BUNDESARBEITSGERICHT

6 AZR 41/11
3 Sa 397/10
Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
18. Oktober 2012

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 18. Oktober 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Gallner und Spelge

sowie die ehrenamtlichen Richterinnen Lorenz und Kammann für Recht erkannt:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 16. November 2010 - 3 Sa 397/10 - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Klägerin wendet sich gegen zwei ordentliche, auf betriebliche Gründe gestützte Kündigungen des beklagten Insolvenzverwalters. 1

Die Schuldnerin, die zuletzt unter D GmbH & Co. KG firmierte, unterhielt im Jahr 2008 311 Verkaufsstandorte. Darunter waren ua. 125 sog. Minis, dh. Filialen mit einer Verkaufsfläche von höchstens 770 m², und 184 sog. Traditionals, dh. Verkaufshäuser mit einer Verkaufsfläche von 600 bis 4.000 m². Die Schuldnerin beschäftigte in ihrem Unternehmen über 9.000 Arbeitnehmer. 2

Die 1973 geborene Klägerin trat 1994 in ein Arbeitsverhältnis mit der Schuldnerin. Sie arbeitete als Mitarbeiterin im Verkauf in Teilzeit von 114,48 Stunden monatlich im Jahresdurchschnitt. Im Arbeitsvertrag ist auf Arbeitgeberseite neben der Schuldnerin „Ld-Nr. 6 B“ genannt. Dabei handelte es sich um einen „Mini“. Neben der Klägerin waren in B mindestens sieben weitere Arbeitnehmerinnen beschäftigt. 3

In Nr. 5.1 des Arbeitsvertrags vom 25. April 2002 ist bestimmt: 4

> „Der/Die Arbeitnehmer/in verpflichtet sich, alle ihr/ihm übertragenen Aufgaben sorgfältig und gewissenhaft auszuführen, im zumutbaren Rahmen nach Bedarf auch andere Arbeiten zu übernehmen, Mehrarbeit zu leisten, sich auch vorübergehend andere Tätigkeiten zu den dort gültigen Arbeitsbedingungen zuweisen zu lassen und vertretungsweise auch in anderen W-Läden zu arbeiten.“

Die Klägerin befand sich von Mai 2009 bis 28. April 2010 in Elternzeit. 5

Am 23. Juni 2009 trafen die Schuldnerin und der bei ihr gebildete Gesamtbetriebsrat unter Mitwirkung des damaligen vorläufigen Insolvenzverwalters, des Beklagten, eine Übereinkunft „Rahmenbetriebsvereinbarung und Dach-Interessenausgleich“. Sie lautet auszugsweise wörtlich: 6

> **„A. II. Fortführungs- und Verwaltungskonzeption**
>
> Aufbauend auf bereits vorliegenden betriebswirtschaftlichen Auswertungen und marktempirischen Erhebungen sehen die Geschäftsleitung und die vorläufige Insolvenzverwaltung eine Möglichkeit der Fortführung der sog. Traditionals im Wege einer *Sanierenden Übertragung* auf eine NewCo. Voraussetzung ist eine Verringerung der Kosten in den Bereichen Miete, Personal, Logistik und Overhead bei gleichzeitiger Vereinheitlichung der Verkaufsflächen auf eine Größe von ca. 1000 m² bis 1500 m² und einer erheblichen Verschlankung des Sortiments in Richtung ‚Discounter’; bezüglich der Einzelheiten verweisen die Betriebsparteien auf den Rohentwurf, welchen die Unternehmensberatung C den Betriebsparteien in der Sitzung vom 12. Mai 2009 ausgehändigt hat - künftig nur: C-Konzept. Der GBR erhält jeweils die aktuelle Fassung des Konzepts unaufgefordert.
>
> Für die *Minis* lässt sich ein positives operatives Fortführungskonzept im Rahmen einer *Sanierenden Übertragung* nicht darstellen, so dass hier grundsätzlich eine Schließung hingenommen werden muss. Der damit verbundene Arbeitsplatzabbau soll jedoch dadurch vermieden werden, als versucht wird, mit Mitbewerbern, die an einer Übernahme der entsprechend freiwerdenden Verkaufsflächen interessiert sind, eine Vereinbarung auch zur Übernahme von Verkaufspersonal zu treffen. Davon abgesehen sind sowohl *Traditionals* wie auch sonstige Filialen, für die sich ein rentables Fortführungskonzept nicht darstellen lässt, zu schließen.
>
> Schließlich ist die Fortführung aller Filialen auch von der erfolgreichen Anpassung der im Zentralbereich anfallenden Overheadkosten an den verringerten Warenumschlag und die Discountausrichtung abhängig.
>
> …
>
> **D. III. Interessenausgleich**
>
> 1.) Personelle Maßnahmen

(a.) Betriebsaufgabe

Im Falle der Betriebsaufgabe eines, mehrerer oder aller Betriebe werden die Arbeitsverhältnisse der dort Beschäftigten nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften und dieser Vereinbarung beendet. Die nachfolgenden Regeln der Sozialauswahl finden nur bei einer Betriebseinschränkung, nicht bei einer Betriebsschließung Anwendung.

...

3. Anhörung

Die Beteiligung des Betriebsrates bzw. des GBR gem. § 17 Abs. 3 KSchG erfolgt ebenfalls zeitgleich mit den Verhandlungen über den Interessenausgleich, wobei dieses Dokument zugleich die in § 17 Abs. 3 KSchG genannte Mitteilung an den Betriebsrat bzw. des GBR und dessen Stellungnahme darstellt.

