

Hinweise für die Umsetzung von Personalmaßnahmen nach dem Aktenstück Nr. 98

Einführung

Handreichung zur betriebsbedingten Kündigung

- 1. Voraussetzungen der betriebsbedingten Kündigung**
 - 1.1 Dringende betriebliche Erfordernisse**
 - 1.1.1 Unternehmerentscheidung
 - 1.1.2 Beispiele für Unternehmerentscheidungen
 - 1.1.2.1 Stellenstreichung im Haushaltsplan
 - 1.1.2.2 Anbringung eines kw-Vermerks
 - 1.1.3 Wegfall des Arbeitsplatzes
 - 1.1.4 Änderungskündigung
 - 1.1.5 Konsequenz für nach dem Aktenstück 98 zu treffende Entscheidungen
 - 1.2 Fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit**
 - 1.2.1 Anderweitige Beschäftigung
 - 1.2.2 Ordnung zur Sicherung der Mitarbeiter bei Rationalisierungsmaßnahmen und Einschränkungen von Einrichtungen
 - 1.3 Sozialauswahl**
 - 1.3.1 Betriebsbezogenheit
 - 1.3.2 Bildung des Kreises vergleichbarer Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen
 - 1.3.2.1 Herausnahme einzelner Mitarbeiter oder Mitarbeiterinnen wegen berechtigten betrieblichen Interesses
 - 1.3.2.2 Herausnahme von Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen, die einen besonderen gesetzlichen Schutz genießen
 - 1.3.3 Durchführung der sozialen Auswahl
 - 1.3.3.1 Dauer der Betriebszugehörigkeit
 - 1.3.3.2 Unterhaltspflichten
 - 1.3.3.3 Schwerbehinderung
 - 1.4 Sozialauswahl bei Betriebsstillegung**
 - 1.5 Beteiligung anderer Stellen**
 - 1.5.1 Mitarbeitervertretung
 - 1.5.2 Aufsichtsbehörde
 - 1.5.3 Sozialgesetzbuch (SGB) Neuntes Buch (IX)
 - 1.5.4 Gleichstellungsbeauftragte
- 2. Form und Zugang der Kündigung**
- 3. Andere Möglichkeiten der Beendigung des Dienstverhältnisses**
 - 3.1 Auflösungsvertrag
 - 3.2 Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung (§ 1 a KSchG)
- 4. Arbeitsgerichtsverfahren**

Einführung

Die Kürzungen in Höhe von 81,5 Mio. €, die die Landessynode im November beschlossen hat, lassen sich ohne Auswirkungen auf den Personalbereich nicht umsetzen. Dennoch soll das Ziel nach Möglichkeit ohne Kündigungen erreicht werden.

Dazu hat die Landesbischofin gesagt: **„Die Landeskirche wird alles tun, um betriebsbedingte Kündigungen zu vermeiden.“** Allerdings ist auch bereits während der Synode deutlich geworden, dass dies nicht in jedem Einzelfall wird erreicht werden können; eine Garantie kann es insoweit nicht geben, auch weil die Landeskirche nicht zentraler Arbeitgeber für die ca. 30.000 Beschäftigten im Bereich der Landeskirche ist.

Arbeitgeber sind vielmehr in den meisten Fällen die Kirchengemeinden, aber auch die Kirchenkreise.

Soll eine Stelle wegfallen, so gilt grundsätzlich zunächst einmal: **Arbeitsrecht geht vor, auch wenn die Finanzen knapp werden.** Es ist also zunächst einmal alles zu tun, damit die arbeitsrechtlichen Verpflichtungen eingehalten werden können; nur im äußersten Falle kann eine betriebsbedingte Kündigung die Lösung sein.

Das bedeutet: Es ist in jedem Fall zu prüfen, ob die Mitarbeiterstelle auf andere Art und Weise finanziert werden kann als durch die künftig wegfallenden Mittel. Hier ist Kreativität gefragt: Schon in vielen Fällen konnten Stellen durch Fördervereine und ähnliche Maßnahmen gerettet werden.

Erweist sich dies als nicht möglich, muss der Anstellungsträger untersuchen, ob der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin an anderer Stelle mit vergleichbaren Aufgaben beschäftigt werden kann (s. hierzu im Einzelnen Punkt 1.2.1 und 1.2.2). Nach entsprechenden Stellen kann in der Internet-Stellenbörse¹ gesucht werden. Der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin ist zu bitten, seiner- oder ihrerseits eine Bewerbung in die EKD-Stellenbörse zu setzen.

Der Stadtkirchenverband Hannover hat für seinen Bereich eine eigene Stellenbörse eingerichtet; auch hier soll ggf. nach Stellen gefragt und gesucht werden.

Die Landeskirche wird ihrerseits keine eigene Datenbank einrichten, weil dies neben der bereits vorhandenen EKD-Stellenbörse, mit der gezielt auch regional und nach bestimmten Berufsgruppen gesondert gesucht werden kann, nicht erforderlich erscheint.

Aus alledem wird deutlich, dass es keine generelle Anweisung geben kann, wie im Einzelfall zu verfahren ist; vielmehr muss bei jedem einzelnen Fall genau und konkret untersucht werden, wie geholfen werden kann. Damit lässt sich nach den Erfahrungen der Landeskirche am ehesten Erfolg erzielen. Entsprechend wird sich auch das Landeskirchenamt für die landeskirchlichen Einrichtungen verhalten.

