

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 6 Sa 388/05
1 Ca 904/05 ArbG Lübeck
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 17.02.2006

gez.
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 17.02.2006 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und die ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 07.07.2005 – Az.: 1 Ca 904/05 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.
2. Die Revision wird nicht zugelassen.

.....

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben;
im übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Nr. 46

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers durch Kündigung der Beklagten aus betriebsbedingten Gründen rechtswirksam beendet worden ist und – in zweiter Instanz – um Weiterbeschäftigung des Klägers zu unveränderten Bedingungen.

Der am 1959 geborene, zwei Personen zum Unterhalt verpflichtete Kläger war ab März 1980 bei der J. G. H... GmbH & Co. KG (im Folgenden: H... KG) beschäftigt. Die H... KG stellte am 27.11.2000 einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Am 19.01.2001 schlossen die H... KG, der inzwischen bestellte vorläufige Insolvenzverwalter, der Betriebsrat der H... KG sowie die Gewerkschaft IG Metall eine „Gesamtvereinbarung Betriebsstilllegung und Insolvenz der J. G. H... GmbH & Co. KG“, die einen Interessenausgleich/Sozialplan und einen Haus- und Ergänzungstarifvertrag enthielt. Inhalt der Vereinbarung war die Stilllegung des Betriebs zum 31.01.2001 und die Gründung einer „Entwicklungsgesellschaft ... mbH“ (im Folgenden: E...) als betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit. Mit Gründung dieser Firma sollte den Beschäftigten der H... KG die Möglichkeit geboten werden, auf eigenen Wunsch und eigene Entscheidung hin befristet für 6 Monate in die E... überzuwechseln, um dort bei Kurzarbeit „Null“ beschäftigt zu sein und an Qualifizierungsmaßnahmen zur umgehenden Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt teilzunehmen. Damit sollte die Massenentlassung der Beschäftigten verhindert und ihnen die Chance einer Weitervermittlung durch Fortbildungs- und Qualifizierungsmaßnahmen eröffnet werden. Die vorhandenen Aufträge sollten an einen dritten Investor verkauft werden, um durch diese Lösung 60 oder mehr Beschäftigten die Arbeitsplätze erhalten zu können.

Am 25.01.2001 haben 135 Arbeitnehmer, darunter auch der Kläger, mit der H... KG einen Aufhebungsvertrag zum 31.01.2001 und gleichzeitig einen befristeten Arbeitsvertrag mit der E... mit Wirkung zum 01.02.2001 abgeschlossen.

Am 01.02.2001 wurde, wie geplant, das Insolvenzverfahren über das Vermögen der H... KG eröffnet.

Am 06.02.2001 wurde der Vertrag über die Gründung der Beklagten notariell beurkundet.

Anfang Februar 2001 erhielten 60 Mitarbeiter der E... ein Angebot der Beklagten auf Einstellung zum Februar 2001. Am 08.02.2001 schlossen der Kläger und die Beklagte - diese als GmbH in Gründung - einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit Wirkung zum 01.02.2001. Der Kläger wurde als Elektroschweißer eingestellt. Er erzielte zuletzt ein durchschnittliches Monatsgehalt von 2.275,-- € brutto.

Die Beklagte wurde am 07.05.2001 ins Handelsregister eingetragen. Ihr wesentlicher Tätigkeitsbereich liegt im Umbau und in der Reparatur von Binnenschiffen. Daneben führt sie Instandhaltungen von Industrieanlagen (Containeranlagen) durch und bietet Konstruktionsdienstleistungen an. Sie beschäftigte seinerzeit 54 Mitarbeiter, davon zuletzt 6 Schweißer, deren Zeitkonten seit Januar 2004 Minusstunden aufwiesen. Seit Anfang 2005 bis etwa Mai/Juni 2005 wurde im Schweißbereich Kurzarbeit durchgeführt.

Am 09. und 15.02.2005 stellte die Beklagte u. a. dem Vorsitzenden des bei ihr bestehenden Betriebsrats die gegenwärtige und zukünftige Auftragslage dar und teilte mit, dass wegen der mangelhaften Auslastung im Bereich Schweißerei unter Berücksichtigung der sozialen Auswahlkriterien den zwei sozial stärksten Arbeitnehmern, darunter dem Kläger, gekündigt werden müsse. Dabei wurde als Beginn der Betriebszugehörigkeit für alle Schweißer der 01.02.2001 angegeben.

