

Aktenzeichen: 2 AZR 180/95

Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 07. März 1996

- 2 AZR 180/95 -

I. Arbeitsgericht
Oldenburg

Urteil vom 08. April 1994

- 2 Ca 31/94 -

II. Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Urteil vom 20. Dezember 1994

- 13 Sa 1175/94 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Nein



Entscheidungsstichwort:

Betriebsbedingte Kündigung aus Witterungsgründen

Gesetz:

KSchG § 1 Abs. 2, § 22, MTV Elektrohandwerk Niedersachsen vom
13. Januar 1994 § 8; BRTV-Bau § 1 2.2

Leitsätze:

1. Ist in einem Kündigungsrechtsstreit entschieden, daß das Arbeitsverhältnis durch eine bestimmte Kündigung nicht aufgelöst worden ist, so kann der Arbeitgeber eine erneute Kündigung nicht auf Kündigungsgründe stützen, die er schon zur Begründung der ersten Kündigung vorgebracht hat und die in dem ersten Kündigungsschutzprozeß materiell geprüft worden sind mit dem Ergebnis, daß sie die Kündigung nicht rechtfertigen können (Bestätigung des Senatsurteils vom 26. August 1993 - 2 AZR 159/93 - BAGE 74, 143 = AP Nr. 113 zu § 626 BGB).

2. Zur Frage der sozialen Rechtfertigung (§ 1 Abs. 2 KSchG) einer aus Witterungsgründen ausgesprochenen Kündigung.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 180/95

13 Sa 1175/94 Niedersachsen

Verkündet am
7. März 1996

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

Jatz,
Reg.-Hauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgericht aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. März 1996 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Etzel, die Richter Bitter und Dr. Fischermeier sowie die ehrenamtlichen Richter Rupprecht und



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
[\(mobile App\)](#)
Über 100.000 Urteile



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Dr. Bartz für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 20. Dezember 1994 - 13 Sa 1175/94 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Der Kläger (geboren am 18. Oktober 1950) war seit Mai 1987 als Maschinenführer zu einem Stundenlohn von 18,15 DM bei der Beklagten beschäftigt. Diese befaßt sich unter anderem mit Kabel- und Rohrverlegungen für Stromversorgungsunternehmen und Telekom. Nach Darstellung der Beklagten in der Revisionsinstanz ist sie allerdings überwiegend im Elektrobau (Trafowerkstatt, Elektromontagen usw) tätig. Der Kläger bediente einen Unimog mit Fräse und war im Bereich Kabelbau eingesetzt. Kabel- und Rohrverlegungsarbeiten müssen nach den Anweisungen der Auftraggeber bei Temperaturen ab null Grad und niedriger eingestellt werden. Dadurch kommt es in den Wintermonaten regelmäßig zu Betriebsunterbrechungen unterschiedlicher Dauer.

Die Beklagte hatte nach eigenen Angaben im Herbst 1993 112 Arbeitnehmer beschäftigt, die bis zum 13. Januar 1994 mit Ausnahme von 18 Arbeitnehmern entlassen wurden. Der Personalabbau erfolgte beginnend ab 15. November 1993 bis in den Januar hinein stufenweise, d. h. in drei Wellen zum 15. November 1993, zum



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



13. Dezember 1993 und zum 13. Januar 1994. Die Beklagte hat inso-
weit Massenentlassungsanzeigen erstattet. Nach Darstellung der
Beklagten sind die verbleibenden Arbeitnehmer in zwei Kolonnen
mit Ausästungs- und Ausbesserungsarbeiten befaßt. Von den im Win-
ter 1993/1994 entlassenen Arbeitnehmern sind nach dem Beklagten-
vortrag 11 überhaupt nicht und die restlichen nach und nach je
nach Auftragslage wieder eingestellt worden, ähnlich sei in den
Vorjahren verfahren worden.

Die Beklagte hatte auch dem Kläger bereits mit Schreiben vom
13. Oktober 1993 das Arbeitsverhältnis zum 15. November 1993 ge-
kündigt, und zwar gestützt auf betriebsbedingte Gründe und Krank-
heit. Durch Urteil des Arbeitsgerichts Oldenburg vom 8. April
1994 (- 2 Ca 31/94 -) ist die Unwirksamkeit dieser Kündigung
festgestellt worden; das Urteil ist nach Berufungsrücknahme
rechtskräftig.

