

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 721/12  
2 Sa 13/11  
Landesarbeitsgericht  
Bremen

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
29. August 2013

## URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. August 2013 durch die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger als Vorsitzende, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Rachor und Dr. Rinck sowie die ehrenamtlichen Richter Wolf und Falke für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 25. April 2012 - 2 Sa 13/11 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten noch über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. 1

Die Beklagte ist ein Bauunternehmen. Sie erbringt auf dem Gelände der A GmbH verschiedene Dienstleistungen wie Baggertätigkeiten im Hochofenbereich, Zerschlagung von Roheisen und Materialtransporte. Dort beschäftigte sie seit März 1987 den Kläger, zuletzt als Vorarbeiter. Außerhalb des betreffenden Werksgeländes ist die Beklagte im Straßen- und Tiefbau tätig. Insgesamt beschäftigt sie weit mehr als zehn Arbeitnehmer. 2

Am 15. Februar 2010 stellte der Werkschutz der A-GmbH fest, dass der Kläger bei Verlassen des Werksgeländes in seinem Fahrzeug vier mit Streusalz gefüllte Eimer mitführte, die der A-GmbH gehörten. Drei Tage später entzog die A-GmbH dem Kläger den Werksausweis. Ab dem 26. Februar 2010 verbot sie ihm den Zutritt zu ihrem Gelände. Am 4. März 2010 übersandte die Beklagte ihr kommentarlos eine Stellungnahme des Klägers zu den Vorgängen. Danach sei er von einem Kollegen gebeten worden, Streusalz zu dessen Arbeitsplatz zu bringen. Wegen anderer Vorgänge habe er das Material, das er für den Transport in sein Fahrzeug geladen habe, vor dem Verlassen des Werksgeländes schlicht vergessen. 3

Am 9. März 2010 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich fristlos. Der hierüber geführte Kündigungsrechtsstreit ist durch Teilurteil des Landesarbeitsgerichts rechtskräftig zugunsten des Klägers abgeschlossen. 4

Mit Schreiben vom 26. Mai 2010 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis - nach vorheriger Anhörung des Betriebsrats - ordentlich zum 31. Dezember 2010. 5

Gegen diese Kündigung hat der Kläger - fristgerecht - die vorliegende Klage erhoben. Er hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei weder aufgrund des Vorfalls vom 15. Februar 2010 als solchem, noch mit Blick auf den Entzug des Werksausweises oder das ihm erteilte Zutrittsverbot zum Werksgelände der A-GmbH gerechtfertigt. Als gelernten Maurer und Fliesenleger habe die Beklagte ihn auch im Straßen- und Tiefbau, insbesondere bei Kanalbautätigkeiten, einsetzen können. In diesem Bereich seien bei Zugang der Kündigung Arbeitsplätze frei gewesen. So sei etwa ein Mitarbeiter, welcher ursprünglich für den Bereich Straßen- und Tiefbau eingestellt worden sei, am 1. Mai 2010 „zu A gewechselt“. 6

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Bedeutung - beantragt 7

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 26. Mai 2010 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, eine Weiterbeschäftigung des Klägers sei ihr nicht zumutbar. Er sei des Diebstahls dringend verdächtig und aufgrund der fehlenden Zutrittsberechtigung zum Werksgelände nicht mehr in der Lage, seine vertraglich geschuldete Tätigkeit zu erbringen. Außerdem habe der Kläger - was ihr erst im Verlauf des Rechtsstreits bekannt geworden sei - durch eine Aufzeichnung überhöhter Arbeitszeiten einen Arbeitszeitbetrug zu ihren Lasten begangen. Im Bereich Straßen- und Tiefbau sei kein freier Arbeitsplatz vorhanden gewesen. In der fraglichen Zeit seien nicht einmal ihre dort eingesetzten Stammarbeitskräfte voll ausgelastet gewesen. Von Oktober 2009 bis Juli 2010 sei für diese Kurzarbeit angeordnet worden. 8

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision ver- 9  
folgt die Beklagte ihr Begehren weiter, die Klage abzuweisen.

