

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 81

Die Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung

**Ein Versuch der Entwicklung datenverarbeitungsgeeigneter
Kriterien im Spannungsfeld zwischen Datenschutz,
Rechtssicherheit und sozialer Gerechtigkeit**

Von

Ulrich Ph. Rass



Duncker & Humblot · Berlin

ULRICH PH. RASS

Die Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 81

Die Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung

**Ein Versuch der Entwicklung datenverarbeitungsgeeigneter
Kriterien im Spannungsfeld zwischen Datenschutz,
Rechtssicherheit und sozialer Gerechtigkeit**

Von

Dr. Ulrich Ph. Rass



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Rass, Ulrich Ph.:

Die Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung:
e. Versuch d. Entwicklung datenverarbeitungsgeeig-
neter Kriterien im Spannungsfeld zwischen Daten-
schutz, Rechtssicherheit u. sozialer Gerechtigkeit /
von Ulrich Ph. Rass. — Berlin: Duncker und Humblot,
1986.

(Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht; Bd. 81)

ISBN 3-428-06119-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1986 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Gedruckt bei Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3-428-06119-5

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier als Dissertation im WS 1985/86 angenommen.

Mein ganz besonderer Dank gilt Herrn Professor Dr. Horst Ehmann, der die Arbeit betreut und begutachtet hat und dessen wertvollen Anregungen zum Gelingen erheblich beigetragen haben.

Des weiteren danke ich dem Zweitgutachter, Herrn Professor Dr. Peter Krause, der sich spontan bereit erklärt hat, als Zweitberichterstatter zu fungieren.

Nicht vergessen möchte ich in meinem Dankeswort insbesondere die großzügige Unterstützung meiner Eltern, die es mir erst erlaubt hat, diese Dissertation in Angriff zu nehmen.

Ulrich Ph. Rass

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung in das Problem	21
I. Die allgemeine Arbeitsmarktlage in der Bundesrepublik	21
II. Zunahme der betriebsbedingten Kündigungen	21
III. Zielrichtung der prozeßführenden Parteien	22
IV. Problem der sozialen Auswahl	22
V. Die Aufgabenstellung	24
VI. Die Gründe für die mangelnde Rechtsklarheit	24
VII. Ziel der Arbeit	25
VIII. Aufbau der Arbeit	26
 § 2 Grundsätze und Kriterien der Sozialauswahl in der bisherigen Praxis	 27
I. Allgemeines	27
1. Geschichtliche Entwicklung des sozialen Auswahlgebots	27
2. Zweckbestimmung der sozialen Auswahl	28
II. Der auswahlrelevante Personenkreis	29
1. ArbN, die einen besonderen gesetzlichen Kündigungsschutz genießen	29
2. Kündigungsschutz durch TV oder Einzelarbeitsvertrag	29
3. ArbN, deren Arbeitsverhältnis noch keine 6 Monate in demselben Betrieb oder Unternehmen besteht	29
4. Vergleichbare ArbN	30
a) Betriebsbezogene Auswahl	30
b) „Austauschkündigung“	30
c) Austauschbarkeit	31
d) Vergleichbarkeit „nach unten“	32
e) Vergleichbarkeit „nach oben“	32
III. Die sozialen Auswahlkriterien	32
1. Allgemeines	32
2. Konkretisierungsversuche	33
3. Die „sozialen Gesichtspunkte“	34
a) Überblick	34
aa) Daten, die in den allgemeinen persönlichen Verhältnissen der ArbN begründet sind	34

