

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 2 Sa 75/05

5 Ca 3760/03 ArbG Lübeck
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 31.05.2005

gez. ...
als Urkundsbeamt. d. Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 31.05.2005 durch die Vizepräsidentin des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzende und die ehrenamtlichen ... und ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 12.01.2005 – 5 Ca 3760/03 – wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann durch Einreichung einer Revisionsschrift bei dem Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1, Telefax: (0361) 26 36 - 20 00 Revision eingelegt werden.

Die Revisionsschrift muss

binnen einer Notfrist von einem Monat

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Revisionskläger muss die Revision begründen. Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt

zwei Monate.

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Revision beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Revisionschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Der Revisionschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigelegt werden.

Die Revision und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen.)

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer von der Beklagten ausgesprochenen fristgemäßen Kündigung innerhalb der ersten sechs Monate des Beschäftigungsverhältnisses, die die Beklagte aus Anlass einer Entfristungsklage vorsorglich ausgesprochen hat.

Der Kläger ist am ...1963 geboren. Er ist verheiratet und hat drei Kinder. Seit Juli 1999 war er mehrmals mit Unterbrechungen als Produktionshelfer beschäftigt. Der letzte befristete Arbeitsvertrag wurde von den Parteien am 04.06.2003 für die Zeit vom 01.07. bis 14.09.2003 abgeschlossen. Nachdem der Kläger am 02.10.2003 vor dem Arbeitsgericht Klage gegen die Wirksamkeit der Befristung erhoben hatte (5 Ca 3435/03/Arbeitsgericht Lübeck), unterrichtete die Beklagte den Betriebsrat über die beabsichtigte Kündigung wie folgt (Bl. 23, 24 d.A.):

Wir beabsichtigen

Herrn	<u>Y. C.</u>	<u>...63 vh/3 Kd</u>
	Name Vorname	geb. Fam.St.
	K.	
	<u>2... G.</u>	<u>9... 1.7.2003</u>
	Anschrift	Pers.-Nr. Eintritt

Beschäftigt als Urlaubsvertretung Mischerei bis zum 14. September 2003

Vorsorglich fristgerecht zum nächstmöglichen Termin (14 Tage)
zu kündigen.

Dieser Kündigungsantrag ist nach § 79 BVG zu behandeln.

Begründung:

Herr C. Y. war als Urlaubsvertretung vom 1. Juli 2003 bis 14. September 2003 beschäftigt.

Es liegt uns eine Klage von Herrn Y. auf Feststellung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses vor.

Ohne damit ein Arbeitsverhältnis anzuerkennen, beabsichtigen wir, Herrn Y. vorsorglich fristgerecht zu kündigen.

G., den 8. Oktober 2003

S.

Der Betriebsrat widersprach dieser Kündigung unter Stellungnahme vom 14.10.2003 (Bl. 25 d. A.) wie folgt:

Betreff: Kündigungsantrag C. Y., PN ...

Der Betriebsrat hat in seiner Sitzung am 13. Oktober 2003 eingehend über den o.g. Kündigungsantrag beraten und beschlossen, nach § 102 BetrVG zu widersprechen.

Begründung:

Der Betriebsrat ist zu der Auffassung gelangt, dass der Kündigungsantrag sozial ungerechtfertigt ist, zumal die soziale Interessenabwägung zwischen den wirtschaftlichen Belangen des Herrn Y. und denen der Firma nicht ausreichend berücksichtigt worden ist. Herr Y. ist verheiratet, hat 3 Kinder und ist als Alleinverdiener somit für 4 Personen unterhaltspflichtig,

Der Betriebsrat kann den Kündigungsgrund nicht nachvollziehen, denn Sie beabsichtigen, Herrn Y. zu kündigen ohne zu wissen, ob ein Arbeitsverhältnis zwischen der H. GmbH und Herrn Y. besteht. Herr Y. will seine ihm zustehenden gesetzlichen Möglichkeiten ausschöpfen um überprüfen zu lassen, ob ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vorliegt. Diese Kündigung ist um so unverständlicher, weil Sie genau für den Bereich, in dem Herr Y. beschäftigt und eingesetzt wurde, 4 befristete Einstellungen beantragt haben. Folglich ist eine Weiterbeschäftigung des Herrn Y. auf seinem alten, aber auch auf anderen freien Arbeitsplätzen im Unternehmen - wie z. B. StA-Nr: 071103 - Maschinenführer für den Bereich FS 2/2 PL 2E, 10E,

11E- StA-Nr.: 074/03 Vertreter Rundverkehr; StA-Nr.: 075/03 2 Maschinenführerinnen PL 12E -PQ 35 und StA-Nr.: 076/03 MaschinenführerIn autom. Endf. PL 7E - 9E - durchaus möglich.

