
Datum: 30.09.2009
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 Sa 595/09
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2009:0930.2SA595.09.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Herne, 5 Ca 2797/08
Schlagworte: Ist das Arbeitsverhältnis vor dem Zeitpunkt eines etwaigen Betriebsübergangs gekündigt und die dagegen erhobene Kündigungsschutzklage zurückgenommen worden, geht das Arbeitsverhältnis bei einem nachfolgenden Betriebsübergang in dem gekündigten Zustand auf den Betriebserwerber über und endet dort mit Ablauf der Kündigungsfrist.
Normen: §§ 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB, 4, 7 KSchG; § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Herne vom 25.02.2009 – 5 Ca 2797/08 – wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 15.900,00 € festgesetzt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten darum, ob zwischen ihnen infolge eines Betriebsübergangs ein Arbeitsverhältnis besteht.

1

2

3

Der heute 37-jährige Kläger war seit dem 16.09.2002 bei der in M3 ansässigen M2 C1 GmbH, die sich mit dem Handel von Computern und Monitoren sowie dem Vertrieb von Computerperipherie aller Art befasste, tätig, ab 01.03.2008 als Vertriebsleiter gegen eine Jahresvergütung von 65.000,00 € brutto.

Die M2 C1 GmbH gehörte neben der M2 AG und der M2 I1 GmbH zum Verbund der M2-Unternehmensgruppe, die in wirtschaftliche Schwierigkeiten geriet und über deren Vermögen am 01.09.2008 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Rechtsanwalt Dr. A2 wurde für alle drei Unternehmen zum Insolvenzverwalter bestellt, nachdem er durch Beschluss des Amtsgerichts Essen vom 25.06.2008 bereits als vorläufiger Insolvenzverwalter fungiert hatte. 4

Der Insolvenzverwalter kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit Schreiben vom 25.09.2008 fristgerecht zum 31.12.2008. Zuvor hatte er den bei den drei genannten Unternehmen gebildeten Betriebsrat zu der beabsichtigten Kündigung des Klägers mit folgender Begründung angehört: 5

"Während der Insolvenzeröffnungsverfahren habe ich intensive Gespräche mit Investoren⁶ über eine übertragende Sanierung der M2-Gruppe mit dem Ziel der Rettung möglichst vieler Arbeitsplätze geführt. Dabei hat sich herausgestellt, dass die Investoren an einer Fortführung in Form des bestehenden gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes der M8, M9 und M10 am Standort in M3 kein Interesse haben.

Vor diesem Hintergrund habe ich mit Insolvenzeröffnung die unternehmerische Entscheidung getroffen, den gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb von M8, M9 und M10 am Standort M3 spätestens mit Auslauf der Kündigungsfristen am 31.12.2008 vollständig einzustellen.

In Umsetzung dieser unternehmerischen Entscheidung zur geplanten vollständigen Betriebsstilllegung beabsichtige ich, die mit der M8, M9 und M10 begründeten Arbeitsverhältnisse noch im Monat September 2008 ... ordentlich aus betriebsbedingten Gründen zu kündigen. ... 8

Um die ordnungsgemäße Abwicklung der Geschäfte der M2-Gruppe sicherzustellen, habe ich für den Zeitraum nach Insolvenzeröffnung ein Team aus Mitarbeitern der M8, M9 und M10 am Standort M3 zusammengestellt. Diese Mitarbeiter werde ich maximal bis zum Auslauf der Kündigungsfristen am 31.12.2008 weiterbeschäftigen."

Der Betriebsrat antwortete darauf mit Schreiben vom 23.09.2008, er werde sich innerhalb der Frist zu den eingereichten Kündigungen nicht äußern. Er melde allerdings Bedenken an, da der aufgeführte Kündigungsgrund nicht mehr existent sei, weil die Firma Q1 den Betrieb/einen Teilbetrieb der M2 übernommen habe. Somit liege ein Betriebsübergang/Teilbetriebsübergang nach § 613 a BGB vor. 10

Der Kläger hat die zunächst gegen den Insolvenzverwalter gerichtete Kündigungsschutzklage zurückgenommen. 11

