

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Die vier Sozialdaten
3. Die Bewertung der vier Sozialdaten
4. Der Kreis vergleichbarer Arbeitnehmer
5. Gesetzliche Erleichterungen bei der Sozialauswahl
 - 5.1 Kollektivrechtliche Erleichterungen
 - 5.2 Individualrechtliche Erleichterungen
6. Rechtsprechungs-ABC
 - 6.1 Alter - abstrakter Maßstab
 - 6.2 Altersdiskriminierung - 1
 - 6.3 Altersdiskriminierung - 2
 - 6.4 Altersdiskriminierung - 3
 - 6.5 Altersdiskriminierung - 4
 - 6.6 Altersdiskriminierung - 5
 - 6.7 Altersgruppenbildung
 - 6.8 Altersstruktur
 - 6.9 Auswahlfehler
 - 6.10 Auswahlkriterien mit Rangfolge?
 - 6.11 Betriebsbezogenheit - 1
 - 6.12 Betriebsbezogenheit - 2
 - 6.13 Betriebsbezogenheit - 3
 - 6.14 Betriebszugehörigkeit und Betriebsübergang
 - 6.15 Darlegungs- und Beweislast
 - 6.16 Entfernte Betriebsteile
 - 6.17 Fehlende Vergleichbarkeit
 - 6.18 Fehlerhaftigkeit
 - 6.19 Gemeinschaftsbetrieb
 - 6.20 Grobe Fehlerhaftigkeit - 1
 - 6.21 Grobe Fehlerhaftigkeit - 2
 - 6.22 Lebensalter
 - 6.23 Leiharbeitnehmer
 - 6.24 Leistungsträger
 - 6.25 Mehrere Arbeitnehmer
 - 6.26 Namensliste
 - 6.27 Ort der Arbeitsleistung
 - 6.28 Personalstruktur
 - 6.29 Teilzeitarbeitnehmer
 - 6.30 Überprüfung
 - 6.31 Vergleichbarkeit
 - 6.32 Vorgeschobene Gründe
 - 6.33 Zweck der Sozialauswahl
 - 6.34 Zwingendes Recht

1. Allgemeines

Der Arbeitgeber hat bei einer Kündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse eine Sozialauswahl vorzunehmen. Die sozialen **Gesichtspunkte**, die er dabei zu berücksichtigen hat, sind die Dauer der **Betriebszugehörigkeit**, das **Lebensalter**, die **Unterhaltungspflichten** und eine **Schwerbehinderung** des Arbeitnehmers (§ 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 KSchG). Das Gesetz verlangt von Arbeitgebern und Personalern keine optimale Lösung - sie bekommen nur ein Problem, wenn sie diese vier Auswahlkriterien bei einer betriebsbedingten Kündigung "nicht oder nicht ausreichend" berücksichtigt haben. Eine personen- oder verhaltensbedingte Kündigung verlangt ohnehin keine Sozialauswahl. Hier konkretisiert sich der Kündigungsgrund allein auf den zu kündigenden Arbeitnehmer.

Praxistipp:

Eine erfolgreiche Sozialauswahl setzt die folgenden drei Prüfungsschritte voraus: **Schritt 1:** Feststellung, welche Arbeitnehmer in die Sozialauswahl einzubeziehen sind. **Schritt 2:** Feststellung der für die in die Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer maßgeblichen Sozialkriterien und ihre Gewichtung. **Schritt 3:** Feststellung, welche Arbeitnehmer im betrieblichen Interesse weiterbeschäftigt werden müssen und nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen sind.

§ 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 KSchG schreibt dem Arbeitgeber nicht vor, in welcher **Reihenfolge** und mit welcher **Gewichtung** er die Grunddaten seiner Arbeitnehmer abzuwägen hat. Von Bedeutung ist nur, dass er es tut. Im Ergebnis bedeutet das: Selbst wenn das betriebliche Erfordernis für eine Kündigung noch so dringend ist, scheitert eine betriebsbedingte Kündigung, bei der die Sozialauswahl unzureichend ist. Der Arbeitgeber hat zwar nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG die Möglichkeit, bestimmte Arbeitnehmer, deren Weiterbeschäftigung im berechtigten betrieblichen Interesse liegt, nicht in die Auswahl einzubeziehen. Unterm Strich wirken sich **Fehler** aber auch dabei **zu Lasten des Arbeitgebers** aus. **Sinn und Zweck der Sozialauswahl** ist es, die dringenden betrieblichen Erfordernisse, die zum Wegfall eines oder mehrerer Arbeitsplätze führen, personell zu konkretisieren.

2. Die vier Sozialdaten

Hat der Arbeitgeber einem Mitarbeiter **wegen dringender betrieblicher Erfordernisse**, die dessen Weiterbeschäftigung in seinem Betrieb entgegenstehen, gekündigt (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG), ist diese Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn er bei der **Auswahl** des zu kündigenden Mitarbeiters

- die Dauer der **Betriebszugehörigkeit**,
- das **Lebensalter**,
- die **Unterhaltungspflichten** und
- die **Schwerbehinderung** des Arbeitnehmers

nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat (§ 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 KSchG). Der Arbeitgeber muss bei der Sozialauswahl den (oder die) Arbeitnehmer ermitteln, der seine Kündigung auf Grund seiner geringeren Sozialdaten am ehesten hinzunehmen hat.

Die **Betriebszugehörigkeit** beginnt in dem Zeitpunkt, in dem das Arbeitsverhältnis nach der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer getroffenen Vereinbarung rechtlichen Bestand haben soll. Bei der Ermittlung ihrer Dauer sind die Grundsätze heranzuziehen, die auch bei der Berechnung der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG anzuwenden sind (BAG, 19.06.2007 - 2 AZR 305/06 - mit Hinweis auf BAG, 06.02.2003 - 2 AZR 623/01). **Lebensalter** ist das biologische Alter, das durch den Zeitpunkt der Geburt und den Zeitpunkt der Kündigungserklärung bestimmt wird. **Unterhaltungspflichten** im Sinn des § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 KSchG sind nur tatsächliche Unterhaltungspflichten, die sich aus dem BGB ergeben. Eine **Schwerbehinderung** liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer einen Grad der Behinderung von mindestens 50 hat (§ 2 Abs. 2 SGB IX) oder bei

einem GdB von weniger als 50 aber mindestens 30 einem Schwerbehinderten gleichgestellt wurde (§ 2 Abs. 3 SGB IX ; s. dazu auch das Stichwort Kündigung - betriebsbedingt: Schwerbehinderte).

3. Die Bewertung der vier Sozialdaten

§ 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 KSchG reiht die Auswahlkriterien Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung zwar aneinander, er gibt dem Arbeitgeber damit aber **keine verbindliche Reihenfolge** vor. Er hat diese sozialen Kriterien nur "ausreichend" zu berücksichtigen.