Ziel ist es, den nach den Vorgaben erforderlichen Personalabbau im Rahmen der normalen Fluktuation oder durch Um- und Versetzungen zu erreichen.

Nur wenn dies auf Grund der finanziellen Zwänge nicht möglich ist, sind Dienstverhältnisse durch betriebsbedingte Kündigungen zu beenden. Dafür geben wir die nachfolgenden allgemeinen Hinweise.

¹ www.evka.de, Rubrik Information/Stellenbörse oder <http://www.ekd.de/kirchenjobs/991.html>

Handreichung zur betriebsbedingten Kündigung

Nach § 1 Abs. 2 des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) ist die Kündigung eines Dienstverhältnisses sozial gerechtfertigt, wenn sie durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen, bedingt ist.

Dieser Satz klingt zunächst relativ einfach, es sind jedoch eine Reihe von Punkten zu beachten, bevor der Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung möglich ist. Insbesondere gilt, dass die betriebsbedingte Kündigung immer das letztmögliche Mittel, sog. ultima ratio, sein muss. Diese Handreichung kann nur über allgemeine Grundsätze informieren, jeder Einzelfall ist gesondert zu prüfen. Es empfiehlt sich, im Rahmen der Personalplanung frühzeitig nach Lösungen für die betroffenen Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen zu suchen und auch die Mitarbeitervertretung möglichst frühzeitig in die Überlegungen einzubinden.

1. Voraussetzungen der betriebsbedingten Kündigung

1.1 Dringende betriebliche Erfordernisse

Für die **dringenden betrieblichen Erfordernisse** sind die Verhältnisse in der jeweiligen Dienststelle (Betrieb) ausschlaggebend.

Als außer- und innerbetriebliche Gründe kommen insbesondere in Betracht: Auftragsmangel, Umsatzrückgang, organisatorische Änderungen (z.B. Vergabe von Reinigungsarbeiten an Firmen), Betriebsstilllegung¹, Streichung einer Planstelle im Haushalt², Anbringung eines kw-Vermerkes³ konkrete Streichung von Haushaltsmitteln im Öffentlichen Dienst sowie Wegfall von Drittmitteln.

1.1.1 Unternehmerentscheidung

Der Wegfall einer Beschäftigungsmöglichkeit für einen Mitarbeiter oder eine Mitarbeiterin ist ohne einen Willensakt des Arbeitgebers, die sog. **Unternehmerentscheidung**, nicht denkbar. Die sog. Unternehmerentscheidung, z.B. der Beschluss, eine bestimmte Einrichtung zu schließen, hat zur Folge, dass ein Überhang an Arbeitskräften entsteht und damit das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Mitarbeiter oder Mitarbeiterinnen entfällt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber durch eine entsprechende unternehmerische Gestaltung seines Betriebs oder seines Unternehmens den Personalbedarf und damit auch die Notwendigkeit eines etwaigen Personalabbaues weitgehend selbst bestimmen kann. Ob und ggf. welche innerbetrieblichen Maßnahmen der Arbeitgeber ergreift, um den sich ständig ändernden Verhältnissen (z.B. Auftragslage, branchenspezifische Strukturveränderungen) Rechnung zu tragen, liegt in seinem unternehmerischen Ermessen. Zum Entscheidungsspielraum des Arbeitgebers gehört dabei auch die Befugnis, die Zahl der Arbeitskräfte zu bestimmen, mit denen eine Arbeitsaufgabe in der Dienststelle zukünftig erledigt werden soll⁴.

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts geht von dem **Grundsatz der freien Unternehmerentscheidung** aus. Danach sind die Gerichte für Arbeitssachen nicht befugt, unternehmerische Entscheidungen auf ihre Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit hin zu prüfen. Eine gerichtliche Überprüfung kann sich nur darauf erstrecken, ob die Unternehmerentscheidung (z.B. organisatorische oder technologische Rationalisierungen) tatsächlich getroffen wurde und ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist⁵.

¹ bei Betriebsübergang § 613 a Abs. 4 BGB prüfen

² vgl. BAG vom 17.6.1999 – 2 AZR 141/99, BB 2000, 413

³ BAG vom 23.11.2004 – 2 AZR 38/04, NZA 2005, 986,

⁴ BAG, Urteil vom 23.11.2004 a.a.O.

⁵ vgl. BAG, Urteil vom 23.11.2004 a.a.O.

1.1.2 Beispiele für Unternehmerentscheidungen

1.1.2.1 Stellenstreichung im Haushaltsplan

Unternehmerentscheidung kann schon die Kürzung von Haushaltsmitteln sein. Allerdings muss der Haushaltsplan die zu streichenden Stellen **nach sachlichen Merkmalen konkret** bezeichnen.