4. Massenentlassungsanzeige

Nach Unterzeichnung des Interessenausgleiches und der durchgeführten Anhörungen des Betriebsrates gem. den §§ 102 BetrVG und 17 Abs. 3 KSchG erfolgt nach Maßgabe der Rechtsprechung des EuGH und des BAG sowie der Vorgaben der Bundesagentur für Arbeit die Erstattung der Massenentlassungsanzeige gem. § 17 KSchG sowie unverzüglich anschließend der Ausspruch der betriebsbedingten Beendigungs- sowie ggf. Änderungskündigungen.

...“

Die Schuldnerin und vier in B beschäftigte Arbeitnehmerinnen sowie eine Arbeitnehmerin, die als Springerin in verschiedenen Filialen eingesetzt wurde, schlossen zum 30. Juni 2009 dreiseitige Verträge, mit denen die Arbeitnehmerinnen in eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft wechselten. Zwei weitere Arbeitsverhältnisse mit Arbeitsort in B endeten am 30. Mai 2009 und 30. Juni 2009. 7

Am 1. Juli 2009 wurde über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt. Spätestens zum 31. August 2009 stellte der Beklagte den Verkauf in der Filiale 8

in B ein und schloss sie. Seit einem nicht näher bestimmten Zeitpunkt danach nutzte die Drogeriemarktkette S das Ladenlokal. Soweit Filialen - insbesondere „Traditionals“ - nicht von der neu gegründeten D W GmbH oder anderen Unternehmen übernommen wurden, schloss der Beklagte auch diese.

Auf Antrag des Beklagten erklärte die Struktur- und Genehmigungsdirektion Süd die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin durch Bescheid vom 30. März 2010 unter der Bedingung für zulässig, dass der Betrieb zum 31. August 2009 tatsächlich stillgelegt worden sei und kein Betriebsübergang nach § 613a BGB stattgefunden habe. 9

Mit Schreiben vom 6. April 2010 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin zum 31. Juli 2010. Eine weitere Kündigung erklärte der Beklagte mit Schreiben vom 14. Mai 2010 zum 31. August 2010. 10

Mit ihrer Klage wehrt sich die Klägerin gegen die beiden Kündigungen. Die erste - am 16. April 2010 beim Arbeitsgericht eingegangene - Klage hat die Klägerin zunächst gegen die „Firma W D GmbH & Co. KG i. L., vertreten durch den Insolvenzverwalter“ gerichtet. Sie hat der Klage das Kündigungsschreiben des Beklagten vom 6. April 2010 beigefügt. Sie hat geltend gemacht, die Anhörung eines Gesamtbetriebsrats sei fraglich. In B habe kein Betriebsrat bestanden. Die Kündigungen seien nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB unwirksam, weil große Teile der Verkaufsstätten auf die neu gegründete D W GmbH übertragen worden seien. Bei „W“ habe es sich um einen Betrieb gehandelt. Alle maßgeblichen Entscheidungen seien zentralisiert getroffen worden. Kleinste organisatorische Einheit sei zumindest die Gebietsebene gewesen. Die Schließung einer einzelnen Filiale sei daher kein Kündigungsgrund. Arbeitnehmer der Verkaufsstätte in B seien weiter bei „W“ tätig. Der Beklagte sei verpflichtet gewesen, auch der Klägerin anzubieten, in einer fortgeführten Filiale weiterbeschäftigt zu werden. Die Sozialauswahl sei fehlerhaft. Vorrangig hätte weniger schutzwürdigen Arbeitnehmern gekündigt werden müssen. 11

Die Klägerin hat zuletzt beantragt 12

> festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 6. April 2010 und durch die Kündigung vom 14. Mai 2010 nicht aufgelöst worden ist.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG sei nicht gewahrt, weil sich die Klage zunächst nicht gegen ihn gerichtet habe. In B sei ein Betriebsrat gebildet gewesen. Dessen Amtszeit habe am 1. Juli 2009 geendet, ohne dass ein Restmandat bestanden habe. Der Betrieb in B sei aufgrund des Ausscheidens mehrerer Arbeitnehmer mit dem 30. Juni 2009 nicht mehr betriebsratsfähig gewesen. Mit der Stilllegung des Betriebs in B sei das Beschäftigungsbedürfnis für die Klägerin entfallen. Eine Sozialauswahl sei nicht zu treffen gewesen. Die Filiale in B sei ein eigenständiger Betrieb gewesen. Der Geschäftsleiter sei ua. für die Einstellung und Einarbeitung von Arbeitnehmern sowie für „Schwundverhütungsmaßnahmen“ zuständig gewesen. Die Filiale habe außerdem über ein eigenes Lager verfügt. Zu einem Betriebsübergang sei es nicht gekommen. Seit 1. Juli 2009 habe der Beklagte keine Verkaufsstätten mehr geführt. Lediglich außerhalb des Beschäftigungsbetriebs der Klägerin seien Teile des Unternehmens der Schuldnerin durch die D W GmbH fortgeführt worden. Das gelte auch für die Filialen in K und L. 13

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Klägerin hat im Berufungsverfahren erstmals die Frage aufgeworfen, ob die Unterrichtungs- und Beratungspflichten bei Massenentlassungen nach § 17 KSchG eingehalten worden seien. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin die Kündigungsschutzanträge mit Sach- und Verfahrensrügen weiter. Sie beruft sich ua. auf eine unternehmensübergreifende Weiterbeschäftigungspflicht im Konzern. 14

Entscheidungsgründe

A. Die Revision der Klägerin ist unbegründet. Die Klage war abzuweisen, wie die Vorinstanzen zutreffend erkannt haben. Die Kündigung vom 6. April 2010 beendete das Arbeitsverhältnis der Parteien mit dem 31. Juli 2010. Auf die 15

zweite Kündigung vom 14. Mai 2010, die zum 31. August 2010 wirken sollte, kommt es deshalb nicht an.