Beispiele:

- Arbeitgeber A1 muss von 30 Arbeitnehmern fünf entlassen. Bei der Auswahl der zu kündigenden Mitarbeiter orientiert er sich allein an der Dauer der Betriebszugehörigkeit. Das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und die Schwerbehinderung von Arbeitnehmern lässt er völlig außer Betracht. A nimmt die Sozialauswahl nur nach einem Kriterium vor - und das ist falsch.
- Arbeitgeber A2 muss ebenfalls von 30 Arbeitnehmern fünf entlassen. Er stellt ein Punkteschema auf, in dem die Dauer der Betriebszugehörigkeit und das Lebensalter so stark gewichtet werden, dass Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung daneben völlig bedeutungslos sind. Auch die soziale Auswahl des A2 ist mangelhaft. Sie orientiert sich einseitig an zwei Grunddaten und lässt die beiden anderen total unter den Tisch fallen.

Da das Gesetz den Arbeitgeber bei der praktischen **Durchführung der Sozialauswahl** im Stich lässt, versuchen viele, mit einem so genannten **Punkteschema** eine verlässliche und nachvollziehbare **Auswahlentscheidung** zu treffen (s. dazu das Stichwort Kündigung - betriebsbedingt: Punkteschema). Entgegen seiner früheren Rechtsprechung erkennt das BAG eine Sozialauswahl nach Punkten mittlerweile an (s. dazu beispielsweise BAG, 09.11.2006 - 2 AZR 812/05).

Praxistipp:

Vor dem Hintergrund des Wandels der Rechtsprechung kann jedem Arbeitgeber nur geraten werden, die Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer in seinem Betrieb an Hand einer Punktetabelle vorzunehmen. Man sollte sich dabei allerdings vor selbst gestrickten Tabellen hüten. Ebenso wenig ist es sinnvoll, das Punkteschema nur auf ein oder zwei Mitarbeiter zuzuschneiden, die man unbedingt los werden will. Im Stichwort " Kündigung - betriebsbedingt: Punkteschema " werden einige BAG-Entscheidungen und die ihnen zu Grunde liegenden Punkteschemata vorgestellt. Es ist sinnvoll, sie zu übernehmen und die eigene Sozialauswahl damit transparent und nachvollziehbar zu machen.

Der Arbeitgeber hat einen **Bewertungsspielraum**, den er ausfüllen kann. Er hat dafür allerdings keinen verbindlichen **Maßstab**. Mit Blick auf § 10 KSchG , der die Höhe einer Abfindung mit längerer **Betriebszugehörigkeit** und zunehmendem **Lebensalter** steigen lässt, ist es aber nicht ausgeschlossen, der Betriebszugehörigkeit noch vor dem Lebensalter eine gewisse **höhere Bedeutung** einzuräumen (BAG, 18.01.1990 - 2 AZR 357/89). Der Arbeitgeber darf dann bei der Sozialauswahl zunächst die Betriebszugehörigkeit und anschließend - neben Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung - auch das Lebensalter berücksichtigen. Von der absoluten **Priorität** eines Sozialdatums kann nicht ausgegangen werden (BAG, 05.12.2002 - 2 AZR 549/01). Entscheidend sind - wie so oft - die **Umstände des Einzelfalls**.

4. Der Kreis vergleichbarer Arbeitnehmer

§ 1 Abs. 2 KSchG spricht von dringenden betrieblichen Erfordernissen als **Kündigungsgrund** und schränkt damit auch den Kreis der bei einer Sozialauswahl vergleichbaren Arbeitnehmer auf die **Arbeitnehmer des Betriebs** ein. In die **Auswahl** kommt, wer

- funktional
- horizontal und
- räumlich

mit anderen **vergleich- und austauschbar** ist. Die sog. vertikale Vergleichbarkeit - also die Gegenüberstellung von Beschäftigten auf verschiedenen Stufen der Betriebshierarchie - ist hingegen kein Maßstab (vgl. u.a. BAG, 29.03.1990 - 2 AZR 369/89 ; BAG, 04.02.1993 - 2 AZR 463/92 sowie BAG, 06.07.2006, 2 AZR 442/05).

Beispiele:

1. Arbeitgeber A1 möchte sich von Programmierer P trennen, weil er keine Arbeit mehr für ihn hat. P ist der einzige Programmierer, der im Betrieb des A1 arbeitet. Alle anderen Arbeitnehmer haben andere Funktionen und sind von ihrer Tätigkeit her mit P nicht zu vergleichen. A1 braucht keine Sozialauswahl vorzunehmen. Es gibt keine vergleichbaren Mitarbeiter.
2. Arbeitgeber A2 möchte sich betriebsbedingt von Meister M1 trennen. Neben M1 sind zwei weitere Meister - M2 und M3 - bei ihm beschäftigt. Sie haben den gleichen Aufgabenbereich. A2 muss M2 und M3 in die Sozialauswahl einbeziehen. Sind ihre Sozialdaten geringer als die von M1, wird A2 sich von M2 oder M3 trennen müssen. M1 hätte dann den besseren Schutz. Hat M1 die geringeren Sozialdaten, ist er der richtige Kündigungskandidat.
3. Arbeitgeber A3 möchte eine Produktionsschiene aufgeben. Er beschäftigt dort die gewerblichen Mitarbeiter G1 bis G10 . Von den zehn erfüllt niemand die Anforderungen, die A3 an andere Arbeitsplätze in seinem Betrieb stellt. A3 hat definitiv keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit mehr für G1 bis G10 , obwohl er in anderen Bereichen noch 30 gewerbliche Mitarbeiter beschäftigt. Innerhalb der Gruppe der zu kündigenden Arbeitnehmer G1 bis G10 braucht A3 keine Sozialauswahl vorzunehmen, weil alle zehn ihren Arbeitsplatz verlieren werden. Mit anderen gewerblichen Arbeitnehmern braucht A3 G1 bis G10 nicht zu vergleichen, weil sie funktional nicht austauschbar sind.
4. Arbeitgeber A4 möchte die so genannte mittlere Führungsebene abbauen und sich von Substitut S trennen. Nach der Firmenhierarchie steht über S der Einkaufsleiter E, unter S die jeweiligen Abteilungsleiter L1 bis L5. A4 muss bei der Sozialauswahl die Arbeitnehmer einbeziehen, die mit S vergleichbar sind. Funktional gibt es keinen, vertikal und horizontal auch nicht. S steht allein auf der mittleren Führungsebene und hat keinen Kollegen neben sich, mit dem er vertikal auszutauschen wäre. E steht in der Horizontalen eine Stufe über S, L1 bis L5 stehen eine Stufe unter ihm. Keiner von ihnen ist horizontal mit S vergleichbar - A4 braucht daher keinen anderen Arbeitnehmer in die Sozialauswahl einzubeziehen. Die Frage, wer der richtige Kündigungskandidat ist, konzentriert sich hier ausschließlich auf S.