Betriebsrat
M. P.

Mit Schreiben vom 16.10.2003 (Bl. 10 d. A.) sprach die Beklagte die vorsorgliche Kündigung zum 07.11.2003 aus. Hiergegen hat sich der Kläger am 27.10.2003 durch Klage gewandt, mit der er gerügt hat, die Kündigung sei sozialwidrig, sie stelle eine Maßregelung dar, sei sittenwidrig, ferner sei der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört. Mit Urteil vom 14.05.2004 hat das Arbeitsgericht in dem Befristungsrechtsstreit festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch den Ablauf der Befristung am 14.09.2003 geendet hat. Die dagegen von der Beklagten eingelegte Berufung ist mit Urteil vom 31.05.2005 (2 Sa 514/04) zurückgewiesen und die Revision nicht zugelassen worden.

In dem vorliegenden Rechtsstreit hat das Arbeitsgericht mit Urteil vom 12.01.2005 die Klage abgewiesen. Hiergegen hat der Kläger rechtzeitig Berufung eingelegt und diese begründet.

Der Kläger wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen. Weiter trägt er vor, er sei bei der Beklagten in der Zeit vom 12.07.1999 bis 14.09.2003 in sechs befristeten Arbeitsverhältnissen insgesamt mehr als 12 Monate beschäftigt gewesen. In drei aufeinander folgenden Jahren sei er im Sommer während der Hauptferienzeit jeweils mindestens zwei Monate eingesetzt worden. Er sei ähnlich wie eine Saisonarbeitskraft tätig gewesen. Jeweils bei Ablauf eines befristeten Arbeitsvertrages habe ihm die Mitarbeiterin der Personalabteilung Frau M. zugesagt, ihn wieder neu einzustellen, wenn sich eine Beschäftigungsmöglichkeit biete. Die Beklagte werde sich, sobald sie ihn brauche, bei ihm melden. Während der Sommerferienzeit sowie zum Abbau immer wieder aufladbarer Arbeitszeitkonten der Stammmitarbeiter beschäftige die Beklagte regelmäßig etwa 200 befristete Aushilfskräfte. Mit diesen schließe sie jeweils Arbeitsverträge mit Sachgrundbefristung. Dabei habe die Beklagte immer wieder auf den gleichen Personenkreis zurückgegriffen und in der Regel darauf geachtet, dass zwischen den befristeten Arbeitsverhältnissen eine Unterbrechung von mindestens 4 Monaten eingetreten sei. Damit habe sie gezielt das Kündigungsschutzgesetz umgangen und planmäßig ein sog. Personalkarussell betrieben.

Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts sei die Betriebsratsanhörung fehlerhaft. Zu den Mitteilungspflichten des Arbeitgebers im Rahmen des § 102 BetrVG gehöre die Information über die vollständigen Personaldaten, zu denen insbesondere auch die Betriebszugehörigkeit zähle. Bei der Unterrichtung des Betriebsrats habe die Beklagte verschwiegen, dass der Kläger seit Sommer 1999 regelmäßig als Aushilfe bei der Beklagten eingesetzt gewesen sei. Somit sei der Betriebsrat über die Betriebszugehörigkeit unzutreffend informiert und der falsche Eindruck erweckt worden, der Kläger sei eine einmalig befristete beschäftigte Aushilfe ohne frühere Betriebszugehörigkeit. Auch habe die Beklagte einen Kündigungsgrund nicht angegeben. Selbst wenn das Kündigungsschutzgesetz wegen nicht erfüllter Wartezeit nicht anwendbar sein sollte, sei doch im Rahmen des § 102 BetrVG die Mitteilung von Kündigungsgründen erforderlich. Auch in diesem Fall sei Sinn der Anhörung, den Betriebsrat in die Lage zu versetzen, auf den Arbeitgeber einzuwirken, um ihn ggf. mit besseren Argumenten von seinem Kündigungsentschluss abzubringen. Es genüge zwar, wenn der Arbeitgeber sich auf rein subjektive Wertungen beschränke. Das bedeute aber nicht, dass er vollständig davon absehen könne, Kündigungsgründe mitzuteilen. Die Mitteilung der Beklagten, die Kündigung erfolge vorsorglich, enthalte keine Information über den Kündigungsgrund. Das Wort „vorsorglich“ umschreibe nur, dass die Beklagte meine, das Arbeitsverhältnis habe ohnehin nicht mehr bestanden. Der Kündigungsgrund für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis doch bestehen sollte, sei aber nicht zu entnehmen. Die Möglichkeit der Einwirkung des Betriebsrats sei daher verhindert worden. Der Kläger verweist weiter auf das Urteil der 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts vom 03.11.2004 (3 Sa 159/04).

