# SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS ANTONIO SAGGIO
vom 14. März 2000 *

1. Das Landesarbeitsgericht Hamburg ersucht den Gerichtshof um Auslegung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 [1] (im folgenden: Richtlinie), mit der in den Mitgliedstaaten der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen verwirklicht werden soll. Dem Landesarbeitsgericht geht es speziell um die Auslegung von Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie im Hinblick auf das deutsche Kündigungsschutzgesetz, wonach im Rahmen der sogenannten „sozialen Auswahl" eines zu kündigenden Arbeitnehmers gemäß der herrschenden deutschen Rechtsprechung eine Vergleichbarkeit vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer und teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer nicht besteht.

## Einschlägige gemeinschaftsrechtliche Vorschriften

2. Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist in Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie definiert. Dort heißt es: „Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen beinhaltet, daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts — insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand — erfolgen darf." Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie regelt die Anwendung dieses Grundsatzes auf sämtliche Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen. Nach dieser Bestimmung beinhaltet die „Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen ..., daß Männern und Frauen dieselben Bedingungen ohne Diskriminierung auf Grund des Geschlechts gewährt werden".

3. Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, die für den Ausgangssachverhalt aus zeitlichen Gründen nicht gilt, lautet: „Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet der Ausdruck ‚Gleichbehandlungsgrundsatz', daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erfolgen darf." Absatz 2 dieses Artikels bestimmt: „Im Sinne des in Absatz 1 genannten Gleichbehandlungsgrundsatzes liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren einen wesentlich höheren Anteil der Angehörigen eines Geschlechts

* Originalsprache: Italienisch.
1 — ABl. L 39, S. 40.

benachteiligen, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind angemessen und notwendig und sind durch nicht auf das Geschlecht bezogene sachliche Gründe gerechtfertigt."

## Einschlägige nationale Vorschriften

4. Die im Ausgangsfall einschlägige nationale Regelung ist im Kündigungsschutzgesetz (KSchG) enthalten. Nach § 1 Absätze 1 und 2 KSchG ist die Kündigung eines Arbeitnehmers, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt, d. h. nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, bedingt ist. Im letzteren Fall liegt eine sogenannte „betriebsbedingte Kündigung" vor.

Nach § 1 Absatz 3 KSchG ist auch eine betriebsbedingte Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des gekündigten Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Diese Bestimmung wird gemeinhin dahin aufgefaßt, daß der Arbeitgeber nicht frei entscheiden kann, wem er kündigt, sondern unter allen seinen Beschäftigten, die auf mit dem wegfallenden Arbeitsplatz vergleichbaren Arbeitsplätzen tätig sind, den Arbeitnehmer auszuwählen hat, der durch den Verlust des Arbeitsverhältnisses den geringsten sozialen Nachteil erleidet (sogenannte „soziale Auswahl").

5. Aus dem Kündigungsschutzgesetz ergibt sich nicht näher, was für die Zwecke einer sozialen Auswahl unter vergleichbaren Arbeitsplätzen zu verstehen ist. Im Vorlagebeschluß wird jedoch erwähnt, daß die Vergleichbarkeit von zwei Arbeitsverhältnissen nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) anhand des Inhalts des Arbeitsvertrags und somit nach den Merkmalen der ausgeübten Tätigkeit zu beurteilen sei. Dies erfordert keine völlige Identität, sondern es genügt, wenn die Tätigkeiten, obwohl unterschiedlich, gleichwertig sind. Zwei Arbeitsplätze gelten demnach als vergleichbar, wenn der Arbeitgeber im Rahmen seines Rechts zur betrieblichen Organisation jeden der beiden Arbeitnehmer auf dem anderen Arbeitsplatz weiterbeschäftigen könnte, ohne die fraglichen Arbeitsverträge zu ändern. Aus der Rechtsprechung des BAG wird ferner geschlossen, daß vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer und teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer nicht vergleichbar seien, weil die Umwandlung eines Teilzeitarbeitsverhältnisses in ein Vollzeitarbeitsverhältnis (oder umgekehrt) in jedem Fall eine Vertragsänderung erfordere.

