

Aktenzeichen: 8 AZR 654/01
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 13. Februar 2003
- 8 AZR 654/01 -

I. Arbeitsgericht
Köln

Urteil vom 23. August 2000
- 3 Ca 419/00 -

II. Landesarbeitsgericht
Köln

Urteil vom 15. August 2001
- 7 Sa 1403/00 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichwort:

Betriebsübergang

Gesetze:

BGB § 613 a; UmwG § 20

Leitsatz:

Der Anstellungsvertrag eines GmbH-Geschäftsführers geht nicht nach § 613 a BGB auf einen Betriebserwerber über. § 613 a BGB erfaßt nur Arbeitsverhältnisse.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT

8 AZR 654/01
7 Sa 1403/00
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
13. Februar 2003

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

Streithelfer:

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 12. Dezember 2002 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsge-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

richt Hauck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Wittek, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux, die ehrenamtlichen Richter Hickler und Binder für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 15. August 2001 - 7 Sa 1403/00 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob und mit welchen Bedingungen zwischen ihnen im Wege eines Betriebsübergangs ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist und zu welchem Zeitpunkt dieses Arbeitsverhältnis durch arbeitgeberseitige Kündigung vom 5. Februar 2001 wirksam aufgelöst wurde bzw. wird.

Der Kläger war seit dem 1. Januar 1995 einer von zwei Geschäftsführern einer Firma M GmbH (im folgenden M GmbH), die in H einen Computerhandelsbetrieb mit ca. 75 Mitarbeitern unterhielt. Seit 1998 handelte es sich bei der M GmbH um eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der C Ltd. in Hongkong. Der Tätigkeit des Klägers lag der Geschäftsführeranstellungsvertrag vom 1. Januar 1995 zu Grunde.

Am 26. August 1999 schloß die M GmbH mit der F Computer GmbH als aufnehmendem Unternehmen einen Verschmelzungsvertrag. Bei der F Computer GmbH handelte es sich um ein Computerhandelsunternehmen mit Sitz in B, welches ebenfalls der C-Gruppe angehörte und im Zeitpunkt des Abschlusses des Verschmelzungsvertrages ca. 400 Arbeitnehmer beschäftigte. Zugleich erwarb die F Computer GmbH mit Kauf- und Abtretungsvertrag vom gleichen Tage von der Firma C Ltd. sämtliche Geschäftsanteile der M GmbH.

Ab dem 1. September 1999 wurde die Betriebsstätte der M GmbH in H nunmehr als Niederlassung K der F Computer GmbH weiterbetrieben. Während der bisherige weitere Geschäftsführer der M GmbH ausschied, wurde der Kläger ab dem 1. September 1999 als Leiter der Niederlassung K der F Computer GmbH geführt und



war als solcher tätig. Er wurde von der F Computer GmbH zur Sozialversicherung angemeldet. Zum Abschluß eines schriftlichen Anstellungsvertrages kam es nicht. Ausweislich der vom Kläger zu den Akten gereichten Verdienstabrechnungen bezog der Kläger ab September 1999 von der F Computer GmbH Gehalt in derselben Höhe, wie zuletzt als Geschäftsführer der M GmbH, nämlich 24.310,13 DM brutto monatlich zuzüglich Nebenleistungen, insgesamt 25.638,13 DM brutto monatlich. Der Kläger behielt seinen Dienstwagen, ein Fahrzeug des Typs BMW 540 i Touring mit Vollausstattung, welches ihm weiterhin auch zur uneingeschränkten Privatnutzung zur Verfügung stand.

Am 25. Oktober 1999 stellte die F Computer GmbH einen Insolvenzantrag. Zum vorläufigen Insolvenzverwalter wurde der Streithelfer bestellt. Dieser stellte Anfang Dezember 1999 neben den anderen Mitarbeitern auch den Kläger von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei und verlangte die Herausgabe seines Dienstwagens.

Am 3. Dezember 1999 kam es in der Betriebsstätte H zu einer Betriebsversammlung, auf welcher der Vorstandsvorsitzende der jetzigen Beklagten auftrat und ankündigte, daß die Beklagte per 1. Januar 2000 ihre Geschäftstätigkeit in den Räumen in H aufnehmen und den Arbeitnehmern neue Arbeitsverträge anbieten werde.

Zum 1. Januar 2000 wurde über das Vermögen der F Computer GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet. Insolvenzverwalter ist der Streithelfer des Klägers. Am 3. Januar 2000 nahm die jetzige Beklagte die Geschäftstätigkeit im Vertriebs- und Servicebereich in den Räumen der Betriebsstätte H auf. Sie beschäftigte 49 ehemalige Mitarbeiter der Niederlassung K der F Computer GmbH, denen sie neue Arbeitsverträge angeboten hatte. 18 weitere ehemalige Mitarbeiter der Niederlassung schieden aus eigenem Entschluß aus. Lediglich vier Mitarbeitern einschließlich des Klägers, die sämtlich den Bereichen Buchhaltung/Personalleitung zuzuordnen waren, hatte die Beklagte kein Beschäftigungsangebot gemacht. Hinsichtlich der Geschäftsräumlichkeiten in H schloß die Beklagte einen Mietvertrag mit dem Insolvenzverwalter der F Computer GmbH. Außerdem erwarb sie durch Kaufvertrag von diesem die gesamte Betriebs- und Geschäftsausstattung der Niederlassung K.

Am 19. Januar 2000 wurde die Verschmelzung der M GmbH mit der F Computer GmbH in das Handelsregister des für H zuständigen Amtsgerichts Brühl eingetragen. Zu einer Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister des für die Gemeinschuldnerin zuständigen Amtsgerichts B kam es nicht mehr.

Mitte August 2000 stellte die Beklagte ihre Geschäftstätigkeit am Standort H ein und schloß die dortige Betriebsstätte.



Die Beklagte kündigte mit Schreiben vom 26. Januar 2001 vorsorglich ein etwaiges Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zum 28. Februar 2001, hilfsweise zum nächstmöglichen Termin. Das Kündigungsschreiben ging dem Kläger am 31. Januar 2001 zu.

