

Aktenzeichen: 2 AZR 243/03
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 22. April 2004
- 2 AZR 243/03 -

I. Arbeitsgericht
Magdeburg

Urteil vom 28. November 2001
- 5 Ca 3101/01 -

II. Landesarbeitsgericht
Sachsen-Anhalt

Urteil vom 19. März 2003
- 3 (7) Sa 124/02 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Betriebsbedingte Kündigung; Sozialauswahl nach Widerspruch des Arbeitnehmers gegen einen Betriebsübergang

Gesetz:

KSchG § 1 Abs. 2 und 3

Leitsätze:

keine

Hinweise des Senats:

siehe auch - 2 AZR 244/03 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 243/03
3 (7) Sa 124/02
Landesarbeitsgericht
Sachsen-Anhalt

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
22. April 2004

URTEIL

Anderl, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 22. April 2004 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert und Schmitz-Scholemann sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Sieg und die ehrenamtliche Richterin Pitsch für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 19. März 2003 - 3 (7) Sa 124/02 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung und die vorläufige Weiterbeschäftigung der Klägerin.

Die am 3. August 1967 geborene Klägerin hat vier unterhaltsberechtigten Kinder. Ihr Ehemann ist Altersrentner. Sie war seit dem 16. Februar 1984 bei der beklagten Stadt bzw. deren Rechtsvorgängerin als Reinigungskraft (Lohngruppe 1/1a BMTG-O) mit einer vertraglich vereinbarten Arbeitszeit von 40 Wochenstunden beschäftigt und arbeitete zuletzt in der Sprachheilschule/Internat „A. F.“. Ihre Stelle ist im Stellenplan der beklagten Stadt dem Amt 40 (Schulverwaltungsamt) zugeordnet.

Im Jahr 2000 beschloss die beklagte Stadt, die gesamte Schulreinigung an Drittunternehmen zu vergeben. Diese hatten sich gegenüber der beklagten Stadt vertraglich verpflichtet, die Reinigungskräfte zu übernehmen und die Rechte und Pflichten der Beschäftigten vor Ablauf eines Jahres nicht zu deren Nachteil zu ändern. Sämtliche Reinigungskräfte des Schulverwaltungsamtes lehnten die angebotene Übernahme ab. Auch die Reinigungskräfte des Amtes 51 (Jugendamt), denen ein entsprechendes Angebot unterbreitet wurde, erklärten sich zum Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf private Dienstleistungsunternehmen nicht bereit.

Am 20. April 2001 beschäftigte die beklagte Stadt in der Schulreinigung noch 71 Reinigungskräfte. Davon waren 65 Reinigungskräfte mit 40 Wochenstunden, 1 Reinigungskraft mit 35 Wochenstunden, 4 Reinigungskräfte mit 30 Wochenstunden und 1 Reinigungskraft mit 20 Wochenstunden tätig. Zum gleichen Zeitpunkt waren im Amt 51 noch 101 Reinigungskräfte mit Essensausgabe sowie 45 weitere Reinigungskräfte - vorwiegend im Kindertagesstättenbereich - tätig. Weitere 11 Reinigungskräfte beschäftigte die beklagte Stadt noch in den Theatern; mit diesen Reinigungskräften sind



individuelle, vom Spielbetrieb abhängige Arbeitszeiten (Schicht- und Wochenend- sowie Feiertagsdienste) einzelvertraglich vereinbart worden.

Nach Beteiligung des Gesamtpersonalrats und der Einschaltung der Einigungsstelle kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 27. Juni 2001 das Arbeitsverhältnis der Klägerin fristgerecht zum 31. Dezember 2001. Gleichzeitig kündigte die beklagte Stadt weiteren 70 Reinigungskräften.

Zur Sozialauswahl hatte die beklagte Stadt sämtliche 190 Reinigungskräfte und Reinigungskräfte mit Essensausgabe der Ämter 40 und 51 nach dem Umfang ihrer Arbeitszeit in vier Gruppen eingeteilt, nämlich

1. Gruppe: 3 Reinigungskräfte mit 20 Wochenstunden
2. Gruppe: 27 Reinigungskräfte mit 30 Wochenstunden
3. Gruppe: 2 Reinigungskräfte mit 35 Wochenstunden
4. Gruppe: 158 Reinigungskräfte mit 40 Wochenstunden.

