

# Soziale Auswahl – ein Überblick für die Praxis

Steht eine betriebsbedingte Personalreduzierung oder Umstrukturierung an, wird dann, wenn unter sachlichen Gesichtspunkten mehrere Mitarbeiter in Frage kommen, eine Auswahl nach dem Kriterium der sozialen Schutzwürdigkeit vorzunehmen sein, die soziale Auswahl.

Für diese gibt es in Gesetz und Rechtsprechung allerdings keine feste Regeln, sondern nur Anhaltspunkte unter dem Vorbehalt jedes einzelnen individuellen Falles. Darum ist jeder Arbeitgeber gut beraten, sich über diese Anforderung an die Wirksamkeit einer Kündigung genau zu informieren – um auch nur die Fälle entsprechend zu bearbeiten, die dies erfordern.

## I.

### **Gesetzliche Bestimmungen**

Auf die Auswahl des zu kündigenden Mitarbeiters nach sozialen Kriterien ist in erster Linie § 1 Abs. 3 KSchG anzuwenden.

Danach sind ausreichend zu berücksichtigen – Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung.

Diese nunmehr seit zwölf Jahren gesetzlich geregelten Kriterien waren schon vorher nicht unbekannt, sie entsprechen der bis dahin herrschenden Rechtsprechung vollständig.

1. Dementsprechend findet die soziale Auswahl keine Anwendung bei

- verhaltensbedingten Kündigungen
- personenbedingten Kündigungen
- Aufhebungsverträgen
- Befristungen eines Arbeitsvertrages
- Kündigungen, auf die § 1 KSchG nicht anwendbar ist.

Da jede verhaltens- oder personenbedingte Kündigung, sei sie ordentlich oder außerordentlich, auf den bestimmten zu kündigenden Mitarbeiter ausgerichtet ist, versteht sich das

**UWE JAHN**  
RECHTSANWALT

ARBEITSRECHT  
Fachanwalt

MEDIZINRECHT  
Fachanwalt

WIRTSCHAFTSRECHT  
Spezialgebiet

Neumühler Straße 22  
19057 Schwerin

Tel 0385 616106  
Fax 0385 612680

ra-jahn@mvnet.de  
www.ra-uwe-jahn.de

weitgehend von selbst. Der Aufhebungsvertrag beruht auf dem Einverständnis des Arbeitnehmers und bedarf daher nicht der Schutzmechanismen des Kündigungsschutzrechts.

Das gilt auch für den Arbeitsvertrag, der eine Befristung enthält und der die Schutzbelange des Arbeitnehmers durch die entsprechenden Kriterien des § 12 Abs. 1 TzBfG hinreichend berücksichtigt.

Die interessantesten – und gegebenenfalls streitigen – Ausnahmen ergeben sich im Bereich der Geltung des § 1 KSchG, wenn andere Schutzmechanismen zu Gunsten des Arbeitnehmers nicht eingreifen, hier ganz besonders die Regelungen zum Kleinbetrieb.

Da hat es in der Vergangenheit einige Wechsel gegeben, die eine etwas eingehendere Betrachtung erfordern.

Wird der Kleinbetrieb aktuell definiert mit maximal 10 Mitarbeitern, waren es früher nur fünf, und für Mitarbeiter aus früheren Zeiten gilt eine Art Bestandsschutz.

Wurden sie vor dem 31.12.2003 eingestellt und galt der erste Abschnitt des KSchG wegen der niedrigeren Grenze noch uneingeschränkt, haben sie dessen Schutz auch noch – bis die Zahl der „Altmitarbeiter“ die Zahl fünf erreicht bzw. unterschreitet.

**Achtung:**

Die Ausnahmen für den Kleinbetrieb gem. § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG beziehen sich ausdrücklich nur auf die §§ 1 bis 3 und 8 bis 12 sowie 14 KSchG, die übrigen Vorschriften des Ersten Abschnittes des KSchG gelten weiter.

2. Dementsprechend gelten die Vorschriften zur Sozialen Auswahl aber auch bei Massenkündigungen und bei Änderungskündigungen.