Nach Widerspruch des Betriebsrats vom 24.02.2005 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 25.02.2005 zum 31.03.2005.

Mit seiner am 18.03.2005 erhobenen Klage hat der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung geltend gemacht und dazu vorgetragen:

Die Kündigung sei sozial nicht gerechtfertigt, weil die soziale Auswahl fehlerhaft sei. Es sei für ihn von einer Betriebszugehörigkeit seit März 1980 auszugehen. Sein Arbeitsverhältnis sei im Wege des Betriebsübergangs von der H... KG auf die Beklagte übergegangen. Seine tatsächliche Betriebszugehörigkeit betrage deshalb 25 Jahre. In diesem Punkt sei auch die Betriebsratsanhörung fehlerhaft gewesen.

Er sei tatsächlich nicht für die E... tätig gewesen, sondern habe nach Unterzeichnung des Aufhebungsvertrages und im Anschluss an seinen Urlaub den neuen Vertrag mit der Beklagten unterzeichnet, der dann rückwirkend in Kraft gesetzt worden sei. Sein Arbeitsverhältnis sei daher ohne zeitliche Unterbrechung auf die Beklagte übergegangen.

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 25.02.2005 nicht beendet worden ist.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat behauptet:

Ein Betriebsübergang habe nicht stattgefunden. Der Kläger habe sein Arbeitsverhältnis mit der H... KG einvernehmlich beendet. Eine Anrechnung der Betriebszugehörigkeit bei der H... KG komme nicht in Betracht. Dem Kläger sei zu keiner Zeit ein neues Arbeitsverhältnis mit ihr, der Beklagten, verbindlich in Aussicht gestellt worden. Durch den Wechsel in die E... habe eine Massenentlassung verhindert und die Chance zu einer Weitervermittlung durch Fortbildungs- und Qualifizierungsmaßnahmen ermöglicht werden sollen.

Wegen des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes im übrigen wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils einschließlich der dortigen Verweisungen Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und dies im wesentlichen wie folgt begründet:

Die Kündigung sei nicht sozial ungerechtfertigt nach § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG, da dringende betriebliche Erfordernisse vorgelegen hätten. Bei der Beklagten habe bei Zugang der Kündigung mit Ablauf der Kündigungsfrist des Klägers nur noch ein Beschäftigungsbedarf für 4 Schweißer bestanden. Dies habe die Beklagte aus der Min-

derauslastung der Schweißer seit Januar 2004 schließen dürfen. Perspektivisch habe die Beklagte davon ausgehen dürfen, dass auch für die Zukunft nicht mehr sämtliche Schweißer ausgelastet sein würden. Daraufhin habe sie die unternehmerische Entscheidung getroffen, sich von 2 Schweißern zu trennen.

Auch die Sozialauswahl sei zutreffend erfolgt. Insbesondere sei nicht zu beanstanden, dass sie den 8 Jahre jüngeren Arbeitnehmer E... wegen seiner Unterhaltspflichtung für 3 Personen als schutzwürdiger als den Kläger eingestuft habe. Mit dieser Entscheidung seien die sozialen Belange von der Beklagten noch ausreichend berücksichtigt worden.

Die zugrundezulegenden Sozialdaten seien von der Beklagten auch zutreffend ermittelt worden. Der Kläger sei erst seit dem 01.02.2001 bei der Beklagten beschäftigt worden. Sein Arbeitsverhältnis sei nicht im Wege des Betriebsübergangs von der H... KG auf die Beklagte übergegangen, so dass die Betriebszugehörigkeit bei der H... KG nicht anzurechnen sei.

Ob die Beklagte den Betrieb der H... KG tatsächlich im Sinne des § 613 a BGB übernommen habe, könne offen bleiben. Ein Betriebsübergang erfasse lediglich die zu diesem Zeitpunkt bestehenden Arbeitsverhältnisse. Der Kläger sei jedoch kein Arbeitnehmer der H... KG mehr gewesen, als er am 08.02.2005 den Arbeitsvertrag mit der Beklagten abgeschlossen habe.