Mit der Klage hat der Kläger zunächst die Feststellung begehrt, daß zwischen ihm und der Beklagten seit dem 3. Januar 2000 ein Arbeitsverhältnis auf der Grundlage des Vertrages vom 1. Januar 1995 zustande gekommen sei. Ferner hat er die Gestellung eines Dienstfahrzeugs vom Typ BMW 540 i Touring auch zur uneingeschränkten privaten Nutzung verlangt. Der Kläger hat geltend gemacht, daß sich sein früheres Dienstvertragsverhältnis als Geschäftsführer mit Wirkung zum 1. September 1999 im Wege der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung in ein weisungsabhängiges Arbeitsverhältnis als Niederlassungsleiter umgewandelt habe, für welches jedoch - abgesehen von der Stellung und dem Status als Geschäftsführer - die Konditionen des Anstellungsvertrages vom 1. Januar 1995 hätten weiter gelten sollen. Der Kläger hat behauptet, mit Wirkung ab 1. September 1999 entsprechend den Vereinbarungen, die er mit dem Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin und deren Personalleiter getroffen habe, zu den materiellen Bedingungen des ursprünglichen Dienstvertrages vom 1. Januar 1995 jetzt als weisungsabhängiger Niederlassungsleiter beschäftigt worden zu sein. Die Weisungsabhängigkeit habe tatsächlich bestanden und sich zB darin dokumentiert, daß er zuvor als Geschäftsführer der M GmbH selbst darüber zu entscheiden gehabt habe, ob zusätzliches Personal benötigt würde; er als Niederlassungsleiter habe lediglich bei der in B ansässigen Zentrale der Gemeinschuldnerin Einstellungsanträge stellen können, über die von der Geschäftsleitung der Gemeinschuldnerin entschieden worden sei. Während er früher Zeugnisse selbst erteilt habe, habe er jetzt nur noch Beurteilungsvordrucke zur Vorbereitung der von der B Personalleitung ausgestellten Zeugnisse ausfüllen dürfen. Während er früher die Umsatz- und Rohertragsvorgaben als Geschäftsführer selbst erarbeitet habe, seien ihm als Niederlassungsleiter die Umsatzzahlen einschließlich der entsprechenden Marketingmaßnahmen von der B Geschäftsführung vorgegeben worden; er habe weder Einfluß noch Kenntnis über die Refinanzierungsmaßnahmen und -planungen gehabt. Der Kläger hat behauptet, daß dies den mündlichen Absprachen mit der Geschäftsführung der späteren Gemeinschuldnerin entsprochen habe und so ab dem 1. September 1999 auch praktiziert worden sei. Für das Ent- und Bestehen des Arbeitsverhältnisses zu der F Computer GmbH sei unerheblich, daß er daneben rechtlich noch Organ der M GmbH gewesen sei.



Der Kläger hat weiter die Auffassung vertreten, daß das so mit der Gemeinschuldnerin zustande gekommene Arbeitsverhältnis zum 3. Januar 2000 im Wege eines Betriebsübergangs auf die Beklagte übergegangen sei.

In Erweiterung seiner Klage hat sich der Kläger zweitinstanzlich auch gegen die Rechtswirksamkeit der Kündigung vom 26. Januar 2001 gewandt. Er hat insbesondere die Kündigungsfrist für unzutreffend gehalten.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

festzustellen, daß zwischen dem Kläger und der Beklagten seit dem 3. Januar 2000 ein Arbeitsverhältnis auf der Grundlage der materiellen Absprachen des Anstellungsvertrages vom 5. Januar 1995 besteht, d.h. mit einem Vergütungsanspruch in Höhe von 14 x 25.525,64 DM brutto sowie der Zahlung von Beiträgen zu einer Lebensversicherung im Jahresvolumen von 4.500,00 DM und Beiträgen zu einer Direktversicherung von 3.408,00 DM jährlich sowie mit der weiteren Absprache, daß die Gesamtbezüge um 5 % jährlich anzuheben sind;

die Beklagte zu verurteilen, den Kläger als Leiter der Niederlassung H zu beschäftigen und ihm die Geschäftsbereiche Personal, Vertrieb, administrative Verwaltung, Logistik und Service zu übertragen;

die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger ein Fahrzeug des Typs BMW 540 i Touring, Vollausstattung (Neupreis 130.000,00 DM), zur uneingeschränkten auch privaten Nutzung zu überlassen;

festzustellen, daß der Anstellungsvertrag des Klägers zur Beklagten nicht auf Grund der vorsorglichen ordnungsgemäßen Kündigung des Arbeitsverhältnisses vom 26. Januar 2001 zum 28. Februar 2001, hilfsweise zum nächstmöglichen Termin, beendet werden wird, sondern zu unveränderten Bedingungen fortbesteht.

Der Streithelfer ist den Anträgen des Klägers beigetreten.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Die Beklagte hat bestritten, daß der Kläger bei der Schuldnerin als Arbeitnehmer tätig gewesen sei. Da die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verschmelzung zwischen der M GmbH und der F Computer GmbH wegen der nicht erfolgten Eintragung in das Handelsregister (Amtsgericht B) des aufnehmenden Unternehmens nicht gegeben seien, sei der Kläger bis heute als Geschäftsführer und damit als Organ der rechtlich weiter existierenden M GmbH anzusehen. Schon mangels eines Arbeitsverhältnisses zur Schuldnerin könne deshalb § 613 a BGB nicht zu Lasten der Beklagten eingreifen.



Die Beklagte hat in der Berufungsinstanz weiter in Abrede gestellt, daß sie überhaupt Betriebsübernehmerin geworden sei. Der Betrieb sei vom Insolvenzverwalter zum 30. November 1999 stillgelegt worden. Wenn überhaupt, liege nur ein Teilbetriebsübergang vor, welcher nicht die Verwaltungsmitarbeiter, zu denen ggf. auch der Kläger zu rechnen wäre, erfaßt habe.

Selbst wenn ein Arbeitsverhältnis auf die Beklagte übergegangen sei, so sei dies nur zu den gesetzlichen Bedingungen erfolgt und es gelte nicht die im Geschäftsführervertrag vereinbarte lange Kündigungsfrist sowie die vereinbarte Geschäftsführervergütung. Insoweit sei allenfalls eine übliche Vergütung eines Niederlassungsleiters geschuldet. Die objektive Durchführung der Verschmelzung sei Voraussetzung für das Eingreifen von Modifikationen im Rechtsverhältnis gewesen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat über den Inhalt der Vereinbarungen zwischen dem Kläger und den Vertretern der F Computer GmbH sowie über die tatsächliche Stellung des Klägers ab 1. September 1999 Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen R und S. Das Landesarbeitsgericht hat die Kündigung der Beklagten wegen der Betriebsstillegung für wirksam gehalten, den Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers deshalb abgewiesen, im übrigen aber der Berufung des Klägers stattgegeben. Mit der Revision begehrt die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Der Kläger steht bis zum 31. Dezember 2003 in einem Arbeitsverhältnis zu der Beklagten. Er hat Anspruch auf Erfüllung der materiellen Verpflichtungen nach den Bedingungen seines ursprünglichen Geschäftsführervertrages zur M GmbH.

I. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, zwischen dem Kläger und der Firma F Computer GmbH sei ab dem 1. September 1999 ein Arbeitsverhältnis begründet worden, wonach der Kläger als weisungsabhängiger Niederlassungsleiter tätig geworden sei. Dies sei auf Grund einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung erfolgt. Der Kläger sei auch in einer für ein Arbeitsverhältnis typischen Weise weisungsabhängig beschäftigt worden. Die F Computer GmbH habe den Kläger zur Sozialversicherung angemel-



det und die vormaligen vertraglichen Leistungen erbracht. Der Stellung als Angestellter bei der F Computer GmbH stehe die fortdauernde formalrechtliche Organstellung des Klägers bei der nach wie vor rechtlich bestehenden M GmbH nicht entgegen.

Das somit entstandene Arbeitsverhältnis sei nach § 613 a BGB auf die Beklagte übergegangen. Die Beklagte habe sich mit dem Insolvenzverwalter der M GmbH über eine Fortführung des Betriebs geeinigt, der sodann in denselben Geschäftsräumen fortgeführt worden sei. Die Beklagte habe die Betriebsausstattung und 2/3 des Personals übernommen, das aus dem identitätsbildenden Bereich gestammt habe. Eine eventuelle Stilllegungsabsicht sei nicht verwirklicht worden. Die Beklagte habe auch nicht nur einen Teilbetrieb ohne Verwaltung übernommen. Das Arbeitsverhältnis sei nach der durch die Beweisaufnahme bestätigten Vereinbarung zu den Bedingungen des Geschäftsführervertrages fortgeführt worden. Es sei zwar durch die Kündigung der Beklagten vom 26. Januar 2001 wegen Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit beendet worden, ende aber auf Grund der Vereinbarungen erst mit dem Ablauf der langen Kündigungsfrist des Geschäftsführervertrages am 31. Dezember 2003.

II. Die Revision ist nicht begründet. Die Klage ist begründet, soweit das Landesarbeitsgericht ihr stattgegeben hat. Der Kläger befand sich ab 1. September 1999 bei der F Computer GmbH in einem Arbeitsverhältnis, welches nach § 613 a BGB auf die Beklagte übergegangen ist, ohne daß der Betrieb stillgelegt worden ist. Inhalt des Arbeitsvertrages war ua. die Fortzahlung des Geschäftsführergehalts, die Verpflichtung zur Zahlung der Beiträge zu den Versicherungen des Klägers und die Zurverfügungstellung des Dienstwagens auch zur privaten Nutzung. Die Beklagte war außerdem verpflichtet, bei der (im übrigen wirksamen) Kündigung die vertragliche Kündigungsfrist einzuhalten, so daß das Arbeitsverhältnis zu der Beklagten durch deren Kündigung vom 26. Januar 2001 erst zum 31. Dezember 2003 endet.

1. Der Kläger hat mit der F Computer GmbH einen Arbeitsvertrag abgeschlossen.

a) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, daß das Geschäftsführerdienstverhältnis des Klägers zu der M GmbH weder auf Grund einer Verschmelzung noch auf Grund eines Betriebsübergangs auf die F Computer GmbH übergegangen ist.

aa) Der Kläger wurde als Geschäftsführer der M GmbH nicht auf Grund der Verschmelzung Dienstnehmer der F Computer GmbH.



Die Verschmelzung selbst ist - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend festgestellt hat - wegen der Nichteintragung in das Handelsregister des für das aufnehmende Unternehmen zuständigen Amtsgerichts nach § 20 UmwG unwirksam. Eine wirksame Verschmelzung hätte nach § 20 Abs. 1 Ziff. 1 UmwG dazu geführt, daß das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers einschließlich seiner Verbindlichkeiten auf den übernehmenden Rechtsträger übergegangen wäre. Hierzu gehören auch die Verbindlichkeiten aus einem Dienstvertrag mit einem Organ des übertragenden Rechtsträgers, während die Organstellung mit der Verschmelzung erlischt (*Lutter UmwG 2. Aufl. § 20 Rn. 28; Kallmeyer UmwG § 20 Rn. 13, ebenso zur Vorläuferregelung § 25 Abs. 2 Satz 1 KapErhG; BAG 21. Februar 1994 - 2 AZB 28/93 - AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 17 = EzA ArbGG 1979 § 2 Nr. 28 mwN; Hockemeier Die Auswirkung der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften auf die Anstellungsverhältnisse der Geschäftsleiter S 28*). Selbst bei rechtswirksamer Verschmelzung hätte sich das als freies Dienstverhältnis begründete Anstellungsverhältnis also nicht mit dem Verlust der Organstellung infolge einer Fusion in ein Arbeitsverhältnis umgewandelt (*BGH 10. Januar 2000 - II ZR 251/98 - DB 2000, 813 = NZA 2000, 376; BAG 20. August 1998 - 2 AZR 12/98 - nv.; Lutter aaO; Kallmeyer aaO*).

Im Streitfall ist die M GmbH als juristische Person aber wegen der Nichteintragung nach wie vor existent. Der Kläger ist weiterhin rechtlich Geschäftsführer der M GmbH, wenn er auch insoweit nach dem 1. September 1999 nicht mehr tätig geworden ist.

bb) Das Geschäftsführeranstellungsverhältnis ist nicht nach § 613 a BGB auf die F Computer GmbH übergegangen.

Anlässlich der fehlgeschlagenen Verschmelzung ist es zwar zu einem Betriebsübergang gekommen, denn sämtliche Arbeitnehmer der M GmbH wurden von der F Computer GmbH mit gleichem Betriebszweck unter Nutzung der bisherigen Betriebsmittel weiterbeschäftigt. Die beiden Parteien des Verschmelzungsvertrages sind nach § 7 Abs. 1 des Verschmelzungsvertrages auch davon ausgegangen, daß es sich hierbei um einen Betriebsübergang handelt. § 613 a BGB bleibt von einer (fehlgeschlagenen) Verschmelzung unberührt.

§ 613 a BGB erfaßt jedoch nur bestehende Arbeitsverhältnisse, nicht Dienstverhältnisse eines Organmitglieds. § 613 a BGB ist insoweit auch nicht analog anwendbar.



