

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 54/12

3 Sa 157/11

Sächsisches

Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

23. Mai 2013

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Mai 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Dr. Rinck sowie die ehrenamtlichen Richter Beckerle und Falke für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 18. November 2011 - 3 Sa 157/11 - im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, wie es der Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Leipzig vom 26. Januar 2011 - 4 Ca 2050/10 - stattgegeben hat.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten - noch - über die Wirksamkeit einer ordentlichen arbeitgeberseitigen Kündigung. 1
- Die Klägerin ist ausgebildete kartographische Zeichnerin und Ingenieurin für Kartographie und Geodäsie. Sie war bei der Beklagten - unter Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten - seit dem 1. September 1966 als Gruppenleiterin, Stereoauswerterin und Fachexpertin für photogrammetrische Spezialauswertungen tätig. Geschäftsführer der Beklagten ist seit dem 1. Februar 1999 D (*senior*). 2
- Am 30. Oktober 2000 schlossen die Parteien mit Wirkung zum 31. Oktober 2000 einen Aufhebungsvertrag. Zugleich unterzeichnete die Klägerin einen neuen Anstellungsvertrag, der als Arbeitsbeginn den 1. November 2000 und als Tätigkeit die einer „Fachexpertin für Photogrammetrie“ vorsah. Als Arbeitgeberin war die „Firma D“, eine dem Sohn des Geschäftsführers der Beklagten gehörende Einzelfirma, aufgeführt. Der neue Vertrag wurde auf Geschäftspapier der Beklagten ausgefertigt und von deren Geschäftsführer mit dem Zusatz „i. V.“ unterzeichnet. Laut Nr. 1 des Vertrags „gilt [als Einstellungsdatum] der 01.09.1966“. In der Folgezeit bearbeitete die Klägerin - in Zusam- 3

menarbeit mit ihren bisherigen Arbeitskollegen - am selben Arbeitsplatz und mit denselben Arbeitsmitteln wie zuvor Aufträge der Beklagten. Der Geschäftsführer der Beklagten war - anders als sein Sohn - in den Geschäftsräumen präsent und erteilte sowohl der Klägerin als auch den übrigen Mitarbeitern Anweisungen.

Am 31. März 2005 wurde das mit der „Firma D“ bestehende Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung aufgehoben. Zuvor hatte die Klägerin einen Arbeitsvertrag mit der g Geodatenservice, Informationssysteme und Neue Medien GmbH (*im Folgenden: g GmbH*) für eine Beschäftigung beginnend ab dem 1. April 2005 unterzeichnet. Einer der Gesellschafter der g GmbH war der Geschäftsführer der Beklagten; ihr Geschäftsführer war dessen Sohn. Die Tätigkeit der Klägerin und die tatsächlichen Umstände, unter denen sie ihre Arbeitsleistung zu erbringen hatte, blieben weiterhin unverändert. Im Zusammenhang mit der neuerlichen Vertragsänderung war der Klägerin eine Wiederanstellung bei der Beklagten in Aussicht gestellt worden. Im Vorgriff hierauf unterzeichneten die Parteien einen unbefristeten Arbeitsvertrag für die Zeit ab dem 1. August 2005. Im Juli 2005 erklärte der Geschäftsführer der Beklagten demgegenüber, ein Wechsel von Mitarbeitern sei „aktuell ungünstig“.

Ihre Vergütung bezog die Klägerin über den Monat August 2005 hinaus von der g GmbH. Diese kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 25. Oktober 2005 ordentlich zum 30. November 2005. Zuvor hatte der Geschäftsführer der Beklagten gegenüber der Klägerin erklärt, die Kündigung sei aus „firmeninternen Gründen“ geboten; er wolle sie als Arbeitskraft jedoch nicht verlieren. Entsprechende Erklärungen hatte er auch mit Blick auf die zwischen der Klägerin und seinem Sohn bzw. der g GmbH geschlossenen Arbeitsverträge und damit einhergehende Aufhebungsverträge abgegeben. Dementsprechend hatten die Parteien schon vor dem 25. Oktober 2005 einen auf den 1. Februar 2006 vordatierten Arbeitsvertrag über eine unbefristete Vollzeitbeschäftigung der Klägerin bei der Beklagten mit Beginn ab März 2006 geschlossen. Außerdem schlossen die Parteien zwei befristete Arbeitsverträge, die eine geringfügige Beschäftigung der Klägerin zum Gegenstand hatten, einmal für die Monate Dezember 2005 und Januar 2006, und das andere Mal für den Monat

Februar 2006. Regelungen betreffend die Anerkennung von Vorbeschäftigungszeiten sind in diesen Verträgen - ebenso wenig wie im Arbeitsvertrag mit der g GmbH - nicht enthalten.

Gegen die Kündigung vom 25. Oktober 2005 erhob die Klägerin keine Klage. Seit dem 1. Dezember 2005 arbeitete sie als „Fachexpertin für Photogrammetrie“ wieder für die Beklagte. Eine Ausnahme bildeten die Tage vom 1. bis 19. März 2006. In dieser Zeit nahm die Klägerin in Abstimmung mit der Beklagten an einer von der Agentur für Arbeit geförderten Weiterbildungsmaßnahme teil. Der schriftliche Arbeitsvertrag betreffend die Vollzeitbeschäftigung ab März 2006 wurde entsprechend angepasst.