Der Aufhebungsvertrag vom 25.01.2001 zum 31.01.2001 sei wirksam und nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts rechtlich nicht zu beanstanden. Bei Abschluss dieses Vertrages sei weder zwischen dem Kläger und der Beklagten ein neues Arbeitsverhältnis begründet noch ihm ein solches verbindlich in Aussicht gestellt worden. Vielmehr sei der Kläger am selben Tag in ein Arbeitsverhältnis zur E... eingetreten. Dass die Beklagte alle oder nahezu alle Beschäftigten der H... KG einstellen würde, sei nicht versprochen worden. Die ehemaligen Beschäftigten der H... KG, darunter der Kläger, hätten lediglich die mehr oder weniger begründete Erwartung gehabt, in ein Arbeitsverhältnis zur Beklagten treten zu können.

Dem stehe auch nicht entgegen, dass die Parteien ihren Arbeitsvertrag rückwirkend zum 01.02.2001 geschlossen hätten. Entscheidend für die Wirksamkeit der Vertragsauflösung vom 25.01.2001 seien die Verhältnisse an jenem Tag gewesen. Am 25.01.2001 sei nicht absehbar gewesen, ob der Kläger einen Arbeitsvertrag von der Beklagten angeboten bekommen würde. Im übrigen habe das Arbeitsverhältnis des

Klägers am 01.02.2001 schon deshalb nicht auf die Beklagte übergehen können, da diese zu jenem Zeitpunkt nicht einmal als Vor-GmbH existiert habe.

Die Kündigung sei auch nicht wegen mangelhafter Unterrichtung des Betriebsrats unwirksam. Die Beklagte habe auch das richtige Eintrittsdatum mitgeteilt. Sie sei jedenfalls – subjektiv determiniert – der Auffassung gewesen, dass der Eintritt des Klägers zum 01.02.2001 zähle.

Auf die Entscheidungsgründe im übrigen wird Bezug genommen.

Gegen dieses ihm am 18.07.2005 zugestellte Urteil hat der Kläger per Fax am 18.08.2005, im Original am 19.08.2005 Berufung eingelegt und diese am 15.09.2005 begründet.

Der Kläger wiederholt und vertieft im wesentlichen sein erstinstanzliches Vorbringen und trägt ergänzend vor:

Es liege ein Betriebsübergang von der H... KG auf die Beklagte vor. Diese habe das gesamte am Firmensitz in L... gelegene Werftgelände mit sämtlichen darauf befindlichen Produktionsmitteln übernommen. Der Kläger habe vor und nach der Übernahme des Betriebs durch die Beklagte unverändert unter dem gleichen Vorarbeiter an dem gleichen Schiffsneubau weitergearbeitet.

Bereits zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Aufhebungsvereinbarung habe die Beklagte ein Konzept zur Weiterführung des Betriebes gehabt. Es habe bereits zu diesem Zeitpunkt festgestanden, wer von den Mitarbeitern der H... KG übernommen werden würde. Dies könnten der Mitarbeiter der Beklagten B... und der Betriebsratsvorsitzende M... bestätigen. Wenn die Beklagte im Zeitpunkt der Aufhebungsvereinbarung beabsichtigt habe, den Kläger weiterzubeschäftigen, ihm dies aber nicht mitgeteilt habe, diene der Abschluss der Aufhebungsvereinbarung allein der Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses, so dass der Aufhebungsvertrag wegen objektiver Gesetzesumgehung nichtig sei. Es komme allein darauf an, dass der Betrieb der insolventen H... KG auf die Beklagte übergegangen sei, wobei es unerheblich sei, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers zu diesem Zeitpunkt wirksam beendet gewesen sei oder nicht. Der Kläger habe nach der „Unterbrechung“ vom 25.01.2001 bis zum 01.02.2001 innerhalb der gleichen Betriebsorganisation die gleiche Arbeit ver-

richtet wie vorher. Unter dieser Voraussetzung sei nach den Grundsätzen, die das BAG zur Berechnung der Wartezeiten (§ 1 KSchG, § 622 BGB) entwickelt habe, von einem ununterbrochenen Bestand des Arbeitsverhältnisses seit 1980 auszugehen. Damit sei die Betriebsratsanhörung genauso fehlerhaft gewesen wie die soziale Auswahl.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 07.07.2005
- Az.: 1 Ca 904/05 – abzuändern und

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten/Berufungsbeklagten vom 25.02.2005 nicht beendet worden ist

sowie klagerweiternd
2. die Beklagte/Berufungsbeklagte zu verurteilen, den Kläger/Berufungskläger zu unveränderten Bedingungen weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und wiederholt im wesentlichen unter Hinweis auf die BAG-Rechtsprechung ihren erstinstanzlichen Vortrag.

