

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 693/10
9 Sa 343/10
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
16. Februar 2012

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. Februar 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter von Schuckmann und Dr. Mallmann für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 10. September 2010 - 9 Sa 343/10 - wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung durch den beklagten Insolvenzverwalter. 1

Der Kläger war seit dem 1. September 1981 bei der R GmbH, der Insolvenzsuldnerin, zunächst in G und Gr und ab dem 1. Mai 2007 in P anfänglich als Werksleiter und ab 1. Januar 2009 als Leiter des Fachbereichs Logistik und stellvertretender Werksleiter zu einer Bruttomonatsvergütung von 7.250,00 Euro beschäftigt. 2

Die Insolvenzsuldnerin stellte komplexe, bis zu 24-lagige Leiterplatten her. Gesellschafter der Insolvenzsuldnerin waren die B Ltd., die BI SARL (*Luxembourg*) sowie die C plc. Das Betriebsgrundstück in P stand im Eigentum der Insolvenzsuldnerin, während ein Großteil der Maschinen und sonstigen Einrichtungen geleast waren. Leasinggeber war die K GmbH bzw. die später mit dieser verschmolzene E mbH (*E GmbH*). Geschäftsführer und Mitgesellschafter der E GmbH ist Z. 3

Die Insolvenzsuldnerin beantragte unter dem 3. Februar 2009 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der Beklagte wurde daraufhin zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt. Zum Zwecke der Veräußerung der Betriebe der Insolvenzsuldnerin leitete der Beklagte Ende Februar 2009 ein internationales Bieterverfahren in die Wege, mit dem ein Bankhaus beauftragt wurde. Dazu wurden ua. Broschüren an potentielle Interessenten versandt. Diese waren aufgefordert, bis zum 15. April 2009 ein Angebot abzugeben. Nachdem nur 4

zwei Angebote abgegeben worden waren, die jedoch als inakzeptabel erachtet wurden, beschlossen die Gesellschafter der Insolvenzschuldnerin unter Mitwirkung des Beklagten am 14. April 2009 die Schließung der Betriebe mit Ablauf des 30. April 2009.

Auf einer Versammlung am 16. April 2009 wurden die Mitarbeiter beider Betriebe über die geplanten Betriebsschließungen unterrichtet. 5

Mit Schreiben vom 21. April 2009 stellte der Beklagte den Kläger mit Ablauf des 30. April 2009 von der „weiteren Mitarbeit“ frei. Der Beklagte zeigte unter dem 26. April 2010 gegenüber dem Amtsgericht KI die Masseunzulänglichkeit an. 6

Mit Beschluss des Amtsgerichts KI vom 1. Mai 2009 wurde der Beklagte zum Insolvenzverwalter über das Vermögen der R GmbH bestellt. Am 6. Mai 2009 fand eine Sitzung des Gläubigerausschusses statt. Im Sitzungsprotokoll ist ua. festgehalten: 7

„Der Insolvenzverwalter unterrichtet den Gläubigerausschuss darüber, dass aufgrund der rapide weggebrochenen Auftragseingänge und des desaströsen Ergebnisses der Investorensuche der Beschluss zur Einstellung des Betriebsbetriebes gefasst wurde. In Umsetzung dieses Beschlusses sind über 50 % der Mitarbeiter bereits freigestellt worden. Nach Abschluss des entsprechenden Interessenausgleiches und Sozialplanes wird der Unternehmer sämtlichen Mitarbeitern kündigen und das Unternehmen im Rahmen einer Ausproduktion bis August 2009 fortführen. Auf Grundlage der vorgestellten Liquiditätsplanung ist die Fortführung für diesen Zeitraum sichergestellt.“

Unter dem 8./13. Mai 2009 vereinbarten der Beklagte und die Betriebsräte G und P sowie der Gesamtbetriebsrat einen Interessenausgleich. Dieser lautet auszugsweise: 8

„III.

Es besteht keine Möglichkeit den Geschäftsbetrieb über den 30.04.2009 weiterzuführen. Eine übertragende Sanierung kommt in Ermangelung von Interessenten nicht in Betracht.

Vor diesem Hintergrund wurde am 15.04.2009 die unternehmerische Entscheidung getroffen, den Geschäftsbetrieb der Schuldnerin am 30.04.2009 endgültig und auf Dauer einzustellen. Von dieser Entscheidung wurden die Betriebsräte am folgenden Tag in Kenntnis gesetzt.

Betriebseinstellung heißt, dass nur solche bestehenden Aufträge abgearbeitet werden, die spätestens mit dem Ablauf der letzten Kündigungsfrist und mit dem sich bis dahin aufgrund unterschiedlich langer Kündigungsfristen ständig reduzierenden Personal noch abgearbeitet werden können. Zur Erhaltung/Mehrung der Insolvenzmasse und Auslastung des Betriebs in der Zeit bis zum Auslauf der Kündigungsfristen der Mitarbeiter vereinbarten beide Parteien, dass nach dieser Maßgabe Neuaufträge angenommen und abgearbeitet werden können, soweit sie noch innerhalb der laufenden Kündigungsfristen der Mitarbeiter abgeschlossen werden können.

...

Die Einstellung des Betriebs ist Geschäftsgrundlage des Interessenausgleichs und des Sozialplans. Die Betriebsparteien sind sich darüber einig, dass bei einer eventuellen Fortführung des Unternehmens neu zu verhandeln ist.

IV.

...

Die von Kündigungen und Entlassungen betroffenen Mitarbeiter ergeben sich aus der als Anlage dieser Vereinbarung beigefügten Liste. Diese Liste ist keine Namensliste im Sinne der §§ 1 Abs. 5 KSchG i.V.m. § 125 InsO, die mit der vorliegenden Vereinbarung bei Unterzeichnung fest verbunden ist. Diese feste Verbindung bestätigen sich die Parteien mit Unterschrift gegenseitig. Die Liste dient ausschließlich dem Nachweis der ordnungsgemäßen Anhörung nach § 102 BetrVG.“

Gleichzeitig wurden Sozialpläne für beide Betriebe vereinbart.

9

Am 14. Mai 2009 erstattete der Beklagte der für die Betriebe in G und P zuständigen Agentur für Arbeit W Massentlassungsanzeigen nach § 17 KSchG. Mit Bescheid vom 28. Mai 2009 bestätigte die Agentur für Arbeit W den Eingang der Anzeige und setzte den Ablauf der Sperrfrist auf den 14. Juni 2009 fest.

