

Aktenzeichen: 8 AZR 606/05  
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 23. November 2006  
- 8 AZR 606/05 -

I. Arbeitsgericht  
Neuruppin

Urteil vom 17. Juni 2004  
- 2 Ca 645/04 -

II. Landesarbeitsgericht  
Brandenburg

Urteil vom 12. April 2005  
- 2 Sa 497/04 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

---

Entscheidungsstichworte:

Betriebsübergang - Beschäftigungsgesellschaft - (Wieder-)Einstellungs-  
anspruch

Gesetz:

BGB §§ 613a, 242

Leitsätze:

keine

Hinweise des Senats:

vgl. auch 23. November 2006 - 8 AZR 349/06 - (führend), - 8 AZR  
350/06 - und - 8 AZR 423/06 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 606/05  
2 Sa 497/04  
Landesarbeitsgericht  
Brandenburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
23. November 2006

## URTEIL

Diederich, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin, Revisionsklägerin und Revisionsbeklagte,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisionsbeklagte und Revisionsklägerin,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 23. November 2006 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Wittek, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Vesper und von Schuckmann für Recht erkannt:

Auf die Revision der Parteien wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Brandenburg vom 12. April 2005 - 2 Sa 497/04 - aufgehoben.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Neuruppin vom 17. Juni 2004 - 2 Ca 645/04 - wird teilweise zurückgewiesen.

Der Hilfsantrag der Klägerin, die Beklagte zu verurteilen, ihr Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages zu den Bedingungen des mit der Firma Ek GmbH Deutschland abgeschlossenen Arbeitsvertrages als Produktionsarbeiterin in der Holzfensterfertigung gegen ein vereinbartes Arbeitsentgelt von 10,60 Euro brutto/Stunde anzunehmen, wird abgewiesen.

Im Übrigen wird auf die Revision der Klägerin 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 den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte, über die Weiterbeschäftigung und hilfsweise über die Wiedereinstellung der Klägerin. 1

Die Klägerin war seit dem 1. September 1966 bei der EK (E.K.) GmbH Deutschland und ihren Rechtsvorgängern zuletzt als Produktionsarbeiterin in der Holzfensterfertigung auf der Basis der Anstellungsverträge vom 10. Oktober 1966 und vom 8. Juli 1992 sowie des Änderungsvertrages vom 3. Februar 1993 gegen ein monatliches Bruttoentgelt in Höhe von 1.900,00 Euro tätig. Bei der E.K. GmbH Deutschland waren zuletzt ca. 130 Arbeitnehmer in der Produktion von Holz- und Kunststofffenstern beschäftigt. Auf Antrag wurde über ihr Vermögen mit Beschluss des Amtsgerichts Neuruppin vom 11. Dezember 2003 das vorläufige Insolvenzverfahren eröffnet und Rechtsanwalt H. P. zum Insolvenzverwalter bestellt. 2

Der Insolvenzverwalter führte mit dem Geschäftsführer der Beklagten am 10. bzw. 12. Dezember und 18. Dezember 2003 sowie am 8. Januar 2004 Gespräche über eine Betriebsveräußerung. Am 15. Dezember 2003 teilte der Insolvenzverwalter der Klägerin und den anderen Mitarbeitern in einer Betriebsversammlung mit, dass beabsichtigt sei, das Unternehmen zu veräußern und die Produktion aus diesen Gründen fortzuführen. Am 15. Januar 2004 fand zwischen dem Insolvenzverwalter und dem 3



Geschäftsführer der Beklagten ein Telefonat statt, dessen Inhalt im Einzelnen streitig ist. Insbesondere ist streitig, ob Verkaufsverhandlungen hierbei abgebrochen worden sind.

In einer weiteren Betriebsversammlung am 26. Januar 2004 teilte der Vertreter des Insolvenzverwalters, Rechtsanwalt Dr. M, den Arbeitnehmern mit, dass es nicht gelungen sei, einen Käufer zu finden, der Betrieb stillgelegt werden solle und lediglich in einer „Ausproduktion“ noch Restaufträge abzarbeiten seien. Nach Abschluss eines Interessenausgleichs und Sozialplans mit dem Betriebsrat bestehe die Möglichkeit, einen so genannten Dreiseiten-Vertrag zu unterschreiben und nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses ein Beschäftigungsverhältnis mit der Transfergesellschaft zu begründen. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses könne nur mit Abschluss dieses Dreiseiten-Vertrages vermieden werden.

Das Amtsgericht stimmte mit Beschluss vom 28. Januar 2004 der Stilllegung des Unternehmens zu. Mit Beschluss vom 30. Januar 2004 wurde mit Wirkung zum 1. Februar 2004 das Insolvenzverfahren eröffnet.

