

Aktenzeichen: 2 AZR 21/82

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 24. März 1983
- 2 AZR 21/82 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 11. Februar 1981
 Münster - 3 Ca 1288/80 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 7. Juli 1981
 Hamm - 13 Sa 413/81 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Punktsystem und Leistungsunterschiede bei Sozialauswahl

Gesetz: KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung, § 1 Krankheit,
 § 1 Soziale Auswahl

Leitsätze:

1. Die Überprüfung der sozialen Auswahl bei einer Kündigung aus dringenden betrieblichen Gründen hat aufgrund der Besonderheiten des konkreten Einzelfalles zu erfolgen. Damit ist die Würdigung mit Hilfe einer Punkte-Tabelle nicht zu vereinbaren; sie verstößt gegen § 1 Abs. 3 KSchG.
2. Betriebliche Belange, insbesondere auch Leistungsunterschiede und Belastungen des Betriebs aufgrund von krankheitsbedingten Fehlzeiten, sind nicht bei der sozialen Auswahl nach Satz 1 zu berücksichtigen, sondern allein im Rahmen der Prüfung nach Satz 2, ob betriebliche Bedürfnisse einer sozialen Auswahl entgegenstehen (Aufgabe der bisherigen unveröffentlichten Rechtsprechung des Senats).
 - a) Leistungsunterschiede stehen einer Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten nicht nur entgegen, wenn sich der Betrieb in einer Zwangslage befindet, sondern auch dann, wenn die Beschäftigung eines weniger schutzbedürftigen Arbeitnehmers erforderlich (notwendig) ist (Korrektur des Urteils des Senates vom 20. Januar 1961 - 2 AZR 495/59 - AP Nr. 7 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung).
 - b) Dagegen stehen krankheitsbedingte Fehlzeiten einer Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten nur dann entgegen, wenn zugleich die Voraussetzungen einer krankheitsbedingten Kündigung erfüllt sind (vgl. dazu Urteil vom 25. November 1982 - 2 AZR 140/81 - zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt).
3. Aus dem 1969 eingefügten Halbsatz 2 von § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG, wonach der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auf Verlangen die Gründe angeben muß, die die getroffenen sozialen Auswahl bedingen, ist die Prüfung der



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kognitios
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

- 2 -

sich eine abgestufte Verteilung der Darlegungslast: Der Arbeitgeber hat im Umfange seiner materiellrechtlichen Mitteilungspflicht auch im Prozeß die Gründe darzulegen, die ihn zu der sozialen Auswahl veranlaßt haben; im übrigen trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast (insoweit Klarstellung des Urteils des Senates vom 26. Juni 1975 - 2 AZR 499/74 - AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung).

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 21/82

13 Sa 413/81 Hamm

Verkündet am
24. März 1983

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Tenor berichtet durch Beschluß
vom 30. Mai 1983.
Kassel, den 11. Juli 1983
Kreutzig, Regierungsamtman

IM NAMEN DES VOLKES!

U R T E I L

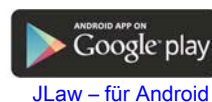
In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. März 1983 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Harder und Thieß für Recht erkannt:



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 7. Juli 1981 - 13 Sa 413/81 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten um die soziale Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung. Die am 26. Mai 1944 geborene, verheiratete und zwei zum Zeitpunkt der Kündigung (November 1980) 14 und 17 Jahre alten Kindern unterhaltspflichtige Klägerin war seit dem 10. Dezember 1979 bei der Beklagten als Ringspinnerin zu einem Brutto-Stundenlohn von zuletzt 12,25 DM tätig. Ihr Ehemann erzielte als Arbeiter ein monatliches Netto-Einkommen von ca. 1.350,-- DM. Im Haushalt der Klägerin lebt außerdem noch ihre aus Altersgründen nicht mehr erwerbstätige Mutter.

Die Beklagte produziert in ihrer Spinnerei Ringgarn. Hierzu wurden in zwei Schichten insgesamt 32 Ringspinnerinnen bzw. Ringspinner beschäftigt. Infolge sinkender Nachfrage reduzierte die Beklagte ihre Produktion in der Ringspinnerei ab September 1980 um ca. 13,5 %, indem sie die Laufgeschwindigkeit der Spinnmaschinen drosselte. Nach Zustimmung des Betriebsrats sprach



die Beklagte gegenüber der Klägerin und zwei weiteren Arbeitnehmern die ordentliche Kündigung aus; ein Arbeitnehmer wurde in die sogenannte Personalreserve übernommen. In dem der Klägerin am 14. November 1980 zugegangenen Kündigungsschreiben hieß es zur Begründung der zum 28. November 1980 ausgesprochenen Kündigung:

"Kündigungsgrund:

1. Aus betriebsbedingten Gründen unter Beachtung der sozialen Auswahl.

2. Aus personellen Gründen

Sie sind seit dem 10.12.1979 bei uns beschäftigt und haben seit dem Tage Ihrer Einstellung sehr hohe Fehlzeiten aufzuweisen."

Im Widerspruch hierzu erklärte der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten in der Güteverhandlung vor dem Arbeitsgericht, wegen der Fehlzeiten sei nicht gekündigt worden, diese seien nur im Rahmen der sozialen Auswahl berücksichtigt worden. Vor dem Landesarbeitsgericht hat sich die Beklagte dann wieder darauf berufen, daß der Klägerin auch aus krankheitsbedingten Gründen gekündigt worden sei. Bis zum Ausspruch der Kündigung hatte die Klägerin an 65 Arbeitstagen infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit gefehlt, davon 59 Tage in der Zeit vom 8. September bis 28. November 1980 wegen einer Harnblasenoperation. Auf ihren am 24. November 1980 gestellten Antrag stellte das Versorgungsamt Münster mit Bescheid vom 5. Februar 1981 bei der Klägerin rückwirkend die Schwerbehinderteneigenschaft mit einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von 50 % seit dem 1. Januar 1980 fest.



