

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 692/10
3 Sa 151/10
Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
15. Dezember 2011

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagter, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. Dezember 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Brückmann und Dr. Hermann für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landes-
arbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 28. September 2010
- 3 Sa 151/10 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit zweier vom Beklagten aus- 1
gesprochener betriebsbedingter ordentlicher Kündigungen.

Die Klägerin trat zum 1. Januar 1999 in ein Arbeitsverhältnis zur Q AG 2
ein, welche durch Beschluss vom 13. Dezember 2005 in die Q GmbH (Q
GmbH) mit Sitz in F umgewandelt wurde. Ausweislich eines Anstellungsver-
trags vom 23. August 1999 wurde die Klägerin als „Reiseverkäuferin“ ab dem
1. November 1999 im Q Technik-Center B K (QTC BK) beschäftigt. Die Q
GmbH und ihre Rechtsvorgängerin betrieben neben der Zentrale in N/F 109 Q
Technik-Center (QTC). In diesen wurden hauptsächlich technische Geräte an
Endverbraucher verkauft und an „Reise-Schaltern“ unter der Marke „Reise Q“
auch Reiseleistungen. Für den Hauptbetrieb in N/F war ein Betriebsrat gewählt.
Ebenso gab es in 45 der 109 QTC, die jeweils mindestens fünf Arbeitnehmer
beschäftigten, Betriebsräte, nicht aber im QTC BK. Zum 1. Januar 2005 kaufte
die (spätere) N GmbH & Co. KG (NUW) von der Q AG eigenständige Reisebü-
roeinheiten, die zum Geschäftsbereich „Reise Q“ gehörten. Weiter schlossen
die Q AG und die NUW am 15. Januar 2005 einen Vertrag über die Zusam-
menarbeit bei der Vermittlung von Reiseleistungen, der später durch einen
weiteren Vertrag ähnlichen Inhalts zwischen der Q GmbH und der „TC GmbH“
(TC GmbH) ergänzt wurde. Zur Ablösung dieser Verträge vereinbarten die Q
GmbH und die NUW unter Beteiligung der TC GmbH am 20. Juni 2008 einen
weiteren Geschäftsbesorgungsvertrag. In diesem wurde die Zusammenarbeit
ua. wie folgt geregelt:

„2. Vertragsgegenstand

Gegenstand dieses Geschäftsbesorgungsvertrags ist die Vermittlung von Reiseleistungen diverser Leistungsträger der Reisebranche durch Q im Auftrag der NUW an Endkunden.

3. Vertragsgegenstand

Die NUW wird im Rahmen dieses Vertrages als Haupt-Reiseagentur fungieren und bedient sich hierbei der Q als Unteragentur. Ein Geschäftsbesorgungsvertrag kommt somit zwischen NUW und Q zustande, ein Vermittlungsvertrag zwischen Q und den jeweiligen Endkunden sowie ein Reiseagenturvertrag zwischen der NUW und dem jeweiligen Veranstalter/Leistungsträger.

4. Pflichten von NUW

1. NUW stellt Q die entsprechenden Buchungsterminals kostenfrei zur Verfügung.
2. NUW plant das von der Reise-Q zu vermittelnde Sortiment und führt hierzu die Verhandlungen mit den Veranstaltern und Leistungsträgern.
3. NUW übernimmt die zentrale Verkaufsteuerung zur Steigerung des Ertrags- und des TC-Sortimentsanteils und stellt hierzu entsprechende Berichte und Informationen zur Verfügung.
4. NUW bietet den in den Q-Reisebüros tätigen Mitarbeitern Fortbildungs- und Trainingsveranstaltungen an und übernimmt die daraus resultierenden Kosten.
5. NUW wird Q mit Prospektmaterial, Werbematerialien, Katalogen und sonstigen erforderlichen Unterlagen angemessen und rechtzeitig versorgen.
6. NUW stellt den Q Reisebüros die Reisebüro-Dekoration des TC Konzernveranstalter kostenlos zur Verfügung.
7. NUW trägt die Kosten aus Rabattgewährung an Konzern-Personalkunden, NUW- und BSW-Mitglieder und andere von TC-rabattberechtigte Kunden.
8. NUW stellt Q ein umfassendes Reporting aller Kennzahlen zur Verfügung.

9. Die NUW wird sich zur Erfüllung ihrer Pflichten aus diesem Vertrag durch Erfüllungsgehilfen, insbesondere andere Konzerngesellschaften, unterstützen lassen. Sie haftet im Rahmen der Bestimmungen des deutschen Rechtes für deren Verschulden.

5. Pflichten von Q

1. Q wird auch künftig den Reisevertrieb unter der Marke ReiseQ über alle geeigneten Medien mit den entsprechenden Maßnahmen fördern. Beispiele sind QTC-Werbebeilagen und Insertionen, Beilagen zu Versand-Aussendungen, Auslobung in Versand-Werbemitteln und Verlinkung der Internet-Auftritte Q.de und ReiseQ.de. Diesbezügliche Leistungen der Q werden generell zu Selbstkosten abgerechnet. In Zweifelsfällen wird der ReiseQ Vorrang z.B. vor Drittpartnern eingeräumt.
2. Q wird ihre Tätigkeit mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrnehmen und die Interessen der NUW und der TC-Veranstaltermarken wahren.
3. Die Reiseq verpflichtet sich, die Angebote des Sortiments zu vermitteln (siehe Anlage 1).
4. Q hat innerhalb der eigenen Filialen für eine Hinführung der Kunden zum Reisebüro zu sorgen und wird bereitwillig sowie umfassend über das Angebot der Veranstalter Auskunft erteilen.
5. Q wird zur Kundenberatung geeignete und geschulte Mitarbeiter einsetzen. Ferner verpflichtet sich Q Mitarbeiter für Seminar- und Schulungstermine, die von der NUW bzw. anderen Gesellschaften des TC-Konzerns angeboten werden im Rahmen der jeweiligen Mitarbeiterereinsatzpläne, vom Betrieb freizustellen. Eine Abstimmung mit der Q Geschäftsleitung findet statt.
6. Q stellt während der gesamten Öffnungszeiten an allen Verkaufstagen die Besetzung der Reisebüros in den eigenen Filialen sicher. Q verpflichtet sich, die Einführung eines mitarbeiterbezogenen Buchungs-Anreizsystems für die Vermittlung von Reisen für das Jahr 2008 vorzubereiten.

7. Q wird die für NUW von Kunden entgegengenommenen Zahlungen an NUW weiterleiten.
8. Q verpflichtet sich, die Sammelbestellerrabatte selbst zu tragen.

...

6. Rolle des NUW-Außendienstes“

Schon im November 2006 hatte die Q GmbH die QTC mit Reise Q, darunter auch das QTC BK, darauf hinweisen lassen, dass die Leiter der QTC die Urlaubsplanung der Reise-Mitarbeiter mit dem NUW-Distriktleiter unter Berücksichtigung der Hauptbuchungsmonate vorzunehmen haben.

3

Über das Vermögen der Q GmbH wurde durch Beschluss des Amtsgerichts E am 1. September 2009 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter ernannt. Dieser schloss am 22. September 2009 mit dem Gesamtbetriebsrat einen Interessenausgleich, in dem ua. geregelt wird:

4

„§ 1 Geltungsbereich

Dieser Interessenausgleich gilt personell für alle Arbeitnehmer der von der Insolvenzschuldnerin unterhaltenen Betriebe mit Ausnahme der leitenden Angestellten im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG.

§ 2 Betriebsänderungen

1. Die Insolvenzschuldnerin beschäftigt bundesweit (Stand: 01. September 2009) 3.451 Arbeitnehmer. Hiervon arbeiten 1.022 Arbeitnehmer in den 109 Q-Technik-Centern (nachfolgend ‚QTC‘). Hierbei handelt es sich um von der Insolvenzschuldnerin unterhaltene Ladenlokale, die bundesweit betrieben und in denen vorwiegend technische Geräte an Endkunden verkauft werden. ...
2. Da eine Fortführung der Insolvenzschuldnerin in ihrer jetzigen Form aus wirtschaftlichen Gründen nicht möglich ist, sieht sich der Insolvenzverwalter gezwungen, eine unternehmensweite Restrukturierung vorzunehmen, die sich auf alle Betriebe der Insolvenzschuldnerin auswirkt. Auf der einen Seite müssen unrentable Vertriebswege und Bereiche stillgelegt werden; auf der anderen Seite soll gleichzeitig

versucht werden, die hohe Markenbekanntheit und Markenstärke der Insolvenzschuldnerin zu nutzen und den Bereich e-commerce (Vertrieb über das Internet) bei gleichzeitiger Einschränkung des Printbereichs (Vertrieb über Kataloge) zu stärken, um die Insolvenzschuldnerin auf der Grundlage eines nachhaltigen Fortführungskonzeptes zu erhalten und für Investoren attraktiv aufzustellen. Konkret handelt es sich um folgende betriebsändernde Maßnahmen, die bis spätestens zum 31. Dezember 2009 umzusetzen sind:

- a) Der Insolvenzverwalter wird 107 von 109 QTC, in denen 1.022 Arbeitnehmer beschäftigt sind, bis spätestens zum 31. Dezember 2009 ersatzlos stilllegen. Die zu schließenden QTC sind in Anlage 1 zu diesem Interessenausgleich unter Angabe des jeweiligen Schließungstermins, der bis zum 31. Dezember 2009 variiert, aufgelistet. Ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens werden zu diesem Zwecke die entsprechenden Mietverträge über die Immobilien der zu schließenden QTC von dem Insolvenzverwalter spätestens zum 31. Dezember 2009 gekündigt und noch unverkaufte Waren veräußert. Falls der Vermieter eines QTC vor dem 31. Dezember 2009 eine fristlose Kündigung des Mietvertrages aussprechen sollte, wird das jeweilige QTC vorzeitig stillgelegt. ...

