

Bundesarbeitsgericht
Sechster Senat

Urteil vom 15. Dezember 2016
- 6 AZR 430/15 -
ECLI:DE:BAG:2016:151216.U.6AZR430.15.0

I. Arbeitsgericht Mannheim

Urteil vom 19. November 2014
- 4 Ca 96/14 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg
- Kammern Mannheim -

Urteil vom 17. Juni 2015
- 19 Sa 65/14 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Ordentliche Kündigung eines durch „CRO-Vertrag“ begründeten Rechtsverhältnisses mit Auslandsberührung

Bestimmungen:

KSchG § 4 Satz 1, § 7 Halbs. 1; BGB §§ 133, 140, 622 Abs. 1; Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (*ABl. EU L 177 vom 4. Juli 2008 S. 6, ber. ABl. EU L 309 vom 24. November 2009 S. 87 - Rom I-VO*) Art. 3 Abs. 1; Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen - LugÜ) vom 30. Oktober 2007 Art. 24

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 430/15

19 Sa 65/14

Landesarbeitsgericht

Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

15. Dezember 2016

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 15. Dezember 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner, den Richter am Bundesarbeitsgericht Krumbiegel sowie die ehrenamtlichen Richter Klapproth und Steinbrück für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Mannheim - vom 17. Juni 2015 - 19 Sa 65/14 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten noch über die ordentliche Kündigung eines sog. CRO-Vertrags, Vergütung, Ansprüche auf Erstattung der Beiträge für die Kranken- und Pflegeversicherung sowie die Verpflichtung der Beklagten, Namensaktien der R H AG im Nennbetrag von 49.000,00 CHF zu übereignen, zu übertragen und zu übergeben. 1

Die beklagte R (Schweiz) AG ist eine in Re (Schweiz) ansässige Aktiengesellschaft. Sie gehört zum R-Konzern, dessen Konzernobergesellschaft die R H AG mit Sitz ebenfalls in Re ist. Außer der Beklagten und der Muttergesellschaft gehören dem Konzern die R AG mit Sitz in Re und die R GmbH mit Sitz in V (Bundesrepublik Deutschland) an. Die drei in der Schweiz an derselben Adresse ansässigen Unternehmen werden von Verwaltungsräten geleitet. Die Verwaltungsräte dieser drei Unternehmen bestehen aus denselben Personen. Dem Verwaltungsrat der R H AG gehört zusätzlich das Mitglied A an. Eine nach Schweizer Recht mögliche Geschäftsleitung unterhalb der Ebene des Verwaltungsrats besteht bei der Beklagten nicht. 2

Unternehmensgegenstand der Beklagten ist „Entwicklung, Herstellung, Vertrieb, Planung und Vermittlung von Systemen und Anlagen, insbesondere in der Audiotechnik und anderen technischen Gebieten“. 3

Der Kläger wurde von der Beklagten aufgrund eines „CRO-Vertrags“ vom 15. Februar 2013 seit dem 1. April 2013 als internationaler Vertriebsleiter im deutschsprachigen Raum mit Schwerpunkt Deutschland beschäftigt. 4

Der Vertrag vom 15. Februar 2013 beruht in seinen Grundzügen auf einem Mustervertrag, der vom Rudolf Haufe Verlag für das deutsche Recht entworfen wurde. Er lautet auszugsweise:

5

„§ 1 Vertretung

Der CRO übernimmt ab 01.04.2013 die Stellung als Mitglied der Geschäftsleitung der Gesellschaft und vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich, und zwar vorläufig allein in dieser Funktion. Von den Beschränkungen des § 181 BGB ist er befreit.

Die Gesellschaft kann jederzeit neben ihm weitere Geschäftsführer oder Prokuristen bestellen und die Vertretungsmacht und Geschäftsführung neu regeln.

§ 2 Geschäftsführung

Der CRO führt die Geschäfte nach Maßgabe der Gesetze, der Satzung der Gesellschaft, der Geschäftsordnung und dem Managementreglement sowie diesem Anstellungsvertrag.

Im Innenverhältnis ist der CRO zuständig für die Bereiche Vertrieb.

In diesem Rahmen erstreckt sich die Geschäftsführungsbefugnis des CRO auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb mit sich bringt und im Managementreglement erlaubt sind.

Die Gesellschaft ist berechtigt, dem CRO andere Aufgabenbereiche zuzuweisen. Der Katalog der Geschäfte und Maßnahmen, deren Ausführung der vorherigen Zustimmung der Gesellschafter bedarf, kann jederzeit durch Beschluss der Gesellschaftsversammlung erweitert oder eingeschränkt werden.

§ 3 Vertragsdauer/Kündigung/Abberufung/Freistellung/Beendigung

Dieser Vertrag beginnt am 01.04.2013 und wird zunächst auf die Dauer von 5 Jahren geschlossen/endet mit dem Ablauf des 31.03.2018, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Wird er nicht mit einer Frist von 12 Monaten vor Ablauf von einer der Vertragsparteien gekündigt, so verlängert sich seine Geltungsdauer um weitere 36 Monate. Anschließend kann der Vertrag von beiden Vertragsparteien unter Einhaltung einer Frist von 12 Monaten zum Ende des Monats/Quartals gekündigt werden.

Hiervon unberührt bleibt das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund. Ein wichtiger Grund ist z. B. die Abberufung des CROs durch den Verwaltungsrat, schwere Verstöße des CROs gegen die ihm im Innenverhältnis auferlegten Beschränkungen der Geschäftsführung oder gegen Weisungen des Verwaltungsrates oder des CEOs, ferner die Liquidation der Gesellschaft.

Nach Kündigung des Anstellungsverhältnisses ist die Gesellschaft berechtigt, den CRO von der Dienstleistung freizustellen und die weitere Vertretung der Gesellschaft auszuschließen. Die Parteien sind sich darüber einig, dass anderweitiger Erwerb während der Freistellung in entsprechender Anwendung des § 615 Satz 2 BGB angerechnet wird und der CRO der Gesellschaft darüber zur uneingeschränkten Auskunftserteilung verpflichtet ist.

Jede Kündigung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Die elektronische Form ist ausgeschlossen.

...

§ 4 Vergütung

Der CRO erhält als Vergütung für seine Tätigkeit ein festes Jahresgehalt von 220.000,00 Euro, zahlbar in zwölf gleichen Raten am Ende eines jeden Monats.

Der CRO erhält weiter das Recht, Aktien der Gesellschaft zum Nominalwert zu zeichnen in der Höhe von 10 % des Aktienpaketes, jedoch nicht mehr als 4,9 Millionen Stück. Des Weiteren erhält der CRO die Möglichkeit, 500.000 Aktien zum Preis/Stück von SFr. 0,05 zu erwerben.

...

§ 13 Schlussbestimmungen/Nebenabreden/Schriftform

Mündliche Nebenabreden bestehen nicht.

Ergänzungen und Änderungen dieses Vertrags bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform. Dies gilt nicht für individuelle Vertragsabreden i.S.v. § 305b BGB mit einem vertretungsbefugten Vertreter der Gesellschaft. Im Übrigen kann das Formerfordernis nicht durch mündliche Vereinbarung, konkludentes Verhalten oder stillschweigend außer Kraft gesetzt werden.“

Abweichend von §§ 1 und 2 des Vertrags wurde der Kläger zu keiner Zeit Mitglied der - nicht bestehenden - Geschäftsleitung oder Organ der Beklagten. Ihm oblag vor allem die Leitung und Anleitung der in Deutschland und in der Schweiz gebildeten Vertriebsteams. Den größten Teil seiner Arbeitszeit wandte der Kläger für die Vertriebsteams in Deutschland auf. Er unterlag den Weisungen des Verwaltungsrats der Beklagten und war in ihre Betriebsabläufe eingegliedert. Der Kläger wurde im Wesentlichen von dem an seiner Privatschrift in Heidelberg eingerichteten Büro aus tätig. Dorthin kehrte er auch nach Reisen innerhalb und außerhalb Deutschlands - mit Ausnahme von höchstens fünf auswärtigen Übernachtungen - zurück. Die Anwendung ausschließlich deutschen Rechts ging auf den Wunsch des Klägers zurück. 6

