

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 826/11
18 Sa 1587/09
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
27. September 2012

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. September 2012 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht Böck als Vorsitzenden, den Richter am Bundesarbeitsgericht Breinlinger

und die Richterin am Bundesarbeitsgericht Schmidt sowie die ehrenamtliche Richterin Döring und den ehrenamtlichen Richter Burr für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 27. Mai 2011 - 18 Sa 1587/09 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision hat die Klägerin zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten um Entgeltansprüche aus auf die Klägerin übergegangenem Recht. 1

Die nachmalige Insolvenzschuldnerin, ursprünglich firmierend unter „U & V M Gesellschaft mbH“ (*UVM*), war seit 1976 mit der Herstellung und dem Vertrieb von Draht- und Metallwaren befasst. Neben der Gesellschafterin H W waren P W und V geschäftsführende Gesellschafter. Diese drei Gesellschafter waren Eigentümer des Betriebsgrundstücks, das die UVM von ihnen gemietet hatte. Ende Dezember 2006 verkaufte die UVM ihr bewegliches Sachanlagevermögen und ihre immateriellen Vermögensgegenstände an die Gemeinschaft der drei Grundstückseigentümer und mietete sodann ab Januar 2007 diesen Kaufgegenstand wieder von den Käufern zurück. 2

Durch notarielle Gesellschaftsverträge vom 26. Januar 2007 gründeten die drei Gesellschafter zum einen die „U Immobilien GmbH & Co. KG“, in welche sie Ende Januar 2007 das Betriebsgrundstück in B einbrachten, und die danach das Grundstück zunächst an die UVM vermietete. Zum anderen gründeten sie die Beklagte, die „UVO Draht- und Metallbau Handelsgesellschaft mbH“. 3

Durch notarielle Verträge vom 15. März 2007 übertrugen die drei Gesellschafter ihre Geschäftsanteile an der UVM auf die C GmbH, wobei gleich- 4

zeitig die Firma in „UVM Metallbau GmbH“ geändert wurde. Als deren neuer Geschäftsführer wurde Herr S bestellt. Die Firmenänderung der UVM wurde am 10. Mai 2007 ins Handelsregister eingetragen.

Am 19. März 2007 vereinbarten die UVM und die Beklagte einen „Alleinvertriebs- und Kooperationsvertrag“ (*Kooperationsvertrag*), dessen wesentlicher Inhalt war, dass der Vertrieb der von der UVM hergestellten Produkte für Gesamteuropa an die Beklagte übertragen wurde und die UVM sich verpflichtete, in diesem Vertragsgebiet keine direkten Lieferungen an Abnehmer oder Kunden mehr vorzunehmen.

5

Die UVM zahlte seit März 2007 an ihre Arbeitnehmer keine Löhne und Gehälter mehr aus. Am 29. Mai 2007 wurde Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der UVM gestellt. Die arbeits- und insolvenzrechtliche Situation wurde von dem Geschäftsführer S und dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten in seiner Eigenschaft als Rechtsberater der UVM den Beschäftigten auf einer Betriebsversammlung am 31. Mai 2007 erläutert. Dazu wurde den Arbeitnehmern ein vom Prozessbevollmächtigten der Beklagten verfasstes Schreiben überreicht, in dem es ua. hieß:

6

„Sehr geehrte Damen und Herren,

unter Bezugnahme auf die durchgeführte Belegschaftsversammlung möchte der Unterzeichner Ihnen nochmals zusammengefasst die Sach- und Rechtslage des Arbeitnehmers im Insolvenzverfahren zusammenfassen:

1. Das Arbeitsverhältnis bleibt in seinem Bestand grundsätzlich durch einen Insolvenzantrag zunächst unberührt. Der Arbeitnehmer bleibt weiterhin im bestehenden Arbeitsverhältnis. Insbesondere ist der Arbeitgeber wegen Insolvenz nicht berechtigt, das Arbeitsverhältnis fristlos zu kündigen.

...

4. Der Arbeitnehmer ist im Insolvenzfall, wenn **mehr** als ein Monatslohn rückständig ist, berechtigt, das Arbeitsverhältnis von sich aus **fristlos** zu kündigen. Zuvor hat er den Arbeitgeber wegen des Lohnrückstandes unter Fristsetzung abzumahnern. Die fristlose Kündigung führt in diesem Fall nicht zur Verhängung einer Sperrfrist beim Arbeitslosengeld, da es keinem Arbeitnehmer zumutbar ist, ohne Lohn seine Arbeits-

kraft weiter zur Verfügung zu stellen. Zweckmäßigerweise ist die fristlose Kündigung schriftlich zu erklären unter Hinweis auf vorgenannte Voraussetzungen.

