Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Aktenzeichen: 8 AZR 918/06

Bundesarbeitsgericht 8. Senat	Urteil vom 25. Oktober 2007 - 8 AZR 918/06 -
I. Arbeitsgericht Hildesheim	Urteil vom 6. Dezember 2005 - 2 Ca 319/05 -
II. Landesarbeitsgericht Niedersachsen	Urteil vom 17. Juli 2006 - 8 Sa 179/06 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Betriebsübergang - Kündigung - Vergütungsansprüche

Gesetze:

BGB §§ 134, 273, 286, 288, 298, 611, 613a, 615, 855; BetrVG §§ 21b, 102; GmbHG §§ 7, 8, 11; KSchG § 11; SGB X § 115; ZPO §§ 286, 559, 563

Leitsätze:

keine

Hinweise des Senats:

Parallelsachen 25. Oktober 2007 - 8 AZR 917/06 - (führend), - 8 AZR 918/06 - (vorliegend), - 8 AZR 919/06 -, - 8 AZR 920/06 -, - 8 AZR 921/06 -

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

BUNDESARBEITSGERICHT

8 AZR 918/06
8 Sa 179/06
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
25. Oktober 2007

URTEIL

Diederich, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

1.

Beklagte zu 1), Berufungsklägerin zu 1) und Revisionsklägerin zu 1),

2.

Beklagter zu 2), Berufungskläger zu 2) und Revisionskläger zu 2),

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 25. Oktober 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Bähringer und Henniger für Recht erkannt:

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Die Revision der Beklagten zu 1) gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 17. Juli 2006 - 8 Sa 179/06 - wird zurückgewiesen.

Auf die Revision des Beklagten zu 2) wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 17. Juli 2006 - 8 Sa 179/06 - im Kostenausspruch und soweit aufgehoben, als es die Berufung des Beklagten zu 2) zurückgewiesen hat.

Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Vergütungsansprüche und die Wirksamkeit einer von der Beklagten zu 1) ausgesprochenen ordentlichen Kündigung. 1

Der Kläger war seit dem 1. Juli 2000 bei der A GmbH und ihren Rechtsvorgängern als Kommunikationselektroniker in B beschäftigt. Die A GmbH befasste sich mit der Entwicklung, der Herstellung, dem Marketing und dem Vertrieb von mechanischen und elektronischen Komponenten, Systemen und Software für die Telekommunikation. Sie beschäftigte 28 Arbeitnehmer. 2

Am 1. Januar 2005 wurde über das Vermögen der A GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet und Rechtsanwalt W zum Insolvenzverwalter bestellt. Ab Januar 2005 stand dieser mit dem Beklagten zu 2) in Verhandlungen wegen der Übernahme wesentlicher Teile des Betriebsvermögens. Der Beklagte zu 2) kaufte am 11. Februar 2005 die Gesellschaftsanteile der S Vermögensverwaltungs- und Beteiligungs GmbH (im Folgenden: S). Diese war seit 28. Oktober 2004 beim Amtsgericht Hannover im Handelsregister eingetragen. Bei dieser Gesellschaft handelt es sich um eine auf Vorrat gegründete GmbH, die noch keine unternehmerischen Aktivitäten entfaltet hatte. Das Stammkapital in Höhe von 25.000,00 Euro war eingezahlt. Am 11. Februar 2005 wurde durch Gesellschafterbeschluss der bisherige Geschäftsführer der S abberufen und der Beklagte zu 2) zum alleinigen Geschäftsführer bestellt. Ferner wurde der Gesellschaftsvertrag geändert. Die Gesellschaft sollte in A C GmbH (Beklagte zu 1)) 3

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

umbenannt, ihr Sitz von Hannover nach B verlegt und das Stammkapital auf 1.000.000,00 Euro erhöht werden. Gegenstand des Unternehmens sollte die Entwicklung, die Herstellung, das Marketing und der Vertrieb von mechanischen und elektronischen Komponenten, Systemen und Software für die Telekommunikation sein sowie der Betrieb aller Geschäfte, die geeignet sind, diesen Gesellschaftszweck zu fördern. Die notarielle Urkunde über den neu gefassten Gesellschaftsvertrag enthält die Versicherung des Beklagten zu 2), die Stammeinlage in Höhe von 1.000.000,00 Euro vollständig erbracht zu haben und die Bevollmächtigung der Notariatsangestellten Änderungen und Ergänzungen der notariellen Urkunde und des Gesellschaftsvertrages zu beschließen, die zur Eintragung im Handelsregister ggf. zweckmäßig erscheinen. Der Beschluss, das Stammkapital zu erhöhen, wurde am 23. August 2006 wieder aufgehoben. Die Umfirmierung und der Wechsel der Geschäftsführung wurden am 10. Oktober 2006 im Handelsregister eingetragen. Die Eintragungen zum Unternehmensgegenstand und zum Sitz der GmbH wurden nicht geändert. Eine am 26. Juli 2006 zwischenzeitlich eingetragene Löschung der S von Amts wegen auf Grund Vermögenslosigkeit der Gesellschaft war am 10. Oktober 2006 „auf Grund erheblicher Verfahrensfehler“ von Amts wegen rückgängig gemacht worden.

Der Kläger schloss - ebenso wie alle anderen Arbeitnehmer der Insolvenzschuldnerin - einen schriftlichen Anstellungsvertrag mit der A C GmbH, vertreten durch den Beklagten zu 2) als Geschäftsführer. Dieser auf den 15. Februar 2005 datierte Vertrag sah als Beginn der Arbeitsaufnahme den 1. März 2005 vor. Der Anstellungsvertrag wurde für die Arbeitgeberin von Herrn B unterzeichnet, der hierzu durch den Beklagten zu 2) am 23. Februar 2005 schriftlich bevollmächtigt worden war. Weiter schlossen der Kläger und der Insolvenzverwalter einen Aufhebungsvertrag, der als Datum der Unterzeichnung den 28. Februar 2005 enthält und die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses zum 28. Februar 2005 vorsieht. Ob der Vertrag tatsächlich am 28. Februar 2005 unterzeichnet wurde, ist zwischen den Parteien streitig. 4

Unter dem 23. Februar 2005 bevollmächtigte der Beklagte zu 2) als Geschäftsführer der A C GmbH die Herren H und Sc schriftlich zur gemeinschaftlichen Unterzeichnung von Bestellungen, Auftragsbestätigungen und Angeboten. 5

Ab 1. März 2005 überließ der Insolvenzverwalter die Betriebsmittel der Insolvenzschuldnerin dem Beklagten zu 2) und dessen Firma, ohne dass es zuvor zum Abschluss des dem Wortlaut nach bereits abgestimmten Kaufvertrages über das 6

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Betriebsvermögen gekommen war. Diese Betriebsmittel wurden zur Bearbeitung von Aufträgen genutzt. Unter der Firma A C GmbH wurden auch Aufträge an Dritte vergeben. Der Kläger arbeitete - ebenso wie die übrigen ehemaligen Mitarbeiter der Insolvenzschuldnerin - ab März 2005 in den Räumen der Insolvenzschuldnerin in B mit den dort vorhandenen Betriebsmitteln für die A C GmbH. Für den Monat März 2005 erhielt er seitens dieser Firma eine Lohnabrechnung. Der Beklagte zu 2) hielt sich mehrere Male in den Betriebsräumen auf. Bei einer Betriebsversammlung Anfang 2005 verhandelte er mit den Mitarbeitern wegen der ausstehenden Märzgehälter. Der Beklagte zu 2) fühlte sich - wie er in der Berufungsverhandlung ausdrücklich erklärt hat - für die Märzgehälter ebenso wie für die Mitarbeiter verantwortlich. Am 21. April 2005 wählten die Beschäftigten einen neuen Betriebsrat.

