

Bundesarbeitsgericht  
Sechster Senat

Urteil vom 23. Februar 2017  
- 6 AZR 665/15 -  
ECLI:DE:BAG:2017:230217.U.6AZR665.15.0

I. Arbeitsgericht Frankfurt (Oder)

Urteil vom 28. Januar 2015  
- 6 Ca 27/14 -

II. Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 17. September 2015  
- 5 Sa 516/15 -

---

Entscheidungsstichwort:

Insolvenz Kündigung vor Dienstantritt

Leitsatz:

§ 113 InsO findet auf Kündigungen vor Dienstantritt Anwendung. Die Kündigungsfrist des § 113 Satz 2 InsO beginnt mit dem Zugang der Kündigungserklärung.

# BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 665/15  
5 Sa 516/15  
Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
23. Februar 2017

## URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Februar 2017 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner, den Richter am Bundesarbeitsgericht Krumbiegel sowie den ehrenamtlichen Richter Geyer und die ehrenamtliche Richterin Klar für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 17. September 2015 - 5 Sa 516/15 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Beklagten durch eine arbeitgeberseitige Kündigung aufgelöst wurde. 1

Der Kläger wurde zum 15. April 2013 bei der w GmbH als Direktor mit Gesamtprokura eingestellt. Es wurde eine Kündigungsfrist von neun Monaten zum Monatsende nach Ablauf der Probezeit vereinbart. 2

Die w GmbH betreibt mit ihren rechtlich eigenständigen Tochtergesellschaften an mehreren Standorten sog. Call-Center. Eine dieser Tochtergesellschaften ist die Beklagte. Die w GmbH ist deren Alleingesellschafterin. Entsprechend einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung mit der w GmbH wurde der Kläger am 6. Mai 2013 zum Geschäftsführer der Beklagten bestellt. 3

Für die w GmbH waren mehrere Geschäftsführer bestellt. Die Gesellschaft konnte durch zwei Geschäftsführer gemeinsam vertreten werden. Zu den Geschäftsführern zählten laut den Handelsregistereintragungen seit dem 22. Februar 2013 Herr H und seit dem 8. August 2013 Herr B. Am 20. August 2013 wurde im Handelsregister eingetragen, dass Herr P und Herr M zu weiteren Geschäftsführern der w GmbH bestellt wurden. Die Geschäftsführer H und B sollten die Gesellschaft jeweils nur noch gemeinsam mit Herrn P oder Herrn M vertreten können. 4

Über das Vermögen der w GmbH wurde am 27. September 2013 das Insolvenzverfahren eröffnet und Eigenverwaltung angeordnet. Am selben Tag 5

schlossen der Kläger, die w GmbH und die Beklagte eine sog. Überleitungsvereinbarung, wonach das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der w GmbH mit Ablauf des 31. Dezember 2013 endet und die Beklagte ab dem darauf folgenden Tag unter Übernahme aller Rechte und Pflichten und Anrechnung der Betriebszugehörigkeit in das Arbeitsverhältnis eintritt. Anstelle des bisherigen Dienstortes E war F als neuer Arbeitsort vorgesehen. In einem Schreiben vom 27. September 2013 teilte die w GmbH dem Kläger mit, dass sein Arbeitsverhältnis einvernehmlich auf ein anderes Unternehmen der w Gruppe übergeleitet worden sei und er aus diesem Grund „heute keine Kündigung“ erhalte.

Am 1. Oktober 2013 wurde auch über das Vermögen der Beklagten das Insolvenzverfahren eröffnet und Eigenverwaltung ohne Zustimmungsbedürftigkeit nach § 277 InsO angeordnet. 6

Die Herren P und M traten am 10. Dezember 2013 zu einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Beklagten zusammen. Sie beschlossen, die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer der Beklagten mit sofortiger Wirkung zu widerrufen und den zwischen der w GmbH und dem Kläger begründeten und durch die Überleitungsvereinbarung geänderten Anstellungsvertrag fristgerecht zu kündigen. Zur Erklärung der Kündigung wurden P und M bevollmächtigt. Ein dem Kläger am 20. Dezember 2013 übergebener Umschlag enthielt neben einer Niederschrift dieser Gesellschafterversammlung zwei an den Kläger adressierte Schreiben vom 10. Dezember 2013, mit denen die w GmbH und die Beklagte, jeweils vertreten durch P und M, die Kündigung des Dienstverhältnisses zum 31. März 2014 erklärten. 7

Am 31. Dezember 2013 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Beklagten aufgehoben. 8

Mit seiner am 9. Januar 2014 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klageschrift hat sich der Kläger gegen die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte gewandt. Die Kündigung sei unwirksam. 9

Die Beklagte habe schon nicht dargelegt und bewiesen, dass der am 20. Dezember 2013 übergebene Umschlag eine Kündigungserklärung im Original enthalten habe. Unstreitig sei nur der Zugang einer Kündigungserklärung. 10

Eine Kündigung würde zudem gegen einen vertraglich vereinbarten Kündigungsschutz verstoßen. Das Arbeitsverhältnis zur w GmbH sei durch die Überleitungsvereinbarung mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beendet worden. Im Anschluss sei ein neues Arbeitsverhältnis mit der Beklagten ab dem 1. Januar 2014 begründet worden. Es sei vertraglich ausgeschlossen worden, dieses Arbeitsverhältnis schon vor seinem Beginn zu kündigen. Der Geschäftsführer H habe im Vorfeld der Überleitungsvereinbarung zugesichert, die w Gruppe werde das Arbeitsverhältnis für den Fall des Abschlusses der Überleitungsvereinbarung nicht kündigen. Dem entspreche das Schreiben der w GmbH vom 27. September 2013. Zudem sei im Arbeitsvertrag mit der w GmbH eine Vertragsstrafe für den Fall der Nichtaufnahme der Arbeit vereinbart worden. Damit sei zum Ausdruck gebracht worden, dass die Vertragsparteien eine ordentliche Kündigung vor Dienstantritt ausschließen wollten. 11

