
Datum: 04.11.2004
Gericht: Landesarbeitsgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 11. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 Sa 957/04
ECLI: ECLI:DE:LAGD:2004:1104.11SA957.04.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Mönchengladbach, 7 Ca 5028/03

Schlagworte: Berücksichtigung von sog. Doppelverdienst im Rahmen der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG i. d. bis zum 31.12.2003 geltenden Fassung

Normen: GG Art. 6 Abs. 1; KSchG § 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbsatz a. F.

Sachgebiet: Arbeitsrecht

Leitsätze:

1. Die Berücksichtigung des sog. Doppelverdienstes bei der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG a. F. ist sachlich gerechtfertigt, da dieser Gesichtspunkt in einem Zusammenhang mit den nach der genannten Vorschrift zu beachtenden Unterhaltsverpflichtungen steht, die sich nach familienrechtlichen Bestimmungen der §§ 1360 ff., 1569 ff., 1601 ff. BGB richten. Berücksichtigt man nämlich bei der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG a. F. zugunsten eines Arbeitnehmers Unterhaltspflichten, muss man zur näheren Bestimmung der Höhe dieser Pflichten auch mögliche Unterhaltsansprüche aus § 1360 BGB gegenüber dem mitverdienenden Ehegatten beachten. Hierin liegt kein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG. 2. Zur Feststellung, ob die Höhe des sog. Doppelverdienstes die Unterhaltspflicht eines in die soziale Auswahl einzubeziehenden Arbeitnehmers entfallen lässt, trifft den Arbeitgeber eine entsprechende Erkundigungspflicht bei den für eine Kündigung in Betracht kommenden Arbeitnehmern bzw. Arbeitnehmerinnen. Auf die Eintragungen in den Lohnsteuerkarten kann sich der Arbeitgeber in diesem Zusammenhang nicht verlassen, weil diese unvollständig sein können (so schon LAG Hamm 29.03.1985 - 2 Sa 560/85 - LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 1). 3. Offen bleibt, wie zu entscheiden wäre, wenn der

Arbeitgeber seine Erkundigungspflicht nachgekommen wäre, die betreffenden Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmerinnen ihm aber keine Auskunft über die Höhe des Doppelverdienstes gegeben hätten.

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Mönchengladbach vom 30.04.2004

- 7 Ca 5028/03 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird für die Beklagte zugelassen.

T A T B E S T A N D :

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung der Beklagten.

Die am 27.02.1960 geborene Klägerin, die ausgebildete Sozialpädagogin ist, ist seit dem 01.08.1990 bei der Beklagten, die regelmäßig mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt, als Kindergartenleiterin gegen ein Bruttomonatsgehalt in Höhe von zuletzt ca. 3.200,-- € brutto beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet der Bundes-Angestelltentarifvertrag in kirchlicher Fassung (BAT-KF) Anwendung. Aufgrund einer am 18.09.1991 zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung wird die Klägerin seit dem 01.01.1991 nach der Vergütungsgruppe IV b (Fallgruppe 2.10.20) des Allgemeinen Vergütungsgruppenplans zum BAT-KF (AVGP. BAT-KF) der Anlage 1 a zu § 22 BAT-KF vergütet.

Die Klägerin ist ihrem 16 Jahre alten behinderten Sohn K. gegenüber zum Unterhalt verpflichtet. Die monatliche Belastung beläuft sich auf 401,-- € monatlich. Der Kindesvater kommt für Unterhaltszahlungen nicht auf.

Die Beklagte betreibt in N.-P. insgesamt drei Kindergärten, und zwar auf der J. Straße, dem S.-M.-Ring und auf dem O. Feldweg. Die Klägerin ist als Leiterin des Kindergartens J. Straße eingesetzt, der 1990 als Projektkindergarten für Aus- und Übersiedler eingerichtet wurde. Bei ihm handelt es sich um eine sog. Zwei-Gruppen-Einrichtung.

