

Aktenzeichen: 2 AZR 748/05
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 7. Dezember 2006
- 2 AZR 748/05 -

I. Arbeitsgericht
Magdeburg

Urteil vom 18. Mai 2004
- 1 Ca 40/04 -

II. Landesarbeitsgericht
Sachsen-Anhalt

Urteil vom 26. Januar 2005
- 4 Sa 504/04 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Betriebsbedingte Kündigung - Sozialauswahl

Gesetze:

KSchG § 1 Abs. 3; Brandschutz- und Hilfeleistungsgesetz des Landes
Sachsen-Anhalt vom 7. Juni 2001 (GVBl. LSA 2001, 190) § 8

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 748/05
4 Sa 504/04
Landesarbeitsgericht
Sachsen-Anhalt

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
7. Dezember 2006

URTEIL

Gassmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

,

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 7. Dezember 2006 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Bröhl und Schmitz-Scholemann sowie die ehrenamtlichen Richter Heise und Dr. Grimberg für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 26. Januar 2005 - 4 Sa 504/04 - aufgehoben.



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



Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung
- auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsge-
richt zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbeding- 1
ten Kündigung und einen Antrag auf Weiterbeschäftigung.

Die bei Zugang der Kündigung 44 Jahre alte, verheiratete und einem Kind 2
zum Unterhalt verpflichtete Klägerin ist seit 1. Juli 1991 bei der beklagten Stadt als
Reinigungskraft beschäftigt. Beschäftigungszeiten, die sie seit 22. April 1985 bei der
Rechtsvorgängerin der Beklagten zurückgelegt hat, werden der Klägerin von der Be-
klagten anerkannt. Zuletzt setzte die Beklagte die Klägerin bei einer regelmäßigen wö-
chentlichen Arbeitszeit von 20 Stunden zu einem monatlichen Bruttogehalt von
878,76 Euro in der Kindertagesstätte „R“ ein. Zu ihren Aufgaben gehört nach einer
Stellenbeschreibung vom 6. Februar 1998 neben Reinigungsarbeiten auch die Es-
sensausgabe, einschließlich der Zubereitung von Tee, Getränken und Zwischenmahl-
zeiten, das Abwaschen von Geschirr und das Sammeln und Sortieren der anfallenden
Wäsche.

Am 10. November 2003 entschied der Bürgermeister der Beklagten, die Rei- 3
nungsarbeiten in den Kindertagesstätten - wie bereits den größten Teil der Reini-
gungsarbeiten in den übrigen Einrichtungen der Beklagten - zum 30. Juni 2004 an
Dienstleistungsunternehmen fremdzuvergeben. In den Kindertagesstätten „R“ (zwei
Reinigungskräfte à 20 Stunden pro Woche), „P“ (eine Reinigungskraft à 20 Stunden
pro Woche) und „M“ (eine Reinigungskraft à 20 Stunden pro Woche) wurden zu die-
sem Zeitpunkt noch eigene Mitarbeiter der Beklagten eingesetzt. Weiterhin beschäftig-
te die Beklagte eine Reinigungskraft mit einer regelmäßigen Arbeitszeit von 20 Stun-
den wöchentlich in der Jugendherberge und die Reinigungskraft R (47 Jahre alt,
10 Jahre Betriebszugehörigkeit, keine Unterhaltspflicht) mit einer wöchentlichen Ar-
beitszeit von 40 Stunden im Bereich der Feuerwehren. Frau R ist Mitglied der örtlichen
Freiwilligen Feuerwehr und hat - nach einer feuerwehrtechnischen Grundausbildung -

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



im Jahr 1994 erfolgreich eine Ergänzungsausbildung zur Hauptlöschmeisterin absolviert. Ziff. 8 der Stellenbeschreibung von Frau R vom 11. Februar 1997 sieht mit einem Anteil von 5 % ihrer Gesamtaufgaben folgende Tätigkeit vor:

„Teilnahme an Einsätzen der Feuerwehr. Versorgung der Feuerwehrleute nach Einsätzen. Betreuung bzw. Organisation von Veranstaltungen der Feuerwehren der Stadt H und der eingemeindeten Ortsteile im Feuerwehrgerätehaus in H“.

Im Hinblick auf die beabsichtigte Fremdvergabe der Reinigungsleistungen entschloss sich die Beklagte zum Abbau von zwei Vollzeitarbeitsplätzen im Bereich der Reinigungskräfte. Wegen der noch verbleibenden Arbeitsplätze von Reinigungskräften führte sie eine Sozialauswahl nach Maßgabe einer am 5. November 2003 mit dem Personalrat geschlossenen Dienstvereinbarung (im Folgenden: DV Sozialauswahl) durch, die ein Punkteschema enthält und im Hinblick auf die Grundsätze der Sozialauswahl ua. Folgendes vorsieht:

„2. Sozialauswahl

Die Sozialauswahl ist grundsätzlich verwaltungsbezogen auf derselben Ebene der Verwaltungsebene (horizontale Vergleichbarkeit) nicht jedoch vergütungs- bzw. lohngruppenübergreifend vorzunehmen. Hierbei sind u.a. die arbeitsplatzbezogenen Merkmale zu beachten.

