
Datum: 18.12.2002
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 Sa 623/02
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2002:1218.2SA623.02.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Bielefeld, 6 Ca 1620/01
Schlagworte: Betriebsübergang - Wohnungsverwaltung
Normen: §§ 256 Abs. 1 ZPO, 1 Abs. 2 Satz 1, 23 Abs. 1 KSchG, 613 a Abs. 1 Satz 1 und 613 a Abs. 4 BGB

Tenor:

Das Versäumnisurteil vom 14.08.2002 wird aufrechterhalten.

Der Kläger hat die weiteren Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

style="margin-left:35px">**Tatbestand**

1

Der Kläger wendet sich mit seiner am 22.05.2001 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage gegen die von dem Beklagten zu 1) am 04.05.2001 ausgesprochene Kündigung seines Arbeitsverhältnisses zum 31.08.2001. Klageerweiternd will er gegenüber der Beklagten zu 2) den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses infolge eines Betriebsübergangs feststellen lassen.

2

Der 59-jährige Kläger war seit dem 01.03.1990 aufgrund eines schriftlichen Arbeitsvertrages bei der Firma R1x V1xxxxxxxxx- und B1xxxxxxxxx-GmbH als kaufmännischer Angestellter gegen eine Vergütung von zuletzt 6.200,-- DM tätig. Über das Vermögen der genannten Firma wurde am 01.05.2001 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt.

3

- Die Insolvenzschildnerin, die etwa zwanzig Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigte, befasste sich damit, Wohnungsmietobjekte, Gewerberaummietobjekte und Wohnungseigentumsgemeinschaften zu verwalten. 4
- Der Kläger wurde von der Insolvenzschildnerin als kaufmännischer Angestellter eingestellt. Er war für alle Rechtsangelegenheiten, die sich aus dem allgemeinen Geschäftsbetrieb ergaben, zuständig. 5
- Bereits Ende Februar 2001 wurde der Insolvenzschildnerin die Verwaltung verschiedener Objekte und die Führung der Treuhandkonten entzogen und der Beklagten zu 2) übertragen. Ende März 2001 fanden außerordentliche Versammlungen von Wohnungseigentümergeinschaften in den Räumen der Insolvenzschildnerin statt, auf denen auch der Geschäftsführer der Beklagten zu 2) anwesend war und sein Unternehmen vorstellte. Am 29.03.2001 beschlossen die Wohnungseigentümergeinschaften des O1xxxxxx Wohnparks in C1xxxxxx die Abwahl der Insolvenzschildnerin als Verwalterin aus wichtigem Grund und die fristlose Kündigung des Verwaltervertrages. Die gleiche Entscheidung traf am 09.04.2001 die Wohnungseigentümergeinschaft der Eigentümergeinschaft H4xxxxxxxxxx H3xxxxxxxxxx. Nach vorheriger Einholung verschiedener Angebote wurde die Beklagte zu 2) als neue Verwalterin bestellt. 6
- Am 09.04.2001 vereinbarten die Insolvenzschildnerin und die Beklagte zu 2) für die Übernahme der Verwaltung von insgesamt 9 Immobilien die Zahlung einer Pauschalvergütung von 10.000,-- DM an die Firma R1x. In einer weiteren Vereinbarung zwischen der R1x und der Beklagten zu 2) heißt es, wegen der im Februar 2001 gestellten Insolvenzantrages sei zu erwarten, dass verschiedene Eigentümer und Wohnungseigentümergeinschaften ihre bestehenden Verwalterverträge mit der Insolvenzschildnerin kündigen und einen neuen Verwalter suchen würden. Die Beklagte zu 2) sei insbesondere an der Übernahme der Verwaltung der Immobilien in C1xxxxxx, H3xxxxxxxxxx und M3xxxxxx interessiert. Für den Fall der Übernahme von Verwalterverträgen verpflichtete sich die Beklagte zu 2), an die Insolvenzschildner eine Vergütung zu zahlen. Nach Behauptung des Klägers hat die Beklagte zu 2) zwei Drittel des Verwaltungsbestandes der Insolvenzschildnerin, mindestens 58 Objekte übernommen. 7
- Mit Schreiben vom 04.05.2001 kündigte der Beklagte zu 1) das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristgerecht zum 31.08.2001 und stellte ihn unter Anrechnung auf bestehende Urlaubsansprüche von der Arbeitsleistung frei. Zu diesem Zeitpunkt waren bei der Insolvenzschildnerin unter Einschluss des Klägers nur noch vier Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter tätig. Die anderen Mitarbeiter hatten ihre Arbeitsverhältnisse zuvor selbst fristlos gekündigt. Insgesamt sieben Mitarbeiterinnen der Insolvenzschildnerin sind bei der Beklagten zu 2) tätig. 8
- Der Beklagte zu 2) begründet die Kündigung mit seinem Entschluss, den Betrieb still zu legen, da ein ordnungsgemäßer Geschäftsbetrieb nicht mehr möglich gewesen sei. Er kündigte auch die Arbeitsverhältnisse der übrigen Mitarbeiterinnen und räumte die Geschäftsräume zum 31.05.2001. 9
- Die Beklagte zu 2) erwarb im Frühjahr 2001 Mobiliar der Insolvenzschildnerin bestehend aus Arbeitstischen, Schränken und Computern, in dem sie die bestehenden Vermieterpfandrechte ablöste. Das auch von der Insolvenzschildnerin genutzte Wohnungsverwaltungsprogramm erwarb sie direkt von dem Anbieter. 10

