
Datum: 24.06.2010
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 Sa 1488/09
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2010:0624.8SA1488.09.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Herford, 3 Ca 439/09
Schlagworte: Kündigung/betriebsbedingte Gründe/Kündigung während Kurzarbeit/Prognose
Normen: KSchG § 1
Leitsätze:

Kündigung während Kurzarbeit

Auch nach Einführung von Kurzarbeit sind betriebsbedingte Kündigungen nicht ausgeschlossen, wenn die erwartete Stabilisierung der Auftragslage ausbleibt.

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Herford vom 07.10.2009 – 3 Ca 439/09 – abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des ersten Rechtszuges trägt die Klägerin.

Die Kosten des zweiten Rechtszuges werden der Beklagten auferlegt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- 1
- 2 Mit Ihrer Klage wendet sich die im Jahre 1968 geborene, alleinerziehende Klägerin, welche seit dem Monat Februar 2000 im Betrieb der Beklagten als Produktionshelferin gegen ein monatliches Arbeitsentgelt von ca. 1.891 Euro/Monat beschäftigt ist, gegen die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses durch ordentliche, betriebsbedingte Kündigung vom 27.02. bis zum 31.05.2009.
- 3 Die angegriffene Kündigung stützt die Beklagte, welche sich mit 56 Arbeitnehmern die Entwicklung und Fertigung elektronischer Steuerungen betreibt, auf den Vortrag, allein aufgrund des Rückgangs der Aufträge der Schwesterfirma B3-I1 und der Firma M4-E3 ergebe sich auf der Grundlage der Planzahlen für das Jahr 2009 im Verhältnis zum Zeitraum 2007 und 2008 ein Personalüberhang von vier in der Fertigung beschäftigten Kräften. Trotz der seit Dezember 2008 durchgeführten Kurzarbeit seien aus diesem Grunde drei Entlassungen erforderlich. Auf der Grundlage der mit dem Betriebsrat vereinbarten Auswahlrichtlinie gehöre die Klägerin zum Kreis der zu entlassenden Arbeitnehmer.
- 4 Demgegenüber hat die Klägerin das Vorliegen betriebsbedingter Gründe bestritten und sich auf Mängel der Sozialauswahl berufen.
- 5 Durch Urteil vom 07.10.2009 (Bl. 55 ff d.A.), auf welches wegen des weiteren erstinstanzlichen Parteivorbringens Bezug genommen wird, hat das Arbeitsgericht antragsgemäß festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die angegriffene Kündigung nicht beendet worden ist. Weiter ist die Beklagte verurteilt worden, die Klägerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen. Zur Begründung ist im Wesentlichen aufgeführt worden, der von der Beklagten behauptete Personalüberhang lasse sich anhand des vorgetragenen Zahlenwerks nicht nachvollziehen. Wenn die Beklagte noch im Jahr 2008 mit 12 Arbeitnehmern 95 Maschinen für die Firma I1 produziert habe, könne auf der Grundlage der Planung von 86 Maschinen für das Jahr 2009 lediglich eine Reduzierung des Personalbedarfs auf 10,8 Arbeitnehmer nachvollzogen werden. Aus dem vorgetragenen Rückgang des Umsatzes mit der Firma M4- E3 von 1.772,00 T.€ im Jahre 2008 auf erwartete 1.745,00 T€ im Jahre 2009 lasse sich kein relevanter Personalüberhang ableiten. Insgesamt sei danach dem vorgetragenen Auftragsrückgang schon mit der Entlassung eines Arbeitnehmers – nämlich des unstreitig am wenigsten schutzwürdigen Herrn T1 S3 - Genüge getan, ein weiterer Bedarf für Kündigungen und insbesondere die Entlassung der Klägerin sei danach nicht nachzuvollziehen. Hieraus ergebe sich die Sozialwidrigkeit der Kündigung und zugleich die Verpflichtung der Beklagten, die Klägerin für die Dauer des Rechtsstreits weiterzubeschäftigen.
- 6 Mit ihrer rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung wendet sich die Beklagte gegen den Standpunkt des arbeitsgerichtlichen Urteils, aus dem vorgetragenen Zahlenwerk ergebe sich allein ein Personalüberhang von einem Mitarbeiter. Anhand der vorgetragenen und auch dem Betriebsrat vorgelegten tabellarischen Aufstellung (Bl. 44 d.A.) ergebe sich ohne Weiteres, dass die Ermittlung des Personalbedarfs aus der Gegenüberstellung der Produktionszahlen bzw. Umsätze des Jahres 2007 mit den Planzahlen des Jahres 2009 erfolgt sei. Der Umstand, dass neben den Zahlen für das Jahr 2007 auch die Zahlen des Jahres 2008 in die tabellarische Aufstellung übernommen worden seien, lasse erkennen, dass bereits im Jahre 2008 keine volle Auslastung mehr bestanden habe. Aus diesem Grunde sei zum 01.12.2008 zunächst Kurzarbeit eingeführt worden. Auf der Grundlage nachfolgender Überlegungen sei sodann die Entscheidung getroffen worden, drei Stellen im Fertigungsbereich definitiv abzubauen. Auch der Betriebsrat, welcher bei der Einführung der

Kurzarbeit ab dem 01.12.2008 über die rückläufige Auftragslage unterrichtet worden sei, habe die ihm bei der Anhörung zur Kündigung am 18.02.2009 vorgelegten Unterlagen im vorstehenden Sinne verstanden.

Die Beklagte beantragt,

7

auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Herford vom 07.10.2009 – 3 Ca 439/09 – abgeändert. Die Klage wird abgewiesen.

8

Die Klägerin beantragt

9

die Berufung zurückzuweisen.

