

Sozialauswahl vs. Qualitätsauswahl – Die Herausnahme von Leistungsträgern aus der Sozialauswahl und Altersgruppenbildung

Auch bei einem Arbeitsplatzabbau in der Insolvenz ist unter mehreren vergleichbaren Arbeitnehmern eine Sozialauswahl durchzuführen. Kommt gemäß § 125 InsO ein Interessenausgleich mit Namensliste zustande, dann ist die soziale Auswahl nur auf grobe Fehlerhaftigkeit zu überprüfen. Der Arbeitgeber kann bei der Auswahl bestimmte Arbeitnehmer schützen.

Bei einem Personalabbau hat der Arbeitgeber ein natürliches Interesse, die besten Mitarbeiter zu behalten und quasi ein „Olympiateam“ zu schaffen. Nicht selten kollidieren die Interessen des Arbeitgebers mit der Vorgabe von § 1 Abs. 3 des Kündigungsschutzgesetzes, bei der Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmern die vier sozialen Merkmale Lebensalter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung zu berücksichtigen. § 125 InsO erlaubt als Spezialvorschrift in der Insolvenz, die Schwerbehinderung unberücksichtigt zu lassen. Nachteil der Sozialauswahl nach den vier Merkmalen kann eine drohende Überalterung der Belegschaft sein. Deshalb lässt der Gesetzgeber die Ausnahme zu, sozial weniger schutzbedürftige Arbeitnehmer von der sozialen Auswahl auszunehmen, deren Weiterbeschäftigung – insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen – im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Es handelt sich um sogenannte „Leistungsträger“. Bei der Prüfung, ob ein Arbeitnehmer als Leistungsträger in Betracht kommt, ist darauf zu achten, ob dieser besondere Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt oder Leistungen erbringt, die vergleichbare Arbeitnehmer nicht bieten und auch nicht schnell erlernen können.

Leistungen

Soll ein Arbeitnehmer wegen seiner Leistungen aus der Sozialauswahl ausgenommen werden, so müssen sich diese Leistungen in irgendeiner Form messen lassen. Ein Vertriebsmitarbeiter, dessen Geschäftsabschlüsse oder erreichte Umsätze deutlich über denen der anderen Mitarbeiter liegen, ist scheinbar ein Leistungsträger. Im Sinne einer restriktiven Rechtsprechung muss diese bessere Leistung über einen repräsentativen Zeitraum erkennbar sein, um externe Einflüsse wie Zufälle, Marktschwankungen etc. auszuschließen. Auch müssen die Kundenstruktur und das Vertriebsgebiet vergleichbar sein. Beispiel: Die Verkaufszahlen von Oberklasse-Pkw's dürften in einer Villengegend höher sein, als in einem

sozialen Brennpunkt. Daher wird in einem solchen Fall die Leistungsträgereigenschaft zumindest angreifbar sein. Im produzierenden Bereich kann sich Leistung dadurch auszeichnen, dass ein Arbeitnehmer bei gleichen Arbeitsbedingungen deutlich mehr Stückzahlen produziert, als vergleichbare Arbeitnehmer. Wenige Prozentpunkte werden hingegen nicht ausreichend sein. Bei reinen Bürotätigkeiten werden sich leistungsbedingte Unterschiede nur schwerlich nachweisen lassen. Hier können aber folgende Fähigkeiten und Kenntnisse einen Leistungsträger identifizieren.

Fähigkeiten und Kenntnisse

Ob Fähigkeiten und Kenntnisse einen bestimmten Mitarbeiter zum Leistungsträger machen, ist von der jeweiligen Arbeitsaufgabe und den anderen Mitarbeiter abhängig.

Der Stapler-Schein, der sich innerhalb von Stunden erwerben lässt, dürfte kein taugliches Kriterium für einen Leistungsträger sein. Dagegen kann der Besitz eines LKW-Führerscheins eine ausreichende besondere Qualifikation bedeuten. Wird diese unbedingt benötigt, kann ein solcher Arbeitnehmer von der Sozialauswahl herausgenommen werden, wenn andere diese Qualifikation nicht besitzen. Sprachkenntnisse oder spezielle Software-Kenntnisse, die im Betrieb (wenn auch nur gelegentlich) benötigt werden, können einen Arbeitnehmer zum Leistungsträger machen. Zu den Fähigkeiten zählen aber auch sonstige Qualifikationen – es müssen keine besonderen Kenntnisse sein. Als Beispiel sind hier besondere persönliche Beziehungen zu Kunden und Lieferanten zu nennen, die für den Betrieb von Bedeutung sind. Familienmitglieder, die für die Nachfolge vorgesehen sind, können aus der Sozialauswahl herausgenommen werden. Auch die sogenannten Soft Skills können eine Leistungsträgereigenschaft darstellen, zum Beispiel Führungsqualitäten oder Konfliktlösungspotenzial. Gerade bei diesen schwer messbaren Soft Skills muss bedacht

werden, dass diese im späteren Kündigungsschutzprozess auch nachweisbar sind. Vorab ist zu klären, was genau die Soft Skills ausmachen, warum der Mitarbeiter mit diesen Fähigkeiten dringend benötigt wird und wie sich das im Notfall beweisen lässt. Vorsicht vor dem Zeugenbeweis, dieser gilt als der unsicherste Beweis in einem Klageverfahren!

