

## Fallstricke bei der Sozialauswahl

### Was ist nach dem AGG und dem KSchG derzeit erlaubt?

Die Sozialauswahl ist einer von mehreren Prüfungsschritten bei einer betriebsbedingten Kündigung. Doch bevor überhaupt eine Sozialauswahl getroffen werden kann, ist zunächst (1) arbeitgeberseits eine unternehmerische Entscheidung zu fällen, (2) aufgrund derer ein exakt bestimmbares Arbeitsvolumen zu einem bestimmten Zeitpunkt im Betrieb entfällt (Kausalitätserfordernis). Erst wenn beide Punkte nachweisbar sind, und hieran scheitert es bereits oftmals in der Praxis, beginnt der nächste Prüfungspunkt, die Sozialauswahl.

#### Vergleichsgruppen

Der erste Schritt bei der Sozialauswahl ist die Bildung von Vergleichsgruppen. Die Austauschbarkeit und damit die Vergleichsgruppenbildung richten sich nach den arbeitsplatzbezogenen Merkmalen. Vergleichbar sind Arbeitnehmer, die aufgrund ihrer Fähigkeiten und Kenntnisse sowie nach dem Vertragsinhalt untereinander austauschbar sind.

In der Praxis entstehen dann Probleme, wenn ein Unternehmen mehrere Betriebsstätten unterhält, die zwar räumlich weit auseinander liegen, aber in personeller und sozialer Hinsicht zentral gelenkt werden. Für eine standortübergreifende Sozialauswahl spricht, dass nach dem kündigungsschutzrechtlichen, im Gegensatz zum betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff nicht bereits die weite Entfernung, sondern die Frage der Leitung maßgeblich ist, d. h. ob Entscheidungen in personellen und sozialen Angelegenheiten zentral für alle Betriebsstätten oder dezentral getroffen werden.

Sofern der Leitungsapparat einheitlich gesteuert wird, spricht dies für eine überörtliche Sozialauswahl. Doch es bleibt bei einer dezentralen standortbezogenen Sozialauswahl, wenn die betroffenen Mitarbeiter aufgrund eines einseitigen Weisungsrechts nicht an andere Standorte versetzt werden können. Insofern sind die einzelnen Arbeitsverträge im Hinblick auf eine wirksame Versetzungsklausel zu überprüfen. Personen mit Sonderkündigungsschutz, zu deren Kündigung die Zustimmung einer Behörde erforderlich ist

(schwerbehinderte Menschen, Personen in Mutterschutz, Elternzeit oder Pflegezeit) sind erst dann in die Sozialauswahl einzubeziehen, wenn die Zustimmung der Behörde vorliegt. Andernfalls scheiden sie nach überwiegender Meinung als vergleichbare Arbeitnehmer aus.

#### Altersgruppenbildung

§ 1 Abs. 3 Satz 2 des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) regelt, dass Arbeitnehmer, deren Weiterbeschäftigung zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur im betrieblichen Interesse liegt, nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen sind. Diese Regelung erlaubt die Bildung von Altersgruppen, innerhalb derer jeweils eine Sozialauswahl stattfindet. Ist dies nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) altersdiskriminierend?

Nach einem Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 06.11.2008 (Az. 2 AZR 523/07) kann die Bildung von Altersgruppen gem. § 10 S. 1, 2 AGG gerechtfertigt sein, wenn hierfür legitime Ziele vorliegen. Diese müssen vom Arbeitgeber im Prozess dargelegt werden.

Von ihrem Vorliegen ist grundsätzlich auszugehen, wenn die Altersgruppenbildung bei Massenkündigungen i.S.d. § 17 KSchG im Rahmen von Betriebsänderungen erfolgt. Die Altersgruppenbildung, so das BAG, vermeide insofern eine Überalterung der Belegschaft und eine übermäßige Belastung der jüngeren Arbeitnehmer.

In jedem Fall hat der Arbeitgeber auch nach der BAG-Rechtsprechung, unabhängig von AGG-Erwägungen, im Prozess darzulegen, welche konkreten Nachteile sich ergäben, wenn die Sozialauswahl allein nach der „klassischen“ Methode, also ohne Altersgruppenbildung, durchgeführt würde. Der Arbeitgeber hat also darzulegen, dass sich

- (1) die Altersstruktur bei der herkömmlichen Sozialauswahl verschlechtern würde und
- (2) welche konkreten Nachteile sich dadurch beispielsweise im Hinblick auf die Verwirklichung des Betriebszwecks ergeben.