10

Sie verteidigt die arbeitsgerichtliche Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens als zutreffend und tritt dem Standpunkt des arbeitsgerichtlichen Urteils bei, aus der vorgelegten tabellarischen Aufstellung zur Anzahl der gefertigten Maschinen und erzielten Umsätze lasse sich nicht erkennen, dass es bei der Berechnung des behaupteten Personalüberhangs konkret auf einen Vergleich der Verhältnisse der Jahre 2007 und 2009 ankomme. Ohnehin seien die Verhältnisse des Jahres 2007 möglicherweise nicht repräsentativ, wenn man den Anfall von Überstunden berücksichtige. Im Übrigen könne es nicht genügen, wenn die Beklagte allein die Entwicklung der Aufträge zweier Kunden vortrage, vielmehr erziele die Beklagte nach ihren Angaben ihren Umsatz nahezu vollständig mit vier Kunden. Selbst im Falle der rückläufiger Aufträge der beiden Kunden B3-I1 und M4-E3 müsse eine etwaige Kompensation durch zusätzliche Aufträge – etwa des Großkunden K3 - berücksichtigt würden.

11

Erst recht sei nicht nachzuvollziehen, auf welcher Grundlage die Beklagte im Zeitpunkt der Kündigung vom endgültigen Wegfall des Beschäftigungsbedarfs für drei Mitarbeiter ausgehe, nachdem sie noch kurz zuvor bei der Einführung von Kurzarbeit von einem nur vorübergehenden Arbeitsmangel ausgegangen sei. Auch wenn der Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen während einer Kurzarbeitsperiode nicht zwingend ausgeschlossen sei, müsse doch - etwa anhand aktualisierter Bedarfsberechnungen oder neuer Erkenntnisse - dargelegt werden, aus welchem Grunde die vor Einführung der Kurzarbeit getroffene Prognose eines nur vorübergehenden Arbeitsmangels sich inzwischen als unrichtig erwiesen habe. Demgegenüber gehe es nicht an, ohne konkreten Anlass einzelne Arbeitnehmer aus der Kurzarbeit herauszunehmen und zu entlassen.

12

Schließlich sei die angebliche Notwendigkeit, die Klägerin zu entlassen, auch dadurch entfallen, dass noch während der laufenden Kündigungsfrist der Arbeitnehmer S4 sein Arbeitsverhältnis selbst gekündigt habe. Zusammen mit der erfolgreichen Entlassung der beiden Arbeitnehmer S3 und B4 sei damit das Ziel eines Personalabbaus um drei Personen vollständig erreicht.

13

Auch die getroffene Sozialauswahl halte einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Dies betreffe zum einen den Mitarbeiter D4, welcher angeblich über Zusatzqualifikationen verfüge und dessen Tätigkeit die Klägerin nach entsprechender Einarbeitung, welche keinesfalls – wie die Beklagte angebe - 12 Monaten umfasse, ausüben könne. Zum anderen sei nicht einsichtig, dass nicht anstelle der Klägerin der Arbeitnehmer K2 zur Kündigung ausgewählt worden sei, welcher zwar über mehr Sozialpunkte als die Klägerin verfüge, jedoch problemlos alsbald nach Ablauf der Kündigungsfrist mit Erreichen des 65. Lebensjahres am 30.10.2009 in den Ruhestand treten könne. Zu Unrecht habe die Beklagte ferner die Sozialauswahl allein auf den Fertigungsbereich beschränkt und unberücksichtigt gelassen, dass die Klägerin auch

14

im Lager – zusammen mit der dort tätige Frau L1 - mit Kommissionierungstätigkeiten befasst gewesen sei. In die Sozialauswahl seien schließlich auch die bei der Schwesterfirma B3-I1 in L2 tätigen Kräfte einzubeziehen, da es sich um einen Gemeinschaftsbetrieb der beiden Unternehmen handele.

Das Landesarbeitsgericht hat Beweis erhoben über die widerstreitenden Behauptungen der Parteien durch uneidliche Vernehmung der Zeugen S5 und S6. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 24.06.2010 (Bl. 136 d. A.) Bezug genommen. 15

Entscheidungsgründe 16

Die Berufung der Beklagten ist begründet. Sie führt unter Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils zur Abweisung der verfolgten Klageanträge. 17

I 18

Das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis ist durch die Kündigung der Beklagten vom 27.02.2009 mit Ablauf des 31.05.2009 wirksam beendet worden. 19

1. Die Beklagte kann die angegriffene Kündigung erfolgreich auf ein "dringendes betriebliches Erfordernis" i. S. d. § 1 Abs. 2 KSchG stützen. Aufgrund des zweitinstanzlichen Vorbringens der Beklagten und der hierzu durchgeführten Beweisaufnahme steht zur vollen Überzeugung des Gerichts fest, dass aufgrund der rückläufigen Auftragslage im Zeitpunkt der Kündigung ein Personalüberhang im Fertigungsbereich vorlag. Dieser rechtfertigte zumindest den Abbau von zwei Arbeitsplätzen. 20

a) Das Arbeitsgericht hat seinen Standpunkt, aus dem vorgetragenen Zahlenwerk lasse sich rechnerisch allein die Notwendigkeit des Abbaus einer Stelle herleiten, mit der Gegenüberstellung des Zahlenwerks für die Jahre 2008 und 2009 begründet. In der Tat ist richtig, dass der erstinstanzliche Vortrag der Beklagten nicht aus sich heraus verständlich erkennen lässt, dass der behauptete Personalüberhang aus einem Vergleich der Jahre 2007 und 2009 hergeleitet werden soll und die für das Jahr 2008 mitgeteilten Zahlen für die Berechnung des Personalbedarfs nur in dem Sinne von Belang sein sollen, als sich bereits in diesem Jahre eine rückläufige Tendenz abgezeichnet habe. 21