6. Bis zum Erlaß des Vorlagebeschlusses hatte das BAG zur Vergleichbarkeit von Teilzeitarbeitsverhältnissen und Vollzeitarbeitsverhältnissen im Rahmen der sozialen Auswahl nicht speziell Stellung bezogen. In der mündlichen Verhandlung hat die Klä-

gerin des Ausgangsverfahrens jedoch unwidersprochen vorgetragen, daß das BAG kürzlich zwei Urteile zu dieser Frage erlassen habe. Danach seien beim Abbau eines Teilzeitarbeitsplatzes die Vollzeitbeschäftigten für die soziale Auswahl zu berücksichtigen, wenn der Arbeitgeber den fraglichen Arbeitsplatz nur gestrichen habe, um die insgesamt geleisteten Beschäftigungsstunden zu reduzieren. Die Vollzeitbeschäftigten seien dagegen nicht zu berücksichtigen, wenn der Wegfall des Arbeitsplatzes auf einer Entscheidung des Unternehmers, für bestimmte Tätigkeiten ausschließlich Vollzeitbeschäftigte einzusetzen, d. h. auf einer aus wirtschaftlichen Gründen gebotenen Organisationsentscheidung beruhe. Im letzteren Fall sei die Entscheidung des Arbeitgebers als Ausdruck seines Rechts zur betrieblichen Organisation anzusehen und dürfe nur darauf überprüft werden, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich sei.

## Der Ausgangssachverhalt und die Vorlagefrage

7. Frau Kachelmann, die Klägerin des Ausgangsverfahrens, war seit mehr als fünf Jahren mit einem Teilzeitarbeitsvertrag (76,92 %) bei der Hamburgischen Zweigniederlassung der Bankhaus Hermann Lampe KG, der Beklagten des Ausgangsverfahrens, als gelernte Bankkauffrau und examinierte Fremdsprachenkorrespondentin für Deutsch/Englisch beschäftigt und mit Aufgaben des Inkassogeschäfts betraut. Sie ist geschieden und hat drei ihr gegenüber unterhaltsberechtigte Kinder, wovon eines schwerbehindert ist.

8. Wegen einer Reduzierung des Volumens ihres Auslandsgeschäfts entschied die Beklagte des Ausgangsverfahrens, den Geschäftsbereich, in dem Frau Kachelmann tätig war, in den umfassenderen Bereich des übrigen Dokumentengeschäfts einzugliedern. Aus diesem Grunde erachtete sie es für erforderlich, die Zahl ihrer Beschäftigten zu reduzieren, und sprach deshalb der Klägerin des Ausgangsverfahrens mit Schreiben vom 1. Juni 1996 eine betriebsbedingte Kündigung zum 30. September 1996 aus.

9. Die Beklagte des Ausgangsverfahrens beschäftigte seinerzeit in ihrer Zweigniederlassung Hamburg fünf Teilzeitkräfte, davon drei Männer und zwei Frauen, und 22 Vollzeitkräfte, davon zehn Männer und zwölf Frauen. Zu diesen Vollzeitbeschäftigten gehörte auch Frau Grabbert, die seit fünf Monaten im Kreditbereich beschäftigt war.

10. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens erhob beim Arbeitsgericht Hamburg eine Kündigungsschutzklage, mit der sie geltend machte, die Beklagte habe bei ihrer Entscheidung über den Wegfall ihres Arbeitsplatzes nicht die gesetzlich vorgeschriebene soziale Auswahl vorgenommen, da sie ihr Arbeitsverhältnis nicht mit dem von Frau Grabbert verglichen habe, die eine gleichwertige Tätigkeit ausübe. Dies sei auch deshalb rechtswidrig, weil sie sich zu einer Verlängerung ihrer Arbeitszeit bereit erklärt habe.

11. Das Arbeitsgericht wies die Klage am 18. Februar 1997 mit der Begründung ab, auch wenn sich die Klägerin des Ausgangsverfahrens zweifelsfrei in einer schwächeren sozialen Lage als Frau Grabbert befinde, komme ein Vergleich beider Arbeitnehmerinnen nicht in Betracht. Da nämlich Frau Grabbert in Vollzeit tätig sei, könne der Arbeitgeber ihren Arbeitsplatz nicht einfach im Rahmen seines Weisungsrechts und ohne Änderung des Arbeitsvertrags der Klägerin des Ausgangsverfahrens zuweisen.

12. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens legte gegen diese Entscheidung des Arbeitsgerichts Berufung beim Landesarbeitsgericht Hamburg ein. Das Landesarbeitsgericht schloß sich der im angefochtenen Urteil enthaltenen Feststellung an, daß das beklagte Unternehmen eine Vollzeitmitarbeiterin beschäftige, deren Arbeitsaufgaben mit denen der Klägerin des Ausgangsverfahrens vergleichbar seien; letztere sei nach den im Kündigungsschutzgesetz niedergelegten Kriterien auch schutzbedürftiger als die fragliche Vollzeitbeschäftigte. Es sei ebenfalls zutreffend, daß nach herrschender Rechtsprechung [2] vollzeitbeschäftigte und teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer im Rahmen der sozialen Auswahl nicht miteinander verglichen werden könnten, da die Umwandlung eines der beiden Arbeitsverhältnisse eine Änderung des Arbeitsvertrags voraussetze. Auch wenn die Klägerin des Ausgangsverfahrens wegen ihrer bisherigen Teilzeitbeschäftigung mit Frau Grabbert nicht vergleichbar sei, stelle ihre Kündigung jedoch möglicherweise eine gemeinschaftsrechtlich unzulässige mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar.

