

## Verlosung von Arbeitsplätzen nach Transfergesellschaft

### §§ 314, 613a BGB

**1. Ein im Zusammenhang mit einem anstehenden Betriebsübergang geschlossener Aufhebungsvertrag, auch in Form eines dreiseitigen Vertrags zwischen altem Arbeitgeber, Arbeitnehmer und einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft, ist nur wirksam, wenn er tatsächlich darauf gerichtet ist, dass der Mitarbeiter endgültig aus dem Betrieb ausscheidet.**

**2. Schließt der Betriebserwerber gleichzeitig ein neues Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer oder stellt ihm dies zumindest verbindlich in Aussicht, ist der Aufhebungsvertrag unwirksam.**

**3. Verbindlich in Aussicht gestellt kann ein Arbeitsplatz auch sein, wenn der Erwerber sich verpflichtet, eine bestimmte Zahl zu übernehmender Arbeitnehmer im Losverfahren auszuwählen.**

(Leitsätze der Bearbeiterin)

**BAG, Urteil vom 18. August 2011 – 8 AZR 312/10**

#### Problempunkt

Der Kläger war als Werkzeugmacher bei einem Unternehmen beschäftigt, das 2005 in Insolvenz ging. Der Insolvenzverwalter einigte sich mit dem Betriebsrat auf einen Interessenausgleich und Sozialplan, der auch die Einrichtung einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft (BQG) beinhaltete. Alle Mitarbeiter erhielten im Frühjahr 2006 noch nicht unterschriebene, dreiseitige Verträge zur Überleitung auf die BQG. Der Kläger bekam sechs davon mit jeweils unterschiedlichen Austrittsdaten. Er unterschrieb alle Ende März 2006.

Die Beklagte plante, das gesamte Betriebs- und Anlagevermögen vom Insolvenzverwalter zu erwerben. Bereits Anfang Mai 2006 legte dieser den Mitarbeitern nicht unterschriebene, neue Arbeitsverträge für die Beklagte vor. Dabei betonte er, dass noch nicht feststehe, welche der von den Arbeitnehmern unterschriebenen Arbeitsverträge die Beklagte letztendlich gegenzeichnen werde.

Den Mitarbeitern wurde mitgeteilt, dass von den 452 Beschäftigten 352 eingestellt würden, 159 davon unbefristet. Wer das sein werde, sollte aufgrund eines Stellenplans das Los entscheiden. Der Kläger hatte Glück: Sein Anstel-

lungsvertrag mit Beginn zum 2.6.2006 wurde gegengezeichnet. Vorher wurde der dreiseitige Vertrag unterzeichnet, der einen Wechsel in die BQG zum 31.5.2006 enthielt.

Im Jahr 2008 kam es bei der Beklagten zu einem großen Stellenabbau, der auch den Kläger traf. In diesem Zusammenhang stritten die Parteien über die zutreffende Beschäftigungsdauer. Der Kläger ist der Auffassung, er sei nicht erst seit 2006 bei der Beklagten. Vielmehr seien weitere zehn Jahre zu berücksichtigen, die vor dem „Betriebsübergang“ lagen. Der Aufhebungsvertrag und der neue Anstellungsvertrag seien wegen Umgehung des § 613a BGB unwirksam. Sowohl das Arbeitsgericht als auch das LAG gaben der Klage in diesem Punkt statt.

#### Entscheidung

Das BAG schloss sich dem an. Es erkannte die lange Betriebszugehörigkeit an und hielt die 2005 geschlossenen Verträge – sowohl den dreiseitigen zum Wechsel in die BQG als auch den neuen Anstellungsvertrag – wegen Umgehung des § 613a BGB gem. § 134 BGB für unwirksam. Das Arbeitsverhältnis des Klägers ist nach § 613a BGB auf die Beklagte übergegangen.

Das BAG betonte dabei, dass ein Aufhebungsvertrag mit einem Betriebsveräußerer weiterhin wirksam sein kann, auch wenn er in zeitlichem Zusammenhang zu einem Betriebsübergang steht. Er muss aber darauf gerichtet sein, dass der Mitarbeiter endgültig aus dem Betrieb ausscheidet. Diese Voraussetzung lag hier aus Sicht des BAG nicht vor.

Ein endgültiges Ausscheiden ist nicht gegeben, wenn mit dem Arbeitnehmer ein neues Arbeitsverhältnis mit dem Betriebserwerber im Zusammenhang mit dem Abschluss vereinbart oder ihm zumindest „verbindlich in Aussicht“ gestellt wurde. Das war hier der Fall, indem der Arbeitgeber bereits verbindlich zugesagt hatte, die Losentscheidung umzusetzen. Die einzelnen Arbeitnehmer konnten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, einen Arbeitsvertrag zu erhalten. Schließlich sollten 352 von 452 übernommen werden. Zudem erfolgte die Überleitung auf die BQG nur zum Schein. Das Arbeitsverhältnis dauerte rechtlich nur 24 Stunden. Die Überleitung diente also nur dazu, die Kontinuität zu unterbrechen.