Von der Sozialauswahl können Arbeitnehmer/-innen ausgenommen werden, sofern betriebstechnische, wirtschaftliche oder sonstige Gründe berechnigte betriebliche Bedürfnisse (z.B. bei bestehender Erstattungspflicht gemäß § 147a SGB III) eine Weiterbeschäftigung bedingen (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG). ...“

Die Mitarbeiterin R bezog die Beklagte in die Sozialauswahl nicht mit ein. Zudem wurde eine Unterhaltspflicht der Klägerin nicht berücksichtigt, da der Beklagten nicht bekannt war, dass der Sohn der Klägerin arbeitslos war. Die Beklagte hörte den Personalrat mit Schreiben vom 28. November 2003 und durch eine mündliche Erörterung am 3. November 2003 zur beabsichtigten Kündigung der Klägerin an. Der Personalrat beschloss, „sich der Stimme zu enthalten“. Daraufhin kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Klägerin und weiterer drei in Teilzeit beschäftigter Reinigungskräfte mit Schreiben vom 12. Dezember 2003 zum 30. Juni 2004.

Die Klägerin hat Kündigungsschutzklage erhoben und zugleich ihre Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits verlangt.

Sie hat die Auffassung vertreten, im Zeitpunkt der Kündigung habe die endgültige Vergabe der Reinigungsarbeiten zum Ablauf der Kündigungsfrist noch nicht fest-



gestanden. Die Wirksamkeit der Kündigung scheitere auch daran, dass unklar sei, ob ihr Arbeitsverhältnis eventuell im Wege eines Betriebsübergangs auf eine noch zu beauftragende Reinigungsfirma übergehen werde. Außerdem sei die Sozialauswahl fehlerhaft, weil die im Vergleich zu ihr sozial stärkere Arbeitnehmerin R nicht habe aus der Sozialauswahl herausgenommen werden dürfen. Deren Eigenschaft als Mitglied der Freiwilligen Feuerwehr habe keinen dienstlichen Bezug. Die Beklagte unterhalte keine Berufsfeuerwehren, so dass die Einsätze nicht Bestandteil einer arbeitsvertraglichen Verpflichtung mit der Beklagten sein könnten. Die Klägerin hat weiter gerügt, die Beklagte habe den Personalrat nicht ordnungsgemäß angehört.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt:

8

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 12. Dezember 2003 nicht beendet wird,
2. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Reinigungskraft weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

9

Sie hat vorgetragen, zum Zeitpunkt der Kündigung der Klägerin habe die aus Kostenersparnisgründen beschlossene Vergabe der Reinigungsarbeiten zum Ablauf der Kündigungsfrist festgestanden und sei dann auch tatsächlich vollzogen worden. Die Herausnahme von Frau R aus der Sozialauswahl sei angesichts ihrer Arbeitsaufgabe, sich an Einsätzen der Feuerwehr zu beteiligen, berechtigt. Da sie keine Berufsfeuerwehr unterhalte, werde ihre entsprechende öffentlich-rechtliche Pflicht zum Brandschutz durch den Einsatz der Freiwilligen Feuerwehr abgedeckt. Sie sei verpflichtet, rund um die Uhr 42 Einsatzkräfte vorzuhalten, um eine notwendige Zugstärke von 22 Feuerwehrleuten gewährleisten zu können. Deshalb habe sie ein besonderes dienstliches Interesse daran, dafür zu sorgen, dass genügend Einsatzkräfte zur Verfügung stünden und deren jederzeitiger Einsatz gesichert sei. Dies sei Anlass und Grundlage der mit Frau R getroffenen Vereinbarung. Frau R habe im Jahr 2003 an 35 Einsätzen der Freiwilligen Feuerwehr teilgenommen, darunter 14 Einsätze während ihrer Arbeitszeit. Der Personalrat sei ordnungsgemäß informiert worden, insbesondere sei die konkrete Kostensituation in den Kindereinrichtungen Gegenstand der mündlichen Erörterungen mit dem Abteilungsleiter H. gewesen.

10



Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Senat durch Beschluss vom 24. November 2005 (- 2 AZN 345/05 -) zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte weiterhin Klageabweisung.

11

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

12

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung - unter vollständiger Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils - im Wesentlichen wie folgt begründet: Die Kündigung sei bereits unwirksam, weil die Mitarbeiterin R im Rahmen der Sozialauswahl mit der Klägerin vergleichbar und zu Unrecht von der Beklagten aus der Sozialauswahl ausgenommen worden sei. Der unterschiedliche zeitliche Umfang der jeweiligen Tätigkeit stehe nicht entgegen, da es nur um die Anpassung eines überschießenden Arbeitsvolumens gehe. Die Teilnahme von Frau R an Einsätzen der Freiwilligen Feuerwehr erfolge in Ausübung eines Ehrenamtes, das als solches strikt zu trennen sei von den Arbeitsaufgaben, die sie als Reinigungskraft für die Beklagte im Rahmen des Arbeitsverhältnisses habe. Auch das Argument der Beklagten, die Mitarbeiterin R zähle bei den rund um die Uhr vorzuhaltenden 42 Einsatzkräften mit, rechtfertige ihre Herausnahme aus dem Kreis der vergleichbaren Mitarbeiter nicht. Ein Ausscheiden der Mitarbeiterin R müsse nicht zwangsläufig zu einer Beendigung ihrer Einsätze für die Freiwillige Feuerwehr führen, sondern es sei im Gegenteil eher denkbar, dass sie in einem solchen Fall ihre Aktivitäten noch verstärken werde. Besondere Kenntnisse, Fähigkeiten und Qualifikationen der Arbeitnehmerin R gegenüber der Klägerin seien für die Berufungskammer nicht ersichtlich. Da Frau R zwar drei Jahre älter sei, jedoch eine um 8 Jahre kürzere Betriebszugehörigkeit als die Klägerin aufweise, sei sie auch ohne Berücksichtigung der Unterhaltspflicht der Klägerin gegenüber ihrem Sohn sozial stärker als diese.

