

Für das Nachschlagewerk!	Nein
Für die Fachpresse!	Nein
Für die Amtliche Sammlung!	Nein

Gesetz: KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl, § 9; ZPO § 537

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 2 AZR 415/75

Urteil des BAG vom 7. Oktober 1976

LAG Hamm



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 415/75

3 Sa 251/75 Hamm

Verkündet am
7. Oktober 1976

gez. Bittner,

Regierungsobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. Oktober 1976 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gröninger, die Richter Hillebrecht und Roeper sowie die ehrenamtlichen Richter Schwarz und Brenne für Recht erkannt:

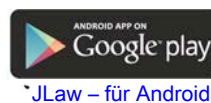
1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 23. Mai 1975 - 3 Sa 251/75 - aufgehoben, soweit es über den Auflösungsantrag des Klägers und über die Kosten entschieden hat.
2. Der Auflösungsantrag des Klägers wird zurückgewiesen.
3. Im übrigen wird die Revision der Beklagten zurückgewiesen.
4. Der Kläger wird verurteilt, der Beklagten den Betrag von 9.197,43 DM zurückzuzahlen.
5. Hinsichtlich der Kosten des ersten Rechtszugs verbleibt es bei der Kostenentscheidung des Arbeitsgerichts. Die Kosten des zweiten und des dritten Rechtszugs tragen die Parteien je zur Hälfte.

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

- 2 -



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



- 2 -

Tatbestand:

Die Beklagte betreibt ein Architekturbüro. Bei ihr und zwischenzeitlich bei der ihr angeschlossenen F B -und G gesellschaft mbH & Co,KG war der Kläger seit dem 1. Juli 1966 als Architekt bei der Planung, Ausschreibung, Abrechnung und Bauleitung von Bauvorhaben der Beklagten beschäftigt. Sein Gehalt betrug zuletzt 3.600,--DM brutto im Monat.

Die Beklagte hat am 4. November 1974 das Arbeitsverhältnis fristgemäß zum 31. März 1975 gekündigt. Ein Betriebsrat besteht bei der Beklagten nicht. Der Kläger hält die Kündigung für sozialwidrig. Er hat beantragt festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 4. November 1974 nicht aufgelöst worden sei.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, und vorgetragen, mangels neuer Aufträge habe keine Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger über den 31. März 1975 hinaus bestanden. Die Arbeiten auf mittleren Baustellen in H , Bad S und Bad O , bei denen der Kläger zuletzt beschäftigt gewesen sei, seien zum Teil bereits jetzt beendet oder würden bis zum 31. März 1975 beendet werden. Etwaige Restarbeiten könnten von einer jüngeren und weniger qualifizierten Kraft ausgeführt werden. Auf den Baustellen in L , Bad P und Bad S seien andere Architekten eingesetzt; ein Wechsel der Bauleitung während eines Bauvorhabens sei regelmäßig unzumutbar und schädlich. Neue Aufträge seien nach der Lage auf dem Bauplatz nicht zu erwarten.

Die Beklagte habe sich entschlossen, dem Kläger und nicht dem ihm allein vergleichbaren Bauleiter H zu kündigen, weil H auf den Arbeitsplatz dringender angewiesen sei als der Kläger, und weil H vielseitiger verwendbar sei und ein um 600,--DM geringeres Gehalt als der Kläger erhalte.

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

Der Kläger meint, die Beklagte habe bei der Kündigung soziale Belange nicht ausreichend berücksichtigt. Vor ihm hätte dem Bauleiter H gekündigt werden müssen. H sei wesentlich jünger und weniger lange im Betrieb der Beklagten tätig. Der Kläger habe sich übrigens bereit erklärt, zum Gehalt des Bauleiters H weiterzuarbeiten.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben mit der Begründung, die Beklagte habe bei der Auswahl des Klägers soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt; anstelle des Klägers hätte die Beklagte zunächst den Bauleiter H entlassen müssen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Arbeitsverhältnis entsprechend dem Hilfsantrag des Klägers gegen Zahlung einer Abfindung in Höhe von 9.000,--DM aufgelöst. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage, hilfsweise auf Zurückweisung des Auflösungsantrags weiter. Außerdem fordert sie die vom Kläger beigetriebene Abfindungssumme nebst zugehöriger Kosten in Höhe von 9.197,43 DM zurück. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg, soweit das Landesarbeitsgericht über den Auflösungsantrag des Klägers entschieden hat. Im übrigen ist die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, für die Beklagte habe ein dringendes betriebliches Erfordernis bestanden, einem Bauleiter zu kündigen. Es hat ausgeführt, die Beklagte habe im einzelnen dargelegt, wie ihr Auftragsbestand in der Vergangenheit zurückgegangen sei und in welcher Weise sie schon in der Vergangenheit die Zahl ihrer Arbeitnehmer diesem geringeren Arbeitsanfall angeglichen habe.