Da bislang keine Kaufpreiszahlungen durch die Beklagten an den Insolvenzverwalter erfolgt waren, teilte dieser mit Schreiben vom 29. März 2005 dem Beklagten zu 2) mit: 7

> „Vorsorglich weise ich darauf hin, dass ich über den 31.03.2005 hinaus keine Bestellungen gegenüber Lieferanten und anderen Vertragspartnern genehmigen bzw. bestätigen werde. Nachdem die Firma A C GmbH das Personal der Schuldnerin übernommen hat, obliegt Ihnen - als Geschäftsführer der Firma A C GmbH - die Leitung des Betriebes; Voraussetzung für eine Fortführung des Geschäftsbetriebs ist allerdings der Erwerb der Betriebsmittel.
>
> Ich sehe der Kontaktaufnahme und insbesondere dem Kaufpreisnachweis entgegen."

Da die Kaufpreisfinanzierung bis zum 22. April 2005 nicht gesichert war, brach der Insolvenzverwalter die Kaufverhandlungen ab. Er verwertete im Mai 2005 Teile der Betriebs- und Geschäftsausstattung der Insolvenzschuldnerin und nahm Verkaufsverhandlungen über „DVB" und „IBC" auf. Die Umsätze, welche die A C GmbH im März und April 2004 erzielt hatte und die ihrem Konto gutgeschrieben waren, verlangte der Insolvenzverwalter heraus. 8

Nachdem der Kläger auch für den Monat April 2005 keine Vergütung erhalten hatte, machte er entsprechend seiner Ankündigung im Mahnschreiben vom 25. April 2005 ab dem 9. Mai 2005 ein Zurückbehaltungsrecht bezüglich seiner Arbeitsleistung geltend. 9

Von Mai bis Oktober 2005 erhielt der Kläger Arbeitslosengeld in Höhe von 7.763,36 Euro. Darüber hinaus erzielte er einen Zwischenverdienst von 160,00 Euro 10

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

netto. Mit Anwaltsschreiben vom 29. Juli 2005, dem eine vom Beklagten zu 2) unterzeichnete Vollmacht beigefügt war, kündigte die A C GmbH das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis zum 31. August 2005. Der Betriebsrat war vor Ausspruch der Kündigung nicht angehört worden.

Der Kläger hält die ausgesprochene Kündigung wegen fehlender Betriebsratsanhörung für unwirksam und verlangt Arbeitsvergütung für die Zeit von März bis Oktober 2005 abzüglich des erhaltenen Arbeitslosengeldes und des erzielten Zwischenverdienstes. Er meint, der Betrieb sei am 1. März 2005 auf die Beklagte zu 1) übergegangen, weil diese ab diesem Zeitpunkt die Betriebsmittel tatsächlich für die eigene wirtschaftliche Tätigkeit genutzt habe. Dass es nicht zu einem wirksamen Vertragsschluss zwischen dem Insolvenzverwalter und der Beklagten zu 1) gekommen sei, stehe dem Betriebsübergang nicht entgegen. Der Betrieb sei auch nicht wieder an den Insolvenzverwalter zurückgefallen. Der Aufhebungs- und der neue Anstellungsvertrag seien als Umgehungsgeschäfte unwirksam. Der Beklagte zu 2) hafte für seine Vergütungsansprüche unter dem Gesichtspunkt der Handelndenhaftung. 11

Der Kläger hat beantragt, 12

1. die Beklagten zu 1) und 2) werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 20.188,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 %Punkten über dem Basiszinssatz auf 5.047,18 Euro seit dem 6. Juni 2005, auf 7.570,77 Euro seit dem 28. Juni 2005, auf 12.617,95 Euro seit dem 4. August 2005, auf 20.188,72 Euro seit dem 18. November 2005 abzüglich gezahlter 160,00 Euro netto und 7.763,36 Euro übergegangener Ansprüche auf Grund des Arbeitslosengeldbezuges zu zahlen,
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 29. Juli 2005 nicht beendet worden ist.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt. 13

Sie bestreiten das Vorliegen eines Betriebsüberganges. Zwischen dem Insolvenzverwalter und der Beklagten zu 1) sei es zu keiner Vereinbarung über die Übertragung von Betriebsvermögen der Insolvenzschuldnerin gekommen. Der Insolvenzverwalter habe zu keinem Zeitpunkt seine Verfügungsbefugnis und seinen Status als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin und deren Betriebsmittel aufgegeben. Er habe keine dauerhafte Nutzung der Betriebsmittel gewährt. Auch habe er nach Abbruch der Kaufverhandlungen die Betriebserlöse 14

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

herausverlangt. Soweit der Beklagte zu 2) geschäftlich aktiv geworden sei, sei dies auf Grund seiner unzutreffenden Würdigung der Tatsachen, insbesondere hinsichtlich der Kreditierung und seiner Befugnisse geschehen. Eine persönliche Haftung scheide daher aus. Die Beklagten hätten die betriebliche Tätigkeit letztlich nicht im eigenen Namen und auf eigene Rechnung vorgenommen, sondern seien nur für den Insolvenzverwalter tätig geworden. Jedenfalls sei davon auszugehen, dass der Betrieb mit Abbruch der Verkaufsverhandlungen am 22. April 2005 wieder an den Insolvenzverwalter zurückgefallen sei.

Der mit dem Kläger geschlossene Anstellungsvertrag sei unwirksam. Er sei zusammen mit dem Aufhebungsvertrag geschlossen worden, um der Haftung nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zu entgehen. Geschäftsgrundlage für den Anstellungsvertrag sei die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Insolvenzverwalter gewesen. Auch sei der Anstellungsvertrag unter der aufschiebenden Bedingung der Bewilligung der Finanzierung gestanden. 15

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufungen der Beklagten zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Mit ihren Revisionen verfolgen die Beklagten ihre Klageabweisungsanträge weiter, während der Kläger die Zurückweisung der Revisionen beantragt. 16

Entscheidungsgründe

Die Revision des Beklagten zu 2) hat Erfolg, nicht jedoch die Revision der Beklagten zu 1). 17

A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die von der Beklagten zu 1) am 29. Juli 2005 zum 31. August 2005 ausgesprochene Kündigung habe das zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1) bestehende Arbeitsverhältnis nicht beendet. Die Kündigung sei wegen fehlender Anhörung des bei der Beklagten zu 1) gebildeten Betriebsrats gemäß § 102 BetrVG unwirksam. 18