Soweit es das Anstellungsverhältnis erfordert und die Organstellung nicht verbietet, wendet die Rechtsprechung zwar einzelne Bestimmungen aus dem Recht der abhängigen Arbeitnehmer auch auf den GmbH-Geschäftsführer an (*BGH 9. November 1967 - II ZR 64/67 - BGHZ 49, 30 zum Zeugnisanspruch; 3. Dezember 1962 - II ZR 201/61 - AP BGB § 611 Urlaubsrecht Nr. 89 zum Urlaubsanspruch; Kasseler Handbuch/Senne 2. Aufl. 4.1 Rn. 8*). Das gilt allgemein dann, wenn das Bedürfnis der Sicherung der persönlichen oder wirtschaftlichen Existenz höher anzusiedeln ist, als die Stellung als Unternehmensleiter (*Lutter-Hommelhoff GmbHG 15. Aufl. Anh. § 6 Rn. 3; Oberrath MDR 1999, 134 f.*).

Die entsprechende Anwendung des § 613 a BGB auf Organe juristischer Personen wird jedoch übereinstimmend abgelehnt (*OLG Hamm 18. Juni 1990 - 8 U 146/89 - GmbHR 1991, 466 = DStR 1991, 884 bei Anstellung bei der KG, vgl. Nichtannahmebeschluß des BGH 15. April 1991 - II ZR 197/90 -; OLG Celle 15. Juni 1977 - 3 U 96/76 - OLGZ 1978, 199 = DB 1977, 1840*). Auch das Schrifttum ist dieser Auffassung (*Marsch-Barner/Diekmann Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 3 GmbHG § 43 Rn. 28; Bauer DB 1979, 2178, 2181; Schwab NZA 1987, 839, 842; Schaub in MünchKommBGB 3. Aufl. § 613 a Rn. 13; ders. in Arbeitsrechtshandbuch 9. Aufl. § 118 Rn. 10; Palandt-Putzo BGB 60. Aufl. § 613 a Rn. 2; Soergel-Raab BGB 12. Aufl. § 613 a Rn. 16; ErfK-Preis 2. Aufl. § 613 a BGB Rn. 67; Erman/Hanau BGB 10. Aufl. § 613 a Rn. 42; KR-Pfeiffer 5. Aufl. § 613 a BGB Rn. 14; Oberrath MDR 1999, 139; Hennsler RdA 1992, 289, 296; Kasseler Handbuch/Hattesen 2. Aufl. 6.7. Rn. 98; MünchArbR/Wank 2. Aufl. § 124 Rn. 28; aA Annuß ZinsO 2001, 344, 346 ff. im Falle des Übergangs der den Arbeitsplatz tatsächlich bestimmenden betrieblichen Struktur und Nichtvorhandensein einer beim Erwerber schon bestehenden "Leitungsmacht").*

Eine entsprechende Anwendung kommt regelmäßig nur in Betracht, wenn die gesetzliche Regelung planwidrig lückenhaft erscheint und zur Ausfüllung der Lücke die Übertragung der Rechtsfolge eines gesetzlichen Tatbestands auf einen vergleichbaren, aber im Gesetz nicht geregelten Tatbestand erforderlich ist (*BAG 11. Juli 2000 - 1 ABR 39/99 - BAGE 95, 240 = AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 44*); insbesondere der allgemeine Gleichheitssatz sie gebietet (*vgl. BAG 12. November 1992 - 8 AZR 157/92 - BAGE 71, 355 = AP Einigungsvertrag Anl. I Kap. XIX Nr. 6; 9. November 1994 - 7 AZR 19/94 - BAGE 78, 244 = AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 33; 24. Juni 1986 - 3 AZR 1/85 - BAGE 52, 238 = AP HAG § 29 Nr. 2; 24. März 1998 - 9 AZR 218/97 - AP BGB § 613 a Nr. 178 = EzA BGB § 613 a Nr. 165*). Dabei muß eine dem Plan des Gesetzgebers widersprechende Lücke bestehen oder sich jedenfalls später durch eine Veränderung der Le-



bensverhältnisse ergeben haben. Der dem Gesetz zugrunde liegende Regelungsplan ist aus ihm selbst im Wege der historischen und teleologischen Auslegung zu schließen und es ist zu fragen, ob das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, unvollständig ist (*Larenz/Canaris Methodenlehre der Rechtswissenschaft 3. Aufl. S 191 ff., 194*).

§ 613 a BGB enthält keine planwidrige Lücke hinsichtlich der im Dienstverhältnis stehenden Organmitglieder juristischer Personen. § 613 a BGB wurde bereits durch das Gesetz vom 15. Januar 1972 - BGBl. I S 13 eingefügt. Diese Norm ist danach sowohl durch das Gesetz vom 13. August 1980 - BGBl. I S 1308 und vom 28. Oktober 1994 - BGBl. I S 3210 geändert worden, ohne daß hinsichtlich des persönlichen Geltungsbereichs Veränderungen vorgenommen wurden. Der Zweck des § 613 a Abs. 1 BGB, mit dem die EG Richtlinie Nr. 77/187 vom 14. Februar 1977 (ABl. EG L 61 vom 5. März 1977) umgesetzt wurde, besteht neben der Gewährleistung der Kontinuität des Betriebsrats und der Klärung der Haftung des Betriebsveräußerers und -erwerbers in erster Linie in der Schließung einer Lücke im Kündigungsschutzrecht bei bestehenden Arbeitsverhältnissen (*ausführlich BAG 17. Januar 1980 - 3 AZR 160/79 - BAGE 32, 326 = AP BGB § 613 a Nr. 18; Richardi RdA 1976, 56; Erman/Hanau BGB 10. Aufl. § 613 a Rn. 3 - 5*). Die Beschränkung auf Arbeitsverhältnisse läßt sich den Materialien eindeutig entnehmen (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. VI/1786 S 59).

Der Geschäftsführer ist nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG nicht gegen Kündigungen geschützt. Die Anwendung des § 613 a BGB würde damit nicht eine Lücke im Kündigungsschutz schließen, sondern einen solchen Schutz erst schaffen. Eine darüber hinausgehende extensive Anwendung kann auch nicht damit begründet werden, daß nach § 613 a BGB auch nicht dem Kündigungsschutzgesetz unterfallende Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber übergehen und der Schutz des § 613 a BGB damit weiter als der des § 1 KSchG ist (*so aber Annuß ZinsO 2001, 344, 346*). Daß der Gesetzgeber in einem Teilgebiet den Kündigungsschutz verstärkt hat, führt nicht dazu, daß nunmehr alle Nichtarbeitnehmer im Falle des Betriebsübergangs einen stärkeren Kündigungsschutz genießen als sonst. Die Einbeziehung der Arbeitnehmer ohne Kündigungsschutz in den Geltungsbereich des § 613 a BGB ist bloße Nebenfolge der für Arbeitsverhältnisse grundsätzlich geltenden Bestandsschutzvorschriften. Sie ist überdies durch das Gemeinschaftsrecht zwingend vorgegeben. Denn zu den Arbeitnehmern iSd. Richtlinie 77/187 gehören alle Personen, die nach nationalem Recht Kündigungsschutz als Arbeitnehmer haben (*vgl. auch BAG 24. März 1998 - 9 AZR 218/97 -*



AP BGB § 613 a Nr. 178 = EzA BGB § 613 a Nr. 165 und 3. Juli 1980 - 3 AZR 1077/78 - BAGE 34, 34 = AP BGB § 613 a Nr. 23 zum Heimarbeitsverhältnis).

