

## H Einzelaspekte bei der Sozialauswahl einer betriebsbedingten Kündigung

RÖDER / KRIEGER, (Mehr) Rechtssicherheit bei betriebsbedingten Kündigungen ? – Der praktische Umgang mit Altersgruppen und Namensliste, in **DB 2005 Heft 47 S.2578-2582**

GAUL / BONANNI, Sozialauswahl zwischen Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten, in **ArbRB 2005 Heft 4 S. 112-115**

GAUL / BONANNI, Betriebsübergreifende Sozialauswahl und die Bedeutung von Versetzungsklauseln, in **NZA 2006 Heft 6 S. 289-293**

BAG vom 02.06.2005 – 2 AZR 480/04 – in **BB 2006 Heft 9 S. 496-500** (Berücksichtigung von vertraglich vereinbarten Betriebszugehörigkeiten bei der Sozialauswahl)

BAG vom 21.04.2005 – 2 AZR 241/04 – in **BB 2005 S.2471-2472** (Herausnahme von Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz)

BAG vom 15.12.2005 – 6 AZR 199/05 – **ArbRB 2006 S.2** (Kurz wiedergabe) (soziale Auswahl betriebsbezogen – im Anschluss an BAG vom 02.06.2005 – 2 AZR 158/04 – EZA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 61)

### I **Altersgruppen und Namenslisten**

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die seit 01.01. 2004 geltende Neufassung von § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG. Nach dieser Bestimmung können Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl von vorneherein herausgenommen werden, deren Weiterbeschäftigung im betrieblichen Interesse liegt zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur.

§ 1 KSchG Sozial ungerechtfertigte Kündigungen	
(1)	Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.
(2)	....
(3)	Ist einem Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Erfordernissen im Sinne des Absatzes 2 gekündigt worden, so ist die Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat; auf Verlangen des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. <b>In die soziale Auswahl nach Satz 1 sind Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt.</b> Der Arbeitnehmer hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt im Sinne des Satzes 1 erscheinen lassen.
(4)	....

## 1. Bildung von Altersgruppen

Die Praxis geht über den eigentlichen Begriff " Personalstruktur " in seinem weiteren Kreis einfach hinweg, weil es fast ausschließlich in den zur Entscheidung anstehenden Fällen um die Bildung von Altersgruppen geht. Dabei ist bisher, so weit ersichtlich einem mehr akademische Frage, ob mit der Einführung von § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG beabsichtigt sein soll, zunächst zu prüfen, ob bereits in einem Betrieb einer ausgewogene Personalstruktur besteht, um deren Erhaltung es dem Unternehmer geht, oder ob es lediglich um die Sicherung einer bereits bestehenden Struktur für die Zukunft geht. Gerade die **Erhaltung der bisherigen betrieblichen Altersstruktur** wird grundsätzlich als berechtigtes Interesse des Arbeitgebers anerkannt (vgl. BAG vom 23.11.2000 - 2 AZR 533/99 - in DB 2001 Seite 1042).

### a) von der Vergleichsgruppe zur Altersgruppe

Um zu einer richtigen, d. h. einer Überprüfung des Gerichts standhaltenden Bildung von Altersgruppen zu gelangen ist es notwendig eine bestimmte Reihenfolge der Vorüberlegungen bei Kündigungsabsicht einzuhalten.

**In einem ersten Schritt** müssen vor anstehenden Kündigungen **Vergleichsgruppen** gebildet werden. Damit ist angesprochen, dass der Arbeitgeber hinsichtlich der Personen, von denen er sich trennen möchte, zunächst wie bei normaler Sozialauswahl nach vergleichbaren Personen im Betrieb Ausschau halten muss. Es geht dabei wie immer darum zu definieren, ob der von einer Kündigung betroffener Arbeitnehmer von seiner persönlichen Fähigkeit her, in der Lage ist die Arbeit desjenigen Arbeitnehmers zu übernehmen, der als Vergleichsperson in Betracht kommt.

**Im zweiten Schritt** kann dann **innerhalb der** so gefundenen **Vergleichsgruppen** die **Bildung der Altersgruppen** vorgenommen werden,

mit deren Hilfe dann die nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG durchzuführende Sozialauswahl auf die vergleichbaren Arbeitnehmer einer bestimmten Altersgruppe beschränkt werden kann (vgl. LAG Hamm vom 5.6.2003 - 4 (16) Sa 1976/02 - in NZA-RR 2004 Seite 132; Sächsisches LAG vom 5.1.2005 – 2 Sa 674/04 - in LAG E § 1 KSchG soziale Auswahl Nr. 48).

**Beispiel:**

*Die Albert Meyer OHG stellt Kartonagen her. Sie beschäftigt 12 Mitarbeiter in der Verwaltung, 12 Mitarbeiter im Lager und 60 in der Produktion. Auf Grund langanhaltender wirtschaftlicher Schwierigkeiten und damit einhergehenden Auftragsrückgängen beschließt die Unternehmensführung, sich von einem Drittel ihrer Mitarbeiter zu trennen. Dabei soll die Personalreduzierung in den drei vorgenannten Bereichen etwa gleichmäßig erfolgen.*

*§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG lässt es nun zu, drei Vergleichsgruppen zu bilden. Die 12 Mitarbeiter der Verwaltung wie auch die 12 Mitarbeiter im Lager stellen ebenso eine Vergleichsgruppe dem Grunde nach dar wie die 60 Mitarbeiter in der Produktion. Diese generalisierende Betrachtung lässt zur Vereinfachung der Falldarstellung zunächst außer Acht, dass möglicherweise für die korrekte später zutreffende Sozialauswahl Positionen des Abteilungsleiters oder des Vorarbeiters nicht zur Disposition stehen werden. Innerhalb dieser drei Vergleichsgruppen können nun die Altersgruppen gebildet werden. Ziel der danach zutreffenden Auswahl muss nach der Rechtsprechung sein, in etwa gleichmäßig zu Erhaltung der ausgewogenen Altersstruktur Arbeitnehmer bestimmte Altersgruppen zu kündigen. Unzulässig in diesem Zusammenhang ist es, etwa aus der Gruppe der Verwaltungsangestellten nur jüngere Arbeitnehmer zu kündigen, dem gegenüber im Bereich der Produktion sich von den ältesten Mitarbeiter in ausschließlich zu trennen.*

Ein Problem lässt sich in dieser allgemeinen Darstellung nur schwer fassen, dass gerade bei Belegschaften mit extrem langen Beschäftigungszeiten die Bildung von Vergleichsgruppen ausgemacht schwierig sein wird im Sinne

einer klar abgegrenzten Gruppierung. Der Werdegang einzelner Mitarbeiter im Laufe ihres Berufslebens bringt es in solchen Betrieben oftmals mit sich, dass eine universelle Einsetzbarkeit eines Mitarbeiters zu verzeichnen sein wird. Dies erklärt sich daraus, dass Mitarbeiter nicht von Beginn an in einer bestimmten Abteilung eine bestimmte Funktion zugewiesen bekommen haben, auf der sie auch heute noch Dienst tun.

b) Wie bildet man Altersgruppen ?