Der Kläger meint, die Beklagte habe den Geschäftsbetrieb der Insolvenzschuldnerin mit einem erheblichen Teil des Mitarbeiterstamms unter Nutzung des Anlagevermögens und Beibehaltung derselben Lieferanten und Vertragspartner übernommen. 12

Demgegenüber vertritt die Beklagte den Standpunkt, ein Betriebsübergang habe nicht stattgefunden, denn sie führe einen wesentlich verkleinerten, neu aufgebauten Betrieb mit einem wesentlich geänderten Unternehmenszweck, der nur einen Bruchteil des Umsatzes 13

erziele, der früher über die Insolvenzschuldnerin abgewickelt worden sei. Sie trägt vor, die M2-Gruppe habe zum Zeitpunkt der Insolvenzantragsstellung insgesamt etwa 1000 Mitarbeiter, davon rund 700 Mitarbeiter im Inland beschäftigt. Noch unter der Regie des vorläufigen Insolvenzverwalters seien die Betriebe der Auslandstöchter geschlossen worden. Ein Großteil der in Deutschland beschäftigten Mitarbeiter sei bereits vor Insolvenzeröffnung freigestellt oder gekündigt worden. Sie habe im Rahmen der Zerschlagung der M2-Unternehmensgruppe durch dreiseitige Verträge mit dem Insolvenzverwalter und einzelnen Mitarbeitern etwa 40 Mitarbeiter aus allen Unternehmensbereichen der insolventen M2-Unternehmensgruppe eingestellt. Zusammen mit den aus unterschiedlichen Bereichen der M2-Unternehmensgruppe stammenden und neuen externen Mitarbeitern habe sie eine neue Organisationseinheit gebildet. Richtig sei allerdings, dass sie die Marke M2 erworben habe und seit dem 01.10.2008 unter diesem Kennzeichen firmiere. Sie sei eine Tochtergesellschaft der Q1 Inc., Taiwan, die über verschiedene Beteiligungsunternehmen PC-Systeme und -komponenten produziere und über ein weltweites Vertriebsnetz aus konzernangehörigen Vertriebsgesellschaften, Distributoren und Fachhandelspartnern verfüge.

Der Kläger meint, sein mit der Insolvenzschuldnerin bestandenes Arbeitsverhältnis sei bereits am 24.09.2008 auf die Beklagte übergegangen, so dass die Kündigung des Insolvenzverwalters vom 25.09.2008 von einem Nichtberechtigten ausgesprochen worden sei. Schon aus dem Abschluss dreiseitiger Verträge ergebe sich die Kontinuität des Geschäftsbetriebes und des Geschäftszweckes. Die Beklagte habe die von der Insolvenzschuldnerin genutzten Domains www.M2.at, www.n1.at und www.m6.at erworben. Sie nutze einen nicht unerheblichen Teil der Betriebsräume der M2-Gruppe, habe die komplette Büroausstattung erworben und die Produktionsanlagen für die Serverfertigung übernommen. Es handele sich dabei um mindestens 15 Werkbänke mit ESD-Beschichtung für die Montage und Produktion von Servern. Der Unternehmenszweck sei identisch, denn die Beklagte beliefere Fachhandelspartner mit IT-Ware. Die früheren Kundenbeziehungen würden fortgesetzt. Die Kontinuität des Geschäftsbetriebes und des Geschäftszweckes ergebe sich aus der mit dem Insolvenzverwalter am 23.09.2008 geschlossenen Vereinbarung. Darin heißt es:

2. Q1-Gruppe: 15

Mit den Gesellschaftern der Q1-Gruppe konnte ich mich auf eine Übernahme wesentlich~~16~~ Teile des Geschäftsbereiches PS und Server der M2-Gruppe verständigen.