Eine entsprechende Anwendung von § 613 a Abs. 4 BGB auf Organvertreter, die nicht in einem Arbeitsverhältnis stehen, ist auch nicht nach Art. 3 Abs. 1 GG geboten. Dienstnehmer und Geschäftsführer sind nicht schutzlos willkürlichen Kündigungen ausgesetzt. Vielmehr sind die Generalklauseln in den §§ 134, 138 und 242 BGB maßgeblich.

Gegen eine analoge Anwendung des § 613 a BGB auf Organvertreter spricht schließlich die Stellung, die ein Geschäftsführer im Verhältnis zu den Gesellschaftern innehat. Zwischen ihm und den bestellenden Personen muß ein Vertrauen bestehen. Es ist für den Betriebserwerber nicht zumutbar, an die Besetzung der Leitungsfunktion gebunden zu sein und hier nicht eine Person seines Vertrauens auswählen zu können. Dem kann auch nicht entgegnet werden, daß die Arbeitsverhältnisse von Prokuristen oder anderer leitender Angestellter übergehen, die angesichts ihrer Stellung ebenfalls auf ein erhebliches Vertrauen der Gesellschafter angewiesen sind und in Anspruch nehmen (vgl. *Erman/Hanau BGB 10. Aufl. § 613 a Rn. 42; MünchArbR/Wank 2. Aufl. § 124 Rn. 28*).

b) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend ausgeführt, daß der Kläger mit der F Computer GmbH durch Rechtsgeschäft ein Arbeitsverhältnis begründet hat. Es hat nach Durchführung der Beweisaufnahme festgestellt, daß der Kläger nach dem rechtsgeschäftlichen Willen der Vertragsparteien ab 1. September 1999 als weisungsabhängiger Niederlassungsleiter bei der F Computer GmbH beschäftigt werden sollte und auch als solcher beschäftigt worden ist.

aa) Diese Würdigung ist für den Senat bindend (§ 561 ZPO). Eine vom Berufungsgericht gem. § 286 Abs. 1 ZPO vorgenommene Würdigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer Beweisaufnahme ist durch das Revisionsgericht nur beschränkt nachprüfbar. Dieses kann lediglich überprüfen, ob das Berufungsgericht die Voraussetzungen und die Grenzen des § 286 Abs. 1 ZPO gewahrt und eingehalten hat. Revisionsrechtlich von Bedeutung ist deshalb nur, ob das Berufungsgericht tatsächlich den gesamten Inhalt der Verhandlungen berücksichtigt und alle erhobenen Beweise gewürdigt hat, ob die Beweiswürdigung in sich widerspruchsfrei sowie frei von Verstößen gegen Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze ist und ob sie rechtlich möglich ist. Dabei verlangt die Berücksichtigung des Ergebnisses



einer Beweisaufnahme nicht eine Würdigung jeder Einzelausführung eines Zeugen oder Sachverständigen. Es reicht aus, daß insgesamt widerspruchsfrei und umfassend zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung genommen wird (*BAG 25. Februar 1998 - 2 AZR 327/97 - nv., zu II 1 der Gründe mwN; 21. März 2001 - 5 AZR 352/99 - BAGE 97, 215 = AP MuSchG 1968 § 3 Nr. 16; 16. Mai 2002 - 2 AZR 730/00 - zur Veröffentlichung vorgesehen <zVv.>; 12. April 2002 - 2 AZR 148/01 - zVv.; 1. Oktober 1997 - 5 AZR 685/96 - BAGE 86, 347 = AP MuSchG 1968 § 3 Nr. 11 mwN; 21. März 2001 - 5 AZR 352/99 - BAGE 97, 215 = AP MuSchG 1968 § 3 Nr. 16*). Diesem Prüfungsmaßstab hält die Beweiswürdigung stand. Zulässige Verfahrensrügen hat die Revision nicht erhoben. Auch sind keine Widersprüche in der Beweiswürdigung ersichtlich. Das Landesarbeitsgericht hat das Ergebnis der Beweisaufnahme umfassend verwertet. Dabei hat das Landesarbeitsgericht auch die Tatsache gewürdigt, daß die formalrechtliche Fortexistenz der M GmbH nicht vom Vorstellungsbild der Vertragsschließenden erfaßt war. Dabei hat es im wesentlichen darauf abgestellt, daß der Kläger bereits ab 1. September 1999 als Niederlassungsleiter tätig geworden ist und die Verschmelzung im übrigen - unabhängig von ihrer rechtlichen Wirksamkeit - tatsächlich vollzogen wurde, was die Beklagte schriftsätzlich ausdrücklich eingeräumt hat.

Die Beklagte hatte bis zur Beweisaufnahme immer gänzlich bestritten, daß der Kläger mit den Vertretungsberechtigten der F Computer GmbH überhaupt eine Tätigkeit als weisungsabhängiger Niederlassungsleiter vereinbart hat und daß dies auch ab 1. September 1999 tatsächlich praktiziert worden ist. Wenn die Beklagte nunmehr erstmals in der Revision vorträgt, daß die rechtswirksame Verschmelzung im Rechtssinne Bedingung (§ 154 BGB) oder zumindest Geschäftsgrundlage für die Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses gewesen sei, stellt die Beklagte die Behauptungen des Klägers und das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht mehr insgesamt in Abrede, sondern trägt - als neue Tatsache - eine rechtsvernichtende Einwendung vor. Ein solcher neuer - dazu auch nicht hinreichender konkreter - Sachvortrag ist in der Revisionsinstanz unbeachtlich.