13

B. Dem folgt der Senat nicht. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann der Klage nicht stattgegeben werden.

14



- I. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist die Kündigung nicht wegen fehlerhafter Sozialauswahl, § 1 Abs. 3 KSchG, sozial ungerechtfertigt. Auch wenn man mit dem Landesarbeitsgericht davon ausgeht, dass die Mitarbeiterin R und die sozial schutzwürdigere Klägerin zum Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG gehören, bedingen berechnigte betriebliche Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung der Mitarbeiterin R und stehen der Sozialauswahl entgegen (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG aF). 15
1. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Sozialwidrigkeit einer Kündigung ist in der Revisionsinstanz nur beschränkt überprüfbar. Bei der Frage nach der ausreichenden Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers (§ 1 Abs. 3 KSchG) handelt es sich um die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe. Diese kann vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob das angefochtene Urteil die Rechtsbegriffe selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat und ob es in sich widerspruchsfrei ist (*st. Rspr. zB Senat 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 75 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 63*). Die Beschränkung des revisionsrechtlichen Prüfungsrahmens bezieht sich bei der Prüfung der sozialen Auswahl nicht nur auf die sozialen Indikatoren und deren Gewichtung selbst, sondern auch auf die Bildung der auswahlrelevanten Gruppen (*Senat 5. Dezember 2002 - 2 AZR 697/01 - BAGE 104, 138*). Auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts im Ergebnis nicht stand. 16
2. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Mitarbeiterin R gehöre zum Kreis der in die soziale Auswahl einzubeziehenden vergleichbaren Arbeitnehmer nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG. 17
- a) Gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG in der vorliegend auf die Kündigung vom 12. Dezember 2003 anwendbaren Fassung des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3843; im Folgenden: KSchG aF) ist eine Kündigung trotz Vorliegens betrieblicher Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats bestimmt sich der Kreis der in die soziale Auswahl einzubeziehenden vergleichbaren 18



Arbeitnehmer in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen, also zunächst nach der ausgeübten Tätigkeit. Dies gilt nicht nur bei einer Identität der Arbeitsplätze, sondern auch dann, wenn der Arbeitnehmer auf Grund seiner Tätigkeit und Ausbildung eine andersartige, aber gleichwertige Tätigkeit ausführen kann. Die Notwendigkeit einer kurzen Einarbeitungszeit steht der Vergleichbarkeit nicht entgegen („qualifikationsmäßige Austauschbarkeit“, Senat 2. März 2006 - 2 AZR 23/05 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 81 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 67; 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 75 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 63). An einer Vergleichbarkeit fehlt es jedoch, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einseitig auf den anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann („arbeitsvertragliche Austauschbarkeit“, Senat 2. März 2006 - 2 AZR 23/05 - aaO; 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04 - aaO).

- b) In Anwendung dieser Grundsätze hat das Landesarbeitsgericht die Klägerin und die Mitarbeiterin R als vergleichbar betrachtet. Ob dies zutrifft, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. 19
- aa) Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht davon aus, dass der Vergleichbarkeit der Klägerin und der Mitarbeiterin R nicht der jeweils unterschiedliche Arbeitszeitumfang der beiden Reinigungskräfte entgegensteht. 20
- (1) Ob bei der Kündigung teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer Vollzeitbeschäftigte und bei der Kündigung vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer Teilzeitbeschäftigte in die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG einzubeziehen sind, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des Senats von der betrieblichen Organisation ab. Der Senat hat in Teilzeit beschäftigte Arbeitnehmer mit Vollzeitkräften - bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen - dann für vergleichbar gehalten, wenn es dem Arbeitgeber lediglich um die Reduzierung eines Arbeitszeitvolumens ging, ohne dass organisatorische Entscheidungen über die Gestaltung der Arbeitszeit auf bestimmten Arbeitsplätzen getroffen worden waren. Liegt dagegen ein nachvollziehbares unternehmerisches Konzept zur Arbeitszeitgestaltung (vgl. auch § 8 Abs. 4 TzBfG) vor, demzufolge bestimmten Tätigkeiten bestimmte Arbeitszeiten zugeordnet sind, so ist die dem zugrunde liegende unternehmerische Entscheidung jedenfalls im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens von den Gerichten hinzunehmen, wenn sie nicht offenkundig unsachlich, dh. missbräuchlich ist. Arbeitnehmer, die auf Grund solcher Organisationsentscheidungen unterschiedliche Arbeitszeiten aufweisen, die nur durch Änderungskündigungen ange-
- 21



passt werden könnten, sind nicht miteinander vergleichbar (vgl. Senat 15. Juli 2004 - 2 AZR 376/03 - BAGE 111, 229; 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; 17. Januar 2002 - 2 AZR 15/01 - EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 47).

