

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 790/11
2 Sa 385/09
Landesarbeitsgericht
Nürnberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. Juni 2013

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. Februar 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und

Dr. Rinck sowie den ehrenamtlichen Richter Söller und die ehrenamtliche Richterin Schipp für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 18. Mai 2011 - 2 Sa 385/09 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. 1

Der Kläger war bei der Beklagten seit 1973 als Bauwerker/Helfer beschäftigt. Für das Arbeitsverhältnis der Parteien galt der allgemeinverbindliche Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe in der Bundesrepublik Deutschland (*BRTV-Bau*). Das Arbeitsverhältnis wurde mehrfach für die Dauer einiger Monate unterbrochen. 2

Am 29. November 2004 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 10. Dezember 2004. In dem anschließenden Kündigungsschutzrechtsstreit schlossen die Parteien einen Vergleich, wonach der Kläger ab dem 1. Mai 2006 „ohne Anerkennung von Vordienstzeiten“ zum bisherigen Arbeitsentgelt wieder eingestellt werden sollte. Dies erfolgte zum 2. Mai 2006. 3

Mit Schreiben vom 13. Dezember 2006 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 20. Dezember 2006. Zur Beilegung des Kündigungsschutzrechtsstreits schlossen die Parteien am 30. Januar 2007 einen Vergleich. Dort heißt es: 4

- „1. Die Parteien sind sich einig, dass das Arbeitsverhältnis durch ordentliche betriebsbedingte Arbeitgeber-

kündigung vom 13.12.2006 zum 20.12.2006 beendet worden ist.

2. Die Beklagte verpflichtet sich, den Kläger spätestens mit Wirkung zum 02.05.2007 als Bauhilfsarbeiter zu einem Bruttostundenlohn von EUR 12,30 (i.W.: zwölf 30/100) in Vollzeit einzustellen.

Vordienstzeiten werden nicht anerkannt.

3. ...“

Die Beklagte stellte den Kläger am 2. Mai 2007 als Bauhilfsarbeiter in 5
Vollzeit wieder ein. Mit Schreiben vom 31. Mai 2007 kündigte sie das Arbeits-
verhältnis „aus betriebsbedingten Gründen“ zum 30. Juni 2007.

Mit seiner rechtzeitig erhobenen Klage hat der Kläger die Unwirksamkeit 6
der Kündigung geltend gemacht. Auf sein Arbeitsverhältnis mit der Beklag-
ten finde zumindest wegen § 12 Nr. 1.2 BRTV-Bau das Kündigungsschutzge-
setz Anwendung. Dringende betriebliche Gründe hätten nicht vorgelegen. Die
Kündigung sei zudem treuwidrig. Er habe keinen Einfluss auf den Zeitpunkt der
Wiedereinstellung gehabt. Die Beklagte habe bei Abschluss des gerichtlichen
Vergleichs ihre arbeitsrechtlichen Kenntnisse und Erfahrungen zu ihrem Vorteil
ausgenutzt. Die Wiedereinstellung sei nicht ernst gemeint gewesen. Andernfalls
hätte die Beklagte das Arbeitsverhältnis nicht bereits nach vier Wochen erneut
gekündigt.

Der Kläger hat, soweit für die Revision noch von Belang, beantragt 7
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien
durch die Kündigung der Beklagten vom 31. Mai 2007
nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffas- 8
sung vertreten, das Kündigungsschutzgesetz finde keine Anwendung. Das
Arbeitsverhältnis habe bei Zugang der Kündigung noch keine sechs Monate
bestanden. Die Nichtanrechnung von Vordienstzeiten sei im Vergleich vom
30. Januar 2007 ausdrücklich vereinbart worden. Die Kündigung sei erforderlich
gewesen, weil es aufgrund der Auftragslage keine Einsatzmöglichkeiten für

Bauhilfsarbeiter mehr gegeben habe. Außer dem Kläger beschäftige sie ausnahmslos Fachkräfte.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen, weil das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung finde. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. 9

