

Jahren herausstellt, nicht zu Lasten des Steuerpflichtigen gehen.

Ist eine Änderung der Steuerfestsetzung des Jahrs der Umgestaltung nicht möglich, ist das bilanzierte bisherige Betriebsvermögen und jetzige Privatvermögen im Wege der Bilanzberichtigung erfolgsneutral in der ersten Schlussbilanz auszubuchen, in der dies unter Beachtung der für den Eintritt der Bestandskraft und der Verjährung maßgeblichen Vorschriften möglich ist<sup>80</sup>. Die Besteuerung eines Aufgabegewinns in späteren Jahren ist grundsätzlich auch ausgeschlossen, wenn sich der „Verpächter“ unzutreffenderweise mit der Finanzverwaltung auf die Annahme einer Betriebsverpachtung „geeignet“ hat<sup>81</sup>. Etwas anderes kann gelten, wenn der Betriebsverpächter nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gehindert ist, sich auf die frühere Betriebsaufgabe zu berufen<sup>82</sup>.

### Spezielle Probleme bei Betriebsaufspaltung

#### Sachliche Entflechtung bei Aufgabe der werbenden Geschäftstätigkeit

Gibt die Betriebs-GmbH ihre werbende Geschäftstätigkeit auf und endet das Pachtverhältnis zwischen Besitz- und Betriebsunternehmen, kommt es zu einer sachlichen „Entflechtung“, weil das überlassene Wirtschaftsgut seine Eigenschaft als wesentliche Betriebsgrundlage des Betriebsunternehmens verliert. Sind die Voraussetzungen einer Betriebsverpachtung im Ganzen nicht erfüllt, kann beim Besitzunternehmen eine Betriebsunterbrechung im engeren Sinne, also keine Betriebsaufgabe, vorliegen.

Das ist der Fall, wenn das vormalige Besitzunternehmen sämtliche für den Betrieb wesentlichen Grundlagen unverändert zurückbehält und keine eindeutige Aufgabenerklärung abgibt<sup>83</sup>. Die Annahme eines ruhenden Gewerbebetriebs außerhalb der Betriebsverpachtung im Ganzen setzt voraus, dass sämtliche für die Fortsetzung des eingestellten Gewerbebetriebs wesentlichen Betriebsgrundlagen zurückbehalten und nicht entscheidend umgestaltet werden. Es kommt dann trotz sachlicher Entflechtung nicht zu einer Zwangs-Betriebsaufgabe, weil das vormalige Besitzunternehmen die Möglichkeit hat, seine gewerbliche Tätigkeit als Besitzgesellschaft mit derselben oder

mit einer anderen Betriebsgesellschaft wieder aufzunehmen oder gegebenenfalls das von der vormaligen Betriebsgesellschaft ausgeübte Gewerbe selbst aufzunehmen. Ist eine Betriebsaufgabe gewollt, muss sie ausdrücklich erklärt werden.

#### Durch eine Betriebsaufspaltung überlagerte Betriebsverpachtung im Ganzen

Bestand bei Betriebsverpachtung kein Verpächterwahlrecht, weil der Betrieb im Ganzen im Rahmen einer Betriebsaufspaltung verpachtet wurde, lebt das Verpächterwahlrecht wieder auf, wenn die Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung entfallen. Die Beendigung der Betriebsaufspaltung durch Wegfall der sachlichen oder personellen Verflechtung führt also nicht zur Zwangs-Betriebsaufgabe beim Besitzunternehmen, wenn außer den Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung auch die Voraussetzungen einer Betriebsverpachtung vorlagen<sup>84</sup>. Entsprechendes gilt beim Wegfall der Voraussetzungen einer unechten qualifizierten Betriebsaufspaltung<sup>85</sup>.

#### Beispiel 7:

A hat für seine 1990 gegründete Autohaus-GmbH im Jahr 2000 eine Werkstatt errichtet, die aus Gebäude, Hofbefestigung und Geschäftsausstattung besteht, und der GmbH verpachtet. Nach Auflösung der insolvent gewordenen GmbH wird der Betrieb ab 2007 an eine andere Autohaus-GmbH verpachtet, an der A nicht beteiligt ist.

A steht das Verpächterwahlrecht zu. Nicht nur bei einer echten, sondern auch bei einer unechten Betriebsaufspaltung ist latent eine Betriebsverpachtung gegeben, wenn – wie vorliegend – alle wesentlichen Grundlagen zur Nutzung überlassen sind (sog. qualifizierte Betriebsaufspaltung).

80) Vgl. BFH-Urteile vom 21.10.1976, IV R 222/72, BStBl II 1977, S. 148; vom 22.10.1992, III R 7/91, BFH/NV 1993, S. 358; vom 12.3.1992, IV R 31/91, BFH/NV 1993, S. 405

81) Vgl. BFH-Urteil vom 3.6.1997, a. a. O. (Fn. 78)

82) Vgl. BFH-Urteile vom 22.10.1992, a. a. O. (Fn. 80); vom 15.12.1993, X R 158/90, BFH/NV 1994, S. 476

83) Vgl. BFH-Urteil vom 14.3.2006, VIII R 80/03, BStBl II 2006, S. 591 = INF 2006, S. 564

84) Vgl. BFH-Urteile vom 23.4.1996, VIII R 13/95, BStBl II 1998, S. 325 = INF 1996, S. 700; vom 15.3.2005, X R 2/02, BFH/NV 2005, S. 1292

85) Vgl. BFH-Urteil vom 17.4.2002, X R 8/00, BStBl II 2002, S. 527 = INF 2002, S. 511

Recht

INF

## Das Arbeitsrecht beim Unternehmenskauf

Dr. Stephan Osnabrügge, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bonn\*