b) Demgegenüber hat die Beklagte im zweiten Rechtszuge ihren Vortrag ausdrücklich in dem Sinne klargestellt, der errechnete Personalüberhang ergebe sich aus der Gegenüberstellung der Jahre 2007 und 2009, mit den Produktionsziffern des Jahres 2008 habe allein verdeutlicht werden sollen, dass bereits in diesem Jahre eine volle Auslastung der Produktion – anders als im Jahre 2007 – nicht mehr gegeben gewesen sei, ohne dass allerdings bereits zu diesem Zeitpunkt eine Anpassung des Personalbedarfs vorgenommen worden sei. Erst aufgrund der weiteren Entwicklung und der deutlich reduzierten Planzahlen für das Jahr 2009 ist nach Darstellung der Beklagten sodann zunächst im November 2008 die Entscheidung zur Einführung von Kurzarbeit und alsdann im Februar 2009 die Entscheidung zur Entlassung von 3 Arbeitnehmern im Fertigungsbereich getroffen worden. 22

c) Prozessual bestehen gegen die Neufassung bzw. Klarstellung des Sachvortrags zur Erläuterung des vorgelegten Zahlenwerks keine Bedenken. Auch wenn der korrigierte Vortrag als "neu" anzusehen ist, ist er doch rechtzeitig in der Berufungsbegründung mitgeteilt. 23

d) Auch aus betriebsverfassungsrechtlichen Gründen bestehen keine Bedenken gegen die Berücksichtigung des zweitinstanzlichen Vorbringens der Beklagten zur Berechnung des Personalüberhangs. Zwar ist die Behauptung der Beklagten in der Beweisaufnahme nicht bestätigt worden, dem Betriebsrat sei die tabellarische Aufstellung zur Ermittlung des Beschäftigungsbedarfs näher erläutert worden, so dass für den Betriebsrat erkennbar gewesen sei, dass sich der errechnete Personalüberhang aus einem Vergleich der Jahreszahlen 2007 und 2009 ergebe. Zum einen ist jedoch zu beachten, dass dem Betriebsrat immerhin der konkrete Personalüberhang von insgesamt vier Mitarbeitern zur Begründung dafür mitgeteilt worden ist, dass im Produktionsbereich drei Arbeitsplätze abgebaut werden sollen. Auf welchem rechnerischen Wege der kündigungsrelevante Personalüberhang ermittelt worden ist, ist letztlich nicht entscheidend. Zum anderen war – wie die Vernehmung des Betriebsratsvorsitzenden S6 ergeben hat – der Betriebsrat jedenfalls darüber informiert, dass nach der aktuellen Auftragslage eine Auslastung der Produktion nicht gegeben war, vielmehr "eine Reihe von Mitarbeitern schon Langeweile hatten" und der Betriebsrat eher mit fünf Entlassung rechnete, so dass aus Sicht des Betriebsrats der vom Arbeitgeber benannte Grund für die Entlassung von drei Arbeitnehmern der betrieblichen Situation entsprach.

e) Auf der Grundlage der durchgeführten Beweisaufnahme hat die Kammer keinen Zweifel an der Richtigkeit des vorgetragenen Zahlenwerks zur tatsächlichen Auftragsentwicklung seit dem Jahre 2007 und den maßgeblichen Planzahlen für das Jahr 2009, jedenfalls soweit es den Kunden B3-I1 betrifft. Demgegenüber ist die Darstellung der Verhältnisse hinsichtlich des Kunden M4-E3 von vornherein deshalb zur Darlegung eines Rückgangs des Personalbedarfs nicht geeignet, da nur ein Teil der vorgetragenen Umsatzzahlen sich auf die Produktion bezieht, hingegen ein nicht unwesentlicher Teil allgemein auf Entwicklung, Reparaturen und einen nicht näher spezifizierten "Rest mit 38%" entfällt. Ein proportionaler Zusammenhang zwischen Umsatzzahlen und Arbeitsmenge lässt sich damit für die Fa. M4-E3 nicht nachvollziehen. Demgegenüber hat die Kammer keine Bedenken, der Darlegung der Beklagten zu folgen, dass zwischen der Anzahl der produzierten Steuerungen für die Fa. B3-I1 und der anfallenden Arbeitsmenge und dem Personalbedarf ein proportionaler Zusammenhang besteht.

(1) Wie der als Zeuge vernommene kaufmännische Leiter S5 bestätigt hat, beruht zwar die Angabe der in den Jahren 2007 und 2008 gefertigten Maschinen bzw. von der Beklagten erstellten Steuerungen nicht auf eigenen Ermittlungen, vielmehr hat sich der Zeuge die Zahlen vom Leiter der Abteilung BU-Auto mitteilen lassen. Irgendwelche Anhaltspunkte dafür, dass das dem Zeugen S5 vorgelegte Zahlenwerk nicht aus den betrieblichen Unterlagen entnommen worden ist, sondern etwa willkürlich zusammengestellt sein könnte, vermag die Kammer nicht zu erkennen, auch aus Sicht des Zeugen S5 sind keinerlei Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der ihm vorgelegten Zahlen erkennbar. Die Planzahlen für das Jahr 2009 hat der Zeuge S5 vom Kunden B3-I1 selbst übermittelt erhalten. Auf dieser Grundlage ergibt sich aber in Bezug auf die Aufträge der Firma B3-I1 ein rechnerischer Personalüberhang von 2,5 Beschäftigten. Die der Betriebsratsanhörung zu entnehmende Berechnungsformel $95/120 \cdot 12$ ist zwar für die Kammer nicht nachvollziehbar, auch der Zeuge S5 hat nicht erläutern können, warum – abweichend von den Regeln des mathematischen Dreisatzes – bei einer Berechnung des Personalbedarfs für das Jahr 2009 anhand des Vergleichsjahres 2007 von Belang sein soll, mit welcher Mitarbeiterzahl welche Anzahl von Maschinen im Jahre 2008 erstellt worden ist. Unabhängig von diesen Ungereimtheiten trifft es jedenfalls aber im Ergebnis zu, dass sich auf der Grundlage des Verhältnisses von Mitarbeiterzahl zu produzierten Maschinen im Jahre 2007 (120:13) auf der Grundlage von 86 für das Jahr 2009 geplanten Maschinen ein Personalbedarf von 9,5 Personen ergibt. Gegenüber dem