2a) M2-GmbH 17

Im Einzelnen hat die neu gegründete B2 GmbH ... zwischenzeitlich umfirmiert in M2 GmbH, folgende Vermögensgegenstände erworben:

- Die Wort- und Bildmarke M2 sowie einzelne M2-Domains, insbesondere die Internet- 19 Domains M2.de und M2.com aus dem Vermögen der Insolvenzschuldnerin sowie der M2 C1 GmbH zu einem Gesamtkaufpreis von 520.000,00 €.
- Die dem Geschäftsbereich M2 zuzuordnenden Vermögensgegenstände des 20 Vorratsvermögens, und zwar sämtliche Serverkomponenten der M2-Gruppe, soweit es sich nicht um Handelsware oder Software handelt, zum Übertragungsstichtag 01.10.2008. ... Der verhandelte Kaufpreis für die Vorräte ist in zwei Raten zu zahlen, die Zahlung der ersten Rate in Höhe von 50 % des vorläufig ermittelten Gesamtkaufpreises ist zwischenzeitlich erfolgt, die weitere Kaufpreisrate ist nach Feststellung des endgültigen Kaufpreises zum 01.11.2008 fällig.

- Den gesamten Ersatzteilbestand, soweit dieser dem Produktionsbereich Server und PC21 zuzuordnen ist, zu einem Kaufpreis von 400.000,00 €.

Darüber hinaus hat die M2 GmbH für sämtliche von der M2 C1 GmbH nach 22
Insolvenzantragstellung am 25.06.2008 ausgelieferten Geräte die Verpflichtung
übernommen, die Service- und Garantieleistungen für Server und PC's gegenüber den
Kunden in vollem Umfang zu übernehmen und die Garantieleistungen über die gesamte
Garantielaufzeit sicherzustellen. Darüber hinaus hat sich die M2 GmbH verpflichtet, in den
von mir mit der P1 G2 GmbH abgeschlossenen Vertrag zur Sicherstellung von
Garantieleistungen für die nach Insolvenzantragstellung verkauften PC- und Serverteile
anstelle der Gesellschaften der M2-Gruppe einzutreten.

Weiter hat sich die M2 GmbH verpflichtet, insgesamt 44 Mitarbeitern der M2-G1 im Einzelnen 23
der G3 M2 I1 GmbH, M2 C1 GmbH sowie S2 S3 GmbH den Abschluss eines dreiseitigen
Vertrages, der die Aufhebung des mit dem Insolvenzverwalter bestehenden
Arbeitsverhältnisses unter gleichzeitigem Neuabschluss eines unbefristeten Vertrages mit dem
Käufer zum Gegenstand hat, mit Wirkung zum Übernahmestichtag anzubieten. ..."

Die Beklagte ist den Behauptungen des Klägers entgegengetreten und hat vorgetragen, sie 24
nutze nur etwa 2.800 qm Betriebsfläche am Standort M3 mit Duldung des
Insolvenzverwalters der M2-Gruppe. Dies entspreche noch nicht einmal 10 % der insgesamt
von der M2-Gruppe am Standort M3 genutzten Gewerbefläche von 30.000 qm. Der
überwiegende Teil der von ihr genutzten Fläche sei vormals von der S2 S3 GmbH genutzt
worden. Anders als vom Kläger dargestellt habe sie die Betriebs- und Geschäftsausstattung
der Insolvenzschriftnerin nicht erworben. Es seien lediglich einige Schreibtische und
Arbeitsplatzrechner sowie ein geringer Teil des Inventars von der M2 I1 GmbH übernommen
worden. Diese weder betriebsnotwendigen noch prägenden Gegenstände hätten einen
geschätzten Wert von 57.000,00 €. Ihr Unternehmenszweck unterscheide sich wesentlich von
dem Unternehmenszweck der Insolvenzschriftnerin, die als reine Vertriebsgesellschaft neben
Servern und Desktops der Marke M2, die bei der in W3 ansässigen konzernangehörigen M7
GmbH produziert worden seien, auch Notebooks und Monitore der Marke B3 sowie
Computerperipherie verschiedener Anbieter innerhalb Deutschlands vertrieben habe.
Hingegen produziere sie in ihrem Betrieb Server, die sodann unter der Marke "M2" vertrieben
würden. Ihr Unternehmenszweck unterscheide sich deutlich von dem Unternehmenszweck
der Insolvenzschriftnerin, denn ihre Geschäftstätigkeit beinhalte auch die Produktion von IT-
Hardware und die dafür erforderliche Beschaffung der Bauteile. Der Vertrieb befasse sich nur
mit bestimmten Produktgruppen für den Businessbereich. Sie habe insgesamt 42 Mitarbeitern
der M2-G1 die Fortbeschäftigung im Rahmen eines dreiseitigen Vertrages mit dem
Insolvenzverwalter angeboten. Darunter hätten sich neun Mitarbeiter der
Insolvenzschriftnerin befunden, die zuletzt 90 Mitarbeiter beschäftigt habe. Sie habe die
Mitarbeiter auf Wunsch des Insolvenzverwalters rückwirkend zum 24.09.2008 eingestellt.
Tatsächlich hätten die Mitarbeiter zu diesem Zeitpunkt aber nicht eingesetzt werden können,
weil sich die Übergabe des Warenlagers verzögert habe. Erst Mitte Oktober 2008 habe sie
ihren Geschäftsbetrieb aufnehmen können.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes sowie der im ersten Rechtszug 25
gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage durch Urteil vom 25.02.2009 abgewiesen und zur 26
Begründung ausgeführt, zwischen den Parteien bestehe kein Arbeitsverhältnis. Die Beklagte
führe weder den Betrieb der Insolvenzschriftnerin noch den Gemeinschaftsbetrieb der M2-
Gruppe fort. Die Beklagte habe keine maßgeblichen, die wirtschaftliche Einheit in ihrer