Die Beklagte zu 2) existiert bereits seit 1991 und hatte ursprünglich nur zwei Mitarbeiter. Ihrem Vortrag zufolge hat sie nur einen Bruchteil der Verwaltungseinheiten der Insolvenzschildnerin • weniger als 25 % - übernommen. Sie betont, die Verwaltungen seien in Konkurrenz mit anderen Anbietern von den Auftraggebern an sie neu vergeben worden.

Mit Schreiben vom 13.11.2001 hatte der Kläger seine Arbeitskraft der Beklagten zu 2) angeboten, weil der Bereich Liegenschaftsverwaltung der R1x auf sie als Betriebserwerberin gemäß § 613 a BGB übergegangen sei. Die Beklagte zu 2) wies das Ansinnen des Klägers zurück, weil ein Betriebsübergang nicht vorläge. 12

Mit Klageerweiterung vom 11.12.2001 richtet der Kläger seine Klage zusätzlich gegen die Beklagte zu 2), weil wesentliche Teile des Geschäftsbetriebes seiner alten Arbeitgeberin noch vor der Kündigung durch den Beklagten zu 1) rechtsgeschäftlich auf die Beklagte zu 2) übergegangen sei. Die von dem Beklagten zu 1) ausgesprochene Kündigung hält er gemäß § 613 a Abs. 4 BGB für unwirksam, da sie aufgrund des Betriebsübergangs ausgesprochen worden sei. 13

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes sowie der im ersten Rechtszug gestellten Anträge, wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen. Das Arbeitsgericht hat die Klage durch Urteil vom 28.02.2002 abgewiesen, dem Kläger die Kosten des Rechtsstreit auferlegt und den Streitwert auf 28.530,09 • festgesetzt. Zur Begründung hat das Arbeitsgericht ausgeführt, die Kündigung des Beklagten zu 1) sei gemäß § 2 Abs. 2 u. 3 KSchG nicht sozialwidrig. Der Beklagte habe wegen beabsichtigter Betriebsstilllegung gekündigt. Ein Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2) habe nicht stattgefunden weil die Übernahme der Verwaltungsmandate durch die Beklagte zu 2) nicht aufgrund eines Rechtsgeschäftes zwischen dem Beklagten zu 1) und der Beklagten zu 2) zustande gekommen sei, sondern aufgrund von Entscheidungen der jeweiligen Wohnungseigentümergeinschaften. Dabei könne entsprechend dem Vortrag des Klägers davon ausgegangen werden, dass der seinerzeitige Geschäftsführer K2xxxx sowie Mitarbeiterinnen der Insolvenzschildnerin an der Übertragung der Verwaltungsmandate auch die Beklagte zu 2) aktiv mitgewirkt hätten. Die Übertragung einzelner Verwaltungsmandate und die Einstellung von Mitarbeiterinnen der Insolvenzschildnerin begründeten keinen Betriebsübergang. Es fehle jedenfalls an einer organisatorisch abgrenzbaren übergangsfähigen Teileinheit. 14

Die hilfsweise gegen die Beklagte zu 2) erhobene Klage sei unzulässig und • soweit sie unbedingt erhoben worden sei • unbegründet, denn der Kläger habe den angeblichen Betriebsübergang verspätet geltend gemacht. Die den seiner Meinung nach den Betriebsübergang ausmachenden Tatsachen habe der Kläger schon vor dem 01.05.2001 gekannt. Jedenfalls habe er die Beklagte nicht wie erforderlich unverzüglich in Anspruch genommen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des Arbeitsgerichts Bezug genommen. 15