Das Thema „Unternehmenskauf“ ist in der Beraterpraxis nach wie vor hochaktuell. Nach neusten Statistiken sind allein im Jahr 2005 in Deutschland 71 000 Familienunternehmen auf Nachfolger übertragen worden. Nach Expertenmeinung sind von den rund 2,1 Mio. Unternehmen in Deutschland insgesamt etwa 354 000 „übergabereif“. In den im Jahr 2005 rund 71 000 über-

tragenen Unternehmen sind circa 678 000 Personen beschäftigt<sup>1</sup>. Daneben spielen Teilunternehmenskäufe in der Praxis eine große

\*) Der Autor ist Partner der Kanzlei PAULY RECHTSANWÄLTE ([www.pauly-rechtsanwaelte.de](http://www.pauly-rechtsanwaelte.de)) in Bonn

1) Alle Zahlen: vgl. Statistik der Unternehmensnachfolge des Instituts für Mittelstand; [www.ifm-bonn.org](http://www.ifm-bonn.org)

Rolle. Soll ein Unternehmen oder ein Unternehmensteil erworben werden, so stehen regelmäßig nicht arbeitsrechtliche, sondern steuerliche und allgemeine zivilrechtliche Aspekte im Vordergrund. Gleichwohl verbirgt sich hinter den arbeitsrechtlichen Aspekten nicht selten ein erhebliches wirtschaftliches Volumen und – bedenkt man sie nicht – ein erhebliches wirtschaftliches Risiko. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über die wichtigsten arbeitsrechtlichen Aspekte beim Unternehmenskauf.

## 1 Grundlagen des Unternehmenskaufs

### 1.1 Share-Deal oder Asset-Deal

Für den an einem Unternehmenskauf Interessierten stellt sich grundsätzlich die Frage nach der Art des Erwerbs. Ein Unternehmen, nämlich die organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Unternehmer unter Zuhilfenahme von sachlichen und immateriellen Mitteln einen wirtschaftlichen oder ideellen Zweck verfolgt<sup>2</sup>, kann entweder durch einen „Asset-Deal“ oder durch einen „Share-Deal“ erworben werden. Die Frage nach dem bevorzugten Erwerbsvorgang wird regelmäßig nicht durch die arbeitsrechtlichen Rahmendaten bestimmt, sondern vor allem durch steuerliche Überlegungen. Für Käufer und Verkäufer ergeben sich unterschiedliche Ertrags-, Gewerbe- und Verkehrssteuern bei Asset- und Share-Deal. Daneben spielen allgemeine zivilrechtliche Überlegungen eine erhebliche Rolle. Der Asset-Deal bringt regelmäßig erheblichen Transaktionsaufwand mit sich, verspricht andererseits aber Haftungserleichterungen für Altverbindlichkeiten. Letztlich ist die Abwägung zwischen Asset- und Share-Deal aber auch in arbeitsrechtlicher Hinsicht von erheblichem Interesse.

### 1.2 Grundlagen des Asset-Deals

Unter einem Asset-Deal versteht man den Erwerb der Gesamtheit der einzelnen Wirtschaftsgüter im Wege der Einzelrechtsnachfolge. Hierbei wird das unternehmensbezogene Aktiv- und Passivvermögen mit den dazugehörigen Rechtsverhältnissen im Kaufvertrag unmittelbar einzelgegenständlich erfasst und danach dinglich übertragen. Die rein praktische Problematik besteht regelmäßig in der einzelgegenständlichen Erfassung, da die dingliche Übertragung nur möglich ist, wenn jeder Gegenstand hinreichend bestimmt und konkretisiert ist. Einzelne Gegenstände, z. B. Fahrzeuge und Maschinen, müssen individuell erfasst und im Vertrag oder in einer Anlage dazu bezeichnet werden. Hinzu kommt, dass alle Formvorschriften für die Übertragung gewahrt sein müssen, insbesondere dann, wenn Grundstücke zum Aktivvermögen gehören.

Hat das Unternehmen, das gekauft werden soll, keine eigene Rechtspersönlichkeit, so kommt nur der Asset-Deal in Betracht. So kann beispielsweise das Unternehmen eines Einzelkaufmanns nur durch Übertragung aller Aktiva und Passiva im Wege der Einzelrechtsnachfolge übertragen werden. Anders verhält sich dies, wenn das Unternehmen eine eigene Rechtspersönlichkeit hat, also eine juristische Person des Privatrechts ist. Dies ist beispielsweise bei der GmbH, der KG, der AG und der Ltd. der Fall. Für diese Unternehmensformen stehen zum Unternehmenskauf sowohl der Asset-Deal als auch der Share-Deal zur Verfügung.

### 1.3 Grundlagen des Share-Deals

Bei einem Share-Deal werden alle oder wird ein Teil der Geschäftsanteile an dem Rechtsträger des Unternehmens erworben, bei der GmbH also deren Geschäftsanteile, bei der KG ein Kommanditanteil oder Geschäftsanteile an der Komplementärin und bei der AG Aktien. Der Share-Deal hat gegenüber dem Asset-Deal den Vorteil, dass ein Unternehmenskaufvertrag lediglich über den Erwerb der Geschäftsanteile geschlossen wer-

den muss. Die genaue Bezeichnung der einzelnen Vermögensgegenstände des Unternehmens ist aus rein juristischer Sicht nicht notwendig. Auch wenn Grundstücke zum Aktivvermögen gehören, bedarf es keiner formalen Akte zur Übertragung des Eigentums, denn das Aktivvermögen ist rechtlich dem Unternehmen als juristischer Person zugeordnet. Durch den Anteils-erwerb ändert sich hieran nichts.

Aus Käufersicht erschöpfen sich die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten beim Unternehmenskauf in den obigen Alternativen. Die arbeitsrechtlichen Überlegungen des Käufers müssen sich deshalb grundsätzlich nicht auf die Bestimmungen des UmwG erstrecken. Der Unternehmenskauf i. S. einer Einzelrechtsnachfolge ist eine Veränderung im Unternehmen, z. B. indem Teile des Aktivvermögens wie etwa Bandstraßen oder Produktionsstätten dem Unternehmen entzogen und veräußert werden.