(2) Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, die Vollzeitbeschäftigung der Mitarbeiterin R stehe einer Vergleichbarkeit mit der teilzeitbeschäftigten Klägerin nicht entgegen, da es der Beklagten, die insgesamt ein Beschäftigungsvolumen von 2 Vollzeitstellen abbauen will, nur um die Anpassung eines überschießenden Arbeitsvolumens bei den Reinigungskräften gehe. An diese Feststellung ist der Senat gebunden (§ 559 Abs. 2 ZPO), da die Revision keinen zulässigen und begründeten Revisionsangriff erhoben hat. Zwar hat die Beklagte im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerdebegründung geltend gemacht, das Landesarbeitsgericht habe ihren unter Beweisantritt gehaltenen Vortrag verkannt, dass sie eine unternehmerische Entscheidung getroffen habe, Arbeitnehmer, die Mitglied der Freiwilligen Feuerwehr sind, in Vollzeit zu beschäftigen, um deren Einsatzbereitschaft in der Freiwilligen Feuerwehr während der gewöhnlichen Dienstzeit abzusichern. Hierin liegt jedoch keine zulässige Verfahrensrüge, sondern neuer Sachvortrag, der in der Revisionsinstanz grundsätzlich keine Berücksichtigung mehr finden kann. Sollte die Beklagte eine auf § 286 ZPO gestützte Rüge wegen übergangenen Beweisantritts durch das Berufungsgericht verfolgen wollen, genügt es hierzu nicht, vorzutragen, das Landesarbeitsgericht habe angebotene Beweise nicht berücksichtigt. Vielmehr ist nach Beweisthema und Beweismittel anzugeben, zu welchem Punkt das Landesarbeitsgericht eine gebotene Beweisaufnahme unterlassen haben soll und welches Ergebnis diese Beweisaufnahme hätte zeitigen müssen. Erforderlich ist dabei die Angabe der genauen vorinstanzlichen Fundstelle der übergangenen Beweisangebote nach Schriftsatz und bei umfangreichen Schriftsätzen nach Seitenzahl (BAG 16. August 2005 - 9 AZR 79/05 - AP TVG § 1 Altersteilzeit Nr. 24 = EzA BGB 2002 § 823 Nr. 3; 6. Januar 2004 - 9 AZR 680/02 - BAGE 109, 145).

Diesen Erfordernissen genügt der Vortrag der Beklagten nicht. Darüber hinaus entsprechen die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts dem eigenen Vorbringen der Beklagten aus den Vorinstanzen, wo sie allgemein auf die Verpflichtung der Mitarbeiterin R zur Teilnahme an Feuerwehreinsätzen abgehoben hat, ohne auf deren Vollzeittätigkeit oder gar ein entsprechendes organisatorisches Konzept, Mitglieder der

22

23



Freiwilligen Feuerwehr stets in Vollzeit zu beschäftigen, zu verweisen. Eine entsprechende Organisationsentscheidung behauptet die Beklagte erstmals im Revisionsverfahren, während sie zweitinstanzlich noch mit Schriftsatz vom 1. September 2004 vorgetragen hat, sie bringe im Vergleich zu anderen Arbeitgebern „das größere Verständnis“ für Freistellungen auf, die wegen der Tätigkeit der Mitarbeiterin R bei der Freiwilligen Feuerwehr erforderlich werden. Es kann daher dahinstehen, ob die behauptete Organisationsentscheidung der Beklagten von vorneherein eine Vergleichbarkeit der Klägerin und der Mitarbeiterin R hätte ausschließen können.

bb) Es spricht auch vieles für die Annahme, die Klägerin und die im Bereich Feuerwehren eingesetzte Mitarbeiterin R seien auch nach tätigkeitsbezogenen Merkmalen im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG aF vergleichbar. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass die Mitarbeiterin R bei der Beklagten wie die Klägerin als Reinigungskraft eingestellt ist und dass 95 % ihrer Gesamttätigkeiten dem Berufsbild einer Reinigungskraft entsprechen, die auch die Klägerin wahrnehmen könnte. Ohne dass die Beklagte dies mit einer Verfahrensrüge angegriffen hätte, hat es weiter festgestellt, die unter Ziff. 8 der Stellenbeschreibung der Mitarbeiterin R genannten Tätigkeiten gehörten zumindest im Hinblick auf die Versorgung der Feuerwehrleute nach Einsätzen und die Betreuung und Organisation von Veranstaltungen der Feuerwehren der beklagten Stadt und der eingemeindeten Ortsteile auch zum Aufgabenspektrum der Klägerin. Das Berufungsgericht nimmt weiter an, dass die in Ziff. 8 der Stellenbeschreibung der Mitarbeiterin R aufgeführte Sonderaufgabe der Teilnahme an Feuerwehreinsätzen als Mitglied der Freiwilligen Feuerwehr ihrer Einbeziehung in den Kreis der vergleichbaren Reinigungskräfte nicht entgegensteht.

