

BUNDEARBEITSGERICHT



2 AZR 453/11

7 Sa 278/10

Landesarbeitsgericht

Rheinland-Pfalz

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Januar 2013

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Januar 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Rachor und Dr. Rinck sowie die ehrenamtlichen Richter Schierle und Dr. Niebler für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 26. Januar 2011 - 7 Sa 278/10 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung. 1

Der Kläger war seit 1974 bei der D KG (*im Folgenden: D*) und deren Rechtsvorgängerin beschäftigt. Im Dezember 2008 vereinbarten D und der Gesamtbetriebsrat einen Interessenausgleich, einen Transfersozialplan und eine Gesamtbetriebsvereinbarung zur Durchführung einer Transfermaßnahme. Danach kündigte D das Arbeitsverhältnis betriebsbedingt ordentlich zum 30. Juni 2009. 2

Am 2./19. Februar 2009 schlossen D, der Kläger und die S mbH (*in Folgenden: S*) einen dreiseitigen „Aufhebungs- und Anstellungsvertrag (dreiseitiger Vertrag)“. Danach sollte die S eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit (*beE*) einrichten, deren Zweck darin bestand, für die Dauer von längstens neun Monaten Transferkurzarbeit und Qualifizierungsmaßnahmen ausschließlich für die von Kündigungen betroffenen 20 Arbeitnehmer der D am Standort L - darunter den Kläger - durchzuführen. Die Parteien vereinbarten die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit D zum 30. Juni 2009 und die Begründung eines - bis zur Errichtung der *beE* und zur Bewilligung des Transferkurzarbeitergeldes durch die Arbeitsverwaltung aufschiebend bedingten - befristeten „Arbeitsverhältnisses“ mit der S für die Dauer vom 1. Juli 2009 bis zum 31. März 2010. Es sollte grundsätzlich „Kurzarbeit Null realisiert“ werden. Die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung war vertraglich nicht vorgesehen. Die vereinbarte Vergütung des Klägers setzte sich der Höhe nach aus Zahlungen der Agentur für Arbeit (*Transferkurzarbeitergeld*) und deren - von D zu zahlenden - Aufsto- 3

ckung auf 80 % des bisherigen Nettoentgelts zusammen. Ferner enthielt der Vertrag Regelungen über die wöchentliche Arbeitszeit für den Fall der Durchführung von Qualifizierungsmaßnahmen sowie über Urlaub und Entgeltfortzahlung.

Im Juli 2009 leistete D auf der Grundlage eines zwischen ihr und der S gesondert abgeschlossenen Dienstleistungsvertrags einen Vorschuss in Höhe von 100.000,00 Euro auf die für das erste Vierteljahr zu erwartenden Aufwendungen. Nach Einleitung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der D teilte der vorläufige Insolvenzverwalter der S am 22. Oktober 2009 mit, dass keine weiteren Vorschusszahlungen geleistet würden. Angesichts dessen schloss diese mit 17 der 20 Beschäftigten Aufhebungsverträge. Der Kläger sowie zwei weitere Kollegen lehnten das ab.

4

Mit Schreiben vom 30. Oktober 2009 kündigte die S das „bestehende befristete Arbeitsverhältnis“ mit dem Kläger außerordentlich fristlos.

5

Mit seiner rechtzeitig erhobenen Klage hat der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Befristung sei der S zumutbar gewesen. Diese habe das wirtschaftliche Risiko ausbleibender Refinanzierungszahlungen zu tragen.

6

Der Kläger hat beantragt

7

festzustellen, dass sein Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 30. Oktober 2009 nicht aufgelöst worden ist.

Die S hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, es fehle angesichts des zwischenzeitlichen Ablaufs der Befristung bereits am Feststellungsinteresse des Klägers. Die Klage sei zudem unbegründet. Ein Festhalten an dem - ohnehin nicht als Arbeitsverhältnis zu qualifizierenden - Vertragsverhältnis bis zum Ablauf der Befristung sei ihr nicht zumutbar gewesen. Bereits Ende Oktober 2009 hätten sich ihre offenen Forderungen gegenüber D auf über 85.000,00 Euro belaufen. Die weiterhin anfallenden Remanenzkosten hätten unweigerlich zu ihrer Insolvenz führen müssen. Sie besitze kein Vermögen. Ihr habe nur das Geld zur Verfügung gestanden,