10

Mit Schreiben vom 15. Mai 2009, dem Kläger am 16. Mai 2009 zugegangen, kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zum 31. August 2009 „aus betriebsbedingten Gründen“. Sofern nicht noch behördliche Zulässigkeitsklärungen notwendig waren, wurde auch allen übrigen Mitarbeitern gekündigt. 11

Während etwas mehr als die Hälfte der Arbeitnehmer bereits freigestellt war, erfolgte mit den übrigen - jedenfalls für Aufträge, die bis Ende August 2009 erledigt werden konnten - die weitere Produktion. Für den Betrieb in G beschloss der Beklagte später, die Ausproduktion bis zum 18. Dezember 2009 zu verlängern. Er beschäftigte dort solche Arbeitnehmer weiter, die im Rahmen von Abwicklungsvereinbarungen die Kündigung mit einer Verlängerung der Kündigungsfrist akzeptierten. 12

Am 14. August 2009 wurde im Handelsregister des Amtsgerichts S die Umfirmierung der KLGmbH in LP P GmbH (*im Folgenden: LPP*) eingetragen. Der Geschäftsgegenstand wurde in: „Die Produktion und der Vertrieb von elektrischen, elektronischen, elektromechanischen, optoelektronischen und technischen Bauelementen und Geräten und die Ausführung aller Geschäfte, die damit im Zusammenhang stehen“ geändert. Geschäftsführer der LPP wurde zunächst Z. Muttergesellschaft der LPP ist die E GmbH. 13

Im Zeitraum Februar bis Mai 2009 besuchte Z mehrfach den Betrieb in P und erfragte hierbei Auftragsstände, Umsätze und Kosten. Auch führte er mit dem Beklagten Gespräche. Im August 2009 wurde den Arbeitnehmern in P seitens Herrn Z angeboten, für den Zeitraum ab dem 1. September 2009 neue Arbeitsverträge abzuschließen. 14

Seit dem 1. September 2009 führt die LPP den Betrieb zur Herstellung von Leiterplatten in P. Sie hatte das Betriebsgrundstück und die im Eigentum der Insolvenzsuldnerin stehenden Betriebsmittel erworben. Von den Arbeitnehmern der Insolvenzsuldnerin beschäftigte die LPP jedenfalls etwas weniger als die Hälfte weiter. Den Betrieb in G führt die R I GmbH fort. 15

In einer Pressemitteilung der Insolvenzsuldnerin vom 14. September 2009 heißt es unter der Überschrift „R geht nach dramatischen Wochen ge- 16

stärkt aus der Insolvenz hervor“ ua.:

„Durch seine hervorragende Reputation gelang es R selbst in der Insolvenz in den Folgemonaten sogar einen neuen Großkunden für sich zu gewinnen und andere maßgebliche Bedarfsträger platzierten Zusatzaufträge zur Stützung ihres strategischen Lieferantenpartners. Ende Juli konnte für das Werk P mit dem früheren R-Eigentümer Z eine Zukunftslösung gefunden werden.“

Für das Betriebsgrundstück in P wurde am 15. Oktober 2009 die Eintragung einer „Erwerbsvormerkung“ zugunsten der LP P GmbH in das Grundbuch mit „Bezug: Bewilligung vom 21.07.2009/01.09.2009“ vorgenommen. 17

Mit Schreiben vom 26. Januar 2010 bestätigte die Firma A GmbH die für den Beklagten vorgenommene Verwertung zweier Gabelstapler, dreier Filterpressen, dreier Kolbenmembranpumpen, eines Systronic Ofens und eines Multilayer-Pressenzentrums im Gesamtwert von 31.500,00 Euro. 18

Der Kläger behauptet, es habe zum Zeitpunkt des Ausspruches der streitgegenständlichen Kündigung keinen endgültigen Betriebsstilllegungsbeschluss gegeben. Als ihm die Kündigung zugegangen sei, habe der Beklagte in Verhandlungen einerseits mit Z, dem Geschäftsführer der LPP, und andererseits mit den Geschäftsführern der Firmengruppe Pr, Ro und E Pr, gestanden. Der Beklagte habe nur vorsorglich für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen gekündigt. Dies ergebe sich schon daraus, dass Z von Februar bis Mai 2009 mehrmals den Betrieb P besucht habe. Persönlich habe dieser dem Kläger sinngemäß gesagt, dass er zwar keine große Lust für eine Übernahme habe, aber eine Stilllegungsentscheidung verhindern wolle. Dessen Besuche im Betrieb in P seien ohne Einverständnis des Beklagten kaum vorstellbar. Die Motivation des Z ergebe sich ohne Weiteres aus den abgeschlossenen Leasingverträgen, die niemals gekündigt worden seien. Auch aus dem Vortrag des Beklagten ergebe sich, dass er mit Z verhandelt habe. Dabei habe der Beklagte nicht angegeben, wann dies geschehen sei. Bereits am 21. Juli 2009 sei eine Auflassungsvormerkung für die LPP im Grundbuch eingetragen worden, wobei der Notar auf Nachfrage angegeben habe, dass der Kaufvertrag etliche Zeit vor dem 21. Juli 2009 geschlossen worden sei. Seit dem 1. September 2009 19

produziere die LPP mit den verbliebenen Mitarbeitern unverändert mit denselben Betriebsmitteln in P. Dass der Beklagte nicht von einer Stilllegung ausgegangen sei, ergebe sich auch daraus, dass alle für die Produktion notwendigen Rohstoffe und Betriebsmittel auch nach dem 1. September 2009 in ausreichender Menge vorhanden gewesen seien, was nur durch entsprechende Vorkehrungen des Beklagten erklärt werden könne. Auch Aufträge seien ab dem 1. September 2009 ausreichend vorhanden gewesen.

Im Übrigen hält der Kläger die Kündigung auch nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB für unwirksam. 20

Der Kläger hat - soweit der Rechtsstreit in die Revisionsinstanz gelangt ist - beantragt 21

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers bei dem Beklagten nicht durch die Kündigung vom 15. Mai 2009 - dem Kläger zugegangen am 16. Mai 2009 - zum 31. August 2009 aufgelöst wird.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. 22

Er behauptet, zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruches seien keine Verhandlungen über eine Weiterführung des Betriebes in P geführt worden. Vielmehr sei er von der Betriebsstilllegung und Ausproduktion - mit etwas weniger als 50 % der Arbeitnehmer - bis 31. August 2009 ausgegangen, da die Suche nach Investoren erfolglos verlaufen sei. Die Stilllegung sei beschlossen worden, weil die Insolvenzschildnerin im Jahre 2008 bei einem Umsatz von über 104 Mio. Euro einen Verlust von mehr als 7 Mio. Euro ausgewiesen habe, der im Wesentlichen durch das Werk in P verursacht worden sei. Eine kostendeckende Produktion sei für die Zukunft nicht abzusehen gewesen. Die Stilllegungsentscheidung habe auch greifbare Formen angenommen gehabt. So sei ein Interessenausgleich abgeschlossen und die Massenentlassungsanzeige erstattet worden. Auch sei allen Arbeitnehmern gekündigt und dies auf Betriebsversammlungen ausreichend kommuniziert worden. Neue Aufträge bzw. Abrufe seien nur dann angenommen worden, wenn diese bis zum 31. August 2009 hätten erledigt werden können. In der Branche der Insolvenzschildnerin sei es typisch, dass Kunden im Wege eines „letter of intent“ Größenordnungen 23