Mit der im vorliegenden Prozeß angegriffenen Kündigung vom
23. Dezember 1993, die nach Auffassung der Beklagten das Arbeits-
verhältnis mit einer Frist von 21 Kalendertagen gemäß § 8 des MTV
Elektrohandwerk zum 13. Januar 1994 aufgelöst hat, hat die Be-
klagte erneut gekündigt, ohne den Kläger bisher wieder einge-
stellt zu haben; ihm war auch keine Wiedereinstellungszusage ge-
macht worden. In der Revisionsinstanz ist unstreitig geworden,
daß diese Kündigung bei Anwendung des Manteltarifvertrages für
die gewerblichen Arbeitnehmer des metallverarbeitenden Handwerks
und für die Elektrohandwerke in Niedersachsen i. d. F. vom 9. De-
zember 1986 frühestens zum 31. Januar 1994 wirksam werden kann
(vgl. § 5 Abs. 1 Buchst. f MTV).



- 4 -

Der Kläger war 1990 an 30 Arbeitstagen, 1991 an 35 Arbeitstagen, 1992 an 31 Arbeitstagen und 1993 an 46 Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt.

Der Kläger hat geltend gemacht, es habe lediglich eine witterungsbedingte Betriebsunterbrechung stattgefunden, so daß die Beklagte gehalten gewesen sei, ihm die Wiedereinstellung zuzusichern. Es sei auch nicht zutreffend, daß keine Arbeit mehr vorhanden gewesen sei; ferner werde bestritten, daß per 13. Januar 1994 alle 112 Arbeitnehmer bis auf 18 gekündigt worden seien. Er sei als Springer tätig gewesen und habe auf jeder Baustelle eingesetzt werden können. Er sei für erkrankte Arbeitnehmer eingesprungen, was auch bei ihm im Falle der Krankheit hätte berücksichtigt werden müssen.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 23. Dezember 1993 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat außer der Klageabweisung Auflösung des Arbeitsverhältnisses beantragt. Sie hat geltend gemacht, mit Frosteinbruch sei eine Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger entfallen. Weiterbeschäftigt werden könnten nur Mitarbeiter der Kernmannschaft, die vielseitig verwendbar seien, wozu der Kläger nicht gehöre. Im übrigen habe sie einen Auftragsrückgang von ca. 20 % zu verzeichnen; so sei der Dezemberumsatz 1992 von 1.363.963,94 DM im Dezember 1993 auf 969.337,19 DM gesunken; auch



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



der Gesamtjahresumsatz 1992 sei von 9.710.107,86 DM in 1993 auf 8.409.029,06 DM, also um 1.301.078,80 DM zurückgegangen. Es bestehe deshalb ein betriebsbedingter Kündigungsgrund, ohne daß die von ihr getroffene Sozialauswahl zu rügen sei: Die verbliebenen 18 Arbeitnehmer seien sozial schutzwürdiger als der Kläger und im übrigen von ihrem Tätigkeitsbereich her mit dem Kläger nicht vergleichbar. Bisher habe es bei den Betriebseinschränkungen nie einen Anspruch auf Wiedereinstellung gegeben; so seien auch 1993/94 11 Mitarbeiter nicht wiedereingestellt worden. Auch die Einführung von Kurzarbeit sei nicht möglich gewesen, weil witterungsbedingt nicht gearbeitet werden könne; ohnehin sei Kurzarbeit sinnlos, wenn über 90 % des Personals entlassen werden müßten.

Die Kündigung sei außerdem aufgrund der häufigen Fehlzeiten des Klägers krankheitsbedingt; es sei zu Störungen im betrieblichen Ablauf gekommen, wenn der Kläger sich jeweils erst spät krank gemeldet habe, zumal dann die jeweilige Kolonne neu hätte zusammengestellt werden müssen. Die ständig wechselnden Krankheiten des Klägers ließen auf eine negative Prognose schließen.

Den Auflösungsantrag begründet die Beklagte damit, der Kläger habe gegenüber dem Bäcker S , bei dem Mitarbeiter der Beklagten ihre Brötchen einkauften, geäußert, der geschäftsführende Mitarbeiter W G sei ein "großes Arschloch", was dieser erst kürzlich anläßlich eines Besuches in der Bäckerei erfahren habe. Der Kläger ist dem Auflösungsantrag entgegengetreten



und hat die behauptete Äußerung bestritten, zumal er seit andert-halb Jahren nicht mehr in der Bäckerei gewesen sei und angesichts seines 20 km entfernten Wohnsitzes auch keine Veranlassung zu einem Besuch dort habe.