Dem Arbeitgeber steht in diesem Bereich ein weiter Beurteilungsspielraum zu, der es dann überschritten ist, wenn die Altersgruppen erkennbar mit dem Ziel gebildet worden wären, bestimmte Arbeitnehmer über die Sozialauswahl " loszuwerden ". Aber selbst hier trägt der Arbeitnehmer noch die Beweislast dafür, dass es zu einem solchen Missbrauch des Beurteilungsspielraums gekommen ist. Eine Überprüfung hinsichtlich der Gruppenbildung reduziert sich deshalb auf die Feststellung unsachlicher Gesichtspunkte und darauf, ob eine Aufteilung Ziel gerichtet zur Kündigung einzelner unliebsamer Arbeitnehmer vorgenommen wurde (vgl. Sächsisches LAG vom 5.1.2005 – 2 Sa 674/04 - in LAG E § 1 KSchG soziale Auswahl Nr. 48; BAG vom 23.11.2000 - 2 AZR 533/99 - in DB 2001 Seite 1042; BAG vom 20.4.2005 - 2 AZR 201/04 - in DB 2005 Seite 1691).

Bisher wurden verschiedene Staffellungen nach Altersgruppen in der Rechtsprechung ausdrücklich für zulässig erachtet:

3er-Staffelung (vgl. LAG Hamm vom 5.6.2003 – 4 (16) Sa 1976/02 - in NZA-RR 2004 Seite 132)

- bis 35 Jahre
- 36-50 Jahre
- > 50 Jahre

4er-Staffelung (vgl. LAG Hamm vom 5.6.2003 – 4 (16) Sa 1976/02 - in NZA-RR 2004 Seite 132; Sächsisches LAG vom 5.1.2005 – 2 Sa 674/04 - in LAG E § 1 KSchG soziale Auswahl Nr. 48)

- bis 30 Jahre
- 31-40 Jahre
- 41-50 Jahre
- > 50 Jahre

5er-Staffelung (vgl. LAG Hamm vom 5.6.2003 – 4 (16) Sa 1976/02 - in NZA-RR 2004 Seite 132)

- bis 30 Jahre
- 31-40 Jahre
- 41-50 Jahre
- 51-60 Jahre
- > 60 Jahre

6er-Staffelung (vgl. BAG vom 11.5.2001 - 2 AZR 533/99 - in DB 2001 Seite 1042)

- bis 20 Jahre
- 21-30 Jahre
- 31-40 Jahre
- 41-50 Jahre
- 51-57 Jahre
- > 57 Jahre

8-er Staffelung (vgl. LAG Düsseldorf vom 17.3.2000 – 9 (6) Sa 84/00 – in DB 2000 Seite 1572)

- bis 25 Jahre
- 26-30 Jahre
- 31-35 Jahre
- 36-40 Jahre
- 41-45 Jahre
- 46-50 Jahre
- 51-55 Jahre
- > 55 Jahre

Als **unzulässig** anzusehen sein dürften unsystematische Bildungen von **Altersgruppen mit wechselnden Zeitsprüngen** (vgl. LAG Hamm vom 5.6.2003 – 4 (16) Sa 1976/02 - in NZA-RR 2004 Seite 132), wie z. B.:

- bis 25 Jahre
- 26-38 Jahre (13 Jahrgänge)
- 39-47 Jahre (9 Jahrgänge)
- 48-58 Jahre (11 Jahrgänge)
- > 58 Jahre

c) Berücksichtigung der Altersgruppen - proportional

Um den möglichen Versuchungen des Arbeitgebers entgegenzuwirken, auf diesem Wege die Belegschaft zu verjüngen, sind im Rahmen des Personalabbaus **Kündigungen in der jeweiligen Altersgruppe grundsätzlich proportional**, d. h. anteilmäßig, **vorzusehen** (vgl. LAG Brandenburg vom 27.4.2004 – 2 Sa 51/04 - in LAG E § 1 KSchG soziale Auswahl Nr. 44).

**Im Rahmen des Prozesses muss der Arbeitgeber darlegen**, wie viel Prozent der potenziell zu kündigenden Arbeitnehmer der jeweiligen Altersgruppe vor Ausspruch der Kündigung angehört haben, und wie die Kündigungen sich auf die einzelnen Altersgruppen verteilt haben, damit die bestehende Altersstruktur erhalten bleibt (vgl. BAG vom 20.4.2005 - 2 AZR 201/04 - in DB 2005 Seite 1691).

**zum Beispielfall**

Wenn, wie vorgesehen in der Meyer OHG, innerhalb der Vergleichsgruppen ein Drittel der Mitarbeiter entlassen werden soll und dabei in einer 4er - Staffelung Altersgruppen gebildet worden sind, so bedeutet dies idealtypisch folgendes:

*Von den 12 Mitarbeitern in der Verwaltung werden 4 Mitarbeiter gekündigt, so dass bei einer gleichmäßigen Verteilung in den Altersgruppen bei jeder Altersgruppe 1 Mitarbeiter / 1 Mitarbeiterin von einer Kündigung betroffen sein müsste.*

*Bei den 12 Mitarbeitern im Lager ergebe sich das gleiche Bild.*

*Die 60 Produktionsmitarbeiter würden um 20 Mitarbeiter / Mitarbeiterinnen reduziert, was sich auf die 4 Altersgruppen verteilt - eine gleichmäßigen Altersstruktur vorausgesetzt - wiederum mit 5 Mitarbeitern pro Altersgruppe in den Kündigungen niederschlagen müsste.*

Es wird dabei zwar nicht exakt mit dem Rechenschieber zu rechnen sein, sodass gewisse Aufrundungen bzw. Abrundungen innerhalb der Altersgruppen sicherlich ohne Bedeutung sind. Allerdings führt eine deutlich überproportionale Benachteiligung einer Altersgruppe zu Unwirksamkeit von Kündigungen. Dabei sind jeweils **nur die Kündigungen unwirksam, die über den auf die betreffende Altersgruppe zu verteilenden Anteil hinausgehen**. Das erklärt sich daraus, dass § 1 Abs. 3 KSchG letztlich nur das Ergebnis kontrolliert nicht jedoch den Sozialauswahl Prozesses als solches.

d) Vorgehen bei Massenentlassungen

RÖDER / KRIEGER fassen die Ergebnisse von der Rechtsprechung insoweit zusammen, dass sie ein Vorgehen in 5 Schritten vorschlagen:

(1) Bildung von Vergleichsgruppen

(2) Bildung von Altersgruppen

Wesentlich ist dabei, dass für die verschiedenen Vergleichsgruppen unterschiedliche Altersgruppen verwendet werden können.