6

Im August 2006 und im Januar 2007 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis jeweils ordentlich. Die Kündigung vom Januar 2007 verband sie mit dem Angebot einer Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen. Nachdem die Klägerin gegen beide Kündigungen erfolgreich Klage erhoben hatte, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis am 28. November 2008 erneut ordentlich. Am 11. März 2010 gab das Landesarbeitsgericht der hiergegen gerichteten Klage wegen Sozialwidrigkeit der Kündigung statt; das vollständig abgefasste - inzwischen rechtskräftige - Urteil wurde der Klägerin am 1. April 2010 zugestellt.

7

Die Klägerin war mittlerweile ein Arbeitsverhältnis mit einem anderen Arbeitgeber eingegangen. Mit Schreiben vom 16. März 2010 forderte die Beklagte sie auf, die Arbeit bei ihr am 22. März 2010 wieder aufzunehmen. Zugleich teilte sie mit, der Arbeitseinsatz werde im vermessungstechnischen Außendienst erfolgen. Am 6. April 2010 verlangte sie von der Klägerin, eine Erklärung gemäß § 12 KSchG abzugeben oder die für das andere Arbeitsverhältnis maßgebende Kündigungsfrist bekannt zu geben. Nachdem die Klägerin diese Schreiben und eine weitere Arbeitsaufforderung vom 12. Mai 2010 unbeantwortet gelassen hatte, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 17. Mai 2010 „fristlos, hilfsweise ordentlich zum nächst zulässigen Termin“. Zu dieser Zeit waren in ihrem Betrieb neben der Klägerin regel-

8

mäßig weitere acht Arbeitnehmer beschäftigt, darunter mindestens drei, deren Arbeitsverhältnis bereits vor dem 1. Januar 2004 begonnen hatte.

Die Klägerin hat mit ihrer rechtzeitig erhobenen Klage geltend gemacht, die Kündigungen vom 17. Mai 2010 seien unwirksam. Ein wichtiger Grund liege nicht vor. Die ordentliche Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Ihr stehe als „Alt-Arbeitnehmerin“ der allgemeine Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz zu. Die Arbeitsverhältnisse mit der Beklagten, der Einzelfirma „D“ und der g GmbH stellten eine Einheit dar. Den Arbeitgeberwechseln liege jeweils ein Betriebsübergang iSd. § 613a BGB zugrunde. Daraus folge, dass von einem Arbeitsbeginn bei der Beklagten schon vor dem 1. Januar 2004 auszugehen sei. Die Klägerin hat behauptet, im Betrieb der Beklagten seien im Kündigungszeitpunkt weitere fünf, insgesamt also neun „Alt-Arbeitnehmer“ beschäftigt gewesen. Im Übrigen hat sie gemeint, selbst bei Nichtgeltung des Kündigungsschutzgesetzes sei die ordentliche Kündigung unwirksam; sie sei treuwidrig.

9

Die Klägerin hat beantragt

10

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die fristlose Kündigung vom 17. Mai 2010, noch durch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung aufgelöst worden ist;
2. im Falle ihres Obsiegens die Beklagte zu verurteilen, sie bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Fachexpertin für Photogrammetrie weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die Kündigungen seien wirksam. Die Klägerin habe im Anschluss an die gerichtliche Entscheidung vom 11. März 2010 die ihr zugewiesene Arbeit im vermessungstechnischen Dienst grundlos und beharrlich verweigert. Das stütze zumindest die ordentliche Kündigung, die keiner Überprüfung auf ihre soziale Rechtfertigung unterliege. Bei ihrem Betrieb habe es sich im Kündigungszeitpunkt um einen „Kleinbetrieb“ iSd. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG gehandelt. Die Voraussetzungen für die Maßgeblichkeit des Schwellenwerts in

11

§ 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG lägen nicht vor. Die ordentliche Kündigung verstoße nicht gegen Treu und Glauben. Sie beruhe auf sachlichen Erwägungen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Klage hinsichtlich der ordentlichen Kündigung abgewiesen. Im Übrigen hat es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision begehrt die Klägerin, die erstinstanzliche Entscheidung in vollem Umfang wiederherzustellen.

12

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist begründet. Es lässt sich noch nicht abschließend beurteilen, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ordentliche Kündigung vom 17. Mai 2010 aufgelöst worden ist. Mit der von ihm gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht nicht annehmen, die Kündigung habe einer sozialen Rechtfertigung gemäß § 1 KSchG nicht bedurft. Es steht noch nicht fest, dass es sich bei dem Betrieb der Beklagten im Kündigungszeitpunkt um einen Kleinbetrieb iSd. § 23 Abs. 1 KSchG gehandelt hat (I). Dies führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (II). Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen kann nicht beurteilt werden, ob der Erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes Anwendung findet (1). Dessen Geltung kann nicht dahinstehen (2).

13

I. Streitgegenstand im Revisionsverfahren ist nurmehr die Wirksamkeit der hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung vom 17. Mai 2010. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung habe einer sozialen Rechtfertigung nicht bedurft, weil die betrieblichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes nicht erfüllt seien, ist nicht frei von Rechtsfehlern.

