

Betriebsübergang: Führt ein Neuer den Laden, so ist er übergegangen

Das BAG musste definieren, wann der Übergang eines Betriebes vollzogen ist. Dazu sei es nötig, so das Gericht, dass der bisherige Inhaber seine wirtschaftliche Tätigkeit einstellt und der neue den Betrieb „als wirtschaftliche Einheit“ weiterführt. Dabei komme es auf die tatsächlichen Gegebenheiten an — nicht darauf, ob eine „Übertragung per Leitungsmacht“ stattgefunden hat. Die tatsächliche Leitung und Organisation zählt. (Hier war das für einen Arbeitnehmer eines übergegangenen Betriebes zur Klärung der Frage von Bedeutung, wer ihm noch ausstehenden Lohn zu zahlen hatte.)

Quelle: Wolfgang Büser

Wahrung der Identität der übergehenden wirtschaftlichen Einheit als Voraussetzung eines Betriebsübergangs; Übernahme des Betriebs eines Insolvenzschuldners durch ein Rechtsgeschäft; Beurteilung des Vorliegens der rechtswirksamen Veräußerung eines Betriebs

Gericht: BAG

Datum: 13.12.2007

Aktenzeichen: 8 AZR 1107/06

Entscheidungsform: Urteil

Referenz: JurionRS 2007, 47572

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

ArbG München - 09.11.2005 - AZ: 38 Ca 1549/05

LAG München - 19.07.2006 - AZ: 10 Sa 1241/05

Rechtsgrundlagen:

§ 133 BGB

§ 157 BGB

§ 611 Abs. 1 BGB

§ 613a Abs. 1 S. 1 BGB

Art. 3 Abs. 1 RL 77/187/EWG

§ 11 Abs. 2 GmbHG

Fundstellen:

ArbRB 2008, 164-165 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

AuR 2008, 192 (Kurzinformation)

AUR 2008, 192 (Kurzinformation)

BB 2008, 1851 (Kurzinformation)

DB 2008, 1161-1163 (Volltext mit amtl. LS)

EzA-SD 8/2008, 10-11

FA 2008, 204 (Volltext mit red. LS)

FA 2008, 213-214 (red. Leitsatz)

HZA aktuell 2008, 9-10

JR 2009, 220

NJW 2008, X Heft 24 (Kurzinformation) "aufschiebend bedingter Kaufvertrag"

NZI (Beilage) 2009, 43 (red. Leitsatz)

PuR 2008, 12

schnellbrief 2008, 6

SJ 2008, 38-39

ZInsO 2008, 759 (amtl. Leitsatz)

ZIP 2008, 1740-1744 (Volltext mit red. LS)

BAG, 13.12.2007 - 8 AZR 1107/06

Redaktioneller Leitsatz:

1. Wirtschaftliche Einheit ist die organisatorische Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit.
2. Ein Betriebsübergang ist gegeben, wenn ein neuer Betriebsinhaber eine wirtschaftliche Einheit des Betriebes oder Betriebsteiles unter Wahrung der Identität fortführt.
3. Wesentliches Unterscheidungsmerkmal für den Übergang ist die tatsächliche Weiterführung oder Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit.

In Sachen

...

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts
auf Grund der mündlichen Verhandlung
am 13. Dezember 2007

durch

den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck,
die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie
die ehrenamtlichen Richter Dr. Vesper und Dr. Pauli
für **Recht** erkannt:

Tenor:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 19. Juli 2006 - 10 Sa 1241/05 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über einen Anspruch des Klägers auf Zahlung von Arbeitsentgelt für die Zeit vom 1. Dezember 2004 bis 25. Januar 2005.
- 2 Der Kläger war seit Januar 1994 bei der B GmbH als Werkzeugmacher gegen einen Stundenlohn in Höhe von zuletzt 15,10 Euro brutto beschäftigt.
- 3 Über das Vermögen der B GmbH wurde am 1. August 2004 das Insolvenzverfahren eröffnet und Rechtsanwalt W zum Insolvenzverwalter bestellt. Dieser führte den Betrieb fort und zahlte an den Kläger dessen Vergütung bis einschließlich November 2004.
- 4 Am 29. November 2004 schloss der Insolvenzverwalter mit der B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr., vertreten durch die J Verwaltungs GmbH i.Gr., diese vertreten durch ihren Geschäftsführer, den Beklagten, einen Kaufvertrag. Dieser lautet, soweit hier von Interesse:

"§ 1 Präambel

Über das Vermögen der Firma B GmbH wurde am 01.08.2004 das Insolvenzverfahren eröffnet. Seitdem betreibt der Verkäufer das Unternehmen weiter.