Mit ihrer am 4. Dezember 1980 beim Arbeitsgericht Münster erhobenen Klage hat sich die Klägerin gegen die Wirksamkeit dieser Kündigung gewandt und gleichzeitig ihre Weiterbeschäftigung während des Kündigungsrechtsstreits begehrt. Sie hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei sozialwidrig. Aus einem Produktionsrückgang von 13,5 % folge entgegen der Auffassung der Beklagten nicht, daß nun "naturgemäß" auch 13,5 % der Ringspinner gekündigt werden müsse. Ein dringendes betriebliches Erfordernis, das ihrer Weiterbeschäftigung entgegenstehe, liege nicht vor, da an den Maschinen, an denen sie früher tätig gewesen sei, weiterhin gearbeitet werde. Jedenfalls habe die Beklagte aber bei ihrer Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer nicht ausreichend soziale Gesichtspunkte berücksichtigt. Der überwiegende Teil der übrigen Arbeitnehmerinnen sei erheblich jünger als sie. Die Mitarbeiterin U beispielsweise sei zwar drei Monate länger als sie bei der Beklagten beschäftigt, aber vier Jahre jünger. Damit sei sie, die Klägerin, sozial eindeutig schutzwürdiger als diese Mitarbeiterin. Im übrigen hätte die Beklagte die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zur Kündigung einholen müssen.

Die Klägerin hat beantragt

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristgerechte Kündigung der Beklagten vom 14. November 1980 zum 28. November 1980 nicht aufgelöst worden ist, sondern zu unveränderten Arbeitsbedingungen fortbesteht;
2. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin ab



sofort zu unveränderten Arbeitsbedingungen - bei Meidung eines in das Ermessen des Gerichts für jeden Tag der Zuwiderhandlung gesetzten Zwangsgeldes - weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

1. die Klage abzuweisen;
2. im Unterliegensfalle die vorläufige Vollstreckbarkeit aus dem Urteil insoweit auszuschließen, als die Beklagte verpflichtet werden sollte, die Klägerin ab sofort - bei Meidung eines Zwangsgeldes für jeden Tag der Zuwiderhandlung - weiterzubeschäftigen.

Sie hat die Auffassung vertreten, die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zur Kündigung sei nicht erforderlich gewesen, denn die Klägerin habe den Antrag auf Anerkennung ihrer Schwerbehinderteneigenschaft erst zehn Tage nach Zugang der Kündigung gestellt. Der Klägerin habe aus betriebsbedingten Gründen gekündigt werden müssen. Infolge der reduzierten Laufgeschwindigkeit bei den Spinnmaschinen hätten, um die refamäßig vorgegebene Arbeitsplatzgröße von 140 % weiter zu erreichen, jedem Arbeitnehmer anstatt zuvor vier nunmehr viereinhalb Maschinen zugeteilt werden müssen. Hierdurch seien vier Arbeitskräfte überflüssig geworden. Bei der Kündigung seien soziale Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigt worden. Die Klägerin sei keineswegs schutzwürdiger als alle anderen im Jahre 1979 bei ihr eingestellten Arbeitneh-



mer. Es seien nur solche Arbeitnehmer vergleichbar, die auch betrieblich ausgetauscht werden könnten. Demnach sei, weil hier kraft Gesetzes nur männliche Arbeitnehmer eingesetzt werden dürften, die Arbeitnehmer der Nachtschicht von dem Vergleich auszunehmen. Insgesamt reduziere sich die Sozialauswahl auf die Arbeitnehmerin U , da allen anderen mit der Klägerin vergleichbaren Arbeitnehmern ebenfalls gekündigt worden sei. Verglichen mit der Klägerin sei Frau U aber etwas länger im Betrieb beschäftigt und müsse zusammen mit ihrem bei der Beklagten als Ringzwirner beschäftigten Ehemann drei erst vier, neun und elf Jahre alte Kinder sowie die 60-jährige, nicht erwerbstätige Schwiegermutter unterhalten. Außerdem müßten zu Ungunsten der Klägerin deren krankheitsbedingte Fehlzeiten berücksichtigt werden. Nach allem sei diese Arbeitnehmerin sozial schutzbedürftiger als die Klägerin. Dies werde auch durch die Schwerbehinderteneigenschaft der Klägerin, mit der die Kündigung in keiner Weise zusammenhänge und die demzufolge nur im Rahmen der Interessenabwägung Bedeutung gewinne, nicht aufgewogen. Jedenfalls sei die Sozialauswahl aber noch im Rahmen des ihr, der Beklagten, zustehenden Ermessensspielraums getroffen worden. Im übrigen seien die krankheitsbedingten Fehlzeiten der Klägerin erheblich. Sie, die Beklagte, sei hierdurch in der Vergangenheit mit Lohnfortzahlungskosten und erheblichen organisatorischen Problemen belastet worden. Mit weiteren Fehlzeiten sei auch in Zukunft zu rechnen, so daß insoweit ein eigenständiger Kündigungsgrund vorliege.



Die Klägerin hat erwidert, entgegen der Auffassung der Beklagten "reduziere sich die soziale Auswahl nicht auf die Arbeitnehmerin U . Vielmehr hätte die Beklagte vor Ausspruch der Kündigung prüfen müssen, ob nicht ihre Versetzung in einen anderen Betrieb der Beklagten möglich sei". Was ihre Erkrankungen angehe, so sei sie vom 20. bis zum 25. Juni 1980 an einem grippalen Infekt erkrankt gewesen, vom 8. September bis zum 28. November 1980 wegen einer Harnblasenoperation stationär im Krankenhaus behandelt worden und anschließend bis zum 20. Februar 1981 arbeitsunfähig krank gewesen. Weitere Erkrankungen seien anschließend nicht mehr aufgetreten.

Das Arbeitsgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert, der Kündigungsschutzklage der Klägerin stattgegeben, den Weiterbeschäftigungsantrag als unbegründet und die Klage im übrigen als unzulässig abgewiesen. Aufgrund des zweitinstanzlichen Urteils wird die Klägerin seit dem 2. September 1981 von der Beklagten unter Aufrechterhaltung der Kündigung bis auf weiteres beschäftigt.

Mit der durch den Senat hinsichtlich der Entscheidung über die Kündigung zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte auch insoweit ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.