für jährliche Abrufe ankündigen, verbindliche Abrufe aber erst etwa einen Monat bis eine Woche vor dem Produktionsmonat erfolgen. Die Insolvenzschuldnerin bzw. der Beklagte hätten daher keine Aufträge abzulehnen oder zu kündigen brauchen. Den Kunden sei mitgeteilt worden, dass nur bis zum 31. August 2009 produziert werde. Für die Zeit nach dem 31. August 2009 seien keine Produktionszusagen gegeben worden. Auch habe der Beklagte die Firma A beauftragt, für vorhandene Betriebsmittel, soweit diese nicht mit Sicherungsmitteln belastet oder für die Ausproduktion benötigt würden, Interessenten zu finden. Dass Maschinen veräußert worden seien, ergebe sich aus dem Schreiben der Firma A vom 26. Januar 2010. Wenn Z in P erschienen sei, so sei dies geschehen, um seine Sicherheiten zu prüfen. Jedenfalls habe dieser ihm keine Überlegungen zu einer Betriebsübernahme mitgeteilt. B1 habe sich erstmals im Juli 2009 mit der Frage eines Erwerbs der Betriebsstätte G befasst und im Wege eines „letter of intent“ grundsätzliches Interesse am Standort G mit den bisherigen Produktionsmitteln geäußert. Die von B1 gestellten Bedingungen seien aber zunächst nicht erfüllt worden, so dass das Geschäft „geplatzt“ sei. Da aber Kunden der Einstieg eines Investors schon signalisiert worden sei, habe man die Ausproduktion in G bis 18. Dezember 2009 verlängert. Weitere Verhandlungen mit B1 hätten dann dazu geführt, dass B1 am 14. September 2009 entschieden habe, die im Rahmen der Verhandlungen gestellten Bedingungen als erfüllt anzusehen. Die Muttergesellschaft der LPP, die E GmbH, habe erst im August 2009 angeboten, das Betriebsgrundstück in P und die Betriebseinrichtungen zu erwerben. Nach Zustimmung durch die Gläubigerversammlung am 27. August 2009 sei der Kaufvertrag am 1. September 2009 zustande gekommen. Entscheidend sei, dass eine nachträgliche Entwicklung ohnehin unbeachtlich sei, da es allein auf den Zeitpunkt des Kündigungsausspruches ankomme.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht hat der Beklagtenvertreter auf die Frage, wie sich das Datum 21. Juli 2009 in der Grundbucheintragung zur Vormerkung erklären lasse, ausgeführt, dass es womöglich am 21. Juli 2009 bereits ein Angebot gegeben habe. Er könne nicht sagen, ob es da schon entsprechende Verhandlungen gegeben habe.

24

Erstmals in der Revisionsbegründung trägt der Beklagte vor, dass ein Angebot der E GmbH bzw. der LPP erstmalig am 21. Juli 2009 in notariell beglaubigter Form erfolgt sei. 25

Mit Teilurteil hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die streitgegenständliche Kündigung nicht aufgelöst wird. Die Berufung des Beklagten hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter, während der Kläger die Zurückweisung der Revision beantragt. 26

Entscheidungsgründe

Die Revision des Beklagten ist unbegründet. Die von ihm zum 31. August 2009 ausgesprochene Kündigung hat das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht aufgelöst. 27

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine klagestattgebende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Die streitgegenständliche Kündigung sei nicht gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG aus dringenden betrieblichen Erfordernissen sozial gerechtfertigt. Zu den dringenden betrieblichen Erfordernissen gehöre die Stilllegung des gesamten Betriebes. Von einer Stilllegungsabsicht des Arbeitgebers sei auszugehen, wenn dieser seine Absicht unmissverständlich äußere, allen Arbeitnehmern kündige, etwaige Mietverträge zum nächstmöglichen Zeitpunkt auflöse, die Betriebsmittel, über die er verfügen könne, veräußere und die Betriebstätigkeit vollständig einstelle. Die betreffenden betrieblichen Umstände müssten greifbare Formen angenommen haben. Keine Stilllegungsabsicht liege vor, wenn der Betrieb veräußert werden solle. Das Bundesarbeitsgericht habe in der alsbaldigen Wiedereröffnung des Betriebes eine tatsächliche Vermutung gegen eine ernsthafte Stilllegungsabsicht gesehen. 28

Unter Beachtung dieser Maßstäbe stehe zur Überzeugung des Gerichts nicht fest, dass der Beklagte zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung den 29

ernstlichen und endgültigen Entschluss gefasst gehabt habe, den Betrieb in P stillzulegen. Für einen solchen Entschluss spreche zwar der Gesellschafterbeschluss - obwohl in diesem von einer Stilllegung zum 30. April 2009 die Rede sei -, der Abschluss des Interessenausgleichs und Sozialplans sowie die Kündigung aller Mitarbeiter. Gegen eine ernsthafte und endgültige Stilllegungsabsicht spreche jedoch die nahtlose Fortführung des Betriebes durch die LPP und dass es zu einer Stilllegung nicht gekommen sei. Deshalb hätte es des Vortrags weiterer Indizien durch den Beklagten bedurft, um darzulegen, dass er bereits zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs ernsthaft und endgültig die Stilllegung beabsichtigt habe. Wenn eine prognostizierte Betriebsstilllegung nicht eingetreten sei, habe dies Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast. Der Arbeitgeber habe dann konkret darzulegen, welche Maßnahmen er zunächst wann vorgenommen habe, um seine Entscheidung umzusetzen. Er habe im Einzelnen vorzutragen, wann welche nicht vorhergesehene Entwicklung stattgefunden habe. Es komme nicht darauf an, ob der Beklagte bereits bei Zugang der Kündigung ein Angebot der LPP angenommen gehabt habe, da auch ernsthafte Vertragsverhandlungen einen endgültigen und ernsthaften Stilllegungsbeschluss ausschließen würden.