Daß der Arbeitsvertrag rechtlich im Sinne einer Bedingung an die Wirksamkeit der Verschmelzung geknüpft werden sollte, folgt entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht aus der Aussage des Zeugen R, wonach zu klären war, wie "nach" der Fusion mit dem Kläger umgegangen werden sollte. Diese Aussage ist lediglich vor dem Hintergrund zu würdigen, daß die Fusion unabhängig von der Eintragung tatsächlich als vollzogen behandelt wurde, kennzeichnet daher nur einen zeitlichen Ablauf, sie bestätigt aber nicht die Vereinbarung einer Bedingung iSd. § 154 BGB.



Der Annahme eines Arbeitsverhältnisses steht auch nicht der Umstand entgegen, daß die F Computer GmbH sämtliche Anteile der M GmbH erworben und somit im Namen der M GmbH dem Kläger in dessen Eigenschaft als Geschäftsführer der M GmbH Weisungen erteilen können. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, daß nach dem Inhalt der Beweisaufnahme feststeht, daß der Kläger als abhängiger Niederlassungsleiter der F Computer GmbH tätig werden sollte. Letztere meldete den Kläger bei der Sozialversicherung an, sie zahlte das Gehalt, Weisungen erhielt der Kläger in deren Namen.

bb) Das Landesarbeitsgericht geht des weiteren zutreffend davon aus, daß es rechtlich unerheblich ist, daß die Organstellung des Klägers und das Dienstverhältnis zu der nach wie vor rechtlich bestehenden M GmbH fortbesteht. Eine fortbestehende Organstellung in einem Unternehmen steht der rechtsgeschäftlichen Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit einem Drittunternehmen nicht entgegen, selbst wenn die Willenserklärungen anlässlich der geplanten Verschmelzung beider Unternehmen abgegeben werden und die Verschmelzung scheitert. Der Abschluß mehrerer Dienst- und Arbeitsverträge nebeneinander ist auf Grund der Privatautonomie nicht ausgeschlossen, auch nicht im Zusammenhang mit dem Verlust einer Organstellung.

Ein Dienstvertrag verwandelt sich zwar bei einem (hier nicht vorliegenden) Verlust der Organstellung nicht automatisch in einen Arbeitsvertrag, weder bei einer Verschmelzung (*BAG 21. Februar 1994 - 2 AZB 28/93 - AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 17 = EzA ArbGG 1979 § 2 Nr. 28 mwN*) noch in sonstigen Fällen des Verlustes, zB bei einer Abberufung (*BAG 25. Juni 1997 - 5 AZB 41/96 - AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 36 = EzA ArbGG 1979 § 2 Nr. 37*). Die bisherige rechtliche Zuordnung eines schuldrechtlichen Vertrages zu den Vertragstypen des BGB bleibt hiervon unberührt. Das Bundesarbeitsgericht hat aber sowohl im Falle der Fusion (*BAG 22. Februar 1974 - 2 AZR 289/73 - AP ArbGG 1953 § 5 Nr. 19 = EzA ArbGG § 2 Nr. 3*) als auch in sonstigen Fällen des Verlustes der Organstellung darauf hingewiesen, daß mit der Vereinbarung der Weiterbeschäftigung auf einen anderen Dienstposten das Anstellungsverhältnis in ein Arbeitsverhältnis umgewandelt wird. Dies gilt sogar dann, wenn dieser andere Dienstposten die Organstellung bei einer abhängigen Gesellschaft beinhaltet. Wird etwa ein bei einer Konzernobergesellschaft beschäftigter Arbeitnehmer zum Geschäftsführer einer konzernabhängigen Gesellschaft bestellt, so kann der mit der Konzernobergesellschaft abgeschlossene Arbeitsvertrag nach wie vor die Rechtsgrundlage für die Geschäftsführerbestellung bei der Tochtergesellschaft sein (*BAG 25. Juni 1997*



- 5 AZB 41/96 - AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 36 = EzA ArbGG 1979 § 2 Nr. 37, zu II 1 b bb der Gründe mwN).

Damit hat das Bundesarbeitsgericht letztlich nur einen Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes der Privatautonomie dargestellt, wonach es der Begründung eines Arbeitsverhältnisses nicht widerspricht, daß ein Dienstnehmer zugleich als Organ in einem Dienstverhältnis steht. Genauso wenig hindert die Organstellung des Klägers bei der M GmbH eine Begründung eines Arbeitsverhältnis bei der F Computer GmbH. Ob tatsächlich ein Arbeitsverhältnis mit Weisungsgebundenheit zustande gekommen ist, hängt allein vom rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien und der tatsächlichen Handhabung ab und stellt lediglich eine Tatsachenfrage dar, die hier vom Landesarbeitsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise beantwortet wurde.

2. Das so entstandene Arbeitsverhältnis ist im Wege des Betriebsübergangs von der F Computer GmbH auf die Beklagte übergegangen.

a) Nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB tritt ein Erwerber in die Rechte und Pflichten eines Arbeitsverhältnisses ein, wenn ein Betrieb oder Betriebsteil übergeht. Ein Betriebsübergang liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger die wirtschaftliche Einheit unter Wahrung von deren Identität fortführt. Ob ein im wesentlichen unveränderter Fortbestand der organisierten Gesamtheit "Betrieb" bei dem neuen Inhaber anzunehmen ist, richtet sich nach den Umständen des konkreten Falles. Zu den maßgeblichen Tatsachen hierfür zählen insbesondere die Art des betreffenden Betriebs, der Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter sowie deren Wert und Bedeutung, die Übernahme der immateriellen Betriebsmittel und der vorhandenen Organisation, der Grad der Ähnlichkeit mit der Betriebstätigkeit des bisherigen Inhabers, die Weiterbeschäftigung der Hauptbelegschaft, der Übergang von Kundschaft und Lieferantenbeziehungen und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung der Betriebstätigkeit (*st. Rspr. des Senats im Anschluß an EuGH 11. März 1997 - Rs C 13/95 - EuGHE I 1997, 1259 (Ayse Süzen)*; vgl. nur BAG 25. Mai 2000 - 8 AZR 416/99 - BAGE 95, 1 = AP BGB § 613 a Nr. 209, zu II 1 a der Gründe; 26. August 1999 - 8 AZR 827/98 - BAGE 92, 251 = AP BGB § 613 a Nr. 197, zu I 3 a, c der Gründe mwN). Der Übergang eines Betriebsteils steht für dessen Arbeitnehmer dem Betriebsübergang gleich. Auch bei dem Erwerb eines Betriebsteils ist es erforderlich, daß die wirtschaftliche Einheit ihre Identität bewahrt (BAG 26. August 1999 - 8 AZR 718/98 - AP BGB § 613 a Nr. 196 = EzA BGB § 613 a Nr. 185, zu B II 1 der Gründe). Betriebsteile sind Teileinheiten (Teilorganisationen) des Betriebs. Es muß sich um eine selbständige ab-



