BUNDESARBEITSGERICHT Urteil vom 18.8.2005, 8 AZR 523/04**Aufhebungsvertrag bei einem geplanten Betriebsübergang -
Umgehung - Feststellungsinteresse****Leitsätze**

Die Arbeitsvertragsparteien können das Arbeitsverhältnis im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang wirksam durch Aufhebungsvertrag auflösen, wenn die Vereinbarung auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet ist. Dies gilt auch dann, wenn eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft zwischengeschaltet ist.

Ein Aufhebungsvertrag ist jedoch wegen gesetzwidriger Umgehung der Rechtsfolgen des § 613a BGB unwirksam, wenn zugleich ein neues Arbeitsverhältnis zum Betriebsübernehmer vereinbart oder zumindest verbindlich in Aussicht gestellt wird.

Wird ein Arbeitnehmer von einer Auffanggesellschaft nach Abschluss eines Aufhebungsvertrags zu verschlechterten Arbeitsbedingungen eingestellt, liegt hierin noch keine Umgehung des § 613a BGB, wenn die Änderung der Arbeitsbedingungen sachlich gerechtfertigt ist.

Tenor

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 26. August 2004 - 3 Sa 80/04 verb. m. 1 Sa 81/04 - aufgehoben.

Auf die Berufungen der Beklagten werden die Urteile des Arbeitsgerichts Bremerhaven vom 18. März 2004 - 1 Ca 693/03 - und - 1 Ca 697/03 - abgeändert.

Die Klagen werden insgesamt abgewiesen.

Die Kläger haben die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten noch darüber, ob die Arbeitsverhältnisse der Kläger mit der früher mitbeklagten N GmbH (künftig: N GmbH) auf Grund eines Betriebsübergangs auf die Beklagte übergegangen sind oder durch dreiseitigen Vertrag zwischen den Klägern, der N GmbH und der Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft B GmbH beendet worden sind, sowie um die Weiterbeschäftigung der Kläger bei der Beklagten.
- 2 Die Kläger waren bei der N GmbH, die ein Vier-Sterne-Hotel mit Restaurant in B betrieb, beschäftigt; die Klägerin zu 1) war zuletzt als Leiterin der Finanz- und Personalbuchhaltung, der Kläger zu 2)

als Hausmeister tätig.

- 3 Vor dem Hintergrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten und zur Vermeidung einer Insolvenz entschloss sich die N GmbH im Jahre 2003 zu Umstrukturierungsmaßnahmen. Verhandlungen mit der Stadt B führten zu dem Ergebnis, dass die stadteigene B Gesellschaft für Investitionsförderung und Stadtentwicklung (künftig: BIS) die Hotelimmobilie erwerben sollte. Eine noch zu gründende Betriebsführungsgesellschaft, die Beklagte, sollte den Hotelbetrieb für eine Übergangszeit ab 1. September 2003 fortführen. Der Hotelbetrieb sollte als Tagungs- und Kongresshotel neu ausgerichtet und mit weniger Personal fortgeführt werden. Die BIS machte zur Bedingung für den Erwerb der Hotelimmobilie, dass alle Arbeitnehmer der N GmbH in eine Auffanggesellschaft, die Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft B GmbH (künftig: BQGB), wechselten. Von dort sollten die für die Fortführung des Hotelbetriebs benötigten Arbeitnehmer auf der Grundlage befristeter Verträge zur Beklagten überwechseln. Hintergrund war, dass die B Unternehmensgruppe Z beabsichtigte, in B 2005 ein Tagungs- und Kongresshotel zu errichten und die Übernahme eines Teils der Belegschaft der N GmbH in Aussicht gestellt hatte.
- 4 Die Arbeitnehmer der N GmbH wurden in mehreren Betriebsversammlungen über die Gründe für die beabsichtigte Aufhebung ihrer Arbeitsverträge und den mit der Auffanglösung verbundenen Verlust eines Teils der Arbeitsplätze unterrichtet. Am 12. August 2003 wurde ein Interessenausgleich und ein Sozialplan abgeschlossen.
- 5 Die Arbeitnehmer der N GmbH, darunter auch die Kläger, unterzeichneten am 13. August 2003 einen dreiseitigen Vertrag mit der N GmbH und der BQGB. Dieser lautete ua. wie folgt:

“ I.