24

(1) Da die Klägerin nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts im Gegensatz zur Löschhauptmeisterin R weder Mitglied der Freiwilligen Feuerwehr der beklagten Stadt ist, noch über die zur Teilnahme an Feuerwehreinsätzen erforderliche feuerwehrtechnische Ausbildung verfügt, entspricht ihre Qualifikation hinsichtlich der Teilnahme an Einsätzen der Freiwilligen Feuerwehr nicht derjenigen der Reinigungskraft R. Darüber hinaus hat die Klägerin auch eine Ziff. 8 der Stellenbeschreibung der Mitarbeiterin R vergleichbare vertragliche Vereinbarung mit der Beklagten nicht getroffen. Stellt man auf die in der Stellenbeschreibung aufgeführte Tätigkeit der Mitarbeiterin R ab, die neben Reinigungsarbeiten auch die Einsätze bei der Freiwilligen Feuerwehr umfasst, fehlte es dann allerdings sowohl an der qualifikations-, als auch an der arbeitsvertraglichen Austauschbarkeit der beiden Mitarbeiterinnen.

25



(2) Es ist jedoch zweifelhaft, ob die Teilnahme an Einsätzen der Freiwilligen Feuerwehr zum Inhalt der unmittelbaren arbeitsvertraglichen Verpflichtung geworden ist. Dagegen spricht schon, dass die Freiwillige Feuerwehr regelmäßig aus ehrenamtlich tätigen Einsatzkräften besteht, § 8 Abs. 1 Satz 2 erster Halbs. Brandschutz- und Hilfeleistungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt idF der Bekanntmachung vom 7. Juni 2001 (GVBl. LSA 2001, 190; im Folgenden: BrSchG). Der ehrenamtliche Charakter der Tätigkeit widerspricht aber grundsätzlich einer arbeitsvertraglichen Verpflichtung. Die ausdrückliche Erwähnung der Teilnahme an Einsätzen sollte also möglicherweise eher auf das besondere Interesse der Beklagten an solchen Einsätzen hinweisen. Dies würde allein einer arbeitsvertraglichen Vergleichbarkeit der Klägerin und der Mitarbeiterin R nicht entgegenstehen.

26

3. Die Frage bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Geht man von einer Vergleichbarkeit der beiden betroffenen Arbeitnehmerinnen aus, überschreitet das Landesarbeitsgericht seinen Beurteilungsspielraum zwar insoweit nicht, als es annimmt, die Klägerin, die sich auf andere sozial stärkere Mitarbeiter nicht berufen hat, sei nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG aF sozial schützwürdiger als die Mitarbeiterin R. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts erweist sich im Ergebnis jedoch deshalb als unzutreffend, weil es zu Unrecht davon ausgeht, die Beklagte sei nicht zur Herausnahme der Mitarbeiterin R aus der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG aF berechtigt.

27

a) Nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG aF gilt Satz 1 nicht, wenn betriebstechnische, wirtschaftliche oder sonstige berechnete betriebliche Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer bedingen und damit der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehen. Nach gefestigter Rechtsprechung des Senats ist es hierbei nicht erforderlich, dass eine „gewisse Zwangslage“ besteht, vielmehr reicht es aus, wenn die Weiterbeschäftigung eines bestimmten Arbeitnehmers im Interesse eines geordneten Betriebsablaufs erforderlich ist (24. März 1983 - 2 AZR 21/82 - BAGE 42, 151 unter Aufgabe von Senat 20. Januar 1961 - 2 AZR 495/59 - BAGE 10, 323; 25. April 1985 - 2 AZR 140/84 - BAGE 48, 314). Reine Nützlichkeitsabwägungen stehen einer sozialen Auswahl allerdings nicht entgegen (24. März 1983 - 2 AZR 21/82 - aaO; 25. April 1985 - 2 AZR 140/84 - aaO). Da anders als in § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG nicht von dringenden betrieblichen Erfordernissen, sondern von berechtigten betrieblichen Bedürfnissen die Rede ist, stellt § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG weniger strenge Anforderungen auf (Senat 25. April 1985 - 2 AZR 140/84 - aaO).

28



- b) Das Landesarbeitsgericht hat - unter Verweis auf die erstinstanzliche Entscheidung - gemeint, die Beklagte könne sich weder auf betriebstechnische, wirtschaftliche noch sonstige Gründe berufen, um Frau R aus dem Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer auszunehmen. Ihre Tätigkeit als Reinigungskraft sei nicht notwendig für den Einsatz in der Freiwilligen Feuerwehr. Damit hat das Landesarbeitsgericht die Voraussetzungen von § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG aF verkannt. 29
- aa) Zu Recht nimmt das Landesarbeitsgericht noch an, die Beklagte könne sich weder auf betriebstechnische noch auf wirtschaftliche Bedürfnisse iSd. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG aF berufen. Unter betriebstechnischen Bedürfnissen werden die Gründe erfasst, die zur Aufrechterhaltung der technischen Arbeitsabläufe des Betriebes notwendig sind (vgl. Senat 24. März 1983 - 2 AZR 21/82 - BAGE 42, 151; 25. April 1985 - 2 AZR 140/84 - BAGE 48, 314; APS-Kiel 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 740; Stahlhacke/Preis/Vossen-Preis Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 8. Aufl. Rn. 1122; Bütetisch Die Sozialauswahl S. 292; jeweils mwN). Es ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte durch die Weiterbeschäftigung der Mitarbeiterin R einen Vorteil erlangt, der sich auf ihre Betriebsorganisation oder den Betriebsablauf auswirken würde. Unabhängig davon, ob man bei der Beantwortung der Frage nach einem wirtschaftlichen Vorteil von hinreichendem Gewicht auf die wirtschaftliche Lage des Beschäftigungsbetriebes abstellt (so APS-Kiel 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 740; aA Bütetisch aaO S. 293 f.; Stahlhacke/Preis/Vossen-Preis aaO), macht die Beklagte auch keine wirtschaftlichen Gründe geltend. 30
- bb) Die Beklagte begründet ihr Bedürfnis an der Weiterbeschäftigung der Mitarbeiterin R vielmehr damit, dass ihr nach dem BrSchG Sachsen-Anhalt die Sicherstellung des Brandschutzes und der Hilfeleistung übertragen und die Beschäftigung von Frau R als Mitglied der Freiwilligen Feuerwehr erforderlich sei, um ihre jederzeitige Einsatzbereitschaft während der Arbeitszeit gewährleisten zu können. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts handelt es sich hierbei um ein berechtigtes sonstiges betriebliches Bedürfnis iSd. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG aF, das die Weiterbeschäftigung der Mitarbeiterin R bedingt und daher der sozialen Auswahl entgegensteht. 31
- (1) Es geht dabei nicht um außerbetriebliche Umstände - wie beispielsweise private Interessen -, die ein betriebliches Bedürfnis im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG nicht begründen können (vgl. KR-Etzel 7. Aufl. § 1 KSchG Rn. 630). Für die Annahme eines sonstigen betrieblichen Bedürfnisses ist es ausreichend, wenn - wie 32