Ergänzend trägt die Beklagte vor:

Entgegen der Behauptung des Klägers habe der Beklagten zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Aufhebungsvertrages am 25.01.2001 kein Konzept zur Weiterführung des Betriebes vorgelegen. Ebenso wenig habe zu diesem Zeitpunkt festgestanden, welche Mitarbeiter der H... KG übernommen werden sollten. Im übrigen habe ein solches Konzept der Beklagten Ende Januar 2001 noch gar nicht vorliegen können, da es die Beklagte zu diesem Zeitpunkt noch nicht gegeben habe. Ende Januar 2001 sei nicht erkennbar gewesen, ob sich für die Fortführung des Betriebes überhaupt ein Investor finden lasse.

Der Vortrag des Klägers zu dem behaupteten Betriebsübergang sei auch in tatsächlicher Hinsicht unrichtig. Der Kläger habe weder unter dem gleichen Vorarbeiter noch

in der gleichen Betriebsorganisation wie bei der H... KG weitergearbeitet. Darüber hinaus sei der vom Kläger erwähnte Schiffsneubau von dem Insolvenzverwalter und nicht von der Beklagten abgewickelt worden. Das Arbeitsverhältnis mit der H... KG sei wirksam zum 31.01.2001 beendet worden, so dass von einem ununterbrochenen Bestand seit 1980 keine Rede sein könne.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsrechtszug wird auf den mündlich vorgetragene Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze und Anlagen Bezug genommen.

Ergänzend wird auf den Akteninhalt verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die statthafte Berufung des Klägers ist zulässig; sie ist insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

Die Berufung konnte jedoch in der Sache keinen Erfolg haben.

Das Arbeitsgericht hat die Kündigungsschutzklage unter Heranziehung der von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entwickelten Grundsätze zur betriebsbedingten Kündigung aufgrund einer freien Unternehmerentscheidung und zur Wirksamkeit einer Aufhebungsvereinbarung der hier streitgegenständlichen Art im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang mit zutreffender Begründung abgewiesen.

Die Berufungskammer folgt der erstinstanzlichen Entscheidung sowohl im Ergebnis als auch in den tragenden Entscheidungsgründen.

Insoweit wird zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf das angefochtene Urteil Bezug genommen (§ 69 Abs. 2 ArbGG).

Das Vorbringen des Klägers im Berufungsverfahren ist nicht geeignet, ein anderes Ergebnis zu rechtfertigen. Neue tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte haben sich nicht ergeben.

Die Ausführungen des Arbeitsgerichts zu den Voraussetzungen, unter denen die Arbeitsvertragsparteien ihr Rechtsverhältnis im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang auch ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes wirksam durch Aufhebungsvertrag auflösen können, wenn die Vereinbarung auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet ist, stehen im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BAG vom 10.12.1998 – 8 AZR 324/97 – AP Nr. 185 zu § 613 a BGB und vom 18.08.2005 – 8 AZR 523/04 -) und sind rechtlich nicht zu beanstanden. Von einer nochmaligen Darstellung dieser Grundsätze kann Abstand genommen werden.

Danach hat das Arbeitsgericht zutreffend erkannt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der H... KG rechtswirksam durch Aufhebungsvertrag vom 25.01.2001 zum 31.01.2001 beendet worden ist, weil die Voraussetzungen einer gesetzwidrigen Umgehung der Rechtsfolgen des § 613 a BGB vorliegend nicht ersichtlich sind.

