

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 313/10
7 Sa 779/09
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
18. August 2011

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. August 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter von Schuckmann und Avenarius für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 18. Februar 2010 - 7 Sa 779/09 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

In der Revisionsinstanz streiten die Parteien ausschließlich um die richtige Kündigungsfrist für eine dem Kläger betriebsbedingt ausgesprochene Beendigungskündigung. Erstinstanzlich anhängig sind noch davon abhängige Vergütungsansprüche und die Höhe einer Sozialplanabfindung für den Kläger. 1

Der 1945 geborene Kläger trat am 1. April 1982 als Refa-Fachmann in die A M GmbH in W ein. Sein letztes Bruttomonatsentgelt betrug 3.622,40 Euro. Der Arbeitgeber firmierte später in „A GmbH“ mit Sitz in W um. Diese Gesellschaft gehörte wie die „A L GmbH“ in H zur A H GmbH. 2004 gerieten die Gesellschaften der A-Gruppe in Insolvenz. 2

Zum 1. Juni 2004 wurde von der „Z“ die „E GmbH“ gegründet, die aus der Insolvenz die notwendigen Aktiva der Firmen A H GmbH, A GmbH und der A L GmbH erwarb. Sodann teilte sie unter dem 12. August 2004 allen Mitarbeitern mit, dass sie nunmehr unter dem Dach der Z bei der E GmbH beschäftigt seien, die die Betriebe übernommen habe. Im Dezember 2004 informierte der Betriebsrat in W allgemein über „Betriebsübergänge“. Im Herbst 2005 wurde für die E GmbH Insolvenzantrag gestellt, der zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1. Dezember 2005 führte. 3

Zum Insolvenzverwalter wurde der Rechtsanwalt S in Hi bestellt. Dieser schloss am 20. März 2006 mit dem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung über die „Schaffung von Auffangstrukturen, die zugleich ein Interessenausgleich und Sozialplan ist“ (*im Folgenden: BV Auffangstrukturen*). Außerdem wurde eine 4

„Zusatzvereinbarung ... für den Fall der übertragenden Sanierung auf der Grundlage des BAG-Urteils vom 10.12.1998 (8 AZR 324/97)“ geschlossen. Darin ging es insbesondere um die Kostentragung, falls Transferkurzarbeitergeld nach § 216b SGB III für diejenigen Arbeitnehmer nicht bewilligt werden sollte, die in eine Beschäftigungs- und Qualifizierungs-Gesellschaft unter der Firma „m GmbH“ (*im Folgenden: BQG*) übertreten, jedoch aufgrund eines Angebotes des Übernehmers dort wieder endgültig ausscheiden würden. Die BV Auffangstrukturen hatte verschiedene Anlagen. Arbeitnehmer im Vollzeit-arbeitsverhältnis (Namensliste Anlage 1a) sollten ein unwiderrufliches Angebot auf Abschluss eines dreiseitigen Vertrages gemäß Anlage 2 mit befristeter Übernahme in die BQG erhalten. Für geringfügig Beschäftigte (Anlage 1b) war ein entsprechendes Angebot zu einem dreiseitigen Vertrag (Anlage 2a) vorgesehen. Die Vertragsangebote sollten verschiedene Austrittsdaten bei der Insolvenzschuldnerin aufweisen.

Dem Kläger wurden sechs solcher dreiseitigen Vertragsformulare mit Austritt jeweils zum Monatsletzten des März, April, Mai, Juli, August und September 2006 vorgelegt. Damit korrespondierte ein unterschiedlicher Beginn/Ende des mit der BQG zu begründenden befristeten Arbeitsverhältnisses. Der Kläger unterschrieb am 27. März 2006 alle sechs Vertragsformulare, die zu diesem Zeitpunkt weder vom Insolvenzverwalter noch für die BQG unterzeichnet waren. Unter anderem hieß es in den Vertragsformularen:

5

§ 1 Ziff. 3 Satz 2:

„Für das Inkrafttreten des 3-seitigen Vertrages ist der Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Vertrages durch die m maßgeblich.“

§ 2 Abs. 3:

„Ich nehme das Angebot der m auf Abschluss eines befristeten Arbeitsverhältnisses für die vorgenannte Dauer hiermit an.“

§ 8 Abs. 5:

„Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Die Aufhebung der Schriftform bedarf gleichfalls der Schriftform. Mündliche oder schriftliche Nebenabreden sind nicht getroffen.“