Der Käufer möchte im Wege der übertragenden Sanierung den Geschäftsbetrieb mit allen dazugehörigen Wirtschaftsgütern der Firma B GmbH übernehmen.

Dies vorausgeschickt, treffen die Parteien folgende Vereinbarung:

§ 2 Kaufgegenstand

1.

Der Kaufgegenstand ist in Anlage 1 zu diesem Vertrag niedergelegt.

2.

Kaufgegenstand ist weiter der Kundenstamm und der gesamte Goodwill des Verkäufers.

3.

Ebenfalls ist Kaufgegenstand der gesamte Auftragsbestand des Verkäufers zum Übergabestichtag.

4.

...

5.

Der Käufer erwirbt mit diesem Vertrag den Firmennamen B.

§ 3 Kaufpreis

Der Kaufpreis wird wie folgt aufgeteilt:

...

Gesamtkaufpreis EUR ...

...

Der Kaufpreis ist wie folgt fällig:

Er ist vor dem 08.12.2004 auf nachfolgendes Insolvenzkonto einzuzahlen, wobei es auf die Gutschrift auf dem Konto ankommt.

...

Dieser Vertrag wird erst wirksam, wenn der Käufer den gesamten Kaufpreis fristgerecht gezahlt hat.

...

§ 5

Betriebsübergang/Stichtag

Die Kaufgegenstände gem. § 2 und der Betrieb des Verkäufers gehen mit Stichtag vom 01.12.2004 auf den Käufer über.

...

§ 6

Die Käuferin übernimmt sämtliche von dem Verkäufer bestellte Ware. ...

Ebenfalls übernimmt die Käuferin den gesamten Warenbestand, ...

§ 7 Geschäftsräume

Die Käuferin beabsichtigt, mit den Vermietern des Verkäufers (drei dem Käufer bekannte Anwesen) einen neuen Mietvertrag abzuschließen."

- 5** Noch im November 2004 richteten der Insolvenzverwalter und die B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr. ein Rundschreiben an die Geschäftspartner des Unternehmens B. Es hatte auszugsweise folgenden Wortlaut:

"Wir freuen uns Ihnen mitteilen zu können, dass der Fortbestand des Unternehmens B mit seinen Mitarbeitern gewährleistet ist und die Geschäfte ab 01.12.2004 unter geänderter Geschäftsleitung weitergeführt werden.

Die neue Firmierung lautet: B GmbH & Co. KG mit Firmensitz wie bisher ...

...

Die bestehenden Aufträge werden durch das Nachfolge- Unternehmen übernommen und termingerecht zur Auslieferung gebracht. ...

Nach der übertragenen Sanierung durch den Insolvenzverwalter RA W übergibt er die B GmbH zum 01.12.2004.

..."

- 6** Dieses Schreiben ist von K als "geschäftsführender Gesellschafter" im Namen der B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr. unterzeichnet.
- 7** Der Kaufpreis für den Erwerb der B GmbH wurde in der Folgezeit nicht entrichtet.

In einer an den Beklagten gesandten e-mail des Insolvenzverwalters vom 17. Dezember 2004 heißt es ua.:

"Der Betrieb wird von mir am Montag, den 20.12.2004, stillgelegt, falls das Geld bis 12.00 Uhr an diesem Tag nicht eingegangen ist. Die Schadensersatzansprüche werde ich später beziffern."

- 8 Der Kaufpreis wurde auch innerhalb dieser Frist nicht bezahlt. Der Insolvenzverwalter kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 21. Dezember 2004 zum 31. März 2005. Ab dem 21. Dezember 2004 wurde der Betrieb nicht mehr fortgeführt. Mit Schreiben vom 26. Januar 2005 kündigten der Beklagte und die B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr. das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger außerordentlich zum 26. Januar 2005.
- 9 Der Kläger meint, da ab dem 1. Dezember 2004 die B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr. den Betrieb der Insolvenzschuldnerin fortgeführt habe, müsse sie seinen Anspruch auf Vergütung für die Zeit von Dezember 2004 bis 25. Januar 2005 erfüllen. Bei einem Stundenlohn von 15,10 Euro ergebe sich ein Anspruch in Höhe von 4.952,72 Euro brutto abzüglich erhaltenen Arbeitslosengeldes in Höhe von 1.554,80 Euro netto. Für diese Verbindlichkeit hafte der Beklagte persönlich, weil er den Kaufvertrag unterschrieben und sich bei einer Betriebsversammlung im November 2004 als neuer Arbeitgeber vorgestellt habe. Ihm sei der Betrieb auch übergeben worden. In das ...

