

Aktenzeichen: 2 AZR 564/85

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 11. September 1986

- 2 AZR 564/85 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 13. März 1985

Koblenz

- 2 Ca 2398/84 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 10. Juli 1985

Rheinland-Pfalz

- 2 Sa 372/85 -

Für die Amtliche Sammlung:

Nein

Für die Fachpresse:

Nein

Für das Bundesarchiv:

Nein

Entscheidungsstichwort:

Ordentliche Kündigung eines Bauwerkers wegen Auftragsmangels

Gesetz: KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung

Leitsätze:

K e i n e



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 564/85

2 Sa 372/85 Rheinland-Pfalz

Verkündet am
11. September 1986

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. September 1986 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Ascheid sowie die ehrenamtlichen Richter Schulze und Dr. Kirchner für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz
vom 10. Juli 1985 - 2 Sa 372/85 - wird zu-
rückgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten der Revision.

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 1941 geborene, verheiratete und einem Kind unterhalts-
pflichtige Kläger war seit 10. Oktober 1973 bei der Beklagten,
einem Bauunternehmen, als Bauwerker gegen einen Stundenlohn von
zuletzt 13,32 DM brutto beschäftigt. Er wurde für Hilfsarbeiten
eingesetzt, wie z.B. Schalungsreinigung, Aufräumarbeiten, Bau-
stellenreinigung, manuellen Abbruch und Entleeren von Betonkü-
beln.

Mit Schreiben vom 19. November 1984, zugegangen am
23. November 1984, kündigte die Beklagte dem Kläger fristgemäß
zum 31. Januar 1985. Zum selben Termin erhielten vier weitere
Arbeitnehmer die Kündigung.

Mit der vorliegenden Klage hat sich der Kläger gegen diese
Kündigung gewandt. Er hat, soweit für die Revisionsinstanz noch
erheblich, geltend gemacht, sie sei sozial ungerechtfertigt und
beantragt festzustellen,



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

daß sein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten durch die Kündigung vom 19. November 1984 zum 31. Januar 1985 nicht aufgelöst wird.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, die Kündigung sei durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt. Ihr Auftragsbestand habe zu Beginn des Jahres 1984 4.503.000,-- DM betragen und sei im November d. J. auf 2.007.000,-- DM zurückgegangen. Dementsprechend sei sie in Anpassung an die zurückgehende Konjunktur zu einer Personalanpassung gezwungen gewesen. Bereits in den vorausgegangenen Monaten habe sie in erheblichem Umfang Personal abgebaut. So seien im Jahre 1984 sechs Bauwerker entlassen worden. Für die Beschäftigung des Klägers bestehe im Hinblick auf den schwerwiegenden und nachhaltigen Auftragsrückgang kein Bedarf. Die zum Jahreswechsel noch vorhandenen Baustellen könnten mit maximal 49 Arbeitnehmern besetzt werden. Deshalb habe sie zum 31. Januar 1985 neben dem Kläger auch dem Bauwerker C sowie zwei Maurern und einem Baumaschinenführer gekündigt. Der Auftragsrückgang schlage auch voll auf die Facharbeiter durch.

Die Kündigung des Klägers sei darüber hinaus dadurch bedingt, daß er mit Hilfsarbeiten, die er bisher ausschließlich ausgeführt habe und für die er allein geeignet sei, nicht mehr vollschichtig beschäftigt werden könne. Soweit solche Arbeiten zeitweise anfielen, würden sie in Zukunft von den qualifizierten Arbeitern miterledigt, die umfassend eingesetzt werden könnten. Sie versuche auf diese Weise, zunächst ihre Fachkräfte zu halten. Eine Umsetzung des Klägers sei nicht möglich, da kein freier Ar-



beitsplatz vorhanden sei, auf dem er beschäftigt werden könnte.