Während das Ertere noch einfach nachvollziehbar ist, wird das Zweitere leicht übersehen. Doch eine Änderungskündigung ist eine Beendigungskündigung, verbunden mit dem Angebot, das Arbeitsverhältnis unter veränderten Bedingungen fortzusetzen (§ 2 KSchG). Und wenn dies aus betriebsbedingten Gründen erfolgen soll, ist eine soziale Auswahl durchzuführen.

## II.

### **Die Auswahl als solche**

Ist also zunächst einmal festgestellt, daß eine soziale Auswahl grundsätzlich durchzuführen ist, weil die entsprechenden Vorschriften des KSchG anwendbar sind, ist der konkrete Fall genau zu analysieren, um die konkrete Notwendigkeit einer sozialen Auswahl herauszufinden.

Um sich ein objektives und sachliches Bild zu verschaffen, ist es unerlässlich, gegenüber allen Ergebnissen offen die objektiven Umstände zu betrachten. Oft wird in diesem Stadium – oder sogar noch früher – ein bestimmtes Ergebnis vorweggenommen, welches erreicht werden soll (bisweilen schon mit klaren Vorstellungen, wen die Auswahl treffen soll). Das mag nicht immer zu vermeiden sein, darf einem aber nicht den Blick auf die objektive Situation versperren – und auf die möglichen Risiken.

Zunächst also muß die betriebliche Maßnahme definiert werden, durch die ein Minderbedarf an Arbeitsleistung entsteht. Das kann eine Einschränkung des Betriebsumfanges, eine Verlagerung auf andere Betriebe oder auch eine Arbeitsverdichtung sein.

Dann muß das Ausmaß des Minderbedarfs definiert werden – erreicht er das Ausmaß einer ganzen Stelle, ist es mehr oder weniger. Wenn es weniger ist, ergeben sich vielleicht Mischformen von Einschränkung und Verdichtung etc.. Am Ende muß das Ergebnis stehen, wieviele Stellen und wo zum Wegfall kommen.

Und erst dann stellt sich die Frage, wer von den Mitarbeitern betroffen ist, wenn eine anderweitige Beschäftigung im Unternehmen ausgeschlossen ist (gem. § 1 Abs. 2 Ziff. 1 lit b. KSchG) bzw. eine anderweitige Beschäftigung zu anderen Konditionen oder nach einer entsprechenden Weiterbildung bei Zustimmung des Mitarbeiters (gem. gem. § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG)..

#### 1. Die Vergleichbarkeit

Der jeweilige Stelleninhaber ist nicht auch gleichzeitig der zu kündigende Mitarbeiter. Das kann dann der Fall sein, wenn der betreffende Mitarbeiter der Einzige ist, der eine solche Stelle im Betrieb bekleiden kann. Auch auf die jeweilige Abteilung ist die Auswahl nicht beschränkt. Die soziale Auswahl ist zwischen denjenigen Mitarbeitern durchzuführen, die nach ihren arbeitsvertraglichen Pflichten die wegfallende Stelle bekleiden

könnten. Als Kontrollüberlegung kommt hier in Betracht, daß keine Änderungskündigung notwendig sein darf, um den Mitarbeiter auf die betreffende Stelle zu setzen.

Dementsprechend sind unterschiedliche Hierarchie-Stufen nicht vergleichbar.

Kommt die Stelle eines Meisters zum Wegfall, so wird sich die Auswahl nur auf Mitarbeiter in dieser hierarchischen Stufe beziehen, nicht auf die Gesellen und auch nicht auf den Betriebsleiter – und auch nicht auf den Mitarbeiter mit der Meisterprüfung, der aber arbeitsvertraglich nur als Facharbeiter eingestellt wurde und nur diese Tätigkeiten schuldet.

Die übliche Klausel in einem Arbeitsvertrag, wonach der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer jede andere zumutbare Tätigkeit zuweisen kann, fällt in derartigen Fällen dem Arbeitgeber zu Lasten. Sie erweitert den Kreis der vergleichbaren Mitarbeiter extrem. Derartige Klauseln sind dementsprechend genau abzuwägen, denn natürlich haben sie auch große Nutzen.

Bei größeren Unternehmen oder sogar Konzernen wird immer wieder die Frage aufgeworfen, ob denn der Kreis der vergleichbaren Mitarbeiter dadurch ausgedehnt wird. Das ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht der Fall, das Kündigungsschutzrecht ist auf den einzelnen Betrieb ausgerichtet. Anders wird das nur, wenn arbeitsvertraglich Versetzungsvorbehalte zwischen den einzelnen Betrieben oder sogar Konzernunternehmen vereinbart wurden.