Am 2./3. Februar 2004 vereinbarte der Insolvenzverwalter mit dem Betriebsrat der Schuldnerin einen Interessenausgleich und Sozialplan. Ebenfalls am 2. und 3. Februar 2004 fanden mit den Arbeitnehmern Gespräche statt, deren Inhalt der Abschluss der angestrebten dreiseitigen Verträge zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen war. Die Verträge sollten bis 9. Februar 2004 unterschrieben werden.

Am 6. Februar 2004 unterzeichneten die Klägerin, der Insolvenzverwalter und die G Transfergesellschaft mbH den dreiseitigen Vertrag, wonach das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der Insolvenzsuldnerin aus dringenden betriebsbedingten Gründen mit dem 8. Februar 2004 beendet wurde und die Klägerin vom 9. Februar 2004 bis 8. Juni 2004 in ein befristetes Anstellungsverhältnis mit der Transfergesellschaft eintreten sollte.

Der Insolvenzverwalter erstellte für die so genannte Ausproduktion eine Liste mit einer Anzahl von Mitarbeitern (ca. 50 Arbeitnehmer). Diese waren auch nach dem 8. Februar 2004 weiter tätig.

Am 9. Februar 2004 nahm der Insolvenzverwalter erneut mit der Beklagten Kontakt auf; im weiteren Verlauf wurde der Gesellschaftsvertrag für die Beklagte am 10. Februar 2004 unterschrieben; die Eintragung im Handelsregister erfolgte am 7. April 2004. Nach weiteren Verhandlungen am 13. Februar 2004 wurde eine mündli-



che Einigung über den Kauf der E.K. GmbH Deutschland durch die Beklagte zwischen dem Geschäftsführer der Beklagten und dem Insolvenzverwalter erzielt. Nach dem schriftlichen Kaufvertrag zwischen der Beklagten und dem Insolvenzverwalter erlangte die Beklagte - wie nicht mehr in Abrede gestellt wird - wesentliche Betriebsmittel. Sie übernahm auch die Fortführung der wesentlichen Kundenaufträge. Seit dem 16. Februar 2004 führte die Beklagte die Holz- und Kunststofffensterproduktion fort. Zu diesem Zweck stellte sie ca. 50 Mitarbeiter der E.K. GmbH Deutschland am 16. Februar 2004 zu veränderten Arbeitsbedingungen neu ein, darunter den früheren Geschäftsführer K. als Betriebsleiter, die gesamte Vertriebsmannschaft der E.K. GmbH Deutschland, einige Innendienstmitarbeiter und einen erheblichen Teil der Produktionsarbeiter im Fensterbau. Zusätzlich wurden bis Ende März 2004 vier Mitarbeiter der Transfergesellschaft eingestellt. Die Klägerin wurde nicht eingestellt.

Mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 25. Februar 2004 erklärte die Klägerin die Anfechtung ihrer Willenserklärung zum so genannten dreiseitigen Vertrag „wegen arglistiger Täuschung sowie aller anderen in Betracht kommenden Gründe“; das Schreiben ging der Transfergesellschaft und dem Insolvenzverwalter am selben Tag zu. Ebenfalls mit Schreiben vom 25. Februar 2004 sowie mit weiterem Schreiben vom 8. März 2004 bot die Klägerin der Beklagten unter Hinweis auf § 613a BGB ihre Arbeitskraft an.

Mit der am 10. März 2004 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat die Klägerin geltend gemacht, ihr Arbeitsverhältnis sei auf die Beklagte übergegangen; es sei durch den dreiseitigen Aufhebungsvertrag vom 6. Februar 2004 nicht beendet worden. Dieser stelle eine objektiv funktionswidrige Umgehung des § 613a BGB dar. Auch sei der Vertrag wirksam angefochten. Der Insolvenzverwalter habe bei Abschluss des Vertrages gewusst, dass es zu einem Verkauf des Betriebes an die Beklagte kommen würde; er habe die Arbeitnehmer arglistig getäuscht. Die Mitteilung des Vertreters des Insolvenzverwalters in der Belegschaftsversammlung am 26. Januar 2004, dass eine Fortführung des Unternehmens nicht mehr möglich sei, sei unzutreffend gewesen. Die Klägerin hat behauptet, mit dem Insolvenzverwalter und den früheren leitenden Mitarbeitern der E.K. GmbH Deutschland sei abgesprochen gewesen, eine so genannte schwache Insolvenz durchzuführen; die Produktion habe zu keinem Zeitpunkt stillgestanden. Der frühere Geschäftsführer und spätere Betriebsleiter bei der Beklagten, K., sei vom Insolvenzverwalter beauftragt worden, die Kunden auf einen neuen Investor vorzubereiten. Er sei mit dem Geschäftsführer der Beklagten persönlich bekannt gewesen. Bei der Betriebsbesichtigung habe der Geschäftsführer der Beklagten erklärt,