ACHTUNG HIER FEHLT EINE SEITE

- 13 Der Kaufvertrag sei nicht zustande gekommen, weil es ihm nicht gelungen sei, alle Investoren zum Einstieg zu bewegen. Deshalb sei nichts auf ihn übergegangen. Er habe über nichts verfügen können. Zwar habe es schon vor Abschluss des Kaufvertrags Gespräche mit Mitarbeitern und Kunden der Insolvenzschuldnerin gegeben. Diese hätten aber nur den Zweck gehabt, sich über die wirtschaftliche Situation der Insolvenzschuldnerin zu informieren. Er habe nie eine Leitungsmacht über den Betrieb der B GmbH ausgeübt oder Weisungen erteilt, Bestellungen aufgegeben oder Verträge unterzeichnet. Er sei zur Führung des Betriebs gar nicht in der Lage gewesen, da eine Betriebsübertragung in tatsächlicher Hinsicht nie stattgefunden habe. Schließlich habe auch nicht er, sondern der Insolvenzverwalter den Betrieb stillgelegt.
- 14 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Mit dieser verfolgt der Kläger seinen Zahlungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

- 15 Die Revision des Klägers ist begründet. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts durfte ein Betriebsübergang auf die B Entwicklung GmbH & Co. KG i. Gr. und eine persönliche Haftung des Beklagten nicht verneint werden.
- 16 **A.**
- Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger habe gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Arbeitsentgelt für die Zeit vom 1. Dezember 2004 bis 25. Januar 2005 gemäß § 611 Abs. 1 BGB. Weder der Beklagte selbst noch die B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr. hätten den Betrieb der Insolvenzschuldnerin durch Rechtsgeschäft iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB übernommen. Es könne daher dahinstehen, ob eine persönliche Haftung des Beklagten schon deswegen ausscheide, weil die B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr. in die J Entwicklung GmbH & Co. KG umfirmiert und unter dieser Firma in das Handelsregister eingetragen worden sei.
- 17 Einem Betriebsübergang stehe zwar nicht entgegen, dass der Kaufvertrag zwischen der B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr. und dem Insolvenzverwalter unter der aufschiebenden Bedingung der Zahlung des gesamten Kaufpreises geschlossen worden sei.

18

Für die Annahme eines Betriebsübergangs fehle es aber an einer tatsächlichen Übertragung von eine wirtschaftliche Einheit darstellenden Betriebsmitteln. Auf die B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr. seien tatsächlich keine Betriebsmittel übergegangen, ebenso wenig auf den Beklagten persönlich. Ein Übertragungsakt sei nicht erfolgt. Dies werde schon daraus deutlich, dass nach Nichtbegleichung des Kaufpreises keine Rückübertragung von Betriebsmitteln auf den Insolvenzverwalter erfolgt sei. Dieser sei in der Lage gewesen, ohne Zustimmung des Beklagten unverzüglich den Betrieb stillzulegen und die Betriebsmittel zu verwerten. Auch habe weder der Beklagte als für den Betrieb verantwortliche Person eine Geschäftstätigkeit entfaltet, noch habe der Insolvenzverwalter seine Betätigung in dem Betrieb eingestellt.

19 Wenn sich der Beklagte in den zwei Wochen des Schwebezustands des Kaufvertrags wie ein Inhaber geriert haben sollte, sei er dadurch noch nicht die tatsächlich für den Betrieb verantwortliche Person geworden. Bloße Erhaltungsmaßnahmen bis zu einer Entscheidung über die Fortführung eines Betriebs seien noch nicht als unternehmerische Fortführung des Betriebs anzusehen. Die Führung des Betriebs durch den neuen Inhaber setze voraus, dass dieser wenigstens in der Lage sei, den Betrieb mit eigenen Betriebsmitteln zu leiten. Erst ab diesem Zeitpunkt gehe die tatsächliche Inhaberschaft, die mit der Verantwortung für den Betrieb verbunden sein müsse, vom Veräußerer auf den Erwerber über. Ohne Herrschaftsaufgabe des bisherigen Inhabers an den Betriebsmitteln gebe es keinen Inhaberwechsel. Einer Herrschaftsaufgabe des Insolvenzverwalters vor Entrichtung des Kaufpreises habe § 3 des Kaufvertrags vom 29. November 2004 entgegengestanden, nach dem der Vertrag erst wirksam werden sollte, wenn der Kaufpreis fristgerecht gezahlt werde.

20 **B.**

Diese Begründung des Landesarbeitsgerichts trägt die Klageabweisung nicht. Die Entscheidung über die Begründetheit der Klage bedarf weiterer Feststellungen.