Sie habe auch die soziale Auswahl richtig vorgenommen. Mit dem Kläger sei nur der Arbeiter D vergleichbar, der noch als einziger Bauwerker weiterbeschäftigt werde. Dieser sei jedoch sozial schutzbedürftiger als der Kläger, weil er im Jahre 1927 geboren, seit Juni 1970 bei ihr beschäftigt und zwei Kindern unterhaltspflichtig sei.

Der Kläger hat erwidert, aus der Angabe des Auftragsbestandes sei nicht zu erkennen, ob tatsächlich Arbeitsmangel bei der Beklagten bestehe, der eine Kündigung bedinge. Der Arbeitgeber könne ein dringendes betriebliches Bedürfnis zur Kündigung nicht allein damit begründen, wegen eines Umsatzrückgangs in bestimmter Höhe sei als einschneidende Rationalisierungsmaßnahme eine Verringerung des Personalbestandes erforderlich. Es müsse im einzelnen dargelegt werden, welchen unmittelbaren Einfluß der Umsatzrückgang auf den einzelnen Arbeitsplatz habe. Die Beklagte habe auch nicht dargelegt, ob er auf einem anderen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden könne. Darüber hinaus sei die soziale Auswahl nicht ordnungsgemäß getroffen worden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben.

In der Berufungsinstanz hat die Beklagte auf eine entsprechende Auflage des Landesarbeitsgerichts Aufstellungen über die am 31. Dezember 1984 bei ihr beschäftigt gewesen und später bis Mai 1985 ausgeschiedenen Arbeitnehmer eingereicht. Danach



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



waren zum Jahresende 1984 insgesamt 60 Arbeitnehmer, und zwar 47 Arbeiter, darunter der Kläger sowie die Bauwerker C und D und 13 Angestellte beschäftigt. Zum 31. Januar 1985 sind drei Facharbeiter (ein Maschinist, ein Maurer und ein Zimmermann), zum 31. März 1985 ein Maschinist und ein Techniker und zum 14. Mai 1984 ein Maschinist ausgeschieden. Ein Maurer sowie zwei Poliere waren krank und hatten Rentenanträge gestellt.

Das Landesarbeitsgericht hat nach Durchführung einer Beweisaufnahme das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger die Wiederherstellung des Urteils des Arbeitsgerichts. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

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 Berufungsgericht hat angenommen, die Kündigung der Beklagten sei durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG bedingt. Diese Würdigung ist jedenfalls im Ergebnis revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

1. Nach dem Grundsatzurteil des erkennenden Senats vom 7. Dezember 1978 (BAGE 31, 158 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung) können sich betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG aus innerbe-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

trieblichen Umständen (z. B. Rationalisierungsmaßnahmen sowie Umstellung oder Einschränkung der Produktion) oder durch außerbetriebliche Gründe (z. B. Auftragsmangel oder Umsatzrückgang) ergeben. Diese betrieblichen Erfordernisse müssen "dringend" sein und eine Kündigung im Interesse des Betriebes notwendig machen. Diese weitere Voraussetzung ist erfüllt, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, der betrieblichen Lage durch andere Maßnahmen auf technischem, organisatorischem oder wirtschaftlichem Gebiet als durch eine Kündigung zu entsprechen. Die Kündigung muß wegen der betrieblichen Lage unvermeidbar sein (BAGE 16, 134, 136 und 21, 248, 255 = AP Nr. 14 und 20 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung sowie BAG Urteil vom 7. Dezember 1978, aaO und Senatsurteil vom 20. Februar 1986 - 2 AZR 212/85 - DB 1986, 2236 = ZIP 1986, 2729, zu B II 1 der Gründe). Wenn sich der Arbeitgeber auf außerbetriebliche oder innerbetriebliche Umstände beruft, darf er sich nicht auf schlagwortartige Umschreibungen beschränken. Er muß seine tatsächlichen Angaben vielmehr so im einzelnen darlegen (substantiieren), daß sie vom Arbeitnehmer mit Gegentatsachen bestritten und vom Gericht überprüft werden können. Vom Arbeitgeber ist darüber hinaus insbesondere darzulegen, wie sich die von ihm behaupteten Umstände unmittelbar oder mittelbar auf den Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers auswirken. Der Vortrag des Arbeitgebers muß erkennen lassen, ob durch eine innerbetriebliche Maßnahme oder durch einen außerbetrieblichen Anlaß das Bedürfnis an der Tätigkeit des gekündigten Arbeitnehmers wegfällt (BAGE 31, 157 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung sowie Senatsurteil vom 30. Mai 1985 - 2 AZR 321/84 - AP Nr. 24 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung,



