

Regeln der Sozialauswahl

Prof. Dr. Frank-Rüdiger Jach, Hochschulprofessor in Hamburg

No. 265 – 08/2008

Das Kündigungsschutzgesetz macht die Rechtmäßigkeit betriebsbedingter ordentlicher Kündigungen von ihrer sozialen Rechtfertigung abhängig, d.h. die Kündigung ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Kündigt der Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen nicht allen Arbeitnehmern, sondern nur einem Teil der Belegschaft, so muss er nach sozialen Gesichtspunkten eine Auswahl treffen.

Dringende betriebliche Erfordernisse

Für die Rechtmäßigkeit einer betriebsbedingten Kündigung ist zunächst Voraussetzung, dass dringende betriebliche Erfordernisse sowohl eine Weiterbeschäftigung als auch eine anderweitige Beschäftigung des Arbeitnehmers unmöglich machen.

Diese können sowohl auf innerbetrieblichen Umständen wie z.B. Umstrukturierungs- und Rationalisierungsmaßnahmen oder die Einstellung bestimmter Produktionsvorgänge als auch auf außerbetrieblichen Gründen wie Auftragsmangel oder Umsatzrückgang beruhen. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist eine Kündigung aus innerbetrieblichen Gründen dann sozial gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Mitarbeiter entfällt. Hierzu gehört auch die Stilllegung des gesamten Betriebs, einer Betriebsabteilung oder eines Betriebsteils. Dies setzt allerdings eine echte Stilllegungsabsicht voraus, die nicht gegeben ist, wenn der Betrieb (lediglich) veräußert wird, so dass es diesbezüglich an einem betriebsbedingten Kündigungsgrund mangelt.

Eine zulässige, betriebsbedingte Kündigungen rechtfertigende Unternehmensumgestaltung liegt auch dann vor, wenn sich der Arbeitgeber entschließt, bisher von Arbeitnehmern ausgeübte Tätigkeiten in Zukunft durch selbstständige Unternehmer ausführen zu lassen und er seinen Arbeitnehmern anbietet, als selbstständige Unternehmer weiter für den Betrieb tätig zu sein. Eine unternehmerische Entscheidung kann jedoch dann keine sozial gerechtfertigte Sozialauswahl begründen, wenn diese in dem Sinne willkürlich ist, dass sie nur darauf angelegt ist, den Kündigungsschutz der betroffenen Arbeitnehmer zu vereiteln.

Prognoseentscheidung möglich

Wird die Kündigung auf die künftige Entwicklung der betrieblichen Verhältnisse gestützt, so kann sie nur ausgesprochen werden, wenn die betreffenden betrieblichen Umstände konkrete Formen angenommen haben. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts liegen solche greifbaren Formen vor, wenn im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung auf Grund einer vernünftigen betriebswirtschaftlichen Betrachtung davon auszugehen ist, dass zum Zeitpunkt der Kündigung mit einiger Sicherheit der Eintritt eines die Entlassung erforderlich machenden betrieblichen Grundes gegeben ist.

Grenzen gerichtlicher Überprüfung

Unternehmerische Entscheidungen zur Unternehmensumgestaltung werden gerichtlich nur dahingehend überprüft, ob sie willkürlich oder missbräuchlich

sind, d.h. die Gerichte überprüfen nicht, die organisatorische oder betriebswirtschaftliche Zweckmäßigkeit der Unternehmensentscheidung. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse trägt grundsätzlich der Arbeitgeber. Im Falle eines vorherigen Interessenausgleichs und Sozialplans zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ist von einer Vermutungswirkung auszugehen, dass Tatsachen vorliegen, die eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen.

Neben der betriebsbedingten ordentlichen Kündigung, die zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt, hat der Arbeitgeber auch die Möglichkeit einer betriebsbedingten Änderungskündigung, wenn sich diese auf solche Änderungen beschränkt, die der Arbeitnehmer aus einem anerkanntswerten betrieblichen Interesse billigerweise hinnehmen muss.

Sozialauswahl

Sofern dringende betriebliche Erfordernisse für eine betriebsbedingte Kündigung vorliegen, muss der Arbeitgeber eine Sozialauswahl treffen, welcher von mehreren Arbeitnehmern aus dem Unternehmen ausscheiden muss, weil er am wenigsten schutzbedürftig ist. Hierbei erstreckt sich die Auswahl innerhalb eines Betriebs nur auf Arbeitnehmer, die miteinander vergleichbar, d.h. in ihrer Funktion grundsätzlich austauschbar sind. Hierbei ist eine zumutbare Einarbeitungszeit für einen neuen Tätigkeitsbereich, z.B. maximal 8 Wochen, zu berücksichtigen.

