

BUNDESARBEITSGERICHT

2 AZR 412/05

11 Sa 1014/04 Landesarbeitsgericht Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am 18. Mai 2006

URTEIL

Anderl, Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 18. Mai 2006 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert und Schmitz-Scholemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Roeckl und Rosendahl für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 3. Juni 2005 - 11 Sa 1014/04 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung.
- 2 Die Beklagte betreibt ein EDV-Beratungsunternehmen und setzt den ganz überwiegenden Teil ihrer ca. 400 Arbeitnehmer zur EDV-Beratung bei Auftraggebern auf der Basis von Werkverträgen oder Arbeitnehmerüberlassungsverträgen ein. Der am 3. August 1954 geborene, geschiedene Kläger war seit dem 5. Oktober 1998 bei der Beklagten tätig. Nachdem er zunächst bei verschiedenen Kunden als Netzwerkadministrator gearbeitet hatte, war er seit August 1999 im Wege der Arbeitnehmerüberlassung als „Organisationsprogrammierer“ bei der Firma V in D ununterbrochen eingesetzt und betreute vor allem die sog. „Clipper“-Programmierung.
- 3 Die Firma V verlängerte den Ende Januar 2004 auslaufenden Vertrag mit der Beklagten nicht.

- 4 Mit Schreiben vom 29. Januar 2004 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31. März 2004 wegen Auftragsmangels.
- 5 Der Kläger hat sich gegen diese Kündigung gewandt und die Auffassung vertreten, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Die Beklagte hätte ihn bei einem anderen Kunden, beispielsweise bei der GmbH, mit anderen Tätigkeiten einsetzen können. Auf Grund seiner Kenntnisse in der Systemtechnik könne er zur Betreuung der Windows-Betriebssysteme eingesetzt werden. Er beherrsche auch die Programmierung in den Sprachen „Basic“ und „C“, könne andere Aufgaben im EDV-Bereich bewältigen und die Server- und Workstationentechnik der Betriebssysteme Windows NT 4.0, Windows 2000 und Windows 2003 inklusive der dazugehörigen Sicherheitstechnik betreuen. Im Übrigen sei die Sozialauswahl fehlerhaft. Er sei insbesondere gegenüber dem vergleichbaren Netzwerkadministrator P (geboren am 12. Februar 1968, ledig, keine Kinder und seit dem 30. November 2000 bei der Beklagten beschäftigt) sozial schutzwürdiger.
- 6 Der Kläger hat zuletzt beantragt

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigung vom 29. Januar 2004 zum 31. März 2004 beendet worden ist, sondern unverändert fortbesteht.
- 7 Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags ausgeführt: Die Kündigung sei aus dringenden betrieblichen Erfordernissen sozial gerechtfertigt. Auf Grund des Auftragsverlustes der Firma V und fehlender Folgeaufträge sei zum Kündigungszeitpunkt absehbar gewesen, dass eine Weiterbeschäftigung des Klägers mit seiner Qualifikation zukünftig nicht mehr in Betracht gekommen sei. Die Programmiersprache Clipper sei veraltet und werde von keinem Kunden mehr benutzt. Seit 2001 habe es hierfür keine Neuaufträge mehr gegeben. Der Kläger verfüge auch nicht über die für den Einsatz bei anderen Kunden erforderliche Qualifikation, die er auch nicht in einem zumutbaren Zeitraum erwerben könne. Die Sozialauswahl sei fehlerfrei.
- 8 Das Arbeitsgericht hat nach dem Klageantrag des Klägers erkannt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