5. Jeder Arbeitnehmer ist in seiner Entscheidung frei, ob er sich vom Arbeitgeber freistellen bzw. kündigen lässt oder selbst kündigt. **Eine Pflicht zur Eigenkündigung besteht nicht.** Nachteilige Rechtsfolge der Eigenkündigung ist, dass Ansprüche aus Betriebsübergang gemäß § 613 a BGB verlustig gehen.
6. Vom Insolvenzstichtag (Tag der Insolvenzeröffnung oder Beschlussstag des Gerichtes über die Nichteröffnung mangels Masse) bis zu drei Monaten rückwärts ist der volle Arbeitsentgeltanspruch des Arbeitnehmers über Insolvenzgeld abgesichert. Als (richtig: Das) Insolvenzgeld wird von der zuständigen Stelle des Arbeitsamtes der Betriebsstätte gezahlt. Notwendig ist die Stellung eines Antrages durch den Arbeitnehmer innerhalb von zwei Monaten nach Insolvenzstichtag. Bei Fristversäumung ist der Anspruch ausgeschlossen und kann nur bei begründeter Verhinderung oder Unkenntnis vom Insolvenzverfahren nachgeholt werden.
7. Der vorgenannte Dreimonatslohnabsicherungszeitraum läuft bei einer **Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Insolvenzstichtag** (Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerkündigung) von diesem Tag an bis zu drei Monate rückwärts. Insoweit ist der Arbeitnehmer in der Lage, über seine Eigenkündigung vorgenannten Lohnabsicherungszeitraum auf drei Monate zu fixieren, wenn innerhalb der Dreimonatsfrist der Insolvenzstichtag nicht vorliegt.

...“

29 Arbeitnehmer der UVM unterzeichneten am 31. Mai 2007 fristlose Eigenkündigungen, die der Prozessbevollmächtigte der Beklagten vorbereitet hatte. Nach Insolvenzeröffnung durch das Amtsgericht Bi am 17. September 2007 zahlte die Klägerin an diese 29 Arbeitnehmer für die Zeit vom 1. März 2007 bis zum 31. Mai 2007 Insolvenzgeld in Höhe von insgesamt 75.944,45 Euro.

7

Die Beklagte nahm im Verlauf des Juni 2007 nunmehr die Produktion von Draht- und Metallwaren im Betrieb B auf. Dazu beschäftigte sie insgesamt 18 Arbeitnehmer der UVM wieder im Betrieb, wobei drei dieser Arbeitnehmer am 4. Juni 2007 bei der BEK neu angemeldet, die weiteren bis zum 18. Juni 2007 bei der AOK angemeldet wurden. 8

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die in Höhe der Insolvenzgeldzahlung auf sie übergegangenen Entgeltansprüche der Arbeitnehmer der UVM habe die Beklagte zu erfüllen, da sie spätestens Anfang Juni 2007 den Betrieb der UVM im Wege eines Betriebsübergangs übernommen habe. Sämtliche materiellen und immateriellen Betriebsmittel der UVM habe die Beklagte übernommen und die Produktion in denselben Räumlichkeiten unverändert fortgeführt. Alle Kunden und nahezu alle Arbeitnehmer seien übernommen worden, was zum Zeitpunkt der fristlosen Eigenkündigungen der Arbeitnehmer bereits festgestanden habe. Die Eigenkündigungen seien als Umgehung des § 613a BGB unwirksam. Da in sechs Arbeitsverhältnissen kein Lohnrückstand bestanden habe, könnten die Eigenkündigungen auch nicht mit dem Wunsch, das Insolvenzgeld zu sichern, erklärt werden. 9

Zudem sei von einem Betriebsübergang schon zum 19. März 2007 auszugehen, sodass es auf die Wirksamkeit der späteren Eigenkündigungen nicht ankomme. Durch die Übertragung des Vertriebs mittels Kooperationsvertrages sei schon der wesentliche Teil des Unternehmens der UVM auf die Beklagte übertragen worden. Wirtschaftlich seien die Arbeitnehmer ab diesem Zeitpunkt für die Beklagte tätig geworden. Die früheren Geschäftsführer der UVM hätten auch nach dem Verkauf ihrer Geschäftsanteile an die C GmbH wie bisher die Leitungsmacht im Betrieb durch Überwachung der Produktionsabläufe und durch Arbeitsanweisungen ausgeübt. Hinzu komme die personelle Verflechtung, da die Herren V und W maßgeblichen Einfluss auf die Immobiliengesellschaft, die Beklagte und damit auch auf die UVM als nachmalige Insolvenzschuldnerin gehabt hätten. Schließlich habe die Beklagte auch die Firma der UVM fortgeführt, sodass sie nach § 25 HGB hafte. 10

Die Klägerin hat beantragt,

11

die Beklagte zu verurteilen, an sie 75.944,45 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 8. November 2008 zu zahlen.

Die Beklagte hat die fristlosen Eigenkündigungen der Arbeitnehmer der UVM vom 31. Mai 2007 für wirksam gehalten. Daher hätten die Arbeitsverhältnisse von einem Betriebsübergang auf die Beklagte nicht mehr erfasst werden können, selbst wenn ein solcher im Laufe des Juni 2007 stattgefunden hätte. Eine Zusage auf Neueinstellung bei der Beklagten sei gerade nicht erteilt worden, was aus dem Informationsschreiben deutlich werde, das auf der Betriebsversammlung verteilt worden sei.