Mit Schreiben vom 20. August 2013, das dem Kläger am selben Tag übergeben wurde, kündigte die „R AG, R (Schweiz) AG“ das Arbeitsverhältnis. Das Schreiben lautet in Auszügen: 7

„Kündigung (Abberufung durch den VR) des seit dem 01.04.2013 bestehenden Arbeitsverhältnisses bei der R AG, Re

Sehr geehrter Herr H,

hiermit kündigen wir Ihnen das oben genannte Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung der Kündigungsfrist von 4 Wochen zum Monatsende ordentlich zum

30. September 2013.

Die Kündigung erfolgt aus betriebsbedingten Gründen.“

Das Schreiben war von den beiden Verwaltungsratsmitgliedern der Beklagten F und D unterzeichnet. Sie sind zugleich Mitglieder des Verwaltungsrats der R AG und der R H AG. 8

Bis zum 30. September 2013 rechnete die Beklagte gegenüber dem Kläger monatlich Ansprüche in Höhe von 18.333,33 Euro brutto und Zuschüsse in Höhe von 50 % der vom Kläger entrichteten Beiträge zu einer privaten Kranken- und Pflegeversicherung ab, dh. 246,37 Euro und 13,93 Euro. Diese Ansprüche wurden bis einschließlich Juni 2013 und für September 2013 auch erfüllt. Die eingeklagten Ansprüche für die Monate Juli und August 2013 sind von 9

diesem Rechtsstreit abgetrennt worden. Seit dem 1. Oktober 2013 beschäftigt die Beklagte den Kläger nicht mehr.

Mit Schreiben vom 29. Oktober 2013 wandte sich der Kläger über seinen Prozessbevollmächtigten an die Beklagte und machte unter Bezug auf § 3 des Vertrags vom 15. Februar 2013 den Fortbestand des Vertragsverhältnisses jedenfalls bis zum 31. März 2018 geltend. Zugleich bot er seine Arbeitskraft an. Außerdem forderte er die Erstattung der vollen Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung und erhob ua. Ansprüche auf Übertragung von Aktien in Höhe von mindestens 10 % des Aktienpakets.

10

Mit seiner am 12. Dezember 2013 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat sich der Kläger ua. gegen die Kündigung vom 20. August 2013 gewandt. Er hat gemeint, dass die Kündigung „ins Leere gehe“, weil das Arbeitsverhältnis „bei der R AG“ gekündigt worden sei. Jedenfalls sei das Arbeitsverhältnis nicht schon zum 30. September 2013, sondern frühestens zum 31. März 2018 gekündigt worden. Der Arbeitsvertrag sei nicht befristet, sondern unbefristet mit einer vertraglichen Mindestdauer geschlossen worden. Der Vertrag sei deshalb nicht unkündbar, sondern mit einer Kündigungsfrist von zwölf Monaten ordentlich kündbar gewesen. Die Nichteinhaltung der zutreffenden Kündigungsfrist könne außerhalb der Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG geltend gemacht werden. Dem Kündigungsschreiben lasse sich durch Auslegung entnehmen, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis jedenfalls - aus betriebsbedingten Gründen - habe beenden und dabei die ordentliche Kündigungsfrist habe wahren wollen. Dem Kläger sei noch am Tag der Übergabe des Kündigungsschreibens durch das Verwaltungsratsmitglied F ausdrücklich zugesagt worden, dass die Kündigung für den Fall, dass die im Kündigungsschreiben genannte Kündigungsfrist unzutreffend sei, selbstverständlich mit der richtigen Frist gelten solle. Aus dem Fortbestand des Rechtsverhältnisses folge der Fortbestand der Vergütungsansprüche über den 30. September 2013 hinaus in Höhe von 18.333,33 Euro brutto pro Monat. Der Anspruch auf Erstattung der vollen Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge ergebe sich aus einer mündlichen Zusage des Verwaltungsratsmitglieds Fr im Rahmen des Abschlusses des Arbeitsvertrags. Der Anspruch aus § 4 des Arbeitsvertrags, 4.900.000 Aktien der Mut-

11

tergesellschaft zum Nominalwert zu zeichnen, sei nicht mit dem Anspruch auf Aktienerwerb zum Preis von 0,05 CHF zu vermengen.

Der Kläger hat - soweit für die Revision noch von Interesse - beantragt

12

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgrund der mit Schreiben vom 20. August 2013 erklärten ordentlichen Kündigung mit Ablauf des 30. September 2013 aufgelöst wurde, sondern bis zum 31. März 2018 zu den bisherigen Bedingungen fortbesteht;
2. hilfsweise zu 1. festzustellen, dass das Dienstverhältnis der Parteien nicht aufgrund der mit Schreiben vom 20. August 2013 erklärten ordentlichen Kündigung mit Ablauf des 30. September 2013 aufgelöst wurde, sondern bis zum 31. März 2018 zu den bisherigen Bedingungen fortbesteht;
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn Vergütung von monatlich jeweils 18.333,33 Euro brutto für Oktober 2013 bis Oktober 2014 nebst Zinsen in im Einzelnen genannter, gestaffelter Höhe zu zahlen;
4. die Beklagte zu verurteilen, an ihn Zuschüsse zur Krankenversicherung von 246,36 Euro netto für April 2013 bis September 2013, von 492,73 Euro netto für Oktober 2013 bis Dezember 2013 und von 514,23 Euro netto für Januar 2014 bis Oktober 2014 nebst Zinsen in im Einzelnen genannter, gestaffelter Höhe zu zahlen;
5. die Beklagte zu verurteilen, an ihn Zuschüsse zur Pflegeversicherung von weiteren 13,92 Euro netto für April 2013 bis September 2013 und von 27,85 Euro netto für Oktober 2013 bis Oktober 2014 nebst Zinsen in im Einzelnen genannter, gestaffelter Höhe zu zahlen;
6. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 4.900.000 Stück Namensaktien der R H AG, Re, Schweiz im Nennbetrag von 49.000,00 CHF zu übereignen sowie zu übertragen und zu übergeben.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Kündigung nach § 7 Halbs. 1 KSchG für wirksam gehalten. Die Kündigung habe ersichtlich das einzige bestehende Arbeitsverhältnis mit der Beklagten betreffen sollen. Die Beklagte habe das Arbeitsverhältnis zum 30. September 2013 be-

13

enden wollen. Sie habe nicht zugesagt, dass jedenfalls die richtige Frist gelten solle. Die Kündigungsfrist sei weder vom Kläger noch von der Beklagten thematisiert worden. Dem Kläger sei auch nicht zugesagt worden, dass die Beklagte die vollen Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge übernehme. Ansprüche auf Übereignung, Übertragung und Übergabe der 4.900.000 Namensaktien bestünden nur gegen Entgelt.

Die Vorinstanzen haben die in diesem Rechtsstreit noch rechtshängige 14
Klage abgewiesen. Das Arbeitsgericht hat seine Zuständigkeit bejaht, nachdem die Beklagte ihre Zuständigkeitsrüge vom 7. Januar 2014 nicht weiterverfolgt und sich mit Schriftsatz vom 18. März 2014 damit einverstanden erklärt hat, dass der Rechtsstreit vor dem Arbeitsgericht Mannheim geführt wird. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine in der Berufungsinstanz noch rechtshängigen Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die noch rechts- 15
hängige Klage zu Recht abgewiesen.

A. Die Klage ist zulässig. 16

I. Die deutschen Arbeitsgerichte sind international zuständig. 17

1. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ist eine auch in 18
der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfende Sachurteilsvoraussetzung
(vgl. zB BAG 19. März 2014 - 5 AZR 252/12 (B) - Rn. 11, BAGE 147, 342;
20. September 2012 - 6 AZR 253/11 - Rn. 13, BAGE 143, 129; BGH 2. März
2010 - VI ZR 23/09 - Rn. 7, BGHZ 184, 313).

2. Die internationale Zuständigkeit richtet sich für deutsche Gerichte ua. 19
im Verhältnis zur Schweiz nach den Regelungen des Übereinkommens über die
gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Ent-

scheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen - LugÜ). Das jetzige LugÜ vom 30. Oktober 2007, das das LugÜ vom 16. September 1988 abgelöst hat, ist für die Schweiz am 1. Januar 2011 in Kraft getreten. Die Klage ist am 12. Dezember 2013 anhängig und am 6. Januar 2014 rechtshängig geworden (*vgl. BGH 16. Januar 2014 - IX ZR 194/13 - Rn. 6*). Schon der Vertrag der Parteien datiert vom 15. Februar 2013, ist also nach Inkrafttreten des LugÜ für die Schweiz am 1. Januar 2011 geschlossen worden.