E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Kündigung sei nicht schon infolge fehlender Zustimmung der Hauptfürsorgestelle unwirksam. Bei Ausspruch der Kündigung sei es der Beklagten gar nicht möglich gewesen, die Hauptfürsorgestelle um ihre Zustimmung anzugehen, weil die Klägerin ihren Antrag auf Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft erst zehn Tage nach Zugang der Kündigung gestellt habe. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme könne auch nicht zweifelhaft sein, daß die Beklagte im Hinblick auf den Auftragsrückgang ihr Personal um vier Arbeitnehmer habe reduzieren müssen. Die Beklagte habe jedoch bezüglich der Klägerin eine falsche soziale Auswahl getroffen. Für eine notwendige erste Vorauswahl sei das folgende Auswahlschema zu verwenden:

1. Lebensalter

bis zu 20 Jahren	=	0 Punkte
bis zu 30 Jahren	=	1 Punkt
bis zu 40 Jahren	=	2 Punkte
bis zu 50 Jahren	=	3 Punkte
über 50 Jahre	=	5 Punkte



-9-

2. Betriebszugehörigkeit

je volles Beschäftigungs-

jahr = 4 Punkte

3. Unterhaltsberechtigter Kinder

je Kind = 5 Punkte

4. Schwerbehinderter pp.

= 10 Punkte

5. Doppelverdiener = 10 Punkte Abzug.

Dies ergebe folgende Bewertung der Angehörigen der Schichten A und B:

R = 5 Punkte

Ra, Carasco = 10 Punkte

U = 11 Punkte

A = 11 Punkte

Klägerin = 14 Punkte

S = 16 Punkte

H = 20 Punkte

Es könne dahingestellt bleiben, ob die Tatsache, daß der Arbeitnehmer Ra auch in der Nachtschicht eingesetzt werde, für die soziale Auswahl von Bedeutung sei. Vorliegend sei der Arbeitnehmer R sozial bessergestellt als die schwerbehinderte Klägerin. Das Gericht verkenne nicht, daß die zu treffende Auswahl schon deshalb nicht einfach sei, weil der Arbeitnehmer R



Alleinernährer seiner Familie sei, die Klägerin und ihr Mann aber in Arbeit blieben. Dieser Doppelverdienst werde aber bei der Punktberechnung durch den Abzug von 10 Punkten bei Doppelverdienern regelmäßig ausgeglichen. Ein solcher Abzug erscheine nach dem Gleichheitsprinzip notwendig, weil es dem Alleinverdiener kaum verständlich zu machen wäre, daß er hinter Doppelverdienern zurückstehen solle, die auch mit nur einem Familieneinkommen ihren Lebensunterhalt bestreiten könnten, während er auf Arbeitslosenunterstützung angewiesen sei.

Im vorliegenden Fall habe aber andererseits auch die im Zeitpunkt der Kündigung bestehende Schwerbehinderteneigenschaft der Klägerin eine besondere Bedeutung und müsse demgemäß auch im Punktesystem Berücksichtigung finden. Hingegen hätten ihre krankheitsbedingten Fehlzeiten schon deshalb außer Betracht zu bleiben, weil die Klägerin vom 8. September 1980 bis zum 28. November 1980 wegen eines Krankheitsbildes gefehlt habe, das auch bedeutsam für die Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft gewesen sei. In Anbetracht des dem Arbeitgeber bei der Sozialauswahl zustehenden Beurteilungsspielraums seien die sozialen Gesichtspunkte zwar immer dann noch ausreichend berücksichtigt, wenn der gekündigte Arbeitnehmer sozial ganz geringfügig schlechter gestellt sei als ein anderer vergleichbarer Mitarbeiter; im vorliegenden Falle könne jedoch jedenfalls gegenüber dem deutschen Arbeitnehmer R nicht davon gesprochen werden, daß die Klägerin nur geringfügig schlechtergestellt sei. Infolgedessen sei ihrem Feststellungsantrag stattzugeben.



B. Diese Würdigung ist nicht frei von Rechtsfehlern.

I. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, die Kündigung der Klägerin sei nicht bereits wegen fehlender Zustimmung der Hauptfürsorgestelle gemäß § 12 SchwbG rechtsunwirksam. Der besondere Kündigungsschutz für Schwerbehinderte aufgrund der §§ 12 ff. SchwbG greift grundsätzlich nicht ein, wenn die Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers im Zeitpunkt der Kündigung weder gemäß § 3 SchwbG festgestellt war noch der Arbeitnehmer einen Antrag auf Erteilung eines entsprechenden Bescheides gestellt hatte. Deshalb muß bei einer Arbeitgeberkündigung in derartigen Fällen die Hauptfürsorgestelle nicht beteiligt werden. Vielmehr haben die Gerichte für Arbeitssachen die Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers bei der Prüfung der Sozialwidrigkeit der ordentlichen Kündigung besonders zu berücksichtigen (vgl. BAG 29, 17 = AP Nr. 1; BAG 29, 334 = AP Nr. 2 m. kritischer Anm. v. Brox und BAG 30, 141 = AP Nr. 3, alle zu § 12 SchwbG).

II. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung (§ 1 Abs. 2 KSchG) handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der dem Tatsachenrichter ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und



ob es in sich widerspruchsfrei ist (ständige Rechtsprechung:
vgl. BAG vom 7. März 1980 - 7 AZR 1093/77 - AP Nr. 9 zu § 1
KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung).

1. Die Auffassung des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung sei durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt, weil die Beklagte im Hinblick auf die Auftragsreduzierung gezwungen gewesen sei, ihr Personal um vier an den Ringspinnmaschinen beschäftigte Arbeitnehmer zu reduzieren, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die von der Beklagten beschlossene Einsparung mehrerer Arbeitsplätze, die sich auch auf den Einsatz der Klägerin ausgewirkt hat, stellt eine Unternehmerentscheidung dar, die von den Gerichten für Arbeitssachen grundsätzlich nicht auf ihre Zweckmäßigkeit überprüft werden kann, sondern nur darauf, ob die Rationalisierungsmaßnahme offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (vgl. BAG vom 22. November 1973 - 2 AZR 543/72 - AP Nr. 22 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung; BAG vom 26. Juni 1975 - 2 AZR 499/74 - AP Nr. 1; BAG 30, 272 = AP Nr. 5 und BAG vom 12. Oktober 1979 - 7 AZR 959/77 - AP Nr. 7, alle zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung). Die Darlegungs- und Beweislast für die Umstände, aus denen sich ergeben soll, daß eine Unternehmerentscheidung ausnahmsweise nicht bindend ist, trägt der sich darauf berufende Arbeitnehmer. Die Klägerin hat aber insoweit nichts vorgetragen.

2. Die Klägerin hat zwar geltend gemacht, die Beklagte hätte vor Ausspruch der Kündigung prüfen müssen, ob nicht ihre Ver-
setzung in einen anderen Betrieb der Beklagten möglich gewesen



sei. Ihr Vortrag ist aber nicht hinreichend substantiiert.

a) Dieser vom Landesarbeitsgericht nicht berücksichtigte Vortrag vermag die Sozialwidrigkeit der Kündigung nicht zu begründen. Zwar muß der Arbeitgeber vor einer Kündigung wegen einer Rationalisierungsmaßnahme versuchen, den Arbeitnehmer, dessen Arbeitsplatz wegfällt, anderweitig in seinem Betrieb oder möglicherweise in einem anderen Betrieb des Unternehmens einzusetzen (vgl. z.B. BAG 28, 131 = AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG vom 5. August 1976 - 3 AZR 110/75 - AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; KR-Becker, § 1 KSchG Rz 305 ff. m.w.N.). Unterläßt der Arbeitgeber diese Prüfung, wird allein dadurch die Kündigung noch nicht unwirksam. Der Arbeitgeber kann sich vielmehr nur dann nicht auf dringende betriebliche Erfordernisse berufen, die die Kündigung bedingen sollen, wenn **t a t s ä c h l i c h** ein anderer freier Arbeitsplatz vorhanden war, auf dem der gekündigte Arbeitnehmer hätte weiterbeschäftigt werden können (vgl. BAG vom 3. Februar 1977 - 2 AZR 476/75 - AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung).