Vorbemerkung

Der Arbeitnehmer ist darüber unterrichtet, daß die Firma N GmbH von einer Insolvenz bedroht ist, da die erzielten Erträge nicht ausreichen, die entstehenden Kosten abzudecken und weitere Gelder der Familie N zur Aufrechterhaltung des Betriebes nicht zur Verfügung stehen. In Abstimmung mit der BQGB wird der Arbeitgeber beim Arbeitsamt Bremerhaven den Antrag auf Gewährung von strukturellem Kurzarbeitergeld stellen. Ergänzend wird auf die Stellungnahme des Arbeitgebers verwiesen, die diesem Vertrag als Anlage beigefügt ist. Das Arbeitsamt hat die Gewährung von strukturellem Kurzarbeitergeld in Aussicht gestellt. Dies vorausgeschickt treffen die Vertragsparteien nachstehende Vereinbarung:

II.

Aufhebung des Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer

- 1) Das zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer bestehende Arbeitsverhältnis wird aus

betriebsbedingten Gründen einvernehmlich zum 31. August 2003 beendet.

...

III.

Arbeitsverhältnis zwischen BQGB und Arbeitnehmer

- 1) BQGB und Arbeitnehmer schließen für die Dauer vom 1. September 2003 bis zum 31. August 2004 (im Falle des Klägers 31. August 2005) einen befristeten Arbeitsvertrag. Das Arbeitsverhältnis endet, ohne daß es einer Kündigung bedarf, mit Ablauf des 31. August 2004 (im Falle des Klägers 31. August 2005).

...

VI.

Wirksamkeitsbedingung

- 1) Dieser Vertrag wird nur wirksam, wenn sichergestellt ist, daß die Arbeitsverwaltung strukturelles Kurzarbeitergeld bewilligt.
- 2) Die Zahlung von strukturellem Kurzarbeitergeld gilt als sichergestellt, wenn die Arbeitsverwaltung dem Grunde nach einen Bescheid über die prinzipielle Anerkennung von Strukturkurzarbeit erteilt hat.
- 3) Der Arbeitnehmer hat eine Überlegungsfrist bis längstens 8. August 2003. Bis zu diesem Tag hat er drei Exemplare des dreiseitigen Vertrages der BQGB zukommen zu lassen. Nach Ablauf der Frist besteht kein Anspruch auf Übertritt in die BQGB mehr.
- 4) Haben alle Mitarbeiter der Firma N GmbH die drei unterschriebenen Exemplare fristwahrend zurückgegeben, so sind Arbeitgeber und BQGB verpflichtet, den so zustande gekommenen Vertrag innerhalb von 24 Stunden nach Ablauf der Rückgabefrist gegenzuzeichnen. Mit der Unterzeichnung ist der Arbeitsvertrag mit der BQGB zustande gekommen.
- 5) Der Arbeitnehmer erhält ein von allen Parteien unterzeichnetes Vertragsexemplar zusammen mit seinen Arbeitspapieren gemäß Ziffer II dieser Vereinbarung.

...”

- 6 Wie vorgesehen erwarb die BIS von der N GmbH die Hotelimmobilie und schloss mit der Beklagten für die Zeit ab 1. September 2003 einen Betriebsführungsvertrag. Ab dieser Zeit führte die Beklagte den Hotel- und Restaurantbetrieb fort.

7

Die Kläger befanden sich unter den von der Beklagten weiterbeschäftigten Arbeitnehmern der N GmbH. Sie schlossen unter dem 1. September 2003 mit der Beklagten einen bis 30. November 2003 (im Fall der Klägerin) bzw. 31. Oktober 2003 (im Fall des Klägers) befristeten Arbeitsvertrag. Am 17. Oktober 2003 verlängerten die Klägerin und die Beklagte den

geschlossenen befristeten Vertrag bis 31. August 2005. Der Kläger lehnte die auch ihm angebotene Verlängerung ab, da sie lediglich unter schlechteren Bedingungen erfolgen sollte.