(3) Ausnahme der Leistungsträger

Neben dem bisher hier skizzierten betrieblichen Interesse an der Haltungen ausgewogenen Personalstruktur können natürlich andere betriebliche Interessen dazu führen, dass bestimmte Personen aufgrund ihrer Fähigkeiten für den Betrieb unverzichtbar sind. Auch

dies wird über § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG als zulässige Überlegung angesehen.

- (4) Sozialauswahl unter anteilmäßiger Berücksichtigung der gebildeten Altersgruppen
- (5) Kündigung der Arbeitsverhältnisse der ausgewählten Arbeitnehmer, gegebenenfalls nach Anhörung des Betriebsrats und nach Durchführung des zur Erstattung einer Massenentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 1 KSchG erforderlichen Verfahrens

## 2. Namensliste

- a) Vermutungswirkung nach § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG

Ausgangspunkt der Überlegung ist hier § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG wonach bei Aufnahme von Personen, die zur Kündigung anstehen, in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat in einer Namensliste, die Vermutung besteht, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse i. S. des Abs. 2 bedingt ist.

§ 1 KSchG Sozial ungerechtfertigte Kündigungen	
(1)	Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.
(2)	.....
(5)	Sind bei einer Kündigung auf Grund einer Betriebsänderung nach § 111 des Betriebsverfassungsgesetzes die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet, so wird vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des Absatzes 2 bedingt ist. Die soziale Auswahl der Arbeitnehmer kann nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, soweit sich die Sachlage nach Zustandekommen des Interessenausgleichs wesentlich geändert hat. Der Interessenausgleich nach Satz 1 ersetzt die Stellungnahme des Betriebsrates nach § 17 Abs. 3 Satz 2.

Aufgrund dieser Vermutung ist es zunächst Sache des gekündigten Arbeitnehmers, darzulegen und zu beweisen, dass ein Beschäftigungsbedarf für seine Person gerade nicht entfallen ist. Der



Arbeitnehmer muss hierzu substantiierten Sachvortrag halten und gegebenenfalls hierfür Beweis anbieten (vgl. BAG vom 7.5.1998 - 2 AZR 530/97 - in DB 1999 Seite 1768).

Der Arbeitgeber seinerseits kann im Hinblick auf die soziale Rechtfertigung der Kündigung seinen Vortrag im Prozess zunächst darauf beschränken, das Zustandekommen einer Namensliste sowie das Vorliegen einer Betriebsänderung darzulegen und unter Beweis zu stellen.

- b) eingeschränkte Überprüfung der Sozialauswahl auf grobe Fehlerhaftigkeit - § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG

Maßstab für die Überprüfung der vorgenommenen Sozialauswahl ist bei Vorhandensein einer Namensliste nach § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG die Frage danach, ob der Arbeitgeber grob fehlerhaft vorgegangen ist. Dabei ist auf die Gewichtung der vier nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG angegebenen Sozialdaten abzustellen (Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten, Vorliegen einer Schwerbehinderung). Auch die Bildung der Vergleichsgruppen ist hinsichtlich des Maßstabs einer Überprüfung auf die grobe Fehlerhaftigkeit reduziert (vgl. BAG vom 21.02. 2002 - 2 AZR 581/00 - in DB 2004 Seite 937).

Das LAG Hamm hat in einer Entscheidung vom 5.6.2003 (vgl. LAG Hamm vom 5.6.2003 – 4 (16) Sa 1976/02 - in NZA-RR 2004 Seite 132) festgehalten, dass die Kündigung eines auf einer Namensliste aufgeführten Arbeitnehmers nur in folgenden Fällen wegen grober Fehler bei der Sozialauswahl sozial nicht gerechtfertigt sein soll:

*Der Arbeitgeber hat*

- *den auswahlrelevanten Personenkreis der austauschbaren und damit vergleichbaren Arbeitnehmer willkürlich bestimmt oder nach unsachlichen Gesichtspunkten eingegrenzt,*
- *unsystematische Altersgruppen mit wechselnden Zeitsprüngen gebildet,*

- *eines der vier sozialen Grundkriterien überhaupt nicht berücksichtigt oder zusätzlichen Auswahlkriterien eine überhöhte Bewertung beigemessen,*
- *die der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehenden Gründe nicht nach sachlichen Gesichtspunkten konkretisiert*
- *eine unzulässigen Maßregelung begangen oder in anderer Weise den gekündigten Arbeitnehmer versteckt diskriminiert*

c) prozessuale Erleichterung und gerichtliche Praxis

In zwei Bereichen sollte eigentlich § 1 Abs. 5 Satz 1 und 2 KSchG zu einer Erleichterung auf Arbeitgeberseite führen. Sobald eine Namensliste im Zusammenhang mit einem Interessenausgleich unter Einbindung des Betriebsrats erstellt wurde, aus der sich die zur Kündigung vorgesehenen Mitarbeiter nach Beratung mit dem Betriebsrat ergeben, sollte die Überprüfung der Sozialauswahl nur auf grobe Fehlerhaftigkeit möglich sein und andererseits bzgl. der Frage der ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats ebenfalls eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislastverteilung eintreten.

#### *Sozialauswahl*

Die bisherige Sicht der Rechtsprechung hinsichtlich der entwickelten Darlegungs- und Beweislastverteilung wird in aller Regel auch im Rahmen eines Prozesses bei zwischen den Betriebspartnern vereinbarter Namensliste beibehalten.

Der Arbeitgeber hat im Prozess also bei entsprechendem Bestreiten auf Arbeitnehmerseite die Gründe darzulegen, die für seine Auswahlentscheidung maßgeblich waren.

Bei Herausnahme einzelner Arbeitnehmer unter dem Gesichtspunkt der so genannten Leistungsträger nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG obliegt die Darlegungs- und Beweislast erneut dem Arbeitgeber dafür, dass

berechtigte betriebliche Interessen an einer Weiterbeschäftigung bestehen (vgl. BAG vom 10.2.1999 - 2 AZR 716/98 - in DB 1999 Seite 908).

Auch für die **fehlende Vergleichbarkeit** bestimmter vom Arbeitnehmer als in die Sozialauswahl mit einzubeziehende Personen bezeichnete Arbeitnehmer ist die Darlegungs- und Beweislast zunächst beim Arbeitgeber angesiedelt. Allerdings ist insofern für den Arbeitgeber eine Erleichterung vorgesehen als er nach den Regeln der abgestuften Darlegungs- und Beweislast zunächst nur in groben Zügen seine Gründe für die Vergleichsgruppenbildung darlegen muss (vgl. LAG Köln vom 10.5.2005 – 1 Sa 1510/04 – in ZIP 2005 Seite 1524).