bb) Daten, die mit den Beziehungen des ArbN zum Betrieb in Zusammenhang stehen	35
cc) Umstände, die im allgemeinen sozialen Interesse der ArbN und der Belegschaft liegen	35
dd) Umstände, die nicht zum Nachteil der ArbN berücksichtigt werden dürfen	35
b) Die Kriterien im einzelnen	35
aa) Daten, die in den allgemeinen persönlichen Verhältnissen der ArbN begründet sind	35
(1) Das Lebensalter des ArbN	35
(2) Der Familienstand	38
(3) Unterhaltspflichten und -ansprüche des ArbN	39
(4) Einkünfte anderer Familienangehöriger = Doppelverdienertum	40
(a) Der Doppelverdienst des Ehegatten	40
(b) Der Doppelverdienst der sonstigen Angehörigen, insb. Kinder	41
(5) Die Nebeneinkünfte des ArbN	42
(6) Die Vermögensverhältnisse des ArbN	42
(7) Die wirtschaftliche Notlage des ArbN	43
(8) Die Arbeitsmarktlage und die Arbeitsmarktchancen des ArbN	44
(9) Das Bestehen sozialer Versorgungsansprüche	45
(10) Der Gesundheitszustand des ArbN	45
(11) Sonstige, die persönlichen Verhältnisse des ArbN betreffende Auswahlkriterien	46
(a) Die Ortsgebundenheit	46
(b) Die eigene Wohnung	46
(c) Besondere Auswirkungen des Zeitpunktes der Kündigung	46
(d) Die Schwerbehinderteneigenschaft des ArbN	47
(e) Erkrankung und Pflegebedürftigkeit von Familienangehörigen	47
(f) Der besondere Einsatz des ArbN für die Allgemeinheit	47
(g) Vertriebene, Flüchtlinge, Heimkehrer	47
bb) Daten, die mit den Beziehungen des ArbN zum Betrieb in Zusammenhang stehen	48
(1) Die Dauer der Betriebszugehörigkeit	48
(2) Die voraussichtliche zukünftige Dauer der Betriebszugehörigkeit	51
(3) Die Gesundheitsbeeinträchtigung des ArbN, die auf betriebliche Ursachen zurückgeht	51
(4) Der Abkehrwille des ArbN	52
cc) Umstände, die im allgemeinen sozialen Interesse der ArbN und der Belegschaft liegen	53
dd) Umstände, die nicht zum Nachteil des ArbN berücksichtigt werden dürfen	53
IV. Die betrieblichen Interessen	54
1. Die restriktive Linie = Berücksichtigung betrieblicher Interessen ausschließlich über § 1 III 2 KSchG (Modell 1)	55

a) Die BAG-Rspr.	55
b) Die Rspr. der Instanzgerichte	56
c) Das Schrifttum	56
2. Berücksichtigung betrieblicher Interessen im Rahmen des § 1 III 1 KSchG (Modell 2)	57
a) Die Judikatur	57
b) Die Rechtslehre	57
3. Neueste BAG-Rspr., die eine Abwägung der betrieblichen mit den sozialen Gesichtspunkten im Rahmen des § 1 III 1 KSchG ablehnt .	58
a) Die BAG-Rspr.	58
b) Die Resonanz im Schrifttum	59
V. Allgemeine Grundsätze der Gewichtung der sozialen Kriterien	60
VI. Das Punktesystem	61
1. Die Vorteile der Punktwertssysteme	62
a) Rechtssicherheit	62
b) Objektives Ausleseverfahren	63
c) Größere Differenziertheit der Ergebnisse	63
d) Computerfreundlichkeit	63
e) Rationalisierung	63
2. Die Nachteile der Punktwertssysteme	63
3. Verschiedene Punktsysteme	64
VII. Die Massenkündigung	64
VIII. Die Änderungskündigung	68
IX. Grenzen der richterlichen Nachprüfung	68
§ 3 Fortentwicklung der Grundsätze	70
I. Unzulänglichkeiten der bisherigen Judikatur und Rechtslehre	70
1. Auswirkungen der Rechtsunsicherheit auf den ArbGeb	70
2. Auswirkungen der Rechtsunsicherheit auf die ArbN	71
3. Auswirkungen der Rechtsunsicherheit auf die arbeitsrechtliche Gerichtsbarkeit	72
II. Der modifizierte Vorschlag <i>Ehmann's</i>	72
1. Überblick	73
2. Differenzierung in Geldwert i. e. S. und Geldwert i. w. S. – Modifizierte Version der Geldwerttheorie von <i>Ehmann</i>	74
a) Der Geldwert i. e. S.	74
b) Der Geldwert i. w. S.	76
c) Der Persönlichkeitswert der Arbeit	77
d) Die betrieblichen Interessen	79
e) Die Einzelfallüberprüfung	79
III. Computer-Kompatibilität und rechtliche Probleme des Auswahl-systems	79