Personalbestand von 12 Arbeitnehmern errechnet sich damit ein Überhang von 2.5 Personen.

(2) Soweit die Klägerin hiergegen einwendet, der Beklagtenvortrag lasse nicht erkennen, inwiefern im Jahre 2007 möglicherweise besondere Umstände – z.B. erhöhter Überstundenanfall – geherrscht hätten, greift dieser Gesichtspunkt jedenfalls im Ergebnis nicht durch. Richtig ist zwar, dass auch nach der Aussage des Zeugen S5 davon auszugehen ist, dass im Jahre 2007 Überstunden geleistet worden sind. Die Klägerin trägt indessen selbst nicht vor, sie und/oder ihre Kollegen hätten durchgängig und in einem solchen Umfang Überstunden geleistet, dass statt dessen für die Beschäftigung eines weiteren Arbeitnehmers Bedarf bestanden habe. Selbst wenn man eine regelmäßige Überschreitung der vertraglichen Arbeitszeit sämtlicher mit der Produktion für die Fa. I1-B3 befasster Arbeitnehmer in der Weise unterstellt, dass tatsächlich im Jahre 2007 40 Stunden/Woche (anstelle vereinbarter 37,5 Std/Woche) geleistet wurden, würde dies rechnerisch nichts daran ändern, dass auf der Grundlage der Planzahlen für das Jahr 2009 jedenfalls ein Personalüberhang für zwei Personen besteht. Bei Annahme einer durchgängigen Überstundenleistung im Jahre 2007 von 2,5 Std/Woche (entsprechend einer verlängerten Arbeitszeit von 40 Std./Woche) ergäbe sich – bezogen auf die vertragliche Arbeitszeit von 37,5 Std/Woche - eine proportionale Reduzierung der Anzahl gefertigter Einheiten 120 auf 112,5 Produktionseinheiten entsprechend einer Leistung von 8,65 Einheiten je Arbeitnehmer. Bei einer geplanten Fertigung von 86 Einheiten im Jahr 2009 entspricht dies einem Personalbedarf von 10 Arbeitnehmern anstelle der von der Beklagten errechneten 9,5 Beschäftigten, so dass auch unter Einbeziehung des Gesichtspunktes geleisteter Überstunden ein Personalüberhang von zwei Beschäftigten – allein bezogen auf die Produktion für die Firma B3-I1 – verbleibt.

27

(3) Nichts anderes ergibt sich im Übrigen, wenn bei der Berechnung des Personalbedarfs, betreffend die Fertigung für die Firma B3-I1, nicht auf einen Vergleich der Jahre 2007 und 2009, sondern auf einen Durchschnittswert der Jahre 2007 und Jahre 2008 abgestellt wird. In den Jahren 2007 und 2008 sind zusammen 215 Maschinen produziert worden, woraus sich je Arbeitnehmer eine Anzahl von 8,6 Maschinen errechnet. Für die Produktion von geplanten 86 Maschinen im Jahre 2009 ergibt sich damit ein Beschäftigungsbedarf von 10 Kräften und damit ein Personalüberhang von zwei Beschäftigten.

28

(4) Auch der weitere Einwand der Klägerin, der Personalbedarf könne nicht allein in Bezug auf einzelne Kunden ermittelt werden, vielmehr müsse auf die Auftragslage und den Beschäftigungsbedarf unter Einbeziehung sämtlicher Kunden abgestellt werden, führt zu keinem anderen Ergebnis. Theoretisch wäre zwar denkbar, dass der rückläufigen Auftragsentwicklung bei einzelnen Kunden eine entsprechende Steigerung der Auftragseingänge bei anderen Kunden gegenüberstünde, so dass hieraus eine Kompensation der vorgetragenen Unterauslastung bei der Produktion für die Fa. B3-I1 herzuleiten wäre. Dagegen, dass der Auftragsrückgang bei einzelnen Firmen durch eine Steigerung der Auftragszahlen bei anderen Kunden kompensiert worden ist, spricht jedoch bereits als Indiz der Umstand, dass in einer solchen Situation keinerlei Anlass bestanden hätte, im gesamten Fertigungsbereich Kurzarbeit durchzuführen. Unstreitig betrifft nämlich der Fertigungsbereich, in welchem die Klägerin tätig war, nicht allein Aufträge der Firmen B3-I1 und M4-E3, sondern auch die Fertigung für den weiteren Großkunden K3. Stünde den rückläufigen Aufträgen der Fa. B3-I1 und dem hierauf bezogenen Personalüberhang eine entsprechende Ausweitung der Produktion für die Fa. K3 oder für andere Kunden gegenüber, so hätte der Betriebsrat der Einführung von Kurzarbeit wohl kaum zugestimmt. Darüber hinaus stellte sich nach Aussage des Betriebsratsvorsitzenden S6 die Auslastung des Fertigungsbereichs im Zeitpunkt der Kündigung so dar, dass der Betriebsrat sogar die

29

Entlassung von fünf Arbeitnehmern befürchtete, da in der Fertigung eine Reihe von Mitarbeitern "schon Langeweile hatten und nicht ausgelastet waren". Auch wenn also der Auftragsmangel nicht gleichermaßen sämtliche Fertigungsbereiche betraf und insbesondere im Bereich Landmaschinen vom Auftragsmangel nur wenig zu spüren war, muss doch aus den genannten Gründen als ausgeschlossen gelten, dass der in der Beweisaufnahme bestätigte Auftragsmangel hinsichtlich der Fertigung für die Firma B3-I1 durch einen Anstieg der Auftragserteilung in anderen Bereichen kompensiert wurde und nicht einmal der rechnerisch ermittelte Überhang von jedenfalls zwei Beschäftigten vorlag.