21 **I.**

Zunächst hat das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen, der Beklagte sei deshalb nicht selbst Schuldner der Entgeltansprüche des Klägers geworden, weil das mit der Insolvenzschuldnerin begründete Arbeitsverhältnis nicht auf den Beklagten gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB übergegangen sei. Es fehlt an Anhaltspunkten dafür, dass der Beklagte zu irgendeinem Zeitpunkt bei Erklärungen oder Handlungen in Bezug auf den Betrieb der Insolvenzschuldnerin nicht im Namen der B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr., sondern daneben oder stattdessen im eigenen Namen aufgetreten wäre. Ausweislich des Kaufvertrags vom 29. November 2004 war eine Übertragung des Betriebs auf die B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr. geplant, welche lediglich durch den Beklagten endvertreten wurde. Soweit sonstige Erklärungen oder tatsächliche Handlungen des Beklagten mit dem Ziel oder zum Zweck der Fortführung des Betriebs der Insolvenzschuldnerin erfolgt sein sollten, ließen sich diese daher nur dahin verstehen, dass der Beklagte insofern als Vertreter der B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr. für diese aufgetreten ist. Dies gilt auch für die Zuordnung möglicher besitzrechtlicher Positionen an den materiellen Betriebsmitteln, welche möglicherweise der Beklagte, gegebenenfalls über als Besitzmittler iSv. § 855 BGB fungierende Arbeitnehmer, ausgeübt hat. Eine juristische Person ist selbst Besitzerin, die von ihren Organen ausgeübte Sachherrschaft wird ihr als eigene zugerechnet (*BGH 31. März 1971 - VIII ZR 256/69 - BGHZ 56, 73 ; 16. Oktober 2003 - IX ZR 55/02 - BGHZ 156, 310*). Dies gilt wegen § 124 iVm. § 161 Abs. 2 HGB auch für eine KG (*Palandt/Bassenge BGB 67. Aufl. § 854 BGB Rn. 12 m.w.N.*). Aus dem klägerischen Vorbringen ergibt sich nicht, auf Grund welcher Tatsachen oder Erklärungen der Beklagte den Anschein erweckt haben könnte, er werde persönlich den Betrieb fortführen bzw. persönlich für die daraus erwachsenden Verbindlichkeiten einstehen.

22 **II.**

Die Begründung des Landesarbeitsgerichts, ein Betriebsübergang im fraglichen Zeitraum auf die B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr. sei nicht erfolgt, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

23 1.

Ein Betriebs- oder Betriebsteilübergang nach § 613a Abs. 1 BGB setzt die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit voraus. Eine wirtschaftliche Einheit besteht aus einer organisatorischen Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören als Teilaspekte der Gesamtwürdigung namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebs, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude oder bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit. Die Identität der Einheit kann sich auch aus anderen Merkmalen wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln ergeben. Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- und Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu (*st. Rspr. des Senats 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - AP BGB § 613a Nr. 320 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 64 m.w.N.*).

24 Der Betriebsübergang tritt mit dem Wechsel in der Person des Inhabers des Betriebs ein. Voraussetzung ist, dass der bisherige Inhaber seine wirtschaftliche Betätigung in dem Betrieb einstellt und der Übernehmer die wirtschaftliche Einheit im Wesentlichen unverändert fortführt. Maßgebliches Kriterium für den Übergang ist die tatsächliche Weiterführung oder Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit. Einer besonderen Übertragung einer irgendwie gearteten Leitungsmacht bedarf es zur Erfüllung des Merkmals der Fortführung des Betriebs nicht (*BAG 6. April 2006 - 8 AZR 222/04 - BAGE 117, 33 = AP BGB § 613a Nr. 299 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 49*). Ein Betriebsübergang liegt nur vor, wenn der Inhaber des Betriebs wechselt, indem unter Wahrung der Betriebsidentität an die Stelle des Veräußerers der Erwerber tritt (*BAG 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - AP BGB § 613a Nr. 294 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 45*). Maßgeblich ist die Weiterführung der Geschäftstätigkeit durch diejenige Person, die nunmehr für den Betrieb als Inhaber "verantwortlich" ist. Verantwortlich ist die Person, die den Betrieb im eigenen Namen führt (*BAG 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - a.a.O.*). Dabei ist es nicht erforderlich, dass der neue Inhaber den Betrieb auf eigene Rechnung führt. Es ist unschädlich, wenn der Gewinn an einen anderen abgeführt wird (*BAG 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - a.a.O.*). Betriebsinhaber ist, wer nach außen als solcher auftritt (*BAG 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - a.a.O.*). Es kommt nicht allein darauf an, wer im Verhältnis zur Belegschaft als Inhaber auftritt, sondern auf die umfassende Nutzung des Betriebs nach außen (*vgl. BAG 20. März 2003 - 8 AZR 312/02 - EzA BGB 2002 § 613a Nr. 7*).