### 1.4 Strukturveränderungen nach dem UmwG

Das UmwG behandelt dagegen Strukturveränderungen am Unternehmen<sup>3</sup>. Gleichwohl kann im Rahmen der Vorbereitung des Unternehmenskaufs die Frage eine Rolle spielen, ob nach dem UmwG vorgegangen werden soll. Von Relevanz ist dabei regelmäßig nur die Spaltung nach § 123 UmwG. Die Herauslösung eines Teils des Unternehmens, z. B. eines Betriebs, aus dem Unternehmensvermögen und die Einbringung in eine neu gegründete oder bereits bestehende Gesellschaft kann sowohl als Spaltung bzw. Ausgliederung nach dem UmwG als auch im Wege der Einzelrechtsübertragung vorgenommen werden. Entscheidend ist der Wille der Handelnden. Denn durch das UmwG sind die vor seinem In-Kraft-Treten bestehenden Möglichkeiten der Teilung von Unternehmen im Wege der Einzelrechtsnachfolge nicht ausgeschlossen worden<sup>4</sup>.

Regelmäßig wird die Spaltung bzw. Ausgliederung zu einer Übertragung auf einen (konzern-)eigenen Rechtsträger führen. Dies ist aber nicht zwingend. Solange die Maßgaben des § 123 UmwG eingehalten werden, insbesondere die Gestaltung der Gegenleistung durch Anteilsübertragung, kann die Übertragung selbstverständlich auch auf einen konzernfremden Rechtsträger erfolgen. In diesem Fall richtet sich die arbeitsrechtliche Beurteilung nach den §§ 322 bis 325 UmwG.

## 2 Unternehmenskauf durch Anteilskauf: Share-Deal

### 2.1 Grundlagen

Die arbeitsrechtlich unkomplizierteste Variante des Unternehmenskaufs ist der Share-Deal, also der Kauf durch Erwerb der Anteile. Unabhängig davon, ob alle oder nur einige Anteile übernommen werden, ändert der Wechsel im Gesellschafterkreis der Kapitalgesellschaft nichts an der arbeitsrechtlichen Zuordnung der Arbeitnehmer und an der Person des Arbeitgebers<sup>5</sup>. Da der Arbeitgeber – nämlich die Kapitalgesellschaft – derselbe bleibt, liegt kein Fall des Betriebsübergangs vor. Die kündigungsschutzrechtliche Stellung der Arbeitnehmer ändert sich nicht. Die betriebsverfassungsrechtlichen Organe bleiben im Amt. Solange die Veränderung im Gesellschafterbestand nicht zu betrieblichen Maßnahmen führt, z. B. zur Stilllegung von Teil-

2) Vgl. BAG-Urteil vom 1.4.1987, 4 AZR 77/86, DB 1987, S. 1643

3) Vgl. Willemsen, Arbeitsrecht im Umwandlungsgesetz – Zehn Fragen aus der Sicht der Praxis, NZA 1996, S. 791f.; Richardi, in: Münchner Handbuch Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2000, § 33 Rz. 3

4) Vgl. LG Hamburg, Urteil vom 21.1.1997, 402 O 122/96, DB 1997, S. 516, Willemsen/Hohenstätt/Schweibert/Seibt-Willemsen, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen. Arbeitsrechtliches Handbuch, 2. Aufl., München 2003, B Rz. 57

5) Vgl. auch Willemsen/Hohenstätt/Schweibert/Seibt, a. a. O. (Fn. 4), B Rz. 5; Picot/Schmitzer, Arbeitsrecht bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, München 2001, Teil I Rz. 6; Lücke, in: Heftler/Stratz/Hörtnagl, Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, München 2004, § 6, Rz. 9

betrieben oder Betrieben, liegt auch keine Betriebsänderung i. S. der §§ 11 Iff. BetrVG vor. Es bedarf weder des Abschlusses eines Interessensausgleichs noch eines Sozialplans.

Der Betriebsrat hat keine Mitwirkungsrechte im Zusammenhang mit dem Anteilskauf, und zwar unabhängig davon, ob beim Verkaufsvorgang bereits erkennbar ist, dass eine spätere betriebliche Relevanz gegeben sein wird. Veräußert z. B. der alleinige Gesellschafter einer GmbH sämtliche Anteile der GmbH an einen Finanzinvestor, so haben weder die Arbeitnehmerschaft noch der Betriebsrat Einfluss auf diese Transaktion. Dies gilt auch dann, wenn der Finanzinvestor vorher bereits hat verlautbaren lassen, sämtliche Betriebe des Unternehmens zerschlagen zu wollen.

## 2.2 Informationspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Wirtschaftsausschuss

Aus dem Gesellschafterwechsel resultiert lediglich eine Informationspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Wirtschaftsausschuss, sofern ein solcher gebildet worden ist. Denn der Wirtschaftsausschuss ist nach § 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG über alle sonstigen Vorgänge und Vorhaben zu informieren, welche die Interessen der Arbeitnehmer des Unternehmens wesentlich berühren können. Nach der Rechtsprechung des BAG<sup>6</sup> erfasst die Generalklausel des § 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG alle Fragen, die das wirtschaftliche Leben des Unternehmens in entscheidenden Punkten betreffen, jedoch stets unter der Voraussetzung, dass die Interessen der Arbeitnehmer des Unternehmens wesentlich berührt werden können.

Das BAG hat hierzu entschieden, dass auch die Veräußerung sämtlicher Geschäftsanteile einer GmbH an einen neuen Gesellschafter nach § 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG dem Wirtschaftsausschuss mitzuteilen ist, da auch hierdurch die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer in mehrfacher Hinsicht wesentlich berührt werden können. Dies sei möglich, weil dieser Gesellschafter z. B. ein Konkurrenzunternehmen betreibe und deshalb die Produktion einschränken, möglicherweise den Betrieb sogar stilllegen wolle oder andere Eingriffe in die bisherige Geschäftsführung und Geschäftspolitik plane. Deshalb sind dem Wirtschaftsausschuss mitzuteilen:

- die Tatsache der Veräußerung,
- der Name des Erwerbers und
- eventuelle Planungen über die zukünftige Unternehmenspolitik.

