

daß auch diese Konsequenz des Erforderlichkeitsprinzips unabhängig vom Vorhandensein eines Betriebsrats und vom Widerspruch des Betriebsrats zu berücksichtigen ist.¹⁹

dd) Beweislast: Ist im Prozeß über die Kündigung vor dem Arbeitsgericht streitig, ob die bisher genannten Voraussetzungen für die Zulässigkeit der betriebsbedingten Kündigung gegeben sind, so hat der Arbeitgeber die Beweislast (§ 1 Abs. 2 S. 4 KSchG). Er verliert den Prozeß, wenn es ihm nicht gelingt, das Vorhandensein der relevanten Tatsachen vorzutragen und zu beweisen.

d) Ausnahmefälle

In seltenen Ausnahmefällen kann die Kündigung an zusätzlichen Voraussetzungen scheitern, die eine inhaltliche Überprüfung der oben beschriebenen „unternehmenspolitischen Entscheidung“ erfordern. Die erste dieser beiden Voraussetzungen ist das im gesamten Zivilrecht geltende Verbot des Rechtsmißbrauchs. Der Arbeitgeber mißbraucht sein Kündigungsrecht, wenn die Entscheidung zur Kündigung „offenbar unsachlich oder willkürlich“ ist. Die zweite Voraussetzung, die eine Überprüfung der unternehmerischen Entscheidung unter Umständen erforderlich machen kann, ist die „Interessenabwägung“. Eine „an sich“ gerechtfertigte Kündigung kann ausnahmsweise dann sozial ungerechtfertigt sein, wenn sie bei Abwägung der Interessen der Vertragsparteien zu einer sozialen Härte für den Arbeitnehmer führen würde.

Das BAG hat betont, daß diese Voraussetzungen nur „in seltenen Ausnahmefällen“ gegeben sein können, weil für den Regelfall die o.g. Kriterien genau definieren, unter welchen Voraussetzungen eine Kündigung unsachlich oder willkürlich ist und unter welchen Voraussetzungen die Interessen des Arbeitgebers an der Kündigung schwerer wiegen als die Interessen des Arbeitnehmers an seinem Arbeitsplatz.²⁰ Überdies hat der Arbeitnehmer die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen dieser Voraussetzungen.

e) Soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG

Erhebliche Bedeutung hat die Bestimmung des Abs. 3, nach der der Arbeitgeber bei seiner Auswahlentscheidung, welchem Arbeitnehmer gekündigt werden soll, soziale Gesichtspunkte berücksichtigen muß. Diese Voraussetzung hat - zusammen mit dem Grundsatz der Unzulässigkeit einer vermeidbaren Kündigung - für den Schutz des Arbeitnehmers entscheidende Bedeutung. Steht fest, daß ein „betrieblicher Grund“ zum Wegfall eines Arbeitsplatzes führt und die Kündigung auch durch anderweitige Beschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen freien Arbeitsplatz im Unternehmen nicht vermieden werden kann, so folgt daraus, daß - nach den bisher geschilderten Grundsätzen - jedenfalls *einem* Arbeitnehmer wirksam gekündigt werden kann. Offen ist nur noch, welchen Arbeitnehmer der Arbeitgeber zur Kündigung auswählen darf. Diese Auswahlentscheidung des Arbeitgebers bindet § 1 Abs. 3 KSchG an bestimmte Kriterien.²¹

aa) Als erstes hat das Arbeitsgericht zu prüfen, welche Arbeitnehmer der Arbeitgeber in die soziale Auswahl hätte einbeziehen müssen. Die Entscheidung des Arbeitgebers ist nur rechtmäßig, wenn der Arbeitgeber in die Auswahl alle im selben Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer einbezogen hat, die eine ähnliche Arbeitsaufgabe wahrnehmen wie der Arbeitnehmer, dessen Arbeitsplatz an sich weggefallen ist.

bb) Der Arbeitgeber muß von diesen miteinander austauschbaren Arbeitnehmern diejenigen zur Kündigung auswählen, der die Belastung durch die Kündigung nach seinen sozialen Lebensumständen am leichtesten tragen kann. Dabei muß der Arbeitgeber insbesondere die Dauer der Betriebszugehörigkeit, die Zahl und Bedürftigkeit der unterhaltsberechtigten Angehörigen sowie das Lebensalter berücksichtigen. Über diese drei wichtigsten, stets zu prüfenden Merkmale hinaus sind im Einzelfall auch alle anderen in Betracht kommenden sozialen Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Ein anderer solcher Gesichtspunkt ist z.B. die Aussicht, einen neuen Arbeitsplatz zu finden.

cc) Bei der Gewichtung der sozialen Gesichtspunkte hat der Arbeitgeber einen Bewertungsspielraum. Das Gericht setzt daher nicht seine Beurteilung an die Stelle der Beurteilung durch den Arbeitgeber, sondern prüft nur, ob der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung wenigstens die drei genannten, wichtigsten sozialen Gesichtspunkte berücksichtigt hat und ob er sich innerhalb der