10

11



der Betrieb sei zu groß und könne nur mit ca. 50 Mitarbeitern weitergeführt werden; die Holzproduktion und Vertriebsorganisation seien für die Beklagte aber interessant. Die Personallisten mit dem reduzierten Arbeitnehmerbestand, die vom Personalbüro der E.K. GmbH Deutschland erstellt werden mussten und der Beklagten im Januar 2004 übergeben worden seien, enthielten genau die Mitarbeiter, die die Ausproduktion fortgeführt hätten und die später von der Beklagten übernommen worden seien. Die Beklagte habe nur die Arbeitnehmer übernommen, die auf der Liste der Arbeitnehmer für die Ausproduktion gestanden hätten; diesen sei der dreiseitige Vertrag gar nicht angeboten worden. Bereits im Januar 2004 sei der Verkauf des Betriebes an die Beklagte vereinbart gewesen. Die Verhandlungen seien nicht abgebrochen und kurze Zeit später mit Erfolg zu Ende geführt worden. Noch im Januar 2004 habe die Insolvenzschriftschuldnerin langfristige Aufträge angenommen, der damalige Geschäftsführer habe erklärt, die Übernahme durch einen neuen Investor werde vorbereitet. Die Klägerin hat behauptet, sie hätte den Aufhebungsvertrag nicht unterschrieben, hätte sie von der Möglichkeit des Übergangs ihres Arbeitsverhältnisses gewusst. Jedenfalls bestehe ein Wiedereinstellungsanspruch wegen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

12

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zu unveränderten Arbeitsbedingungen, nämlich als Produktionsarbeiterin in der Holzfensterfertigung gegen ein vereinbartes Arbeitsentgelt von 10,60 Euro brutto/Stunde, fortbesteht,
2. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin vorläufig bis zur Rechtskraft im vorliegenden Verfahren zu unveränderten Arbeitsbedingungen seit dem 16. Februar 2004 weiterzubeschäftigen,
3. hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, das Angebot der Klägerin auf Abschluss eines Arbeitsvertrages zu den Bedingungen des mit der E.K. GmbH Deutschland abgeschlossenen Arbeitsvertrages als Produktionsarbeiterin in der Holzfensterfertigung gegen ein vereinbartes Arbeitsentgelt von 10,60 Euro brutto/Stunde anzunehmen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt, auch soweit die Beklagte zweit-

13

instanzlich zur Wiedereinstellung der Klägerin verurteilt worden ist. Sie hat gemeint, das Arbeitsverhältnis der Klägerin sei nicht auf sie übergegangen, da es bereits vor der Fortführung des Betriebes rechtswirksam beendet worden sei. Die Beklagte hat behauptet, der Insolvenzverwalter habe bei Abschluss des Dreiseiten-Vertrages keine Kenntnis vom späteren Verkauf an die Beklagte gehabt und deshalb auch keine Täu-



schungshandlung begangen. Die Beklagte habe im Januar 2004 nach Analyse der überlassenen Unterlagen entschieden, das Unternehmen der Schuldnerin nicht zu kaufen. Dies habe der Geschäftsführer der Beklagten nach Auswertung der Unterlagen dem Insolvenzverwalter in dem Telefonat am 15. Januar 2004 auch erklärt, er habe lediglich mitgeteilt, dass es möglich sei, den Geschäftsführer der E.K. GmbH Deutschland, K., sieben Verkäufer und gegebenenfalls einige Innendienstmitarbeiter in einer Vertriebsorganisation zu beschäftigen. Weder sei zu diesem Zeitpunkt über Details eines Verkaufs verhandelt noch sei ein Verkauf zu diesem Zeitpunkt vereinbart worden. Man sei sich auch über die Höhe des Kaufpreises nicht einig gewesen. Die Information durch den Insolvenzverwalter an die Mitarbeiter in der Betriebsversammlung vom 26. Januar 2004 sei deshalb korrekt gewesen. Bis zum 8. Februar 2004 hätten die Beklagte und der Insolvenzverwalter keinerlei Kontakt mehr gehabt. In dem allein auf Initiative des Insolvenzverwalters am 9. Februar 2004 zustande gekommenen neuen Kontakt sei es zunächst nur um die Vertriebsorganisation und die Weiterbeschäftigung für die Mitarbeiter dort gegangen. Dies habe auch zur vorsorglichen Gründung einer Vorrats-GmbH am 10. Februar 2004 geführt. Listen über Mitarbeiter in der so genannten Ausproduktion habe die Beklagte nicht erhalten. Erst am Abend des 13. Februar 2004 hätten sich der Insolvenzverwalter und der Geschäftsführer der Beklagten letztlich über den Verkauf und die maßgeblichen Konditionen des Vertrages verständigt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat dem zweitinstanzlich hilfsweise gestellten Wiedereinstellungsantrag stattgegeben und die Berufung der Klägerin im Übrigen zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Hauptantrag weiter, die Beklagte verfolgt mit der Revision die vollständige Abweisung der Klage.

14

## Entscheidungsgründe

Die Revisionen der Klägerin und der Beklagten sind begründet und führen zur Aufhebung des Urteils des Landesarbeitsgerichts und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht.