13. Da das Landesarbeitsgericht die Auslegung der Richtlinie für entscheidungserheblich erachtete, hat es das Ausgangsverfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG dahin auszulegen, daß teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmerinnen bei Anwendung des § 1 Absatz 3 des Kündigungsschutzgesetzes in der bis zum 30. September 1996 geltenden Fassung im Rahmen der sozialen Auswahl als mit vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen vergleichbar anzusehen sind, wenn in einer Branche wesentlich mehr Frauen als Männer teilzeitbeschäftigt sind?

## Zur Zulässigkeit

14. Die deutsche Regierung bestreitet die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens, da Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie, der die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes hinsichtlich der Arbeits-

2 — Vgl. oben, Nr. 6.

bedingungen zum Gegenstand habe, für das Ausgangsverfahren in keiner Weise entscheidungserheblich sei. Im Ausgangssachverhalt betreffe die soziale Auswahl gemäß § 1 Absatz 3 KSchG nämlich zwei Arbeitnehmer gleichen Geschlechts, und zwar zwei Arbeitnehmerinnen.

15. Dieses Vorbringen ist nicht stichhaltig. Das Vorabentscheidungsersuchen hat allgemein den Zweck, „jedem Gericht in der Gemeinschaft die Elemente der Auslegung des Gemeinschaftsrechts zur Verfügung zu stellen, die zur Entscheidung wirklicher, bei ihm anhängiger Rechtsstreitigkeiten erforderlich sind" [3]. Diese Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof kann nur funktionieren, wenn zwischen ihnen eine Arbeitsteilung besteht, in deren Rahmen es nach ständiger Rechtsprechung „allein Sache des mit dem Rechtsstreit befaßten nationalen Gerichts ist, das die Verantwortung für die zu erlassende gerichtliche Entscheidung übernehmen muß, die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung zum Erlaß seines Urteils zu beurteilen". Daraus hat der Gerichtshof geschlossen, daß er das Vorabentscheidungsersuchen eines nationalen Gerichts nur zurückweisen darf, „wenn *offensichtlich* ist, daß die Auslegung oder die Beurteilung der Gültigkeit einer Gemeinschaftsvorschrift, um die das vorlegende Gericht ersucht, in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen oder rechtlichen Angaben verfügt, die für eine zweckdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind" [4].

16. Meines Erachtens kann bei Zugrundelegung dieser Kriterien für den Ausgangsfall nicht gesagt werden, daß die Beantwortung der Vorlagefrage im vor dem nationalen Gericht anhängigen Rechtsstreit offensichtlich nicht entscheidungserheblich wäre. Die Frage zielt nämlich darauf ab, ob sich die Anwendung des deutschen Kündigungsschutzgesetzes möglicherweise diskriminierend auswirkt. Wie ausgeführt, dient die Richtlinie aber gerade der Verwirklichung des grundlegenden Verbots der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Arbeitsverhältnissen. Meiner Auffassung nach ist deshalb offenkundig, daß die Einhaltung dieses Grundsatzes für die richtige Anwendung der einschlägigen nationalen Regelung nicht ohne Einfluß sein kann und daß folglich eine Entscheidung darüber, welche Tragweite dem gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer ungeachtet ihres Geschlechts bei einer Kündigung zukommt, für die vom nationalen Gericht vorzunehmende Prüfung als sachdienlich anzusehen ist.

17. Nach Meinung der deutschen Regierung macht das nationale Gericht außerdem im Vorlagebeschluß keine aus-

3 — Urteil vom 11. März 1980 in der Rechtssache 104/79 (Foglia/Novello I, Slg. 1980, 745, Randnr. 11).

4 — Urteil vom 29. Juni 1999 in der Rechtssache C-60/98 (Butterfly, Slg. 1999, I-3939, Randnr. 13, Hervorhebung von mir). Vgl. ferner aus jüngerer Zeit Urteile vom 28. November 1991 in der Rechtssache C-186/90 (Durighello, Slg. 1991, I-5773, Randnrn. 8 f.), vom 26. Oktober 1995 in der Rechtssache C-143/94 (Furlanis, Slg. 1995, I-3633, Randnr. 12), vom 15. Dezember 1995 in der Rechtssache C-415/93 (Bosman, Slg. 1995, I-4921, Randnrn. 59 bis 61) und vom 5. Juni 1997 in der Rechtssache C-105/94 (Celestini, Slg. 1997, I-2971, Randnrn. 21 f.).

reichenden Angaben zum Sachverhalt, um dem Gerichtshof eine Entscheidung zu ermöglichen. Dieses Argument greift nach meiner Auffassung gleichfalls nicht durch. Wie von der Kommission ausgeführt wurde, enthält der Beschluß nämlich, obgleich er knapp formuliert ist und die Arbeitnehmergruppen, auf die für die Prüfung einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung abzustellen ist, nicht genau benennt, doch genügend Informationen über den rechtlichen Zusammenhang und den Sachverhalt, um dem Gerichtshof eine zweckmäßige Entscheidung zu ermöglichen.