Für den Arbeitgeber ist es von Wichtigkeit, diesbezüglich die richtige Sozialauswahl zu treffen. Dies einerseits aufgrund seiner Fürsorgepflicht gegenüber den Beschäftigten, andererseits aufgrund des Prozessrisikos im Falle einer fehlerhaften Sozialauswahl. Wichtig für die Unternehmen ist, dass das Bundesarbeitsgericht im Jahre 2006 seine umstrittene >Dominotheorie<, wonach im Falle einer sozial ungerechtfertigten Kündigung aufgrund fehlerhafter Sozialauswahl alle ausgesprochenen Kündigungen rechtsunwirksam waren, aufgegeben hat. Kann der Arbeitgeber nachweisen, dass ein Fehler bei der Sozialauswahl nicht ursächlich für die Kündigung des Betroffenen war, d.h. er auch bei rechtfehlerfreier Auswahl der vergleichbaren Arbeitnehmer zur Kündigung angestanden hätte, so kann sich ein Arbeitnehmer aufgrund der geänderten höchstrichterlichen Rechtsprechung nunmehr nur noch auf einen Auswahlfehler berufen, wenn er selbst bei der Sozialauswahl hätte bevorzugt werden müssen.

Kriterien der Sozialauswahl

In § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG sind die Kriterien, auf die sich die soziale Auswahl stützen darf, aufgezählt. Heranzuziehen sind demnach

- die Dauer der Betriebszugehörigkeit
- das Lebensalter
- bestehende Unterhaltspflichten
- eine eventuelle Schwerbehinderung

der in Frage kommenden Mitarbeiter.

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kommt keinem der im Gesetz genannten Kriterien eine Priorität zu. Ob der Arbeitgeber darüber hinaus andere Gesichtspunkte einbeziehen darf, ist dem Gesetz nicht unmittelbar zu entnehmen. Ein weiteres Kriterium käme ohnehin nur dann in Betracht, wenn keiner der Betroffenen aufgrund der gesetzlich genannten Kriterien einen höheren Schutz genießt. In jedem Fall besteht keine Verpflichtung des Arbeitgebers, weitere (individuelle) Kriterien neben den vier im Gesetz genannten zu berücksichtigen.

Allerdings dürfen Mitarbeiter, deren Weiterbeschäftigung vor allem wegen ihrer Kenntnisse, Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebs im berechtigten betrieblichen Interesse liegt, d.h. in der Regel Leistungsträger, von der Kündigung und der Sozialauswahl ausgenommen werden.

Die Sozialauswahl hat in drei Schritten zu erfolgen. Zunächst ist festzustellen, welche Arbeitnehmer in die Sozialauswahl einzubeziehen sind. Sodann ist die Gewichtung der sozial relevanten Daten vorzunehmen. Danach sind die Mitarbeiter zu bestimmen, die aus betriebstechnischen, wirtschaftlichen oder sonstigen berechtigten betrieblichen Bedürfnissen für den Betrieb notwendig sind.

Nicht in die Sozialauswahl werden diejenigen Arbeitnehmer einbezogen, deren Kündigung gesetzlich ausgeschlossen ist, z.B. Betriebsratsmitglieder.

Die Vergleichbarkeit der einzubeziehenden Arbeitnehmer ergibt sich in erster Linie aus arbeitsplatzbezogenen Merkmalen, wobei einerseits auf objektive und andererseits auf subjektive Kriterien abzustellen ist.

Vergleichbare Arbeitsplätze

Vergleichbar sind die Arbeitnehmer, die auf der derselben hierarchischen Ebene eines Betriebs densel-

ben Beruf oder dieselbe Tätigkeit ausüben. Es sind also die Arbeitnehmer in die Sozialauswahl einzubeziehen, deren Tätigkeit von der Qualifikation und dem Tätigkeitsprofil her derjenige Arbeitnehmer wahrnehmen kann, dessen Arbeitsplatz aus betriebsbedingten Gründen weggefallen ist. Hierbei können Qualifikationsunterschiede berücksichtigt werden, wenn sich diese z.B. aufgrund einer Spezialisierung ergeben.

In die Sozialwahl sind auch Leiharbeiter einzubeziehen. Beschäftigt ein Betrieb zeitweilig oder auf Dauer, was seit der Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes im Jahre 2004 möglich ist, Leiharbeiter, so sind zuerst die Leiharbeiter zu entlassen, bevor den in dem Betrieb angestellten Mitarbeitern gekündigt werden darf.