Die nach § 1 Abs. 3 KSchG vorzunehmende Sozialauswahl ist streng **betriebsbezogen** und selbst bei einer Ausweitung des Direktionsrechts des Arbeitgebers hinsichtlich eines überbetrieblichen Einsatzes grundsätzlich nicht unternehmensbezogen (BAG, 15.12.2005 - 6 AZR 199/05 ; 18.10.2006 - 2 AZR 676/05). Der Kreis der in die Sozialauswahl einzubeziehenden vergleichbaren Arbeitnehmer bestimmt sich in erster Linie **nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen** (BAG, 31.05.2007 - 2 AZR 306/06). Entscheidend ist also zunächst die **ausgeübte Tätigkeit** (BAG, 31.05.2007 - 2 AZR 306/06). Dabei müssen die Arbeitsplätze nicht unbedingt identisch sein. Es reicht, wenn der Arbeitnehmer auf Grund seiner Tätigkeit und Ausbildung eine **andersartige, aber gleichwertige Tätigkeit** - möglicherweise auch erst nach einer kurzen Einarbeitungszeit - ausüben kann (BAG, 31.05.2007 - 2 AZR 306/06).

Beispiel:

Tischler T1 wird von Arbeitgeber A für handwerkliche Tätigkeiten im Bereich der Türenfertigung eingesetzt. Die Auftragslage bei den Türen ist seit Monaten rückläufig und A trifft die unternehmerische Entscheidung, die Zahl der Arbeitnehmer an das geringer werdende Arbeitsvolumen anzupassen. Vier weitere Tischler, die ebenfalls im Bereich Türen arbeiten, sind nach ihren Sozialdaten besser gestellt als T1. In der Fensterfertigung beschäftigt A die Tischler T6 bis T13. T1 könnte dort direkt anfangen. Er ist auf Grund seiner Ausbildung als Tischler und seines bisherigen beruflichen Werdegangs in der Lage, ohne Anlaufschwierigkeiten auch Fenster handwerklich herzustellen. A darf die Sozialauswahl nun nicht auf T1 bis T5 beschränken. Er muss auch T6 bis T13 einbeziehen - mit dem Erfolg, dass er sich möglicherweise von einem anderen Tischler trennen muss, wenn dessen Sozialdaten geringer als die von T1 sind.

Arbeitnehmer mit einem besonderen Kündigungsschutz, zum Beispiel Elternzeit nehmende Mitarbeiter (§ 18 BEEG), Schwangere (§ 17 Abs. 1 MuSchG) und Schwerbehinderte (§ 168 SGB IX), scheiden aus der Sozialauswahl aus. Es sei denn, die erforderlichen behördlichen Zustimmungen für ihre Kündigung liegen vor. Nicht mit in die Sozialauswahl einbezogen werden auch Arbeitnehmer, deren ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist. So gibt es beispielsweise in vielen Tarifverträgen einen besonderen **Bestandsschutz für ältere Mitarbeiter**, andere Arbeitnehmer wiederum sind auf Grund gesetzlicher Vorschriften vor einer ordentlichen Kündigung geschützt (z. B. Betriebsräte nach § 15 KSchG , Wehrpflichtige nach § 2 Abs. 1 ArbPISchG).

5. Gesetzliche Erleichterungen bei der Sozialauswahl

Der Gesetzgeber lässt in bestimmten Fällen Erleichterungen bei der Sozialauswahl zu. Er trägt damit einmal dem Umstand Rechnung, dass **Tarif- und Betriebspartner** betroffene Arbeitnehmerinteressen ausreichend berücksichtigen (§ 1 Abs. 4 und 5 KSchG), und gibt dem Arbeitgeber des Weiteren die Möglichkeit, **Arbeitnehmer** aus der Sozialauswahl herauszunehmen, deren **Weiterbeschäftigung im berechtigten betrieblichen Interesse** liegt (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG).

5.1 Kollektivrechtliche Erleichterungen

Ist in

- einem **Tarifvertrag**,
- einer **Betriebsvereinbarung** nach § 95 BetrVG oder
- in einer entsprechenden **Richtlinie** nach den Personalvertretungsgesetzen

festgelegt, wie die sozialen Gesichtspunkte nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 KSchG im Verhältnis zueinander zu bewerten sind, so kann die **Bewertung** nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden (§ 1 Abs. 4 KSchG - zu den Einzelheiten: Kündigung - betriebsbedingt: Auswahlrichtlinien).

Sind Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, bei einer Kündigung auf Grund einer **Betriebsänderung** nach § 111 BetrVG namentlich ein einem **Interessenausgleich** zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat bezeichnet, wird vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinn des § 1 Abs. 2 KSchG bedingt ist (§ 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG - zu den Einzelheiten: Kündigung - betriebsbedingt: Interessenausgleich).

Liegt der von § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG geforderte Interessenausgleich mit Namensliste vor, kann die soziale Auswahl der Arbeitnehmer nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden (§ 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG). § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG und § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG gelten nicht, wenn sich die Sachlage nach Zustandekommen des Interessenausgleichs wesentlich geändert hat (§ 1 Abs. 5 Satz 3 KSchG).

Ist eine Betriebsänderung im Sinn des § 111 BetrVG geplant und kommt zwischen **Insolvenzverwalter** und **Betriebsrat** ein Interessenausgleich zu Stande, in dem die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, namentlich bezeichnet sind, ist § 1 KSchG mit folgenden Maßgaben anzuwenden:

- es wird **vermutet**, dass die **Kündigung** der Arbeitsverhältnisse der bezeichneten Arbeitnehmer **durch dringende betriebliche Erfordernisse**, die einer Weiterbeschäftigung in diesem Betrieb oder einer Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen entgegenstehen, **bedingt** ist (§ 125 Abs. 1 Nr. 1 InsO);
- die **soziale Auswahl** der Arbeitnehmer kann nur im Hinblick auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten und auch insoweit nur auf **grobe Fehlerhaftigkeit** nachgeprüft werden; sie ist als nicht grob fehlerhaft anzusehen, wenn eine ausgewogene Personalstruktur erhalten bleibt oder geschaffen wird (§ 125 Abs. 1 Nr. 2 InsO).

Der Prüfungsmaßstab grobe Fehlerhaftigkeit bezieht sich nicht nur auf die in § 125 Abs. 1 InsO genannten sozialen Indikatoren und ihre Gewichtung, sondern bezieht sich auch auf die Bildung auswahlrelevanter Gruppen (BAG, 21.07.2005 - 6 AZR 592/04).

5.2 Individualrechtliche Erleichterungen

Die von § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 KSchG verlangte **Sozialauswahl** stellt den Arbeitgeber oft vor **schwierige Entscheidungen**. Im Ergebnis muss er sich manchmal von Mitarbeitern trennen, die er eigentlich lieber behalten möchte.

Beispiel:

Arbeitgeber A beschäftigt mehrere Sachbearbeiter. Für drei von ihnen entfällt nach einer Umstrukturierung der WO-Abteilung der Beschäftigungsbedarf. Sachbearbeiter S1, S4 und S11 sind A bisher unangenehm aufgefallen. Zwar ist ihre Arbeitsleistung nicht zu beanstanden, A ärgerte sich aber wiederholt über ihr persönliches Verhalten. Sie diskutieren häufig über den Sinn und Zweck von Arbeitsanweisungen und achten mehr als genau auf ihre Arbeitnehmerrechte. Die anderen Sachbearbeiter sind "pflegeleicht". Sie möchte A gerne behalten, obwohl ihre Sozialdaten geringer sind, und sich deswegen von S1, S4 und S11 trennen.