Identität prägenden Betriebsmittel übernommen. Sie beschäftige weniger als 10 % der Belegschaft des Gemeinschaftsbetriebes. In ihrer Zielsetzung, Größe und Kundenausrichtung unterscheide sich die Beklagte wesentlich von dem Betrieb der Insolvenzschuldnerin. Bei der Beklagten handele es sich nicht um ein reines Handelsunternehmen, weil sie die von ihr vertriebenen Server selbst herstelle. Die Service- und Garantieverträge für von der Insolvenzschuldnerin nach dem 25.06.2008 ausgelieferten Geräte betreffe nur einen Bruchteil der tatsächlich von ihr vertriebenen IT-Geräte, so dass eine Wahrung der Identität nicht gegeben sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen. 27

Mit seiner Berufung verfolgt der Kläger nur seinen erstinstanzlichen Antrag auf Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses weiter. Zur Begründung des Rechtsmittels trägt er vor, die M2 C1 GmbH, die M2 AG und die M2 I1 GmbH hätten am Standort in M3 einen gemeinsamen Betrieb unterhalten. Die M2 AG habe als Holding ausschließlich administrative Aufgaben für alle untergeordneten GmbH's wahrgenommen. Die M2 I1 GmbH sei für die Produktentwicklung, Produktbeschaffung und das Marketing europaweit zuständig gewesen. Die eigentliche Produktion, nämlich die Auftragsfertigung habe bei der M7 GmbH (ehemals M2 S4 GmbH) in W3 stattgefunden. Keine GmbH habe ohne die andere GmbH den eigentlichen Geschäftszweck betreiben können. Die Insolvenzschuldnerin habe ausschließlich in Deutschland die Produkte und Lösungen der M2 I1 GmbH vertrieben. Die Beklagte verfolge den gleichen Unternehmenszweck wie die M2 C1 GmbH zuvor, nämlich sie beliefe Fachhandelspartner mit IT-Hardware unter Beibehaltung des Kundenstamms und Verwendung identischer Produkte, namentlich Produkte unter dem Namen "M2". Für die Beurteilung, ob ein Betriebsübergang vorläge, komme es nicht auf die Anzahl der weiterbeschäftigten Arbeitnehmer an, sondern entscheidend seien die immateriellen Betriebsmittel wie Rechtsbeziehungen, Kundenstamm, Kundenlisten, Kennzeichenrechte sowie Know-how und Goodwill des Betriebes. Im Vertrieb habe die Sicherung des Markennamens "M2" besondere Bedeutung. Bereits durch den Kauf der Marke M2 ergäbe sich die Identität der wirtschaftlichen Einheit. Darüber hinaus lasse das erstinstanzliche Gericht die Fortführung identischer Domains unbeachtet. In ihrer E-Mail vom 17.11.2008 habe die Beklagte gegenüber den Kunden ihre Bereitschaft zum Ausdruck gebracht, benötigte Ersatzteile in eigener Regie auszutauschen und für Altansprüche der Insolvenzschuldnerin einzustehen. Der Eintritt in Service- und Garantieverträge sei für die Fortführung der Kundenbeziehungen von entscheidender Bedeutung. Insgesamt sprächen der Außenauftritt der Beklagten, der Vertrieb identischer Produkte, der Betriebsstandort M3 und die Weiterbeschäftigung qualifizierter Mitarbeiter aus der gesamten Unternehmensgruppe und die Nutzung des Kundenstamms von etwa 800 Kunden der Insolvenzschuldnerin für einen Betriebsübergang. 28