Der Arbeitgeber sollte diese Erwägungen bereits in der Anhörung des Betriebsrats gem. § 102 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) oder im Interessenausgleich gem. §§ 111 ff. BetrVG schriftlich fixieren. Im Falle von Massenentlassungen i.S.d. § 17 KSchG kommt dem Arbeitgeber eine Darlegungserleichterung zugute: In einem solchen Fall ist vom Vorliegen berechtigter betrieblicher Interessen an der Beibehaltung der Altersstruktur auszugehen (BAG, Urteil vom 18.03.2010, Az. 2 AZR 468/08).

#### **Fazit:**

Nach derzeitiger Rechtsprechung ist die Altersgruppenbildung weiterhin möglich, der Arbeitgeber hat jedoch im Prozess darzulegen,

(1) dass im Hinblick auf das AGG legitime Ziele für die Altersgruppenbildung vorliegen und

(2) welche Nachteile im Hinblick auf § 1 Abs. 3 KSchG bei einer herkömmlichen Sozialauswahl (ohne Altersgruppenbildung) bestünden.

Bei Massenentlassungen i.S.d. § 17 KSchG wird davon ausgegangen, dass beide Kriterien erfüllt sind.

#### **Sonderfall Insolvenz**

Vereinbart ein Insolvenzverwalter mit dem Betriebsrat anlässlich einer Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG einen Interessenausgleich mit Kündigungsnamensliste, so kann die Sozialauswahl nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Sie ist gem. § 125 Abs. 1 Nr. 2 Insolvenzordnung (InsO) nicht als grob fehlerhaft anzusehen, wenn eine ausgewogene Personalstruktur erhalten oder, und das ist der entscheidende Unterschied zu § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG, geschaffen wird.

Was bedeutet dies in der Praxis? Die Betriebsparteien bilden Altersgruppen, innerhalb derer eine soziale Auswahl stattfindet. Würde man bei einer bloßen Erhaltung der Personalstruktur aus jeder Altersgruppe die gleiche Quote an Arbeitnehmern entlassen, dürfen in der Insolvenz zwecks Schaffung einer Personalstruktur auch die Quoten zwischen den Alters-

gruppen unterschiedlich sein. In der juristischen Literatur wird bisweilen von der Bildung einer „Olympiamannschaft“ gesprochen. Doch hier ist Vorsicht geboten. Verlässliche bzw. rechtssichere Grenzen oder Quoten existieren nicht und eine höchstrichterliche Rechtsprechung ist zu dieser Frage kaum vorhanden.

Praxisbeispiel: Ein insolventes Produktionsunternehmen beschäftigt 65 vergleichbare Produktionsmitarbeiter. Es besteht ein Arbeitskräfteüberhang von 36 Vollzeitmitarbeitern, also einer Quote von 55 Prozent. Die Betriebsparteien bilden Altersgruppen mit jeweils folgenden Kündigungsquoten:

- bis 25 Jahre: 10 Beschäftigte, gekündigt werden 4 Mitarbeiter = 40 %
- 26 bis 35 Jahre: 13 Beschäftigte, gekündigt werden 6 Mitarbeiter = 46 %
- 36 bis 45 Jahre: 11 Beschäftigte, gekündigt werden 6 Mitarbeiter = 55 %
- 46 bis 55 Jahre: 16 Beschäftigte, gekündigt werden 10 Mitarbeiter = 63 %
- ab 56 Jahre: 15 Beschäftigte, gekündigt werden 10 Mitarbeiter = 67 %

Die außerhalb eines Insolvenzverfahrens beschriebene Verpflichtung der Arbeitgeberseite, im Prozess die legitimen Ziele (AGG) und die Nachteile bei herkömmlicher Sozialauswahl (KSchG) darzulegen, wie auch die Vermutungswirkung der beiden Punkte bei Massenentlassungen, gilt auch für den Insolvenzverwalter.

#### **Jürgen Bödiger**

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Schwerpunkte: Kollektives und  
individuelles Arbeitsrecht, Verhandlungen von  
(Haus-)Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen,  
Dienstvertrags- und Handelsvertreterrecht,  
Prozessführung

Tel. 0211 – 82 89 77 200  
juergen.boediger@bb-soz.de