2. Die auf den Personalüberhang in der Abteilung Fertigung gestützte Kündigung war auch nicht auf andere Weise – Einführung von Kurzarbeit oder Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz zu vermeiden. 30

a) Entgegen dem Standpunkt der Klägerin steht der Kündigung nicht der Vorrang der Kurzarbeit entgegen. 31

(1) Richtig ist zwar, dass die Beklagte wegen der rückläufigen Auftragsentwicklung bereits seit Dezember 2008 Kurzarbeit eingeführt hatte. Dies schließt jedoch die Zulässigkeit einer betriebsbedingten Kündigung während der Kurzarbeitsperiode nicht grundsätzlich aus (BAG Ur. vom 26.06.1997, 2 AZR 494/96, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 86; KR-Griebeling, 9. Auflage, § 1 KSchG Rn 531; Rolfs/Riechwald BB 2010, 1597; Wahlig/Jeschke, NZA 2010, 607). 32

Wie das Bundesarbeitsgericht in der genannten Entscheidung ausgeführt hat, spricht zwar die Einführung von Kurzarbeit zunächst dafür, dass der Arbeitgeber aufgrund der von ihm vorgenommenen betriebswirtschaftlich gestützten Prognose von einem vorübergehenden Arbeitsmangel ausgegangen ist. Zum einen schließt eine solche Prognose jedoch im Grundsatz nicht aus, dass sich der Beschäftigungsbedarf für einzelne Bereiche unterschiedlich entwickelt und nur zum Teil von einem vorübergehenden, hingegen teilweise auch von einem nicht nur vorübergehenden Fehlen von Beschäftigungsmöglichkeiten auszugehen ist; für diesen Fall sind die zeitgleiche oder zeitnahe Einführung von Kurzarbeit und der Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen nicht ausgeschlossen (BAG a.a.O.). Zum anderen ist zu beachten, dass die Einführung von Kurzarbeit an eine Prognose anknüpft, deren Grundlagen sich im Zuge der Durchführung der Kurzarbeit verändern können. Dies kann dem Arbeitgeber Anlass zu der Einschätzung geben, dass innerhalb des geplanten Kurzarbeitszeitraums die erwartete Erholung der Beschäftigungslage nicht oder nur teilweise zu erreichen sein wird. 33

(2) Abweichend vom Standpunkt der Klägerin kommt als Grundlage einer derartigen Korrektur der bei Einführung der Kurzarbeit gestellten Prognose nicht allein eine durch betriebswirtschaftliche Analysen belegte weitere Verschlechterung der Auftragslage in Betracht, aufgrund deren sich die Verhältnisse deutlich ungünstiger darstellen als im Zeitpunkt der Einführung der Kurzarbeit. Ebenso wenig überzeugt es, den Übergang von Kurzarbeit zur betriebsbedingten Kündigung allein für den Fall einer nachträglichen "gestaltenden" Unternehmerentscheidung, nicht hingegen auf der Grundlage einer an der Auftragsentwicklung ausgerichteten "gebundenen" Unternehmerentscheidung zuzulassen (so aber Wahlig/Jeschke, NZA 2010, 607, 612). Vielmehr kann schon das Ausbleiben einer erhofften Besserung der Auftragslage einen nachvollziehbaren Grund darstellen, jedenfalls für einen Teil der Arbeitsplätze von einem dauerhaften Wegfall des Beschäftigungsbedarfs auszugehen. 34