Gegengezeichnet wurde im Falle des Klägers schließlich das Vertragsformular, das als „Tag der Beendigung“ den 31. Mai 2006 vorsah und als Eintrittsdatum bei der BQG den 1. Juni 2006, wobei bei einer Verweildauer von neun Monaten der Austritt bei der BQG für den 28. Februar 2007 vorgesehen war. Zwischen den Parteien ist strittig, ob der Insolvenzverwalter und wann die BQG den Vertrag gegengezeichnet haben. Die Unterschriften sind nicht datiert. Die Beklagte behauptet, für die BQG sei am 29. Mai 2006 die Unterschrift erfolgt. Dem Kläger ist eine unterschriebene Ausfertigung des dreiseitigen Vertrages nicht zugegangen. Alle Arbeitnehmer erwarben gegen den Insolvenzverwalter einen Abfindungsanspruch, auf den ein Abschlag gezahlt wurde.

6

Anfang Mai 2006 legte der Insolvenzverwalter sodann den Beschäftigten jeweils auf sie ausgefertigte Arbeitsverträge mit der Beklagten in einer befristeten und einer unbefristeten Version vor. Die Beklagte firmierte damals unter „Sch GmbH“. Der Insolvenzverwalter wies dabei darauf hin, dass keine Sicherheit und kein Anspruch darauf bestehe, dass das „Angebot“ der Arbeitnehmer auf Abschluss der vorbereiteten Arbeitsverträge angenommen werde. Die für ihn vorbereiteten Vertragsformulare mit „Stand 26. April 2006“ unterschrieb der Kläger am 8. Mai 2006. Am Folgetag erwarb die Beklagte das gesamte Betriebs- und Anlagevermögen der Insolvenzschuldnerin mit Ausnahme des Betriebsgrundstücks.

7

Am 1. Juni 2006 fand eine Betriebsversammlung statt. Den Beschäftigten wurde mitgeteilt, dass auf der Grundlage der vom Insolvenzverwalter überlassenen und von ihnen unterschriebenen Arbeitsverträge 352 (von 452) Mitarbeiter ab 2. Juni 2006 bei der Beklagten eingestellt würden, und zwar 193 Mitarbeiter befristet, 159 Mitarbeiter unbefristet. Sodann wurde auf der Grundlage eines Stellenplans der Beklagten am 1. Juni 2006 im Losverfahren bestimmt, wer von der Beklagten eingestellt werden und ob dies befristet oder unbefristet geschehen sollte. Im Falle des Klägers nahm sodann die Beklagte am 1. Juni 2006 den unbefristeten Vertrag an. Als Eintrittsdatum bei der Beklagten war der 2. Juni 2006 vorgesehen. Unter dem 23. Juni 2006 unterschrieb der Kläger schließlich einen Aufhebungsvertrag mit der m GmbH (undatiert von dieser gegengezeichnet) mit dem Inhalt, dass das zwischen ihnen bestehende

8

Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 1. Juni 2006 (24:00 Uhr) einvernehmlich „enden wird/geendet hat“.

Am 9. Mai 2007 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass seine Kündigungsfrist seit dem 1. Mai 2007 drei Monate zum Quartalsende betrage. 9

2008 beschloss die jetzt unter „V GmbH“ firmierende Beklagte, den Beschäftigungsbetrieb W mit dem Betrieb in H zusammenzulegen, wobei neuer Betriebssitz H sein und die Verlegung spätestens zum 30. September 2008 abgeschlossen werden sollte. Dazu schloss die Beklagte unter dem 16. Juli 2008 einen Interessenausgleich und einen Sozialplan ab. Letzterer sah eine Abfindung in Höhe von einem Bruttomonatsgehalt pro Beschäftigungsjahr vor. Mit Schreiben vom 20. August 2008, dem Kläger am 28. August 2008 zugegangen, kündigte die Beklagte sein Arbeitsverhältnis „betriebsbedingt auf Grund der Schließung des Werkes zum 31. Dezember 2008“. 10

Mit seiner am 10. September 2008 anhängig gewordenen Klage verlangte der Kläger ua. die Einhaltung der nach seiner Auffassung zutreffenden gesetzlichen Kündigungsfrist von sieben Monaten, da er über 26 Jahre im Betrieb beschäftigt worden sei. Der darauf aufbauende, nicht in die Revisionsinstanz gelangte Abfindungsanspruch des Klägers soll knapp 95.000,00 Euro betragen. 11

