

Aktenzeichen: 2 AZR 315/97
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 11. März 1998
- 2 AZR 315/97 -

I. Arbeitsgericht
Nürnberg

Urteil vom 08. Oktober 1996
- 8 Ca 9292/95 -

II. Landesarbeitsgericht
Nürnberg

Urteil vom 20. März 1997
- 8 Sa 211/97 -

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

Entscheidungsstichwort:

Betriebsbedingte Kündigung

Gesetz:

KSchG § 1 Abs. 2

Leitsätze:

K e i n e

Hinweis des Senats:

Parallelsache zu - 2 AZR 440/97 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 315/97

8 Sa 211/97 Nürnberg

Verkündet am
11. März 1998

Anderl,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der
mündlichen Verhandlung vom 25. Februar 1998 durch den Vor-
sitzenden Richter Dr. Etzel, die Richter Bitter und Bröhl



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

sowie die ehrenamtlichen Richter Piper und Dr. Bartz für
Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 20. März 1997
- 8 Sa 211/97 - wird auf ihre Kosten zurückgewie-
sen.

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 war seit 1979 bei der Beklagten, einem Unterneh-
men der Baubranche, als Zimmermann zu einem Bruttoarbeitsentgelt
von zuletzt 5.960,00 DM beschäftigt. Die Beklagte beschäftigte in
ihrer Niederlassung Nürnberg ca. 110 gewerbliche Arbeitnehmer,
davon 60 im Hochbau und elf im Tiefbau. Sie hatte Mitte Mai 1995
wegen Auftragsmangels Kurzarbeit eingeführt. Als sich die Be-
schäftigungssituation bis November 1995 nicht besserte, kündigte
sie allen Arbeitnehmern der Abteilung Tiefbau zum Jahresende
1995. In der Abteilung Hochbau, in der der Kläger beschäftigt
war, bestanden zu diesem Zeitpunkt noch die Baustellen S-Bahn Ei-
bach mit einem Auftragsvolumen von 8,3 Mio. DM und der voraus-
sichtlichen Fertigstellung Ende 1996 und ARGE Schwarzenbach mit
einem Volumen von 1,7 Mio. DM bei geplanter Fertigstellung Mitte
1996. Im Wissen um die verfassungsrechtliche Problematik der ver-
längerten Kündigungsfristen des Bundesrahmentarifvertrags für das
Baugewerbe (BRTV-Bau) machte die Beklagte den aus ihrer Sicht auf
diesen Baustellen nicht benötigten Arbeitnehmern, darunter auch
dem Kläger, das Angebot, sie sollten sich mit einer Beendigung
des Arbeitsverhältnisses durch eine Kündigung mit der tariflichen



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



- 3 -

Kündigungsfrist einverstanden erklären; im Gegenzug hierfür werde ihnen die Zusage einer Wiedereinstellung spätestens zum 24. Juni 1996 bei Anrechnung der bisherigen Betriebszugehörigkeit erteilt. Diese Regelung wurde weit überwiegend von den Arbeitnehmern akzeptiert. Die ihnen ausgesprochenen Kündigungen enthielten eine entsprechende Wiedereinstellungszusage. Der Kläger sowie sechs weitere Arbeitnehmer lehnten die vorgeschlagene Regelung ab. Die dem Kläger mit Schreiben vom 27. November 1995 unter Einhaltung der tariflichen Kündigungsfrist ausgesprochene Kündigung zum 31. Januar 1996 enthielt dementsprechend keine Wiedereinstellungszusage.