Sofern ein Haushaltsplan lediglich **allgemeine Einsparungen** für bestimmte Dienststellen anordnet, liegt allein hierin noch **kein dringendes betriebliches Erfordernis** für die Kündigung. Erst wenn die Dienststelle aufgrund angeordneter unspezifizierter Einsparungen konkrete innerbetriebliche Maßnahmen (z.B. Beschluss über Aufgabe bestimmter Arbeitsbereiche, Beschluss über Schließung) ergreift, die wiederum eine Kündigung bedingen, gelten die allgemeinen Grundsätze zur freien Unternehmerentscheidung.

1.1.2.2 Anbringung eines kw-Vermerks

Die Anbringung eines wirksamen datierten kw-Vermerks im Stellenplan stellt ein dringendes betriebliches Erfordernis dar. Dies setzt voraus, dass sich der Beschluss des zuständigen Gremiums hinreichend konkret auf eine Stelle bezieht¹.

1.1.3 Wegfall des Arbeitsplatzes

Erforderlich ist, dass das dringende betriebliche Erfordernis **ursächlich** für den Wegfall des konkreten Arbeitsplatzes ist.

Liegt **keine** konkretisierte Stellenstreichung im Haushaltsplan zugrunde, so ist der Wegfall des Arbeitsplatzes nachzuweisen. Ob die Umsetzung der Unternehmerentscheidung zu einem Wegfall des Arbeitsplatzes führt, richtet sich allein nach den Verhältnissen der jeweiligen Dienststelle. Der Arbeitsplatz fällt weg, wenn Identität und Kontinuität des bisherigen Arbeitsplatzes nicht mehr gegeben sind. Nicht erforderlich ist dabei der Wegfall eines bestimmten Arbeitsplatzes. Entscheidend ist, dass nach Umsetzung der unternehmerischen Entscheidung in der Dienststelle rechnerisch ein Überhang an Dienstkräften entsteht, durch den das Bedürfnis an der Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Mitarbeiter oder Mitarbeiterinnen entfällt.

1.1.4 Änderungskündigung

Die nach dem Gesetz vorgeschriebene Dringlichkeitsprüfung erfordert auch, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch einer betriebsbedingten Beendigungskündigung prüft, ob der Ausspruch einer Änderungskündigung möglich ist. Dies bedeutet, dass der Anstellungsträger das Dienstverhältnis kündigt und dem Mitarbeiter oder der Mitarbeiterin im Zusammenhang mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen anbietet. Der Anstellungsträger sollte daher – soweit möglich – ein Änderungsangebot machen. Dieses kann z.B. die Reduzierung der Arbeitszeit, aber auch das Angebot eines erheblich geringer vergüteten freien Arbeitsplatzes zum Inhalt haben, wenn der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin für diesen Arbeitsplatz geeignet ist.

1.1.5 Konsequenz für nach dem Aktenstück Nr. 98 zu treffende Entscheidungen

Dies bedeutet für die nach dem Aktenstück Nr. 98 zu treffenden Entscheidungen:

Bevor ein Träger einer Einrichtung eine Unternehmerentscheidung z.B. über die Schließung der Einrichtung trifft, muss er eine **Übersicht** über das in der Einrichtung beschäftigte Personal erstellen (s. die als **Anlage 1 beigefügte Tabelle**).

¹ BAG, Urteil vom 23.11.2004 a.a.O.

Der Träger der Einrichtung (z.B. Kirchengemeinde, Kirchenkreis, Landeskirche) hat durch sein jeweils zuständiges Organ einen **eindeutigen Beschluss z.B. über die Schließung der Einrichtung oder eine konkretisierte Stellenstreichung im Haushaltsplan zu treffen. Ein Beschluss über eine Schließung muss einen konkreten Beendigungszeitpunkt festlegen.** Dieser Beschluss stellt dann die sog. „Unternehmerentscheidung“ dar. Hierdurch entsteht dann der o.g. Arbeitskräfteüberhang.

1.2 Fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit

1.2.1 Anderweitige Beschäftigung

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist stets zu prüfen, ob die Kündigung durch eine anderweitige Beschäftigung des Mitarbeiters oder der Mitarbeiterin vermieden werden kann. Eine Weiterbeschäftigung muss sowohl dem Mitarbeiter oder der Mitarbeiterin als auch dem Arbeitgeber zumutbar sein. Dies setzt voraus, dass ein freier vergleichbarer (gleichwertiger) Arbeitsplatz oder ein freier Arbeitsplatz zu geänderten (ggf. auch zu schlechteren) Arbeitsbedingungen vorhanden ist und der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin über die hierfür erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse verfügt¹. Ist die Weiterarbeit an einem anderen (freien) Arbeitsplatz, über den der Arbeitgeber verfügen kann, möglich und zumutbar, so ist die Kündigung weder „dringend“ noch durch ein betriebliches Erfordernis „bedingt“. Das bedeutet, der Arbeitgeber **darf in diesem Fall nicht kündigen**.