Eine Kündigung wäre mangels Wegfalls des Beschäftigungsbedarfes ohnehin sozial ungerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 2 KSchG und deshalb unwirksam. Dem stünde § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG nicht entgegen. Sowohl bei Zugang der (formunwirksamen) Kündigung als auch zu Beginn des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten am 1. Januar 2014 sei er nicht mehr deren Geschäftsführer gewesen. Seine am 10. Dezember 2013 beschlossene Abberufung sei ihm bereits am 18. Dezember 2013 durch Herrn H mitgeteilt und dann durch Herrn B bestätigt worden. 12

Zudem scheiterte die Wirksamkeit der Kündigung an der fehlenden Beteiligung des bei der Beklagten gebildeten Betriebsrats. 13

Jedenfalls hätte die vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist von neun Monaten zum Monatsende nicht vor dem vereinbarten Dienstbeginn bei der Beklagten am 1. Januar 2014 anlaufen können. 14

Mit einer Klageerweiterung vom 10. Juni 2014 hat der Kläger auch die Kündigung der w GmbH vom 10. Dezember 2013 angegriffen. Diese könne das Arbeitsverhältnis zur Beklagten nicht beenden. 15

Unter Berücksichtigung einer von ihm zum 31. August 2014 erklärten Eigenkündigung hat der Kläger beantragt 16

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 10. Dezember 2013, dem Kläger zugegangen am 20. Dezember 2013, nicht aufgelöst worden ist;
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien auch nicht durch andere Beendigungsgründe endet, sondern zu unveränderten Bedingungen über den 31. März 2014 bis zum Ablauf des 31. August 2014 fortbestanden hat;
3. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der w GmbH vom 10. Dezember 2013, dem Kläger zugegangen am 20. Dezember 2013, nicht aufgelöst ist.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Das Arbeitsverhältnis sei formwirksam durch schriftliche Kündigung beendet worden. Beide Kündigungen seien dem Kläger im Original zugegangen. Dies habe der Kläger nicht qualifiziert bestritten. 17

Das mit der w GmbH begründete Arbeitsverhältnis sei auf Grundlage der Überleitungsvereinbarung vom 27. September 2013 ab dem 1. Januar 2014 mit ihr (der Beklagten) fortgesetzt worden. Ein neues eigenständiges Arbeitsverhältnis sei nicht begründet worden. Die nicht innerhalb der dreiwöchigen Frist des § 4 Satz 1 KSchG angegriffene Kündigung der w GmbH vom 10. Dezember 2013 wirke daher fort. Das Arbeitsverhältnis sei „im gekündigten Zustand“ übergegangen. Ein Kündigungsausschluss sei nicht vereinbart worden. 18

Eine soziale Rechtfertigung hätte für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zwar bestanden, da die Position des Klägers umstrukturierungsbedingt entfallen sei. Eines Kündigungsgrundes habe es jedoch gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG nicht bedurft. Zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungen sei der Kläger noch Geschäftsführer der Beklagten gewesen. Seine Abberufung sei ihm nicht bereits am 18. Dezember 2013 bekanntgegeben worden. Zudem wären weder Herr H noch Herr B hierzu befugt gewesen. Folglich habe es nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG auch keiner Betriebsratsanhörung bedurft. 19

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Mit dieser verfolgt der Kläger seine Klageziele weiter. 20

## Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zu Recht zurückgewiesen. 21

I. Der zu 1. gestellte Feststellungsantrag ist unbegründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien wurde durch die Kündigung der Beklagten vom 10. Dezember 2013 zum 31. März 2014 aufgelöst. 22

1. Die Kündigung wahrt die nach § 623 BGB erforderliche Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB. 23

a) Gemäß § 623 BGB bedarf die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dies soll Rechtssicherheit für die Vertragsparteien und eine Beweiserleichterung im Rechtsstreit bewirken. Die Schriftform wird nach § 126 Abs. 1 BGB dadurch erfüllt, dass die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet wird (*zu den Funktionen der Schriftform vgl. BAG 17. Dezember 2015 - 6 AZR 709/14 - Rn. 27 mwN, BAGE 154, 40*). 24

b) Die Umstände, aus denen sich die Wahrung der Schriftform nach § 623 iVm. § 126 Abs. 1 BGB ergibt, sind von der Partei darzulegen und zu beweisen, die Rechte aus der Kündigung herleiten will (*vgl. APS/Greiner 5. Aufl. BGB § 623 Rn. 34; ErfK/Müller-Glöge 17. Aufl. § 623 BGB Rn. 25; KR/Spilger 11. Aufl. § 623 BGB Rn. 130*). Im Kündigungsschutzprozess hat der kündigende Arbeitgeber die Wahrung der Schriftform gemäß § 138 Abs. 1 ZPO substantiiert darzulegen. Zu den diesbezüglich behaupteten Tatsachen hat sich der Kündi- 25

gungsempfänger nach § 138 Abs. 2 ZPO zu erklären. Wahrheitspflicht (§ 138 Abs. 1 ZPO), Verhandlungsgrundsatz (§ 128 ZPO) und Prozessförderungspflicht (§ 282 ZPO) führen zu einer dem gegnerischen Vorbringen entsprechenden Erklärungslast (BAG 25. Januar 2005 - 9 AZR 146/04 - zu I 3 e bb der Gründe, BAGE 113, 238). Der Umfang der jeweils erforderlichen Substantiierung des Vortrags ergibt sich aus dem Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag, wobei die Ergänzung und Aufgliederung des Sachvortrags bei hinreichendem Gegenvortrag immer zunächst Sache der darlegungs- und beweispflichtigen Partei ist (vgl. BAG 13. Dezember 2012 - 6 AZR 5/12 - Rn. 42). Trägt der Kündigungsempfänger zur Schriftform nichts vor oder lässt er sich nicht substantiiert ein, gilt der schlüssige Sachvortrag des Kündigenden gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.