Das Arbeitsgericht hat nach dem Feststellungsantrag erkannt. Die Berufung der Beklagten ist ebenso wie ihr Auflösungsantrag erfolglos geblieben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Klageabweisung, hilfsweise das Arbeitsverhältnis aufzulösen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung, § 565 ZPO.

I. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet: Die Kündigung sei weder betriebs- noch personenbedingt. Eine vorübergehende Betriebsunterbrechung aus saisonalen Gründen stelle keine Betriebsstillegung dar und berechtere deshalb nicht zu einer betriebsbedingten Kündigung. Es stehe fest, daß nach Beendigung der Frostperiode - im Regelfall ab März - die Arbeiten wieder in vollem Umfang aufgenommen werden könnten, so daß es sich um eine vorhersehbare, zeitlich begrenzte Betriebsunterbrechung handele. Bei dieser Sachlage sei eine endgültige Lösung des Arbeitsverhältnisses nicht möglich gewesen, sondern der Arbeitgeber habe durch mildere Mittel, nämlich durch eine Änderungskündigung den besonderen Umständen Rechnung tragen müssen, und zwar durch eine Änderungskündigung verbunden mit



einer Wiedereinstellungszusage zum Ende der Frostperiode. Allerdings sei Kurzarbeit nicht in Betracht gekommen, da die Betriebsunterbrechung durch den üblichen Wetterverlauf verursacht, also kein unabwendbares Ereignis gemäß § 64 Abs. 3 AFG sei.

Eine Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen komme nicht in Betracht, weil angesichts der unstreitigen Krankheitszeiten eine Negativprognose nicht gerechtfertigt sei; die Krankheitszeiten seien mit Ausnahme des einen Jahres 1993 nicht so gravierend, daß sie von der Beklagten nicht mehr hinnehmbar seien, zumal der Kläger körperlich hätte arbeiten müssen und ständig der Witterung ausgesetzt sei. Auch der Auflösungsantrag sei nicht begründet. Möglicherweise handele es sich bei der in Rede stehenden Äußerung um eine solche unter Kollegen in der Bäckerei, wobei die Beklagte nicht dargestellt habe, wann die fragliche Beleidigung überhaupt stattgefunden haben solle und wem gegenüber sie erfolgt sei und gegebenenfalls wie lange sie zurückliege. Die Beklagte habe auch nicht dargestellt, ob ein aktueller Bezug zum Rechtsstreit oder zur Kündigung vorliege.

II. Den Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur betriebsbedingten Kündigung folgt der Senat nicht. Die Revision rügt zu Recht eine Verletzung des § 1 Abs. 2 KSchG, das Landesarbeitsgericht habe nicht berücksichtigt, daß erhebliche Auftragsrückgänge von ca. 20 % vorgelegen hätten und die Produktion in den Wintermonaten zum großen Teil stillgelegt worden sei.

1. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs. Sie



kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt, ob es bei der Subsumtion Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob es in sich widerspruchsfrei ist (vgl. BAGE 48, 314, 319 = AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl, zu B I 1 der Gründe; ferner Senatsurteil vom 29. März 1990 - 2 AZR 369/89 - BAGE 65, 61, 68 = AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu B I der Gründe). Dieser eingeschränkten Überprüfung hält das angefochtene Urteil nicht stand.

2. Dringende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung im Sinne dieser Vorschrift können sich aus innerbetrieblichen Umständen (Unternehmerentscheidung wie Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Einschränkung der Produktion) oder durch außerbetriebliche Gründe (z.B. Auftragsmangel, Umsatzrückgang) ergeben. Eine Kündigung ist aus innerbetrieblichen Gründen gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber im Unternehmensbereich zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren innerbetrieblicher Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt (BAGE 28, 131, 133 = AP Nr. 2, aaO, zu II 2 der Gründe; BAGE 31, 157, 161 = AP Nr. 6, aaO, zu II 1 a der Gründe). Vom Gericht voll nachzuprüfen ist, ob eine solche unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt und durch ihre Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist. Dagegen ist die Unternehmerentscheidung selbst nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unvernünftig oder willkürlich ist (BAGE 31, 157, 162 = AP Nr. 6, aaO,



zu II 1 b der Gründe; BAGE 55, 262, 270 f. = AP Nr. 42, aaO, zu III 2 b, c der Gründe).