Die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung bezieht sich auf alle Betriebe des Arbeitgebers, ist somit **unternehmensbezogen**. Im Bereich des öffentlichen Dienstes entspricht dem Unternehmensbegriff der Begriff des Verwaltungszweiges. Verwaltungszweig im staatlichen Bereich sind z.B. die Justiz- oder die Arbeitsverwaltung. Die Weiterbeschäftigungspflicht erstreckt sich auf Arbeitsplätze derselben Dienststelle oder einer anderen Dienststelle desselben Verwaltungszweigs an demselben Dienort einschließlich seines Einzugsgebietes². Wichtig ist, dass es sich jeweils um **denselben öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber** handelt. Eine räumliche Beschränkung wird durch das Kündigungsschutzgesetz insofern festgelegt, als sich die Weiterbeschäftigungspflicht nur auf denselben Dienort einschließlich seines Einzugsgebietes bezieht. Einzugsgebiet ist das Gebiet, das auf einer üblicherweise befahrenen Strecke nicht mehr als 30 km vom Dienort entfernt ist. Diese Grundsätze sind auf den kirchlichen Dienst übertragbar, wobei die Landeskirche als ein Verwaltungszweig anzusehen wäre.

Landeskirchliche Einrichtungen müssen versuchen, ihrer Weiterbeschäftigungspflicht z.B. durch Umsetzungen oder Versetzungen nachzukommen. Deshalb müssen sie vor Durchführung dieser Maßnahmen die **freien oder freiwerdenden Stellen dem Landeskirchenamt melden**.

1.2.2 Ordnung zur Sicherung der Mitarbeiter bei Rationalisierungsmaßnahmen und Einschränkungen von Einrichtungen

Im Vordergrund muss die **Erhaltung des Arbeitsplatzes** stehen. Daher ist zunächst anhand der Ordnung zur Sicherung der Mitarbeiter bei Rationalisierungsmaßnahmen und Einschränkungen von Einrichtungen³ ein sog. **Arbeitsplatzsicherungsverfahren** nach Nr. 4 der Sicherungsordnung durchzuführen. Die Sicherungsordnung gilt für alle Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen, deren Dienstverhältnis unter die Dienstvertragsordnung fällt. Sie gilt nicht für die Fälle des Betriebsübergangs nach § 613 a BGB.

Das **Arbeitsplatzsicherungsverfahren** sieht folgende **Reihenfolge** vor:

- Prüfung, ob für den Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin ein vorhandener freier, besetzbarer und gleichwertiger Arbeitsplatz zur Verfügung steht.

¹ vgl. BAG, Urteil vom 25.4.2002 – 2 AZR 260/01, NZA 2003, 605

² § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 b KSchG

³ Anlage 9 zur Dienstvertragsordnung RS 440-1

- * Arbeitsplatz in derselben Einrichtung bzw. Dienststelle an demselben Ort.
 - * Arbeitsplatz in einer Einrichtung bzw. Dienststelle mit demselben Aufgabengebiet an einem anderen Ort.
 - * Arbeitsplatz in einer Einrichtung bzw. Dienststelle mit einem anderen Aufgabengebiet an demselben Ort.
 - * Arbeitsplatz in einer Einrichtung bzw. Dienststelle mit einem anderen Aufgabengebiet an einem anderen Ort.
 - * Ggf. Fortbildung oder Umschulung.
- Prüfung, ob eine andere freie und besetzbare Stelle, für die der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin die Voraussetzungen erfüllt, vorhanden ist.
 - Bemühung um einen Arbeitsplatz bei einem anderen Anstellungsträger des kirchlichen oder diakonischen Dienstes in räumlicher Nähe.

Das Arbeitsplatzsicherungsverfahren setzt voraus, dass der Anstellungsträger dem Mitarbeiter oder der Mitarbeiterin eine Stelle **anbietet**. Bei diesen Angeboten ist darauf zu achten, dass diese so konkret sind und durch einen entsprechenden Beschluss des anderen Anstellungsträgers, der den Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin übernehmen möchte, so abgesichert sind, dass der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin zu der angebotenen Stelle nur noch „ja“ zu sagen braucht. Sonst handelt es sich nicht um ein Angebot im Sinne der Sicherungsordnung¹. Wird das nach der Sicherungsordnung vorgesehene Verfahren verletzt, ist die Kündigung **unwirksam**.

Soweit die Weiterbeschäftigung eines Mitarbeiters oder einer Mitarbeiterin sich als möglich erweist und dadurch z.B. eine Versetzung auf einen freien Arbeitsplatz in Betracht kommt, sind die Beteiligungsrechte der Mitarbeitervertretungen zu beachten. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn ein Mitarbeiter oder eine Mitarbeiterin zu einem anderen Anstellungsträger wechselt.

1.3 Sozialauswahl

Nach § 1 Abs. 3 KSchG ist Voraussetzung einer wirksamen Kündigung, die aus dringenden betrieblichen Erfordernissen ausgesprochen worden ist, dass eine so genannte Sozialauswahl stattgefunden hat. Eine an sich berechnete betriebsbedingte Kündigung ist dennoch sozial ungerechtfertigt und damit **unwirksam**, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl der gekündigten Mitarbeiter oder Mitarbeiterinnen **soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt** hat. Der Arbeitgeber hat den Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin zu ermitteln, den oder die die Kündigung relativ am wenigsten hart trifft.

Hierbei sind die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers mindestens ausreichend zu berücksichtigen. Auf Verlangen hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben.

Bei der Durchführung der Sozialauswahl können leicht Fehler gemacht werden, die zur Unwirksamkeit der Kündigung führen. Es ist jeder Einzelfall gesondert zu prüfen. Deshalb ist es erforderlich, dass hier die Hilfe und Beratung des Fachdezernates im Landeskirchenamt in Anspruch genommen wird.

