

# Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung eines Transfermitarbeiters wegen Wegfalls der Refinanzierungszahlungen

von Rechtsanwältin Carolin Sigle, Dortmund

## I. Ausgangslage

Das BAG hat mit Urteil vom 24.01.2013<sup>1</sup> entschieden, dass eine aus »betrieblichen Gründen« erfolgende außerordentliche fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses mit einem Transfermitarbeiter unwirksam ist, wenn diese vor dem Hintergrund erfolgt, dass der bisherige Arbeitgeber die Zahlungen an die Transfergesellschaft zur Finanzierung der Arbeitsverhältnisse wegen seiner eingetretenen Insolvenz nicht mehr fortsetzt.

Von einer Transfergesellschaft wurden zum 01.07.2009 insgesamt 20 Arbeitnehmer (m/w) eines Unternehmens in eine sog. betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit gem. § 111 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB III unter Bezug von Transferkurzarbeitergeld übernommen. Hierfür wurde im Dienstleistungsvertrag zwischen der Transfergesellschaft und dem bisherigen Arbeitgeber vereinbart, dass die Transfergesellschaft für die Finanzierung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit für das erste Vierteljahr einen Vorschuss in Höhe von 100.000 Euro erhält; der Betrag wurde im Juli 2009 an die Transfergesellschaft überwiesen. In der Folge wurde über das Vermögen des bisherigen Arbeitgebers das Insolvenzverfahren eingeleitet; der vorläufige Insolvenzverwalter teilte der Transfergesellschaft daraufhin am 22.10.2009 mit, dass keine weiteren Vorschusszahlungen geleistet würden. Die Transfergesellschaft schloss mit 17 von 20 übernommenen Mitarbeitern Aufhebungsverträge. Drei Mitarbeiter lehnten dies ab.

Die Transfergesellschaft hatte in den mit den Mitarbeitern geschlossenen dreiseitigen Verträgen keine ordentliche Kündigungsmöglichkeit des befristeten Arbeitsverhältnisses geregelt. Dies muss – da eine ordentliche Kündigung gemäß § 15 Abs. 3 TzBfG in befristeten Arbeitsverhältnissen grundsätzlich ausgeschlossen ist – jedoch ausdrücklich vereinbart werden.

Wegen der fehlenden ordentlichen Kündigungsmöglichkeit kündigte die Transfergesellschaft die befristeten Arbeitsverhältnisse mit den drei genannten Mitarbeitern außerordentlich aus betriebsbedingten Gründen am 30.10.2009. Gegen diese Kündigung wandte sich der Kläger des dem Urteil zugrunde liegenden Rechtsstreits.

## II. Arbeitnehmereigenschaft eines Transfermitarbeiters

In dem Prozess hatte die Transfergesellschaft vorgetragen, dass es sich wegen des Fehlens einer Arbeitspflicht bei »Transferkurzarbeit Null« nicht um ein Arbeitsverhältnis handele. Dem ist jedoch weder das LAG Rheinland-Pfalz noch das BAG gefolgt.

Bereits in einem parallelen Beschlussverfahren hatte das BAG am 09.05.2011<sup>2</sup> entschieden, dass der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet sei. Auch der dortige Kläger sei Arbeitnehmer der Transfergesellschaft gewesen, auch wenn die Inhalte des dreiseitigen Vertrags die vertraglichen Ver-

pflichtungen dahin gehend modifiziert hätten, dass im Wesentlichen Weiterbildungs- und Qualifizierungsmaßnahmen angeboten würden und sonst mit »Kurzarbeit Null« verfahren werde. Hierdurch könne ein Arbeitsverhältnis nicht verneint werden. Die Transfergesellschaft habe ein Weisungsrecht gegenüber dem Kläger, seine Beschäftigung erfolge gegen Vergütung. An vielen Stellen im dreiseitigen Vertrag fänden sich Regelungen, die das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses voraussetzten (monatliche Entgeltzahlung, Urlaub, Entgeltfortzahlung etc.). Dies entspreche auch der »ganz überwiegenden« Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum. Ergänzend hebt das BAG in der Entscheidung hervor, dass der Begriff der »Arbeit« weit zu verstehen sei und daher auch die Teilnahme an Weiterbildungs- und Qualifizierungsmaßnahmen umfassen könne; letztlich könne die Arbeitspflicht – wie etwa bei der Freistellung während der Kündigungsfrist – vollständig entfallen, obwohl ein Arbeitsverhältnis gegeben sei.