- 8 Mit ihrer Klage haben die Kläger den Aufhebungsvertrag widerrufen und ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zur Beklagten geltend gemacht. Sie sind der Ansicht, der dreiseitige Vertrag sei nur geschlossen worden, um die Rechtsfolgen des § 613a BGB zu vermeiden und daher als Umgehung des Gesetzes unwirksam. Sie hätten damit rechnen können, bei der zukünftigen Hotelbetreiberin beschäftigt zu werden, zumal die Tätigkeiten einer Buchhalterin sowie eines Hausmeisters für die Fortführung des Betriebs unerlässlich seien.
- 9 Die Klägerin hat, soweit für die Revision noch von Bedeutung, beantragt:
1. festzustellen, dass zwischen ihr und der Beklagten ein unbefristeter Arbeitsvertrag zu den Konditionen des Arbeitsvertrages zwischen ihr und der N GmbH besteht, und weder durch die Befristung vom 1. September 2003 zum 30. November 2003 noch durch die Befristung vom 17. Oktober 2003 zum 31. August 2005 sein Ende finden wird,
 2. die Beklagte zu verurteilen, sie zu den Konditionen des Arbeitsvertrages zwischen ihr und der N GmbH als Finanz- und Personalbuchhaltungsleiterin zu beschäftigen.
- 10 Der Kläger hat, soweit hier noch von Interesse, beantragt:
1. festzustellen, dass zwischen ihm und der Beklagten ein unbefristeter Arbeitsvertrag zu den Konditionen des Arbeitsvertrages zwischen ihm und der N GmbH besteht, und nicht durch die Befristung vom 1. September 2003 zum 31. Oktober 2003 beendet worden ist,
 2. die Beklagte zu verurteilen, ihn zu den Konditionen des Arbeitsvertrages zwischen ihm und der N GmbH als Hausmeister zu beschäftigen.
- 11 Die Beklagte hat beantragt, die Klagen abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, der dreiseitige Vertrag stelle keine Umgehung des § 613a BGB dar. Die Kläger hätten bei dessen Abschluss nicht davon ausgehen können, von der Beklagten weiterbeschäftigt zu werden. Verbindliche Zusagen seien nicht gemacht worden. Der Vertreter der N GmbH habe in allen Betriebsversammlungen darauf hingewiesen, dass nur für einen Teil der Arbeitnehmer die Aussicht auf eine Weiterbeschäftigung beim Betriebserwerber bestehe. Soweit die Kläger davon ausgegangen seien, übernommen zu werden, sei dies eine bloße Spekulation gewesen; es habe sich um ein Risikogeschäft gehandelt, die Weiterbeschäftigung sei nur eine mehr oder weniger begründete Erwartung gewesen. Die dreiseitigen Verträge seien sachlich gerechtfertigt, da die N GmbH bei deren Abschluss praktisch konkursreif gewesen sei. Der Abschluss der dreiseitigen Verträge habe erst die eingeschränkte Fortführung des

Hotelbetriebs ermöglicht.

- 12 Das Arbeitsgericht hat, soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, der Klage jeweils stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die dagegen gerichteten Berufungen der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

- 13 Die Revision der Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat den Klagen zu Unrecht stattgegeben. Die Arbeitsverhältnisse der Kläger mit der N GmbH sind durch die in den dreiseitigen Verträgen vom 13. August 2003 enthaltenen Aufhebungsvereinbarungen jeweils zum 31. August 2003 aufgelöst worden und nicht auf Grund eines Betriebsübergangs auf die Beklagte übergegangen; die Anträge auf unveränderte Weiterbeschäftigung sind daher unbegründet.
- 14 I. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:
- 15 Es habe ein Betriebsübergang von der N GmbH auf die Beklagte stattgefunden. Die Wirkung des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB greife auch für die streitgegenständlichen Arbeitsverhältnisse. Die im dreiseitigen Vertrag vom 13. August 2003 geregelte Aufhebung der Arbeitsverhältnisse der Kläger mit der N GmbH sei wegen Umgehung des § 613a BGB nach § 134 BGB nichtig. Der dreiseitige Vertrag sei lediglich deshalb abgeschlossen worden, um sich von einem Teil der Arbeitnehmer trennen zu können und um mit den verbliebenen Arbeitnehmern zu schlechteren Konditionen den Betrieb fortzuführen. Es sei der Kritik der Literatur an der Leitentscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 10. Dezember 1998 (- 8 AZR 324/97 - BAGE 90, 260 = AP BGB § 613a Nr. 185 = EzA BGB § 613a Nr. 175) zu folgen. Immer dann, wenn das Motiv des Aufhebungsvertrags in der erleichterten Betriebsübernahme liege, sei dieser Vertrag wegen des Betriebsübergangs geschlossen und stelle eine unzulässige Umgehung des § 613a BGB dar. Der Wirksamkeit der vereinbarten Befristungen stehe das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG entgegen. Wegen der Unwirksamkeit der Befristungen sei die Beklagte auch verpflichtet, die Kläger zu den Bedingungen des Arbeitsvertrags mit der N GmbH weiter zu beschäftigen.
- 16 II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Klagen sind teils unzulässig, im Übrigen unbegründet.
- 17 1. Die Vorinstanzen sind zutreffend davon ausgegangen, dass die Klaganträge Ziff. 1 eine Feststellungsklage iSv. § 256 Abs. 1 ZPO und daneben Entfristungsklagen gem. § 17 Satz 1 TzBfG enthalten.