25 Die Inhaberschaft geht dann über, wenn der neue Betriebsinhaber die wirtschaftliche Einheit nutzt und fortführt (*BAG 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - AP BGB § 613a Nr. 294 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 45*). Dies entspricht der Auslegung von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 durch den Europäischen Gerichtshof, wonach der Zeitpunkt des Übergangs im Sinne dieser Bestimmung dem Zeitpunkt entspricht, zu dem die Inhaberschaft, mit der die Verantwortung für den Betrieb der übertragenen Einheit verbunden ist, vom Veräußerer auf den Erwerber übergeht (*EuGH 26. Mai 2005 - C-478/03 - EuGHE I 2005, 4389 = AP Richtlinie 77/187/EWG Nr. 1*).

26 2.

Diese Grundsätze hat das Landesarbeitsgericht auf den Streitfall nicht richtig angewandt.

27 a)

Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht allerdings davon ausgegangen, einem Betriebsübergang stehe nicht entgegen, dass der Kaufvertrag vom 29. November 2004 unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) der Zahlung des gesamten Kaufpreises geschlossen worden ist. Denn es kommt nicht darauf an, ob das Rechtsgeschäft, das Grundlage für den Betriebsübergang ist, bedingt oder mit einem Rücktrittsrecht versehen ist. Es verliert dadurch nicht seine Eignung als taugliche Grundlage des allein anhand tatsächlicher Umstände und der Übernahme der Leitungsmacht durch den Betriebserwerber zu bestimmenden Übergangs des Betriebs auf einen anderen Inhaber (BAG 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - AP BGB § 613a Nr. 294 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 45). Der Realakt des Übergangs der Leitungsmacht kann nicht unter einen vertraglichen Bedingungs vorbehalt gestellt werden.

28 b)

Nicht rechtsfehlerfrei ist jedoch die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, für die Annahme eines Betriebsübergangs fehle es an einer tatsächlichen Übertragung von eine wirtschaftliche Einheit darstellenden Betriebsmitteln, weil kein Betriebsmittel übergegangen sei.

29 Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts steht einer tatsächlichen Überlassung der materiellen Betriebsmittel zur Nutzung und Fortführung des Betriebs an die B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr., endvertreten durch den Beklagten, bereits seit 1. Dezember 2004 nicht entgegen, dass der Insolvenzverwalter nach Scheitern des Verkaufs ohne ausdrückliche Zustimmung des Beklagten die Betriebsmittel verwertet und den Betrieb stillgelegt hat. Einer Rückübertragung der Betriebsmittel bedurfte es insoweit nicht. Die Verwertung von Betriebsmitteln oder die Stilllegung des Betriebs durch den Insolvenzverwalter war nicht deswegen ausgeschlossen, weil einem Dritten, hier der B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr., möglicherweise noch Besitzrechte an den Gegenständen zustanden. In der Veräußerung von Betriebsmitteln oder der Stilllegung des Betriebs durch den Insolvenzverwalter lag auch keine Betriebsfortführung durch diesen.

30 Zudem ist die Annahme des Landesarbeitsgerichts, eine Rückübertragung sei nicht erfolgt, von seinen Feststellungen nicht gedeckt. Gemeint ist offenbar die Rückübertragung besitzrechtlicher Positionen, da die Eigentümerstellung zu keinem Zeitpunkt auf die B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr. übergegangen war. Eine solche besitzrechtliche Rückübertragung könnte jedoch auch stillschweigend dadurch erfolgt sein, dass der Beklagte und der Insolvenzverwalter sich über eine solche konkludent geeinigt haben, indem der Beklagte für die B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr. keine Einwände gegen die Ankündigung des Insolvenzverwalters erhoben hat, den Betrieb am 20. Dezember 2004 stillzulegen, falls der Kaufpreis nicht bis 12.00 Uhr an diesem Tag eingegangen sei. Gemäß § 854 Abs. 2 BGB genügt die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers zum Besitzerwerb, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Hierzu hat das Landesarbeitsgericht keinerlei Feststellungen getroffen. Bei der Einigung nach § 854 Abs. 2 BGB handelt es sich um ein Rechtsgeschäft, welches auch stillschweigend möglich ist (Palandt/Bassenge § 854 BGB Rn. 6).

31 c)

Das Landesarbeitsgericht stützt seine Entscheidung ferner darauf, dass weder der Beklagte als für den Betrieb verantwortliche Person eine Geschäftstätigkeit entfaltet noch der Insolvenzverwalter seine Betätigung in dem Betrieb eingestellt habe. Die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts tragen diese Würdigung ebenfalls nicht.