Der Beklagte habe nicht vorgetragen, welche konkreten Maßnahmen ergriffen worden seien, um die Vertragsbeziehungen zu Dritten (*Miet-, Leasingverträge oder Verträge mit Energieversorgern oder Rohstofflieferanten*) zu regeln. Der bloße Vortrag, den Kunden sei das Auslaufen der Produktion mitgeteilt worden, sei zu pauschal, um nachvollziehbar zu machen, weshalb Kunden davon ausgehen mussten, eine Ausproduktion werde nur bis zum 31. August 2009 stattfinden. Unklar bleibe, warum Kunden auch Bestellungen bzw. Ab-rufungen für die Zeit nach dem 31. August 2009 in Aussicht gestellt hätten, wenn ihnen doch erklärt worden sein solle, eine Ausproduktion werde nur bis zum 31. August 2009 erfolgen. Auch zu Rohstofflieferanten fehle jeder Vortrag, was aber angesichts der Fortführung der Produktion am 1. September 2009 notwendig gewesen wäre. Nicht vorgetragen sei, wie es der Beklagte sichergestellt habe, einerseits genügend Rohstoffe für die Ausproduktion zu haben und andererseits unnötige Rohstoffmengen zu vermeiden. Insoweit hätte er vortra-

30

gen müssen, ob und gegebenenfalls welche Vereinbarungen es mit der LPP gegeben habe. Der Vortrag zur Veräußerung von Betriebsmitteln durch die Firma A sei zu pauschal. Es sei schon nicht erkennbar, ob Betriebsmittel aus G oder P veräußert worden seien. Auch der Zeitpunkt der Beauftragung der Firma A sei unklar. Insbesondere fehle ein Vortrag, wann und aufgrund wessen Initiative es zu konkreten Verhandlungen mit der LPP gekommen sei. Zwar sprechen sowohl die Pressemitteilung als auch der Zeitpunkt der Grundbucheintragung für Gespräche zumindest im Juli 2009. Es wäre aber Sache des Beklagten gewesen, den Ablauf der Kontaktaufnahme sowie den Verhandlungsablauf darzustellen, damit ausgeschlossen werden könne, dass zum Zeitpunkt der Kündigung mögliche Vertragsverhandlungen mit der LPP vorbehalten waren. Schließlich genüge auch der Vortrag zur Freistellung von Mitarbeitern und zur Durchführung des Bieterverfahrens nicht, um von einer endgültigen Stilllegungsabsicht ausgehen zu können.

B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält im Ergebnis und in weiten Teilen der Begründung einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 31

Die Feststellungsklage ist zulässig und begründet. 32

I. Der Beklagte ist passivlegitimiert, und zwar unabhängig davon, ob nach Ausspruch der Kündigung und der fristgerechten Erhebung einer Kündigungsschutzklage ein Betriebsübergang stattgefunden hat oder nicht. Der Arbeitgeber, der das Arbeitsverhältnis vor einem Betriebsübergang gekündigt hat, ist für die gerichtliche Klärung der Wirksamkeit der Kündigung auch nach einem Betriebsübergang passivlegitimiert (*vgl. BAG 16. Mai 2002 - 8 AZR 319/01 - AP BGB § 613a Nr. 237 = EzA BGB § 613a Nr. 210*). 33

II. Die Kündigung ist nicht nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial gerechtfertigt. Sie ist damit rechtsunwirksam (§ 1 Abs. 1 KSchG). Das Kündigungsschutzgesetz ist auch bei einer Kündigung des Insolvenzverwalters nach § 113 InsO zu beachten, wenn es - wie vorliegend - nach seinem persönlichen und betrieblichen Geltungsbereich auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet (*vgl. BAG 26. Juli 2007 - 8 AZR 769/06 - AP BGB § 613a Nr. 324*). 34

1. Bei der Prüfung der Sozialwidrigkeit einer Kündigung (§ 1 Abs. 2 KSchG) durch das Landesarbeitsgericht handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur darauf zu überprüfen ist, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist (*st. Rspr., vgl. BAG 4. Mai 2006 - 8 AZR 299/05 - BAGE 118, 168 = AP BGB § 613a Nr. 304 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 51*). 35
2. Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das Berufungsurteil stand. 36
- a) Die Stilllegung des gesamten Betriebes durch den Arbeitgeber gehört zu den dringenden betrieblichen Erfordernissen iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG, die einen Grund zur sozialen Rechtfertigung einer Kündigung abgeben können (*st. Rspr., vgl. BAG 28. Mai 2009 - 8 AZR 273/08 - AP BGB § 613a Nr. 370 = EzA KSchG § 17 Nr. 20*). Unter Betriebsstilllegung ist die Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zu verstehen, die ihre Veranlassung und ihren unmittelbaren Ausdruck darin findet, dass der Unternehmer die bisherige wirtschaftliche Betätigung in der ernstlichen Absicht einstellt, die Verfolgung des bisherigen Betriebszweckes dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne nicht weiter zu verfolgen. Mit der Stilllegung des gesamten Betriebes entfallen alle Beschäftigungsmöglichkeiten. Der Arbeitgeber ist aber nicht gehalten, eine Kündigung erst nach Durchführung der Stilllegung auszusprechen. Neben der Kündigung wegen erfolgter Stilllegung kommt auch eine Kündigung wegen beabsichtigter Stilllegung in Betracht. Erforderlich ist dazu aber, dass der Arbeitgeber im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung den ernsthaften und endgültigen Entschluss gefasst hat, den Betrieb endgültig und nicht nur vorübergehend stillzulegen (*vgl. BAG 14. August 2007 - 8 AZR 1043/06 - AP BGB § 613a Nr. 325 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 74*). Der Ernsthaftigkeit der Stilllegungsabsicht steht dabei nicht entgegen, 37

dass sich der Arbeitgeber entschlossen hat, die gekündigten Arbeitnehmer in der jeweiligen Kündigungsfrist noch für die Abarbeitung vorhandener Aufträge einzusetzen. Der Arbeitgeber erfüllt damit gegenüber den tatsächlich eingesetzten Arbeitnehmern lediglich seine auch im gekündigten Arbeitsverhältnis bestehende Beschäftigungspflicht (vgl. BAG 8. November 2007 - 2 AZR 554/05 - AP KSchG 1969 § 17 Nr. 28 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 156). An einem endgültigen Entschluss zur Betriebsstilllegung fehlt es aber, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung noch in Verhandlungen über eine Veräußerung des Betriebes steht (vgl. BAG 29. September 2005 - 8 AZR 647/04 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 139 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 140). Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber sich im Zeitpunkt der Kündigung noch um neue Aufträge bemüht (vgl. BAG 13. Februar 2008 - 2 AZR 75/06 -). Ist andererseits im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung die Betriebsstilllegung endgültig geplant und bereits eingeleitet, behält sich der Arbeitgeber aber eine Betriebsveräußerung vor, falls sich eine Chance bietet, und gelingt dann später noch eine Betriebsveräußerung, bleibt es bei der sozialen Rechtfertigung der Kündigung (vgl. BAG 4. Mai 2006 - 8 AZR 299/05 - BAGE 118, 168 = AP BGB § 613a Nr. 304 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 51; 29. September 2005 - 8 AZR 647/04 - aaO).