3. Grundsätzlich folgt die internationale Zuständigkeit der örtlichen Zuständigkeit nach §§ 12 ff. ZPO. Die Regelungen des LugÜ sind jedoch vorrangig und verdrängen als spezielleres Recht die nationalen zivilprozessualen Bestimmungen, die ihnen widersprechen (*vgl. BAG 8. Dezember 2010 - 10 AZR 562/08 - Rn. 15; zum LugÜ aF auch BAG 20. August 2003 - 5 AZR 45/03 - zu I der Gründe, BAGE 107, 178; zur EuGVVO BAG 24. September 2009 - 8 AZR 306/08 - Rn. 26, BAGE 132, 182*). 20

4. Der allgemeine Gerichtsstand des Beklagtenwohnsitzes nach Art. 2 Nr. 1 LugÜ begründet im Streitfall keine internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte, weil die Beklagte in der Schweiz ansässig ist. Nach Art. 3 Nr. 1 LugÜ kann sich die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte daher nur aus den besonderen und ausschließlichen Zuständigkeiten sowie den Zuständigkeitsvereinbarungen der Art. 5 bis Art. 24 in Abschn. 2 bis Abschn. 7 des Titels I LugÜ ergeben (*vgl. BGH 3. April 2014 - IX ZB 88/12 - Rn. 19*). 21

5. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte jedenfalls nach Art. 24 LugÜ begründet worden ist, weil die Beklagte auf ihre mit Schriftsatz vom 7. Januar 2014 erhobene Rüge der internationalen Zuständigkeit durch Schriftsatz vom 18. März 2014 verzichtet oder sie zumindest zurückgenommen hat (*vgl. BGH 15. September 2015 - VI ZR 480/14 - Rn. 19; 28. Juli 2015 - VI ZR 465/14 - Rn. 20*). Damit hat sich die Beklagte rügelos auf die Klage vor den deutschen Arbeitsgerichten eingelassen (*vgl. BAG 23. März 2016 - 5 AZR 767/14 - Rn. 14*). 22

- a) Sofern das Gericht eines durch das LugÜ gebundenen Staats nicht bereits nach anderen Vorschriften des LugÜ zuständig ist, wird es nach Art. 24 Satz 1 LugÜ zuständig, wenn sich die beklagte Partei vor ihm auf das Verfahren einlässt. Dies gilt nach Art. 24 Satz 2 LugÜ nicht, wenn sich die beklagte Partei einlässt, um den Mangel der Zuständigkeit geltend zu machen, oder wenn ein anderes Gericht aufgrund des Art. 22 LugÜ ausschließlich zuständig ist. 23
- b) Die Voraussetzungen des Art. 24 LugÜ sind im Streitfall erfüllt. 24
- aa) Ein ausschließlicher internationaler Gerichtsstand iSv. Art. 24 Satz 2 Alt. 2 LugÜ aufgrund von Art. 22 LugÜ besteht nicht. 25
- bb) Die Beklagte hat den zuvor mit Schriftsatz vom 7. Januar 2014 gerügten Zuständigkeitsmangel ausdrücklich fallengelassen und sich durch Schriftsatz vom 18. März 2014 damit einverstanden erklärt, dass der Rechtsstreit bei dem international und örtlich zuständigen Arbeitsgericht Mannheim geführt wird. Damit hat sie sich sehenden Auges auf das Verfahren iSv. Art. 24 Satz 1 LugÜ eingelassen und nicht lediglich das Ziel verfolgt, den Zuständigkeitsmangel geltend zu machen (*Art. 24 Satz 2 Alt. 1 LugÜ*). Art. 24 LugÜ erfordert anders als § 39 ZPO weder eine Einlassung in der mündlichen Verhandlung noch zur Hauptsache. Die zuständigkeitsbegründende Wirkung hängt auch nicht von einer richterlichen Belehrung ab (*vgl. Hau in Prütting/Helms FamFG 3. Aufl. Anhang 4 zu § 110 LugÜ 2007 Rn. 31*). 26
- cc) Der Senat hat ungeachtet der Eingangsformulierung des Art. 24 Satz 1 LugÜ, die voraussetzt, dass das Gericht eines Unterzeichnerstaats nicht bereits nach anderen Vorschriften des LugÜ international zuständig ist, nicht vorrangig zu prüfen, ob eine Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 1 oder Art. 18 f. LugÜ besteht (*vgl. zu Art. 5 Nr. 1 Alt. 1 LugÜ aF: BAG 20. August 2003 - 5 AZR 45/03 - zu I bis III der Gründe, BAGE 107, 178; 29. Mai 2002 - 5 AZR 141/01 - zu I der Gründe, BAGE 101, 244; zu Art. 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens vom 27. September 1968 idF vom 26. Mai 1989 zB auch EuGH 9. Januar 1997 - C-383/95 - [Rutten] Rn. 12 ff. mwN, Slg. 1997, I-57*). Bei Art. 5 Nr. 1 oder Art. 18 f. LugÜ handelt es sich nicht um ausschließliche Zuständigkeiten iSv. 27

Art. 24 Satz 2 Alt. 2 iVm. Art. 22 LugÜ. Das einseitige Verhalten der Beklagten durch rügelose und vorbehaltlose Einlassung hat die kompetenzrechtliche Bedeutung, dass sich die Beklagte der Rechtsprechung des ggf. international unzuständigen Staats unterwirft (vgl. *Geimer IZPR 7. Aufl. Rn. 306, 645, 1111, 1816 f., 1857 ff.*). Ob ein originärer Gerichtsstand besteht, kann in diesem Fall offenbleiben (vgl. *BAG 23. März 2016 - 5 AZR 767/14 - Rn. 14*).

II. Der Senat hat nach § 17a Abs. 5 GVG, § 73 Abs. 2, § 65 ArbGG nicht zu prüfen, ob der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen zulässig ist (vgl. *BAG 25. April 2013 - 6 AZR 675/11 - Rn. 15*). Mit Blick auf den Schriftsatz der Beklagten vom 18. März 2014 ist die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs in erster Instanz jedenfalls zuletzt nicht mehr gerügt worden (vgl. *BAG 21. Januar 2003 - 9 AZR 695/01 - zu I der Gründe mwN, BAGE 104, 289*).

III. Der Antrag zu 1. ist zulässig. Mit ihm möchte der Kläger festgestellt wissen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgrund der mit Schreiben vom 20. August 2013 erklärten ordentlichen Kündigung mit Ablauf des 30. September 2013 aufgelöst wurde, sondern bis zum 31. März 2018 zu den bisherigen Bedingungen fortbesteht. Der Antrag zu 1. ist als zeitlich begrenzter allgemeiner Feststellungsantrag iSv. § 256 Abs. 1 ZPO zu verstehen. Der Kläger ist nicht der Ansicht, dass die Kündigung das Arbeitsverhältnis überhaupt nicht aufgelöst hat. Er nimmt mit dem 31. März 2018 lediglich einen späteren Beendigungszeitpunkt an. Dafür besteht das nötige besondere Feststellungsinteresse, weil die Beklagte sich darauf beruft, dass das Rechtsverhältnis durch die Kündigung bereits mit dem 30. September 2013 beendet worden ist.