Hohe Krankheitszeiten sind nach Auffassung der Rechtsprechung nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen. Auch Abmahnungen in der Vergangenheit sind nicht belastend zu berücksichtigen.

Feststellung des betrieblichen Interesses

Wenn eine Leistungsträgerschaft nach den obengenannten Kriterien feststeht, muss im nächsten Schritt das betriebliche Interesse an gerade dieser Eigenschaft festgestellt werden. Die Rechtsprechung verlangt die Sicht eines „verständigen Arbeitgebers“, die durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein muss und zusätzlich eine Abwägung des betrieblichen Interesses gegen das des sozial schwächeren Arbeitnehmers. Ein bloßes betriebliches Interesse reicht nicht aus.

Ausgewogene Personalstruktur – Bildung von Altersgruppen

Neben der Herausnahme von Leistungsträgern aus der Sozialauswahl lässt der Gesetzgeber die Herausnahme von Arbeitnehmern zu, um eine ausgewogene Personalstruktur zu erhalten oder im Falle der Insolvenz, eine ausgewogene Personalstruktur auch überhaupt erst herzustellen. Hierunter versteht man im Grundsatz die Bildung von Altersgruppen. Die Rechtsprechung hat aber in den vergangenen Jahren die Stellschrauben immer enger angezogen, sodass der Arbeitgeber bei diesem Vorgehen erhebliche Risiken eingeht, dass sich die gesamte Sozialauswahl als fehlerhaft erweist. Damit die Altersgruppenbildung überhaupt sinnvoll ist, muss zunächst einmal eine größere Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer von einem Personalabbau betroffen sein.

Die Bildung der Altersgruppen darf nicht willkürlich erfolgen, sondern muss gleichmäßige Altersgruppen vorsehen. Weiterhin müssen mindestens drei Altersgruppen (besser mehr) gebildet werden und diese sollten gleichmäßig sein, z. B. Alter bis 30, 31–40, 41–50, 51–60, 61 und älter. Falsch wäre daher die Bildung lediglich zweier Altersgruppen, die auch noch willkürlich ist, z. B. Alter bis 34 und 35 bis 67. Der Personalabbau muss in jeder Gruppe proportional zu den in der

Gruppe befindlichen Arbeitnehmern erfolgen, das Auslassen einer Gruppe führt bereits zur Unwirksamkeit der Altersgruppenbildung. Bildet also der Arbeitgeber vier Gruppen, spricht aber insgesamt nur in drei Altersgruppen Kündigungen aus, wäre die Altersgruppenbildung unzulässig und die Sozialauswahl vor Gericht angreifbar. Selbst wenn diese Hürden genommen sind, ist aber noch das besondere betriebliche Interesse darzulegen. Die Rechtsprechung stellt eine Vermutung für das Bestehen eines betrieblichen Interesses auf, wenn bei den Entlassungen die Kopffzahlen der für eine Massenentlassungsanzeige erforderlichen Arbeitnehmer erreicht werden. Nicht abschließend geklärt ist jedoch, ob dies für die insgesamt zu Entlassenden gilt oder nur für die zu Entlassenden, die in den Altersgruppen vorhanden sind.

Werden die Zahlen des § 17 KSchG nicht erreicht, muss der Arbeitgeber im Streitfalle das betriebliche Interesse darstellen und beweisen. Dieses kann nicht allein darin bestehen, die Mannschaft zu verjüngen, sondern es müssen weitere Gründe hinzukommen. Vorstellbar sind hier wirtschaftliche Gründe, z. B. der Erhalt der Entgeltstruktur, wenn ohne Altersgruppenbildung die durchschnittlichen Entgelte ansteigen oder nachweisbar wesentlich erhöhte Krankheitszeiten, wenn keine Altersgruppen gebildet werden und dies den betrieblichen Ablauf stört bzw. mit höheren Kosten durch Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zu rechnen ist. Die Aufzählung ist nicht abschließend. Zusammenfassend empfiehlt sich, von der Altersgruppenbildung nur dann Gebrauch zu machen, wenn ein größerer Personalabbau ansteht und eine große Anzahl vergleichbarer Arbeitnehmer betroffen ist und allein die zu kündigenden Arbeitnehmer in dieser Vergleichsgruppe die Fallzahlen des § 17 KSchG übersteigen. Es sollten mehr als drei Altersgruppen gebildet werden und innerhalb der Altersgruppen proportional gekündigt werden. Werden diese Fallzahlen nicht erreicht, besteht ein gesteigertes Risiko, dass die Altersgruppenbildung vor Gericht nicht akzeptiert wird und der gesamte Personalabbau infrage steht.

Peer Kalmbach

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwältin | Steuerberater

Schwerpunkte: individuelles und kollektives
Arbeitsrecht, Insolvenzarbeitsrecht,
Prozessführung

Tel. 0211-82 89 77 214
peer.kalmbach@buchalik-broemmekamp.de