32 aa)

Das Landesarbeitsgericht führt aus, der Beklagte sei dadurch, dass er sich in den zwei Wochen des Schwebezustands des Kaufvertrags möglicherweise wie ein Inhaber geriert habe, noch nicht die tatsächlich für den Betrieb verantwortliche Person gewesen. Bloße Erhaltungsmaßnahmen bis zu einer Entscheidung über die Fortführung eines Betriebs seien nicht als unternehmerische Fortführung des Betriebs anzusehen. Daraus wird nicht ersichtlich, auf welchen Feststellungen oder welcher Würdigung des Vorbringens der Parteien die Beurteilung des Landesarbeitsgerichts beruht.

Es ist nicht erkennbar, dass dieses insoweit die erforderliche Gesamtbetrachtung aller wesentlichen Umstände des Einzelfalls vorgenommen hat. Die Entscheidung erweist sich damit als rechtsfehlerhaft, ohne dass es auf die von dem Kläger erhobenen Verfahrensrügen ankommt.

33 bb)

Weiter nimmt das Landesarbeitsgericht an, die Führung des Betriebs durch einen neuen Inhaber setze voraus, dass dieser wenigstens in der Lage sei, den Betrieb mit eigenen Betriebsmitteln zu leiten.

34 Zwar ist das Eigentum an den Betriebsmitteln für die Frage, wer die Betriebsmittel in ihrer Gesamtheit nutzt, ohne Bedeutung (*BAG 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - AP BGB § 613a Nr. 294 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 45*). Das Landesarbeitsgericht hat aber ersichtlich nicht darauf abstellen wollen, dass das Eigentum an den Betriebsmitteln nicht auf die B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr. übertragen worden ist. Wie sich aus der weiteren Begründung des Landesarbeitsgerichts ergibt, fehlte es seiner Ansicht nach vielmehr deswegen an einem Betriebsinhaberwechsel, weil kein Wechsel in der tatsächlichen Herrschaft über die Betriebsmittel erfolgt sei. Ohne Herrschaftsaufgabe des bisherigen Inhabers an den Betriebsmitteln gebe es keinen Inhaberwechsel. Einer Herrschaftsaufgabe des Insolvenzverwalters vor Entrichtung des Kaufpreises habe § 3 des Kaufvertrags vom 29. November 2004 entgegengestanden.

35 Diese Annahme hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die nach den tatsächlichen Umständen zu entscheidende Frage, ob und gegebenenfalls wann ein Betriebsübergang vorliegt, unterliegt nicht der Disposition des Veräußerers oder Erwerbers (*vgl. EuGH 26. Mai 2005 - C-478/03 - EuGHE I 2005, 4389 = AP Richtlinie 77/187/EWG Nr. 1*). Nur soweit die Möglichkeit bzw. der Umfang der tatsächlichen Nutzung wesentlicher Betriebsmittel von vertraglichen Regelungen abhängt, können diese gegebenenfalls Bedeutung erlangen (*vgl. BAG 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - AP BGB § 613a Nr. 294 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 45*). Hierfür gibt es im Streitfall keine Anhaltspunkte. Selbst wenn § 3 des Kaufvertrags vom 29. November 2004 mit dem Landesarbeitsgericht so zu verstehen wäre, dass eine tatsächliche Überlassung der Betriebsmittel an die B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr. als die voraussichtliche Erwerberin zur Nutzung und damit Fortführung im eigenen Namen nicht erfolgen solle, solange der Kaufpreis nicht entrichtet sei, hätte der maßgebliche tatsächliche Ablauf anders gewesen sein können.

36 Zudem geht das Landesarbeitsgericht von einem bestimmten Verständnis des Regelungsinhalts von § 3 des Kaufvertrags vom 29. November 2004 aus, ohne näher zu begründen, wie es zu dieser Auslegung der Vertragsklausel gekommen ist. Aus den Entscheidungsgründen ergibt sich nicht, ob und gegebenenfalls nach welchen Grundsätzen das Landesarbeitsgericht seine Auslegung der vertraglichen Bestimmungen vorgenommen hat. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei den Regelungen des Kaufvertrags vom 29. November 2004 um sogenannte typische Vertragsklauseln handelte, deren Auslegung der vollen revisionsrechtlichen Überprüfung unterläge (*vgl. st. Rspr. BAG 19. Januar 2000 - 5 AZR 637/98 - BAGE 93, 212 [BAG 19.01.2000 - 5 AZR 637/98] = AP BGB § 611 Berufssport Nr. 19 = EzA EntgeltfortzG § 4 Nr. 3*). Die Auslegung der vorliegenden nichttypisierten Individualvereinbarung durch das Landesarbeitsgericht darf das Revisionsgericht lediglich daraufhin prüfen, ob dieses gegen allgemeine Denkgesetze, Erfahrungssätze, gesetzliche Auslegungsregeln oder Verfahrensvorschriften verstoßen oder wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat (*vgl. BAG 28. Juli 2005 - 3 AZR 433/04 -; 20. Februar 2001 - 9 AZR 46/00 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Gaststätten Nr. 11 = EzA TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 139 m.w.N.*).