Soweit für die Revisionsinstanz von Belang hat der Kläger beantragt festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die arbeitgeberseitige Kündigung vom 20. August 2008, zugegangen am 28. August 2008, nicht vor dem 31. März 2009 geendet hat. 12

Zur Begründung ihres Klageabweisungsantrages hat die Beklagte die Auffassung vertreten, ein Arbeitsverhältnis mit dem Kläger erst ab 2. Juni 2006 gehabt und daher die gesetzliche Kündigungsfrist von einem Monat eingehalten zu haben. Der dreiseitige Vertrag mit dem Insolvenzverwalter, der jedenfalls mit dessen Unterschrift und der der BQG am 29. Mai 2006 zustande gekommen sei, sei auf das endgültige Ausscheiden des Klägers aus dem Arbeitsverhältnis gerichtet gewesen. Es habe sich um ein Risikogeschäft gehandelt, das nicht der 13

Unterbrechung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses gedient habe. Dies sei keine verbotene Umgehung der Rechtsfolgen des § 613a BGB, sondern eine zulässige Vermeidung eines Betriebsübergangs unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gewesen.

Durch Teilurteil hat das Arbeitsgericht dem Feststellungsantrag stattgegeben. Die Berufung der Beklagten blieb vor dem Landesarbeitsgericht ohne Erfolg. Mit der von diesem zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte das Ziel einer Klageabweisung weiter.

14

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Beklagten ist unbegründet. Aufgrund einer über 26-jährigen Beschäftigungsdauer im Betrieb wurde das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ordentliche Kündigung der Beklagten erst zum 31. März 2009 beendet (§ 622 Abs. 2 Ziff. 7 BGB).

15

A. Die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht im Wesentlichen mit folgender Begründung zurückgewiesen:

16

Der dreiseitige Vertrag zwischen dem Insolvenzverwalter, der BQG und dem Kläger sei wegen Umgehung des § 613a BGB unwirksam (§ 134 BGB). Da es einen Betriebsübergang von der Insolvenzschuldnerin auf die Beklagte gegeben habe, diene der zwischen Insolvenzverwalter und Kläger im dreiseitigen Vertrag vereinbarte Aufhebungsvertrag nur der Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes. Die Zwischenbeschäftigung bei einer BQG stelle sich nur dann nicht als Umgehung von § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB dar, wenn der Arbeitnehmer keine sichere Aussicht darauf habe, bei dem Erwerber eingestellt zu werden. Doch habe zum Zeitpunkt des Zustandekommens des dreiseitigen Vertrages, nach der Behauptung der Beklagten also am 29. Mai 2006, mit der Unterschrift für die BQG festgestanden, dass die Beklagte die überwiegende Anzahl der Beschäftigten der Insolvenzschuldnerin in ein neues Arbeitsverhältnis übernehmen werde.

17

Auch der Kläger habe schon Anfang Mai 2006 seinen dies vorbereitenden Arbeitsvertrag mit der Beklagten unterschrieben. Aus dem Sozialplan und der Zusatzvereinbarung vom 20. März 2006 lasse sich die Absicht erkennen, eine übertragende Sanierung vorzunehmen, wofür die Kontinuität der Arbeitsverhältnisse beseitigt werden sollte. Die Beklagte könne sich nicht auf die durch das Losverfahren am 1. Juni 2006 ausgelöste Unsicherheit im Sinne eines „Risikogeschäftes“ berufen. Offensichtlich habe die Auslosung bezweckt, eine Sozialauswahl nicht durchführen zu müssen.

Unabhängig davon sei für die Berechnung der Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 2 BGB eine lediglich eintägige tatsächliche und rechtliche Unterbrechung der Beschäftigung unschädlich. Wegen des sozialen Schutzzwecks des Kündigungsschutzgesetzes sei auch die Zeit eines früheren Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen, wenn ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang zwischen den Arbeitsverhältnissen bestanden habe. Dies gelte für die Berechnung der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG wie für die der verlängerten gesetzlichen Kündigungsfristen gleichermaßen. Ob eine betriebsbedingte Kündigung oder ein Aufhebungsvertrag für eine kurzfristige Unterbrechung gesorgt habe, sei unerheblich. 18

B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält im Ergebnis einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 19