Grenzen vertretbarer Beurteilung gehalten hat. Die Rechtsprechung des BAG zu diesem Punkt ist problematisch und noch nicht hinreichend geklärt.²²

dd) Die Behauptungs- und Beweislast für Mängel bei der sozialen Auswahl hat der Arbeitnehmer. Er wird mit der Behauptung eines solchen Mangels im Streitfall nur gehört, wenn er seine Behauptung substantiiert. Allerdings ist der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zur Auskunft über die Gesichtspunkte verpflichtet, die ihn zu der getroffenen sozialen Auswahl bestimmt haben (§ 1 Abs. 3 S. 1, 2. Halbsatz KSchG).

ee) Auf die Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten kommt es dann nicht an, wenn betriebstechnische, wirtschaftliche oder sonstige berechnete betriebliche Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers bedingen und damit der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehen (§ 1 Abs. 3 S. 2 KSchG). Das BAG hat zur Handhabung dieser Vorschrift die Unterscheidung zwischen notwendiger und nützlicher Weiterbeschäftigung eines bestimmten Arbeitnehmers eingeführt. Wenn die Weiterbeschäftigung eines besonders tüchtigen Arbeitnehmers für den Betrieb nur „nützlich“ ist, genügt dies nicht, um die Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten auszuschließen.²³ Nur dann ist ein Arbeitnehmer bei der sozialen Auswahl nicht zu berücksichtigen, wenn seine Weiterbeschäftigung aus den genannten Gründen geradezu „notwendig“ ist. Für diese Ausnahme hat der Arbeitgeber die Beweislast.

f) Verstoß gegen eine Richtlinie nach § 95 BetrVG**

Unabhängig von den vorgenannten Voraussetzungen der sozialen Rechtfertigung der Kündigung ist eine Kündigung gem. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG immer auch dann sozial ungerechtfertigt, wenn die Kündigung gegen eine Auswahlrichtlinie im Sinne des § 95 BetrVG verstößt und der Betriebsrat der Kündigung widersprochen hat. Insofern kommt dem § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG eine selbständige Bedeutung zu.

V. Funktion und Bedeutung des Kündigungsschutzes

Dem Arbeitgeber bleibt es somit trotz KSchG unbenommen, seinen Personalstand nach Zahl und fachlicher Zusammensetzung an die - von ihm allein definierten - wirtschaftlichen Bedürfnisse seines Unternehmens anzupassen. Die Regelung des KSchG über die soziale Rechtfertigung der Kündigung ist daher kein Mittel, das die Arbeitnehmer, die einen Arbeitsplatz innehaben, vor Arbeitslosigkeit schützt.

Das Schutzziel der Regelung ist vielmehr beschränkt und ergibt sich aus den drei Einzelregeln: Die rechtlichen Kriterien, an die das KSchG die **verhaltensbedingte** Kündigung bindet, wirken darauf hin, daß der Arbeitnehmer von unangemessenen Verhaltenszumutungen des Arbeitgebers geschützt wird. Die Voraussetzungen der **personbedingten** Kündigung schließen vor allem die Gefahr aus, daß leistungsschwächere Arbeitnehmer aus dem Betrieb systematisch herauskonkurriert werden. Die Regelung der **betriebsbedingten** Kündigung schließlich zielt darauf ab, daß der Arbeitgeber nicht wirtschaftliche Gründe vorschützen kann, um einen Arbeitnehmer loszuwerden, der sich unangemessenen Verhaltenszumutungen des Arbeitgebers verweigert oder der leistungsschwächer ist. Außerdem sucht die Regelung der betriebsbedingten Kündigung den Schaden für die Arbeitnehmer insgesamt möglichst geringzuhalten, indem sie den Arbeitgeber dazu anhält, statt dem jeweils leistungsschwächsten dem sozial stärksten Arbeitnehmer zu kündigen.

¹⁹ Vgl. BAG v. 17.5.1984, AP Nr. 21 zu § 1 KSchG 1969 - Betriebsbedingte Kündigung; vgl. aber für den Konzern: BAG v. 14.10.1982, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 - Konzern.

²⁰ Vgl. BAG v. 7.12.1978, v. 24.10.1979 und v. 30.4.1987, AP Nr. 6, 8 und 42 zu § 1 KSchG 1969 - Betriebsbedingte Kündigung.

²¹ Instrukтив zur sozialen Auswahl allgemein: BAG v. 24.3.1983, AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 - Betriebsbedingte Kündigung.

²² Vgl. BAG v. 24.3.1983 und v. 20.10.1983, AP Nr. 12 und 13 zu § 1 KSchG 1969 - Betriebsbedingte Kündigung.

²³ Vgl. BAG v. 24.3.1983, AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 - Betriebsbedingte Kündigung; v. 25.4.1985, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 - Soziale Auswahl.

** Betriebsverfassungsgesetz vom 15.1.1972 (BGBl. I S. 13) i.d.F. der Bekanntmachung vom 23.12.1988 (BGBl. I 1989 S. 1, ber. S.902).