An diese Feststellungen und Wertungen ist der Senat gebunden; denn sie sind von der Revision, die aus-



- 4 -

- 4 -

drücklich nur eine Verletzung des § 1 Abs. 3 KSchG (soziale Auswahl) rügt, nicht angegriffen worden. Streitig ist daher nur noch, ob die Beklagte bei der Auswahl des Klägers zur Kündigung gemäß § 1 Abs. 3 KSchG soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat.

II. Die Rüge der Revision, das Landesarbeitsgericht habe § 1 Abs. 3 KSchG verletzt, ist unbegründet.

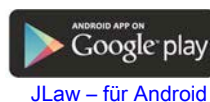
1. Die Anwendung des § 1 Abs. 3 KSchG durch das Landesarbeitsgericht ist in der Revisionsinstanz nur daraufhin nachzuprüfen, ob der Rechtsbegriff der sozial ungerechtfertigten Kündigung selbst verkannt ist, Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und alle wesentlichen Umstände bei der erforderlichen Interessenabwägung berücksichtigt sind (BAG 1, 117 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG; BAG 4, 1 = AP Nr. 23 zu § 1 KSchG sowie AP Nr. 21 und 25 zu § 1 KSchG; BAG AP Nr. 5 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung). Unter Berücksichtigung dieses Maßstabes hält das angefochtene Urteil der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

2. Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, daß es nicht darauf ankommt, ob die Beklagte vor Ausspruch der Kündigung Überlegungen zur sozialen Auswahl angestellt hat. Entscheidend ist allein, ob die Kündigung des Klägers hätte vermieden werden können, wenn anstatt dem Kläger einem vergleichbaren, aber sozial besser gestellten anderen Arbeitnehmer gekündigt worden wäre. Das Landesarbeitsgericht hat auch zutreffend angenommen, daß das Gericht nicht darauf beschränkt ist zu prüfen, ob die Beklagte bei der Auswahl ihr Ermessen verletzt hat, sondern daß das Gericht aufgrund eigener Bewertung und Abwägung der sozialen Belange des Klägers und der vergleichbaren Arbeitnehmer zu entscheiden hat, ob soziale Gesichtspunkte bei der Auswahl des Klägers ausreichend berücksichtigt worden sind (BAG 16, 149 = AP Nr. 15 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung [unter 1 a der Gründe]).

- 5 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 5 -

3. Das Landesarbeitsgericht hat seiner Entscheidung zur Frage der sozialen Auswahl zugrunde gelegt, daß der Kläger (zur Zeit der Kündigung 38 Jahre alt) 11 Jahre älter sei als der ihm vergleichbare Bauleiter H . Der Kläger sei im Zeitpunkt der Kündigung 8 1/2 Jahre bei der Beklagten tätig, während H dort erst knapp 4 Jahre beschäftigt sei. Beide Arbeitnehmer seien verheiratet und hätten zwei Kinder (Kinder des Klägers 12 und 14 Jahre, die des Bauleiters H 2 und 4 Jahre alt). Beide Arbeitnehmer seien aufgrund gleicher Ausbildung beruflich gleich qualifiziert. Schon an diesen Umständen werde deutlich, daß der Kläger auf seinen Arbeitsplatz wesentlich mehr angewiesen sei als der Bauleiter H . Demgegenüber falle nicht ins Gewicht, daß die Ehefrau des Klägers berufstätig sei; sie sei nämlich nur aus therapeutischen Gründen und gelegentlich tätig gegen einen Durchschnittsverdienst von 500,--DM monatlich. Der Umstand, daß der Kläger monatlich 3.600,--DM, H dagegen nur 3.000,--DM verdiene, vermöge die Frage der sozialen Auswahl nicht zugunsten der Beklagten zu verbessern. Der Umstand, daß H "billiger" sei als der Kläger, könne allenfalls im Rahmen der Prüfung, ob wirtschaftliche Notwendigkeiten gerade die Weiterbeschäftigung des Bauleiters H bedingen, erheblich werden. "Für sich allein vermag aber eine Gehaltsdifferenz von 600,--DM solche wirtschaftliche Notwendigkeit, die unabweisbar für eine Kündigung des Klägers sprechen würde, nicht zu bedingen". Diese Würdigung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