15

A. Die Revision der Klägerin ist begründet, da der Feststellungs- und der Weiterbeschäftigungsantrag nicht mit der von dem Landesarbeitsgericht ausgeführten Begründung abgewiesen werden können.

16



1. Das Landesarbeitsgericht hat den von der Klägerin gestellten Hauptfeststellungs- und den Weiterbeschäftigungsantrag als unbegründet angesehen, weil die Klägerin den Aufhebungsvertrag nicht wirksam angefochten habe. Es hat den Betriebsübergang zwar bejaht, die Klägerin habe aber nicht substantiiert dargelegt, dass der Betrieb bereits im Januar 2004 endgültig an die Beklagte verkauft gewesen sei und der Insolvenzverwalter die Arbeitnehmer deshalb getäuscht habe. Der Aufhebungsvertrag sei auch nicht wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage anzupassen, da es die behauptete gemeinsame Geschäftsgrundlage bei Abschluss des dreiseitigen Vertrages nicht gegeben habe. Ebenso wenig liege in dem dreiseitigen Vertrag eine Umgehung des § 613a BGB. 17
2. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung in wesentlichen Teilen und im Ergebnis nicht stand. 18
- a) Die Revision der Klägerin ist zulässig. Insbesondere ist die Klägerin durch das Urteil des Landesarbeitsgerichts beschwert. Eine formelle Beschwer der Klägerin liegt darin, dass ihren Anträgen zu 1) und 2), mit denen sie den unveränderten Fortbestand ihres Arbeitsverhältnisses und die Weiterbeschäftigung bei der Beklagten geltend gemacht hat, nicht entsprochen worden ist, sondern lediglich dem hilfsweise gestellten Wiedereinstellungsantrag. Die materielle Beschwer ist darin zu sehen, dass weder der genaue Zeitpunkt noch der unveränderte Inhalt des nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts neu zu begründenden Arbeitsverhältnisses feststehen. Verfahrensfehlerhaft hat das Landesarbeitsgericht auch offen gelassen, ob die Hauptanträge unbegründet sind, sondern sogleich den Hilfsantrag geprüft. Die Bindung des Gerichts an die Parteienanträge (§ 308 ZPO) verbietet ein derartiges Vorgehen (*BGH 25. November 1977 - V ZR 102/75 - WM 1978, 194; RG 2. März 1934 - III 117/33 - RGZ 144, 71, 73; Zöller/Vollkommer ZPO 25. Aufl. § 308 Rn. 2; Zöller/Greger § 260 Rn. 4*). 19
- b) Die Revision der Klägerin ist auch begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung können die Hauptanträge der Klägerin nicht abgewiesen werden. Es bedarf weiterer Tatsachenfeststellungen, ob die Klägerin den Aufhebungsvertrag wirksam angefochten hat. Ist dies der Fall, bestand das Arbeitsverhältnis der Klägerin fort und ist auf die Beklagte als Betriebsübernehmerin übergegangen. 20
- aa) Die auf Feststellung und Weiterbeschäftigung gerichtete Klage ist zulässig. Insbesondere ist sie nicht unbestimmt (§ 253 Abs. 2 ZPO). Die Anträge enthalten zwar das unbestimmte Element „zu unveränderten Arbeitsbedingungen“, da die Klägerin 21



aber zugleich den Inhalt der Tätigkeit (Produktionsarbeiterin in der Holzfensterfertigung) und die Höhe der Vergütung konkretisiert hat, und damit die wesentlichen Elemente des Arbeitsverhältnisses beschrieben sind, bestehen keine Bedenken.

bb) Die Hauptanträge der Klägerin sind begründet, wenn das zur E.K. GmbH Deutschland bestehende Arbeitsverhältnis auf die Beklagte gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB übergegangen ist. Nicht begründet ist allerdings von vornherein der rückwirkend gestellte Weiterbeschäftigungsantrag, da eine vergangene Beschäftigung unmöglich ist. 22

(1) Soweit das Landesarbeitsgericht festgestellt hat, dass die Beklagte am 13. Februar 2004 einen Betrieb der Insolvenzschildnerin nahtlos übernommen hat, sind seitens der Parteien keinerlei materiell-rechtliche oder Verfahrensrügen mehr erhoben worden. Der Betriebsübergang steht damit fest. 23

(2) Die Klägerin hat am 6. Februar 2004 im Rahmen eines dreiseitigen Vertrages der Aufhebung ihres Arbeitsverhältnisses zum 8. Februar 2004 zugestimmt und ein befristetes Beschäftigungsverhältnis mit der Transfergesellschaft begründet. Dieser Aufhebungsvertrag ist weder wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB an veränderte Verhältnisse anzupassen noch stellt er eine Umgehung des § 613a BGB dar. Nicht festgestellt werden kann allerdings, ob er wegen der von der Klägerin erklärten Anfechtung wirksam angefochten ist. 24