12

Der Abschluss des Kooperationsvertrages am 19. März 2007 stelle keinen Betriebsübergang dar, da Gegenstand dieser Vereinbarung nur die wirtschaftliche Zusammenarbeit gewesen sei. Die Beklagte habe sich erst im Juni 2007 entschlossen, auch die Produktionstätigkeit der UVM zu übernehmen. Davor habe sie auf dem Betriebsgelände lediglich ein Büro genutzt, von dem aus sie ihre Vertriebs- und Handelstätigkeit ausgeübt habe.

13

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsanspruch weiter.

14

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist unbegründet, weil die Klage nicht begründet ist. Entgeltansprüche der Arbeitnehmer der UVM gegen die Beklagte, die auf die Klägerin hätten übergehen können, bestanden nicht. Ihre Arbeitsverhältnisse hatten sie durch wirksame fristlose Eigenkündigungen am 31. Mai 2007 beendet. Damit konnten diese im Juni 2007 nicht infolge eines Betriebsübergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Beklagte übergehen.

15

- A. Das Landesarbeitsgericht hat sein Urteil im Wesentlichen wie folgt begründet: Ein Übergang des Betriebs der UVM auf die Beklagte vor dem 31. Mai 2007 habe nicht stattgefunden, da die Beklagte jedenfalls bis zu diesem Datum nicht nach außen als Betriebsinhaberin aufgetreten sei. Auf eine möglicherweise durch den Kooperationsvertrag vom 19. März 2007 entstandene wirtschaftliche Abhängigkeit der UVM von der Beklagten komme es nicht an. Selbst für den Übergang des „Vertriebs“ auf die Beklagte infolge des Kooperationsvertrages sei nicht erkennbar, dass der „Vertrieb“ als eine selbständig abtrennbare organisatorische Einheit organisiert gewesen sei. Die fristlosen Eigenkündigungen der Arbeitnehmer vom 31. Mai 2007 seien nicht wegen Umgehung des § 613a BGB nach § 134 BGB nichtig. Denn den Arbeitnehmern sei weder ausdrücklich noch konkludent eine Wiedereinstellung nach Ausspruch der Eigenkündigungen in Aussicht gestellt worden. Jedenfalls ein Großteil der Arbeitnehmer habe die Kündigung im Hinblick auf den dreimonatigen Insolvenzgeldzeitraum ausgesprochen. Schließlich habe die Beklagte den prägenden Teil der Firma der UVM als Insolvenzschuldnerin nicht weitergeführt, sodass auch ein Anspruch nach § 25 HGB ausscheide. 16
- B. Diese Begründung hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Die Beklagte haftet nicht für auf die Klägerin nach § 187 Satz 1, § 183 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB III aF übergegangene Entgeltansprüche der Arbeitnehmer der UVM. 17
- I. Jedenfalls bis zum Ablauf des 31. Mai 2007 ist es zu keinem Betriebsübergang auf die Beklagte gekommen. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht erkannt, dass im Abschluss des Kooperationsvertrages vom 19. März 2007 zwischen der UVM und der Beklagten kein Betriebsinhaberwechsel zu sehen ist. 18
1. Bis zum 31. Mai 2007 hat ein Betriebsinhaberwechsel nicht stattgefunden. 19
- a) Ein Betriebsübergang iSv. § 613a BGB liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger die wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fortführt. 20

Der Begriff wirtschaftliche Einheit bezieht sich auf eine organisatorische Gesamtheit von Personen und/oder Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Ob ein im Wesentlichen unveränderter Fortbestand der organisierten Gesamtheit „Betrieb“ bei einem neuen Inhaber anzunehmen ist, richtet sich nach den Umständen des konkreten Falls. Als Teilaspekte der Gesamtwürdigung zählen insbesondere die Art des betreffenden Betriebs, der Übergang materieller Betriebsmittel wie bewegliche Güter und Gebäude, der Wert immaterieller Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der Übergang von Kundschaft und Lieferantenbeziehungen, der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer Unterbrechung dieser Tätigkeit (vgl. *EuGH 20. Januar 2011 - C-463/09 - [CLECE] Rn. 34, Slg. 2011, I-95 = AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 8 = EZA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2001/23 Nr. 6*). Die Identität der Einheit kann sich auch aus anderen Merkmalen ergeben, wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und ggf. den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln. Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- oder Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu (st. Rspr., vgl. zuletzt *BAG 10. Mai 2012 - 8 AZR 434/11 - Rn. 24, NZA 2012, 1161; 15. Dezember 2011 - 8 AZR 197/11 - Rn. 39, EZA BGB 2002 § 613a Nr. 130*).

b) Der Betriebsübergang tritt mit dem Wechsel in der Person des Inhabers des Betriebs ein. Der bisherige Betriebsinhaber muss seine wirtschaftliche Betätigung in dem Betrieb oder Betriebsteil einstellen, der Übernehmer muss die Geschäftstätigkeit tatsächlich weiterführen oder wieder aufnehmen (*BAG 31. Januar 2008 - 8 AZR 2/07 - Rn. 28, AP BGB § 613a Nr. 339*). Entscheidendes Kriterium für den Betriebsübergang ist die tatsächliche Weiterführung der Geschäftstätigkeit, die bloße Möglichkeit allein, den Betrieb unverändert fortführen zu können, reicht für die Annahme eines Betriebsübergangs nicht aus (st. Rspr., vgl. *BAG 10. Mai 2012 - 8 AZR 434/11 - Rn. 27, NZA 2012, 1161; 17. Dezember 2009 - 8 AZR 1019/08 - Rn. 20, AP BGB § 613a Nr. 383 = EZA*