Mit seiner Berufung verfolgt der Kläger seine erstinstanzlichen Klageanträge im wesentlichen in vollem Umfang weiter. Er rügt, das Arbeitsgericht habe die vorgetragenen Tatsachen nicht vollständig und rechtlich fehlerhaft gewürdigt. Als Leiter der Rechtsabteilung sei er auch umfassend im Verwaltungsbereich tätig gewesen. Anders als vom Arbeitsgericht angenommen, müsse von einer rechtsgeschäftlichen Übertragung der Verwaltungsmandate auf die Beklagte zu 2) ausgegangen werden. Die Insolvenzschildnerin habe der Beklagten zu 2) für jedes übernommene Verwaltungsmandat eine Abstandssumme versprochen. Mit der Übernahme von Mitarbeitern habe die Beklagte zu 2) auch das in die jeweilige Person gesetzte Vertrauen der Wohnungseigentümergeinschaft übernommen. Bei den der 16

Beklagten zu 2) übertragenen Verwaltungsmandate handele es sich um die "Filetstücke" der vormaligen Firma R1x. A4xx wirtschaftlich interessanten und lukrativen Objekte habe die Beklagte zu 2) übernommen. Er sei in allen Fragen der laufenden Verwaltung eingeschaltet und beteiligt worden. Daher sei er auch Teil der von der Beklagten zu 2) übernommenen Betriebsteile.

Der Kläger wendet sich gegen die Auffassung des Arbeitsgerichts, die Beklagte zu 2) als Betriebserwerberin zu spät in Anspruch genommen zu haben. Von den den Betriebsübergang ausmachenden Umständen und Tatsachen habe er erst nach umfangreichen Recherchen erfahren. 17

Der Kläger hat folgende Berufungsanträge angekündigt: 18

Unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 28.02.2002 • 6 Ca 1620/09 •

1. festzustellen, dass das Anstellungsverhältnis des Klägers zur Firma R1x V1xxxxxxxxx20nd B1xxxxxxxxx-GmbH durch die Kündigung des Beklagten zu 1) vom 04.05.2001, zugegangen am 07.05.2001, nicht aufgelöst wurde, sondern über den 31.08.2001 hinaus zu den bisherigen Bedingungen fortbesteht,

2. festzustellen, dass das Anstellungsverhältnis des Klägers zur Firma R1x V1xxxxxxxxx20nd B1xxxxxxxxx-GmbH in Folge rechtsgeschäftlichen Betriebsübergangs im Sinne des § 613 a BGB auf die Beklagte zu 2) übergegangen ist und nicht durch die Kündigung des Beklagten zu 1) vom 04.05.2001 aufgelöst worden ist, sondern über den 31.08.2001 hinaus zu den bisherigen Bedingungen unverändert fortbesteht.

Der Beklagte zu 1) und die Beklagte zu 2) haben beantragt, 22

die Berufung des Klägers zurück zu weisen. 23

Der Beklagte zu 1) verteidigt das erstinstanzliche Urteil als sowohl in tatsächlicher wie auch in rechtlicher Hinsicht zutreffend. Er trägt ergänzend vor, der Kläger sei als Leiter der Rechtsabteilung nicht unmittelbar mit der Objekt- und Hausverwaltung befasst gewesen. Er habe den Geschäftsbetrieb der Gemeinschuldnerin bereits vor Insolvenzeröffnung nicht mehr ordnungsgemäß fortführen können, da der Personalbestand durch siebzehn Eigenkündigungen von Mitarbeitern auf vier Arbeitskräfte zurückgegangen gewesen sei. Mit den verbliebenen vier Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern sei er nicht mehr in der Lage gewesen, den Geschäftsbetrieb aufrecht zu erhalten. Die Stilllegung des Geschäftsbetriebes sei daher die einzig gebotene und vernünftige Entscheidung gewesen. Ein Betriebsübergang habe nicht stattgefunden. Die Übernahme bzw. Weiterführung der Verwaltungsmandate durch die Beklagte zu 2) sei in jedem Fall von der Entscheidung der jeweiligen Eigentümergeinschaft abhängig gewesen. Zu welchen Bedingungen die Beklagte zu 2) die Verwaltungsmandate übernommen habe, entziehe sich seiner Kenntnis. An der aktiven Übertragung der Verwaltungsmandate auf die Beklagte zu 2) habe er nicht mitgewirkt. In jedem Fall sei die Tätigkeit des Klägers von der Übernahme der Verwaltungsmandate nicht betroffen gewesen. Die Rechtsabteilung sei ein eigenständig organisierter Betriebsteil gewesen, dem ausschließlich der Kläger als Mitarbeiter vorgestanden habe. 24

Die Beklagte zu 2) trägt ergänzend vor, in einer Vielzahl von Fällen sei die Fortführung eines Verwaltungsmandats der R1x einer anderen Hausverwaltung übertragen worden, obgleich die dafür zuständigen Sachbearbeiter nunmehr von ihr beschäftigt werden würden. Die Verknüpfung zwischen Verwaltungsmandat und Sachbearbeiter sei keineswegs so eng wie 25

vom Kläger dargestellt gewesen. In jedem Fall sei der gegen sie gerichtete Anspruch des Klägers auf Weiterbeschäftigung verwirkt, denn er habe bereits in der Klageschrift das Vorliegen eines Betriebsübergangs behauptet.