## **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Kündi- 10  
gung vom 26. Mai 2010 zu Recht als sozial ungerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2  
KSchG angesehen.

I. Die Kündigung ist nicht durch Gründe im Verhalten des Klägers iSd. § 1 11  
Abs. 2 Satz 1 KSchG bedingt.

1. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, dem Kläger könne 12  
- mangels hinreichender Indiztatsachen - weder der Versuch eines Diebstahls  
zum Nachteil eines Kunden der Beklagten, noch ein entsprechender dringender  
Tatverdacht zur Last gelegt werden. Ebenso wenig sei von einem Arbeitszeitbe-  
trug zu Lasten der Beklagten auszugehen. Es fehle an der gebotenen Darle-  
gung, dass der Kläger mit seiner Stundenaufstellung entgegen bestehenden  
Vorgaben Arbeitsstunden aufgeschrieben habe, für die ein Anspruch auf Be-  
zahlung nicht bestanden habe. Soweit er durch die Mitnahme des Streusalzes  
seine Vertragspflichten fahrlässig verletzt habe, erreiche die darin liegende  
Pflichtverletzung nicht das erforderliche Gewicht, um eine ordentliche Kündi-  
gung, zumal ohne vorausgehende Abmahnung, zu rechtfertigen.

2. Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Die Beklag- 13  
te erhebt diesbezüglich auch keine Rügen.

II. Die Kündigung ist nicht durch Gründe in der Person des Klägers oder 14  
durch dringende betriebliche Erfordernisse iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG be-  
dingt. Dabei bedarf es keiner Entscheidung, welchem dieser beiden rechtlichen  
Gesichtspunkte der in Rede stehende Kündigungssachverhalt zuzuordnen ist.  
Ebenso kann dahinstehen, unter welchen Voraussetzungen ein durch einen

Kunden des Arbeitgebers ausgesprochenes Zutritts-/Hausverbot die Annahme rechtfertigt, der Arbeitnehmer sei in dem bisherigen Arbeitsbereich nicht mehr einsetzbar. In keinem Fall ist die Kündigung sozial gerechtfertigt, wenn außerhalb des mit dem Zutritts-/Hausverbot belegten Bereichs ein freier Arbeitsplatz vorhanden ist, auf dem der Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden kann. Von einer solchen Möglichkeit ist das Landesarbeitsgericht im Streitfall rechtsfehlerfrei ausgegangen. Offenbleiben kann deshalb auch, welche Anstrengungen der Arbeitgeber zur Ermöglichung einer Weiterbeschäftigung zu unternehmen hat, wenn ein freier Arbeitsplatz nicht zur Verfügung steht (*zur Verpflichtung des Arbeitgebers, Arbeitnehmer im Rahmen zumutbarer organisatorischer Änderungen umzusetzen vgl. BAG 24. Februar 2011 - 2 AZR 636/09 - Rn. 48, BAGE 137, 164*).

1. Nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Buchst. b KSchG ist die Kündigung dann sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann. Auf diese Weise wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Kündigungsrecht normativ konkretisiert (*BAG 25. Oktober 2012 - 2 AZR 552/11 - Rn. 29; 12. August 2010 - 2 AZR 558/09 - Rn. 20*). Die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ist deshalb auch ohne Widerspruch des Betriebsrats im Rahmen der Generalklausel des § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG zu berücksichtigen (*BAG 21. September 2000 - 2 AZR 385/99 - zu B IV 2 a der Gründe; 17. Mai 1984 - 2 AZR 109/83 - zu C III 3 der Gründe, BAGE 46, 191*). Entsprechendes gilt, wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen oder zu geänderten Arbeitsbedingungen möglich ist (§ 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG). 15
2. Die Weiterbeschäftigung muss sowohl dem Arbeitnehmer als auch dem Arbeitgeber objektiv möglich sein. 16
- a) Dies setzt zunächst voraus, dass ein freier Arbeitsplatz zu vergleichbaren (*gleichwertigen*) oder zu geänderten (*schlechteren*) Arbeitsbedingungen vorhanden ist. Als „frei“ sind grundsätzlich nur solche Arbeitsplätze anzusehen, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung unbesetzt sind (*BAG* 17