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Das angegriffene Urteil war aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Auf der Grundlage seiner bisherigen Feststellungen durfte das Landesarbeitsgericht die Kündigung nicht als wirksam ansehen. Die Sache war zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Senat kann den Rechtsstreit nicht abschließend entscheiden. Der relevante Sachverhalt ist noch nicht hinreichend festgestellt (§ 563 Abs. 3 ZPO). 10

I. Das Landesarbeitsgericht hat auf der Grundlage seiner bisherigen Feststellungen zu Unrecht angenommen, bei Zugang der Kündigung sei die Wartezeit von sechs Monaten iSv. § 1 Abs. 1 KSchG nicht erfüllt gewesen. 11

1. Gem. § 1 Abs. 1 KSchG bedarf eine Kündigung zu ihrer Wirksamkeit der sozialen Rechtfertigung, wenn das Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat. Sinn und Zweck dieser „Wartezeit“ ist es, den Parteien des Arbeitsverhältnisses für eine gewisse Zeit die Prüfung zu ermöglichen, ob sie sich auf Dauer binden wollen (vgl. zB BAG 28. August 2008 - 2 AZR 101/07 - Rn. 17; 24. November 2005 - 2 AZR 614/04 - zu B 1 b der Gründe, BAGE 116, 254). 12

a) Dem Wortlaut nach knüpft die Vorschrift an den Bestand des Arbeitsverhältnisses, nicht an die tatsächliche Beschäftigung an. Danach schadet jede rechtliche Unterbrechung, sei sie auch nur von kurzer Dauer. Eine solch enge Sichtweise würde aber dem Gesetzeszweck nicht gerecht werden. Danach 13

kann eine rechtliche Unterbrechung unbeachtlich sein, wenn sie verhältnismäßig kurz ist und zwischen beiden Arbeitsverhältnissen ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Unter welchen Voraussetzungen eine Unterbrechung als verhältnismäßig kurz anzusehen ist, lässt sich nicht generell festlegen. Zu berücksichtigen sind neben der absoluten Dauer auch mögliche Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses oder der betreffenden Branche. Ob ein sachlicher Zusammenhang anzunehmen ist, hängt insbesondere von Anlass der Unterbrechung und Art der Weiterbeschäftigung ab (*vgl. BAG 7. Juli 2011 - 2 AZR 12/10 - Rn. 22 mwN, BAGE 138, 321; grundlegend: 6. Dezember 1976 - 2 AZR 470/75 - zu 3 d der Gründe, BAGE 28, 252*). Je länger die zeitliche Unterbrechung gedauert hat, desto gewichtiger müssen die für einen sachlichen Zusammenhang sprechenden Umstände sein (*BAG 22. Mai 2003 - 2 AZR 426/02 - zu B I 2 a der Gründe*).

b) § 1 Abs. 1 KSchG ist einseitig zwingendes Recht (*BAG 14. Mai 1987 - 2 AZR 380/86 - zu B I der Gründe, BAGE 55, 298*). Vereinbarungen zum Nachteil des Arbeitnehmers sind unwirksam (*allg. Ansicht, zB KR/Griebeling 10. Aufl. § 1 KSchG Rn. 94; Krause in vHH/L 15. Aufl. § 1 Rn. 22; Löwisch/Spinner KSchG 9. Aufl. § 1 Rn. 37; APS/Dörner/Vossen 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 6; ErfK/Oetker 13. Aufl. § 1 KSchG Rn. 15*). Zulässig sind dagegen zu Gunsten des Arbeitnehmers abweichende Regelungen, etwa - einzelvertragliche oder kollektivrechtliche - Vereinbarungen über den Ausschluss oder die Verkürzung der Wartezeit (*vgl. BAG 8. Juni 1972 - 2 AZR 285/71 - zu 5 b aa der Gründe mwN*) oder über die Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten bei demselben oder einem anderen Arbeitgeber (*vgl. BAG 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04 - Rn. 34, BAGE 115, 92; 28. Februar 1990 - 2 AZR 425/89 - zu II 1 f der Gründe, BAGE 64, 209*).