Insoweit greifen weiter die vom erkennenden Senat in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsätze über die abgestufte Darlegungslast ein: Bestreitet bei der betriebsbedingten Kündigung der Arbeitnehmer nur den Wegfall seines Arbeitsplatzes, genügt der allgemeine Vortrag des Arbeitgebers, wegen der notwendigen Betriebsänderung sei eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nicht möglich. Er muß nicht unter Darlegung genauer Ein-



zelheiten behaupten, eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit sei nicht vorhanden. Es obliegt dann vielmehr dem Arbeitnehmer darzulegen, wie er sich eine anderweitige Beschäftigung vorstellt, wenn sein bisheriger Arbeitsplatz tatsächlich weggefallen ist. Erst danach muß der Arbeitgeber eingehend erläutern, aus welchen Gründen eine Umsetzung auf einen entsprechenden freien Arbeitsplatz nicht möglich gewesen sei (BAG vom 5. August 1976, aaO; BAG vom 3. Februar 1977, aaO, und BAG vom 26. Mai 1977 - 2 AZR 201/76 - AP Nr. 14 zu § 102 BetrVG). Das gilt für die Umsetzung innerhalb eines Betriebes ebenso, wie für die von der Klägerin angesprochene Versetzung in einen anderen Betrieb (BAG vom 5. August 1976, aaO), deren Voraussetzungen im Streitfall nicht abschließend geklärt zu werden brauchen.

b) Diese abgestufte Darlegungslast erfüllt der unsubstantiierte Vortrag der Klägerin in den Tatsacheninstanzen nicht. Sie hat nicht dargelegt, in welchem anderen Betrieb sie sich ihre anderweitige Beschäftigung vorstellt und an welche Art der Beschäftigung sie denkt. Im Ergebnis ist deshalb das Landesarbeitsgericht zu Recht davon ausgegangen, die Kündigung sei durch ein dringendes betriebliches Erfordernis bedingt.

III. Auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zu der Frage, ob die Kündigung rechtsunwirksam ist, weil die Beklagte bei der Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt hat, unterliegen nur einer beschränkten revisionsrechtlichen Nachprüfung, weil der Begriff der ausreichenden Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte ebenso wie



der der Sozialwidrigkeit ein unbestimmter Rechtsbegriff ist (BAG 16, 149, 151 = AP Nr. 15 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung; BAG vom 12. Oktober 1979 - 7 AZR 959/77 - AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung). Selbst unter Berücksichtigung dieses eingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfungsmaßstabs kann das Urteil des Landesarbeitsgerichts keinen Bestand haben.

1. Das Berufungsgericht hat zunächst schon mit seiner Würdigung, der Arbeiter R sei weniger schutzbedürftig gewesen als die Klägerin, den Beibringungsgrundsatz verletzt. Die Klägerin hat sich nämlich darauf beschränkt vorzutragen, die Arbeiterin U sei weniger schutzbedürftig als sie selbst. Die darlegungspflichtige Partei entscheidet allein darüber, welchen Tatsachenstoff sie dem Gericht unterbreiten will; was sie nicht vorgebracht hat, darf das Gericht grundsätzlich nicht berücksichtigen (BAG vom 16. März 1972 - 5 AZR 435/71 - AP Nr. 1 zu § 542 ZPO und BAG 28, 196 = AP Nr. 3 zu § 9 KSchG 1969; Baumbach/Hartmann, ZPO, 41. Aufl., Grundz. § 128 Anm. 3; Grunsky, ArbGG, 4. Aufl., § 46 Rz 9; Stein/Jonas, ZPO, 19. Aufl., Anm. VII 1 a vor § 128). Das hat die Revision auch ordnungsgemäß gerügt.

2. Daran ändert im Streitfall auch die richtige Abstufung der Darlegungslast für die Richtig- bzw. Unrichtigkeit der sozialen Auswahl und die Bedeutung der Mitteilungspflicht des Arbeitgebers nach § 1 Abs. 3 KSchG nichts. Dazu gilt im einzelnen folgendes:



a) Nach § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG hat der Arbeitnehmer die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt erscheinen lassen. Um ihm diesen Beweis zu ermöglichen, normiert § 1 Abs. 3 Satz 1, 2. Halbsatz KSchG neuerdings die Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer auf Verlangen die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. Die Auskunftserteilung hat den Zweck, es dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, die Erfolgsaussichten seines Kündigungsschutzprozesses abzuschätzen. Allerdings kann vom Arbeitgeber im Rahmen des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG nicht verlangt werden, daß er eine vollständige Auflistung der Sozialdaten aller objektiv vergleichbarer Arbeitnehmer seines Betriebes vorlegt. Das Gesetz spricht lediglich von der Angabe der Gründe, die zur Sozialauswahl geführt haben. Der Arbeitgeber hat also insbesondere Angaben darüber zu machen, welche Arbeitnehmer seiner Meinung nach zum auswahlrelevanten Personenkreis gehören, und zwar unter Angabe der Auswahlkriterien, zu denen in erster Linie Lebensalter, Dauer der Betriebszugehörigkeit und Unterhaltsverpflichtungen zählen. Er muß außerdem angeben, nach welchen Bewertungsmaßstäben er die soziale Auswahl vorgenommen hat (vgl. Urteil des Senates vom 6. Juli 1978, BAG 30, 370 = AP Nr. 16 zu § 102 BetrVG 1972; KR-Becker, aaO, Rz 371; Rost, ZIP 1982, 1396, 1404).