Der Kläger beantragt, 29

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Herne, verkündet am 25.02.2009 – 530a 2797/08 –, festzustellen, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten ein Arbeitsverhältnis besteht.

Die Beklagte beantragt, 31

die Berufung zurückzuweisen. 32

33

Die Beklagte verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts und tritt dem Vorbringen des Klägers entgegen. Sie trägt ergänzend vor, da der Kläger seine gegen die vom Insolvenzverwalter ausgesprochene Kündigung des Arbeitsverhältnisses vom 25.09.2009 gerichtete Klage zurückgenommen habe, stehe fest, dass das Arbeitsverhältnis gemäß § 7 KSchG zum 31.12.2008 wirksam beendet worden sei. Bei einem erst danach stattgefundenen Betriebsübergang könne demzufolge der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nicht festgestellt werden. Einen etwaigen Wiedereinstellungsanspruch habe der Kläger nicht geltend gemacht. Seine Feststellungsanträge könnten auch nicht in einen Antrag auf Abgabe einer auf Wiedereinstellung gerichteten Willenserklärung verstanden werden. Sie bestreite das Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebes der M2-Gruppe. In der Sache selbst liege kein Betriebsübergang vor. Anders als vom Kläger dargestellt könne der von der Konzernmutter erworbenen Marke "M2" nicht die vom Kläger geschilderte Sogwirkung beigemessen werden. Die Insolvenzschriftnerin habe im Wesentlichen die gleich bedeutsamen Produkte der Marke M2 und der Marke B3 vertrieben. Die Marke "M2" sei vor allem im Geschäftskundenbereich bekannt gewesen. Allein der Erwerb einer Produktmarke könne nicht zu einem Betriebsübergang führen. Sie bestreite die Behauptung des Klägers, mit der Übernahme der Marke sei eine hohe Marktstellung und Marktdurchdringung gesichert worden. Die Nutzung der Domains folge unmittelbar aus dem Erwerb der Marke. Ihr Eintritt in Service- und Garantieverträge betreffe nur nach dem 25.06.2008 ausgelieferte Geräte. Serviceleistungen seien im Übrigen nicht von der Insolvenzschriftnerin, der M2 C1 GmbH, sondern von der S2 S3 GmbH erbracht worden. Es sei nicht richtig, dass sie alte Lieferbeziehungen nutze, auch wenn sie bei bestimmten Produkten auf Hersteller und Lieferanten zurückgreife, die auch mit der M2-Gruppe Geschäftsbeziehungen unterhalten hätten. Mit F1 S6 habe sie Anfang November 2008 einen neuen Belieferungsvertrag verhandelt und abgeschlossen. Wie bereits erstinstanzlich dargestellt habe sie aus verschiedenen Bereichen der insolventen Unternehmen der M2-G1 Arbeitnehmer übernommen und rund um die Produktgruppe Server einen neuen Betrieb errichtet, der sich mit Produktion, Beschaffung, Lagerhaltung, dem Vertrieb und dem Service von Servern und dem Vertrieb von Desktop-Systemen befasse.

