

**Kündigung: Standorte mit anderen Arbeitszeiten interessieren nicht**

Wird einer Putzfrau gekündigt, weil der Arbeitgeber einen großen Auftraggeber verliert, so kann die (hier: Teilzeit-)Kraft vom Chef nicht verlangen, dass er andere sozial weniger schutzbedürftige Teilzeitkräfte an einem anderen Standort mit in die Sozialauswahl einbezieht, die wesentlich kürzere Arbeitszeiten haben. Solche Arbeitsgruppen sind nicht miteinander vergleichbar. (Hier hatte der Arbeitgeber an verschiedenen Betriebsstätten für die dort tätigen Teilzeitkräfte Arbeitszeiten von 13 bis 21 Std. wöchentlich zu unterschiedlichen Tageszeiten vorgesehen.)

Quelle: Wolfgang Büser

**Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung der Revisionsbegründungsfrist bei Stellung eines vollständigen Prozesskostenhilfeantrages innerhalb der Frist; Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung; Ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates bei der Kündigung; Notwendigkeit einer Mitteilung der Sozialdaten der in den anderen Objekten beschäftigten Arbeitnehmer dem Betriebsrat ; Richtige Durchführung einer Sozialauswahl; Vergleichbarkeit von in Teilzeit beschäftigten Arbeitnehmern mit Vollzeitkräften ; Anwendbarkeit der Grundsätze über die Einbeziehung von Teilzeitbeschäftigten und Vollzeitbeschäftigten in die Sozialauswahl auch bei der sozialen Auswahl zwischen Teilzeitbeschäftigten mit unterschiedlichen Arbeitszeiten**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 15.07.2004

**Aktenzeichen:** 2 AZR 376/03

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2004, 18879

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

ArbG Bonn 3 Ca 2229/01 vom 08.08.2002

LAG Köln - 16.01.2003 - AZ: 5 Sa 1095/02

**Rechtsgrundlagen:**

§ 74 Abs. 1 ArbGG

§ 233 ZPO

§ 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG

§ 1 Abs. 2 KSchG

§ 1 Abs.3 KSchG

**Fundstellen:**

BAGE 111, 229 - 239

ArbRB 2004, 327-328 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

AuA 2005, 115 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

AuR 2004, 476 (Kurzinformation)

AUR 2004, 476 (Kurzinformation)  
BAGReport 2004, 367-370  
BB 2004, 2640-2643 (Volltext mit amtl. LS)  
DB 2004, 2375-2377 (Volltext mit amtl. LS)  
DStR 2005, 386 (Kurzinformation)  
DStR 2004, XVI Heft 49 (Kurzinformation)  
EBE/BAG 2004, 1  
EWiR 2005, 265 (Volltext mit amtl. LS)  
EzA-SD 21/2004, 12-14  
FA 2004, 381 (amtl. Leitsatz)  
FA 2005, 62  
FAr 2004, 381  
FAr 2005, 62  
FStBay 2005, 360  
JuS 2005, 94 (Volltext mit amtl. LS)  
KF 2005, 57  
MDR 2005, 97 (Volltext mit amtl. LS)  
NJW 2004, 3795-3798 (Volltext mit amtl. LS) "Vergleichbarkeit"  
NZA 2005, 523-526 (Volltext mit red./amtl. LS)  
schnellbrief 2004, 2-3  
ZfPR 2005, 73 (amtl. Leitsatz)  
ZTR 2005, 170-172 (Volltext mit amtl. LS)

---

## **BAG, 15.07.2004 - 2 AZR 376/03**

### **Amtlicher Leitsatz:**

Die Grundsätze über die Einbeziehung von Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten in die Sozialauswahl (BAG 3. Dezember 1998 - 2 AZR 341/98 - BAGE 90, 236) gelten auch für die soziale Auswahl zwischen Teilzeitbeschäftigten mit unterschiedlichen Arbeitszeiten.