Den Kindergarten S.-M.-Ring , der eine sog. integrative Einrichtung darstellt, leitet Frau W. B., die ausgebildete Heilpädagogin und Mitglied der Mitarbeitervertretung ist. Der Kindergarten O. Feldweg , bei dem es sich um eine sog. Drei-Gruppen-Einrichtung handelt, wird von Frau H., geboren am 17.12.1951 und seit 1993 betriebszugehörig, geleitet. Als Leiterin einer Drei-Gruppen-Einrichtung wird sie nach der Vergütungsgruppe IV b der Anlage 1 a zu § 22 BAT-KF zuzüglich einer Vergütungsgruppenzulage vergütet. Ausweislich der der Beklagten vorliegenden Lohnsteuerkarte von Frau H. für 2004 hat sie die Steuerklasse 4. In der mündlichen Verhandlung vom 09.09.2004 erklärte der Prozessbevollmächtigte der Beklagten, er gehe mit seiner Mandantschaft davon aus, dass der Ehemann von Frau H. in etwa soviel verdiene, wie diese selbst, so dass sie gegenüber ihrem Ehemann nach dem BGB nicht unterhaltsverpflichtet sei.

Mit Schreiben vom 18.09.2000 teilte die Stadt N. der Beklagten mit, dass der Jugendhilfeausschuss in seiner Sitzung am 05.04.2000 einstimmig beschlossen habe, den Betrieb des Kindergartens J. Straße bis zum 31.07.2004 fortführen zu lassen. Nach einem von der Beklagten in zweiter Instanz vorgelegten Auszug aus dem Protokollbuch der Evangelischen Kirchengemeinde P. vom 29.01.2004 beschloss das Presbyterium der Beklagten im Hinblick darauf, dass der Kindergarten J. Straße seitens der Stadt N. nicht über den 31.07.2004 hinaus weitergeführt werde, die Klägerin betriebsbedingt und fristgerecht zum 30.06.2004 zu kündigen. Dies geschah dann nach Anhörung und Zustimmung der Mitarbeitervertretung mit Schreiben vom 19.11.2003.	
Mit ihrer beim Arbeitsgericht Mönchengladbach am 08.12.2003 eingegangenen und der Beklagten drei Tage später zugestellten Klage macht die Klägerin die Unwirksamkeit der ihr gegenüber ausgesprochenen Kündigung geltend.	8
Die Klägerin, die die ordnungsgemäße Durchführung des Anhörungsverfahrens bei der Mitarbeitervertretung bestritten hat, hat im Wesentlichen geltend gemacht:	9
Dringende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung, die zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses, einen Monat vor dem von der Beklagten genannten Termin zur Schließung des Kindergartens J. Straße führen solle, lägen nicht vor. Zudem sei die von der Beklagten vorgenommene Sozialauswahl offensichtlich fehlerhaft, da Frau H. weniger schutzwürdig sei als sie.	10
Die Klägerin hat beantragt	11
festzustellen, dass die mit Schreiben der Beklagten vom 19.11.2003 ausgesprochene Kündigung rechtsunwirksam ist und das Arbeitsverhältnis zum 30.06.2004 nicht beendet wird.	12
Die Beklagte hat beantragt,	13
die Klage abzuweisen.	14
Die Beklagte hat im Wesentlichen geltend gemacht:	15
Sie habe nicht die Möglichkeit gehabt, die nach dem BAT-KF vorgesehene Quartalskündigung erst zum 30.09.2004 auszusprechen und die Klägerin zwei Monate unbeschäftigt weiter zu finanzieren. Sie habe deshalb als Beendigungstermin dem 30.06.2004 gewählt und die Aufgaben der Klägerin für Juli 2004 auf die Vertretung verteilt. Dies sei deshalb besonders leichtgefallen, weil es sich um den Abwicklungsmonat gehandelt habe, bei dem keine grundlegenden Leitungsfunktionen mehr anfallen würden. Die Sozialauswahl sei nicht zu beanstanden. Die Klägerin sei deutlich jünger als Frau H. und habe nur eine geringfügig längere Betriebszugehörigkeit. Das höhere Lebensalter von Frau H. sei vorliegend besonders schwer zu gewichten, weil sie in einem Alter sei, bei dem sie auf dem Arbeitsmarkt so gut wie nicht mehr zu vermitteln sei. Die Klägerin könne als Sozialpädagogin zudem auf dem Arbeitsmarkt ein sehr viel höheres Segment abdecken als Frau H. als Erzieherin.	16
Mit seinem am 30.04.2004 verkündeten Urteil hat das Arbeitsgericht der Klage stattgegeben und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:	17
Es könne dahinstehen, ob die streitbefangene Kündigung rechtswirksam sei, weil sie wegen fehlender dringender betrieblicher Gründe gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial ungerechtfertigt sei. Jedenfalls ergebe sich die Sozialwidrigkeit aus § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG	18