B. Die Klage ist unbegründet. 30

I. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht deutsches Recht angewandt. Die Anwendbarkeit deutschen Rechts ergibt sich aus einer eindeutigen konkludenten Rechtswahl, die wirksam ist. 31

1. Der Senat kann den Vertrag vom 15. Februar 2013 selbst auslegen. Er kann offenlassen, ob die Erklärungen hinsichtlich der Rechtswahl sog. atypi- 32

sche oder typische Willenserklärungen sind. Die Auslegung atypischer Erklärungen ist vorrangig Aufgabe des Tatsachengerichts (*vgl. BAG 24. August 2016 - 5 AZR 129/16 - Rn. 20; 17. März 2016 - 6 AZR 92/15 - Rn. 32*). Die Auslegung des Landesarbeitsgerichts kann in der Revisionsinstanz bei atypischen Willenserklärungen nur darauf überprüft werden, ob das Berufungsgericht Auslegungsregeln verletzt hat oder gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen, wesentliche Tatsachen unberücksichtigt gelassen oder eine gebotene Auslegung unterlassen hat (*vgl. BAG 20. Januar 2016 - 6 AZR 601/14 - Rn. 20*). Selbst wenn die Erklärungen als typische Willenserklärungen anzusehen sein sollten, wäre dem Landesarbeitsgericht jedoch kein Rechtsfehler unterlaufen. In diesem Fall wäre die Auslegung des Berufungsgerichts in vollem Umfang nachzuprüfen (*vgl. BAG 17. März 2016 - 6 AZR 92/15 - aaO; 17. Januar 2008 - 2 AZR 902/06 - Rn. 37 mwN, BAGE 125, 274*).

2. Nach § 157 BGB sind Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Dabei ist nach § 133 BGB der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Bei der Auslegung sind alle tatsächlichen Begleitumstände der Erklärung zu berücksichtigen, die für die Frage von Bedeutung sein können, welchen Willen der Erklärende bei seiner Erklärung gehabt hat und wie die Erklärung von ihrem Empfänger zu verstehen war (*vgl. BAG 24. August 2016 - 5 AZR 129/16 - Rn. 22 mwN*). 33

3. Danach haben die Parteien im Vertrag vom 15. Februar 2013 die Geltung deutschen Rechts vereinbart. 34

a) Um das anzuwendende Recht zu bestimmen, findet auf Verträge, die nach dem 17. Dezember 2009 geschlossen wurden, nach deren Art. 28 die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht Anwendung (*ABl. EU L 177 vom 4. Juli 2008 S. 6, ber. ABl. EU L 309 vom 24. November 2009 S. 87 - Rom I-VO; vgl. für Änderungen bereits zuvor geschlossener Verträge: EuGH 18. Oktober 2016 - C-135/15 - [Nikiforidis] Rn. 25 ff.; BAG 25. Februar 2015 - 5 AZR 962/13 (A) - Rn. 12 f., BAGE 151,* 35

75). Sie löst die aufgehobenen Art. 27 ff. EGBGB ab (*vgl. BAG 19. Dezember 2013 - 6 AZR 145/12 - Rn. 17*).

Der Vertrag der Parteien wurde am 15. Februar 2013 geschlossen. 36

b) Nach Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO gilt die Verordnung für alle vertraglichen Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen. 37

Der Vertrag der Parteien weist Verbindungen sowohl zur Bundesrepublik Deutschland als auch zur Schweiz auf. Der Kläger hat seinen Wohnsitz in Deutschland, der Sitz der Beklagten liegt in der Schweiz. 38

c) Die Rom I-VO ist unabhängig davon anwendbar, ob das berufene Recht das eines Mitgliedstaats iSd. Art. 1 Abs. 4 Satz 1 Rom I-VO oder eines Drittstaats ist. Sie enthält allseitige Kollisionsnormen (*BAG 23. März 2016 - 5 AZR 767/14 - Rn. 21*). 39

d) Nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO gilt der Grundsatz der freien Rechtswahl. Die Wahl kann ausdrücklich oder konkludent getroffen werden (*Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO*). Eine konkludente Rechtswahl setzt voraus, dass sie sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder den Umständen des Falls ergibt. 40

aa) Die Parteien haben das anzuwendende Recht im Vertrag vom 15. Februar 2013 nicht ausdrücklich gewählt iSv. Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 Rom I-VO. 41

bb) Sie haben aber eine eindeutige konkludente Wahl iSv. Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 Rom I-VO zur Anwendung deutschen Rechts getroffen. 42

(1) Als Indiz für eine konkludente Rechtswahl scheidet die Vertragssprache allerdings unabhängig davon aus, dass ihr allenfalls unterstützende Funktion zukommt (*vgl. BAG 23. März 2016 - 5 AZR 767/14 - Rn. 25; 1. Juli 2010 - 2 AZR 270/09 - Rn. 29*). Die deutsche Sprache wird sowohl am Sitz der Beklagten in Re als auch am Wohnsitz des Klägers in Heidelberg verwendet. 43

(2) Auch der Ort des Vertragsschlusses kann lediglich unterstützend herangezogen werden (vgl. BAG 23. März 2016 - 5 AZR 767/14 - Rn. 26). Die vom Kläger in Heidelberg geleistete Unterschrift könnte die Anwendung deutschen Rechts nahelegen. Ob der Vertreter der Beklagten die Unterschrift in Deutschland oder in der Schweiz geleistet hat, ist jedoch weder festgestellt noch klar aus dem vom Landesarbeitsgericht in Bezug genommenen Inhalt der Akten ersichtlich. 44

(3) Entscheidend für eine eindeutige konkludente Rechtswahl sprechen in der Gesamtschau die Umstände, dass der Vertrag ausschließlich auf Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bezug nimmt und die Vergütung nach § 4 Abs. 1 des Vertrags vom 15. Februar 2013 in Euro zu leisten war. 45

(a) Die im Vertrag vereinbarte Währung für die Vergütung ist ein deutliches Indiz für eine konkludente Rechtswahl (vgl. BAG 23. März 2016 - 5 AZR 767/14 - Rn. 27; BGH 7. Dezember 2000 - VII ZR 404/99 - zu V 2 b der Gründe). 46

(b) Schon im Verhalten der Parteien im Rechtsstreit liegt regelmäßig eine konkludente Rechtswahl, wenn sie sich ausschließlich auf Rechtsvorschriften eines bestimmten Staats beziehen (st. Rspr., vgl. BAG 23. März 2016 - 5 AZR 767/14 - Rn. 28; 19. März 2014 - 5 AZR 252/12 (B) - Rn. 20, BAGE 147, 342, jeweils mwN; kritisch Solomon ZVglRWiss 115 [2016], 586, 589 f.). Das gilt erst recht, wenn der Vertrag selbst lediglich deutsches Recht zitiert (vgl. BAG 19. März 2014 - 5 AZR 252/12 (B) - Rn. 21, aaO; 19. Dezember 2013 - 6 AZR 145/12 - Rn. 18; 1. Juli 2010 - 2 AZR 270/09 - Rn. 28; Schlachter ZVglRWiss 115 [2016], 610, 617 f.). 47

Das ist hier der Fall. Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 des Vertrags vom 15. Februar 2013 sollte der Kläger von den Vorschriften des § 181 BGB befreit sein. § 3 Abs. 3 Satz 2 des Vertrags bestimmt, dass anderweitiger Erwerb während der Zeit einer Freistellung nach einer Kündigung des Anstellungsverhältnisses in entsprechender Anwendung des § 615 Satz 2 BGB angerechnet werden sollte. Nach § 13 Abs. 2 Satz 2 des Vertrags gilt das Schriftformerfordernis 48

für Ergänzungen und Änderungen des Vertrags nicht für individuelle Vertragsabreden iSv. § 305b BGB mit einem vertretungsbefugten Vertreter der Gesellschaft.