- 18 a) Die allgemeinen Feststellungsklagen nach § 256 Abs. 1 ZPO sind unzulässig. Es fehlt das Feststellungsinteresse.
- 19 aa) Für die allgemeine Feststellungsklage, die auf die Feststellung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung abzielt, ist das Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO) auch in der Revisionsinstanz noch zu prüfen, es muss zum Schluss der mündlichen Verhandlung (noch) gegeben sein. Es kann zB entfallen, wenn alle bis dahin vorhandenen Beendigungstatbestände durch jeweils separate Anträge abgedeckt sind (*für alle: KR-Bader 7. Aufl. § 17 TzBfG Rn. 38 mwN; BAG 13. März 1997 - 2 AZR 512/96 - BAGE 85, 262 = AP KSchG 1969 § 4 Nr. 38 = EzA KSchG § 4 nF Nr. 57, zu II 1 b, 3, 3 b der Gründe*).
- 20 bb) Das ist hier der Fall. Der Streit der Parteien dreht sich allein darum, ob zwischen ihnen ein wirksam befristetes Arbeitsverhältnis besteht (im Fall der Klägerin) bzw. bestanden hat (im Fall des Klägers). Der Wendung "zu den Konditionen des Arbeitsvertrages ..." im jeweiligen Klagantrag Ziff. 1 kommt keine eigenständige streitgegenständliche Bedeutung zu. Davon sind auch die Vorinstanzen ausgegangen, ohne dass dies von den Klägern beanstandet worden wäre. Daran ändert auch die vom Antragswortlaut etwas differierende Tenorierung erster Instanz nichts. Sachlich ist damit kein abweichendes Antragsverständnis verbunden.
- 21 cc) Dann aber ist der Streit der Parteien durch die erhobenen Entfristungsklagen abgedeckt. Streitgegenstand für eine Feststellungsklage nach § 17 TzBfG ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund der konkreten Befristung zu einem bestimmten Termin, sog. punktueller Streitgegenstand (*KR-Bader § 17 TzBfG Rn. 45 sowie 11 mwN*). Mit dieser fristgebundenen Feststellungsklage müssen alle Arten von Unwirksamkeitsgründen geltend gemacht werden, zB auch das Fehlen der Voraussetzungen nach § 14 Abs. 2 TzBfG (*KR-Bader § 17 TzBfG Rn. 5 mwN*). Es wird also im Rahmen der erhobenen Entfristungsklagen inzident geprüft, ob die Arbeitsverhältnisse der Kläger mit der N GmbH auf die Beklagte übergegangen sind und mit dieser fortbestehen, oder ob sie durch den im dreiseitigen Vertrag vom 13. August 2003 enthaltenen Aufhebungsvertrag zuvor beendet wurden. Ein Interesse der Kläger an einer weitergehenden Feststellung ist nicht dargelegt oder sonst ersichtlich.
- 22 b) Die gegen die Befristungsabreden in den Arbeitsverträgen vom 1. September 2003 gerichteten Entfristungsklagen iSv. § 17 Satz 1 TzBfG sind unbegründet. Die Befristungsvereinbarungen sind wirksam. Das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG greift nicht ein, weil die mit der N GmbH geschlossenen Arbeitsverträge der Kläger nicht im Wege des Betriebsübergangs gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Beklagte übergegangen sind, sondern bereits vor dem Betriebsübergang durch den Aufhebungsvertrag vom 13. August 2003 beendet wurden.
- 23 Der dreiseitige Vertrag, der den Aufhebungsvertrag und den

Übertritt zur Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft B GmbH enthält, ist nicht wegen Gesetzesumgehung (§§ 134, 613a Abs. 4 Satz 1 BGB) unwirksam.