Unternehmensübergreifende Sozialauswahl

Die Sozialauswahl vergleichbarer Mitarbeiter muss sich auf den gesamten Betrieb, nicht nur betroffene Betriebs- oder Unternehmensabteilungen erstrecken. Im Falle eines Gemeinschaftsbetriebs mehrerer Unternehmen hat die Sozialauswahl unternehmensübergreifend zu erfolgen. Nach der Rechtsprechung liegt ein einheitlicher Betrieb mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen dann vor, wenn diese einen einheitlichen Leitungsapparat zur Erfüllung der in der organisatorischen Einheit zu verfolgenden arbeitsrechtlichen Zwecke geschaffen haben, wobei insbesondere die Arbeitgeberfunktionen in den sozialen und personellen Angelegenheiten des Betriebsverfassungsgesetzes institutionell für die beteiligten Unternehmen einheitlich sein müssen.

Eine unternehmensübergreifende Sozialauswahl ist jedoch nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung dann nicht vorzunehmen, wenn der Gemeinschaftsbetrieb im Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr besteht. Bilden zwei Unternehmen einen Gemeinschaftsbetrieb, so führt jedoch nicht jede Änderung des Betriebszwecks der verbundenen Unternehmen ohne weiteres zu einer Auflösung des Gemeinschaftsbetriebs. In einem solchen Fall kommt es entscheidend darauf an, ob die Fortführung der beiden Betriebsteile auch nach Änderung des Betriebszwecks eines Unternehmens auf das Fortbestehen eines Gemeinschaftsbetriebs schließen lässt. Selbst im Falle einer Betriebsstilllegung prüft die Rechtsprechung darüber hinaus stets konkret, ob nicht die einheitliche personelle Leitung, durch welche die unternehmensübergreifende Sozialauswahl ermöglicht wird, ungeachtet der Betriebsstilllegung erhalten geblieben ist.

Eine unternehmensübergreifende Sozialauswahl bedarf es auch dann nicht, wenn im Zeitpunkt der Kündigung der eine der Betriebe, die zusammen den Gemeinschaftsbetrieb bildeten, zwar noch nicht stillgelegt ist, auf Grund einer unternehmerischen Entscheidung, die bereits greifbare Formen angenommen hat, aber feststeht, dass er bei Ablauf der Kündigungsfrist des Arbeitnehmers stillgelegt sein wird.

Punktesystem und Auswahlrichtlinien

Der Arbeitgeber kann zur Objektivierung und besseren Durchschaubarkeit seiner Auswahlentscheidung die sozialen Gesichtspunkte mit einem Punktesystem bewerten und sodann anhand dieses Punktesystems den Arbeitnehmern mit der geringsten Punktzahl kündigen.

Mögliche Punktekriterien:

- Lebensalter: für jedes vollendete Lebensjahr nach dem 18. Lebensjahr 1 Punkt oder 1 Punkt bis maximal 55 Jahre
- Dauer der Betriebszugehörigkeit: je Beschäftigungsjahr 1,5 Punkte oder bis zu 10 Jahren 1 Punkt, ab dem 11. Jahr 2 Punkte
- Unterhaltspflichten:
 - Ehegatte/eingetragener Lebenspartner: 5 Punkte
 - je Kind 7 Punkte
- Schwerbehinderung: im Höchstfall 11 Punkte, ab 50%-Einschränkung 5 Punkte, je weitere 10% jeweils ein weiterer Punkt.

Entfallen z.B. 30 von 500 Arbeitsplätzen, so ist den 30 Mitarbeitern mit der geringsten Punktzahl zu kündigen. Ist bei einem Arbeitnehmer eine fehlerhafte Bewertung zu dessen Gunsten aufgetreten, so dass er an sich zu den 30 Mitarbeitern mit den geringsten Punkten gehört, kann sich der Bestplatzierte erfolgreich gegen die Kündigung wehren, während für die restlichen Mitarbeiter nach Aufgabe der Dominotheorie durch das Bundesarbeitsgericht nunmehr die Kündigung rechtswirksam bleibt.

Die Einführung von Auswahlrichtlinien liegt im Ermessen des Arbeitgebers, sofern der Betrieb nicht mehr als 500 Mitarbeiter beschäftigt. Bei Betrieben mit mehr als 500 Mitarbeitern kann der Betriebsrat die Einführung von Auswahlrichtlinien für die Einstel-

lung, Versetzung, Umgruppierung oder betriebsbedingte Kündigung verlangen. Hierbei kann festgelegt werden, dass nach erfolgter Bewertung durch das Punktesystem auch bestimmt werden kann, einzelne persönliche soziale Härtefälle wie z.B. doppelte Betroffenheit durch Kündigung beider Ehepartner oder ein noch nicht geborenes Kind zu berücksichtigen.

Sofern aufgrund von Massenentlassungen ein Sozialplan vereinbart wird, können in diesem die Auswahlrichtlinien und das anzuwendende Punktesystem vereinbart werden, wobei z.B. die Sozialauswahl zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur nach verschiedenen Altersgruppen durchgeführt werden kann.