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 12.01.2005 – 5 Ca 3760/03 - abzuändern und festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 16.10.2003 nicht aufgelöst worden ist, sondern fortbesteht,

die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu unveränderten Bedingungen als Helfer in der Produktion weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und trägt weiter vor, das Kündigungsschutzgesetz sei auf das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht anzuwenden. Die letzte Befristung habe den Zeitraum vom 01.07. bis 14.09.2003 umfasst. Der vorhergehende Arbeitsvertrag sei für den Zeitraum vom 25.11.2002 bis 31.01.2003 abgeschlossen gewesen. Somit habe die Unterbrechung zwischen den beiden letzten Arbeitsverhältnissen nur fünf Monate gedauert. Eine Anrechnung der vorhergehenden Arbeitsverhältnisse komme daher nicht in Betracht. Auch könne ein sachlicher Zusammenhang nicht begründet werden. Der Rückgriff auf früher befristet beschäftigte Arbeitnehmer führe nicht zu einer Umgehung des Kündigungsschutzrechtes. Nicht zutreffend sei, dass Frau M. dem Kläger jeweils eine Neueinstellung zugesagt habe. Es könne zwar sein, dass Frau M. ihm allgemein mitgeteilt habe, es könne später erneut Befristungsbedarf entstehen. Zu Einstellungszusagen sei sie aber nicht berechtigt. Sie sei lediglich Ansprechpartnerin für in Betracht kommende Ferienaushilfen in der Vorplanungsphase. Die Verträge würden verbindlich durch die Unterschrift von Frau S. mit dem Zusatz „ppa.“ abgeschlossen. Richtig sei, dass sie, die Beklagte, in den Jahren 2001 bis 2003 im Sommer jeweils etwa 200 Aushilfen beschäftigt und dabei auf einen bestimmten Personenkreis zurückgegriffen habe. Die Zahl dieser Sommeraushilfen habe sich aber sei dem Jahr 2004 drastisch reduziert.

Soweit der Kläger die Kündigung wegen fehlerhafter Betriebsratsanhörung für unwirksam halte, sei diese Auffassung unzutreffend. Der Betriebsrat sei vollständig über die Person des Klägers informiert worden. Er verfüge über Aktenhaltung und Datensammlung. Da er bei jeder befristeten Einstellung angehört werde, kenne er die Gegebenheiten und wisse, dass der Kläger mehrfach zur Ferienzeit befristet als Urlaubsaushilfe eingestellt worden sei. Dem Betriebsrat sei als Einstellungsdatum richtig der 01.07.2003 angegeben worden. Soweit der Kläger die Auffassung vertrete, ein Kündigungsgrund sei nicht angegeben worden, sei dies unzutreffend. Kündigungsgrund sei hier allein gewesen, dass trotz Ablauf der Befristung möglicherweise weiterhin bestehende Arbeitsverhältnisse vorsorglich zu beenden. Dem Betriebsrat sei deutlich gemacht worden, dass der Kläger als befristet als Urlaubsvertretung beschäftigt sei. Auch sei ihm die Klage gegen die Befristung bekannt gegeben worden. Der Antwort des Betriebsrats könne entnommen werden, dass der Kläger die Möglichkeiten, überprüfen zu lassen, ob ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vorliege, aus-

schöpfen wollte. Weiter habe die Beklagte deutlich gemacht, dass sie von der Wirksamkeit der Befristung ausgehe und ein unbefristetes Arbeitsverhältnis nicht anerkennen wolle.