## III. Keine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung bei fehlender Refinanzierungsmöglichkeit

Die erfolgte außerordentliche Kündigung hat das Arbeitsverhältnis der Parteien auch nicht aufgelöst. Dabei hat das BAG über die Frage, ob sich aus dem dreiseitigen Vertrag eine über die Weiterleitung des Transferkurzarbeitergelds und der Aufstockungsleistungen hinausgehende eigenständige Vergütungspflicht der Transfergesellschaft ergibt, nicht entschieden. Zahlungsschwierigkeiten des Arbeitgebers als solche seien kein wichtiger Grund für eine außerordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB. Das Ausbleiben von Refinanzierungszahlungen sei als wirtschaftliches Risiko vom Arbeitgeber zu tragen. Die Transfergesellschaft hätte sich – wie bereits in den ersten drei Monaten der Arbeitsverhältnisse geschehen – gegen die Insolvenz des bisherigen Arbeitgebers weiter absichern können und habe das Risiko der fehlenden Finanzierung nicht – wie geschehen – auf den Kläger als Arbeitnehmer übertragen dürfen. Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Befristung sei ohne Weiteres zumutbar gewesen. Das Fehlen eines wichtigen Grundes ergebe sich auch aus § 113 Satz 2 InsO, da selbst der Insolvenzverwalter in Anbetracht der schlechten wirtschaftlichen Lage des Unternehmens grundsätzlich nur mit einer Frist von drei Monaten kündigen könne. Im entschiedenen Fall bestand das Arbeitsverhältnis demnach bis zum Ablauf der Befristung am 31.03.2010 fort.

## IV. Einordnung und Auswirkungen auf die Transfer-Praxis

Das Urteil zeigt erfreulicherweise sehr deutlich, welche Handlungsmöglichkeiten Transfergesellschaften bei der Über-

1 BAG vom 24.01.2013, 2 AZR 453/11.

2 BAG vom 09.05.2011, 10 AZB 1/11.

nahme von vom Stellenabbau betroffenen Arbeitnehmern (nicht) haben, offenbart damit aber auch die »Misere« des mit der Einrichtung einer Transfergesellschaft beauftragten Dienstleisters.

Bereits mit den Änderungen durch das Beschäftigungschancengesetz vom 24.10.2010<sup>3</sup> wurde in § 111 Abs. 3 Satz 1 SGB III aufgenommen, dass die betrieblichen Voraussetzungen nur dann erfüllt sind, wenn die »Mittelausstattung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit den angestrebten Integrationserfolg erwarten« lässt, wobei mit Mittelausstattung die finanziellen Mittel gemeint sind. Durch die Regelung wird ausweislich der Geschäftsanweisungen der Bundesagentur für Arbeit<sup>4</sup> gewährleistet, dass die beauftragte Transfergesellschaft die Fähigkeit hat, die vorhersehbaren Risiken ihres Geschäftsbetriebs zu erkennen, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen und insbesondere die übernommene Eingliederungsaufgabe zu erfüllen«. Die Regelung verringere die Gefahr des vorzeitigen Scheiterns der Transfergesellschaft insbesondere zulasten der Arbeitnehmer während der Laufzeit der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit. Transfergesellschaften sind also gehalten, mit dem abgebenden Unternehmen eine Regelung über die finanzielle Ausstattung zu finden. In der Praxis haben sich dabei die Überweisung des gesamten Finanzierungsbetrags oder die Absicherung über Bankbürgschaften bewährt.