trennbare organisatorische Einheit handeln, die innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks einen Teilzweck erfüllt. Das Merkmal des Teilzwecks dient dabei zur Abgrenzung der organisatorischen Einheit. Im Teilbetrieb müssen nicht andersartige Zwecke als im übrigen Betrieb verfolgt werden (*BAG 26. August 1999 - 8 AZR 718/98 - aaO; 14. Dezember 2000 - 8 AZR 220/00 - nv.; Soergel-Raab BGB 12. Aufl. § 613 a Rn. 20; Staudinger-Richardi/Annuß BGB 13. Bearbeitung § 613 a Rn. 51*). Bei übertragenen sächlichen und immateriellen Betriebsmitteln muß es sich um eine organisatorische Untergliederung handeln, mit der innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wird, auch wenn es sich nur um eine untergeordnete Hilfsfunktion handelt. § 613 a BGB setzt für den Teilbetriebsübergang voraus, daß die übernommenen Betriebsmittel bereits bei dem früheren Betriebsinhaber die Qualität eines Betriebsteils hatten (*Senat 24. April 1997 - 8 AZR 848/94 - NZA 1998, 253, zu II 2 b aa der Gründe; 11. September 1997 - 8 AZR 555/95 - BAGE 86, 271, 277 f. = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 16, zu B 3 b der Gründe; 13. November 1997 - 8 AZR 52/96 - EzA BGB § 613 a Nr. 166, zu B I 2 a der Gründe; 11. Dezember 1997 - 8 AZR 729/96 - BAGE 87, 303, 305 ff. = AP BGB § 613 a Nr. 172, zu B I 2 a der Gründe; 26. August 1999 - 8 AZR 718/98 - aaO; 25. Mai 2000 - 8 AZR 335/99 - nv.*).

b) Das Landesarbeitsgericht hat unter Beachtung dieser Rechtsgrundsätze zutreffend festgestellt, daß die Beklagte von dem Insolvenzverwalter der F Computer GmbH durch Rechtsgeschäft einen Betrieb übernommen hat. Am 3. Januar 2000 nahm die Beklagte laut den bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts die Geschäftstätigkeit im Vertriebs- und Servicebereich in den Räumen der Betriebsstätte H auf. Sie beschäftigte 49 ehemalige Mitarbeiter der Niederlassung K der F Computer GmbH, denen sie neue Arbeitsverträge angeboten hatte. Lediglich vier Mitarbeitern einschließlich des Klägers, die sämtlich den Bereichen Buchhaltung/Personalleitung zuzuordnen waren, hatte die Beklagte kein Beschäftigungsangebot gemacht. Hinsichtlich der Geschäftsräumlichkeiten in H schloß die Beklagte einen Mietvertrag mit dem Streithelfer. Außerdem erwarb sie durch Kaufvertrag von diesem die gesamte Betriebs- und Geschäftsausstattung der Niederlassung K.

c) Auf Grund dieser Feststellungen und der oa. Rechtsgrundsätze ist von einem Betriebsübergang auszugehen. Das Landesarbeitsgericht hat des weiteren festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht zu einem abgrenzbaren und ggf. nicht übergegangenen Betriebsteil gehörte. Hinsichtlich dieser Feststellungen, sowie zu dem



Komplex Betriebsübergang überhaupt hat die Beklagte in der Revision auch keinerlei Einwendungen mehr erhoben.

3. Der Streithelfer hat den Betrieb nicht stillgelegt.

a) Unter Betriebsstillegung ist die Auflösung der zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zu verstehen, die ihre Veranlassung und zugleich ihren unmittelbaren Ausdruck darin findet, daß der Arbeitgeber die bisherige wirtschaftliche Betätigung in der ernstlichen Absicht einstellt, den bisherigen Betriebszweck dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne nicht weiter zu verfolgen. Der Arbeitgeber muß endgültig entschlossen sein, den Betrieb stillzulegen (*BAG 22. Januar 1998 - 8 AZR 358/95 - nv.; 27. Februar 1997 - 2 AZR 160/96 - BAGE 85, 194 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 1*). Bei der Prüfung, ob eine wirtschaftliche Einheit übergegangen ist, ist die Dauer einer evtl. Unterbrechung der betrieblichen Tätigkeit zu berücksichtigen. Bei alsbaldiger Wiedereröffnung des Betriebs oder bei alsbaldiger Wiederaufnahme der Produktion durch einen Erwerber spricht eine tatsächliche Vermutung gegen die ernsthafte Absicht, den Betrieb stillzulegen (*vgl. BAG 22. Mai 1997 - 8 AZR 101/96 - BAGE 86, 20 = AP BGB § 613 a Nr. 154; 27. April 1995 - 8 AZR 197/94 - BAGE 80, 74 = AP BGB § 613 a Nr. 128*).

b) Das Landesarbeitsgericht hat unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ebenfalls zutreffend festgestellt, daß der Insolvenzverwalter keinen Entschluß zur endgültigen Betriebsstillegung gefaßt hatte. Die widerrufliche Freistellung des Klägers und der weiteren Mitarbeiter am 1. Dezember 1999 war nicht Bestandteil eines solchen Entschlusses. Dies folgt schon daraus, daß am 3. Dezember 1999 der Vorstandsvorsitzende der jetzigen Beklagten auf einer Betriebsversammlung auftrat und ankündigte, daß die jetzige Beklagte per 1. Januar 2000 ihre Geschäftstätigkeit in den Räumen in H aufnehmen werde und den Arbeitnehmern neue Arbeitsverträge anbieten werde. Tatsächlich nahm die Beklagte den Betrieb am 3. Januar 2000 wieder auf, so daß allenfalls eine kurzfristige Unterbrechung vorlag.

c) Auch hinsichtlich dieser Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, sowie zu dem Komplex Betriebsstillegung überhaupt hat die Beklagte in der Revision keinerlei Einwendungen mehr erhoben.