Die 11 Reinigungskräfte der Theater, die Arbeitnehmerinnen mit besonderem Kündigungsschutz (Mutterschutz, Erziehungsurlaub, Schwerbehinderte, Personalratsmitglieder) sowie 2 mit 36 Wochenstunden beschäftigte Reinigungskräfte des Amtes 51 hatte die beklagte Stadt aus der Sozialauswahl herausgenommen. Innerhalb der vier Gruppen wählte sie entsprechend der Gesamtzahl der entfallenden Stellen die zu kündigenden Arbeitnehmer aus. Dabei legte sie zur Vorauswahl ein Punkteschema zugrunde, das:

- je 1 Punkt pro Beschäftigungsjahr bis zu 10 Beschäftigungsjahren
- je 2 Punkte pro Beschäftigungsjahr ab 11 Jahren Beschäftigungszeit (bis 55. Lebensjahr)
- je 1 Punkt für jedes vollende Lebensjahr (maximal 55 Punkte)
- je Unterhaltspflicht 5 Punkte
- alleinstehend 5 Punkte
- verheiratet, Ehepartner ohne Einkommen 8 Punkte
- verheiratet, Ehepartner mit Einkommen 0 Punkte

vorsah. In der Gruppe der 30-Stunden-Kräfte wählte die beklagte Stadt die ersten vier Mitarbeiterinnen mit der geringsten Punktzahl (61 bis 63 Punkte) aus. Die folgenden acht Mitarbeiterinnen, von denen drei kinderlos sind, erzielten 65 bis 74 Punkte: die Arbeitnehmerin K. (Amt 51), die am 10. Dezember 1959 geboren und seit dem 17. Oktober 1988 bei der beklagten Stadt bzw. deren Rechtsvorgängerin beschäftigt ist



sowie ein unterhaltspflichtiges Kind hat, kam auf 65 Punkte, die Mitarbeiterin Ku., die am 9. Juli 1949 geboren und seit dem 2. April 1990 bei der beklagten Stadt bzw. deren Rechtsvorgängerin beschäftigt ist und keine Unterhaltspflichten hat, erzielte 68 Punkte.

In der Gruppe der 40-Stunden-Kräfte wählte die beklagte Stadt die ersten 59 Reinigungskräfte (53 bis 75 Punkte) zur Kündigung aus. Die an Nr. 52 platzierte Klägerin erreichte 73 Punkte. Die restlichen sechs zur Kündigung ausgesuchten Arbeitnehmerinnen zwischen den Listenplätzen 60 bis 83 (75 bis 79 Punkte) sind diejenigen, die keine unterhaltspflichtigen Kinder haben (Mitarbeiterin W., Mitarbeiterin Kl., Mitarbeiterin G., Mitarbeiterin T., Mitarbeiterin A., Mitarbeiterin B.).

Mit ihrer Kündigungsschutzklage hat die Klägerin die Unwirksamkeit der Kündigung geltend gemacht und ihre Weiterbeschäftigung begehrt. Sie hat die Auffassung vertreten, der Personalrat sei nicht ordnungsgemäß beteiligt worden. Auch sei die Sozialauswahl fehlerhaft, da sie nicht nur innerhalb der nach dem jeweiligen Arbeitszeitvolumen gebildeten Gruppen durchgeführt werden könne. Den unterschiedlichen Arbeitszeiten läge keine Organisationsentscheidung der beklagten Stadt zugrunde. Zumindest die Mitarbeiterinnen Ku. und K. seien mit ihr vergleichbar und weniger sozial schutzbedürftig.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 27. Juni 2001 nicht aufgelöst worden ist,
2. die Beklagte zu verurteilen, sie zu unveränderten Bedingungen als Arbeiterin in der Lohngruppe 1a BMTG-O weiterzubeschäftigen.

