

## LAG Köln, Beschluß vom 10.12.1998 - 6 Sa 493/98 -

*Leiharbeitnehmer - betriebsbedingte Kündigung - Auftragsmangel*

Fundstelle: AiB 2000, 55-56

### Leitsätze:

**1. Kurzfristige Auftragslücken sind nicht geeignet, eine betriebsbedingte Kündigung eines Arbeitnehmers gegenüber einem Leiharbeitnehmer sozial zu rechtfertigen.**

**2. Es bleibt offen, ob aus Art. 1 § 9 Ziff. 3 AÜG die grundsätzliche Wertung entnommen werden kann, dem Verleiher müsse zugemutet werden, das Arbeitsverhältnis auch bei fehlender Beschäftigungsmöglichkeit über einen Zeitraum von drei Monaten aufrechtzuerhalten und zu erfüllen (so Urteil des LAG Frankfurt v. 17.11.1983 - 9 Sa 599/83 -).**

### Aus dem Sachverhalt:

I. Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit zweier betriebsbedingter Kündigungen vom 15. bzw. 22.11.1996, Weiterbeschäftigung, Urlaubsabgeltung und rückständige Vergütung. ...

### Kernaussagen des Beschlusses:

1. Die Berufung der Beklagten ist zulässig, weil sie statthaft (§ 64 Abs. 1 u. 2 ArbGG) und frist- sowie formgerecht eingelegt und begründet worden ist (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 518, 519 ZPO).

Die Entscheidung des Berufungsgerichts ergeht im schriftlichen Verfahren nach § 128 Abs. 2 ZPO, nachdem beide Parteien schriftlich ihre Zustimmung dazu erklärt haben.

2. In der Sache hat das Rechtsmittel nur teilweise Erfolg.

a) Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die Kündigung der Beklagten vom 15. bzw. 22.11.1996 nicht zum 31.12.1996 beendet worden. Die **Kündigungen** sind nach Maßgabe des auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Kündigungsschutzgesetzes **sozial ungerechtfertigt**. Sie sind insbesondere nicht gemäß § 1 Abs. 2 KSchG durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers in dem Betrieb entgegenstanden, bedingt. Die Angriffe der Berufung vermögen an der insoweit zutreffenden Beurteilung des Arbeitsgerichts nichts zu ändern. Ergänzend ist dazu festzustellen:

Die Beklagte hat die Kündigung mit dem Vorliegen von "**Auftragsmangel**" begründet. **Auftragsmangel bzw. Umsatzrückgang können eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen, wenn der Arbeitgeber darlegen und beweisen kann, daß ein Überhang an Arbeitskräften entstanden ist, durch den das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfallen ist. Dabei ist auf die Verhältnisse abzustellen, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vorlagen.** Die erforderliche Negativprognose muß einmal dahin gehen, daß der Arbeitsplatz spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist wegfällt, zum anderen dahin, daß der bis zum Kündigungszeitpunkt bereits eingetretene geringere Personalbedarf noch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist besteht (vgl. nur Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im

Arbeitsverhältnis, 6. Aufl., Rdnr. 644 m.w.N.).

Dies kann nach dem Vorbringen der Beklagten bezogen auf den Arbeitsplatz des Klägers nicht festgestellt werden. Gegen einen verringerten Personalbedarf im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigungen spricht bereits das modifizierte Kündigungsschreiben vom 22.11.1996, in dem die Beklagte den Urlaubsantrag des Klägers gerade mit der Begründung zurückweist, er müsse vom 25.11.1996 "bis zur 51. KW" bei der Fa. Sch arbeiten. Nicht mehr und nicht weniger ist auch der von der Beklagten vorgelegten "Bestätigung" der Fa. Sch vom 31.01.1997 zu entnehmen. Über die Möglichkeit weiterer Aufträge, wie vom Kläger behauptet und von der Beklagten bestritten, verhält sich das Schreiben nicht.