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

zu B II 1 der Gründe).

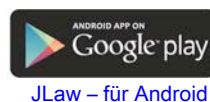
2. Die vom Senat vorgenommene Differenzierung zwischen außer- und innerbetrieblichen Gründen hat Zustimmung gefunden (vgl. KR-Becker, 2. Aufl., § 1 KSchG Rz 311; Herschel, SAE 1983, 3; Herschel/Löwisch, KSchG, 6. Aufl., § 1 Rz 171, 195 ff.; Rohlfing/Rewolle/Bader, KSchG, Stand Juni 1984, § 1 Anm. 20 a, S. 54 a; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 131 II, S. 821 f.; Schwerdtner, ZIP 1984, 10, 12; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl., Rz 50; vgl. ferner Hillebrecht, Veröffentlichung der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht in DAV-VAA, Band 1, 1983, S. 79, 89 ff. sowie ZIP 1985, 257 ff.). Sie ist aber auch auf Kritik gestoßen (vgl. Berkowsky, NJW 1983, 1292; BB 1983, 2057; ders. in: Die betriebsbedingte Kündigung, 2. Aufl., Rz 86; Buchner, DB 1984, 504; von Maydell/Borchert, SAE 1981, 217; Meisel, ZfA 1985, 213, 218 ff.; Rancke, Anm. zu EzA, § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung, zu II 2 a; Reuter, Anm. zu AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; Wank, SAE 1986, 151).

Wie das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend angenommen hat, kann jedoch für die Entscheidung des vorliegenden Falles dahingestellt bleiben, ob an der grundsätzlichen Differenzierung zwischen innerbetrieblichen und außerbetrieblichen Gründen festzuhalten ist.

3. Die Beklagte hat die Kündigung primär darauf gestützt, daß ihr Auftragsbestand von Beginn bis November 1984 um mehr als 50 %



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



zurückgegangen und sie dementsprechend in Anpassung an die nachlassende Konjunktur zu einer Personaleinschränkung gezwungen gewesen sei. Wegen des schwerwiegenden und nachhaltigen Auftragsrückgangs habe für die Beschäftigung des Klägers kein Bedarf mehr bestanden. Auf den zum Jahreswechsel noch vorhandenen Baustellen könnten maximal 49 Arbeitnehmer beschäftigt werden. Sie habe zum 31. Januar 1985 neben dem Kläger und dem Bauwerker C noch drei Facharbeitern kündigen müssen; der Auftragsrückgang schlage somit auch voll auf die Facharbeiter durch.

a) Insoweit waren für die Kündigung des Klägers in erster Linie Umstände maßgebend, die nach der bisherigen Rechtsprechung als außerbetrieblich angesehen werden (Umsatzrückgang und Auftragsmangel). Ein solcher außerbetrieblicher Umstand kann dann eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen, wenn dadurch der Arbeitsanfall so zurückgeht, daß für einen oder mehrere Arbeitnehmer das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung entfällt. Die organisatorischen Maßnahmen, die der Arbeitgeber trifft, um seinen Betrieb dem Umsatzrückgang anzupassen, sind nicht auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit, wohl aber dahin nachzuprüfen, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich sind. Vom Gericht voll nachprüfbar ist dagegen, ob die zur Begründung dringender betrieblicher Erfordernisse angeführten außerbetrieblichen Gründe (z. B. Arbeitsmangel) tatsächlich vorliegen und in welchem Umfang dadurch Arbeitsplätze ganz oder teilweise wegfallen. Der Arbeitgeber muß im Kündigungsschutzprozeß seine tatsächlichen Angaben so substantiieren, daß sie vom Arbeitnehmer mit Gegentatsachen bestritten und vom Gericht überprüft werden