§ 4 Erfassung des Geldwertes i.e.S.	80
I. Die entscheidungserheblichen Daten	80
1. Probleme bei der Erfassung der Daten	80
2. Allgemeine Daten zur Person und Zusammensetzung des Haushaltes	80
3. Daten, die unmittelbar der Errechnung des Geldwertes i.e.S. dienen	81
a) Das Familieneinkommen	81
aa) Einkünfte des Haushaltes, die das Familieneinkommen bilden	81
bb) Einkünfte, die nicht zum Familieneinkommen zu rechnen sind	83
cc) Zusammenfassung	83
b) Die Ausgaben des ArbN-Haushaltes	83
c) Die Arbeitsmarktchancen	85
4. Daten, die keine Bedeutung für die Errechnung des Geldwertes i.e.S. haben	86
II. Auswertung der Daten – Bestimmung des Geldwertes i.e.S. für die einzelnen ArbN und Gegenüberstellung der ArbN-Haushalte	87
III. Anhang: Pauschalbeträge für den Privaten Verbrauch	88
§ 5 Erfassung des Geldwertes i.w.S.	91
I. Veranschaulichung der Trennung Geldwert i.e.S. – Geldwert i.w.S.	91
II. Die Berücksichtigung der Vermögenswerte der ArbN-Haushalte	92
1. Das Mobiliarvermögen	93
2. Der Bausparvertrag	94
3. Der Lebensversicherungsvertrag	94
4. Die betriebliche Altersversorgung	94
5. Das Grundvermögen	95
6. Das Barvermögen	96
a) Keine Berücksichtigung in der 1. Auswahlstufe	96
b) Berücksichtigung in der 3. Auswahlstufe	97
§ 6 Erfassung des Persönlichkeitswertes	99
I. Allgemeines	99
II. Der Wert der Arbeit an sich	99
III. Bedeutung für die Sozialauswahl	100
IV. Beispielfälle	100
1. „Kompensationsfunktion“ der Arbeit	101
2. „Ablenkungsfunktion“ der Arbeit	101

3. „Selbstverwirklichungsfunktion“ der Arbeit	101
4. Reflexionen	102
V. Lebensalter und Dauer der Betriebszugehörigkeit	103
§ 7 Die betrieblichen Interessen	104
I. Die Rspr. des BAG vom 24.3.1983	104
II. Kritik an der Rspr. des BAG	105
1. Der Wortlaut des § 1 III 1 KSchG	106
2. Rechtssystematische Gesichtspunkte	106
3. Rechtspolitische Aspekte	106
4. Insbesondere zur Nichtberücksichtigung krankheitsbedingter Fehlzeiten	107
III. Fazit aus der Kritik an der geltenden BAG-Judikatur	109
1. Die Berücksichtigung der betrieblichen Aspekte im Rahmen des § 1 III 1 KSchG	109
2. Die Beurteilung und Bewertung der im betrieblichen Interesse liegenden Gesichtspunkte, insbesondere die Leistungsbeurteilung der ArbN	110
§ 8 Die Ermittlung und Verarbeitung der für die Sozialauswahl erforderlichen Daten	111
I. Überblick	111
II. Die Daten zur Ermittlung des Geldwertes (i.e.S. und i.w.S.) und des Persönlichkeitswertes	111
1. Der Fragebogen	111
2. Der Auswertungsbogen	114
3. Probleme im Zusammenhang mit der Erhebung und Verarbeitung der Daten	116
a) Die Beschränkung des Fragerechts	117
aa) Der Zweckzusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis	117
bb) Keine rechtlichen Bedenken gegen die Erhebung solcher Daten	117
b) Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 94 I BetrVG	118
aa) Zielrichtung des Mitbestimmungsrechts	118
bb) Reichweite der Mitbestimmung	118
c) Stehen datenschutzrechtliche Normen der Erhebung und Speicherung der Daten per Fragebogen entgegen?	119
4. Schlußbetrachtung	121
III. Die zur Ermittlung der betrieblichen Interessen relevanten Daten ...	121
1. Allgemeines	121
2. Die Mitarbeiterbeurteilung	122
a) Die allgemeinen Beurteilungsgrundsätze	122
b) Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 94 II BetrVG	123