c) Dies ist hier der Fall. Der Kläger ist dem substantiierten Vorbringen der Beklagten nicht hinreichend entgegengetreten. Die Beklagte hat vorgetragen, dass dem Kläger am 20. Dezember 2013 von einer bestimmten Person ein Original des von den Herren P und M unterzeichneten Kündigungsschreibens vom 10. Dezember 2013 zusammen mit der Niederschrift der Gesellschafterversammlung und der Kündigung der w GmbH in einem Umschlag übergeben wurde. Weiterer Vortrag war zur substantiierten Darlegung des Zugangs der formgemäßen Kündigung nicht erforderlich. Der Kläger hat die Übergabe des Umschlags nicht in Abrede gestellt, sondern nur bestritten, dass sich in dem Umschlag das Original des Kündigungsschreibens befunden habe. Dies ist kein substantiiertes Bestreiten, denn der Kläger hat eine Kopie der Kündigung im Prozess vorgelegt. Ihm ist entweder - entsprechend dem Vortrag der Beklagten - ein Original der Kündigung zugegangen, von dem er eine Kopie angefertigt hat, oder er hat von der Beklagten nur eine Kopie erhalten und diese bzw. eine weitere Kopie zu den Gerichtsakten gereicht. Wäre letzteres der Fall gewesen, hätte der Kläger diesen ihm bekannten Sachverhalt darlegen können und müssen, um die Behauptung des Zugangs des Originalschreibens wirksam zu bestreiten. Da er dies nicht getan hat, kommt die Geständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO zum Tragen.

26

- d) Die von der Revision erhobene Verfahrensrüge greift deshalb nicht durch. Das Landesarbeitsgericht musste bzgl. des Inhalts des übergebenen Umschlags keine weitere Sachverhaltsaufklärung in Form einer Beweisaufnahme durchführen. Die Rechtsauffassung des Landesarbeitsgerichts zur Wahrung des Schriftformerfordernisses kam für den Kläger auch nicht überraschend im Sinne eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 1 GG. Der Kläger musste diese an den Vorgaben des § 138 ZPO orientierte Beurteilung in Betracht ziehen (*vgl. BVerfG 4. Juli 2016 - 2 BvR 1552/14 - Rn. 7; BAG 25. Januar 2017 - 10 ABR 78/16 (F) - Rn. 3*). 27
2. Die Kündigung ist nicht aufgrund eines etwaigen vertraglich vereinbarten Kündigungsschutzes unwirksam. Das folgt aus § 113 Satz 1 InsO. 28
- a) Nach § 113 Satz 1 InsO kann ein Dienstverhältnis, bei dem der Schuldner der Dienstberechtigte ist, vom Insolvenzverwalter und vom anderen Teil ohne Rücksicht auf eine vereinbarte Vertragsdauer oder einen vereinbarten Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung gekündigt werden. Die Norm findet gemäß § 279 Satz 1 InsO auch in Fällen der Eigenverwaltung Anwendung. Bei der Ausgestaltung des Verfahrens der Eigenverwaltung hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, für dieses Verfahren kein besonderes materielles Insolvenzrecht einzuführen, sondern es grundsätzlich unverändert zur Geltung zu bringen, um so den Gleichlauf mit dem Regelfall eines fremdverwalteten Verfahrens herzustellen. § 279 Satz 1 InsO ist Ausprägung dieser Grundentscheidung. Danach tritt bei der Anwendung der §§ 103 bis 128 InsO der Schuldner an die Stelle des Insolvenzverwalters. Sind die Arbeitgeberbefugnisse beim Schuldner verblieben, ist es konsequent, diesem auch die Ausübung der mit dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses in der Eigenverwaltung zusammenhängenden Entscheidungen, insbesondere die Wahrnehmung des Kündigungsrechts, zu belassen. Der Gesetzgeber hat darum auch bei gegenseitigen Verträgen bewusst auf Sonderregelungen für die Eigenverwaltung verzichtet, um die Entscheidung des Schuldners, ob er Fremd- oder Eigenverwaltung beantragt, nicht dadurch zu beeinflussen, dass unterschiedliche materiell-rechtliche Regeln zur Anwendung kommen (*BT-Drs. 12/2443 S. 223, 225*). 29

Darum kann der Schuldner in der Eigenverwaltung mit der Höchstfrist des § 113 Satz 2 InsO kündigen. Soweit er dabei entgegen der Sollvorschrift des § 279 Satz 2 InsO zuvor kein Einvernehmen mit dem Sachwalter herstellt, ist die Kündigung gleichwohl wirksam, sofern nicht gemäß § 277 InsO Zustimmungsbefreiung angeordnet ist. Der Gesetzgeber hat nur in den in § 279 Satz 3 InsO ausdrücklich genannten Fällen, in denen in die Rechtsstellung einer Vielzahl von Arbeitnehmern eingegriffen wird, einen Zustimmungsvorbehalt normiert (*BAG 24. September 2015 - 6 AZR 492/14 - Rn. 49, BAGE 152, 363*).