Der in Insolvenz gefallene Betrieb der A C GmbH sei am 1. März 2005 durch Rechtsgeschäft iSd. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Beklagte zu 1) übergegangen. Diese habe am 1. März 2005 am selben Ort, in denselben Räumlichkeiten, mit denselben Arbeitsmaterialien und mit denselben Mitarbeitern die gleichen Tätigkeiten verrichtet wie zuvor die Insolvenzschuldnerin. Der Beklagte zu 2) habe sich in seiner 19

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Eigenschaft als Geschäftsführer der Beklagten zu 1) als Inhaber des Betriebes geriert und für diesen - wie er in der mündlichen Verhandlung eingeräumt habe - verantwortlich gefühlt. Für den Wechsel in der Betriebsinhaberschaft spreche ferner der Abschluss der - unwirksamen - Aufhebungsverträge mit den Arbeitnehmern der Insolvenzschuldnerin. Durch den Abschluss dieser Verträge habe der Insolvenzverwalter zum Ausdruck gebracht, im Arbeitsverhältnis mit dem Kläger keine Willenserklärungen mehr abgeben zu wollen. Es sei unschädlich, dass der Insolvenzverwalter von der Beklagten zu 1) die durch deren Geschäftstätigkeit erzielten Erlöse herausverlangt habe. Ein Betriebsübergang scheitere nicht daran, dass die Beklagte zu 1) nicht Eigentümerin der Betriebsmittel geworden sei und dass die Arbeitsverträge mit der A C GmbH abgeschlossen worden seien, die als solche nicht im Handelsregister eingetragen gewesen sei. Bei unternehmensbezogenen Geschäften gehe der Wille der Beteiligten regelmäßig dahin, dass der wahre Betriebsinhaber Vertragspartner werden solle. Der Betriebsübergang sei durch Rechtsgeschäft erfolgt, auch wenn es nicht zum Abschluss des Kaufvertrages gekommen sei. Es sei ausreichend, dass der Insolvenzverwalter der Beklagten zu 1) die Betriebsmittel anlässlich des geplanten Verkaufes der Insolvenzschuldnerin zur Verfügung gestellt habe.

Der Betrieb sei nach dem endgültigen Scheitern der Kaufpreisfinanzierung 20
nicht an den Insolvenzverwalter zurückgefallen. Er sei nicht als organisatorische Gesamtheit rückübertragen worden. Der Insolvenzverwalter habe weder den Betrieb noch einen Betriebsteil im eigenen Namen fortgeführt. Die Verwertung einzelner Betriebsmittel durch ihn stelle keinen Betriebsübergang dar.

Der Kläger habe gegen die Beklagte zu 1) Anspruch auf Arbeitsvergütung für 21
die Zeit ab 1. März 2005 gemäß § 611 BGB und ab Mai 2005 nach § 615 BGB aus Annahmeverzug.

Der Beklagte zu 2) hafte in entsprechender Anwendung des § 11 Abs. 2 22
GmbHG für die Vergütung persönlich. Die Verwendung des Mantels der auf Vorrat gegründeten S stelle wirtschaftlich eine Neugründung dar, auf welche die Vorschriften über die Gründung einer GmbH anzuwenden seien. Dies folge aus der materiellen Unterkapitalisierung der Vorrats-GmbH. Bereits nach Ablauf eines Monats sei das Eigenkapital, nämlich die Stammeinlage in Höhe von 25.000,00 Euro, allein durch die Vergütungsansprüche der 28 beschäftigten Arbeitnehmer verbraucht gewesen. Darin zeige sich die mangelnde Fähigkeit der Gesellschaft, ohne Aufstockung der Stammeinlage angemessen zu wirtschaften.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

B. Die Revision der Beklagten zu 1) ist unbegründet. 23

I. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht angenommen, dass die Kündigung der Beklagten zu 1) vom 29. Juli 2005 das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis nicht beendet hat. Die Kündigung ist gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. 24

1. Zum Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung bestand zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1) ein Arbeitsverhältnis. Damit ging die Kündigung nicht „ins Leere“, was die Unbegründetheit der gegen die Wirksamkeit der Kündigung erhobenen Feststellungsklage zur Folge hätte *(Senat 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - AP BGB § 613a Nr. 294 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 45 mwN)*. 25

Die Beklagte zu 1) war am 1. März 2005 auf Grund eines Betriebsüberganges in die Rechte und Pflichten aus dem zwischen dem Kläger und der Insolvenzschuldnerin bestehenden Arbeitsverhältnis eingetreten, § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB. Dem steht der zwischen dem Kläger und dem Insolvenzverwalter geschlossene Aufhebungsvertrag zum 28. Februar 2005 nicht entgegen, da dieser unwirksam ist. Die Beklagte zu 1) hatte ihre zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruches bestehende Arbeitgeberstellung auch nicht durch einen weiteren Betriebsübergang vor Ausspruch der Kündigung verloren. 26

a) Der Betrieb der Insolvenzschuldnerin ist am 1. März 2005 auf die Beklagte zu 1) gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB übergegangen. 27

aa) Ein Betriebsübergang liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger die wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer 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. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit übergegangen ist, sind sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen zu berücksichtigen. Zu diesen zählen insbesondere die Art des betreffenden Betriebes, der Übergang materieller 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 sowie die Dauer einer eventuellen Unterbrechung der Betriebstätigkeit 28

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

(vgl. Senat 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - AP BGB § 613a Nr. 320 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 64 mwN).

Der Betriebsübergang tritt mit dem Wechsel in der Person des Inhabers des Betriebes ein. Der bisherige Inhaber muss seine wirtschaftliche Betätigung in dem Betrieb oder Betriebsteil einstellen; der Übernehmer muss die Geschäftstätigkeit tatsächlich weiterführen oder wieder aufnehmen. Der Wechsel der Inhaberschaft tritt nicht ein, wenn der neue „Inhaber“ den Betrieb nicht führt *(Senat 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - AP BGB § 613a Nr. 294 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 45)*. Einer besonderen Übertragung einer irgendwie gearteten Leitungsmacht bedarf es für die Erfüllung des Merkmals „Fortführung des Betriebes“ nicht *(Senat 6. April 2006 - 8 AZR 222/04 - BAGE 117, 349 = AP BGB § 613a Nr. 299 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 49)*. Ein Betriebsübergang liegt nur vor, wenn der Inhaber des Betriebes wechselt, indem der Erwerber unter Wahrung der Betriebsidentität an die Stelle des Veräußerers tritt. 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 in eigenem Namen führt und nach außen als Betriebsinhaber auftritt *(Senat 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - aaO)*. 29

