personalabteilung der H.-Gruppe Vorgaben für die Abwicklung von Personalangelegenheiten innerhalb der Unternehmensgruppe macht. Ob es sich insoweit nur um einen „bloßen Servicebereich“ handelt, wie die Revision meint, kann dahinstehen.



Entscheidend ist, daß sich aus den Darlegungen der Kläger nicht ergibt, daß jenseits konzernrechtlicher Weisungsbefugnisse eine einheitliche Leitung besteht, um die in der organisatorischen Einheit zu verfolgenden arbeitstechnischen Zwecke zu erfüllen. Es ist nicht erkennbar, daß sich die Beklagte und die A. R. Bauunternehmung GmbH Br. und die A. R. Bau-Geräte GmbH hinsichtlich ihrer Betriebszwecke miteinander verbunden haben. Ein einheitlicher betriebsbezogener Leitungsapparat wird nicht durch konzernrechtliche Abhängigkeiten erzeugt. Die einheitliche Leitung muß vielmehr auf arbeitstechnische und betriebliche Aspekte bezogen sein. Konzernrechtliche Bindungen sagen nichts darüber aus, ob die einheitliche Leitung auf Aufgaben gerichtet ist, die vollzogen werden müssen, um in der Organisationseinheit die arbeitstechnischen Zwecke zu steuern. Die Annahme eines Gemeinschaftsbetriebes setzt zwar nicht voraus, daß die verschiedenen Unternehmen den gleichen Betriebszweck verfolgen, die Führungsvereinbarung muß aber auf eine einheitliche Leitung für die Aufgaben gerichtet sein, die vollzogen werden müssen, um die in der organisatorischen Einheit zu verfolgenden arbeitstechnischen Zwecke erfüllen zu können (*BAG 29. April 1999 - 2 AZR 352/98 - aaO, zu III 4 c cc der Gründe; 18. Januar 1990 - 2 AZR 355/89 - aaO, zu III 1 der Gründe; 14. September 1988 - 7 ABR 10/87 - BAGE 59, 319, 325, zu B 3 der Gründe*). Solche in einer organisatorischen Einheit zu verfolgenden arbeitstechnischen Zwecke liegen im Verhältnis zwischen einer im wesentlichen auf die Vermögensverwaltung und die Geschäftsführung ausgerichteten Holding einer in verschiedenen Branchen tätigen Unternehmensgruppe und einem auf die Erbringung von Bauleistungen und einem auf die Erbringung von Dienstleistungen gerichteten Tochterunternehmen regelmäßig nicht vor. Eine Holding als Dachgesellschaft einer Unternehmensgruppe verfolgt mit ihrer Tätigkeit im Bereich der Vermögensverwaltung und der Geschäftsführung Zwecke, die mit dem Betriebszweck einer produzierenden oder Dienstleistungen erbringenden Tochtergesellschaft nicht lediglich innerhalb einer organisatorischen Einheit zu verfolgen sind. Die Beklagte hat stets unwidersprochen darauf hingewiesen, daß sie lediglich im Bereich der MTA U. selbst im engeren Sinne arbeitstechnische Zwecke verfolgt hat. Nach der „Ausgliederung“ dieses Bereichs zur A. R. Bau-Geräte GmbH ist davon auszugehen, daß die Beklagte selbst nicht produzierend und dienstleistend nach außen gegenüber Dritten tätig ist, sondern sie vielmehr für die konzernverbundenen Unternehmen „Servicefunktionen“ wahrnimmt. Dann zielt aber das Wirken der A. R. Bau-Geräte GmbH auf einen völlig anderen arbeitstechnischen Zweck als die Beklagte als Muttergesellschaft. Arbeitstechnischer Zweck der A. R. Bau-Geräte GmbH ist der An- und Verkauf sowie die An- und Vermietung von Bau-



maschinen, -geräten und -ausrüstung, deren Reparatur und Service sowie alle Tätigkeiten, die damit in mittelbarem und unmittelbarem Zusammenhang stehen. Zweck der A. R. Bauunternehmung GmbH Br. ist die Erbringung von Bauleistungen. Welcher arbeitstechnische Zweck in der organisatorischen Einheit, dem gemeinsamen Betrieb - das könnte nur die Maschinentechnische Abteilung als eigenständige Einheit sein - von den Unternehmen gemeinsam verfolgt wird, ist nicht nachvollziehbar. Dies gilt umso mehr in Bezug auf die A. R. Bau-Geräte GmbH, die erst im Jahre 1997 gegründet wurde.

6. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, daß die Kündigung des Klägers zu 5) bereits deshalb unwirksam sei, weil die Beklagte nicht vorgetragen habe, daß zum Kündigungszeitpunkt der Wegfall des Werkvertrages mit der Firma D. H. GmbH hinsichtlich der Deponiearbeiten absehbar gewesen sei, ist rechtsfehlerhaft. Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß die Beklagte vorgetragen habe, daß der Werkvertrag, der von der A. R. Bau-Geräte GmbH fortgesetzt worden sei, am 30. September 1998 geendet habe. Die Beendigung des Werkvertrages sei im Kündigungszeitpunkt absehbar gewesen, weil die Kündigung erst am 29. September 1998 erfolgt ist.

Unabhängig hiervon gehen beide Parteien davon aus, daß auch der Kläger zu 5) der MTA U. zuzuordnen war. Die dort bestehende Arbeitsmöglichkeit bei der Beklagten ist auf Grund des Übergangs der MTA auf die A. R. Bau-Geräte GmbH weggefallen.

7. Die Kündigungen sind nicht nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG sozial ungerechtfertigt.

a) Auch der Arbeitnehmer, dem ohne seinen Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses der Arbeitsplatz bei dem Übernehmer erhalten geblieben wäre, kann sich auf eine mangelhafte Sozialauswahl berufen. Das Gesetz gibt keine Handhabung, etwa im Falle eines Widerspruchs ohne vernünftigen Grund von einer Sozialauswahl ganz abzusehen. Die Prüfung der sozialen Schutzwürdigkeit aller vergleichbaren Arbeitnehmer hat jedoch die Tatsache zu berücksichtigen, daß der Arbeitnehmer seine bisherige Arbeitsmöglichkeit aus freien Stücken aufgegeben hat und erst dadurch ein dringendes betriebliches Erfordernis für die Kündigung geschaffen wurde. Der soziale Besitzstand des gekündigten Arbeitnehmers kann nicht unabhängig von den Gründen beurteilt werden, aus denen er die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit einem anderen Arbeitgeber ablehnt. Soll statt seiner einem anderen Arbeitnehmer gekündigt werden, der die Möglichkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht



hat, müssen berechtigte Gründe des Arbeitnehmers vorliegen, der sich auf die soziale Auswahl zu Lasten der Arbeitskollegen beruft (vgl. zuletzt Senat 24. Februar 2000 - 8 AZR 167/99 - aaO, zu III 2 c aa der Gründe).

Hierbei ist kein großzügiger Maßstab zugunsten des widersprechenden Arbeitnehmers geboten. Eine echte Wahlfreiheit des Arbeitnehmers kann nur bestehen, wenn sie nicht zu Lasten eines - an sich unbeteiligten - Arbeitskollegen geht. Darin liegt keine Entwertung des Widerspruchsrechts. Vielmehr ist die rechtsgeschäftliche Abschlußfreiheit des Arbeitnehmers mit dem berechtigten und schutzwürdigen Belangen der von dem Widerspruch betroffenen Arbeitskollegen in Einklang zu bringen. Das Kündigungsschutzgesetz schützt auch diese vor einem ungerechtfertigten Verlust des Arbeitsplatzes. Je geringer die Unterschiede hinsichtlich der sozialen Gesichtspunkte unter den vergleichbaren Arbeitnehmern sind, desto gewichtiger müssen die Gründe dafür sein, einen vom Betriebsübergang nicht betroffenen Arbeitnehmer zu verdrängen. Sind Bestand oder Inhalt des Arbeitsverhältnisses auch ohne Widerspruch des Arbeitnehmers ernsthaft gefährdet, kommt seine Abschlußfreiheit gegenüber dem Bestandsschutz anderer Arbeitnehmer gleicher Rang im Rahmen einer sozialen Auswahl zu. Andererseits ergibt sich: Ist der widersprechende Arbeitnehmer sozial nicht ganz erheblich, sondern nur geringfügig schutzwürdiger als die vergleichbaren Arbeitnehmer, verdient er allenfalls dann den Vorrang, wenn seinem Widerspruch die berechtigte Befürchtung eines baldigen Arbeitsplatzverlustes oder einer baldigen wesentlichen Verschlechterung seiner Arbeitsbedingungen bei dem Erwerber zugrunde liegt (vgl. zuletzt Senat 24. Februar 2000 - 8 AZR 167/99 - aaO, zu III 2 c bb der Gründe).