Hinzu kommt, dass auch die Beklagte während des gesamten Prozesses von der Anwendbarkeit deutschen Rechts ausgegangen ist. Sie hat nur zunächst die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte verneint. Die Beklagte hat sich insbesondere von vornherein auf die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG und die materielle Präklusion des § 7 Halbs. 1 KSchG berufen. 49

4. Die Rechtswahl ist wirksam. 50

a) Nach Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO darf die Rechtswahl bei Arbeitsverträgen und Arbeitsverhältnissen nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts gewährt wird, das nach Art. 8 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 Rom I-VO mangels Rechtswahl anzuwenden wäre. Deshalb ist ein Günstigkeitsvergleich anzustellen zwischen den zwingenden Bestimmungen des objektiv anwendbaren Rechts, die dem Arbeitnehmer Schutz gewähren, und denen der gewählten Rechtsordnung (*vgl. noch zu Art. 30 EGBGB: BAG 19. März 2014 - 5 AZR 252/12 (B) - Rn. 23, BAGE 147, 342; 13. November 2007 - 9 AZR 134/07 - Rn. 35, BAGE 125, 24; zu Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO Schlachter ZVglR-Wiss 115 [2016], 610, 619*). 51

b) Auf Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse ist bei unterbliebener Rechtswahl objektiv anwendbar das Recht des Staats, in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, selbst wenn er vorübergehend in einen anderen Staat entsandt wird (*Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO*). 52

aa) Auch die Beklagte zieht nicht in Zweifel, dass der Kläger Arbeitnehmer im Sinn des Arbeitnehmerbegriffs des Art. 8 Rom I-VO war. 53

(1) Der Arbeitnehmerbegriff des Art. 8 Rom I-VO ist unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu Art. 45 AEUV autonom auszulegen (*vgl. zu der Verordnung [EG] Nr. 44/2001 des Rates vom* 54

22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen [ABl. EG L 12 vom 16. Januar 2001 S. 1] EuGH 10. September 2015 - C-47/14 - [Holterman Ferho Exploitatie] Rn. 41; zu Art. 8 Rom I-VO ErfK/Schlachter 17. Aufl. Art. 9 Rom I-VO Rn. 4 mwN; zum nötigen Gleichlauf von materiellem Recht und Prozessrecht bei der Auslegung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs Schlachter ZVglRWiss 115 [2016], 610, 615 f.). Danach besteht das wesentliche Merkmal eines Arbeitsverhältnisses darin, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere Person nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält (vgl. EuGH 10. September 2015 - C-47/14 - [Holterman Ferho Exploitatie] aaO). Das Unterordnungsverhältnis muss durch das nationale Gericht in jedem Einzelfall anhand aller Gesichtspunkte und aller Umstände, die die Beziehungen der Parteien kennzeichnen, geprüft werden (vgl. EuGH 10. September 2015 - C-47/14 - [Holterman Ferho Exploitatie] Rn. 46; 9. Juli 2015 - C-229/14 - [Balkaya] Rn. 37 mwN). Bei einem Geschäftsführer und Anteilseigner der Gesellschaft ist insbesondere zu untersuchen, ob er in der Lage war, auf die Willensbildung des Verwaltungsorgans der Gesellschaft Einfluss zu nehmen (vgl. EuGH 10. September 2015 - C-47/14 - [Holterman Ferho Exploitatie] Rn. 47).

(2) Die Voraussetzungen der weisungsgebundenen Leistungserbringung gegen Vergütung und des Unterordnungsverhältnisses sind erfüllt. Nach den ungerügten Feststellungen des Landesarbeitsgerichts war der Kläger abweichend von §§ 1 und 2 des Vertrags vom 15. Februar 2013 zu keiner Zeit Mitglied der - nicht bestehenden - Geschäftsleitung oder Organ der Beklagten. Er unterlag den Weisungen ihres Verwaltungsrats und war in ihre Betriebsabläufe eingegliedert. 55

bb) Der Begriff des „gewöhnlichen Arbeitsorts“ iSv. Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO ist nach der Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu Art. 6 Abs. 2 Buchst. a des Übereinkommens von Rom vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht weit zu verstehen. Dieses Verständnis ist auch für Art. 8 Rom I-VO maßgeblich (vgl. EuGH 56

12. September 2013 - C-64/12 - [Schlecker] Rn. 36 ff.; noch zu Art. 30 EGBGB BAG 19. März 2014 - 5 AZR 252/12 (B) - Rn. 25, BAGE 147, 342).

(1) Übt der Arbeitnehmer seine Tätigkeit in mehreren Vertragsstaaten aus, ist gewöhnlicher Arbeitsort der Ort, an dem oder von dem aus er seine berufliche Tätigkeit tatsächlich ausübt, und, in Ermangelung eines Mittelpunkts der Tätigkeit, der Ort, an dem er den größten Teil seiner Arbeit verrichtet. Erst wenn auch dann ein gewöhnlicher Arbeitsort in einem Staat nicht feststellbar ist, darf - im Einklang mit den jetzigen Kollisionsnormen in Art. 8 Rom I-VO - auf die „einstellende Niederlassung“ iSv. Art. 8 Abs. 3 Rom I-VO zurückgegriffen werden (vgl. *EuGH 15. Dezember 2011 - C-384/10 - [Voogsgeerd] Rn. 26 ff., Slg. 2011, I-13275; 15. März 2011 - C-29/10 - [Koelzsch] Rn. 43 ff., Slg. 2011, I-1595; BAG 19. März 2014 - 5 AZR 252/12 (B) - Rn. 25, BAGE 147, 342*). 57

(2) Danach lag der Mittelpunkt der zu verrichtenden Tätigkeit des Klägers in der Bundesrepublik Deutschland. Der Kläger wandte den größten Teil seiner Arbeitszeit für die Vertriebsteams in Deutschland auf. Er wurde im Wesentlichen von dem an seiner Privatanschrift in Heidelberg eingerichteten Büro aus tätig. Dorthin kehrte er auch nach Reisen innerhalb und außerhalb Deutschlands - mit Ausnahme von höchstens fünf auswärtigen Übernachtungen - zurück. Diesen Vortrag hat die Beklagte zu Beginn des Rechtsstreits ohne tatsächliches Gegenvorbringen bestritten, ihr Bestreiten aber bereits in erster Instanz nicht aufrechterhalten. Damit sind das objektiv anwendbare Recht, das dem Arbeitnehmer Schutz gewährt, und die gewählte Rechtsordnung mit dem deutschen Recht identisch. 58

II. Der auf die Feststellung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses bis zum 31. März 2018 gerichtete Antrag zu 1. ist in der Sache erfolglos. 59

1. Der Kläger war Arbeitnehmer im Sinn des allgemeinen nationalen Arbeitnehmerbegriffs. Die Bezeichnung des Vertrags vom 15. Februar 2013 als CRO-Vertrag könnte zwar auf einen freien Dienstvertrag hindeuten (vgl. *BAG 20. Oktober 2015 - 9 AZR 525/14 - Rn. 21*). Die von §§ 1 und 2 des Arbeitsvertrags vorgesehene Mitgliedschaft in der Geschäftsleitung nahm der Kläger nach 60

den unangegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts jedoch nie auf. Das Vertragsverhältnis entsprach in seiner Durchführung den bislang von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien eines Arbeitsverhältnisses. Der Kläger war aufgrund privatrechtlichen Vertrags im Dienst der Beklagten zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit gegen Zahlung von Entgelt verpflichtet (vgl. BAG 8. September 2015 - 9 AZB 21/15 - Rn. 13 mwN). In einem solchen Fall kann die Bewertung einer Rechtsbeziehung nicht durch Vertragsbezeichnung abbedungen und der Geltungsbe- reich des Arbeitnehmerschutzes dadurch eingeschränkt werden (vgl. BAG 8. September 2015 - 9 AZB 21/15 - aaO). Widersprechen sich die Vereinbarung und die tatsächliche Durchführung, ist die Durchführung maßgeblich (vgl. BAG 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 31; 18. März 2014 - 9 AZR 694/12 - Rn. 17).

2. Der Antrag zu 1. ist jedoch unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Kündigung vom 20. August 2013 nach § 7 Halbs. 1 KSchG als von Anfang an rechtswirksam gilt. Der Kläger hat sich nicht innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG oder in der verlängerten Anrufungsfrist des § 6 Satz 1 KSchG darauf berufen, dass die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst hat. Er hat auch keinen Antrag auf nachträgliche Zulassung der verspäteten Klage nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KSchG gestellt.

61

a) Der Kläger kann sich nicht darauf berufen, die nur beschränkt reversible atypische Willenserklärung der Kündigung vom 20. August 2013 habe sein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten nicht betroffen. Sie gehe gewissermaßen ins Leere, weil das Arbeitsverhältnis „bei der R AG“ gekündigt worden sei. Das Landesarbeitsgericht hat weder Auslegungsregeln verletzt noch gegen Denk- gesetze oder Erfahrungssätze verstoßen, wesentliche Tatsachen unberücksich- tigt gelassen oder eine gebotene Auslegung unterlassen (vgl. BAG 20. Januar 2016 - 6 AZR 601/14 - Rn. 20).