Die beklagte Stadt hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags die Auffassung vertreten, die Kündigung sei wegen der Vergabe der Reinigungsleistungen an Private aus betriebsbedingten Gründen sozial gerechtfertigt. Die Sozialauswahl sei fehlerfrei. Die Gruppenbildung nach dem jeweiligen Arbeitszeitvolumen sei zum Erhalt der Stellenstruktur im Amt 51 notwendig gewesen. Der Personalrat sei umfassend über alle Gesichtspunkte unterrichtet worden.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr auf die Berufung der Klägerin hin stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die beklagte Stadt weiterhin die Abweisung der Klage.



Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Entgegen der Auffassung der Revision ist die Kündigung sozial ungerechtfertigt, weil die beklagte Stadt bei der Auswahl der zu kündigenden Klägerin die sozialen Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt hat (§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG).

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

Die Kündigung sei schon wegen der fehlerhaften Beteiligung des Personalrats (§ 67 Abs. 1 Nr. 8, § 57 Abs. 2 LPVG-SA iVm. § 108 Abs. 3 BPersVG) unwirksam. Der öffentliche Arbeitgeber müsse dem Personalrat die für seinen Kündigungsentschluss maßgeblichen Tatsachen einschließlich der Gründe für die Sozialauswahl unaufgefordert mitteilen. Die Gründe, die gerade zur Auswahl der Klägerin geführt hätten, seien dem Personalrat aber nicht vollständig mitgeteilt worden. Die beklagte Stadt habe die Auswahl der letzten sechs Arbeitnehmerinnen mit 40 Stunden innerhalb der Nrn. 60 bis 83 der Liste nach allgemeinen Grundsätzen getroffen, nämlich danach, ob diese Mitarbeiterinnen Kinder hätten. Es sei lediglich kinderlosen Frauen gekündigt worden. Damit sei die beklagte Stadt von den Grundsätzen der Sozialauswahl abgewichen, die sie dem Personalrat im Beteiligungsschreiben mitgeteilt gehabt habe.

Die Kündigung sei auch sozial nicht gerechtfertigt und damit nach § 1 KSchG unwirksam. Zwar sei sie auf Grund der Privatisierung der Schulreinigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt, da im Umfang von insgesamt 2.775 Arbeitsstunden (65 mal 40 Stunden, ein mal 35 Stunden, vier mal 30 Stunden und ein mal 20 Arbeitsstunden) ein entsprechender Arbeitsbedarf entfallen sei. Jedoch sei die Kündigung nach § 1 Abs. 3 KSchG sozial ungerechtfertigt, weil die beklagte Stadt bei der Auswahl der Klägerin soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt habe. Die Auswahl der Klägerin innerhalb der Gruppe der 40-Stunden-Kräfte halte sich zwar im Rahmen des dem Arbeitgeber insoweit zukommenden Wertungsspielraumes. Die Sozialauswahl sei aber fehlerhaft, weil die beklagte Stadt den Kreis der austauschbaren Arbeitnehmerinnen zu eng gezogen habe. Die beklagte Stadt sei verpflichtet gewesen, die Auswahlentscheidung zwischen den Arbeitnehmerinnen grundsätzlich ungeachtet ihres unterschiedlichen individuellen Arbeitszeitvolumens zu treffen. Insbeson-



dere hätte sie die Auswahl auf die acht Reinigungskräfte mit 30 Wochenstunden, die nach der Punktetabelle der beklagten Stadt weniger Punkte als die Klägerin aufwiesen, erstrecken müssen. Beim Abbau eines Personalüberhangs stehe nämlich ein unterschiedliches arbeitsvertragliches Arbeitszeitvolumen einer Austauschbarkeit der Arbeitnehmerinnen nicht entgegen, wenn der Arbeitgeber durch die betriebsbedingten Kündigungen lediglich die Zahl der insgesamt geleisteten Arbeitsstunden abbauen wolle. Anderes gelte nur, wenn der Arbeitgeber eine von ihm schlüssig darzulegende, willkürfreie Organisationsentscheidung getroffen habe, nach der eine Verteilung der verbleibenden Tätigkeiten auf eine bestimmte Anzahl von Vollzeit- und Teilzeitkräften erforderlich sei. Dies habe die beklagte Stadt jedoch nicht dargelegt. Deshalb hätte nicht der Klägerin, sondern der Mitarbeiterin Ku., die deutlich weniger schutzbedürftig als die Klägerin sei, gekündigt werden müssen.