I. Die Kündigung vom 6. April 2010 gilt nicht bereits nach § 7 Halbs. 1 KSchG als rechtswirksam. Die am 16. April 2010 beim Arbeitsgericht eingegangene Klage, die sich gegen die „Firma W D GmbH & Co. KG i. L., vertreten durch den Insolvenzverwalter“ richtete, wahrte die Dreiwochenfrist des § 4 Satz 1 KSchG. 16

1. Die Parteien eines Prozesses sind vom Kläger in der Klageschrift zu bezeichnen. 17

a) Ist eine Parteibezeichnung nicht eindeutig, ist die Partei durch Auslegung zu ermitteln. Das Revisionsgericht hat die in der Klageschrift enthaltene Parteibezeichnung als prozessuale Willenserklärung selbst auszulegen *(vgl. zB BAG 28. August 2008 - 2 AZR 279/07 - Rn. 16, AP KSchG 1969 § 4 Nr. 67 = EzA KSchG § 4 nF Nr. 86; 17. Juli 2007 - 9 AZR 819/06 - Rn. 14, AP ZPO § 50 Nr. 17 = EzA TzBfG § 8 Nr. 17)*. Selbst bei äußerlich eindeutiger, aber offenkundig unrichtiger Bezeichnung ist grundsätzlich diejenige Person als Partei angesprochen, die erkennbar durch die Parteibezeichnung betroffen werden soll. Es kommt darauf an, welcher Sinn der von der klagenden Partei in der Klageschrift gewählten Parteibezeichnung bei objektiver Würdigung des Erklärungsinhalts beizulegen ist. Entscheidend ist, dass die rechtliche Identität gewahrt bleibt. Bleibt die Partei nicht dieselbe, handelt es sich um eine Parteiänderung. Eine ungenaue oder erkennbar falsche Parteibezeichnung kann dagegen jederzeit von Amts wegen richtiggestellt werden *(vgl. für die st. Rspr. BAG 28. August 2008 - 2 AZR 279/07 - Rn. 14, aaO; 1. März 2007 - 2 AZR 525/05 - Rn. 12, AP KSchG 1969 § 4 Nr. 60 = EzA KSchG § 4 nF Nr. 76; BGH 23. September 2008 - X ZR 135/04 - Rn. 9 f., NJW-RR 2009, 539, jeweils mwN)*. 18

b) Ist ein Insolvenzverwalter nach deutschem Insolvenzrecht bestellt, ist eine Kündigungsschutzklage gegen ihn in seiner Eigenschaft als Partei kraft Amtes zu erheben. Eine Klage gegen die Schuldnerin macht den Insolvenzver- 19

walter nicht zur Partei des Rechtsstreits und kann die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG nicht wahren *(vgl. BAG 21. September 2006 - 2 AZR 573/05 - Rn. 22, AP KSchG 1969 § 4 Nr. 58 = EzA KSchG § 4 nF Nr. 75; 18. April 2002 - 8 AZR 346/01 - zu II 2 b der Gründe, AP BGB § 613a Nr. 232 = EzA BGB § 613a Nr. 207; 17. Januar 2002 - 2 AZR 57/01 - zu B I 2 b der Gründe, EzA KSchG § 4 nF Nr. 62)*. Ist nach dem Rubrum der Klageschrift anstelle des Insolvenzverwalters die Schuldnerin verklagt, ist jedoch stets zu prüfen, ob der Fehler behoben werden kann, indem das Rubrum klargestellt wird. Die formelle Parteibezeichnung ist nicht allein maßgeblich. Ergibt sich aus den gesamten Umständen, wer als beklagte Partei gemeint ist, kann das Rubrum unbedenklich „berichtigt“ werden. Das gilt vor allem dann, wenn der Klageschrift das Kündigungsschreiben beigefügt ist, aus dem sich ergibt, dass die Kündigung vom Insolvenzverwalter ausgesprochen wurde *(vgl. BAG 21. September 2006 - 2 AZR 573/05 - Rn. 25, aaO; 18. April 2002 - 8 AZR 346/01 - zu II 2 c der Gründe, aaO; 17. Januar 2002 - 2 AZR 57/01 - aaO)*.

2. Nach diesen Grundsätzen ist die unrichtige Beklagtenbezeichnung in der Klageschrift dahin auszulegen, dass sich die Klage von vornherein gegen den Insolvenzverwalter richtete und mit ihr die Dreiwochenfrist des § 4 Satz 1 KSchG gewahrt wurde. Für den Insolvenzverwalter war erkennbar, dass die Kündigungsschutzklage gegen ihn erhoben werden sollte. Dafür spricht insbesondere das der Klageschrift beigefügte Kündigungsschreiben, das der Insolvenzverwalter verfasst und unterzeichnet hatte. Hinzu kommt, dass die Klägerin den Insolvenzverwalter im Passivrubrum der Klageschrift als Vertreter der Schuldnerin bezeichnet hatte. Damit konnte aus Rechtsgründen nur der Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes gemeint sein. 20