62

aa) Dem Kläger ist darin zuzustimmen, dass der Inhalt einer Kündigungser- klärung hinreichend bestimmbar sein muss (vgl. zB BAG 10. April 2014 - 2 AZR

63

647/13 - Rn. 16 f.; 20. Juni 2013 - 6 AZR 805/11 - Rn. 17, BAGE 145, 249; 15. Mai 2013 - 5 AZR 130/12 - Rn. 20). Die Kündigung muss als empfangsbedürftige Willenserklärung so bestimmt sein, dass der Empfänger Klarheit über die Absichten des Kündigenden erlangt (vgl. BAG 20. Januar 2016 - 6 AZR 782/14 - Rn. 15). Nach § 133 BGB kommt es darauf an, wie der Kündigungsempfänger die Erklärung unter Würdigung der ihm bekannten Umstände nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte auffassen muss.

bb) Die Auslegung des Landesarbeitsgerichts wird diesen Maßstäben gerecht. Es ist bei der Auslegung der Kündigungserklärung und ihrer Begleitumstände ohne revisiblen Rechtsfehler davon ausgegangen, der Kläger habe gewusst, dass er in keinem Vertragsverhältnis mit der R AG gestanden habe. Gleichwohl habe er das Schreiben als Kündigung seines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten verstanden. Das zeige sich nicht nur an der Klageerhebung, sondern schon an dem Schreiben des Klägervertreters vom 29. Oktober 2013. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich zudem, dass sich die Kündigung auf das einzige bestehende, am 1. April 2013 aufgenommene Arbeitsverhältnis bezieht und zumindest auch für die R (Schweiz) AG, die Beklagte, erklärt wurde. 64

b) Die Geltung von § 4 Satz 1 und § 7 Halbs. 1 KSchG ist nicht durch § 14 Abs. 1 KSchG ausgeschlossen. Entgegen der Regelung in §§ 1 und 2 des Vertrags vom 15. Februar 2013 wurde der Kläger nicht Mitglied der Geschäftsleitung der Beklagten, zumal eine solche nicht bestand. Er gehörte auch nicht dem Vertretungsorgan der Beklagten, dem Verwaltungsrat, an. 65

c) Das Berufungsgericht hat - wie auch der Kläger selbst - ohne Verstoß gegen Auslegungsgrundsätze angenommen, dass die Kündigung nicht schon deshalb unwirksam ist, weil der Vertrag vom 15. Februar 2013 wegen § 15 Abs. 3 TzBfG nicht ordentlich gekündigt werden konnte. Die Kündigung verstößt nicht gegen diese Norm. Nach dem Vertragstext sollte „der Vertrag“ am 1. April 2013 beginnen und zunächst auf die Dauer von fünf Jahren geschlossen werden/mit Ablauf des 31. März 2018 enden, ohne dass es einer Kündigung be- 66

durfte. Damit wurde jedoch kein befristetes, ohne Abrede nach § 15 Abs. 3 TzBfG nicht ordentlich kündbares Arbeitsverhältnis begründet. § 3 Abs. 1 Satz 2 des Arbeitsvertrags bestimmt, dass sich die Geltungsdauer des Vertrags um weitere 36 Monate verlängert, wenn er nicht mit einer Frist von zwölf Monaten vor Ablauf von einer der Vertragsparteien gekündigt wird. Das Landesarbeitsgericht hat daraus zutreffend gefolgert, dass die Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit einer Mindestdauer von fünf Jahren vereinbaren wollten, das sich zunächst um 36 Monate und danach jeweils um ein weiteres Jahr verlängern sollte, wenn es nicht mit einer Frist von zwölf Monaten gekündigt wurde. Die Wirksamkeitsfiktion des § 7 Halbs. 1 KSchG tritt deshalb nicht schon wegen der versäumten Klagefrist und eines Verstoßes gegen § 15 Abs. 3 TzBfG ein.

d) Die Kündigung vom 20. August 2013, die dem Kläger am selben Tag zuzuging, gilt jedoch als wirksam, weil der Kläger die fehlerhafte Kündigungsfrist nicht innerhalb der Dreiwochenfrist des § 4 Satz 1 KSchG klageweise geltend gemacht hat. 67

aa) Nach § 4 Satz 1 KSchG muss ein Arbeitnehmer, der die Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung geltend machen will, innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist. Die Klagefrist gilt auch in der Wartezeit (vgl. BAG 28. Juni 2007 - 6 AZR 873/06 - Rn. 11, BAGE 123, 209; 9. Februar 2006 - 6 AZR 283/05 - Rn. 16 ff., BAGE 117, 68). Eine fristgerecht erhobene allgemeine Feststellungsklage iSv. § 256 Abs. 1 ZPO, wie sie der Kläger mit dem Antrag zu 1. erhoben hat, wahrt die Frist des § 4 Satz 1 KSchG zwar jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz auf sie bezogen einen punktuellen Kündigungsschutzantrag stellt (vgl. BAG 26. September 2013 - 2 AZR 682/12 - Rn. 34, BAGE 146, 161). Die Klage ist hier aber erst am 12. Dezember 2013 beim Arbeitsgericht eingegangen. 68

bb) Der Kläger musste die Klagefrist einhalten, um die Wirksamkeitsfiktion des § 7 Halbs. 1 KSchG abzuwenden. Die Kündigung kann nicht als ordentliche Kündigung mit zutreffender Kündigungsfrist ausgelegt werden. Eine Umdeutung 69

des unwirksamen Rechtsgeschäfts scheidet an der versäumten Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG. Diese führt dazu, dass die unwirksame Kündigung nach § 7 Halbs. 1 KSchG als wirksam gilt. Das hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei erkannt.

(1) Der Arbeitnehmer muss mit der fristgebundenen Klage des § 4 Satz 1 KSchG geltend machen, dass die objektiv richtige Kündigungsfrist einer ordentlichen Kündigung nicht gewahrt ist, wenn die Kündigung unwirksam ist, weil die Kündigungsfrist nicht eingehalten ist. Das ist der Fall, wenn sich die mit zu kurzer Frist erklärte Kündigung nicht als Kündigung mit der rechtlich gebotenen Frist auslegen lässt. Die mit zu kurzer Frist erklärte Kündigung gilt nach § 7 Halbs. 1 KSchG als rechtswirksam, wenn sie nach § 140 BGB in ein anderes Rechtsgeschäft umgedeutet werden müsste, also in eine Kündigung mit zutreffender Frist. Sie beendet das Arbeitsverhältnis zum „falschen Termin“, wenn die zu kurze Kündigungsfrist nicht als anderer Rechtsunwirksamkeitsgrund binnen drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung im Klageweg nach § 4 Satz 1 oder § 6 Satz 1 KSchG geltend gemacht worden ist (*vgl. BAG 15. Mai 2013 - 5 AZR 130/12 - Rn. 15 mwN zum Streitstand im Schrifttum; 9. September 2010 - 2 AZR 714/08 - Rn. 12, BAGE 135, 278; 1. September 2010 - 5 AZR 700/09 - Rn. 20, BAGE 135, 255*). 70

(2) Die Auslegung der atypischen Kündigungserklärung durch das Landesarbeitsgericht (*vgl. BAG 15. Mai 2013 - 5 AZR 130/12 - Rn. 18*) lässt keinen Rechtsfehler erkennen. 71

(a) Gegen eine Auslegung der Kündigung vom 20. August 2013 als Kündigung zum 31. März 2018 spricht, dass die als ordentliche betriebsbedingte Kündigung bezeichnete Erklärung ausdrücklich das Datum des 30. September 2013 nennt. Die kündigende Beklagte ging von einer zu berücksichtigenden Kündigungsfrist von vier Wochen zum Monatsende aus. Das Landesarbeitsgericht hat ohne revisiblen Auslegungsfehler angenommen, nur der Umstand, dass die Beklagte „ordentlich“ habe kündigen wollen, relativiere das Beendigungsdatum und die Kündigungsfrist. Daraus ergebe sich nicht, dass es der Beklagten wesentlich um die Einhaltung der maßgeblichen Kündigungsfrist ge- 72

gangen sei und sich das in das Kündigungsschreiben aufgenommene Datum lediglich als Ergebnis einer fehlerhaften Berechnung der zutreffenden Kündigungsfrist erweise. Das Landesarbeitsgericht ist nach verständiger Würdigung in nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, gegen eine bloße fehlerhafte Berechnung spreche, dass die nach dem Arbeitsvertrag einzuhaltende Kündigungsfrist von zwölf Monaten zum 31. März 2018 die gewählte Kündigungsfrist zum 30. September 2013 um ein Vielfaches überschreite. Damit hat das Berufungsgericht keine Auslegungsregeln verletzt, nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen. Es hat auch keine wesentlichen Tatsachen unberücksichtigt gelassen oder eine gebotene Auslegung unterlassen. Es hat vielmehr auf der Grundlage des von ihm erschöpften Auslegungstoffs angenommen, die Kündigungserklärung lasse erkennen, dass die Beklagte von der Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach § 622 Abs. 1 BGB ausgegangen sei, ohne die Mindestdauer des Vertrags zu berücksichtigen.