25. Oktober 2012 - 2 AZR 552/11 - Rn. 29; 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn. 24, BAGE 140, 169). Dem steht es gleich, wenn ein Arbeitsplatz bis zum Ablauf der Kündigungsfrist frei wird (BAG 25. Oktober 2012 - 2 AZR 552/11 - aaO; 1. März 2007 - 2 AZR 650/05 - Rn. 24).

b) Der anderweitige - freie - Arbeitsplatz muss für den Arbeitnehmer geeignet sein. Das setzt voraus, dass der Arbeitnehmer - ggf. unter Berücksichtigung angemessener Einarbeitungs-, Fortbildungs- oder Umschulungszeiten - den Anforderungen des neuen Arbeitsplatzes entsprechen kann. Dabei unterliegt die Gestaltung des Anforderungsprofils grundsätzlich der nur auf offenbare Unsachlichkeit zu überprüfenden unternehmerischen Disposition des Arbeitgebers (BAG 24. Mai 2012 - 2 AZR 124/11 - Rn. 24; 5. Juni 2008 - 2 AZR 107/07 - Rn. 17). 18

3. Für das Fehlen einer anderweitigen Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ist gem. § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG der Arbeitgeber darlegungs- und beweispflichtig. Dabei gilt eine abgestufte Darlegungslast. Bestreitet der Arbeitnehmer lediglich den Wegfall seines bisherigen Arbeitsplatzes, genügt der Vortrag des Arbeitgebers, wegen der betrieblichen Notwendigkeiten sei eine Weiterbeschäftigung zu den gleichen Bedingungen nicht möglich. Macht der Arbeitnehmer geltend, es sei eine Beschäftigung an anderer Stelle möglich, obliegt es ihm darzulegen, wie er sich seine anderweitige Beschäftigung vorstellt. Erst daraufhin muss der Arbeitgeber eingehend erläutern, aus welchen Gründen eine solche Beschäftigung nicht möglich war (BAG 25. Oktober 2012 - 2 AZR 552/11 - Rn. 30; 24. Mai 2012 - 2 AZR 62/11 - Rn. 28). 19

4. Danach ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe den Kläger auf einem anderen Arbeitsplatz iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Buchst. b, Satz 3 KSchG beschäftigen können, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 20

a) Der Kläger hat - seiner sekundären Darlegungslast entsprechend - geltend gemacht, er habe ua. auf dem Arbeitsplatz des zur A-GmbH gewechselten Kollegen als Bagger- und Maschinenführer eingesetzt werden können. Der Vor- 21

trag enthält entgegen der Auffassung der Beklagten nicht nur die Behauptung, er - der Kläger - sei aufgrund seiner Qualifikation in der Lage, den Arbeitsplatz des Kollegen auszufüllen. Der Kläger hat vielmehr zugleich konkludent vorge-  
tragen, der betreffende Arbeitsplatz sei durch den Tätigkeitswechsel des Kolle-  
gen absehbar frei geworden.

b)        Danach war es wiederum Sache der Beklagten, darzulegen und zu be-        22  
weisen, dass eine geeignete Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger nicht  
bestand. Dies ist ihr - wie das Landesarbeitsgericht nach Beweisaufnahme zu-  
treffend erkannt hat - nicht gelungen.