...

§ 4

Personelle Konsequenzen der Betriebsänderungen im Einzelnen

1. Infolge der Stilllegung aller in Anlage 1 bezeichneten 107 QTC spätestens zum 31. Dezember 2009 im Sinne des § 2 Abs. 2a dieses Interessenausgleichs ist ein Personalabbau durchzuführen, der sämtliche Arbeitnehmer betrifft, die diesen Betrieben zugeordnet sind. Die zu kündigenden Arbeitnehmer sind namentlich in der Anlage 2 zu diesem Interessenausgleich benannt. Die Parteien sind darüber einig, dass freie Arbeitsplätze, auf welchen die betroffenen Arbeitnehmer der bezeichneten QTC weiterbeschäftigt werden könnten, im Unternehmen der Insolvenzschuldnerin nicht bestehen. Die Parteien stimmen ferner überein, dass eine Sozialauswahl nicht durchzuführen ist.“

Das QTC BK mit zwölf Beschäftigten, davon drei „Reise-Mitarbeiter“, wurde in der Anlage 1 des Interessenausgleichs als zu schließendes QTC genannt, in der Anlage 2 wurde die Klägerin als zu kündigende Arbeitnehmerin namentlich genannt. Der Beklagte und der Gesamtbetriebsrat vereinbarten am 22. September 2009 auch einen Sozialplan. Dessen persönlicher Geltungsbereich sollte alle Arbeitnehmer in den von der Insolvenzschuldnerin unterhaltenen Betrieben umfassen, in denen Betriebsräte gewählt sind und deren Betriebsräte den Gesamtbetriebsrat durch Delegationsbeschluss zur Verhandlung und zum Abschluss eines Sozialplans bevollmächtigt hatten. 5

Unter dem 24. September 2009 teilte der Beklagte der TC GmbH mit, dass er in den Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen der NUW und der Q GmbH vom 20. Juni 2008 nicht eintreten werde. Mit Schreiben vom 15. Oktober 2009 informierte das „Reiseteam der Reise Q in B K“ Kunden unter der Überschrift „Auf zu neuen Ufern!“ darüber, dass sich Reise Q aus B K verabschieden werde, aber mit dem T C Reisebüro in M ein kompetenter und zuverlässiger Partner für den Urlaub ans Herz gelegt werden könne. 6

Mit Schreiben vom 25. September 2009, der Klägerin am 26. September 2009 zugegangen, kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis der Klägerin zum 31. Dezember 2009. Dagegen erhob die Klägerin Kündigungsschutzklage am 15. Oktober 2009. Nachdem der Beklagte die Masseunzulänglichkeit gegenüber dem Insolvenzgericht Ende Oktober 2009 angezeigt und mit dem Gesamtbetriebsrat am 23. November 2009 einen weiteren Interessenausgleich geschlossen hatte, der die vollständige Stilllegung aller Bereiche der Insolvenzschuldnerin spätestens zum 28. Februar 2010 vorsah, kündigte er das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin unter dem 26. November 2009 ein zweites Mal, diesmal zum 28. Februar 2010. Dagegen wehrte sich die Klägerin mit einer Erweiterung ihrer Kündigungsschutzklage am 16. Dezember 2009. 7

Mit der Revision macht die Klägerin vor allem geltend, die Kündigungen seien nach § 613a Abs. 4 BGB unwirksam. Sie wende sich nicht mehr dagegen, dass das Landesarbeitsgericht die Kündigungen nicht wegen der fehlenden Anhörung eines Betriebsrats oder der unterbliebenen Massenentlassungsan- 8

zeige für unwirksam befunden habe. Jedoch habe schon zum 1. Januar 2005 ein Betriebsteilübergang von der Q AG auf die NUW stattgefunden, weswegen der Beklagte sich nicht auf die Vermutung des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO stützen könne. Welche Betriebsteile 2005 auf die NUW übergegangen seien, könne sie mangels Unterlagen nicht vortragen. Zumindest hätten aber die NUW und die Reisebüroeinheiten der Q GmbH seit 2005 einen gemeinsamen Betrieb gebildet. Ende 2009 seien dann alle Kundenunterlagen, aktuelle Vorgänge und zukünftige Reisebuchungen, die Altablage und die zur Verfügung gestellten technischen Geräte vom QTC BK in das Reisebüro der NUW nach M gebracht worden, um von dort aus weiter betreut oder benutzt werden zu können. Das Ende des Geschäftsbesorgungsvertrags könne, wie zB die Rückgabe eines verpachteten Grundstücks, einen Betriebsübergang bedeuten.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt

9

festzustellen, dass ihr Arbeitsverhältnis weder durch die Kündigung vom 25. September 2009, noch durch die weitere Kündigung vom 26. November 2009 aufgelöst worden ist.

Zur Begründung seines Klageabweisungsantrags hat der Beklagte die Auffassung vertreten, einen Betriebs- oder Betriebsteilübergang habe die Klägerin nicht schlüssig dargestellt. Bei dem QTC BK handele es sich um einen Betrieb, da der Filialleiter über Einstellungen, Kündigungen und Abmahnungen entschieden und Urlaubsanträge entgegengenommen, also das QTC geleitet habe. Betriebsverfassungsrechtlich sei das QTC BK ein selbständiger Betriebs- teil iSd. § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, sodass mangels eines Betriebsrats eine Anhörung nach § 102 BetrVG nicht möglich oder erforderlich gewesen sei. Ein Beschluss der Mitarbeiter, an einer Betriebsratswahl des Hauptbetriebs teilzunehmen, sei weder ihm noch der Q GmbH bekanntgegeben worden. Wegen der Betriebsgröße sei eine Massenentlassungsanzeige nicht notwendig gewesen. Mit dem Beschluss, 107 von 109 QTC zu schließen, sei eine Betriebsänderung versucht worden, die ebenso wie der spätere Beschluss zur vollständigen Stilllegung von der Vereinbarung eines Interessenausgleichs begleitet worden

10

sei, weswegen die Kündigungen aufgrund der Vermutungswirkung des § 125 Abs. 1 InsO sozial gerechtfertigt seien.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision strebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils an.

11

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Klägerin ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht entschieden, dass schon die Kündigung des Beklagten vom 25. September 2009 das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 31. Dezember 2009 beendet hat. Insbesondere hat weder zum 1. Januar 2005 noch danach ein Betriebs- oder Betriebsteilübergang auf die NUW stattgefunden.

12

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine klageabweisende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Die Kündigung vom 25. September 2009 sei durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt und habe das Arbeitsverhältnis beendet. Dies sei nach § 125 InsO, § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG zu vermuten, da die Schließung von 107 QTC eine Betriebsänderung darstelle, zu der ein Interessenausgleich mit Namensliste vereinbart worden sei. Mit den QTC seien auch die dort betriebenen „Reise-Schalter“ stillgelegt worden, womit die Grundlage für eine Weiterbeschäftigung der Klägerin entfallen sei.

13

Ein Betriebsübergang habe nicht stattgefunden. Dafür habe die Klägerin Tatsachen nicht ausreichend vorgetragen. Der Beklagte habe eine Betriebsstilllegung beabsichtigt. Zweifelhaft sei schon, ob es sich bei den Reiseschaltern überhaupt um eine übertragbare wirtschaftliche Einheit iSv. § 613a BGB handele. Dass ein potentieller Betriebserwerber einen nach Zahl und/oder Sachkunde wesentlichen Teil der an den Reise-Schaltern tätigen Belegschaft übernommen habe, sei nicht ersichtlich. Der Fortbestand der Organisation der

14

Q GmbH sei nicht einmal in der Weiternutzung funktioneller Verknüpfungen feststellbar. Im Zeitpunkt des Kündigungszugangs habe der Beklagte den Entschluss gehabt, das QTC BK endgültig zu schließen, was mit der Auflösung der Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zum 31. Dezember 2009 geschehen sei. Unschlüssig sei die Klage, wenn man wie die Klägerin von einem Betriebsübergang zum 1. Januar 2005 ausgehe.