Der Aufhebungsvertrag hat seine beendende Wirkung nicht im Hinblick auf eine Störung der Geschäftsgrundlage verloren. Gemäß § 313 BGB liegt eine Störung der Geschäftsgrundlage vor, wenn sich die Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, nach Vertragsschluss in schwerwiegender Weise geändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder nicht mit diesem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, § 313 Abs. 2 iVm. Abs. 1 BGB. Rechtsfolge ist eine Anpassung des Vertrages, soweit einem Vertragspartner unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann. Falls eine Anpassung nicht möglich ist, kommt auch eine Auflösung des Vertrages in Betracht. 25

Die Klägerin macht geltend, die (fortdauernde) Stilllegung des Betriebes sei Geschäftsgrundlage der Aufhebungsvereinbarung gewesen. Für diese Behauptung ist sie in vollem Umfange darlegungs- und beweisbelastet, und zwar auch dafür, dass 26



dem Vertragsschluss bestimmte beiderseitige Vorstellungen zugrunde gelegen haben (*Palandt/Grüneberg BGB 65. Aufl. § 313 Rn. 43*). Dazu fehlt es an einem entsprechend substantiierten Vortrag. Mit ihrem Hauptvorbringen trägt die Klägerin vor, der Vertreter des Insolvenzverwalters, Dr. M, habe sie darüber getäuscht, dass in Wahrheit die Beklagte den Betrieb habe übernehmen wollen, während sie von einer Stilllegung ausgegangen sei. Das Hauptvorbringen beinhaltet damit gerade keine Geschäftsgrundlage.

Hilfsweise behauptet die Klägerin allerdings, sowohl sie als auch Herr Dr. M seien im Zeitpunkt des Abschlusses der Aufhebungsvereinbarung von einer Stilllegung des Betriebes ausgegangen. Mit diesem Vorbringen hat die Klägerin aber noch nicht dargelegt, dass die fortdauernde Stilllegung des Betriebes zwar nicht Vertragsinhalt des Aufhebungsvertrages, aber dennoch ihre bei Abschluss des Vertrages zutage getretene, der Beklagten erkennbar gewordene und von ihr nicht beanstandete Vorstellung oder die gemeinsame Vorstellung beider Parteien war, auf dem der beiderseitige Geschäftswille aufgebaut hat. Eine andauernde Stilllegung des Betriebes ist damit nicht rechtserhebliche Grundlage des Aufhebungsvertrages geworden, sondern war nur der Hintergrund des Aufhebungsvertrages bzw. das Motiv der Klägerin. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, dass der Insolvenzverwalter den Aufhebungsvertrag nicht geschlossen hätte, wenn er Kenntnis von dem späteren Betriebsübergang gehabt hätte. Außerdem ist nicht ersichtlich, dass es sich bei dem späteren Betriebsübergang um eine so schwerwiegende Veränderung handelt, dass der Klägerin das Festhalten am Aufhebungsvertrag nicht mehr zugemutet werden kann. Dies würde voraussetzen, dass das Festhalten am Vertrag zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnissen führen würde (*Palandt/Grüneberg § 313 Rn. 24 mwN*). All das hat die Klägerin nicht vorgetragen.

27

Der dreiseitige Vertrag ist des Weiteren nicht wegen Umgehung des § 613a BGB gemäß § 134 BGB nichtig. Nach der Rechtsprechung des Senats ist der Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit einem Betriebsveräußerer im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Arbeitsvertrages mit einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft (BQG) trotz eines anschließenden Betriebsüberganges grundsätzlich wirksam, wenn die Vereinbarung 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 oder zumindest verbindlich in Aussicht gestellt werde. Einen Schutz vor einvernehmlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne sachlichen Grund gewährt

28



§ 613a BGB nicht, sondern nur einen Schutz vor einer Veränderung des Vertragsinhaltes ohne sachlichen Grund (18. August 2005 - 8 AZR 523/04 - AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 31 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 40 mit zust. Anm. Naber, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen; mit zust. Anm.: Hergenröder AR-Blattei ES 500 Nr. 193; Meyer SAE 2006, 102 ff.; Freihube BB 2006, 669; Lindemann EWIR 2006, 197; Gaul/Otto ZIP 2006, 644 ff.; im Anschluss an BAG 10. Dezember 1998 - 8 AZR 324/97 - BAGE 90, 260 = AP BGB § 613a Nr. 185 = EzA BGB § 613a Nr. 175; 11. Dezember 1997 - 8 AZR 654/95 - NZA 1999, 262).