18. Schließlich ist in der mündlichen Verhandlung vorgetragen worden, das Vorabentscheidungsersuchen sei nicht mehr sinnvoll in Anbetracht einer neuen Entscheidung des BAG, in der klargestellt worden sei, anhand welcher Kriterien vollzeitbeschäftigte und teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer zum Zweck der sozialen Auswahl miteinander zu vergleichen seien [5]. Auch dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Denn wie die Kommission hervorgehoben hat, ist das Tätigwerden des Gerichtshofes in der Regel bereits zur Gewährleistung der erforderlichen Rechtssicherheit gerechtfertigt [6]. Überdies hat das nationale Gericht, dem die neue deutsche Rechtsprechung bekannt sein dürfte, seine Vorlage nicht zurückgezogen, so daß vernünftigerweise anzunehmen ist, daß es die Beantwortung seiner Frage weiterhin für entscheidungserheblich erachtet.

19. Ich bin deshalb der Auffassung, daß die vom nationalen Gericht vorgelegte Frage zulässig ist und der Gerichtshof in der Sache zu entscheiden hat.

## Zur Beantwortung der Vorlagefrage

20. Das nationale Gericht möchte wissen, ob die Artikel 2 und 5 Absatz 1 der Richtlinie, die jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen untersagen, der Anwendung von § 1 Absatz 3 des deutschen Kündigungsschutzgesetzes entgegenstehen, wonach im Rahmen der sogenannten sozialen Auswahl, die der Arbeitgeber im Fall der Streichung eines Teilzeitarbeitsplatzes aus Gründen der wirtschaftlichen Betriebsführung vornehmen muß, vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer nicht mit teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern vergleichbar sind.

21. Eine unmittelbare Diskriminierung von Arbeitnehmern bewirkt die fragliche deutsche Regelung offenkundig schon deshalb nicht, weil die in ihr festgelegten Vergleichskriterien nicht nach dem Geschlecht unterscheiden. Ebenso auf der Hand liegt andererseits, daß damit das Vorliegen einer Form der mittelbaren Diskriminierung, jedenfalls als abstrakte Möglichkeit, nicht ausgeschlossen ist. Eben dies ist im wesentlichen der Gegenstand der Vorlagefrage.

5 — Vgl. oben, Nr. 6.

6 — Urteil vom 12. Februar 1974 in der Rechtssache 146/73 (Rheinmühlen-Düsseldorf, Slg. 1974, 139, Randnr. 3).

22. Wie der Gerichtshof wiederholt festgestellt hat, „enthält eine nationale Regelung dann eine mittelbare Diskriminierung weiblicher Arbeitnehmer, wenn sie zwar neutral gefaßt ist, jedoch tatsächlich prozentual erheblich mehr Frauen als Männer benachteiligt, sofern diese unterschiedliche Behandlung nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben" [7].

23. Was die Gruppe der teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer angeht, ist ohne weiteres festzustellen, daß in ihr Frauen in der Regel klar überwiegen, weshalb eine etwaige Schlechterstellung dieser Gruppe faktisch nahezu zwangsläufig eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bedeutet. Der Gerichtshof hatte bisher Sachverhalte zu beurteilen, in denen sich die Benachteiligung von Frauen aus einer Regelung ergab, die unmittelbar Teilzeitarbeitsverhältnisse diskriminierte [8], und kam in diesen Fällen zum Ergebnis, daß die fraglichen nationalen Bestimmungen Frauen mittelbar und Teilzeitbeschäftigte unmittelbar diskriminierten.

Im vorliegenden Fall ist die Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten hingegen gleichfalls mittelbarer Art, da eine ungünstigere Behandlung dieser Gruppe im nationalen Recht nicht ausdrücklich vorgesehen ist, aber dessen Anwendung gleichwohl diskriminierende Wirkungen haben könnte.