8

welches sie von D und der Arbeitsverwaltung erhalten habe. Für ihre Leistungen habe sie ein monatliches Honorar von 100,00 Euro pro Mitarbeiter bezogen.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Im Lauf des Revisionsverfahrens hat die S umfirmiert. Am 24. Juli 2012 wurde über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit der Revision verfolgt der Beklagte das Begehren weiter, die Klage abzuweisen. 9

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben. 10

I. Die Klage ist zulässig. Entgegen der Auffassung des Beklagten ist sie nicht durch den Ablauf der Befristung unzulässig geworden. Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse besteht weiterhin. Dies folgt daraus, dass der Arbeitnehmer die Klage aufrecht erhalten muss, um den Eintritt der Wirksamkeitsfiktion des § 13 Abs. 1 Satz 2 iVm. § 7 KSchG zu verhindern (*vgl. zur Erforderlichkeit der Klageerhebung BAG 21. März 2012 - 6 AZR 596/10 - Rn. 10, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 39 = EzA KSchG § 17 Nr. 25; 11. Februar 1981 - 7 AZR 12/79 - AP KSchG 1969 § 4 Nr. 8 = EzA KSchG § 4 nF Nr. 20*). 11

II. Die Klage ist begründet. 12

1. Zwischen den Parteien bestand ein Arbeitsverhältnis. 13

a) Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Der objektive Geschäftsinhalt ist dabei den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags unter Gesamtwürdigung aller Umstände zu ent- 14

nehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere maßgebend (*BAG 20. Mai 2009 - 5 AZR 31/08 - Rn. 19, AP BGB § 611 Arbeitnehmerähnlichkeit Nr. 16 = EzA BGB 2002 § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 15; 14. März 2007 - 5 AZR 499/06 - Rn. 13, AP BGB § 611 Arbeitnehmerähnlichkeit Nr. 13 = EzA BGB 2002 § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 10*).

b) Danach hat das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen, zwischen den Parteien habe ein Arbeitsverhältnis bestanden. 15

aa) Die Parteien des dreiseitigen Vertrags sind sämtlich Personen des privaten Rechts. Sie haben das zwischen ihnen vereinbarte Rechtsverhältnis nicht nur ausdrücklich als Arbeitsverhältnis bezeichnet. Sie haben auch für ein Arbeitsverhältnis typische Regelungen getroffen, etwa über die regelmäßige monatliche Vergütung, Arbeitszeiten, Urlaubsanspruch und Entgeltfortzahlung. 16

bb) Entgegen der Auffassung des Beklagten spricht das Fehlen einer Arbeitspflicht bei „Transferkurzarbeit Null“ nicht gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses (*vgl. Meyer NZS 2002, 580; iE auch Gaul/Otto NZA 2004, 1301, 1303; aA LAG Berlin-Brandenburg 17. Januar 2007 - 4 Sa 1258/06 -; Natzel NZA 2012, 650, 651 f.*). Der Begriff der „Arbeit“ ist weit zu verstehen und umfasst auch eine vertraglich vereinbarte Teilnahme an angebotenen Weiterbildungs- und Qualifizierungsmaßnahmen (*vgl. BAG 9. Mai 2011 - 10 AZB 1/11 - Rn. 19*). Zudem kann die Arbeitspflicht - etwa bei Durchführung von Fortbildungsmaßnahmen im laufenden Arbeitsverhältnis oder einer Freistellung während der Kündigungsfrist - auch im Rahmen von Arbeitsverhältnissen entfallen. 17

cc) Zwar besteht das vereinbarte Arbeitsentgelt zum Teil aus dem von der Agentur für Arbeit gezahlten Transferkurzarbeitergeld. Im Verhältnis der Parteien ist dieses aber Bestandteil der aufgrund privatrechtlichen Vertrags geschuldeten Vergütung. 18

dd) Sinn und Zweck von §§ 216a, 216b SGB III (*aF*) bestätigen dieses Ergebnis. Gem. § 216b Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 SGB III (*aF*) muss ein bestehendes Arbeitsverhältnis fortgesetzt werden. An Arbeitnehmer in einem gekündigten 19