- 24 c) Die Befristung des Arbeitsverhältnisses zu der Beklagten ist wirksam. Das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG greift im Streitfall nicht ein. Es wäre nur im Fall der Unwirksamkeit des im dreiseitigen Vertrag vom 13. August 2003 enthaltenen Aufhebungsvertrags verletzt, da dann eine nachträgliche Befristung eines unbefristeten Arbeitsvertrags bei gleichzeitiger Verschlechterung der Arbeitsbedingungen vorläge.
- 25 Im Interesse einer Einschränkung ohne Sachgrund befristeter Arbeitsverträge schließt § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG die Befristung nach Satz 1 der Vorschrift aus, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Diese Voraussetzung ist nur erfüllt, wenn Identität der Arbeitsvertragsparteien bestanden hat. Entscheidend kommt es darauf an, dass die Arbeitsverträge zu demselben Arbeitgeber bestehen. Ein Übergang des Arbeitsverhältnisses von einem Betriebsveräußerer zu einem Betriebserwerber wahrt die Identität der Arbeitgeber. Scheidet ein Arbeitnehmer jedoch aus einem Arbeitsverhältnis wirksam aus und wird sodann ein Betriebsübergang vollzogen, findet das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG keine Anwendung, wenn der Ausgeschiedene von dem Betriebserwerber neu eingestellt wird (*ErfK/Müller-Glöge 5. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 120; KR-Lipke § 14 TzBfG Rn. 305 jeweils mwN*).
- 26 2. Der im dreiseitigen Vertrag vom 13. August 2003 enthaltene Aufhebungsvertrag ist wirksam. Es liegt keine unzulässige Umgehung des in § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB geregelten Kündigungsverbots vor.
- 27 a) Mit dem Abschluss von Aufhebungsverträgen verwirklichen die Vertragsparteien grundsätzlich die ihnen zustehende Vertragsfreiheit. Der Arbeitgeber ist auch befugt, Rechtsgeschäfte so zu gestalten, dass § 613a BGB nicht eingreift (*KR-Pfeiffer § 613a BGB Rn. 200*). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (*für alle: 11. Dezember 1997 - 8 AZR 654/95 - NZA 1999, 262 f., zu I 2 der Gründe mwN*) kann ein Aufhebungsvertrag im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang jedoch gemäß § 134 BGB nichtig sein, wenn er objektiv der Umgehung der zwingenden Rechtsfolgen des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB dient. Dies ist anzunehmen, wenn die Arbeitnehmer mit dem Hinweis auf eine geplante Betriebsveräußerung und bestehende Arbeitsplatzangebote des Betriebserwerbers veranlasst werden, ihre Arbeitsverhältnisse mit dem Betriebsveräußerer selbst fristlos zu kündigen oder Auflösungsverträgen zuzustimmen, um mit dem Betriebserwerber neue Arbeitsverträge abschließen zu können. Verboten sind damit auch Aufhebungsverträge aus Anlass des Betriebsübergangs, wenn sie vom Betriebsveräußerer oder -erwerber allein deshalb veranlasst werden, um dem bestehenden Kündigungsverbot auszuweichen (*BAG 28. April 1987 - 3 AZR 75/86 - BAGE 55,*

228 = AP BetrAVG § 1 Betriebsveräußerung Nr. 5 = EzA BGB § 613a Nr. 67, zu II 2 a der Gründe) . Unwirksam sind darüber hinaus Vertragsgestaltungen, deren objektive Zielsetzung in der Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes besteht (BAG 10. Dezember 1998 - 8 AZR 324/97 - BAGE 90, 260 = AP BGB § 613a Nr. 185 = EzA BGB § 613a Nr. 175, zu B II der Gründe) .

- 28 Hiervon zu unterscheiden sind Vereinbarungen, die zwischen dem Arbeitnehmer und dem alten oder neuen Betriebsinhaber geschlossen werden und auf ein endgültiges Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet sind. Solche Verträge werden in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (*für alle: 11. Dezember 1997 - 8 AZR 654/95 - NZA 1999, 262 mwN*) ohne Rücksicht auf ihre sachliche Berechtigung als wirksam angesehen. Damit trägt die Rechtsprechung dem Umstand Rechnung, dass der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber widersprechen und damit den Eintritt der Rechtsfolgen des § 613a BGB verhindern kann (nunmehr: § 613a Abs. 6 BGB). Zur Abgrenzung stellt der Senat seit dem angesprochenen Urteil vom 10. Dezember 1998 (- 8 AZR 324/97 - BAGE 90, 260 = AP BGB § 613a Nr. 185 = EzA BGB § 613a Nr. 175) darauf ab, ob zum Zeitpunkt des Abschlusses des Aufhebungsvertrags Arbeitnehmer und Betriebserwerber bereits ein neues Arbeitsverhältnis begründet hatten oder dem Arbeitnehmer ein solches verbindlich in Aussicht gestellt war. Fehle es daran, bestehe lediglich die mehr oder weniger begründete Erwartung des Arbeitnehmers, in ein Arbeitsverhältnis mit dem Betriebserwerber treten zu können. Der Vertragsschluss komme einem Risikogeschäft gleich und diene nicht der Unterbrechung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses.
- 29 Für rein inhaltsändernde Abreden im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang verlangt die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts dagegen das Vorliegen eines sachlichen Grundes. Begründet wird dies mit der den beteiligten Arbeitnehmern typischerweise fehlenden erforderlichen rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit. Die Arbeitnehmer sähen sich in derartigen Fällen häufig vor die Aussicht gestellt, entweder eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen hinzunehmen oder den Arbeitsplatz ganz zu verlieren (12. Mai 1992 - 3 AZR 247/91 - BAGE 70, 209 = AP BetrAVG § 1 Betriebsveräußerung Nr. 14 = EzA BGB § 613a Nr. 104, zu II 2 der Gründe; KR-Pfeiffer § 613a BGB Rn. 102 mwN) .
- 30 b) Das Urteil des Senats vom 10. Dezember 1998 (- 8 AZR 324/97 - BAGE 90, 260 = AP BGB § 613a Nr. 185 = EzA BGB § 613a Nr. 175) und insbesondere das dort verwandte Abgrenzungskriterium der verbindlichen Einstellungszusage des Betriebserwerbers, die, um eine Umgehung des § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB anzunehmen, zumindest vorliegen müsse, ist in der Literatur teils auf Zustimmung (zB *MünchKommBGB/Müller-Glöge 4. Aufl. § 613a Rn. 202; Hanau Anm. ZIP 1999, 324; Heckelmann EWiR 1999, 1163 f.*) , teils aber auch auf Ablehnung gestoßen (zB *ErFK/Preis § 613a BGB Rn. 155; APS/Steffan 2. Aufl. § 613a BGB*