in der bis zum 31.12.2003 geltenden Fassung (künftig: § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG a. F.), da die Beklagte bei der Auswahl der Klägerin soziale Gesichtspunkte nicht bzw. nicht ausreichend berücksichtigt habe. Die Klägerin sei jedenfalls mit Frau H. vergleichbar. Dem stehe nicht der unterschiedliche Ausbildungsstand beider Mitarbeiterinnen entgegen. Entscheidend sei die bisher bei Beklagten ausgeübte Tätigkeit, nämlich diejenige einer Kindergartenleiterin. Die Beklagte habe jedoch bei der Auswahl beider Mitarbeiterinnen soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt. Auch nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG a. F. seien bei der sozialen Auswahl in erster Linie die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten zu berücksichtigen. Hinsichtlich zwei der vorgenannten Kriterien sei die Klägerin schutzwürdiger als Frau H., da sie länger bei der Beklagten beschäftigt und einem behinderten Kind gegenüber zum Unterhalt verpflichtet sei. Dies wiege das um zehn Jahre höhere Lebensalter der Frau H. nicht auf. Ausschlaggebend sei vor allem, dass die Klägerin einem behinderten Kind gegenüber allein zum Unterhalt verpflichtet sei.

Gegen das ihr am 21.05.2004 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit einem bei Gericht am 04.06.2004 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese zugleich begründet. 19

Die Beklagte macht unter teilweiser Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens im Wesentlichen geltend: 20

Die Funktion der Leiterin der Einrichtung J. Straße sei spätestens zum 30.06.2004 entfallen. Wesentliche Aufgaben der Kindergartenleiterin, wie die Bearbeitung von Neuanmeldungen, Zusammenstellung neuer Gruppen, personelle Planung, Verteilung der Mitarbeiter und Besprechung und Entwicklung pädagogischer Ziele und Konzepte, gebe es im letzten Monat eines Kindergartenjahres, zu dem - unstreitig - der Juli gehöre, nicht mehr. Zudem seien erfahrungsgemäß im Juli schon eine Vielzahl der Kinder nicht mehr anwesend, weil insbesondere Eltern, die noch keine schulpflichtigen Kinder hätten, auch die kostengünstigere Urlaubszeit vor den Schulferien nutzen würden. Eine Sozialauswahl zwischen der Klägerin und Frau H. habe sie nicht treffen müssen, da eine Vergleichbarkeit der beiden Mitarbeiterinnen nicht feststellbar sei. Dies beruhe auf der unterschiedlichen Größe der beiden in Rede stehenden Kindergärten, die auch zu unterschiedlichen Eingruppierungen führen würde. Die Leiterin einer Zwei-Gruppen-Einrichtung werde nach der Vergütungsgruppe V c der Anlage 1 a zu § 22 BAT-KF und nur im Bewährungsaufstieg nach der Vergütungsgruppe IV b der Anlage 1 a zu § 22 BAT-KF bezahlt. Die Leiterin einer Drei-Gruppen-Einrichtung werde nach der Vergütungsgruppe IV b der Anlage 1 a zu § 22 BAT-KF zuzüglich einer Vergütungsgruppenzulage vergütet. Außerdem sei die Leiterin einer Drei-Gruppen-Einrichtung von der Leitung der Gruppe freigestellt. Ihr obliege keine direkte pädagogische Arbeit am Kind. Dagegen sei die Klägerin in erster Linie Gruppenleiterin und arbeite primär am Kind, ihre Leitungstätigkeiten seien sekundär. Eine Freistellung, wie bei der Drei-Gruppen-Einrichtung, gebe es nicht. Sie sei nicht verpflichtet gewesen, bei Frau H. Erkundigungen darüber einzuholen, ob sie Doppelverdienerin sei oder nicht. 21