Auskunftspflicht des Arbeitgebers

Den Arbeitgeber trifft die Pflicht, bezüglich der sozialen Auswahl auf Verlangen die Gründe hinreichend darzulegen, die zu der getroffenen Auswahl geführt haben, d.h. den in die Sozialauswahl einzubeziehenden Personenkreis sowie die Bewertungsmaßstäbe darzulegen. Hierzu gehört auch die Auskunft über den Bestand an unternehmens- und bereichsübergreifenden Arbeitsplätzen, aus denen sich sämtliche Arbeitnehmer ergeben, die im Rahmen der sozialen Auswahl in der Auswahlliste zu berücksichtigen sind. Diese muss auch die Mitarbeiter enthalten, die freiwillig ausgeschieden sind oder einen besonderen Kündigungsschutz haben, so dass ihnen nicht gekündigt werden kann.

Betriebsratsbeteiligung und Massenentlassung

Vor jeder betriebsbedingten Kündigung ist der Betriebsrat anzuhören und es darf keine Beschäftigungsmöglichkeit an einem anderen Arbeitsplatz bestehen. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung und im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist der Arbeitgeber mit einem Betrieb von mehr als zwanzig Mitarbeitern verpflichtet eine Massenentlassungsanzeige an die zuständige Agentur für Arbeit abzugeben, wenn er innerhalb von dreißig Tagen eine größere Anzahl von Mitarbeitern entlassen will. Die der Massenentlassungsanzeige beizufügende Stellungnahme des Betriebsrats ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Massenentlassungsanzeige, allerdings kann diese nachgereicht werden, wenn der Betriebsrat mindestens zwei Wochen vor Anzeigenerstattung unterrichtet worden ist.

www.caston.info

Mehrere tausend Beiträge zu Recht & Wirtschaft International finden Sie kostenfrei im Internet bei caston.info. Dort können Sie nach Schlagwort und Sachgebieten recherchieren.

Unsere Titelliste erhalten Sie auch per Fax.

HERAUSGEBER

HERFURTH & PARTNER,
Rechtsanwälte GBR - German & International Lawyers
Luisenstr. 5, D-30159 Hannover
Fon 0511-30756-0 Fax 0511-30756-10
Mail info@herfurth.de, Web www.herfurth.de
Hannover · Göttingen · Brüssel · München
Member of the ALLIURIS GROUP, Brussels

REDAKTION / HANNOVER

Redaktion: Ulrich Herfurth, Rechtsanwalt, zugelassen in Hannover und Brüssel (verantw.), Sibyll Hollunder-Reese, M.B.L., Rechtsanwältin (D); Philipp Neddermeyer, Rechtsanwalt (D);

unter Mitarbeit von Kenneth S. Kilimnik, LL.M., M.IUR., Attorney at Law (USA); Angelika Herfurth, Rechtsanwältin (D); Jens-Uwe Heuer, Rechtsanwalt (D); Dr. jur. Konstadinos Massouras, Rechtsanwalt (D) und Dikigoros (GR); Thomas Gabriel, Rechtsanwalt (D); JUDr. Yvona Rampáková, Juristin (CR); Egbert Dittmar, Rechtsanwalt (D); Metin Demirkaya, Rechtsanwalt (D); Dr. Jona Aravind Dohrmann, Rechtsanwalt (D); Marc-André Delp, M.L.E., Rechtsanwalt (D); Tatiana Getman, Rechtsanwältin (D); Monika Sekara, Rechtsanwältin (D); Kornelia Winnicka, Rechtsanwältin (D); Dr. jur. Wolf Christian Böttcher, Rechtsanwalt (D); Adeline Maler Berger, Advocate and Solicitor (GB/ SG), Peh-Wen Lin, Rechtsanwältin (D); Maimiti Cohen-Solal, Avocat (France), Attorney at Law (USA), Alexia Calleja Cabeza, Abogada (ES).

KORRESPONDENTEN / AUSLAND

u.a. Amsterdam, Athen, Barcelona, Brüssel, Budapest, Bukarest, Helsinki, Kiew, Kopenhagen, Lissabon, London, Luxemburg, Mailand, Madrid, Oslo, Paris, Prag, Stockholm, Warschau, Wien, Zürich, New York, Moskau, Peking, Tokio, Bombay, Bangkok, Singapur, Sydney.

VERLAG

CASTON GmbH, Law & Business Information
Luisenstr. 5, D-30159 Hannover,
Fon 0511 - 30756-50, Fax 0511 - 30756-60
Mail info@caston.info; Web www.caston.info

Alle Angaben erfolgen nach bestem Wissen; die Haftung ist auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Wiedergabe, auch auszugsweise, nur mit Genehmigung der Herausgeber.