I. Nachdem die Beklagte zweitinstanzlich eine Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses des Klägers 2004 aus Anlass der Insolvenz der A-Gruppe nicht mehr substantiiert behauptet hat, ist das Landesarbeitsgericht im Weiteren zu der Auffassung gekommen, im Jahr 2006 sei der Beschäftigungsbetrieb des Klägers auf die Beklagte übergegangen. Dies begegnet keinen revisionsrechtlichen Bedenken. 20

1. Die Vorinstanzen haben den Erwerb des gesamten Betriebs- und Anlagevermögens der E GmbH - mit Ausnahme des Grundeigentums - und die „nahtlose“ Weiterbeschäftigung von 352 Arbeitnehmern mit dem Zweck, die bisherige Betriebstätigkeit fortzuführen, als Betriebsübergang gesehen, weil „die 21

organisierte Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“ bewahrt wurde.

2. Die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen hat die Revision nicht mit einer Verfahrensrüge angegriffen, weswegen der Senat an sie gebunden ist (§ 559 Abs. 2 ZPO). Dass die Vorinstanzen es im Rahmen der von ihnen vorgenommenen Gesamtbetrachtung nicht für erheblich gehalten haben, dass die Beklagte das Betriebsgrundstück nicht erworben hat, überschreitet den Beurteilungsspielraum des Tatsachenrichters nicht. Rechtsfehlerfrei haben die Vorinstanzen es auch nicht als entscheidend angesehen, dass die Beklagte 100 der 452 Arbeitnehmer der Insolvenzschuldnerin nicht übernommen hat. Unternehmensgegenstand des Betriebes in W war die Teilezulieferung für die Automobilindustrie. Dabei handelt es sich nicht um einen betriebsmittelarmen Betrieb, eine dienstleistungsorientierte Branche oder einen Arbeitszweck, bei dem es wesentlich auf die menschliche Arbeitskraft ankommt. In betriebsmittelgeprägten Betrieben jedoch kann ein Betriebsübergang auch ohne Übernahme von Personal, erst recht ohne Übernahme des gesamten Personals vorliegen (vgl. BAG 21. Mai 2008 - 8 AZR 481/07 - Rn. 25, AP BGB § 613a Nr. 354 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 96; 6. April 2006 - 8 AZR 249/04 - Rn. 16 mwN, BAGE 117, 361 = AP BGB § 613a Nr. 303 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 52). Zu Recht sind schließlich die Vorinstanzen davon ausgegangen, dass die eintägige Unterbrechung des Produktionsprozesses am 1. Juni 2006 zum Zweck der „Auslosung“ auf einer „Betriebsversammlung“ nicht dagegen spricht, dass die Beklagte den Betrieb der Insolvenzschuldnerin fortgeführt hat.

22

3. Es kann dahinstehen, ob die Beklagte schon auf der „Betriebsversammlung“ am 1. Juni 2006 „den Beschäftigten“ als neue Arbeitgeberin gegenübergetreten ist, also schon an diesem Tag die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Betriebe in W und H übernommen hatte oder ob dies erst mit der Produktionsaufnahme am 2. Juni 2006 - nach Unterzeichnung der Arbeitsverträge - der Fall war. Denn auch bei einem auf den 2. Juni 2006 zu datierenden Betriebsübergang wäre das noch mit der Insolvenzschuldnerin bestehende Arbeitsverhältnis des Klägers auf die Beklagte übergegangen.

