

Münchener Prozessformularbuch Band 6: Arbeitsrecht

von

Ulrich Zirnbauer, Dr. Frank Hahn, Dr. Niloufar Hoevels, Michael Holthaus, Prof. Dr. Franz Kasper, Rüdiger Köhne, Wolfgang Manske, Dr. Hans-Georg Meier, Dr. Katharina Reidel, Dr. Dieter Sziegoleit, Dr. Carsten Witt

4. Auflage

[Münchener Prozessformularbuch Band 6: Arbeitsrecht – Zirnbauer / Hahn / Hoevels / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Arbeitsgerichtliches Verfahren](#)



Verlag C.H. Beck München 2012

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 62946 4

V. Auflösungsantrag des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess

A. V

Das BAG löst die Problematik mit der Auffassung, § 85 Abs. 2 ZPO sei nicht erst nach Erhebung der Klage anwendbar, sondern schon im Vorfeld einer Klageerhebung, denn mit dem Klageauftrag werde ein Prozessrechtsverhältnis begründet, das auch nach Prozessrecht zu beurteilen sei.

5. → Anm. 2.

6. Hier muss die vollständige **Kündigungsschutzklage** (sofern nicht schon eine erhoben ist) folgen oder, wenn eine bereits erhoben ist, die Bezugnahme erklärt werden.

7. Seit 1.4.2008 hat § 5 KSchG eine Neufassung erfahren: Für das Verfahren der nachträglichen Zulassung einer Kündigungsschutzklage ist nicht mehr ein Beschluss des Prozessgerichts und dagegen die sofortige Beschwerde maßgeblich, sondern nunmehr hat das Prozessgericht ein mit Berufung anfechtbares (Zwischen-)Urteil zu fällen. Es handelt sich bei diesem Verfahren um ein „vorgeschaltetes eigenständiges Verfahren sui generis“, das mit der zivilprozessualen Beschwerde, die der Gesetzgeber bei der ZPO-Reform regeln wollte, nicht vergleichbar ist (BAG 15.9.2005 – 3 AZB 48/05, NZA-RR 2006, 211).

V. Auflösungsantrag des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess

An das

Arbeitsgericht

Az.:

In Sachen

Prozessbevollmächtigter:

gegen

.

Prozessbevollmächtigter:

wegen Kündigung

werde ich zusätzlich beantragen:

1. Auf Antrag der Klagepartei wird das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgelöst.¹
2. Als Auflösungszeitpunkt wird der festgestellt.²
3. Die beklagte Partei wird verurteilt, eine angemessene, der Höhe nach in das Ermessen des Gerichtes gestellte Abfindung – mindestens jedoch – zu bezahlen.⁴

Begründung:

Die beklagte Partei hat die Klagepartei nach Ausspruch der Kündigung vor den Augen der Belegschaft durch den Werksschutz abführen und vom Werksgelände entfernen lassen.

Anschließend wurde am schwarzen Brett des Betriebes ein Aushang angebracht, mit dem die Belegschaft davon unterrichtet wurde, dass das Arbeitsverhältnis wegen grober

Vertrauensbrüche beendet werden müsse und der Klagepartei Hausverbot erteilt worden sei.

Die der Klagepartei zur Betreuung zugewiesenen Kunden wurden durch ein Rundschreiben vom davon unterrichtet, dass das Arbeitsverhältnis wegen grober Vertrauensschäden habe fristlos gekündigt werden müssen.

Der Klagepartei ist auf Grund dieser inzwischen als ungerechtfertigt erwiesener Vorwürfe eine Rückkehr in das Arbeitsverhältnis unzumutbar.³

Auf die Definition des Unzumutbarkeitsbegriffs durch das BAG im Sinne einer dauernden Unzumutbarkeit ist zu verweisen.

Die Voraussetzungen nach § 9 Abs. 1 S. 1 KSchG liegen vor. Die Kündigung ist „fristlos vorsorglich ordentlich“ ausgesprochen.