Die Beklagte beantragt, 22

die Klage unter Aufhebung des arbeitsgerichtlichen Urteils abzuweisen. 23

Die Klägerin beantragt, 24

die Berufung der Beklagten gegen das erstinstanzliche Urteil 25

zurückzuweisen. 26

27

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und führt unter teilweiser Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ergänzend aus:

Sie hätte ohne Weiteres bis zum 31.07.2004 weiterbeschäftigt werden können. Der Arbeitsanfall im Juli 2004 sei nämlich im Vergleich zu den Vormonaten höher gewesen, weil zwei Mitarbeiterinnen sukzessive jeweils zwei Wochen Urlaub gehabt hätten. Entgegen der Auffassung der Beklagten sei sie sehr wohl mit Frau H. vergleichbar. Der Umstand, dass der von Frau H. geleitete Kindergarten in drei Gruppen aufgeteilt sei, während der von ihr geleitete Kindergarten zwei Gruppen aufweise, sei lediglich ein quantitativer und kein qualitativer Unterschied. Mit zutreffender Argumentation habe die Vorinstanz festgestellt, dass nach den im Rahmen des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG a. F. zu berücksichtigenden Sozialkriterien sie schutzwürdiger als Frau H. sei. Der Beklagten sei aufgrund eines Gesprächs mit Herrn Pfarrer O. am 16.10.2003 die besondere Situation, in der sie sich durch ihren behinderten Sohn infolge einer Heimunterbringung im November 2003 befunden habe, bekannt gewesen.

Wegen des sonstigen Vorbringens der Parteien im Einzelnen wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der Akte ergänzend Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

A.

Die Berufung der Beklagten, gegen deren Zulässigkeit keinerlei Bedenken bestehen, ist unbegründet.

I. Zu Recht hat die Vorinstanz festgestellt, dass die Klage der Klägerin, die trotz unzutreffender Antragstellung in erster Instanz als Kündigungsschutzklage nach § 4 Satz 1 KSchG (in der bis zum 31.12.2003 geltenden Fassung) auszulegen ist (§§ 133, 157 BGB analog), begründet ist. Denn das Arbeitsverhältnis der Parteien ist, da die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 19.11.2003 rechtsunwirksam nach § 1 Abs. 1 KSchG ist, nicht zum 30.06.2004 aufgelöst worden.

II. Wie die Vorinstanz lässt die erkennende Kammer dahinstehen, ob die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 19.11.2003 bereits deshalb gemäß

§ 1 Abs. 1 KSchG unwirksam ist, weil sie zum 30.06.2004 ausgesprochen worden ist, obwohl für die Klägerin, wenn auch u. U. in geringerem Umfang, noch ein Beschäftigungsbedürfnis bis zum 31.07.2004, dem Zeitpunkt der Schließung des Kindergartens J. Straße , bestand. Denn jedenfalls ist diese Kündigung deshalb gemäß § 1 Abs. 1 KSchG unwirksam, weil die Beklagte bei der Auswahl der Klägerin als zu kündigende Mitarbeiterin soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt hat (§ 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG a. F.).

1. Zutreffend ist das Arbeitsgericht davon ausgegangen, dass für die Beurteilung der ausreichenden Sozialauswahl im Streitfall § 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG a. F. maßgebend war. Ob eine Willenserklärung, wie die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, rechtsgestaltend wirkt, kann nur nach der bis zu ihrem Zugang (§ 130 BGB) bestehenden Rechtslage beurteilt werden (st. Rspr., z. B. BAG 21.02.2001 - 2 AZR 39/00 - EzA § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 8; BAG 12.04.2002 - 2 AZR 706/00 - EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 48).