können. Er muß darüber hinaus insbesondere darlegen, wie sich der von ihm behauptete außerbetriebliche Umstand unmittelbar oder mittelbar auf den Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers auswirkt (BAGE 31, 158).

Dies bedeutet allerdings nicht, der Arbeitgeber müsse darlegen und beweisen, der konkrete Arbeitsplatz des betroffenen Arbeitnehmers sei weggefallen, d. h., das Beschäftigungsbedürfnis sei gerade dort entfallen, wo der gekündigte Arbeitnehmer zuletzt eingesetzt gewesen sei. Vielmehr genügt es, wenn der Arbeitgeber darlegt und gegebenenfalls beweist, daß durch den außerbetrieblichen Grund ein Überhang an Arbeitskräften entstanden ist, durch den unmittelbar oder mittelbar das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer (vergleichbarer) Arbeitnehmer entfallen ist. Wesentlich ist, ob unter Respektierung einer etwa bindenden Unternehmerentscheidung mit einem geringeren Arbeitsanfall auch das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung für den gekündigten Arbeitnehmer entfallen oder innerhalb einer Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer gesunken ist (Senatsurteil vom 30. Mai 1985, aaO, zu B III 1 der Gründe).

b) Auch wenn man einen Umsatzrückgang oder Auftragsmangel nicht als dringendes betriebliches Erfordernis anerkennt, sondern erst in einem dadurch veranlaßten Entschluß des Arbeitgebers, das Personal zu verringern, eine "verdeckte" Unternehmerentscheidung und damit einen innerbetrieblichen Kündigungsgrund sieht, ist nicht unerheblich, ob der zum Anlaß der Personalverringerung genommene Auftragsrückgang tatsächlich vorgelegen hat. Zwar ist



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

eine Unternehmerentscheidung als innerbetrieblicher Kündigungsgrund grundsätzlich nur auf Willkür zu überprüfen. Die Beklagte hat jedoch vorgetragen, daß sie e n t s p r e c h e n d dem Umsatzrückgang und Auftragsmangel zu einer Personalanpassung g e z w u n g e n gewesen sei. Aus einem solchen Vortrag ergibt sich eine Selbstbindung des Arbeitgebers dahin, das Personal nur soweit abzubauen, wie es der Umsatzrückgang erfordert (Senatsurteil vom 30. Mai 1985, aaO, zu B III 1 der Gründe).

4. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ergibt, daß die Würdigung des Berufungsgerichts, für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers habe ein dringendes betriebliches Erfordernis bestanden, im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden ist.

a) Das Berufungsgericht hat für das Revisionsgericht bindend festgestellt, daß die Aufträge bei der Beklagten von Beginn des Jahres 1984 bis zum Ausspruch der Kündigung im November dieses Jahres um mehr als 50 % zurückgegangen sind und für die ordnungsgemäße Besetzung der Baustellen Ende 1984/Anfang 1985 höchstens noch 49 gewerbliche Arbeitnehmer benötigt worden sind.