### **Tenor:**

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 16. Januar 2003 - 5 Sa 1095/02 - wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

## Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten im Revisionsverfahren noch um die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung.
- 2 Die Klägerin trat im Jahre 1986 in die Dienste der Beklagten, die ein Unternehmen der Gebäudereinigung mit Objekten im Großraum B betreibt. Zuletzt war die Klägerin im W in B mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 28,75 Stunden (montags bis freitags 6.00 Uhr bis 11.45 Uhr, samstags von 8.00 Uhr bis 10.30 Uhr) gegen einen Stundenlohn von 15,25 DM brutto tätig.
- 3 Die weiteren Objekte im Großraum B sind folgende:
- 4 K B: 3 Stunden von 6.00 Uhr bis 9.00 Uhr montags bis samstags (= 18 Wochenstunden)
- 5 Gymnasium G: 3,5 Stunden von 14.00 Uhr bis 17.30 Uhr (ohne Ferienzeit = 21 Wochenstunden)
- 6 Altenheim G: 2,75 Stunden von 13.45 Uhr bis 16.30 Uhr, montags bis freitags (= 13,75 Wochenstunden)
- 7 Altenheim P: 3,72 Stunden von 9.30 Uhr bis 13.15 Uhr, montags bis freitags (= 18,75 Wochenstunden).
- 8 Die Reinigungskräfte sind jeweils nur in einem der Objekte beschäftigt. Zwischen den Objekten aufgeteilte Dienste ("geteilte Dienste") bestehen nicht.
- 9 Im Juni 2001 kündigte das Krankenhaus den Reinigungsauftrag zum 31. Dezember 2001, weil ein um 5.000,00 DM günstigeres Konkurrenzangebot vorliege. Zu diesen Konditionen erwarte man ein neues Angebot der Beklagten. Die Beklagte gab kein neues Angebot ab, weil nach ihrer Auffassung ansonsten die Grenze des wirtschaftlich Vertretbaren überschritten werde. Nach Anhörung und mit Zustimmung des von Seiten des Betriebsrates bestellten Personalausschusses kündigte die Beklagte allen im Krankenhaus beschäftigten Arbeitnehmerinnen, der Klägerin mit Schreiben vom 2. Juli 2001 zum 31. Dezember 2001.
- 10 Zum 1. April 2002 erhielt die Beklagte den Reinigungsauftrag W erneut. Die Mehrzahl der gekündigten Arbeitnehmerinnen wurde wieder eingestellt. Ob die Klägerin ein Angebot zur Wiederaufnahme der Arbeit ablehnte, ist streitig.
- 11 Die Klägerin macht geltend, ein betriebsbedingter Kündigungsgrund liege nicht vor. Es sei schon im Juni 2001 absehbar gewesen, dass die Konkurrenzfirma den erforderlichen Reinigungsstandard zu dem niedrigeren Preis nicht würde halten können und es deshalb zu einer erneuten Beauftragung der Beklagten kommen werde. Die Kündigung sei auch wegen unterbliebener Sozialauswahl sozialwidrig. Die Beklagte hätte die Mitarbeiterinnen der übrigen Objekte im Großraum B mit in die Sozialauswahl einbeziehen müssen. Die Beklagte sei verpflichtet gewesen, ein Arbeitszeitvolumen im Ausmaß desjenigen der Klägerin frei zu kündigen und der Klägerin als milderer Mittel eine Änderungskündigung auszusprechen, wenn nicht eine Änderung ohnehin durch Direktionsrecht möglich gewesen wäre. Die Kündigung sei auch nach § 102 BetrVG 1972 unwirksam, weil die Beklagte den Betriebsrat auf dessen Anfrage nach freien Arbeitsplätzen nicht über die bestehenden Änderungskündigungsmöglichkeiten unterrichtet, sondern mitgeteilt habe, es würden in anderen Betriebsstätten keine vergleichbaren Arbeitsplätze frei.
- 12 Die Klägerin hat - soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse - beantragt festzustellen, dass das seit dem 19. März 1993 zwischen den Prozessparteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung vom 30. August 2001 beendet wurde und die Kündigung unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis daraufhin ungekündigt fortbesteht.