Wegen der Säumnis des Klägers im Termin zur Berufungsverhandlung ist am 14.08.2002 ein die Berufung des Klägers zurückweisendes Versäumnisurteil ergangen, welches dem Kläger am 22.08.2002 zugestellt worden ist. Der dagegen gerichtete Einspruch des Klägers ist beim Berufungsgericht am 29.08.2002 eingegangen. 26

Zur Begründung seines Einspruchs trägt der Kläger vor, die Beklagte zu 2) habe nahezu die gesamte Organisation der Firma R1x übernommen. Diese habe darin bestanden, jeweils mehrere Verwaltungsmandate zusammen zu fassen und einem Mitarbeiter als Sachbearbeiter zu übertragen, der dann als Ansprechpartner für die jeweiligen Auftraggeber aufgetreten sei. Er sei in diese Organisation eingebunden gewesen, in dem er für die Lösungen sämtlicher rechtlichen und bautechnischen Probleme zuständig gewesen sei. Die Beklagte zu 2) habe damit geworben, die wichtigsten Mitarbeiter der Insolvenzschuldnerin an sich gebunden zu haben. Mit der Einstellung von sieben Mitarbeiterinnen der Insolvenzschuldnerin habe die Beklagte zu 2) eine organisierte Gesamtheit von Personen übernommen. Der Geschäftsführer K2xxxx der Insolvenzschuldnerin und die Beklagte zu 2) hätten geplant, die Insolvenz der R1x zu beschleunigen, um sodann mit der Beklagten zu 2) auf eigene Rechnung zusammen zu arbeiten. Schließlich habe die Beklagte zu 2) die Gesamtheit der materiellen Betriebsmittel der Firma R1x, nämlich die EDV-Anlage, die Software mit samt Lizenz- und Pflegverträgen, sowie das Mobiliar übernommen. Der Zeuge K2xxxx habe der Beklagten zu 2) auch sämtliche Kundenlisten und sonstige Firmenunterlagen zur Verfügung gestellt. 27

Nunmehr beantragt der Kläger, 28

unter Aufhebung des Versäumnisurteils vom 14.08.2002 das Urteil des Arbeitsgericht Bielefeld abzuändern und 29

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers zur R1x GmbH nicht durch die Kündigung des Beklagten zu 1) vom 04.05., zugegangen am 07.05.2001 aufgelöst worden ist; 30

2. gegenüber der Beklagten zu 2) festzustellen, dass das ursprünglich zwischen dem Kläger und der R1x GmbH bestandene Arbeitsverhältnis auf die Beklagte zu 2) übergegangen ist. 31

Der Beklagte zu 1) und die Beklagte zu 2) beantragen, 32

das Versäumnisurteil vom 14.08.2002 aufrecht zu erhalten. 33

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Protokollerklärungen in der Berufungsverhandlung vom 18.12.2002 Bezug genommen. 34

Entscheidungsgründe 35

Der gemäß §§ 539 Abs. 3 ZPO, 64 Abs. 6 und 7 ArbGG, 338 ZPO an sich statthafte und im Übrigen gemäß den §§ 59 ArbGG, 338, 340 ZPO form- und fristgerecht eingelegte Einspruch des Klägers gegen das Versäumnisurteil der Berufungskammer vom 14.08.2002 ist nicht begründet. Das Versäumnisurteil war daher gemäß § 343 ZPO aufrecht zu erhalten. 36

Die zulässige Berufung des Klägers beleibt erfolglos, weil das Arbeitsgericht sowohl die gegen den Beklagten zu 1) als auch die gegen die Beklagte zu 2) gerichtete Klage zu Recht abgewiesen hat.