1.3.1 Betriebsbezogenheit

Für den Bereich der sozialen Auswahl ist von der grundsätzlichen Betriebsbezogenheit des individuellen Kündigungsschutzes auszugehen. Dies bedeutet, dass zu dem auswahlrelevanten Personenkreis grundsätzlich alle von einem betriebsbedingten Personalabbau betroffenen vergleichbaren Arbeitnehmer des **Beschäftigungsbetriebes** zählen, ohne Rück-

¹ vgl. Urteil des Arbeitsgerichts Göttingen vom 5.12.05 – 2 CA 511/05 n.v.

sicht auf die Größe des Betriebes sowie ohne Rücksicht darauf, ob ihre Arbeitsplätze räumlich nahe beieinander liegen¹. Im öffentlichen Dienst tritt an die Stelle des Betriebes die **Dienststelle**, innerhalb derer die Sozialauswahl vorzunehmen ist, wobei **auch räumlich weit entfernte Teile einer Dienststelle** einzubeziehen sind. Für den kirchlichen Dienst ist ebenfalls an Stelle des Betriebs auf die Dienststelle abzustellen. Der Begriff der Dienststelle ist in § 3 des Mitarbeitervertretungsgesetzes definiert. Danach sind Dienststellen die rechtlich selbständigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen sowie die Einrichtungen der Diakonie innerhalb der Konföderation. Unter bestimmten Voraussetzungen gelten auch Teile von Körperschaften, Anstalten und Stiftungen sowie Einrichtungen der Diakonie als Dienststellen.

1.3.2 Bildung des Kreises vergleichbarer Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen

Es können nur Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen verglichen werden, die austauschbar sind. Austauschbar sind sie dann, wenn die Mitarbeiter oder Mitarbeiterinnen, deren Arbeitsplätze durch die Kündigung bedroht sind, die Funktion der anderen Mitarbeiter oder Mitarbeiterinnen wahrnehmen können. Die Frage der **Austauschbarkeit** beantwortet sich in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen, also nach der **ausgeübten Tätigkeit**. Sie ist nicht nur bei völliger Identität der Arbeitsplätze, sogenannter objektiver Vergleichbarkeit auf horizontaler Ebene – die Mitarbeiter oder Mitarbeiterinnen üben denselben Beruf aus – zu bejahen, sondern auch dann, wenn die Mitarbeiter oder Mitarbeiterinnen aufgrund ihrer bisherigen Aufgaben in der Dienststelle und angesichts ihrer beruflichen Qualifikationen in der Lage sind, die andersartige aber gleichwertige Arbeit eines Kollegen oder einer Kollegin zu verrichten.

Der Vergleich der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen vollzieht sich nur auf **derselben Ebene der Betriebshierarchie** und setzt voraus, dass der jeweilige Anstellungsträger den Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin einseitig auf den anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann. Vergleichbar sind somit diejenigen, die kraft Direktionsrechtes mit den anderen Aufgaben beschäftigt werden können².

Die Pflicht zur Sozialauswahl bezieht sich auf **Vollzeit- und Teilzeitkräfte**. Nach § 4 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes darf die Teilzeitbeschäftigung bei der Sozialauswahl nicht zum Nachteil des Mitarbeiters oder der Mitarbeiterin berücksichtigt werden. Teilzeitbeschäftigte können dann nicht mit Vollzeitkräften (oder umgekehrt) verglichen werden, wenn der Dienstgeber eine Organisationsentscheidung getroffen hat, aufgrund derer für bestimmte Arbeiten Vollzeitkräfte (bzw. Teilzeitbeschäftigte) vorgesehen sind.

Der **tariflichen Eingruppierung** kann für die Vergleichbarkeit nur in engen Grenzen – insbesondere bei einer ausgesprochenen Hilfstätigkeit – ein gewisser Indizwert zukommen.

Gesundheitliche Leistungsmängel der betroffenen Mitarbeiter oder Mitarbeiterinnen hindern ihre Austauschbarkeit mit anderen Mitarbeitern oder Mitarbeiterinnen nicht, wenn sie nicht die für eine personenbedingte Kündigung erforderlichen Grenzen erreichen.

1.3.2.1 Herausnahme einzelner Mitarbeiter oder Mitarbeiterinnen wegen berechtigten betrieblichen Interesses

Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit, aus dem Kreis der vergleichbaren Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen diejenigen herauszunehmen, deren **Weiterbeschäftigung im betrieblichen Interesse** liegt. Nach § 1 Abs. 3 Satz 2 des Kündigungsschutzgesetzes sind in die soziale Auswahl nach Satz 1 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.“ Als berechtigt sind vom Arbeitgeber geltend gemachte betriebliche Interes-

¹ vgl. KR-Etzel 7. Auflage, § 1 KSchG Rn. 608 ff.