II. Die Kündigung des Beklagten vom 6. April 2010 ist wirksam. 21

1. Die Kündigung ist formell nicht zu beanstanden. Ihrer Wirksamkeit stehen § 18 Abs. 1 BEEG, § 102 Abs. 1 BetrVG und § 17 KSchG nicht entgegen. 22

a) Die zuständige Struktur- und Genehmigungsdirektion Süd erklärte die Kündigung vom 6. April 2010 vor ihrem Ausspruch mit bestandskräftigem Bescheid vom 30. März 2010 für zulässig *(§ 18 Abs. 1 Satz 2 BEEG)*. 23

aa) An diesen bestandskräftigen Verwaltungsakt sind die Arbeitsgerichte gebunden *(vgl. BAG 22. Juni 2011 - 8 AZR 107/10 - Rn. 20, AP BGB § 613a Nr. 408 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 126; 20. Januar 2005 - 2 AZR 500/03 - zu II 1 a der Gründe, AP BErzGG § 18 Nr. 8 = EzA BErzGG § 18 Nr. 7)*. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Verwaltungsakt nichtig ist. 24

bb) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass der Bescheid vom 30. März 2010 nicht unter einer unzulässigen Bedingung erteilt wurde. Beantragt ein Arbeitgeber - wie hier -, die Kündigung des Arbeitsverhältnisses einer Arbeitnehmerin in Elternzeit für zulässig zu erklären, weil sein Betrieb stillgelegt worden sei, darf die zuständige Behörde die Zulässigkeitserklärung nicht mit der Begründung verweigern, es liege ein Betriebsübergang vor. Diese Entscheidung ist den Arbeitsgerichten vorbehalten. Die Zulässigkeitserklärung wird in einem solchen Fall vorsorglich erteilt. Der „vorsorgliche Verwaltungsakt“ wirkt rechtlich nur dann, wenn die Arbeitsgerichte einen Betriebsübergang in einer rechtskräftigen Entscheidung verneint haben *(vgl. BAG 22. Juni 2011 - 8 AZR 107/10 - Rn. 20 f. mwN, AP BGB § 613a Nr. 408 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 126)*. 25

b) Die Kündigung vom 6. April 2010 ist nicht nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. 26

aa) Das Erfordernis der Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG besteht nur, wenn für den Betrieb oder Betriebsteil, in dem der Arbeitnehmer beschäftigt wird und dem er daher betriebsverfassungsrechtlich zuzuordnen ist, ein funktionsfähiger Betriebsrat gebildet ist. Das hat der Arbeitnehmer im Rahmen seiner gestuften Behauptungslast darzulegen und ggf. zu beweisen *(vgl. BAG 15. Dezember 2011 - 8 AZR 692/10 - Rn. 66, EzA BGB 2002 § 613a Nr. 132; 12. August 2010 - 2 AZR 104/09 - Rn. 28)*. 27

bb) Die Klägerin hat die Existenz eines funktionsfähigen Betriebsrats des Betriebs in B oder eines für diesen Betriebsteil zuständigen Betriebsrats nicht dargelegt. Sie macht vielmehr umgekehrt geltend, ein Betriebsrat habe in B nicht bestanden. Den Vortrag des Beklagten, für die Filiale in B sei ein Betriebsrat gewählt worden, hat sich die Klägerin nicht hilfsweise zu eigen gemacht. Es kommt deswegen nicht darauf an, ob ein Restmandat nach § 21b BetrVG bestand. Das hat das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen. 28

cc) Wird in Übereinstimmung mit dem Vortrag der Klägerin unterstellt, für die Verkaufsstätte in B habe kein funktionsfähiger Betriebsrat bestanden, war der Gesamtbetriebsrat nicht nach § 102 Abs. 1 BetrVG anzuhören. 29

(1) Bei Erklärung der Kündigung am 6. April 2010 waren die Betriebsteile, die von der D W GmbH übernommen wurden, auch nach dem Vortrag der Klägerin seit geraumer Zeit übertragen. Die Klägerin hat nicht behauptet, bei Abgabe der Kündigungserklärung habe ein funktionsfähiger, für sie zuständiger Gesamtbetriebsrat bestanden. 30

(2) Bei personellen Einzelmaßnahmen wie einer Kündigung geht das Gesetz zudem von dem einzelnen Betrieb und dem örtlichen Betriebsrat aus. Eine originäre Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats ist für personelle Einzelmaßnahmen deshalb grundsätzlich nicht begründet. Sie kommt lediglich in Betracht, wenn ein Arbeitsverhältnis zugleich mehreren Betrieben des Unternehmens zuzuordnen ist *(vgl. BAG 21. März 1996 - 2 AZR 559/95 - zu II 1 der Gründe, BAGE 82, 316)*. Ein solcher Ausnahmefall ist nicht gegeben. 31

c) Der Beklagte verstieß nicht gegen § 17 Abs. 1 und Abs. 2 KSchG. Der Senat kann offenlassen, ob eine Verletzung der in zweiter Instanz infrage gestellten Erfüllung der Anzeige- und Konsultationspflichten aus § 17 Abs. 1 und Abs. 2 KSchG zur Unwirksamkeit der Kündigung vom 6. April 2010 führte. Er braucht auch nicht darüber zu befinden, ob die Klägerin Verstöße gegen § 17 Abs. 1 und Abs. 2 KSchG entweder bereits in erster Instanz beanstandet hat oder das Arbeitsgericht seine Hinweispflicht aus § 6 Satz 2 KSchG verletzt und die Klägerin die Rügen im zweiten Rechtszug wirksam nachgeholt hat *(vgl.* 32

dazu BAG 18. Januar 2012 - 6 AZR 407/10 - Rn. 11 ff., AP KSchG 1969 § 6 Nr. 6 = EzA KSchG § 6 Nr. 4). Der Geltungsbereich des § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG ist nach dem Vorbringen der Klägerin nicht eröffnet.