#### *Betriebsratsanhörung*

Die **Namensliste** im Rahmen eines Interessenausgleichs **ersetzt** die Durchführung einer ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung vor dem dann tatsächlich erfolgenden Ausspruch von Kündigungen gem. **§ 102 BetrVG nicht**.

In Fällen, in denen der Betriebsrat alle nach § 102 BetrVG erforderlichen Angaben bereits im Rahmen der Verhandlungen über die Aufstellung des Interessenausgleichs erhalten hat, reduziert sich die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers darauf, diesen Umstand zu belegen (vgl. BAG vom 20.5.1999 - 2 AZR 532/98 - in DB 2000 Seite 149).

## ***II Aspekte der Sozialauswahl zwischen Teilzeitbeschäftigten und Vollzeitbeschäftigten***

### **1. funktionelle Vergleichbarkeit als Grundlage der Sozialauswahl**

Grundsätzlich beschränkt sich die Sozialauswahl auf diejenigen Arbeitnehmer des Betriebs, die miteinander vergleichbar sind. Es kommt also auf die Frage der Austauschbarkeit an. Dies wird nachfolgenden Kriterien festgestellt:

#### a) arbeitsplatzbezogene Komponente

Entscheidend ist, dass der Arbeitnehmer, dessen Arbeitsplatz weggefallen ist, auf Grund seiner Kenntnisse und Fähigkeiten in der Lage ist, die Aufgabe des vergleichbaren Arbeitnehmers zu übernehmen.

#### b) horizontale Vergleichbarkeit

Vergleichbarkeit von Arbeitnehmern wird nur auf derselben Ebene innerhalb der Betriebshierarchie akzeptiert bzw. auf der Basis gleichwertiger Arbeit. Eine vertikale Betrachtung kommt nicht in Betracht.

#### c) arbeitsvertragliche Komponente

Vergleichbarkeit setzt auch voraus, dass es möglich sein muss, dem zur Kündigung anstehenden Mitarbeiter auf der Basis des Direktionsrechtes auf den anderen Arbeitsplatz zu versetzen. Dies darf nicht nur auf dem Weg der Änderungskündigung erreichbar sein.

## 2. unterschiedliche Arbeitszeitvolumina kein Hindernis für die Vergleichbarkeit

### a Urteil des BAG vom 3.12.1998 (2 AZR 341/98 - in NZA 1999 Seite 847 ff)

Bis zu dieser Entscheidung wurden Personen dann aus der Sozialauswahl von vorneherein ausgeklammert, auf deren Arbeitsplatz der von einer Kündigung Entscheidung betroffene Arbeitnehmer wegen einer längeren oder kürzeren Arbeitszeit ohne den Weg einer Änderungskündigung oder Änderungsvereinbarung nicht hätte eingesetzt werden können.

Das BAG hat in diesem Urteil nun eine differenzierte Bewertung vorgenommen, nach der sich die Frage der Vergleichbarkeit zwischen vollzeitbeschäftigten und teilzeitbeschäftigten Mitarbeitern entscheiden lässt.

Keine Vergleichbarkeit zwischen teilzeitbeschäftigten und vollzeitbeschäftigten Mitarbeitern im Sinne einer übergreifenden Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG ist dann anzunehmen, wenn eine nachvollziehbare (willkürfreie) Organisationsentscheidung der Personalentscheidung zu Grunde liegt. Dies wurde dabei angenommen, wenn etwa der Arbeitgeber für eine bestimmte Arbeit (etwa die Durchführung des Rechnungswesens) nur Vollzeitarbeitskräfte vorgesehen hatte. Die Konsequenz ist, dass ein zur Kündigung ausgesuchter Mitarbeiter keinen Anspruch auf Änderung seiner Arbeitszeit hat, um so den Status eines vergleichbaren Arbeitnehmers zu erlangen.

Vergleichbarkeit zwischen teilzeitbeschäftigten und vollzeitbeschäftigten Mitarbeitern wird dann angenommen, wenn es dem Arbeitgeber lediglich darum geht, eine Überkapazität von Arbeitsstunden abzubauen. Wenn in einem solchen Fall ein Teil der Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entfällt, ein in Teilzeit beschäftigter Mitarbeiter mit vergleichbarem Arbeitsinhalt und Fähigkeiten jedoch sozial stärker ist, so wäre der Arbeitgeber gehalten, die notwendige Reduzierung der

Überkapazität durch Ausspruch einer auf Reduzierung der Arbeitszeit des vollzeitbeschäftigten Mitarbeiters gerichteten Änderungskündigung zu erreichen.

b) Urteil des BAG vom 15.07. 2004 (2 AZR 376/03 - in DB 2004 Seite 2375 ff)

Die Weiterentwicklung der Rechtsprechung durch diese Entscheidung liegt in der Übertragung der Grundsätze von 1998 allgemein auf das Verhältnis von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen mit unterschiedlichen Umfängen der Arbeitszeit zueinander.

Keine Vergleichbarkeit zwischen Arbeitnehmern mit unterschiedlichen Arbeitszeitvereinbarungen liegt nach diesem Urteil dann vor, wenn eine nachvollziehbare Organisationsentscheidung des Arbeitgebers dazu führt, dass bestimmte Arbeiten von Arbeitnehmern mit einem vorgegebenen Arbeitszeitvolumen zu erbringen sein werden. In dem zur Entscheidung anstehenden Fall hatte sich ein Reinigungsunternehmen organisatorisch in den Augen der Richter des BAG nachvollziehbar entschieden, die Reinigungsarbeiten in ungeteilten Diensten erbringen zu lassen. Dies bedeutet, dass im Wesentlichen aus Kostengesichtspunkten (einerseits mit Blick auf den Verdienst der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen, andererseits mit Blick auf entstehende Fahrtkosten und Fahrzeiten) festgelegt wurde, dass Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen ihr jeweiliges Arbeitskontingent lediglich in einem Objekt zu erbringen hatten. Verliert nun der Arbeitgeber bzgl. eines Objekts die Ausschreibung gegen ein anderes Unternehmen, so sind Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen in anderen Objekten keine Vergleichspersonen, wenn dies dazu führt, dass eine Verteilung der Arbeitszeiten auf mehrere Objekte erfolgen müsste. Anders ausgedrückt: Passt die Arbeitszeit des vom Wegfall des Arbeitsplatzes betroffenen Mitarbeiters nicht in die in einem anderen Objekt benötigte Aufteilung der Arbeitszeit, so kann der zur Kündigung anstehenden Mitarbeiter sich nicht auf eine Vergleichbarkeit mit Mitarbeitern oder Mitarbeiterinnen anderer Objekte berufen.

Vergleichbarkeit zwischen Arbeitnehmern mit unterschiedlichen Umfängen der Arbeitszeit liegt allerdings dann vor, wenn es ohne nachvollziehbares Organisationskonzept lediglich um die Verringerung der Gesamtstundenzahl geht.