2. Des Weiteren hat die Vorinstanz richtig erkannt, dass die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG a. F. - hieran hat sich durch die Neufassung dieser Vorschrift mit Wirkung zum 01.01.2004 nichts geändert - in drei Schritten zu erfolgen hat.
- a) Zunächst hat der Arbeitgeber im Betrieb den Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer zu ermitteln, wobei die Auswahl betriebsbezogen unter vergleichbaren Arbeitnehmern zu erfolgen hat (BAG 17.09.1989 - 2 AZR 725/97 - EzA
- § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 36). Vergleichbarkeit setzt Austauschbarkeit auf derselben Ebene der Betriebshierarchie (sog. horizontale Vergleichbarkeit) ohne Änderung der Arbeitsbedingungen, wozu der Arbeitgeber z. B. auch aufgrund einer Versetzungsklausel in der Lage ist (vgl. BAG 28.10.1999 - 2 AZR 437/98 - EzA § 15 KSchG n. F. Nr. 48; BAG 28.08.2003 - 2 AZR 368/02 - EzA
- § 125 InsO Nr. 1), voraus (BAG 05.10.1995 - 2 AZR 269/95 - EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 82; vgl. auch BAG 22.04.2004 - 2 AZR
- 244/03 - demnächst EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 53). Die Austauschbarkeit richtet sich in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen, d. h. nach der ausgeübten Tätigkeit. Sie ist nicht nur bei völliger Identität der Arbeitsplätze, sondern auch dann zu bejahen, wenn der Beschäftigte aufgrund seiner bisherigen Aufgaben im Betrieb und angesichts seiner beruflichen Qualifikation dazu in der Lage ist, die andersartige, aber gleichwertige Arbeit eines Kollegen bzw. einer Kollegin zu verrichten. Die Notwendigkeit einer kurzen Einarbeitungszeit steht der Vergleichbarkeit nicht entgegen (BAG 17.02.2000 - 2 AZR 142/99 - EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 43; BAG 05.12.2002 - 2 AZR 697/01 - EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 52).
- b) Unter den nach Maßgabe des ersten Schrittes ermittelten Arbeitnehmern ist in einem zweiten Schritt eine Auswahl vorzunehmen. Dem bis zum 31.12.2003 geltenden Wortlaut des § 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG war zwar nicht zu entnehmen, welche sozialen Gesichtspunkte der Arbeitgeber bei der Durchführung der sozialen Auswahl zu berücksichtigen hat und wie diese zueinander ins Gewicht zu setzen sind. Einigkeit bestand insoweit, als jedenfalls die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und etwaige Unterhaltspflichten bei der Sozialauswahl zu berücksichtigen waren. Diese drei Kriterien sind neben der Schwerbehinderung seit dem 01.01.2004 vom Gesetzgeber in
- § 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG n. F. wieder genannt, nachdem sie - mit Ausnahme der Schwerbehinderung - bereits in der Zeit vom 01.10.1996 bis zum 31.12.1998 in § 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG i. d. F. von Art. 1 Nr. 1 lit. a aa des Arbeitsrechtliches Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung (Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz) vom 25.09.1996 (BGBl. I S. 1476) ausdrücklich genannt waren. Weder nach der bis zum 31.12.2003 noch der seitdem geltenden Fassung des § 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG war bzw. ist es weder möglich noch angezeigt, dem Arbeitgeber hinsichtlich der Gewichtung der drei Kriterien Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und Unterhaltspflichten abstrakte Vorgaben zu machen. Jedenfalls kommt nach § 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG a. F. der Betriebszugehörigkeit keine Priorität gegenüber den anderen Kriterien zu (BAG 02.12.1999 - 2 AZR 757/98 - EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 42; BAG 05.12.2002 - 2 AZR 549/01 - EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 49). Maßgeblich sind vielmehr jeweils die Umstände des Einzelfalls. Allerdings sollte der Arbeitgeber nach der Konzeption des § 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG a. F. und n. F. einen Wertungsspielraum haben. Die Auswahlentscheidung muss nur vertretbar sein und nicht unbedingt der Entscheidung entsprechen, die das Gericht getroffen hätte, wenn es eigenverantwortlich

soziale Erwägungen hätte anstellen müssen. Der dem Arbeitgeber vom Gesetz eingeräumte Wertungsspielraum führt dazu, dass nur deutlich schutzwürdigere Arbeitnehmer mit Erfolg die Fehlerhaftigkeit der sozialen Auswahl rügen können (BAG 18.01.1990 - 2 AZR 357/89 - EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 28; BAG 05.12.2002 - 2 AZR 549/01 - a. a. O.; Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz, 8. Aufl. 2002, Rz. 1161; Rost; ZIP 1982, 1396, 1400). Daher können sich mehrere Entscheidungen als zutreffend erweisen (BAG 05.12.2002 - 2 AZR 549/01 - a. a. O.).