Subjektive Einschätzungen des Arbeitgebers sind in der Regel nicht geeignet, Mitarbeiter bei der Sozialauswahl zu bevorzugen. Selbst eine besonders hohe **Krankheitsanfälligkeit** rechtfertigt bei einer betriebsbedingten Kündigung noch **kein betriebliches Interesse**, einen anderen vergleichbaren und nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 KSchG weniger schutzwürdigen Mitarbeiter weiterzubeschäftigen (BAG, 31.05.2007 - 2 AZR 306/06).

Schützenswerten Belangen des Arbeitgebers trägt § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG in gewissem Umfang Rechnung: In die Sozialauswahl sind keine **Arbeitnehmer** einzubeziehen, deren **Weiterbeschäftigung** insbesondere wegen

- ihrer **Kenntnisse**,
- Fähigkeiten und
- **Leistungen** oder
- zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur

im **berechtigten betrieblichen Interesse** liegt.

Beispiele:

1. Arbeitgeber A1 hat einen Personalüberhang in der Buchhaltung. Buchhalterin B3 hat zwar geringere Sozialdaten als viele ihrer Kolleginnen, sie beherrscht aber als einzige perfekt Business-Englisch in Schrift und Sprache und erledigt die gesamte Korrespondenz mit den ausländischen Vertragspartnern des A1. Er kann auf B3 nicht verzichten, ihre Weiterbeschäftigung liegt im berechtigten betrieblichen Interesse. A1 braucht B3 daher nicht mit in die Sozialauswahl einzubeziehen.
2. Arbeitgeber A2 stellt seine Produktion um und spart dadurch vier Arbeitsplätze ein. Unter den Mitarbeitern, die für eine Kündigung in Betracht kommen, sind die Arbeitnehmer N2 und N6. Beide liefern Arbeitsergebnisse, die nachweislich sowohl von der Qualität als auch von der Quantität deutlich über der Leistung vergleichbarer Kollegen liegen. A2 entschließt sich deswegen, diese beiden Mitarbeiter nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen. Das ist gerechtfertigt. Ihre Weiterbeschäftigung liegt ebenfalls im berechtigten betrieblichen Interesse.
3. Arbeitgeber A3 betreibt ein großes Textilhaus. Wegen Umsatzrückgangs muss er sein Personalvolumen an die geringer gewordene Arbeitsmenge anpassen. A3 hat eine Abteilung mit junger Mode, in der junge und schlanke Verkäuferinnen arbeiten, die Bekleidungsstücke aus dem Young-Fashion-Angebot des A3 tragen. Würde A3 in dieser speziellen Abteilung ältere Mitarbeiterinnen beschäftigen, würde er seine Kompetenz und seine Authentizität auf dem Gebiet junger Mode verlieren. Das hätte wiederum zur Folge, dass die Zielgruppe junge Kundinnen nicht mehr bei ihm einkaufen und ein weiterer Umsatzrückgang eintreten würde. A3 kann daher zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur Verkäuferinnen der Abteilung junge Mode aus der Sozialauswahl herausnehmen.

Nur **vorgeschobene Interessen** des Arbeitgebers reichen nicht aus, Arbeitnehmer zu begünstigen. Sieht das Organisationskonzept des Arbeitgebers beispielsweise vor, dass Arbeitnehmer mit und ohne Berufsausbildung für die gleiche Tätigkeit eingesetzt werden, sind sie ihm Rahmen der Sozialauswahl auch miteinander vergleich- und austauschbar (BAG, 06.07.2006 - 2 AZR 442/05). Das Interesse eines sozial schwächeren Arbeitnehmers ist im Rahmen des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG gegen das betriebliche Interesse an der Herausnahme so genannter **Leistungsträger** abzuwägen. Je schwerer dabei das soziale Interesse wiegt, umso gewichtiger müssen die Gründe für die Ausklammerung des Leistungsträgers sein. Die Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten ist die Regel, die **Ausklammerung von Arbeitnehmern**, deren Weiterbeschäftigung im berechtigten betrieblichen Interesse liegt, die Ausnahme (BAG, 31.05.2007 - 2 AZR 306/06).

6. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der wichtigsten **Entscheidungen** zum Thema Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet vorgestellt:

6.1 Alter - abstrakter Maßstab

Der Gesetzgeber sieht das Lebensalter in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG als "abstrakten Maßstab für die **Vermittlungschancen** eines Arbeitnehmers auf dem **Arbeitsmarkt** nach einer Kündigung." Das hat er zwar so nicht formuliert, das kommt aber auch in § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG zum Ausdruck, der die "Chancen auf dem Arbeitsmarkt" ausdrücklich anspricht. "Die Rechtsstellung solcher Arbeitnehmer sollte gestärkt werden, deren Chancen aufgrund ihres Alters **typischerweise schlechter** stehen, überhaupt oder doch zeitnah ein dauerhaftes 'Ersatzeinkommen' zu erzielen" (BAG, 27.04.2017 - 2 AZR 67/16) .

6.2 Altersdiskriminierung - 1

Wenn eine ordentliche Kündigung gegen die Diskriminierungsverbote der §§ 1 bis 10 AGG verstößt, kann das zur **Sozialwidrigkeit** der Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG führen - § 2 Abs. 4 AGG steht dem nicht entgegen. Die in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG vorgesehene **Berücksichtigung des Lebensalters** als Sozialdatum ist zwar eine an das Alter anknüpfende unterschiedliche Behandlung, sie ist aber nach § 10 Satz 1 und 2 AGG gerechtfertigt. Auch die **Bildung von Altersgruppen** kann nach § 10 Satz 1 und 2 AGG gerechtfertigt sein, zum Beispiel dann, wenn die Altersgruppenbildung bei Massenkündigungen auf Grund einer Betriebsänderung erfolgt (BAG, 06.11.2008 - 2 AZR 523/07).

6.3 Altersdiskriminierung - 2

Im Rahmen des KSchG -Kündigungsschutzes finden auch die AGG -Diskriminierungsverbote der §§ 1 bis 10 AGG Anwendung. Das **Verbot** der Altersdiskriminierung in §§ 1 , 10 AGG steht der Berücksichtigung des Lebensalters bei der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG trotzdem nicht entgegen. Auch die **Bildung von Altersgruppen** - § 1 Abs. 3 Satz 2 AGG - ist nach dem AGG zulässig: Die Zuteilung von Alterspunkten bewirkt mit einer hinnehmbaren Unschärfe zur Berücksichtigung von Chancen auf dem Arbeitsmarkt und im Zusammenspiel mit den übrigen sozialen Gesichtspunkten (Betriebszugehörigkeit, Unterhalt, Schwerbehinderung) **keine Überbewertung** des Lebensalters (BAG, 06.11.2008 - 2 AZR 701/07).