4. Der Feststellungsantrag zu 1 mit dem im Tenor bezeichneten Inhalt des Arbeitsverhältnisses ist begründet. Das Arbeitsverhältnis richtete sich in den materiellen Bedingungen nach dem Geschäftsführeranstellungsvertrag. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, daß der Personalleiter dem Kläger telefonisch zugesagt hat, die Rechte und Pflichten des Anstellungsvertrags sollten im Rahmen eines Arbeitsvertrags mit der F Computer GmbH weiter gelten, auch das Gehalt sollte 1 zu 1 gezahlt werden. Der Kläger habe in materieller Hinsicht bei der F Computer GmbH genauso behandelt werden sollen wie bei der M GmbH. Diese Beweiswürdigung ist für das Revisionsgericht bindend. Soweit die Beklagte dagegen einwendet, daß sich die Abreden auf die Zeit "nach" der Fusion beziehen sollten und daß nunmehr das Gesetz und damit nach § 612 BGB eine übliche Vergütung als vereinbart gelte, da die Fusion nicht rechtswirksam zustande gekommen sei, so ist unklar, ob die Beklagte damit wiederum die Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung vorträgt oder lediglich die Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts angreift. Ein neuer Sachvortrag hinsichtlich einer aufschiebenden Bedingung ist für den Senat unbeachtlich und die Beweiswürdigung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Die Beklagte kann insbesondere nicht erfolgreich geltend machen, daß nach § 20 UmwG die Bedingungen des Anstellungsvertrags bei wirksamer Verschmelzung ohnehin fort gegolten hätten. Die Beklagte macht insoweit wohl das Fehlen eines Rechtsfolgewillens geltend. Dem steht aber schon entgegen, daß Gegenstand der Vereinbarungen auch die Umwandlung bzw. Begründung eines Arbeitsverhältnisses war. Auch sollte der Kläger eine andere Funktion, nämlich die eines Niederlassungsleiters einnehmen. Deshalb waren die Erklärungen insgesamt auf eine Rechtsgestaltung ausgerichtet, unabhängig von den gesetzlichen Folgen einer Verschmelzung.

Damit steht dem Kläger 14 mal jährlich das zuletzt gezahlte Gehalt zu (§ 5 Ziffer 1 Geschäftsführervertrag). Die Beklagte ist weiter verpflichtet, Beiträge zu einer Lebensversicherung im Jahresvolumen von 4.500,00 DM (§ 5 Ziffer 4 des Geschäftsführervertrages) und zu einer Direktversicherung mit 3.408,00 DM jährlich (§ 5 Ziffer 3 des Geschäftsführervertrages) zu erbringen. Außerdem ist die Beklagte verpflichtet, jährlich das Gehalt um 5 % zum 1.1. des Folgejahres zu erhöhen (§ 5 Ziffer 6 des Geschäftsführervertrages).

Hieraus folgt auch die Begründetheit des Leistungsantrags des Klägers. Die Beklagte ist nach § 6 Ziffer 1 des Geschäftsführervertrages verpflichtet, dem Kläger einen angemessenen Dienstwagen auch zur privaten Nutzung zur Verfügung zu stel-



len. Die Parteien streiten nicht darüber, daß der im landesarbeitsgerichtlichen Tenor zu 3 genannte Dienstwagentyp als solcher angemessen ist.

5. Die Beklagte hat das Arbeitsverhältnis am 26. Januar 2001 zum 28. Februar 2001 gekündigt. Das Landesarbeitsgericht hat diese Kündigung für wirksam gehalten, aber nur mit einer Kündigungsfrist bis zum 31. Dezember 2003. Auch insoweit ist die Revision der Beklagten unbegründet.

Legt man den Geschäftsführervertrag zugrunde, konnte die Beklagte nach dessen § 2 Ziffer 2 überhaupt erst nach Ablauf der ab 1. Januar 1995 beginnenden Grundvertragsdauer von sechs Jahren ordentlich kündigen. Die Grundvertragsdauer endete am 31. Dezember 2000. Nach § 2 Ziffer 3 des Geschäftsführervertrages verlängerte sich der Vertrag um jeweils drei Jahre, wenn er nicht mit einer Frist von 12 Monaten zum Ende der jeweiligen Verlängerung gekündigt wurde. Daraus ergibt sich, daß der Vertrag somit erstmalig zum 31. Dezember 2003 ordentlich kündbar war.

Das Landesarbeitsgericht hat den Sachvortrag widerspruchsfrei und umfassend dahingehend gewürdigt, daß auch in Bezug auf die Kündigungsfristen der Geschäftsführervertrag gelten sollte. Die Fortgeltung des Geschäftsführervertrages war dem Kläger mehrfach zugesichert worden, ohne daß insofern Einschränkungen gemacht worden sind. Bei diesen vom Landesarbeitsgericht gewürdigten Absprachen der Parteien handelt es sich um die Auslegung von Willenserklärungen individueller Art, die grundsätzlich Sache der Tatsacheninstanz ist. In diesen Fällen ist eine Überprüfung durch das Revisionsgericht nur dahin möglich, ob das Berufungsgericht eine Auslegung völlig unterlassen hat, ob diese unzureichend ist oder gegen ein Gesetz verstößt oder wesentlicher Auslegungstoff nicht herangezogen worden ist (*BAG 8. Juni 2000 - 2 AZR 207/99 - BAGE 95, 62 = AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 49; 17. Februar 1966 - 2 AZR 162/65 - AP BGB § 133 Nr. 30; 7. Oktober 1993 - 2 AZR 260/93 - AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 16 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 9*). Die der Auslegung des Landesarbeitsgerichts zugrundeliegenden Tatsachenfeststellungen, die das Revisionsgericht binden, sofern dagegen keine durchgreifenden Revisionsangriffe erhoben sind (§ 561 Abs. 2 ZPO), sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Es sind keine begründeten Revisionsrügen iSv. § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO erhoben worden.

Das Landesarbeitsgericht hat in seine Auslegung auch auf die nunmehr von der Beklagten gerügte Formulierung des Zeugen R, daß man sich in einem schriftlichen Vertrag daran habe "anlehnen" wollen, was in dem alten Vertrag des Klägers gestanden hat, einbezogen und darauf hingewiesen, daß der Zeuge weiter hinzugefügt



hätte, daß auch ein "Zehnjahresvertrag" von der F Computer GmbH übernommen worden wäre. Angesichts der Zusage der Fortgeltung sämtlicher Bedingungen des Geschäftsführervertrages hat das Landesarbeitsgericht diese Aussage nicht als Dissens zu einem Punkt angesehen. Auch dies ist nicht zu beanstanden. Die Revision will lediglich die Vertragsabsprachen anders gewürdigt sehen und setzt ihre Würdigung an die Stelle derer des Landesarbeitsgerichts, ohne reversible Rechtsfehler aufzuzeigen.

III. Die Kostentscheidung beruht auf den §§ 97, 101 ZPO. Die Beklagte hat auch die Kosten des Streithelfers zu tragen.

Hauck

Dr. Wittek

Laux

Hickler

Binder