Es mag zwar sein, daß für die Zeit ab Januar 1997 bei Ausspruch der Kündigungen noch keine Aufträge oder Optionen für den Einsatz von Elektronikern vorlagen. Dies rechtfertigte jedoch unter Berücksichtigung der Besonderheiten des vorliegenden Arbeitsvertrages nicht die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.12.1996.

Bei der Beklagten handelt es sich nämlich um ein **Unternehmen, das gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung nach Artikel 1 § 1 AÜG betreibt**. Nach § 2 des Arbeitsvertrages vom 02.05.1995 ist der Kläger als Elektroniker eingestellt worden. Es heißt dann weiter:

"Er ist bereit, seine Arbeitsleistung - bei den Kunden der U-Plan innerhalb der BRD, oder in Betriebsstätten der U-Plan, gegebenenfalls im Schichtbetrieb, aus wichtigem Grund auch als Helfer in einem artfremden Beruf - zu erbringen."

Es gehört zum Wesen der Arbeitnehmerüberlassung, daß die Arbeitnehmer **oft kurzfristig bei wechselnden Auftraggebern eingesetzt** werden. Wie der Kläger unwidersprochen vorgetragen hat, werden bei Verleihunternehmen 90 % der Einsätze kurzfristig angemeldet. Das macht eine **vorausschauende Planung sehr schwierig und stellt auch an die für eine betriebsbedingte Kündigung notwendige Prognose des Arbeitsplatzwegfalls erhöhte Anforderungen. Jedenfalls dann, wenn in der Vergangenheit regelmäßige Einsatzmöglichkeiten für den Leiharbeiter vorgelegen haben, ohne daß es zu längeren Unterbrechungen gekommen ist, muß angenommen werden, daß eine solche Beschäftigungsmöglichkeit auch in der Zukunft besteht**.

Davon war auch im Streitfall auszugehen. Die vom Kläger zur Berechnung der Lohndifferenzen für die Monate Juli 1996 bis Dezember 1996 vorgelegten Arbeitszeitaufstellungen, deren Richtigkeit von der Beklagten nicht näher bestritten worden ist, belegen eine durchgehende Beschäftigung, abgesehen nur vom 11.10.1996, 11. bis 13.11.1996 und den Urlaubstagen Ende Dezember 1996. Angesichts dieses Tatbestandes konnte eine hinreichend sichere Prognose nicht gestellt werden, daß der Arbeitsplatz des Klägers zum 31.12.1996 wegfallen würde.

Dabei gewinnt auch der Umstand Bedeutung, daß nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten dem Kläger bereits in der Vergangenheit wiederholt Ausweichtätigkeiten vermittelt werden mußten, nachdem der Hauptauftrag seitens der Fa. L. mit dem 26.01.1996 sein Ende gefunden hatte. Bei diesen Ausweichtätigkeiten hat der Kläger unstreitig auch Elektroinstallationsarbeiten ausgeführt. Zu dem flexiblen Einsatz des Klägers gehörten schließlich auch die Helfertätigkeiten bei der Fa. K.-M., die ihm ab dem 12.11.1996 zugewiesen waren. Die Beklagte konnte insoweit auf die Sonderregelung des Arbeitsvertrages zurückgreifen, wonach der Kläger seine Arbeitsleistung aus wichtigem Grund auch als Helfer in einem artfremden Beruf zu erbringen hatte. Gerade angesichts dieser Möglichkeit, den Kläger bei Beschäftigungslücken für Elektroniker notfalls als Helfer einsetzen zu können, konnte von einem absehbaren Wegfall des Arbeitsplatzes auf Dauer nicht die Rede sein.

Kennzeichnend für die Unsicherheit der Prognose im Tätigkeitsfeld der Beklagten ist auch ihr eigener Vortrag zu der veränderten Einsatzmöglichkeit während der beiden Kündigungszeitpunkte. Während es in dem ersten Kündigungsschreiben vom 15.11.1996 noch heißt, daß man fristgemäß zum 15.12.1996 wegen entsprechenden Auftragsmangels kündigt, wird in der Kündigung vom 22.11.1996 auf die Anforderung des Klägers vom 19.11.1996 für die Zeit vom 25.11.1996 bis zur 51. KW

hingewiesen. Es bleibt offen, warum für die Beklagte klar gewesen sein soll, daß dies die letzten Aufträge für Elektronikertätigkeiten sein würden. Soweit sie anmerkt, diverse Anfragen zu Beginn des Monats November 1996 seien abgewiesen worden, wird dies bereits durch die tatsächliche Entwicklung vor der zweiten Kündigung widerlegt.