c) Rechtfertigt der Zweck (= Teilaspekt zur Findung größerer sozialer Gerechtigkeit bei der Sozialauswahl) die ArbN-Beurteilung?	124
d) Der Persönlichkeitsschutz des ArbN	125
e) Stehen datenschutzrechtliche Normen der Mitarbeiterbeurteilung und der Speicherung der gewonnenen Daten sowie deren Verarbeitung im Rahmen der Sozialauswahl entgegen?	126
f) Der Kreis der Beurteiler	126
3. Die Leistungs- und Personalbeurteilung in concreto	127
a) Begriff	127
b) Die relevanten Beurteilungskriterien	127
aa) Die Auswahl der Kriterien nach dem Beurteilungszweck ..	127
bb) Die Auswahl der Kriterien nach anderen Merkmalen	128
c) Die Beurteilung	129
aa) Die analytische Beurteilung	129
bb) Beispiel eines Beurteilungsbogens	129
4. Resümee	131
5. Schlußbetrachtung	132
§ 9 Auswahlverfahren und Auswahlrichtlinien	133
I. Das Auswahlverfahren	133
II. Die Auswahlrichtlinien und das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats	138
1. Der Begriff der Auswahlrichtlinien	139
a) Der einschränkende Auswahlrichtlinienbegriff	139
b) Der umfassendere Auswahlrichtlinienbegriff	140
c) Stellungnahme	140
d) Die generelle Natur der Auswahlrichtlinien	141
2. Die inhaltlichen Grenzen der Auswahlrichtlinien	141
3. Die Kündigungsauswahlrichtlinie	141
a) Das Verhältnis von § 1 III KSchG zu Kündigungsauswahlrichtlinien – Überblick und Stellungnahme	142
aa) Die Entscheidung des BAG v. 11.3.1976	142
(1) Tenor	142
(2) Resonanz in der Lehre	142
(3) Stellungnahme	143
bb) Die Entscheidungen des BAG v. 24.3.1983, 20.10.1983 und 18.10.1984	145
(1) Tenor	145
(2) Kritik	146
b) Resümee	146
4. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 95 BetrVG	147
a) Allgemeines	147
b) Reflexion	148

§ 10 Besonderheiten der elektronischen Personaldatenverarbeitung, insbesondere technische Durchführbarkeit sowie betriebsverfassungs- und datenschutzrechtliche Spezialitäten	149
I. Sozialauswahlentscheidung durch Personalinformationssystem?	149
1. Die Geldwertberechnung i. e. S.	149
2. Die Geldwertberechnung i. w. S.	156
3. Der Persönlichkeitswert	156
4. Die betrieblichen Interessen	156
5. Resümee	157
II. Betriebsverfassungsrechtliche Besonderheiten bei elektronischer Datenverarbeitung	157
1. § 94 I BetrVG	157
2. § 94 II, 2. HS BetrVG	158
3. § 95 BetrVG	158
4. § 87 I Nr. 6 BetrVG	158
III. Datenschutzrechtliche Besonderheiten bei elektronischer Datenverarbeitung	159
§ 11 Schlußbetrachtung und Ausblick	160
Zusammenfassung	162
Anhang: Musterbeispiel	166
Literaturverzeichnis	211