Die geringe Bedeutung dieses Mitbestimmungsrechts zeigt die Tatsache, dass bereits der notarielle Kaufvertrag über den Erwerb der Geschäftsanteile nicht von der Informationspflicht erfasst wird. Denn der Inhalt dieses Vertrags betrifft keine wirtschaftlichen Angelegenheiten des Unternehmens, sondern ist allein Sache der daran beteiligten Gesellschafter<sup>7</sup>.

## 2.3 Informationspflichten nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG)

Neben den Vorschriften zur Information des Wirtschaftsausschusses können je nach Zuschnitt und individueller Situation auch die Informationspflichten des WpÜG zu beachten sein. Diese betreffen ausschließlich öffentliche Angebote zum Erwerb von Aktien an börsennotierten Unternehmen. Nach den Vorschriften des WpÜG hat der Vorstand des Zielunternehmens den Betriebsrat bzw. die Arbeitnehmer über Rahmendaten des Angebots, die Stellungnahmen des Vorstands und des Aufsichtsrats zum Angebot sowie die arbeitnehmerrelevanten Auswirkungen des Aktienerwerbs zu informieren<sup>8</sup>.

Arbeitsrechtlich führt der Share-Deal im Übrigen zur vollständigen Entlassung der vormaligen Gesellschafter aus jeglicher wirtschaftlichen Haftung, soweit eine solche die Gesellschafter

überhaupt treffen kann. So mögen die Forderungen der Mitarbeiter und des Betriebsrats von BenQ-Deutschland nach dem Eingreifen der Unternehmensführung der Siemens AG, nachdem die Handy-Sparte an BenQ veräußert und in die Insolvenz geführt worden ist, politisch verständlich sein; rechtlich sind sie indes haltlos.

Der Erwerber übernimmt durch den Share-Deal das Unternehmen in der Gestalt, in der es sich vor der Anteilsübertragung befunden hat. Dies betrifft die individualvertragliche Situation sämtlicher Arbeitnehmer genauso wie den Bestand der betriebsverfassungsrechtlichen Organe, eine eventuelle Tarifbindung und sämtliche Pensionsverpflichtungen.

## 2.4 Arbeitsrechtliche Due Diligence

Da die Rechtspersönlichkeit des Arbeitgebers unverändert bleibt, bedarf es keiner überleitenden Vorschriften wie der des § 613a BGB. Für den Erwerber stellt sich somit die Notwendigkeit einer sorgfältigen arbeitsrechtlichen Due Diligence, die sich insbesondere auf zukünftige Risiken aus der gegebenen arbeitsvertraglichen Situation erstreckt. Im Rahmen der Due Diligence ist vor allem darauf zu achten,

- welche betrieblichen Übungen sich ausgebildet haben, die die zukünftige Personalplanung belasten;
- welche Verbandsbindungen, z. B. durch Tarifverträge, bestehen;
- welche – möglicherweise nicht rückgesicherten – Pensionsverbindlichkeiten eingegangen wurden;
- ob in den Arbeitsverträgen des Unternehmens Konzernversetzungsklauseln enthalten sind.

## 3 Unternehmenskauf durch Asset-Deal

### 3.1 Grundlagen

Beim Asset-Deal werden unternehmensbezogene Aktiva einzelgegenständlich veräußert. Die praktisch wichtigsten Anwendungsfälle sind der Verkauf eines Einzelunternehmens sowie der Verkauf von unselbstständigen Untergliederungen eines Unternehmens, die aus diesem herausgelöst werden sollen.

Für die arbeitsrechtlichen Konsequenzen des Asset-Deals kommt es maßgeblich darauf an, wie die zu übertragenden Assets vor und nach dem Übergang organisatorisch in das jeweilige Unternehmen eingegliedert waren. Demgemäß lassen sich einzelne Fallgruppen unterscheiden, in denen jeweils unterschiedliche arbeitsrechtliche Konsequenzen zu bedenken sind.

### 3.2 Vollständige Unternehmensübernahme

#### 3.2.1 Standardfall

Der Standardfall des Asset-Deals ist die vollständige Übernahme eines Einzelunternehmens. Der Erwerber hat in arbeitsrechtlicher Hinsicht insbesondere § 613a BGB zu beachten. Hiernach tritt derjenige, der durch Rechtsgeschäft einen Betrieb oder Betriebsteil erwirbt, in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Die Arbeitsverhältnisse aller betroffenen Personen gehen kraft Gesetzes über, ohne dass es eines aktiven Gestaltungsakts bedarf. Der Erwerber wird mit Übernahme des Unternehmens zum Arbeitgeber und hat alle Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zu erfüllen.

<sup>6</sup>) Vgl. BAG-Beschluss vom 22.1.1991, 1 ABR 38/89, NZA 1991, S. 649

<sup>7</sup>) Vgl. ebenda, S. 650

<sup>8</sup>) Vgl. § 27 Abs. 3 WpÜG

**Beispiel 1:**

Ein Hotelbetrieb wird von dem Hotelier in der Rechtsform eines Einzelkaufmanns geführt. Soll der Hotelbetrieb übernommen werden, muss der Pachtvertrag übergehen; weiterhin sind das Inventar, einzelne Waren und gegebenenfalls die Lieferantenverträge zu übertragen.