b) Wie die Regelungen über die Beweislast und der ihr entsprechenden Darlegungslast des Arbeitnehmers (§ 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG) und die Auskunftspflicht des Arbeitgebers aufeinander abzustimmen sind, ist umstritten. Während u.a. nach Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 1 Rz 151 a; Berkowsky, Die betriebsbedingte Kün-



digung, 1982, Rz 403 und Rohlfing/Rewolle/Bader, KSchG, § 1 Anm. 34, die Mitteilungspflicht sich nicht auf die Darlegungslast auswirken, diese der Arbeitnehmer also nach wie vor allein zu tragen haben soll, bewirkt die in § 1 Abs. 3 Satz 1, 2. Halbsatz KSchG eingefügte Auskunftspflicht des Arbeitgebers nach einer neuerdings stärker vertretenen Auffassung eine Verschiebung der Darlegungslast (LAG Hamm, Urteil vom 14. Mai 1981 – 8 Sa 223/81 – DB 1981, 1575; KR-Becker, aaO, Rz 373 ff.; Rost, aaO, 1403; Weng, DB 1978, 884, 889).

c) Nach Auffassung des Senats führt die Auskunftspflicht des Arbeitgebers zu einer abgestuften Verteilung der Darlegungslast zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, anderenfalls verlöre die materiell-rechtliche Mitteilungspflicht weitgehend ihren Sinn. Eine abgestufte Verteilung der Darlegungslast ist auch mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar und interessengerecht, weil sie dem Grundsatz der Sachnähe und der Praktikabilität entspricht. Wären aus der materiell-rechtlichen Auskunftspflicht des Arbeitgebers keine unmittelbaren Konsequenzen für die Darlegungslast des Arbeitnehmers zu ziehen, würde das gleiche Ergebnis auf Umwegen und unnötigen Verzögerungen erreicht. Der Arbeitnehmer müßte dann den Arbeitgeber notfalls verklagen, ihm die Gründe für die soziale Auswahl mitzuteilen. Nach Verkündung eines entsprechenden Urteils und Erfüllung der Mitteilungspflicht könnte der Arbeitnehmer schließlich die sich aus der Auskunft ergebenden Tatsachen in den Kündigungsschutzprozeß einführen. Diese Verzögerung wird durch folgende abgestufte Verteilung der Darlegungslast vermieden, die wegen der gesetzlich begründeten Mitteilungspflicht des Arbeitge-



bers auch mit dem Datenschutz nach dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) vereinbar ist (vgl. § 3 BDSG und dazu Rost, aaO, 1405; a.A. Rasch, DB 1982, 2296 f.). Da die Darlegungs- der Beweislast folgt, hat allerdings zunächst der Arbeitnehmer zu bestreiten, daß die soziale Auswahl zutreffend ist. Unterläßt er dies, hat der Arbeitgeber keine Veranlassung, zur sozialen Auswahl Stellung zu nehmen. Bestreitet der Arbeitnehmer die Richtigkeit der sozialen Auswahl und benennt er andere Arbeitnehmer, die weniger schutzbedürftig sein sollen, hat er im Falle des Bestreitens die entsprechenden Behauptungen zu beweisen. Nur wenn er nicht in der Lage ist, substantiiert zur sozialen Auswahl Stellung zu nehmen und er aus diesem Grunde den Arbeitgeber auffordert, die Gründe mitzuteilen, die ihn zu der Auswahl veranlaßt haben, geht insoweit zunächst die Darlegungslast auf den Arbeitgeber über. Soweit in dem Urteil des Senates vom 26. Juni 1975 (- 2 AZR 499/74 - AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung) ohne Begründung eine abweichende Meinung zum Ausdruck kommen sollte, wird sie zur Klarstellung aufgegeben. Das gilt auch für die Entscheidung des Sechsten Senates vom 11. November 1980 (-6 AZR 862/78 - nicht veröffentlicht). Die vorstehende Lösung ist anscheinend auch die Auffassung des Berufungsgerichts. Es hat aber nicht berücksichtigt, daß dann, wenn - wie vorliegend - der Arbeitgeber dem Auskunftsverlangen nachgekommen ist, dem Arbeitnehmer wieder die volle Darlegungslast zufällt, er also dann vorzutragen hat, welche vom Arbeitgeber in die Auswahl einbezogenen Arbeitnehmer weniger schutzbedürftig sein sollen oder welche weiteren vom Arbeitgeber nicht benannten Arbeitnehmer bei der Auswahl zusätzlich zu berücksichtigen sind. Da die Klägerin



trotz der umfassenden Auskunft der Beklagten die Aufstellung nicht insgesamt angegriffen, sondern nur die Arbeiterin U für sozial weniger schutzbedürftig angesehen hat, hätte das Berufungsgericht die Überprüfung der sozialen Auswahl auch auf den Vergleich von Klägerin und Frau U beschränken müssen. Der Vergleich der Sozialdaten der Klägerin mit denen weiterer Arbeitnehmer verletzt neben dem Beibringungsgrundsatz, wie die Revision durchgreifend rügt, zugleich § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG.

IV. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts beruht außerdem auf einer Verletzung des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG, weil das Berufungsgericht die soziale Auswahl mit Hilfe eines Punkteschemas überprüft hat und aus diesem Grunde die erforderliche Feststellung und Abwägung der konkreten sozialen Schutzbedürftigkeit der Klägerin und der an sich vergleichbaren Arbeiterin U unterblieben ist.

1. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG enthält keinen Katalog der für die bei einer betriebsbedingten Kündigung erheblichen Sozialdaten. Daher sind a l l e sozial beachtenswerten Umstände in die soziale Auswahl und entsprechend auch bei deren Überprüfung einzubeziehen. Dazu gehören beispielsweise das Lebensalter, die Dauer der Betriebszugehörigkeit und die Unterhaltsverpflichtungen. Hinzutreten können beispielsweise der Gesundheitszustand des Arbeitnehmers oder eines Familienangehörigen, die Vermittelbarkeit auf dem Arbeitsmarkt, besondere Schutzrechte, die sich aus einer Schwerbehinderung oder Schwangerschaft ergeben, auch die Einkünfte anderer Familienangehöriger (vgl. BAG 10, 323 = AP



Nr. 7 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung; BAG 16, 149 = AP Nr. 15 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung; BAG 28, 40 = AP Nr. 1 zu § 95 BetrVG 1972 und BAG vom 12. Oktober 1979 - 7 AZR 959/77 - AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 1 Rz 117; KR-Becker, § 1 KSchG Rz 352).