Ist in dem maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses des Aufhebungsvertrages weder ein Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitnehmer und dem Betriebserwerber begründet noch ein solcher verbindlich in Aussicht gestellt oder versprochen worden, liegt keine Umgehung des Kündigungsverbots des § 613 a Abs. 4 S. 1 BGB vor. Für den jeweils betroffenen Arbeitnehmer ist nämlich klar, dass er aus dem mit dem Betriebsveräußerer bestehenden Arbeitsverhältnis ausscheidet und nicht mehr als die Hoffnung besitzt, mit dem Erwerber einen neuen Arbeitsvertrag schließen zu können. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass der vor einem solchen Hintergrund geschlossene Aufhebungsvertrag auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet ist. Eine Lücke im Kündigungsschutz ergibt sich nicht, sondern die Parteien verwirklichen hiermit die durch § 613 a BGB insoweit nicht eingeschränkte Vertragsfreiheit (BAG, Urteil vom 18.08.2005 – 8 AZR 523/04 – unter II 2 c der Gründe). Bei Abschluss des Aufhebungsvertrages am 25.01.2001 wurde weder zwischen dem Kläger und der Beklagten ein neues Arbeitsverhältnis begründet noch ein solches dem Kläger verbindlich in Aussicht gestellt. Vielmehr wurde mit dem Kläger zeitgleich ein befristeter Arbeitsvertrag mit der Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft „E...“ abgeschlossen. Dem Kläger wurden keinerlei Arbeitsplatzgarantien bei der Beklagten eingeräumt oder eine wie auch immer geartete Weiterbe-

schäftigung zugesagt. Das Gegenteil war der Fall, wie aus den Regelungen des Aufhebungsvertrages, des Vertrages des Klägers mit der „E...“ und der dem Kläger bekannten „Gesamtvereinbarung“ vom 19.01.2001 (vgl. Präambel zum Arbeitsvertrag mit der „E...“) unmissverständlich hervorgeht. Der Aufhebungsvertrag diene gerade nicht dazu, mit der Beklagten neue Arbeitsverträge abschließen zu können, sondern ausschließlich dazu, zur Vermeidung einer betriebsbedingten Kündigung das endgültige Ausscheiden des Klägers vorzubereiten und ihm die rechtzeitige Aufnahme in die „E...“ zu ermöglichen. Eine wie immer begründete Erwartung des Klägers, in ein Arbeitsverhältnis zur Beklagten treten zu können, war damit nicht verbunden und wurde weder von der „E...“ noch von der Beklagten geweckt. Für den Kläger eröffnete sich neben den sozialrechtlichen Vergünstigungen, die der Vertrag mit der „E...“ unbestreitbar enthielt (strukturelles Kurzarbeitergeld gem. § 175 SGB III), allenfalls die Chance, bei der Beklagten als dem neuen Investor, aber auch bei anderen Arbeitgebern wieder ein neues Arbeitsverhältnis zu finden. Damit bezweckte der Aufhebungsvertrag gerade nicht die Unterbrechung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses; denn es sind keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich oder vom Kläger substantiiert vorgetragen worden, dass ihm eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte zugesagt oder verbindlich in Aussicht gestellt worden ist.

Nichts anderes ergibt sich aus der dem Kläger bekannten Gesamtvereinbarung vom 19.01.2001. Dort wird im Gegenteil unter Abschnitt 1.2, Abs. 1 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Verhandlungen bisher noch nicht zu einem konkreten Abschluss für eine Betriebsübernahme geführt haben und eine Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer bei der H... KG nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht in Betracht kommt. Weiter wird dort ausgeführt, dass bei der angestrebten Lösung „möglicherweise eine Anzahl von 60 oder mehr Beschäftigten sowie bis zu 3 Auszubildende übergehen können. Die konkrete Zahl und die konkreten Personen stehen jedoch noch nicht fest... Diese können frühestens am 28.01.2001 durch den Investor bekannt gegeben werden ...“.

Die Richtigkeit dieser Angaben hat der im Termin vor der Berufungskammer persönlich anwesende Geschäftsführer der Beklagten auf Nachfrage des Gerichts nochmals bestätigt und zum zeitlichen Ablauf ausgeführt, dass, nachdem die Beklagte sehr kurzfristig als neuer Investor gefunden werden konnte, erst Ende Januar/Anfang Februar 2001, jedenfalls nach Abschluss der Aufhebungsverträge vom 25.01.2001, Anzahl und Namen der aus der „E...“ zu übernehmenden Mitarbeiter feststanden. Auf

diese Weise konnte, wie der Geschäftsführer weiter unwidersprochen vorgetragen hat, dem Kläger ein unbefristeter Arbeitsvertrag angeboten und eine ansonsten unvermeidbare insolvenzbedingte Kündigung vermieden werden.