Das Berufungsgericht hat aufgrund der Zeugenaussagen festgestellt, daß der Auftragsbestand von 4.503.000,-- DM zu Anfang des Jahres 1984 im November noch 2.007.000,-- DM betragen habe und somit um mehr als 50 % zurückgegangen sei. Von elf Baukränen zum Jahresbeginn seien am Jahresende noch sechs im Einsatz gewesen. Während das gesamte Schalungsmaterial zum Jahresanfang auf



den Baustellen verwendet worden sei, hätten sich zum Jahresende allein 2.000 Schalungsträger im Lager befunden. Ähnlich sei es mit anderem Arbeitsmaterial sowie mit den Bauwagen gewesen. Ende 1984 seien mehrere Großaufträge ausgelaufen. Die von der Beklagten für die ordnungsgemäße Besetzung der Baustellen Ende 1984/Anfang 1985 für allenfalls erforderlich erachtete Zahl von 49 Arbeitern habe sich tatsächlich als hochgegriffen erwiesen. Im ersten Halbjahr 1985 seien von 50.176 Sollstunden (für 49 Arbeiter) nur 27.286 Stunden tatsächlich geleistet worden. Der im Herbst 1984 bereits erkennbare Auftragsmangel habe danach im Jahre 1985 auch tatsächlich zu einem erheblich geringeren Arbeitsanfall im Betrieb geführt und die im Zeitpunkt der Kündigung gestellte Prognose der Beklagten bestätigt.

Das Berufungsgericht ist ferner von den Aufstellungen der Beklagten über den Personalbestand zum 31. Dezember 1984 ausgegangen. Danach waren zu diesem Zeitpunkt insgesamt 60 Arbeitnehmer beschäftigt. Hiervon waren 13 Arbeitnehmer angestellt, darunter sechs Poliere und 47 Arbeiter, darunter noch drei Bauwerker, nämlich der Kläger sowie die Arbeiter C und D. Wie das Berufungsgericht den Aufstellungen weiter zutreffend entnommen hat, war zum 31. Januar 1985 neben dem Kläger weiteren vier gewerblichen Arbeitnehmern, nämlich dem Bauwerker C sowie drei Facharbeitern gekündigt worden. Darüber hinaus waren bis Mitte Mai 1985 nochmals drei gewerbliche Arbeitnehmer und zwei Poliere ausgeschieden oder hatten Rentenanträge gestellt. Bis zu diesem Zeitpunkt sollten von den zum Jahresende 1984 unmittelbar auf den Baustellen beschäftigten Arbeitnehmern, einschließlich



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

der Poliere, somit insgesamt zehn weitere Arbeitnehmer ausscheiden.

An diese Feststellungen ist der Senat gebunden. Die hiergegen von der Revision erhobene Rüge der Verletzung des § 286 ZPO greift nicht durch. Von einer näheren Begründung sieht der Senat ab (§ 565 a Abs. 1 ZPO).

b) Aus dem festgestellten Auftragsrückgang und einem entsprechend geringeren Bedarf an gewerblichen Arbeitnehmern insgesamt ergibt sich allerdings nicht bereits unmittelbar, daß nach dem 31. Januar 1985 keine Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger als Bauwerker mehr bestand. Die Beklagte hat nach ihrem Vortrag nur noch einen Bauwerker, den Arbeiter D , weiterbeschäftigt und im übrigen die noch anfallenden Hilfsarbeiten durch ihre Facharbeiter mit ausführen lassen. Daraus folgt, daß der Auftragsrückgang nicht zur Verringerung der Hilfsarbeiten auf ein insgesamt nur noch von einem Bauwerker zu bewältigendes Pensum geführt hat.

aa) Hiervon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat ausgeführt, bei einer Verringerung der Beschäftigungsmöglichkeiten im Baugewerbe infolge Auftragsmangels lasse sich in der Regel nicht feststellen, daß hiervon bestimmte Arbeitsplätze betroffen würden. Der Arbeitgeber könne deshalb die noch vorhandene Arbeit anders verteilen, indem er qualifizierte Arbeitnehmer zeitweise zu Hilfsarbeiten heranziehe und Arbeitnehmer, die nur für Hilfsarbeiten eingesetzt werden könnten, entlasse. Dadurch



erhalte er dem Betrieb qualifizierte Arbeitskräfte. Der Kläger habe nach der Aussage des Zeugen L nur zu Hilfsarbeiten eingesetzt werden können. Der durch den Auftragsmangel veranlaßte Entschluß der Beklagten, Bauwerker zu entlassen und die verbleibenden Hilfsarbeiten von den übrigen Arbeitern ausführen zu lassen, stelle damit ein die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers bedingendes betriebliches Erfordernis dar.

bb) Auch diese Würdigung ist im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden.