c) In einem dritten Schritt hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, bestimmte an sich vergleichbare, nach den gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG a. F. an sich nicht schützenswerte Arbeitnehmer, deren Weiterbeschäftigung aufgrund der in § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG a. F. genannten Umstände im berechtigten betrieblichen Bedürfnis - seit dem 01.01.2004: im berechtigten betrieblichen Interesse (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG a. F.) - liegt, unabhängig vom Ergebnis der Sozialauswahl weiterzubeschäftigen. 44

3. Unter Zugrundelegung dieser Drei-Stufen-Prüfung der sozialen Auswahl war die von der Beklagten getroffene Auswahlentscheidung fehlerhaft. Sie hätte nämlich zugunsten der Klägerin im Vergleich mit der Arbeitnehmerin H. ausfallen müssen. 45

a) Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, dass die Klägerin mit Frau H. vergleichbar ist. 46

aa) Die Klägerin kann die Funktion von Frau H. als Leiterin des Kindergartens O. Feldweg wahrnehmen, ohne dass ihre Arbeitsbedingungen geändert werden müssten. Beide Mitarbeiterinnen sind Leiterinnen eines nicht integrativen Kindergartens. Nach dem Arbeitsvertrag, der ausweislich der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils dem Arbeitsgericht im Termin zur mündlichen Verhandlung am 30.04.2004 vorlag, ist die von der Klägerin geschuldete Arbeitsleistung nicht auf den Kindergarten J. Straße beschränkt. Vielmehr ist nach dem Arbeitsvertrag ihr Tätigkeitsbereich mit Kindergartenleiterin beschrieben. Aus diesem Grund ist es auch unerheblich, ob nur Frau H. und nicht auch die Klägerin, wie von der Beklagten behauptet, vollständig von der Leitung der im jeweiligen Kindergarten zu betreuenden Gruppen freigestellt ist. 47

bb) Unerheblich ist des Weiteren, dass eine Sozialpädagogin oder Erzieherin als Leiterin von Kindertagesstätten mit zwei Gruppen nach der Verfügungsgruppe V c der Anlage 1 a zu § 22 BAT-KF vergütet wird, während die Leiterin von Kindertagesstätten mit drei Gruppen nach der Vergütungsgruppe IV b der Anlage 1 a zu § 22 BAT-KF zuzüglich einer Vergütungsgruppenzulage vergütet wird. Die tarifliche Eingruppierung kann nämlich die Frage, ob Arbeitnehmer austauschbar sind, nur in engen Grenzen herangezogen werden, wobei dies vor allem bei ausgesprochenen Hilfstätigkeiten gilt (BAG 25.04.1985 - 2 AZR 140/84 - EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 35; BAG 05.12.2002 48

- 2 AZR 697/01 - NZA 2003, 851). Abgesehen davon, dass die Leitung eines Kindergartens keine ausgesprochene Hilfstätigkeit darstellt, kann die unterschiedliche tarifliche Eingruppierung vorliegend schon deshalb nicht für die Vergleichbarkeit der Klägerin mit Frau H. herangezogen werden, weil die Klägerin seit dem 01.01.1991, wenn auch u. U. übertariflich, nach der Vergütungsgruppe IV b der Anlage 1 a zu § 22 BAT-KF vergütet wird. 49

b) Bei der Gewichtung der auch nach § 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG a. F. in erster Linie in Betracht kommenden Sozialkriterien Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und Unterhaltspflichten hat die Vorinstanz die Klägerin nach Überzeugung der Kammer zu Recht als deutlich schutzwürdigere Arbeitnehmerin gegenüber Frau H. angesehen. Hieran ändert 50

nicht die nicht näher konkretisierte Behauptung der Beklagten, die Klägerin sei aufgrund ihrer höheren Qualifizierung als Sozialpädagogin eher als Frau H. in der Lage, neue Arbeit zu finden.