23

- II. Die mit der Revision vertretene Auffassung, am 2. Juni 2006, 0:00 Uhr hätten keine Arbeitsverhältnisse mehr mit der Insolvenzschuldnerin bestanden, da die Arbeitnehmer, also auch der Kläger, aufgrund der abgeschlossenen dreiseitigen Verträge zum 31. Mai 2006, 24:00 Uhr bei der Insolvenzschuldnerin ausgeschieden und ab 1. Juni 2006, 0:00 Uhr in ein Arbeitsverhältnis zur BQG gewechselt seien, bleibt ohne Erfolg. Der Kläger war auch am 2. Juni 2006, 0:00 Uhr noch Arbeitnehmer der Insolvenzschuldnerin, so dass sein Arbeitsverhältnis nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB spätestens zu diesem Zeitpunkt auf die Beklagte als Betriebsübernehmerin übergegangen ist. Die zwischen dem Insolvenzverwalter, der BQG und dem Kläger vorgesehenen Vereinbarungen vermochten das Arbeitsverhältnis des Klägers zur Insolvenzschuldnerin nicht wirksam aufzuheben. 24
1. Es bestehen bereits Bedenken, ob der dreiseitige Vertrag zwischen Insolvenzverwalter, BQG und Kläger überhaupt zustandegekommen ist. 25
- a) Am 27. März 2006 hat der Kläger sechs, jeweils im Austritts-/Eintrittsdatum voneinander abweichende, ansonsten gleichlautende Vertragsformulare unterschrieben, die ihm vom Insolvenzverwalter vorgelegt worden waren. Dadurch hat er, entgegen dem Wortlaut von § 2 Abs. 3 des Vertragsformulars, kein „Angebot der m“ angenommen. An einem solchen fehlte es schon deswegen, weil nach § 8 Abs. 5 des Vertragsentwurfs Schriftformerfordernis gelten sollte, die eine solche Form währenden Unterschriften des Insolvenzverwalters oder der BQG, § 126 Abs. 2 BGB, am 27. März 2006 jedoch auf dem Entwurf fehlten. Es war somit der Kläger, der durch die Unterzeichnung der Vertragsformulare am 27. März 2006 ein Angebot des vorformulierten Inhaltes abgab. Im Einzelnen hat der Kläger dem Insolvenzverwalter den Abschluss eines Aufhebungsvertrages für sein Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Tag, 24:00 Uhr angeboten und der BQG den Abschluss eines unmittelbar darauffolgenden, am Folgetag 0:00 Uhr beginnenden befristeten Arbeitsverhältnisses, wobei das eine nicht ohne das andere geschlossen werden können sollte. Außerdem hat der Kläger seinen Vertragspartnern die Auswahl unter sechs verschiedenen Austritts-/Eintrittsdaten überlassen und 26

sich von vornherein mit deren Auswahl einverstanden erklärt, sodass mit der Auswahl einer bestimmten Alternative die Verträge zwischen den Parteien als rechtsgültig geschlossen gelten sollten.

b) Es spricht viel dafür, dass die Vertragspartner des Klägers dieses Angebot nur verspätet angenommen haben und der Vertrag deswegen nicht zustandegekommen ist. 27

Der Kläger hat am 27. März 2006 ein Angebot gegenüber dem Insolvenzverwalter und der BQG als Abwesenden gemacht. Nach § 147 Abs. 2 BGB konnte dieser Antrag von den Oblaten nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten durfte. 28

aa) Legt man das Angebot des Klägers dahin aus, dass er mit Unterzeichnung der Arbeitsverträge *ein* Angebot unterbreitet hat, woraus die Vertragspartner mit der Gegenzeichnung eine Alternative annehmen sollten - so die Revision selbst -, so durfte der Kläger die Annahme erwarten, bevor sein einheitliches Angebot durch Zeitablauf in Teilen überholt war, also bis zum 31. März 2006, dem frühesten Austritts-/Eintrittstermin. 29

bb) Versteht man den Antrag des Klägers dahin, dass er nicht ein, sondern sechs Vertragsangebote gemacht hat, so spricht viel dafür, das - schließlich gegengezeichnete - Vertragsangebot „31. Mai/1. Juni“ nach den regelmäßigen Umständen am 29. Mai 2006 - dem Datum der behaupteten Unterzeichnung durch die BQG - als nicht mehr annahmefähig anzusehen. Denn mittlerweile hatte einer der Angebotsempfänger, der Insolvenzverwalter, dem Kläger am 8. Mai 2006 die beiden weiteren Arbeitsvertragsformulare für ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten, beginnend mit dem 2. Juni 2006, vorgelegt und von ihm - wiederum im Sinne seines Angebotes - „auf Vorrat“ unterschreiben lassen. Es liegt nahe, nach den regelmäßigen Umständen anzunehmen, dass der Kläger nunmehr nicht mehr erwarten durfte, aber auch nicht mehr damit zu rechnen brauchte, dass sein früheres Angebot zum dreiseitigen Vertrag noch eine Rolle spielen würde. 30