6.4 Altersdiskriminierung - 3

Ein Merkmal der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG ist das Lebensalter. Das Alter ist **aber nicht absolut** - sodass der Arbeitgeber Altersgruppen bilden - hier: 21 bis 30, 31 bis 40 usw. - und die Sozialauswahl innerhalb der jeweiligen **Altersgruppen** am Merkmal Lebensalter vornehmen kann. Dadurch bleibt der **Altersaufbau der Belegschaft** weitestgehend erhalten. Auch wenn hier Mitarbeiter wegen des Merkmals Alter bevorzugt oder benachteiligt werden: Diese unterschiedliche Behandlung ist durch rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Arbeitsmarkt und Beschäftigungspolitik im Sinn des Art. 6 Abs. 1 RiLi 2000/78/EG gerechtfertigt (BAG, 15.12.2011 - 2 AZR 42/10).

6.5 Altersdiskriminierung - 4

Die Vornahme einer Sozialauswahl **im Rahmen von Altersgruppen** ist nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG gestattet, wenn sie dazu dient, im betrieblichen Interesse eine **ausgewogene Altersstruktur der Belegschaft** zu sichern. Das verlangt, dass die im konkreten Fall vorgenommene Altersgruppenbildung und die aus ihr entwickelten Kündigungsentscheidungen tatsächlich geeignet sind, die bestehende Personalstruktur zu sichern. Berufet sich der Arbeitgeber auf die **Sicherung der Personalstruktur**, muss er die Auswirkungen und die möglichen Nachteile im Einzelnen darlegen.

"In jedem Fall muss die sich ergebende **Verteilung der bislang Beschäftigten** auf die gebildeten Altersgruppen ihre **prozentuale Entsprechung** in der Anzahl der in der jeweiligen Altersgruppe zu kündigenden Arbeitsverhältnisse finden [es folgt ein Hinweis auf BAG, 19.07.2012 - 2 AZR 352/11] . Es müssen innerhalb der zur Sozialauswahl anstehenden Personenkreise - d. h. **innerhalb der Vergleichsgruppe** - nach sachlichen Kriterien Altersgruppen gebildet (Stufe 1), die prozentuale Verteilung der Belegschaft auf die Altersgruppen festgestellt (Schritt 2) und die Gesamtzahl der auszusprechenden Kündigungen diesem Proporz entsprechend auf die einzelnen Altersgruppen verteilt werden" (Schritt 3 - BAG 26.03.2015 - 2 AZR 478/13).

6.6 Altersdiskriminierung - 5

Eigentlich ein Fall, in dem es um eine Kündigung im Kleinbetrieb ging - trotzdem mit einer wichtigen Aussage zum Thema Altersdiskriminierung bei der Sozialauswahl: "Die Zulässigkeit der **Berücksichtigung einer altersbedingten Rentennähe** im Rahmen dieser Sozialauswahl ist umstritten ... [es folgen Literaturhinweise]. Dessen ungeachtet kann aus der Vereinbarkeit einer Sozialauswahl mit den Vorgaben des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG nicht geschlossen werden, es liege keine unzulässige **unterschiedliche Behandlung** wegen des Alters vor. Die Diskriminierungsverbote des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes sind vielmehr im Rahmen der **Prüfung der Sozialwidrigkeit von Kündigungen** zu beachten ... [es folgt ein Hinweis auf BAG, 19.12.2013 - 6 AZR 790/12 und BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 295/12 - u.a.]. Außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes hat die Prüfung - wie dargelegt - ohnehin unmittelbar am Maßstab des Benachteiligungsverbots des § 7 Abs. 1 AGG zu erfolgen" (BAG, 23.07.2015 - 6 AZR 457/14) .

6.7 Altersgruppenbildung

Will der Arbeitgeber in seinem Betrieb bei Kündigungen wegen dringender betrieblicher Erfordernisse eine **ausgewogene Personalstruktur** erhalten, muss er dabei 3-stufig vorgehen. Er muss sicherstellen, dass "die sich ergebende Verteilung der bislang Beschäftigten auf die gebildeten Altersgruppen ihre **prozentuale Entsprechung** in der Anzahl der in der jeweiligen Altersgruppe zu kündigenden Arbeitsverhältnisse findet" (s. dazu BAG, 19.07.2012 - 2 AZR 352/11 und BAG, 22.03.2012 - 2 AZR 167/11). Auf Stufe 1 muss er innerhalb des zur Sozialauswahl anstehenden Personenkreises - dh. innerhalb der **Vergleichsgruppe** - nach sachlichen Kriterien Altersgruppen bilden . Auf Stufe 2 hat er die prozentuale Verteilung seiner Belegschaft auf die Altersgruppen festzustellen. Stufe 3 schließlich besteht darin, "die Gesamtzahl der auszusprechenden Kündigungen diesem Proporz entsprechend auf die einzelnen Altersgruppen" zu verteilen (BAG, 26.03.2015 - 2 AZR 478/13 - mit Hinweis auf BAG, 24.10.2013 - 6 AZR 854/11 und BAG, 15.12.2011 - 2 AZR 42/10).

6.8 Altersstruktur

Zieht der Arbeitgeber bei der - an sich zulässigen - Sozialauswahl in Altersgruppen **eine Altersgruppe überproportional** heran, sichert er die vorhandene Altersstruktur nicht, sondern verändert sie. Das zieht dann nicht nur die **Unwirksamkeit der Kündigungen** nach sich, "die unter Beibehaltung des Altersgruppensystems über den eigentlich auf die Altersgruppe entfallenden Anteil hinausgehen, das lässt die gesamte Sozialauswahl nach Altersgruppen scheitern - mit dem Ergebnis, dass die zu prüfende Kündigung **ohne das Altersgruppen-Privileg** an § 1 Abs. 3 Satz 1 , § 1 Abs. 5 KSchG zu messen ist. Das bedeutet zwar nicht, dass der Fehler im Auswahlverfahren gleich per se zur Unwirksamkeit der Kündigung führt. Die Ergebniskontrolle erstreckt sich nun aber auf die gesamte Vergleichsgruppe - die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung in § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG sind nämlich nicht komplett erfüllt (BAG 26.03.2015 - 2 AZR 478/13).

6.9 Auswahlfehler

Unterlässt der Arbeitgeber die ihm von § 1 Abs. 3 KSchG vorgeschriebene Sozialauswahl, wird die Kündigung des klagenden Mitarbeiters nicht sozial ungerechtfertigt, "wenn mit ihr - **zufällig** - eine im Ergebnis **vertretbare Auswahlentscheidung** getroffen wurde" (s. dazu BAG, 21.05.2015 - 8 AZR 409/13). Das gleiche Ergebnis lässt sich für Fälle bejahen, in denen der Arbeitgeber zwar eine Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten getroffen hat, sein Auswahlverfahren aber methodische Fehler hat (s. dazu BAG, 07.07.2011 - 2 AZR 476/10). Hier muss der Arbeitgeber dann im Kündigungsschutzprozess die **Möglichkeit darlegen**, dass und warum "soziale Gesichtspunkte gegenüber dem klagenden Arbeitnehmer deshalb ausreichend berücksichtigt wurden, weil ihm selbst dann, wenn ein seitens des Arbeitnehmers gerügter Auswahlfehler unterblieben wäre, gekündigt worden wäre" (BAG, 27.07.2017 - 2 AZR 476/16 - mit Hinweis auf BAG, 09.11.2006 - 2 AZR 812/05).