### **Beispiel**

Im Lager der **Matthias Schneider KG** sind drei Mitarbeiter beschäftigt: Sieglinde Ostwald mit 25 Stunden pro Woche, Hermann Krämer mit 36 Stunden pro Woche sowie Carmen Dietrich mit 18 Stunden pro Woche beschäftigt.

**Sieglinde Ostwald** ist seit 12 Jahren beschäftigt. Sie ist verheiratet. Sie hat ein schulpflichtiges Kind. Ihr Mann ist derzeit arbeitslos. Frau Ostwald ist 36 Jahre alt.

**Hermann Krämer** ist seit 8 Jahren beschäftigt. Er ist ledig und hat keine Kinder zu versorgen. Herr Krämer ist 30 Jahre alt.

**Carmen Dietrich** ist seit 14 Jahren beschäftigt. Sie ist Mutter zweier schulpflichtiges Kinder. Sie ist alleinerziehend. Frau Dietrich ist 45 Jahre alt.

Nach allgemeinen Kriterien zur Sozialauswahl - die Unterschiede in der Arbeitszeit einmal hinweggedacht - ist Frau Dietrich auf Grund ihrer längeren Beschäftigungszeit, des höheren Lebensalters und der Unterhaltspflichten als die sozial schwächste Mitarbeiterin einzustufen.

Will die Geschäftsführung nun lediglich auf Grund einer mit Auftragsrückgang einhergehenden dauerhaften Reduzierung des Arbeitsvolumens im Lager dadurch begegnen, dass man 18 Arbeitszeitstunden pro Woche einspart, so hat die Auswahl zwischen allen drei betroffenen Teilzeitarbeitnehmern statt zu finden.

Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass **Frau Dietrich** als sozial schwächste Mitarbeiterin weiterbeschäftigt werden müsste, während man die Arbeitszeit des sozial stärksten Mitarbeiters, des **Herrn Krämer**, durch Änderungskündigung den veränderten Umständen anpassen müsste.

Vergleichbarkeit aller drei Mitarbeiter würde nur dann ausscheiden, wenn die Geschäftsführung eine nachvollziehbare Organisationsentscheidung darlegen könnte, wonach sie etwa für bestimmte Funktionen im Lager grundsätzlich darauf angewiesen ist, jeweils einen Mitarbeiter mit 36 Stunden pro Woche und einen weiteren mit 25 Stunden pro Woche zur Abdeckung von anfallenden Spitzenzeiten zur Verfügung zu haben. In einem solchen Fall würde die soziale Auswahl nicht zwischen allen drei Personen getroffen, wenn eine bestimmte Tätigkeit im Lager (etwa die Kommissionierung) mit einem Volumen von 18 Stunden pro Woche auf Grund des Anschlusses an eine Handelskette entfallen würde. Wenn es sich dabei um den Arbeitsplatz von **Frau Dietrich** handelt, könnte das Unternehmen ermessensfehlerfrei die Kündigung von **Frau Dietrich** als Beendigungskündigung aussprechen.

### 3. Organisationsentscheidung - welche Aspekte machen sie zur nachvollziehbaren Organisationsentscheidung ?

Der Arbeitgeber befindet sich bei der Frage, ob seine Organisationsentscheidung als nachvollziehbar oder lediglich als prozesstaktische Entscheidung angesehen wird, im Spannungsfeld zwischen dem **Diskriminierungsverbot nach § 4 Abs. 1 Teilzeitbefristungsgesetz** einerseits und der Frage nach dem vorliegen betriebliche Gründe, die ihn berechtigen würden nach **§ 8 Abs. 4 Satz 2 Teilzeitbefristungsgesetz** ein Teilzeitverlangen eines Arbeitnehmers zurückzuweisen.

#### § 4 TzBfG Verbot der Diskriminierung

- (1) Ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer darf wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Einem teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer ist Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht.
- (2) Ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer darf wegen der Befristung des Arbeitsvertrages nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Einem befristet beschäftigten Arbeitnehmer ist Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung, die für einen bestimmten Bemessungszeitraum gewährt wird, mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Beschäftigungsdauer am Bemessungszeitraum entspricht. Sind bestimmte Beschäftigungsbedingungen von der Dauer des Bestehens des Arbeitsverhältnisses in demselben Betrieb oder Unternehmen abhängig, so sind für befristet beschäftigte Arbeitnehmer dieselben Zeiten zu berücksichtigen wie für unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer, es sei denn, dass eine unterschiedliche Berücksichtigung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist.



§ 8 TzBfG Verringerung der Arbeitszeit

- (1) Ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat, kann verlangen, dass seine vertraglich vereinbarte Arbeitszeit verringert wird.
- (2) Der Arbeitnehmer muss die Verringerung seiner Arbeitszeit und den Umfang der Verringerung spätestens drei Monate vor deren Beginn geltend machen. Er soll dabei die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit angeben.
- (3) Der Arbeitgeber hat mit dem Arbeitnehmer die gewünschte Verringerung der Arbeitszeit mit dem Ziel zu erörtern, zu einer Vereinbarung zu gelangen. Er hat mit dem Arbeitnehmer Einvernehmen über die von ihm festzulegende Verteilung der Arbeitszeit zu erzielen.
- (4) Der Arbeitgeber hat der Verringerung der Arbeitszeit zuzustimmen und ihre Verteilung entsprechend den Wünschen des Arbeitnehmers festzulegen, soweit betriebliche Gründe nicht entgegenstehen. Ein betrieblicher Grund liegt insbesondere vor, wenn die Verringerung der Arbeitszeit die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht. Die Ablehnungsgründe können durch Tarifvertrag festgelegt werden. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen über die Ablehnungsgründe vereinbaren.
- (5) Die Entscheidung über die Verringerung der Arbeitszeit und ihre Verteilung hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat vor dem gewünschten Beginn der Verringerung schriftlich mitzuteilen. Haben sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht nach Absatz 3 Satz 1 über die Verringerung der Arbeitszeit geeinigt und hat der Arbeitgeber die Arbeitszeitverringerung nicht spätestens einen Monat vor deren gewünschtem Beginn schriftlich abgelehnt, verringert sich die Arbeitszeit in dem vom Arbeitnehmer gewünschten Umfang. Haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Verteilung der Arbeitszeit kein Einvernehmen nach Absatz 3 Satz 2 erzielt und hat der Arbeitgeber nicht spätestens einen Monat vor dem gewünschten Beginn der Arbeitszeitverringerung die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit schriftlich abgelehnt, gilt die Verteilung der Arbeitszeit entsprechend den Wünschen des Arbeitnehmers als festgelegt. Der Arbeitgeber kann die nach Satz 3 oder Absatz 3 Satz 2 festgelegte Verteilung der Arbeitszeit wieder ändern, wenn das betriebliche Interesse daran das Interesse des Arbeitnehmers an der Beibehaltung erheblich überwiegt und der Arbeitgeber die Änderung spätestens einen Monat vorher angekündigt hat.
- (6) Der Arbeitnehmer kann eine erneute Verringerung der Arbeitszeit frühestens nach Ablauf von zwei Jahren verlangen, nachdem der Arbeitgeber einer Verringerung zugestimmt oder sie berechtigt abgelehnt hat.
- (7) Für den Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit gilt die Voraussetzung, dass der Arbeitgeber, unabhängig von der Anzahl der Personen in Berufsbildung, in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt.