Soweit der Kläger unter Hinweis auf diesen Zeitablauf in der Berufungsbegründung vorträgt, dass es vollkommen lebensfremd sei anzunehmen, dass eine Transaktion des hier vorliegenden Ausmaßes innerhalb weniger Tage geplant und durchgeführt werde und insbesondere bereits zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Aufhebungsvereinbarung festgestanden habe, wer von den Mitarbeitern der H... KG übernommen werden würde, ist dieses Vorbringen spekulativ und im übrigen unsubstantiiert. Zwar kann der Arbeitnehmer die Umgehung des § 613 a BGB auch damit begründen, es sei zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, jedoch nach den gesamten – ggf. näher darzulegenden – Umständen klar gewesen, dass er vom Erwerber des Betriebs eingestellt werden würde. Auch in diesem Fall liegt die objektive Zwecksetzung des Aufhebungsvertrages in der Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes (BAG a. a. O. unter II 2 d der Gründe). Der Kläger hat aber hierzu weder konkret vorgetragen, welches Konzept zur Weiterführung des Betriebes am 25.01.2001 bestanden haben soll noch aufgrund welcher konkreten Umstände bereits am 25.01.2001 für die Beklagte festgestanden hat, dass der Kläger zu den vormaligen Mitarbeitern der H... KG zählte, die von der Beklagten eingestellt werden würden. Im übrigen verbietet es sich, allein aus einer etwaigen zum Zeitpunkt des Aufhebungsvertrages bereits feststehenden Fortführung des Betriebes den Schluss zu ziehen, damit habe ebenfalls festgestanden, welche Arbeitnehmer der H... KG von der Beklagten eingestellt werden sollten. Hierzu bedarf es weiterer, hier nicht vorliegender Anhaltspunkte (BAG vom 18.08.2005 unter II 3 der Gründe).

Substantiiertes Vortrag wäre insoweit umsomehr erforderlich gewesen als die Gesamtvereinbarung unter Beteiligung auch des Betriebsrats und der IG Metall nur wenige Tage vor dem Abschluss des Aufhebungsvertrages ausdrücklich darauf hinweist, dass sich bislang weder eine konkrete Lösung abgezeichnet hat noch der konkrete Personenkreis und die Anzahl der aus der „E...“ zu übernehmenden Beschäftigten feststeht. Nach der Gesamtvereinbarung sollte dies frühestens am 28.01.2001 erfolgen, hat sich aber, wie der Geschäftsführer der Beklagten im Termin unwidersprochen vorgetragen hat, bis zum Abschluss des Arbeitsvertrages mit der Beklagten am 08.02.2001 weiter verzögert.

Aufhebungsverträge vor einem beabsichtigten Betriebsübergang können auch dann als Umgehung der gesetzlichen Folgen des § 613 a BGB unwirksam sein, wenn die Übernahme in eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft nur zum Schein vorgeschoben und offensichtlich bezweckt wird, die Sozialauswahl zu umgehen (BAG a. a. O. unter II 2 e der Gründe).

Auch insoweit beschränkt sich der Kläger auf bloße Behauptungen, ohne dass dafür ausreichende Anhaltspunkte ersichtlich oder vorgetragen worden sind. Die von den Beteiligten gewählte Vertragsgestaltung stellte im Gegenteil die unter den gegebenen Umständen sozial verträglichste Lösung dar. Allen von den drohenden betriebsbedingten Kündigungen betroffenen Arbeitnehmern der H... KG sollte eine Alternative zur sofortigen Massenarbeitslosigkeit angeboten werden. Durch das Mittel der strukturellen Kurzarbeit gem. §§ 175 ff. SGB III sollten diese betriebsbedingten Kündigungen und Massenentlassungen vermieden werden. Bei Kurzarbeit „Null“ sollten die Mitarbeiter die Möglichkeit erhalten, an Qualifizierungsmaßnahmen zur umgehenden Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt teilzunehmen. Dass dies alles nur vorgeschoben und der wahre Sachverhalt ein anderer gewesen sei, lässt sich dem unsubstantiierten Vortrag des Klägers nicht entnehmen. Sein Beweisantritt hierzu in der Berufungsbegründung konnte deshalb unberücksichtigt bleiben.