B. Dem folgt der Senat im Ergebnis und wesentlichen Teilen der Begründung.

Die Kündigung vom 27. Juni 2001 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst. Die beklagte Stadt hat bei der Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt (§ 1 Abs. 3 Satz 1 iVm. Abs. 2 KSchG). Die Klägerin weist deutlich bessere Sozialdaten als die Arbeitnehmerin Ku. auf. Deshalb kann dahingestellt bleiben, ob die Beteiligung des Personalrats fehlerfrei war.

I. Ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung iSv. § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG ist an sich gegeben.

Das dringende betriebliche Erfordernis für die ausgesprochene Kündigung ergibt sich aus innerbetrieblichen Gründen. Die beklagte Stadt hat sich zu einer organisatorischen Maßnahme entschlossen, bei deren innerbetrieblichen Umsetzung das Bedürfnis für eine Weiterbeschäftigung mehrerer Reinigungskräfte entfallen ist (*s. ua. Senat 7. Dezember 1978 - 2 AZR 155/77 - BAGE 31, 157; 29. März 1990 - 2 AZR 369/98 - BAGE 65, 61; 5. Dezember 2002 - 2 AZR 522/01 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 126 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 50*).

Nach den für den Senat bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 559 Abs. 1 ZPO) ist davon auszugehen, dass die beklagte Stadt im Jahr 2000 die unternehmerische Entscheidung getroffen hatte, die gesamte Schulreinigung aufzugeben und zukünftig durch Drittunternehmen durchführen zu lassen. Davon war



auch der bisherige Arbeitsbereich der Klägerin in der Sprachheilschule/Internat „A. F.“ unmittelbar betroffen.

II. Die Kündigung ist jedoch sozial ungerechtfertigt, weil die beklagte Stadt bei der Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmerin soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt hat (§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG).

1. Die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG erstreckt sich innerhalb einer Dienststelle auf die Arbeitnehmer, die miteinander vergleichbar sind. Vergleichbar sind die Arbeitnehmer, die austauschbar sind (*Senat 29. März 1990 - 2 AZR 369/89 - BAGE 65, 61; 17. September 1998 - 2 AZR 725/97 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 36 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 36*). Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats bestimmt sich der Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Umständen, also vor allem nach der ausgeübten Tätigkeit. An einer Vergleichbarkeit fehlt es, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einseitig auf den anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann, dh. wenn eine anderweitige Beschäftigung des Arbeitnehmers nur nach einer Änderung der bisherigen Arbeitsbedingungen und damit nur durch Änderungsvereinbarungen oder Änderungskündigung erfolgen kann (*beispielsweise 17. September 1998 aaO; 3. Dezember 1998 - 2 AZR 341/98 - BAGE 90, 236; 17. Februar 2000 - 2 AZR 142/99 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 46 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 43; 15. August 2002 - 2 AZR 195/01 - BAGE 102, 197; 5. Dezember 2002 - 2 AZR 697/01 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 60 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 52*). Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, eine Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer dadurch herbeizuführen, dass er einem sozial schützwürdigen Arbeitnehmer eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen anbietet, um ihm dadurch einen Arbeitsplatz zu verschaffen, der zur Zeit mit einem sozial bessergestellten Arbeitnehmer besetzt ist, dem dann nach sozialen Gesichtspunkten gekündigt werden müsste (*BAG 29. März 1990 aaO; KR-Etzel 6. Aufl. § 1 KSchG Rn. 622*).