**Es mag dahinstehen, ob aus Art. 1 § 9 Ziff. 3 AÜG die grundsätzliche Wertung entnommen werden kann, dem Verleiher müsse zugemutet werden, das Arbeitsverhältnis auch bei fehlender Beschäftigungsmöglichkeit über einen Zeitraum von drei Monaten aufrechtzuerhalten und zu erfüllen** (so LAG Frankfurt am Main vom 17.11.1983 EzAÜG Nr. 137; ähnlich Becker/Wulfgramm, AÜG, 3. Aufl., Art. 1 § 9 Rdnr. 28 a; differenzierend dagegen Schüren, AÜG, 1994, Einleitung Rdnr. 234). **Kurzfristige Auftragslücken sind jedenfalls nicht geeignet, eine betriebsbedingte Kündigung des Arbeitnehmerverleihers sozial zu rechtfertigen. Das gilt insbesondere dann, wenn der Arbeitnehmer sich - wie hier - bereit erklärt hat, zur Vermeidung von Beschäftigungslücken auch Helfertätigkeiten in einem artfremden Beruf zu übernehmen.** Wird auf diese Weise das Unternehmerrisiko hinsichtlich einer rentablen Beschäftigung des Leiharbeitnehmers minimiert, dann kann umgekehrt eine betriebsbedingte Kündigung erst in Betracht kommen, wenn auch solche Ausweichmöglichkeiten längere Zeit nicht mehr zur Verfügung stehen. Erhebliche Ausfallzeiten vor der Kündigung, auf die eine solche Prognose gestützt werden könnte, sind im Streitfall nicht vorhanden.

Unerheblich ist schließlich auch die etwaige anfängliche Weigerung des Klägers, die Helfertätigkeiten bei der Fa. K.-M. zu verrichten. Selbst wenn der Kläger bemerkt haben sollte, "da kann ich ja gleich Klo putzen gehen", und der Arbeit am 12.11. und 13.11.1996 ferngeblieben sein sollte, so hat er jedenfalls die Arbeiten ab dem 14.11.1996 erledigt. Wegen seines Verhaltens hat die Beklagte den Kläger zugleich mit der Kündigung vom 15.11.1996 abgemahnt. Das etwaige Fehlverhalten ist damit als Kündigungsgrund verbraucht und vermag erst recht eine betriebsbedingte Kündigung nicht zu tragen.

b) Der Kläger kann allerdings entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts nicht verlangen, als Elektroniker zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt zu werden. Insoweit war das Versäumnisurteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

Nach dem Arbeitsvertrag kann der Kläger eben nicht nur als Elektroniker, sondern bei fehlender Einsatzmöglichkeit in diesem Beruf auch als Helfer beschäftigt werden. Mit dieser flexiblen Beschäftigungsmöglichkeit ist die einengende Festlegung auf eine tatsächliche Beschäftigung als Elektroniker gemäß dem Antrag des Klägers unvereinbar.

c) Abzuändern war das Versäumnisurteil auch hinsichtlich des Zahlungstenors. Dem Kläger stehen restliche Vergütungsansprüche für die Zeit bis Dezember 1996 nicht mehr zu. ...

d) Da das Arbeitsverhältnis über den 31.12.1996 hinaus fortbesteht, sind die Lohnansprüche für die Zeit vom 01.01.1997 bis zum 25.06.1997 in der bereits vom Arbeitsgericht zuerkannten Höhe nebst Zinsen begründet. Dies folgt aus den §§ 615, 284 Abs. 2, 288 Abs. 1 BGB. ...