Die Kündigung scheitere auch nicht an § 102 BetrVG. Die Klägerin habe zwar einen Beschluss nach § 4 Abs. 1 Satz 2 BetrVG behauptet, demzufolge die Beschäftigten des QTC BK an der Wahl des Betriebsrats im Hauptbetrieb teilnehmen wollten. Auf das Bestreiten des Beklagten sei aber die Klägerin darlegungs- und beweisfällig geblieben. 15

Bei der Schließung des QTC BK, in dem weniger als 20 Arbeitnehmer beschäftigt worden seien, habe es keiner Massenentlassungsanzeige bedurft. Der „Betrieb“ iSd. § 17 KSchG sei nach den §§ 1, 4 BetrVG zu bestimmen, was sich schon aus dem arbeitsmarktpolitischen Zweck der Anzeigepflicht von Entlassungen ergebe. 16

B. Die zulässige, gegen die Kündigung des Beklagten vom 25. September 2009 gerichtete Kündigungsschutzklage ist unbegründet. Die Kündigung ist durch dringende betriebliche Erfordernisse iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG bedingt. Sie scheitert weder an § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB noch an § 102 Abs. 1 BetrVG oder an § 17 Abs. 1 KSchG in Verb. mit § 134 BGB. Nach § 113 Satz 2 InsO hat das Arbeitsverhältnis sein Ende zum 31. Dezember 2009 gefunden. 17

I. Aus dem Vorbringen der Klägerin ergibt sich nicht, dass sie schon vor Ausspruch der Kündigung oder vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Q GmbH in einem Arbeitsverhältnis mit einem anderen Arbeitgeber als der Q GmbH gestanden hat. 18

1. Das mit der Q AG begründete Arbeitsverhältnis ist nicht zum 1. Januar 2005 infolge eines Betriebsübergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die NUW übergegangen. 19

- a) Nach der punktuellen Streitgegenstandstheorie setzt ein Erfolg im Kündigungsschutzprozess voraus, dass zum Zeitpunkt der Kündigung noch ein Arbeitsverhältnis bestand. Dies gilt auch im Fall eines Betriebsübergangs. Daher ist eine Kündigungsschutzklage unschlüssig, wenn der gekündigte Arbeitnehmer sie allein auf die Behauptung stützt, der Betrieb sei vom Kündigenden bereits vor Ausspruch der Kündigung veräußert worden (*vgl. BAG 26. Juli 2007 - 8 AZR 769/06 - Rn. 21, AP BGB § 613a Nr. 324; 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - Rn. 37 mwN, AP BGB § 613a Nr. 294 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 45*). Jedoch kann der klagende Arbeitnehmer sich das Verteidigungsvorbringen des Kündigenden, ein Betriebsübergang habe nicht stattgefunden, wenigstens hilfsweise zu Eigen machen und seine Klage auch hierauf stützen. Dann ist die Klage zwar nach dem Hauptvorbringen unschlüssig, nach dem Hilfsvorbringen jedoch schlüssig. Da vorliegend die Klägerin ihre Kündigungsschutzklage nicht nur auf die Behauptung eines Betriebsübergangs vor Kündigungsausspruch gestützt, sondern weitere Unwirksamkeitsgründe geltend gemacht hat, hat sie sich den Vortrag des Beklagten wenigstens hilfsweise zu Eigen gemacht, ihr Arbeitsverhältnis sei zu keinem Zeitpunkt infolge eines Betriebsübergangs übergegangen. 20
- b) Jedoch hat die Klägerin einen Betriebs- oder Betriebsteilübergang vor Zugang der streitgegenständlichen Kündigungen nicht schlüssig vorgetragen. 21
- aa) Ein Betriebsübergang iSv. § 613a BGB liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger die wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fortführt. Der Begriff wirtschaftliche Einheit bezieht sich auf eine organisatorische Gesamtheit von Personen und/oder Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Ob ein im Wesentlichen unveränderter Fortbestand der organisierten Gesamtheit „Betrieb“ bei einem neuen Inhaber anzunehmen ist, richtet sich nach den Umständen des konkreten Falls. Als Teilaspekte der Gesamtwürdigung zählen insbesondere die Art des betreffenden Betriebs, der Übergang materieller Betriebsmittel wie bewegliche Güter und Gebäude, der Wert immaterieller Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der 22

Übergang von Kundschaft und Lieferantenbeziehungen, der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer Unterbrechung dieser Tätigkeit. Die Identität der Einheit kann sich auch aus anderen Merkmalen ergeben, wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und ggf. den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln. Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- oder Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu (vgl. *EuGH 11. März 1997 - C-13/95 - [Ayse Süzen] Rn. 13 - 18, Slg. 1997, I-1259 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 14 = EzA BGB § 613a Nr. 145 und 15. Dezember 2005 - C-232/04 und C-233/04 - [Güney-Görres] Rn. 32 - 35, Slg. 2005, I-11237 = AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 41; st. Rspr., BAG 7. April 2011 - 8 AZR 730/09 - Rn. 14, AP BGB § 613a Nr. 406 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 124; 13. Dezember 2007 - 8 AZR 937/06 - AP BGB § 613a Nr. 341 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 88; 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - BAGE 121, 289 = AP BGB § 613a Nr. 320 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 64; 13. Juni 2006 - 8 AZR 271/05 - mwN, AP BGB § 613a Nr. 305 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 53).*

bb) Konkrete Tatsachen, die geeignet wären, einen Betriebsteilübergang anzunehmen, etwa der Übergang materieller Betriebsmittel, die Übernahme von Teilen der Belegschaft oder sonstige Umstände hat die Klägerin nicht vorgetragen. Im Wesentlichen stützt sie sich auf den Inhalt des Bescheides der Struktur- und Genehmigungsdirektion Nord vom 19. Juli 2010, mit dem eine weitere Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 3 MuSchG für zulässig erklärt wurde. In diesem Verfahren hatte der Beklagte vortragen lassen, dass zwar eigenständige Reisebüroeinheiten des Teilbereichs Reise-Q mit Wirkung zum 1. Januar 2005 an die NUW veräußert worden seien. Schon damals hat er aber darauf hinweisen lassen, dass die Klägerin in keinem der veräußerten Reisebüros, sondern im QTC BK beschäftigt wurde. Im Vortrag der Klägerin gibt es keine Anhaltspunkte für den Übergang eines Betriebsteils, dem sie zuzuordnen gewesen wäre. Die Klägerin räumt selbst ein, zu dem von ihr behaupteten Kauf keine weiteren Informationen zu haben.

23

2. Die Arbeitgeberstellung der Q GmbH und infolge der Insolvenz des Beklagten (§ 108 Abs. 1, § 80 Abs. 1 InsO) steht auch nicht dadurch infrage, dass der Reisebereich des QTC BK einen gemeinsamen Betrieb der Q GmbH und der NUW dargestellt hätte. 24
- a) Auch dann, wenn zwei Unternehmen sich zur gemeinsamen Führung eines Betriebs rechtlich verbunden und zur einheitlichen Leitung eine BGB-Gesellschaft gebildet haben (*sog. Gemeinsamer Betrieb*), führt dies nicht ohne Weiteres dazu, dass ein Arbeitgeberwechsel im Verhältnis zu den Arbeitnehmern eintritt. Hierzu bedarf es vielmehr einer Änderung der Arbeitsverträge und damit einer Vereinbarung mit den Arbeitnehmern (*vgl. BAG 16. Februar 2006 - 8 AZR 211/05 - Rn. 18, AP BGB § 613a Nr. 301 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 47; 5. März 1987 - 2 AZR 623/85 - zu B III 3 der Gründe, BAGE 55, 117 = AP KSchG 1969 § 15 Nr. 30 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 38*). Eine solche Änderung des Arbeitsvertrags liegt nicht vor und wird auch von der Klägerin nicht behauptet. Aus dem von der Klägerin vorgelegten Geschäftsbesorgungsvertrag vom 20. Juni 2008 ergibt sich nur, dass die Rechtsvorgängerin der Insolvenzschuldnerin und die Rechtsvorgängerin der NUW am 15. Januar 2005 einen Vertrag über die Zusammenarbeit bei der Vermittlung von Reiseleistungen geschlossen haben. 25
- b) Unabhängig davon stellte der Reisebereich des QTC BK keinen gemeinsamen Betrieb der Q GmbH und der NUW dar. 26
- aa) Ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen liegt vor, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel mehrerer Unternehmen für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat betriebsbezogen gesteuert wird. Die beteiligten Unternehmen müssen sich zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben, sodass der Kern der Arbeitgeberfunktion im sozialen und personellen Bereich von derselben institutionellen Leitung ausgeübt wird (*vgl. BAG 28. April 2011 - 8 AZR 709/09 - Rn. 52; 23. September 2010 - 8 AZR 567/09 - Rn. 39, AP BGB*). 27

§ 613a Nr. 389 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 120; 16. Februar 2006 - 8 AZR 211/05 - Rn. 18 mwN, AP BGB § 613a Nr. 301 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 47).

bb) Das Vorbringen der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Klägerin ist nicht schlüssig. Ihm kann nicht entnommen werden, dass die nachmalige Insolvenzschuldnerin und die NUW dieselbe Betriebsstätte und die dort vorhandenen Betriebsmittel genutzt haben. Vielmehr setzte die Q GmbH die Betriebsmittel und das Personal des Reisebereichs im QTC BK ein, um den mit der NUW geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag zu erfüllen. Dafür stellte die NUW vertragsgemäß die Buchungsterminals zur eigenen Nutzung durch die Q GmbH zur Verfügung und gewährte Zugriff auf Daten. Dies stellt nicht die gemeinsame Nutzung der in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel dar. Zudem hatten sowohl die Q GmbH als auch die NUW jeweils eigene Geschäftsführer. Aus der Vereinbarung im Geschäftsbesorgungsvertrag vom 20. Juni 2008, die NUW-Distriktleiter seien die fachlichen Vorgesetzten der in den Reisebüros der Q tätigen Mitarbeiter, lässt sich nicht die Annahme einer einheitlichen Leitung ableiten. Zum einen sollten die NUW-Distriktleiter nur die „fachlichen“ Vorgesetzten sein, also die Arbeitgeberfunktion im sozialen und personellen Bereich gerade nicht ausüben. Zum anderen ergibt sich aus dem Vertragswerk, dass die Personal- und Urlaubsplanung für die Reiseverkäufer auch in den QTC mit deren verantwortlichen Geschäftsleitern abgestimmt werden sollte und dabei die Distriktleiter der NUW in Entscheidungen mit Auswirkungen auf das Reisegeschäft einbezogen werden sollten. Die Voraussetzungen eines gemeinsamen Betriebs sind aber nicht bereits dann erfüllt, wenn eine enge unternehmerische Zusammenarbeit zwischen Arbeitgebern aufgrund wechselseitiger Verpflichtungen zu einer Minderung von mitbestimmungsrechtlich relevanten Gestaltungs- und Entscheidungsspielräumen der Arbeitgeber führt (BAG 23. September 2010 - 8 AZR 567/09 - Rn. 43, AP BGB § 613a Nr. 389 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 120; 13. August 2008 - 7 ABR 21/07 - Rn. 21, NZA-RR 2009, 255). Gegenüber der Klägerin übte allein die Q GmbH die Arbeitgeberfunktion aus, auch wenn sie den Personaleinsatz zuvor mit der NUW oder deren Distriktleitern abstimmte. Dem Geschäftsbesorgungsvertrag ist nicht zu entnehmen, dass die Q GmbH oder die