21

BGB 2002 § 613a Nr. 117; 31. Januar 2008 - 8 AZR 2/07 - aaO). Nach der Rechtsprechung des EuGH entspricht es ebenso Europäischem Recht, auf die tatsächliche Fortführung des Betriebs und nicht nur auf die Möglichkeit hierzu abzustellen (*vgl. EuGH 26. Mai 2005 - C-478/03 - [Celtec] Rn. 36, Slg. 2005, I-4389 = AP Richtlinie 77/187/EWG Nr. 1; 20. November 2003 - C-340/01 - [Carlito Abler] Slg. 2003, I-14023 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 34 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 13; 10. Dezember 1998 - C-173/96 - [Hidalgo] Rn. 21, Slg. 1998, I-8237 = EzA BGB § 613a Nr. 172*). Einer besonderen Übertragung einer irgendwie gearteten Leitungsmacht bedarf es wegen des Merkmals der Fortführung des Betriebs nicht (*BAG 6. April 2006 - 8 AZR 222/04 - Rn. 20, BAGE 117, 349 = AP BGB § 613a Nr. 299 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 49*). Maßgeblich ist die Weiterführung der Geschäftstätigkeit durch diejenige Person, die nunmehr für den Betrieb als Inhaber „verantwortlich“ ist (*BAG 10. Mai 2012 - 8 AZR 434/11 - aaO; 31. Januar 2008 - 8 AZR 2/07 - aaO; 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - Rn. 42, AP BGB § 613a Nr. 294 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 45*). Verantwortlich ist die Person, die den Betrieb im eigenen Namen führt und nach außen als Betriebsinhaber auftritt (*BAG 10. Mai 2012 - 8 AZR 434/11 - aaO; 25. Oktober 2007 - 8 AZR 917/06 - Rn. 29, AP BGB § 613a Nr. 333 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 82; 20. März 2003 - 8 AZR 312/02 - zu II 3 b bb der Gründe, EzA BGB 2002 § 613a Nr. 7*). Es kommt dabei nicht allein darauf an, wer im Verhältnis zur Belegschaft als Inhaber auftritt, sondern auf die umfassende Nutzung des Betriebs nach außen (*vgl. BAG 31. Januar 2008 - 8 AZR 2/07 - aaO*). Der Wechsel der Inhaberschaft tritt hingegen nicht ein, wenn der neue „Inhaber“ den Betrieb gar nicht führt (*BAG 18. März 1999 - 8 AZR 159/98 - zu II 1 der Gründe, BAGE 91, 121 = AP BGB § 613a Nr. 189 = EzA BGB § 613a Nr. 177*).

c) Für die Prüfung, ob ein Betriebsübergang vorliegt, gelten die allgemeinen Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast. Der sich auf § 613a BGB berufende Anspruchssteller trägt die Darlegungs- und Beweislast für die rechtsbegründenden, der Anspruchsgegner für die rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden Tatbestandsmerkmale (*BAG 10. Mai 2012 - 8 AZR 434/11 - Rn. 28, NZA 2012, 1161; vgl. 20. März 2003 - 8 AZR 312/02 -*

22

zu II 3 b bb der Gründe, EzA BGB 2002 § 613a Nr. 7). Die Klägerin hat daher die erforderlichen Tatsachen für das Vorliegen eines Betriebsübergangs zu einem bestimmten Zeitpunkt darzulegen und ggf. zu beweisen.

2. Ein Wechsel in der Person des Betriebsinhabers fand vor dem 1. Juni 2007 nicht statt. 23

a) Die UVM hat bis zum 31. Mai 2007 ihren Betrieb in eigenem Namen geführt, der am 15. März 2007 eingesetzte Herr S ist als ihr Geschäftsführer aufgetreten, hat den Kooperationsvertrag mit der Beklagten am 19. März 2007 unterzeichnet und am 29. Mai 2007 den Insolvenzantrag gestellt. Die Produktion wurde bis zum 31. Mai 2007 fortgeführt. 24

b) Vor dem 1. Juni 2007 hatte die Beklagte nicht die Möglichkeit, die Betriebsmittel der UVM zu nutzen. Der Betrieb, in dem Draht- und Metallwaren produziert wurden, ist als betriebsmittelgeprägt zu qualifizieren, weshalb dem Übergang der Nutzungsmöglichkeit der Betriebsmittel im Rahmen der erforderlichen Gesamtabwägung wesentliches Gewicht zukommt (vgl. BAG 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - Rn. 44 ff., AP BGB § 613a Nr. 294 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 45). Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass die Beklagte bis zum 31. Mai 2007 keine Verfügungsbefugnis über die sächlichen Betriebsmittel der UVM als Insolvenzschuldnerin gehabt habe, weil die UVM bis zum 31. Mai 2007 Mieterin der Betriebsräumlichkeiten gewesen sei. An diese Feststellung ist der Senat gebunden (§ 559 Abs. 2 ZPO). 25