14

c) Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der persönlichen Voraussetzungen des allgemeinen Kündigungsschutzes trägt der Arbeitnehmer. Dazu gehört auch die Obliegenheit darzulegen, dass das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung mindestens sechs Monate „ohne Unterbrechung“ bestanden hat (*KR/Griebeling 10. Aufl. § 1 KSchG Rn. 129*;

15

APS/Dörner/Vossen 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 49; Krause in vHH/L 15. Aufl. § 1 Rn. 142; HaKo/Mayer 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 165; Ascheid Beweislastfragen S. 52). Liegt unstreitig eine Unterbrechung vor, hat der Arbeitnehmer die Umstände darzulegen und ggf. zu beweisen, aus denen sich ein enger sachlicher Zusammenhang ergibt (*vgl. KR/Griebeling 10. Aufl. § 1 KSchG Rn. 130; APS/Dörner/Vossen 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 51; HaKo/Mayer aaO; Ascheid Beweislastfragen S. 58).*

2. Danach durfte das Landesarbeitsgericht einen engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang zwischen dem am 20. Dezember 2006 beendeten und dem am 2. Mai 2007 aufgenommenen Arbeitsverhältnis nicht allein mit Blick auf die Unterbrechungsdauer von knapp viereinhalb Monaten und den Inhalt des gerichtlichen Vergleichs vom 30. Januar 2007 verneinen. 16

a) Das Landesarbeitsgericht hat allerdings zu Recht angenommen, § 12 Nr. 1.2 Satz 3 BRTV-Bau enthalte keine den Arbeitnehmer begünstigende ausdrückliche Regelung zur Berechnung der Wartezeit iSv. § 1 Abs. 1 KSchG. Die Tarifnorm sieht unter der Überschrift „Verlängerte Kündigungsfristen“ vor, dass „Zeiten unterbrochener Betriebszugehörigkeit ... zusammengerechnet [werden], wenn die Unterbrechung nicht vom Arbeitnehmer veranlasst wurde und wenn sie nicht länger als sechs Monate gedauert hat“. Die systematische Einordnung der Bestimmung in die Regelungen zur Dauer von Kündigungsfristen macht deutlich, dass die Tarifvertragsparteien die Zusammenrechnung unterbrochener Betriebszugehörigkeitszeiten hier lediglich für die Berechnung von Kündigungsfristen angeordnet haben. Hätten sie eine Regelung auch für die Berechnung der Wartezeit iSv. § 1 Abs. 1 KSchG treffen wollen, hätte es nahe gelegen, das auch äußerlich mit einer eigenen Überschrift hervorzuheben und auf diese Weise klarzustellen. Das ist unterblieben. Auch an anderer Stelle findet sich im BRTV-Bau keine Vorschrift, die Regelungen zur Berechnung der Wartezeit des § 1 KSchG enthielte. 17

b) Gleichwohl ist die von den Tarifparteien in § 12 Nr. 1.2 Satz 3 BRTV-Bau getroffene Wertung bei der Berechnung der Wartezeit iSv. § 1 Abs. 1 18

KSChG zu berücksichtigen. Eine Unterbrechung von bis zu sechs Monaten kann danach im Geltungsbereich des BRTV-Bau unbeachtlich sein.

aa) Die tarifvertragliche Regelung trägt den besonderen Bedürfnissen des Baugewerbes Rechnung. Wie der Verlauf des Arbeitsverhältnisses der Parteien zeigt, besteht dort in den Wintermonaten häufig die Notwendigkeit einer saisonalen „Freistellung“ des Arbeitnehmers, ohne dass seine „Weiterbeschäftigung“ bei Beginn der Aufträge im Frühjahr in Frage gestellt werden soll. Durch die Regelung zur Berechnung der Kündigungsfristen in § 12 Nr. 1.2 Satz 3 BRTV-Bau haben die Tarifparteien deutlich gemacht, dass eine - wiederholte - zeitliche Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses von bis zu sechs Monaten im Baugewerbe durchaus üblich ist und als solche keinen Anlass bieten soll, den Zusammenhang zweier Arbeitsverhältnisse in Abrede zu stellen.