Zu Recht hat das Arbeitsgericht die Frage eines Betriebsübergangs der H... KG auf die Beklagte offen gelassen. Ein etwaiger Betriebsübergang i. S. d. § 613 a Abs. 1 BGB hat das bereits zum 31.01.2001 aufgelöste Arbeitsverhältnis mit der H... KG nicht erfasst.

Zutreffend weist das Arbeitsgericht weiter darauf hin, dass zum Zeitpunkt eines etwa in Betracht kommenden Betriebsübergangs am 01.02.2001 die Beklagte nicht einmal als Vor-GmbH existiert hat. Der Gründungsvertrag wurde – unstreitig – erst am 06.02.2001 notariell beurkundet und erst am 08./09.02.2001 wurde der Arbeitsvertrag des Klägers mit der Beklagten als GmbH i. Gr. geschlossen. Vor diesem Zeitpunkt hat es zwischen dem Kläger und der Gründungs-GmbH keine rechtlichen Beziehungen gegeben. Der Kläger stand ab 01.02.2001 zunächst in einem befristeten Arbeitsverhältnis mit der „E...“. Erst am 08.02.2001 erfolgte der Vertragsschluss mit der Beklagten als der neuen Arbeitgeberin. Ein etwaiger bis dahin erfolgter Betriebsübergang konnte das bereits rechtswirksam zum 31.01.2001 aufgelöste Arbeitsverhältnis mit der H... KG nicht mehr erfassen.

Anhaltspunkte dafür, dass gleichwohl die bisherige Beschäftigungszeit des Klägers aus dem beendeten Arbeitsverhältnis mit der H... KG auf die Betriebszugehörigkeit im Rahmen des neu begründeten Arbeitsverhältnisses zur Beklagten anzurechnen ist, sind weder ersichtlich noch vorgetragen worden. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Berechnung der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG oder zur Dauer der Betriebszugehörigkeit bei der Berechnung der Kündigungsfristen des § 622 BGB oder im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG betreffen Arbeitsverhältnisse bei demselben Arbeitgeber und die Frage, wie und unter welchen Voraussetzungen sich rechtliche Unterbrechungen auf die Betriebszugehörigkeitsdauer auswirken. Darum geht es vorliegend nicht. Bei der H... KG und bei der Beklagten handelt es sich um unterschiedliche Arbeitgeber. Eine rechtsgeschäftliche Anrechnungsvereinbarung haben die Parteien unstreitig nicht getroffen. Eine Anrechnung aufgrund gesetzlicher Vorschriften, insbesondere nach § 613 a Abs. 1 BGB entfällt ebenfalls, da, wie ausgeführt, das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der H... KG bereits vor einem etwaigen Betriebsübergang auf die Beklagte aufgelöst worden ist.

Die Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG ist deshalb nicht zu beanstanden. Die Beklagte hat die Betriebszugehörigkeit des Klägers bei der H... KG zu Recht unberücksichtigt gelassen.

Sonstige Angriffe gegen die Sozialauswahl enthält die Berufungsbegründung nicht.

Gleiches gilt hinsichtlich der Anhörung des Betriebsrates. Das Arbeitsgericht hat zutreffend festgestellt, dass die Beklagte – zumindest subjektiv determiniert – dem Betriebsrat das – zudem auch - richtige Eintrittsdatum des Klägers mitgeteilt hat.

Zur Anhörung des Betriebsrats im übrigen hat die Beklagte bereits erstinstanzlich detailliert vorgetragen. Einwendungen hiergegen enthält die Berufung nicht.

Angriffe gegen die vom Arbeitsgericht zu Recht bejahten dringenden betrieblichen Erfordernisse für die Kündigung enthält die Berufungsbegründung ebenfalls nicht. Auf die zutreffenden Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils kann deshalb Bezug genommen werden (§ 69 Abs. 2 ArbGG).

War das Arbeitsverhältnis rechtswirksam und fristgerecht zum 31.03.2005 gekündigt worden, konnte auch der erstmals im Berufungsrechtszug geltend gemachte Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers keinen Erfolg haben.

Nach allem war die Berufung mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Für die Zulassung der Revision bestand keine gesetzlich begründbare Veranlassung (§ 72 Abs. 2 ArbGG).

gez. ...

gez. ...

gez. ...