Ein angeblicher Betriebsübergang habe im Übrigen nicht am 24.09.2008 stattgefunden. Die rückwirkende Einstellung der Mitarbeiter zum 24.09.2008 sei ausschließlich auf Wunsch des Insolvenzverwalters geschehen, um die Insolvenzmasse von weiteren Lohnforderungen zu entlasten. Tatsächlich seien die entsprechenden Vereinbarungen mit den von ihr eingestellten Mitarbeitern erst nach Zustimmung des Gläubigerausschusses bezüglich der Übernahme diverser Betriebsmittel und Warenbestände der M2-Gruppe geschlossen worden. Ihren Geschäftsbetrieb habe sie erst wesentlich später, nämlich Mitte Oktober 2008, aufgenommen. Die Ende September 2008 mit dem Insolvenzverwalter geschlossene Vereinbarung über die Übernahme von Gegenständen des Umlaufvermögens der insolventen Gesellschaften und der Marke "M2" habe unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung des Gläubigerausschusses gestanden. Wegen der erforderlichen Aussonderungen hätten die Lagerbestände erst Mitte Oktober 2008 übernommen werden können. Die Übergabe der Vorräte sei für Anfang Oktober 2008 geplant gewesen. Dies habe sich wegen des Streits über die Zuordnung verschiedener Gegenstände zum Vorratsvermögen verzögert. Die deswegen entstandenen Auseinandersetzungen zwischen ihr und dem Insolvenzverwalter hätten sich bis Mitte November 2008 hingezogen. Nur ein Teil der Vorräte sei ihr bereits Mitte Oktober 2008 übergeben worden, so dass sie erst zu diesem Zeitpunkt ihre Geschäftstätigkeit habe aufnehmen können. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Übernahme des Betriebes sei dessen Fortführung durch den Übernehmer. Die tatsächliche Inbesitznahme der übernommenen Betriebsmittel sei jedoch erst Mitte Oktober 2008 geschehen.

34

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Protokollerklärungen ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung des Klägers ist nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.

I

Der Feststellungsantrag ist gemäß § 256 Abs. 1 ZPO zulässig, denn ein rechtliches Interesse des Klägers an der alsbaldigen Feststellung, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht, kann nicht in Abrede gestellt werden. Anders als von der Beklagten angenommen handelt es sich nicht um eine Klageänderung gemäß § 263 ZPO, sondern lediglich um eine Klarstellung des Klageantrags gemäß § 264 Nr. 2 ZPO, ohne dass damit ein anderer Streitgegenstand eingeführt wird.

II

In der Sache selbst ist die Berufung des Klägers nicht begründet. Zwischen den Parteien besteht kein Arbeitsverhältnis. Der Klageantrag ist nach den Erörterungen in der Berufungsverhandlung nicht als Antrag auf Bestand eine beendeten Arbeitsverhältnisses gerichtet, sondern es soll festgestellt werden, ob zwischen den Parteien derzeit infolge eines stattgefundenen Betriebsübergangs gemäß § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB ein Arbeitsverhältnis besteht. Dies ist nicht der Fall.

1. Es kann offenbleiben, ob die Beklagte den Betrieb der Vertragsarbeitgeberin des Klägers, der M2 C1 GmbH, identitätswahrend fortführt. Den Übergang eines etwaig bestehenden Gemeinschaftsbetriebes behauptet der Kläger nicht. Ein möglicher Betriebsübergang auf die Beklagte hat erst nach Ausspruch der Kündigung durch den Insolvenzverwalter am 24.09.2008 stattgefunden. Dies hat zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die Kündigung des Insolvenzverwalters vom 25.09.2008 wirksam zum 31.12.2008 beendet worden ist.

Der Kläger hat diese Kündigung innerhalb der 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG mit einer Kündigungsschutzklage angegriffen. Streitgegenstand einer solchen Klage ist die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis aus Anlass dieser Kündigung zu dem beabsichtigten Termin aufgelöst worden ist oder nicht (sog. punktuelle Streitgegenstandstheorie vgl. BAG vom 16.02.2006 – 8 AZR 211/05, NZA 2006, 592; BAG vom 21.08.2008 – 8 AZR 201/07, NZA 2009, 29). Der Kläger hat seine gegen den Insolvenzverwalter gerichtete Kündigungsschutzklage mit Schriftsatz vom 09.01.2009 zurückgenommen. Infolge der Klagerücknahme ist der Rechtsstreit gemäß § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO als nicht anhängig geworden anzusehen. Deshalb greift § 7 KSchG ein. Die Kündigung gilt von Anfang an als rechtswirksam. Die Wirkungen der Klagerücknahme treten rückwirkend bezogen auf den Tag des Ausspruchs der Kündigung ein. Das Arbeitsverhältnis des Klägers ist durch die Kündigung des Insolvenzverwalters wirksam zum 31.12.2008 beendet worden, weil der Kläger seine zunächst rechtzeitig erhobene Klage nach Ablauf der 3-Wochen-Frist zurückgenommen hat (vgl. ErfK-Kiel, 10. Aufl., § 7 Rdnr. 1; MünchKommBGB/Hergenröder, § 7 KSchG Rdnr. 4).