I	38
Das zwischen dem Kläger und der Insolvenzschuldnerin bestandene Arbeitsverhältnis ist durch die Kündigung des Beklagten vom 04.05.2001 wirksam zum 31.08.2001 aufgelöst worden.	39
1. Es ist bereits zweifelhaft, ob die Kündigung des Beklagten zu 1) überhaupt auf ihre soziale Rechtfertigung gemäß § 1 Abs. 2 KSchG überprüft werden kann, denn die Insolvenzschuldnerin beschäftigte bei Ausspruch der Kündigung unter Einschluss des Klägers nur noch vier Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG gelten die Vorschriften des ersten Abschnitts nicht für Betriebe, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt werden. Bei der Ermittlung der maßgeblichen Arbeitnehmerzahl ist darauf abzustellen, wie viele Arbeitnehmer in der Regel in dem jeweiligen Betrieb beschäftigt sind. Dabei ist auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung abzustellen (BAG vom 31.01.1991 AP-Nr. 11 zu § 23 KSchG 1969; APS-Moll, Rand-Nr. 26 zu § 23 KSchG).	40
Bei der Ermittlung der Regelgröße kommt es darauf an, welche Personalstärke für den Betrieb im allgemeinen kennzeichnend ist. Nach dem Vortrag des Klägers beschäftigte die Insolvenzschuldnerin am 06.02.2001 noch vierzehn vollzeit- und vier teilzeitbeschäftigte Mitarbeiter. Stellt man auf den zukünftigen Beschäftigungsstand bei Zugang der Kündigung am 07.05.2001 ab (LAG Rheinland-Pfalz vom 16.02.1996, NZA 1997, 315), handelte es sich um einen Kleinbetrieb, der von der Geltung des KSchG nicht mehr erfasst wurde.	41
2. Die Klage kann aber auch dann keinen Erfolg haben, wenn man zu Gunsten des Klägers von der Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes ausgeht.	42
a) Hat der vom Kläger behauptete Betriebsübergang bereits vor Ausspruch der Kündigung stattgefunden, ist die Kündigungsschutzklage schon deshalb unbegründet, weil dann bei Ausspruch der Kündigung ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht mehr bestanden hätte (BAG vom 18.04.2002 • 8 AZR 346/01 • NZA 2002, 1207). Nach der punktuellen Streitgegenstandstheorie setzt ein Erfolg im Kündigungsschutzprozess voraus, dass zum Zeitpunkt der Kündigung noch oder überhaupt ein Arbeitsverhältnis besteht (BAG vom 05.10.1995 • 2 AZR 9094 AP Nr. 48 zu § 119 ZPO). Im Falle einer stattgebenden Entscheidung über einen Antrag gemäß § 4 Satz 1 Kündigungsschutzgesetz wird zugleich rechtskräftig festgestellt, dass zwischen den Parteien noch zum vorgesehenen Auflösungszeitpunkt ein Arbeitsverhältnis bestanden hat (BAG vom 12.06.1986 • 2 AZR 426/85 AP Nr. 17 zu § 4 KSchG 1969). Demzufolge ginge die von dem Beklagten zu 1) ausgesprochene Kündigung ins Leere, wenn das Arbeitsverhältnis bereits zuvor im Wege eines Betriebsübergangs gemäß § 613 a BGB auf die Beklagte zu 2) übergegangen war. Fehlt es an einer anspruchsbegründenden Voraussetzung nämlich am Bestand des Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt der Kündigung, kann die Klageabweisung in einem Prozess gegen den Betriebsveräußerer allein damit begründet werden, es habe kein Arbeitsverhältnis mehr bestanden (BAG vom 18.03.1999 • 8 AZR 306/98 AP Nr. 44 zu § 4 KSchG 1969).	43
b) Die Klage ist aber auch dann unbegründet, wenn der vom Kläger behauptete Betriebsübergang nach Ausspruch der Kündigung stattgefunden hat und das	44

Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien am 07.05.2001 noch bestand. Der Beklagte zu 1) hat nämlich überzeugend dargelegt, wegen Stilllegung des Geschäftsbetriebes der Insolvenzschildnerin gekündigt zu haben. Er hat unwidersprochen vorgetragen, dass ihm bei Ausspruch der Kündigung nur noch vier Mitarbeiter für Abwicklungszwecke zur Verfügung gestanden hätte, weil alle anderen Mitarbeiter ihre Arbeitsverhältnisse bereits vorher selbst fristlos gekündigt und damit eine Geschäftsführung unmöglich gemacht hätten. Ebenso ist unstreitig, dass in den Geschäftsräumen der Insolvenzschildnerin Mitarbeiter über den 31.05.2001 hinaus nicht mehr beschäftigt wurden. Weil für den Kläger keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit mehr bestand, ist er von der Arbeitsleistung freigestellt worden. Auf die zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts zur Betriebsbedingtheit der Kündigung kann verwiesen werden.

c) Die Kündigung ist auch nicht wegen eines Betriebsübergangs gemäß § 613 a Abs. 4 BGB ausgesprochen worden. Wegen eines Betriebsübergangs i.S. von § 613 a Abs. 4 BGB wird eine Kündigung nur dann ausgesprochen, wenn der Betriebsübergang die überwiegende Ursache der Kündigung bildet. Der Betriebsübergang muss der Beweggrund für die Kündigung gewesen sein (BAG NZA 1998, 251). 45