Die Umgehung versucht ein rechtlich unerlaubtes Ziel auf einem scheinbar gangbaren Weg zu erreichen. Dabei wird der „Wortlaut“ des Gesetzes zwar vielleicht formal erfüllt, ohne aber seinem Sinn und Zweck gerecht zu werden. Bei der Umgehung ist also nicht nur ein bestimmter Weg zum Ziel, sondern das Ziel selbst verboten. Mit der oben beschriebenen Vertragsgestaltung unter Einschaltung einer BQG umgehen Arbeitsvertragsparteien § 613a BGB nicht. Sie verstoßen auch nicht gegen den „wahren Geist“ des § 613a BGB. Die Vertragsparteien beenden vielmehr die Kontinuität des Arbeitsvertrages. Dies ist auf Grund ihrer grundgesetzlich gewährleisteten Vertragsfreiheit möglich, die auch im Rahmen des § 613a BGB besteht. Der Arbeitnehmer könnte auch dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber widersprechen und damit den Eintritt der Rechtsfolgen des § 613a BGB verhindern. Es kommt also vor allem darauf an, dass der Arbeitnehmer freiwillig einen Aufhebungsvertrag abschließt, die BQG zwischengeschaltet ist und der Arbeitnehmer keine sichere Aussicht darauf hat, bei dem Erwerber eingestellt zu werden. Eine Umgehung kann allenfalls dann vorliegen, wenn die Übernahme in eine Beschäftigungsgesellschaft nur zum Schein vorgeschoben oder offensichtlich bezweckt wird, die Sozialauswahl zu umgehen (BAG 18. August 2005 - 8 AZR 523/04 - AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 31 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 40, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu II 2 e der Gründe).

Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Weder hatte die Klägerin eine feste Zusage noch eine begründete Aussicht, von der Beklagten übernommen zu werden. Das trägt sie auch nicht vor. Damit diene der Aufhebungsvertrag nicht der Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses, sondern er war auf ein endgültiges Ausscheiden ausgerichtet. Die Klägerin hat auch nicht substantiiert vorgetragen, dass die BQG nur zum Schein eingerichtet worden ist. Hieran könnten Zweifel bestehen, da die Verweildauer in der BQG nur einen Monat länger dauerte als die Kündigungsfrist nach

29

30



§ 113 InsO. Im Streitfall bestand allerdings ein Bedarf für Transferleistungen in einer BQG, da ein Großteil der Arbeitnehmer ausgeschieden ist.

Die für eine Umgehung des § 613a BGB darlegungs- und beweisbelastete Klägerin hat auch nicht dargelegt, dass der Aufhebungsvertrag nur dazu diene, das Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 BGB zu umgehen. Hiergegen spricht, dass es auch bei einer Übernahme durch die Beklagte betriebsbedingte Gründe gegeben hätte, die eine Kündigung hätten rechtfertigen können, ggf. sogar eine Kündigung durch den Insolvenzverwalter nach dem Erwerberkonzept der Beklagten. Es ist unstreitig, dass die Beklagte den Betrieb verkleinern wollte. Die Klägerin hat weiter nur pauschal behauptet, mit der gewählten Vorgehensweise habe die Sozialauswahl umgangen werden sollen. Es seien leistungsfähigere und jüngere Arbeitnehmer übernommen worden. Dies ist nicht näher dargelegt, eine offensichtliche Umgehung ist nicht erkennbar, zumal insoweit auch die insolvenzbedingten Maßstäbe für die Sozialauswahl (§ 125 InsO) Berücksichtigung finden müssten.

31

Soweit das Landesarbeitsgericht ausgeführt hat, dass eine Unwirksamkeit des Aufhebungsvertrages auf Grund der Anfechtung der Klägerin nicht in Betracht kommt, kann der Senat dem nicht folgen. Da das Landesarbeitsgericht die zu den Anfechtungsgründen angebotene Beweisaufnahme nicht durchgeführt hat, kann nicht abschließend festgestellt werden, ob die Klägerin den Aufhebungsvertrag wirksam angefochten hat.

32

Ob der Aufhebungsvertrag auf Grund der Anfechtung unwirksam ist, kann der Senat nicht entscheiden. Die Klägerin hat zwar eine fristgerechte (§ 124 BGB) Anfechtungserklärung gegenüber der Beklagten und dem Insolvenzverwalter abgegeben und sich dabei auf eine Täuschung durch dessen Vertreter berufen, der Senat kann aber nicht feststellen, ob eine arglistige Täuschungshandlung vorliegt, die zum Abschluss des Aufhebungsvertrages geführt hat (§ 123 Abs. 1 BGB). Der Vortrag der darlegungs- und beweisverpflichteten Klägerin hierzu ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts hinreichend substantiiert. Die Klägerin hat unter Beweisantritt behauptet, in der Betriebsversammlung am 26. Januar 2004 habe Herr Dr. M als Vertreter des Insolvenzverwalters den Arbeitnehmern mitgeteilt, der Betrieb müsse stillgelegt werden, da kein Investor gefunden worden sei. Eine betriebsbedingte Kündigung sei deshalb unausweichlich. In Betracht käme lediglich der Abschluss eines dreiseitigen Vertrages und ein befristeter Übertritt in eine BQG. Die Stilllegung habe aber gerade nicht festgestanden, vielmehr habe Herr Dr. M positiv gewusst, dass die Beklagte

33



den Betrieb übernehmen werde, wie bereits Anfang Januar 2004 geplant gewesen sei. Die Verhandlungen seien nie beendet gewesen, insbesondere auch nicht in dem Telefonat am 15. Januar 2004 abgebrochen worden.