2. Hat der angebliche Betriebsübergang nach Ausspruch der Kündigung stattgefunden, geht das Arbeitsverhältnis im gekündigten Zustand gemäß § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die

Beklagte als angebliche Betriebserwerberin über (BAG vom 22.02.1978 – 5 AZR 800/76, AP Nr. 11 zu § 613 a BGB; LAG Hamm vom 22.03.2001 – 4 Sa 579/00, NZA-RR 2002, 62). Ist die Kündigung durch den Insolvenzverwalter gemäß § 7 KSchG wirksam und liegt der Ablauf der Kündigungsfrist nach dem Termin des Betriebsübergangs, endet das Arbeitsverhältnis rechtswirksam beim Betriebserwerber (BAG vom 23.09.1999 – 8 AZR 614/98, ZInsO 2000, 351; LAG Hamm vom 22.03.2001 – 4 Sa 579/00, NZA-RR 2002, 62; MünchKommBGB/-Müller-Glöge, 5. Aufl. 2009, § 613 a BGB Rdnr. 83).

Demzufolge kann ein gegenwärtiger Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht antragsgemäß festgestellt werden, wenn das vom angeblichen Betriebsveräußerer gekündigte Arbeitsverhältnis zwar auf die Beklagte infolge eines Betriebsübergangs gemäß § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB während des Laufs der Kündigungsfrist übergegangen, dort aber mit Ablauf des 31.12.2008 wirksam beendet worden ist.

45

3. Ein etwaiger Betriebsübergang hat erst nach Ausspruch der Kündigung durch den Insolvenzverwalter am 25.09.2008 stattgefunden. Ein Betriebsübergang gemäß § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB setzt voraus, dass der neue Betriebsinhaber den Betrieb tatsächlich identitätswahrend fortführt. Der Abschluss schuldrechtlicher Verpflichtungsgeschäfte über die wesentlichen Betriebsmittel oder die Einstellung von Arbeitnehmern reicht dafür nicht aus, sondern maßgeblich ist die tatsächliche Betriebsfortführung, denn ein Wechsel des Betriebsinhabers tritt nicht ein, wenn der neue Inhaber den Betrieb noch gar nicht führt (LAG Hamm vom 13.06.2007 – 2 Sa 1252/06, BeckRS 2007 49052). Die Beklagte hat dazu unwidersprochen vorgetragen, sie habe ihre Geschäftstätigkeit erst Mitte Oktober 2008 aufnehmen können, weil bezüglich der übernommenen Betriebsmittel noch Aussonderungsrechte zu klären gewesen seien. Nur auf Wunsch des Insolvenzverwalters habe sie die Arbeitsverträge rückwirkend zum 24.09.2008 geschlossen, um die Masse zu schonen. Die Kaufträge hätten im Übrigen unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung der Gläubigerversammlung gestanden. Allerdings kommt es nicht darauf an, ob das Rechtsgeschäft, welches die Grundlage für den Betriebsübergang bildet, bedingt oder vorbehaltlich abgeschlossen worden ist (BAG vom 15.12.2005 – 8 AZR 202/05, NZA 2006, 597). Für den Zeitpunkt des Betriebsübergangs ist aber die tatsächliche Aufnahme der Geschäftstätigkeit oder deren Fortführung durch den neuen Inhaber von Bedeutung. Maßgeblicher Zeitpunkt für den Eintritt des Erwerbers in die bestehenden Arbeitsverhältnisse ist der Moment, in dem der neue Inhaber die arbeitstechnische Organisation- und Leitungsmacht im eigenen Namen tatsächlich übernimmt (APS-Steffan, 3. Aufl., § 613 a Rdnr. 57; BAG vom 06.02.1985 – 5 AZR 411/83, NZA 1985, 735).