c) Aus dem Kooperationsvertrag vom 19. März 2007 ergibt sich nichts anderes. Darin wurde der Beklagten der Vertrieb der von der Insolvenzschuldnerin hergestellten oder vertriebenen Vertragsprodukte für Gesamteuropa übertragen. Die Insolvenzschuldnerin verpflichtete sich, in das Vertragsgebiet keine Direktlieferungen an Kunden oder Dritte vorzunehmen, während sich die Beklagte verpflichtete, nur von der Insolvenzschuldnerin die Vertragsprodukte und Erzeugnisse zu beziehen. Ferner einigten sich beide Seiten darauf, sich im Rahmen der Absatzbemühungen für die Produkte wechselseitig zu unterstützen. Ein Übergang der Leitung des Betriebs oder der Produktionsmittel auf die 26

Beklagte war darin nicht vorgesehen. Die Insolvenzschuldnerin und die Beklagte haben sich vielmehr lediglich auf eine unternehmerische Zusammenarbeit geeinigt, die die Frage der Betriebsinhaberschaft unberührt lässt (vgl. BAG 25. Mai 2005 - 7 ABR 38/04 - zu B I 1 der Gründe, EzA BetrVG 2001 § 1 Nr. 3).

d) Entgegen der Auffassung der Revision kann vorliegend wegen der personellen und wirtschaftlichen Verflechtungen der Gesellschafter und Geschäftsführer V und W nicht auf einen Betriebsübergang auf die Beklagte vor dem 1. Juni 2007 geschlossen werden. Infolge des Mietvertrages zwischen der UVM und der U Immobilien GmbH & Co. KG war allein die Insolvenzschuldnerin zur Nutzung des Grundstücks und des beweglichen Anlagevermögens berechtigt. Der Kooperationsvertrag zwischen der UVM und der Beklagten räumte Letzterer vor dem 1. Juni 2007 kein Nutzungsrecht an den Betriebsmitteln oder Räumlichkeiten - von einem Büroraum abgesehen - ein. Für einen Betriebsübergang entscheidend ist, wer den Betrieb tatsächlich führt; gesellschaftliche Verflechtungen und wirtschaftliche Interessen genügen als solche für die Annahme eines Betriebsübergangs nicht. Die Klägerin behauptet nicht, dass die Herren V und W vor dem 31. Mai 2007 neue Betriebsinhaber geworden seien und ein Betriebsübergang auf diese stattgefunden habe. Jedenfalls hätte auch dann die Beklagte vor dem 1. Juni 2007 den Betrieb nicht in eigenem Namen und nach außen hin erkennbar geleitet. Von diesem Erfordernis kann nicht abgesehen werden, da andernfalls Veräußerer und Erwerber selbst über den Zeitpunkt, wann ein Arbeitsverhältnis übergeht, unabhängig von den tatsächlichen Gegebenheiten disponieren könnten (vgl. EuGH 26. Mai 2005 - C-478/03 - [Celtec] Rn. 42, Slg. 2005, I-4389 = AP Richtlinie 77/187/EWG Nr. 1).

3. Die Verfahrensrüge der Klägerin, das Landesarbeitsgericht habe Beweise nicht erhoben, ist weder zulässig noch begründet.

a) Bei einer auf § 286 ZPO gestützten Rüge wegen übergangenen Beweistritts müssen das Beweisthema und das Beweismittel angegeben werden. Es muss ausgeführt werden, zu welchem Punkt das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerhaft eine an sich gebotene Beweisaufnahme unterlassen haben soll und welches Ergebnis die Beweisaufnahme hätte zeitigen können. Erforderlich

ist weiter die Angabe der Fundstelle des übergangenen Beweisantrags nach Schriftsatz und - jedenfalls bei umfangreichen Schriftsätzen - nach Seitenzahl. Schließlich muss dargelegt werden, dass die Unterlassung der Beweisaufnahme für die Entscheidung kausal war (*BAG 31. Januar 2008 - 8 AZR 2/07 - Rn. 37, AP BGB § 613a Nr. 339; 6. Januar 2004 - 9 AZR 680/02 - zu II 3 d aa der Gründe, BAGE 109, 145 = AP ArbGG 1979 § 74 Nr. 11 = EzA ZPO 2002 § 551 Nr. 1*). Hier fehlt es schon an der Angabe des Beweismittels und der Kausalität zwischen unterlassener Beweisaufnahme und Entscheidung des Berufungsgerichts.

b) Sie ist darüber hinaus als Verfahrensrüge unbegründet. Für die Frage eines Wechsels in der Person des Betriebsinhabers ist es nicht erheblich, ob Dritte im Einzelfall Weisungen erteilt haben oder nicht. Abgesehen davon, dass der Arbeitgeber das Direktionsrecht nicht persönlich, sondern auch durch Dritte ausüben lassen kann (*vgl. BAG 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - Rn. 62, AP BGB § 613a Nr. 294 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 45*), konnte auch die Klägerin nicht darlegen, dass die Herren V und W nach außen im Namen der Beklagten und nicht nur im eigenen Namen aufgetreten sind (*vgl. BAG 20. März 2003 - 8 AZR 312/02 - zu II 3 b bb der Gründe, EzA BGB 2002 § 613a Nr. 7*).