Auch ist bei einer Betriebsstilllegung erforderlich, dass die geplanten Maßnahmen zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits „greifbare Formen“ angenommen haben. Diese liegen vor, wenn im Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung aufgrund einer vernünftigen betriebswirtschaftlichen Betrachtung davon auszugehen ist, bis zum Ablauf der einzuhaltenden Kündigungsfrist werde mit einiger Sicherheit der Eintritt eines die Entlassung erforderlich machenden betrieblichen Grundes, dh. die Stilllegung, gegeben sein. Von einer Stilllegung kann jedenfalls dann ausgegangen werden, wenn der Arbeitgeber seine Stilllegungsabsicht unmissverständlich äußert, allen Arbeitnehmern kündigt, etwaige Miet- oder Pachtverträge zum nächstmöglichen Zeitpunkt auflöst, die Betriebsmittel, über die er verfügen darf, veräußert und die Betriebs-

38

tätigkeit vollständig einstellt (vgl. BAG 26. Mai 2011 - 8 AZR 37/10 - EzA BGB 2002 § 613a Nr. 125).

Betriebsveräußerung und Betriebsstilllegung schließen sich nach diesen Grundsätzen demnach systematisch aus. Dabei kommt es auf das tatsächliche Vorliegen des Kündigungsgrundes und nicht auf die vom Arbeitgeber gegebene Begründung an. Eine vom Arbeitgeber mit einer Stilllegungsabsicht begründete Kündigung ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn sich die geplante Maßnahme objektiv als Betriebsstilllegung und nicht als Betriebsveräußerung darstellt, weil etwa die für die Fortführung des Betriebes wesentlichen Gegenstände einem Dritten überlassen werden sollten, der Veräußerer diesen Vorgang aber rechtlich unzutreffend als Betriebsstilllegung wertet (vgl. BAG 28. Mai 2009 - 8 AZR 273/08 - AP BGB § 613a Nr. 370 = EzA KSchG § 17 Nr. 20).

39

Maßgeblicher Zeitpunkt zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Kündigung ist der des Kündigungszugangs (vgl. BAG 9. September 2010 - 2 AZR 493/09 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 185 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 164). Dies schließt es nicht aus, dass - insbesondere, wenn dem Kündigungsgrund ein prognostisches Element innewohnt - der tatsächliche Eintritt der prognostizierten Entwicklung Rückschlüsse auf die Ernsthaftigkeit und Plausibilität der Prognose zulässt (vgl. BAG 27. November 2003 - 2 AZR 48/03 - BAGE 109, 40 = AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 64 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 128). Verläuft die Umsetzung der unternehmerischen Entscheidung planmäßig, ist es gerechtfertigt, von einem tragfähigen Konzept im Zeitpunkt der Kündigung auszugehen (vgl. ErfK/Oetker 12. Aufl. § 1 KSchG Rn. 280). Die im Kündigungszeitpunkt gestellte Prognose, mit Ablauf der Kündigungsfrist werde der Beschäftigungsbedarf entfallen, wird so bestätigt (vgl. BAG 7. Juli 2005 - 2 AZR 447/04 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 136 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 139). Umgekehrt spricht bei alsbaldiger Wiedereröffnung des Betriebes bzw. bei alsbaldiger Wiederaufnahme der Produktion durch einen Betriebserwerber eine tatsächliche Vermutung gegen eine ernsthafte Absicht, den Betrieb stillzulegen (vgl. BAG 21. Juni

40

2001 - 2 AZR 137/00 - AP KSchG 1969 § 15 Nr. 50 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 53).

Der Arbeitgeber trägt im Kündigungsschutzprozess die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass dringende betriebliche Erfordernisse die Kündigung bedingen, § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG. Beruft sich der Arbeitgeber auf den betriebsbedingten Kündigungsgrund der Stilllegung, so ist, wenn das Vorliegen eines Stilllegungsentschlusses im Kündigungszeitpunkt bestritten wird, der Arbeitgeber verpflichtet, substantiiert darzulegen, dass und zu welchem Zeitpunkt er diejenigen organisatorischen Maßnahmen, die sich rechtlich als Betriebsstilllegung darstellen, geplant und beschlossen hat. Über diese Entschlussfassung hinaus muss der Arbeitgeber substantiiert vortragen, dass auch die geplanten Maßnahmen selbst im Kündigungszeitpunkt bereits greifbare Formen angenommen hatten (*BAG 23. März 1984 - 7 AZR 409/82 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 38*). Der Umfang der Darlegungslast hängt dabei auch davon ab, wie sich der gekündigte Arbeitnehmer auf die vom Arbeitgeber gegebene Begründung der Kündigung einlässt (*vgl. BAG 17. Oktober 1980 - 7 AZR 675/78 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 10 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 15*). Trägt der gekündigte Arbeitnehmer beispielsweise Anhaltspunkte dafür vor, dass im Zeitpunkt der Kündigung eine Stilllegungsentscheidung nicht ernsthaft getroffen war, weil es Veräußerungsverhandlungen gegeben habe, und kommt es zu einer alsbaldigen Wiedereröffnung bzw. nahtlosen Fortsetzung durch einen Betriebserwerber, so trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Wiedereröffnung bzw. Veräußerung nicht bereits voraussehbar oder gar geplant war (*vgl. ErfK/Oetker 12. Aufl. § 1 KSchG Rn. 279*).

41

b) Gemessen an diesen Grundsätzen ist das Landesarbeitsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass der Beklagte entgegen der ihn treffenden Darlegungslast keine ausreichenden Umstände für die Annahme vorgetragen hat, bei einer vernünftigen betriebswirtschaftlichen Betrachtung sei zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruches

42

davon auszugehen gewesen, eine Weiterbeschäftigung des Klägers werde mit Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr möglich sein.

Die gemäß § 286 Abs. 1 ZPO gewonnene Überzeugung des Tatsachengerichts, ob die vom Beklagten vorgetragene und vom Kläger bestrittene Tatsachen den Schluss auf einen endgültigen und ernsthaften Entschluss zur Betriebsstilllegung im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung rechtfertigen, ist nur beschränkt revisibel (*vgl. oben B II 1*). 43

Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass für einen ernsthaften und endgültigen Beschluss, den Betrieb in P stillzulegen, zunächst der Gesellschafterbeschluss vom 14. April 2009 spricht. Gleiches gilt auch für die Information des Gläubigerausschusses durch den Beklagten am 6. Mai 2009. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht weiter berücksichtigt, dass der Abschluss des Interessenausgleichs und Sozialplans und die Massenentlassungsanzeige für eine ernsthafte und endgültige Stilllegungsabsicht sprechen. Dies macht aber nicht entbehrlich, die weiteren Umstände zu würdigen, die - wie die alsbaldige Wiedereröffnung bzw. Fortsetzung der betrieblichen Tätigkeit durch einen Betriebserwerber - gegen einen ernsthaften, endgültigen Stilllegungsentschluss sprechen. Die Prüfung, ob nach Würdigung der Umstände des Einzelfalles im Zeitpunkt der Kündigung die im Zusammenhang mit der behaupteten Stilllegungsabsicht getroffenen Maßnahmen bereits „greifbare Formen“ angenommen hatten, die ihrerseits wiederum einen Rückschluss auf die Ernsthaftigkeit des Stilllegungsentschlusses zulassen, obliegt zuvörderst dem Tatsachengericht. 44