Die Klagepartei beantragt die Auflösung zu dem Zeitpunkt, zu dem die Kündigung als ordentliche hätte wirksam werden können.²

Eine Abfindung muss berücksichtigen,⁴ dass

- das Arbeitsverhältnis über 19 Jahre bestanden hat
- die Kündigung sich als besonders sozialwidrig erweist
- die Arbeitsmarktchancen der Klagepartei mit Rücksicht auf deren Alter schlecht sind
- der in $\frac{1}{12}$ - Anteile zerlegte Jahresverdienst der Klagepartei sich auf EUR beläuft.

Rechtsanwalt

Anmerkungen

1. § 9 Abs. 1 S. 1 KSchG ermöglicht dem Arbeitgeber, die **Auflösung** des Arbeitsverhältnisses und Verurteilung zur Zahlung einer **Abfindung** zu verlangen, wenn

- die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beenden kann und
- dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten ist.

Arbeitnehmerseitig kommt der Antrag sowohl bei ordentlicher Kündigung (§ 9 Abs. 1 S. 1 KSchG) als auch bei außerordentlicher Kündigung (§ 13 Abs. 1 S. 3 KSchG) in Betracht.

Prozessuale Voraussetzung für die Entscheidung ist, dass

- ein Rechtsstreit über die Kündigung anhängig ist
- die Kündigung unwirksam ist
- das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Antragstellung noch besteht
- die **Auflösung vom Arbeitnehmer** beantragt wird.
Dabei ist zu beachten, dass
- die Feststellung der Unwirksamkeit nicht notwendigerweise kontradiktorisch erfolgen muss, sondern auch durch **Teilanerkennsurteil** erfolgen kann (BAG 29.1.1981 – 2 AZR 1055/78, BAG AP KSchG 1969 § 9 Nr. 6).
- Im Gegensatz zum arbeitgeberseitigen Auflösungsantrag, der die Unwirksamkeit der Kündigung **nur** wegen Sozialwidrigkeit voraussetzt, darf für die Begründung des arbeitnehmerseitigen Antrags die Kündigung **auch** aus anderen Gründen unwirksam sein (BAG 9.10.1979 – 6 AZR 1059/77, BAG AP KSchG 1969 § 9 Nr. 4).

- Die **Unzumutbarkeit** im Sinne von § 9 Abs. 1 S. 1 KSchG nicht in gleicher Weise zu definieren ist wie in § 626 Abs. 1 BGB (BAG 26.11.1981 – 2 AZR 503/79, BAG AP KSchG 1969 § 9 Nr. 8).

Der Antrag wird als ein „**eigenständiges prozessuales Institut des Kündigungsschutzrechts**“ gesehen, was sich aus § 9 Abs. 1 S. 3 KSchG ergebe (BAG 28.1.1961 – 2 AZR 482/59, BAG AP KSchG § 7 Nr. 8 und BAG 26.11.1979 – 7 AZR 752/77, BAG AP KSchG 1969 § 9 Nr. 5).

Hiernach kann der Antrag bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz gestellt und zurückgenommen werden.

Allerdings ist es unzulässig, nur mit diesem Ziel Berufung einzulegen (BAG 23.6.1993 – 2 AZR 56/93, BAG AP KSchG 1969 § 9 Nr. 23).

Der **arbeitnehmerseitige Auflösungsantrag** ist stets ein uneigentlicher **Eventualantrag**, denn er setzt die Begründetheit des Feststellungsantrags nach § 4 KSchG voraus. Ob die Begründetheit eines Auflösungsantrags nach § 9 KSchG voraussetzt, dass die Sozialwidrigkeit der Kündigung im Tenor des Urteils festgestellt wird, wird problematisiert von *Sieweke* (*Sieweke NZA* 2011, 1324). Die selbstständige Geltendmachung alleine ist nicht denkbar.

Der Antrag bedarf **keiner besonderen Form** und kann daher jederzeit auch zu Protokoll der mündlichen Verhandlung gestellt werden.