Ergänzend wird auf den Inhalt der Akten, insbesondere die wechselseitigen Schriftsätze mit Anlagen und Erklärungen zu Protokoll, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung des Klägers hat nicht Erfolg.

Wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist das Kündigungsschutzgesetz nicht anzuwenden (1). Die Kündigung ist auch nicht treuwidrig (2) und auch nicht wegen fehlerhafter Betriebsratsanhörung unwirksam (3).

1.

Das Kündigungsschutzgesetz ist nicht anwendbar, da das Arbeitsverhältnis bei Ausspruch der Kündigung nicht länger als sechs Monate ohne Unterbrechung bestanden hat, § 1 Abs. 1 KSchG.

Das letzte Arbeitsverhältnis der Parteien hatte am 01.07.2003 begonnen, so dass hier noch nicht die 6-Monatsfrist verstrichen war. Das vorhergehende Arbeitsverhältnis hatte vom 25.11.2002 bis 31.01.2003 andauert, also etwas mehr als zwei Monate, wobei die zeitliche Unterbrechung zwischen diesen beiden Arbeitsverhältnissen 5 Monate betrug. Zwischen den vorhergehenden Arbeitsverhältnissen lagen, bis auf eine Ausnahme, immer wieder Unterbrechungen von mehreren Monaten. Der einzige längere zusammenhängende Beschäftigungszeitraum liegt in der Zeit vom 03.01.2000 bis 31.03.2001. Da jedoch die Vertragsbeziehungen der Parteien immer wieder über mehrere Monate, zuletzt für einen Zeitraum von fünf Monaten, unterbrochen war, können die vorhergehenden Arbeitsverhältnisse nicht mitgerechnet werden.

Eine Anrechnung der vorhergehenden Arbeitsverhältnisse kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn zwischen dem vorangegangenen und dem gekündigten Arbeitsverhältnis ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Zu prüfen sind dabei insbesondere Anlass und Dauer der Unterbrechung sowie die Art der Weiterbeschäftigung. Eine feste zeitliche Begrenzung für den Unterbrechungszeitraum besteht

nicht. Je länger die zeitliche Unterbrechung gedauert hat, desto gewichtiger müssen die für einen sachlichen Zusammenhang sprechenden Umstände sein (BAG Ur. v. 22.05.2003 – 2 AZR 426/02 – EzA BGB § 2002, § 242 Nr. 2 Kündigung; BAG Ur. v. 20.08.1998 – 2 AZR 76/98 – EzA KSchG § 1 Nr. 79).

Hiernach kommt vorliegend eine Zusammenrechnung nicht in Betracht. Es kann nicht festgestellt werden, dass zwischen den früheren Arbeitsverhältnissen des Klägers sowie dem letzten ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Anlass für die letzten Vertragsschlüsse war Vertretungsbedarf. Selbst wenn dem Kläger in Aussicht gestellt worden sein sollte, dass man bei Bedarf wieder auf ihn zurückgreifen werde, ergibt sich hieraus kein enger sachlicher Zusammenhang. Angesichts des urlaubsbedingten Vertretungseinsatzes beruht der Abschluss des Vertrages nicht auf einem durchgehenden Beschäftigungsbedarf. Der Einsatz des Klägers war vielmehr darauf gerichtet, vorübergehende Abwesenheitszeiten von fest angestellten Mitarbeitern zu überbrücken. Eine darüber hinausgehende Zusage ist dem Kläger auch nach seiner eigenen Darstellung nicht erteilt worden.

2.

Die Kündigung ist auch nicht treuwidrig nach § 242 BGB. Die Darstellung des Klägers, die Beklagte betreibe ein Personalkarussell zur Umgehung des Kündigungsschutzes, genügt nicht seiner Darlegungslast. Ein gezieltes, jeweils am Nichterreichen der 6-Monatsgrenze des § 1 Abs. 1 KSchG orientiertes Einstellungs- und Beschäftigungsverhalten der Beklagten ist vom Kläger nicht dargelegt worden.

Der Ausspruch der Kündigung im Hinblick auf die Entfristungsklage (5 Ca 3435/03 bzw. 2 Sa 514/04) kann nicht als rechtsmissbräuchliches Verhalten, das auf einem sachfremden Motiv beruht, bewertet werden. Die Beklagte macht von ihrer allgemeinen Kündigungsmöglichkeit Gebrauch.

