

Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung

Nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG)¹ ist bei der betriebsbedingten Kündigung eine soziale Auswahl erforderlich.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des **Kündigungsschutzgesetzes** ist, dass

- das Arbeitsverhältnis in derselben Einrichtung **länger als 6 Monate** bestanden hat, § 1 KSchG und
- **in der Regel mehr als 5 Mitarbeiter²** ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten in der Einrichtung beschäftigt werden, § 23 Abs. 1 KSchG
Dabei werden teilzeitbeschäftigte Mitarbeiter mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden mit 0,5 und nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75 berücksichtigt, § 23 Abs. 1 S.4 KSchG

Im Anwendungsbereich der **AVO** findet das KSchG unabhängig von der Zahl der in der Einrichtung Beschäftigten Anwendung, § 40 AVO. Eine entsprechende Vorschrift in der AVR Caritas gibt es nicht. Dennoch hat der Dienstgeber auch in kleineren Einrichtungen der Caritas (5 und weniger Mitarbeiter) das durch Art. 12 GG gebotene Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme zu wahren.³ Das heißt, dass der Dienstgeber eher einen jüngeren ledigen Mitarbeiter als einen älteren unterhaltspflichtigen Mitarbeiter entlassen muss, weil Letzterer „sozial schutzwürdiger“ ist.

Liegen die Voraussetzungen einer **betriebsbedingten Kündigung** vor, steht fest, dass gekündigt werden kann. Die **Sozialauswahl** dient der Feststellung, **welche Mitarbeiter von einer Kündigung betroffen sein können.**

Bei der Sozialauswahl ist eine dreistufige Prüfung durchzuführen:

¹ www.gesetze-im-internet.de

² Aus Gründen der Vereinfachung und der leichteren Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form verwendet, die jeweils auch für die weibliche Form steht.

³ BAG, Urteil vom 21.02.2001 – 2 AZR 15/00

1. Stufe: Auswahlrelevante Vergleichsgruppe feststellen

Im ersten Schritt ist die sog. auswahlrelevante Vergleichsgruppe festzustellen. Dabei ist zu ermitteln, welche Mitarbeiter grundsätzlich in die Sozialauswahl im engeren Sinne einzuordnen sind. Hierfür sind in erster Linie arbeitsplatzbezogene Merkmale und somit die ausgeübte Tätigkeit maßgebend. Es sind sonach alle Mitarbeiter einzubeziehen, deren Funktion auch von den Mitarbeitern wahrgenommen werden könnte, deren Arbeitsplatz weggefallen ist.⁴ Die Arbeitsplätze müssen nicht identisch sein. Es genügt, wenn der Mitarbeiter aufgrund seiner Ausbildung und seiner Fähigkeiten eine andersartige, aber gleichwertige Tätigkeit ausüben kann („**horizontale Vergleichbarkeit**“)⁵. Einen Anhaltspunkt für das Vorliegen einer vergleichbaren Tätigkeit stellt die Eingruppierung dar. Die Vergleichbarkeit bezieht sich auf dieselbe Ebene der Einrichtungshierarchie, soweit der Dienstvertrag nicht ausdrücklich andere Einsatzmöglichkeiten vorsieht. Es gibt daher **keine** „**vertikale Vergleichbarkeit**“, weder nach oben noch nach unten.⁶

Nicht erfasste Mitarbeiter, sind die, die kraft Gesetzes ordentlich unkündbar sind:

- MAV Mitglieder, § 19 Abs. 1 MAVO⁷
- unkündbare Mitarbeiter nach § 14 Abs. 5 AT AVR Caritas und § 39 Abs. 2 AVO
- Mitarbeiter deren Kündigung der behördlichen Zustimmung bedarf, wie z.B. Schwangere und Mütter, § 9 MuSchG; Mitarbeiter in Elternzeit, § 18 BEEG; Schwerbehinderte und diesen Gleichgestellte, § 85 SGB IX

2. Stufe: Herausnahme aus der Sozialauswahl

In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob und ggf. welche Mitarbeiter trotz Zugehörigkeit zu dieser Gruppe aus der Sozialauswahl ausgeklammert werden dürfen. Nach § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG sind Mitarbeiter in die soziale Auswahl nach Satz 1 nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, **im berechtigten betrieblichen Interesse** liegt. Das sind zum Beispiel Mitarbeiter, mit besonders wichtigen Spezialkenntnissen oder sogenannte „**Leistungsträger**“. Dies könnte zu der Annahme verleiten, der Dienstgeber dürfe nach seinem Belieben unbeschränkt Mitarbeiter von der Sozialauswahl herausnehmen. Diese Schlussfolgerung wäre aber unzutreffend. Greift man

⁴ Beispiel: Innerhalb der Kath. Sozialstation gibt es mehrere Bezirke. Soll ein Bezirk geschlossen werden, wird die Sozialauswahl unter allen vergleichbaren Pflegekräften aller Bezirke der besagten Kath. Sozialstation vorgenommen. Oder eine Kirchengemeinde „betreibt“ mehrere Kinderbetreuungseinrichtungen. Eine dieser Einrichtungen soll geschlossen werden. Eine Sozialauswahl ist dann unter allen Erzieherinnen dieser Kirchengemeinde vorzunehmen.