Der Kläger hat behauptet, zum Kündigungszeitpunkt habe allenfalls die im Baugewerbe im Winter übliche saisonale Flaute vorgelegen, offensichtlich seien jedoch bereits für das Frühjahr wieder hinreichend Aufträge vorhanden gewesen. Zumindest seien solche zu erwarten gewesen, da Wiedereinstellungszusagen angeboten und erteilt worden seien. Die Beklagte habe lediglich eine vorübergehende Auftragsschwäche bewältigen wollen und sei von einer Besserung der Auftragssituation im Frühjahr 1996 ausgegangen. Ausweislich des Inserats der Firma T vom 25. Januar 1996 habe die Beklagte bereits im Januar 1996 wieder dringend Zimmerleute benötigt.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 27. November 1995 nicht aufgelöst worden ist.



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



- 4 -

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, zum Zeitpunkt der Kündigungen seien in der Abteilung Hochbau lediglich noch Beschäftigungsmöglichkeiten für 24 Arbeitnehmer, davon für drei Zimmerleute vorhanden gewesen. Im Hochbau habe der Auftragsbestand zum Kündigungszeitpunkt nur 10 Mio. DM gegenüber 23 Mio. DM im Vorjahr betragen. Für die gekündigten Arbeitnehmer des Hochbaus seien keine weiteren Einsatzmöglichkeiten absehbar gewesen, da zum Kündigungszeitpunkt Anschlußaufträge nicht vorgelegen hätten und auch laufende Auftragsverhandlungen nicht so weit gediehen gewesen seien, daß mit hinreichender Gewißheit mit der Erteilung von Anschlußaufträgen in nächster Zeit habe gerechnet werden können. Es habe sich auch nicht lediglich um die Überbrückung einer absehbar vorübergehenden Auftragsschwankung gehandelt. Die Wiedereinstellungszusagen habe sie nur als Kompensation dafür erteilt, daß die Arbeitnehmer sich mit der gegenüber der gesetzlichen Kündigungsfrist kürzeren tariflichen Kündigungsfrist einverstanden erklärt hätten. Sie habe nicht gewußt, womit sie die Mitarbeiter über den Ablauf der tariflichen Kündigungsfristen hinaus hätte beschäftigen können. Mit den Wiedereinstellungszusagen habe sie vermeiden wollen, wegen Nichteinhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist mit Kündigungsschutzklagen überzogen zu werden. Sie habe beschlossen, die Kurzarbeit vorzeitig zum 31. Dezember 1995 abzurechnen und die nicht auf den beiden laufenden Baustellen beschäftigten Arbeitnehmer vorübergehend auszustellen, um nach Ablauf der nach dem Arbeitsförderungsgesetzes notwendigen dreimonatigen Unterbrechung



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



der Kurzarbeit bei der weiter befürchteten schlechten Auftragslage ab April 1996 wieder Kurzarbeit einführen zu können. Das Inserat vom 25. Januar 1996 betreffe einen Werkvertrag, den die Firma T mit ihrer Konzernmutter geschlossen habe.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

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

Die Revision ist unbegründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, das dem Kläger unterbreitete Angebot einer Kündigung mit der tariflichen Frist von zwei Monaten unter Verzicht auf die Einhaltung der für ihn zum 31. Mai 1996 endenden gesetzlichen Kündigungsfrist, jedoch verbunden mit einer Wiedereinstellungszusage, verstoße gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Auf das Arbeitsverhältnis sei die gesetzliche, nicht die tarifliche Kündigungsfrist des § 12 Abs. 1 BRTV-Bau anwendbar gewesen. Diese Problematik sei auch der Beklagten bekannt gewesen. Die Beklagte habe gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen. Den noch nicht länger als fünf Jahre beschäftigten Arbeitnehmern, deren gesetzliche Kündigungsfrist zwei Monate zum Monatsende betragen habe, sei kein Verzicht auf die Einhaltung der Kündigungsfrist abverlangt worden. Damit habe die Beklagte die bei ihr länger beschäftigten Arbeitnehmer ohne sachlichen Grund benachteiligt. Der Gleichbehandlungsgrundsatz sei jedenfalls bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

und führe hier zur Unwirksamkeit der Kündigung. Das gleiche Ergebnis folge auch aus einer analogen Anwendung der Rechtsgrundsätze zur Änderungskündigung, wonach die angebotenen neuen Arbeitsbedingungen zumutbar sein müßten, was bei der vorliegenden Kündigung wegen der gleichheitswidrigen Verkürzung der Kündigungsfrist nicht der Fall sei.