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht
a. a. O.	= am angegebenen Ort
abl.	= ablehnend
Abs.	= Absatz
AFG	= Arbeitsförderungsgesetz
Anm.	= Anmerkung
AOG	= Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit v. 20. 1. 1934
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis
ArbeitslosenhilfeVO	= Arbeitslosenhilfeverordnung
AR-Blattei	= Arbeitsrecht-Blattei
ArbG	= Arbeitsgericht
ArbGeb	= Arbeitgeber
ArbGG	= Arbeitsgerichtsgesetz
ArbN	= Arbeitnehmer
ArbPlSchG	= Arbeitsplatzschutzgesetz
ArbuR	= Arbeit und Recht
ARSt	= Arbeitsrecht in Stichworten
Art.	= Artikel
AV	= Arbeitslosenversicherung
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BArbBl.	= Bundesarbeitsblatt
BB	= Der Betriebs-Berater
BBauG	= Bundesbaugesetz
BDSG	= Bundesdatenschutzgesetz
BetrAVG	= Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	= Betriebsverfassungsgesetz
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BKK	= Die Betriebskrankenkasse, Betriebskrankenkassen
BKschG	= Bundeskündigungsschutzgesetz
BlStSozArbR	= Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
b + p	= Betrieb und Personal
BRG	= Betriebsrätegesetz v. 4. 2. 1920
BSG	= Bundessozialgericht
BSHG	= Bundessozialhilfegesetz
Bsp.	= Beispiel
BT-Drucks.	= Bundestag-Drucksache
BU	= Berufsunfähigkeitsrente
BundeskindergeldG	= Bundeskindergeldgesetz
BundesversorgungsgG	= Bundesversorgungsgesetz
BUrlG	= Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
bzw.	= beziehungsweise

ca.	= zirka
DAFTA	= Datenschutzfachtagung
dass.	= dasselbe
DB	= Der Betrieb
DemobilmachungsVO	= Demobilmachungsverordnung v. 12. 2. 1920
d. h.	= das heißt
DuD	= Datenschutz und Datensicherung
DVR	= Datenverarbeitung im Recht
EDV	= elektronische Datenverarbeitung
EignungsübungsG	= Eignungsübungsgesetz
einschl.	= einschließlich
EStG	= Einkommenssteuergesetz
etc.	= et cetera
e. V.	= eingetragener Verein
evtl.	= eventuell
EzA	= Entscheidungen zum Arbeitsrecht
f.	= folgende
Fa.	= Firma
FAZ	= Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	= fortfolgende
Fn.	= Fußnote
FS	= Fachserie
gem.	= gemäß
gesch.	= geschieden
getr. lbd.	= getrennt lebend
GG	= Grundgesetz
ggf.	= gegebenenfalls
GK-Bearbeiter	= Gemeinschaftskommentar-Bearbeiter
GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung
grds.	= grundsätzlich
HeimkehrerG	= Heimkehrergesetz v. 19. 6. 1950
hM	= herrschende Meinung
Hrsg.	= Herausgeber
HS.	= Halbsatz
HwP	= Handwörterbuch des Personalwesens
i. d. F.	= in der Fassung
i. d. R.	= in der Regel
i. e. S.	= im engeren Sinne
IG	= Industriegewerkschaft
i. H. v.	= in Höhe von
incl.	= inclusive
insb.	= insbesondere
insg.	= insgesamt
i. S. d.	= im Sinne des
i. S. v.	= im Sinne von
i. w. S.	= im weiteren Sinne
J.	= Jahre
JA	= Juristische Arbeitsblätter
JugendwohlfahrtsG	= Jugendwohlfahrtsgesetz