II. Der Vertrieb der UVM war kein eigenständiger Betriebsteil, der nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB hätte auf die Beklagte übergehen können.

1. Nach der Rechtsprechung des Senats liegt der Übergang eines Betriebsteils auf einen Erwerber iSd. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB nur vor, wenn die übernommenen Betriebsmittel und/oder Beschäftigten bereits beim Veräußerer eine abgrenzbare organisatorische wirtschaftliche Einheit, dh. einen Betriebsteil, dargestellt haben (*BAG 10. November 2011 - 8 AZR 546/10 - Rn. 20, NZA 2012, 509; 13. Oktober 2011 - 8 AZR 455/10 - Rn. 36, AP BGB § 613a Nr. 415 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 129; 17. Dezember 2009 - 8 AZR 1019/08 - Rn. 21, AP BGB § 613a Nr. 383 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 117*). Erforderlich ist demnach, dass schon beim bisherigen Betriebsinhaber eine selbständig abgrenzbare wirtschaftliche Einheit vorhanden gewesen ist. Der Begriff der wirtschaftlichen Einheit bezieht sich dabei auf eine organisierte Gesamtheit von

Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigenem Zweck, die hinreichend strukturiert und selbständig ist (*BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 455/10 - Rn. 34 mwN, aaO*). In dem Betriebsteil muss innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt worden sein, der sich nicht notwendig von dem im übrigen Betrieb verfolgten Zweck unterscheiden muss (*vgl. BAG 17. Dezember 2009 - 8 AZR 1019/08 - Rn. 17, aaO; 30. Oktober 2008 - 8 AZR 855/07 - Rn. 41, AP BGB § 613a Nr. 359 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 102*).

2. Danach hat das Landesarbeitsgericht zu Recht verneint, dass bei der UVM der „Vertrieb“ ein übergangsfähiger Betriebsteil gewesen ist. Rechtsfehlerfrei hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, dass keine selbständig abgrenzbare wirtschaftliche Einheit vorgelegen hat, weil weder zur Arbeitsorganisation dieses Bereichs noch zur Zuordnung der Arbeitnehmerinnen St, V und W ausreichend vorgetragen wurde. 33

III. Die Arbeitsverhältnisse der bei der UVM beschäftigten Arbeitnehmer sind durch ihre wirksamen Eigenkündigungen mit Ablauf des 31. Mai 2007 aufgelöst worden. Diese Kündigungen sind nicht nach § 134 BGB wegen einer Umgehung von § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB nichtig. 34

1. Es bestehen bereits Bedenken, ob sich die Klägerin ohne weiteres auf eine angebliche Unwirksamkeit der Eigenkündigungen der Arbeitnehmer berufen kann. Die Klägerin geht aus nach § 187 Satz 1 SGB III aF übergegangenem Recht vor. Weder die Arbeitnehmer der UVM berufen sich auf die Unwirksamkeit ihrer Eigenkündigungen noch hat die Klägerin vorgetragen, die Zahlung des Insolvenzgeldes unter einen entsprechenden rechtlichen Vorbehalt gestellt zu haben. Die Klägerin hat auch keine Tatsachen dafür vorgetragen, dass es sich bei den Eigenkündigungen tatsächlich nicht um ein einseitiges Rechtsgeschäft, sondern um einen dreiseitigen Vertrag zwischen der UVM, der Beklagten und den 29 Arbeitnehmern gehandelt habe, der als Vertrag zu ihren Lasten, also zulasten einer Dritten, unwirksam gewesen sei. Grundsätzlich steht die Ausnutzung rechtlicher Möglichkeiten, auch solcher des sozialversicherungsrechtli- 35

chen Leistungsrechts, nicht unter dem Generalverdacht des Rechtsmissbrauchs.

2. Aufgrund der Vertragsfreiheit können Vertragsparteien grundsätzlich auch im Rahmen des § 613a BGB die Kontinuität des Arbeitsvertrages beenden. Weil die Arbeitnehmer dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf den Betriebserwerber nach § 613a Abs. 6 BGB widersprechen und so den Eintritt der Rechtsfolgen des § 613a BGB verhindern können, gewährt das Gesetz keinen Schutz vor einvernehmlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne sachlichen Grund. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist daher der Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit einem Betriebsveräußerer trotz eines anschließenden Betriebsübergangs wirksam, wenn der Aufhebungsvertrag auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet ist. § 613a BGB wird jedoch umgangen, wenn der Aufhebungsvertrag die Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes bezweckt, weil zugleich ein neues Arbeitsverhältnis vereinbart wurde oder dem Arbeitnehmer klar war, dass er vom Betriebserwerber eingestellt werde (*BAG 18. August 2011 - 8 AZR 312/10 - Rn. 32, AP BGB § 613a Nr. 414 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 128; 23. November 2006 - 8 AZR 349/06 - Rn. 23, AP BGB § 613a Wiedereinstellung Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 61; 18. August 2005 - 8 AZR 523/04 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 115, 340 = AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 31 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 40*). Diese Grundsätze sind für den vorliegenden Fall, in dem die Arbeitnehmer vom Arbeitgeber vor einem Betriebsübergang zum Ausspruch einer Eigenkündigung veranlasst worden sind, entsprechend anzuwenden. 36