2. Unter Anwendung dieser Grundsätze hat die beklagte Stadt zutreffend zunächst alle mit Reinigungsarbeiten beschäftigten Mitarbeiterinnen der Ämter 40 und 51 in die Sozialauswahl einbezogen. Sie hätte jedoch nicht - was das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat - den Kreis der vergleichbaren Reinigungskräfte auf die jeweiligen Mitarbeiter mit gleichem Arbeitszeitvolumen beschränken und nur innerhalb der einzelnen Gruppen die soziale Auswahl vornehmen dürfen. Eine Vergleichbarkeit



der Reinigungskräfte der Ämter 40 und 51 wird noch nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass deren unzweifelhaft vergleichbaren Arbeitsaufgaben und Tätigkeiten unterschiedliche arbeitsvertragliche Arbeitszeiten zugrunde liegen.

a) Reduziert sich auf Grund einer arbeitgeberseitigen Organisationsentscheidung lediglich das Arbeitsvolumen bzw. das Stundenkontingent im Betrieb bzw. in der Dienststelle, so sind nach der Rechtssprechung des Senats teilzeit- und vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer im Rahmen der Sozialauswahl miteinander vergleichbar (vgl. insbesondere 3. Dezember 1998 - 2 AZR 341/98 - BAGE 90, 236; 12. August 1999 - 2 AZR 12/99 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 44 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 41; Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 8. Aufl. Rn. 1079; ErfK/Ascheid 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 485; Linck Die Soziale Auswahl S. 60 f.; KR-Etzel 6. Aufl. § 1 KSchG Rn. 625; von Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 1 Rn. 425b; Hako/Gallner 2. Aufl. § 1 Rn. 732; APS/Kiel § 1 KSchG Rn. 686). Eine andere Lösung, die eine Differenzierung des Auswahlkreises bei der sozialen Auswahl von Teilzeitbeschäftigten einerseits und Vollzeitbeschäftigten andererseits ohne Vorliegen von sachlichen Gründen vornähme, würde auf eine nach § 4 Abs. 1 TzBfG unzulässige Diskriminierung hinauslaufen (vgl. Senat 12. August 1999 aaO)

b) Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Arbeitgeber eine Organisationsentscheidung getroffen hat, nach der aus offensichtlich nicht unsachlichen Gründen Arbeitnehmer gerade mit einem bestimmten Arbeitszeitvolumen zukünftig benötigt werden. Der Arbeitgeber kann regelmäßig auch hinsichtlich der Arbeitszeitgestaltung eine unternehmerische Organisationsentscheidung treffen und Vorgaben machen, an denen das Arbeitsgericht nicht ohne weiteres vorbeigehen kann. In einem solchen Fall wäre eine Sozialauswahl nicht zu beanstanden, die auf diesen organisatorischen Rahmenbedingungen ansetzt (vgl. insbesondere Senat 3. Dezember 1998 - 2 AZR 341/98 - BAGE 90, 236 und 12. August 1999 - 2 AZR 12/99 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 44 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 41; zusammenfassend: APS/Kiel § 1 KSchG Rn. 684). Allerdings bedarf es dann einer konkreten nachvollziehbaren Darlegung des unternehmerischen Arbeitszeitgestaltungs-konzepts und seiner Begründung (vgl. Senat 19. Mai 1993 - 2 AZR 584/92 - BAGE 73, 151; 3. Dezember 1998 aaO).



c) Entgegen der Auffassung der Revision widersprechen diese Grundsätze auch nicht den europarechtlichen Rahmenbedingungen. Insbesondere stehen sie nicht im Widerspruch zu den Rechtssätzen des Europäischen Gerichtshofs (*26. September 2000 - Rs C 322/98 - Birgit Kachelmann ./ Bankhaus Hermann Lampe KG - EuGHE I 2000, 7505; so auch ErfK/Ascheid § 1 KSchG Rn. 485; Hako/Gallner § 1 KSchG Rn. 732*). In dieser Entscheidung hat der Europäische Gerichtshof nur ausgeführt, dass eine fehlende Vergleichbarkeit von teilzeit- und vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern im Rahmen des § 1 Abs. 3 KSchG auf Grund objektiver Faktoren gerechtfertigt sein kann. Entgegen der Annahme der Revision hat der Europäische Gerichtshof aber gerade nicht entschieden, dass zwischen vollzeit- und teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern im Rahmen des § 1 Abs. 3 KSchG stets zu differenzieren ist. Auch ergibt sich für den von der Revision befürworteten Umkehrschluss aus dieser Entscheidung nichts. Dabei gilt es auch zu bedenken, dass der Europäische Gerichtshof noch zur Rechtslage vor der Geltung der sog. Teilzeitarbeitsrichtlinie (*RL 97/81 EG vom 15. Dezember 1997*) entschieden hat. Gerade die Teilzeitarbeitsrichtlinie hat aber eine noch weitergehende Annäherung von Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten zum Ziel (*vgl. beispielsweise Dübbers AuR 2001, 24*).