Er bedarf aber der Begründung. Hierzu muss ein ganz bestimmter Sachverhalt in Bezug genommen werden. Aus dem Verhandlungsgrundsatz folgt, dass dem Gericht selbst bei Offenkundigkeit von Tatsachen deren Verwertung zur **Begründung** des Auflösungsantrags verwehrt sei, wenn diese nicht ausdrücklich zum Zweck der **Begründung** des Auflösungsantrags in Bezug genommen werden (BAG 30.9.1976 – 2 AZR 492/75, BAG AP KSchG 1969 § 9 Nr. 3). Zur Begründung können auch Argumente herangezogen werden, die betriebsverfassungsrechtlich einem Verwertungsverbot unterlägen (BAG 10.10.2002 – 2 AZR 240/01, BAG AP KSchG 1969 § 9 Nr. 45).

2. Bei der Formulierung sind wichtige Überlegungen nötig:

- was bewirkt der Antrag (welche materiellen Folgen?)
 - wird ein bezifferter Antrag gestellt (welche prozessualen Folgen in Bezug auf Kosten?)
- Nach § 9 Abs. 2 KSchG stellt das Gericht als **Auflösungszeitpunkt** das Datum fest, zu welchem bei sozial gerechtfertigter Kündigung das Arbeitsverhältnis geendet hätte.

Bei Vorliegen einer ordentlichen Kündigung ist dies also der Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist.

Bei einer außerordentlichen Kündigung wäre es aber der Zeitpunkt, zu dem – ohne Fristeinhaltung – gekündigt wurde. Für die Annahmeverzugslöhne kann dies Folgen haben: sie würden als solche nicht mehr zu erstatten sein.

Nachdem Abfindungsbeträge sich regelmäßig an der Dauer des der Kündigung vorangegangenen Bestandes des Arbeitsverhältnisses orientieren, wäre die Auflösung ohne Kündigungsfristeinhaltung – gerade bei kurzer Bestandsdauer – regelmäßig nachteilig.

Die Rechtsprechung des BAG hat dies aber ausdrücklich als rechtsstaatlich anerkannt (BAG 16.5.1984 – 7 AZR 280/92, BAG AP KSchG 1969 § 9 Nr. 12) und in dieser Coupierung weder eine Verletzung von Art. 3 GG noch von Art. 14 GG gesehen.

Eine Lösung der Folgen kann nur in der Weise hergestellt werden, dass für den Wegfall von **Zwischenverdiensten** aus der Kündigungsfrist eine entsprechende Anhebung der Abfindung im Rahmen des § 10 KSchG erfolgt (hierzu: KR/*Spilger* KSchG § 10 Rn. 62).

Hat der Arbeitgeber eine fristlose und vorsorglich ordentliche Kündigung erklärt, so hat der Arbeitnehmer ein Wahlrecht, die Auflösung entweder auf den Zeitpunkt der fristlosen oder der ordentlichen Kündigung feststellen zu lassen (BAG 26.8.1993 – 2 AZR 159/93, BAG AP KSchG 1969 § 9 Nr. 22).

3. Zur Begründung ist die Berufung auf die **Unzumutbarkeit** der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses darzustellen.

Dabei liegt die **Darlegungs- und Beweislast** in vollem Umfang beim Arbeitnehmer als dem Antragsteller.

Sinn und Zweck des KSchG sei der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses; es handle sich nicht um ein „Abfindungsgesetz“ (BAG 5.11.1964 – 2 AZR 15/64, BAG AP KSchG § 7 Nr. 20).

Der Gesetzgeber hat dennoch ausdrücklich eine Durchbrechung des Bestandsschutzprinzips vorgesehen und damit Möglichkeiten eröffnet, die unseren EU-Nachbarn wesentlich weniger fremd sind, als dem System des KSchG.

Die darzustellende **Unzumutbarkeit** der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses hat sich auf dessen unbestimmte Dauer und nicht nur auf die Dauer der Kündigungsfrist zu beziehen (BAG 26.11.1981 – 7 AZR 752/77, BAG AP KSchG 1969 § 9 Nr. 5). Deshalb sind an den unbestimmten Rechtsbegriff der Unzumutbarkeit geringere Anforderungen zu stellen, als den des § 626 Abs. 1 BGB.

Diese Gründe können aber regelmäßig nicht alleine in der Unwirksamkeit der Kündigung liegen, sondern müssen aus weiteren Umständen folgen (BAG 24.9.1992 – 8 AZR 557/91, BAG AP KSchG 1969 § 9 Nr. 20).