Rn. 198; Kittner/Däubler/Zwanziger 6. Aufl. KSchR § 613a BGB Rn. 174; differenzierend: KR-Pfeiffer § 613a BGB Rn. 202).

- 31 Eingewandt wird insbesondere, es bleibe eine Lücke im Kündigungsschutz, wenn sich der Betriebserwerber durch den Umweg über eine Beschäftigungsgesellschaft Arbeitnehmer letztlich ohne Durchführung einer ordnungsgemäßen Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG aussuchen könne (*APS/Steffan aaO*). Außerdem wird kritisiert, die Rechtsprechung des Senats trage der Drucksituation, in der sich die Arbeitnehmer befänden, und die ihre rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit beeinträchtige, nicht ausreichend Rechnung (*KR-Pfeiffer aaO*). Eine autonome Entscheidung des Arbeitnehmers, an seinem bisherigen Arbeitsplatz in keinem Falle mehr weiterarbeiten zu wollen, liege tatsächlich nicht vor. Der Arbeitnehmer wolle letztlich den Arbeitsplatz behalten und beuge sich nur dem Druck (*APS/Steffan aaO; ähnlich Kittner/Däubler/Zwanziger aaO*).
- 32 Es wird daher vorgeschlagen, einen Aufhebungsvertrag nur dann für wirksam zu halten, wenn er ohne eine solche Drucksituation abgeschlossen worden ist, zB wenn das Arbeitsverhältnis bereits auf den neuen Arbeitgeber übergegangen war. Als wichtiges Indiz für das Bestehen einer Drucksituation für den Arbeitnehmer gelte es, ob der Aufhebungsvertrag vom alten oder vom neuen Arbeitgeber veranlasst werde. Allerdings wird auch eingeräumt, dass das Erfordernis eines sachlichen Rechtfertigungsgrundes bei Aufhebungsverträgen ein unklares Kriterium darstelle.
- 33 Ein anderer Vorschlag geht dahin, den Aufhebungsvertrag daran zu messen, ob er "wegen" des Betriebsübergangs geschlossen werde. Das sei zu bejahen, wenn das Motiv des Aufhebungsvertrags in der erleichterten Betriebsübernahme liege, beispielsweise wenn Teile der früheren Belegschaft ohne Durchführung einer Sozialauswahl übernommen werden sollen. Dass eine sanierende Betriebsübernahme auch ohne den Weg über eine Beschäftigungsgesellschaft nicht zum Scheitern verurteilt sei, folge aus der rechtlich bestehenden Möglichkeit, die Belegschaft auf Grund des Erwerberkonzepts zu reduzieren (*APS/Steffan aaO*). Dieser Auffassung hat sich auch die Vorinstanz angeschlossen.
- 34 c) Der Senat folgt der Ansicht des Landesarbeitsgerichts und der Kritik im Schrifttum nicht, sondern hält an seiner Entscheidung vom 10. Dezember 1998 fest. Danach ist ein Aufhebungsvertrag auch bei einer objektiv bezweckten Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes nur dann unwirksam, wenn die mit dieser Vertragsgestaltung verbundene Verschlechterung der Arbeitsbedingungen sachlich unberechtigt ist (*vgl. 10. Dezember 1998 - 8 AZR 324/97 - BAGE 90, 260 = AP BGB § 613a Nr. 185 = EzA BGB § 613a Nr. 175*).
- 35 Ist nach dem Sachverhalt beim Abschluss des Aufhebungsvertrags weder ein Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitnehmer und dem Betriebserwerber begründet noch ein solcher verbindlich in Aussicht gestellt oder versprochen, liegt keine Umgehung des Kündigungsverbots des § 613a Abs. 4

Satz 1 BGB vor. Für den jeweils betroffenen Arbeitnehmer ist nämlich klar, dass er aus dem mit dem Betriebsveräußerer bestehenden Arbeitsverhältnis ausscheidet und nicht mehr als die Hoffnung besitzt, mit dem Erwerber einen neuen Arbeitsvertrag schließen zu können. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass der vor einem solchen Hintergrund geschlossene Aufhebungsvertrag auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet ist. Eine Lücke im Kündigungsschutz ergibt sich nicht, sondern die Parteien verwirklichen hiermit die durch § 613a BGB insoweit nicht eingeschränkte Vertragsfreiheit. Zum maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses des Aufhebungsvertrags steht gerade noch nicht fest, ob und welche Arbeitnehmer vom Betriebserwerber eingestellt werden sollen.