² vgl. BAG, Urteil vom 21.06.1995-2 AZR 693/94

sen nur dann anzuerkennen, wenn sie dem Betrieb oder der Dienststelle - gemessen an dem vom Arbeitgeber frei bestimmten Unternehmenszweck – einen nicht unerheblichen Vorteil bringen, der bei einer Sozialauswahl nicht zu erreichen wäre. Der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Arbeitgeber muss hierbei die nicht unerheblichen Vorteile für den Betrieb durch so konkreten Sachvortrag darlegen, dass nachgeprüft werden kann, ob die geltend gemachten betrieblichen Interessen an der Weiterbeschäftigung des Mitarbeiters oder der Mitarbeiterin als berechtigt anerkannt werden können. Eine lediglich allgemeine Umschreibung der betrieblichen Interessen durch den Arbeitgeber reicht nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht aus¹.

Mit den Begriffen „Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen“ werden die sogenannten **Leistungsträger** des Betriebs erfasst. Hierbei ist zu beachten, dass es nur um die Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen von Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen auf vergleichbaren Arbeitsplätzen geht. Es ist Sache des Arbeitgebers, besondere Kenntnisse und Fähigkeiten von Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen auf vergleichbaren Arbeitsplätzen hervorzuheben, die er für die Erreichung des Unternehmenszieles für erforderlich hält. Kenntnisse beziehen sich auf Fakten, die der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin aufgrund seiner Ausbildung, seiner bisherigen beruflichen Tätigkeit oder sonstigen Lebensführung erlangt hat. Als besondere Kenntnisse kommen z.B. in Betracht erweiterte Kenntnisse durch Teilnahme an Schulungsveranstaltungen, Sprachkenntnisse, besondere Fachkenntnisse, aber auch durch langjährige Berufserfahrung erworbene Kenntnisse².

Die Sicherung einer **ausgewogenen Personalstruktur** ist nunmehr ebenfalls als ein mögliches berechtigtes betriebliches Interesse anerkannt. Damit ist nur die **Erhaltung einer ausgewogenen Personalstruktur** und **nicht ihre Herstellung**, das heißt eine Veränderung der bisherigen Personalstruktur, als berechtigtes betriebliches Interesse anzuerkennen³. Es ist Sache des Arbeitgebers, die Art der Personalstruktur zu benennen, die er aufrecht erhalten will (z.B. Altersstruktur, Leistungsstärke), und die Kriterien für die Bildung von Gruppen zur Sicherung der entsprechenden Personalstruktur aufzustellen. Diese Entscheidungen des Arbeitgebers sind daraufhin überprüfbar, ob sie im berechtigten betrieblichen Interesse liegen, d.h. ob die Sicherung der vom Arbeitgeber benannten Personalstruktur dem Betrieb einen nicht unerheblichen Vorteil bringt und die Gruppenbildung nach sachlichen Gesichtspunkten erfolgt ist.

1.3.2.2 Herausnahme von Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen, die einen besonderen gesetzlichen Schutz genießen

Aus dem verbleibenden Personenkreis scheiden diejenigen Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen aus, denen aus besonderen Gründen nicht betriebsbedingt gekündigt werden kann.

Hierunter fallen Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen, bei denen eine ordentliche arbeitgeberseitige Kündigung aufgrund Gesetzes ausgeschlossen ist. Des Weiteren sind die unter § 22 MVG fallenden **Mitglieder der Mitarbeitervertretung**, sowie **Wehr- und Zivildienstleistende** und **befristet** beschäftigte Mitarbeiter oder Mitarbeiterinnen, deren Dienstverhältnis nach § 15 – des Teilzeit- und Befristungsgesetzes nicht kündbar ist, weil es durch Zeitablauf endet, herauszunehmen.

Dies gilt auch für Mitarbeiterinnen, die den besonderen Kündigungsschutz nach **§ 9 MuSchG** genießen, sofern nicht ausnahmsweise die Zustimmung der zuständigen Stelle zu der Kündigung vorliegt, sowie für Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen, die unter den besonderen Kündigungsschutz nach **§ 18 BErzGG** fallen. Schwerbehinderte Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen, auf die der besondere Kündigungsschutz der **§§ 85 ff. SGB IX** anzuwenden ist, scheiden ebenfalls aus den auswahlrelevanten Personenkreis aus, es sei denn, es liegt die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung vor.

¹ BAG, Urteil vom 12.04.02 – 2 AZR 706/00, NZA 2003, 42

² vgl. KR-Etzel, aaO. Rn. 634 ff.

³ BAG, Urteil vom 23.11.00 – 2 AZR 533/99, NZA 2001, 601

Ebenso wenig sind die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen in die Sozialauswahl einzubeziehen, deren Dienstverhältnis **ordentlich unkündbar** ist.

Ferner sind Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen, die im Zeitpunkt der Kündigung noch **für längere Zeit arbeitsunfähig** oder von der Arbeit **freigestellt** sind (z.B. unbezahlter Sonderurlaub für ein Jahr, Freistellungsphase in der Blockaltersteilzeit), aus der sozialen Auswahl herauszunehmen, da durch ihre Kündigung kein einziger besetzter Arbeitsplatz in der Dienststelle frei würde.