(b) Die Auslegung der Kündigungserklärung durch das Landesarbeitsgericht wird ferner dadurch gestützt, dass die Kündigung vom 20. August 2013 nicht hilfsweise zum nächstzulässigen Termin erklärt wurde (*vgl. dazu BAG 20. Januar 2016 - 6 AZR 782/14 - Rn. 16; 10. April 2014 - 2 AZR 647/13 - Rn. 17; 20. Juni 2013 - 6 AZR 805/11 - Rn. 15, BAGE 145, 249*). Für den Kläger als Kündigungsempfänger bestand nach dem Text der Erklärung daher kein Anhaltspunkt dafür, dass die Beklagte trotz der angegebenen Kündigungsfrist von vier Wochen und des genannten Kündigungstermins am 30. September 2013 in jedem Fall die zutreffende Kündigungsfrist wahren wollte. 73

(c) Das Berufungsgericht hat schließlich keine Auslegungsregeln dadurch verletzt, dass es dem Vortrag des Klägers im Zusammenhang mit dem Geschehen nach Übergabe der Kündigung nicht nachgegangen ist. 74

(aa) Der Kläger hat behauptet, das Verwaltungsratsmitglied der Beklagten F habe ihm noch am Tag der Übergabe des Kündigungsschreibens zugesagt, dass die Kündigung für den Fall, dass die im Kündigungsschreiben genannte Frist unzutreffend sein sollte, als Kündigung mit der richtigen Frist gelten solle. 75

(bb) Selbst wenn der Kläger - wie von ihm behauptet und von der Beklagten bestritten - nach Erhalt der Kündigung auf eine Mindestlaufzeit von fünf Jahren hingewiesen haben sollte, hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei angenommen, daraus ergebe sich nicht, dass die Beklagte im Zeitpunkt der Übergabe der Kündigung die nach dem Arbeitsvertrag richtige Frist habe einhalten wollen. Bei der Auslegung einer Kündigung ist zwar nicht allein auf ihren Wortlaut abzustellen. Zu würdigen sind auch alle Begleitumstände, die dem Erklärungsempfänger bekannt waren und für die Frage erheblich sein können, welchen Willen der Erklärende bei Abgabe der Kündigungserklärung hatte (*vgl. BAG 10. April 2014 - 2 AZR 647/13 - Rn. 15; 20. Juni 2013 - 6 AZR 805/11 - Rn. 14, BAGE 145, 249*). Entscheidend ist aber, dass für den Kündigungsempfänger bei Zugang der Erklärung erkennbar sein muss, wann das Arbeitsverhältnis nach dem Willen des Kündigenden bei Abgabe der Erklärung enden sollte (*vgl. BAG 10. April 2014 - 2 AZR 647/13 - Rn. 16; 20. Juni 2013 - 6 AZR 805/11 - aaO*). Das Landesarbeitsgericht ist deshalb zu Recht davon ausgegangen, dass die nach der Behauptung des Klägers erst nach Zugang der Kündigung und ihrer Durchsicht aufgrund seiner Intervention bewirkte Änderung im Willen des Verwaltungsratsmitglieds F die Kündigungsfrist und den Kündigungstermin allenfalls mithilfe einer Umdeutung hätte ändern können. Im Fall einer umzudeutenden Kündigung muss die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG gewahrt werden, um zu verhindern, dass die Kündigung nach § 7 Halbs. 1 KSchG wirksam wird (*vgl. BAG 15. Mai 2013 - 5 AZR 130/12 - Rn. 15; 1. September 2010 - 5 AZR 700/09 - Rn. 20, BAGE 135, 255*). Die Klagefrist ist hier nicht eingehalten.

76

III. Da der Kläger Arbeitnehmer war, fällt der Hilfsantrag zu 2., der auf zeitlich beschränkte Feststellung des Fortbestands eines - freien - Dienstverhältnisses gerichtet ist, nicht zur Entscheidung des Senats an.

77

IV. Der Klageantrag zu 3. bleibt in der Sache erfolglos. Das Arbeitsverhältnis der Parteien endete mit dem 30. September 2013. Die Beklagte schuldet dem Kläger über diesen Zeitpunkt hinaus keine Vergütung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs.

78

- V. Das gilt auch für die mit den Anträgen zu 4. und 5. erhobenen Ansprüche auf Erstattung der Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge für die Zeit ab Oktober 2013. Dem Kläger stehen aber auch für die Abrechnungszeiträume von April bis September 2013 keine weiteren Erstattungsleistungen zu. 79
1. Der Kläger hat behauptet, das Verwaltungsratsmitglied Fr habe ihm im Rahmen des Abschlusses des Arbeitsvertrags mündlich zugesagt, dass die Beklagte die vollen Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge übernehmen werde. 80
2. Das Landesarbeitsgericht musste der Behauptung und dem entsprechenden Beweisantritt durch Parteivernehmung nicht nachgehen. Die Behauptung kann als wahr unterstellt werden, ohne Ansprüche des Klägers zu begründen. Die Verfahrensrüge des § 286 ZPO greift deshalb nicht durch. 81
- a) Es kann dahinstehen, ob es sich bei den zu den Fragen der Schriftform getroffenen Regelungen in § 13 des Arbeitsvertrags um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Ihre Auslegung durch das Landesarbeitsgericht unterliegt im Revisionsverfahren einer umfassenden Überprüfung, während atypische Willenserklärungen nur beschränkt revisibel sind (*vgl. BAG 25. Oktober 2012 - 2 AZR 845/11 - Rn. 19 mwN*). Die Auslegung von § 13 des Arbeitsvertrags durch das Landesarbeitsgericht hält auch einer uneingeschränkten Überprüfung stand. 82
- b) Von einer nicht individuell ausgehandelten qualifizierten Schriftformklausel kann durch Individualabsprache abgewichen werden, unabhängig davon, ob die Klausel nach § 307 BGB wirksam ist. Der Vorrang der Individualabrede (§ 305b BGB) gilt auch gegenüber einer nach §§ 305 ff. BGB angemessenen Schriftformklausel (*vgl. BGH 21. September 2005 - XII ZR 312/02 - zu 2 a der Gründe, BGHZ 164, 133*). Das bringt § 13 Abs. 2 Satz 2 des Arbeitsvertrags zum Ausdruck. Die vereinbarte Schriftform kann formlos, ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten abbedungen werden. Entscheidend ist, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer das formlos Vereinbarte übereinstimmend wollen, 83

selbst wenn sie nicht an die Formvorschrift gedacht haben (*vgl. BAG 19. Dezember 2007 - 5 AZR 1008/06 - Rn. 20 mwN*).