14

1. Gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG gilt der Erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes bis auf wenige Regelungen nicht in Betrieben mit in der Regel fünf oder weniger beschäftigten Arbeitnehmern nach der Zählweise des § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG. Dies entspricht der Rechtslage vor dem 1. Januar 2004 (*Inkrafttreten des Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003, BGBl. I, S. 3002*). Mit Überschreiten des Schwellenwerts findet dagegen grundsätzlich ua. § 1 KSchG Anwendung. 15

2. § 23 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 KSchG schränkt diese Rechtsfolge ein: Nur wenn der Schwellenwert des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG nach wie vor deshalb überschritten ist, weil die erforderliche Anzahl von Arbeitnehmern schon vor dem 1. Januar 2004 beschäftigt war („*Alt-Arbeitnehmer*“), ist der Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes - für diese - eröffnet. Arbeitnehmer, die ihre Beschäftigung erst nach dem 31. Dezember 2003 aufgenommen haben, können sich dagegen gemäß § 23 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2 KSchG auf die Bestimmungen des Ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes nur und erst dann berufen, wenn im Betrieb in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt sind (*BAG 23. Oktober 2008 - 2 AZR 131/07 - Rn. 21 ff.; 21. September 2006 - 2 AZR 840/05 - Rn. 14, 15, BAGE 119, 343*). 16

3. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts waren im Betrieb der Beklagten zuletzt insgesamt nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt. Die Klägerin kann sich auf den allgemeinen Kündigungsschutz des Kündigungsschutzgesetzes folglich nur berufen, wenn im Kündigungszeitpunkt im Betrieb der Beklagten - einschließlich ihrer selbst - noch mehr als fünf „*Alt-Arbeitnehmer*“ iSv. § 23 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 KSchG beschäftigt waren. 17

4. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, diese Voraussetzungen lägen schon deshalb nicht vor, weil das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 1. Dezember 2005 neu begründet worden sei. Die vorausgegangene Kündigung durch die g GmbH gelte, weil die Klägerin gegen sie nicht geklagt habe, gemäß § 7 KSchG als wirksam. Wegen der damit einhergehenden rechtlichen Unterbrechung scheidet die Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten aus. Da- 18

rauf, ob die erfolgten Arbeitgeberwechsel auf einem Betriebsübergang (§ 613a BGB) beruht hätten, komme es nicht an.

5. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Regelungen in § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG schließen es bei ununterbrochener Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb nicht aus, mehrere aufeinanderfolgende Arbeitsverhältnisse sowohl zum selben als auch zu verschiedenen Arbeitgebern als Einheit anzusehen und für den Beginn des Arbeitsverhältnisses iSd. § 23 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 KSchG auf ein vorangegangenes Vertragsverhältnis abzustellen. 19

a) Mit Blick auf die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG ist von einem „ununterbrochenen“ Arbeitsverhältnis auch dann auszugehen, wenn innerhalb des Sechsmonatszeitraums zwar zwei oder mehr Arbeitsverhältnisse liegen, diese aber ohne zeitliche Unterbrechung unmittelbar aufeinanderfolgen. Selbst in Fällen, in denen es an einer nahtlosen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses fehlt, kann die rechtliche Unterbrechung unschädlich sein, wenn die Dauer der tatsächlichen Unterbrechung verhältnismäßig kurz ist und zwischen den aufeinanderfolgenden Arbeitsverhältnissen ein enger sachlicher Zusammenhang besteht (bspw. BAG 7. Juli 2011 - 2 AZR 476/10 - Rn. 19, 29; grundlegend: 23. September 1976 - 2 AZR 309/75 - zu I 2 der Gründe, BAGE 28, 176). 20

b) Im Schrifttum - soweit es sich mit der Frage befasst - wird angenommen, diese Grundsätze seien auf die Regelung des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG zu übertragen (vgl. MünchKommBGB/Hergenröder 6. Aufl. § 23 KSchG Rn. 19; KDZ-KSchR/Deinert 8. Aufl. § 23 Rn. 40; Bender/Schmidt NZA 2004, 358, 359; Hanau ZIP 2004, 1169, 1179; Kock MDR 2007, 1109). Dies trifft zu. Der Beginn des aktuellen Arbeitsverhältnisses iSd. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG liegt in Fällen einer rechtlichen Unterbrechung am Beginn eines vorangehenden Arbeitsverhältnisses, wenn die tatsächliche Beschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb ohne relevante Zäsur geblieben und dort sowohl vor als auch nach der Unterbrechung die erforderliche Anzahl von „Alt-Arbeitnehmern“ beschäftigt ist. Das gilt auch dann, wenn die Unterbrechung mit einem Wechsel des Arbeitgebers einhergeht, sofern die Identität des „virtuellen Altbetriebs“ (BT-Drucks. 15/1204 21

S. 14) und die Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zu diesem Betrieb gewahrt geblieben sind. Dieses Verständnis ist vom Wortlaut der Vorschrift gedeckt und nach Sinn und Zweck des Gesetzes geboten. Das Gesetz will den zum „virtuellen Altbetrieb“ gehörenden Arbeitnehmern den Kündigungsschutz erhalten, solange der Personalbestand des „Altbetriebs“ dafür ausreichend groß bleibt.

aa) § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG stellt auf das „Arbeitsverhältnis“ und dessen Beginn ab. Der Wortlaut des Gesetzes lässt es zwanglos zu, bei der Beurteilung, wann das Arbeitsverhältnis, das die Zugehörigkeit zum Betrieb vermittelt, „begonnen hat“, rechtliche Unterbrechungen außer Acht zu lassen und vorangegangene Vertragsbeziehungen mit in den Blick zu nehmen. Selbst das Erfordernis eines „ununterbrochenen“ Arbeitsverhältnisses in § 1 Abs. 1 KSchG steht einer solchen Annahme nicht entgegen (*BAG 23. September 1976 - 2 AZR 309/75 - zu I 2 b der Gründe, BAGE 28, 176*). 22