b) Eine Sozialauswahl kommt aber nur in Betracht, wenn bei der Beklagten mit den Klägern vergleichbare Arbeitnehmer beschäftigt werden. Die Kläger behaupten nicht, daß die Beklagte selbst vergleichbare Arbeitnehmer weiterbeschäftigt, die sozial weniger schutzbedürftig sind. Soweit sie konkrete Arbeitnehmer benennen, sind diese - sofern sie auf Grund der arbeitsplatzbezogenen Merkmale überhaupt vergleichbar wären - nicht bei der Beklagten beschäftigt. Damit können die Kläger nicht durchdringen. Die Sozialauswahl ist nur betriebs- und nicht unternehmensbezogen. Betriebsübergreifend hat sie nur zu erfolgen, wenn mehrere Unternehmen einen Gemeinschaftsbetrieb führen (vgl. nur BAG 5. Mai 1994 - 2 AZR 917/93 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 23 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 31). Diese Voraussetzung ist im Streitfall, wie oben dargelegt, nicht gegeben.



8. Die Kündigungen sind auch nicht gemäß § 613 a Abs. 4 BGB unwirksam. Kündigt der bisherige Betriebsinhaber einem Arbeitnehmer, der dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen hat, weil für ihn keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr bestehe, so handelt es sich nicht um eine nach § 613 a Abs. 4 BGB unzulässige Kündigung (*Senat 25. Mai 2000 - 8 AZR 416/99 - aaO, zu III 4 der Gründe mwN; BAG 21. März 1996 - 2 AZR 559/95 - aaO, zu IV 1 der Gründe*).

9. Der Wirksamkeit der Kündigungen stehen auch betriebsverfassungsrechtliche Gründe nicht entgegen.

a) 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 nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts 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 (*vgl. zuletzt Senat 24. Februar 2000 - 8 AZR 167/99 - aaO, zu I 1 der Gründe mwN*).

b) Dem wird die Anhörung mit Schreiben der Betroffenen vom 15. Juli 1998 gerecht.

Die Beklagte hat dem Betriebsrat den aus ihrer Sicht maßgeblichen Kündigungssachverhalt unterbreitet und mitgeteilt, daß eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit nicht bestehe. Aus Sicht der Beklagten war eine Sozialauswahl nicht vorzunehmen. Einer „vorsorglichen Sozialauswahl“ im Rahmen der Betriebsratsanhörung bedurfte es nicht (*vgl. Senat 24. Februar 2000 - 8 AZR 167/99 - aaO, zu I 2 b der Gründe mwN*). Im übrigen hat die Beklagte dem Betriebsrat auch mitgeteilt, daß aus ihrer Sicht, selbst wenn man einen gemeinsamen Betrieb unterstellt, in beiden Unternehmen keine vergleichbaren Arbeitnehmer beschäftigt würden.

Die Beklagte hat die Ordnungsgemäßheit der Betriebsratsanhörung schlüssig dargelegt. Im Rahmen der abgestuften Darlegungslast wäre es sodann Sache der Kläger gewesen, konkret zu beanstanden, in welchen Punkten sie die Betriebsratsanhörung für fehlerhaft halten, wobei auch ein völliges oder teilweises Bestreiten mit Nichtwissen wegen fehlender eigener Wahrnehmung möglich und zulässig ist. Wenn jedoch die Kläger die Angaben des beklagten Arbeitgebers weder substantiiert noch mit Nichtwissen, sondern nur pauschal ohne Berufung auf fehlende eigene Wahrnehmung



gen bestreiten, so stellt sich ein solches Bestreiten als unzureichend dar (vgl. *BAG 16. März 2000 - 2 AZR 75/99 - AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 114 = EzA BGB § 626 nF Nr. 179, zu II 2 der Gründe*).

10. Die Kündigungen sind auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer fehlerhaften Massenentlassungsanzeige nach §§ 17, 18 KSchG zu beanstanden.

a) Gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 KSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitsamt Anzeige zu erstatten, bevor er in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als fünf Arbeitnehmer und in Betrieben mit in der Regel mehr als 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern 10 % der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder mehr als 25 Arbeitnehmer innerhalb von 30 Kalendertagen entläßt. Nach § 18 KSchG werden Entlassungen, die nach § 17 KSchG anzuzeigen sind, vor Ablauf eines Monats nach Eingang der Anzeige beim Arbeitsamt nur mit Zustimmung des Landesarbeitsamtes wirksam. Unterbleibt die Anzeige des Arbeitgebers, so ist die einzelne Kündigung unwirksam, wenn sich der Arbeitnehmer auf diesen Verstoß beruft. Der Arbeitnehmer ist beweispflichtig dafür, daß eine Anzeigepflicht bestand. Er muß also sowohl die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer als auch die Zahl der entlassenen Arbeitnehmer im Streitfall beweisen (vgl. *nur BAG 19. Juni 1991 - 2 AZR 127/91 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 53 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 70, zu II 4 a der Gründe*).