19

bb) Diese branchenspezifischen Besonderheiten sind auch im Rahmen des § 1 Abs. 1 KSChG zu berücksichtigen (*vgl. BAG 17. Juni 2003 - 2 AZR 257/02 - zu B I 2 d der Gründe*). Das gebietet der Bestandsschutzgedanke sowohl des Kündigungsschutzgesetzes als auch der tariflichen Regelung. Diese gibt zu erkennen, dass nach dem Willen der Tarifvertragsparteien Zeiten der Unterbrechung der Betriebszugehörigkeit von bis zu sechs Monaten den sozialen Besitzstand des Arbeitnehmers aus § 622 Abs. 2 BGB, § 12 Nr. 1.2 Satz 1 BRTV-Bau nicht schmälern sollen, wenn die Unterbrechung nicht vom Arbeitnehmer veranlasst worden ist. Damit ist zwar nicht zwingend die Konsequenz verbunden, solche Unterbrechungszeiten müssten auch im Rahmen von § 1 KSChG unbeachtlich bleiben. Es ergäbe sich jedoch ein schwerlich auszuräumender Widerspruch, wenn ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis nach einer Unterbrechung der Betriebszugehörigkeit von weniger als sechs Monaten in den ersten sechs Monaten nach Wiedereinstellung gekündigt wird, sich wegen § 12 Nr. 1.2 Satz 3 BRTV-Bau ggf. auf eine Länge der Kündigungsfrist von mehreren Monaten - statt von sechs Werktagen nach § 12 Nr. 1.1 BRTV-Bau - berufen könnte, die Kündigung als solche aber einer sozialen Rechtfertigung nach § 1 Abs. 1, Abs. 2 KSChG nicht bedürfte. Im Extremfall könnten so die Kündigungsfristen im Laufe der Zeit kontinuierlich anwachsen, ohne dass die

20

Wartefrist des § 1 Abs. 1 KSchG je erfüllt wäre. Einem solchen Widerspruch ist durch eine den tarifvertraglichen Wertungen Rechnung tragende Auslegung der gesetzlichen Bestimmung zu begegnen. Danach ist im Geltungsbereich des BRTV-Bau eine Unterbrechung der Betriebs-/Unternehmenszugehörigkeit von bis zu sechs Monaten für sich allein genommen nicht ausreichend, um eine Zusammenrechnung der Zeiten vor und nach der Unterbrechung im Rahmen von § 1 Abs. 1 KSchG auszuschließen. Schutzwürdige Belange des Arbeitgebers stehen dem nicht entgegen. Die Wartezeit ermöglicht es dem Arbeitgeber, innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses zu prüfen, ob der Arbeitnehmer persönlich und fachlich geeignet ist, die vorgesehene Tätigkeit auszuüben. Auf diesen Schutz ist ein Arbeitgeber, der einen Arbeitnehmer - ggf. über mehrere Jahre - wegen saisonbedingter fehlender Beschäftigungsmöglichkeit entlässt, bei Anlaufen der Geschäfte aber wieder einstellt, nach einer Betriebszugehörigkeit von insgesamt mehr als sechs Monaten regelmäßig nicht mehr angewiesen.

- c) Die Regelungen des gerichtlichen Vergleichs vom 30. Januar 2007 stehen der Annahme eines engen sachlichen Zusammenhangs der beiden letzten Arbeitsverhältnisse nicht entgegen. Soweit die Parteien durch sie einen sechsmonatigen Verzicht des Klägers auf die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes nach erfolgter Wiedereinstellung haben bewirken wollen, ist dieser Verzicht nach § 134 BGB unwirksam. Für die Annahme, die Parteien hätten sich stattdessen über Tatsachen, dh. dahin vergleichen wollen, es hätten keine einen sachlichen Zusammenhang begründenden tatsächlichen Umstände vorgelegen, fehlt es an Anhaltspunkten. 21
- II. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts war aufzuheben und die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. 22
1. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen vermag der Senat nicht abschließend zu beurteilen, ob ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen dem am 20. Dezember 2006 beendeten und dem zum 2. Mai 2007 aufgenommenen Arbeitsverhältnis bestand. Es kommt insoweit maßgebend darauf an, welcher Anlass der Kündigung vom 13. Dezember 2006 zugrunde 23