46

a) Die Beklagte hat dazu bereits erstinstanzlich ohne qualifizierten Widerspruch des Klägers vorgetragen, die eingestellten Mitarbeiter hätten ihre Tätigkeit tatsächlich zum 24.09.2008 nicht aufnehmen können, weil sich die Übergabe des Warenlagers verzögert hätte. Sie habe mit der Aufnahme des Geschäftsbetriebes erst Mitte Oktober 2008 beginnen können. Diesen Vortrag hat die Beklagte in zweiter Instanz unwidersprochen dahin ergänzt, dass die rückwirkende Einstellung der Mitarbeiter zum 24.09.2008 ausdrücklich auf Wunsch des Insolvenzverwalters vereinbart worden sei. Tatsächlich seien die Vereinbarungen aber erst nach dem 25.09.2008 nach Zustimmung des Gläubigerausschusses für die Übernahme von Betriebsmitteln und Warenbeständen der M2-Gruppe geschlossen worden. Die Übernahme von Gegenständen des Umlaufvermögens der insolventen Gesellschaften und der Marke "M2" seien erst Ende September 2008 geschlossen worden. Die Übergabe der Vorräte sei für Anfang Oktober 2008 geplant gewesen, nachdem am 30.09.2009 eine Liste des von ihr erworbenen Vorratsvermögens erstellt worden sei. Infolge der Auseinandersetzungen über die Zuordnung verschiedener Gegenstände des Vorratsvermögens sei ein Teil der Vorräte an

47

sie erst Mitte Oktober 2008 übergeben worden. Erst danach habe sie ihre Geschäftstätigkeit aufgenommen.

b) Damit ist eine tatsächliche Inbesitznahme der Betriebsmittel frühestens erst Anfang Oktober 2008 erfolgt. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass der tatsächliche Einsatz der eingestellten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter unter der Regie der Beklagten bereits bei oder vor Ausspruch der Kündigung vom 25.09.2008 stattgefunden hat. Demzufolge kann ein tatsächlicher Betriebsinhaberwechsel erst nach Zugang der Kündigung vom 25.09.2009 stattgefunden haben. 48

Hat ein zugunsten des Klägers unterstellter Betriebsübergang erst nach Ausspruch der Kündigung durch den Insolvenzverwalter stattgefunden, ist das Arbeitsverhältnis des Klägers aus den dargelegten Gründen am 31.12.2008 bei der Beklagten beendet worden ist. 49

III 50

Über einen etwaigen Anspruch des Klägers auf Wiedereinstellung war nicht zu entscheiden, denn sein Feststellungsantrag kann prozessual nicht in einen Antrag auf Verpflichtung zur Wiedereinstellung umgedeutet werden. Die prozessuale Durchsetzung des Wiedereinstellungsanspruchs geschieht durch Klage auf Abgabe einer Willenserklärung gemäß § 894 ZPO (vgl. BAG vom 02.12.1999 – 2 AZR 757/98, NZA 2000, 531; BAG vom 28.06.2007 – 7 AZR 904/98, NZA 2000, 1097). Ebenso wenig lässt die Klagebegründung erkennen, dass der Kläger die vom Insolvenzverwalter ausgesprochene Kündigung als wirksam ansieht, aber wegen eines nachfolgend stattgefundenen Betriebsübergangs seine Wiedereinstellung durch die Beklagte anstrebt (vgl. zum Wiedereinstellungsanspruch BAG vom 25.10.2007 – 8 AZR 989/06, NZA 2008, 357 m.Anm. Oberhofer, jurisPR-ArbR 19/2008 Anm. 1). 51

IV 52

Der Kläger hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seines erfolglos gebliebenen Rechtsmittels zu tragen. 53

Der Streitwert hat sich in der Berufungsinstanz geändert, weil der Kläger den Antrag auf Weiterbeschäftigung nicht mehr gestellt hat. Für den Antrag auf Bestand eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien sind drei Monatsvergütungen zu veranschlagen. 54

V 55

Für die Zulassung der Revision bestand keine Veranlassung, weil Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung nicht zu klären sind. Die Entscheidung weicht auch nicht von der in § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG genannten höchstrichterlichen Rechtsprechung ab. 56