„Entlassung“ im Sinne der §§ 17, 18 KSchG ist nicht schon die Kündigung, sondern die mit ihr beabsichtigte tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Maßgeblich für die Anzeigepflicht ist deshalb nicht der Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs, sondern der der tatsächlichen Vollziehung der Entlassung (*ständige Rechtsprechung, vgl. zuletzt BAG 13. April 2000 - 2 AZR 215/99 - AP KSchG 1969 § 17 Nr. 13 = EzA KSchG § 17 Nr. 9, zu B III 1 a der Gründe mwN*). Wie dem Tatbestandsmerkmal „in der Regel“ zu entnehmen ist, kommt es für den betrieblichen Geltungsbereich nicht auf die Anzahl der im konkreten Zeitpunkt der Entlassung beschäftigten Arbeitnehmer an. Es ist auf die Regelanzahl abzustellen. Dies ist nicht die durchschnittliche Beschäftigtenzahl in einem bestimmten Zeitraum, sondern die normale Beschäftigtenzahl des Betriebes, dh. diejenige Personalstärke, die für den Betrieb im allgemeinen, also bei regelmäßigem Gang des Betriebes kennzeichnend ist. Erforderlich ist ein Rückblick auf die bisherige personelle Stärke des Betriebes und eine Einschätzung der zukünftigen Entwicklung, wobei Zeiten außergewöhnlich hohen oder niedrigen Geschäftsanfalls nicht zu berücksichtigen sind. Im Fall einer Betriebsstille-



gung ist dagegen eine Zukunftsprognose nicht möglich; dann kommt nur ein Rückblick auf die bisherige Belegschaftsstärke in Betracht. Im Stilllegungsfall ist auch bei einem sukzessiven Vorgehen des Arbeitgebers mit mehreren Entlassungswellen der Zeitpunkt maßgeblich, in dem zuletzt noch eine normale Betriebstätigkeit entfaltet wurde (vgl. zuletzt BAG 13. April 2000 - 2 AZR 215/99 - aaO, zu B III 1 b der Gründe mwN).

Liegt bei einer nach §§ 17 ff. KSchG anzeigepflichtigen Massenentlassung im vorgesehenen Entlassungszeitpunkt nicht die erforderliche Zustimmung der Arbeitsverwaltung vor, so darf der Arbeitgeber trotz privatrechtlich wirksamer Kündigung den Arbeitnehmer so lange nicht entlassen, bis die Zustimmung erteilt ist. Ist die Zustimmung weder vor noch nach dem vorgesehenen Entlassungszeitpunkt beantragt worden, steht damit fest, daß das Arbeitsverhältnis durch die entsprechende Kündigung nicht aufgelöst worden ist (BAG 13. April 2000 - 2 AZR 215/99 - aaO).

b) Die Beklagte hat eine Massenentlassungsanzeige nach § 17 KSchG mit den Angaben gemäß § 17 Abs. 2 und 3 KSchG gegenüber dem Arbeitsamt erstattet. Die zum 31. Januar 1999 bzw. 28. Februar 1999 zur Entlassung vorgesehenen Arbeitnehmer sind ordnungsgemäß mitgeteilt worden. Soweit der Kläger zu 1) noch andere zu diesen Daten entlassene Mitarbeiter geltend gemacht hat, hat die Beklagte vorgetragen, daß diese bereits vorher zum 31. Juli 1998 ausgeschieden seien. Das diesbezügliche Bestreiten des Klägers mit Nichtwissen ohne Beweisantritt war unbeachtlich, da ihm die Beweislast obliegt.

Allerdings hat die Beklagte offenbar die Zahl der in der Regel Beschäftigten mit 19 als zu niedrig angegeben, weil sie in der Massenentlassung vom 8. Dezember 1998 lediglich auf die Verhältnisse im „Zweigbetrieb am Standort U.“ abgestellt hat. Diese falsche Angabe führt jedoch im Streitfall nicht zur Unwirksamkeit der Massenentlassungsanzeige. Zum einen war die Angabe „19 in der Regel Beschäftigte im Zweigbetrieb“ nicht eindeutig, so daß für die Arbeitsverwaltung Anlaß bestand nachzufragen, zumal bei 20 und weniger Arbeitnehmern gar keine Anzeigepflicht nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG bestand. Vor allem aber hat das Arbeitsamt sich durch die zu niedrige Angabe der Beschäftigungszahl nicht von einer sachlichen Prüfung abhalten lassen. So begründete das Arbeitsamt im Bescheid vom 21. Dezember 1998 die fehlende Anzeigepflicht, daß die Zahl der Entlassenen innerhalb von 30 Kalendertagen nicht mindestens sechs gewesen sei. Lediglich am Ende des Schreibens kommt noch der Hinweis, daß bei Betrieben mit 20 oder weniger Arbeitnehmern keine Anzeigepflicht bestehe. Die Annahme des Arbeitsamts, daß wegen der Zahl der Entlassenen keine