Die Revision rügt ohne Erfolg, die Kündigung hätte nur dann als betriebsbedingt angesehen werden dürfen, wenn im Rahmen des verringerten Auftragsbestandes konkret für den Kläger keine Hilfsarbeiten mehr angefallen wären, weil die Beklagte die Kündigung nicht auf eine innerbetriebliche Rationalisierungsmaßnahme, sondern auf den Wegfall des Arbeitsplatzes wegen Auftragsmangels gestützt habe. Die Revision übersieht, daß die Weiterbeschäftigung nur noch eines Bauwerkers und die Verteilung der dessen Pensum übersteigenden Hilfsarbeiten auf die verbliebenen Facharbeiter eine Unternehmerentscheidung darstellt, durch die die Beklagte nicht lediglich im Verhältnis zu dem auftragsbedingten Bedarf an Hilfsarbeiten Personal aus dieser Arbeitnehmergruppe abgebaut hat. Sie hat vielmehr insoweit eine Organisationsmaßnahme vorgenommen und damit eine gestaltende, nicht unmittelbar vom Auftragsrückgang abhängige, jedoch mittelbar hierauf beruhende Unternehmerentscheidung getroffen, die sich im Rahmen der von ihr eingegangenen Selbstbindung hält, ihr Personal



nur soweit abzubauen, wie es der Auftragsrückgang erfordert. Auch nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats ist eine Kündigung dann betriebsbedingt, wenn durch einen bestimmten inner- oder außerbetrieblichen Grund ein Überhang an Arbeitskräften entstanden ist, durch den nur mittelbar das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfallen ist (BAGE 28, 131 = AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; Senatsurteil vom 30. Mai 1985, aaO, zu B II 1 der Gründe).

Diese Entscheidung der Beklagten, die verbleibenden Hilfsarbeitertätigkeiten nur noch durch einen vollbeschäftigten Bauwerker und im übrigen durch die Facharbeiter verrichten zu lassen, ist somit für die Gerichte grundsätzlich bindend und nur daraufhin zu überprüfen, ob sie auf Willkür oder sachfremden Motiven beruhen. Die Beklagte hat dazu vorgebracht, sie habe auf diese Weise versucht, ihr Fachpersonal (zunächst) noch zu halten, um es bei einer Verbesserung der Auftragslage sogleich wieder einsetzen zu können. Diese Entscheidung kann weder als willkürlich noch als sachfremd gewertet werden. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Kläger lediglich für Hilfsarbeiten eingesetzt werden kann. Hieran ist der Senat gebunden, weil die Revision insoweit keine Verfahrensrüge erhoben hat (§ 561 Abs. 2 ZPO).

c) Das Berufungsgericht hat ferner zu Recht angenommen, die betrieblichen Erfordernisse für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers seien dringend gewesen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

aa) Die Revision rügt in diesem Zusammenhang lediglich die Würdigung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe nicht versuchen müssen, die Kündigung durch Einführung von Kurzarbeit zu vermeiden, weil es sich um eine nicht nachprüfbare unternehmerische Entscheidung handele, ob der Arbeitgeber Kurzarbeit einführen wolle. Sie räumt zwar ein, daß die Entscheidung des Arbeitgebers nur einer eingeschränkten gerichtlichen Nachprüfung unterliege, jedoch ist sie der Ansicht, der Arbeitgeber müsse zunächst darlegen, aus welchen Gründen er keine Kurzarbeit angeordnet habe, weil der Arbeitnehmer zu einem entsprechenden Sachvortrag nicht in der Lage sei. Nur dann könne das Gericht nachprüfen, ob die Entscheidung des Arbeitgebers offenbar unsachlich oder willkürlich sei.

bb) Diese Rüge greift nicht durch.