bb) Die Regelungen in § 23 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 KSchG sollen für die schon am 31. Dezember 2003 im Betrieb beschäftigten „Alt-Arbeitnehmer“ einen ggf. unbefristeten Bestandsschutz gewährleisten. Für sie soll der Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz so lange erhalten bleiben, wie ihre Anzahl nicht auf fünf oder weniger absinkt (*BAG 21. September 2006 - 2 AZR 840/05 - Rn. 17 ff., BAGE 119, 343*). Der vom Gesetz bezweckte Bestandsschutz wäre deutlich abgeschwächt, wenn rechtliche Unterbrechungen unabhängig von ihrem Anlass und ungeachtet einer durchgehenden Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb geeignet wären, dessen Zugehörigkeit zum „virtuellen Altbetrieb“ aufzuheben. Für einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers gibt es keinen Anhaltspunkt. Eine solche Intention folgt insbesondere nicht aus dem beschäftigungsfördernden Zweck der Regelung des § 23 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2 KSchG. Mit der Anhebung des Schwellenwerts für die Geltung des Kündigungsschutzgesetzes sollten Arbeitgeber von möglichen Einstellungshemmnissen bis zur Grenze von zehn Arbeitnehmern befreit werden. Der Gesetzgeber ging davon aus, auf diese Weise die Entscheidung zur Schaffung neuer Arbeitsplätze zu erleichtern (*vgl. schon BT-Drucks. 15/1204 S. 1, 2, 13*). Um eine in diesem Sinne beschäftigungsfördernde Maßnahme 23

handelt es sich aber nicht, wenn ein vor dem 1. Januar 2004 begründetes Arbeitsverhältnis später zwar rechtlich aufgelöst wird, sich ein neues Arbeitsverhältnis derselben Parteien aber ohne (*relevante*) Unterbrechungszeit anschließt. Dem steht nicht entgegen, dass Ersatzeinstellungen für ausgeschiedene „Alt-Arbeitnehmer“ eine Weitergeltung des Kündigungsschutzgesetzes nach § 23 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 KSchG nicht bewirken können (*vgl. dazu BAG 5. November 2009 - 2 AZR 383/08 - Rn. 16 mwN; grundlegend: BAG 21. September 2006 - 2 AZR 840/05 - Rn. 18 ff., BAGE 119, 343*). Da nur „Alt-Arbeitnehmer“ einen am 31. Dezember 2003 bestehenden Kündigungsschutz behalten sollen, zählen für den Schwellenwert in § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG nur die Arbeitnehmer, die diesen ebenfalls genießen (*BAG 21. September 2006 - 2 AZR 840/05 - Rn. 41, aaO*). Bei der Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses mit einem Arbeitnehmer, der bereits am 31. Dezember 2003 dem Betrieb angehörte und in diesem sowohl vor als auch nach der rechtlichen Unterbrechung kontinuierlich weisungsabhängig tätig war, handelt es sich nicht um eine Ersatzeinstellung. Der Arbeitnehmer gehörte vielmehr durchweg zum Kreis der „Alt-Arbeitnehmer“ des Betriebs.

cc) Für einen Rückbezug des Beginns des Arbeitsverhältnisses trotz rechtlicher Unterbrechung sprechen überdies systematische Erwägungen. Der durch § 23 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 KSchG gewährleistete Bestandsschutz knüpft wie § 1 Abs. 1 KSchG an das individuelle Arbeitsverhältnis der dem „Altbetrieb“ angehörenden Arbeitnehmer an. Ist der Arbeitgeber durchweg derselbe geblieben, ist ein nachvollziehbarer Grund, weshalb ein Arbeitnehmer zwar die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG durch Zusammenrechnung sich aneinanderreihender Arbeitsverträge soll erfüllen können, bei einem formalen Neubeginn des Arbeitsverhältnisses aber die Zugehörigkeit zum „virtuellen Altbetrieb“ zwingend zu verneinen sein soll, nicht zu erkennen (*so auch Bender/Schmidt NZA 2004, 358, 359*).

24

dd) Die Berücksichtigung einer Vorbeschäftigung im Rahmen von § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG ist nach Maßgabe der genannten Voraussetzungen auch dann möglich, wenn die rechtliche Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses im Zusammenhang mit einem Arbeitgeberwechsel steht. 25

(1) Im Rahmen von § 1 Abs. 1 KSchG sind auch solche Beschäftigungszeiten zu berücksichtigen, die der Arbeitnehmer vor einem Betriebsübergang nach § 613a BGB beim Betriebsveräußerer zurückgelegt hat. Hat der Veräußerer das Arbeitsverhältnis gekündigt, hat der Arbeitnehmer dagegen nicht geklagt und wurde er gleichwohl vom Erwerber übernommen, hindert dies die Anrechnung der betreffenden Zeiten nicht, wenn sich die Beschäftigung beim Erwerber nahtlos anschließt oder die rechtliche Unterbrechung wegen eines engen sachlichen Zusammenhangs der Arbeitsverhältnisse unbeachtlich ist (*BAG 27. Juni 2002 - 2 AZR 270/01 - zu B der Gründe, BAGE 102, 58*). 26