**Achtung:** Die reine Betriebsbezogenheit gilt in Hinblick auf die Vergleichbarkeit, nicht in Hinblick auf die anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit (s.o. § 1 Abs. 2 Ziff. 1 lit.b KschG).

Und auch die Notwendigkeit einer gewissen Einarbeitungszeit verhindert die Vergleichbarkeit nicht. Je höher die Betriebszugehörigkeit eines Mitarbeiters ist, desto mehr ist es dem Arbeitgeber zuzumuten, auch eine gewisse Einarbeitungszeit hinzunehmen. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung könne da drei Monate schon zu viel sein.

**Achtung:** Entgegen anders lautender Legenden ist die vereinbarte Arbeitszeit für die Vergleichbarkeit bei der sozialen Auswahl nicht ausschlaggebend, wenn der Wegfall des Arbeitsbedarfes nur quantitativ und nicht über Stellen definiert ist und keine unternehmerische Entscheidung vorliegt, den bestimmten Bereich nur mit Vollzeit- bzw. Teilzeitkräften zu besetzen.

## 2. Die Ausnahmen

Nicht nach dem Kriterium der Vergleichbarkeit, aber aufgrund anderer Gründe gibt es Ausnahmen, die an sich vergleichbare Mitarbeiter aus der sozialen Auswahl herausnehmen.

a. Zunächst einmal sind Mitarbeiter, die aus gesetzlichen oder tarifvertraglichen Gründen ordentlich unkündbar sind, von der sozialen Auswahl ausgenommen. Selbst arbeitsvertragliche Unkündbarkeit kann zu diesem Ergebnis führen, wenn es keine Anhaltspunkte dafür gibt, daß diese arbeitsvertragliche Regelung mit dem Ziel der Umgehung der sozialen Auswahl getroffen wurde.

b. Dann sind diejenigen Mitarbeiter ausgenommen, für die ein gesetzliches Kündigungsverbot besteht oder für deren Kündigung einer behördlichen Zustimmung bedarf, die zum Zeitpunkt der beabsichtigten Freisetzung nicht vorliegt oder verweigert wurde.

c. Die Mitarbeiter, die befristet angestellt wurden und in deren Arbeitsvertrag eine ordentliche Kündigung vor Fristablauf nicht vereinbart wurde, kommen ebenfalls für die soziale Auswahl nicht in Frage.

d. Schließlich sind die Mitarbeiter ausgenommen, die noch nicht die Wartezeit von sechs Monaten gem. § 1 Abs.1 KSchG erfüllt haben. Das klingt vielleicht paradox, ist es aber nicht. Denn die Kündigung dieser Mitarbeiter, soweit angesichts der unternehmerischen Entscheidung erforderlich, ist ohnehin im Rahmen des ultima-ratio-Prinzips erforderlich, bevor es überhaupt zur sozialen Auswahl kommt. Und so kann ein Mitarbeiter, der noch keinen Kündigungsschutz genießt, wohl aber zehn Kinder

und ein hohes Lebensalter, nicht den Single ersetzen, der keinerlei Unterhaltspflichten hat, dafür aber Kündigungsschutz und eine Betriebszugehörigkeit von immerhin 7 Monaten.

e. Und gem. § 1 Abs.3 Satz 2 KSchG sind dann auch noch Mitarbeiter von der sozialen Auswahl ausgenommen, die durch Kenntnisse, Fähigkeiten oder Leistungen für den Betrieb wichtig sind, so daß an ihrer Weiterbeschäftigung ein besonderes betriebliches Interesse besteht. Das ist natürlich gegebenenfalls objektiv nachzuweisen und die besonderen Kenntnisse dürfen nicht innerhalb kurzer Zeit auch von einem anderen Mitarbeiter zu erlernen sein.

Die schwierigste Ausnahme ist der Mitarbeiter, an dessen Verbleib ein besonderes betriebliches Interesse liegt um eine ausgewogene Personalstruktur zu sichern. Eine gestaffelte Altersstruktur ist nämlich erforderlich, um Nachwuchs für altersbedingt ausscheidende Mitarbeiter vor zuhalten – wenn denn Mitarbeiter noch altersbedingt ausscheiden.