Dem folgt der Senat nur im Ergebnis.

II. Die Revision führt nicht schon deshalb zur Abänderung der vorinstanzlichen Entscheidungen, weil der in den Tatsacheninstanzen tätige Prozeßbevollmächtigte der Beklagten den Widerruf des vor dem Arbeitsgericht abgeschlossenen Vergleichs sowie die Berufungs- und die Berufungsbegründungsschrift mit dem Zusatz "i.A." unterzeichnet hat. Zwar kann bei der Unterzeichnung eines bestimmten Schriftsatzes und eines Vergleichswiderrufs mit dem Zusatz "i.A." zweifelhaft sein, ob der Unterzeichner nach der einschlägigen Prozeßordnung befähigt und befugt ist, Prozeßhandlungen vorzunehmen und mit der Unterschrift die volle Verantwortung für die Einlegung bzw. Begründung des Rechtsmittels oder für den Vergleichswiderruf übernommen hat (ständige Rechtsprechung, vgl. BAGE 72, 48, 51 = AP Nr. 14 zu § 3 TVG, zu II der Gründe, m.w.N.; BAG Beschluß vom 11. August 1987 - 7 AZB 17/87 - AP Nr. 54 zu § 518 ZPO, m.w.N.; BGHZ 46, 277, 278). Im vorliegenden Fall konnte jedoch kein Zweifel daran bestehen, daß der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten nach § 11 Abs. 2 ArbGG postulationsfähig war und mit seiner Unterschrift auch die Verantwortung für den Inhalt der genannten Schriftsätze übernommen hat. Als bei dem die Beklagte vertretenden Arbeitgeberverband beschäftigter Assessor



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



hatte der Beklagtenvertreter schon vor dem Gütetermin mitgeteilt, er sei in der Sache alleiniger Sachbearbeiter und hat auch sowohl in der Berufungsschrift, als auch bei dem Vergleichswiderruf im Briefkopf angegeben, Prozeßbevollmächtigter sei der "Unterfertigte". Unter diesen Umständen reichte auch bei der Unterzeichnung der Berufungsbegründungsschrift der Zusatz "i.A." um klarzustellen, daß der Beklagtenvertreter für den Inhalt dieses Schriftsatzes als alleiniger Prozeßbevollmächtigter die Verantwortung übernehmen und nicht lediglich als Erklärbote (wessen?) auftreten wollte.

III. Im Ergebnis zutreffend hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt, § 1 Abs. 2 KSchG.

1. Es kann offenbleiben, ob sich die Unwirksamkeit der Kündigung, wie das Berufungsgericht meint, bereits mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz oder einer analogen Anwendung der zur Änderungskündigung aufgestellten Rechtsgrundsätze begründen läßt. Dies scheint zweifelhaft. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist bei der Beurteilung der Sozialwidrigkeit einer Kündigung nach § 1 KSchG grundsätzlich nicht zu berücksichtigen (Senatsurteil vom 22. Februar 1979 - 2 AZR 115/78 - EzA § 103 BetrVG 1972 Nr. 23). Abgesehen davon würde die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung den Kläger nicht gleich, sondern besser behandeln als die übrigen Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis mit Ablauf der tariflichen Kündigungsfrist geendet hat und die nicht eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über diesen Termin hinaus, sondern lediglich eine Wiedereinstellungszusage erhalten haben. Auch eine



entsprechende Anwendung der Grundsätze über die Änderungskündigung scheint kaum sachgerecht. Die Beklagte hatte nicht vor, die Beendigung der Arbeitsverhältnisse schon zum 31. Januar 1996 durch eine Änderungskündigung verbunden mit einer Wiedereinstellungszusage durchzusetzen. Sie hat ihren Arbeitnehmern vielmehr ein Angebot unterbreitet, das sie rechtlich weder nach § 626 BGB noch nach §§ 2, 1 KSchG hätte durchsetzen können, nämlich eine Wiedereinstellungszusage als Gegenleistung für einen Verzicht auf einen Teil der gesetzlichen Kündigungsfrist, also letztlich als Gegenleistung für einen Lohnverzicht.