a) Das Landesarbeitsgericht berücksichtigt schon nicht ausreichend, daß hier eine organisatorische Maßnahme der Beklagten vorliegen könnte, bei deren innerbetrieblicher Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung des Klägers entfallen sein könnte. Die Beklagte hat die Kündigung unter betrieblichen Gesichtspunkten doppelt begründet: Zum einen seien Auftragsrückgänge um 20 % zu verzeichnen und deshalb die Kündigung des Klägers betriebsbedingt (vgl. nachfolgend zu c). Zum anderen hat die Beklagte vorgetragen, witterungsbedingt sei sie nicht in der Lage, die Produktion im Kabelbau in den Monaten Dezember, Januar und Februar des jeweiligen Jahres weiterzuführen; vielmehr habe sie sich aufgrund der Vorgaben ihrer Auftraggeber entschlossen, diesen Produktionsteil fast ganz einzuschränken und nur noch Restarbeiten zu erledigen. Zum Beleg dafür hat die Beklagte sich darauf berufen, nach einer Massenentlassungsanzeige von 112 Arbeitnehmern nur noch zwei Kolonnen mit 18 Arbeitnehmern mit Ausästungs- und Ausbesserungsarbeiten zu beschäftigen, wobei auch diese Kolonnen nur noch täglich mit fünf bis sechs Stunden ausgelastet seien. Wenn dieser Sachvortrag zuträfe, kann nicht bezweifelt werden, daß insofern eine unternehmerische Entscheidung vorliegt, die das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern, die mit Kabel- und Rohrverlegungsarbeiten beschäftigt waren, u. a. des Klägers, grundsätzlich - für kurzfristige Betriebsunterbrechungen vgl. nachfolgend zu b) - witterungsbedingt entfallen ließ, daß also die unternehmerische Entscheidung als solche tatsächlich getroffen war. Daß diese offenbar unvernünftig oder



willkürlich sei, hat der Kläger bisher nicht geltend gemacht.

Bei dieser Sachlage wäre dann lediglich noch zu prüfen gewesen, ob die Beklagte bei der Weiterbeschäftigung von 18 Arbeitnehmern die Grundsätze der Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG gewahrt hat. Insofern ist der Kläger dem zweitinstanzlichen Vortrag der Beklagten, er sei mit den verbliebenen Arbeitnehmern von seinem Tätigkeitsbereich her nicht vergleichbar und außerdem seien die 18 namentlich benannten Arbeitnehmer sozial schutzwürdiger, bisher nicht entgegengetreten.

b) Soweit das Landesarbeitsgericht ohne nähere Feststellungen zur Dauer witterungsbedingter Einstellung der Arbeiten darauf abstellt, bei vorhersehbaren befristeten Betriebsunterbrechungen dürfe grundsätzlich keine endgültige Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgen, weil der Arbeitgeber gehalten sei, die Kündigung mit einer Wiedereinstellungszusage zum Ende der Frostperiode zu verbinden und insofern sei nur eine Änderungskündigung als milderes Mittel gegenüber der Beendigungskündigung möglich, bietet § 1 Abs. 2 KSchG für diese weitgehende Rechtsprechung keine Grundlage.

aa) Schon dessen Wortlaut, eine Kündigung sei u.a. dann sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch "... dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist", spricht deutlich dafür, daß nach der Systematik des Kündigungsschutzgesetzes auf die Möglichkeit einer unmittelbaren Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb abzustellen ist. Unter



"Weiterbeschäftigung" versteht man im allgemeinen nicht die erst zu einem späteren Zeitpunkt wieder einzuräumende Beschäftigung, sondern eine solche, die im unmittelbaren Anschluß an das Auslaufen der Kündigungsfrist - gleichsam nahtlos - erfolgen kann. Für den Fall, daß die Weiterbeschäftigung erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen kann, hat der Gesetzgeber diese Möglichkeit, wie § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG zeigt, durch eine entsprechende Anwendung des § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG ausdrücklich geregelt. Danach soll die Kündigung auch dann sozial ungerechtfertigt sein, wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen möglich ist. Diese Vorschrift hat Ausnahmecharakter, wie schon die Anordnung einer entsprechenden Anwendung von § 1 Abs. 2 KSchG und das Abstellen auf Zumutbarkeitsgesichtspunkte zeigt (vgl. dazu Gaul, BB 1995, 2422, 2425). Wenn nach dieser Vorschrift die Weiterbeschäftigung zeitlich hinausgeschoben, der Begriff also nicht so eng gefaßt wird, so bestätigt jedenfalls die Sonderregelung eher den Grundsatz, daß mit "Weiterbeschäftigung" im Regelfall ein nahtloser Anschluß an die vorhergehende Beschäftigung gemeint ist.