### 3. Kriterien der Auswahl

Die ersten und damit wichtigsten Kriterien sind seit einigen Jahren gesetzlich festgelegt. Gem. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG handelt es sich um die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, der Umfang der Unterhaltspflichten und die Schwerbehinderung. Bis dahin waren dies auch die Hauptkriterien der Rechtsprechung, so daß sich grundsätzlich nichts geändert hat. Grundsätzlich werden die Kriterien gleichberechtigt behandelt. Allerdings war kurz vor der Kodifizierung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Tendenz zu erkennen gewesen, die Betriebszugehörigkeit als betriebsbezogenes Kriterium etwas höher zu bewerten, als die anderen Kriterien. Daran wurde nach der Übertragung in das Gesetz nicht festgehalten mit dem Argument, daß der Gesetzgeber dies ja hätte ausdrücklich festlegen können, wenn er es denn gewollt hätte. Eine andere Formulierung des Gesetzes wird allerdings sehr ernst genommen. Die Kriterien sollen ausreichend berücksichtigt werden. Das heißt, es gibt nicht nur eine richtige Lösung, sondern einen gewissen Wertungsspielraum des Arbeitgebers, dessen

Entscheidung plausibel und schlüssig sein muß. Nur der Arbeitnehmer, der deutlich schutzwürdiger ist, wird sich daher gegebenenfalls vor Gericht behaupten können. Und auch nur dann, wenn eine fehlerhafte soziale Auswahl für die Kündigungsentscheidung ursächlich war, kann sich der Arbeitnehmer darauf berufen, der im übrigen die Darlegungs- und Beweislast für die fehlerhafte Auswahl hat. Diese wird allerdings abgemildert durch die Auskunftspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem betroffenen Arbeitnehmer über die Begründung der Auswahl (§ 1 Abs. 3 Satz 1 a.E. KSchG).

Die Aufzählung der Kriterien ist allerdings nicht abschließend, weitere denkbare Kriterien können sein: alleinerziehender Elternteil, Opfer eines Betriebsunfalls etc. .

Allerdings trägt der Arbeitgeber, der diese zusätzlichen Kriterien anwendet, auch das Risiko, daß ein Arbeitsgericht dieses nicht nachvollzieht. Umgekehrt kann ihm die Nichtbeachtung dieser alternativen Kriterien nicht angelastet werden.

Untaugliche Kriterien sind z.B. Mitverdienst des Ehegatten, Vermögensverhältnisse, verhaltens- oder personenbedingte Gründe, die über die Gründe nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG hinausgehen.

Da jede Kündigung von der Rechtsprechung als Einzelfall gewertet wird, ist die Berücksichtigung besonderer Härten einerseits erforderlich, andererseits mit den o.g. Risiken verbunden. Es bleibt immer ein Restrisiko – welches durchaus beabsichtigt und gepflegt wird, um die Vergleichsbereitschaft im Kündigungsschutzprozeß zu erhalten.

#### 4. Formalisierung des Auswahlverfahrens

Auf der Grundlage eines formalisierten Auswahlverfahrens lässt sich das Risiko für einen Arbeitgeber reduzieren, in diesen Fällen prüft das Arbeitsgericht gem. § 1 Abs. 4 bzw. 5 KSchG nur die grobe Fehlerhaftigkeit der Auswahl.

Dabei handelt es sich entweder um generalisierte Bestimmungen, wie die Kriterien zueinander zu gewichten sind, sei es in einem Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung oder in einer Richtlinie

nach Personalvertretungsrecht (Abs. 4), oder um eine konkrete, d. h. namentliche Liste der betroffenen Mitarbeiter im Rahmen eines Interessenausgleichs (Abs.5).

Da die Erfolgsaussichten für einen Arbeitnehmer im Kündigungsschutzverfahren dadurch erheblich eingeschränkt werden, habe ich es nur in absoluten Ausnahmefällen erlebt, daß gewerkschaftlich beratene Betriebs- oder Personalräte oder Tarifvertragsparteien eine derartige Richtlinie, Vereinbarung oder einen Tarifvertrag mit entsprechendem Inhalt abgeschlossen haben.

Rechtsanwalt Uwe Jahn  
Fachanwalt für Arbeitsrecht