§ 613a BGB ist im Jahr 1972 im Wege der Umsetzung der EG-Richtlinie 77/187/EWG vom 14.2.1977 in das BGB eingefügt worden. Daher ist die Auslegung der einzelnen Rechtsbegriffe durch die Rechtsprechung des EuGH geprägt. Die Vorschrift setzt den rechtsgeschäftlichen Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils auf einen anderen Inhaber voraus. Erforderlich ist die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit. Darauf, ob diese wirtschaftliche Einheit beim alten Inhaber einen Betrieb im arbeitsrechtlichen Sinne gebildet hat, kommt es nach einer Rechtsprechungsänderung des BAG in Anlehnung an die europäischen Vorgaben heute nicht mehr an<sup>9</sup>. Der Begriff der wirtschaftlichen Einheit bezieht sich auf eine organisatorische Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnende Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören als Teilaspekte

- die Art des betreffenden Unternehmens,
- der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude oder bewegliche Güter,
- der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs,
- der etwaige Übergang der Kundschaft sowie
- der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten<sup>10</sup>.

Das BAG hatte zunächst die Ansicht vertreten, für das Vorliegen eines Betriebsübergangs sei es nicht rechtserheblich, ob auch die Arbeitsverhältnisse übergegangen seien. Denn der Übergang der Arbeitsverhältnisse sei eine Rechtsfolge, keine Tatbestandsvoraussetzung des § 613a BGB<sup>11</sup>. Diese Rechtsprechung hat das BAG allerdings mittlerweile aufgegeben. Danach steht die Übernahme von Personal gleichwertig neben den anderen Kriterien eines Betriebsübergangs. Insbesondere in Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch ihre gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine eigene wirtschaftliche Einheit darstellen<sup>12</sup>. Die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ist dann anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hatte. Übernimmt z. B. ein Käufer ein Fensterreinigungsunternehmen und setzt die bisherigen Reinigungstrupps auch weiter ein, so liegt ein Betriebsübergang nach § 613a BGB vor.

Die Gewichtung der einzelnen Indizien, z. B. die Übernahme von Sachmitteln, Kundenkontakten, Aufträgen und Personal, ist je nach Gesamtprägung des Unternehmens unterschiedlich. So kann ein Betriebsübergang in von Betriebsmitteln geprägten Betrieben auch ohne Übernahme von Personal vorliegen. Notwendig ist in jedem Fall eine Einzelbetrachtung.

**3.2.2 Abgrenzung zur Funktionsnachfolge**

Vom Betriebsübergang abzugrenzen ist die bloße Funktionsnachfolge. Der Betriebsübergang setzt die Einheit bestimmter

Organisationsstrukturen voraus. Hieran fehlt es, wenn der Erwerber lediglich die Tätigkeit des Betriebs fortführt<sup>13</sup>. Danach reicht es für einen Betriebsübergang insbesondere nicht aus, wenn der Erwerber mit einzelnen, bislang nicht teilbetrieblich organisierten Betriebsmitteln erst einen Betrieb oder Betriebsteil gründet<sup>14</sup>. Besteht die Geschäftsidee des Erwerbers darin, den vollständigen Betrieb samt seiner Aktiva zu übernehmen, so liegt regelmäßig ein Betriebsübergang nach § 613a BGB vor.

Der Betriebsübergang hat nach § 613a BGB eine Vielzahl von rechtlichen Konsequenzen für den Erwerber, die nachstehend näher dargestellt werden.

**3.2.3 Übergang der Arbeitsverhältnisse**

Im Zeitpunkt der Übernahme tritt der Erwerber als neuer Arbeitgeber in alle bestehenden Arbeitsverhältnisse ein. Ab sofort ist der Erwerber verpflichtet, die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer entgegenzunehmen und die vertraglichen Lohnansprüche zu befriedigen. Der Erwerber übernimmt dabei die Arbeitsverhältnisse so, wie er sie vorfindet. Noch nicht genommenen Erholungsurlaub hat der Erwerber zu gewähren. Alle bestehenden Absprachen zwischen dem Veräußerer und dem Arbeitnehmer wirken zu Lasten und zu Gunsten des Erwerbers. So ist der Erwerber beispielsweise an die individualvertragliche Vereinbarung der Unkündbarkeit gebunden.

Lediglich betriebsinhaberbezogene Ansprüche und Rechte können ein anderes Schicksal erfahren. So ist beispielsweise die Frage, ob die Rechte aus einem Arbeitgeberdarlehen auf den Betriebserwerber übergehen, von der vertraglichen Vereinbarung zwischen Erwerber und Veräußerer im Einzelfall abhängig<sup>15</sup>. Problematisch ist auch das Schicksal von mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Mietverträgen über Werks- oder Dienstwohnungen. Der Betriebserwerber tut also gut daran, den Status quo der Arbeitsverhältnisse im Rahmen einer arbeitsrechtlichen Due Diligence vor der Übernahme des Betriebs sorgfältig zu prüfen und die Ergebnisse dieser Due Diligence in die Verhandlungen mit dem Betriebsveräußerer einzubeziehen.

**3.2.4 Haftung für (Alt-)Ansprüche**

Der Erwerber haftet ab dem Zeitpunkt der Übernahme nicht nur für zukünftige Lohnansprüche. Auch für alle bereits entstandenen Ansprüche der Arbeitnehmer tritt der Erwerber mit dem Übergang in die Haftung ein, unabhängig davon, ob diese zum Zeitpunkt der Übernahme schon geltend gemacht worden sind oder nicht. Eine Ausnahme von der Haftung für Altansprüche gilt nur bei einer Betriebsübernahme in der Insolvenz<sup>16</sup>.