bb) Von diesem Verständnis des Begriffs geht auch § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG aus, wonach der Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen den Arbeitnehmer "nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits ... weiterbeschäftigen" muß. Damit ist ersichtlich eine an die bisherige Beschäftigung direkt anknüpfende Weiterbeschäftigung gemeint (vgl. dazu auch KR-Etzel, 4. Aufl., § 102 BetrVG Rz 215, 216). Von die-



ser Unterscheidung der Begriffe "Beschäftigung" und "Weiterbeschäftigung" geht schließlich auch der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts in seinem Beschluß vom 27. Februar 1985 (- GS 1/84 - BAGE 48, 122 = AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht) aus, wenn dort entschieden ist, der Arbeitnehmer könne neben dem Vergütungsanspruch nach Ablauf der Kündigungsfrist bereits während des Kündigungsprozesses einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung geltend machen (zu C III der Gründe). Von demselben Verständnis ist die Rechtsprechung ferner dann ausgegangen, wenn sie im Anschluß an die Formulierungen in § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b und Nr. 2 b KSchG, wonach die Kündigung auch sozial ungerechtfertigt ist, wenn die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens oder in derselben Dienststelle oder in einer anderen Dienststelle desselben Verwaltungszweiges möglich ist, entschieden hat, es sei unabhängig von dem Vorliegen eines Widerspruchs des Betriebsrates von einer unternehmensbezogenen Weiterbeschäftigungspflicht auszugehen (BAG Urteile vom 17. Mai 1984 - 2 AZR 109/83 - BAGE 46, 191 = AP Nr. 21 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, mit Anm. von von Hoyningen-Huene und vom 22. Mai 1986 - 2 AZR 612/85 - AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Konzern). Der Begriff der "Weiterbeschäftigung" wird also vom Gesetzgeber unabhängig davon, ob dieselbe an demselben oder einem anderen Arbeitsplatz möglich ist, im gleichen Sinne verwandt.

cc) Von diesem Verständnis der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ist der Senat auch nicht in der Entscheidung vom 15. Dezember



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



1994 (- 2 AZR 327/94 - AP Nr. 67 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung) abgewichen, wenn er dort entschieden hat, eine Kündigung sei dann nicht betriebsbedingt, wenn schon bei Ausspruch der Kündigung feststehe, daß in absehbarer Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist ein Arbeitsplatz frei werde. Der Senat hat dabei nämlich ausdrücklich an der bisherigen Rechtsprechung festgehalten, die Möglichkeit anderweitiger Beschäftigung setze das Vorhandensein eines freien Arbeitsplatzes voraus (ständige Rechtsprechung seit Urteil vom 13. September 1973 - 2 AZR 601/72 - BAGE 25, 278, 289 = AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969, zu III der Gründe; BAG Urteil vom 29. März 1990 - 2 AZR 369/89 - BAGE 65, 61 = AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung). Auch wenn man im Anschluß an die Entscheidung vom 15. Dezember 1994 (- 2 AZR 327/94 -, aaO) davon ausgeht, dem Arbeitgeber sei die Überbrückung des Zeitraums vom Ablauf der Kündigungsfrist bis zum Freiwerden des Arbeitsplatzes zumutbar, wobei dies jedenfalls für einen Zeitraum gelte, den ein anderer Stellenbewerber zur Einarbeitung benötigen würde (zur zeitlichen Eingrenzung in diesem Zusammenhang siehe auch von Hoyningen-Huene in Anm. zu EzA § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 77, zu IV 2), so hat der Senat dort ausdrücklich darauf abgestellt, es müsse im Zeitpunkt der Kündigung bereits feststehen, daß der betreffende Arbeitsplatz in absehbarer Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist frei werde. Im gleichen Sinne hat der Senat (vgl. Urteil vom 7. Februar 1991 - 2 AZR 205/90 - BAGE 67, 198 = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Umschulung) zu der oben bereits erwähnten Sonderregelung des § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG entschieden.