24. Im Urteil Bötel [9] hat der Gerichtshof eine ähnliche Norm wie die hier fragliche geprüft — auch dort standen diskriminierende Wirkungen der Anwendung einer in ihrer Form neutralen nationalen Regelung auf spezielle Sachverhalte in Frage. Er hat dort festgestellt, daß solche Wirkungen mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht vereinbar sind, wenn sie eine unterschiedliche und ungünstigere Behandlung von Teilzeitbeschäftigten mit sich bringen, die ihrerseits wiederum jedenfalls in der Regel eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts beinhaltet. Diese Rechtssache betraf eine nationale Regelung, wonach Betriebsratsmitglieder für die Teilnahme an Schulungsveranstaltungen, die für ihre Betriebsratstätigkeit erforderlich waren, ohne Lohnkürzung von der Arbeit freizustellen waren. Der Gerichtshof entschied, daß diese Regelung Teilzeitbeschäftigte (und damit Frauen) diskriminierte, da die Schulungsveranstaltungen teilweise außerhalb der individuellen Arbeitszeit der Teilzeitbeschäftigten stattfanden und dies zur Folge hatte, daß sie für die Teilnahme an den Veranstaltungen nur einen geringeren Ausgleichsbetrag erhielten als Vollzeitbeschäftigte für den Besuch derselben Veranstaltung.

7 — Urteil vom 30. November 1993 in der Rechtssache C-189/91 (Kirsammer-Hack, Slg. 1993, I-6185, Randnr. 22). Vgl. ferner Urteile vom 2. Oktober 1997 in der Rechtssache C-100/95 (Kordig, Slg. 1997, I-5289, Randnr. 30), vom 9. Februar 1999 in der Rechtssache C-167/97 (Seymour-Smith und Perez, Slg. 1999, I-623, Randnr. 52) und vom 10. Februar 2000 in der Rechtssache C-50/96 (Deutsche Telekom, Slg. 2000, I-743, Randnr. 28).

8 — Vgl. insbesondere zum Grundsatz des gleichen Entgelts die Urteile vom 13. Mai 1986 in der Rechtssache 170/84 (Bilka, Slg. 1986, 1607), vom 27. Juni 1990 in der Rechtssache C-33/89 (Kowalska, Slg. 1990, I-2591) und vom 7. Februar 1991 in der Rechtssache C-184/89 (Nimz, Slg. 1991, I-297).

9 — Urteil vom 4. Juni 1992 in der Rechtssache C-360/90 (Bötel, Slg. 1992, I-3589). Vgl. auch Urteile vom 6. Februar 1996 in der Rechtssache C-457/93 (Lewark, Slg. 1996, I-243) und vom 7. März 1996 in der Rechtssache C-278/93 (Freers und Speckmann, Slg. 1996, I-1165).

25. Nach der im vorliegenden Fall in Frage stehenden deutschen Regelung hat der Unternehmer, der aus Gründen der wirtschaftlichen Betriebsführung einen Arbeitsplatz abbaut, den Arbeitnehmer, dem gekündigt werden muß, nach sozialen Gesichtspunkten auszuwählen und diese Auswahl unter den vergleichbaren Arbeitnehmern vorzunehmen. Er muß dabei den Arbeitnehmer auswählen, der durch die Kündigung den vergleichsweise geringsten Schaden erleidet. Es ist deshalb festzustellen, zwischen welchen Arbeitnehmergruppen dieser Vergleich vorzunehmen ist.

Wie ausgeführt, besteht eine Vergleichbarkeit nach der Auslegung dieses Begriffs in der deutschen Rechtsprechung nur, wenn der Arbeitgeber die fraglichen Arbeitnehmer ohne Änderung ihres Arbeitsvertrags von einem Arbeitsplatz auf den anderen umsetzen kann. Dies setzt offenkundig voraus, daß die Arbeitsverhältnisse im wesentlichen die gleichen sind, womit ein Vergleich zwischen vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern und teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern ausgeschlossen wäre. Tatsächlich ist in der deutschen Rechtsprechung festgestellt worden, daß die Umsetzung eines Arbeitnehmers von einem Teilzeitarbeitsplatz auf einen Vollzeitarbeitsplatz (oder umgekehrt) eine Vertragsänderung erfordere, weshalb beide Arbeitnehmergruppen nicht vergleichbar seien.

Daraus folgt meines Erachtens, daß beim Wegfall eines Teilzeitarbeitsplatzes zum Zweck der sozialen Auswahl lediglich die jeweilige Lage der Teilzeitbeschäftigten berücksichtigt und in den Vergleich einbezogen werden kann und somit lediglich diese die aus der Streichung der Stelle erwachsenden Nachteile zu tragen haben: Die soziale Lage dieser Arbeitnehmer, auch wenn sie schlechter gestellt sind als Vollzeitbeschäftigte, ist nämlich allein unter Bezugnahme auf die teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer zu bewerten, womit die sich aus dem deutschen Gesetz für Arbeitnehmer ergebenden Garantien beschränkt werden. Wenn nun unter den Teilzeitbeschäftigten Frauen gegenüber Männern prozentual deutlich überwiegen, wird in die soziale Auswahl zwangsläufig nur eine beschränkte Zahl männlicher Arbeitnehmer einbezogen, was weiter zur Folge hat, daß für Arbeitnehmerinnen, die sich in einer besonders ungünstigen Lage befinden und deshalb insoweit besonders schutzbedürftig sind, ein angemessener Kündigungsschutz nicht mehr gewährleistet ist.