b) Grundsätzlich kann ein Arbeitsvertrag vor dem vereinbarten Dienstantritt nicht gekündigt werden, wenn die Parteien dies ausdrücklich ausgeschlossen haben oder sich der Ausschluss der Kündigung aus den Umständen zweifelsfrei ergibt (*vgl. BAG 9. Februar 2006 - 6 AZR 283/05 - Rn. 36, BAGE 117, 68*). § 113 InsO findet jedoch auch auf Kündigungen vor Antritt des Dienstverhältnisses Anwendung (*HambKomm/Ahrendt 6. Aufl. § 113 InsO Rn. 22; Andres in Andres/Leithaus InsO 3. Aufl. § 113 Rn. 6; HWK/Annuß 7. Aufl. § 113 InsO Rn. 5; Braun/Beck InsO 7. Aufl. § 113 Rn. 44; MüKoInsO/Caspers 3. Aufl. § 113 Rn. 12; Düwell in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung 2. Aufl. S. 1442 Rn. 28; FK-InsO/Eisenbeis 8. Aufl. § 113 Rn. 22; Giesen in Jaeger InsO § 113 Rn. 44; APS/Künzl 5. Aufl. InsO § 113 Rn. 11; HK-InsO/Linck 8. Aufl. § 113 Rn. 5; HK-ArbR/Markowski 3. Aufl. § 113 InsO Rn. 6; ErfK/Müller-Glöge 17. Aufl. § 113 InsO Rn. 7a; KPB/Moll InsO Stand Juli 2012 § 113 Rn. 87; BeckOK ArbR/Plössner Stand 1. Dezember 2016 InsO § 113 Rn. 10; NK-ArbR/Regh InsO § 113 Rn. 22; KR/Weigand 11. Aufl. §§ 113, 120 - 124 InsO Rn. 20; Uhlenbruck/Zobel 14. Aufl. § 113 InsO Rn. 6; Zwanziger Arbeitsrecht der Insolvenzordnung 5. Aufl. Einführung Rn. 147*). Der Wortlaut des § 113 InsO sieht keine entsprechende Einschränkung vor. Die Rechtslage unterscheidet sich von derjenigen der Konkursordnung. § 22 Abs. 1 Satz 1 KO sah eine erleichterte Kündigungsmöglichkeit nur für ein „angetretenes Dienstverhältnis“ vor. Für andere Dienstverhältnisse kam die allgemeine Regelung des § 17 KO zur Anwendung. Der Konkursverwalter konnte danach wählen, ob er das Dienstverhältnis bestehen lassen oder durch Verweigerung der weiteren Erfül-

30

lung beseitigen wollte. An dieser Konzeption hat die Insolvenzordnung nicht festgehalten. Sie sieht in § 103 InsO zwar ebenfalls ein Wahlrecht des Insolvenzverwalters bzgl. der Erfüllung von gegenseitigen Verträgen vor. § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO legt als speziellere Regelung aber ausnahmslos fest, dass Dienstverhältnisse des Schuldners mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbestehen (vgl. BAG 21. November 2013 - 6 AZR 979/11 - Rn. 12, BAGE 146, 295). Auch bei noch nicht in Vollzug gesetzten Arbeitsverhältnissen besteht daher kein Wahlrecht nach § 103 InsO (MüKoInsO/Caspers aaO; APS/Künzl aaO; HK-InsO/Linck aaO; HK-ArbR/Markowski aaO; KPB/Moll aaO; BeckOK ArbR/Plössner aaO; NK-ArbR/Regh aaO; KR/Weigand aaO; Uhlenbruck/Zobel aaO; Zwanziger aaO; aA: Hess Insolvenzrecht 2. Aufl. § 113 Rn. 51, 374; Küttner/Kania Personalbuch 2016 23. Aufl. Insolvenz des Arbeitgebers Rn. 6; Lohkemper KTS 1996, 1, 4; KR/Spilger § 622 BGB Rn. 148). Der Insolvenzverwalter bzw. der Schuldner in Eigenverwaltung kann im Interesse der Gläubiger Gesamtheit die fortbestehenden Arbeitsverhältnisse vielmehr gemäß § 113 InsO kündigen (vgl. BT-Drs. 12/2443 S. 146, 148).

c) Folglich kommt es auf den Vortrag des Klägers bzgl. angeblicher Zusicherungen des Geschäftsführers H im Vorfeld der Überleitungsvereinbarung sowie auf den Inhalt des Schreibens vom 27. September 2013 und die Bedeutung der vereinbarten Vertragsstrafenregelung nicht an. Hieraus ließe sich allenfalls ein vereinbarter Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung herleiten. Einem solchen würde durch § 113 Satz 1 InsO die Wirksamkeit genommen, weil die Beklagte die streitgegenständliche Kündigung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung erklärt hat. 31

d) Die Berufung der Beklagten auf die Rechtsfolge des § 113 Satz 1 InsO verstößt entgegen der Ansicht der Revision nicht gegen die Grundsätze von Treu und Glauben (vgl. hierzu BAG 9. Juni 2016 - 6 AZR 396/15 - Rn. 37). Die Beklagte hat lediglich § 113 Satz 1 InsO angewandt. Entgegen der Ansicht der Revision (vgl. auch Kraft/Lambrecht NZI 2015, 639, 642) ist dabei ohne Bedeutung, ob sie sich zum Zeitpunkt des Abschlusses der Überleitungsvereinbarung bzw. sonstiger Zusagen im sog. Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO be- 32

funden hat und Masseverbindlichkeiten begründen konnte. Das Schutzschirmverfahren ist eine spezielle Variante des Eröffnungsverfahrens (*Graf-Schlicker in Graf-Schlicker InsO 4. Aufl. § 270b Rn. 1 mwN*). Es ist auf den Zeitraum ab dem Eröffnungsantrag bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens beschränkt (*vgl. Uhlenbruck/Zipperer 14. Aufl. § 270b InsO Rn. 6*). Folglich sind im Schutzschirmverfahren getroffene Vereinbarungen, durch welche die Anwendung des § 113 InsO ausgeschlossen oder beschränkt wird, nach § 119 InsO unwirksam. § 119 InsO bezieht sich auf alle Vereinbarungen, die „im voraus“, dh. vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, geschlossen wurden (*MüKoInsO/Huber 3. Aufl. § 119 Rn. 13; Jacoby in Jaeger InsO § 119 Rn. 6; Braun/Kroth 7. Aufl. InsO § 119 Rn. 1, 4; Andres in Andres/Leithaus InsO 3. Aufl. § 119 Rn. 2; Uhlenbruck/Sinz § 119 InsO Rn. 1*). Mit dieser gesetzlich vorgesehenen Trennung von Eröffnungs- und Insolvenzverfahren ist die klägerische Herleitung einer Treuwidrigkeit nicht zu vereinbaren. Die Revision lässt unberücksichtigt, dass es sich bei § 113 InsO gemäß § 119 InsO bezogen auf Vereinbarungen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens um zwingendes Recht handelt.