Ein bereits stattgefundener Betriebsübergang kann nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 613 a Abs. 4 BGB führen, weil • wie bereits ausgeführt • der Betriebsveräußerer mangels Bestehens eines Arbeitsverhältnisses nicht mehr kündigungsbefugt war. Nur ein bevorstehender Betriebsübergang kann zur Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 613 a BGB führen, wenn die den Betriebsübergang ausmachenden Tatsachen zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits feststehen oder zumindest greifbare Formen angenommen haben (BAG, NZA 1998, 251 sowie BAG vom 12.11.1998 • 8 AZR 165/97 NJW 1999, 1132). 46

Es lässt sich vorliegend aber nicht feststellen, dass ein Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2) stattgefunden hat. Jedenfalls ist nicht erkennbar, dass der Beklagte zu 1) sich im Hinblick auf einen bevorstehenden Betriebsübergang zum Ausspruch der Kündigung veranlasst gesehen hat. Nach den äußeren Umständen kann ihm nicht widerlegt werden, dass sein Motiv die aus seiner Sicht unausweichliche Stilllegung des Geschäftsbetriebes war. 47

II 48

Die gegen die Beklagte zu 2) gerichtete Klage ist nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat sie zu Recht abgewiesen. 49

1. Der gewählte Feststellungsantrag ist gemäß § 256 Abs. 1 ZPO unzulässig, soweit er auf die Feststellung einer Rechtsfolge, nämlich eines Betriebsübergangs gerichtet ist. Elemente eines Rechtsverhältnisses können nicht Gegenstand einer Feststellungsklage sein (BAG vom 16.05.2002 • 8 AZR 319/01 DB 2002, 2552 m.w.N.). Der Klageantrag kann aber dahin ausgelegt werden, dass es dem Kläger darum geht, den Bestand des Arbeitsverhältnisses zwischen ihm und der Beklagten zu 2) feststellen zu lassen, weil seiner Meinung nach das ursprünglich zwischen ihm und der Insolvenzschildnerin bestandene Arbeitsverhältnis auf die Beklagte zu 2) übergegangen ist. Mit diesem Verständnis ist der Feststellungsantrag zulässig. 50

2. Ist das zwischen dem Kläger und dem Beklagten 1) bestandene Arbeitsverhältnis wirksam gekündigt worden, geht es im Falle eines nachträglichen Betriebsübergangs im gekündigten Zustand auf den Erwerber über (BAG vom 23.09.1999 • 8 AZR 614/98 • n.v. und vom 22.07.1978 • 5 AZR 800/76 AP Nr. 11 zu § 613 a BGB). Demzufolge endete es am 31.08.2001 bei der angeblichen Betriebserwerberin. Nur bis zu diesem Zeitpunkt könnte ein 51

Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2) festgestellt werden. Ob der Kläger unter Umständen von der Beklagten zu 2) beanspruchen kann, wieder eingestellt zu werden, braucht im vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden, denn ein Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2) hat nicht stattgefunden (zum Wiedereinstellungsanspruch vgl. BAG vom 27.02.1997 • 2 AZR 160/96 in ZA 1997, 757 und LAG Hamm vom 11.11.1998 • 2 Sa 1111/98 • NZA • RR 1999, 576).

3. Zu Gunsten des Klägers kann davon ausgegangen werden, dass er sein Klagerecht gegenüber der Beklagten zu 2) nicht verwirkt hat. Wie jedes Recht kann auch der Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses oder Wiedereinstellung verwirken (BAG vom 27.01.2000 • 8 AZR 106/99 ZinsO 2000, 411). Dafür könnte die zeitliche Abfolge sprechen, denn der Kläger hat seine Arbeitskraft der Beklagten zu 2) erst mit Schreiben vom 13.11.2001 angeboten. Abzustellen ist aber auf die Kenntnis der den Betriebsübergang ausmachenden Tatsachen und Umstände. Dem Kläger kann nicht widerlegt werden, dass er erst im Laufe des Rechtsstreits Kenntnis von den Tatsachen erhalten hat, die seiner Meinung nach die Schlussfolgerung eines Betriebsübergangs erlauben. Allerdings hat er bereits mit Schriftsatz vom 01.10.2001 auf den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte zu 2) hingewiesen und dies im einzelnen begründet. Zu seinen Gunsten kann aber angenommen werden, dass es an dem weiterhin erforderlichen Umstandsmoment fehlt, weil kein schutzwürdiges Vertrauen der Beklagten zu 2) darauf entstanden ist, als mögliche Betriebserwerber nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. 52