jur.	= juristisch
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
Kfz.	= Kraftfahrzeug
KR-Bearbeiter	= Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsrecht-Bearbeiter
KSchG	= Kündigungsschutzgesetz 1969
KV	= Krankenversicherung
LAG	= Landesarbeitsgericht
led.	= ledig
Lit.	= Literatur
m. a. W.	= mit anderen Worten
max.	= maximal
MBR	= Mitbestimmungsrecht
MdE	= Minderung der Erwerbsfähigkeit
m. E.	= meines Erachtens
mind.	= mindestens
Mio.	= Millionen
monatl. (mtl.)	= monatlich
MuSchG	= Mutterschutzgesetz
NJW	= Neue juristische Wochenschrift
Nr.	= Nummer
NZA	= Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
o. ä.	= oder ähnlich
P.	= Punkt(e)
persönl.	= persönlich
phil.	= philosophische
PIS	= Personalinformationssystem
RArbBl.	= Reichsarbeitsblatt
RArbMin.	= Reichsarbeitsminister
RdA	= Recht der Arbeit
RentenreformG	= Rentenreformgesetz v. 16. 10. 1972
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
Rspr.	= Rechtsprechung
RV	= Rentenversicherung
RVO	= Reichsversicherungsordnung
Rz.	= Randziffer
S.	= Seite
s.	= siehe
SAE	= Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchwBeschG	= Schwerbeschädigtengesetz
Schwbg	= Schwerbehindertengesetz i. d. F. v. 29. 4. 1974
s. o.	= siehe oben
sog.	= sogenannte
sonst.	= sonstige
Sp.	= Spalte
SparPrG	= Spar-Prämiengesetz
Stat. Bundesamt	= Statistisches Bundesamt

Tab.	= Tabelle
TV	= Tarifvertrag
u. a.	= unter anderem
u. ä.	= und ähnliches
usw.	= und so weiter
u. U.	= unter Umständen
v.	= von
verh.	= verheiratet
verw.	= verwitwet
vgl.	= vergleiche
v. H.	= von Hundert
VO	= Verordnung
VolkszählungsG	= Volkszählungsgesetz
Vorauss.	= Voraussetzung
vorauss.	= voraussichtlich
Vorb.	= Vorbemerkung
VorruhestandsG	= Vorruhestandsgesetz v. 13. 4. 1984
WA	= Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung
WohngeldG	= Wohngeldgesetz
WohnungsbauprämienG	= Wohnungsbauprämiengesetz
WSI-Mitteilungen	= Wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Institut-Mitteilungen
z. B.	= zum Beispiel
ZfA	= Zeitschrift für Arbeitsrecht
Ziff.	= Ziffer
ZIP	= Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
zit.	= zitiert
ZivildienstG	= Zivildienstgesetz
ZivilschutzG	= Zivilschutzgesetz
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
z. T.	= zum Teil

§ 1 Einführung in das Problem

I. Die allgemeine Arbeitsmarktlage in der Bundesrepublik

Die Arbeitsmarktlage in der Bundesrepublik hat sich seit Anfang der 80er Jahre drastisch verschlechtert. Die Zahl der registrierten Arbeitslosen lag im August 1985 bei 2,22 Millionen, was einer Arbeitslosenquote (Arbeitslose in % der unselbständigen Erwerbspersonen) von 8,9%¹ entspricht; demgegenüber betrugen die gemeldeten offenen Stellen in demselben Monat nur rund 117 400². Dieses Mißverhältnis zwischen Angebot und Nachfrage läßt die Zukunft arbeitsmarktpolitisch in trübem Licht erscheinen. Hinzuzurechnen zu der statistisch erfaßten Zahl der Personen ohne Beschäftigung ist die sog. „Stille Reserve“³ (im wesentlichen Frauen und Jugendliche), deren Größenordnung für 1984 auf etwa 1,3 Millionen geschätzt wurde⁴.