37 Diesem eingeschränkten Überprüfungsmaßstab hält die rechtliche Würdigung des Landesarbeitsgerichts nicht stand. Dieses hat offenbar die erforderliche Auslegung des § 3 des Kaufvertrags nicht vorgenommen. Bei der Auslegung von Verträgen ist nach §§ 133, 157 BGB in erster Linie der gewählte Wortlaut und der diesem zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille maßgeblich (*BGH 10. Dezember 1992 - I ZR 186/90 - BGHZ 121, 13, 16*) [*BGH 10.12.1992 - I ZR 186/90*]. Weiterhin sind alle Begleitumstände in die Auslegung einzubeziehen, die dafür von Bedeutung sind, welchen Willen der Erklärende bei seiner Erklärung gehabt und wie der Empfänger

der Erklärung diese verstanden hat oder verstehen musste (*BAG 6. Februar 1974 - 3 AZR 232/73 - AP BGB § 133 Nr. 38*). Ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien geht dabei dem Wortlaut vor (*BAG 12. Juni 1975 - 3 AZR 355/74 - AP BGB § 133 Nr. 39*). Nach diesen Grundsätzen wäre auch ein anderes Verständnis der Regelung in § 3 des Kaufvertrags möglich als das, welches das Landesarbeitsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat. So könnte sich die vereinbarte aufschiebende Bedingung ausschließlich auf die rechtsgeschäftliche Übertragung des Betriebs beziehen und nicht, wovon das Landesarbeitsgericht ohne nähere Begründung ausgeht, auch auf eine möglicherweise bereits zuvor beabsichtigte tatsächliche Überlassung des Betriebs zur eigenverantwortlichen Fortführung. Dass eine rechtswirksame Veräußerung des Betriebs womöglich nicht bereits zum vorgesehenen Übergangsstichtag am 1. Dezember 2004 (§ 5 des Kaufvertrags) erfolgt sein würde, war angesichts der Frist für die Kaufpreiszahlung vor den 8. Dezember 2004 (§ 3 des Kaufvertrags) bereits bei Abschluss des Kaufvertrags absehbar. Dennoch sollte der 1. Dezember 2004 gemäß § 5 des Kaufvertrages der - jedenfalls rechtliche - Übergangsstichtag sein, wenn der Kaufvertrag durch die (nachträgliche) Kaufpreiszahlung wirksam würde. Dies kann dafür sprechen, dass die Parteien des Kaufvertrags davon ausgegangen sind, dass die vorgesehene Erwerberin - im Vorgriff auf die auch rechtliche Übertragung des Betriebs - tatsächlich bereits ab dem 1. Dezember 2004 für den Betrieb verantwortlich sein sollte. Für eine solche Auslegung des Kaufvertrags spricht auch das Rundschreiben des Insolvenzverwalters und der B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr. vom November 2004, in dem es heißt: "Nach der übertragenen Sanierung durch den Insolvenzverwalter RA W übergibt er die B GmbH zum 01.12.2004". Hinsichtlich der Übernahme materieller Betriebsmittel kann einer solchen in einem Kaufvertrag vorgesehenen (vorgezogenen) Besitzübergabe wesentliche Bedeutung zukommen (*vgl. BAG 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - AP BGB § 613a Nr. 294 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 45*).

38 cc)

Ob bereits eine eigenverantwortliche Fortführung des Betriebs durch die B Entwicklung GmbH & Co. i.Gr., vertreten durch den Beklagten, vorlag, kann der Senat nicht selbst abschließend entscheiden. Für die erforderliche Gesamtschau bedarf es weiterer Feststellungen.

39 Maßgeblich ist die umfassende tatsächliche Nutzung des Betriebs im eigenen Namen. Hierzu fehlen bisher ausreichende Feststellungen des Landesarbeitsgerichts. Nach dem im Wesentlichen streitigen Vorbringen des Klägers erscheint eine tatsächlich bereits erfolgte Fortführung des Betriebs durch die B Entwicklung GmbH & Co. i. Gr., vertreten durch den Beklagten, nicht als ausgeschlossen.