3. Aus § 113 InsO ergibt sich kein eigenständiger Kündigungsgrund der Insolvenz oder Sanierung, vielmehr ist das Kündigungsschutzgesetz auch bei einer Kündigung nach § 113 InsO zu beachten, wenn es nach seinem persönlichen und betrieblichen Geltungsbereich Anwendung findet (*BAG 20. September 2012 - 6 AZR 253/11 - Rn. 20, BAGE 143, 129*). Dies ist hier nicht der Fall. Die Kündigung der Beklagten vom 10. Dezember 2013 bedurfte gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG keiner sozialen Rechtfertigung nach § 1 Abs. 2 KSchG. 33

a) § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG enthält eine negative Fiktion (*BAG 17. Januar 2002 - 2 AZR 719/00 - zu II 1 a der Gründe, BAGE 100, 182*). Demnach gelten die Vorschriften des ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes nicht in Betrieben einer juristischen Person für die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist. Die ordentliche Kündigung des Geschäftsführers einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) bedarf daher nicht der sozialen Rechtfertigung, weil dieser gemäß § 35 34

Abs. 1 GmbHG die Gesellschaft vertritt. Die Geschäftsführerstellung muss zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bestehen (*BAG 25. Oktober 2007 - 6 AZR 1045/06 - Rn. 22*).

b) Entgegen der Auffassung der Revision kommt § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG hier zur Anwendung, obwohl es sich um eine Kündigung vor Dienstantritt handelt. 35

aa) Dabei geht die Revision zu Recht davon aus, dass zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung am 20. Dezember 2013 zwischen dem Kläger und der Beklagten noch kein Arbeitsverhältnis bestand. Das Landesarbeitsgericht hat ohne revisiblen Rechtsfehler angenommen, dass mit der Überleitungsvereinbarung das Arbeitsverhältnis zur w GmbH mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beendet und mit Wirkung zum 1. Januar 2014 ein neues Arbeitsverhältnis zur Beklagten begründet wurde. Dies entspricht dem Wortlaut der Vereinbarung („Das Arbeitsverhältnis ... endet ...“) und der Anrechnung der Betriebszugehörigkeit bei der w GmbH. Zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung stand der Kläger folglich noch in einem Arbeitsverhältnis zur w GmbH, welches die Grundlage für die Bestellung zum Geschäftsführer bei der Beklagten war (*vgl. BAG 25. Oktober 2007 - 6 AZR 1045/06 - Rn. 15*). 36

bb) Hieraus folgt aber nicht die Unanwendbarkeit von § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG. Die Revision weist zwar zutreffend darauf hin, dass die Vorschrift als Teil des ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes den allgemeinen Kündigungsschutz grundsätzlich bzgl. eines bestehenden Arbeitsverhältnisses regelt. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG gilt jedoch bereits vor Dienstantritt, wenn der allgemeine Kündigungsschutz nicht von Gesetzes wegen, sondern aufgrund einzelvertraglicher oder kollektivrechtlicher Vereinbarung eingreift und die Anwendbarkeit des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG nicht ausgeschlossen wurde. 37

(1) Nach dem Willen des Gesetzgebers kommt der allgemeine Kündigungsschutz im bestehenden Arbeitsverhältnis gemäß § 1 Abs. 1 KSchG erst nach Ablauf einer Wartezeit von sechs Monaten zur Anwendung (*vgl. hierzu BAG 24. Oktober 2013 - 2 AZR 1057/12 - Rn. 29, BAGE 146, 257*), wenn die 38

Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 KSchG erfüllt sind. Bei einer Kündigung vor Dienstantritt stellt sich die Frage ihrer sozialen Rechtfertigung mangels Erfüllung der Wartezeit deshalb nicht. Anders verhält es sich, falls eine einzelvertragliche oder kollektivrechtliche Vereinbarung den Ausschluss oder die Verkürzung der Wartezeit oder die Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten bei demselben oder einem anderen Arbeitgeber vorsieht (vgl. BAG 20. Februar 2014 - 2 AZR 859/11 - Rn. 44 f., BAGE 147, 251; ErfK/Oetker 17. Aufl. § 1 KSchG Rn. 34). Auf diese Weise kann der allgemeine Kündigungsschutz bereits vor Ablauf der Wartezeit und sogar vor Dienstantritt gewährt werden. Sieht eine solche Vereinbarung keine Einschränkung vor, finden die gesetzlichen Regelungen des allgemeinen Kündigungsschutzes Anwendung. Dies gilt auch für § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG als Bestandteil des ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes.

(2) Ein Wechsel des Arbeitgebers, der zu einem neuen Rechtsverhältnis führt, unterbricht grundsätzlich die Wartezeit (BAG 21. November 2013 - 6 AZR 664/12 - Rn. 36). Dies hat hier die Überleitungsvereinbarung vom 27. September 2013 verhindert, indem sie die Anerkennung der Betriebszugehörigkeit bei der w GmbH für das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten vorsieht. Angesichts eines Beginns des Arbeitsverhältnisses bei der w GmbH am 15. April 2013 hatte der Kläger am 15. Oktober 2013 seine Wartezeit absolviert und wegen der Anrechnung der Betriebszugehörigkeit auch bezogen auf das künftige Arbeitsverhältnis mit der Beklagten auf vertraglicher Grundlage den allgemeinen Kündigungsschutz erhalten. Die Überleitungsvereinbarung nimmt keine Ausgestaltung dieses gesetzlich konzipierten Kündigungsschutzes vor. Folglich gilt auch die den Kündigungsschutz einschränkende Regelung des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG. Die gegenteilige Ansicht der Revision hätte zur Konsequenz, dass der Kläger bereits vor Dienstantritt bei der Beklagten den allgemeinen Kündigungsschutz in Anspruch nehmen könnte, ohne von dessen durch § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG vorgenommenen Ausgestaltung betroffen zu sein. Diese Besserstellung ist der Überleitungsvereinbarung nicht zu entnehmen, auch wenn diese die Übernahme aller Rechte und Pflichten bezogen auf das