(2) Für die Beurteilung, wann ein Arbeitsverhältnis iSd. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG „begonnen“ hat, kann nichts anderes gelten. Der durch § 23 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 KSchG gewährleistete Bestandsschutz ist an „das Arbeitsverhältnis“ als solches und damit an die kontinuierliche Beschäftigung des Arbeitnehmers im „virtuellen Altbetrieb“ geknüpft. Die Person des Vertragsarbeitgebers ist unbeachtlich. In Fällen eines Betriebsübergangs entspricht die Berücksichtigung von Vorbeschäftigungszeiten im Rahmen von § 23 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 KSchG überdies dem Schutzzweck von § 613a BGB und Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG (*ABl. EG L 82 vom 22. März 2001 S. 16*). Der Entscheidung des Achten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 15. Februar 2007 (- 8 AZR 397/06 - Rn. 15 ff., *BAGE 121, 273*) ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Danach handelt es sich bei dem durch die Arbeitnehmerzahl gemäß § 23 Abs. 1 KSchG vermittelten Schutz nach dem Ersten Abschnitt des Gesetzes zwar nicht um ein „Recht“ iSd. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Dauer einer beim Betriebsveräußerer zurückgelegten Beschäftigungszeit zählt aber zu den „Rechten und Pflichten“ iSd. § 613a Abs. 1 BGB, in die der Betriebserwerber eintritt (*BAG 15. Februar 2007 - 8 AZR 397/06 - Rn. 18 ff., aaO*). 27

(3) Der Rückbezug des Beginns des Arbeitsverhältnisses auf einen vor der rechtlichen Unterbrechung liegenden Zeitpunkt kommt im Fall eines Arbeitgeberwechsels auch dann in Betracht, wenn zwar kein Betriebsübergang vorliegt, der neue und der alte Vertragsarbeitgeber den fraglichen Betrieb aber gemeinsam führen oder zumindest vor der Unterbrechung gemeinsam geführt haben. Zwar ist der Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz nicht unternehmens-, dh. arbeitgeberübergreifend ausgestaltet. Eine Ausnahme hiervon bilden aber Fälle, in denen zwei oder mehrere Unternehmen die gemeinsame Führung eines Betriebs vereinbart haben, so dass der Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Bereich unternehmensübergreifend von derselben institutionellen Leitung ausgeübt wird (*BAG 16. Januar 2003 - 2 AZR 609/01 - zu B I 2 a der Gründe*). Liegt ein gemeinsamer Betrieb vor, sind die von den beteiligten Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer bei der Ermittlung der nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG maßgebenden Arbeitnehmerzahl zusammenzurechnen (*vgl. BAG 9. Oktober 1997 - 2 AZR 64/97 - zu II 2 der Gründe, BAGE 86, 374*). Dies kann auch im Rahmen von § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG Bedeutung gewinnen. Findet nach dem 31. Dezember 2003 zwar ein Wechsel des Vertragsarbeitgebers statt, bleibt die Beschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb aber unverändert bestehen, weil neuer und alter Arbeitgeber diesen gemeinsam führen, berührt der Arbeitgeberwechsel die Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zum „virtuellen Altbetrieb“ nicht. Der am Gemeinschaftsbetrieb beteiligte neue Vertragsarbeitgeber muss sich so behandeln lassen, als habe das Arbeitsverhältnis schon während der Zeit der Vorbeschäftigung mit ihm selbst bestanden.

28

(4) Auch wenn kein Betriebsübergang vorliegt oder Gemeinschaftsbetrieb besteht, kann es dem alten oder neuen Arbeitgeber nach dem Rechtsgedanken des § 162 Abs. 2 BGB verwehrt sein, sich auf eine Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses zu berufen. Das ist etwa anzunehmen, wenn die Unterbrechung mit dem Ziel herbeigeführt wurde, den Bestandsschutz von „Alt-Arbeitnehmern“ nach § 23 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 KSchG zu vereiteln (*für die ErsatzEinstellung von Arbeitnehmern vgl. BAG 21. September 2006 - 2 AZR 840/05 - Rn. 22, BAGE 119, 343*).

29

c) Danach durfte das Landesarbeitsgericht auf der Grundlage seiner bisherigen Feststellungen nicht davon ausgehen, die Klägerin sei keine „Alt-Arbeitnehmerin“ im Sinne des Gesetzes. Es hätte prüfen müssen, ob Umstände vorliegen, die trotz der zum 30. November 2005 eingetretenen rechtlichen Unterbrechung dazu führen, dass der Beginn des Arbeitsverhältnisses der Parteien auf einen Zeitpunkt vor dem 1. Januar 2004 zurückzubeziehen ist. 30

aa) Das Landesarbeitsgericht ist von einem Beginn des Arbeitsverhältnisses am 1. Dezember 2005 ausgegangen. Die nach diesem Zeitpunkt aufgrund des Auslaufens von Befristungen eingetretenen rechtlichen Unterbrechungen hat es für unschädlich erachtet. Letzteres ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Modalitäten der Beschäftigung wurden von der Beklagten vorgegeben. Die Arbeitsaufgaben der Klägerin blieben - auch wenn sich ihr zeitlicher Umfang änderte - die einer „Fachexpertin für Photogrammetrie“. Soweit das Arbeitsverhältnis Anfang März 2006 nicht nur rechtlich, sondern für die Dauer von 19 Kalendertagen auch zeitlich unterbrochen wurde, ist dies unschädlich. Die Parteien hatten ursprünglich eine nahtlose Weiterbeschäftigung der Klägerin im Anschluss an die beiden vorangegangenen befristeten Arbeitsverhältnisse vereinbart. Sie sind hiervon lediglich für die Durchführung einer Weiterbildung der Klägerin - einvernehmlich - abgerückt. Auf den unbedingten Willen der Beklagten, die Klägerin im Betrieb zu halten, hatte die Unterbrechung keinen Einfluss. Die Annahme eines engen sachlichen Zusammenhangs zwischen den Vertragsverhältnissen ist unter diesen Umständen gerechtfertigt. 31