- 36 Zuzugeben ist, dass das vom Senat verwandte Abgrenzungskriterium die Gefahr des Missbrauchs in sich birgt. Der Betriebserwerber kann zu verbergen suchen, dass er sich auch in personeller Hinsicht bereits entschieden hat. Diese Missbrauchsgefahr wie auch die für die Arbeitnehmer bestehende Drucksituation zwingen jedoch nicht dazu, die an das Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts zu stellenden Anforderungen abzusenken und dadurch Sanierungsmöglichkeiten für notleidende Betriebe mit wenigstens teilweise Arbeitsplatzverlust praktisch unmöglich zu machen.
- 37 d) Im Streitfall liegt keine Umgehung des § 613a BGB vor: Mit dem Betriebserwerber war weder ein Arbeitsvertrag bereits geschlossen noch der Abschluss eines Arbeitsvertrags verbindlich zugesagt, als der Aufhebungsvertrag geschlossen wurde. Der Aufhebungsvertrag und der dreiseitige Vertrag vom 13. August 2003 war sachlich berechtigt. Er diente zur Vermeidung der sonst drohenden Insolvenz und der damit verbundenen Beseitigung sämtlicher Arbeitsplätze.
- 38 Um der Kritik des Schrifttums zu begegnen, reicht es aus, die vom Senat im Urteil vom 10. Dezember 1998 aufgezeigten Prüfungsschritte sorgfältig vorzunehmen. So hat sich der Senat nicht damit begnügt, auf das Fehlen der ausdrücklichen Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Betriebserwerber oder einer verbindlichen Einstellungszusage für den betroffenen Arbeitnehmer abzustellen, sondern außerdem ausgeführt, es sei nicht versprochen worden, dass alle oder nahezu alle Arbeitnehmer des Betriebsveräußerers eingestellt werden (*10. Dezember 1998 - 8 AZR 324/97 - BAGE 90, 260 = AP BGB § 613a Nr. 185 = EzA BGB § 613a Nr. 175, zu B II der Gründe*). Der Arbeitnehmer kann die Umgehung des § 613a BGB also auch damit begründen, es sei zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, jedoch nach den gesamten - gegebenenfalls näher darzulegenden - Umständen klar gewesen, dass er vom Erwerber des Betriebs eingestellt werden würde (*vgl. auch Meyer Anm. SAE 2000, 39, 42 ff.*). Auch in diesem Fall liegt die objektive Zwecksetzung des Aufhebungsvertrags in der Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes. Diese Prüfung berücksichtigt auch in

angemessener Weise die für die betroffenen Arbeitnehmer bestehende, ihre rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit beeinträchtigende Drucksituation. Anderes ist auch nicht von Verfassungs wegen geboten. Eine gestörte Vertragsparität liegt entgegen Kittner/Däubler/Zwanziger (aaO), der derartige Aufhebungsverträge offenbar auch für sittenwidrig iSv. § 138 BGB hält, nicht vor.

- 39 Der Auffassung, den Aufhebungsvertrag bereits dann als unzulässiges Umgehungsgeschäft anzusehen, wenn dessen Motiv lediglich in der erleichterten Betriebsübernahme liegt, folgt der Senat nicht. Daran ändert auch der Hinweis auf die vom Senat anerkannte Möglichkeit des Betriebsveräußerers, nach einem Erwerberkonzept zu kündigen (*BAG 20. März 2003 - 8 AZR 97/02 - BAGE 105, 338 = AP BGB § 613a Nr. 250 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 9*), nichts. Bei einer Kündigung nach einem Erwerberkonzept sind die gekündigten Arbeitnehmer am Ende arbeitslos. Beim BQGB-Modell stehen die nicht übernommenen Arbeitnehmer dagegen zunächst in einem Beschäftigungsverhältnis zur Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft, erhalten Transferkurzarbeitergeld nach § 216b SGB III; sie werden dort auf die Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt vorbereitet und, soweit möglich, in neue Arbeitsverhältnisse vermittelt (*siehe auch Lembke BB 2005, 670 f.*).
- 40 e) Aufhebungsverträge vor einem beabsichtigten Betriebsübergang können allerdings als Umgehung der gesetzlichen Folgen des § 613a BGB unwirksam sein, wenn die Übernahme in eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft nur zum Schein vorgeschoben oder offensichtlich bezweckt wird, die Sozialauswahl zu umgehen. Hierfür bestehen im Streitfall jedoch keine ausreichenden Anhaltspunkte. Es lag unstreitig ein Sanierungsfall zur Vermeidung einer drohenden Insolvenz vor.
- 41 3. Da die Beklagte den Hotelbetrieb der N GmbH am 1. September 2003 übernommen hat, kommt es für die Wirksamkeit des im dreiseitigen Vertrag vom 13. August 2003 enthaltenen Aufhebungsvertrags somit gem. §§ 134, 613a Abs. 4 Satz 1 BGB nur darauf an, ob diese Vertragsgestaltung zu beanstanden war.
- 42 Das ist nach den Tatsachenfeststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht der Fall.
- 43 Es verbietet sich, allein aus der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits feststehenden Fortführung des Betriebs den Schluss zu ziehen, damit habe ebenfalls festgestanden, welche Arbeitnehmer der N GmbH von der Beklagten eingestellt werden sollten und die entgegenstehende Behauptung der Beklagten als widerlegt anzusehen. Hierzu bedarf es weiterer, hier nicht vorliegender, Anhaltspunkte. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Entscheidung zur Übernahme der Kläger zu einer Zeit gefallen ist, als die Kläger noch bei der N GmbH beschäftigt waren. Die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrags beurteilt sich nach den bei seinem Abschluss am 13. August 2003 bestehenden