2. Die Beklagte hat schon nicht hinreichend dargelegt, daß ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung des Klägers bestand.

a) Gemäß § 1 Abs. 2 KSchG ist eine Kündigung u.a. dann sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, die einer Weiterbeschäftigung des betreffenden Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen. Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht davon aus, daß sich solche dringenden betrieblichen Erfordernisse aus innerbetrieblichen Umständen oder aufgrund außerbetrieblicher Umstände ergeben können. Die Beklagte hat zur Begründung der Kündigung behauptet, für den Kläger als Zimmermann bestünden wegen fehlender Anschlußaufträge im Hochbau keinerlei Beschäftigungsmöglichkeiten mehr, sie habe über den 31. Januar 1996 hinaus lediglich noch drei Zimmerer beschäftigen können. Damit kam vorliegend als Kündigungsgrund der außerbetriebliche Umstand fehlender Aufträge in Betracht, wenn die Beklagte den Auftragsmangel nicht zum Anlaß einer Umorganisation



nahm, sondern zur Anpassung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer an die vorhandene Arbeitsmenge (vgl. hierzu Senatsurteil vom 15. Juni 1989 - 2 AZR 600/88 - AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu II 1 b der Gründe). Das Vorliegen eines dringenden betrieblichen Erfordernisses im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG ist in einem derartigen Fall gegeben, wenn bei Kündigungsausspruch feststeht, zum Zeitpunkt des Kündigungsstermins sei eine Beschäftigungsmöglichkeit für den gekündigten Arbeitnehmer nicht mehr gegeben (Senatsurteil vom 15. Juni 1989, aaO). Hiervon kann nach den Darlegungen der Beklagten nicht ausgegangen werden.

b) Die Beklagte hat, obwohl ihr die Problematik der tarifvertraglichen Kündigungsfristen bekannt war, bei Ausspruch der Kündigung ersichtlich schon auf den falschen Prüfungszeitpunkt abstellt, nämlich auf den Ablauf der von ihr für die Kündigung gewählten tariflichen Kündigungsfrist, den 31. Januar 1996. Da die für den Kläger einschlägige gesetzliche Kündigungsfrist (vgl. Senatsurteil vom 14. Februar 1996 - 2 AZR 201/95 - AP Nr. 50 zu § 622 BGB) bis 31. Mai 1996 lief, konnte eine Kündigung nur dann gerechtfertigt sein, wenn ab 1. Juni 1996 kein Beschäftigungsbedarf für den Kläger mehr zu erwarten war. Maßgeblich war nicht die Erteilung von Aufträgen in nächster Zeit, nämlich in der möglicherweise auftragsschwachen Winterzeit, sondern die Prognose über die Auftragsentwicklung bis zu dem für den Kläger maßgeblichen Kündigungsstermin. Daß die Beklagte insoweit überhaupt eine Prognose angestellt hätte, ist nicht ausreichend dargelegt und darüber hinaus schon deshalb zweifelhaft, weil die Beklagte nach



ihrem eigenen Vorbringen lediglich eine "vorübergehende Ausstellung" der betreffenden Arbeitnehmer plante und erst im "Frühjahr 1996" weitere Entscheidungen etwa über eine erneute Kurzarbeit treffen wollte.