II. Zunahme der betriebsbedingten Kündigungen

Parallel zu der Verschlechterung der Arbeitsmarktsituation hat sich in den Kündigungsschutzverfahren die betriebsbedingte Kündigung in den letzten Jahren immer mehr in den Vordergrund geschoben. Während in den Jahren der Voll- und Überbeschäftigung die Arbeitsgerichte vorwiegend Kündigungsschutzprozesse zu entscheiden hatten, bei denen es – von fristlosen Kündigungen abgesehen – um Kündigungen aus personen- und verhaltensbedingten Gründen ging, waren im Jahre 1978 von 1,2 Mio. ausgesprochenen Kündigungen bereits etwa 400 000 betrieblich bedingt⁵. Obwohl neuere wissenschaftlich ermittelte Zahlen insoweit nicht vorliegen, zeigen doch die Nachrichten über die seitherige negative wirtschaftliche Entwicklung mit ihrem traurigem Höhepunkt Anfang der 80er Jahre, daß mit der weiterhin nachlassenden Konjunktur und dem weiteren Anstieg der Insolvenzen das Zahlenverhältnis sich eher noch zugunsten der Kündigungen aus betrieblichen Gründen verschoben haben dürfte. Da auch der nach der deprimierenden Phase der Rezession herbeigesehnte leichte konjunkturelle Aufschwung seit 1983 bisher keine Entspannung am Arbeitsmarkt mit sich

¹ FAZ v. 5. 9. 1985, S. 11; zu den sozialen Konsequenzen der Arbeitslosigkeit s. *Beagemann / Heldrich* S. 314 ff.

² Ebenda.

³ Ausdruck s. *Weissleder*, S. 8.

⁴ FAZ v. 22. 8. 1985, S. 11.

⁵ s. *Falke / Höland / Rhode / Zimmermann*.

brachte, die Zahl der Erwerbslosen also keine eindeutige rückläufige Tendenz erkennen läßt, haben die Arbeitsgerichte auch heute wie in Zeiten der wirtschaftlichen Talfahrt im Bereich der Kündigungsprozesse zum großen Teil mit betrieblich bedingten Kündigungen zu tun.

III. Zielrichtung der prozeßführenden Parteien

Auch die Zielrichtung der prozeßführenden Parteien hat sich geändert. Während zu Zeiten der Vollbeschäftigung ArbGeb und ArbN in den seltenen Fällen einer betriebsbedingten Kündigung sich i. d. R. vergleichsweise auf die Zahlung einer Abfindung einigten, will heute der entlassene ArbN in erster Linie am Arbeitsplatz festhalten, denn wegen der großen Anzahl Arbeitssuchender ist es ungleich schwerer eine neue Arbeitsstelle zu finden und mit einer Abfindung ist ihm nur vorübergehend geholfen⁶. Auch der ArbGeb läßt eine geringere Bereitschaft erkennen, sich durch eine Geldzahlung vom klagenden ArbN freizukaufen, was wohl an der schlechteren Liquidität der Unternehmen zu liegen scheint.

IV. Problem der sozialen Auswahl

Aufgrund der geschilderten Gegebenheiten sind die Gerichte häufiger gezwungen, Kündigungsschutzprozesse wegen einer betriebsbedingten Kündigung durch Urteil zu entscheiden. In den Rechtsstreiten muß daher vom Arbeitsgericht die Berechtigung der Kündigung überprüft werden. Dabei bereitet die betriebsbedingte Kündigung in der Praxis kaum Schwierigkeiten, soweit es um die Feststellung des Kündigungsgrundes geht, also um die Beantwortung der Frage, ob infolge dringender betrieblicher Erfordernisse – § 1 II KSchG – die Entlassung von ArbN erforderlich ist⁷. Problematisch ist dagegen die Frage der *korrekten sozialen Auswahl gem. § 1 III KSchG*. Die hierbei auftretenden Probleme sind vielfältig und zum Teil noch gänzlich ungeklärt, obwohl gerade in jüngster Zeit mit Stellungnahmen aus der Lit. zu diesem Themenkomplex nicht geizt wurde und auch

⁶ Allerdings sind die „Abfindungsprozesse“ bisher nur tendenziell zurückgedrängt. Einmal nämlich können die Folgen des um den Arbeitsplatz entstandenen Konflikts aus der Sicht des betroffenen ArbN gegenüber einer drohenden Arbeitslosigkeit, deren Schrecken durch eine Abfindung gemildert wird, das größere Übel sein. Zum anderen führt die Ausgestaltung des Gesetzes bei langer Prozeßdauer mit dem Fernbleiben vom Arbeitsplatz häufig zu einer Entfremdung vom Betrieb. So bleibt häufig auch bis in die heutige Zeit hinein bei gewonnenem Prozeß nur das „soziale Schmerzensgeld“, vgl. *Notter*, DB 1976, S. 772 ff.; *ders.*, BStSozArbR 1978, S. 182 ff.; *Janzen*, S. 12; *Coen*, S. 22.