6.10 Auswahlkriterien mit Rangfolge?

Das Gesetz verlangt vom Arbeitgeber (nur) die sozialen Auswahlkriterien "**ausreichend**" zu berücksichtigen. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG schreibt dem Arbeitgeber **keine Rangfolge** vor - ja, er muss nicht mal die bestmögliche Sozialauswahl vornehmen. Der Arbeitgeber hat einen **Wertungsspielraum**. Das führt dazu, dass sich nur deutlich schutzwürdigere Arbeitnehmer erfolgreich auf einen Auswahlfehler berufen können. Für die Merkmale Betriebszugehörigkeit/Unterhaltungspflichten hat das BAG nun klargestellt: "Im Rahmen des Sozialauswahl ist eine um drei Jahre längere Betriebszugehörigkeit nicht geeignet, drei Unterhaltungspflichten aufzuwiegen, wenn der Unterhaltsverpflichtete seinerseits eine Betriebszugehörigkeit von immerhin sechs Jahren aufzuweisen hat" (BAG, 29.01.2015 - 2 AZR 164/14 Leitsatz).

6.11 Betriebsbezogenheit - 1

Die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 KSchG soll festlegen, welchen von mehreren vergleichbaren Arbeitnehmern des Betriebs die Kündigung trifft, wenn das dringende betriebliche Erfordernis nur die **Weiterbeschäftigung** eines oder mehrerer Mitarbeiter zulässt. Der Wortlaut des § 1 Abs. 3 KSchG knüpft an die dringenden betrieblichen Erfordernisse des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG an und stellt selbst bei der so genannten **Leistungsträgerregelung** - § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG - auf die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers ab. Der eindeutig aus Wortlaut, Sinn und Zweck sowie dem Gesamtzusammenhang des § 1 KSchG herzuleitenden Betriebsbezogenheit der Sozialauswahl steht auch die Regelung in § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG nicht entgegen, nach der betriebs- und dienststellenübergreifend **Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten** für die zur Kündigung vorgesehenen Mitarbeiter zu prüfen sind (BAG, 31.05.2007 - 2 AZR 218/06).

6.12 Betriebsbezogenheit - 2

Die von § 1 Abs. 3 KSchG vorgeschriebene Sozialauswahl ist betriebsbezogen durchzuführen. Insoweit sind in der Regel "**alle vergleichbaren Arbeitnehmer** in die Auswahlentscheidung einzubeziehen, die **in demselben Betrieb** wie der unmittelbar kündigungsbedrohte Arbeitnehmer beschäftigt sind." Dieser Grundsatz ist auch dann zu beachten, wenn sich der Arbeitgeber im Arbeitsvertrag ein betriebsübergreifendes Versetzungsrecht vorbehalten hat (es folgt ein Hinweis auf BAG, 31.05.2007 - 2 AZR 276/06). Die Sozialauswahl kann nicht auf **Betriebsteile oder -abteilungen** beschränkt werden. Insbesondere "steht der Notwendigkeit einer betriebsbezogenen Sozialauswahl nicht schon die räumliche Entfernung einzelner Filialen eines Bezirks entgegen" (BAG, 14.03.2013 - 8 AZR 155/12).

6.13 Betriebsbezogenheit - 3

Der Arbeitgeber ist gehalten, die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG betriebsbezogen vorzunehmen. Das gilt auch, wenn er - etwa wie in diesem Fall nach § 4 Abs. 1 Satz 2 TV-L - ein **betriebsübergreifendes Versetzungsrecht** hat (s. dazu u.a. BAG, 31.05.2007 - 2 AZR 276/06). Im öffentlichen Dienst ist bei einer betriebsbedingten Kündigung auf die **Dienststelle** abzustellen (s. dazu BAG, 25.10.2012 - 2 AZR 561/11 und BAG, 22.04.2004 - 2 AZR 244/03). Für die Beantwortung der Frage, was eine Dienststelle ist, kommt es maßgeblich auf den **Dienststellenbegriff** i. S. des Personalvertretungsrechts an (so BAG, 23.04.1998 - 2 AZR 489/97) - wofür u. a. spricht, "dass mit dem Bundespersonalvertretungsgesetz 1974 die Regelung zur Weiterbeschäftigung wortgleich mit § 79 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BPersVG in § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG eingefügt worden ist" und sich aus den Gesetzesmaterialien nichts anderes ergibt (BAG, 22.10.2015 - 2 AZR 582/14 - mit Hinweis auf 25.10.2012 - 2 AZR 561/11).

6.14 Betriebszugehörigkeit und Betriebsübergang

"Art. 3 der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen ist dahin auszulegen, dass der **Erwerber** unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens bei der Kündigung eines Arbeitnehmers, die mehr als ein Jahr nach dem Übergang des Unternehmens erfolgt, in die **Berechnung der Beschäftigungszeiten** des betreffenden Arbeitnehmers, die für die Bestimmung der ihm zustehenden Kündigungsfrist maßgeblich sind, die Beschäftigungszeiten einzubeziehen hat, die dieser Arbeitnehmer **beim Veräußerer zurückgelegt hat**" (EuGH, 06.04.2017 - C-336/15 - Leitsatz - Schweden).

6.15 Darlegungs- und Beweislast

§ 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG gibt dem Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, aus denen sich die **Unrichtigkeit der Sozialauswahl** ergibt ("Der Arbeitnehmer hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt im Sinne des Satzes 1 erscheinen lassen"). Dabei ist die Darlegungslast allerdings abgestuft: Hat der Arbeitnehmer die erforderlichen **Informationen**, ist es zunächst seine Sache, die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl darzulegen. Ist er dazu nicht in der Lage und fordert er deswegen den Arbeitgeber zur Mitteilung der Gründe auf, die ihn zur Sozialauswahl veranlasst haben, muss der Arbeitgeber als Folge seiner materiellen **Auskunftspflicht** nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 KSchG substantiiert vortragen. Gibt der Arbeitgeber keine oder nur eine unvollständige Auskunft, ist der der fehlenden Kenntnis des Arbeitnehmers entsprechende Vortrag, es seien Arbeitnehmer mit geringeren Sozialdaten da, schlüssig und ausreichend (BAG, 18.01.2007 - 2 AZR 796/05).

6.16 Entfernte Betriebsteile

Schließt der Arbeitgeber einen Betriebsteil oder eine Betriebsabteilung, darf er die nach § 1 Abs. 3 KSchG gebotene soziale Auswahl nicht allein auf die **von der Schließung betroffene Einheit** beschränken. Er muss die Sozialauswahl **auf den gesamten Betrieb erstrecken**. "Das gilt auch dann, wenn einzelne Betriebsstätten desselben Betriebs räumlich weit voneinander entfernt liegen ... [es folgt ein Hinweis auf BAG, 03.06.2004 - 2 AZR 577/03]." Wenn wegen der Stilllegung eines wesentlichen Betriebsteils dann **Beschäftigungsmöglichkeiten wegfallen**, kann das unter Umständen dazu führen, dass der Arbeitgeber anstelle des Arbeitsverhältnisses eines dort beschäftigten Mitarbeiters das Arbeitsverhältnis eines Kollegen kündigen muss, der in einem anderen - von der Stilllegung gar nicht direkt betroffenen - Teil des Betriebs arbeitet. Weiter vorausgesetzt, "dieser Mitarbeiter [ist] nach arbeitsplatzbezogenen Kriterien mit einem in dem stillgelegten Betriebsteil beschäftigten Arbeitnehmer vergleichbar und sozial weniger schutzbedürftig" (BAG, 05.06.2014 - 2 AZR 418/13).