Der erkennende Senat hat in dem Urteil vom 25. Juli 1964 (BAGE 16, 134, 136 = AP Nr. 14 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung) die Ansicht vertreten, eine auf Auftragsrückgang gestützte Kündigung sei nur dann durch dringende betriebliche Erfordernisse "bedingt", wenn es mit den betrieblichen Erfordernissen nicht vereinbar gewesen sei, sie durch Einführung von Kurzarbeit abzuwenden. Sei Auftragsmangel und damit die Betriebseinschränkung nachgewiesen, so sei dem allerdings in der Regel nur durch Entlassungen und nur ausnahmsweise durch Kurzarbeit abzuhelpen. Deshalb müsse der Arbeitnehmer diese Ausnahmen beweisen. In seinem Urteil vom 7. Februar 1985 (- 2 AZR 91/81 - AP Nr. 9 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl, zu III 5 b der



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe) hat es der Senat dahingestellt sein lassen, ob an dieser Auffassung festzuhalten sei. Zwischenzeitlich hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts in dem auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmten Beschluß vom 4. März 1986 (- 1 ABR 15/84 - EzA § 87 BetrVG 1972 Nr. 17, zu II 3 g der Gründe) entschieden, das Arbeitsgericht könne im Kündigungs-schutzprozeß nicht überprüfen, ob eine ausgesprochene Kündigung durch die Anordnung von Kurzarbeit hätte vermieden werden können. Zwar könne der Betriebsrat im Rahmen seines Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG die Einführung von Kurzarbeit verlangen und gegebenenfalls über einen Spruch der Einigungs-stelle erzwingen. Denn es unterliege der Entscheidung letztlich beider Betriebspartner, ob zur Vermeidung von Entlassungen Kurzarbeit eingeführt werden solle oder nicht. Mache der Betriebsrat jedoch von seinem Initiativrecht keinen Gebrauch, so sei es erst recht gerechtfertigt, bei der Prüfung der Betriebsbedingtheit einer ausgesprochenen Kündigung nicht darauf abzustellen, ob diese durch die Einführung von Kurzarbeit hätte vermieden werden können.

Dieser Würdigungschließt sich der erkennende Senat an. Die Anwendung der vom Ersten Senat aufgestellten Grundsätze auf den vorliegenden Fall ergibt, daß nicht geprüft werden kann, ob die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers durch die Einführung von Kurzarbeit hätte vermieden werden können. Nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Beklagten in den Vorinstanzen hat der Betriebsrat am 14. November 1984 dem Geschäftsführer erklärt, gegen die beabsichtigten Entlassungen, darunter



die des Klägers, würden keine Einwendungen erhoben. Kurzarbeit wurde im Mai 1985 eingeführt, wie sich aus einem von der Beklagten vorgelegten Bescheid des Arbeitsamtes vom 15. Mai 1985 über die Bewilligung von Kurzarbeitergeld für die Zeit vom 6. Mai 1985 bis längstens 5. August 1985 ergibt. Diesen Umständen ist zu entnehmen, daß vor Ausspruch der Kündigung zwischen dem Betriebsrat und der Beklagten keine Betriebsvereinbarung über die Einführung von Kurzarbeit abgeschlossen worden ist. Auch der Kläger hat dies nicht behauptet.

d) Die weitere Würdigung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei nicht gehalten gewesen, die betriebliche Arbeitszeit auf Dauer zu verkürzen, um dadurch die noch vorhandene Arbeit auf alle Arbeitnehmer gleichmäßig zu verteilen und so die Kündigung zu vermeiden, und auch eine Interessenabwägung könne nicht zur Sozialwidrigkeit der Kündigung führen, ist rechtlich nicht zu beanstanden und wird auch von der Revision nicht angegriffen.