40 Für die erneute Würdigung des Landesarbeitsgerichts könnten außerdem die folgenden Gesichtspunkte von Bedeutung sein. Welche Betriebsmittel für einen Betrieb prägend sind, richtet sich nach der Eigenart des Betriebs (*BAG 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - AP BGB § 613a Nr. 294 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 45*), zu welcher das Landesarbeitsgericht noch keine Feststellungen getroffen hat. Soweit es auf die Besitzübergabe an materiellen Betriebsmitteln ankommt, wäre die vollständige Übertragung der vom Veräußerer innegehabten besitzrechtlichen Position auf den Erwerber erforderlich, wobei ein möglicherweise vor Ort tätiger Betriebsleiter als Besitztener iSv. § 855 BGB anzusehen wäre (*vgl. BAG 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - a.a.O.*). Entscheidend wäre dann, ob der Betriebsleiter Besitztener für den Veräußerer, dh. den Insolvenzverwalter geblieben oder Besitztener für den Erwerber geworden ist (*vgl. BAG 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - a.a.O.*). Letzteres wäre der Fall, wenn der Betriebsleiter die Betriebsmittel nach den Anweisungen des Erwerbers verwendet, wobei es nicht darauf ankommt, ob solche Anweisungen tatsächlich erteilt worden sind, sondern lediglich darauf, ob der Erwerber sie hätte erteilen können und ob der Betriebsleiter ihnen gefolgt wäre (*vgl. BAG 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - a.a.O.*). Wesentliches Indiz für die Betriebsinhaberschaft kann außerdem sein, wer auf welche Art und Weise über das Betriebskonto verfügt (*vgl. BAG 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - a.a.O.*).

41 III.

Sollte das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis gelangen, dass ab dem 1. Dezember 2004 ein Betriebsübergang auf die B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr. stattgefunden hat, so hat es eine persönliche Haftung des Beklagten in entsprechender Anwendung von § 11 Abs. 2 GmbHG für gegen die B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr. begründete Entgeltansprüche des Klägers für die Zeit vom 1. Dezember 2004 bis 25. Januar 2005 aus § 611 Abs. 1, § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zu prüfen.

42 1.

Der Beklagte haftet nicht als Kommanditist gemäß § 176 Abs. 1 HGB für möglicherweise gegen die B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr. begründete Entgeltansprüche des Klägers. Nach der Ausnahmeregelung in § 176 Abs. 1 Satz 1 aE HGB greift diese unbeschränkte persönliche Haftung nicht ein, wenn - wie im Streitfall - die KG bereits als GmbH & Co. KG im Geschäftsverkehr auftritt, weil nach zutreffender Ansicht aus der Firma allgemein ersichtlich ist, dass entsprechend dem nahezu ausschließlichen Erscheinungsbild der GmbH & Co. KG alle als Gesellschafter beteiligten natürlichen Personen Kommanditisten sind (*Hueck/Fastrich in Baumbach/ Hueck GmbHG 18. Aufl. § 11 Rn. 71; Hopt in Baumbach/Hopt HGB 33. Aufl. Anh § 177a HGB Rn. 19; jeweils m.w.N.*). Wenn in einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft keine natürliche Person persönlich haftet, muss die Firma gemäß § 19 Abs. 2 HGB eine Bezeichnung enthalten, welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet. Die Firmierung als "GmbH & Co. KG" genügt diesen Anforderungen (*Hopt § 19 Rn. 28/29 m.w.N.*).

43 2.

Die Handelndenhaftung entsprechend § 11 Abs. 2 GmbHG greift ein, wenn der Geschäftsführer einer noch nicht eingetragenen Komplementär-GmbH nach außen im Namen der KG auftritt, weil er mit den Geschäften der KG zugleich solche der geschäftsführungsbefugten Komplementär-Vorgesellschaft tätigt (*Hueck/Fastrich § 11 Rn. 70 m.w.N.*). Eine Haftung des Beklagten nach diesen Grundsätzen wäre allerdings dann ausgeschlossen, wenn die B Entwicklung GmbH & Co. KG i.Gr. oder ihre Komplementär-Vorgesellschaft später in das Handelsregister eingetragen worden wären. Die Handelndenhaftung erlischt nach § 11 Abs. 2 GmbHG analog sowohl mit einer Eintragung der Komplementär-Vorgesellschaft als auch mit der Eintragung der GmbH & Co. KG (*Hueck/Fastrich § 11 Rn. 53, 70 m.w.N.*). Zwar beruft sich der Beklagte auf die am 12. April 2005 erfolgte Eintragung einer J Entwicklung GmbH & Co. KG, in welche die B Entwicklung GmbH & Co. KG umfirmiert habe. Das Landesarbeitsgericht hat jedoch nicht festgestellt, wie und wann diese Umfirmierung erfolgt sein soll. Dass - und gegebenenfalls wann - die B Entwicklung GmbH als Komplementär-GmbH unter ihrer alten Firma in das Handelsregister eingetragen worden ist, ist ebenfalls nicht festgestellt.

Hauck
Böck
Breinlinger
Vesper
Pauli

Verkündet am 13. Dezember 2007

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.