Das Tatbestandsmerkmal des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB „Übergehen durch Rechtsgeschäft“ ist weit zu verstehen. Der Begriff „Rechtsgeschäft“ erfasst alle Fälle einer Fortführung der wirtschaftlichen Einheit im Rahmen vertraglicher und sonstiger rechtsgeschäftlicher Beziehungen, ohne dass unmittelbare Vertragsbeziehungen zwischen dem bisherigen Inhaber und dem Erwerber bestehen müssen *(st. Rspr.; vgl. Senat 26. August 1999 - 8 AZR 827/98 - BAGE 92, 251 = AP BGB § 613a Nr. 197 = EzA BGB § 613a Nr. 187 mwN)*. Durch dieses Tatbestandsmerkmal werden die Fälle der Gesamtrechtsnachfolge und der Übertragung auf Grund eines Hoheitsaktes von der Anwendbarkeit des § 613a BGB ausgeschlossen *(Senat 6. April 2006 - 8 AZR 222/04 - BAGE 117, 349 = AP BGB § 613a Nr. 299 = EzA BGB 2002 § 613a Nr 49)*. Es kommt nicht darauf an, ob das Rechtsgeschäft, das Grundlage für den Betriebsübergang ist, bedingt oder mit einem Rücktrittsrecht versehen ist *(Senat 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - AP BGB § 613a Nr. 294 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 45)*. Ein Betriebsübergang setzt auch nicht die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes voraus *(BAG 6. Februar 1985 - 5 AZR 411/83 - BAGE 48, 59 = AP BGB § 613a Nr. 44 = EzA BGB § 613a Nr. 44)*. Für die Annahme eines Betriebsüberganges ist der tatsächliche Übergang und die Nutzung der wesentlichen Betriebsmittel entscheidend *(Senat 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - aaO)*. 30

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

bb) Nach diesen Grundsätzen ist die vom Landesarbeitsgericht getroffene Feststellung, dass der Betrieb der Insolvenzschuldnerin am 1. März 2005 durch Rechtsgeschäft auf die Beklagte zu 1) übergegangen ist, nicht zu beanstanden. 31

Der Betriebsübergang scheitert nicht daran, dass es zum Abschluss des bereits im Entwurf vorliegenden Kaufvertrages zwischen dem Insolvenzverwalter und der Beklagten zu 1) nicht gekommen ist. Die Beklagte zu 1) hat den Betrieb der Insolvenzschuldnerin am 1. März 2005 übernommen und im eigenen Namen fortgeführt. Ab diesem Zeitpunkt hat sie denselben Betriebszweck verfolgt und die gleichen Tätigkeiten verrichtet wie die Insolvenzschuldnerin bis zum 28. Februar 2005. Dabei ist die Beklagte zu 1) unter Vorgriff auf die Eintragung der beschlossenen Firmenänderung unter der Firma A C GmbH und damit im eigenen Namen am Markt aufgetreten, hat Aufträge erteilt und angenommen sowie Umsätze erzielt, die ihrem eigenen Konto gutgeschrieben worden sind. Die Beklagte zu 1) ist damit nach außen gegenüber Kunden und Lieferanten als Inhaberin des Betriebes aufgetreten. Ferner hat sie das Personal der Insolvenzschuldnerin übernommen. Die Beklagte zu 1) hat nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts mit allen Arbeitnehmern, die zuvor bei der Insolvenzschuldnerin beschäftigt waren, Anstellungsverträge geschlossen. Zwar rügt die Beklagte zu 1), das Landesarbeitsgericht sei zu diesen Feststellungen unter Verletzung seiner Aufklärungspflicht gelangt. Diese Verfahrensrüge ist jedoch unzulässig. Wird eine Verletzung der Aufklärungspflicht gerügt, genügt es nicht, pauschal auf die Verletzung der Aufklärungspflicht hinzuweisen. Vielmehr muss der Rügende im Einzelnen vortragen, welchen konkreten Hinweis das Landesarbeitsgericht auf Grund welcher Tatsachen hätte erteilen müssen und welche weiteren erheblichen Tatsachen der Rügende in der Berufungsinstanz daraufhin vorgetragen hätte. Nur so kann das Revisionsgericht feststellen, ob die gerügte Verletzung möglicherweise für das Urteil kausal war *(BAG 6. Januar 2004 - 9 AZR 680/02 - BAGE 109, 145 = AP ArbGG 1979 § 74 Nr. 11 = EzA ZPO 2002 § 551 Nr. 1)*. Die Beklagte zu 1) hat weder vorgetragen, welchen Hinweis das Landesarbeitsgericht hätte erteilen müssen, noch dargelegt, auf Grund welcher Umstände für das Landesarbeitsgericht Anlass zu einer weiteren Sachaufklärung bestanden hätte. Ein solcher Anlass ist auch nicht ersichtlich. Schon das Arbeitsgericht hatte festgestellt, dass die Beklagte zu 1) 28 Arbeitnehmer übernommen hat. Dagegen hatten sich die Beklagten in der Berufungsinstanz nicht gewandt. 32

Auch durch den Abschluss der Anstellungsverträge hat die Beklagte zu 1) gegenüber den Arbeitnehmern zum Ausdruck gebracht, den Betrieb im eigenen 33

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Namen führen zu wollen und deren Arbeitgeberin zu sein. Sie hat das Direktionsrecht auch tatsächlich ausgeübt. Dafür war es nicht erforderlich, dass der Beklagte zu 2) als ihr Geschäftsführer persönlich Weisungen erteilt hat. Der Betriebsübergang setzt nicht voraus, dass das Direktionsrecht gegenüber den Arbeitnehmern durch den Betriebsinhaber bzw. durch dessen vertretungsberechtigtes Organ selbst ausgeübt wird *(Senat 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - AP BGB § 613a Nr. 294 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 45)*. Der Betrieb wurde nicht durch den Beklagten zu 2), sondern durch den Betriebsleiter Sc geführt. Dieser handelte für die Beklagte zu 1). Dies folgt daraus, dass er - wie alle Arbeitnehmer - mit der Beklagten zu 1) einen Arbeitsvertrag geschlossen hatte und damit dem Weisungsrecht ihres Geschäftsführers unterlag. Ob dieser tatsächlich Weisungen erteilt hat, ist nicht erheblich *(vgl. Senat 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - aaO)*.

Die Beklagte zu 1) hat in Ausübung ihrer Arbeitgeberfunktion zudem für den Monat März 2005 Lohnabrechnungen erstellt und durch ihren Geschäftsführer mit den Arbeitnehmern wegen des rückständigen Märzgehaltes verhandelt. 34

Für den Wechsel der Leitungsmacht spricht auch der Abschluss der Aufhebungsverträge. Damit hat der Insolvenzverwalter dokumentiert, dass er das Direktionsrecht nicht mehr ausüben werde. Dementsprechend hat er im Schreiben vom 29. März 2005 darauf hingewiesen, dass dem Beklagten zu 2), als Geschäftsführer der Beklagten zu 1) seit Übernahme des Personals die Leitung des Betriebes obliege. 35

Die Beklagte zu 1) hat für ihre wirtschaftliche Tätigkeit ab 1. März 2005 dieselben Betriebsmittel verwendet, wie zuvor die Insolvenzschuldnerin. Diese Mittel hatte ihr der Insolvenzverwalter zur Nutzung zur Verfügung gestellt. Mit der Überlassung der Betriebsmittel am 1. März 2005 ist die Beklagte zu 1) Besitzerin derselben geworden und ihr Betriebsleiter Besitzdiener iSv. § 855 BGB. Diese Übertragung der besitzrechtlichen Position von der Insolvenzschuldnerin auf die Beklagte zu 1) war eine der Voraussetzungen für die Annahme eines Betriebsinhaberwechsels *(Senat 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - AP BGB § 613a Nr. 294 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 45)*. 36