bb) Den Feststellungen im Berufungsurteil zufolge haben sich weder die äußeren Bedingungen, unter denen die Klägerin ihre Arbeitsleistung zu erbringen hatte, noch der Inhalt ihrer Tätigkeit durch die verschiedenen seit dem Jahr 2000 erfolgten Arbeitgeberwechsel geändert. Die Klägerin hat durchgängig am selben Ort, unter Nutzung derselben Geräte und in Zusammenarbeit mit denselben Kollegen Aufträge der Beklagten nach Weisung von deren Geschäftsführer erledigt. Damit liegen Umstände vor, die die Annahme rechtfertigen können, die Arbeitgeberwechsel stünden - wie von der Klägerin behauptet - im Zusammenhang mit Betriebsübergängen iSv. § 613a BGB. Sollte die Beklagte 32

sogar Inhaberin der Betriebsmittel geblieben sein, können die vom Landesarbeitsgericht festgestellten Tatsachen auch ergeben, dass sie den Betrieb mit den jeweiligen Vertragsarbeitgebern der Klägerin gemeinsam geführt hat. Eine abschließende Bewertung ist dem Senat nicht möglich. Dazu fehlt es an den erforderlichen Feststellungen.

II. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache - einschließlich des Antrags auf vorläufige Weiterbeschäftigung - an das Landesarbeitsgericht. Weder stellt sich die angefochtene Entscheidung aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig dar (§ 561 ZPO), noch kommt eine abschließende Sachentscheidung nach § 563 Abs. 3 ZPO zugunsten der Klägerin in Betracht. 33

1. Die Voraussetzungen für die Geltung des Ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes liegen nicht aus anderen Gründen nicht vor. Die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG hatte die Klägerin im Kündigungszeitpunkt erfüllt. Mit der Frage, ob im Betrieb der Beklagten eine für § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG hinreichend große Zahl anderer „Alt-Arbeitnehmer“ beschäftigt war, hat sich das Landesarbeitsgericht - von seinem rechtlichen Standpunkt aus konsequent - nicht befasst und den insoweit umstrittenen Sachverhalt nicht aufgeklärt. Dies wird es ggf. nachzuholen haben. Der Klägerin kann nicht entgegengehalten werden, sie sei ihrer Darlegungslast aus § 23 Abs. 1 KSchG nicht nachgekommen (*zu dieser vgl. BAG 23. Oktober 2008 - 2 AZR 131/07 - Rn. 29; 6. Juni 2008 - 2 AZR 264/07 - Rn. 20 ff., BAGE 127, 102*). 34

a) Will sich der Arbeitnehmer auf die Maßgeblichkeit des abgesenkten Schwellenwerts des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG berufen, genügt er seiner Darlegungslast regelmäßig zunächst dadurch, dass er schlüssige Anhaltspunkte für die Beschäftigung der erforderlichen Anzahl von „Alt-Arbeitnehmern“ aufzeigt. Auf entsprechenden Vortrag muss sich der Arbeitgeber nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen erklären und ggf. dartun, welche rechtserheblichen Tatsachen der Behauptung des Arbeitnehmers entgegenstehen sollen (*vgl. BAG 6. Juni 2008 - 2 AZR 264/07 - BAGE 127, 102*). Tut er dies, ist es erneut Sache des 35

Arbeitnehmers darzulegen und ggf. zu beweisen, dass der abgesenkte Wert maßgeblich ist.

b) Danach hat die Klägerin ihrer Darlegungslast auf der ersten Stufe ge- 36
nügt. Sie hat neben den drei Personen, deren Arbeitsverhältnis unstreitig be-
reits vor dem 1. Januar 2004 begonnen hat, fünf weitere Arbeitnehmer nament-
lich benannt, von denen sie behauptet hat, sie seien bereits am 31. Dezember
2003 bei der Beklagten beschäftigt gewesen. Der Vortrag impliziert die konclu-
dente Behauptung, die fraglichen Arbeitnehmer hätten nach dem Stichtag dem
„virtuellen Altbetrieb“ kontinuierlich angehört. Die Beklagte hat dem entgegen-
gehalten, die betreffenden Arbeitnehmer seien bei ihr erst seit dem 1. März
oder 1. April 2006 beschäftigt gewesen. Ob sie damit geltend machen will, die-
se Personen erstmals zu dem fraglichen Zeitpunkt eingestellt zu haben, oder ob
sie sich auf eine Wiedereinstellung nach vorhergehender Unterbrechung beru-
fen will, ist nicht klar. Sollte Letzteres zutreffen, sind von der Beklagten - soweit
ihr, nicht aber der Klägerin bekannt - die Gründe für die Unterbrechung aufzu-
zeigen, um der Klägerin ggf. weitere Darlegungen zur Anwendbarkeit des Kün-
digungsschutzgesetzes nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG zu ermöglichen.

2. Die Geltung des Ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes 37
kann nicht dahinstehen. Dass die Kündigung auch bei - unterstellter - Anwend-
barkeit von § 1 KSchG sozial gerechtfertigt wäre, steht nicht fest. Umgekehrt ist
die Kündigung wirksam, sollte der allgemeine Kündigungsschutz nach dem
Kündigungsschutzgesetz nicht eingreifen. Weder ist sie in unzulässiger Weise
bedingt, noch fehlt es ihr an der erforderlichen Bestimmtheit. Sie verstößt auch
nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.

a) Der Senat kann nicht selbst beurteilen, ob die Klägerin ihre Arbeitsleis- 38
tung - so die Beklagte - beharrlich verweigert hat und die ordentliche Kündigung
dadurch iSd. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt ist.