aa) Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG ist ein Arbeitgeber verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er in Betrieben mit idR mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als fünf Arbeitnehmer, in Betrieben mit idR mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern 10 % der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer oder in Betrieben mit idR mindestens 500 Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer innerhalb von 30 Kalendertagen entlässt. Der Begriff des Betriebs in § 17 KSchG entspricht dem der §§ 1, 4 BetrVG *(vgl. zB BAG 20. September 2012 - 6 AZR 155/11 - Rn. 17, ZIP 2012, 2412; 28. Juni 2012 - 6 AZR 780/10 - Rn. 41 mwN, EzA-SD 2012 Nr. 19, 3)*. Für die Berechnung der Zahlen ist nicht auf den Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis, sondern auf den Zeitpunkt der Kündigung abzustellen *(vgl. für die st. Rspr. BAG 22. März 2007 - 6 AZR 499/05 - Rn. 13 mwN, EzA KSchG § 17 Nr. 19)*. Es ist Sache des Arbeitnehmers, zunächst die tatsächlichen Voraussetzungen der Anzeigepflicht aus § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG - die Zahlen der beschäftigten und der gekündigten Arbeitnehmer - darzulegen und ggf. zu beweisen *(vgl. BAG 15. Dezember 2011 - 8 AZR 692/10 - Rn. 72, EzA BGB 2002 § 613a Nr. 132; 24. Februar 2005 - 2 AZR 207/04 - zu B II 2 b aa der Gründe, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 20 = EzA KSchG § 17 Nr. 14)*. 33

bb) Die Klägerin hat nicht ausgeführt, dass einer der Schwellenwerte des § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG bei Zugang der Kündigung vom 6. April 2010 erreicht gewesen sei. Den Beklagten trafen daher keine Pflichten aus § 17 KSchG. 34

2. Die Kündigung vom 6. April 2010 ist auch materiell wirksam. Sie verstößt weder gegen § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB, noch ist sie nach § 1 Abs. 2 und Abs. 3 KSchG sozial ungerechtfertigt. 35

a) Die Kündigung ist nicht nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB iVm. § 134 BGB nichtig. Sie wurde nicht wegen des Übergangs eines Betriebs oder Betriebsteils ausgesprochen. 36

aa) Ein Betriebs- oder Betriebsteilübergang nach § 613a Abs. 1 BGB setzt voraus, dass die Identität der wirtschaftlichen Einheit gewahrt bleibt. Eine wirtschaftliche Einheit ist eine organisatorische Gesamtheit von Personen und/oder Sachen, die darauf ausgerichtet ist, auf Dauer eine wirtschaftliche Tätigkeit mit eigener Zielsetzung auszuüben. Ob ein im Wesentlichen unveränderter Fortbestand der organisierten Gesamtheit „Betrieb“ bei einem neuen Inhaber anzunehmen ist, richtet sich nach den Umständen des konkreten Falls. Teilaspekte der Gesamtwürdigung sind ua. die Art des Betriebs, der Übergang materieller Betriebsmittel, der Wert immaterieller Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der Übergang von Kunden- und Lieferantenbeziehungen, der Grad der Ähnlichkeit der vor und nach dem Übergang versehenen Tätigkeiten und die Dauer einer Unterbrechung dieser Tätigkeit. Die Identität der Einheit kann sich auch aus anderen Merkmalen ergeben *(vgl. nur EuGH 20. Januar 2011 - C-463/09 - [CLECE] Rn. 34, Slg. 2011, I-95; siehe im Einzelnen auch BAG 13. Dezember 2007 - 8 AZR 937/96 - Rn. 12 mwN, AP BGB § 613a Nr. 341 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 88)*. 37

bb) Einem Betriebsübergang steht der Übergang eines Betriebsteils gleich. Betriebsteile sind Teileinheiten oder Teilorganisationen eines Betriebs. Sie müssen bereits bei dem früheren Betriebsinhaber die Qualität eines Betriebsteils aufweisen *(vgl. BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 455/10 - Rn. 36, AP BGB § 613a Nr. 415 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 129; 7. April 2011 - 8 AZR 730/09 - Rn. 23, AP BGB § 613a Nr. 406 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 124)*. Ergibt die Gesamtbetrachtung eine identifizierbare wirtschaftliche und organisatorische Teileinheit, muss diese beim Erwerber im Wesentlichen unverändert fortbestehen *(vgl. BAG 24. August 2006 - 8 AZR 556/05 - Rn. 22, 30, AP BGB § 613a Nr. 315 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 59)*. Der übertragene Betriebsteil muss seine organisatorische Selbständigkeit beim Betriebserwerber nicht vollständig 38

bewahren. Es genügt, dass der Betriebs(-teil)erwerber die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehält und es möglich ist, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen *(vgl. EuGH 12. Februar 2009 - C-466/07 - [Klarenberg] Rn. 47 f. mwN, Slg. 2009, I-803)*.

cc) Es ist Sache des Arbeitnehmers, der sich auf die Unwirksamkeit einer Kündigung nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB beruft, darzulegen und ggf. zu beweisen, dass die Kündigung wegen eines Betriebsübergangs ausgesprochen wurde. Der Arbeitnehmer muss also auch vortragen, dass die tatsächlichen Voraussetzungen eines Betriebsübergangs erfüllt sind *(vgl. BAG 22. Juni 2011 - 8 AZR 107/10 - Rn. 32, AP BGB § 613a Nr. 408 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 126; 26. Mai 2011 - 8 AZR 37/10 - Rn. 29, AP BGB § 613a Nr. 409 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 125)*. 39

dd) Nach diesen Grundsätzen hat die Klägerin nicht dargelegt, dass die tatsächlichen Voraussetzungen des Kündigungsverbots in § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB erfüllt sind. 40

(1) Die Klägerin hat keinen Betriebs(-teil)übergang des „Minis“ in B auf die Firma S aufgezeigt. Mit dieser Organisationseinheit wurde ein abgrenzbarer Teilzweck verfolgt, die Versorgung des örtlichen Umfelds mit den angebotenen Waren und Dienstleistungen. Die Klägerin hat nicht behauptet, die Firma S habe materielle Betriebsmittel übernommen. Vielmehr hat sie selbst vorgetragen, Inventar und ggf. noch vorhandenes Warensortiment seien nach F abtransportiert worden. Sie hat nicht vorgebracht, die Firma S habe einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil der Belegschaft des „Minis“ in B in den dortigen Räumlichkeiten weiterbeschäftigt. Schließlich hat die Klägerin auch nicht behauptet, dass die Firma S allein dadurch, dass sie das Ladenlokal genutzt habe, identitätswahrend die wirtschaftliche Einheit des „W-Minis“ in B fortgeführt habe. 41

(2) Es kann offenbleiben, ob es zu einem Betriebs(-teil)übergang aller oder einzelner sog. Traditionals auf die D W GmbH kam. Die Klägerin wurde nicht in 42

einer dieser ggf. übergegangenen Filialen beschäftigt und war auch keinem „Traditional“ zugeordnet.