Dem Betriebsübergang steht nicht entgegen, dass die Beklagte zu 1) nicht Eigentümerin der Betriebsmittel geworden ist. Das Eigentum an den Betriebsmitteln ist für die Frage, ob ein Betriebsübergang erfolgt ist, ohne Bedeutung *(Senat 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - AP BGB § 613a Nr. 294 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 45)*. Einem Betrieb sind sächliche Betriebsmittel zuzurechnen, wenn sie auf Grund einer Nutzungsvereinbarung zur Erfüllung der Betriebszwecke eingesetzt werden 37

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

können. Die Nutzungsvereinbarung kann dabei als Pacht, Nießbrauch oder als untypischer Vertrag ausgestaltet sein *(Senat 6. April 2006 - 8 AZR 222/04 - BAGE 117, 349 = AP BGB § 613a Nr. 299 = EZA BGB 2002 § 613a Nr. 49 mwN)*. Die Beklagte zu 1) hat die Betriebsmittel der Insolvenzschuldnerin ab dem 1. März 2005 zur Erfüllung der Betriebszwecke genutzt. Die Nutzungsmöglichkeit beruhte auf einer Nutzungsvereinbarung mit dem Insolvenzverwalter. Zwar hat das Landesarbeitsgericht die Einzelheiten der Nutzungsvereinbarung nicht festgestellt, allerdings die Tatsache der Nutzungsüberlassung der Betriebsmittel durch den Insolvenzverwalter. Damit steht zumindest eine konkludente Vereinbarung über die Nutzung der Betriebsmittel durch die Beklagte zu 1) fest. Die gegen diese Feststellung des Landesarbeitsgerichts von den Beklagten erhobene Verfahrensrüge ist unzulässig. Bei einer auf § 286 ZPO gestützten Rüge wegen übergangenen Beweisantrittes muss nach Beweisthema und Beweismittel angegeben werden, zu welchen Punkten das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerhaft eine an sich gebotene Beweisaufnahme unterlassen haben soll und welches Ergebnis die Beweisaufnahme hätte zeitigen müssen. Erforderlich ist des Weiteren die Angabe der Fundstellen der übergangenen Beweisanträge nach Schriftsatz und - jedenfalls bei umfangreichen Schriftsätzen - nach Seitennummer. Ferner muss dargelegt werden, dass die Unterlassung der Beweisaufnahme für die Entscheidung kausal war *(BAG 6. Januar 2004 - 9 AZR 680/02 - BAGE 109, 145 = AP ArbGG 1979 § 74 Nr. 11 = EzA ZPO 2002 § 551 Nr. 1 mwN)*. Hier fehlt es an der genauen Angabe des vom Landesarbeitsgericht übergangenen Beweisthemas. Es bleibt unklar, ob die Beklagten die Nutzung der Betriebsmittel durch die Beklagte zu 1) oder das Bestehen einer Nutzungsvereinbarung bestreiten oder ob sie die Rechtsauffassung vertreten, die getroffene Vereinbarung führe wegen ihres Inhalts nicht dazu, der Beklagten zu 1) die tatsächlichen Betriebsmittel zuzurechnen.

Der Betriebsinhaberwechsel erfordert entgegen der Ansicht der Beklagten 38
keine ausdrückliche Vereinbarung über die Übertragung der Leitungsmacht. Er setzt auch nicht voraus, dass der Betriebserwerber den Betrieb auf eigene Rechnung führt und die gezogene Nutzung behalten darf *(Senat 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - AP BGB § 613a Nr. 294 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 45 mwN)*. Daher hindert einen Betriebsübergang nicht, dass - wie sich aus dem Schreiben des Insolvenzverwalters vom 29. März 2005 ergibt - die Beklagte zu 1) für Bestellungen gegenüber Lieferanten und anderen Vertragspartnern die Genehmigung des Insolvenzverwalters benötigt hat.

Wenn es einem Betriebsübergang schon nicht entgegensteht, dass der durch 39
die Geschäftstätigkeit erzielte Gewinn an einen anderen abzuführen ist *(Senat*

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - AP BGB § 613a Nr. 294 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 45), ist es für das Vorliegen eines Betriebsüberganges auch unschädlich, dass die Beklagte zu 1) nach Scheitern der Verkaufsverhandlungen die durch die Betriebstätigkeit erzielten Erlöse und damit die aus dem Betrieb gezogenen Nutzungen an den Insolvenzverwalter auskehren musste.

Die Betriebstätigkeit war schließlich auch nicht unterbrochen. Die Beklagte zu 1) hat ihre Betriebstätigkeit direkt im Anschluss an die Einstellung der Betriebstätigkeit durch den Insolvenzverwalter aufgenommen. 40

Dass die Beklagte zu 1), vertreten durch ihren Geschäftsführer bzw. durch die von ihm Bevollmächtigten im Vorgriff auf die Eintragung der Umfirmierung schon unter der Firma A C GmbH gehandelt hat, obwohl sie noch unter der Firma S Vermögensverwaltungs- und Beteiligungs GmbH eingetragen war, steht dem Betriebsübergang auf sie nicht entgegen. Abgesehen davon, dass durch die Umfirmierung keine neue juristische Person entstanden ist, geht bei unternehmensbezogenen Geschäften der Wille der Beteiligten im Zweifel dahin, dass der wahre Unternehmensträger Vertragspartner werden soll *(BGH 18. Januar 1996 - III ZR 121/95 - LM BGB § 179 Nr. 20)*. 41

b) Das Arbeitsverhältnis des Klägers war nicht durch den mit dem Insolvenzverwalter zum 28. Februar 2005 abgeschlossenen Aufhebungsvertrag beendet worden. Dieser Vertrag ist als unzulässiges Umgehungsgeschäft unwirksam. 42

aa) Die Vertragsparteien verwirklichen mit dem Abschluss von Aufhebungsverträgen grundsätzlich die ihnen zustehende Vertragsfreiheit. Nach ständiger Rechtsprechung *(vgl. Senat 18. August 2005 - 8 AZR 523/04 - BAGE 115, 340 = AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 31 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 40 mwN)*, kann ein Aufhebungsvertrag im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang jedoch gemäß § 134 BGB nichtig sein, wenn er objektiv der Umgehung der zwingenden Rechtsfolgen des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB dient. Dies ist anzunehmen, wenn die Arbeitnehmer mit dem Hinweis auf eine geplante Betriebsveräußerung und bestehende Arbeitsplatzangebote des Betriebserwerbers veranlasst werden, ihre Arbeitsverhältnisse mit dem Betriebsveräußerer selbst zu kündigen oder Auflösungsverträgen zuzustimmen, um mit dem Betriebserwerber neue Arbeitsverträge abschließen zu können. Verboten sind damit auch Aufhebungsverträge aus Anlass des Betriebsüberganges, wenn sie vom Betriebsveräußerer oder -erwerber allein deshalb veranlasst werden, um dem be- 43

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

stehenden Kündigungsverbot auszuweichen. Unwirksam sind ferner Vertragsgestaltungen, deren objektive Zielsetzung in der Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes besteht. Hiervon zu unterscheiden sind Vereinbarungen, die zwischen dem Arbeitnehmer und dem alten oder neuen Betriebsinhaber geschlossen werden und auf ein endgültiges Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet sind.