- aa) Eine beharrliche Arbeitsverweigerung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die ihm übertragene Arbeit bewusst nicht erbringt und weiterhin nicht erbringen will, obwohl er zur Arbeitsleistung verpflichtet ist. Eine Arbeitspflicht besteht grundsätzlich nur im ungekündigten Arbeitsverhältnis. Der Arbeitnehmer verletzt deshalb regelmäßig keine arbeitsvertraglichen Pflichten, wenn er nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zur Rechtskraft einer Entscheidung in einem von ihm angestrebten Kündigungsschutzprozess davon absieht, dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft anzubieten. 39
- bb) Überdies gibt § 12 KSchG einem Arbeitnehmer, der im Verlauf eines Kündigungsschutzprozesses ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen ist, die Möglichkeit, binnen einer Woche nach der Rechtskraft des Urteils durch Erklärung gegenüber dem alten Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei diesem zu verweigern. Vor Ablauf der Wochenfrist des § 12 Satz 1 KSchG ist er zu einer solchen Erklärung nicht verpflichtet. Äußert sich der Arbeitnehmer - wie im Streitfall die Klägerin - binnen der Frist nicht, ist er, auch bei entgegenstehender innerer Willensrichtung, zur Fortsetzung des alten Arbeitsverhältnisses verpflichtet (*vgl. APS/Biebl 4. Aufl. § 12 KSchG Rn. 18; ErfK/Kiel 13. Aufl. § 12 KSchG Rn. 12; KR/Rost 10. Aufl. § 12 KSchG Rn. 13*). 40
- cc) Im Streitfall hatte das Landesarbeitsgericht durch Urteil vom 11. März 2010 die Sozialwidrigkeit der ordentlichen Kündigung vom 28. November 2008 festgestellt. Das vollständig abgefasste Urteil wurde der Klägerin am 1. April 2010 zugestellt. Es ist damit - da Anhaltspunkte für einen Rechtsmittelverzicht nicht vorliegen - frühestens am 3. Mai 2010, einem Montag, formell rechtskräftig geworden. Da die Klägerin bei Zustellung des Urteils bereits in einem Arbeitsverhältnis mit einem anderen Arbeitgeber stand, war sie somit nicht vor Dienstag, dem 11. Mai 2010 gehalten, ihre Arbeit bei der Beklagten wieder aufzunehmen. 41
- dd) Ob die Klägerin, weil sie auch anschließend noch der Arbeit ferngeblieben ist, ihre Arbeit verweigert hat, vermag der Senat nicht abschließend zu beurteilen. Zur Hartnäckigkeit im Willen der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht keine Feststellungen getroffen. Zudem muss berücksichtigt werden, dass die 42

Beklagte der Klägerin eine Tätigkeit im vermessungstechnischen Außendienst angetragen hat. Ob dies vertragsgemäß war, ist ebenso wenig festgestellt. Ggf. wird zu prüfen sein, ob die Beklagte die Klägerin vor einer Kündigung hätte abmahnen müssen, um sie zu vertragsgerechtem Verhalten anzuhalten.

b) Eine abschließende Entscheidung ist auch zugunsten der Klägerin nicht möglich. Die ordentliche Kündigung vom 17. Mai 2010 hat Bestand, wenn das Kündigungsschutzgesetz nicht anzuwenden ist. 43

aa) Die Kündigung enthält keine Bedingung, die ihrer Wirksamkeit im Wege stünde. Auch eine „hilfsweise“ oder „vorsorglich“ erklärte Kündigung drückt den Willen des Arbeitgebers aus, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Der Zusatz „hilfsweise“ oder „vorsorglich“ macht lediglich deutlich, dass der Arbeitgeber sich in erster Linie auf einen anderen Beendigungstatbestand beruft, auf dessen Rechtswirkungen also nicht etwa verzichten will (*BAG 12. Oktober 1954 - 2 AZR 36/53 - zu III der Gründe, BAGE 1, 110*). Die „hilfsweise“ oder „vorsorglich“ erklärte Kündigung steht unter einer - zulässigen (*BAG 3. April 2008 - 2 AZR 500/06 - Rn. 22*) - auflösenden Rechtsbedingung iSv. § 158 Abs. 2 BGB. Ihre Wirkung endet, wenn feststeht, dass das Arbeitsverhältnis bereits zu einem früheren Zeitpunkt aufgelöst worden ist (*ähnlich KR/Griebeling 10. Aufl. § 1 KSchG Rn. 169*). 44

bb) Die ordentliche Kündigung ist entgegen der Ansicht der Klägerin nicht deshalb unwirksam, weil im Kündigungsschreiben ein konkretes Beendigungsdatum nicht ausdrücklich genannt ist. Einer solchen Angabe bedurfte es nicht. 45

(1) Eine Kündigung muss als empfangsbedürftige Willenserklärung so bestimmt sein, dass der Empfänger Klarheit über die Absichten des Kündigenden erhält. Der Kündigungsadressat muss erkennen können, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis aus Sicht des Kündigenden beendet sein soll. Deshalb muss sich aus der Erklärung oder den Umständen zumindest ergeben, ob eine fristgemäße oder eine fristlose Kündigung gewollt ist (*BAG 15. Dezember 2005 - 2 AZR 148/05 - Rn. 20, BAGE 116, 336*). Ob dies hinreichend deutlich 46

wird, richtet sich nach den Verhältnissen bei Ausspruch der Kündigung (*BAG 21. Oktober 1981 - 7 AZR 407/79 - zu I der Gründe*).