lag und ob sich danach die neuerliche Beschäftigung unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls - insbesondere des Grundes der Wiedereinstellung und der Art der Tätigkeit - als Fortsetzung des bisherigen oder als Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses darstellt. Das Landesarbeitsgericht wird die entsprechenden Feststellungen zu treffen haben. Für den Fall, dass es einen engen sachlichen Zusammenhang zwischen beiden Arbeitsverhältnissen bejaht, hat es zu prüfen, ob die Kündigung - wie die Beklagte vorgebracht hat - iSv. § 1 Abs. 2 KSchG durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt war, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstehen.

2. Die Sache ist nicht aus anderen Gründen - und zu Gunsten des Klägers - entscheidungsreif. Die Kündigung vom 31. Mai 2007 ist entgegen der Auffassung des Klägers nicht unabhängig von § 1 Abs. 1, Abs. 2 KSchG wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben unwirksam. 24

a) Welche Anforderungen an die Wirksamkeit einer Kündigung sich aus Treu und Glauben ergeben, lässt sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls entscheiden. Zu den typischen Tatbeständen einer treuwidrigen Kündigung zählen Rechtsmissbrauch und Diskriminierungen (*vgl. BAG 25. April 2001 - 5 AZR 360/99 - zu II 4 a der Gründe*). 25

b) Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen derjenigen Tatsachen, aus denen sich die Treuwidrigkeit ergibt, trägt der Arbeitnehmer (*BAG 28. August 2008 - 2 AZR 101/07 - Rn. 35; 22. Mai 2003 - 2 AZR 426/02 - zu B II 2 der Gründe*). Ergibt sich aus seinem Vorbringen ein Verstoß des Arbeitgebers gegen Treu und Glauben, muss dieser sich nach § 138 Abs. 2 ZPO qualifiziert auf das Vorbringen des Arbeitnehmers einlassen, um es zu entkräften. Kommt der Arbeitgeber seiner sekundären Behauptungslast nicht nach, gilt der schlüssige Sachvortrag des Arbeitnehmers gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden. 26

c) Danach ist im Streitfall eine rechtsmissbräuchliche Ausübung des Kündigungsrechts durch die Beklagte nicht erkennbar. 27

- aa) Es trifft nicht zu, dass der Kläger keinen Einfluss auf den Zeitpunkt der Wiedereinstellung gehabt hätte. Dieser wurde im Vergleich vom 30. Januar 2007 ausdrücklich vereinbart. Auch ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte weitergehende arbeitsrechtliche Kenntnisse gehabt hätte als der Kläger. Dieser war - insbesondere bei Abschluss des Vergleichs - gewerkschaftlich vertreten. 28
- bb) Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass es an der Ernsthaftigkeit der Wiedereinstellung gefehlt hätte. Die Beklagte ist ihrer Verpflichtung aus dem Vergleich nachgekommen. Die Wiedereinstellung war nicht mit einer Mindestbeschäftigungsdauer oder einem befristeten Kündigungsausschluss verbunden. Allein der Umstand, dass die Beklagte bereits nach kurzer Beschäftigungszeit geltend gemacht hat, der Beschäftigungsbedarf für den Kläger sei entfallen, vermag eine Treuwidrigkeit der Kündigung nicht zu begründen. 29
- cc) Der Kläger beruft sich zu Unrecht darauf, er sei in seinem Vertrauen verletzt worden, im Frühjahr oder Frühsommer wieder eingestellt zu werden. Dieses Vertrauen hat die Beklagte nicht erschüttert. Sie hat ihn erwartungs- und vereinbarungsgemäß wieder eingestellt. Dass er darauf habe vertrauen dürfen, nicht im Anschluss an die Einstellung schon nach kurzer Zeit betriebsbedingt gekündigt zu werden, hat der Kläger nicht behauptet. 30

Kreft

Berger

Rinck

Söller

B. Schipp