39

mit der w GmbH begründete Arbeitsverhältnis vorsieht und dieses nicht dem Anwendungsbereich des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG unterfiel, weil der Kläger nicht Geschäftsführer dieser Gesellschaft war. Die Überleitungsvereinbarung bewirkt bezogen auf das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten eine Vorverlagerung des Kündigungsschutzes in seiner gesetzlichen Ausgestaltung im ersten Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes. Für eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten vor dem 1. Januar 2014 bedeutet dies, dass die Kündigung bezogen auf den Zeitpunkt ihres Zugangs anhand der Maßstäbe überprüft wird, die gelten würden, wenn das Arbeitsverhältnis bereits in Vollzug gesetzt worden wäre. Die weitere Entwicklung des Arbeitsverhältnisses ab dem 1. Januar 2014 ist unbeachtlich. Deshalb kann dahinstehen, ob der Kläger ab dem 1. Januar 2014 noch Geschäftsführer der Beklagten sein sollte oder nur noch Prokurist.

c) Zum maßgeblichen Zeitpunkt des Zugangs der streitgegenständlichen Kündigung am 20. Dezember 2013 war der Kläger noch Geschäftsführer der Beklagten. Die Kündigung seines noch nicht in Vollzug gesetzten Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten konnte daher gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG ohne die Notwendigkeit einer sozialen Rechtfertigung nach § 1 Abs. 2 KSchG erfolgen. 40

aa) Die Bestellung des Geschäftsführers einer GmbH ist gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG zu jeder Zeit widerruflich. Die Abberufung von Geschäftsführern unterfällt nach § 46 Nr. 5 GmbHG der Bestimmung der Gesellschafter (*vgl. BeckOK GmbHG/Schindler Stand 1. August 2016 GmbHG § 46 Rn. 52 ff.*). Dies gilt auch für die mit der Abberufung zusammenhängende Kündigung oder Aufhebung des Anstellungsvertrags (*MüKoGmbHG/Liebscher 2. Aufl. § 46 Rn. 115 mwN*). Als empfangsbedürftige Willenserklärung wird der Widerruf nicht bereits mit der Beschlussfassung durch die Gesellschafter, sondern gemäß § 130 BGB erst mit dem Zugang beim Geschäftsführer wirksam (*BAG 15. April 1982 - 2 AZR 1101/79 - zu A II 2 der Gründe, BAGE 39, 16; vgl. auch Altmeppen in Roth/Altmeppen GmbHG 8. Aufl. § 38 Rn. 22; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff GmbHG 19. Aufl. § 38 Rn. 6; Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H.* 41

*Schneider GmbHG 11. Aufl. § 38 Rn. 29; MüKoGmbHG/Stephan/Tieves § 38 Rn. 41; Michalski/Terlau 2. Aufl. GmbHG § 38 Rn. 23; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG 21. Aufl. § 38 Rn. 43; für das Erfordernis der Kundgabe, aber gegen die Anwendbarkeit des § 130 BGB Henssler/Strohn/Oetker 3. Aufl. GmbHG § 38 Rn. 39).* Die Gesellschafterversammlung muss die Abberufungserklärung nicht selbst gegenüber dem Geschäftsführer abgeben, sondern kann sich hierbei auch dritter Personen bedienen (*BGH 20. Oktober 2008 - II ZR 107/07 - Rn. 12*).

bb) Die von der Gesellschafterversammlung der Beklagten am 10. Dezember 2013 beschlossene Abberufung als Geschäftsführer wurde dem Kläger durch Übermittlung des Protokolls der Versammlung zeitgleich mit der Kündigung am 20. Dezember 2013 mitgeteilt. Vorher ist eine wirksame Abberufung nicht erfolgt. 42

(1) Die vom Kläger behauptete Mitteilung der Abberufung durch Herrn H und Herrn B am 18. Dezember 2013 wäre nicht durch Mitglieder der Gesellschafterversammlung vom 10. Dezember 2013 erfolgt. Die Gesellschafterversammlung bestand nur aus den Geschäftsführern P und M. Die weiteren Geschäftsführer H und B, welche zum Zeitpunkt der Gesellschafterversammlung die Alleingesellschafterin nur noch gemeinsam mit Herrn P oder Herrn M vertreten konnten, wurden nicht hinzugezogen. Sie wurden weder in die Abberufung des Klägers als Geschäftsführer eingebunden noch mit der Erklärung der Kündigung des Arbeitsverhältnisses betraut. 43

(2) Soweit die Revision anführt, bzgl. der behaupteten Äußerungen von Herrn H am 18. Dezember 2013 liege eine Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht vor, ist dies unzutreffend. 44

(a) Eine Duldungsvollmacht ist gegeben, wenn der Vertretene es wesentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt, und der Geschäftspartner dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin versteht und auch verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde zu den vorgenommenen Erklärungen bevollmächtigt ist. Eine Anscheinsvollmacht setzt voraus, dass der 45

Vertretene das Handeln des Scheinvertreters nicht kennt, er es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können, und der Geschäftspartner annehmen durfte, der Vertretene kenne und billige das Handeln des Vertreters (*BAG 28. September 2016 - 7 AZR 377/14 - Rn. 25, 26*). In beiden Konstellationen handelt es sich um Rechtsscheinvollmachten (*MüKoBGB/Schubert 7. Aufl. § 167 Rn. 91*).