26. Die Beklagte des Ausgangsverfahrens tritt diesen Erwägungen entgegen. Sie macht geltend, im Ausgangssachverhalt habe die Anwendung der nationalen Regelung im Wirklichkeit weder für vollzeit- noch für teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer nachteilige Auswirkungen. Werde nämlich ein Teilzeitarbeitsplatz abgebaut, so seien Vollzeitbeschäftigte von der sozialen Auswahl ausgeschlossen und damit nicht der Gefahr einer Kündigung ausgesetzt, während umgekehrt bei Streichung einer Vollzeitstelle kein Kündigungsrisiko für Teilzeitbeschäftigte bestehe. Nicht nur die Regelung als solche, sondern auch ihre Anwendung wirke somit insgesamt neutral, denn die verschiedenen Benachteiligungen, die durch die Streichung eines Teilzeit- oder eines Vollzeitarbeitsplatzes entstünden, gli-

chen sich untereinander aus. Diese Ausführungen sind nicht überzeugend. Es erscheint nämlich nicht zulässig, eine etwaige Benachteiligung durch die Anwendung einer nationalen Regelung als gerechtfertigt und — im vorliegenden Fall — als richtlinienkonform zu betrachten, weil sie durch die Wirkungen der Anwendung dieser Regelung auf einen anderen Sachverhalt „ausgeglichen" werde.

27. Sobald festgestellt ist, daß die in Frage stehende deutsche Regelung eine Ungleichbehandlung zu Lasten der Teilzeitbeschäftigten bewirkt, ist vielmehr zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen diese Ungleichbehandlung — auch nur potentiell — eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bewirkt. Hierfür ist zunächst die maßgebende Bezugsgruppe von Arbeitnehmern zu ermitteln: Dies ist die Arbeitnehmergruppe, für die festzustellen ist, ob ein Ungleichgewicht zwischen weiblichen und männlichen Arbeitnehmern besteht. Insoweit vertreten die Beteiligten gegensätzliche Auffassungen.

28. Nach Ansicht der Beklagten des Ausgangsverfahrens und der deutschen Regierung ist für die Prüfung, ob ein solches Ungleichgewicht besteht, als Bezugsgruppe auf die in dem fraglichen Betrieb in Teilzeit beschäftigten Arbeitnehmer abzustellen; da die Beklagte des Ausgangsverfahrens im Zeitpunkt der Kündigung von Frau Kachelmann fünf Arbeitnehmer in Teilzeit beschäftigt habe, und zwar drei Frauen und zwei Männer, sei eine Diskriminierung Frau Kachelmanns nicht feststellbar. Nach Ansicht der Klägerin des Ausgangsverfahrens hingegen ist für die Prüfung, ob die nationale Regelung Frauen möglicherweise diskriminiert, auf sämtliche Teilzeitbeschäftigten in Deutschland Bezug zu nehmen. Das vorlegende Gericht vertritt einen dazwischen liegenden Standpunkt, wonach die Bezugsgruppe alle in der fraglichen Branche beschäftigten Arbeitnehmer seien.

29. Meines Erachtens ist dieser Auffassung des vorlegenden Gerichts zu folgen. So erschiene es unzweckmäßig, ein etwaiges klares Überwiegen von Arbeitnehmerinnen gegenüber Arbeitnehmern anhand der Teilzeitbeschäftigten nur im betroffenen Betrieb feststellen zu wollen. Die Lage in einem einzelnen Betrieb, besonders einem kleineren, ist nämlich nicht hinreichend aussagekräftig, um aus dem Anteil der dort beschäftigten Frauen an den Teilzeitkräften auf eine mittelbare Diskriminierung von Frauen zu schließen, wenn anläßlich des Abbaus eines Teilzeitarbeitsplatzes die vorzunehmende (soziale) Auswahl zur Kündigung einer Frau führt. Gleichfalls nicht sachgerecht erscheint es mir, auf sämtliche Teilzeitbeschäftigten in einem Mitgliedstaat abzustellen, da die Arbeitsbedingungen und Beschäftigungsprobleme in der Regel von Branche zu Branche unterschiedlich sind und dies für die sogenannte soziale Auswahl, die ein Unternehmer wegen Streichung eines Arbeitsplatzes vornimmt, nicht außer Betracht gelassen werden kann. Eben aus diesen Gründen erscheint es mir vielmehr zweckmäßig, auf die Teilzeitbeschäftigten in der Branche abzustellen, der das Unternehmen angehört, in dem ein Arbeitsplatz wegfällt. Die unterschiedliche Behandlung von Teilzeitbeschäftigten gegenüber Vollzeitbeschäftigten ist demnach nur dann eine Ungleichbehandlung auf-