Anzeigepflicht bestehe, war damit nicht durch die falsche Angabe der Beklagten zur Beschäftigungszahl beeinflusst. Zwar hat das Arbeitsamt verkannt, daß bei vier entlassenen Arbeitnehmern am 31. Januar 1999 und drei am 28. Februar 1999 insgesamt sieben Arbeitnehmer innerhalb 30 Kalendertagen entlassen werden sollten, so daß eine Anzeigepflicht nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG bestand. Diesen Irrtum hat die Beklagte jedoch nicht zu vertreten.

III. Die Hilfsanträge des Klägers zu 1) sind unbegründet.

1. Über diese Hilfsanträge ist in der Revision zu entscheiden. Ist in der Vorinstanz dem Hauptantrag einer Partei stattgegeben worden, so fällt der Hilfsantrag auch ohne Anschlußrechtsmittel ohne weiteres in der Rechtsmittelinstanz an. Dies gilt zumindest dann, wenn zwischen dem Hauptantrag und dem Hilfsantrag ein enger sachlicher und rechtlicher Zusammenhang besteht, wie dies zwischen der Kündigungsschutzklage und dem Wiedereinstellungsanspruch anzunehmen ist (vgl. BAG 20. August 1997 - 2 AZR 620/96 - AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 27 = EzA BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 7, zu II 4 a der Gründe; 18. Dezember 1980 - 2 AZR 1006/78 - BAGE 34, 309, 326 f.). Nichts anderes gilt für den Streitfall.

2. Die hilfsweise und höchst hilfsweise gestellten Anträge sind unbegründet. Der Kläger verlangt eine unternehmensübergreifende Einwirkung der Beklagten auf das Tochterunternehmen A. R. Bau-Geräte GmbH. Voraussetzung für das Weisungsrecht gemäß § 308 Abs. 1 AktG ist das Bestehen eines „Beherrschungsvertrages“ im Sinne des § 291 Abs. 1 Satz 1, 1. Fall AktG (vgl. Hüffer AktG 4. Auflage § 308 Rn. 2). Der Beherrschungsvertrag, der sich vom bloßen Gewinnabführungsvertrag (§ 291 Abs. 1 Satz 1, 2. Fall AktG) unterscheidet, bedarf zu seiner Wirksamkeit der Eintragung in das Handelsregister (§ 294 Abs. 2 AktG).

Geht man vom Bestehen eines Beherrschungsvertrages im Sinne des § 308 Abs. 1 AktG aus, fehlt es gleichwohl an einer Rechtsgrundlage für das vom Kläger Erstrebt. Die Rechtsgrundlage ergibt sich nicht aus § 308 Abs. 1 AktG. Die Norm regelt nur, daß das herrschende Unternehmen berechtigt ist, dem Vorstand der Gesellschaft Weisungen hinsichtlich der „Leitung der Gesellschaft“ zu erteilen, aber keine Verpflichtung zu entsprechenden Weisungen mit einem bestimmten Inhalt. In der Literatur wird als Anspruchsgrundlage § 1 Abs. 2 KSchG in entsprechender Anwendung gesehen (KR-Etzel 5. Auflage § 1 KSchG Rn. 557). Hieraus soll sich ein „Anspruch auf Abordnung“, ersatzweise auf Abfindung (in entsprechender Anwendung des § 9 Abs. 1



Satz 1 KSchG) ergeben. Selbst wenn man dem folgt, kann ein solcher Anspruch allenfalls dann bestehen, wenn die unternehmerische Entscheidung zur konzerninternen Ausgliederung eines bestimmten Arbeitsbereichs, offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (so *KR-Etzel 5. Auflage § 1 KSchG Rn. 557*). Das kann aber vorliegend nicht angenommen werden. Deshalb ist sowohl der hilfsweise wie auch der höchst hilfsweise gestellte Antrag unbegründet.

C. Die Kläger zu 1), 5) und 7) haben gemäß § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1, § 100 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Berufung und der Revision anteilig zu tragen.

Etzel Dr. Wittek Mikosch

Dr. Haible E. Schmitzberger