oder aufgelösten Arbeitsverhältnis kann Transferkurzarbeitergeld nicht gewährt werden (*Niesel/Brand/Krodel SGB III 5. Aufl. § 216b Rn. 3, 20; Gaul/Otto NZA 2004, 1301, 1307; zu § 111 SGB III Gagel/Bieback SGB III § 111 Rn. 1*). Die Arbeitnehmer dürfen vor und mit Eintritt in die beE nicht arbeitslos geworden sein. Die Parteien konnten die von ihnen verfolgten Ziele daher nur durch die Begründung eines Arbeitsverhältnisses erreichen (*vgl. BAG 9. Mai 2011 - 10 AZB 1/11 - Rn. 22*).

2. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die außerordentliche Kündigung vom 30. Oktober 2009 nicht aufgelöst worden. 20

a) Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten werden kann. Das Kündigungsrecht ist gegenüber einer Anpassung nach § 313 BGB *lex specialis*. Das bedeutet zwar nicht, dass Tatbestände, die für eine Störung oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage herangezogen werden könnten, in kündigungsrechtlicher Hinsicht außer Betracht bleiben müssten. Derartige Sachverhalte sind aber im Rahmen der kündigungsrechtlichen Vorschriften zu würdigen (*BAG 29. September 2011 - 2 AZR 523/10 - Rn. 26, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 152 = EzA KSchG § 2 Nr. 83; 8. Oktober 2009 - 2 AZR 235/08 - Rn. 32, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 143 = EzA KSchG § 2 Nr. 75*). 21

b) Eine außerordentliche Kündigung aus betrieblichen Gründen ist gegenüber einem ordentlich kündbaren Arbeitnehmer grundsätzlich unwirksam. Sie setzt voraus, dass dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar ist. Das ist bei einer betriebsbedingten Kündigung regelmäßig nicht der Fall. Dem Arbeitgeber ist es, wenn eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer aus betrieblichen Gründen entfällt, selbst im Insolvenzfall zuzumuten, die Kündigungsfrist einzuhalten (*BAG 18. März 2010 - 2 AZR 337/08 - Rn. 16, AP BGB § 626 Nr. 228 = EzA BGB* 22

2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 17; 8. April 2003 - 2 AZR 355/02 - zu II 3 b aa der Gründe, AP BGB § 626 Nr. 181 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 2). Eine auf betriebliche Gründe gestützte außerordentliche Kündigung kommt - unter Einhaltung einer der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Auslauffrist (BAG 21. Juni 2012 - 2 AZR 343/11 - Rn. 18 mwN, EzA KSchG § 15 nF Nr. 71) - allenfalls in Betracht, wenn die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist und dies dazu führt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer andernfalls trotz Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit noch für erhebliche Zeiträume vergüten müsste, ohne dass dem eine entsprechende Arbeitsleistung gegenüberstünde (BAG 18. März 2010 - 2 AZR 337/08 - Rn. 17, AP BGB § 626 Nr. 228 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 17; 10. Mai 2007 - 2 AZR 626/05 - Rn. 25 mwN, BAGE 122, 264).

- c) Ein wichtiger Grund liegt nicht bereits in einer schlechten wirtschaftlichen Lage oder der (*drohenden*) Insolvenz des Arbeitgebers als solcher (vgl. BAG 25. Oktober 1968 - 2 AZR 23/68 - AP KO § 22 Nr. 1 = EzA BGB § 626 Nr. 10; ErfK/Müller-Glöge 12. Aufl. § 113 InsO Rn. 12; KR-Weigand 10. Aufl. § 113 InsO Rn. 73). Das wirtschaftliche Risiko trägt der Arbeitgeber. Dieser Grundsatz kommt ua. in § 113 Satz 1, Satz 2 InsO zum Ausdruck. Danach steht - selbst bei Ausschluss der ordentlichen Kündigung - auch dem Insolvenzverwalter bei betrieblichen Gründen nur das Recht zur ordentlichen Kündigung mit einer Frist von bis zu drei Monaten zu. 23
- d) In Anwendung dieser Grundsätze ist ein wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB im Streitfall nicht gegeben. Zwar ist wegen § 620 Abs. 1 BGB, § 15 Abs. 3 TzBfG davon auszugehen, dass der Arbeitsvertrag des Klägers ordentlich nicht kündbar war. Ein wichtiger Grund liegt aber gleichwohl nicht vor. Dabei kommt es auf die - von den Vorinstanzen unterschiedlich beantwortete - Frage, ob die S über die Weiterleitung von Zahlungen der Agentur für Arbeit und der D hinaus eine selbständige vertragliche Vergütungspflicht traf, nicht an. 24
- aa) War dies nicht der Fall, war der S die Fortsetzung des Arbeitsvertrags bis zum Ablauf der Befristung ohne Weiteres zumutbar. 25