⁵ BAG, Urteil vom 05.06.2008 – 2 AZR 907/06

⁶ BAG, Urteil vom 04.02.1993 – 2 AZR 463/92

⁷ Siehe Arbeitshilfe A-Z: „Kündigungsschutz der MAV, § 19 MAVO“ auf www.diag-mav-freiburg.de

auf die hierzu ergangene Rechtsprechung der Arbeitsgerichte zurück⁸, kann von einer voreiligen Herausnahme von Mitarbeitern nur gewarnt werden: „Das Interesse des sozial schwächeren Mitarbeiters ist gegen das betriebliche Interesse an der Herausnahme des „Leistungsträgers“ abzuwägen. Je schwerer dabei das soziale Interesse wiegt, umso gewichtiger müssen die Gründe für die Ausklammerung des Leistungsträgers sein⁹“. In der Praxis dürfte die Herausnahme von „Leistungsträgern“ nicht selten daran scheitern, dass die Dienstgeber die von ihm vorgenommene Abwägung im Prozess nicht darstellen kann.

Erlaubt ist auch die Bildung von „**Altersgruppen**“ zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur (z.B. Mitarbeiter von 31 bis 40 Jahren, von 41 bis 50 Jahren usw.). Die Sozialauswahl wird dann nur innerhalb dieser Altersgruppe vorgenommen. Dadurch wird verhindert, dass nach einer größeren Welle betriebsbedingter Kündigungen die Belegschaft aufgrund der Sozialauswahl, d.h. der Besserstellung älterer Mitarbeiter immer älter wird. Das Lebensalter und die Beschäftigungsdauer werden im Falle einer „Altersgruppenbildung“ zwar beachtet, aber nur innerhalb der jeweiligen Altersgruppen.¹⁰

3. Stufe: Auswahl nach sozialen Merkmalen

In einem dritten Schritt ist schließlich zu prüfen, welche Mitarbeiter nach den maßgeblichen **Sozialauswahlkriterien** am wenigsten schutzwürdig und damit von einer Kündigung am wenigsten hart betroffen, und deshalb vorrangig zu kündigen sind, § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG.

Kriterien der Sozialauswahl

- Dauer der Betriebszugehörigkeit
- das Lebensalter
- die Unterhaltspflichten und
- die Schwerbehinderung des Mitarbeiters

Der Dienstgeber hat bei der Gewichtung der Sozialauswahlkriterien einen Beurteilungsspielraum. Es gibt keine feste Wertungsskala.

Die Gewichtung kann zum Beispiel anhand einer **Punkteskala** im Rahmen eines **Sozialplans**¹¹ festgelegt werden. Ein Sozialplan ist die schriftliche Einigung (Dienstvereinbarung nach § 38 Abs. 1 Nr. 13 MAVO) zwischen Dienstgeber und MAV über den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Mitarbeitern

⁸ BAG, Urteil vom 05.06.2008 – 2 AZR 907/06

⁹ BAG, Urteil vom 12.04.2002 - 2 AZR 706/00

¹⁰ BAG, Urteil vom 06.11.2008 - 2 AZR 701/07

¹¹ Siehe Arbeitshilfe A-Z: „Sozialplan (Muster)“ auf www.diag-mav-freiburg.de

infolge einer vom Dienstgeber geplanten Einrichtungsänderung entstehen. Der Sozialplan hat eine Überleitungs- und Versorgungsfunktion.¹²

Auch bei einer **Massenentlassung** ist eine Sozialauswahl durchzuführen. Was eine anzeigepflichtige Massenentlassung ist, legt § 17 Abs. 1 KSchG fest. Hier heißt es zum Beispiel: „Der Arbeitgeber ist verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als 5 Arbeitnehmer innerhalb von 30 Kalendertagen entlässt.“ Die Anzeige, die der Dienstgeber in den hier genannten Fällen zu erstatten hat, heißt Massenentlassungsanzeige.

Auf Verlangen des Mitarbeiters hat der Dienstgeber ihm die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben.

MAV-Beteiligung:

1. Anhörung und Mitberatung der MAV, § 30 MAVO.

„Der Mitarbeitervertretung ist vor jeder ordentlichen Kündigung durch den Dienstgeber schriftlich die Absicht der Kündigung mitzuteilen. Bestand das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der beabsichtigten Kündigung bereits mindestens sechs Monate, so hat er auch die Gründe der Kündigung darzulegen.“

2. Der MAV sind die erforderlichen Unterlagen vorzulegen, § 26 Abs. 2 S.1 MAVO

3. Anspruch auf Verhandlungen und Abschluss eines Sozialplans (Dienstvereinbarung) §§ 36 Abs. 1 Nr. 11, 37 Abs. 1 Nr. 11, 38 Abs. 1 Nr. 13 MAVO zum Ausgleich wirtschaftlicher Nachteile betroffener Mitarbeiter.

4. Anhörung und Mitberatung bei Massenentlassungen, § 30a MAVO

Fazit:

Bei betriebsbedingten Kündigungen ist eine Sozialauswahl durchzuführen. Diese hat betriebsbezogen (nicht abteilungsbezogen) zu erfolgen. Ihre Prüfung erfolgt zudem im Rahmen folgender Schritte: Bestimmung der vergleichbaren Mitarbeiter, Herausnahme einzelner Mitarbeiter, Auswahlentscheidung. Die Sozialauswahl kann nur auf „grobe Fehlerhaftigkeit“ überprüft werden.

Eine betriebsbedingte Kündigung kann sozial ungerechtfertigt sein, wenn der Dienstgeber bei der Auswahl der Mitarbeiter die in § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG festgelegten Sozialkriterien nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt.

¹² BAG, Urteil vom 08.11.1994 - 10 AZR 281/94