Dieses Vorbringen der Klägerin ist rechtserheblich, denn es beinhaltet den Vortrag der arglistigen Täuschung eines Vertragspartners, die zu einem Willensmangel der Klägerin und wiederum zur Abgabe ihrer Willenserklärung, nämlich der Zustimmung zum Aufhebungsvertrag, geführt hat. Das Landesarbeitsgericht hat nicht aufgeklärt, ob Herr Dr. M als Vertreter des Insolvenzverwalters am 26. Januar 2004 wider besseren Wissens eine solche Erklärung abgegeben und die Klägerin hierdurch zum Abschluss des Aufhebungsvertrages bewogen hat. Über diese Tatsache ist Beweis zu erheben.

34

Die Haupttatsache ist auch nicht bereits auf Grund bestehender Indizien bewiesen. Soweit die Klägerin vorträgt, der Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin K. habe noch zwischen dem 19. und 28. Januar 2004 langfristige Aufträge angenommen, hat die Beklagte dies zwar nicht in Abrede gestellt, aber von der Klägerin unwidersprochen vorgetragen, dass mit jedem Auftraggeber 5 % Nachlass vereinbart sei, da wegen der Unklarheit über die Fortführung des Betriebes keine Gewährleistung gegeben werden konnte. Die Beklagte hat außerdem unwidersprochen vorgetragen, dass es sich nicht um „nachhaltige“ Aufträge gehandelt habe, sondern nur um solche, die in der Zeit der Ausproduktion abgewickelt worden seien. Kein ausreichendes Indiz für die fest geplante Fortführung des Betriebes ist des Weiteren die Tatsache, dass die Beklagte bereits am 10. Februar 2004 gegründet worden ist. Die Beklagte hat hierzu ebenfalls von der Klägerin unwidersprochen vorgetragen, dass der Gründungsvertrag der Vorrats-GmbH erst nach der erneuten Kontaktaufnahme mit dem Insolvenzverwalter am 9. Februar 2004 geschlossen worden sei, weil die Beklagte ggf. den Vertrieb habe übernehmen wollen, die Urkunden sollten allerdings seitens des Notars nicht zur Eintragung weiter geleitet werden. Das Landesarbeitsgericht wird ggf. auch über das Genvorbringen der Beklagten Beweis erheben müssen, wonach diese vor dem 15. Januar 2004 nach Analyse der überlassenen Unterlagen entschieden habe, den Betrieb nicht zu kaufen; dies habe der Geschäftsführer H dem Insolvenzverwalter in dem Telefonat am 15. Januar 2004 mitgeteilt und es habe keinerlei Kontakte mehr bis zum 8. Februar 2004 gegeben. Es sei dann in vielen Einzelgesprächen erst zum Verkauf am 13. Februar 2004 abends gekommen.

35



- B. Die Revision der Beklagten ist ebenfalls begründet und führt zur Abweisung des Hilfsantrags. 36
1. Das Landesarbeitsgericht hat den rückwirkend gestellten Hilfsantrag auf Einstellung wegen des Inkrafttretens des § 311a Abs. 1 BGB als zulässig angesehen und ihm stattgegeben, weil es das Verhalten der Beklagten als rechtsmissbräuchlich angesehen hat. Die Klägerin könne eine Neueinstellung verlangen, da die Beklagte den Betrieb der Insolvenzschuldnerin übernommen habe und hiermit rechtsmissbräuchlich gerade so lange gewartet habe, bis die Klägerin den Aufhebungsvertrag unterschrieben gehabt habe. Die Klägerin sei deshalb gemäß § 242 BGB so zu stellen, als hätte sie einen Wiedereinstellungsanspruch. Entgegen den Ausführungen im Zusammenhang mit der Anfechtung sieht das Landesarbeitsgericht das Vorbringen der Beklagten zum Abbruch der Verhandlungen am 15. Januar 2004 als unsubstantiiert an. Die zeitlichen Abläufe und die Tatsache, dass die Beklagte am 10. Februar 2004 schon notariell gegründet worden sei, ließen den Schluss zu, dass die Beklagte nur gewartet habe, bis die Arbeitnehmer ausgeschieden seien. 37
2. Auch diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Prüfung im Wesentlichen nicht stand. Der Antrag auf Wiedereinstellung ist aber schon aus rechtlichen Gründen unbegründet, ohne dass es auf die von der Beklagten geschilderten zeitlichen Abläufe und die von ihr erhobene Verfahrensrüge ankommt. Es gibt hierfür keine Anspruchsgrundlage. Zu den grundlegenden Prinzipien unseres Rechtssystems gehört die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit, dh. die Freiheit des Einzelnen, seine Lebensverhältnisse durch Verträge eigenverantwortlich zu gestalten. Zur Vertragsfreiheit gehört auch die sog. Abschlussfreiheit. Ein Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, mit ihm im Anschluss an eine wirksame Beendigung seines Arbeitsverhältnisses einen neuen Arbeitsvertrag zu schließen, ist gesetzlich nicht vorgesehen. Aus der negativen Vertragsfreiheit des Arbeitgebers folgt vielmehr, dass er grundsätzlich frei entscheiden kann, ob er dem bisherigen Arbeitnehmer ein neues Angebot zum Abschluss eines Arbeitsvertrages macht oder dessen Angebot annimmt (*BAG 16. September 2004 - 2 AZR 447/03 - AP BGB § 611 Kirchendienst Nr. 44 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 5*). 38
- Diese Abschlussfreiheit ist nur in bestimmten, eng begrenzten Fällen durch einen sog. Kontrahierungszwang eingeschränkt. Einen entsprechenden Kontrahierungszwang bejaht die Rechtsprechung beispielsweise im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang, wenn eine betriebsbedingte Kündigung, für deren Wirksamkeit es 39