dd) Für den Fall witterungsbedingter Arbeitsunterbrechungen kann nach Ansicht des Senats nichts anderes gelten. Die Möglichkeit saison- bzw. witterungsbedingter Kündigungen wird vom Gesetzgeber (vgl. §§ 22 KSchG, 20 Abs. 2 SchwbG) grundsätzlich anerkannt. Sie sind in bestimmten Branchen (z. B. Baugewerbe, Gartenbau usw.) üblich und Gegenstand tariflicher Regelungen geworden (vgl. § 12.2 des allgemeinverbindlichen BRTV-Bau). Der Gesetzgeber und die Tarifvertragsparteien gehen damit ersichtlich davon aus, daß jedenfalls längerfristige, witterungsbedingte Arbeitseinstellungen Grund für eine betriebsbedingte Kündigung sein können. Folgte man dem Landesarbeitsgericht, daß unabhängig von der Dauer der Betriebsunterbrechung nur eine Änderungskündigung mit Wiedereinstellungszusage in Betracht käme, hätte es z. B. der tariflichen Regelungen im Baugewerbe zur Überbrückung der Winterperiode - jedenfalls der Regelung des § 12.2 BRTV-Bau, die in der Schlechtwetterzeit Kündigungen aus Witterungsgründen verbietet -, nicht bedurft. Ob in derartigen Fällen sozial gerechtfertigter, witterungsbedingter Kündigungen an einen Wiedereinstellungsanspruch zu denken ist (vgl. dazu Senatsurteil vom 15. März 1984 - 2 AZR 24/83 - AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl, zu 2 der Gründe, m.w.N. und ausführlicher Anm. von Wank), wobei der Arbeitgeber bei der Einstellungsauswahl eventuell entsprechend § 315 BGB billiges Ermessen zu wahren hätte, braucht hier nicht entschieden zu werden. Eine betriebsbedingte Beendigungskündigung wäre vorliegend dann nicht in Betracht gekommen, wenn im Zeitpunkt der Kündigung am 23. Dezember 1993 bereits absehbar gewesen wäre, wann der betreffende Arbeitsplatz nach Ablauf der Kündigungsfrist erneut zur Verfügung stehen würde, und wenn die Überbrückung dieses Zeitraums der Beklagten zumutbar gewesen wäre



(Senatsurteil vom 15. Dezember 1994, aaO). Der Begriff der Zumutbarkeit erfordert die Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalles. Die Länge des Zeitraums, die dem Arbeitgeber zur Überbrückung zugemutet werden kann, läßt sich daher nicht abstrakt festlegen, sondern richtet sich insbesondere nach den jeweiligen betrieblichen Verhältnissen und den Besonderheiten des einzelnen Arbeitsverhältnisses. Da das Landesarbeitsgericht zur zeitlichen Dauer der Teil-Betriebsunterbrechung der Beklagten und daran anknüpfend zur Zumutbarkeit einer Überbrückung keine genauen Feststellungen getroffen hat - es spricht von "maximal zwei bis drei Monaten" und einer Wiederaufnahme der Arbeiten "im Regelfall ab März" -, kann eine abschließende Beurteilung durch den Senat nicht erfolgen.

Der Senat weist dazu allerdings auf folgendes hin:

Nach dem bisherigen Vorbringen der Beklagten bleibt unklar, ob wirklich ein dringendes betriebliches Erfordernis zur witterungsbedingten Einstellung der Arbeiten während der Wintermonate bestand. Die Frostperioden sind in unseren Breitengraden regelmäßig kurz und nach Lage und Dauer kaum vorhersehbar. Wegen der Länge der Kündigungsfristen wird es kaum möglich sein sicherzustellen, daß der Arbeitgeber die Frostperioden und die Perioden der Betriebsunterbrechung oder Betriebspause zur Deckung bringt. Die unternehmerische Entscheidung könnte also allenfalls in der Richtung getroffen werden, daß der Arbeitgeber beschließt, in den Monaten, in denen Frost vorkommen kann, seinen Betrieb zu schließen bzw. einzuschränken. Ob es unter diesen Umständen dringend erforderlich ist, angesichts zu erwartender ca. 20 Frosttage die



- 16 -

Betriebstätigkeit für mehrere Monate einzustellen, bedarf konkreteren Sachvortrags, wobei gegebenenfalls zu berücksichtigen sein wird, ob insoweit eine bindende Unternehmerentscheidung (vgl. oben zu II 2) vorliegt.