28

NUW ihre Entscheidungsbefugnisse als Arbeitgeber auf einen einheitlichen Leitungsapparat übertragen hätten. Vereinbart wurde eine unternehmerische Zusammenarbeit beim Vertrieb von Reiseleistungen, welche die Q GmbH im Auftrag von NUW an Endkunden verkaufen sollte. Das entspricht dem Wesen eines Geschäftsbesorgungsvertrags (§ 675 Abs. 1 BGB), mit dem die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen durch eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art vereinbart wird (BGH 29. April 2004 - III ZR 279/03 - NJW-RR 2004, 989).

3. Es hat auch kein einheitliches Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der Q GmbH und der NUW als Arbeitgebergruppe bestanden. 29

a) Auf Arbeitgeberseite können mehrere natürliche oder juristische Personen oder mehrere rechtlich selbständige Gesellschaften an einem Arbeitsverhältnis beteiligt sein. Ausreichend, aber auch erforderlich ist ein rechtlicher Zusammenhang zwischen den arbeitsvertraglichen Beziehungen des Arbeitnehmers zu den einzelnen Arbeitgebern, der es verbietet, diese Beziehungen rechtlich getrennt zu behandeln. Ein solcher Zusammenhang kann sich aus der Auslegung der zwischen den Parteien geschlossenen Verträge, aber auch aus zwingenden rechtlichen Wertungen ergeben (BAG 26. Juli 2007 - 8 AZR 769/06 - Rn. 36, AP BGB § 613a Nr. 324; 16. Februar 2006 - 8 AZR 211/05 - Rn. 21 mwN, AP BGB § 613a Nr. 301 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 47). 30

b) Ein solcher rechtlicher Zusammenhang folgt weder aus den vertraglichen Beziehungen der Klägerin zur Q GmbH, noch aus dem zwischen der Q AG und der NUW geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag. Dieser sieht keine Veränderung in der Zuordnung der Arbeitnehmer zu ihren jeweiligen Vertragsarbeitgebern vor. Abweichendes hat auch die Klägerin nicht behauptet. 31

II. Die Kündigung vom 25. September 2009 ist sozial gerechtfertigt (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG). Sie ist durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt, welche der Weiterbeschäftigung der Klägerin über den 31. Dezember 2009 hinaus entgegenstehen. Das Kündigungsschutzgesetz ist auch bei einer Kündigung des Insolvenzverwalters zu beachten, wenn es - wie vorliegend - 32

nach dem persönlichen und betrieblichen Geltungsbereich Anwendung findet. § 113 InsO stellt keinen selbständigen Kündigungsgrund bei Insolvenz oder Sanierung dar (vgl. BAG 26. Juli 2007 - 8 AZR 769/06 - Rn. 52, AP BGB § 613a Nr. 324; 20. September 2006 - 6 AZR 249/05 - Rn. 39, AP BGB § 613a Nr. 316 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 62).

Nach § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO wird vermutet, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung im QTC BK entgegenstanden, bedingt war, da die Klägerin namentlich in der Namensliste des Interessenausgleichs vom 22. September 2009 genannt war. Als speziellere Norm geht § 125 InsO dem allgemeinen Kündigungsschutzrecht, § 1 Abs. 5 KSchG, vor (vgl. ErfK/Gallner 11. Aufl. § 125 InsO Rn. 1). Die Voraussetzungen des § 125 InsO liegen vor. 33

1. Die Betriebsänderung wurde in Form der Stilllegung des Betriebs QTC BK durchgeführt, § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG. 34

a) Im Verhältnis zum ca. 300 km entfernten Hauptbetrieb in N/F war das QTC BK mit seinen zwölf Arbeitnehmern (§ 1 Abs. 1 BetrVG) ein selbständiger Betrieb, § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG. 35

aa) Der Betrieb ist die organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe von technischen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt (st. Rspr., vgl. BAG 9. Dezember 2009 - 7 ABR 38/08 - Rn. 22, AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 19 = EzA BetrVG 2001 § 1 Nr. 8; 9. Februar 2000 - 7 ABR 21/98 -). Ein Betriebsteil ist zwar auf den Zweck des Hauptbetriebs ausgerichtet und in dessen Organisation eingegliedert, ihm gegenüber aber organisatorisch abgrenzbar und relativ verselbständigt (vgl. BAG 19. Februar 2002 - 1 ABR 26/01 - zu B II 1 a der Gründe, AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 13 = EzA BetrVG 1972 § 4 Nr. 8). Für die Differenzierung zwischen Betrieb und Betriebsteil ist entscheidend der Grad der Verselbständigung, der im Umfang der Leitungsmacht zum Ausdruck kommt. Erstreckt sich die in der organisatorischen Einheit ausgeübte Leitungsmacht auf die wesentlichen Funktionen des Arbeitgebers in den sozialen und personellen Angelegenheiten, handelt es sich um einen Betrieb im 36

Sinne des § 1 BetrVG. Demgegenüber genügt für das Vorliegen eines Betriebs- teils im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ein Mindestmaß an organisatori- scher Selbständigkeit gegenüber dem Hauptbetrieb. Diese liegt vor, wenn in der Einheit wenigstens eine Person mit Leitungsmacht vorhanden ist, die überhaupt Weisungsrechte des Arbeitgebers ausübt (vgl. BAG 7. Mai 2008 - 7 ABR 15/07 - Rn. 19, NZA 2009, 328; 19. Februar 2002 - 1 ABR 26/01 - aaO; 28. Juni 1995 - 7 ABR 59/94 - AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 8 = EzA BetrVG 1972 § 4 Nr. 7). Tritt dann die weitere Voraussetzung einer räumlich weiten Entfernung vom Hauptbetrieb oder bei räumlicher Nähe eine durch Aufgabenbereich und Orga- nisation weitgehende Eigenständigkeit hinzu, liegt eine eigene betriebsverfas- sungsrechtliche Einheit vor (vgl. BAG 19. Februar 2002 - 1 ABR 26/01 - aaO).

Betriebsteile sind nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG vom „Hauptbe- trieb“ räumlich weit entfernt, wenn wegen dieser Entfernung eine sachgerechte Vertretung der Arbeitnehmer des Betriebsteils durch den Betriebsrat des Be- triebsteils nicht erwartet werden kann (vgl. BAG 19. Februar 2002 - 1 ABR 26/01 - AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 13 = EzA BetrVG 1972 § 4 Nr. 8). Bei dem Merkmal der räumlich weiten Entfernung handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Dessen Anwendung durch die Tatsachengerichte ist im Revi- sionsverfahren nur dahin gehend zu überprüfen, ob der zutreffende Bewer- tungsmaßstab angewandt wurde, die Gesamtwürdigung der maßgeblichen Umstände vertretbar erscheint und keine Verstöße gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze vorliegen (vgl. BAG 9. Dezember 2009 - 7 ABR 38/08 - Rn. 25, AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 19 = EzA BetrVG 2001 § 1 Nr. 8; 7. Mai 2008 - 7 ABR 15/07 - Rn. 27, NZA 2009, 328; 19. Februar 2002 - 1 ABR 26/01 - aaO).

37

bb) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, die die Klägerin im Einzelnen nicht angegriffen hat, war das QTC BK in die Gesamtorganisation der QTC der Q GmbH eingegliedert und relativ verselbständigt. Es verfügte über einen Leiter, der ausreichend Weisungsrechte ausübte. Dem Vortrag des Beklagten, der Filialleiter habe selbständig Vorstellungsgespräche geführt, über Abmahnungen und Kündigungen entschieden sowie Urlaubsanträge entgegen- genommen, ist die Klägerin nicht entgegengetreten. Mit der Revisionsbegrün-

38

dung hat sie vielmehr bestätigt, der Filialleiter Herr K habe den Mitarbeitern des QTC BK auch fachliche Weisungen erteilt. Schließlich hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, dass der Filialleiter die Urlaubsplanung der Reisemitarbeiter durchführte, wobei er sich mit dem NUW-Distriktleiter abzustimmen und auf die Hauptbuchungsmonate Rücksicht zu nehmen hatte. Die dadurch zum Ausdruck kommende Leitungsmacht des Filialleiters genügt für die Annahme eines Mindestmaßes an organisatorischer Selbständigkeit.