auf den Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs ankommt, wegen geplanter Betriebsstilllegung wirksam ist und es während des Laufs der Kündigungsfrist zur Möglichkeit der Weiterbeschäftigung kommt (vgl. ausführlich BAG 13. Mai 2004 - 8 AZR 198/03 - BAGE 110, 336, 339 ff. = AP BGB § 613a Nr. 264 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 25 mwN). Der Senat hat in diesem Zusammenhang ausdrücklich entschieden, dass derjenige, der im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang aus dem Arbeitsverhältnis auf Grund eines Aufhebungsvertrages ausgeschieden ist, keinen Einstellungs-(Fortsetzungs-)Anspruch gegen den Betriebsübernehmer hat, solange die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrages nicht wegen Anfechtung, Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder aus einem anderen Grunde beseitigt worden ist (BAG 10. Dezember 1998 - 8 AZR 324/97 - BAGE 90, 260 = AP BGB § 613a Nr. 185 = EzA BGB § 613a Nr. 175).

Das Landesarbeitsgericht hat im Streitfall einen Kontrahierungszwang der Beklagten nach dem Prinzip von Treu und Glauben bejaht. Der Senat vermag nicht zu erkennen, es sei „unredlich“ gewesen, dass die Beklagte so lange mit einer Betriebsübernahme gewartet hat, bis der Veräußerer eine Stilllegung plante, deshalb die Arbeitsverhältnisse mittels Aufhebungsvertrag beendete und sie somit einen Betrieb mit geringerer Arbeitnehmerzahl übernehmen konnte.

40

Nach § 613a Abs. 1 BGB gehen nur bestehende Arbeitsverhältnisse über. Das ist so ausdrücklich im Gesetz geregelt und anderweitige Verpflichtungen hat der Erwerber gegenüber der (ehemaligen) Belegschaft auch nicht. Ist das Arbeitsverhältnis durch einen - von der Klägerin selbst in Ausübung ihrer Vertragsfreiheit geschlossenen - Aufhebungsvertrag beendet, so steht sie mit dem Erwerber nicht in einer rechtlichen Verbindung. Jener ist nicht verpflichtet, beendete Arbeitsverhältnisse neu aufleben zu lassen, selbst wenn er bewusst zugewartet hat, bis diese seitens des früheren Arbeitgebers beendet worden sind. Das würde allenfalls dann gelten, wenn er am Zustandekommen des Aufhebungsvertrages unredlich mitgewirkt bzw. selbst getäuscht hätte (vgl. § 123 Abs. 2 BGB). Hierfür liegen nach dem Vortrag der - im Rahmen des geltend gemachten Einstellungsanspruchs darlegungs- und beweisbelasteten - Klägerin keine ausreichenden Anhaltspunkte vor. Das Zuwarten allein ist jedenfalls noch nicht unredlich und begründet auch keine unredlich erworbene Rechtsposition. Ein Einstellungsanspruch lässt sich daher nicht begründen.

41

Auch die vom Landesarbeitsgericht angesprochenen Gesamtumstände begründen keinen Kontrahierungszwang der Beklagten. Selbst wenn die Beklagte geplant hatte, den Betrieb sogar nur eine juristische Sekunde nach Abschluss der Aufhebungs-

42



verträge zu übernehmen, ist das legitim. Deshalb kommt es im Rahmen des (Wieder-)Einstellungsantrages weder darauf an, wann die Beklagte gegründet worden ist, noch darauf, ob die Gespräche am 15. Januar 2004 abgebrochen worden sind.

C. Das Landesarbeitsgericht wird auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben.

43

Hauck

Dr. Wittek

Laux

Dr. Vesper

Schuckmann