(b) Es kann offenbleiben, ob diese Grundsätze der Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht bei der Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers zur Anwendung kommen können. Dem Vortrag des Klägers kann schon nicht entnommen werden, dass die Mitglieder der Gesellschafterversammlung bzgl. der Abberufung des Klägers den erforderlichen Rechtsschein gesetzt haben. Es ist nicht erkennbar, dass sie von einer Bekanntgabe ihres Beschlusses durch Herrn H wussten und es gleichwohl duldend geschehen ließen. Eine Zurechnung nach den Grundsätzen der Duldungsvollmacht scheidet deshalb aus. Aus dem Vorbringen des Klägers wird auch nicht ersichtlich, dass die Mitglieder der Gesellschafterversammlung bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätten erkennen können, dass Herr H sich als ihr Beauftragter gerieren würde. Es kann dahingestellt bleiben, ob Herr H in der Vergangenheit für Fragen im Zusammenhang mit der Beschäftigung des Klägers zuständig war. Aus dem Vortrag des Klägers ergibt sich nicht, dass Herr H ihm gegenüber vor dem 18. Dezember 2013 ohne entsprechende Vertretungsbefugnis aufgetreten ist. Dies gilt für die Zeit vor und nach der Änderung der Vertretungsregelung bei der w GmbH, welche am 20. August 2013 in das Handelsregister eingetragen wurde. Es bestand für die Geschäftsführer P und M daher kein Grund, ein hiervon abweichendes Verhalten des Herrn H im Zusammenhang mit der Gesellschafterversammlung vom 10. Dezember 2013 zu erwarten.

46

4. Da der Kläger aufgrund seiner Organstellung gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes galt, bedurfte es vor der Kündigungserklärung keiner Betriebsratsanhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG (*BAG 25. Oktober 2007 - 6 AZR 1045/06 - Rn. 13*). Es kann daher unentschieden bleiben, ob der Betriebsrat im Vorfeld einer Kündi-

47

gung vor Dienstantritt überhaupt beteiligt werden muss (*vgl. zum Streitstand APS/Koch 5. Aufl. BetrVG § 102 Rn. 30 mwN*).

5. Die Kündigung der Beklagten hat das Arbeitsverhältnis unter Wahrung der dreimonatigen Höchstfrist des § 113 Satz 2 InsO mit Ablauf des 31. März 2014 beendet. 48

a) § 113 Satz 1 InsO regelt - wie dargestellt - die Möglichkeit, die in der Insolvenz gemäß § 108 InsO zunächst fortbestehenden Arbeitsverhältnisse ohne Rücksicht auf eine vereinbarte Vertragsdauer oder einen vereinbarten Abschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung zu kündigen. § 113 Satz 2 InsO legt sodann fest, wie sich die für eine solche Kündigung maßgebliche Kündigungsfrist bestimmt. Nach dem Willen des Gesetzgebers handelt es sich dabei um eine „eigene“ Kündigungsfrist als Höchstfrist, die sowohl für den Insolvenzverwalter als auch für den Arbeitnehmer gilt (*BT-Drs. 12/7302 S. 169*). Diese Frist geht als gesetzliche Spezialregelung allen längeren Kündigungsfristen vor (*BAG 27. Februar 2014 - 6 AZR 301/12 - Rn. 10, BAGE 147, 267*). 49

b) Wird eine Kündigung vor Dienstantritt in der Insolvenz erklärt, beginnt die Kündigungsfrist des § 113 Satz 2 InsO mit dem Zugang der Kündigungserklärung (*HambKomm/Ahrendt 6. Aufl. § 113 InsO Rn. 22, 35; HWK/Annuß 7. Aufl. § 113 InsO Rn. 5; Braun/Beck InsO 7. Aufl. § 113 Rn. 45; Berscheid ZInsO 1998, 115, 116 f.; MüKInsO/Caspers 3. Aufl. § 113 Rn. 30; APS/Künzl 5. Aufl. InsO § 113 Rn. 11; Giesen in Jaeger InsO § 113 Rn. 48; HK-InsO/Linck 8. Aufl. § 113 Rn. 5; ErfK/Müller-Glöge 17. Aufl. § 113 InsO Rn. 7a; KPB/Moll InsO Stand Juli 2012 § 113 Rn. 112; NK-ArbR/Regh InsO § 113 Rn. 23; Uhlenbruck/Zobel 14. Aufl. § 113 InsO Rn. 8; Zwanziger Arbeitsrecht der Insolvenzordnung 5. Aufl. § 113 Rn. 24*). Es kommt nicht darauf an, ob den vor Insolvenzeröffnung getroffenen Vereinbarungen der Arbeitsvertragsparteien zu entnehmen ist, dass bei einer Kündigung vor Dienstantritt die Kündigungsfrist erst ab dem vereinbarten Dienstantritt zu laufen beginnen soll (*vgl. dazu BAG 9. Februar 2006 - 6 AZR 283/05 - Rn. 36, BAGE 117, 68; APS/Linck BGB § 622 Rn. 58*). Das folgt aus § 113 Satz 1 InsO (*für dessen analoge Anwendung Ner-* 50

*lich/Römermann/Hamacher InsO Stand November 2011 § 113 Rn. 12; Andres in Andres/Leithaus InsO 3. Aufl. § 113 Rn. 6).* Eine Abweichung von der Grundregel des Beginns der Kündigungsfrist mit dem Zugang der Kündigung bedeutet die Vereinbarung einer bestimmten Vertragsdauer. Nach § 113 Satz 1 InsO kann das Dienstverhältnis aber „ohne Rücksicht auf eine vereinbarte Vertragsdauer“ gekündigt werden. Der Insolvenzverwalter ist daher nicht gehalten, den Lauf der Kündigungsfrist ab dem vereinbarten Zeitpunkt des Dienstantritts abzuwarten. Dies würde auch der gesetzlichen Zielsetzung widersprechen. § 113 InsO dient dem Ausgleich zwischen den sozialen Belangen der Arbeitnehmer des insolventen Unternehmens auf der einen und den Interessen der Insolvenzgläubiger am Erhalt der Masse als Grundlage ihrer Befriedigung auf der anderen Seite (*vgl. BAG 19. November 2015 - 6 AZR 559/14 - Rn. 39, BAGE 153, 271*). Eine durch den späteren Beginn der Kündigungsfrist hervorgerufene Verzögerung der Kündigung eines noch nicht in Vollzug gesetzten und typischerweise nicht mehr benötigten Arbeitsverhältnisses wäre mit den Interessen der Insolvenzgläubiger nicht vereinbar. Der Arbeitnehmer wird hingegen nur so gestellt, als wenn sein Arbeitsverhältnis bereits begonnen hätte. Dies ist der Normalfall einer Kündigungssituation.