(a) Von Sonderfällen abgesehen ist die Prognose, ob nur ein vorübergehender oder dauerhafter Mangel an Beschäftigung vorliegt, von zahlreichen Unwägbarkeiten geprägt und einer gerichtlichen Überprüfung nur begrenzt zugänglich (zutreffend Wahlig/Jeschke a.a.O.). Teilt etwa ein bisheriger Großkunde mit, wegen eines Brandschadens werde er für drei Monate die übliche Produktmenge nicht abnehmen, so lässt sich auf dieser Grundlage der vorübergehende Charakter des Auftragsrückgangs konkret erkennen, so dass hiermit eine betriebsbedingte Kündigung wegen dauerhaften Auftragsmangels nicht begründet werden kann. Sieht sich das Unternehmen demgegenüber – sei es im Zuge eines allgemeinen Konjunkturerinbruchs, sei es wegen veränderter Wettbewerbsumstände in der Branche oder gar ohne konkrete Erklärungsmöglichkeit – mit einem deutlichen Auftragsrückgang konfrontiert, welcher von üblichen saisonalen Schwankungen o. ä. abweicht, so lässt sich die Einschätzung, ob es sich um einen vorübergehenden oder dauerhaften Auftragsmangel handelt, selbst mit fachkundiger Hilfe nicht zuverlässig begründen. Dementsprechend wären die Gerichte für Arbeitssachen überfordert, wenn sie – über die konkrete Feststellung des aktuellen Auftragsmangels im Wege einer Beweisaufnahme hinaus – etwa mit Hilfe eines betriebswirtschaftlichen Sachverständigengutachtens Aussagen über die künftige Auftragsentwicklung treffen sollten. Dem kann auch nicht mit dem Einwand begegnet werden, jeder Kündigung liege eine Prognose zugrunde, deren Richtigkeit der rechtlichen Überprüfung unterliege. Soweit im Fall der personenbedingten Kündigung wegen häufiger Arbeitsunfähigkeitszeiten mit Hilfe von Arztauskünften und medizinischen Sachverständigengutachten Aussagen über die künftige Krankheitsentwicklung getroffen werden, beruht dies entweder auf konkretem, auf das einzelne Krankheitsbild bezogenen medizinischen Erfahrungswissen oder auf dem Grundsatz der allgemeinen Lebenserfahrung, dass bei Fehlen von Veränderungsanzeichen die Zukunft im Zweifel nichts anderes erwarten lässt, als die Vergangenheit gezeigt hat, und dass bei nicht ausgeheilten und einer ursächlichen Behandlung nicht zugänglichen Erkrankungen der Umfang künftiger Fehlzeiten im Zweifel nicht geringer als in der Vergangenheit ausfallen wird. Auch die Zukunftsprognose bei der verhaltensbedingten Kündigung – betreffend die Gefahr erneuter Pflichtverletzungen – knüpft regelmäßig an konkrete Erfahrungen der Vergangenheit oder anerkannte Regeln der Lebenserfahrung an. Demgegenüber bietet der Rückblick auf die Vergangenheit regelmäßig keinen Erkenntniswert, wenn es um die Frage geht, inwiefern ein festgestellter aktueller Auftragsmangel nur von vorübergehender Dauer sein wird oder aber bereits als Anzeichen eines dauerhaften Auftragsrückgangs anzusehen ist, welcher zum endgültigen Wegfall des Beschäftigungsbedarfs führt. Aus denselben Gründen stellt sich Beurteilung, ob sich die mit der Durchführung von Kurzarbeit verbundene Kostenbelastung betriebswirtschaftlich rentiert oder ob sich bei rückwirkender Betrachtung ein "harter Schnitt" als vorteilhafter erwiesen hätte, als Ausdruck unternehmerischen Handelns mit der Übernahme entsprechender Risiken dar. Letztlich entzieht sich damit die vom Arbeitgeber getroffene Beurteilung der künftigen Entwicklung regelmäßig der gerichtlichen Kontrolle. Eben aus diesem Grunde kommt ein genereller Vorrang der Einführung von Kurzarbeit vor Ausspruch von betriebsbedingten Kündigungen nicht bzw. nur unter der Voraussetzung in Betracht, dass der Betriebsrat eine entsprechende Initiative ergreift.

(b) Das Fehlen eines geeigneten objektiven Kontrollmaßstabs für die Beurteilung der zukünftigen Entwicklung der Auftragslage wirkt sich indessen nicht allein bei der Frage der Einführung von Kurzarbeit – als milderes Mittel zu Entlassungen – aus, sondern betrifft in gleicher Weise die Frage, welche Anforderungen an die Darlegungslast des Arbeitgebers zu stellen sind, wenn er von der zunächst eingeführten Kurzarbeit ganz oder teilweise abrücken und zum Mittel des Personalabbaus greifen will. Materiell-rechtlich ist eine Grundlage für eine "Selbstbindung" des Arbeitgebers an die einmal getroffene Beurteilung und Entscheidung zur Einführung von Kurzarbeit nicht zu erkennen. Die Tatsache, dass der Arbeitgeber bei der

Einführung der Kurzarbeit nur von einem vorübergehenden Arbeitsmangel "ausgeht" (vgl. LAG Rheinland-Pfalz, 05.02.2010, 6 Sa 489/09 - juris), besagt nichts über die objektive Berechtigung einer günstigen oder ungünstigen Auftragsentwicklung, sondern bedeutet allein, dass der Arbeitgeber bei Einführung der Kurzarbeit subjektiv eine entsprechende Einschätzung vorgenommen hat. Hieraus mag zwar ein gewisser Erklärungsbedarf hergeleitet werden, um dem Einwand der Willkür zu begegnen, nicht hingegen kann in der früheren optimistischen Einschätzung der künftigen Auftragsentwicklung ein – vom Arbeitgeber durch konkreten Sachvortrag zu entkräftendes - Beweiszeichen dafür gesehen werden, dass der Auftragsmangel nach wie vor eine vorübergehende Erscheinung darstellt. Auch aus Gründen des Prozessrechts ist der Arbeitgeber nicht gehindert, die zu einem früheren Zeitpunkt getroffene Einschätzung infrage zu stellen und selbst bei unveränderter Auftragslage - etwa unter dem Eindruck gegensätzlicher Einschätzungen von Verbandsvertretern, Politikern und Kreditwirtschaft – sich nunmehr für ein Konzept zu entscheiden, welches einen teilweisen Personalabbau und die teilweise Durchführung von Kurzarbeit miteinander verbindet. Voraussetzung in tatsächlicher Hinsicht ist allein das Fehlen ausreichender gegenwärtiger und konkret absehbarer Beschäftigungsmöglichkeiten.