Konkret beinhaltet der Finanzierungs- bzw. Absicherungsbedarf dabei die sog. Remanenzkosten, also die Sozialversicherungsbeiträge inkl. Beiträgen zur Berufsgenossenschaft, etwaige Aufstockungsbeträge, die Vergütung für Urlaubs- und Feiertage und ggf. weitere Zahlungen zugunsten der Transfermitarbeiter für den gesamten Zeitraum der übernommenen Arbeitsverhältnisse. Es liegt auf der Hand, dass es sich dabei einerseits nicht um geringfügige Beträge handelt, andererseits aber das Bedürfnis eines Stellenabbaus häufig in Unternehmen besteht, deren finanzielle Lage – und hierbei insbesondere auch die Unterstützung durch Kreditinstitute – durchaus als schwierig bezeichnet werden kann. Erst recht gilt dies bei der Begleitung insolventer Unternehmen. In dieser Situation ist der finanzielle Spielraum in den Verhandlungen mit dem Träger der Transfergesellschaft dementsprechend minimiert.

Zukünftig kann nicht mehr darauf »vertraut« werden, im Fall des Wegfalls der Refinanzierungsmöglichkeit Kündigungen gegenüber den Transfermitarbeitern auszusprechen. Zwar handelte es sich in dem dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Sachverhalt um ein befristetes Arbeitsverhältnis, in dem die ordentliche Kündigungsmöglichkeit nicht vereinbart wurde. Mit den Ausführungen des BAG ist jedoch davon auszuge-

hen, dass der Ausspruch einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung auf Basis einer entsprechenden Vereinbarung hier nicht weitergeholfen hätte, denn auch dann hätte es sich um einen Fall der Verlagerung des wirtschaftlichen Risikos zulasten des Arbeitnehmers gehandelt.

Ob der Nachweis im Urteil weiterhilft, dass die Parteien die Regelung versäumt haben, »wer ... das Risiko des Ausbleibens sonstiger Refinanzierungsleistungen zu tragen hat«, bleibt fraglich. Die Gestaltung einer ordentlichen Kündbarkeit wegen des Fehlens des zugesagten Geldes des vorangegangenen Arbeitgebers scheint insoweit möglich; ob das BAG dann aber auch die sonstigen Voraussetzungen einer erfolgten ordentlichen betriebsbedingten Kündigung wirklich bestätigen würde, darf in Zweifel gezogen werden, wenn es letztlich ausweislich der Entscheidung dabei bleibt, »dass das wirtschaftliche Risiko vom Arbeitgeber zu tragen ist«.

Es stellt sich daher die Frage, wie die mit der Einrichtung von Transfergesellschaften beauftragten Dienstleister mit dieser Situation umgehen. Eine Möglichkeit besteht darin, die laufenden Kosten monatlich in Rechnung zu stellen und eine Absicherung über eine Bankbürgschaft zu vereinbaren, die nur im Fall ausbleibender Zahlungen durch den bisherigen Arbeitgeber genutzt wird. Dies ist allerdings mit zusätzlichen Kosten (Avalgebühren) verbunden. Sollen hingegen die finanziellen Mittel in Raten gezahlt werden – wie dies offensichtlich in dem dem BAG-Urteil zugrunde liegenden Fall geplant war –, muss zukünftig die Befristung der Arbeitsverhältnisse mit den Transfermitarbeitern korrespondierend unter Nutzung der Verlängerungsmöglichkeiten des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG gestaltet werden. Z.B. kann die Befristung zunächst nur für das finanzierte Vierteljahr und eine Verlängerung – noch während des Laufs der ursprünglichen Befristung – nach Eingang der zweiten Rate vereinbart werden.

## V. Fazit

Auf die Absicherung eines Transferprojekts muss demnach – im Gleichschritt mit der Beachtung der sonstigen gesetzlichen Vorgaben wie z.B. der Durchführung des Profiling etc. bereits vor Beginn der Transfergesellschaft ein besonderes Augenmerk gelegt werden. Das Urteil hilft dabei den Dienstleistern von Transfergesellschaften, auf einer ausreichend sicheren Lösung bei der Refinanzierung zu bestehen.

<sup>3</sup> BGBl. I, S. 1417.

<sup>4</sup> Geschäftsanweisungen Teil C – Transfermaßnahmen und Transferkurzarbeitergeld (T-Kug), § 110 und § 134 sowie § 111 SGB III (Stand: Juni 2013), dort 13.3.2 (14).