Allerdings verwies bereits die Regierungsbegründung zu § 7 KSchG (alt) auch auf die Konstellation, dass als Kündigungsgründe unzutreffende ehrverletzende Behauptungen über die Person oder das Verhalten des Arbeitgebers aufgestellt und nicht verteidigt wurden (RdA 1951, 64).

In Betracht für die **Unzumutbarkeit** kommen auch prozessuale Verhaltensweisen oder ein der Kündigung nachfolgendes Verhalten des Arbeitgebers, welches die Position des Arbeitnehmers im Rückkehrfall unzumutbar macht. Einzelne Auflösungsgründe erörtert Haas (FA 2010, 104).

Das LAG Hamm (DB 1975, 1513) hat auch die Notwendigkeit der Verteidigung des Arbeitnehmers mit der Benennung von Kollegen als „weniger schutzwürdig“ bei der **Sozialauswahl** als Unzumutbarkeitsgrund gesehen.

Streitig ist, inwieweit bei einem **beidseitigen Auflösungsantrag** überhaupt die Notwendigkeit einer Begründung besteht.

Zum Teil wird vertreten, dass es insoweit nur auf den **übereinstimmenden geäußerten Parteiwillen** anzukommen habe, also eine Begründung entbehrlich sei (Bauer DB 1985, 1182; LAG Berlin 8.8.1967, BB 1968, 207; Leisten BB 1994, 2138; Tschöpe/Holthöwer Rn. 200).

Diese Auffassung ist bedenklich, denn das Gericht hat dennoch zu prüfen, ob die gesamten Voraussetzungen im Sinne von § 9 Abs. 1 KSchG gegeben sind; das Gericht kann nicht durch Parteierklärungen davon entbunden werden, die Sozialwidrigkeit der Kündigung zu prüfen. Allenfalls kann der übereinstimmende Antrag dann noch als Nicht-Bestreiten vorgetragener und vorzutragender Auflösungsgründe gewertet werden (KR/Spilger KSchG § 9 Rn. 66, 67).

Die Antragstellung ist auch „nach **Kündigungsrücknahme**“ prozessual zulässig.

Vielfach ist zu beobachten, dass nach einer durch rechtzeitige Klageerhebung einsetzenden Gegenwehr des Arbeitnehmers gegen die Kündigung der Arbeitgeber zur „**Rücknahme**“ der Kündigung schreitet. Ebenso ist zu beobachten, dass arbeitnehmerseitig das wirkliche Prozessziel der Erhalt einer Abfindung ist.

Das BAG hat mit Urteil vom 19.8.1982 (BAG 19.8.1982 – 2 AZR 116/81, BAG AP KSchG 1969 § 9 Nr. 9) bis dorthin bestehende Unklarheiten beseitigt und festgestellt:

- in der Erhebung einer Kündigungsschutzklage liege keine antizipierte Zustimmung des Arbeitnehmers zur Rücknahme der Kündigung
- vielmehr sei in der Rücknahme ein Vertragsangebot des Arbeitgebers zu sehen, welches nun vom Arbeitnehmer angenommen werden müsse

- oder aber mit einem Auflösungsantrag beantwortet werden könne.

Die Entscheidung des Arbeitnehmers hat nunmehr innerhalb des durch §§ 145, 147 Abs. 1 und 2 BGB fixierten Fristrahmens zu erfolgen. Natürlich geht mit der Entscheidung der Ablehnung der Arbeitnehmer voll in das Risiko des Leistungsverzuges.

Der **Antragsgegner** ist zwangsläufig der Beklagte.

Lediglich im Falle eines der Klageerhebung folgenden **Betriebsübergangs** kann Antragsgegner nur der Übernehmer sein (BAG 20.3.1997 – 8 AZR 769/95, BAG AP KSchG 1969 § 9 Nr. 30).

Kostenfolgen des Auflösungsantrags sind zu überlegen.