6.17 Fehlende Vergleichbarkeit

Die von § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 KSchG für die Sozialauswahl verlangte Vergleichbarkeit liegt nicht vor, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einseitig auf einen anderen Arbeitsplatz **um- oder versetzen** kann. Sie scheidet damit in Fällen aus, in denen der Einsatz des gekündigten Mitarbeiters auf einem anderen Arbeitsplatz eine **Änderungskündigung** oder eine **einvernehmliche Änderung des Arbeitsvertrags** erfordert. Ist ein Arbeitnehmer beispielsweise ausdrücklich für die "Tätigkeit eines Zeitungsauslieferers" eingestellt worden, kann er nicht verlangen, dass sein Arbeitgeber die Sozialauswahl auf Hilfskräfte beim Rotationsdruck und Maschinenbediener erstreckt (BAG, 15.08.2002 - 2 AZR 195/01).

6.18 Fehlerhaftigkeit

Eine Sozialauswahl ist nur dann unwirksam, wenn ihr **Ergebnis** fehlerhaft ist. Was dabei zu berücksichtigen ist: Selbst wenn das **Auswahlverfahren** mangelhaft ist, kann es im Ergebnis trotzdem zu einer richtigen, nicht fehlerhaften Auswahl führen. Wurde die Sozialauswahl gar nicht oder methodisch falsch durchgeführt, "ist die Kündigung jedenfalls nicht aus diesem Grund unwirksam, wenn mit der tatsächlich getroffenen Auswahl des Gekündigten eine, sei es auch zufällig, objektiv **vertretbare Auswahl** getroffen worden ist. Hält das Arbeitsgericht die Sozialauswahl für falsch, verlangt diese Würdigung die vorausgehende Feststellung, dass der Auswahlfehler, den der gekündigte Arbeitnehmer gerügt hat, tatsächlich vorliegt, weil ein mit ihm vergleichbarer Kollege weniger schutzwürdig ist als er" (BAG, 20.09.2012 - 6 AZR 483/11).

6.19 Gemeinschaftsbetrieb

Wenn **mehrere Unternehmen** einen gemeinschaftlichen Betrieb bilden, muss die Sozialauswahl bis zur Auflösung des Gemeinschaftsbetriebs auf den gesamten Betrieb erstreckt werden. Dabei braucht eine **unternehmensübergreifende Sozialauswahl** dann nicht mehr vorgenommen zu werden, wenn der gemeinschaftliche Betrieb im Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr besteht. Die **gemeinsame Klammer**, die eine unternehmensübergreifende Sozialauswahl veranlasst hat, entfällt regelmäßig auch dann, wenn im Zeitpunkt der Kündigung einer der Betriebe, die zusammen einen Gemeinschaftsbetrieb gebildet haben, 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 (BAG, 29.11.2007 - 2 AZR 763/06).

6.20 Grobe Fehlerhaftigkeit - 1

Eine Sozialauswahl ist im Sinn des § 1 Abs. 5 KSchG grob fehlerhaft, wenn ein evidenter, ins Auge springender schwerer Fehler vorliegt und der Interessenausgleich jede **Ausgewogenheit** vermissen lässt. § 1 Abs. 5 KSchG räumt den Betriebspartnern allerdings einen weiten **Spielraum** bei der Sozialauswahl ein. Er geht davon aus, dass unter anderem durch die Gegensätzlichkeit der von Arbeitgeber und Betriebsrat vertretenen Interessen und durch die auf beiden Seiten vorhandenen Kenntnisse der betrieblichen Verhältnisse gewährleistet ist, dass dieser Spielraum auch **angemessen und vernünftig** genutzt wird (BAG, 17.01.2008 - 2 AZR 405/06).

6.21 Grobe Fehlerhaftigkeit - 2

Der Arbeitgeber und die Betriebspartner nach § 1 Abs. 4 KSchG haben bei dem unter den vergleichbaren Mitarbeitern durchzuführenden Vergleich der Sozialindikatoren (Betriebszugehörigkeit, Alter, Unterhaltungspflichten, Schwerbehinderung) einen **Wertungsspielraum**. Ist in einer **Auswahlrichtlinie** nach § 95 BetrVG festgelegt, wie die Sozialkriterien im Verhältnis zueinander zu bewerten sind, kann diese Bewertung nach § 1 Abs. 4 KSchG nur noch auf grobe Fehlerhaftigkeit hin überprüft werden. **Grob fehlerhaft** ist die Gewichtung der sozialen Auswahlgesichtspunkte, wenn sie jede Ausgewogenheit vermissen lässt, das heißt wenn einzelne Sozialdaten überhaupt nicht, eindeutig unzureichend oder mit eindeutig überhöhter Bedeutung berücksichtigt wurden (BAG, 05.06.2008 - 2 AZR 907/06).

6.22 Lebensalter

Das Alter des zu kündigenden Arbeitnehmers ist nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG eines der Merkmale, das bei fehlender oder nicht ausreichender **Berücksichtigung** eine Kündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse scheitern lassen kann. Das macht **Probleme** bei Arbeitnehmern fortgeschrittenen Alters - die wegen dieses Auswahlkriteriums vielleicht schutzwürdiger als jüngere Mitarbeiter sind. Grundsätzlich ja, aber: "Ein **regelaltersrentenberechtigter Arbeitnehmer** ist in einer Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG hinsichtlich des Kriteriums 'Lebensalter' deutlich weniger schutzbedürftig als ein Arbeitnehmer, der noch keine Altersrente beanspruchen kann" (BAG, 27.04.2017 - 2 AZR 67/16 - Leitsatz).

6.23 Leiharbeiter

Unabhängig von der Frage, ob und wie Leiharbeiter während der Überlassung im **Entleiherbetrieb** nach § 23 Abs. 1 KSchG bei der Berechnung der Betriebsgröße mitzuberechnen sind: Sie bleiben während der Überlassung auch Arbeitnehmer des Verleihers. Dieses Ergebnis stellt § 14 Abs. 1 AÜG für die **betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung** dieser Arbeitnehmer ausdrücklich klar. "Für die Sozialauswahl gilt nichts anderes." "Zum **Betrieb des Verleihers** gehören damit alle unter einer einheitlichen Leitung zusammengefassten, zu dem Zweck ihrer Überlassung an Dritte beschäftigten Arbeitnehmer. Der Betrieb umfasst nicht nur die einsatzfreien, sondern auch die im Einsatz befindlichen Arbeitnehmer" (BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 271/12).