2. Da § 1 Abs. 3 KSchG auch keine Bewertungsmaßstäbe für die Auswahlentscheidung enthält, besteht insoweit für die Praxis eine große Rechtsunsicherheit. Sie hat das Landesarbeitsgericht mit der Anwendung der sogenannten "Hammer Tabelle" auf den vorliegenden Fall beseitigen wollen. Dem Berufungsgericht ist auch ohne weiteres zuzubilligen, daß die Überprüfung der sozialen Auswahl mit Hilfe eines Punkteschemas die Entscheidung berechenbarer macht und damit die Rechtssicherheit verstärken würde, wenn es geeignete objektivierbare und allgemeingültige Maßstäbe und eine gesetzliche Grundlage für eine solche Schematisierung gäbe. Daran fehlt es jedoch.

a) Nach § 1 KSchG ist der Kündigungsschutzprozeß aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalles zu entscheiden. Es ist eine Gesamtabwägung aller im Einzelfall erheblichen Umstände erforderlich (vgl. BAG 10, 323; BAG 16, 149; BAG 28, 40; Hueck, aaO, Rz 116 a; KR-Becker, aaO, Rz 353). Aus diesem Grunde hat der Senat im Urteil vom 25. November 1982 (- 2 AZR 140/81 - zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt) auch für die krankheitsbedingte Kündigung alle schematisierenden Lösungsvorschläge mit ausführlicher Begründung als ungeeignet abgelehnt.



Der Versuch, die soziale Auswahl des Arbeitgebers mit Punktesystemen zu überprüfen, begegnet ähnlichen Bedenken wie die schematisierenden Lösungsvorschläge bei der krankheitsbedingten Kündigung.

Der Senat vermag schon keine Rechtsgrundlage für die Schaffung von Punktesystemen durch die Gerichte zu erkennen; vielmehr hat der Gesetzgeber dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat in § 95 BetrVG die Aufstellung von Auswahlrichtlinien zugewiesen. Diese sind nach dem Urteil des Senates vom 11. März 1976 (BAG 28, 40 = AP Nr. 1 zu § 95 BetrVG 1972) nur dann völlig unbeachtlich, wenn sie wichtige Auswahlkriterien überhaupt nicht berücksichtigt. Im übrigen sind sie bei Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse des jeweiligen Betriebes durchaus geeignet, einen sachgerechten Ausgleich zwischen der individuellen Abwägung und der erwünschten Rechtssicherheit zu schaffen (Hueck, aaO, § 1 Rz 136; vgl. auch Zeuner, Festschrift für G. Müller, 1981 S. 665 ff.). Nach der Überzeugung des Senates führt die Überprüfung der sozialen Auswahl durch von den Arbeitsgerichten aufgestellte allgemeine Punktetabellen auch nicht zu einer größeren Objektivität der sozialen Auswahl. Das Rechenwerk aufgrund einer solchen Punktetabelle suggeriert nur eine objektive voraussehbare und "gerechtere" Prüfung. Tatsächlich findet zumeist nur eine oberflächliche Würdigung der sozialen Situation der vergleichbaren Arbeitnehmer statt, weil die individuellen Unterschiede in einem allzu groben Raster unkenntlich werden. Folgende Beispiele mögen das verdeutlichen: Nach der "Hammer Tabelle" erhalten die Arbeitnehmer je unterhaltsberechtigtes Kind fünf Punkte. Es bleibt also - wie im



vorliegenden Fall - unberücksichtigt, ob ein Kind wegen des Besuchs einer weiterführenden Schule voraussichtlich besonders lange von den Eltern unterhalten werden muß. Ebenso wenig kann danach z.B. berücksichtigt werden, ob das an einer Sprachstörung leidende Kind eines Arbeitnehmers auf eine Sprachheilschule angewiesen ist und es deshalb für die Familie besonders schwer ist, den Ort zu wechseln. Umgekehrt führt die Berücksichtigung der Schwerbehinderung mit stets 10 Punkten immer dann zu wenig überzeugenden Ergebnissen, wenn weder die Arbeitskraft noch die Chancen auf dem Arbeitsmarkt wesentlich durch die Behinderung beeinträchtigt sind. Auch der Abzug von 10 Punkten nach der "Hammer Tabelle" für Doppelverdiener leuchtet nicht für alle Fälle ein: Arbeitet die Ehefrau halbtags, soll aber dem voll beschäftigten Ehemann gekündigt werden, erscheint der Abzug von 10 Punkten im Verhältnis zu zwei vollarbeitenden Ehegatten unbillig.

Auch Schemata, die wie die "Hammer Tabelle" erklärtermaßen nur der "Vorauswahl" dienen sollen, sind mit § 1 Abs. 3 KSchG nicht vereinbar. Auch bei ihnen besteht die bereits von Weng (DB 1978, 884, 886 Fußn. 29) hervorgehobene Versuchung, nur die aufgelisteten Kriterien mit der angegebenen Punktezahl zu berücksichtigen (ebenso Hueck, aaO, Rz 116 a). Der vorliegende Fall zeigt dies in aller Deutlichkeit: Die "Vorauswahl" war hier gleichzeitig die endgültige Auswahl.

b) Gerichtliche Punkteschemata sind auch deshalb zur Überprüfung der sozialen Auswahl ungeeignet, weil sie das Gewicht der Auswahlkriterien festschreiben, obwohl noch nicht einmal unter



den Richtern der Arbeitsgerichtsbarkeit eines Bundeslandes über deren Gewichtung Einigkeit besteht, wie ein Vergleich der "Hammer Tabelle" mit der von Bleistein angeregten Tabelle zeigt (Betrieb und Personal 1978, 187). Noch entscheidender ist aber, daß das Gewicht der verschiedenen Sozialdaten nicht unveränderlich feststeht, sondern u.a. abhängt von der industriellen, arbeitsmarktpolitischen, wirtschaftlichen und sozialpolitischen Entwicklung. Darauf hat die Rechtsprechung Rücksicht zu nehmen. Wenn der Senat in früheren Urteilen (z.B. BAG 16, 149) das Lebensalter für die soziale Schutzbedürftigkeit für entscheidend hielt, so können diese Entscheidungen nur vor dem Hintergrund der damals bestehenden Hochkonjunktur verstanden werden, in der es regelmäßig nur die alten, im Arbeitsprozeß verbrauchten Arbeitnehmer schwer hatten, einen neuen Arbeitsplatz zu finden. Von der heutigen Massenarbeitslosigkeit sind dagegen auch sehr viele jüngere Arbeitnehmer betroffen. Daher hat das Auswahlkriterium des Lebensalters an Bedeutung verloren. Dem hat der Siebte Senat in seinem Urteil vom 12. Oktober 1979 (- 7 AZR 959/77 - AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung) auch schon Rechnung getragen.

V. Die Rüge der Revision, das Landesarbeitsgericht habe im Rahmen des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG nicht zu Ungunsten der Klägerin deren krankheitsbedingte Fehlzeiten berücksichtigt, ist dagegen unbegründet.