- (2) Die an eine ordentliche Kündigung zu stellenden Bestimmtheitsanforderungen verlangen vom Kündigenden nicht, den Kündigungstermin als konkretes kalendarisches Datum in der Kündigungserklärung ausdrücklich anzugeben. Es reicht aus, wenn der gewollte Beendigungstermin für den Kündigungsempfänger zweifelsfrei bestimmbar ist (*vgl. APS/Preis 4. Aufl. Grundlagen D Rn. 20; APS/Linck 4. Aufl. § 622 BGB Rn. 66c; HaKo-KSchR/Fiebig/Mestwerdt 4. Aufl. Einl. Rn. 18; MünchKommBGB/Hesse 6. Aufl. § 620 Rn. 78; Palandt/Weidenkopf 72. Aufl. Vorb. § 620 BGB Rn. 32; Staudinger/Oetker (2012) Vorb. zu §§ 620 ff. Rn. 125; Eisemann NZA 2011, 601; Muthers RdA 2012, 172, 176; Fleddermann ArbRAktuell 2011, 347; Raab RdA 2004, 321, 326*). 47
- (3) Es kann dahinstehen, ob eine Kündigung, die vom Arbeitgeber isoliert als ordentliche Kündigung und als solche „zum nächstzulässigen Termin“ ausgesprochen wird, diesen Bestimmtheitsanforderungen in jedem Fall genügt. Zumindest eine nur „hilfsweise“ für den Fall der Unwirksamkeit einer fristlosen Kündigung ausgesprochene ordentliche Kündigung „zum nächstzulässigen Termin“ entspricht den gesetzlichen Anforderungen. 48
- (a) Eine ordentliche Kündigung „zum nächstzulässigen Termin“ ist typischerweise so auszulegen, dass der Kündigende die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu dem Zeitpunkt erreichen will, der sich bei Anwendung der einschlägigen gesetzlichen, tarifvertraglichen und/oder vertraglichen Regelungen als rechtlich frühestmöglicher Beendigungstermin ergibt (*BAG 9. September 2010 - 2 AZR 714/08 - Rn. 12, BAGE 135, 278*). Der gewollte Beendigungstermin ist damit jedenfalls objektiv eindeutig bestimmbar. Dies ist jedenfalls dann ausreichend, wenn die rechtlich zutreffende Frist für den Kündigungsadressaten leicht feststellbar ist und nicht umfassende tatsächliche Ermittlungen oder die Beantwortung schwieriger Rechtsfragen erfordert. 49
- (b) Ob dies auch im anderen Falle ausreichend ist oder dem das berechtig- 50
te Interesse des Arbeitnehmers entgegensteht, mit Blick auf die im ungekündig-

ten Arbeitsverhältnis bestehende Verpflichtung zur Arbeitsleistung und zur Unterlassung von Wettbewerb Auskunft darüber zu erhalten, zu welchem konkreten Zeitpunkt der Arbeitgeber subjektiv das Arbeitsverhältnis als beendet ansieht, braucht nicht entschieden zu werden. Es kann deshalb gleichermaßen offenbleiben, ob sich dieses Interesse des Arbeitnehmers auf die Bestimmtheit der Kündigungserklärung auswirkt oder etwa bestimmte Pflichten des Arbeitgebers aus § 241 Abs. 2 BGB begründet. Die Beklagte hat die ordentliche Kündigung nicht isoliert als solche erklärt. Sie hat vielmehr zuvörderst „fristlos“ und nur hilfsweise ordentlich zum „nächst zulässigen Termin“ gekündigt. Die Klägerin als Kündigungsempfängerin war damit nicht im Unklaren darüber, wann das Arbeitsverhältnis nach der Vorstellung der Beklagten tatsächlich beendet sein sollte - nämlich mit Zugang des Schreibens vom 17. Mai 2010. Darauf musste und konnte sie sich in ihrem praktischen Handeln einstellen. Darauf, ob es ihr ohne Schwierigkeiten möglich war, auch den Ablauf der Frist der hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung zuverlässig zu ermitteln, kommt es unter diesen Umständen nicht an.

cc) Die ordentliche Kündigung vom 17. Mai 2010 verstößt nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Beklagte habe den Umständen nach im Kündigungszeitpunkt zumindest subjektiv davon ausgehen dürfen, die Klägerin habe an einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei ihr kein wirkliches Interesse mehr, und hat mit dieser Begründung eine Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 242 BGB verneint. Dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Eine Verpflichtung der Beklagten, die Klägerin zuvor abzumahnern, bestand außerhalb einer Geltung des Kündigungsschutzgesetzes nicht. 51

III. Sollte das Landesarbeitsgericht erneut zu dem Ergebnis gelangen, das Arbeitsverhältnis sei durch die ordentliche Kündigung aufgelöst worden, wird es zu ermitteln haben, welche Kündigungsfrist einzuhalten war. Seine bisherige Auffassung, objektiv maßgebend sei eine Frist von zwei Monaten, berücksichtigt nicht das Vorbringen der Klägerin zum Vorliegen von Betriebsübergängen iSd. § 613a Abs. 1 BGB. Daraus kann sich - je nach den Umständen - das Er- 52

fordernis ergeben, Beschäftigungszeiten aus einem vorangegangenen Arbeitsverhältnis anzurechnen (vgl. dazu BAG 23. Oktober 2008 - 2 AZR 131/07 - Rn. 48; 18. September 2003 - 2 AZR 330/02 - zu B I der Gründe).

Kreft

Rinck

Berger

Beckerle

Torsten Falke