- 13 Die Beklagte hat beantragt,  
die Klage abzuweisen.
- 14 Sie meint, die Kündigung sei aus betriebsbedingten Gründen gerechtfertigt, weil bei Ausspruch der Kündigung vom Wegfall des Arbeitsplatzes mit Ablauf der Kündigungsfrist auszugehen gewesen sei. Erst im März 2002 habe sich das Krankenhaus wegen der Neuvergabe wieder an sie gewandt. Der Klägerin sei deshalb angeboten worden, ab 1. April 2002 wieder im Krankenhaus zu arbeiten, was die Klägerin abgelehnt habe. Die Klägerin sei mit den in den anderen Objekten eingesetzten Arbeitnehmerinnen nicht vergleichbar. Andernfalls müsse sie entgegen der bisherigen Organisationsstruktur geteilte Dienste einrichten, die nach dem allgemeinverbindlichen Rahmentarifvertrag für die gewerblichen Beschäftigten im Gebäudereinigerhandwerk vom 1. September 2002 zusätzliche Kosten (Fahrzeiten) auslösen würden. Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß angehört worden.
- 15 Das Arbeitsgericht hat nach dem Kündigungsschutzantrag erkannt. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin, die erst nach Ablauf der jeweiligen Fristen, aber innerhalb von zwei Wochen nach Gewährung von Prozesskostenhilfe für das Revisionsverfahren die Revision eingelegt und begründet hat, die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

### Entscheidungsgründe

- 16 Die Revision ist zulässig, aber unbegründet. Die Kündigung ist nicht unwirksam. Sie ist durch dringende betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt und auch nicht nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG sozial ungerechtfertigt. Die Beklagte brauchte die Arbeitnehmer der übrigen vier Objekte nicht in die soziale Auswahl einzubeziehen. Auch der Betriebsrat ist ordnungsgemäß angehört worden.
- 17 **A.**  
Die Revision ist zulässig.
- 18 Insbesondere sind die Einlegungsfrist und die Begründungsfrist ( § 74 Abs. 1 ArbGG ) gewahrt, weil der Klägerin wegen der an sich versäumten Einlegungsfrist und der ebenfalls an sich versäumten Begründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren war. War eine Partei ohne ihr Verschulden verhindert, eine Notfrist wie die einmonatige Revisionseinlegungsfrist ( § 74 Abs. 1 ArbGG ) einzuhalten, so ist ihr auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ( § 233 ZPO ). Als unverschuldete Verhinderung ist auch die Bedürftigkeit der Partei anzusehen, wenn die Partei innerhalb der Notfrist einen vollständigen Prozesskostenhilfeantrag stellt sowie alle für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe erforderlichen Unterlagen und das anzufechtende Urteil dem zuständigen Gericht vorlegt ( BAG 18. November 1999 - 2 AZR 869/98 -; Zöller/Greger ZPO 24. Aufl. § 233 Rn. 23 "Prozesskostenhilfe" m.w.N.; Thomas/Putzo-Putzo ZPO 25. Aufl. § 233 ZPO Rn. 36 ff.). Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin am 10. März 2003 zugestellt worden. Am 27. März 2003 und damit rechtzeitig ist beim Bundesarbeitsgericht ein Antrag der Klägerin auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die Durchführung der Revision einschließlich Anlagen zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen eingegangen. Nach Zustellung des Prozesskostenhilfe gewährenden Beschlusses vom 25. Juni 2003 am 3. Juli 2003 hat die Klägerin am 10. Juli 2003 Wiedereinsetzung wegen der versäumten Revisionsfrist beantragt, zugleich Revision eingelegt und diese am 15. Juli 2003 begründet. Dass die Klägerin nicht ausdrücklich Wiedereinsetzung wegen der ebenfalls versäumten Revisionsbegründungsfrist beantragt hat, ist nach § 236 Abs. 2 Satz 2 2. Halbs. ZPO unschädlich, da die Revisionsbegründung innerhalb der Frist des § 234 Abs. 1 ZPO beim Bundesarbeitsgericht eingegangen ist.
- 19 **B.**

Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet: Die Kündigung sei nicht nach § 102 BetrVG 1972 unwirksam. Im Hinblick auf die subjektive Determinierung der Mitteilungspflicht des Arbeitgebers bei der Betriebsratsanhörung sei die Beklagte nicht gehalten gewesen, den Betriebsrat über eine Änderungskündigung mit dem Ziel der Erhaltung eines Ersatzarbeitsplatzes mit geringerer Beschäftigungszeit und die etwaigen Sozialdaten weiterbeschäftigter Arbeitnehmer zu unterrichten, da die Beklagte derartige Erwägungen nicht als veranlasst betrachtet habe. Ein betriebsbedingter Kündigungsgrund liege vor. Bei Ausspruch der Kündigung habe die Beklagte von einer Verlängerung des Reinigungsauftrages nicht ausgehen können. Sie habe sich an der Neuausschreibung des Reinigungsauftrages nicht beteiligt. Die dann doch erfolgte Neuerteilung habe nach den Darlegungen der Beklagten auf im Zeitpunkt der Kündigung nicht prognostizierbaren Umständen beruht. Die Kündigung sei auch nicht wegen fehlerhafter Sozialauswahl unwirksam. Zwar sei mangels gegenteiligen Vortrags der Beklagten davon auszugehen, dass die Klägerin sozial schutzwürdiger sei als die in anderen Objekten weiterbeschäftigten Arbeitnehmerinnen. Die Klägerin sei jedoch mit diesen Arbeitnehmerinnen nicht vergleichbar. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seien Teilzeitbeschäftigte mit Vollzeitkräften dann nicht vergleichbar, wenn der Arbeitgeber eine Organisationsentscheidung getroffen habe, für bestimmte Arbeiten Vollzeitkräfte vorzusehen. Eine Organisationsentscheidung in diesem Sinne liege hier vor. Die Beklagte setze nämlich in den verbliebenen Reinigungsobjekten Arbeitnehmer mit jeweils unterschiedlichen Arbeitszeiten ein und dies jeweils nur in einem Objekt. Auf geteilte Dienste habe die Beklagte bisher im Hinblick auf die Kosten verzichtet. Eine Verpflichtung der Beklagten zur Weiterbeschäftigung der Klägerin würde deshalb einen unzulässigen Eingriff in die betriebliche Organisation bedeuten. Ob die Beklagte zu einer Wiedereinstellung der Klägerin verpflichtet gewesen sei und ob sie dieser Verpflichtung nachgekommen sei, könne dahin stehen, da die Klägerin einen Anspruch auf Wiedereinstellung nicht erhoben habe.

**20 C.**

Dem folgt der Senat im Ergebnis und zum Teil auch in der Begründung.

**21 I.**

Die Kündigung ist nicht wegen fehlerhafter Anhörung des Betriebsrates nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam.

**22 1.**

Nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat diejenigen Gründe mitteilen, die nach seiner subjektiven Sicht die Kündigung rechtfertigen und für seinen Kündigungsentschluss maßgebend sind. Diesen Kündigungssachverhalt muss er in der Regel unter Angabe von Tatsachen, aus denen der Kündigungsentschluss hergeleitet wird, so beschreiben, dass der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe prüfen kann. Teilt der Arbeitgeber objektiv kündigungsrechtlich erhebliche Tatsachen dem Betriebsrat deshalb nicht mit, weil er darauf die Kündigung nicht oder zunächst nicht stützen will, dann ist die Anhörung ordnungsgemäß, weil eine nur bei objektiver Würdigung unvollständige Mitteilung der Kündigungsgründe nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 102 BetrVG führt. Eine in diesem Sinne objektiv unvollständige Anhörung verwehrt es dem Arbeitgeber allerdings, im Kündigungsschutzprozess Gründe nachzuschieben, die über die Erläuterung des mitgeteilten Sachverhalts hinausgehen (BAG 11. Dezember 2003 - 2 AZR 536/02 - EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 5; 7. November 2002 - 2 AZR 599/01 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 40 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 50; 8. September 1988 - 2 AZR 103/88 - BAGE 59, 295; 2. November 1989 - 2 AZR 366/89 - RzK III 1 b 13; KR-Etzel 6. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 63 a).