(a) Der Übergang eines Arbeitsverhältnisses setzt voraus, dass der betroffene Arbeitnehmer dem übertragenen Betrieb oder Betriebsteil zugeordnet ist *(vgl. BAG 28. Oktober 2004 - 8 AZR 391/03 - zu II 1 der Gründe mwN, BAGE 112, 273)*. Für die Zuordnung des Arbeitnehmers ist darauf abzustellen, ob er in den übergegangenen Betrieb oder Betriebsteil tatsächlich eingegliedert war. Es reicht nicht aus, dass er Tätigkeiten für den übertragenen Teil verrichtete, ohne in dessen Struktur eingebunden gewesen zu sein *(vgl. EuGH 12. November 1992 - C-209/91 - [Watson Rask und Christensen] Rn. 16, Slg. 1992, I-5755; 7. Februar 1985 - C-186/83 - [Botzen ua.] Rn. 15, Slg. 1985, 519; BAG 24. August 2006 - 8 AZR 556/05 - Rn. 28, AP BGB § 613a Nr. 315 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 59; 25. September 2003 - 8 AZR 446/02 - zu II 2 a der Gründe, AP BGB § 613a Nr. 256 = EzA ZPO 2002 § 50 Nr. 2)*. 43

(b) Sollte es zu Betriebsteilübergängen von Filialen des Beklagten auf die D W GmbH gekommen sein, gingen nur die Arbeitsverhältnisse der dort beschäftigten Arbeitnehmer über. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin war nach objektiven Kriterien dem stillgelegten „Mini“ in B zuzuordnen. Die Klägerin war ausschließlich in der Filiale in B beschäftigt und in deren Struktur eingegliedert. Um sie einer anderen *(übernommenen)* Filiale zuzuordnen, wäre eine ausdrückliche oder konkludente Zuordnungsentscheidung der Schuldnerin oder des Beklagten erforderlich gewesen *(vgl. BAG 13. November 1997 - 8 AZR 375/96 - zu II 3 der Gründe, BAGE 87, 120; 18. März 1997 - 3 AZR 729/95 - zu I 2 b der Gründe, BAGE 85, 291)*. Eine solche Zuordnungsentscheidung wurde nicht getroffen. 44

b) Die Kündigung vom 6. April 2010 ist jedenfalls nicht sozialwidrig nach § 1 Abs. 2 und Abs. 3 KSchG. Es kann deshalb dahinstehen, ob der Schwellenwert des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG erreicht war. 45

aa) Die Kündigung vom 6. April 2010 ist durch ein dringendes betriebliches Erfordernis iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 Var. 3 KSchG bedingt, das einer Weiterbe- 46

schäftigung der Klägerin entgegenstand. Davon ist das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei ausgegangen.

(1) Zu den dringenden betrieblichen Erfordernissen iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 Var. 3 KSchG gehören die Stilllegung des gesamten Betriebs und Betriebseinschränkungen durch Stilllegung einer Betriebsabteilung oder eines Betriebsteils. Unter einer Betriebs(-teil)stilllegung ist die Auflösung der Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu verstehen. Sie besteht darin, dass der Unternehmer die bisherige wirtschaftliche Betätigung in der ernstlichen Absicht einstellt, den bisherigen Betriebs(-teil)zweck dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne nicht weiterzuverfolgen *(vgl. für die st. Rspr. BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 693/10 - Rn. 37, NZA-RR 2012, 465)*. 47

(2) Die Schließung der Filiale in B war nach diesen Grundsätzen zumindest eine Betriebsteilstilllegung. Nach den bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts war die Filiale zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vom 6. April 2010 - im Einklang mit den Regelungen des Interessenausgleichs vom 23. Juni 2009 und den dort festgehaltenen unternehmerischen Entscheidungen - tatsächlich stillgelegt. Es kommt nicht darauf an, ob Arbeitnehmer noch im September oder Oktober 2009 zu Abwicklungsarbeiten herangezogen wurden. Das Beschäftigungsbedürfnis für die Arbeitnehmer, die in der Filiale in B gearbeitet hatten, entfiel mit der endgültigen Stilllegung. Bereits zuvor - nach der nicht bestrittenen Behauptung des Beklagten zum 1. Juli 2009 - waren Betriebe oder jedenfalls Betriebsteile, sog. Traditionals, veräußert worden. Das führte zu keinem Übergang des Arbeitsverhältnisses der Klägerin, weil das Arbeitsverhältnis den übertragenen Einheiten nicht zuzuordnen war. Mit der Schließung der „Minis“ legte der Beklagte die bei ihm verbliebenen Betriebsteile still. Auch die Klägerin hat nicht behauptet, der Beklagte führe noch einen Betrieb in der Rechtsnachfolge der Schuldnerin. 48

bb) Die Klägerin konnte nicht auf einem freien Arbeitsplatz im Betrieb oder Unternehmen des Beklagten weiterbeschäftigt werden. 49