d) Dementsprechend hat das Landesarbeitsgericht zu Recht auch die Reinigungskräfte mit einer vertraglich geschuldeten Arbeitszeit von 30 Wochenstunden in den für die Klägerin auswahlrelevanten Personenkreis miteinbezogen. Für eine zulässige Differenzierung des Personenkreises nach dem Stundenvolumen fehlt es an einer konkreten Darlegung einer Organisationsentscheidung bzw. zwingender organisatorischer Vorgaben für eine bestimmte notwendige Verteilung des Arbeitsvolumens. Die Revision räumt sogar ein, dass eine solche ausdrückliche Festlegung von der beklagten Stadt gar nicht getroffen worden sei. Demgegenüber genügt der bloße Hinweis auf den Stellenplan nicht. Er reicht allein nicht aus, um die organisatorischen Notwendigkeiten zu begründen. Der öffentliche Arbeitgeber erfüllt insoweit nur seine Darlegungslast, als er den Umfang des vereinbarten Arbeitsvolumens bzw. dessen volumensmäßige Reduzierung insgesamt darstellt. Es bedarf jedoch sodann noch einer organisatorischen Umsetzung und deshalb einer Darlegung im Prozess, wie die einzelnen Stellen ggf. dem Stellenplan angepasst werden müssen. Damit steht mit einer Stellenverteilung allein noch nicht fest, auf welches Arbeitsverhältnis der Mangel an Beschäftigungsmöglichkeiten - nach dem Stellenplan - durchschlägt und wer unter Beachtung sozialer Auswahlgesichtspunkte von dem Abbau des Beschäftigungsvolumens



nach dem Stellenplan betroffen ist (*Senat 12. August 1999 - 2 AZR 12/99 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 44 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 41*).

Die beklagte Stadt hätte deshalb konkret darlegen müssen, dass und warum eine Weiterbeschäftigung von 23 mit 30 Stunden teilzeitbeschäftigten Reinigungskräften nach ihren organisatorischen Entscheidungen erforderlich gewesen ist. Ein solcher Sachvortrag, beispielsweise durch konkrete Darlegung der Situation in den einzelnen Kindertagesstätten, fehlt.

3. Waren somit die Reinigungskräfte mit 30-Wochen-Arbeitsstunden in den auswahlrelevanten Personenkreis der mit der Klägerin vergleichbaren Arbeitnehmerinnen einzubeziehen, so ist unter Berücksichtigung der sozialen Auswahlkriterien nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG die von der beklagten Stadt getroffene Auswahlentscheidung fehlerhaft. Sie hätte im Verhältnis zur Arbeitnehmerin Ku. zu Gunsten der Klägerin ausfallen müssen. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob auch die Reinigungskräfte im Theater in die Sozialauswahl einzubeziehen waren.

a) Dies ergibt sich schon an Hand des von der beklagten Stadt verwendeten Punkteschemas. Hiernach erzielte die Klägerin insgesamt 73 Punkte, also deutlich mehr Punkte als die Arbeitnehmerin Ku. mit lediglich 68 Punkte. Hinzu kommt, dass die Arbeitnehmerin Ku. noch fünf „Extrapunkte“ als Alleinstehende erhalten hatte während der Ehegatte der Klägerin, dem sie zum Unterhalt verpflichtet ist, offensichtlich bei der Punktbewertung gar nicht berücksichtigt worden ist.