Das **Diskriminierungsverbot** schließt Gründe aus, die grundsätzlich zwingend einhergehen mit der Beschäftigung von Teilzeitkräften, zum Beispiel:

- (1) höhere Personalverwaltungskosten
- (2) höherer Aufwand für die Koordinierung

etwa in den Fällen, in denen mit der Darlegung solcher Gründe mehrere Mitarbeiter mit einer geringeren Arbeitszeit statt nur eines Mitarbeiters mit einer höheren Arbeitszeit gekündigt werden sollen.

Das BAG sieht Gründe dann als akzeptabel im Sinne einer nachvollziehbaren Organisationsentscheidung an, wenn diese Gründe in Anlehnung an die Rechtsprechung zu **§ 8 Abs. 4 Teilzeitbefristungsgesetz** einen Arbeitgeber berechtigen würden, das

Teilzeitbegehren eines Mitarbeiters unter Hinweis auf betriebliche Gründe abzulehnen.

Eine Organisationsentscheidung kann dann nachvollziehbar sein, wenn etwa folgende Argumentation ihr zu Grunde liegt:

- (1) Sicherung der Maschinenlaufzeiten innerhalb eines Produktionsprozesses
- (2) Systematik eines bestimmten Schichtenmodells
- (3) Betreuung eines wichtigen Kunden in einer Hand
- (4) Abwicklung eines bestimmten Projektes nur durch Arbeitnehmer mit bestimmtem Arbeitszeitvolumen bzw. durch einen bestimmten Arbeitnehmer
- (5) Orientierung der Arbeitszeiten an den Wünschen eines bestehenden Kunden oder Auftraggebers
- (6) Bildung von Arbeitsgruppen mit Mitarbeitern mit einem bestimmten Arbeitszeitvolumen
- (7) starke Schwankungen des Arbeitsanfalls, welche die Beschäftigung von Arbeitnehmern mit einem bestimmten Arbeitszeitvolumen als vorteilhaft erscheinen lassen (vgl. BAG vom 19.5.1993 - 2 AZR 584/92 - in NZA 1993 S. 1075 ff)
- (8) Vermeidung von in der Vergangenheit aufgetretenen Störungen im Betriebsablauf nur durch Einsatz von Arbeitnehmern mit bestimmten Arbeitszeitvolumina zu erreichen bzw. wenn Mitarbeiter, die von zur Kündigung anstehenden Arbeitnehmern als Vergleichspersonen benannt worden sind, auf Grund ihrer wesentlich flexibleren Einsatzmöglichkeit (Staffelung der Teilzeitkontingente) Betriebsablaufstörungen verhindern können

### **III vertragliche Anrechnung von Dienstjahren als Benachteiligung anderer Mitarbeiter bei der Sozialauswahl?**

Nach der Entscheidung des **BAG vom 2.6.2005** (BAG vom 2.6.2005 - 2 AZR 480/04 – in BB 2006 Heft 9 S. 496-500,499/500) kann eine eigentlich nicht anrechnungsfähige frühere Beschäftigungszeit bei demselben Arbeitgeber oder einem anderen Unternehmen bei der Dauer der Betriebszugehörigkeit nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG durch eine vertragliche Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien Berücksichtigung finden.

Durch eine solche Vereinbarung werden wegen des Gewichtes, welches man bei der Sozialauswahl der Dauer der Beschäftigung beimisst, Verschiebungen eintreten zu Lasten anderer Mitarbeiter, die von der Tätigkeit her mit dem durch die vertragliche Vereinbarung begünstigten Arbeitnehmer ebenso wie von dessen Fähigkeiten her vergleichbar sind.

#### **Beispiel :**

*Ist zum Beispiel ein Mitarbeiter in der Buchhaltung des konkret von personellen Maßnahmen betroffenen Betriebs erst 2 Jahre tätig, hat aber vertraglich 8 weitere Dienstjahre als anrechnungsfähig anerkannt bekommen, so wird diese Person vordergründig als sozial schwächer eingestuft gegenüber einem Mitarbeiter der Buchhaltung, welcher gerade erst 5 Jahre im gleichen Betrieb beschäftigt ist.*

Um hier Missbrauch vorzubeugen, hat das BAG festgelegt, dass sich die zu Lasten anderer Arbeitnehmer auswirkende individuelle Vereinbarung nicht als rechtsmissbräuchlich darstellen darf. Sie darf auch nicht allein die Umgehung der Sozialauswahl zu Gunsten des Mitarbeiters, mit dem die Individualvereinbarung besteht, bezwecken. Gefordert wird vielmehr ein sachlicher Grund für das eingehen der Individualvereinbarung und damit der Anrechnung von Vordienstzeiten, die ansonsten möglicherweise nicht angerechnet würden.

Ein solcher sachlicher Grund liegt etwa im Abschluss eines Prozessvergleichs, mit dem die streitige Frage eines Betriebsüberganges hinsichtlich der Beschäftigungszeit zu Gunsten des Arbeitnehmers festgelegt worden war.

#### IV *Bedeutung von arbeitsvertraglichen Versetzungsklauseln für die Sozialauswahl*

##### 1. Problemstellung

Hat § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1b) KSchG, wonach im Vorfeld einer Kündigung zu prüfen ist, ob der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in dem selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann, in seiner Tragweite auch Bedeutung für die eigentlich auf den Betrieb beschränkte Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG ?

Insbesondere stellt sich dabei die weitere Frage, ob etwa in Arbeitsverträgen aufgenommene Versetzungsklauseln den Rahmen der zu treffenden Sozialauswahl und damit die Anzahl der in die Sozialauswahl einzubeziehenden vergleichbaren Arbeitnehmer über den Beschäftigungsbetrieb hinaus auch auf andere Standorte erweitert.