- 9 Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg.
- 10 A. Das Landesarbeitsgericht hat im Wesentlichen seine der Klage stattgebende Entscheidung wie folgt begründet: Die Kündigung sei nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse iSv. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt. Die Beklagte habe die fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf Grund eines Auftragsmangels nicht hinrei-

chend dargelegt. Sie trage als Leiharbeitsunternehmen das Beschäftigungsrisiko für kurzfristige Auftragslücken. Sie müsse darlegen, dass in einem repräsentativen Zeitraum vor Ausspruch der Kündigung weder im bisherigen Arbeitsbereich des Arbeitnehmers noch in anderen Bereichen, in denen er nach zumutbaren Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen hätte eingesetzt werden können, Aufträge vorhanden gewesen seien. Nur dann könne angenommen werden, solche Beschäftigungsmöglichkeiten würden auch zukünftig kurzfristig nicht entstehen. Dafür, dass dies nicht der Fall sei, trage der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast. Dem genüge der Vortrag der Beklagten nicht. Der bloße Hinweis auf den Wegfall des V-Auftrages rechtfertige die notwendige anzustellende negative Prognose nicht. Die Beklagte habe zu den fehlenden anderen Einsatzmöglichkeiten nicht substantiiert vorgetragen, beispielsweise fehle es an einer Darstellung zu den akquirierten Einsatzmöglichkeiten im Zeitraum September 2003 bis März 2004 und den dafür notwendigen Qualifikationsvoraussetzungen.

- 11 B. Dem folgt der Senat im Ergebnis und in wesentlichen Teilen der Begründung.
- 12 Die fristgemäße Kündigung ist nach § 1 Abs. 1 KSchG unwirksam, weil sie sozial ungerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist. Die Beklagte hat dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers in ihrem Betrieb entgegenstehen, nicht ausreichend dargetan.
- 13 I. Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt ist, weil dringende betriebliche Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen, geht es um die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe. Diese kann vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob das Landesarbeitsgericht in dem anzufechtenden Urteil die Rechtsbegriffe selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnormen des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist (*st. Rspr., vgl. BAG 26. September 1996 - 2 AZR 200/96 - BAGE 84, 209, 212; 21. September 2000 - 2 AZR 440/99 - BAGE 95, 350, 356; zuletzt beispw. 7. Juli 2005 - 2 AZR 399/04 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138*).
- 14 II. Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das Berufungsurteil stand. Zu Unrecht meint die Revision, auf Grund des ausgelaufenen V-Auftrages sei der Arbeitsplatz des Klägers entfallen.
- 15 1. Ein dringendes betriebliches Erfordernis für eine Kündigung iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG kann sich aus einem innerbetrieblichen (insbesondere einer unternehmerischen Organisationsentscheidung) oder aus einem außerbetrieblichen Grund (zB einem Auftragsmangel) ergeben.
- 16 Eine Kündigung ist aus innerbetrieblichen Gründen gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren innerbe-

trieblicher Umsetzung das Bedürfnis für eine Weiterbeschäftigung eines oder mehrere Arbeitnehmer entfällt (vgl. *beispw. BAG 7. Dezember 1978 - 2 AZR 155/77 - BAGE 31, 157; 29. März 1990 - 2 AZR 369/89 - BAGE 65, 61; zuletzt 7. Juli 2005 - 2 AZR 399/04 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138*).