Gemeinsam mit dem neuen Inhaber haftet der bisherige Unternehmer gesamtschuldnerisch für diejenigen Altansprüche, die innerhalb eines Jahres ab dem Tag des Übergangs geltend ge-

9) Vgl. zur geänderten Auslegung: Küttner, Personalbuch 2006, 13. Aufl., München 2006, Ziffer 123, Rz. 8ff.; Hauck, Neueste Entwicklung der Rechtsprechung zu § 613a BGB, NZA 2004, Sonderbeilage 3. NZA Jahrestagung 2003 zu Heft 18, S. 17 ff.; Müller-Glöge, Bestandsschutz beim Betriebsübergang nach § 613a BGB, NZA 1999, S. 449; Hunold, Ausgewählte Rechtsprechung zum Betriebsübergang (Teil 1), NZA-RR 2003, S. 505; ders., Ausgewählte Rechtsprechung zum Betriebsübergang (Teil 2) NZA-RR 2003, S. 561

10) Ständige Rechtsprechung des BAG im Anschluss an EuGH, Urteil vom 11.3.1997, Rs C-13/95 – Ayse Stüzen, EuGHE I 1997, S. 1259 = NJW 1997, S. 2039; BAG-Urteil vom 22.7.2004, 8 AZR 350/03, AP Nr. 274 zu § 613a BGB

11) Vgl. BAG-Urteile vom 25.2.1981, 5 AZR 991/78, DB 1981, S. 1140; vom 22.5.1985, 5 AZR 30/84, DB 1985, S. 2409

12) Vgl. BAG-Urteil vom 22.5.1997, 8 AZR 101/96, NZA 1997, S. 1050

13) Vgl. BAG-Urteil vom 13.1.1997, 8 AZR 295/95, NZA 1998, S. 251 – Gebäudereinigung im Krankenhaus

14) Vgl. BAG-Urteil vom 13.11.1997, 8 AZR 52/96, Eza Nr. 166 zu § 613a BGB

15) Vgl. BAG-Urteil vom 21.1.1999, 8 AZR 373/97, n. v.; LAG Köln, Urteil vom 18.5.2000, 10 Sa 50/00, NZA-RR 2001, S. 174

16) Vgl. BAG-Urteile vom 13.7.1994, 7 AWB 50/93, NZA 1994, S. 1144; vom 20.6.2002, 8 AZR 459/01, NZA 2003, S. 318

macht werden<sup>17</sup>. Da Arbeitnehmer regelmäßig die Möglichkeit haben, ihre Ansprüche im Rahmen der Verjährungsfrist von drei Jahren rückwirkend geltend zu machen, können nicht erfüllte Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, z. B. ausstehende Gratifikationen, Tantiemen und Löhne, zu einer erheblichen finanziellen Belastung des Erwerbers führen. Zwar ist der Betriebsübergang für den Lauf von Verjährungsfristen und gegebenenfalls arbeits- oder tarifvertraglichen Ausschlussfristen unerheblich. Der Erwerber kann sich also ohne weiteres auf solche Fristen berufen. Ob solche Fristen eingreifen und wie hoch die individuellen Ansprüche der Arbeitnehmer innerhalb der Ausschluss- und Verjährungsfristen sein können, bedarf aber einer individuellen und sorgfältigen Prüfung.

### 3.2.5 Haftung für Verbindlichkeiten aus betrieblichen Altersversorgungen

Zu den „Altansprüchen“ gehören letztlich auch Verbindlichkeiten aus der betrieblichen Altersversorgung. Der Erwerber tritt grundsätzlich auch in die Versorgungszusagen des Veräußerers ein. Unterhält der Veräußerer im Fall der Direktzusage eine Rückdeckungsversicherung oder bedient er eine Direktversicherung zu Gunsten des Arbeitnehmers, ist dies i. d. R. unproblematisch. Praktische Schwierigkeiten treten aber regelmäßig dann auf, wenn der Veräußerer dem Arbeitnehmer die Versicherung in einer Zusatzversorgungskasse zugesagt hat und der betriebliche Geltungsbereich der Zusatzversorgungskasse infolge des Betriebsübergangs verlassen wird.

#### Beispiel 2:

Ein Labor gehört dem betrieblichen Geltungsbereich der Zusatzversorgungskasse des Deutschen Caritas-Verbands an. Wird das Labor nun im Wege des Betriebsübergangs übernommen und gehört der neue Arbeitgeber nicht zu den bei der Zusatzversorgungseinrichtung der Caritas angemeldeten Arbeitgebern, so erlischt hiermit nicht die Verpflichtung, eine entsprechende betriebliche Altersversorgung aufzubauen. An die Stelle der Versicherung im Zusatzversorgungswerk tritt vielmehr die Verpflichtung, eine gleichwertige Leistung zu erbringen. Der Erwerber muss dem Arbeitnehmer deshalb z. B. durch den Abschluss einer neuen Gruppenlebensversicherung oder durch einen Selbsteintritt in Gestalt einer Direktzusage die Leistungen verschaffen, die der Arbeitnehmer erhalten hätte, wenn er bei dem ursprünglichen Arbeitgeber verblieben wäre<sup>18</sup>.

Insbesondere die Fortführung der betrieblichen Altersversorgung kann noch Jahre nach dem Betriebsübergang zu existenzgefährdenden wirtschaftlichen Belastungen des Erwerbers führen. Hiervor ist der Erwerber auch nicht durch vertragliche Ausschluss- oder Verjährungsfristen geschützt. Denn zum einen erfassen solche Fristen Versorgungsverschaffungsansprüche regelmäßig nicht<sup>19</sup>. Zum anderen knüpfen Verfallsfristen stets an die Fälligkeit des Anspruchs an, um dessen Verfall es geht. Der Versorgungsverschaffungsanspruch entsteht aber erst mit dem Versorgungsfall, regelmäßig also erst mit Vollendung des 65. Lebensjahres.

### 3.2.6 Vertragliche Veränderungssperre

Erwerber sind bisweilen der Ansicht, die arbeitsrechtlichen Konsequenzen des Betriebsübergangs durch einzelvertragliche Vereinbarungen mit den Arbeitnehmern umgehen zu können. Dies ist – das Mitwirken der Arbeitnehmer vorausgesetzt –

stets dann möglich, wenn der Veräußerer die Arbeitsverhältnisse auf Grund individualvertraglicher Vereinbarung und ohne Tarifgeltung ausgestaltet hat. Vorsicht ist allerdings geboten, wenn der Veräußerer tarifgebunden, z. B. Mitglied in einem Arbeitgeberverband war.