4. Demgegenüber rügt die Revision vergeblich, das Landesarbeitsgericht habe den Vortrag der Beklagten nicht berücksichtigt, sie dürfe den Kläger nur innerhalb von 50 km um Bad S beschäftigen. Auch sei unbeachtet geblieben, falls die Beklagte den Bauleiter H anstelle des Klägers entlassen haben würde, daß ein Wechsel in der Bauleitung erforderlich gewesen wäre; ein derartiger Wechsel sei unzumutbar und schädlich. Das Landesarbeitsgericht brauchte sich mit diesem Vorbringen der Beklagten nicht auseinanderzusetzen, denn dieses Vorbringen ist nicht ausreichend substantiiert.



- 6 -

a) Die Revision verweist wegen der örtlich begrenzten Beschäftigungsmöglichkeit des Klägers auf § 1 Ziff. 1 und 2 a des Arbeitsvertrages vom 13. April 1973. Diese Vertragsbestimmungen lauten:

"§ 1

Tätigkeit

- 1) Der Arbeitgeber beschäftigt den Arbeitnehmer als Architekt.
- 2) Auf Weisung des Arbeitgebers hat der Arbeitnehmer
 - a) eine andere seiner Vorbildung und seinen Fähigkeiten entsprechende Tätigkeit - auch an einem anderen Ort im Umkreis von 50 km - für die Arbeitgeber und Firmengruppe zu leisten, ohne daß eine Reduzierung seines Gehalts eintritt."

Hiernach greift die Beschäftigungsbeschränkung auf einen Umkreis von 50 km nur ein für eine Beschäftigung des Klägers in einer anderen als seiner bisherigen Tätigkeit. Daß der Kläger anstelle des Bauleiters H mit anderen als Architektenarbeiten hätte beschäftigt werden müssen und daß dann etwa infolge seiner örtlich begrenzten Einsatzmöglichkeit Schwierigkeiten für die Beklagte aufgetreten wären, hat die Beklagte nicht vorgetragen.

b) Die Beklagte hat auch nicht vorgetragen, an welchen Baustellen und in welchem Stadium der Fertigstellung etwa durch Austausch der Bauleitung infolge Beschäftigung des Klägers anstelle des Bauleiters H ein Wechsel in der Bauleitung eingetreten wäre und aus welchem Grunde etwa - welche - Schwierigkeiten und Nachteile für die Beklagte eingetreten wären. Allgemeine Hinweise, die weder Anhaltspunkte für ein Gegenvorbringen des Klägers bieten noch vom Gericht oder einem Sachverständigen überprüft werden können, reichen insoweit nicht aus.

5. In Anwendung des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, für sich allein vermöge eine Gehaltsdifferenz von 600,--DM eine wirtschaftliche Notwendigkeit, die unabweisbar für eine Kündigung des Klägers spräche, nicht zu begründen. Die Revision meint, es sei verfehlt, diesen Punkt isoliert zu betrachten und anzunehmen,

- 7 -

er stünde "für sich allein".

Entgegen der Ansicht der Revision hat das Landesarbeitsgericht § 1 Abs. 3 KSchG nicht dadurch verletzt, daß es bei Würdigung der betrieblichen Bedürfnisse, die eine Weiterbeschäftigung des Bauleiters H bedingten, nur auf die Gehaltsdifferenz abgestellt hat; denn der Vortrag der Beklagten wegen der geringeren örtlichen Einsatzmöglichkeit des Klägers und der mit einem Wechsel in der Bauleitung verbundenen Nachteile, ist - wie oben unter II 4 dargelegt - nicht ausreichend substantiiert. Daß eine Gehaltsdifferenz in dieser Größenordnung bei größeren Betrieben für die Interessenabwägung im Rahmen des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG nicht von Bedeutung ist, hat der Senat bereits in seinem nicht veröffentlichten Urteil vom 13. November 1975 - 2 AZR 409/74 - ausgesprochen. Anderenfalls würde es nämlich einem Arbeitgeber regelmäßig möglich sein, sich leichter von einem älteren und allein schon wegen seiner Erfahrung besser verdienenden Arbeitnehmer zu trennen als von einem jüngeren, der weniger verdient. Würden derartige Gehaltsunterschiede generell berücksichtigt, würde der Zweck des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG, bei betriebsbedingten Kündigungen eine Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten zu treffen, praktisch vereitelt.

III. Begründet ist die Revision, soweit sie sich gegen die auf Antrag des Klägers vom Landesarbeitsgericht ausgesprochene Auflösung des Arbeitsverhältnisses (§ 9 KSchG) wendet.

1. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend ausgeführt, allein der Umstand, daß ein Kündigungsschutzprozeß geführt worden sei, mache dem Kläger die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar. Dies gelte vor allen Dingen, wenn - wie im vorliegenden Fall - der Streit sachlich und ohne persönliche Schärfen ausgetragen worden sei. Das Landesarbeitsgericht hat dann jedoch gemeint, das Arbeitsverhältnis sei aufzulösen, weil der Kläger selbst die Auflösung begehrt habe, obwohl er noch keine neue Stelle gefunden habe. Deshalb sei davon auszugehen, daß der Kläger zumindest

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



subjektiv eine äußerst starke Unzumutbarkeit empfinde, im Betrieb weiter zu arbeiten. Insbesondere sei zu berücksichtigen, daß der Kläger den Prozeß gewonnen habe, weil die Beklagte ihn anstelle eines anderen Arbeitnehmers entlassen habe. Der Kläger müsse daher in den Augen seiner Kollegen als jemand erscheinen, der letztlich seinen Arbeitsplatz nur auf Kosten eines anderen Kollegen behalten habe, der demnächst entlassen werde. Allein der Umstand, daß sich der Kläger im Rahmen der sozialen Auswahl auf den Bauleiter H berufen habe, sei geeignet, den Kläger in den Augen seiner Kollegen als "unkollegial" erscheinen zu lassen. Daß solche Überlegungen, ob sie nun ausgesprochen würden oder nicht, die weitere Zusammenarbeit unzumutbar erscheinen ließen, liege auf der Hand.

2. Es kann dahingestellt bleiben, ob die vom Landesarbeitsgericht genannten Gründe an sich geeignet sein können, einen Auflösungsantrag zu rechtfertigen. Wie die Revision nämlich durchgreifend rügt, hat das Landesarbeitsgericht insoweit unter Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes vom Kläger nicht vorgetragene Auflösungsgründe verwertet (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 542 ZPO). Dieser Grundsatz gebietet es dem Tatsachenrichter, bei der Entscheidung über die Anträge der Parteien nur von den Tatsachen auszugehen, die von der jeweils darlegungsbelasteten Partei vorgetragen worden sind. Selbst offenkundige Tatsachen dürfen nicht berücksichtigt werden, wenn sie nicht von der darlegungsbelasteten Partei aufgegriffen worden sind (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 30. September 1976 - 2 AZR 402/75 - zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung und im Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts bestimmt; RGZ 151, 93 [97]; Stein-Jonas, ZPO, 19. Aufl., Anm. VII 1 a vor § 128 ZPO).

3. An diesen Grundsatz hat sich das Landesarbeitsgericht nicht gehalten. Aus dem gesamten Akteninhalt ergibt sich nicht, daß sich der Kläger zur Begründung seines Auflösungsantrags jemals auf die vom Landesarbeitsgericht herangezogenen Gründe berufen hat. Der Kläger hat sich vielmehr darauf be-

- 9 -

schränkt, in seinem Schriftsatz vom 9. Mai 1975 vorzutragen, die Beklagte möge doch ihre Mitarbeiter davon in Kenntnis setzen, sie werde auch im vorliegenden Verfahren ihren Standpunkt weiter beibehalten, der Kläger sei der qualifiziertere Architekt. Wie der Kläger erfahren habe, habe die Beklagte wohl zunächst in der Berufungsinstanz mit ihrem Vortrag darauf abgezielt, daß der Kläger lange nicht so qualifiziert sei wie Herr H . Dies habe dazu geführt, daß der Kläger von den anderen Mitarbeitern der Beklagten entsprechend behandelt worden sei. Weiterer Vortrag zur Begründung des Auflösungsantrags, insbesondere in der vom Landesarbeitsgericht verfolgten Richtung, ist den Akten nicht zu entnehmen.

Nach § 561 Abs. 1 ZPO ist es unerheblich, ob die Vorinstanzen etwa versäumt haben, einen weiteren mündlichen Vortrag des Klägers zur Begründung seines Auflösungsantrags im Protokoll festzuhalten. Sollte dies der Fall sein, dann hätte der Kläger eine Berichtigung des Verhandlungsprotokolls oder des Tatbestandes des angefochtenen Urteils nach § 320 ZPO beantragen müssen, damit der Vortrag berücksichtigt werden kann. Dies ist nicht geschehen. Allein aus der Tatsache, daß sich das Landesarbeitsgericht mit dieser Begründung zum Auflösungsantrag befaßt hat, kann nicht geschlossen werden, sie sei von dem Kläger in den Prozeß eingeführt worden. Die entgegen dem Verhandlungsgrundsatz festgestellter Tatsachen und die hieraus vom Landesarbeitsgericht gezogenen Schlußfolgerungen sind für das Revisionsgericht unbeachtlich (BAG AP Nr. 1 zu § 542 ZPO).

4. Der Auflösungsantrag des Klägers kann demnach nur geprüft werden nach der kurzen Begründung des Klägers in seinem Schriftsatz vom 9. Mai 1975. Dieser Vortrag erfüllt nicht die Voraussetzungen, die an die Begründung eines Auflösungsantrages nach § 9 KSchG zu stellen sind. Der Kläger hat auch selbst in diesem Zusammenhang eine Weiterarbeit nicht als unzumutbar, sondern lediglich als "nicht angenehm" bezeichnet.



- 10 -

urteilen, der Beklagten 9.197,43 DM zurückzuzahlen, ist aus § 717 Abs. 3 ZPO begründet. Die tatsächlichen Voraussetzungen der Vorschrift sind erfüllt. Sie ist hier auch anwendbar. § 717 Abs. 3 ZPO betrifft dem Wortlaut nach nur Urteile der Oberlandesgerichte. Es entspricht jedoch der herrschenden Lehre und steht praktisch außer Streit, daß die Vorschrift auch auf die Landesarbeitsgerichte anzuwenden ist. Den in § 717 Abs. 3 ZPO genannten Urteilen der Oberlandesgerichte entsprechen nämlich die Urteile der Landesarbeitsgerichte, die als mit der Revision anfechtbare Berufungsurteile dem prozessualen Typ oberlandesgerichtlicher Urteile vergleichbar sind (BAG AP Nr. 1 und 2 zu § 717 ZPO mit zustimmenden Anmerkungen von Pohle und insoweit zustimmender Anmerkung von Ordemann in NJW 1962, 478).

V. Die Kosten erster Instanz hat entsprechend der Kostenentscheidung des Arbeitsgerichts die Beklagte allein zu tragen; denn der Kläger hat mit seinem damals allein anhängigen Feststellungsantrag Erfolg. Die Kosten des zweiten und dritten Rechtszuges sind nach § 92 ZPO den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen; denn in diesen Instanzen hat der Kläger nur hinsichtlich seines Feststellungsantrages obsiegt, während er mit seinem Auflösungsantrag unterlegen ist. Mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Bedeutung des Auflösungsantrages im vorliegenden Fall erscheint es angemessen, die Kosten beiden Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen.

gez.: Dr. Gröninger Hillebrecht Roeper

Schwarz Brenne



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