b) Auch die sozialen Auswahlgesichtspunkte überwiegen zu Gunsten der Klägerin deutlich. Zwar ist sie erheblich jünger als die Mitarbeiterin Ku., sie weist aber eine um sechs Jahre längere Betriebszugehörigkeit auf. Entscheidend kommt hinzu, dass sie insgesamt fünf Unterhaltsverpflichtungen hat, wohingegen der Arbeitnehmerin Ku. gar keine obliegen. Dieser deutliche Unterschied in den sozialen Auswahlkriterien hält sich auch nicht mehr innerhalb des allgemeinen Beurteilungsspielraums des kündigenden Arbeitgebers.

c) Unabhängig davon hat das Landesarbeitsgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass die Klägerin bei gebotener Einbeziehung der 30-Stunden-Kräfte auf Grund der sich dann zu ihren Gunsten deutlich ändernder Platzzahl auch ohne Berücksichtigung der Arbeitnehmerin Ku. realistischerweise nicht mehr zur Kündigung angestanden hätte.



d) Dieser Bewertung steht auch nicht entgegen, dass die Klägerin einem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf einen privaten Dienstleister widersprochen hatte.

aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann sich ein Arbeitnehmer, der dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebserwerber nach § 613a BGB widerspricht, bei einer nachfolgenden vom Betriebsveräußerer erklärten Kündigung auch auf eine mangelhafte Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG berufen. Bei der Prüfung der sozialen Auswahl Gesichtspunkte können dann aber die Gründe für den Widerspruch berücksichtigt werden (*vgl. 7. April 1993 - 2 AZR 449/91 B - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 22; 21. März 1996 - 2 AZR 559/95 - BAGE 82, 316, 327; 18. März 1999 - 8 AZR 190/98 - BAGE 91, 129; 24. Februar 2000 - 8 AZR 167/99 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 47 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 104; zuletzt kritisch etwa Lipenski DB 2002, 1214 ff. - keine soziale Auswahl -; Fischer AuR 2002, 291 ff. - keine Einschränkung der Sozialauswahl bei Widerspruch des Arbeitnehmers - jeweils mwN*).

bb) Dies gilt jedoch nur dann, wenn überhaupt ein Betriebs(teil-)übergang gegeben ist. Ein bloßes freiwilliges Vertragsangebot eines privaten Dienstleisters als Funktionsnachfolger und dessen Ablehnung durch den Arbeitnehmer hat hingegen keinen Einfluss auf die kündigungsrechtliche Stellung des Arbeitnehmers (*vgl. zusammenfassend: Senat 5. Dezember 2002 - 2 AZR 522/01 - AP KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 126 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 50*).

Dass vorliegend überhaupt ein Betriebs(teil-)übergang der Schulreinigung auf einen bzw. mehrere private Dienstleistungsunternehmen erfolgt ist, hat die beklagte Stadt jedoch nicht dargelegt.

(1) Ein Betriebsübergang iSd. § 613a BGB liegt nur dann vor, wenn ein neuer Rechtsträger die wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fortführt. Ob ein im wesentlichen unveränderter Fortbestand der organisierten Gesamtheit „Betrieb“ bei einem neuen Inhaber anzunehmen ist, richtet sich nach den Umständen des konkreten Falles. Dabei sind sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen zu berücksichtigen (*EuGH 20. November 2003 - Rs C 340/01 - AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 34 [Sodexho]*). Zu den maßgeblichen Tatsachen zählen insbesondere die Art des betreffenden Betriebes, der Übergang der materiellen Betriebsmittel, wie Gebäude und bewegliche Güter sowie deren Wert und Bedeutung, die Übernahme der immateriellen Betriebsmittel und der vorhandenen Organisation, der Grad der Ähnlich-