1.3.3 Durchführung der sozialen Auswahl

Wenn aus dem Kreis der vergleichbaren Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen diejenigen herausgenommen sind, an deren Weiterbeschäftigung ein besonderes berechtigtes Interesse besteht bzw. die einem besonderen gesetzlichen Schutz unterliegen, ist die soziale Auswahl aus dem verbleibenden Personenkreis durchzuführen. Der Arbeitgeber hat unter den verbleibenden Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen diejenigen, denen gekündigt werden soll, unter ausreichender Berücksichtigung der **Dauer der Betriebszugehörigkeit, des Lebensalters, der Unterhaltspflichten** und einer eventuellen **Schwerbehinderung** auszuwählen. Diese Auswahlgesichtspunkte sind nunmehr vom Gesetzgeber in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG ausdrücklich genannt und stellen die allein maßgebenden Kriterien der Sozialauswahl dar. Der Arbeitgeber ist daher verpflichtet, sich Kenntnis von den vier sozialen Grunddaten der in Frage kommenden Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen zu verschaffen. Soweit sich die Daten nicht bereits aus den Unterlagen des Arbeitgebers ergeben, kann er den Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin fragen. Wenn der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin nicht bereit ist, Auskunft z.B. über bestehende Unterhaltspflichten zu geben, geht dies zu seinen oder ihren Lasten.

Keinem der vier sozialen Grunddaten kommt ein absoluter Vorrang zu. Der Arbeitgeber hat die Kriterien „zu berücksichtigen“, d.h. ihm steht ein Wertungsspielraum zu.

1.3.3.1 Dauer der Betriebszugehörigkeit

Unter der Dauer der Betriebszugehörigkeit ist der rechtlich **ununterbrochene** Bestand des Dienstverhältnisses zu dem Arbeitgeber zu verstehen, wobei besondere gesetzliche Anrechnungsvorschriften, z.B. § 10 Abs. 2 Mutterschutzgesetz, zu berücksichtigen sind. Für die Berechnung der Dauer der Betriebszugehörigkeit gelten die Grundsätze, die für die Berechnung der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG maßgebend sind¹.

1.3.3.2 Unterhaltspflichten

Der Begriff der Unterhaltspflichten bestimmt sich nach §§ 1360 ff., 1569 ff. und 1601 ff. des BGB. Der Arbeitgeber kann seiner Pflicht, die Unterhaltspflichten zu beachten, nur nachkommen, soweit sie ihm, insbesondere über die Lohnsteuerkarte, bekannt sind. Für die Unterhaltspflichten kommt es darauf an, wie sie zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung bestehen oder fest abzusehen sind.

1.3.3.3 Schwerbehinderung

Konsequenz der Aufnahme der nach dem Sozialgesetzbuch (SGB) Neuntes Buch (IX) anerkannten Schwerbehinderung in den Katalog ist, dass der schwerbehinderte Mitarbeiter oder die schwerbehinderte Mitarbeiterin dann, wenn die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung nach § 85 SGB IX erteilt ist, zwar vergleichbar mit nicht schwerbehinderten Mitarbeitern oder Mitarbeiterinnen ist, aber im Rahmen des Vergleichs der Sozialdaten erhöhten Schutz genießt.

¹ vgl. BAG Urteil vom 06.02.03 – 2 AZR 623/01, ZTR 2003, 507

1.4 Sozialauswahl bei Betriebsstilllegung

Im Falle einer Betriebsstilllegung, also der Schließung einer kompletten Einrichtung, kommt eine Sozialauswahl nicht mehr in Betracht, wenn allen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen gekündigt wird. Entscheidend ist insoweit, dass der Arbeitgeber beabsichtigt, allen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen zum gleichen Kündigungstermin zu kündigen.

1.5 Beteiligung anderer Stellen

1.5.1 Mitarbeitervertretung

Im Rahmen des Grundsatzes der vertrauensvollen Zusammenarbeit sowie der Informationsrechte der Mitarbeitervertretung ist diese **frühzeitig** über geplante Schließungen oder Umstrukturierungen von Einrichtungen und daraus ggf. folgende Personalmaßnahmen zu **unterrichten**.

Vor Ausspruch einer **ordentlichen** betriebsbedingten Kündigung ist gemäß **§ 42 Nr. 2 MVG** die Zustimmung der Mitarbeitervertretung einzuholen.

Soll im Fall einer Betriebsstilllegung ordentlich unkündbaren Mitarbeitern oder Mitarbeiterinnen gekündigt werden, ist zu beachten, dass zu dieser **außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit** auch die **Zustimmung der Mitarbeitervertretung nach § 42 Nr. 2 MVG** eingeholt werden muss. Eine Mitberatung nach § 47 Nr. 2 MVG reicht nicht aus, da diese Kündigung nach dem Mitarbeitervertretungsrecht wie eine ordentliche Kündigung zu behandeln ist.

1.5.2 Aufsichtsbehörde

Gemäß § 3 der Rechtsverordnung zur Ausführung des Mitarbeitergesetzes¹ bedürfen Beschlüsse der Anstellungsträger über die Kündigung von Dienstverhältnissen außerhalb der Probezeit der Genehmigung des Landeskirchenamtes bzw. der nächsten Aufsichtsbehörde.

1.5.3 Sozialgesetzbuch (SGB) Neuntes Buch (IX)

Vor Ausspruch der betriebsbedingten Kündigung gegenüber einem schwerbehinderten Menschen hat der Arbeitgeber die **Zustimmung des Integrationsamtes** einzuholen.