Rechtsfehlerfrei ist auch die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, das QTC BK habe sich räumlich weit entfernt vom Hauptbetrieb in N/F befunden. Die Entfernung betrug ca. 300 km. Eine sachgerechte Vertretung der Arbeitnehmer in B K durch den Betriebsrat in N/F konnte in einem solchen Fall nicht mehr gewährleistet werden (vgl. BAG 19. Februar 2002 - 1 ABR 26/01 - AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 13 = EzA BetrVG 1972 § 4 Nr. 8: dort 260 km).

39

b) Die Stilllegung eines Betriebs setzt den ernstlichen und endgültigen Entschluss des Unternehmers voraus, die Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufzuheben und die Verfolgung des bisherigen Betriebszwecks dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne nicht weiter zu verfolgen (vgl. BAG 26. April 2007 - 8 AZR 695/05 - Rn. 55, AP InsO § 125 Nr. 4; 29. September 2005 - 8 AZR 647/04 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 139 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 140; 21. Juni 2001 - 2 AZR 137/00 - AP KSchG 1969 § 15 Nr. 50 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 53). Bei der Auflösung der Betriebsorganisation im Falle einer Betriebsstilllegung ist der Arbeitgeber nicht gehalten, eine Kündigung erst nach deren Durchführung auszusprechen. Vielmehr kann er die Kündigung wegen beabsichtigter Stilllegung bereits dann erklären, wenn die betrieblichen Umstände einer Betriebsstilllegung schon „greifbare Formen“ angenommen haben und eine vernünftige, betriebswirtschaftliche Betrachtung die Prognose rechtfertigt, dass bis zum Ablauf der einzuhaltenden Kündigungsfrist die Stilllegung durchgeführt sein wird (vgl. BAG 29. September 2005 - 8 AZR 647/04 - aaO).

40

Der Interessenausgleich vom 22. September 2009 sah die Stilllegung von 107 der insgesamt damals bestehenden 109 QTC spätestens zum 31. Dezember 2009 vor, ohne dass sich eine Einschränkung für QTC mit Reiseschaltern ergab. Zu den 107 zum 31. Dezember 2009 stillzulegenden QTC gehörte auch der Beschäftigungsbetrieb der Klägerin in B K, wie sich der Anlage 1 des Interessenausgleichs entnehmen lässt. Im Zeitpunkt der Kündigung hatte die Stilllegung auch schon greifbare Formen angenommen. Nach den Regelungen des Interessenausgleichs waren die Mietverträge über die Räumlichkeiten der stillzulegenden QTC bis spätestens 31. Dezember 2009 zu kündigen. Vor Kündigungsausspruch hatte der Beklagte am 24. September 2009 nach § 103 InsO erklärt, in den Geschäftsbesorgungsvertrag vom 20. Juni 2008 nicht einzutreten und dessen weitere Erfüllung abzulehnen. Damit waren Ansprüche der NUW aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag vom 20. Juni 2008 nicht mehr durchsetzbar (*vgl. Uhlenbruck/Wegener 13. Aufl. § 103 InsO Rn. 157; Andres/Leithaus InsO 2. Aufl. § 103 Rn. 2*). Das Landesarbeitsgericht hat auch festgestellt, dass der Stilllegungsbeschluss umgesetzt wurde. Mit dem Schreiben vom 15. Oktober 2009 hat sich Reise Q aus B K bei den Kunden verabschiedet und zum 31. Dezember 2009 wurde das QTC BK tatsächlich geschlossen. Dies ergibt sich auch aus dem eigenen Sachvortrag der Klägerin, wonach „mit der Schließung des QTC B K im Dezember 2009 ... alle Unterlagen vernichtet und entsorgt“ wurden, soweit diese nicht an die NUW gingen.

41

2. Entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung ist in der Erklärung des Beklagten vom 24. September 2009, in den Geschäftsbesorgungsvertrag nicht einzutreten, in der Rückgabe des von NUW zur Verfügung gestellten Buchungsterminals und in der Übergabe der Kundenkartei und von Vertragsunterlagen kein Betriebsteilübergang zu sehen.

42

a) Ein Betriebsübergang iSd. § 613a BGB stellt keine Betriebsänderung nach § 111 BetrVG dar (*BAG 26. April 2007 - 8 AZR 695/05 - Rn. 38 mwN, AP InsO § 125 Nr. 4*). § 125 InsO gilt nicht für Fälle, in denen keine Betriebsänderung, sondern in Wahrheit ein Betriebs(teil-)übergang stattfindet (*BAG 20. September 2006 - 6 AZR 249/05 - Rn. 25, AP BGB § 613a Nr. 316 = EzA*

43

BGB 2002 § 613a Nr. 62). Betriebsveräußerung und Betriebsstilllegung schließen sich systematisch aus. Bei einer beabsichtigten Betriebsveräußerung liegt kein Stilllegungsentschluss vor, weil die Identität des Betriebs gewahrt bleibt und lediglich ein Betriebsinhaberwechsel stattfinden soll (*BAG 16. Mai 2002 - 8 AZR 319/01 - AP BGB § 613a Nr. 237 = EzA BGB § 613a Nr. 210*). Für die soziale Rechtfertigung einer Kündigung fehlt es am endgültigen Entschluss zur Betriebsstilllegung, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung noch in Verhandlungen über eine Betriebsveräußerung steht. Ist bei Zugang der Kündigung die Betriebsstilllegung endgültig geplant und bereits eingeleitet, hat sich jedoch der Arbeitgeber eine Betriebsveräußerung vorbehalten, die dann später doch noch gelingt, bleibt es bei der sozialen Rechtfertigung der Kündigung (*vgl. BAG 29. September 2005 - 8 AZR 647/04 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 139 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 140; 10. Oktober 1996 - 2 AZR 477/95 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 81 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 87; 19. Juni 1991 - 2 AZR 127/91 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 53 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 70*).

b) Dem Übergang eines gesamten Betriebs steht der Übergang eines Betriebsteils gleich. Auch beim Erwerb eines Betriebsteils ist es erforderlich, dass die wirtschaftliche Einheit ihre Identität wahrt. Daher muss eine Teileinheit des Betriebs bereits beim früheren Betriebsinhaber die Qualität eines Betriebsteils gehabt haben (*vgl. BAG 27. Januar 2011 - 8 AZR 326/09 - Rn. 23 mwN, AP BGB § 613a Nr. 402 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 123*). Beim bisherigen Betriebsinhaber musste also - in Anlehnung an § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BetrVG - eine selbständig abtrennbare organisatorische Einheit gegeben sein, mit der innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wurde (*vgl. BAG 27. Januar 2011 - 8 AZR 326/09 - aaO; 16. Februar 2006 - 8 AZR 204/05 - AP BGB § 613a Nr. 300 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 46; 26. August 1999 - 8 AZR 718/98 - AP BGB § 613a Nr. 196 = EzA BGB § 613a Nr. 185*). Das Merkmal des Teilzwecks dient zur Abgrenzung der organisatorischen Einheit; im Teilbetrieb müssen aber nicht andersartige Zwecke als im übrigen Betrieb verfolgt werden. Ergibt die Gesamtbetrachtung eine identifizierbare wirtschaftli-

44

che und organisatorische Teileinheit, so muss diese beim Erwerber im Wesentlichen unverändert fortbestehen (vgl. BAG 24. August 2006 - 8 AZR 556/05 - AP BGB § 613a Nr. 315 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 59), wobei der übertragene Betriebsteil seine organisatorische Selbständigkeit beim Betriebserwerber nicht vollständig bewahren muss. Vielmehr genügt es, dass der Betriebs(teil)erwerber die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehält und es ihm derart ermöglicht wird, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen (vgl. EuGH 12. Februar 2009 - C-466/07 - [Klarenberg] Slg. 2009, I-803 = AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 4 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2001/23 Nr. 2).

c) Im Rahmen der danach notwendigen Gesamtbetrachtung ist die Feststellung des Landesarbeitsgerichts revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, ein Betriebsteilübergang habe nicht stattgefunden. Dabei kann zugunsten der Klägerin unterstellt werden, im QTC BK habe die Q GmbH mit der „Reise-Abteilung“ und den dort arbeitenden Beschäftigten einen „Betriebsteil“ unterhalten, also unter Nutzung des von der NUW zur Verfügung gestellten Buchungsterminals eine organisierte Gesamtheit von Personen und/oder Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung betrieben (vgl. BAG 21. Februar 2008 - 8 AZR 77/07 - AP BGB § 613a Nr. 343). Soweit später Kunden dieses „Betriebsteils“ von der NUW in M betreut worden sein sollten, läge eine bloße Funktionsnachfolge vor. 45

aa) Die aus dem QTC BK an die NUW zurückgegebenen Buchungsterminals waren nicht identitätsprägend. Das Vorbringen der Klägerin lässt nicht den Schluss zu, dass das/die an die NUW zurückgegebene(n) Buchungsterminal(s) identitätsprägend sind. Sächliche Betriebsmittel sind dann wesentlich, wenn ihr Einsatz bei wertender Betrachtung den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs ausmacht und sie somit unverzichtbar zur auftragsgemäßen Verrichtung der Tätigkeit sind (vgl. BAG 14. August 2007 - 8 AZR 1043/06 - Rn. 18, AP BGB § 613a Nr. 325 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 74; 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - Rn. 21, BAGE 121, 289 46