vorliegend die Beklagte - eine Arbeitgeberin der öffentlichen Hand auf Grund ihres gesetzlichen Auftrags mit ihren Dienststellen eine Vielzahl von arbeitstechnischen Zwecken zu verfolgen hat und der geltend gemachte Grund mit einem der Zwecke im unmittelbaren Zusammenhang steht. Zu den von der Beklagten zu leistenden Betriebszwecken gehört nicht nur das Betreiben von Kindertagesstätten, sondern sie hat nach § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 1 BrSchG auch die öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Sicherstellung des Brandschutzes und der Hilfeleistung. Erstreckt man die Sozialauswahl - was auch die Klägerin nicht beanstandet - über den letzten Beschäftigungsbetrieb der Klägerin hinaus auf die im Bereich Feuerwehren beschäftigte Mitarbeiterin R, ist auch der mit diesem Beschäftigungsbetrieb von der beklagten Arbeitgeberin verfolgte Zweck bei der Frage des betrieblichen Bedürfnisses zu berücksichtigen. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts steht dem angesichts der besonderen gesetzlichen Verpflichtung der Beklagten nicht entgegen, dass das für die Beklagte wichtige Kriterium eine ehrenamtliche Tätigkeit der Mitarbeiterin R darstellt und nur in mittelbarem Zusammenhang mit der arbeitsvertraglich geschuldeten Reinigungstätigkeit steht, die ebenfalls im Bereich der Feuerwehren zu erbringen ist. Wenn das Landesarbeitsgericht - unter Verwendung von Formulierungen aus § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG in der ab 1. Januar 2004 (wieder) geltenden Fassung des Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3002) - besondere Kenntnisse, Fähigkeiten und Qualifikationen der Mitarbeiterin R in Abrede stellt, übersieht es, dass diese - anders als die Klägerin - unstreitig über eine feuerwehrtechnische Ausbildung zur Hauptlöschmeisterin verfügt, Mitglied der Freiwilligen Feuerwehr und zur Teilnahme an deren Einsätzen bereit ist.

(2) Das Bedürfnis der Beklagten für die Weiterbeschäftigung der Mitarbeiterin R zur Sicherstellung des Brandschutzes und der Hilfeleistung erreicht auch das für § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG aF nötige Gewicht und stellt sich daher als berechtigtes betriebliches Bedürfnis dar.

(2.1.) Die Festlegung, ob Arbeitnehmer nicht in die Sozialauswahl einbezogen werden sollen, hat unter Berücksichtigung der Belange der sozial schwächeren Arbeitnehmer zu erfolgen, die ohne die Berufung des Arbeitgebers auf § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG ihren Arbeitsplatz nicht verlieren würden. Nach der Senatsrechtsprechung ist das Interesse des sozial schwächeren Arbeitnehmers im Rahmen des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG gegen das berechnete Interesse des Arbeitgebers an der Herausnahme bestimmter Arbeitnehmer abzuwägen. Je schwerer dabei das soziale Interesse wiegt,



umso gewichtiger müssen die Gründe für die Ausklammerung eines Arbeitnehmers aus der Sozialauswahl sein (zu § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG in der vom 1. Oktober 1996 bis zum 31. Dezember 1998 geltenden Fassung des Arbeitsrechtlichen Gesetzes zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung [Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz] vom 25. September 1996 BGBl. I S. 1476): Senat 12. April 2002 - 2 AZR 706/00 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 56 = EzA KSchG Soziale Auswahl § 1 Nr. 48 mwN; zu § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG aF: Senat 5. Dezember 2002 - 2 AZR 697/01 - BAGE 104, 138; vgl. auch APS-Kiel 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 743; KR-Etzel 6. Aufl. § 1 KSchG Rn. 674; Linck Die Soziale Auswahl S. 122; HK-Dorndorf 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 1102, 1107; von Hoyningen-Huene NZA 1994, 1009, 1016; aA: Stahlhacke/Preis/Vossen-Preis Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 8. Aufl. Rn. 1120).