1. Das Landesarbeitsgericht hat - von der Revision nicht mit Verfahrensrügen angegriffen und somit das Revisionsgericht bin-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



dend (§ 561 Abs. 2 ZPO) – festgestellt, daß die Abwesenheit der Klägerin vom 8. September 1980 bis zum 28. November 1980 durch ein Krankheitsbild verursacht worden war, das auch bedeutsam für die Zuerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft gewesen ist. Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, diese Fehlzeit könne aus diesem Grunde keine Berücksichtigung im Rahmen der sozialen Auswahl finden. Die darin liegende Würdigung, eine Krankheit, die die Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers zur Folge habe, könne im Rahmen der sozialen Auswahl entgegen der Intention des gesetzlich besonders stark ausgestalteten Schwerbehindertenschutzes nicht zu seinen Ungunsten berücksichtigt werden, entspricht der Bedeutung einer – wenn auch erst nach der Kündigung beantragten – tatsächlich vorliegenden Schwerbehinderteneigenschaft (BAG 29, 17, 28; 30, 141, 158).

2. Auch soweit die Revision die krankheitsbedingten Fehlzeiten der Klägerin für die Zeit vom 21. bis 22. Februar und 20. bis 25. Juni 1980 zu deren Ungunsten berücksichtigt haben will, ist ihr nicht zu folgen. Entgegen ihrer Auffassung sind nämlich betriebliche Bedürfnisse bei der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG nicht zu berücksichtigen.

a) Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG ist die Kündigung eines Arbeitnehmers, dem aus dringenden betrieblichen Gründen gekündigt worden ist, trotzdem sozial nicht gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG gilt Satz 1 (nur) dann nicht, wenn betrieb-



liche, wirtschaftliche oder sonstige berechtigte betriebliche Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer bestimmter Arbeitnehmer bedingen und damit der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehen.

Entgegen der Auffassung von Buchner (DB 1983, 388, 393) ergibt die grammatikalische Auslegung von Satz 1 nicht zwingend, daß bei der Auswahl neben sozialen auch betriebliche Gesichtspunkte berücksichtigt werden können. Buchners Interpretation ist zwar möglich, jedoch läßt sich Satz 1, insbesondere den Worten "nicht ausreichend", ebenso entnehmen, daß geringe Unterschiede in der sozialen Schutzbedürftigkeit keine Rolle spielen sollen. Gegen die Auslegung Buchners (aa0) spricht die Systematik des Gesetzes: Die betrieblichen Belange werden, soweit sie den Fortfall von Arbeitsplätzen bedingen, bereits in § 1 Abs. 2 KSchG berücksichtigt. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG bezweckt demgegenüber, dem Arbeitgeber aufzugeben, bei der Auswahl des zu Kündigenden nach der sozialen Schutzbedürftigkeit vorzugehen. Soweit sie einer Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehen, werden die betrieblichen Belange noch einmal nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG erheblich. Angesichts des Ausnahmecharakters des Satzes 2 von der Vorschrift des Satzes 1 widerspricht es der ratio legis, gleichwohl die betrieblichen Belange noch ein drittes Mal in Satz 1 zu berücksichtigen, der gewährleisten soll, daß dann, wenn keine betrieblichen Belange nach Satz 2 entgegenstehen, derjenige Arbeitnehmer gekündigt wird, der am wenigsten schutzbedürftig ist (ähnlich KR-Becker, aa0, Rz 363; Rost, aa0, 1401; LAG Hamm vom 11. Dezember 1975, DB 1976, 489 und vom 9. Juli 1976, DB 1976,



1822 sowie LAG Düsseldorf vom 3. Juni 1982, DB 1982, 1935, 1936). Die Entstehungsgeschichte des Kündigungsschutzgesetzes bestätigt dieses Ergebnis: Nach der Begründung zu § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG sollte die Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte ihre Grenzen in den berechtigten betrieblichen Bedürfnissen finden; dieser Grundsatz finde seinen Ausdruck in Satz 2 (BT-Drucks. I/2090 S. 12, abgedruckt in RdA 1951, 57, 63).

b) Wie sich aus den Gesetzesmaterialien weiterhin ergibt, entspricht die Bestimmung des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG den Vereinbarungen der Sozialpartner im sog. Hattenheimer Entwurf. Sie gingen davon aus, daß es "durch die betrieblichen Bedürfnisse gerechtfertigt sei, wenn der Arbeitgeber den Hilfsarbeiter vor dem Facharbeiter, unter den Facharbeitern zunächst denjenigen, der für den Produktionsprozeß am ehesten entbehrlich ist und bei erheblichen Leistungsunterschieden zunächst den Leistungsschwächsten entläßt" (BT-Drucks., aaO, S. 12).

c) Dieser Systematik des Gesetzes und den Vorstellungen der Sozialpartner ist der Senat seit dem Urteil vom 20. Januar 1961 (BAG 10, 323 = AP Nr. 7 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung; vgl. auch BAG 16, 149 = AP Nr. 15 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung; BAG vom 27. Januar 1977 - 2 AZR 658/75 -; BAG vom 11. März 1977 - 2 AZR 74/76 -; BAG vom 20. April 1978 - 2 AZR 592/76 - letztere nicht veröffentlicht) bei der Auslegung des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG allerdings nicht mehr gefolgt. Er hat vielmehr aus dem Wort "bedingen" in Satz 2 den Schluß gezogen, für den Betrieb müsse eine gewisse Zwangslage eintreten, wenn er un-



ter mehreren vergleichbaren Arbeitnehmern den sozial stärksten von der sozialen Auswahl ausnehmen wolle. Die Kritik auf diese Restriktion des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG (vgl. A. Hueck, Anm. zu BAG AP Nr. 7 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung) hat dann den Senat dazu bewogen, als Ausgleich für die restriktive Auslegung des Satzes 2 in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG die betrieblichen Bedürfnisse und sozialen Belange gegeneinander abzuwägen.

d) Nachdem bereits der Siebte Senat im Urteil vom 25. Februar 1981 (- 7 AZR 70/79 - nicht veröffentlicht) die bisherige Rechtsprechung infrage gestellt hat, hält der erkennende Senat es nunmehr aus Gründen der Rechtsklarheit für geboten, zu einer Auslegung der § 1 Abs. 3 Satz 1 und 2 KSchG zurückzukehren, die der Systematik des Gesetzes entspricht.