= AP BGB § 613a Nr. 320 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 64, jeweils mwN). Den Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs bilden sächliche Betriebsmittel aber nicht schon dann, wenn sie zur Erbringung der Dienstleistung erforderlich sind (vgl. BAG 25. September 2008 - 8 AZR 607/07 - Rn. 49, AP BGB § 613a Nr. 355 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 98; 26. Juli 2007 - 8 AZR 769/06 - Rn. 40, AP BGB § 613a Nr. 324). Die Nutzung des Buchungsterminals mag im Hinblick auf die Vermittlung von Reiseleistungen als Unteragentur von NUW im Hinblick auf die Einbindung in die Vertriebsstrukturen von NUW notwendig sein, jedoch kann allein mit der Nutzung des Terminals die Vermittlung von Reiseleistungen an Endkunden im Auftrag der NUW nicht bewerkstelligt werden. Die Terminals haben nur Hilfsfunktion. Für die erfolgreiche Vermittlung von Reiseleistungen und eine erfolgreiche Marktpositionierung sind vielmehr der Name am Markt („Reise Q“), die räumliche Lage des Reisebüros, die Fachkompetenz der mit der Vertriebstätigkeit betrauten Mitarbeiter, deren versierter Umgang mit Kunden, der Zugriff auf attraktive Angebote der Reiseveranstalter und Leistungsträger entscheidende Faktoren. Unabhängig davon hat die Klägerin nicht behauptet, dass NUW die zurückgegebenen Buchungsterminals tatsächlich weaternutzt. Maßgebliches Kriterium für den Übergang ist aber die tatsächliche Weiterführung oder Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit durch den neuen Inhaber; die bloße Fortführungsmöglichkeit genügt nicht (vgl. BAG 21. Februar 2008 - 8 AZR 77/07 - AP BGB § 613a Nr. 343; 18. März 1999 - 8 AZR 159/98 - BAGE 91, 121 = AP BGB § 613a Nr. 189 = EzA BGB § 613a Nr. 177).

bb) Die NUW hat weder die Räumlichkeiten des QTC BK noch die Marke „Reise Q“ genutzt, um Reiseleistungen zu vertreiben. Auch nach Darstellung der Klägerin wurden die Buchungsterminals und Unterlagen in das etwa 45 km entfernte M gebracht. Eine etwa durch die Lage des Ladenlokals entstandene Position im regionalen Markt nutzte NUW damit nicht. Sofern Kunden beim Erwerb von Reiseleistungen nicht das Internet nutzen, sondern auf persönliche Beratung und Betreuung Wert legen, ist die räumliche Lage des Reisebüros ein wichtiger identitätsprägender Faktor, da insoweit die räumliche Lage für den Markterfolg entscheidend ist. Mit dem Geschäftsmodell der Q GmbH wurde

47

gerade versucht, die Verbreitung der QTC in der Fläche für den Vertrieb von Reiseleistungen zu nutzen. Die Präsenz der QTC vor Ort stellte den wirtschaftlichen Hintergrund für den Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen der Q GmbH und der NUW dar. Gleichzeitig erweiterten die Reiseschalter das Technikangebot der Q GmbH, was ein wechselseitiges Ansprechen der jeweiligen Kunden ermöglichte. Ausdrücklich war im Geschäftsbesorgungsvertrag vorgesehen, dass die Q GmbH für die Kundenberatung geeignete und geschulte Mitarbeiter einzusetzen und die NUW die Kosten für die dafür nötige Fortbildung zu tragen hatte. Service und Beratung der Kunden vor Ort kam somit bei der Geschäftsbesorgung entscheidende, identitätsprägende Bedeutung zu. Die NUW hat solche Standortvorteile nicht mehr genutzt.

cc) Die Q GmbH wurde als Unteragentur von der NUW tätig und erhielt zu diesem Zweck Prospekt- und Werbematerial sowie Kataloge von der NUW (*Ziff. 4 Abs. 5 Geschäftsbesorgungsvertrag*). Soweit vom Beklagten solche Materialien an die NUW zurückgegeben wurden, nutzte diese eigene Betriebsmittel und eigenes Material weiter, dagegen nicht Betriebsmittel und Know-how der Insolvenzschuldnerin. Entsprechendes gilt für die Vertragsbeziehungen zu den jeweiligen Reiseveranstaltern und Leistungsträgern. Zwar kann die Übernahme von Lieferantenbeziehungen ein Element eines Betriebsteilübergangs darstellen (*vgl. BAG 24. August 2006 - 8 AZR 556/05 - AP BGB § 613a Nr. 315 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 59*). Als Unteragentur für die NUW baute die Q GmbH jedoch keine eigenen Vertragsbeziehungen zu Reiseveranstaltern auf, sondern nutzte die bestehende Marktstellung von NUW. Reiseagenturverträge kamen allein zwischen der NUW und den Reiseveranstaltern zustande, zwischen der Q GmbH und den Endkunden kam es nur zum Abschluss von Vermittlungsverträgen.

48

dd) Zugunsten der Klägerin kann als zutreffend unterstellt werden, die NUW habe die gesamte Kundenkartei des QTC BK bekommen. Der Eintritt in Kundenbeziehungen ist für die Annahme eines Betriebs- oder Betriebsteilübergangs dann von Bedeutung, wenn diese Beziehungen von gewisser Dauer sind. Nur kurzfristige Kundenkontakte oder in der Regel einmalige Vorgänge

49

sprechen nicht für einen Betriebsübergang (vgl. BAG 22. Januar 1998 - 8 AZR 243/95 - AP BGB § 613a Nr. 173 = EzA BGB § 613a Nr. 161). Dauerhafte Vertragsbeziehungen von Reisebüros setzen voraus, dass es die Lage des Geschäftslokals ermöglicht, die Kundschaft erneut zu gewinnen und sie zu halten (ErfK/Preis 11. Aufl. § 613a BGB Rn. 31). Wie bei Einzelhandelsgeschäften kommt es darauf an, ob am gleichen Ort oder zumindest in der Nähe die Tätigkeit fortgesetzt wird (vgl. BAG 2. Dezember 1999 - 8 AZR 796/98 - AP BGB § 613a Nr. 188 = EzA BGB § 613a Nr. 188). Bei einem allgemeinen Reisebüro ohne spezialisierte Marktausrichtung kann nicht davon ausgegangen werden, dass Kunden regelmäßig bereit sind, auch längere Anfahrtswege in Kauf zu nehmen. Bei solchen Geschäftsformen stammt der Kundenkreis üblicherweise aus dem näheren räumlichen Umfeld. Das die NUW M in Form der Kundenkartei Informationen über einen Kundenkreis im 45 km entfernten B K erhalten hat, ist für die Annahme eines Betriebsteilübergangs nicht von entscheidender Bedeutung, da vom dauerhaften Erhalt dieser Kundschaft nicht ausgegangen werden kann. Eine besondere Qualität der Kundenkartei, etwa langjährige Stammkunden oä. oder der Vertrieb spezieller Reiseleistungen durch die Q GmbH, die ein seltenes Marktsegment bedienen und längere Anfahrtswege der Kunden auslösen könnten, hat die Klägerin nicht behauptet. Im Übrigen gilt auch insoweit, dass die NUW eine „Kundschaft der Q GmbH“ schon deshalb nicht übernommen haben kann, weil die Q GmbH als Untergesellschaft der NUW aufgetreten ist und die Kunden schon früher Vertragspartner der NUW geworden waren. Die Q GmbH hatte erhaltene Zahlungen an die NUW weiterzuleiten, für die von ihr vermittelten Reiseleistungen erhielt sie von der NUW Provisionen. Die Klägerin hat nicht dargelegt, dass die Kundenkartei Informationen und damit Vermarktungsmöglichkeiten enthielt, die der NUW nicht schon aus dem Geschäftsbesorgungsverhältnis bekannt gewesen wären.

ee) Auch den Vertragsunterlagen der noch abzuwickelnden Verträge kommt vorliegend keine entscheidende Bedeutung zu. Bei den Vertragsunterlagen handelt es sich nur um Materialien, die als Informationsgrundlage der weiteren Vertragsdurchführung dienen. Deren Weitergabe erlaubt nicht, von der Übertragung einer funktionierenden „Reiseagentureinheit“ als Organisa-

50

tionseinheit ausgehen zu können (vgl. BAG 16. Mai 2007 - 8 AZR 693/06 - Rn. 20, AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 64 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 70 zur Überspielung von Dateien zur Auftragsbearbeitung; 11. Dezember 1997 - 8 AZR 699/96 - zu B IV 2 b der Gründe, zur Weitergabe von Akten, Unterlagen und Rechnungswerk an einen Steuerberater).

ff) Die NUW hat keine im Reisebereich des QTC BK beschäftigten Arbeitnehmer übernommen oder beschäftigt solche weiter. 51

Besonders in Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann zwar auch eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ist in diesem Fall anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hatte. 52

Da kein Belegschaftsmitglied des Reisebereichs des QTC BK bei der NUW weitergearbeitet hat, kann sich auch dadurch keine Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ergeben. Es liegt allenfalls in M die bloße Fortführung der Tätigkeit durch einen anderen Unternehmer vor, also eine Funktionsnachfolge. Diese stellt ebenso wenig einen Betriebsübergang dar wie die reine Auftragsnachfolge (vgl. EuGH 20. Januar 2011 - C-463/09 - [CLECE], EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2001/23 Nr. 6; BAG 23. September 2010 - 8 AZR 567/09 - Rn. 30, AP BGB § 613a Nr. 389 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 120; 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - BAGE 121, 289 = AP BGB § 613a Nr. 320 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 64; 13. Juni 2006 - 8 AZR 271/05 - AP BGB § 613a Nr. 305 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 53; 6. April 2006 - 8 AZR 222/04 - BAGE 117, 349 = AP BGB § 613a Nr. 299 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 49). Eine Einheit darf nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden (EuGH 20. Januar 2011 - C-463/09 - [CLECE] Rn. 41, aaO; 11. März 1997 - C-13/95 - [Ayse Sützen] Rn. 15, Slg. 1997, I-1259 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 14 = EzA BGB § 613a Nr. 145). 53