#### Konsequenzen

Mit dieser Entscheidung konkretisierte das BAG die bisher von ihm aufgestellten Grundsätze zur „Sanierenden Übertragung“ und beschränkte die Möglichkeiten für Arbeitgeber weiter:

Noch mit der Entscheidung vom 18.8.2005 (8 AZR 523/04) hatte es festgelegt, dass insbesondere keine Umgehung des § 613a BGB vorliegt, wenn es sich für die Mitarbeiter um

ein „Risikogeschäft“ handelte. Lag zum Zeitpunkt des Abschlusses des dreiseitigen Vertrags keine verbindliche Einstellungszusage des Betriebserwerbers vor, sondern wussten die Beschäftigten nur, es besteht die Chance, dass „jemand“ übernommen wird, war das Vorgehen in Ordnung.

Dem setzte das BAG nun ein Ende: Bindet sich ein Erwerber an das Ergebnis eines Losentscheids, sieht das BAG hierin kein „Risikogeschäft“ mehr für die Mitarbeiter. Eine Argumentation, die sich nur schwer nachvollziehen lässt. Selbst wenn der Betriebserwerber einen Losentscheid zusagt, steht schließlich lediglich die Anzahl fest, nicht aber, wer konkret ein Angebot bekommt.

Parallel prüfte das BAG, ob ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen den beiden Arbeitsverhältnissen besteht. Hierbei zog es die Verdauungsdauer in der BQG, aber auch sonstige Umstände, wie die Gründe für die Unterbrechung und die Art der Weiterbeschäftigung, zur Bewertung heran.

In der Praxis wird man sich an die neuen Vorgaben halten müssen, will man nicht Gefahr laufen, dass die geschlossenen Verträge unwirksam sind. Das kann nicht nur Folgen für die (dann längere) Betriebszugehörigkeit haben, sondern auch Auswirkungen auf die anderen Arbeitsbedingungen. Schließlich behalten dann auch die Bedingungen des alten Arbeitsvertrags und etwaige kollektivrechtliche Vereinbarungen, wie Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge, gem. § 613a BGB weiter Geltung.

#### Praxistipp

In derartigen Konstellationen – wenn also ein Betriebserwerber vormalige Mitarbeiter aus einer BQG „neu“ einstellen will – ist nun noch mehr Vorsicht geboten. Die Voraussetzungen waren bislang schon streng. Jetzt hat das BAG sie weiter verschärft. Wer das Risiko von unwirksamen Verträgen und ungeplanten Betriebsübergängen vermeiden will, sollte in solchen Konstellationen insbesondere auf Folgendes achten:

- Der Aufhebungsvertrag (auch im Rahmen einer Überleitung auf die BQG) muss darauf gerichtet sein, dass der Arbeitnehmer endgültig ausscheidet.
- Der Erwerber darf mit keinem Mitarbeiter bereits vorher ein Arbeitsverhältnis abschließen. Dazu gehört auch, keine feste Zusage abzugeben, er werde ihn wieder einstellen.
- Die Neueinstellung muss für alle Mitarbeiter ein Risikogeschäft sein. Der Erwerber darf sich nicht an eine Losentscheidung zur Verteilung der Stellen binden.
- Die Mitarbeiter sind über die Umstände

detailliert zu informieren, aus Nachweisgründen am besten (auch) schriftlich.

- › Es ist frühzeitig – also bereits bei der Vertragsgestaltung des Unternehmenskaufvertrags mit dem Insolvenzverwalter – darauf zu achten, dass sich die Maßnahme für die Beschäftigten als „Risikogeschäft“ darstellt.
- › Die Verweildauer in einer BQG muss in jedem Fall länger als 24 Stunden betragen, wobei keine festen Grenzen existieren. Es gilt: je länger, desto besser. Voraussetzung ist aber, dass die BQG tatsächlich „gelebt“ wird. Auch eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz ist eine Möglichkeit, um ein Indiz für einen fehlenden sachlichen Zusammenhang der beiden Arbeitsverhältnisse zu liefern. Je mehr Umstände für eine Trennung sprechen, umso besser.

RAin und FAin für Arbeitsrecht Astrid Krüger,  
Schulte Riesenkampff Rechtsanwalts-  
gesellschaft mbH, Frankfurt am Main