- bb) Die Fortsetzung war ihr aber auch dann zumutbar, wenn sie vertraglich verpflichtet gewesen sein sollte, die vereinbarte Vergütung unabhängig von ihrer Refinanzierung an den Kläger zu zahlen. 26
- (1) Zahlungsschwierigkeiten des Arbeitgebers als solche sind kein wichtiger Grund für eine außerordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses iSv. § 626 Abs. 1 BGB. Andere Kündigungsgründe hat der Beklagte nicht dargelegt. 27
- (2) Aus dem dreiseitigen Vertrag ergibt sich nichts anderes. Zwar gingen dessen Parteien davon aus, dass die Agentur für Arbeit Transferkurzarbeitergeld auszahlen und D die Finanzmittel für die Aufstockungszahlungen und die sonstigen Remanenzkosten bereitstellen würde. Zur Absicherung der S haben die Vertragsparteien die Begründung des Arbeitsverhältnisses mit dieser unter die aufschiebende Bedingung gestellt, dass Transferkurzarbeitergeld tatsächlich geleistet wird. Wer nach Eintritt der aufschiebenden Bedingung das Risiko des Ausbleibens sonstiger Refinanzierungsleistungen zu tragen hat, ist hingegen nicht geregelt. Es verbleibt deshalb dabei, dass das wirtschaftliche Risiko vom Arbeitgeber zu tragen ist. Dieser Grundsatz bedarf auch für den Streitfall keiner Korrektur. Es war der S unbenommen, sich gegen das Risiko einer Insolvenz der D - so wie für die ersten drei Monate der Maßnahme durch Vorausleistung geschehen - abzusichern. Der Kläger seinerseits hat das mit D bestehende Arbeitsverhältnis nur deshalb unter „Verzicht auf das Führen von Bestandsstreitigkeiten“ aufgegeben, weil er die Möglichkeit erhielt, für eine bestimmte Zeit unter Erhalt seiner Existenzgrundlage an Qualifizierungsmaßnahmen teilzunehmen, ohne arbeitslos zu sein. 28
- cc) Auch die sonstigen Umstände des Streitfalls gebieten entgegen der Auffassung des Beklagten kein abweichendes Ergebnis. 29
- (1) Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Befristung am 31. März 2010 war der S nicht deshalb unzumutbar, weil sie nach ihrer Behauptung lediglich ein Honorar von 100,00 Euro für jeden zu betreuenden Arbeitnehmer erhalten hat. Dieser Umstand betrifft ausschließlich das durch einen gesonderten Vertrag geregelte Rechtsverhältnis zwischen der S und D. 30

Er ist Teil der wirtschaftlichen Kalkulation des Arbeitgebers. Er hat im dreiseitigen Vertrag keinen Niederschlag gefunden.

(2) Soweit sich der Beklagte darauf beruft, die Zahlung des Transferkurzarbeitergeldes sei aufgrund des Bezugs von Arbeitslosengeld durch den Kläger entfallen, ist dies der Sphäre der S und nicht der des Klägers zuzuordnen. Dieser hat nur deshalb schon vor Ablauf der Befristung Arbeitslosengeld beantragt und erhalten, weil die S das Arbeitsverhältnis außerordentlich gekündigt und sämtliche Zahlungen an ihn eingestellt hatte. 31

(3) Es war der S nicht deshalb unzumutbar, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Befristung fortzusetzen, weil der Vergütung keine „wirkliche“ Arbeitsleistung des Klägers gegenüber stand. Dies war vertraglich von Anfang an nicht anders vorgesehen. 32

III. Die Kosten der erfolglosen Revision hat gem. § 97 Abs. 1 ZPO der Beklagte zu tragen. 33

Kreft

Rachor

Rinck

Niebler

K. Schierle