aa)       Eine vom Berufungsgericht nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO vorgenom-        23  
mene Beweiswürdigung unterliegt nur der eingeschränkten Kontrolle durch das  
Revisionsgericht. Es ist lediglich zu prüfen, ob das Berufungsgericht die Vo-  
raussetzungen und Grenzen des § 286 ZPO beachtet hat. Revisionsrechtlich  
von Bedeutung ist nur, ob seine Würdigung in sich widerspruchsfrei und ohne  
Verletzung von Denkgesetzen sowie allgemeinen Erfahrungssätzen erfolgt und  
ob sie rechtlich möglich ist (*BAG 21. Juni 2012 - 2 AZR 694/11 - Rn. 28; 27. Juli  
2011 - 7 AZR 402/10 - Rn. 51*).

bb)       Diesen Anforderungen wird die Beweiswürdigung gerecht. Das Lan-        24  
desarbeitsgericht hat den gesamten Inhalt der Verhandlung berücksichtigt und  
die erhobenen Beweise erwogen. Seine Annahme, es sei nicht erkennbar, dass  
entweder ein dauerhafter Einsatz des fraglichen Kollegen bei der A-GmbH im  
Jahr 2010 nicht vorgesehen gewesen sei oder dieser Mitarbeiter nicht habe er-  
setzt werden müssen, hält sich im Rahmen des tatrichterlichen Bewertungs-  
spielraums.

(1)       Zwar hat die Beweisaufnahme ergeben, dass der fragliche Mitarbei-        25  
ter - anders als vom Kläger behauptet - ursprünglich für den Betriebsbereich bei  
der A-GmbH eingestellt worden war. Von Dezember 2008 bis April 2011 wurde  
er jedoch - mit Ausnahme vereinzelter Einsätze bei der A-GmbH - im Bereich  
Straßen- und Tiefbau eingesetzt. Dazu, welche Tätigkeiten er im Zeitraum von  
Januar bis Juni 2010 verrichtet hatte, konnte die vernommene Zeugin keine

Angaben machen. Daraus durfte das Landesarbeitsgericht ohne Verletzung von Denkgesetzen oder Erfahrungssätzen folgern, die Beklagte habe den Vortrag des Klägers, im Mai 2010 sei im Bereich Straßen- und Tiefbau ein entsprechender Arbeitsplatz vorhanden gewesen, nicht widerlegt. Die Aussage der Zeugin lässt ferner die Möglichkeit zu, dass die Beklagte jedenfalls im Kündigungszeitpunkt von einem - absehbaren - Freiwerden des Arbeitsplatzes ausgehen musste. Insoweit verbleibende Zweifel gingen zu ihren Lasten.

(2) Die Behauptung der Beklagten, sie habe im Bereich Straßen- und Tiefbau Kurzarbeit angeordnet und Personal abgebaut, steht der Würdigung des Landesarbeitsgerichts nicht entgegen. Die Anordnung von Kurzarbeit als solche spricht im Allgemeinen dafür, dass die Betriebsparteien von einem nur vorübergehenden Arbeitsmangel und nicht von einem dauerhaft gesunkenen Beschäftigungsbedarf ausgehen (*BAG 23. Februar 2012 - 2 AZR 548/10 - Rn. 21*). Ein nur vorübergehender Arbeitsmangel ist kein Indiz für den Wegfall eines Arbeitsplatzes. Dies gilt im Streitfall umso mehr, als nach den eigenen Angaben der Beklagten in den Monaten August bis November 2010 - dh. noch innerhalb der Kündigungsfrist - keine Kurzarbeit geleistet worden ist. Soweit sich die Beklagte auf einen Personalabbau berufen hat, ist ihrem Vortrag nicht zu entnehmen, dass sich dieser auch und gerade auf die vom Kläger begehrte Stelle im Straßen- und Tiefbau bezogen hätte. Dazu, wie sich der Arbeitskräftebedarf im Bereich der fraglichen Bagger- und Maschinenführertätigkeiten konkret gestaltet, hat sie sich nicht substantiiert erklärt. 26