Ob ein eigener Streitwert aus dem Auflösungsantrag folgt, ist streitig. (KR Rn. 90 zu § 9 KSchG verneint, weil § 12 Abs. 7 das Ergebnis des Auflösungsantrages ausdrücklich konsumiere: LAG Berlin 30.12.1999 – 7 Ta 6121/99 Kost, DB 2000, 307)

Kostenmäßig gilt für den Fall der bezifferten Geltendmachung zu beachten, was das BAG (BAG 26.6.1986 – 2 AZR 522/85, BAG AP KSchG 1969 § 10 Nr. 3) entschieden hat: hat der Arbeitnehmer die von ihm begehrte Abfindung beziffert, dann sind ihm nach § 92 ZPO anteilige Kosten aufzuerlegen, wenn das Gericht hinter seinem Antrag zurückbleibt.

Tragweite erlangt diese Rechtsprechung insbesondere bei einer erstmals in zweiter Instanz formulierten Antragstellung. Ein beziffertes Antrag liegt jedenfalls vor, wenn ein „mindestens jedoch“ formuliert ist (BAG 26.6.1986 – 2 AZR 522/85, BAG AP KSchG 1969 § 10 Nr. 3).

4. Bemessungsfaktoren für die **Abfindung** nach § 10 KSchG sind

- die Dauer des Arbeitsverhältnisses
- das Lebensalter des Arbeitnehmers und die daraus resultierenden Arbeitsmarktchancen
- die eventuelle Auffindung eines neuen Arbeitsplatzes
- ein eventueller Verlust von verfallbaren Ruhegeldanwartschaften
- die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers
- das Maß der Sozialwidrigkeit sowie des Verschuldens.

Unter Berücksichtigung dieser Faktoren ist innerhalb der durch § 10 Abs. 1 definierten zulässigen Höchstgrenze die Abfindung zu ermitteln; für Arbeitnehmer nach einer Dienstzeit von mindestens 15 Jahren und nach vollendetem 50. Lebensjahr bzw. nach einer Dienstzeit von 20 Jahren und vollendetem 55. Lebensjahr gelten erhöhte Obergrenzen, die jedoch nach § 10 Abs. 2 S. 2 für den rentenberechtigten Arbeitnehmer sich wieder relativieren.

Der Begriff des „Monatsverdienstes“ im Sinne von § 10 Abs. 3 ist nicht mehr ausschließlich nach dem bloßen Gesetzestext zu beurteilen, der auf den letzten Beschäftigungsmonat und die dort erworbenen Geld- und Sachbezüge abstellt.

Vielmehr ist gerade mit fortschreitender Differenzierung der Entgeltkomponenten (Gehalt/Tantieme/Prämie etc) auf alle Zuwendungen abzustellen, die Entgelt-Charakter haben.

Soweit Zuwendungen Gratifikations-Charakter haben, bleiben sie dagegen außer Betracht.

Sachbezüge (Dienstfahrzeug, Dienstwohnung, Deputate oder Verpflegungsaufwendungen) sind mit dem Marktwert zu bewerten.

Sonderregel § 13 II KSchG

Auch ohne Anwendbarkeit des KSchG kommt ein arbeitnehmerseitiger Auflösungsantrag in Betracht im Falle der **Sittenwidrigkeit einer Kündigung**.

§ 13 Abs. 2 S. 2 verweist für diesen Fall ebenfalls auf § 9 Abs. 1 S. 1 und 2 KSchG und erklärt diese für entsprechend anwendbar.

VI. Schriftsatz zur abgestuften Darlegungs- und Beweislast zur Sozialauswahl

An das

Arbeitsgericht

Az.:

In Sachen

– Klagepartei –

Prozessbevollmächtigter:

gegen

.

– beklagte Partei –

Prozessbevollmächtigter:

wegen Kündigung

wird auf die Ausführungen der beklagten Partei erwidert:

Es mag dahinstehen, ob dringende betriebliche Bedürfnisse die Entlassung von Arbeitnehmern bedingen, denn jedenfalls ist die Kündigung gegenüber der Klagepartei wegen § 1 Abs. 3 KSchG trotzdem sozial nicht gerechtfertigt: die beklagte Partei hat die Sozialauswahl nicht richtig getroffen:¹ sie hat nicht alle der Klagepartei vergleichbaren Arbeitnehmer entlassen.