bb) Danach ist der zwischen dem Kläger und dem Insolvenzverwalter geschlossene Aufhebungsvertrag nichtig. Er sollte - wie die Beklagte zu 1) eingeräumt hat - nicht dem endgültigen Ausscheiden des Klägers aus dem Betrieb dienen. Der Aufhebungsvertrag bezweckte vielmehr die Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses und die Umgehung der Haftungsfolge des § 613a Abs. 1 BGB. Da der zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1) mit Wirkung ab 1. März 2005 geschlossene Anstellungsvertrag Bestandteil dieser als Gesamtheit zu betrachtenden Vertragsgestaltung war, diente auch er der Umgehung des § 613a Abs. 1 und Abs. 4 Satz 1 BGB und ist damit ebenfalls nach § 134 BGB nichtig. 44

c) Die Beklagte zu 1) hat ihre Arbeitgeberstellung auch nicht durch einen weiteren Betriebsübergang vor Ausspruch der Kündigung verloren. 45

Der Betrieb ist nicht nach dem Abbruch der Verkaufsverhandlungen zwischen dem Insolvenzverwalter und der Beklagten zu 1) am 22. April 2005 wieder auf den Insolvenzverwalter im Wege der Rückabwicklung übergegangen. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, hierfür fehle es an entsprechenden Darlegungen der Beklagten zu 1). 46

Die Darlegungs- und Beweislast für einen Betriebsübergang von der Beklagten zu 1) auf den Insolvenzverwalter liegt bei der Beklagten zu 1), weil derjenige, der eine günstige Rechtsfolge für sich in Anspruch nimmt, darlegen und beweisen muss, dass deren Voraussetzungen vorliegen *(Senat 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - AP BGB § 613a Nr. 294 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 45)*. Die Beklagte zu 1) hat behauptet, der Insolvenzverwalter habe die Betriebsmittel wieder an sich gezogen und verwertet. Mit diesem Vortrag sind die Voraussetzungen eines Betriebsüberganges auf den Insolvenzverwalter nicht dargelegt. Die bloße Veräußerung von Betriebsmitteln durch den Insolvenzverwalter bewirkt keinen Betriebsübergang von der Beklagten zu 1) auf den Insolvenzverwalter. Ein Betriebsübergang setzt voraus, dass der Erwerber die Leitungsmacht über den Betrieb übernimmt und diesen tatsächlich im 47

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

eigenen Namen weiterführt. Die bloße Weiterveräußerung von Betriebsmitteln stellt keine Übertragung der Leitungsmacht an den Veräußerer dar, sondern allenfalls eine unmittelbare Übertragung der Leitungsmacht durch den Veräußerer an den Erwerber der Betriebsmittel *(Senat 3. September 1998 - 8 AZR 189/97 - BAGE 89, 349 = AP BGB § 826 Nr. 21 = EzA AktG § 303 Nr. 7)*. Dass der Insolvenzverwalter den Betrieb nach dem 1. März 2005 weitergeführt hat, hat die Beklagte zu 1) nicht behauptet.

d) Es liegen auch keine Anhaltspunkte für einen Betriebsübergang auf Dritte vor. Das Landesarbeitsgericht hat lediglich festgestellt, dass der Insolvenzverwalter Verkaufsverhandlungen für „DVB“ und „IBC“ geführt hat. Die Beklagten rügen eine Verletzung der Hinweis- und Aufklärungspflicht durch das Landesarbeitsgericht und machen geltend, dieses hätte bei weiterer Sachaufklärung festgestellt, dass es sich bei „DVB“ und „IBC“, wie von den Beklagten behauptet, um selbständige Betriebsteile gehandelt habe und dass der Kläger einem dieser Betriebsteile zugeordnet worden sei. Diese Verfahrensrüge ist unzulässig. Die Beklagten haben nicht dargelegt, aus welchem Grund für das Landesarbeitsgericht Anlass zur weiteren Sachaufklärung bestanden habe. Die Beklagten haben die Voraussetzungen für einen Betriebsübergang oder einen Betriebsteilübergang auf einen Dritten schon deshalb nicht dargelegt, weil sie im Berufungsverfahren nicht behauptet hatten, ein Dritter habe die Betriebsteile „DVB“ oder „IBC“ übernommen. Auf die Frage, ob es sich bei „DVB“ oder „IBC“ um Betriebsteile gehandelt hat oder ob der Kläger einer dieser Einheiten zugeordnet war, konnte es für das Landesarbeitsgericht deshalb nicht ankommen. 48

2. Die von der Beklagten zu 1) am 29. Juli 2005 zum 31. August 2005 ausgesprochene Kündigung ist gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam, weil die Beklagte zu 1) vor Ausspruch der Kündigung den im Betrieb gebildeten Betriebsrat nicht angehört hat. Die Anhörung des Betriebsrats war nicht deshalb entbehrlich, weil Ende Juli 2005 der Kläger und alle anderen Arbeitnehmer auf Grund ihres geltend gemachten Zurückbehaltungsrechtes keine Arbeitsleistung mehr erbrachten, der Insolvenzverwalter die Betriebsmittel zur Verwertung an sich gezogen hatte und die Beklagte zu 1) keine Geschäftstätigkeit mehr ausübte. Auch wenn dies als eine Stilllegung des Betriebes betrachtet würde, entfiele das Beteiligungsrecht des Betriebsrats nicht. Auch wenn die Amtszeit des Betriebsrats wegen einer Betriebsstilllegung endet *(vgl. BAG 14. August 2001 - 1 ABR 52/00 - AP BetrVG 1972 § 21b Nr. 1 = EzA BetrVG 1972 § 24 Nr. 3)*, bleibt der Betriebsrat aber gemäß § 21b BetrVG solange im Amt, wie das zur Wahrnehmung der damit im Zusammenhang stehenden Mitwirkungs- und 49

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Mitbestimmungsrechte erforderlich ist. Dieses Restmandat umfasst nicht nur die sich aus den Vorschriften der §§ 111 ff. BetrVG ergebenden Beteiligungsrechte, sondern erstreckt sich auf alle im Zusammenhang mit der Stilllegung ergebenden betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte. Dazu gehören auch die Aufgaben, die daraus folgen, dass trotz Betriebsstilllegung noch nicht alle Arbeitsverhältnisse beendet sind *(BAG 12. Januar 2000 - 7 ABR 61/98 - AP BetrVG 1972 § 24 Nr. 5 = EzA BetrVG 1972 § 24 Nr. 2)*. Daraus folgt, dass der Betriebsrat vor jedem Kündigungsausspruch nach § 102 Abs. 1 BetrVG auch nach erfolgter Betriebsstilllegung zu hören ist.