§ 1 KSchG Sozial ungerechtfertigte Kündigungen	
(1)	Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.
(2)	Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. <b>Die Kündigung ist auch sozial ungerechtfertigt, wenn</b> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. in Betrieben des privaten Rechts <ol style="list-style-type: none"> <li>a) die Kündigung gegen eine Richtlinie nach § 95 des Betriebsverfassungsgesetzes verstößt,</li> <li><b>b) der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann</b></li> </ol> </li> </ol> <p>und der Betriebsrat oder eine andere nach dem Betriebsverfassungsgesetz insoweit zuständige Vertretung der Arbeitnehmer aus einem dieser Gründe der Kündigung innerhalb der Frist des § 102 Abs. 2 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes schriftlich widersprochen hat,</p>

2.	<p><b>in Betrieben und Verwaltungen des öffentlichen Rechts</b></p> <p>a) die Kündigung gegen eine Richtlinie über die personelle Auswahl bei Kündigungen verstößt,</p> <p>b) der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in derselben Dienststelle oder in einer anderen Dienststelle desselben Verwaltungszweiges an demselben Dienstort einschließlich seines Einzugsgebietes weiterbeschäftigt werden kann</p> <p>und die zuständige Personalvertretung aus einem dieser Gründe fristgerecht gegen die Kündigung Einwendungen erhoben hat, es sei denn, daß die Stufenvertretung in der Verhandlung mit der übergeordneten Dienststelle die Einwendungen nicht aufrechterhalten hat.</p> <p>Satz 2 gilt entsprechend, wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen oder eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten Arbeitsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis hiermit erklärt hat. Der Arbeitgeber hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen.</p>
(3)	<p>Ist einem Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Erfordernissen im Sinne des Absatzes 2 gekündigt worden, so ist die Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltungspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat; auf Verlangen des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. In die soziale Auswahl nach Satz 1 sind Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur <b>des Betriebes</b>, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Der Arbeitnehmer hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt im Sinne des Satzes 1 erscheinen lassen.</p>
(4)	<p>Ist in einem Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung nach <b>§ 95 des Betriebsverfassungsgesetzes</b> oder in einer entsprechenden Richtlinie nach den Personalvertretungsgesetzen festgelegt, wie die sozialen Gesichtspunkte nach Absatz 3 Satz 1 im Verhältnis zueinander zu bewerten sind, so kann die Bewertung nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden.</p>
(5)	<p>Sind bei einer Kündigung auf Grund einer Betriebsänderung nach <b>§ 111 des Betriebsverfassungsgesetzes</b> die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet, so wird vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des Absatzes 2 bedingt ist. Die soziale Auswahl der Arbeitnehmer kann nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, soweit sich die Sachlage nach Zustandekommen des Interessenausgleichs wesentlich geändert hat. Der Interessenausgleich nach Satz 1 ersetzt die Stellungnahme des Betriebsrates nach <b>§ 17 Abs. 3 Satz 2</b>.</p>

Das **BAG** hat in seinem **Urteil vom 3.6.2004** (BAG vom 3.6.2004 - 2 AZR 577/03 – in EzA § 1 KSchG soziale Auswahl Nr. 55) eine Entscheidung dahingehend getroffen, dass in einem spezifischen Fall trotz abweichender Betriebsratsstrukturen eine Standort übergreifende bzw. Betriebsteil übergreifende Sozialauswahl durchzuführen sei. Dabei soll dies sogar dann gelten, wenn im Arbeitsvertrag keine Standort übergreifende Direktionsklausel enthalten ist.

Eine Korrektur in der Lesart seiner Entscheidung aus dem Jahr 2004 hat das **BAG** dann aber ein Jahr später im **Urteil vom 2.6.2005** (BAG vom 2.6.2005 - 2 AZR 158/04 - in NZA 2005 Seite 1175) vorgenommen. In diesem Urteil hat das Gericht nochmals darauf hingewiesen, dass die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG streng betriebsbezogen durchzuführen sei. Auch einer Aufweitung des Direktionsrechts über die Grenzen des Betriebs hinausgehend soll grundsätzlich hieran nichts ändern. Dies hat der 6. Senat des **BAG** im Dezember 2005 erneut bestätigt

(vgl. BAG vom 15.12.2005 - 6 AZR 199/05 – ArbRB 2006 S.2 - Kurzdarstellung).

- 2. Ausgangspunkt der Sozialauswahl = der Betrieb - aber welcher ?**
- § 1 Abs. 3 KSchG fordert eine betriebsbezogene Sozialauswahl. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass jeder Standort für sich bereits als Betrieb anzusehen ist. Es kann sich vielmehr auch um einen unselbstständigen Betriebsteil handeln oder eine ausgelagerte Betriebsabteilung. § 23 KSchG stellt entscheidend auf die organisatorische Einheit ab, innerhalb derer der Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sachlichen oder immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt. Entscheidend ist also, ob die jeweils in Rede stehenden Einheiten in den wesentlichen personellen und sozialen Angelegenheiten einheitlich geleitet werden, also im Ergebnis eine einheitliche Steuerung des Personals existiert (1 Betrieb), oder ob die Arbeitnehmer verschiedener Einheiten jeweils separat gesteuert werden (mehrere Betriebe) (vgl. BAG vom 21.6.1995 - 2 AZR 693/94 - in AP Nr. 16 zu § 1 BetrVG 1972; BAG vom 3.6.2004 - 2 AZR 577/03 – in EzA § 1 KSchG soziale Auswahl Nr. 55). Es kommt also im Unterschied zu § 4 BetrVG nicht auf die räumliche Entfernung an.

§ 4 BetrVG	Betriebsteile, Kleinbetriebe
(1)	<p><b>Betriebsteile gelten als selbständige Betriebe, wenn sie die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 erfüllen und</b></p> <p><b>1. räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt oder</b></p> <p><b>2. durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig sind.</b></p> <p>Die Arbeitnehmer eines Betriebsteils, in dem kein eigener Betriebsrat besteht, können mit Stimmenmehrheit formlos beschließen, an der Wahl des Betriebsrats im Hauptbetrieb teilzunehmen; § 3 Abs. 3 Satz 2 gilt entsprechend. Die Abstimmung kann auch vom Betriebsrat des Hauptbetriebs veranlasst werden. Der Beschluss ist dem Betriebsrat des Hauptbetriebs spätestens zehn Wochen vor Ablauf seiner Amtszeit mitzuteilen. Für den Widerruf des Beschlusses gelten die Sätze 2 bis 4 entsprechend.</p>
(2)	Betriebe, die die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 nicht erfüllen, sind dem Hauptbetrieb zuzuordnen.

Um die Frage beantworten zu können, ob verschiedene Abteilungen oder Standorte einen Betrieb darstellen, auf den dann auch die Sozialauswahl sich zu beziehen hat, kommt es nicht darauf an, ob die in Rede stehenden

Einheiten betriebsverfassungsrechtlich als eine Einheit zu betrachten sind. Wesentlich ist deshalb auch nicht, ob tatsächlich mehrere Betriebsräte gewählt worden sind bzw. hätten gewählt werden können.