Die beklagte Partei wird aufgefordert, die Gründe ihrer Auswahlentscheidung mitzuteilen.²

Die Klagepartei geht davon aus, dass in der Gesamtmenge vergleichbarer Arbeitnehmer des Betriebes solche nicht gekündigt wurden, die weniger schutzwürdig sind, als die Klagepartei selbst.³

Rechtsanwalt^{4, 5}

Anmerkungen

1. Nach § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG ist eine betriebsbedingte Kündigung (nur bei dieser kommt die **Sozialauswahl** in Betracht) dennoch sozialwidrig, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte „nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt“ hat.

Dem Arbeitgeber kommt bei der Gewichtung der Sozialkriterien ein Wertungsspielraum zu. Die Auswahlentscheidung muss nur vertretbar sein und nicht unbedingt dem entsprechen, was das Gericht entschieden hätte (BAG 5.12.2002 – 2 AZR 549/01, BAG AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 59).

VI. Schriftsatz zur Beweislast bei Sozialauswahl

A. VI

In der seit 1.1.2004 geltenden Fassung gibt es einen abschließenden Katalog der Sozialkriterien, für deren jeweilige Wertigkeit das Gesetz aber keine Aussage macht. Zu berücksichtigen sind:

- Betriebszugehörigkeit
- Lebensalter
- Unterhaltspflichten
- evtl. Schwerbehinderung.

Die Betriebszugehörigkeit kann bei Vorliegen rechtfertigender Gründe auch fiktiv sein (BAG 2.6.2005 – 2 AZR 480/04, DB 2006, 315).

Bei den Unterhaltspflichten kommt es nicht nur auf den Inhalt der Steuerkarte, sondern auf die Realität an (LAG Rheinland-Pfalz 12.7.2007 – 10 Sa 121/06, NZA-RR 2007, 247).

Die **Prüfung** der Sozialauswahl vollzieht sich in drei Stufen, nämlich:

a) räumlich

Sie ist betriebs- und nicht etwa nur abteilungsbezogen (BAG 3.6.2004 – 2 AZR 577/03, NZA 2005, 175). Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber sich arbeitsvertraglich eine betriebsüberschreitende Versetzbarkeit des Arbeitnehmers vorbehalten hat (BAG 2.6.2005 – 2 AZR 158/04, NZA 2005, 1175).

Gibt es einen Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen, so ist die Sozialauswahl auf diesen zu erstrecken (BAG 5.5.1994 – 2 AZR 917/93, BAG AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 23).

b) persönlich

Es sind alle vergleichbaren Arbeitnehmer einzubeziehen. Die Vergleichbarkeit ist zunächst nach der arbeitsvertraglichen Situation zu beurteilen. Nur wo der Arbeitgeber im Wege des Direktionsrechts dem Arbeitnehmer den verbleibenden Arbeitsplatz zuweisen dürfte, ist die Vergleichbarkeit gegeben. Der Vertragsinhalt ist entscheidend.

Für vergleichbar hält das BAG aber auch **Voll- und Teilzeitkräfte**, es sei denn, es liegt ein unternehmerisches Konzept vor, etwa nur mit Teilzeitkräften zu arbeiten (BAG 15.7.2004 – 2 AZR 376/03, BB 2004, 2640).

c) fachlich

Es ist nach arbeitsplatzbezogenen Kriterien die Vergleichbarkeit zu beurteilen (BAG 5.12.2002 – 2 AZR 697/01, NZA 2003, 849).

Eine kurze Einarbeitungszeit steht der fachlichen Vergleichbarkeit nicht entgegen (BAG 7.12.1985 – 2 AZR 91/84 und BAG 15.6.1989 – 2 AZR 580/88, BAG AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 9 bzw. Nr. 18).

§ 1 Abs. 3 S. 2 KSchG sieht nunmehr vor, dass **Leistungsträger**, nachdem sie zunächst in die Sozialauswahl einzubeziehen waren, aus dieser wieder herausgenommen werden dürfen, wenn deren Weiterbeschäftigung im berechtigten betrieblichen Interesse liegt.

Die negative Entscheidung gegen einen Arbeitnehmer kann nicht mit besonderer Krankheitsanfälligkeit begründet werden, denn § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG fördert keine Negativauswahl (BAG 31.5.2007 – 2 AZR 306/06, NZA 2007, 1362).