II. Die gegen die Beklagte zu 1) gerichtete Zahlungsklage ist begründet. 50

1. Der Kläger hat gegen die Beklagte zu 1) Anspruch auf Zahlung der Arbeitsvergütung für die Monate März bis Oktober 2005 abzüglich des erhaltenen Arbeitslosengeldes und des erzielten Zwischenverdienstes. 51

a) Der Vergütungsanspruch ergibt sich für die Zeit vom 1. März 2005 bis zum Ende der Arbeitsleistung aus § 611 Abs. 1 2. Halbsatz BGB. Für die Zeit danach folgt er aus § 615 Satz 1, § 273 Abs. 1, § 298 BGB. Die Beklagte zu 1) befand sich auf Grund der berechtigten Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes durch den Kläger ab dem 9. Mai 2005 im Annahmeverzug. Ein Arbeitnehmer kann das Zurückbehaltungsrecht an seiner Arbeitsleistung nach § 273 Abs. 1 BGB ausüben, wenn der Arbeitgeber den fälligen Lohnanspruch nicht erfüllt *(BAG 25. Oktober 1984 - 2 AZR 417/83 - AP BGB § 273 Nr. 3 = EzA BGB § 273 Nr. 3)*. Da die Beklagte zu 1) Anfang Mai 2005 mit der Zahlung von zwei Monatsvergütungen im Verzug war, hat der Kläger - wie mit Schreiben vom 25. April 2005 angekündigt - sein Zurückbehaltungsrecht zulässigerweise ausgeübt. 52

b) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat der Kläger ab Mai 2005 Arbeitslosengeld in Höhe von 7.763,36 Euro erhalten. Insoweit sind seine Vergütungsansprüche gemäß § 115 Abs. 1 SGB X auf den Leistungsträger übergegangen. Dementsprechend sind diese gewährten Leistungen von der von der Beklagten zu 1) geschuldeten Arbeitsvergütung, die nach der Feststellung des Landesarbeitsgerichts monatlich 2.523,59 Euro brutto betrug, in Abzug zu bringen. Auch den erzielten Zwischenverdienst von 160,00 Euro muss sich der Kläger anrechnen lassen. 53

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

c) Die Beklagte zu 1) rügt zu Unrecht die fehlende Anrechnung eines weiteren Zwischenverdienstes des Klägers. 54

aa) Auf den Verzugslohn muss sich der Arbeitnehmer zwar das anrechnen lassen, was er durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Dies folgt aus § 615 Satz 2 BGB für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist und aus § 11 Nr. 1 und 2 KSchG für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist, da diese Vorschrift als lex specialis § 615 Satz 2 BGB verdrängt *(BAG 11. Oktober 2006 - 5 AZR 754/05 - AP BGB § 615 Nr. 119 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 18)*. 55

bb) Die Voraussetzungen für eine Anrechnung böswillig unterlassenen anderweitigen Verdienstes hat die Beklagte zu 1) nicht dargetan. Soweit sie in der Revisionsinstanz erstmals behauptet, der Kläger habe weitere Einkünfte durch eine Tätigkeit für die neu gegründete „ABC“ erzielt, handelt es sich um neues Vorbringen, das gemäß § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht zu berücksichtigen ist. Soweit die Beklagte zu 1) geltend macht, das Landesarbeitsgericht habe seine Aufklärungspflicht dadurch verletzt, dass es sich in den Entscheidungsgründen nicht mit ihrem Vortrag, der Kläger hätte seine Arbeitskraft anderweitig verwenden müssen, auseinandergesetzt und nicht aufgeklärt habe, ob der Kläger nicht tatsächlich anderweitigen Verdienst erzielt habe, ist die Verfahrensrüge unzulässig. Für eine weitere Aufklärung durch das Landesarbeitsgericht bestand keine Veranlassung. Die Beklagte zu 1) hatte bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht weder behauptet, dass der Kläger über den unstreitig erzielten Zwischenverdienst hinaus einen weiteren Zwischenverdienst erzielt hat noch substantiiert unter Beweisantritt dargelegt, inwieweit der Kläger es böswillig unterlassen hat, anderweitigen Verdienst zu erzielen. Allein der Hinweis, der Kläger hätte seine Arbeitskraft anderweitig verwenden müssen, genügt nicht. Die Beklagte zu 1), die für den Einwand des böswilligen Unterlassens anderweitigen Verdienstes die Darlegungs- und Beweislast trägt *(allgemeine Meinung; vgl. BBDK/Dörner Stand Oktober 2007 § 11 KSchG Rn. 42)* hätte konkret vortragen müssen, dass für den Kläger eine zumutbare Arbeitsmöglichkeit bestanden hat und dass er in Kenntnis dieser Arbeitsmöglichkeit vorsätzlich untätig geblieben ist oder die Arbeitsaufnahme verhindert hat *(vgl. BAG 7. November 2002 - 2 AZR 650/00 - AP BGB § 615 Nr. 98 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 1)*. 56

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

2. Der geltend gemachte Zinsanspruch rechtfertigt sich aus § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB iVm. § 288 Abs. 1 BGB. 57

C. Die Revision des Beklagten zu 2) ist begründet. 58

Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts kann eine Haftung des Beklagten zu 2) für die Vergütungsansprüche des Klägers nicht begründet werden. 59

Unzutreffend hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die Voraussetzungen, die an eine Handelndenhaftung bei wirtschaftlicher Neugründung eines Unternehmens in entsprechender Anwendung des § 11 Abs. 2 GmbHG zu stellen sind, seien im Streitfalle erfüllt. 60

I. Der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass dann eine wirtschaftliche Neugründung einer GmbH vorliegt, wenn der Mantel einer „auf Vorrat“ gegründeten GmbH dadurch verwendet wird, dass diese „Vorrats-GmbH“ mit einem Unternehmen ausgestattet wird *(9. Dezember 2002 - II ZB 12/02 - BGHZ 153, 158; 7. Juli 2003 - II ZB 4/02 - BGHZ 155, 318)*. Dabei mache es keinen Unterschied, ob die Unternehmenslosigkeit im Sinne des Fehlens eines Geschäftsbetriebes - wie bei der „offenen Vorratsgründung“ - von Anfang an vorgesehen sei und sodann die Gesellschaft erstmals den Betrieb eines Unternehmens aufnehme oder ob sie - wie bei den sog. alten Gesellschaftsmänteln - darauf beruhe, dass der Betrieb eines (ursprünglich) vorhandenen Unternehmens mittlerweile eingestellt bzw. endgültig aufgegeben worden sei und sodann der gleichsam als „inhaltslose Hülle“ fortbestehenden juristischen Person ein neues Unternehmen implantiert werde *(BGH 7. Juli 2003 - II ZB 4/02 - aaO)*. 61

Um den mit der wirtschaftlichen Neugründung verbundenen Problemen des Gläubigerschutzes zu begegnen, seien die der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften der GmbH einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle entsprechend anzuwenden. Die wirtschaftliche Neugründung müsse gegenüber dem Registergericht offen gelegt werden und die gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG erforderliche Versicherung abgegeben werden. Diese Versicherung der Kapitalaufbringung habe sich am satzungsmäßig festgelegten Stammkapital auszurichten. Die reale Kapitalaufbringung als zentrales, die Haftungsbegrenzung auf das Gesellschaftsvermögen rechtfertigendes Element sei sowohl bei der Mantelverwendung als auch bei der Aktivierung einer Vorratsgesellschaft nicht nur durch die registergerichtliche Präventivkontrolle, sondern weitergehend auf der materiell-rechtlichen Haftungsebene 62

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
ANDROID APP ON Google play
JLaw – für Android
Available on the App Store
JLaw – für iOS

durch entsprechende Anwendung des Haftungsmodells der Unterbilanzhaftung sicherzustellen. Als maßgeblicher Stichtag für die Unterbilanzhaftung der Gesellschafter sei die mit der Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG zu verbindende Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung anzunehmen. Neben der Unterbilanzhaftung sei auch eine Handelndenhaftung analog § 11 Abs. 2 GmbHG in Betracht zu ziehen, wenn vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung die Geschäfte aufgenommen würden, ohne dass dem alle Gesellschafter zugestimmt haben *(BGH 7. Juli 2003 - II ZB 4/02 - BGHZ 155, 318)*.