cc) Eine nach beiden Auslegungsmöglichkeiten verspätete Annahme des Antrags des Klägers durch die BQG ist als neuer Antrag zu verstehen, jetzt der BQG als ursprünglicher Antragsadressatin, und zwar vom 29. Mai 2006, § 150 Abs. 1 BGB. Diesen hätte der Kläger schon deswegen nicht angenommen, schon gar nicht schriftlich, weil ihm die verspätete Annahme oder das neue Angebot der BQG unstreitig nie zugegangen ist. Entgegen der noch mit der Revision vertretenen Ansicht kommt es nicht darauf an, ob die Parteien auf eine Annahmeerklärung nach § 151 Satz 1 BGB verzichtet haben. Dies bedeutete nur, dass die Annahme nicht mehr empfangsbedürftig wäre. Doch bedarf es auch nach § 151 BGB einer unzweideutigen Betätigung des Annahmewillens (*Palandt/Ellenberger 70. Aufl. § 151 BGB Rn. 1*). Im Vertragsentwurf ist dies mit dem Erfordernis einer Unterzeichnung durch die m nach § 1 Ziff. 3 Satz 2 zudem ausdrücklich vorgesehen. Jedoch wäre am 29. Mai 2006 der Antrag des Klägers auch nach § 151 Satz 2 BGB erloschen gewesen.

2. Der Senat braucht jedoch nicht abschließend zu entscheiden, ob der dreiseitige Vertrag infolge verspäteter Annahme durch die Vertragspartner des Klägers nicht zustandegekommen ist. Denn selbst ein wirksam abgeschlossener dreiseitiger Vertrag hätte die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses nicht unterbrechen können, da er wegen Umgehung des § 613a Abs. 1 BGB nach § 134 BGB als nichtig anzusehen wäre.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats ist der Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit einem Betriebsveräußerer und damit zusammenhängend der Abschluss eines Arbeitsvertrages mit einer BQG trotz eines anschließenden Betriebsübergangs 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 wurde (*BAG 23. November 2006 - 8 AZR 349/06 - AP BGB § 613a Wiedereinstellung Nr. 1 = EzA BGB 2002*

§ 613a Nr. 61; 18. August 2005 - 8 AZR 523/04 - BAGE 115, 340 = AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 31 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 40).

Grundsätzlich gewährt § 613a BGB keinen Schutz vor einvernehmlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne sachlichen Grund. Aufgrund der Vertragsfreiheit können die Vertragsparteien auch im Rahmen des § 613a BGB die Kontinuität des Arbeitsvertrages beenden. Der Arbeitnehmer könnte ja auch dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber widersprechen und damit den Eintritt der Rechtsfolgen des § 613a BGB verhindern. 34

Dagegen gewährt § 613a BGB einen Schutz vor einer Veränderung des Vertragsinhaltes ohne sachlichen Grund. Dieser Schutz darf nicht umgangen werden; dies stellte ein rechtlich nicht erlaubtes Ziel dar, das nicht verfolgt werden kann auf einem das Gesetz zwar formal erfüllenden, aber seinem Sinn und Zweck nicht gerecht werdenden Weg (*st. Rspr. des Senats, vgl. auch BAG 19. März 2009 - 8 AZR 722/07 - BAGE 130, 90 = AP BGB § 613a Nr. 369 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 108; 21. Mai 2008 - 8 AZR 481/07 - AP BGB § 613a Nr. 354 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 96; 25. Oktober 2007 - 8 AZR 917/06 - Rn. 43, AP BGB § 613a Nr. 333 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 82*). 35

b) Im Zeitpunkt eines zu unterstellenden wirksamen Vertragsabschlusses, also am 29. Mai 2006, hatte der Kläger jedoch im Sinne der Rechtsprechung des Senats ein neues Arbeitsverhältnis mit der Beklagten „zumindest verbindlich in Aussicht gestellt“ bekommen, da man ihn ein vorformuliertes Vertragsangebot hatte unterzeichnen lassen und am 29. Mai 2006 die Chance von 352 zu 452 bestand, einen Arbeitsvertrag mit der Beklagten zu bekommen. Das bedeutet mehr als „in Aussicht stellen“. Das Angebot war vielmehr „verbindlich“, weil sich auch die Beklagte zu diesem Zeitpunkt bereits an den Losentscheid gebunden hatte. Es sollte nur noch die Bedingung „Losglück“ eintreten, damit die Beklagte ihrerseits das Vertragsangebot des Klägers am 1. Juni 2006 gegenzeichnen musste. 36