Verhältnissen. Ausweislich der Anlage zum dreiseitigen Vertrag stand damals lediglich fest, dass ca. 16 Arbeitnehmer und gegebenenfalls weitere fünf Arbeitnehmer aus der Belegschaft der N GmbH bei der Beklagten beschäftigt werden würden. Außerdem hatte der Vertreter der N GmbH in der Betriebsversammlung vom 1. August 2003 erklärt, konkrete Einstellungszusagen nicht abgeben zu können. Dass dies nur vorgeschoben und der wahre Sachverhalt ein anderer gewesen sei, lässt sich dem Vortrag der Kläger nicht entnehmen. Sie haben zwar behauptet, für die Fortführung des Betriebs unerlässlich gewesen zu sein, dies jedoch nicht näher substantiiert. Ihre Weiterbeschäftigung stand also nicht fest.

- 44 4. Die Kläger haben ihre Willenserklärungen zum Abschluss des Aufhebungsvertrags auch nicht wirksam iSv. § 312 Abs. 1 Satz 1, § 355 BGB widerrufen. Ein derartiges Widerrufsrecht stand ihnen nicht zu.
- 45 Voraussetzung wäre, dass der im dreiseitigen Vertrag enthaltene Aufhebungsvertrag die Erfordernisse eines Haustürgeschäfts gemäß § 312 Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllte. Das ist für am Arbeitsplatz geschlossene Aufhebungsverträge nach der Systematik des § 312 BGB, seinem Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte aber zu verneinen (*zB BAG 3. Juni 2004 - 2 AZR 427/03 -, zu B II 3 b der Gründe; 22. April 2004 - 2 AZR 281/03 - AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 27 = EzA BGB 2002 § 312 Nr. 2, zu B I 2 der Gründe; 27. November 2003 - 2 AZR 135/03 - BAGE 109, 22 = AP BGB § 312 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 312 Nr. 1, zu B II 3 b der Gründe*).
- 46 5. Die gegen die Befristungsabrede im Arbeitsvertrag vom 17. Oktober 2003 gerichtete Entfristungsklage der Klägerin ist daher unbegründet. Die Verlängerung ist gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 TzBfG zulässig.
- 47 6. Die Weiterbeschäftigungsanträge sind jedenfalls unbegründet.
- 48 a) Soweit sie dem Wortlaut nach auf zeitlich unbeschränkte Beschäftigung gerichtet sind, bestehen bereits Bedenken gegen ihre Zulässigkeit mangels eines ausreichend bestimmten Klagantrags (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) sowie eines Rechtsschutzbedürfnisses.
- 49 Den Klägern geht es nicht um die tatsächliche Beschäftigung. Die Klägerin wird beschäftigt und der Kläger hat die ihm angebotene Verlängerung seines befristeten Arbeitsvertrags nicht angenommen, weil ihm dessen Konditionen zu schlecht waren. Beiden geht es um die Beschäftigung zu den Konditionen ihres vormaligen, mit der N GmbH bestehenden Arbeitsverhältnisses. Diese Arbeitsbedingungen sind aber nicht ausreichend genau bezeichnet.
- 50 b) Mangels eines Übergangs der auf Grund der Aufhebungsverträge im dreiseitigen Vertrag vom 13. August 2003 bereits beendeten Arbeitsverhältnisse der Kläger auf die Beklagte besteht ein Weiterbeschäftigungsanspruch darüber hinaus nicht.

51 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Hauck

Dr.
Wittek

Laux

R.
Iskra

Bähringer