Ausschlaggebend ist vielmehr das Vorliegen der so genannten kündigungrechtlichen Einheit mehrerer Standorte. Dies wiederum macht an der einheitlichen Leitung des Personals fest.

### 3. Direktionsrecht und seine Spielarten

Im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG ist für die Annahme der Vergleichbarkeit u. a. Voraussetzung, dass der Arbeitgeber den von einer Kündigung bedrohten Arbeitnehmer im Rahmen des Direktionsrechts gem. § 106 GewO einseitig auf den Arbeitsplatz des anderen Arbeitnehmers versetzen kann, dessen Arbeit an Stelle der Tätigkeit übernommen werden soll, die entfällt. Will man also zu einer Standort übergreifenden Sozialauswahl gelangen, so ist zwingende Voraussetzung, dass der Betroffene Arbeitnehmer auch auf der Basis des Direktionsrechts Standort übergreifend versetzt werden kann.

#### § 106 GewO

#### Weisungsrecht des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Bei der Ausübung des Ermessens hat der Arbeitgeber auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen.

#### a) standortbezogene Direktionsklauseln

Die Sozialauswahl beschränkt sich dann auf den Standort, wenn bereits im Arbeitsvertrag ausdrücklich festgelegt wurde, dass der Arbeitnehmer nur für Tätigkeiten in einem bestimmten Standort eingestellt wird.

#### b) Standort übergreifende Direktionsklauseln

Sieht der Arbeitsvertrag hingegen die Möglichkeit einer Tätigkeit in mehreren oder sogar allen Standorten des Unternehmens vor, kann dies

unter folgenden Voraussetzungen zu einer Standort übergreifenden Sozialauswahl führen:

- (1) Die jeweils in Rede stehenden Standorte bilden auf Grund der einheitlichen Leitung in Bezug auf die wesentlichen personellen und sozialen Angelegenheiten einen übergreifenden kündigungsrechtlichen Betrieb,
- (2) der vom Wegfall seines Arbeitsplatzes bedrohte Arbeitnehmer könnte nach Maßgabe der Direktionsklauseln ohne Änderung seines Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber auf einem Arbeitsplatz im anderen Standort eingesetzt werden und
- (3) der betroffene Arbeitnehmer könnte die Tätigkeit auf den dort in Rede stehenden (gleichwertigen) Arbeitsplätzen mit den vorhandenen Kenntnissen und Fähigkeiten - ggf. nach kurzer Einarbeitung - übernehmen.

Nach dem Urteil des **BAG vom 2.6.2005** (BAG vom 2.6.2005 - 2 AZR 158/04 - in NZA 2005 Seite 1175, 1176) verbleibt es bei der einfachen, nicht Standort übergreifenden Sozialauswahl, wenn zwar übergreifende Direktionsrechtsklauseln vorliegen, aber die übrigen Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

- c) Fehlen einer ausdrücklichen Regelung zur Versetzbarkeit im Arbeitsvertrag
- In seiner Entscheidung vom 3.6.2004 hat das **BAG** (BAG vom 3.6.2004 - 2 AZR 577/03 – in EzA § 1 KSchG soziale Auswahl Nr. 55) ausdrücklich festgestellt, dass angesichts des Fehlens entsprechender Regelungen im Arbeitsvertrag nicht auf eine vertragliche Beschränkung der Versetzungsmöglichkeit geschlossen werden könne und sich damit auch nicht zwingend ergibt, dass sich die Sozialauswahl auf den jeweils in Rede stehenden Standort des von einer Kündigung betroffenen Mitarbeiters beschränken muss.



Damit hat das BAG keine klare Regelung getroffen, unter welchen Voraussetzungen eine Beschränkung auf den Standort vorzunehmen ist. Hier wird wieder auf allgemeine Grundzüge zur Abgrenzung zwischen Versetzung kraft Direktionsrechts und Versetzung nur auf der Grundlage einer Änderungsvereinbarung bzw. Änderungskündigung zurückzugreifen sein. Damit wird aber auch deutlich, dass allein der Zeitfaktor, dass etwa ein Arbeitgeber über Jahre hinaus von einer ansonsten möglichen Veränderung des Arbeitseinsatzortes gegenüber einem Arbeitnehmer keinen Gebrauch gemacht hat, nicht allein dazu führt, eine Konkretisierung des Arbeitsplatzes auf einem bestimmten Standort herbeizuführen. Es müssen vielmehr auch andere Umstände noch hinzutreten, die den Vertrauensschutz des Arbeitnehmers zu Recht haben eintreten lassen. Der Arbeitnehmer muss aus dem Verhalten des Arbeitgebers zwingend Signale entnehmen können, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch in Zukunft nur noch an diesem Standort würde einsetzen wollen.

d) Empfehlung für die Vertragsgestaltung

Nach dieser Rechtsprechung des BAG kann es also gerade nicht von entscheidender Bedeutung sein, wie die vertragliche Ausgestaltung hinsichtlich der Einsatzorte zwischen den Parteien vereinbart wurde. Maßgeblich ist vielmehr, dass der Arbeitgeber organisatorisch bereits im Vorfeld Einfluss nehmen kann auf die zutreffenden Feststellungen, inwieweit verschiedene Standorte unter kündigungsschutzrechtlichen Gesichtspunkten als einheitlicher Betrieb betrachtet werden können. Richtet er etwa die zentralisierte Personalsteuerungselemente ein (etwa die Befugnis des Marktleiters, in beschränktem Umfang Einstellungen und Entlassungen bei Bedarf vornehmen zu können, um so saisonale Spitzenzeiten selbstständig regeln zu können), stellt sich die Frage der Standort übergreifenden Sozialauswahl im Falle der Kündigung nicht mehr.

e) Standort übergreifende Sozialauswahl und Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG

Losgelöst von der Frage, ob tatsächlich der Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer über den Standort hinaus auch auf andere Standorte zu erstrecken ist, verbleibt es bei der Pflicht des Arbeitgebers, vor Ausspruch der Kündigung die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG durchzuführen. Anzuhören ist hier lediglich der Betriebsrat des Standortes, an welchem der Betroffene Arbeitnehmer beschäftigt ist. Hierbei spielt es keine Rolle, ob betriebsverfassungsrechtlich ein Betriebsrat hätte gewählt werden dürfen. Es kommt auf das tatsächliche Vorhandensein des Betriebsrats an. Ist etwa im betroffenen Standort kein Betriebsrat gewählt worden, muss aber die Sozialauswahl aus kündigungsrechtlichen Überlegungen zum einheitlichen Betrieb Standort übergreifend durchgeführt werden, sind Betriebsräte anderer Standorte, in denen der Arbeitnehmer nicht beschäftigt ist vor Ausspruch der Kündigung nicht nach § 102 BetrVG anzuhören. Es gibt in diesem Zusammenhang auch keine Auffangzuständigkeit für einen etwa gebildeten Gesamtbetriebsrat.