aa) Für die Klägerin spricht zwar deren längere Betriebszugehörigkeit, die allerdings mit drei Jahren nicht besonders ins Gewicht fällt. Allerdings wird die längere Betriebszugehörigkeit der Klägerin durch das deutlich höhere Lebensalter von Frau H., die mit 52 Jahren circa 10 Jahre älter ist als die Klägerin, mehr als aufgewogen. Wenn die Kammer dennoch mit der Vorinstanz zu dem Ergebnis gelangt, dass die zu Lasten der Klägerin getroffene Auswahl nicht mehr so ausgewogen ist, dass davon gesprochen werden kann, die sozialen Gesichtspunkte seien ausreichend berücksichtigt worden, liegt das an den unterschiedlichen Unterhaltspflichten der Klägerin und der Frau H.. Letztere ist Doppelverdienerin und erzielt, wie in der mündlichen Verhandlung am 09.09.2004 zwischen den Parteien unstreitig geworden ist, im Vergleich zu ihrem Ehemann einen Arbeitsverdienst, der sie von der ihm gegenüber an sich bestehenden Unterhaltspflicht (vgl. § 1360 Satz 1 BGB) befreit. Demgegenüber ist die Klägerin gemäß § 1589 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. § 1601 BGB ihrem 16-jährigen Sohn gegenüber unterhaltsverpflichtet.

51

bb) Mit ihrem Einwand, ihr seien im Zeitpunkt des Ausspruchs der streitbefangenen Kündigung die Einkunftsverhältnisse des Ehepartners von Frau H. nicht bekannt gewesen und habe deshalb diesen Umstand im Rahmen der Sozialauswahl nicht berücksichtigen können, kann die Beklagte nicht gehört werden.

52

(1.) Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Berücksichtigung des sog. Doppelverdienstes bei der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG sachlich gerechtfertigt ist, da dieser Gesichtspunkt in einem Zusammenhang zu den nach der genannten Vorschrift zu beachtenden Unterhaltsverpflichtungen steht. Diese richten sich nach den familienrechtlichen Bestimmungen des BGB und zwar nach §§ 1360 ff., 1569 ff., 1601 ff. BGB (vgl. nur APS/Kiel, 1. Aufl. 2000, § 1 KSchG Rz. 716; Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl. 2002, Rz. 1104). Ein Arbeitnehmer kann als sog. Doppelverdiener aber gerade wegen seiner geringeren Unterhaltsverpflichtungen nach §§ 1360 ff.; 1569 ff.; 1601 ff. BGB durchaus sozial weniger schutzwürdig sein als jüngere Alleinverdiener mit einer geringeren Dauer der Betriebszugehörigkeit (BAG 08.08.1985 - 2 AZR 464/84 - EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 21).

53

(2.) Die Berücksichtigung des Doppelverdienstes zu Lasten eines in die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG a. F. einzubeziehenden Arbeitnehmers stellt nicht etwa einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG dar. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Arbeitgeber im Ergebnis verpflichtet würde, einem verheirateten Arbeitnehmer nur wegen seiner familiären Bindung zu kündigen (BAG 05.12.2002 - 2 AZR 549/01 - EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 49). Kein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG liegt dagegen vor, wenn man bei der Ermittlung der im Kündigungsfall schutzwürdigeren Person nach Maßgabe des

54

§ 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG a. F. die konkreten Unterhaltspflichten der in die soziale Auswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer berücksichtigt. Berücksichtigt man nämlich bei der Sozialauswahl zugunsten eines Arbeitnehmers Unterhaltspflichten, muss man zur näheren Bestimmung der Höhe dieser Pflichten auch mögliche Unterhaltsansprüche aus § 1360 BGB gegenüber dem mitverdienenden Ehegatten beachten (ErfK/Ascheid, 4. Aufl. 2004, § 1 KSchG, Rz. 496; Bütetisch, Die Sozialauswahl 2000, S. 238; HK-Dorndorf, KSchG, 4. Aufl. 2001, § 1 Rz. 1074; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 13. Aufl. 2002, § 1 Rz. 470; B. Preis, DB 1998, 1761, 1764).