3. Danach hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei erkannt, dass die fristlosen Eigenkündigungen auf das endgültige Ausscheiden der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis gerichtet waren und ihnen nicht zugleich ein neues Arbeitsverhältnis in Aussicht gestellt wurde oder gar eine entsprechende Vereinbarung getroffen wurde. 37

Die Beklagte hat von 29 Arbeitnehmern im Laufe des zweiten Halbjahres 2007 sukzessive 18 Arbeitnehmer neu eingestellt. Zur Sozialversicherung 38

neu angemeldet wurden drei Arbeitnehmer bei der BEK am 4. Juni 2007, weitere Arbeitnehmer bei der AOK am 4., 11., 12., 13. und 18. Juni 2007. Diesen Arbeitnehmern ist nicht ausdrücklich oder gar schriftlich von der Beklagten eine Zusage gemacht worden, dass sie von ihr übernommen würden. Solche Zusagen hat die Klägerin nicht konkret darlegen können. Die Arbeitnehmer wurden vielmehr auf der Betriebsversammlung vom 31. Mai 2007 über die arbeits- und insolvenzrechtliche Situation belehrt und schriftlich darüber informiert, dass sie im Falle einer Eigenkündigung zwar Anspruch auf Zahlung des Insolvenzgeldes für drei Monate hätten, dass sie als nachteilige Folge hiervon aber Ansprüchen aus Betriebsübergang verlustig gingen. Eine Pflicht zur Eigenkündigung bestünde nicht. Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, dass zumindest ein Großteil der Arbeitnehmer die Kündigungen aussprach, um sich in jedem Falle den dreimonatigen Insolvenzgeldzeitraum vom 1. März bis 31. Mai 2007 zu sichern. Dies konnten sie gerade nur dann erreichen, wenn sie mit Ablauf des 31. Mai 2007 aus dem Arbeitsverhältnis ausschieden. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht darauf abgestellt, dass diese wirtschaftliche Überlegung den Ausspruch der fristlosen Eigenkündigungen zum 31. Mai 2007 nachvollziehbar erklären könnte und nicht allein eine Einstellungszusage der Beklagten.

IV. Da die Beklagte die Firma der UVM nicht fortgeführt hat, haftet sie auch nicht nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB für die auf die Klägerin übergegangenen Entgeltforderungen der Arbeitnehmer der UVM. 39

1. Zwar findet § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB keine Anwendung, wenn ein Handelsunternehmen aus der Hand eines Insolvenzverwalters erworben wird (vgl. BGH 11. April 1988 - II ZR 313/87 - BGHZ 104, 151; BAG 20. September 2006 - 6 AZR 215/06 - Rn. 10, BAGE 119, 306 = AP HGB § 25 Nr. 1 = EzA HGB § 25 Nr. 4; Baumbach/Hopt HGB 35. Aufl. § 25 Rn. 4). So liegt der Fall hier jedoch nicht. Das Insolvenzverfahren wurde erst mit Beschluss vom 17. September 2007 eröffnet, die im Streit stehende Fortführung des Unternehmens der Insolvenzschuldnerin erfolgte auch nach dem Vortrag der Klägerin jedenfalls vor diesem Zeitpunkt. Die Insolvenzreife der Insolvenzschuldnerin 40

Anfang Juni 2007 schadet nicht. Der Erwerb eines Unternehmens in einer schlechten wirtschaftlichen Lage - bis hin zur Insolvenzreife - steht einem Erwerb in der Insolvenz nicht gleich (vgl. *BGH 28. November 2005 - II ZR 355/03 - Rn. 14, NJW 2006, 1002*).