Davon abgesehen ändert sich die – wenn auch ohnehin dürftige - Tatsachengrundlage der Prognose bereits durch bloßen Zeitablauf, indem schon das Ausbleiben der erhofften Besserung die Zweifel verstärkt, ob es sich beim anhaltenden Auftragsmangel tatsächlich um eine vorübergehende Erscheinung handelt. Wollte man anders – im Sinne einer relativen "Selbstbindung" des Arbeitgebers – entscheiden, stünde der Arbeitgeber, der bei rückläufiger Auslastung des Betriebes zurückhaltend agiert und in Absprache mit dem Betriebsrat sich zunächst einmal auf die Einführung von Kurzarbeit beschränkt, grundlos schlechter als der Arbeitgeber, welcher sogleich mit der – auch vom Betriebsrat und den Gerichten kaum zu widerlegenden - Begründung Entlassungen vornimmt, für eine baldige Besserung der Auftragslage sehe er keine Anhaltspunkte. 37

(3) Letztlich bedarf die Frage, ob der Arbeitgeber auch bei unveränderter Stagnation der Auftragslage aufgrund bloßen Sinneswandels vom Weg der betriebsweiten Kurzarbeit – unter Wahrung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats - abrücken darf und statt dessen zum Mittel eines teilweisen Personalabbaus mit der Begründung greifen kann, er halte eine vollständige Auslastung der Produktion nach Ablauf der Kurzarbeit für unrealistisch, hier keiner abschließenden Klärung. Vorliegend hat die Beklagte ihre Entscheidung, während der Kurzarbeit drei Arbeitnehmer aus der Fertigungsabteilung zu entlassen, nicht auf derselben Tatsachengrundlage getroffen, welche bereits im Zeitpunkt der Einführung der Kurzarbeit ab dem 01.12.2008 bestand, vielmehr ist die Kündigungsentscheidung erst nachträglich im Monat Februar 2009 in Abstimmung mit dem Betriebsrat getroffen worden, als sich - wie der Betriebsratsvorsitzende bei seiner Vernehmung vor dem Landesarbeitsgericht ausgesagt hat - zeigte, dass die Beschäftigten in der Fertigung (trotz Kurzarbeit) in einem solchen Maße nicht ausgelastet waren, dass der Betriebsrat sogar die Entlassung von fünf Arbeitnehmern befürchtete. Zwar wäre auch in dieser Situation eine zeitliche Ausdehnung der Kurzarbeit anstelle des Personalabbaus denkbar gewesen, um der vom Betriebsrat beobachteten "Langeweile" in der Fertigungsabteilung zu begegnen. Weder hat der Betriebsrat jedoch eine derartige Initiative ergriffen, noch kann die Einschätzung der Beklagten beanstandet werden, die Auslastung der Fertigung habe sich im Zeitpunkt Mitte Februar 2009 schlechter dargestellt, als bei der Entscheidung über die Einführung von Kurzarbeit im Monat November 2008 zu erwarten gewesen sei. Schließlich stützt auch die nachträgliche Entwicklung – nämlich die Tatsache, dass nur 55 der für das Jahr 2009 geplanten 86 Maschinen gefertigt worden sind - die von der Beklagten im Kündigungszeitpunkt vorgenommenen Einschätzung der Auftragsentwicklung. 38

b) Ebenso wenig war die Kündigung durch Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz zu vermeiden, an welchen die Klägerin – gegebenenfalls zu geänderten Arbeitsbedingungen – hätte eingesetzt werden können	39
(1) Soweit die Klägerin auf die Eigenkündigung des Arbeitnehmers S4 verweist, hat dieser sein Arbeitsverhältnis unstreitig erst zeitlich nach Ausspruch der gegenüber der Klägerin erklärten Kündigung beendet, so dass sich allein die Frage eines Wiedereinstellungsanspruchs stellen könnte. Unwidersprochen hat die Beklagte im übrigen vorgetragen, dass Herr S4 als Vorarbeiter beschäftigt war. Eine Beförderung auf einen höherwertige Position kann aber selbst bei Vorhandensein eines freien Arbeitsplatzes nicht verlangt werden.	40
(2) Soweit es etwaige Einsatzmöglichkeiten im "Werk L2" betrifft, welches rechtlich der Firma B3-I1 zugeordnet ist, betreffen die Ausführungen der Klägerin zur Frage des Gemeinschaftsbetriebes allein den Gesichtspunkt der Sozialauswahl, eine Beschäftigungsmöglichkeit auf einem freien Arbeitsplatz in L2 macht die Klägerin selbst nicht geltend.	41
3. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist auch die getroffene Sozialauswahl nicht zu beanstanden.	42
a) Wie sich aus der vorgelegten Liste zur Sozialauswahl mit den Beschäftigten des Fertigungsbereichs ergibt, ist als weniger schutzwürdig anzusehen jedenfalls der ebenfalls entlassene Arbeitnehmer S3.	43
b) Der nachfolgend aufgeführte Arbeitnehmer D4 ist in die Sozialauswahl nicht einzubeziehen, da er nach der ausgeübten Tätigkeit mit der Klägerin nicht vergleichbar ist. Unstreitig verfügt Herr D4 über eine zusätzliche Qualifikation, welche ihn in die Lage versetzt, Maschineninbetriebnahmen und Fehleranalysen durchzuführen. Gleich ob in diesem Zusammenhang die Gesellenprüfung zum Elektroinstallateur ins Gewicht fällt und ob die Dauer der durchgeführten Schulung ein Jahr oder nur sechs Monate betragen hat, fehlt es am Merkmal der Vergleichbarkeit selbst dann, wenn auch die Klägerin – wie sie vorträgt – die Tätigkeit innerhalb von sechs Monaten erlernen könnte. In die Sozialauswahl einzubeziehen sind nur solche Arbeitsplätze, welche der kündigungsbedrohte Arbeitnehmer innerhalb einer kurzen Einarbeitungszeit übernehmen könnte (vgl. die Nachweise bei KR-Griebeling, 9. Auflage, § 1 KSchG Rn 620). Mit einer Einarbeitungszeit von sechs Monaten ist diese Grenze zweifellos überschritten. Auch der Betriebsrat hat im Übrigen das Vorhandensein einer besonderen Qualifikation des Arbeitnehmers D4 bestätigt und allein aus sozialen Gründen Bedenken gegen die Kündigung erhoben, weil aus seiner Sicht nicht eindeutig zu klären sei, dass die soziale Schutzwürdigkeit der Klägerin durch die besondere Qualifikation des Arbeitnehmers D4 "aufgehoben" werden könne.	44
c) Der in der Liste zur Sozialauswahl weiter aufgeführte Arbeitnehmer S7 geniest als Betriebsratsmitglied besonderen Kündigungsschutz.	45
d) Der weitere Arbeitnehmer S4 gehört als Vorarbeiter nicht zum Kreis der vergleichbaren Beschäftigten.	46
e) Ebenso wenig kann die getroffene Sozialauswahl in Bezug auf den Arbeitnehmer K2 als fehlerhaft angesehen werden. Allein der Umstand, dass Herr K2 im Kündigungszeitpunkt (27.02.2009) ca. 8 Monate vor Vollendung seines 65. Lebensjahres stand und ab diesem Zeitpunkt in Ruhestand treten konnte, führt nicht dazu, dass die Beklagte – in Abweichung	47