(2.2.) Das Landesarbeitsgericht hat zwar keine Abwägung zwischen den von der Beklagten angeführten betrieblichen Gründen für die Weiterbeschäftigung der Mitarbeiterin R und den sozialen Belangen der Klägerin vorgenommen, sondern nur darauf abgestellt, die Beklagte sei zur Herausnahme der Mitarbeiterin R aus dem Kreis der vergleichbaren Mitarbeiter nicht berechtigt gewesen. Der Senat kann die vom Landesarbeitsgericht unterlassene Abwägung zwischen dem betrieblichen Bedürfnis an der Weiterbeschäftigung der Mitarbeiterin R und den sozialen Belangen der Klägerin jedoch nachholen. Die hierfür relevanten tatsächlichen Feststellungen sind getroffen und weitere entgegenstehende Feststellungen sind nicht zu erwarten.

35

Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts war die Klägerin bei Kündigungsausspruch 44 Jahre alt, verheiratet und - der Beklagten allerdings zum Kündigungszeitpunkt nicht bekannt - ihrem Sohn zum Unterhalt verpflichtet, während die Mitarbeiterin R kinderlos, 47 Jahre, damit drei Jahre älter als die Klägerin und ebenfalls verheiratet war. Unter Berücksichtigung der Unterhaltungspflicht und des Umstandes, dass die Klägerin mit 18 Jahren eine längere Betriebszugehörigkeit als die seit 10 Jahren dem Betrieb der Beklagten angehörende Mitarbeiterin R aufweist, ist die Klägerin im Ergebnis sozial schutzbedürftiger. Dem steht jedoch ein erhebliches Interesse der Beklagten an der Weiterbeschäftigung von Frau R entgegen wegen des öffentlich-rechtlichen Auftrags zur Sicherung des Brandschutzes und der Hilfeleistung. Die Beklagte hat nach § 2 Abs. 3, § 3 Abs. 3 Verordnung über die Mindeststärke und -ausrüstung der Freiwilligen Feuerwehren Sachsen-Anhalt vom 9. September 1996 idF vom 14. Dezember 2004 (GVBl. SA 2004, 828; im Folgenden: MindAusrVO-FF) als kreisangehörige Stadt mit mehr als 10.000 Einwohnern eine Feuerwehr mit Schwerpunkt-

36



ausstattung zu unterhalten, die 42 Mitglieder umfasst und bei der eine Einsatzstärke von mindestens einem Löschzug (1/3/18), dh. insgesamt 22 Einsatzkräften, sicherzustellen ist. Nach § 1 Abs. 2 MindAusrVO-FF ist die Leistungsfähigkeit einer Freiwilligen Feuerwehr gegeben, wenn die Einsatzstärke durch qualifizierte aktive Mitglieder und die Mindestausrüstung jederzeit erfüllt sind. Hierbei gilt eine Freiwillige Feuerwehr gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 MindAusrVO-FF als einsatzbereit, wenn 5 Minuten nach einer Alarmierung die Einsatzstärke erreicht ist. Die Beklagte hat - von Klägerin nicht bestritten - vorgetragen, dass ihre Freiwillige Feuerwehr zurzeit lediglich 37 aktive Mitglieder hat und daher die Einsatzbereitschaft der Schwerpunktfeuerwehr gefährdet sei. Dies erscheint für kritische Tageszeiten, insbesondere für Einsätze am Tag, unmittelbar einleuchtend, soweit Mitglieder der Freiwilligen Feuerwehr in anderen Orten arbeiten und die Herstellung der Einsatzbereitschaft - zusätzlich zur geringen Anzahl an Aktiven - durch Anfahrtszeiten erschwert wird. Wenn die Beklagte sich angesichts dieser Situation darauf beruft, durch die Weiterbeschäftigung der Mitarbeiterin R im Bereich Feuerwehren sei - zumindest - deren ständige Erreichbarkeit während ihrer Arbeitszeit gewährleistet, geht dies über die bloße Nützlichkeit der Weiterbeschäftigung hinaus. Selbst wenn man unterstellt, dass die Mitarbeiterin R auch bei einer Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses zur Beklagten weiter Einwohnerin der beklagten Stadt und Mitglied der Freiwilligen Feuerwehr bliebe, steigt mit ihrem Ausscheiden das Risiko der Beklagten, dass sie nicht mehr jederzeit zu Einsätzen herangezogen werden kann. Zur Sicherung ihres Lebensunterhalts wäre die Mitarbeiterin R gezwungen, sich eine anderweitige Beschäftigung zu suchen, dies möglicherweise in einem anderen Ort oder verbunden mit sonstigen tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Freistellung zu Einsätzen. Die Argumentation des Landesarbeitsgerichts, ein Ausscheiden der Mitarbeiterin R müsse nicht zwangsläufig zu einer Beendigung ihrer Einsätze für die Freiwillige Feuerwehr führen, sondern es sei im Gegenteil eher denkbar, dass sie in einem solchen Fall ihre Aktivitäten noch verstärken werde, geht vor diesem Hintergrund - ungeachtet ihrer sachlichen Berechtigung - ins Leere. Die Dringlichkeit der Weiterbeschäftigung der Mitarbeiterin R zur Sicherstellung der Einsatzbereitschaft der Freiwilligen Feuerwehr ist damit greifbar dargetan. Angesichts der Tatsache, dass die Beklagte zudem mit der Weiterbeschäftigung der Mitarbeiterin R keinen wirtschaftlichen Vorteil verfolgt, sondern Interessen der Allgemeinheit vertritt, weil bei ihrem Ausscheiden die von der Beklagten zu gewährleistende öffentliche Sicherheit gefährdet wäre, durfte die Beklagte die Mitarbeiterin R aus der Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG aF herausnehmen.