Angesichts der Veräußerung des Betriebsgrundstückes und materieller Betriebsmittel an die LPP sowie der Fortsetzung der betrieblichen Tätigkeit durch diese in P ab 1. September 2009 begegnet die Würdigung der weiteren Umstände durch das Landesarbeitsgericht keinen Bedenken. Die Wiederaufnahme der Produktion durch einen Betriebserwerber begründet eine tatsächliche Vermutung gegen eine ernsthafte Absicht, den Betrieb stillzulegen (*vgl. BAG 21. Juni 2001 - 2 AZR 137/00 - AP KSchG 1969 § 15 Nr. 50 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 53*). Dies gilt nicht nur dann, wenn ein Betriebsübergang innerhalb 45

der Kündigungsfrist stattfindet. Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 27. September 1984 (- 2 AZR 309/83 - BAGE 47, 13 = AP BGB § 613a Nr. 39 = EzA BGB § 613a Nr. 40) steht dem nicht entgegen. Zwar könnte ein solcher Bezug zur Kündigungsfrist aus dem Leitsatz Nr. 3c hergeleitet werden. Ein solcher ergibt sich aus den Entscheidungsgründen jedoch nicht. Vielmehr heißt es dort, dass bei alsbaldiger Wiedereröffnung eine tatsächliche Vermutung gegen eine ernsthafte Stilllegungsabsicht spricht. Der Entscheidung lässt sich nicht entnehmen, eine tatsächliche Vermutung gegen eine ernsthafte Stilllegungsabsicht sei nur dann gegeben, wenn ein Betriebsübergang noch innerhalb der individuellen Kündigungsfrist stattfindet. Auch in späteren Entscheidungen des Zweiten Senats findet sich keine Einschränkung auf den Zeitraum der Kündigungsfrist (vgl. BAG 21. Juni 2001 - 2 AZR 137/00 - aaO; 12. Februar 1987 - 2 AZR 247/86 - AP BGB § 613a Nr. 67 = EzA BGB § 613a Nr. 64). Kommt es noch vor dem beabsichtigten oder alsbald nach dem beabsichtigten Stilllegungstermin zu einer Betriebsfortführung durch einen Betriebserber, so spricht die Erfahrung dafür, dass die Verhandlungen bzw. der Abschluss der Rechtsgeschäfte hierfür bereits längere Zeit zuvor stattgefunden haben. Dies rechtfertigt es, an die Betriebsfortführung durch den Unternehmer bzw. einen Erwerber die tatsächliche Vermutung zu knüpfen, zum Zeitpunkt der Kündigung der Arbeitsverhältnisse habe keine endgültige Stilllegungsabsicht bestanden. Es ist dann Sache des Arbeitgebers, durch näheren Sachvortrag diese Vermutung zu widerlegen.

Ohne Unterbrechung der betrieblichen Tätigkeit setzte die LPP ab dem 1. September 2009 die Produktion von Leiterplatten im Betrieb in P mit den dort vorhandenen Betriebsmitteln fort. Zwar spricht der Inhalt der Grundbucheintragung vom 15. Oktober 2009 „Bezug: Bewilligung vom 21.07.2009/01.09.2009“ dafür, dass die zur Übertragung des Eigentums notwendigen rechtsgeschäftlichen Erklärungen vom 21. Juli 2009 bzw. 1. September 2009 - also einem Zeitpunkt nach Zugang der Kündigung - stammen. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht aber darauf abgestellt, dass auch ernsthafte Veräußerungsverhandlungen zwischen dem Beklagten und der LPP einer ernsthaften Stilllegungsabsicht entgegenstehen. Erfahrungsgemäß gehen vertraglichen Verein-

46

barungen bzgl. einer Betriebsübernahme und eines Grunderwerbs, die in die Eintragung einer Auflassungsvormerkung münden, langfristige Vorverhandlungen voraus. Demnach ist die Vermutung gerechtfertigt, solche Verhandlungen seien bereits im Mai 2009, dem Zeitpunkt des Kündigungsausspruches, geführt worden. Dass solche zum Zeitpunkt der Kündigung (*noch*) nicht stattfanden, sondern tatsächlich ein endgültiger Stilllegungsentschluss getroffen war, hat der Beklagte nicht schlüssig dargelegt.

Allein die Entlassung von Arbeitnehmern spricht nicht für eine ernsthafte Stilllegungsabsicht, weil es gerade um die Frage geht, ob diese Kündigungen sozial gerechtfertigt sind (*vgl. BAG 19. Juni 1991 - 2 AZR 127/91 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 53 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 70*). Auch die Freistellung von einzelnen Arbeitnehmern ist kein ausschlaggebendes Indiz für einen ernsthaften Stilllegungsentschluss. Solche Freistellungen können nämlich in Absprache mit einem Betriebserwerber auch dazu dienen, angepasst an ein bestimmtes Auftragsvolumen nur bestimmte Leistungsträger zu übernehmen. So wie die Beschäftigung der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist nicht gegen eine ernsthafte Stilllegungsabsicht spricht (*vgl. BAG 8. November 2007 - 2 AZR 554/05 - AP KSchG 1969 § 17 Nr. 28 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 156*), so darf auch nicht allein aus deren Freistellung auf das Vorliegen eines endgültigen Stilllegungsentschlusses des Arbeitgebers geschlossen werden.

47

Auch die finanzielle Situation bei der Insolvenzschuldnerin ist kein Indiz für die Ernsthaftigkeit des Stilllegungsbeschlusses. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bedeutet noch keine Betriebsstilllegung, weil der Insolvenzverwalter den Betrieb weiterführen kann (*vgl. BAG 27. November 1986 - 2 AZR 706/85 -*).

48

Demnach ist auch die zur Insolvenz führende Überschuldung grundsätzlich kein Indiz für eine Stilllegungsabsicht. Dies gilt im Streitfalle vor allem deshalb, weil der Beklagte die Veräußerung der Insolvenzschuldnerin in einem internationalen Bieterverfahren angesichts der unzureichenden Gewinnsituation angestrebt, also zunächst keine Stilllegung der Betriebe in G und P beabsichtigt

49

hatte. Auch das Scheitern des internationalen Bieterverfahrens spricht nicht zwangsläufig für die Ernsthaftigkeit eines anschließenden Stilllegungsentschlusses, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat. Dass der Wunsch, einen Betrieb zu veräußern, sich nicht im ersten Anlauf verwirklichen lässt, drängt nicht zwingend den Schluss auf, dass der Arbeitgeber nach dem ersten gescheiterten Versuch das Gegenteil - nämlich die endgültige Betriebsstilllegung - beabsichtigt.

Nicht zu beanstanden ist, dass das Landesarbeitsgericht den Vortrag des Beklagten, er habe den Kunden mitgeteilt, die Insolvenzschuldnerin produziere bis zum 31. August 2009, nicht für die Annahme hat genügen lassen, die beabsichtigte Betriebsstilllegung habe bereits im Zeitpunkt der Kündigungserklärung greifbare Formen angenommen gehabt.