c) Davon unabhängig ist für die am 1. Juni 2006 ausgewählten Arbeitnehmer die Übernahme in die BQG nur zum Schein erfolgt. Der Kläger hat niemals dort gearbeitet, rechtlich hätte das Arbeitsverhältnis genau 24 Stunden, 37

den 1. Juni 2006 hindurch, gedauert, wobei an diesem Tag die „Betriebsversammlung“ abgehalten, die neuen Arbeitsverträge, auch der des Klägers, von der Beklagten unterzeichnet und die auserwählten Arbeitnehmer zur Arbeit an ihren bisherigen Arbeitsplätzen ab dem 2. Juni 2006 für die Beklagte einbestellt wurden. Am 29. Mai 2006 wurde der dreiseitige Vertrag allein zu dem Zweck unterzeichnet, die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses formaljuristisch zu umgehen.

3. Auch die Zweitbegründung des Berufungsurteils ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Landesarbeitsgericht hat eine eintägige rechtliche und tatsächliche Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses wegen des engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs zwischen den Arbeitsverhältnissen als für die Berechnung der Kündigungsfrist unerheblich angesehen. 38

a) Der Zweite Senat (*BAG 18. September 2003 - 2 AZR 330/02 - zu B I 1 der Gründe, AP BGB § 622 Nr. 62 = EzA BGB 2002 § 622 Nr. 2*) hat für die Berechnung einer Kündigungsfrist selbst bei rechtlicher Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses darauf abgestellt, ob der Arbeitnehmer in unmittelbarem Anschluss an die Kündigung und das Beendigungsdatum von der neuen Betriebsinhaberin nahtlos eingestellt und weiterbeschäftigt wurde. Aufgrund einer nahtlosen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses am bisherigen Arbeitsplatz liegt ein hinreichend enger innerer Zusammenhang zwischen den beiden - rechtlich getrennten - Arbeitsverhältnissen vor (*vgl. BAG 27. Juni 2002 - 2 AZR 270/01 - BAGE 102, 58 = AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 15 = EzA KSchG § 1 Nr. 55; 20. August 1998 - 2 AZR 76/98 - AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 9 = EzA KSchG § 1 Nr. 49; 6. Dezember 1976 - 2 AZR 470/75 - BAGE 28, 252 = AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 2 = EzA KSchG § 1 Nr. 36; 23. September 1976 - 2 AZR 309/75 - BAGE 28, 176, 181 = AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Nr. 35*). Dabei ist die Dauer der Unterbrechung nicht allein maßgebend, vielmehr sind die Gründe für die Unterbrechung und die Art der Weiterbeschäftigung zu beachten. Im Sinne einer sachgerechten Lösung ist zu prüfen, ob zwischen mehreren Arbeitsverhältnissen ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Dabei ist die Dauer der Unterbrechung zwar ein wichti- 39

ger, aber nicht der allein ausschlaggebende Umstand. Von Bedeutung ist weiter, von welcher Partei und aus welchem Anlass das Arbeitsverhältnis zuvor beendet worden ist und ob die weitere Beschäftigung des Arbeitnehmers seiner früheren Stellung entspricht.

b) Ein solcher enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang ist vorliegend zu bejahen. Zu berücksichtigen ist, dass zeitgleich mit einem tatsächlich nie betriebenen eintägigen Arbeitsverhältnis zur BQG die Entscheidung über das neue Arbeitsverhältnis des Klägers am alten Arbeitsplatz getroffen wurde. Das Arbeitsverhältnis mit der BQG hat nur auf dem Papier bestanden. Es wurde schließlich drei Wochen später zum Ablauf des 1. Juni 2006, 24:00 Uhr einvernehmlich wieder beendet. Zudem wurden beide Vertragsverhältnisse vom Insolvenzverwalter der bisherigen Betriebsinhaberin und Arbeitgeberin vermittelt. Selbst wenn man also unterstellt, dass der Kläger mehrere Arbeitsverhältnisse gehabt hat, eines mit der Insolvenzschuldnerin bis zum 31. Mai 2006 und ein weiteres ab dem 2. Juni 2006 mit der Beklagten, ist unter dem Blickwinkel des engen sachlichen Zusammenhangs zwischen diesen beiden Arbeitsverhältnissen die Beschäftigung des Klägers bei der früheren Arbeitgeberin für die Berechnung der Frist einer ordentlichen Kündigung heranzuziehen.

C. Die Beklagte hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Hauck

Böck

Breinlinger

Schuckmann

F. Avenarius