- 17 Ein betriebsbedingter Kündigungsgrund kann sich auch aus außerbetrieblichen Umständen ergeben, wenn nämlich der Arbeitgeber, wie im Fall eines schlichten Auftragsverlustes, die Anzahl der benötigten Arbeitnehmer unmittelbar an die verbliebene bzw. vorhandene Arbeitsmenge anpassen will, die sich aus dem verringerten Auftragsbestand und dem daraus resultierenden verringerten Arbeitsvolumen ergibt (*BAG 15. Juni 1989 - 2 AZR 600/88 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 45 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 63 ; 12. April 2002 - 2 AZR 256/01 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung 120 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118*). Ein Auftragsrückgang stellt insoweit ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung dar, wenn der Arbeitsanfall so zurückgegangen ist, dass zukünftig für einen oder mehrere Arbeitnehmer kein Bedürfnis für eine Weiterbeschäftigung mehr besteht (*BAG 17. Juni 1999 - 2 AZR 141/99 - BAGE 92, 71 und - 2 AZR 456/98 - BAGE 92, 79*). Behauptet der Arbeitgeber, allein der außerbetriebliche Grund habe das Bedürfnis für eine Weiterbeschäftigung entfallen lassen, bindet er sich also selbst an die von ihm so gesehene Sachzwänge, kann das Gericht in vollem Umfang nachprüfen, ob die vom Arbeitgeber behaupteten außerbetrieblichen Umstände für die Kündigung zum Zeitpunkt der Kündigung tatsächlich vorlagen und zukünftig zu einem dauerhaften Rückgang des Beschäftigungsvolumens führen. Dabei muss der Inhalt und die Substanz des Sachvortrags dem Umstand Rechnung tragen, dass die Einschätzung des zukünftigen - gesunkenen - Beschäftigungsbedarfs und -volumens prognostischen Charakter hat. Der Arbeitgeber muss deshalb den Rückgang des Beschäftigungsvolumens nachvollziehbar darstellen, beispielsweise durch eine Darstellung der Entwicklung und einen Vergleich des Auftrags- und Beschäftigungsvolumens in Referenzperioden (vgl. *beispw. Hiekel: FS 50 Jahre Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht 333, 340; Dahl BB 2003, 1626, 1628*).
- 18 Im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung entsteht ein entsprechender Überhang an Leiharbeitnehmern, wenn der Einsatz von Leiharbeitnehmern endet, ohne dass der Arbeitnehmer wieder bei anderen Entleihern oder im Betrieb des Verleihers sofort oder auf absehbare Zeit eingesetzt werden kann (*Dahl BB 2003, 1626, 1628; Ulber AÜG 3. Aufl. § 1 AÜG Rn. 91*). Dabei reicht ein bloßer Hinweis auf einen auslaufenden Auftrag und auf einen fehlenden Anschlussauftrag regelmäßig nicht aus, um einen - dauerhaften - Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses zu begründen. Der Arbeitgeber muss an Hand der Auftrags- und Personalplanung vielmehr darstellen, warum es sich nicht nur um eine - kurzfristige - Auftragschwankung, sondern um einen dauerhaften Auftragsrückgang handelt und ein anderer Einsatz des Arbeitnehmers bei einem anderen Kunden bzw. in einem anderen Auftrag - auch ggf. nach entsprechenden Anpassungsfortbildungen - nicht in Betracht kommt. Dies gilt umso mehr, als es dem Wesen der Arbeitnehmerüberlassung und dem Ge-

schäft eines Arbeitnehmerüberlassungs- Unternehmen entspricht, Arbeitnehmer - oft kurzfristig - bei verschiedenen Auftraggebern einzusetzen und zu beschäftigen. Es kann geschehen, dass bereits einen Tag nach Ausspruch der Kündigung ein neuer Kunde kurzfristig Bedarf für einen Arbeitnehmer und dessen Einsatz anmeldet (*Dahl BB 2003, 1626, 1627*). Deshalb ist es gerechtfertigt, an die Darlegung der Tatsachen, auf denen die zu stellende Prognose des zukünftigen Beschäftigungsvolumens beruht, dezidierte Anforderungen – auch in zeitlicher Hinsicht - zu stellen. Das Vorliegen von möglicherweise nur kurzfristigen Auftragsschwankungen muss auszuschließen sein. Kurzfristige Auftragslücken sind bei einem Leiharbeitsunternehmen nicht geeignet, eine betriebsbedingte Kündigung iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG zu rechtfertigen, da sie zum typischen Wirtschaftsrisiko dieser Unternehmen gehören (*LAG Köln 10. Dezember 1998 - 6 Sa 493/98 – EzAÜG KSchG Nr. 10; Thüsing/Pelzner AÜG § 3 Rn. 115; ErfK/Wank AÜG 6. Aufl. Einl. Rn. 41; Urban-Krell/Schulz: Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung Rn. 454; Preis/Tenbrock Innovative Arbeitsformen Rn. 967; Sandmann/Marschall AÜG Art. 1 § 11 Anm. 23; Hiekel aaO S. 340; Schüren/Behrend NZA 2003, 521, 524*).