Gemäß § 95 SGB IX hat die **Schwerbehindertenvertretung** ein Anhörungsrecht zu der beabsichtigten betriebsbedingten Kündigung eines schwerbehinderten Menschen. Soweit in kirchlichen Dienststellen das Kirchengesetz der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen über Mitarbeitervertretungen Anwendung findet², nimmt gemäß § 52 Abs. 1 MVG die Vertrauensperson der Schwerbehinderten die Aufgaben der Schwerbehinderten nach staatlichem Recht wahr.

1.5.4 Gleichstellungsbeauftragte

Nach Nr. 7.5 der Richtlinien zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern in der evangelisch-lutherischen Landeskirche Hannovers i.d.F. vom 1. Januar 2000 hat die Dienststellenleitung die Gleichstellungsbeauftragte über alle Vorgänge, die Inhalte dieser Richtlinien betreffen, **rechtzeitig und umfassend zu unterrichten** und an beabsichtigten Maßnahmen und Regelungen zu **beteiligen**.

¹ MGAusführungsVO RS 41-3

² Mitarbeitervertretungsgesetz (MVG) RS 41 B

2. Form und Zugang der Kündigung

Die Kündigung bedarf gemäß § 623 BGB der Schriftform. Diese ist zwingend vorgeschrieben. Des Weiteren ist darauf zu achten, dass die Kündigung dem Mitarbeiter oder der Mitarbeiterin wirksam innerhalb der Frist zugeht. Der wirksame Zugang wird z.B. dadurch sichergestellt, dass die Kündigung dem Mitarbeiter oder der Mitarbeiterin im Beisein eines Zeugen oder einer Zeugin persönlich ausgehändigt wird.

3. Andere Möglichkeiten der Beendigung des Dienstverhältnisses

3.1 Auflösungsvertrag

Es besteht jederzeit die Möglichkeit, das Dienstverhältnis durch **Auflösungsvertrag gegen Zahlung einer Abfindung** zu beenden. Diese einvernehmliche Beendigung des Dienstverhältnisses setzt jedoch voraus, dass der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin hierzu bereit ist.

3.2 Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung

Die durch das am 01.01.2004 in Kraft getretene Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt neu eingeführte Vorschrift des **§ 1a KSchG** regelt erstmals einen gesetzlichen Abfindungsanspruch.

Der gesetzliche Abfindungsanspruch kann nur entstehen, wenn der Arbeitgeber eine **betriebsbedingte Kündigung** erklärt. Ob dringende betriebliche Erfordernisse aber tatsächlich vorliegen, ist letztlich unerheblich.

Der gesetzliche Abfindungsanspruch setzt eine **ordentliche betriebsbedingte Kündigung** voraus und findet grundsätzlich auf eine außerordentliche – betriebsbedingte - Kündigung keine Anwendung.

Der Abfindungsanspruch setzt des Weiteren den **Hinweis** des Arbeitgebers voraus, dass die Kündigung **auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützt** ist und der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin bei Verstreichen lassen der Klagfrist die Abfindung beanspruchen kann. Die Höhe des Abfindungsanspruchs muss nicht genannt werden, dies ist aber zu empfehlen.

Sowohl die Kündigung als auch der Hinweis auf die Betriebsbedingtheit und den Abfindungsanspruch müssen **schriftlich** erfolgen (Muster s. Anlage 2).

Schließlich ist für den gesetzlichen Abfindungsanspruch erforderlich, dass der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin die Klagfrist des § 4 Satz 1 des § 4 KSchG (drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung) verstreichen lässt, er oder sie also keine fristgerechte Kündigungsschutzklage erhebt.

Der Abfindungsanspruch **entsteht mit dem Ablauf der Kündigungsfrist**. Nach § 1a Abs. 2 KSchG beträgt die Höhe der Abfindung **0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses**.

Diese Möglichkeit dürfte sich für die kirchlichen Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen allerdings nur dann anbieten, wenn der gesetzliche Abfindungsanspruch höher als der nach der Sicherungsordnung ist. Dies ist im Einzelfall zu prüfen.

4. Arbeitsgerichtsverfahren

Der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin hat gemäß § 4 KSchG die Möglichkeit, innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Kündigungsschutzklage vor dem Ar-

beitsgericht zu erheben. Eine Vertretung durch einen Fachanwalt oder –anwältin für Arbeitsrecht ist zu empfehlen. Auch während des arbeitsgerichtlichen Verfahrens besteht die Möglichkeit, im Wege des gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleichs mit dem Mitarbeiter oder der Mitarbeiterin einen Auflösungsvertrag gegen Zahlung einer Abfindung zu schließen.

Anlage 2:

Beispiel für eine Kündigungserklärung nach § 1 a KSchG

„Hiermit kündigen wir das mit Ihnen bestehende Dienstverhältnis betriebsbedingt zum
..... . Für den Fall, dass Sie keine Kündigungsschutzklage erheben, haben Sie Anspruch
auf eine Abfindung. Die Höhe der Abfindung berechnet sich gemäß § 1 a KSchG und be-
trägt 0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr des Bestehens des Dienstverhältnisses.“