55

(3.) Verpflichtet danach § 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG den Arbeitgeber, den Doppelverdienst eines in die soziale Auswahl einzubeziehenden Arbeitnehmers bzw. einer Arbeitnehmerin zu berücksichtigen, falls dieser jedenfalls zum Wegfall der nach den einschlägigen Bestimmungen des BGB bestehenden Unterhaltspflicht führt, trifft den Arbeitgeber eine entsprechende Erkundigungspflicht bei den für eine Kündigung in Betracht kommenden Arbeitnehmern bzw. Arbeitnehmerinnen. Anderenfalls ist es nämlich dem Arbeitgeber, sofern er nicht schon die Verdiensthöhe der Ehegatten der in die soziale Auswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmerinnen kennt, gar nicht möglich, eine (§ 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG a. F.) entsprechende Sozialauswahl zu treffen. Auf die Eintragungen in den Lohnsteuerkarten kann sich der Arbeitgeber in diesem Zusammenhang nicht verlassen, weil diese unvollständig sein können (LAG Hamm 29.03.1985 - 2 Sa 560/85 - LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 1; Bütefisch, a. a. O., S. 238; HK-Dorndorf, KSchG § 1 Rz. 1074; KR/Etzel, a. a. O.; § 1 KSchG Rz. 663.).

(4.) Wie zu entscheiden ist, wenn der Arbeitgeber seiner Erkundigungspflicht nachgekommen wäre, die betreffenden Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmerinnen ihm aber keine Auskunft über die Höhe des Doppelverdienstes gegeben hätten, brauchte die Kammer nicht zu entscheiden. Denn die Beklagte hatte jedenfalls, wohl im Anschluss an die ihr in der Sitzung vom 05.08.2004 erteilten Auflage, in Erfahrung gebracht, dass der Verdienst des Ehemanns von Frau H. so hoch sei, dass diese ihrem Mann gegenüber nicht zum Unterhalt gemäß § 1360 Satz 1 BGB verpflichtet sei. 57

cc) Die hier im Rahmen des § 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG a. F. zugunsten der Klägerin vorgenommene Gewichtung der drei Sozialkriterien Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und Unterhaltspflichten wird nicht etwa dadurch beeinträchtigt, dass die Klägerin nach Angaben der Beklagten aufgrund ihrer Ausbildung als Sozialpädagogin eher als Frau H., die Erzieherin ist, eine Neuanstellung findet. Die Kammer hat bereits Bedenken, ob bessere Chancen eines Arbeitnehmers am Arbeitsmarkt überhaupt ein Kriterium im Rahmen der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG a. F. war. Denn dieser Aspekt steht mit dem Arbeitsverhältnis oder der Person des Arbeitnehmers in keinem unmittelbaren Zusammenhang (vgl. nur APS/Kiel, a. a. O., § 1 KSchG, Rz. 714 gleichzeitig mit Übersicht zum Meinungsstand). Hierauf braucht jedoch nicht näher eingegangen zu werden. Jedenfalls reicht im Streitfall hierfür nicht der bloße Hinweis der Beklagten auf die qualifiziertere Ausbildung der Klägerin gegenüber Frau H.. 58

c) Für ein berechtigtes betriebliches Bedürfnis i. S. von § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG a. F., das die Weiterbeschäftigung von Frau H. anstelle der gemäß 59

§ 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG a. F. sozial schutzbedürftigeren Klägerin bedingen könnte, hat die Beklagte auch zweitinstanzlich nichts vorgetragen. 60

B. 61

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG. 62

Die Kammer hat der Rechtssache im Hinblick auf die Berücksichtigung und die Ermittlung des Doppelverdienstes eines/einer in die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG a. F. - die Problematik besteht auch nach § 1 Abs. 3 Satz 1 1. Halbs. KSchG n. F. - einzubeziehenden Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin grundsätzliche Bedeutung zugemessen und deshalb die Revision für die Beklagte an das Bundesarbeitsgericht gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zugelassen. 63

RECHTSMITTELBELEHRUNG:

Gegen dieses Urteil kann von der Beklagten	65
REVISION	66
eingelegt werden.	67
Für die Klägerin ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.	68
Die Revision muss	69
innerhalb einer Notfrist von einem Monat	70
nach der Zustellung dieses Urteils schriftlich beim	71
Bundesarbeitsgericht,	72
Hugo-Preuß-Platz 1,	73
99084 Erfurt,	74
Fax: (0361) 2636 - 2000	75
eingelegt werden.	76
Die Revision ist gleichzeitig oder	77
innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils	78
schriftlich zu begründen.	79
Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen	80
Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.	
gez.: Dr. Vossen gez.: Janssen gez.: Ockel	81