2. Eine Firmenfortführung iSd. § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB liegt nicht vor. 41
- a) Beim Wechsel des Unternehmensinhabers ist die Firmenfortführung deshalb eine Voraussetzung für die in § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB vorgesehene Haftung, weil in ihr die Kontinuität des Unternehmens nach außen in Erscheinung tritt, die der tragende Grund für die Erstreckung der Haftung für früher im Betrieb des Unternehmens begründete Verbindlichkeiten des Vorgängers auf seinen Nachfolger ist (*BGH 7. Oktober 2009 - Xa ZR 131/04 - Rn. 14, GRUR-RR 2010, 136; 24. September 2008 - VIII ZR 192/06 - Rn. 19, NJW-RR 2009, 820*). Dabei kommt es nicht auf eine wort- und buchstabengetreue Übereinstimmung zwischen alter und neuer Firma, sondern nur darauf an, ob aus der Sicht des Verkehrs trotz vorgenommener Änderungen noch eine Fortführung der Firma vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn der prägende Teil der alten Firma in der neuen beibehalten wird (*BGH 7. Oktober 2009 - Xa ZR 131/04 - aaO; 24. September 2008 - VIII ZR 192/06 - aaO; 28. November 2005 - II ZR 355/03 - Rn. 12, NJW 2006, 1002*). 42
- b) Die Insolvenzschuldnerin firmierte zuletzt unter „UVM Metallbau GmbH“. Die Firma der Beklagten lautet dagegen „UVO Draht- und Metallbau Handelsgesellschaft mbH“. Damit wurde zum einen die Buchstabenfolge im Kürzel von „UVM“ auf „UVO“ geändert, zum anderen wurde die Firma um die Geschäftsinhalte „Drahtbau“ und „Handelsgesellschaft“ ergänzt. Diese Änderungen führen in der Kumulation dazu, dass der prägende Teil der alten Firma nicht mehr vorhanden ist. 43
- aa) Wird in einer Firma der Hinweis auf eine geschäftliche Aktivität aufgenommen, die von dem Unternehmen ohnehin schon ausgeführt wurde, so spricht dies gegen eine wesentliche Änderung der Firma (vgl. *BGH 16. September 1981 - VIII ZR 111/80 - zu B II 3 der Gründe, NJW 1982, 577; Baum-* 44

bach/Hopt HGB 35. Aufl. § 25 Rn. 7). Der Hinweis auf „Drahtbau“ bringt keine wesentliche Neuerung, weil die Insolvenzschuldnerin schon zuvor Metallwaren aus Draht produzierte. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war sie auch im Vertrieb tätig, sodass auch der Hinweis auf eine Handelstätigkeit nicht notwendig eine inhaltliche Neuerung mit sich brachte.

bb) Prägend für die Firma der Insolvenzschuldnerin war die Kennzeichnung als Betrieb des Metallbaus in Verbindung mit dem Kürzel „UVM“. In der Vergangenheit wurden Änderungen in der Firma regelmäßig dann als irrelevant angesehen, wenn der Familienname als prägender Teil der Firma beibehalten wurde (vgl. zB *BGH 15. März 2004 - II ZR 324/01 - NJW-RR 2004, 1173: „Kfz-Küpper, Internationale Transporte, Handel mit Kfz.-Teilen und Zubehör aller Art“ in „Kfz-Küpper Transport und Logistik GmbH“; Oetker/Vossler HGB 2. Aufl. § 25 Rn. 27; MünchKommHGB/Thiessen 3. Aufl. § 25 Rn. 62 mit weiteren Beispielen*). Im vorliegenden Fall fehlt es an einem Familiennamen, stattdessen wurde das identitätsstiftende Kürzel „UVM“ verwandt. Auch der Verwendung einer bloßen Buchstabenfolge oder von Initialen kann im Geschäftsverkehr eine große Bedeutung zukommen (vgl. *BGH 12. Februar 2001 - II ZR 148/99 - zu II der Gründe, BGHZ 146, 374*). Ob „UV“ als Initialen für U und V steht, ist von dem Berufungsgericht nicht festgestellt. Darauf kommt es aber auch nicht maßgeblich an. Denn das die alte Firma prägende Kürzel „UVM“ ist in seiner Gesamtheit jedenfalls nicht beibehalten worden. Mangels eines Eigennamens kommt der Buchstabenfolge „UVM“ bei der Unterscheidbarkeit der Firma nach der Verkehrsanschauung großes Gewicht zu. Würden die drei Buchstaben tatsächlich für Eigennamen stehen, so hätten sich - auch für die beteiligten Verkehrskreise erkennbar - die das Unternehmen tragenden Personen geändert. Auch dies spräche gegen eine Kontinuität der Firma (vgl. *ebenso für das Weglassen des Zusatzes „& Sohn“: BGH 1. Dezember 1986 - II ZR 303/85 - NJW 1987, 1633; Baumbach/Hopt HGB 35. Aufl. § 25 Rn. 8 mwN.*).

45

cc) Nach der maßgeblichen Anschauung des Verkehrs lassen diese beiden Änderungen jedenfalls zusammengenommen nicht mehr den Schluss zu, der prägende Teil der Firma der Insolvenzschuldnerin finde sich auch in der Firma

46

der Beklagten wieder. Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend weiter zugrunde gelegt hat, hat sich das Klangbild vorliegend ebenfalls maßgeblich verändert, was von Bedeutung jedenfalls dann ist, wenn ein Familienname als prägender Bestandteil der Firma nicht oder nicht mehr verwendet wird (*vgl. BGH 15. März 2004 - II ZR 324/01 - zu 2 der Gründe, NJW-RR 2004, 1173*).

C. Die Klägerin hat die Kosten ihrer erfolglosen Revision nach § 97 ZPO zu tragen. 47

Böck

Breinlinger

K. Schmidt

Die ehrenamtliche
Richterin Döring ist
wegen Ablaufes
der Amtszeit an
der Unterschrifts-
leistung verhindert.
Böck

H. Burr