50

Allerdings liegt in der Regel ein starkes Indiz für einen ernstlichen und endgültigen Stilllegungsplan vor, wenn der Arbeitgeber den Stilllegungsbeschluss gegenüber Lieferanten, Kunden, Banken usw. bekannt gibt (vgl. *APS/Kiel 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 489*), weil ein Arbeitgeber, der die Betriebsfortführung oder Veräußerung ernsthaft ins Auge fasst, die Geschäftsbeziehungen zu Lieferanten, Kunden, Banken etc. in der Regel nicht durch die Bekanntgabe einer Stilllegungsentscheidung gefährden will (vgl. *BAG 10. Oktober 1996 - 2 AZR 477/95 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 81 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 87*). Erst recht wird der Arbeitgeber langfristige Geschäftsbeziehungen nicht kündigen, wenn eine Betriebsveräußerung bzw. -fortführung beabsichtigt ist. Deshalb begründen organisatorische Vorkehrungen wie der Ausspruch von Kündigungen solcher Geschäftsbeziehungen ein starkes Indiz für einen ernsthaften Stilllegungsbeschluss. Nach eigenem Sachvortrag hat der Beklagte aber weder gegenüber Kunden, Banken, Lieferanten noch gegenüber dem Leasinggeber Kündigungen ausgesprochen. Dass der Beklagte nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO die Erfüllung von Verträgen abgelehnt hat, wird von ihm ebenfalls nicht konkret behauptet. Er trägt vor, er habe im Hinblick auf die in der Branche übliche Verfahrensweise - die Kunden avisierten mit einem „letter of intent“ ein bestimmtes (*jährliches*) Abrufvolumen und würden dieses dann kurzfristig vor dem gewünschten Liefer-

51

termin abrufen - keine Kündigungen aussprechen müssen und deshalb die Kunden darüber informiert, die Insolvenzschuldnerin werde bis zum 31. August 2009 produzieren. Nicht angegeben hat der Beklagte, wann und wie genau diese Information gegeben worden sein soll. Mit diesem Sachvortrag ist der Beklagte seiner Darlegungslast nicht nachgekommen, da es gerade auf den Zeitpunkt und den Inhalt der Kundeninformation ankommt, wenn daraus auf die Ernsthaftigkeit eines Stilllegungsentschlusses geschlossen werden soll. Hätte der Beklagte die von ihm behauptete Information bspw. erst während laufender Veräußerungsverhandlungen an Kunden gegeben, spräche dies nicht für einen ernsthaften Stilllegungsentschluss, da damit nur ein Hinweis auf ein Auslaufen der Produktion durch den Beklagten und die künftige Veräußerung des Betriebes verbunden sein könnte. Hinzu kommt, dass nach dem eigenen Sachvortrag des Beklagten bei dem von ihm geschilderten Vertriebsmodell nur mit einer unmissverständlichen Kundeninformation hätte sichergestellt werden können, dass kein Beschäftigungsbedarf über den 31. August 2009 hinaus besteht. Während bei anderen Arbeitgebern das Bemühen um neue Aufträge im Kündigungszeitpunkt einer endgültigen Stilllegungsabsicht entgegensteht, könnte bei dem vom Beklagten geschilderten Vertriebsmodell eine Prognose, mit Ablauf der Kündigungsfrist werde der Beschäftigungsbedarf für alle Arbeitnehmer entfallen, dann sichergestellt werden, wenn die Kunden unmissverständlich darüber informiert worden wären, dass Bestellungen und Lieferungen für die Zeit nach der beabsichtigten Stilllegung nicht mehr erfolgen können. Dies wird auch am eigenen Sachvortrag des Beklagten zum Betrieb in G deutlich. Dort hatte der Beklagte den Kunden bereits mitgeteilt, ein Investor werde einsteigen, weshalb ein Auftragsvolumen bzw. Abrufe für die Zeit nach dem 31. August 2009 zu verzeichnen waren, welche zunächst eine Verlängerung der Ausproduktion bis in den Dezember 2009 hinein notwendig machten. Eine unmissverständliche Kundeninformation kann dem Vortrag des Beklagten nicht schlüssig entnommen werden. Vielmehr kündigten Kunden der Insolvenzschuldnerin für den Betrieb in P Warenabrufe für die Zeit nach dem 31. August 2009 an bzw. stellten solche in Aussicht. Der Kläger hat dazu unwidersprochen vorgetragen, dass die LPP für die Zeit nach dem 31. August 2009 ausreichend Aufträge

vorfand. Schon diese Umstände sprechen gegen eine unmissverständliche Kundeninformation. Weiter kommt in diesem Zusammenhang dem Inhalt der Pressemitteilung der Insolvenzsuldnerin vom 14. September 2009 Bedeutung zu. Nach dieser ist es der Insolvenzsuldnerin bzw. dem Beklagten durch die hervorragende Reputation der Insolvenzsuldnerin gelungen, „in den Folge-monaten sogar einen neuen Großkunden für sich zu gewinnen und andere maßgebliche Bedarfsträger platzierten Zusatzaufträge zur Stützung ihres strategischen Lieferantenpartners“. Diese Angaben in der Pressemitteilung der Insolvenzsuldnerin stehen im Widerspruch zu den Angaben des Beklagten, er habe nur eine Ausproduktion geplant und die Kunden hierüber informiert. Es wäre deshalb Sache des Beklagten gewesen, konkret anzugeben, wie die behauptete Information der Kunden erfolgt ist und ob sich die in der Pressemitteilung angedeutete werbende Tätigkeit am Markt - „ein neuer Großkunde wurde gewonnen“ - ggf. allein auf den Betrieb in G bezog, weil sich das von beiden Betrieben gefertigte Sortiment ggf. stark unterschied. Die Darlegung des Zeitpunktes und des Inhalts einer Kundeninformation wäre - deren Existenz unterstellt - auch unschwer durch Vorlage von Informationsschreiben möglich gewesen.

Soweit der Beklagte vorgetragen hat, es sei vorbereitet worden, dass 52
pünktlich zum 31. August 2009 die Lieferanten ihre Lieferungen einstellen, weil der Beklagte nicht mehr erfüllen werde, stellt dieser Sachvortrag eine pauschale, nicht überprüfbare Behauptung dar, mit welcher der Beklagte seiner Darlegungslast (§ 138 Abs. 2 ZPO) nicht nachgekommen ist. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht daher auch diesen Vortrag nicht genügen lassen, um „greifbare Formen“ der Stilllegung als Indiz für einen endgültigen Stilllegungsentschluss anzunehmen.