c) Ein außerbetrieblicher Grund zur betriebsbedingten Kündigung ist jedenfalls mit dem bloßen Hinweis, eine Besserung der Auftragslage sei auch bezogen auf den Kündigungszeitpunkt 31. Mai 1996 nicht zu erwarten gewesen, nicht konkret genug vorgetragen. Daß bei Ablauf der Kündigungsfrist für den Kläger als Zimmermann kein hinreichender Beschäftigungsbedarf mehr bestehen würde, was ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung darstellt hätte, stand nach dem Vorbringen der Beklagten bei Ausspruch der Kündigung nicht fest. Zwar war die Beschäftigungslage bei Ausspruch der Kündigung schlecht. Die Kündigungsfrist des Klägers war jedoch so lang, daß unter Berücksichtigung der branchenüblichen Vorlaufzeit zwischen Auftragserteilung und Baubeginn nicht mit hinreichender Sicherheit absehbar war, wieviele Zimmerleute die Beklagte nach Ablauf der Winterzeit unter Berücksichtigung der von ihr einkalkulierten Möglichkeit der Kurzarbeit benötigen würde. Der insgesamt rückläufige Umsatz und Auftragsbestand im Betrieb der Beklagten läßt deshalb - für sich betrachtet - noch nicht den Beschäftigungsbedarf für den Kläger ab 1. Juni 1996 entfallen. Ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung des Klägers konnte nur dann entstehen, wenn sich die Beklagte entschloß, durch eine unternehmerische Entscheidung ihren Personalbedarf den rückläufigen Umsatzzahlen und dem rückläufigen Auftragsbestand anzupassen.



d) Gerade eine solche unternehmerische Entscheidung, die den Beschäftigungsbedarf für den Kläger auf lange Sicht hätte entfallen lassen, hat die Beklagte jedoch nicht getroffen. Sie hat sich im November 1995 nur entschlossen, die auf den beiden weiter laufenden Baustellen nicht benötigten Arbeitnehmer "vorübergehend auszustellen". Die unternehmerische Entscheidung, ob der Betrieb mit dem bisherigen oder mit einem reduzierten Personalbestand aufrechterhalten bleiben konnte, hat die Beklagte damit auf die Zeit von Anfang April bis Ende Juni aufgeschoben. Reagiert der Arbeitgeber auf einen Rückgang der Beschäftigungsmöglichkeiten in seinem Betrieb lediglich mit einer vorübergehenden Maßnahme (z. B. Anordnung von Kurzarbeit), so indiziert dies, daß er auch nur von einem vorübergehenden Arbeitsmangel ausgegangen ist. Diese Indizwirkung muß der Arbeitgeber entkräften (Senatsurteil vom 26. Juni 1997 - 2 AZR 494/96 - EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 93). Dies gilt auch, wenn ein Bauunternehmer sich während der Winterperiode in Absprache mit dem zuständigen Arbeitsamt dazu entschließt, die Arbeitnehmer infolge Arbeitsmangels "vorübergehend auszustellen", um nach Ablauf der Winterperiode ggf. unter Einführung von Kurzarbeit den Betrieb im wesentlichen mit der bisherigen Belegschaft weiterzuführen. Diese Indizwirkung, daß die unternehmerische Entscheidung der Beklagten allein darin bestand, die Winterperiode nach Wegfall der Winterbauförderung durch andere vorübergehende Maßnahmen zu überbrücken und jedenfalls die Belegschaftsstärke vorerst nicht endgültig einzuschränken, ist durch das Vorbringen der Beklagten im vorliegenden Verfahren nicht entkräftet. Für den Kläger, dessen Kündigungsfrist bis zum 31. Mai 1996 lief, stellte die unternehmeri-



sche Entscheidung der Beklagten zur "vorübergehenden Ausstellung" der Arbeitnehmer kein dringendes betriebliches Erfordernis dar, das eine betriebsbedingte Kündigung sozial rechtfertigen konnte, § 1 Abs. 2 KSchG.

Etzel

Bitter

Bröhl

Piper

Bartz



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)