**23 2.**

An diesem Maßstab hat das Landesarbeitsgericht die Anhörung des Betriebsrates im vorliegenden Falle gemessen und ist zu Recht zu der Auffassung gelangt, die Anhörung sei nicht zu beanstanden.

24 a)

Die Beklagte war nicht verpflichtet, dem Betriebsrat die Sozialdaten der in den anderen Objekten beschäftigten Arbeitnehmerinnen mitzuteilen. Nach der für den Betriebsrat erkennbaren Auffassung der Beklagten waren diese Mitarbeiterinnen mit der Klägerin nicht vergleichbar.

25 b)

Fehl geht auch die Auffassung der Revision, die Beklagte habe es trotz Rüge des Personalausschusses unterlassen, Darlegungen zu Änderungskündigungsmöglichkeiten zu machen. Vielmehr hat der Personalausschuss in seiner Sitzung vom 28. Juni 2001 festgestellt, die Prüfung der anderen Unternehmensbetriebe habe ergeben, in den anderen Objekten gälten entweder andere Arbeitszeiten oder andere Wochenstunden, weshalb ohne Änderungskündigung keine andere freie Arbeitsstelle besetzt werden könne. Dies war aus der für den Betriebsrat erkennbaren und von ihm offenkundig auch geteilten Sicht der Beklagten zur Begründung der Kündigung ausreichend, da die Beklagte, wie sie auch im Prozess vorträgt, eine Weiterbeschäftigung der Klägerin ohne Änderungskündigung als nicht möglich ansah und sich zum Ausspruch einer Änderungskündigung nicht für verpflichtet hielt.

26 II.

Nicht zu beanstanden ist die Würdigung des Berufungsgerichts, die Kündigung sei durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung der Klägerin entgegenstünden, bedingt.

27 1.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats (vgl. nur 17. Juni 1999 - 2 AZR 456/98 - BAGE 92, 79 m.w.N.) können sich betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung iSv. § 1 Abs. 2 KSchG aus innerbetrieblichen Umständen (Unternehmerentscheidungen wie z.B. Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Einschränkung der Produktion) oder durch außerbetriebliche Gründe (z.B. Auftragsmangel oder Umsatzrückgang) ergeben.

28 Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist derjenige des Kündigungszugangs (BAG 30. Mai 1985 - 2 AZR 321/84 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 24 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 36; KR-Etzel 6. Aufl. § 1 KSchG Rn. 550; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 1 Rn. 406). Grundsätzlich muss zu diesem Zeitpunkt der Kündigungsgrund - Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit - vorliegen. In Fällen, in denen zwar bei Zugang der Kündigung noch die Möglichkeit der Beschäftigung besteht, aber die für den künftigen Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses maßgeblichen Entscheidungen bereits getroffen sind, kommt es darauf an, ob der Arbeitnehmer bis zum Kündigungstermin voraussichtlich entbehrt werden kann. Davon ist auszugehen, wenn im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung auf Grund einer vernünftigen, betriebswirtschaftlichen Betrachtung zu erwarten ist, zum Zeitpunkt des Kündigungstermins werde mit einiger Sicherheit der Eintritt des die Entlassung erforderlich machenden betrieblichen Grundes gegeben sein (BAG 11. März 1998 - 2 AZR 414/97 - AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 43 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 99; 5. April 2001 - 2 AZR 696/99 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 117 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 110). Die der Prognose zu Grunde liegende Entscheidung muss aber bereits gefallen sein. So ist eine Kündigung wegen Betriebsschließung nicht gerechtfertigt, so lange der Arbeitgeber den Stilllegungsbeschluss lediglich erwägt oder plant, aber noch nicht gefasst hat (BAG 10. Oktober 1996 - 2 AZR 477/95 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 81 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 87).

29 2.

Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, bei Ausspruch der Kündigung hätten greifbare Anhaltspunkte dafür vorgelegen, dass der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit für die Klägerin

bei vernünftiger, betriebswirtschaftlicher Betrachtung mit einiger Sicherheit zu erwarten gewesen wäre, ist nicht zu beanstanden.