- 19 2. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe nicht ausreichend dargelegt, dass im Kündigungszeitpunkt greifbare Anhaltspunkte für die Annahme eines dauerhaft gesunkenen Beschäftigungsbedarfs vorlagen und es deshalb an einem dringenden betrieblichen Erfordernis zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses fehlte, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.
- 20 a) Allerdings kann ein dringendes betriebliches Erfordernis noch nicht allein deshalb verneint werden, weil - wie das Landesarbeitsgericht meint - die Beklagte auch bei einem dauerhaften Auftragsrückgang zumindest für weitere drei Monate das Beschäftigungsrisiko zu tragen habe. Eine solche Einschränkung des Rechts des Arbeitgebers zur betriebsbedingten Kündigung bei einem dauerhaften Rückgang des Beschäftigungsvolumens lässt sich für einen Verleiharbeitgeber - jedenfalls nach Aufhebung des § 9 Nr. 3 AÜG aF durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002 - auch nicht mehr unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks des Leiharbeitsverhältnisses begründen (*ErfK/Wank aaO Einl. Rn. 41; Hiekel aaO S. 342; aA und weiterhin auf die drei Monate abstellend: Schüren AÜG 2. Aufl. Einl. Rn. 230; Urban-Krell/Schulz aaO Rn. 454*).
- 21 b) Der Arbeitgeber, der eine betriebsbedingte Kündigung ausspricht, ist aber für den dauerhaften Wegfall des Beschäftigungsbedarfs darlegungs- und beweispflichtig.
- 22 Entgegen der Auffassung der Revision hat das Landesarbeitsgericht vorliegend keine überzogenen Anforderungen an die Darlegungslast gestellt. Die Beklagte hat die notwendigen Tatsachen zur Beurteilung eines zukünftig dauerhaft gesunkenen Beschäftigungsbedarfs nicht hinreichend dargestellt. Sie hat weder für einen repräsentativen Zeitraum spezifiziert, wie sich die Aufträge und die Einsatzmöglichkeiten (inklusive der benötigten Qualifikationen der Arbeitnehmer) entwickelt haben und

zukünftig (in einem Vergleich der Aufträge in den verschiedenen Referenzperioden) entwickeln werden, noch welche Arbeitnehmer sie zur Bearbeitung dieser Aufträge eingesetzt und welche Maßnahmen sie eingeleitet hat, um Arbeitnehmer im Rahmen von neuen Aufträgen zu verwenden. Aus § 1 Abs. 2 Satz 2 und 3 KSchG folgt, dass sie den Kläger möglichst bei einem neuen Auftrag - auch zu geänderten Qualifikationsanforderungen einsetzen muss, selbst dann, wenn hierfür noch notwendige und zumutbare Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen notwendig wären (so schon *BAG 7. Mai 1968 - 1 AZR 407/67 - BAGE 21, 6, 11*). Außerdem war die Beklagte auch nach § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet, auf die Interessen des Klägers Rücksicht zu nehmen, wozu hier gehört hätte, ihn darauf hinzuweisen, dass seine Qualifikation zukünftig für einen Einsatz in neuen Aufträgen nicht ausreichend und deshalb fortzuentwickeln sei. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts sind entsprechende Tatsachen und Umstände nicht ausreichend dargelegt worden. Das Berufungsgericht konnte daher einen kündigungsrelevanten dauerhaften Wegfall des zukünftigen Beschäftigungsbedarfs ohne revisionsrechtlich erheblichen Rechtsfehler verneinen.

23 c) Der Einwand der Revision, auf Grund der Nichtverlängerung des V-Auftrages habe definitiv festgestanden, es liege ein Arbeitsmangel vor, reicht demgegenüber nicht aus, einen dauerhaften Wegfall des Beschäftigungsbedarfs in der Zukunft hinreichend darzulegen.

24 3. Liegt somit schon kein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses vor, bedurfte es keiner weiteren Prüfung, ob die Kündigung auch wegen einer fehlerhaften Sozialauswahl nach 1 Abs. 3 KSchG sozial ungerichtlich war.

25 C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Rost

Schmitz-Scholemann

Eylert

Dr. Roeckl

Rosendahl