c) Die Kündigung der Beklagten vom 10. Dezember 2013 hat angesichts ihres Zugangs am 20. Dezember 2013 das Arbeitsverhältnis zum 31. März 2014 beendet. Dies entspricht der Höchstfrist des § 113 Satz 2 InsO, welche der vertraglichen Kündigungsfrist von neun Monaten zum Monatsende vorgeht. 51

d) Im Übrigen hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt, dass ein Fristbeginn mit dem Zeitpunkt des Dienstantritts ebenfalls zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Ablauf des 31. März 2014 geführt hätte. Beginnt die Kündigungsfrist bei einer vor Dienstantritt ausgesprochenen ordentlichen Kündigung erst mit dem Zeitpunkt des vertraglich vereinbarten Beginns des Arbeitsverhältnisses, ist die Kündigungsfrist nach § 187 Abs. 2 Satz 1 iVm. § 188 Abs. 2 BGB zu berechnen. Der Beginn des Arbeitsverhältnisses fällt mit dem Beginn des ersten vorgesehenen Arbeitstages zusammen. Dieser ist bei der Berechnung der Kündigungsfrist nach § 187 Abs. 2 Satz 1 BGB mitzurechnen 52

(vgl. BAG 9. April 2014 - 10 AZR 635/13 - Rn. 11, BAGE 148, 10; 2. November 1978 - 2 AZR 74/77 - zu II 3 b dd der Gründe, BAGE 31, 121). Bei einem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses am 1. Januar 2014 bedeutet dies bei einer dreimonatigen Kündigungsfrist eine Beendigung zum 31. März 2014 (§ 188 Abs. 2 BGB).

II. Der zu 2. gestellte allgemeine Feststellungsantrag ist unzulässig. Es fehlt an einem hinreichenden Feststellungsinteresse gemäß § 256 Abs. 1 ZPO. Ein solches besteht nicht schon deshalb, weil eine bestimmte Kündigung erklärt worden und ihretwegen ein Rechtsstreit anhängig ist. Der klagende Arbeitnehmer muss vielmehr weitere streitige Beendigungstatbestände oder wenigstens deren Möglichkeit in den Prozess einführen und damit dartun, dass er an dem die Klage nach § 4 KSchG erweiternden Antrag ein rechtliches Interesse hat (vgl. BAG 26. September 2013 - 2 AZR 682/12 - Rn. 32, BAGE 146, 161; ErfK/Kiel 17. Aufl. § 4 KSchG Rn. 37 - 39; Spinner in Löwisch/Spinner/Wertheimer KSchG 10. Aufl. § 4 Rn. 104 f.). Der Kläger hat außer den beiden Kündigungen vom 10. Dezember 2013, welche er bereits erstinstanzlich mit Kündigungsschutzanträgen nach § 4 Satz 1 KSchG angegriffen hat, keine „anderen Beendigungsgründe“ angeführt. Eine das Feststellungsinteresse begründende Unsicherheit über das Bestehen weiterer Beendigungstatbestände ist nicht ersichtlich. 53

III. Der zu 3. gestellte Feststellungsantrag ist dem Senat nicht zur Entscheidung angefallen. 54

1. Ein Antrag kann unter eine innerprozessuale Bedingung gestellt werden. Dies muss nicht notwendigerweise das Unterliegen oder Obsiegen mit dem Hauptantrag sein, also eine bestimmte Entscheidung des Gerichts über den mit dem Hauptantrag verfolgten Anspruch. Es ist ebenso zulässig, über einen Antrag nur für den Fall eine Sachentscheidung zu begehren, dass das Gericht im Zusammenhang mit dem Hauptantrag eine Rechtsfrage in einer bestimmten Weise beurteilt (BAG 17. Dezember 2015 - 2 AZR 304/15 - Rn. 23, BAGE 154, 20). 55

2. Der Kläger hat den Antrag zu 3. unter eine zulässige innerprozessuale Bedingung gestellt, die nicht eingetreten ist. Der Antrag war eine Reaktion auf die Behauptung der Beklagten, die Kündigung der w GmbH habe zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten geführt, weil das Arbeitsverhältnis „im gekündigten Zustand“ auf die Beklagte übergegangen sei. Vorsorglich stellte der Kläger daraufhin den Antrag zu 3., obwohl er unverändert davon ausging, dass mit der Beklagten zum 1. Januar 2014 ein neues Arbeitsverhältnis begründet worden sei und die Kündigung der w GmbH dieses nicht beenden können. Eine Entscheidung über den Antrag zu 3. sollte deshalb nur erfolgen, wenn das Gericht entsprechend der Auffassung der Beklagten von einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ausgeht und die Kündigung der w GmbH die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch im Verhältnis zur Beklagten bewirken kann. Dies hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers in der Verhandlung vor dem Senat bestätigt. Folglich war über den Antrag zu 3. nicht zu entscheiden. Wie ausgeführt, handelte es sich um zwei selbständige Arbeitsverhältnisse mit unterschiedlichen Arbeitgebern. Mangels Genehmigung durch die Beklagte konnte die Kündigung der w GmbH das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten nicht auflösen.

IV. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen.

Fischermeier

Gallner

Krumbiegel

M. Geyer

C. Klar