(1) Das geltend gemachte betriebliche Erfordernis ist nicht dringend iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG, wenn der Arbeitnehmer auf einem anderen, freien Arbeitsplatz desselben Betriebs oder eines anderen Betriebs des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann. Als „frei“ sind grundsätzlich nur solche Arbeitsplätze anzusehen, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung unbesetzt sind *(vgl. BAG 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn. 24, EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 84)*. Es obliegt dem Arbeitnehmer darzulegen, wie er sich eine anderweitige Beschäftigung vorstellt, wenn sein bisheriger Arbeitsplatz weggefallen ist. Erst danach muss der Arbeitgeber erläutern, weshalb eine Beschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz nicht möglich war *(vgl. zB BAG 1. März 2007 - 2 AZR 650/05 - Rn. 21, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 164 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 154)*. 50

(2) Die Klägerin hat nicht dargelegt, wie sie sich eine Beschäftigung durch den Beklagten vorstellt. Sie hat nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts insbesondere nicht behauptet, der Beklagte habe zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vom 6. April 2010 noch „Minis“ oder andere Filialen betrieben, in denen freie Arbeitsplätze vorhanden gewesen seien. Soweit sich die Klägerin auf Beschäftigungsangebote in K gegenüber anderen Arbeitnehmerinnen bezogen hat, hat sie nicht behauptet, dass der Beklagte diese Beschäftigungsangebote unterbreitet habe oder die anderen Arbeitnehmerinnen beschäftige. Die Klägerin hat den Vortrag des Beklagten, nicht er habe die Filiale in K seit 1. Juli 2009 geführt, nach den unangegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht bestritten. 51

(3) Eine unternehmensübergreifende Weiterbeschäftigungspflicht bei der D W GmbH bestand nicht. Der Beklagte führte mit diesem Unternehmen keinen Gemeinschaftsbetrieb. 52

(a) Eine Weiterbeschäftigungspflicht auf freien Arbeitsplätzen eines anderen Unternehmens kommt in Betracht, wenn das kündigende Unternehmen mit dem anderen Unternehmen einen Gemeinschaftsbetrieb führt. Eine unternehmensübergreifende Weiterbeschäftigungspflicht besteht jedoch nicht, wenn es 53

den Gemeinschaftsbetrieb bei Zugang der Kündigung als solchen bereits nicht mehr gibt. Mit der Beseitigung der einheitlichen Leitungsstruktur ist der Unternehmer des stillzulegenden Betriebs rechtlich nicht mehr in der Lage, eine Weiterbeschäftigung im fortgeführten Betrieb des anderen Unternehmens durchzusetzen *(vgl. BAG 23. März 2006 - 2 AZR 162/05 - Rn. 35 mwN, AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr. 13 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 147)*.

(b) Die Klägerin hat schon nicht behauptet, die Schuldnerin oder der Beklagte und die D W GmbH hätten zu irgendeinem Zeitpunkt einen Gemeinschaftsbetrieb gebildet. Ein solcher Gemeinschaftsbetrieb wäre aufgrund der Stilllegung der „Minis“ durch den Beklagten im Jahr 2009 jedenfalls aufgelöst worden. Der Beklagte hätte nicht durchsetzen können, dass die Klägerin von der D W GmbH weiterbeschäftigt wird. 54

cc) Die Kündigung vom 6. April 2010 ist auch nicht deswegen unwirksam, weil die Klägerin erstmals in der Revisionsinstanz davon ausgeht, im Konzern weiterbeschäftigt werden zu können. 55

(1) Das Kündigungsschutzgesetz ist nicht konzernbezogen. Der Arbeitgeber ist vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung grundsätzlich nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer in dem Betrieb eines anderen Unternehmens unterzubringen. Das ergibt sich schon daraus, dass Vertragspartner des Arbeitnehmers das vertragsschließende Unternehmen, der Arbeitgeber, ist. Die Weiterbeschäftigung durch ein anderes Unternehmen führt zwangsläufig zu einem Vertragspartnerwechsel *(st. Rspr., vgl. nur BAG 23. April 2008 - 2 AZR 1110/06 - Rn. 22, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 177 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 160; 23. März 2006 - 2 AZR 162/05 - Rn. 20, AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr. 13 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 147; 23. November 2004 - 2 AZR 24/04 - zu B III 2 b aa der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 132 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 135; grundlegend 14. Oktober 1982 - 2 AZR 568/80 - zu B II der Gründe, BAGE 41, 72)*. 56

(2) Eine konzernbezogene Weiterbeschäftigungspflicht kann ausnahmsweise bestehen, wenn sich ein anderes Konzernunternehmen ausdrücklich zur Übernahme des Arbeitnehmers bereit erklärt hat. Entsprechendes gilt, wenn sich eine Unterbringungsverpflichtung unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag, einer sonstigen vertraglichen Absprache oder der in der Vergangenheit geübten Praxis ergibt *(vgl. BAG 23. April 2008 - 2 AZR 1110/06 - Rn. 22 mwN, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 177 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 160)*. In solchen Fallgestaltungen kann der Arbeitnehmer einen vertraglichen Anspruch gegen seinen Arbeitgeber auf Verschaffung eines Arbeitsvertrags haben *(vgl. BAG 23. März 2006 - 2 AZR 162/05 - Rn. 21, AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr. 13 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 147; 23. November 2004 - 2 AZR 24/04 - zu B III 2 b bb der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 132 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 135)*. Weitere Voraussetzung einer unternehmensübergreifenden Weiterbeschäftigungspflicht ist ein bestimmender Einfluss des vertragsschließenden Unternehmens auf die „Versetzung" *(vgl. zB BAG 23. April 2008 - 2 AZR 1110/06 - aaO; 23. November 2004 - 2 AZR 24/04 - aaO; Gallner FS Düwell S. 208, 214 ff. mwN; Rost FS Schwerdtner S. 169, 171; weiter gehend Lingemann FS Bauer S. 661, 666; kritisch zum sog. Durchsetzungskriterium etwa Bayreuther NZA 2006, 819, 820 ff.)*. 57