⁷ Vgl. *Neyses*, S. 413 ff.; die an den ArbGeb gestellten Forderungen nach einer genauen Darlegung der Tatsachen und ggf. deren Beweisbarkeit dürfen aber nicht unterschätzt werden, vgl. dazu grundlegend: BAG v. 7. 12. 1978 in: *EzA* § 1 KSchG Nr. 10 – betriebsbedingte Kündigung mit Anm. *Rancke*.

einige höchstrichterliche Urteile sich damit beschäftigt haben. Zwar sind insbesondere die BAG-Urteile vom 24.3.83⁸ und vom 20.10.83⁹ für die arbeitsrechtliche Praxis wertvoll, sie stellen einen „höchst bedeutsamen Meilenstein“¹⁰ auf dem Weg dar, zur Problematik der sozialen Auswahl einen möglichst breiten Konsensus herzustellen, beantworten aber auch nicht alle strittigen Rechtsprobleme so eindeutig, daß von einer gesicherten Rechtslage gesprochen werden könnte.

Problematisch ist nach wie vor,

1. wie weit der Kreis der Personen zu ziehen ist, die der sozialen Auswahl unterfallen;
2. welche sozialen Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind;
3. wie die verschiedenen sozialen Gesichtspunkte untereinander zu bewerten sind;
4. inwieweit betriebliche Interessen gegenüber den sozialen Aspekten berücksichtigt werden können. Dazu gehört die Frage, in welchem Maße Leistungsgesichtspunkte und Fehlzeiten bei der sozialen Auswahl eine Rolle spielen dürfen;
5. in welchem Umfange die Gerichte die soziale Auswahl nachprüfen können;
6. in welchem Umfange der ArbGeb den Betriebsrat von der beabsichtigten Kündigung zu informieren hat und
7. wer bei der sozialen Auswahl die Beweislast trägt, insbesondere, ob vom ArbGeb Listen der vergleichbaren ArbN mit den entsprechenden Sozialdaten verlangt werden können.

Nun würde es aber zu weit führen, alle diese vorstehend angeschnittenen Probleme einer genaueren Untersuchung zu unterziehen. Vielmehr sollen aus der Reihe von Zweifelsfragen, die sich mit der Sozialauswahl verbinden, nur die im folgenden genannten Einzelprobleme herausgegriffen werden, da gerade in diesen Bereichen eine erhebliche schier unerträgliche Rechtsunsicherheit besteht, die weder ArbGeb oder Belegschaft noch der Allgemeinheit zugemutet werden kann; denn aufgrund der bestehenden Unklarheiten kommt es zu einer „Unzahl“ von Kündigungsschutzprozessen, deren Ausgang für die Beteiligten nicht voraussehbar ist. Diese mangelnde Vorhersehbarkeit der arbeitsgerichtlichen Entscheidung widerspricht der Rechtsstaatlichkeit, die erfordert, daß die „Gerichtsentscheidungen über einen geklärten Sachverhalt voraussehbar sein müssen“¹¹.

⁸ In: DB 1983, S. 1822 = EzA § 1 KSchG Nr. 21 – betriebsbedingte Kündigung = AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 – betriebsbedingte Kündigung.

⁹ In: DB 1984, S. 563.

¹⁰ Ausdruck von: *Berkowsky*, BB 1983, S. 2057.

¹¹ *Weng*, DB 1978; S. 887; vgl. auch *Meisel*, BB 1963, S. 1063 sowie LAG Hamm v. 11. 12. 1975, DB 1976, S. 489.