Das gilt besonders im vorliegenden Fall, in dem die Beklagte die Personalreduzierung zusätzlich mit endgültig weggefallenen Arbeitskapazitäten begründet hat. Der Arbeitgeber darf nicht eine aus seiner Sicht wegen witterungsunabhängigen Auftragsrückganges notwendige teilweise Personalreduzierung dazu nutzen, unter dem Etikett einer witterungsbedingten Kündigung im Ergebnis die gesamte Belegschaft auszutauschen. Die Beklagte wird daher das dringende betriebliche Erfordernis zur Aufkündigung des Klägers unter beiden von ihr geltend gemachten Gesichtspunkten getrennt und substantiiert - vgl. auch nachfolgend zu c) - weiter zu begründen haben.

ee) Eine witterungsbedingte Kündigung käme allerdings überhaupt nicht in Betracht, wenn nicht der MTV Elektrohandwerk sondern der BRTV-Bau für das Arbeitsverhältnis der Parteien maßgeblich wäre (vgl. § 12.2 BRTV-Bau). Zur Anwendbarkeit dieses Tarifvertrages haben die Parteien in der Revisionsinstanz unterschiedliche Standpunkte vertreten. Den Parteien ist insofern Gelegenheit zu geben, unter Berücksichtigung einschlägiger Rechtsprechung (vgl. u. a. BAG Urteil vom 24. August 1994 - 10 AZR 67/94 - AP Nr. 182 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau) ergänzend vorzutragen. Der abschließenden Würdigung durch die Tatsacheninstanz kann der Senat nicht vorgreifen.



- 17 -

c) Die Beklagte hat die Kündigung schließlich auch damit begründet, die Auftragslage habe sich verschlechtert, da die Aufträge in den jeweiligen Dezembermonaten 1992 und 1993 um nahezu ein Drittel und bezogen auf das Gesamtjahr um ca. 20 % zurückgegangen seien. Da die Beklagte die Kündigung vom 23. Dezember 1993 damit u. a. auf den Umsatzrückgang im Monat Dezember 1993 stützt, dürfte sie mit diesem Vorbringen nicht schon deshalb präkludiert sein (vgl. dazu nachfolgend zu 3), weil sie auch die vorhergehende Kündigung vom 13. Oktober 1993 auf betriebsbedingte Gründe gestützt hat. Die von der Beklagten hierzu vorgetragenen Ziffern sind vom Kläger nicht bestritten worden, so daß bei dieser Ausgangslage ungewiß erscheint, ob die Beklagte den bisherigen Personalbestand unverändert beibehalten konnte. Die Beklagte hat aber bisher nicht dargestellt, wie sich der Umsatzrückgang konkret auf das Arbeitsverhältnis der Parteien auswirkte. Nach den einleitend dargestellten Grundsätzen (oben zu II 2) hat die Beklagte darzustellen, wieso ihre Entscheidung zur Personalreduzierung das Beschäftigungsbedürfnis für den im Bereich Kabelbau tätigen Kläger entfallen ließ. Die Beklagte hat bisher nicht einmal vorgetragen, daß die behaupteten Umsatzrückgänge überhaupt den Kabelbau und nicht etwa den Bereich Elektrobau (Trafowerkstatt, Elektromontagen usw.) betraf. Der bisherige Sachvortrag reicht demnach nicht für die Feststellung aus, zum Zeitpunkt des Kündigungstermins sei eine Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger aus diesem Grunde nicht mehr gegeben (vgl. dazu auch Senatsurteil vom 15. Juni 1989 - 2 AZR 600/88 - AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung). Es ist deshalb bisher auch nicht deutlich geworden, ob die Beklagte unter diesem Gesichtspunkt

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

überhaupt eine Sozialauswahl getroffen hat und ob der gegebenenfalls durch den Umsatzrückgang betroffene Kläger sich auch in diesem Zusammenhang auf eine mangelhafte Sozialauswahl berufen will. Nach Auffassung des Senats erübrigen sich deshalb weitere Ausführungen hierzu.

Anzumerken bleibt allerdings noch, daß der Kläger das Vorbringen der Beklagten in entscheidungserheblichen Punkten bestritten und geltend gemacht hat, es treffe nicht zu, daß per 13. Januar 1994 alle 112 Arbeitnehmer bis auf 18 gekündigt worden seien; ferner hat er in Abrede gestellt, daß keine Arbeit mehr vorhanden gewesen sei, er habe jedenfalls als Springer noch auf jeder Baustelle eingesetzt werden können; tatsächlich seien noch am 20. Januar 1994 mindestens sieben Arbeitnehmer (wo?) beschäftigt worden. Die Beklagte hat sich demgegenüber darauf berufen, bei Ablauf der Kündigungsfrist am 13. Januar 1994 seien von 112 Arbeitnehmern nur noch 18 beschäftigt gewesen, wobei die in den verbliebenen zwei Kolonnen tätigen Mitarbeiter mit Ausstellungs- und Ausbesserungsarbeiten beschäftigt und außerdem nicht ausgelastet gewesen seien; die nicht im Kabelbau beschäftigten Mitarbeiter hätten nicht entbehrt werden können; für den Kläger, der einen Unimog mit Fräse bedient habe, sei jedenfalls keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr vorhanden gewesen. Das Landesarbeitsgericht wird dies - falls es hierauf noch ankommt (siehe oben zu II 2 b) - aufzuklären haben.