Danach sind bei der Auswahl nach Satz 1 ausschließlich soziale Gesichtspunkte rechtlich relevant. Leistungsunterschiede sind in diesem Zusammenhang nicht zu berücksichtigen, krankheitsbedingte Fehlzeiten nur dann, wenn sie Hinweise auf eine besondere Schutzbedürftigkeit des betreffenden Arbeitnehmers geben (vgl. zu letzterem schon BAG vom 30. Oktober 1981 - 7 AZR 316/79 - nicht veröffentlicht). Nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG ist zu prüfen, ob betriebliche Bedürfnisse einer Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehen. Insoweit verlangt der Senat unter Aufgabe seiner Rechtsprechung seit 1961 nicht mehr, daß für den Arbeitgeber eine "gewisse Zwangslage" besteht, vielmehr reicht es aus, wenn die Weiterbeschäftigung eines bestimmten Arbeitnehmers erforderlich ist. Auch Leistungsunterschiede können



in diesem Rahmen berücksichtigt werden, allerdings nur, wenn sie so erheblich sind, daß auf den leistungstärkeren Arbeitnehmer im Interesse eines geordneten Betriebsablaufes nicht verzichtet werden kann. Reine Nützlichkeitserwägungen stehen einer sozialen Auswahl damit nach wie vor nicht entgegen.

e) Krankheitsbedingte Fehlzeiten sind – wie bereits der Siebte Senat erkannt hat (Urteil vom 30. Oktober 1981, aaO) – auch nach Satz 2 nur ganz ausnahmsweise zu beachten, nämlich nur dann, wenn die Voraussetzungen einer krankheitsbedingten Kündigung vorliegen, also eine negative Prognose für die gesundheitliche Entwicklung des Arbeitnehmers vorliegt und sich daraus eine unzumutbare betriebsorganisatorische oder wirtschaftliche Beeinträchtigung ergibt (so zutreffend schon LAG Hamm vom 9. Juli 1976 – 3 Sa 141/76 – DB 1976, 1822). Diese Einschränkung ist geboten, weil auch die Gesetzesmaterialien (aaO, S. 12) keinen Hinweis darauf enthalten, daß die Krankheit eines Arbeitnehmers die soziale Auswahl ausschließen solle. Der Senat hält die von beiden Kündigungssenaten geforderten strengeren Anforderungen an die Berücksichtigung krankheitsbedingter Ausfalltage in Satz 2 für unentbehrlich, weil anderenfalls die wegen ihrer Krankheit bzw. Krankheitsanfälligkeit ganz besonders schutzbedürftigen Arbeitnehmer ausgerechnet bei der sozialen Auswahl im Rahmen der betriebsbedingten Kündigung schlechter gestellt wären als bei einer krankheitsbedingten Kündigung. Das wäre ein Wertungswiderspruch, der durch nichts gerechtfertigt wäre, hat doch der Arbeitnehmer in aller Regel die betriebsbedingte Kündigung noch weniger zu vertreten als seine krankheitsbedingte Arbeitsun-



fähigkeit.

f) Für den vorliegenden Fall ergibt sich daraus, daß das Landesarbeitsgericht zutreffend die genannten krankheitsbedingten Fehlzeiten nicht zu Ungunsten der Klägerin nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG berücksichtigt hat.

C.I. Bei der erneuten Verhandlung hat das Landesarbeitsgericht die soziale Schutzbedürftigkeit der Klägerin und der von ihr benannten Arbeitnehmer aufgrund der von ihr angegebenen Sozialdaten zu überprüfen. Bezüglich der Klägerin und der Arbeiterin U bestehen beim Lebensalter und der Betriebszugehörigkeit keine wesentlichen Unterschiede. Ob sich aus den Unterhaltsverpflichtungen eine unterschiedliche soziale Schutzbedürftigkeit ergibt, ist aufgrund der konkreten Umstände zu überprüfen. Frau U hat zwar ein Kind mehr zu versorgen, andererseits besuchen aber die beiden Kinder der Klägerin eine weiterführende Schule, woraus sich größere und längerfristige Belastungen ergeben können. Die Schwerbehinderung der Klägerin gibt nicht automatisch den Ausschlag zu ihren Gunsten. Es muß vielmehr festgestellt werden, welche konkreten Auswirkungen die Behinderung hat, etwa wie sie sich auf die Vermittelbarkeit der Klägerin auf dem Arbeitsmarkt auswirkt.

II. Dem Berufungsgericht ist schließlich entgangen, daß die Beklagte in der zweiten Instanz die Kündigung auch wieder auf krankheitsbedingte Fehlzeiten gestützt hat. Es hat deshalb hierüber nicht entschieden. Es fehlt an einer Würdigung des Lan-



des Arbeitsgerichts, die Grundlage der nur beschränkt revisiblen Überprüfung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Sozialwidrigkeit einer Kündigung in der Revisionsinstanz sein könnte.

Bei der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht unter Beachtung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG 33, 1 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG vom 25. November 1982 - 2 AZR 140/81 - auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt) zunächst zu prüfen haben, ob aufgrund der objektiven Umstände zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung mit der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin für nicht absehbare Zeit zu rechnen war. Auch wenn dies der Fall gewesen sein sollte, wäre die Klage aber nur dann unbegründet, wenn gerade die Ungewißheit über die Dauer der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin für die Beklagte zu unzumutbaren Betriebsbeeinträchtigungen geführt hätte. Insoweit hätte die Beklagte auch darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, wieso sich trotz der von ihr selbst behaupteten Produktionsdrosselung und des Vorhandenseins einer Personalreserve in ihrem Betrieb für sie unzumutbare Betriebsbeeinträchtigungen, insbesondere Organisationsschwierigkeiten, ergeben haben sollen und weshalb ihr die Einstellung einer Er-Ersatzkraft nicht zumutbar war.

Hillebrecht

Triebfürst

Dr. Weller

Dr. Harder

Thieß



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 21/82

13 Sa 413/81 Hamm

B e s c h l u ß

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts am 30. Mai
1983 beschlossen:

Der Tenor des am 24. März 1983 verkündeten Urteils
wird gem. § 319 ZPO wie folgt berichtigt:

1. hinter Ziffer 1 wird eingefügt



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-2-

"..., soweit es über die Kündigungsschutz-
klage und die Kosten des Rechtsstreites ent-
schieden hat."

2. In Ziffer 2 ist hinter "Der Rechtsstreit wird"
einzufügen: ... "insoweit".

G r ü n d e :

Die uneingeschränkte Aufhebung des angefochtenen Urteils ist
offenbar unrichtig, weil die Beklagte die Revision nur in dem
durch den berechtigten Tenor zu 1) bezeichneten Umfang eingelegt
und durchgeführt hat, und zwar aufgrund einer entsprechenden be-
schränkten Zulassung durch den Senat.

Hillebrecht

Triebfürst

Dr. Weller



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)