**30** a)

Bei Zugang der Kündigung hatte sich die Beklagte bereits entschlossen, sich an der Neuausschreibung des Reinigungsauftrages nicht zu beteiligen. Damit stand aus damaliger Sicht fest, dass die Beklagte die im W beschäftigten Arbeitnehmerinnen dort nicht mehr würde beschäftigen können. Im Unterschied zu dem vom Senat durch Urteil vom 12. April 2002 (- 2 AZR 256/01 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120) entschiedenen Fall, in dem wegen Beteiligung des dortigen Arbeitgebers an der Neuausschreibung noch keine negative Entscheidung über die Fortführung des Reinigungsauftrages getroffen war, hat die Beklagte im vorliegenden Fall eine nachvollziehbare und keinesfalls willkürliche, sondern auf betriebswirtschaftliche Überlegungen gestützte unternehmerische Entscheidung dahin getroffen, sich um den Reinigungsauftrag nicht mehr zu bemühen. Es war damit eine dem Stilllegungsbeschluss vergleichbare Festlegung getroffen. Hierin liegt der wesentliche und ins Auge springende Unterschied zu dem der Entscheidung vom 12. April 2002 zu Grunde liegenden Fall. Der Ausspruch der Kündigung bedeutete nicht die Überwälzung einer stets mehr oder weniger gegebenen allgemeinen Unsicherheit über die betriebliche Entwicklung auf den Arbeitnehmer, sondern er geschah als konsequente Umsetzung eines unternehmerischen Entschlusses.

**31** b)

Dass die Beklagte im Zeitpunkt ihrer Entscheidung begründete Zweifel gehegt haben mag, ob das Angebot ihrer Konkurrentin seriös kalkuliert war, kann entgegen der Auffassung der Revision selbst dann dahin stehen, wenn die Beklagte von vornherein die Erwartung hatte, ihre Konkurrentin werde alsbald scheitern und das Krankenhaus werde dann wieder auf die Beklagte zurückkommen. Diese Zweifel änderten nichts daran, dass die Beklagte zunächst aus ihrer wirtschaftlichen Einschätzung die Konsequenz gezogen hatte, sich an der Ausschreibung nicht zu beteiligen. Damit und durch den nachfolgend vorgenommenen vorbehaltlosen Ausspruch der Kündigungen waren hinreichend greifbare Anhaltspunkte für den - dann ja auch eingetretenen - Wegfall des Beschäftigungsbedarfs zum Ablauf der Kündigungsfrist gegeben.

**32** c)

Dass die Beklagte ab 1. April 2002 einen neuen Reinigungsauftrag für das Krankenhaus erhalten hat, stellt entgegen der Auffassung der Revision die Ernsthaftigkeit und Nachhaltigkeit der ursprünglichen Unternehmerentscheidung nicht in Frage. Dieser Umstand ist im Gegenteil eher eine Bestätigung dafür, dass die betriebswirtschaftliche Einschätzung der Beklagten, sich zu den aus ihrer Sicht untragbaren Bedingungen nicht um den Auftrag zu bemühen, richtig war. Den neuen Auftrag hat die Beklagte gerade deshalb erhalten, weil sie sich entschlossen hatte, auf die vom Krankenhaus im Jahre 2001 gewünschten Konditionen nicht einzugehen. Dass dies nur zum Schein geschehen und von Anfang an eine Neuerteilung des Auftrags an die Beklagte vorgesehen gewesen wäre, behauptet die Klägerin nicht. Dass, wie die Klägerin behauptet hat, "Kontakte" zwischen dem Krankenhaus und der Beklagten fortbestanden haben mögen, ändert daran nichts.

**33** 3.

Eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem freien Arbeitsplatz bestand nach den von der Revision nicht mit einer zulässigen Verfahrensrüge angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht. Schon deshalb konnte insoweit auch keine Änderungskündigung in Betracht gezogen werden.

**34** III.

Im Ergebnis zutreffend ist auch die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung sei nicht wegen fehlerhafter Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG sozialwidrig.

35 1.

Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass die Beklagte die Arbeitszeit der Klägerin nur durch Änderungskündigung den Arbeitszeiten in den anderen Objekten hätte anpassen können. Die Revision hat diese Feststellung nicht gerügt. Der Senat ist deshalb daran gebunden ( § 559 Abs. 2 ZPO ).

36 2.

Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Klägerin sei mit den Arbeitnehmerinnen in den anderen Objekten deshalb nicht vergleichbar, weil diese andere Arbeitszeiten hatten, ist nicht zu beanstanden.

37 a)

Der Senat hat in Teilzeit beschäftigte Arbeitnehmer mit Vollzeitkräften dann - bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen - 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. In diesem Fall kann nämlich der Arbeitgeber die Gesamtmenge des nach seiner Einschätzung abzubauenen Arbeitszeitvolumens durch Addition von Teilmengen bis zum Umfang des abzubauenen Arbeitszeitvolumens bilden, ohne dass es aus seiner Sicht einen Unterschied machen würde, wie groß die einzelnen Teilmengen sind. Es steht also der sozialen Auswahl der Arbeitnehmer, denen diese Teilmengen zugeordnet sind, nichts im Wege. Ergibt sich bei dieser Auswahl ein Rest, indem nämlich für den sozial schutzbedürftigsten der zur Kündigung anstehenden Arbeitnehmer ein nennenswertes Restvolumen verbleibt, so muss der Arbeitgeber, wenn das vertraglich vereinbarte Arbeitszeitvolumen jenes Arbeitnehmers größer ist als das nach dem geplanten Stundenabbau verbleibende Zeitvolumen, nach dem Grundsatz des Vorrangs der Änderungskündigung diesem Arbeitnehmer gegenüber eine Änderungskündigung aussprechen und ihm die verbliebene Arbeitsmenge anbieten. Die Lage ist nicht anders, als wenn der Arbeitgeber nur - miteinander vergleichbare - Vollzeitarbeitnehmer mit 40 Wochenstunden beschäftigt und auf Grund einer unternehmerischen Entscheidung Arbeitszeitvolumen im Umfang von 10 Wochenstunden entfällt. Auch in diesem Fall ist der Arbeitgeber gehalten, die Weiterbeschäftigung des sozial am wenigsten Schutzwürdigen zu geänderten Bedingungen zu prüfen.

38 b)

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 zu Grunde 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 angepasst werden könnten, sind nicht miteinander vergleichbar (BAG 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).

39 c)

Diese auch europäischem Recht entsprechenden Grundsätze ( EuGH 26. September 2000 - C-322/98 - EuGHE I 2000, 7505) sind trotz einiger Kritik (vgl. J.H. Bauer/Klein BB 1999, 1162 [BAG 03.12.1998 - 2 AZR 341/98] ; Schüren Anm. zu AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 39; Preis/Bütefisch Anm. zu EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 37) überwiegend zustimmend aufgenommen worden (vgl. ErfK/Ascheid 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 485; HaKO-Gallner Kündigungsschutzgesetz 2. Aufl. Rn. 731 ff. m.w.N.; KR-Etzel 6. Aufl. § 1 KSchG Rn. 625 f.; v.



Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 1 Rn. 443 ff.; Kiel GK § 1 KSchG Rn. 681 ff.; Kittner/Däubler/Zwanziger-Kittner KSchR 6. Aufl. § 1 KSchG Rn. 455; ähnlich Stahlhacke/Preis/Vossen-Preis Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 8. Aufl. Rn. 1079 ff.). Die Kritik setzt im Wesentlichen bei der Frage an, wie weit der unternehmerische Entscheidungsspielraum bemessen werden sollte. Während etwa Preis/Bütefisch für eine restriktive Handhabung (Anm. EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 37; ebenso wohl Goergens AiB 1999, 416 f.) eintreten, möchte Schüren, von Ausnahmen abgesehen, grundsätzlich davon ausgehen, auch ohne einen ausdrücklichen "Plan" sei die jeweilige (auch im Laufe der Jahre gewachsene) Arbeitszeitgestaltung von einer unternehmerischen Entscheidung getragen (Schüren Anm. zu AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 39; ähnlich wohl Bauer/Klein BB 1999, 1162 [BAG 03.12.1998 - 2 AZR 341/98]). Demgegenüber hält der Senat an dem in der Entscheidung vom 3. Dezember 1998 aufgestellten flexiblen Maßstab fest, weil er auch angesichts der Neuregelungen in § 4 TzBfG und § 8 Abs. 4 TzBfG einen fallbezogenen angemessenen Ausgleich zwischen dem Verbot der Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter, dem gesetzlichen Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung und der Berücksichtigung unternehmerischer Freiheit erlaubt (vgl. v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 1 Rn. 443b). Insbesondere angesichts der zahlreichen denkbaren Konstellationen und der bei zu restriktiver Handhabung sich ergebenden Folgeprobleme (vgl. Preis/Bütefisch a.a.O.; Oetker RdA 1999, 267) ist ein solcher flexibler Maßstab geboten. Außerdem dienen diese Maßstäbe der Rechtssicherheit, weil der Arbeitgeber allenfalls zu einer Änderungskündigung gehalten sein kann.

40 d)

Diese Grundsätze gelten nicht nur für das Verhältnis von Vollzeitbeschäftigten zu Teilzeitbeschäftigten, sondern auch für Teilzeitbeschäftigte mit unterschiedlichen Arbeitszeiten untereinander. Das gebietet die nahezu identische Interessenlage. Auch hier steht der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten, wenn es allein um die Reduzierung von Arbeitszeitvolumen geht, nichts im Wege. Liegt dagegen der Arbeitszeitgestaltung ein unternehmerisches Konzept zu Grunde, so würde die Verpflichtung zur Sozialauswahl entweder in das unternehmerische Konzept eingreifen oder den Arbeitgeber zu einer kaum beherrschbaren "Kaskade" von Änderungskündigungen zwingen.

41 e)

Das Landesarbeitsgericht hat für den Senat bindend festgestellt, dass die Beklagte eine organisatorische Entscheidung dahingehend getroffen habe, keine "geteilten Dienste" einzurichten, sondern ihre Mitarbeiterinnen lediglich in je einem der in Betracht kommenden Objekte zu beschäftigen und dementsprechend Arbeitsplätze nur mit den objektbezogenen Arbeitszeiten anzubieten, die der Arbeitszeit der Klägerin nicht entsprechen. Diese Würdigung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die genannte unternehmerische Entscheidung ist weder offenkundig unsachlich noch willkürlich. Ebenfalls nachvollziehbar ist es, wenn die Beklagte durch Vermeidung "geteilter Dienste" Kosten sparen wollte. Dass die von der Klägerin nicht bestrittenen, durch geteilte Dienste anfallenden zusätzlichen Kosten erst im Jahre 2002 wirksam geworden wären, steht dem nicht entgegen, weil bei der von der Klägerin gewünschten Einbeziehung der übrigen Objekte in die Sozialauswahl die Zusatzkosten auch erst im Jahre 2002 angefallen wären. Anhaltspunkte für eine Diskriminierung wegen der Teilzeitbeschäftigung sind nicht ersichtlich.

42 f)

Ob der Arbeitgeber bei sehr geringfügigen Unterschieden in den Arbeitszeiten, die offenkundig nicht ins Gewicht fallen, ohne Rechtsmissbrauch geltend machen kann, ein Arbeitszeitkonzept stehe der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegen, kann dahinstehen. Im vorliegenden Fall wichen sowohl die Arbeitszeitvolumina als auch die jeweilige Lage deutlich voneinander ab.

43 IV.

Ob die Klägerin einen Anspruch auf Wiedereinstellung hatte, braucht, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend festgehalten hat, nicht überprüft zu werden, da die Klägerin einen solchen Anspruch nicht geltend macht.

**44 D.**

Die Kosten der erfolglos gebliebenen Revision fallen der Klägerin nach § 97 Abs. 1 ZPO zur Last.

---

Rost  
Bröhl  
Schmitz-Scholemann  
Baerbaum  
Bartel

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.