- II. Die Wirksamkeit der Kündigung im Übrigen hat das Landesarbeitsgericht 37
- nach seiner Auffassung konsequent - nicht geprüft und hierzu auch keine Feststellungen getroffen. Dies führt zur Zurückverweisung der Sache.
1. Das Landesarbeitsgericht wird bei der erneuten Entscheidung zu berücksichtigen haben, dass im Entschluss zur Fremdvergabe eines Reinigungsauftrages an ein Drittunternehmen ein dringendes betriebliches Erfordernis für eine ausgesprochene Kündigung liegen kann, wenn eine organisatorische Maßnahme vorliegt, bei deren innerbetrieblichen Umsetzung das Bedürfnis für eine Weiterbeschäftigung von Reinigungskräften entfallen ist (*BAG 24. Mai 2005 - 8 AZR 333/04 - EzA BGB 2002 § 613a Nr. 37; Senat 22. April 2004 - 2 AZR 244/03 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 67 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 53; 5. Dezember 2002 - 2 AZR 522/01 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 126 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 50*). Im öffentlichen Dienst kann eine vergleichbare unternehmerische Entscheidung darin liegen, dass in einem Haushaltsplan eine konkrete Stelle gestrichen (*so schon BAG 28. November 1956 - GS 3/56 - BAGE 3, 245; 21. Januar 1993 - 2 AZR 330/92 - AP MitbestG Schleswig-Holstein § 52 Nr. 1 = EzA KSchG § 2 Nr. 18*), ein sog. kw-Vermerk angebracht (*BAG 18. November 1999 - 2 AZR 77/99 - AP KSchG 1969 § 2 Nr. 55 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 104*) oder aus einem Personalbedarfsplan der Wegfall einer Stelle ersichtlich wird (*Senat 18. November 1999 - 2 AZR 77/99 - aaO; zusammenfassend Senat 23. November 2004 - 2 AZR 38/04 - BAGE 112, 361*). 38
- Soweit die Beklagte erstmals in der Revision darauf abgestellt hat, die vom Wegfall der Reinigungsaufträge betroffenen Arbeitsplätze seien im Haushaltsplan mit Beschluss vom 18. Dezember 2003 gestrichen worden, erfolgte dieser Beschluss nach dem Zugang der Kündigung vom 12. Dezember 2003 am 16. Dezember 2003 und könnte nur dann Berücksichtigung finden, wenn der Stellenplan zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs schon absehbar war. Ungeachtet dessen dürfte jedoch bereits in der vom Bürgermeister der beklagten Stadt am 10. November 2003 gemäß § 63 Abs. 3 GemO Sachsen-Anhalt iVm. §§ 9, 10 Hauptsatzung der Stadt H getroffene Entscheidung zur Fremdvergabe der Reinigungsaufträge für die Kindereinrichtungen die erforderliche unternehmerische Entscheidung liegen. Wenn die Klägerin einwendet, zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs habe die Fremdvergabe noch nicht abschließend festgestanden, übersieht sie, dass die beklagte Stadt bei Zugang der Kündigung annehmen konnte, bei Ablauf der Kündigungsfrist werde ein Beschäftigungsbe- 39



dürfnis nicht mehr bestehen, ohne dass die Reinigungsaufträge bereits zu diesem Zeitpunkt an Drittunternehmen vergeben gewesen sein müssen. Ob dies bei Kündigungsausspruch tatsächlich der Fall war, müsste das Landesarbeitsgericht aufklären.

Soweit die Klägerin im Übrigen geltend gemacht hat, bei Ausspruch der Kündigung habe nicht festgestanden, ob ihr Arbeitsverhältnis eventuell im Wege eines Betriebsübergangs auf eine noch zu beauftragende Reinigungsfirma übergehen werde, kann hierin jedenfalls kein Unwirksamkeitsgrund nach § 613a Abs. 4 BGB liegen. Dafür wäre gerade erforderlich, dass die Beklagte im Zeitpunkt der Kündigung davon ausgegangen ist, der private Übernehmer des Reinigungsauftrages werde die Hauptbelegschaft der Reinigungskräfte übernehmen (vgl. BAG 24. Mai 2005 - 8 AZR 333/04 - EzA BGB 2002 § 613a Nr. 37).

2. Ebenso wird das Landesarbeitsgericht überprüfen müssen, ob der Personalrat der beklagten Stadt vor Kündigungsausspruch ordnungsgemäß nach § 67 Abs. 1 Nr. 8, § 61 Abs. 1 LPersVG LSA iVm. § 108 Abs. 2 BPersVG beteiligt worden ist.

II. Die Kostenentscheidung bleibt dem Berufungsurteil vorbehalten.

Rost

Bröhl

Schmitz-Scholemann

Heise

Grimberg