4. Auf die Beklagte zu 2) ist weder der gesamte Betrieb der Insolvenzschuldnerin noch ein Betriebsteil gemäß § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB übergegangen. Es handelt sich vielmehr um eine bloße Funktionsnachfolge. 53

a) Ein etwaiger Betriebsübergang scheitert nicht am Vorliegen der dafür erforderlichen rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen. Das in der Richtlinie 98/50/EG vom 29.06.1998 enthaltene Merkmal "durch vertragliche Übertragung" ist ebenso wie das Tatbestandsmerkmal in § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB "durch Rechtsgeschäft" weit auszulegen. Eine unmittelbare Vereinbarung zwischen Betriebsveräußerer und Betriebserwerber ist nicht erforderlich. Der Übergang durch Rechtsgeschäft erfasst alle Fälle einer Fortführung der wirtschaftlichen Einheit im Rahmen vertraglicher oder anderer rechtsgeschäftlicher Beziehungen, ohne dass zwischen dem bisherigen Betriebsinhaber und dem Betriebserwerber unmittelbare vertragliche Vereinbarungen bestehen müssen (BAG vom 25.05.2000 • 8 AZR 416/99 • NZA 2000, 1115). Es reicht aus, wenn der Erwerber durch ein Bündel von Rechtsgeschäften oder rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen ggf. über Dritte in die Lage versetzt wird, den Betrieb des ursprünglichen Betriebsinhabers fortzusetzen. Im vorliegenden Fall sind rechtsgeschäftliche Beziehungen zwischen dem Beklagten zu 1) bzw. der Insolvenzschuldnerin und der Beklagten zu 2) nicht zu leugnen, denn Letztere erwarb Mobiliar der Insolvenzschuldnerin, nutzt das Wohnungsverwaltungsprogramm und hat wegen der Übernahme von Verwalterverträgen Abstandsbeträge gezahlt (s. Vereinbarung vom 09.04.2001). 54

b) Es lässt sich aber nicht feststellen, dass die Beklagte zu 2) den Betrieb der Insolvenzschuldnerin unter Wahrung seiner Identität fortführt. Von einem Betriebsübergang oder einem Betriebsteilübergang kann nur gesprochen werden, wenn eine wirtschaftliche Einheit von einem neuen Rechtsträger fortgeführt wird (BAG vom 11.12.1997 • 8 AZR 729/96 NJW 1998, 2306; BAG vom 10.12.1998 • 8 AZR 676/97 DB 1999, 539 und zuletzt BAG vom 08.04.2002 • 8 AZR 346/01, NZA 2002, 1207, 1208). Der Begriff Einheit bezieht sich auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung 55

einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen in einer umfassenden Gesamtschau berücksichtigt werden. Dazu gehören namentlich die Art des betreffenden Betriebes, ein etwaiger Übergang der materiellen Betriebsmittel sowie deren Wert und Bedeutung, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die Übernahme der Hauptbelegschaft, der Übergang der Kundschaft- und Lieferantenbeziehungen, der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung der Betriebstätigkeit.

Die wirtschaftliche Einheit darf nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden. Bei dienstleistungsorientierten Unternehmen kommt es maßgeblich darauf an, ob die bisher bestehende Arbeitsorganisation fortgeführt wird. Dafür fehlen hinreichende Anhaltspunkte, denn die Beklagte zu 2) hat ihre bereits bestehende Arbeitsorganisation mit der Einstellung von sieben Mitarbeitern und der Übernahme von Verwaltungsmandaten lediglich erweitert oder neu strukturiert. Vergleicht man den Betrieb der Insolvenzschuldnerin mit dem Betrieb der Beklagten zu 2) ergeben sich erhebliche Unterschiede, die der Annahme einer identischen wirtschaftlichen Einheit entgegen stehen. Von der Übernahme einer organisierten Gesamtheit von Mitarbeitern der Insolvenzschuldnerin kann nicht die Rede sein, denn die Beklagte zu 2) hat von den ursprünglich achtzehn Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Insolvenzschuldnerin nicht einmal die Hälfte, nämlich nur sieben Mitarbeiterinnen, eingestellt. Die Beklagte zu 2) hat sich neu am Markt positioniert, in dem sie sich um die Übernahme der wegen der Insolvenz der R1x beendeten Verwaltungsverträge bemüht und einen Teil davon übernommen hat. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass sie auch Betriebsmittel der Insolvenzschuldnerin, nämlich das Mobiliar, einen Teil der PCs und insbesondere das Wohnungsverwaltungsprogramm nutzt. Trotzdem kann eine Kontinuität der wirtschaftlichen Einheit nicht angenommen werden. Entgegen der Auffassung des Klägers zählen die Verwaltungsmandate nicht zu den übergangsfähigen Betriebsmitteln, denn es handelt sich dabei um die wirtschaftliche Zielsetzung der betrieblichen Organisation. Es lässt sich auch keine Einheit in dem Sinne konstruieren, dass den jeweiligen Wohnungsverwaltungen bestimmte Mitarbeiter zuzuordnen sind. Jedenfalls ist nicht erkennbar, dass bestehende Einheiten, nämlich ganz Wohnungsverwaltungen mit der sie betreuenden Mitarbeiterin als organisierte Einheit von der Beklagten zu 2) übernommen wurden. Näherliegend ist vielmehr, dass die Beklagte zu 2) eine neue Arbeitsorganisation aufgebaut und in einem kleineren, mit weniger Personal neu organisierten Betrieb in ähnlicher Weise wie die Insolvenzschuldnerin am Markt auftritt. Dies löst keinen Betriebsübergang auf, sondern stellte eine bloße Funktionsnachfolge dar (vgl. dazu BAG vom 23.09.1999 • 8 AZR 616/98 ZinsO 2000 -, 350).