grund des Geschlechts, wenn in der Branche des Unternehmens, in dem ein Teilzeitarbeitsplatz gestrichen wird, weibliche Teilzeitbeschäftigte gegenüber männlichen deutlich überwiegen. Diese Beurteilung obliegt jedoch in jedem Fall dem nationalen Gericht, das auf der Grundlage der ihm vorliegenden Informationen zu prüfen hat, ob und in welchem Umfang ein Ungleichgewicht besteht.

30. Auch wenn eine solche Sachlage festgestellt wird, bleibt noch ein letzter Gesichtspunkt zu prüfen, nämlich ob nicht die Ungleichbehandlung der beiden Arbeitnehmergruppen durch objektive Gründe gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben. Anders formuliert bleibt zu prüfen, ob mit der Anwendung der nationalen Regelung Zwecke verfolgt werden, die die Ungleichbehandlung rechtfertigen, und ob die zur Erreichung dieses Zweckes eingesetzten Mittel erforderlich und nicht unverhältnismäßig sind.

31. Insoweit ist vorauszuschicken, daß es nach gefestigter Rechtsprechung „letztlich Sache des nationalen Gerichts [ist], das für die Beurteilung des Sachverhalts und die Auslegung des innerstaatlichen Rechts allein zuständig ist, festzustellen, ob und inwieweit eine gesetzliche Regelung, die zwar unabhängig vom Geschlecht der Arbeitnehmer angewandt wird, im Ergebnis jedoch einen erheblich höheren Prozentsatz der Frauen als der Männer trifft, aus objektiven Gründen, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, gerechtfertigt ist". Jedoch kann der Gerichtshof, der „die Fragen des vorlegenden Gerichts sachdienlich zu beantworten hat, ... auf der Grundlage der Akten des Ausgangsverfahrens und der vor ihm abgegebenen schriftlichen und mündlichen Erklärungen Hinweise geben, die dem vorlegenden Gericht die Entscheidung ermöglicht" [10].

32. Wie die Kommission ausgeführt hat, geht der Vorlagebeschluß auf mögliche Rechtfertigungen der Ungleichbehandlung von Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten gemäß der deutschen Regelung über die soziale Auswahl nicht ausdrücklich ein. Wie bereits erwähnt, weist das vorlegende Gericht lediglich darauf hin, daß nach der Rechtsprechung des BAG im allgemeinen zwei Arbeitsplätze nicht vergleichbar seien, wenn die Umsetzung eines Arbeitnehmers von einem dieser Arbeitsplätze auf den anderen eine Änderung des Arbeitsvertrags erfordere; da jedoch die Umwandlung eines Teilzeitarbeitsverhältnisses in eine Vollzeitbeschäftigung (und umgekehrt) eine Vertragsänderung notwendig mache, seien Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte im Rahmen einer sozialen Auswahl nicht vergleichbar.

33. Nach meiner Auffassung können diese Gesichtspunkte eine Ungleichbehandlung

10 — Urteil Seymour-Smith und Perez (Randnrn. 68 f.). Vgl. auch Urteile Freers und Speckmann (Randnr. 24) und vom 30. März 1993 in der Rechtssache C-328/91 (Thomas u. a., Slg. 1993, I-1247, Randnr. 13).

der beiden Arbeitnehmergruppen nicht rechtfertigen.

Insoweit ist meines Erachtens erstens zu berücksichtigen, daß die Anwendung der nationalen Regelung im Lichte der genannten Rechtsprechung automatisch und allgemein den Ausschluß von Vollzeitbeschäftigten von der sozialen Auswahl zur Folge hat, da angenommen wird, daß es die unterschiedliche Arbeitszeit stets und in jedem Fall ausschließe, daß ein Teilzeitbeschäftigter den Arbeitsplatz eines Vollzeitbeschäftigten besetzen könne, weil dies eine Vertragsänderung und eine Umwandlung des Arbeitsverhältnisses voraussetze. Der Gerichtshof hat mehrfach festgestellt, daß sich einer „verallgemeinernde[n] Aussage zu bestimmten Kategorien von Arbeitnehmern" keine „objektiven Kriterien entnehmen [lassen], die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben" [11]. Auch wenn die Arbeitszeit beim Vergleich zweier Arbeitsplätze generell ein berücksichtigungsfähiger Gesichtspunkt ist, bemißt sich doch dessen Gewicht somit notwendig nach den Umständen des Einzelfalls. In deren Rahmen ist sie nur ein zu berücksichtigender Gesichtspunkt neben anderen wie etwa die Art der ausgeübten Tätigkeit und die Möglichkeit, die Arbeit ohne Effizienzeinbuße unter mehreren Arbeitnehmern anders aufzuteilen. Das Erfordernis einer Änderung des Arbeitsvertrags ist somit von Fall zu Fall anhand des Sachverhalts zu würdigen.