3. Soweit mit der Revision geltend gemacht wird, das Landesarbeitsgericht habe insoweit den Sachverhalt nicht hinreichend aufgeklärt, liegt keine zulässige Aufklärungsrüge vor. 54
- a) Wird eine Verletzung der dem Landesarbeitsgericht obliegenden Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) gerügt, reicht es nicht aus, pauschal auf die Verletzung der Aufklärungspflicht hinzuweisen. Es muss vielmehr im Einzelnen vorgetragen werden, welchen konkreten Hinweis das Landesarbeitsgericht dem Revisionskläger aufgrund welcher Tatsachen hätte erteilen müssen, und welche weiteren erheblichen Tatsachen der Revisionskläger dann in der Berufungsinstanz vorgebracht hätte. Nur so kann das Revisionsgericht feststellen, ob die gerügte Verletzung möglicherweise für das Urteil kausal war (*vgl. BAG 24. April 2008 - 8 AZR 347/07 - Rn. 23, AP BGB § 611 Haftung des Arbeitgebers Nr. 42 = EzA BGB 2002 § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 8; 6. Januar 2004 - 9 AZR 680/02 - BAGE 109, 145 = AP ArbGG 1979 § 74 Nr. 11 = EzA ZPO 2002 § 551 Nr. 1*). 55
- b) Diesen Anforderungen genügt die Aufklärungsrüge der Klägerin nicht. Sie hat weder dargelegt, welchen konkreten Hinweis das Landesarbeitsgericht hätte geben müssen, noch was sie aufgrund eines solchen im Einzelnen vorgebracht hätte. 56
4. Die Voraussetzungen des § 111 BetrVG sind auch im Übrigen erfüllt. 57
- a) Die Q GmbH beschäftigte mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer, § 111 Satz 1 BetrVG. Infolge der Änderungen durch das Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes vom 23. Juli 2001, gültig ab 28. Juli 2001, ist allein die Gesamtzahl der Arbeitnehmer des Unternehmens maßgeblich, unabhängig davon, ob diese in einer oder mehreren Betriebseinheiten eingesetzt werden (*vgl. BT-Drucks. 14/5741 S. 51*). 58
- b) Der Gesamtbetriebsrat, mit dem der Beklagte den Interessenausgleich vom 22. September 2009 abgeschlossen hat, war originär zuständig. 59

aa) Bei Betriebsänderungen obliegt die Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte dem Gesamtbetriebsrat, sofern es sich um Maßnahmen handelt, die das gesamte Unternehmen oder mehrere Betriebe betreffen und notwendigerweise nur einheitlich oder jedenfalls betriebsübergreifend geregelt werden können (vgl. BAG 3. Mai 2006 - 1 ABR 15/05 - Rn. 26, BAGE 118, 131 = AP BetrVG 1972 § 50 Nr. 29 = EzA BetrVG 2001 § 112 Nr. 17; 8. Juni 1999 - 1 AZR 831/98 - BAGE 92, 11 = AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 47 = EzA BetrVG 1972 § 111 Nr. 37; Oetker GK-BetrVG 9. Aufl. § 111 Rn. 225 mwN; ErfK/Koch 11. Aufl. § 50 BetrVG Rn. 6). Das kann der Fall sein bei der Stilllegung aller oder mehrerer Betriebe oder der Zusammenlegung von Betrieben (vgl. BAG 11. Dezember 2001 - 1 AZR 193/01 - mwN, BAGE 100, 60 = AP BetrVG 1972 § 50 Nr. 22 = EzA BetrVG 1972 § 50 Nr. 18; 17. Februar 1981 - 1 AZR 290/78 - BAGE 35, 80 = AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 11 = EzA BetrVG 1972 § 112 Nr. 21). Bei einem betriebsübergreifenden Konzept der geplanten Betriebsänderungen ist der Gesamtbetriebsrat zuständig (vgl. BAG 7. Juli 2011 - 6 AZR 248/10 - Rn. 24, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 165 = EzA BetrVG 2001 § 26 Nr. 3; 11. Dezember 2001 - 1 AZR 193/01 - aaO; 20. April 1994 - 10 AZR 186/93 - BAGE 76, 255 = AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 27 = EzA BetrVG 1972 § 113 Nr. 22).

bb) Bei der im Interessenausgleich geplanten Schließung von 107 der insgesamt bestehenden 109 Technik-Center, der Verringerung der Q-Shops von ca. 1.450 auf rund 1.000 und den weiteren Maßnahmen handelt es sich um ein solch betriebsübergreifendes Konzept. In diesem Fall besteht die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nach § 50 Abs. 1 BetrVG auch für den betriebsratslosen Betrieb, § 50 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BetrVG (vgl. Kreuz GK-BetrVG 9. Aufl. § 50 Rn. 47 f.; Oetker GK-BetrVG 9. Aufl. § 111 Rn. 36, 226; Fitting 25. Aufl. § 111 Rn. 19).

5. Die gesetzliche Vermutung dafür, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt war, hat die Klägerin nicht widerlegt. Liegen die Voraussetzungen des § 125 Abs. 1 Satz 1 InsO vor, muss der Arbeitnehmer darlegen, dass die Beschäftigung für ihn nicht weggefallen ist. Das Landes-

arbeitsgericht hat festgestellt, dass mit der Schließung des QTC BK die Grundlage für eine Weiterbeschäftigung der Klägerin entfallen ist. Damit lag unabhängig von der gesetzlichen Vermutung ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung vor. Gegen diese Feststellung hat die Klägerin keine Verfahrensrüge erhoben.

III. Die Kündigung war auch nicht nach § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam. 63

1. Mit der Revisionsbegründung hat die Klägerin mitteilen lassen, dass sie es hinnehme, dass das Landesarbeitsgericht die Kündigungen nicht als unwirksam gem. § 102 BetrVG und §§ 17, 18 KSchG erachtet habe. Es kann dahinstehen, ob darin ein Verzicht auf die Rüge der unterbliebenen oder fehlerhaften Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG zu sehen ist oder ob dies nur die Erklärung ist, diese Revisionsgründe seitens der Revisionsführerin nicht geltend zu machen. Daran wäre der Senat nach § 72 Abs. 5 ArbGG in Verb. mit § 557 Abs. 3 Satz 1 ZPO nicht gebunden, da es sich um einen einheitlichen Streitgegenstand handelt (*vgl. BAG 6. Januar 2004 - 9 AZR 680/02 - BAGE 109, 145 = AP ArbGG 1979 § 74 Nr. 11 = EzA ZPO 2002 § 551 Nr. 1; GMP/Müller-Glöge 7. Aufl. § 74 Rn. 91*). Das Landesarbeitsgericht hat aber rechtsfehlerfrei die Kündigung nicht nach § 102 BetrVG scheitern lassen. 64

2. Die Verpflichtung, den Betriebsrat vor Ausspruch einer Kündigung nach § 102 Abs. 1 BetrVG anzuhören, unterliegt keinen erleichterten Anforderungen, weil vorliegend ein Interessenausgleich mit Namensliste iSd. § 125 Abs. 1 InsO vereinbart worden war (*vgl. BAG 23. Oktober 2008 - 2 AZR 163/07 - Rn. 17, AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 18 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 16; 26. Juli 2007 - 8 AZR 769/06 - Rn. 60, AP BGB § 613a Nr. 324*). 65

a) Die Anwendung des § 102 Abs. 1 BetrVG setzt das Vorhandensein eines funktionsfähigen Betriebsrats voraus. Maßgeblich ist, ob für den Betrieb oder Betriebsteil, in dem der Arbeitnehmer beschäftigt und dem er deshalb betriebsverfassungsrechtlich zuzuordnen ist, ein Betriebsrat besteht. Dies ist vom Arbeitnehmer darzulegen und ggf. zu beweisen (*vgl. BAG 23. Juni 2005 - 2 AZR 193/04 - AP ZPO § 138 Nr. 11 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 12; KR-* 66

Etzel 9. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 192; ErfK/Kania 11. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 30). Bei dem QTC BK handelte es sich um eine betriebsratsfähige Organisationseinheit iSd. § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG. In diesem Betrieb, dem die Klägerin zugeordnet war, gab es keinen Betriebsrat.