II. Nach diesen Grundsätzen, denen sich der Senat anschließt, kommt eine Haftung des Beklagten zu 2) als Geschäftsführer der Beklagten zu 1) auf der Grundlage der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht in Betracht. 63

1. Bei der S handelte es sich um eine sog. „offene Vorratsgründung“ iSd. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, da bei deren Gründung die Unternehmenslosigkeit iSd. Fehlens eines Geschäftsbetriebes vorgesehen war. Sie wurde erst mit einem Unternehmen ausgestattet, als sie den Betrieb der A GmbH übernahm. Damit lag ab diesem Zeitpunkt eine wirtschaftliche Neugründung vor. Diese war gegenüber dem Registergericht offen zu legen. Die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung ist mit der Versicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG zu verbinden, nämlich dass die in § 7 Abs. 2 und Abs. 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich zu diesem Zeitpunkt endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet *(BGH 7. Juli 2003 - II ZB 4/02 - BGHZ 155, 318)*. 64

2. Werden vor der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung die Geschäfte aufgenommen, ohne dass dem alle Gesellschafter zugestimmt haben, so kommt eine Handelndenhaftung analog § 11 Abs. 2 GmbHG in Betracht *(BGH 7. Juli 2003 - II ZB 4/02 - BGHZ 155, 318)*. 65

Es kann im Streitfalle dahinstehen, ob der Beklagte zu 2) für die Beklagte zu 1) iSv. § 11 Abs. 2 GmbHG rechtsgeschäftlich tätig geworden ist, bevor die wirtschaftliche Neugründung unter Abgabe der Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG gegenüber dem Registergericht offen gelegt worden war. Eine Haftung des Beklagten zu 2) entsprechend § 11 Abs. 2 GmbHG scheitert bereits daran, dass es an der Haftungsvoraussetzung der fehlenden Zustimmung aller Gesellschafter zur Geschäftsaufnahme vor Offenlegung fehlt. Der Beklagte zu 2) war Geschäftsführer und zugleich 66

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

alleiniger Gesellschafter der Beklagten zu 1). Daher lag bei Aufnahme der Geschäftstätigkeit für die A GmbH durch ihn zugleich die Zustimmung „aller Gesellschafter“ vor. Auch bei einem Gesellschafter-Geschäftsführer kann für eine Haftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG nicht von dem Erfordernis der fehlenden Zustimmung abgesehen werden.

Der Bundesgerichtshof geht erkennbar davon aus, dass den Interessen der Gläubiger ausreichend Rechnung getragen ist, wenn entweder die Unterbilanzhaftung der Gesellschafter (Haftung für die Differenz zwischen Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens zum Zeitpunkt der Eintragung ins Handelsregister), welche eine Zustimmung der Gesellschafter zur Geschäftsaufnahme vor Offenlegung voraussetzt, oder eine Handelndenhaftung eingreift, wenn die Zustimmung zur Geschäftsaufnahme nicht erteilt ist *(9. März 1981 - II ZR 54/80 - BGHZ 80, 129, 139; 24. Oktober 1988 - II ZR 176/88 - BGHZ 105, 300)*. 67

III. Ob der Beklagte zu 2) persönlich als Gesellschafter der Beklagten zu 1) für die Vergütungsansprüche des Klägers gegen die Beklagte zu 1) haftet, konnte der Senat auf Grund der vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen nicht entscheiden, so dass das Urteil insoweit aufzuheben und die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen war, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO. 68

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haften die Gesellschafter einer Vor-GmbH für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft unbeschränkt, wenn sie einer Aufnahme der Tätigkeit zugestimmt haben. Diese Gründerhaftung besteht in Form einer bis zur Eintragung der Gesellschaft andauernden Vorbelastungshaftung und einer an die Eintragung geknüpften Unterbilanzhaftung. Die Unterbilanzhaftung kommt bei einer wirtschaftlichen Neugründung in Betracht, wenn die Geschäftstätigkeit mit Zustimmung der Gesellschafter vor Offenlegung der Neugründung aufgenommen worden ist *(BGH 7. Juli 2003 - II ZB 4/02 - BGHZ 155, 318)*. Da die Ausstattung einer „Vorrats-GmbH“ mit einem Unternehmen wirtschaftlich der Neugründung einer neuen GmbH gleichgestellt wird, entspricht das Handeln der Gesellschafter oder des Geschäftsführers mit Zustimmung der Gesellschafter vor der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung der GmbH dem Handeln einer „Vor-GmbH“. Die Haftungsregelungen für die Gesellschafter einer „Vor-GmbH“ führen regelmäßig nur zu einer Binnenhaftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft. Davon ist eine Ausnahme zu machen, wenn es sich um eine vermögenslose Vor-GmbH *(BGH 27. Januar 1997 - II ZR 123/94 - BGHZ 134, 333 = AP GmbHG § 11 Nr. 10; BAG 22. Januar 1997 - 10 AZR 908/94 - BAGE 85, 94 = AP GmbHG § 11 Nr. 9 = EzA § 11 GmbHG Nr. 2)* 69

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

oder wie im Streitfalle um eine Einmann-Vor-GmbH *(BGH 4. März 1996 - II ZR 123/94 - AP GmbHG § 11 Nr. 6 und 27. Januar 1997 - II ZR 123/94 - aaO; zustimmend: BAG 22. Januar 1997 - 10 AZR 908/94 - aaO)* handelt.

2. Das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, dass der Beklagte zu 2) die Geschäftstätigkeit für die Beklagte zu 1) vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht und vor Abgabe der Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG aufgenommen hat. So fehlt die Feststellung, wann erstmals gegenüber dem Registergericht eine Offenlegung erfolgt ist. 70

Dies wird das Landesarbeitsgericht noch aufzuklären haben, um ggf. eine Vorbelastungshaftung des Beklagten zu 2) bejahen zu können. Des Weiteren muss das Landesarbeitsgericht prüfen, ob nicht eine unmittelbare vertragliche Haftung des Beklagten zu 2) eingreift, weil dieser durch sein Verhalten gegenüber dem Kläger den Anschein erweckt haben könnte, er werde - unabhängig von der Haftung der von ihm vertretenen GmbH - persönlich für die eingegangenen Verbindlichkeiten einstehen und dadurch in besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen und dadurch die Vertragsverhandlungen beeinflusst hat *(vgl. BAG 21. November 2006 - 9 AZR 206/06 - AP ATG § 8a Nr. 3 = EzA BGB 2002 § 823 Nr. 5 mwN)*. 71

Hauck Böck Breinlinger

zugleich für den ehrenamtlichen Richter Bähringer, der wegen Ablauf der Amtszeit an der Unterschrift verhindert ist Hauck

Andreas Henniger

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS