

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

Gesetz: KSchG 1969 § 1 Sozialauswahl; BGB § 615

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 2 AZR 592/76

Urteil des BAG vom 20. April 1978

LAG Hamm



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 592/76

3 Sa 141/76 Hamm

Verkündet am
20. April 1978

gez. Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. April 1978 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gröninger, die Richter Roeper und Dr. Gehring sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Kirchner und Ihlefeld für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 9. Juli 1976 - 3 Sa 141/76 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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



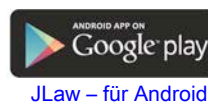
Tatbestand:

Die Parteien streiten um die soziale Rechtfertigung einer fristgemäßen Kündigung sowie um die Zahlung von Lohn für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist.

Die im Jahre 1940 geborene Klägerin war seit dem 24. März 1965 bei der Beklagten, einem Unternehmen der Textilindustrie, in deren Werk in G als Schauerin zu einem Stundenlohn von zuletzt 7,48 DM brutto beschäftigt. Die Klägerin ist portugiesische Staatsangehörige; sie ist verheiratet und hat zwei kleine Kinder. Ihr Ehemann ist ebenfalls berufstätig.

Die Beklagte hat im Juli 1975 in ihren Werken G und W mit Zustimmung des Betriebsrates 25 Arbeitnehmer, darunter auch die Klägerin, fristgemäß entlassen. Die Klägerin hält die ihr ausgesprochene Kündigung für sozial nicht gerechtfertigt. Sie hat beantragt festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 11. Juli 1975 nicht aufgelöst worden ist, sondern über den 26. Juli 1975 hinaus fortbesteht. Außerdem hat sie beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 2.812,48 DM brutto als Vergütung für die Zeit vom 28. Juli bis zum 30. September 1975 abzüglich des für diesen Zeitraum erhaltenen Arbeitslosengeldes zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, und zur Begründung vorgetragen, die Kündigung sei durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt. Ihre Produktion sei im Jahre 1975 im Vergleich zum Jahre 1974 in der Spinnerei um 26,85 % und in der Weberei um 37,75 % zurückgegangen, dagegen sei ihr Lagerbestand in der Zeit von Januar 1974 bis Juli 1975 um 38 % gestiegen. Ihr Umsatz sei seit 1974 ebenfalls rückläufig und habe im Juli 1975 um 43,3 % unter dem Umsatz des Monats Juli 1974 gelegen. Dementsprechend sei auch die Belegschaft von 1598 Arbeitnehmern im Januar 1974 auf 1347 Arbeitnehmer im Juli 1975 zurückgegangen. Während bis September 1974 wöchentlich noch sechs Stunden Mehrarbeit geleistet worden seien, habe die Beklagte seit Dezember 1974 Kurzarbeit einführen müssen. Hierdurch seien 65 Arbeitstage,



in der Spinnerei sogar 68 Arbeitstage ausgefallen. Außerdem werde in zwei ihrer Betriebsstätten nur noch in einer Schicht statt wie bisher in drei Schichten gearbeitet. Infolge dieser Umstände seien die Arbeitsplätze der gekündigten Arbeitnehmer einschließlich des Arbeitsplatzes der Klägerin weggefallen. Eine andere Beschäftigungsmöglichkeit habe für die Klägerin, die nur in der Morgenschicht habe arbeiten können, nicht zur Verfügung gestanden.

Die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer sei in Absprache mit dem Betriebsrat vorgenommen und im Falle der Klägerin dabei unter anderem berücksichtigt worden, daß diese von Dezember 1971 bis Ende Juni 1975 in den folgenden Zeiträumen arbeitsunfähig krank gewesen sei:

vom 20.12.1971	bis zum	5. 1.1972	= 17 Tage
vom 17. 4.1972	bis zum	19. 4.1972	= 3 Tage
vom 26. 6.1972	bis zum	7. 7.1972	= 12 Tage
vom 11. 8.1972	bis zum	20. 8.1972	= 10 Tage
vom 16.10.1972	bis zum	23.10.1972	= 8 Tage
vom 1.12.1972	bis zum	20.12.1972	= 20 Tage
vom 26. 2.1973	bis zum	8. 3.1973	= 11 Tage
vom 5. 6.1973	bis zum	12. 6.1973	= 8 Tage
vom 6. 9.1973	bis zum	17. 9.1973	= 12 Tage
vom 20.12.1973	bis zum	3. 1.1974	= 15 Tage
vom 22. 4.1974	bis zum	30. 4.1974	= 9 Tage
vom 18. 6.1974	bis zum	1. 7.1974	= 14 Tage
vom 23. 9.1974	bis zum	23.10.1974	= 31 Tage
vom 18. 6.1975	bis zum	26. 6.1975	= 9 Tage

(zusammen 179 Tage).

Diese Abwesenheitszeiten ergäben eine monatliche Fehlquote von 5 Arbeitstagen.

Demgegenüber hat die Klägerin geltend gemacht, ihr Arbeitsplatz sei nicht weggefallen. Die Beklagte beschäftige an der bislang von der Klägerin in der Morgenschicht mitbedienten Maschine nunmehr andere Arbeitnehmerinnen. Außerdem habe die Beklagte im Jahre 1975 in der Spulerei, in der anfangs auch die Klägerin gearbeitet habe, noch vier Arbeiter neu eingestellt. Im übrigen sei die von der Beklagten ge-



troffene soziale Auswahl fehlerhaft, da sie in dem früheren Aufgabenbereich der Klägerin Arbeitnehmerinnen weiterbeschäftigte, die jünger seien als sie und die auch eine kürzere Betriebszugehörigkeit aufzuweisen hätten. Es handele sich hierbei um die folgenden Arbeitnehmerinnen:

C, 28 Jahre alt, verheiratet, ein Kind,
mit einer Betriebszugehörigkeit von 3 3/4 Jahren;

A, 28 Jahre alt, verheiratet, zwei Kinder,
mit einer Betriebszugehörigkeit von 2 1/2 Jahren;

T, 29 Jahre alt, verheiratet, zwei Kinder,
mit einer Betriebszugehörigkeit von 2 1/2 Jahren.

Die Beklagte hat dazu vorgetragen, die von der Klägerin benannten Arbeitnehmerinnen seien leistungsmäßig stärker als diese, insbesondere stelle die Arbeitnehmerin C eine Spitzenkraft dar. Außerdem seien diese Arbeitnehmerinnen im Vergleich zur Klägerin wesentlich weniger durch Krankheit ausgefallen: Frau C durchschnittlich an einem Tag im Monat, Frau A an vier Tagen und Frau T an einem Tag im Monat.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte das Ziel der Klageabweisung weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist nicht begründet.

I. Das Landesarbeitsgericht ist im Ergebnis mit Recht zu der Feststellung gelangt, das Arbeitsverhältnis der Parteien sei durch die Kündigung der Beklagten vom 11. Juli 1975 nicht aufgelöst worden.

1. Es kann dahingestellt bleiben, ob die von der Beklagten vorgetragenen Umstände als dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG anzuerkennen sind oder nicht. Jedenfalls hat die Beklagte bei der Kündigungsauswahl soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt. Damit erweist sich die Kündigung als sozial ungerechtfertigt und folglich rechtsunwirksam (§ 1 Abs. 1 in Verbindung mit

Abs. 3 Satz 1 KSchG).

2. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Klägerin sei gegenüber den von ihr benannten Arbeitnehmerinnen C, A und T sozial schutzbedürftiger. Einmal sei die Klägerin sechs bzw. sieben Jahre älter als diese Arbeitnehmerinnen. Zwar sei einem Altersunterschied dieser Größe noch kein entscheidendes Gewicht beizumessen, weil nicht angenommen werden könne, daß eine Arbeitnehmerin von 28 oder 29 Jahren gegenüber einer Bewerberin von 35 Jahren regelmäßig im Vorteil sei. Im vorliegenden Fall komme aber entscheidend hinzu, daß die Klägerin eine Betriebszugehörigkeit von zehn Jahren aufzuweisen habe, während die Mitarbeiterinnen A und T erst seit 2 1/2 und die Arbeitnehmerin C seit 3 3/4 Jahren bei der Beklagten beschäftigt seien. Zudem sei die Klägerin gegenüber der Arbeitnehmerin C noch insoweit sozial schlechter gestellt, als sie zwei Kinder versorgen müsse, während diese nur ein Kind habe.

Weiter hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die streitige Kündigung sei auch nicht deswegen sozial gerechtfertigt, weil die Klägerin häufiger krank gewesen sei als ihre Mitarbeiterinnen. Aufgrund der von Jahr zu Jahr zurückgegangenen Fehlzeiten der Klägerin habe die Beklagte im Zeitpunkt der Kündigung nicht befürchten müssen, daß die Klägerin auch in Zukunft häufiger wegen Arbeitsunfähigkeit ausfallen werde. Wegen der behaupteten Leistungsunterschiede zwischen der Klägerin und den weiter beschäftigten Arbeitnehmerinnen C, A und T habe die Beklagte nichts Näheres vorgetragen und damit ihrer Darlegungspflicht nicht genügt, so daß die Kündigung auch nicht aufgrund von Leistungsmängeln der Klägerin sozial gerechtfertigt sei.

3. Demgegenüber rügt die Revision, das Landesarbeitsgericht habe verkannt, daß dem Arbeitgeber bei der Auswahlentscheidung ein Ermessensspielraum zustehe, der von den Gerichten für Arbeitssachen nur auf einen Ermessensmißbrauch oder Fehlgebrauch hin überprüft werden dürfe. Das Landesar-



beitsgericht habe aber die Prüfung der sozialen Auswahl selbst vorgenommen, ohne sich darauf zu beschränken, ob die Entscheidung des Arbeitgebers frei von Ermessensfehlern sei. Weiter rügt die Revision, das Landesarbeitsgericht habe die in der Vergangenheit liegenden Krankheitszeiten der Klägerin bei der sozialen Auswahl zu Unrecht nicht mitberücksichtigt. Diese Rügen sind unbegründet.

a) Der vom angefochtenen Urteil vertretene Standpunkt über den Umfang der gerichtlichen Prüfungspflicht entspricht der Rechtsprechung des Senats, an der festzuhalten ist. Danach haben die Tatsachengerichte aufgrund eigener Bewertung und Abwägung der sozialen Belange der in Betracht kommenden Arbeitnehmer die Frage zu beantworten, ob der Arbeitgeber bei der Auswahl des gekündigten Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigt hat oder nicht (§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG); sie sind nicht auf die Prüfung beschränkt, ob der Arbeitgeber wesentliche Gesichtspunkte unberücksichtigt gelassen hat oder sich von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen (BAG 16, 149 [151 f.] = AP Nr. 15 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung [zu 1 a der Gründe] mit weiteren Nachweisen).

b) Der Begriff der ausreichenden Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte ist ein unbestimmter Rechtsbegriff (BAG 16, 149 [151] = AP Nr. 15 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung [zu 1 a der Gründe]). Daraus folgt, daß die Anwendung dieses Begriffs durch das Berufungsgericht nur einer beschränkten revisionsgerichtlichen Nachprüfung unterworfen ist. Diese Nachprüfung erstreckt sich lediglich darauf, ob der Rechtsbegriff selbst verkannt ist, ob die Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und ob alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Einzelumstände berücksichtigt worden sind (vgl. statt vieler BAG 6, 36 [39] = AP Nr. 38 zu § 3 TOA [zu III der Gründe]).

Dieser beschränkten Nachprüfung halten die Ausführungen des angefochtenen Urteils stand. Das Landesarbeitsgericht hat nicht verkannt, daß im Fall der betriebsbedingten Kündigung bei der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten im Sinne des



§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG nach der ständigen Rechtsprechung des Senats alle sozial beachtenswerten Umstände in die Prüfung einzubeziehen sind. Dazu gehören vor allem das Lebensalter, die Zahl der unterhaltsberechtigten Personen und die Dauer der Betriebszugehörigkeit (BAG 10, 323 [327] = AP Nr. 7 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung [zu 2 der Gründe]; BAG 16, 149 [153] = AP Nr. 15 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung [zu 1 b der Gründe] sowie BAG AP Nr. 1 zu § 95 BetrVG 1972 [zu II der Gründe], auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).

Unter Zugrundelegung dieser drei unerläßlichen Auswahlgesichtspunkte ist das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, daß die Klägerin gegenüber den vergleichbaren Arbeitnehmerinnen C, A und T sozial schutzbedürftiger ist. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgericht war die Klägerin im Zeitpunkt der Kündigung 35 Jahre alt und betrug die Dauer ihrer Betriebszugehörigkeit etwa zehn Jahre. Die Arbeitnehmerinnen C, A und T waren dagegen damals erst 28 bzw. 29 Jahre alt mit einer Betriebszugehörigkeit von $3\frac{3}{4}$ bzw. $2\frac{1}{2}$ Jahren. Die übrigen sozialen Verhältnisse der Klägerin sowie der vergleichbaren Arbeitnehmerinnen lagen zum Zeitpunkt der Kündigung insofern gleich, als alle verheiratet und ihre Ehemänner berufstätig waren und alle - mit Ausnahme der Frau C - für zwei Kinder zu sorgen hatten. In Anbetracht der Tatsache, daß Frau C zum Kündigungszeitpunkt nur ein Kind hatte und daher nach allen entscheidenden Auswahlgesichtspunkten sozial weniger schutzbedürftig als die Klägerin war, ist es nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht die von der Beklagten getroffene soziale Auswahl insoweit als fehlerhaft bezeichnet hat.

c) Schließlich ist dem Landesarbeitsgericht im Ergebnis auch darin beizupflichten, daß den von der Beklagten behaupteten Krankheitszeiten und schwächeren Leistungen der Klägerin bei der Prüfung der sozialen Auswahl keine entscheidende Bedeutung zukommt. Dabei braucht nicht auf die Frage eingegangen zu werden, ob und inwieweit Krankheitszeiten und Leistungsunterschiede vergleichbarer Arbeitnehmer



bei der Prüfung der sozialgerechten Auswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG im Rahmen einer Interessenabwägung zugunsten des Arbeitgebers mit zu berücksichtigen sind (vgl. hierzu - anders als die Ansicht des angefochtenen Urteils - BAG AP Nr. 5 zu § 7 KSchG [zu 2 der Gründe], BAG AP Nr. 25 zu § 1 KSchG und BAG 6, 1 [6 f.] = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung [zu III 3 der Gründe], bestätigt in den nichtveröffentlichten Urteilen des Senats vom 27. Januar 1977 - 2 AZR 658/75 - [zu II 3 b der Gründe] und vom 11. März 1977 - 2 AZR 74/76 - [zu II 2 a und 2 b der Gründe]; vgl. ferner Auffarth-Müller, KSchG, § 1 Anm. 237; Hueck, KSchG, 9. Aufl., § 1 Anm. 117; A.Hueck, Anm. zu BAG AP Nr. 7 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung [unter 3]; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 3. Aufl., S. 133), weil sich aus dem Vortrag der Beklagten rechtserhebliche Gesichtspunkte in dieser Richtung nicht ergeben.

Abgesehen davon, daß die von der Beklagten dargelegten Krankheitszeiten der Klägerin von Dezember 1971 bis Ende Juni 1975 (179 Kalendertage in 43 Monaten) keine durchschnittliche monatliche Fehlzeit von fünf Arbeitstagen, sondern - ebenso wie bei Frau A - nur eine solche von etwa vier Kalendertagen ergibt, kann der Hinweis der Beklagten auf die krankheitsbedingte Fehlquote der Klägerin im Streitfall bereits deshalb nicht als eine ausreichende Darlegung betrieblicher Bedürfnisse angesehen werden, weil die Beklagte ihren Berechnungen unterschiedliche Bezugszeiträume zugrunde gelegt hat. Während sie nämlich bei der Klägerin auf die letzten fünf Jahre vor der Kündigung abgestellt hat, scheidet ein derartiger Bezugszeitraum bei den vergleichbaren Arbeitnehmerinnen C, A und T schon deswegen aus, weil diese zum Zeitpunkt der Kündigung der Klägerin erst 3 3/4 bzw. 2 1/2 Jahre bei der Beklagten beschäftigt waren. Zudem hat die Beklagte keine Umstände vorgetragen, aus denen geschlossen werden könnte, daß die Klägerin auch in Zukunft häufiger und länger krank sein werde als die anderen vergleichbaren Arbeitnehmerinnen. Das wäre jedoch umsomehr angezeigt gewesen, als die Klägerin - worauf das Landesarbeitsgericht mit Recht verwiesen hat - von Oktober 1974 bis Mitte