II. Das Berufungsgericht hat auch die soziale Auswahl der Beklagten zutreffend beurteilt.

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, bei der Sozialauswahl seien nur die Arbeitnehmer miteinander vergleichbar, die aufgrund ihrer Ausbildung und Fähigkeiten austauschbar seien. Neben dem Kläger habe die Beklagte nur noch die Mitarbeiter D und C, dem ebenfalls gekündigt worden sei, als Fachwerker beschäftigt. Der Kläger und der Arbeiter C könnten nur mit Hilfsarbeiten beschäftigt und somit nicht mit höherqualifizierten



Arbeitnehmern verglichen werden. Der im Jahre 1927 geborene Fachwerker D sei gegenüber dem im Jahre 1941 geborenen Kläger erheblich älter, über drei Jahre länger im Betrieb der Beklagten beschäftigt und zwei Kindern unterhaltspflichtig, der Kläger nur einem Kind. Er sei somit sozial schutzwürdiger als der Kläger.

2. Diese Würdigung unterliegt nur einer beschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung, da der Begriff der ausreichenden Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte wie der der Sozialwidrigkeit ein unbestimmter Rechtsbegriff ist (BAGE 42, 151, 159 = AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu B III 1 der Gründe; Senatsurteil vom 25. April 1985 - 2 AZR 140/84 - AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu B II 1 der Gründe). Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil stand.

a) Das Berufungsgericht ist in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats (Urteile vom 7. Februar 1985, aaO, zu IV 1 a der Gründe, m.w.N. sowie vom 25. April 1985, aaO, zu B II 3 der Gründe) davon ausgegangen, daß sich die soziale Auswahl innerhalb des Betriebes nur auf Arbeitnehmer erstreckt, die miteinander verglichen werden können. Vergleichbar sind Arbeitnehmer, die austauschbar sind; dies richtet sich in erster Linie nach der ausgeübten Tätigkeit. Der betroffene Arbeitnehmer muß die Funktion der anderen Arbeitnehmer wahrnehmen können; diese Voraussetzung ist sowohl bei Identität der Arbeitsplätze als auch dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner Ausbildung und Fähigkeiten eine andersartige, aber gleichwertige Arbeit



verrichten kann.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte bei der sozialen Auswahl auch die qualifizierten Arbeitnehmer mit einbeziehen müssen, weil ungelernte Arbeiter wegen der Gefahr längerer Arbeitslosigkeit besonders schutzwürdig seien, bleibt ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hat für den Senat bindend festgestellt, daß der Kläger nur zu Hilfsarbeiten, wie z.B. Schalungsreinigung, Transport- und Aufräumarbeiten, in der Lage war, während ihm eine selbständige Tätigkeit, wie z.B. Verschalen oder Führen einer Baumaschine, nicht übertragen werden konnte. Er ist deshalb mit den qualifizierten Arbeitern nicht vergleichbar.

b) Die Würdigung des Berufungsgerichts, der als einziger vergleichbarer Arbeitnehmer in Betracht kommende Bauwerker D sei sozial schutzwürdiger als der Kläger, ist in Anbetracht seiner gegenüber D durchweg günstigeren Grunddaten (Lebensalter, Betriebszugehörigkeit und Unterhaltsverpflichtungen) sowie im Hinblick auf den dem Arbeitgeber bei der sozialen Auswahl zustehenden Bewertungsspielraum (Senatsurteil vom 18. Oktober 1984, BAGE 47, 80 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl) rechtsfehlerfrei. Insoweit erhebt die Revision keine Rügen.

Hillebrecht Triebfürst Ascheid

Schulze Dr. Kirchner



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





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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)