b) Der Betriebsrat des Hauptbetriebs in N/F war nicht deshalb anzuhören, weil, wie die Klägerin behauptet hat, die Arbeitnehmer des QTC BK beschlossen hatten, an der Betriebsratswahl des Hauptbetriebs teilzunehmen. 67

aa) Zwar können die Arbeitnehmer eines Betriebsteils, in dem kein eigener Betriebsrat besteht, mit Stimmenmehrheit formlos beschließen, an der Wahl des Betriebsrats im Hauptbetrieb teilzunehmen, § 4 Abs. 1 Satz 2 BetrVG. Der Beschluss ist dem Betriebsrat des Hauptbetriebs spätestens zehn Wochen vor Ablauf seiner Amtszeit mitzuteilen (§ 4 Abs. 1 Satz 4 BetrVG), ansonsten ist eine Teilnahme an der Betriebsratswahl nicht möglich (*vgl. Preis in: Wlotzke/Preis/Kreft 4. Aufl. § 4 BetrVG Rn. 16*). Der wirksame Zuordnungsbeschluss der Arbeitnehmer des selbständigen Betriebsteils entfaltet dabei Dauerwirkung, gilt also auch für die Teilnahme an späteren Betriebsratswahlen (*vgl. Fitting 25. Aufl. § 4 Rn. 35; Richardi BetrVG 12. Aufl. § 4 Rn. 40*). Daher ist nicht zwingende Voraussetzung, dass der Beschluss direkt vor der letzten Betriebsratswahl getroffen wurde. 68

bb) Die Klägerin hat schon nicht substantiiert vorgetragen, dass es überhaupt zu einem Beschluss nach § 4 Abs. 1 Satz 2 BetrVG gekommen ist, der dem Betriebsrat des Hauptbetriebs mitgeteilt worden ist. Der Beklagte hat einen solchen Beschluss bestritten. Danach wäre es Sache der Klägerin gewesen, näher auszuführen, wann ein solcher Beschluss mit Stimmenmehrheit getroffen und wie er dem Betriebsrat des Hauptbetriebs mitgeteilt worden ist. Darüber hinaus besteht eine Pflicht, den Betriebsrat eines Hauptbetriebs anzuhören nur dann, wenn sich die Arbeitnehmer auch tatsächlich an der Wahl des Betriebsrats im Hauptbetrieb beteiligt haben. Haben die Arbeitnehmer des selbständigen Betriebsteils den Betriebsrat des Hauptbetriebs nicht mitgewählt und besteht kein eigener Betriebsrat, besteht auch keine Anhörungspflicht (*Raab GK-BetrVG 9. Aufl. § 102 Rn. 4*). Jedenfalls bei einem wie hier selbständigen 69

Betriebsteil werden die Arbeitnehmer durch den Betriebsrat des Hauptbetriebs nicht repräsentiert, wenn sie nicht auch tatsächlich an der Betriebsratswahl teilgenommen haben, denn aufgrund der Betriebseigenschaft ist es jederzeit möglich, einen eigenen Betriebsrat zu wählen. Deshalb waren die Arbeitnehmer des QTC BK auch nicht schutzlos gestellt.

Ihren erstinstanzlichen Sachvortrag, die Beschäftigten des QTC BK hätten tatsächlich den Betriebsrat des Hauptbetriebs in N/F mitgewählt, hat die Klägerin auf das Bestreiten des Beklagten nicht aufrechterhalten. Sie hat nur noch die Auffassung vertreten, auf die tatsächliche Teilnahme an der Betriebsratswahl komme es nicht an, maßgeblich sei allein die Beschlussfassung zur Teilnahme. Dies ist rechtlich unzutreffend. 70

IV. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht schließlich erkannt, dass der Beklagte nicht verpflichtet war, gegenüber der Agentur für Arbeit nach § 17 Abs. 1 KSchG wegen Entlassung der im QTC BK beschäftigten Arbeitnehmer eine Massenentlassungsanzeige vorzunehmen. 71

1. Eine Kündigung ist dann rechtsunwirksam, wenn sie der Arbeitgeber vor einer nach § 17 Abs. 1 KSchG erforderlichen, den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Anzeige ausgesprochen hat (*vgl. BAG 28. Mai 2009 - 8 AZR 273/08 - Rn. 54 mwN, AP BGB § 613a Nr. 370 = EzA KSchG § 17 Nr. 20*). Dies setzt aber voraus, dass der Arbeitnehmer zunächst die tatsächlichen Voraussetzungen der Anzeigepflicht nach § 17 KSchG dargelegt und ggf. bewiesen hat (*vgl. BAG 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; 22. März 2001 - 8 AZR 565/00 - zu B II 10 a der Gründe, AP GG Art. 101 Nr. 59 = EzA GG Art. 101 Nr. 5; ErfK/Kiel 11. Aufl. § 17 KSchG Rn. 40; Lembke/Oberwinter NJW 2007, 721*). 72

a) Für die Anzeigepflicht nach § 17 Abs. 1 KSchG ist die Zahl der in einem Betrieb erfolgenden Entlassungen im Verhältnis zur Zahl der in der Regel in diesem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer ausschlaggebend. Der Begriff des Betriebs in § 17 KSchG entspricht dabei dem der §§ 1, 4 BetrVG (vgl. BAG 13. April 2000 - 2 AZR 215/99 - zu B III 1 d der Gründe, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 13 = EzA KSchG § 17 Nr. 9; 13. März 1969 - 2 AZR 157/68 - AP KSchG § 15 Nr. 10 = EzA KSchG § 15 Nr. 1; MünchKommBGB/Hergenröder 5. Aufl. § 17 KSchG Rn. 13; KR-Weigand 9. Aufl. § 17 KSchG Rn. 15; Kittner/Däubler/Zwanziger - Deinert KSchR 8. Aufl. § 17 KSchG Rn. 7; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 17 Rn. 5; HaKo-Pfeiffer 3. Aufl. § 17 KSchG Rn. 14; Löwisch/Spinner KSchG 9. Aufl. § 17 Rn. 8 ff.; Berkowsky Die betriebsbedingte Kündigung 6. Aufl. § 12 Rn. 101; aA Kühn NZA 2010, 259, 262: Bestimmung nach dem personellen Leitungsapparat), nicht aber zwingend dem des § 23 KSchG, da die räumliche Einheit kündigungsschutzrechtlich kein entscheidendes Abgrenzungsmerkmal darstellt; dort kommt es vielmehr wesentlich auf die Leitung des Betriebs an, der es obliegt, die Einzelheiten der arbeitstechnischen Zwecksetzung zu regeln (vgl. BAG 28. Oktober 2010 - 2 AZR 392/08 - Rn. 17, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 48 = EzA KSchG § 23 Nr. 37; 3. Juni 2004 - 2 AZR 577/03 - zu C I 1 der Gründe, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 141 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 55).

73

Der Betrieb ist folglich die organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe von technischen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt (st. Rspr., vgl. BAG 9. Dezember 2009 - 7 ABR 38/08 - Rn. 22, AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 19 = EzA BetrVG 2001 § 1 Nr. 8; 9. Februar 2000 - 7 ABR 21/98 - zu B I der Gründe). Gilt nach § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ein Betriebsteil als selbständig, so müssen die Schwellenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG in diesem Betriebsteil überschritten sein, um die Anzeigepflicht auszulösen (vgl. KR-Weigand 9. Aufl. § 17 KSchG Rn. 16 f.; APS/Moll 4. Aufl. § 17 KSchG Rn. 6; Münch-KommBGB/Hergenröder 5. Aufl. § 17 KSchG Rn. 16; ErfK/Kiel 11. Aufl. § 17 KSchG Rn. 8).

74

b) Rechtsfehlerfrei hat das Landesarbeitsgericht daher auf das Erreichen der Schwellenwerte im QTC BK abgestellt und dies verneint. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts waren im QTC BK elf oder zwölf Arbeitnehmer beschäftigt. 75

2. Aus dem Unionsrecht ergibt sich für den Begriff des Betriebs iSd. § 17 KSchG (vgl. *ErfK/Kiel 11. Aufl. § 17 KSchG Rn. 8; Schaub/Linck ArbR-Hdb. 14. Aufl. § 142 Rn. 5; Niklas/Koehler NZA 2010, 913, 914*) nichts anderes. 76

Die Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 (*ABl. EG L 225 vom 12. August 1998 S. 16*) enthält keine eigenständige Definition des Betriebsbegriffs. Der EuGH legt den Begriff des Betriebs im Sinne der Richtlinie weit aus. So bezeichnet der Begriff „Betrieb“ nach Maßgabe der Umstände die Einheit, der die von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Aufgaben angehören. Ein Betrieb kann schon dann vorliegen, wenn im Rahmen eines Unternehmens eine unterscheidbare Einheit von einer gewissen Dauerhaftigkeit und Stabilität besteht, die zur Erledigung einer oder mehrerer bestimmter Aufgaben bestimmt ist und über eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, technische Mittel und eine organisatorische Struktur zur Erfüllung dieser Aufgaben verfügt. Da der mit der Richtlinie 98/59/EG verfolgte Zweck insbesondere sozioökonomische Auswirkungen betrifft, die Massenentlassungen in einem bestimmten örtlichen Kontext und einer bestimmten sozialen Umgebung hervorrufen können, muss die fragliche Einheit weder notwendigerweise rechtliche noch wirtschaftliche, finanzielle, verwaltungsmäßige oder technologische Autonomie besitzen, um als „Betrieb“ qualifiziert werden zu können. Für den Begriff des „Betriebs“ ist nicht entscheidend, ob die fragliche Einheit eine Leitung hat, die selbständig Massenentlassungen vornehmen kann (vgl. *EuGH 15. Februar 2007 - C-270/05 - [Athinaïki Chartopoïía] Slg. 2007, I-1499 = AP EWG-Richtlinie Nr. 98/59 Nr. 4 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 98/59 Nr. 1; 7. Dezember 1995 - C-449/93 - [Rockfon] Slg. 1995, I-4291 = EzA KSchG § 17 Nr. 5*). Auch das Unionsrecht gebietet es daher, für die Frage des Betriebs auf das QTC in B K abzustellen. 77

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

78

Hauck

Richter am Bundes-
arbeitsgericht Böck ist
wegen Urlaubs an der
Unterschriftsleistung
verhindert
Hauck

Breinlinger

Brückmann

Hermann