(3) Beruft sich der Arbeitnehmer auf konzernweiten Kündigungsschutz, muss er konkret aufzeigen, aus welchen vertraglichen Regelungen sich die konzernweite Weiterbeschäftigungspflicht ableitet und wie er sich eine anderweitige Beschäftigung vorstellt *(vgl. BAG 10. Mai 2007 - 2 AZR 626/05 - Rn. 46, BAGE 122, 264)*. 58

(4) Der Beklagte übt als Insolvenzverwalter ein ihm vom Gesetz übertragenes Amt aus. Er ist Rechtsnachfolger der Schuldnerin *(vgl. BAG 27. Februar 2008 - 5 AZB 43/07 - Rn. 7, BAGE 126, 117; BGH 28. März 2007 - VII ZB 25/05 - Rn. 7, BGHZ 172, 16)*. Schon deshalb ist nicht ersichtlich, wie er auf die „Versetzung" der Klägerin zur D W GmbH bestimmenden gesellschaftsrechtli- 59

chen Einfluss hätte nehmen können. Einen früheren bestimmenden gesellschaftsrechtlichen Einfluss der Schuldnerin auf dieses Unternehmen hat die Klägerin nicht behauptet.

(5) Die Klägerin hat ferner nicht dargelegt, dass die D W GmbH und die Schuldnerin oder später der Beklagte einen Konzern bildeten. 60

(a) Ein Konzern ist nach § 18 AktG die Zusammenfassung mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung. Dabei wird zwischen dem Unterordnungskonzern *(§ 18 Abs. 1 AktG)* und dem Gleichordnungskonzern *(§ 18 Abs. 2 AktG)* unterschieden. 61

(b) Die Klägerin hat nicht schlüssig behauptet, dass die Schuldnerin oder später der Beklagte und die D W GmbH unter einheitlicher Leitung zusammengefasst waren. Die Klägerin hat vielmehr vorgetragen, dass es sich bei der D W GmbH um eine neu gegründete Gesellschaft gehandelt habe. Die Klägerin hat auch keinen Konzernbezug ihres Arbeitsverhältnisses geltend gemacht. Der mit der Schuldnerin geschlossene Arbeitsvertrag sieht eine konzernweite Versetzungsmöglichkeit nicht vor. Er bestimmt lediglich, dass die Klägerin verpflichtet ist, „vertretungsweise auch in anderen W-Läden zu arbeiten“. Diese Regelung bezieht sich nur auf Filialen der Schuldnerin *(später des Beklagten)* und lediglich auf einen „vertretungsweisen“, dh. keinen dauerhaften Einsatz. Die Klägerin hat schließlich nicht behauptet, es sei üblich gewesen, dass die Schuldnerin oder der Beklagte sie entsandt hätten, um in anderen Konzernunternehmen zu arbeiten. 62

dd) Der Beklagte musste keine soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG treffen. Er beschäftigte im Kündigungszeitpunkt keine vergleichbaren, weniger schutzwürdigen Arbeitnehmer. 63

(1) Die Rüge der Revision, das Landesarbeitsgericht habe aufgrund der getroffenen Feststellungen nicht davon ausgehen dürfen, dass der „Mini“ in B 64

und andere Filialen nicht zu einem Betrieb gehörten, lässt außer Acht, dass die weitergeführten „Traditionals“ seit 1. Juli 2009 von der D W GmbH, einem anderen Unternehmen, fortgeführt wurden. Die beim Beklagten verbliebenen Betriebe oder Betriebsteile wurden demgegenüber stillgelegt. Die Sozialauswahl war betriebsbezogen durchzuführen *(vgl. BAG 5. Juni 2008 - 2 AZR 907/06 - Rn. 23, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 179 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 81; 15. Dezember 2005 - 6 AZR 199/05 - Rn. 24 f., AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 76 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 66)*. Sie konnte sich daher nur auf den vom Beklagten geführten Betrieb, dem die Klägerin zuzuordnen war, beziehen, nicht auf ein anderes Unternehmen. Die Klägerin hat - wie bereits ausgeführt - keine tatsächlichen Umstände dafür vorgetragen, dass der Beklagte mit der D W GmbH zu irgendeinem Zeitpunkt einen Gemeinschaftsbetrieb führte.

(2) Die Klägerin hat zudem nicht behauptet, der Beklagte habe noch zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung weniger schutzwürdige Arbeitnehmer beschäftigt. 65

(a) Sie meint, maßgeblicher Zeitpunkt der zu treffenden Sozialauswahl sei der Zeitpunkt der Schließung der Filialen am 1. Juli 2009 oder 31. August 2009 gewesen. Dabei übersieht sie, dass maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt für die Rechtswirksamkeit der Kündigung ihr Zugang ist. 66

(b) Dass andere Arbeitnehmer der Insolvenzschuldnerin von der D W GmbH oder ihrer Rechtsnachfolgerin beschäftigt werden, ist darauf zurückzuführen, dass deren Arbeitsverhältnisse - anders als das der Klägerin - nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB übergingen oder die Arbeitnehmer neue Arbeitsverträge schlossen. Nach den bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts betrieb der Beklagte über den 31. August 2009 hinaus keine Filialen mehr, die ursprünglich von der Schuldnerin unterhalten worden waren. 67

B. Die Klägerin hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen. 68

Fischermeier Gallner Spelge

Lorenz Kammann