Auch wenn der Erwerber nicht tarifgebunden ist, setzen sich die Regelungen des Tarifvertrags in den Arbeitsverhältnissen fort. § 613a Abs. 1 BGB ordnet an, dass die Bestimmungen des Tarifvertrags Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer werden. Sie gelten fortan individualvertraglich. In diesem Fall ist jede Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer über eine Veränderung der Arbeitsbedingungen zu Lasten des Arbeitnehmers unwirksam. Denn die Arbeitsverträge, in denen sich die Bestimmungen des Tarifvertrags individualvertraglich fortsetzen, dürfen nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB vor Ablauf eines Jahres seit dem Zeitpunkt des Übergangs nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden. Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die dem widersprechen, sind nichtig. Der Arbeitnehmer kann dann im Rahmen der Verjährungsfristen trotz des Änderungsvertrags seine Altansprüche gegen den Betriebs-erwerber weiter geltend machen.

### 3.2.7 Kündigungsverbot

Bei einem Betriebsübergang ist eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen des Übergangs des Betriebs gem. § 613a Abs. 4 BGB ausgeschlossen. Eine Kündigung „wegen des Betriebsübergangs“ liegt nach der Rechtsprechung des BAG immer dann vor, wenn die Kündigung wesentlich durch den Betriebsübergang bedingt ist. Das ist immer dann der Fall, wenn es neben dem durch den Betriebsübergang bedingten Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit keinen sachlichen Grund gibt, der die Kündigung rechtfertigt, der Betriebsübergang also nicht nur zeitlich zufällig mit der Kündigung zusammenfällt, sondern deren tragenden Grund darstellt. Eine Kündigung aus anderen Gründen bleibt hingegen zulässig.

Entscheidet sich z. B. der Veräußerer, Arbeitnehmern zu kündigen, um die Attraktivität des Betriebs zwecks Veräußerung zu steigern, sind diese Kündigungen unwirksam. Anders ist dies allerdings dann, wenn der Veräußerer eine regelkonforme Sanierung durchführt und dabei unter Wahrung der Sozialdaten Kündigungen ausspricht. Personalreduzierungen mit dem Ziel der Sanierung können betriebsbedingte Kündigungen auch dann rechtfertigen, wenn der Betriebsinhaber sie in enger zeitlicher Nähe zu einem Betriebsübergang ausspricht<sup>20</sup>. Liegt ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund vor, z. B. im Fall der Unterschlagung durch einen Arbeitnehmer, kann das Arbeitsverhältnis unabhängig davon gekündigt werden, ob zur selben Zeit ein Betriebsübergang stattfindet oder nicht.

Das Kündigungsverbot steht allerdings nicht den Sanierungsbemühungen des Betriebserwerbers nach der Übernahme entgegen. Es ist nämlich dann nicht einschlägig, wenn es neben dem Betriebsübergang einen sachlichen Grund gibt, der „aus sich heraus“ die Kündigung zu rechtfertigen vermag. Allerdings bedarf eine solche Kündigung stets eines verbindlichen Konzepts oder Sanierungsplans des Erwerbers, dessen Durchführung im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung be-

17) Vgl. § 613a Abs. 2 BGB

18) Vgl. BAG-Urteil vom 18.9.2001, 3 AZR 689/00, DB 2002, S. 1279 ff.

19) Vgl. BAG-Urteile vom 7.3.1995, 3 AZR 282/94, DB 1995, S. 2020 ff.; vom 18.9.2001, a. a. O. (Fn. 18)

20) Vgl. Pauly/Osnabrücke-Besgen, Handbuch Kündigungsrecht, 2. Aufl., Bonn 2006, § 10 Rz. 48; Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl., München 2005, Rz. 980

reits greifbare Formen angenommen hat. Ein solches Konzept des Erwerbers unterstellt, kann bereits der Veräußerer die Kündigung aussprechen, um die Kündigungsfristen möglichst frühzeitig beginnen zu lassen. Voraussetzung ist aber stets das Konzept; allein die Idee des Erwerbers, die Belegschaft vor dem Betriebsübergang zu verkleinern, genügt nicht<sup>21</sup>.

Will der Erwerber das Unternehmen mit reduzierter Belegschaft fortführen, ist es unabdingbar, rechtzeitig vor der Durchführung aller Transaktionen ein entsprechendes Sanierungskonzept zu erstellen und durch Veräußerer umzusetzen. Der Erwerber muss sonst in Kauf nehmen, auf die tatsächlichen Ergebnisse der Sanierungsbemühungen, z. B. durch Reduzierung der Personalkosten, für die Dauer der Kündigungsfristen warten zu müssen. Bereits vor Übergang des Unternehmens können also unternehmerische Entscheidungen und arbeitsrechtliche Aktivitäten notwendig sein. Selbstverständlich sind solche Sanierungspläne nach den §§ 111 ff. BetrVG regelmäßig interessenausgleichs- und sozialplanpflichtig. An den Verhandlungen hierüber wird der Erwerber in der Praxis häufig beteiligt.

### 3.2.8 Betriebsratsmandat

Existiert in dem veräußerten Betrieb ein Betriebsrat, so ändert der Betriebsübergang daran grundsätzlich nichts. Denn der Betrieb bleibt regelmäßig in seiner Identität erhalten, so dass auch die betriebsverfassungsrechtliche Vertretung erhalten bleibt<sup>22</sup>. Dasselbe gilt für den Fortbestand eines Gesamtbetriebsrats beim Übergang eines aus mehreren Betrieben bestehenden Unternehmens.