3. Soweit das Landesarbeitsgericht entschieden hat, die Kündigung sei nicht aus krankheitsbedingten Gründen gerechtfertigt, läßt die Entscheidung allerdings keinen Rechtsfehler erkennen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Das Landesarbeitsgericht hat in einer Alternativbegründung ausgeführt, der Berufung auf krankheitsbedingte Fehlzeiten stehe schon die Rechtskraft der Entscheidung im Vorprozeß entgegen, in dem die Beklagte die vorhergehende Kündigung vom 13. Oktober 1993 auf denselben Sachverhalt gestützt habe. Das Landesarbeitsgericht hat ausdrücklich festgestellt (§ 561 ZPO), der Vortrag der Beklagten zur krankheitsbedingten Kündigung vom 13. Oktober 1993 sei identisch mit demjenigen zur krankheitsbedingten Kündigung vom 23. Dezember 1993. Diese Feststellung hat die Revision nicht angegriffen, sondern macht nur geltend, ob man sich bei einer nachfolgenden Kündigung noch auf den rechtskräftig aberkannten Kündigungsgrund stützen könne, habe das Bundesarbeitsgericht bisher noch nicht entschieden, sondern in einer Entscheidung vom 12. Dezember 1984 (- 7 AZR 575/83 - BAGE 47, 307 = AP Nr. 19 zu § 626 BGB Ausschlußfrist = EzA § 626 BGB n.F. Nr. 97) offen gelassen. Dies trifft im Ergebnis nicht zu; vielmehr hat der Senat im Urteil vom 26. August 1993 (- 2 AZR 159/93 - BAGE 74, 143 = AP Nr. 113 zu § 626 BGB = EzA § 322 ZPO Nr. 9) ausgesprochen, wenn in einem Kündigungsrechtsstreit dahin erkannt sei, daß das Arbeitsverhältnis durch eine bestimmte Kündigung nicht aufgelöst worden sei, so könne der Arbeitgeber eine erneute Kündigung nicht auf Kündigungsgründe stützen, die er schon zur Begründung der ersten Kündigung vorgebracht habe und die in dem ersten Kündigungsschutzprozeß materiell geprüft worden seien mit dem Ergebnis, daß die Kündigung nicht gerechtfertigt sei (vgl. zum ganzen Ascheid, Die Wiederholungskündigung als Problem der hinkenden Rechtskraftwirkung, Festschrift für Stahlhacke, S. 1 f.). An dieser Recht-



sprechung ist auch für den vorliegenden Fall festzuhalten, unabhängig davon, ob man die Präklusionswirkung darin sieht, daß bei einer Wiederholungskündigung ein neuer Prozeß unzulässig ist und ihr wegen der Rechtskraftwirkung keine rechtliche Relevanz mehr zukommt (so Ascheid, aaO, S. 12).

Es braucht daher nicht mehr darauf eingegangen zu werden, ob auch die Zweitbegründung des Landesarbeitsgerichts zutreffend ist, daß angesichts der Krankheitsdaten schon eine Negativprognose nicht gerechtfertigt ist. Auch dem setzt die Revision nur ihre eigene Wertung entgegen, die Prozentzahlen der Krankheitstage hätten sich kontinuierlich erhöht, ohne näher darauf einzugehen, ob schon deshalb aus den Krankheitszeiten für das Jahr 1993 nicht auf eine Negativprognose geschlossen werden kann, weil in diesen Zeitraum eine länger dauernde Erkrankung vom 4. Oktober bis 10. November 1993 fällt, so daß gegebenenfalls von einer Krankheitshäufigkeit im Durchschnitt nicht auszugehen ist.

4. Der Hilfsantrag der Beklagten auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses steht in der Revisionsinstanz nicht zur Entscheidung an, nachdem der Rechtsstreit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung über die Betriebsbedingtheit der Kündigung vom 23. Oktober 1993 zurückzuverweisen war.

Etzel

Bitter

Fischermeier

Rupperecht

Bartz



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)