Zweitens ist unabhängig davon, ob die Umsetzung eines Teilzeitbeschäftigten auf den Arbeitsplatz eines Vollzeitbeschäftigten eine arbeitsvertragliche Änderung erfordert oder nicht, die Vergleichbarkeit beider Arbeitnehmergruppen im Rahmen der sozialen Auswahl unter Berücksichtigung des Interessengegensatzes zu beurteilen, der zwischen dem Recht des Arbeitgebers, die Tätigkeiten in seinem Betrieb in voller Freiheit zu organisieren, einerseits, und dem Anspruch der Teilzeitbeschäftigten (und damit der Frauen) auf Gleichbehandlung andererseits unvermeidlich entsteht. Es ist in jedem Einzelfall zu prüfen, welches dieser beiden Interessen vorrangig und schutzbedürftiger ist [12]. Es braucht nicht ausdrücklich hinzugefügt zu werden, daß die Ermittlung des im Einzelfall überwiegenden Interesses, die zur Würdigung des Sachverhalts gehört, ausschließlich dem nationalen Gericht obliegt.

Demnach ist festzustellen, daß die Ungleichbehandlung teilzeitbeschäftigter und vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer im Rahmen einer sozialen Auswahl infolge der

11 — Urteil vom 2. Oktober 1997 in der Rechtssache C-1/95 (Gerster, Slg. 1997, I-5253, Randnr. 39). Vgl. auch Urteile Kordig (Randnr. 23) und Nimz (Randnr. 14).

12 — Insoweit scheint der Hinweis von Interesse, daß der Gerichtshof im Urteil vom 10. Februar 2000 in den verbundenen Rechtssachen C-270/97 und C-271/97 (Sievers und Schrage, Slg. 2000, I-929, Randnr. 57) im Zusammenhang mit der Frage, ob der Ausschluß von Teilzeitbeschäftigten von einem betrieblichen System der sozialen Sicherheit mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts für männliche und weibliche Arbeitnehmer vereinbar sei, ausgeführt hat, daß „der wirtschaftliche Zweck des Artikels 119 des Vertrages, der darin besteht, Wettbewerbsverzerrungen zwischen den in verschiedenen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen zu beseitigen, gegenüber dem sozialen Ziel dieser Vorschrift, das Ausdruck eines Grundrechts ist, nur nachgeordnete Bedeutung [hat]". Daß eine Berücksichtigung nur von Teilzeitbeschäftigten für die soziale Auswahl nicht gerechtfertigt ist, läßt sich meines Erachtens auf diesen Grundsatz zurückführen.

Streichung eines Teilzeitarbeitsplatzes nur dann objektiv gerechtfertigt sein kann, wenn das nationale Gericht im Lichte der Umstände des Einzelfalls zu dem Ergebnis gelangt, daß eine Vergleichbarkeit beider Arbeitnehmergruppen nur gegeben wäre, wenn die Freiheit des Arbeitgebers gegenüber dem Ziel des Schutzes der Teilzeitbeschäftigten, das in der Regel vorrangig ist, unverhältnismäßig beschränkt würde.

## Ergebnis

34. Nach alledem schlage ich vor, die Frage des Landesarbeitsgerichts Hamburg wie folgt zu beantworten:

Die Artikel 2 und 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen sind dahin auszulegen, daß sie einer Bestimmung wie § 1 Absatz 3 des deutschen Kündigungsschutzgesetzes, wonach — gemäß der Auslegung dieser Bestimmung durch die deutsche Rechtsprechung — teilzeitbeschäftige Arbeitnehmer und vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer im Rahmen der sozialen Auswahl, die der Arbeitgeber bei der Streichung eines Teilzeitarbeitsplatzes vorzunehmen hat, als nicht vergleichbar gelten, entgegenstehen, wenn in der Branche des fraglichen Unternehmens die Zahl teilzeitbeschäftigter Frauen deutlich höher ist als die teilzeitbeschäftigter Männer und wenn die Anwendung der Bestimmung nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.