c) Die Parteien haben das Schriftformerfordernis nach der Behauptung des Klägers vor Vertragsschluss abbedungen. Sie haben sich bei Abschluss des schriftlichen Arbeitsvertrags aber von dieser behaupteten Individualabsprache gelöst. Das ergibt die Auslegung der atypischen Individualabrede und der ggf. typischen Erklärung in § 13 des Arbeitsvertrags. 84

aa) Die Behauptung des Klägers als wahr unterstellt, sagte das Verwaltungsratsmitglied Fr im Rahmen des Abschlusses des Arbeitsvertrags die Erstattung der vollen Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge zu. Ein Mitglied des Verwaltungsrats der Beklagten und der Kläger hatten über diesen Regelungsgegenstand nach der Behauptung des Klägers also gesprochen (*vgl. BAG 24. August 2016 - 5 AZR 129/16 - Rn. 24*). 85

bb) Die unterlassene Anpassung des vorformulierten Vertragstexts an diese behauptete Abrede führt hier nach der nicht zu beanstandenden Auslegung des Landesarbeitsgerichts aber dazu, dass die Beklagte bei Abschluss des schriftlichen Vertrags - für den Kläger erkennbar - keine entsprechende Absprache treffen wollte. Es bestehen hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte mit dem schriftlichen Arbeitsvertrag von der behaupteten Zusage des Verwaltungsratsmitglieds Fr abrücken wollte (*vgl. für den umgekehrten Fall: BAG 24. August 2016 - 5 AZR 129/16 - Rn. 28; BGH 23. Januar 2013 - VIII ZR 47/12 - Rn. 22*). Das Landesarbeitsgericht hat den behaupteten Sachverhalt vollständig zugrunde gelegt. Weiteres tatsächliches Vorbringen ist insoweit nicht zu erwarten (*vgl. BAG 24. August 2016 - 5 AZR 129/16 - Rn. 20*). 86

(1) Dem steht nicht entgegen, dass Individualvereinbarungen, soweit sich der Regelungsgegenstand überschneidet, Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben. 87

(a) Individuelle Vereinbarungen bringen den Parteiwillen regelmäßig stärker zur Geltung als abstrakt-generelle Geschäftsbedingungen. Es kommt für 88

den Anwendungsbereich einer Allgemeinen Geschäftsbedingung daher auf die Reichweite und damit die Auslegung der Individualvereinbarung an und nicht umgekehrt. Aus dem Umstand, dass eine Allgemeine Geschäftsbedingung nicht geändert worden ist, kann keine einschränkende Auslegung einer Individualvereinbarung hergeleitet werden, wenn die konkreten Umstände des Einzelfalls für eine weiter gehende Auslegung sprechen (*vgl. BGH 23. Januar 2013 - VIII ZR 47/12 - Rn. 22*).

(b) Das Landesarbeitsgericht hat hier jedoch frei von revisiblen Rechtsfehlern angenommen, dass die Parteien die behauptete Individualabsprache durch § 13 des Arbeitsvertrags aufgehoben haben. Nach § 13 Abs. 1 des Arbeitsvertrags bestanden bei Vertragsschluss nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien keine mündlichen Nebenabreden. Diese Regelung ist jedenfalls bei Gegenständen, die im schriftlichen Vertragstext nicht behandelt werden, nur sinnvoll, wenn sich die Parteien von etwaigen früheren Verhandlungsergebnissen lösen wollten. Das hat das Landesarbeitsgericht zu Recht erkannt. Der Regelungsgegenstand der Erstattung von Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung findet sich im schriftlichen Vertragstext nicht, obwohl der Kläger auf den Text Einfluss genommen hat. Er beruft sich damit auf eine Nebenabsprache, die im Rahmen der Vertragsverhandlungen vor Vertragsschluss getroffen wurde. Wegen der nach § 13 Abs. 1 des Arbeitsvertrags nicht getroffenen mündlichen Nebenabreden unterfällt die Nebenabsprache nicht der Regelung in § 13 Abs. 2 Satz 2 des Arbeitsvertrags. § 13 Abs. 2 Satz 2 des Arbeitsvertrags knüpft an § 13 Abs. 2 Satz 1 des Arbeitsvertrags an. Erforderlich ist eine Ergänzung oder Änderung des Vertrags nach dem originären Vertragsschluss durch individuelle Abrede iSv. § 305b BGB mit einem vertretungsbefugten Vertreter der Gesellschaft. Neben § 13 Abs. 1 des Vertrags geht aus der Formulierung „Ergänzung und Änderung dieses Vertrags“ in § 13 Abs. 2 Satz 1 des Arbeitsvertrags hervor, dass das Regelwerk zunächst abschließend sein sollte. Die vom Kläger behauptete Absprache während der vertragsanbahnenden Verhandlungen ist deswegen nicht geeignet, die spätere schriftliche Übereinkunft, dass Nebenabreden nicht bestehen, abzubedingen.

89

(2) Aus dem Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss ergibt sich nichts anderes. Das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss ist zwar ein bedeutendes Indiz für die Ermittlung des tatsächlichen Willens und Verständnisses bei Vertragsschluss (*vgl. BAG 24. August 2016 - 5 AZR 129/16 - Rn. 27 mwN*). Die Beklagte erstattete nach Vertragsschluss aber lediglich Zuschüsse in Höhe von 50 % der vom Kläger entrichteten Beiträge zu einer privaten Kranken- und Pflegeversicherung bis einschließlich Juni 2013 und für September 2013, dh. 246,37 Euro und 13,93 Euro. Sie rechnete auch nur diese Summen für April bis September 2013 ab. Der Kläger verlangt mit der Klage, über die der Senat zu befinden hat, Erstattungsleistungen in Höhe weiterer 50 % der Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung, die die Beklagte weder abrechnete noch leistete.

VI. Auch der Antrag zu 6. ist erfolglos. 91

1. Der Antrag ist nach gebotener Auslegung bestimmt genug iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO und damit zulässig. Mit „Aktien der Gesellschaft“ iSv. § 4 Abs. 2 Satz 1 des Arbeitsvertrags waren die vinkulierten Namensaktien der R H AG gemeint. Das „Aktienpaket“ bezog sich auf das im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehende Aktienkapital der Muttergesellschaft und nicht auf künftige Kapitalerhöhungen. Das haben die Parteien nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts übereinstimmend in der Berufungsverhandlung vorgebracht. Es handelt sich um „Namenaktien“ iSv. Art. 684 des Schweizer Obligationenrechts. 92

2. Der Antrag zu 6. ist aber unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch darauf, dass die Beklagte ihm ohne Gegenleistung 4.900.000 Namensaktien der R H AG im Nennbetrag von 49.000,00 CHF übereignet, überträgt und übergibt. 93

- a) Nach § 4 Abs. 2 Satz 1 des Arbeitsvertrags erhält der CRO das Recht, Aktien der Gesellschaft zum Nominalwert zu zeichnen in der Höhe von 10 % des Aktienpakets, jedoch nicht mehr als 4,9 Millionen Stück. 94
- b) Das Landesarbeitsgericht hat daraus auch bei unbeschränkter Überprüfung zutreffend geschlossen, dass unter „zeichnen“ der entgeltliche Erwerb zum Nominalwert - von 0,01 CHF - zu verstehen ist. Ein solcher Nennwert ist nicht ungewöhnlich (*vgl. den deckungsgleichen Nominalwert, der der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 15. September 2015 [- VI ZR 485/14 - Rn. 2] zugrunde lag*). 95
- aa) Der Wortlaut der Vereinbarung in § 4 Abs. 2 Satz 1 des Arbeitsvertrags räumt dem Kläger lediglich das Recht ein, die Namensaktien zum Nominalwert zu zeichnen. Das Landesarbeitsgericht hat aus dem Zeichnungsrecht und dem Zusatz „zum Nominalwert“ ohne Rechtsfehler geschlossen, die Ausübung des Zeichnungsrechts setze eine Gegenleistung des Klägers voraus. Aus der Verbindung der Begriffe des Zeichnungsrechts und des Nominalwerts geht hervor, dass es sich bei den vinkulierten Namensaktien um Wertpapiere handelt (*vgl. BGH 30. Oktober 2014 - III ZR 493/13 - Rn. 34 ff.*). Ihr Erwerb vollzieht sich typischerweise gegen Entgelt (*vgl. zB BGH 5. April 2016 - II ZR 268/14 - Rn. 2; 15. September 2015 - VI ZR 485/14 - Rn. 2*). 96
- bb) Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger nach § 4 Abs. 2 Satz 2 des Arbeitsvertrags zudem die Möglichkeit erhält, „500.000 Aktien zum Preis/Stück von SFr. 0,05 zu erwerben“. In beiden Fällen wird ein entgeltlicher Erwerb zu unterschiedlichen Kaufpreisen vorausgesetzt. 97
- cc) Eine Verurteilung Zug um Zug gegen Zahlung von 49.000,00 CHF entspricht nicht dem erklärten Klageziel. Der Kläger hat insoweit keine Rügen erhoben. 98

C. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen. 99

Fischermeier

Gallner

Krumbiegel

Klapproth

Steinbrück