Die Kündigungsmöglichkeit ist auch nicht durch die Vorschriften des TzBfG eingeschränkt. Vielmehr sieht § 16 TzBfG ausdrücklich im Fall einer rechtsunwirksamen Befristung auch eine Kündigungsmöglichkeit vor. Grundsätzlich muss bei einem Dauerschuldverhältnis die Möglichkeit gegeben sein, sich hieraus durch Kündigung zu lösen. Dies ist nicht sachfremd (BAG Ur. v 6.11.2003 – 2 AZR 690/02 – DB 2004, 2755 = NZA 2005, 218). § 14 TzBfG will nur die Schlechterstellung des befristet Beschäftigten gegenüber einem Unbeschäftigten verhindern, nicht aber den befristet

Beschäftigten besser stellen. Durch eine nachfolgende Kündigung werden die Regelungen des TzBfG nicht umgangen.

Die Kündigung, die aufgrund einer - unwirksamen – Befristung ausgesprochen wird, stellt auch nicht eine unzulässige Maßregelung dar (BAG Urteil vom 6.11.2003 - 2 AZR 690/02 - a.a.O.). § 612 a BGB verbietet dem Arbeitgeber, den Arbeitnehmer zu benachteiligen, weil dieser in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Die zulässige Rechtsausübung muss der tragende Beweggrund, d. h. das wesentliche Motiv für die benachteiligende Maßnahme sein. Nicht ausreichend ist, dass die Rechtsausübung den äußeren Anlass für die Maßnahme bietet.

3.

Die Kündigung ist auch nicht wegen fehlerhafter Betriebsratsanhörung nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG unwirksam (entgegen der Entscheidung des LAG Schleswig-Holstein vom 03.11.2004 – 2 Sa 159/04 – Revision 2 AZR 607/04).

Der Arbeitgeber ist nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG gehalten, den Betriebsrat die Kündigungsgründe auch dann im Einzelnen mitzuteilen, wenn das Arbeitsverhältnis – noch – nicht dem Kündigungsschutzgesetz unterliegt. Zweck der Beteiligung des Betriebsrats auch in diesen Fällen ist, diesen in die Lage zu versetzen, auf den Arbeitgeber einzuwirken, um ihm ggf. von seinem Kündigungsentschluss abzubringen. Deshalb muss der Betriebsrat die Gründe kennen, die den Arbeitgeber zur Kündigung veranlasst haben. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat nur diejenigen Gründe mitteilen, auf die er die Kündigung stützen will (subjektive Determination) (BAG Ur. v. 11.12.2003 – 2 AZR 536/02 – EzA BetrVG 2001, § 102 Nr. 5; BAG Ur. v. 06.11.2003 – 2 AZR 690/02 – EzA TzBfG § 14 Nr. 7 zu II 5 der Gründe).

Die Beklagte hat danach den Betriebsrat ordnungsgemäß unterrichtet. Sie war nicht gehalten, die früheren befristeten Arbeitsverhältnisse mit dem Kläger anzugeben. Zu Recht ging sie (s. o. zu 1.) davon aus, dass nur das letzte befristete Arbeitsverhältnis zu berücksichtigen sei.

Die Beklagte hat auch den Kündigungsgrund angegeben. Dieser ergibt sich aus dem Anhörungsschreiben. Die Beklagte hat die Daten des Beginns und des Endes der Befristung genannt, woraus sich ergibt, dass die Beklagte nach Wegfall des Vertretungsbedarfs eine weitere Notwendigkeit der Beschäftigung des Klägers nicht sah. Auch hat sie die Kündigung als vorsorgliche bezeichnet und damit deutlich gemacht,

dass sie das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall nach dem Wegfall des Vertretungsbedarfs beenden wolle. Entgegen der Auffassung der 3. Kammer hat die Beklagte damit nicht nur die Entscheidung an sich, sondern auch den Kündigungsgrund mitgeteilt. Grund und Kündigungsentschluss fallen hier zusammen. Mehr hätte die Beklagte dem Betriebsrat nicht mitteilen können.

Da weitere Unwirksamkeitsgründe nicht ersichtlich sind, ist die gegen das klagabweisende Urteil gerichtete Berufung des Klägers in vollem Umfang zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Die Revision ist wegen Abweichung von dem Urteil des LAG vom 03.11.2004 (3 Sa 159/04) geboten.

gez. ...

gez. ...

gez. ...