von der mit dem Betriebsrat vereinbarten Auswahlrichtlinie - gehalten war, vorrangig Herr K2 zu entlassen. Wie sich aus der Tatsache ergibt, dass die Betriebsparteien in der Auswahlrichtlinie für das Lebensalter eine maximale Punktzahl von 55 festgelegt haben, ist der Gesichtspunkt der "Rentennähe" jedenfalls ansatzweise berücksichtigt, so dass schon aus diesem Grunde Bedenken dagegen bestehen, im Rahmen der gerichtlichen Kontrolle der getroffenen Sozialauswahl zu einer abweichenden Beurteilung zu gelangen.	
f) Auch in Bezug auf die im Lager tätige Frau L1 kann die Sozialauswahl nicht beanstandet werden. Sowohl im Hinblick auf die Aufgabenstellung der Frau L1, welche sich nicht auf die Durchführung von Kommissionierungen beschränkt sondern auch die Vornahme von Buchungen mit dem ERP-System sowie die Reklamationsbearbeitung und visuelle Eingangsprüfung umfasst, als auch nach den maßgeblichen Sozialdaten, wie sie vom Zeugen S5 bestätigt worden sind, scheidet eine Entlassung der Frau L1 anstelle der Klägerin im Zuge der Sozialauswahl aus.	48
g) Hieraus ergibt sich, dass die Klägerin auf der Grundlage der vorgetragenen Sozialdaten als zweite - neben dem Arbeitnehmer S3 - zu entlassende Kraft anzusehen war. Wie unschwer zu erkennen ist, weist die Mehrzahl der Beschäftigten eine deutlich längere Betriebszugehörigkeit als die Klägerin auf. Auch wenn das für die Sozialauswahl verwendete Punkteschema Unterhaltungspflichten nur in relativ geringem Umfang berücksichtigt, kann hieraus eine fehlerhafte Sozialauswahl nicht abgeleitet werden. Vielmehr ist zu beachten, dass das verwendete Punkteschema auf der Auswahlrichtlinie vom 05.04.2005 beruht, so dass gemäß § 1Abs. 4 KSchG die vorgenommene Bewertung der Sozialdaten nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden kann.	49
h) Schließlich kann auch dem Standpunkt der Klägerin nicht gefolgt werden, in die Sozialauswahl seien auch die bei der Firma B3-I1 beschäftigten Kräfte in die Sozialauswahl einzubeziehen, da es sich insoweit um einen Gemeinschaftsbetrieb handle. Wie im Termin vom 29.04.2010 erörtert worden ist, werden zwar Arbeitnehmer der Beklagten gelegentlich im Zuge der Inbetriebnahme von Maschinen bei der Firma B3-I1 tätig, einen wechselseitigen Austausch von Arbeitnehmern behauptet die Klägerin hingegen selbst nicht. Auch die Tatsache, dass für den Betrieb der Beklagten ein Betriebsrat – und nicht etwa ein Betriebsrat für einen Gemeinschaftsbetrieb mit der Firma B3-I1 – gewählt worden ist, spricht als Indiz gegen das Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebes.	50
4. Die Beklagte hat auch die gesetzliche Kündigungsfrist eingehalten, welche unter Berücksichtigung einer Betriebszugehörigkeit von mehr als 8 Jahren und 3 Monaten zum Monatsende beträgt.	51
II	52
Wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses entfällt auch der verfolgte Anspruch auf arbeitsvertragsgemäße Weiterbeschäftigung.	53
III	54
Die Kosten des ersten Rechtszuges hat die Klägerin zu tragen, da sie unterlegen ist, die Kosten des zweiten Rechtszuges waren gemäß § 97 Abs. 2 ZPO der Beklagten aufzuerlegen.	55
IV	56
	57

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 72 ArbGG liegen nicht vor.

BERICHTIGUNGSBESCHLUSS 58

In dem Verfahren 59

wird der Tenor des Urteils des Landesarbeitsgerichts vom 24.06.2010 dahingehend 60
berichtigt, dass der Eingangssatz wie folgt lautet:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Herford vom 07.10.20009 61
- 3 Ca 439/09 - abgeändert.....

Die Berichtigung erfolgt gemäß § 319 ZPO aufgrund eines offenkundigen Schreibfehlers. 62

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor. 63

Hamm, den 11.11.2010 64

Das Landesarbeitsgericht 65

Der Vorsitzende der 8. Kammer 66