(3) Das Landesarbeitsgericht hat weiter angenommen, einem Einsatz des Klägers im Bereich Straßen- und Tiefbau stehe der Umstand nicht entgegen, dass er möglicherweise nicht über die erforderliche Erfahrung und die Befugnis zum Führen von Baggern oder sonstigen Maschinen verfüge. Die Arbeitsaufgabe erfordere keine abgeschlossene Berufsausbildung für den Straßen- und Tiefbau. Die Einweisung des Klägers in diesen Tätigkeitsbereich sei der Beklagten auch nicht unzumutbar gewesen. Sie habe nicht dargelegt, welcher Umschulungsaufwand für einen Einsatz des Klägers auf dem begehrten Arbeits- 27



platz erforderlich gewesen wäre. Auch diese Würdigung hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

(a) Die Rüge der Beklagten, das Landesarbeitsgericht habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör (*Art. 103 Abs. 1 GG*) verletzt, indem es entscheidungserheblichen Vortrag übergangen habe, ist unbegründet. Der Kläger hat dargelegt, er habe in vergangenen Jahren Baumaschinen geführt und besitze deshalb entsprechende Grundfertigkeiten. Dem ist die Beklagte nicht entgegengetreten. Dass für die Ausübung der bezeichneten Tätigkeit im Straßen- und Tiefbau darüber hinaus eine abgeschlossene - dreijährige - Berufsausbildung erforderlich wäre, ist ihrem bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht gehaltenen Vortrag nicht zu entnehmen. Ein entsprechendes Anforderungsprofil hat sie erst mit ihrer Revisionsbegründung behauptet. Sie hat zwar im Rahmen des Berufungsverfahrens vorgetragen, mit Baggerarbeiten im Straßen- und Tiefbau könne sie aus Sicherheitsgründen nur ausgebildete Baggerführer beschäftigen. Ihrem Vortrag sind aber keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass ihr eine entsprechende Einweisung, Fortbildung oder Umschulung des langjährig beschäftigten Klägers - etwa aufgrund des dafür erforderlichen Zeitaufwands - unzumutbar gewesen wäre. 28

(b) Der weitere Einwand der Beklagten, die Weiterbeschäftigung des Klägers auf dem fraglichen Arbeitsplatz sei ihr deshalb unzumutbar, weil eine Änderung seiner Arbeitsbedingungen erforderlich gewesen wäre, ist ohne rechtlichen Belang. Besteht eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit nur zu geänderten Arbeitsbedingungen, ist der Arbeitgeber aus Gründen der Verhältnismäßigkeit verpflichtet, dem Arbeitnehmer den freien Arbeitsplatz zur Vermeidung einer Beendigungskündigung im Wege der Änderungskündigung anzubieten (*BAG 3. April 2008 - 2 AZR 500/06 - Rn. 12; 21. April 2005 - 2 AZR 132/04 - zu B II 2 der Gründe, BAGE 114, 243*). 29

(c) Die Rüge der Beklagten, das Landesarbeitsgericht habe seine richterliche Hinweispflicht aus § 139 ZPO verletzt und damit zugleich gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstoßen, ist unzulässig. 30

- (aa) Erhebt der Revisionsführer Verfahrensrügen, müssen diese nach § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO die Bezeichnung der Tatsachen enthalten, die den Mangel ergeben, auf den sich die Revision stützt. Dementsprechend hätte die Beklagte konkret darlegen müssen, welchen Hinweis das Landesarbeitsgericht ihr hätte geben sollen und wie sie darauf reagiert, insbesondere welchen tatsächlichen Vortrag sie gehalten oder welche für die Entscheidung erheblichen rechtlichen Ausführungen sie gemacht hätte (*BAG 16. Dezember 2010 - 2 AZR 770/09 - Rn. 10; 23. September 2008 - 6 AZN 84/08 - Rn. 13, BAGE 128, 13*). 31
- (bb) Diesen Anforderungen wird die Revisionsbegründung nicht gerecht. Die Beklagte legt nicht dar, welchen Hinweis ihr das Gericht hätte geben müssen und wie sie hierauf reagiert hätte. 32
- III. Die Beklagte hat gem. § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen. 33

Berger

Rachor

Rinck

Torsten Falke

Wolf