keit mit der Betriebstätigkeit des bisherigen Inhabers, die Weiterbeschäftigung der Hauptbelegschaft, der Übergang von Kundschaft und die Lieferantenbeziehungen und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung der Betriebstätigkeit (*st. Rspr. BAG im Anschluss an EuGH 11. März 1997 - Rs C 13/95 - EuGHE I 1997, 1259 [Ayse Sützen]; 25. Mai 2000 - 8 AZR 416/99 - BAGE 95, 1; zuletzt beispielsweise 8. August 2002 - 8 AZR 583/01 - EzA BGB § 613a Nr. 209*). Dabei darf eine Einheit nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden. Die Identität der Einheit ergibt sich auch aus anderen Merkmalen, wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln. Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- oder Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu (*st. Rspr. BAG im Anschluss an EuGH 11. März 1997 aaO; 22. Mai 1997 - 8 AZR 101/96 - BAGE 86, 20, 28; zuletzt EuGH 20. November 2003 aaO*). In Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Die Wahrung ihrer Identität ist anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hat. Hingegen stellt die bloße Fortführung der Tätigkeit durch einen Arbeitgeber (Funktionsnachfolger) keinen Betriebsübergang dar (*BAG 11. Dezember 1997 - 8 AZR 426/94 - BAGE 87, 296, 300*).

Der Übergang eines Betriebsteils steht für dessen Arbeitnehmer dem Betriebsübergang gleich. Auch beim Erwerb eines Betriebsteils ist es erforderlich, dass die wirtschaftliche Einheit ihre Identität bewahrt (*BAG 26. August 1999 - 8 AZR 718/98 - AP BGB § 613a Nr. 196 = EzA BGB § 613a Nr. 185; 8. August 2002 - 8 AZR 583/01 - EzA BGB § 613a Nr. 209*). Bei den übertragenen sächlichen und immateriellen Betriebsmitteln muss es sich um eine organisatorische Untergliederung handeln, mit der innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wird, auch wenn es sich nur um eine untergeordnete Hilfsfunktion handelt. § 613a BGB setzt für einen Teilbetriebsübergang voraus, dass die übernommenen Betriebsmittel wie bereits beim früheren Betriebsinhaber die Qualität eines Betriebsteils hatten (*BAG 24. April 1997 - 8 AZR 848/94 - NZA 1998, 253; 11. September 1997 - 8 AZR 555/95 - BAGE 86, 271, 277 f.; 13. November 1997 - 8 AZR 52/96 - EzA BGB § 613a Nr. 166; 26. August 1999 aaO; zuletzt 16. Mai 2002 - 8 AZR 319/01 - AP BGB § 613a Nr. 237 =*



EzA BGB § 613a Nr. 210 und 8. August 2002 - 8 AZR 583/01 - aaO). Dementsprechend reicht eine bloße Wahrnehmung der gleichen Funktion beim Erwerber mit dessen eigenem Personal für einen Betriebsübergang nicht aus. Voraussetzung ist demnach ein organisatorisch verselbstständigter Bereich beim Veräußerer (*BAG 8. August 2002 - 8 AZR 583/01 - aaO*; zusammenfassend *Senat 5. Dezember 2002 - 2 AZR 522/01 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 126 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 50*).

(2) Hiernach ist nicht erkennbar, dass ein Betriebs- bzw. Dienststellenteil überhaupt von der beklagten Stadt auf einen privaten Erwerber übertragen wurde. Da bei der „Reinigung“ zweifelsfrei die menschliche Arbeitskraft im Vordergrund steht, führt der neue Betriebsinhaber den Betriebs- bzw. Dienststellenteil iSv. § 613a Abs. 1 BGB nur weiter, wenn er auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hatte, übernimmt. Da unstreitig alle Reinigungskräfte des Schulverwaltungsamtes - wie auch die Reinigungskräfte des Jugendamtes - einem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf private Dienstleistungsunternehmen widersprochen haben und dementsprechend von den privaten Dienstleistungsunternehmen keine der bisherigen Reinigungskräfte mehr beschäftigt werden, ist nicht erkennbar, dass ein Betriebs(teil-)übergang stattgefunden hat.

III. Da die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beendet hat, ist auch der Weiterbeschäftigungsantrag der Klägerin begründet.

IV. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Rost

Schmitz-Scholemann

Eylert

Sieg

Pitsch



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)