Äußerst problematisch ist es betriebsverfassungsrechtlich, wenn der Erwerber die erworbene Organisationseinheit vollständig in einen bereits bestehenden eigenen Betrieb, in dem kein Betriebsrat existiert, eingliedert. Wahrt die übergehende Organisationseinheit ihren Status als betriebsverfassungsrechtlicher Betrieb, so bleibt der bisherige Betriebsrat im Amt. Führt die Eingliederung in den Betrieb des Erwerbers zum Verlust der Betriebsfähigkeit des übergehenden Betriebs, so bleibt der Betriebsrat im Ergebnis ebenfalls im Amt. Streitig ist, ob er ein Restmandat nach § 21b BetrVG oder ein Übergangsmandat nach § 21a BetrVG ausübt. Die besseren Argumente sprechen für ein Übergangsmandat nach § 21a BetrVG. Konsequenz für den Erwerber ist, dass der Betriebsrat des übernommenen (ehemaligen) Betriebs unverzüglich Wahlvorstände für eine Betriebsratswahl im Gesamtbetrieb zu bestellen hat. Der Erwerber hat sich dann nicht nur einen Betrieb, sondern auch einen Betriebsrat gekauft. Dieser Konsequenz sollte er sich bereits beim Erwerbsvorgang bewusst sein.

## 3.3 Kauf eines Unternehmensteils oder organisatorischer Strukturen als Asset-Deal

### 3.3.1 Abgrenzung

Die Grundsätze zum Betriebsübergang gelten auch dann, wenn kein Gesamtunternehmen, sondern lediglich ein Teil eines Unternehmens erworben wird. Der Übergang eines Betriebsteils steht für dessen Arbeitnehmer nach § 613a BGB dem Betriebsübergang gleich.

#### Beispiel 3:

Eine GmbH beschließt, die Produktion auf einen Drittanbieter outzusourcen. Der Drittanbieter unterhält bereits entsprechende Produktionsstraßen und übernimmt nun von der GmbH die einzelnen Produktionsmittel einschließlich der gelagerten Waren. Auch hierbei handelt es sich um einen Asset-Deal.

### 3.3.2 Betriebsmittel als Betriebsteil

§ 613a BGB setzt für den Teilbetriebsübergang zunächst voraus, dass die übernommenen Betriebsmittel bereits beim früheren Betriebsinhaber die Qualität eines Betriebsteils hatten<sup>23</sup>. Dies erfordert, dass es sich bei den übertragenen sachlichen und immateriellen Betriebsmitteln um eine selbstständige Organisationsstruktur, d. h. eine „wirtschaftliche Einheit“ handelt, mit der beim früheren Inhaber im Rahmen des betrieblichen Gesamtzwecks ein betrieblicher Teilzweck verfolgt wurde. Hierbei darf es sich auch um eine lediglich untergeordnete Hilfsfunktion handeln. Bejaht wurde die Qualität eines Betriebsteils für den Übergang der Produktion, den Übergang oder die Auslagerung der Buchhaltung und den Übergang der Reinigungskolonie. Abgelehnt wurde das Vorliegen eines Betriebsteils z. B. für die Übernahme einzelner Lastkraftwagen<sup>24</sup> und die Übernahme einer Schwimmtrainerin mitsamt ihrer Trainingsgruppe<sup>25</sup>.

### 3.3.3 Identität der wirtschaftlichen Einheit des Betriebsteils

Auch beim Erwerb eines Betriebsteils ist es erforderlich, dass die wirtschaftliche Einheit ihre Identität wahrt. Eine bloße Wahrnehmung der gleichen Funktion beim Erwerber mit dessen eigenem Personal reicht für einen Betriebsübergang nicht aus. Voraussetzung ist, dass der entsprechende Bereich beim Erwerber als Betrieb oder zumindest als organisatorisch selbstständiger Betriebsteil fortgeführt wird. Bejaht wird dies bei der Fortführung eines Teilbetriebs unter dem neuen Arbeitgeber oder dem Einsatz der übergegangenen Reinigungskolonie als selbstständige organisatorische Einheit. Abgelehnt wird dies z. B. für die vollständige Integration der Bistrobetriebe der Deutschen Bahn AG in die betrieblichen Strukturen des Erwerbers<sup>26</sup>.

Dass die Eingliederung in die eigene Organisation naturgemäß erst nach der Übernahme erfolgen kann, ist arbeitsrechtlich unschädlich. Mit der sofortigen vollständigen Umstrukturierung nutzt der Erwerber nicht etwa eine im Vorgängerbetrieb vorhandene Arbeitsorganisation („er legt sich nicht ins gemachte Bett“), sondern gründet eine neue Arbeitsorganisation bzw. gliedert die wirtschaftliche Einheit in die bereits vorhandene Organisation ein<sup>27</sup>.

Dem Erwerber „droht“ arbeitsrechtlich also nur dann ein Betriebsübergang, wenn er eine Organisationsstruktur erwirbt, die beim Veräußerer bereits eine wirtschaftliche Einheit dargestellt hat, und er diese Organisationsstruktur gleichzeitig auch als eigene wirtschaftliche Einheit fortführt. Bereits eine Eingliederung in eine eigene wirtschaftliche Einheit unter Auflösung der bisherigen Struktur führt dazu, dass kein Betriebsübergang vorliegt.

21) Vgl. BAG-Urteil vom 20.3.2003, 8 AZR 97/02, NZA 2003, S. 1027

22) Vgl. BAG-Beschlüsse vom 11.10.1995, 7 ABR 17/95, BB 1996, S. 747 f.; vom 5.6.2002, 7 ABR 17/01, NZA 2003, S. 336

23) Vgl. BAG-Urteile vom 24.4.1997, 8 AZR 848/94, NZA 1998, S. 251; vom 5.2.2004, 8 AZR 639/02, NZA 2004, S. 845

24) Vgl. BAG-Urteil vom 26.8.1999, 8 AZR 718/98, AP Nr. 196 zu § 613a BGB

25) Vgl. BAG-Urteil vom 5.2.2004, a. a. O. (Fn. 23), S. 845

26) Vgl. BAG-Urteil vom 6.4.2006, 8 AZR 249/04, NZA 2006, S. 1039

27) Vgl. ebenda