Auch die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, aus dem Vortrag zur 53
Veräußerung und Verwertung von Betriebsmitteln ergebe sich kein ausreichendes Indiz für eine endgültige, ernsthafte Stilllegungsabsicht, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Beklagte hat zwar vorgetragen, die Firma A habe in seinem Auftrag Betriebsmittel inventarisiert, bewertet und teilweise veräußert. Allerdings ergibt sich aus seinem eigenen Vortrag, dass dies nur

Betriebsmittel betraf, die nicht für die Ausproduktion, dh. eine Produktion mit geringerer Auslastung, benötigt wurden. Eine Beauftragung zur Veräußerung von Betriebsmitteln darüber hinaus, dh. insbesondere eine Beauftragung zur Veräußerung aller im Eigentum der Insolvenzschuldnerin stehenden Betriebsmittel für die Zeit nach der beabsichtigten Stilllegung, behauptet der Beklagte nicht. Vor allem ergibt sich aus seinem Vortrag nicht, wann die Beauftragung der Firma A erfolgt ist, so dass es auch denkbar wäre, dass die Beauftragung erst erfolgte, als die Betriebsveräußerung an die LPP unmittelbar bevorstand und in Absprache mit dieser vorgenommen wurde. Im Übrigen ergibt sich aus dem Sachvortrag des Beklagten nur, dass in G schon Vermessungen der Maschinen und Anlagen sowie Gewichtsklärungen zum Abtransport vorgenommen worden sind. Deshalb liegt es nahe, dass sich die vom Beklagten vorgelegte Bestätigung der Firma A auf Betriebsmittel des Betriebes in G bezieht. Daher wäre auch insoweit ein konkreter Sachvortrag, wann die Beauftragung erfolgte und welchen konkreten Inhalt sie hatte, notwendig gewesen, um mit einer etwaig eingeleiteten Veräußerung von Betriebsmitteln ein Indiz für eine beabsichtigte Stilllegung, die bereits greifbare Formen angenommen hatte, zu liefern.

Soweit der Beklagte geltend macht, zum Zeitpunkt des Kündigungsaus-
spruches habe er keinerlei Veräußerungsverhandlungen geführt und das
Landesarbeitsgericht habe seinen Vortrag, wonach erst im August 2009 die E
GmbH ein Angebot zum Erwerb des Betriebsgrundstücks unterbreitet habe,
übergangen, greift diese Rüge nicht durch. Dieser Sachvortrag war nicht geeig-
net, die gegen eine Stilllegungsabsicht sprechende Vermutung infolge der
tatsächlich ab 1. September 2009 erfolgten Betriebsfortführung zu widerlegen.
Der Sachvortrag des Beklagten ist schon zeitlich nicht hinreichend konkret.
Zudem enthält er keine Ausführungen zu Art, Inhalt und zeitlichem Rahmen der
Vertragsverhandlungen. Entgegen der Ansicht der Revision hat das Landes-
arbeitsgericht auch nicht festgestellt, vor dem 21. Juli 2009 habe es keine
Verhandlungen gegeben. Unstreitig ist vielmehr, dass es Gespräche mit Z
gegeben hat. Unklar ist, wann genau diese stattfanden und welchen Inhalt sie
hatten. Der Sachvortrag, es habe im August 2009 durch die E GmbH ein Ange-

54

bot gegeben war schließlich durch die Einlassung des Beklagtenvertreters in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht überholt, weshalb sich das Landesarbeitsgericht hiermit nicht näher auseinandersetzen musste. Der Beklagtenvertreter hat in der mündlichen Verhandlung vom 10. September 2010 erklärt, „womöglich habe es am 21.07.2009 bereits ein Angebot gegeben. Er könne nicht sagen, ob es da schon entsprechende Verhandlungen gegeben hat“. Mit diesem Vortrag genügte der Beklagte seiner Darlegungslast nach § 138 Abs. 2 ZPO nicht. Zur Widerlegung der gegen die Stilllegungsabsicht sprechenden Vermutung der Betriebsfortführung hätte der Beklagte konkret dartun müssen, wann und auf wessen Initiative, Verhandlungen mit der LPP oder der E GmbH bzw. mit den für diese handelnden Personen stattgefunden hatten. Nur so wäre auszuschließen, dass eine Betriebsveräußerung schon zum Kündigungszeitpunkt ins Auge gefasst war. Soweit der Beklagte erstmals in der Revisionsinstanz vorträgt, dass ein Angebot der „E bzw. der LPP GmbH erstmalig am 21.07.2009 in notariell beglaubigter Form“ erfolgt ist, welches bis zum 15. September 2009 habe geprüft werden können, handelt es sich um einen in der Revisionsinstanz nicht zu beachtenden neuen Sachvortrag, § 559 Abs. 1 ZPO. Die erhobene Verfahrensrüge nach § 139 Abs. 2 ZPO bleibt demzufolge ohne Erfolg.

Auch die übrigen vom Beklagten erhobenen Rügen von Verfahrensmängeln sind nicht durchgreifend. Insoweit sieht der Senat nach § 564 ZPO iVm. § 72 Abs. 5 ArbGG von einer Begründung ab. 55

3. Für den Prüfungsmaßstab und die Darlegungslast des Arbeitgebers ist es unerheblich, ob dem Arbeitnehmer ggf. ein Anspruch auf Wiedereinstellung zusteht, wenn sich die Prognose des Arbeitgebers bezüglich der Betriebsstilllegung als fehlerhaft erweist. Denn der von einem möglichen Wiedereinstellungsanspruch vermittelte Schutz bleibt hinter dem des Kündigungsschutzgesetzes zurück (vgl. BAG 13. Februar 2008 - 2 AZR 75/06 -; 12. April 2002 - 2 AZR 256/01 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118). Insbesondere trägt der Arbeitnehmer, der einen Wiedereinstellungsanspruch geltend macht, die Darle- 56

gungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen (vgl. BAG 25. September 2008 - 8 AZR 607/07 - AP BGB § 613a Nr. 355 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 98). Auch erlischt ein möglicherweise entstandener Wiedereinstellungsanspruch, wenn berechnigte Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen, was der Fall sein kann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitsplatz schon mit einem anderen Arbeitnehmer besetzt und damit Dispositionen getroffen hat (vgl. BAG 4. Mai 2006 - 8 AZR 299/05 - BAGE 118, 168 = AP BGB § 613a Nr. 304 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 51). Vor allem kommt nach der Rechtsprechung des Senats ein Wiedereinstellungsanspruch bei einem Betriebsübergang nach dem Ablauf der Kündigungsfrist bei einer insolvenzbedingten Kündigung ohnehin nicht in Betracht (vgl. BAG 28. Oktober 2004 - 8 AZR 199/04 - EzA BGB 2002 § 613a Nr. 30).

III. Da die streitgegenständliche Kündigung sozial ungerechtfertigt und mithin rechtsunwirksam ist (§ 1 Abs. 1 KSchG), bedarf es keiner Entscheidung, ob die Kündigung auch wegen Verstoßes gegen § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB unwirksam ist. 57

C. Der Beklagte hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen. 58

Hauck

Böck

Breinlinger

Schuckmann

Mallmann