56

Auch eine Gesamtschau aller maßgeblichen Umstände führt nicht zu dem Ergebnis, dass es sich bei dem Betrieb der Beklagten zu 2) um einen mit der früheren Firma R1x identischen Betrieb handelt. Die Übernahme von Wohnungsverwaltungen kann diese Identität nicht begründen. Zwar spricht der Ankauf des Mobiliars, die Nutzung eines Teils der PC's und des Wohnungsverwaltungsprogramms sowie die Einstellung von sieben Mitarbeiterinnen der Insolvenzschuldnerin auf den ersten Blick für die Fortsetzung einer ähnlichen Betriebsorganisation wie sie bei der Insolvenzschuldnerin bestanden hat. Dass die Beklagte zu 2) die Erfahrungen und Kenntnisse der ehemaligen Mitarbeiterinnen der Firma R1x nutzen kann und einen Teil der Wohnungsverwaltungen mit Hilfe des gleichen Wohnungsverwaltungsprogramms fortsetzt, darf bei Anwendung der zugrunde zu legenden objektiven Merkmalen nicht als Identität der wirtschaftlichen Einheit missverstanden werden. Dies folgt bereits aus der unterschiedlichen Unternehmensgröße. Eine Rechtsabteilung wie sie offenbar bei der R1x bestanden hat, gibt es bei der Beklagten zu 2) nicht. Ebenso wenig kann von einer Identität der Arbeitsplätze gesprochen werden.

57

Nicht schlüssig ist der Vortrag des Klägers, die Beklagte zu 2) habe die gesamte Organisation der R1x unverändert übernommen. Dagegen spricht, dass die Beklagte zu 2) nur sieben Mitarbeiterinnen eingestellt und auch nur einen Teil der Verwaltungsmandate übernommen hat. Deshalb musste die Beklagte zu 2) an ihrem Firmensitz eine neue Arbeitsorganisation aufbauen und die Betreuung der Verwaltungsmandate durch die vorhandenen Mitarbeiter neu organisieren. Diese neu geschaffene betriebliche Einheit ist mit dem ehemals bestandenen Betrieb der Firma R1x nicht identisch.	58
c) Ebenso wenig lässt sich ein übergangsfähiger Betriebsteil ausmachen. Bei einem Betriebsteil muss es sich um eine selbständige, abtrennbare organisatorische Einheit handeln. Der Übergang eines Betriebsteils setzt ebenfalls voraus, dass dessen wirtschaftliche Identität beim Erwerber gewahrt bleibt. Betriebsteile gehen nur über, wenn ihre sächlichen oder immateriellen Betriebsmittel übergegangen sind oder der wesentliche Teil des dort nach Zahl und Sachkunde beschäftigten Personals. Es ist bereits fraglich, ob die Rechtsabteilung, der der Kläger bei der Insolvenzschuldnerin vorgestanden hat, überhaupt als abtrennbare Organisierte Einheit definiert werden kann. Jedenfalls ist eine solche Einheit nicht auf die Beklagte zu 2) übergegangen.	59
Selbst wenn man die von der Beklagten zu 2) betreuten Wohnungsverwaltungen als Betriebsteil im Sinne des § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB auffassen wollte, scheitert ein Betriebsteilübergang daran, dass der Kläger dieser Einheit nicht angehörte. Es reicht nicht aus, dass er Tätigkeiten für den übertragenen Teil des Unternehmens verrichtet hat (BAG vom 08.08.2002 • 8 AZR 583/01 ZinsO 2003, 99).	60
III	61
Der Kläger hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seines erfolglos gebliebenen Rechtsmittels zu tragen.	62
IV	63
Die Zulassung der Revision kam gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG nicht in Betracht, weil der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung zukommt und die Entscheidung nicht von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung abweicht.	64