Bejaht hat das BAG die Leistungsträgereigenschaft beispielsweise im Interesse der Sicherstellung des Brandschutzes (BAG 7.12.2006 – 2 AZR 748/05, NZA-RR 2007, 460).

§ 1 Abs. 3 S. 2 KSchG sieht außerdem vor, dass die Sozialauswahl zum Zweck der **Aufrechterhaltung** einer ausgewogenen **Altersstruktur** beeinflusst werden kann.

Dazu muss dargelegt werden, dass für die Bildung einer Altersstruktur ein betriebliches berechtigtes Interesse besteht. Schritte von fünf Jahren zur Strukturbildung sind ausdrücklich zugelassen (BAG 20.4.2005 – 2 AZR 201/04, NZA 2005, 877).

2. Für alles gilt natürlich § 1 Abs. 3 S. 3 KSchG: „Der Arbeitnehmer hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt im Sinne des Abs. 1 erscheinen lassen“.

3. Diese **Darlegungs- und Beweislast** des Gesetzes hat das BAG wiederum in eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast relativiert (BAG 24.3.1983 – 2 AZR 21/82, BAG AP KSchG 1969 § 1 betriebsbedingte Kündigung Nr. 9; BAG 5.5.1994 – 2 AZR 917/93, BAG AP KSchG 1969 § 1 soziale Auswahl Nr. 23).

Danach ist in folgenden Schritten vorzugehen:

- a) Zunächst ist der Arbeitnehmer für die fehlerhafte **Sozialauswahl** darlegungs- und beweispflichtig, sofern er die dafür erforderlichen Informationen besitzt.
- b) Besitzt er sie nicht, muss er dazu auffordern, dass der Arbeitgeber die Gründe mitteilt, die ihn zur **Sozialauswahl** bewogen haben.
- c) Dann hat der Arbeitgeber nach § 1 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 KSchG die Pflicht, substantiiert vorzutragen.
Allerdings ist diese Pflicht begrenzt auf die „subjektiven, von ihm angestellten Überlegungen“.
Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf die vollständige Auflistung der Sozialdaten aller objektiv vergleichbaren Arbeitnehmer.
- d) Gibt der Arbeitgeber keine oder nur unvollständige Auskunft, so kann der Arbeitnehmer bei fehlender eigener Kenntnis sich darauf beschränken zu erklären, „es sind andere, sozial weniger schutzwürdige Arbeitnehmer vorhanden“.
- e) Wenn der Arbeitgeber dann nicht konkret wird und ergänzt, ist die Erklärung zu d) als unstreitig zu behandeln. Zu der aus § 1 Abs. 3 S. 1 letzter Hs. folgenden **subjektiv determinierten materiellen Mitteilungspflicht** trete eine aus § 138 ZPO folgende Erklärungspflicht hinzu.

Es hilft dem Arbeitgeber also nichts, nur darzustellen, was er überlegt hat.

Wenn der Arbeitnehmer weiter bohrt (was ihm anzuraten ist), dann muss der Arbeitgeber alles zur **Sozialauswahl** vortragen, auch ohne eine materielle Pflicht zur Darlegung jenseits seiner subjektiven Überlegungen zu haben.

4. Wieder eingeführt ist durch das Gesetz über die Reformen des Arbeitsmarktes auch Abs. 5 des § 1 KSchG, wonach im Falle einer Betriebsänderung im Sinne von § 111 BetrVG der Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat Namenslisten beinhalten kann, aufgrund derer die Sozialauswahl als richtig vermutet wird und nur grobe Fehler bei der Sozialauswahl gerügt werden können.

5. Es wird sich nach den vom Gericht gesetzten Ausschlussfristen im Kündigungsschutzprozess bestimmen, wer im Rahmen der **abgestuften Darlegungs- und Beweislast** zu welchem Zeitpunkt wie viel vorträgt bzw. rügt und dem anderen Prozessteil die nächste Stufe der Erklärungspflicht zuspiziert. Die einzelnen Bausteine aus dem Schriftsatzmuster können also auch gestaffelt unter Berücksichtigung der einzelnen Darlegungsstufen von lit. a)–d) verwendet werden.