6.24 Leistungsträger

Arbeitnehmer, "deren **Weiterbeschäftigung**, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, **im berechtigten**

betrieblichen Interesse liegt", sind nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG nicht in die soziale Auswahl einzubeziehen. Dabei müssen die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers an der Herausnahme eines so genannten "Leistungsträgers" auch im Zusammenhang mit der Sozialauswahl berechtigt sein: "Das Interesse des sozial schwächeren Arbeitnehmers ist im Rahmen des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG gegen das betriebliche **Interesse des Arbeitgebers** an der Herausnahme des sog. Leistungsträgers abzuwägen. Je schwerer dabei das soziale Interesse wiegt, desto gewichtiger müssen die Gründe für die Ausklammerung des Leistungsträgers sein" (BAG, 22.03.2012 - 2 AZR 167/11 - hier: Herausnahme eines Mechatronikers, der in der Lage war, alle elektrischen Anlagen und Steuereinheiten zu reparieren).

6.25 Mehrere Arbeitnehmer

"Sind von einer **Organisationsmaßnahme** mehrere vergleichbare Arbeitnehmer betroffen, so hat der Arbeitgeber - soweit diese um eine geringere Anzahl im Betrieb fortbestehender Beschäftigungsmöglichkeiten konkurrieren - durch eine Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG zu entscheiden, welchen Arbeitnehmer er auf welchen der noch vorhandenen Arbeitsplätze weiterbeschäftigt." Geht es dabei um **Tätigkeiten**, "von denen sich einige mehr oder weniger vom Inhalt des bisherigen Arbeitsvertrags entfernen, ist es grundsätzlich eine Frage der sozialen Auswahl, welchem Arbeitnehmer das in dieser Hinsicht 'günstigere' **Weiterbeschäftigungsangebot** zu unterbreiten ist." Dabei muss der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess konkret rügen, dass der Arbeitgeber keine oder eine falsche Sozialauswahl vorgenommen hat. Tut er das nicht, braucht der Arbeitgeber seine Auswahlentscheidung nicht näher zu begründen (BAG, 24.05.2012 - 2 AZR 163/11).

6.26 Namensliste

Die **Richtigkeit** der Namensliste nach § 1 V KSchG wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass die Betriebspartner bei einer Betriebsänderung, die **mehrere Betriebe** des Arbeitgebers umfasst, auch Arbeitnehmer einbeziehen, die in einem Betrieb arbeiten, der nicht von der Betriebsänderung betroffen ist. "Mangelt es bezogen auf einzelne Betriebe an den Voraussetzungen einer **Betriebsänderung**, führt dies lediglich dazu, dass die in § 1 Abs. 5 Satz 1 u. 2 BetrVG vorgesehenen Rechtsfolgen für die diesen Betrieben zugehörigen Arbeitnehmer nicht greifen." Soweit sie in der Namensliste aufgeführt werden, bedeutet das nicht, dass damit die vom Gesetz vorgesehenen Rechtsfolgen auch für die Arbeitnehmer entfallen, die aufgrund einer Betriebsänderung in ihrem Betrieb entlassen werden sollen (BAG, 19.07.2012 - 2 AZR 386/11).

6.27 Ort der Arbeitsleistung

Die Sozialauswahl ist eingeschränkt, wenn ein Arbeitnehmer nach den vertraglichen Absprachen **nur an einem Arbeitsort eingesetzt** werden kann. Aber: "Ist im Arbeitsvertrag zwar der Ort der Arbeitsleistung [hier: 'für den Bereich Seniorenresidenz T'] bestimmt, ist aber zugleich die Möglichkeit eines Einsatzes auch in anderen Betrieben des Unternehmens vorgesehen [hier: durch Inbezugnahme eines Tarifvertrags, der eine Versetzungsmöglichkeit vorsieht], verhindert dies regelmäßig die Beschränkung der Arbeitspflicht auf den im Vertrag genannten Arbeitsort [es folgen Hinweise auf BAG, 28.08.2013 - 10 AZR 569/12 und BAG, 19.01.2011 - 10 AZR 738/09]. Insoweit macht es keinen Unterschied, ob im Arbeitsvertrag auf eine Festlegung des Ortes der Arbeitsleistung verzichtet und diese dem Arbeitgeber im Rahmen von § 106 GewO vorbehalten bleibt oder ob der Ort der Arbeitsleistung bestimmt, aber die **Möglichkeit der Zuweisung** eines anderen Ortes vereinbart wird. Dadurch wird lediglich klargestellt, dass § 106 Satz 1 GewO gelten und eine **Befugnis zur Versetzung an andere Arbeitsorte** bestehen soll" (BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 512/13).

6.28 Personalstruktur

Die Frage, ob und wie sich Kündigungen auf die Altersstruktur eines Betriebs auswirken, welche **Nachteile** sich für Arbeitgeber/Betrieb daraus ergeben und ob diese Nachteile geeignet sind, von den Vorgaben des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG abweichende Lösungen zu rechtfertigen, kann nicht abstrakt für alle möglichen Fälle beantwortet werden. Es kommt auf **die individuellen betrieblichen Verhältnisse** an. Im Kündigungsschutzprozess muss der Arbeitgeber daher die Auswirkungen und möglichen Nachteile konkret darlegen, will er sich wegen der Sicherung seiner Personalstruktur auf § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG berufen (s. dazu BAG 19.12.2013 - 6 AZR 790/12 und BAG, 15.12.2011 - 2 AZR 42/10). "Zumindest dann, wenn ... die **Anzahl der Entlassungen** innerhalb der Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer im Verhältnis zur Anzahl aller

Arbeitnehmer des Betriebs die Schwellenwerte des § 17 KSchG erreicht, kommen .. [dem Arbeitgeber] dabei Erleichterungen zugute; ein berechtigtes betriebliches Interesse an der Beibehaltung der Altersstruktur wird unter dieser Voraussetzung - widerlegbar - indiziert" (BAG, 26.03.2015 - 2 AZR 478/13 - mit Hinweis auf BAG, 24.10.2013 - 6 AZR 854/11 und BAG, 19.07.2012 - 2 AZR 352/11).

6.29 Teilzeitarbeitnehmer

Ob der Arbeitgeber bei einer betriebsbedingten Kündigung von Vollzeitmitarbeitern auch Teilzeitarbeitnehmer und bei einer betriebsbedingten Kündigung von Teilzeitbeschäftigten auch Vollzeitkräfte mit in die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 KSchG einbeziehen muss, hängt von seiner **Betriebsorganisation** ab. In Teilzeit arbeitende Beschäftigte sind dann **vergleichbar**, wenn es dem Arbeitgeber lediglich um eine Reduzierung des Arbeitszeitvolumens geht, ohne dass organisatorische Entscheidungen über die Gestaltung der Arbeitszeit auf bestimmten Arbeitsplätzen getroffen wurden. Liegt dagegen ein nachvollziehbares **unternehmerisches Konzept** der Arbeitszeitgestaltung vor, demzufolge bestimmte Tätigkeiten bestimmte Arbeitszeiten zugeordnet sind, ist die unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers zur Einrichtung von Voll- beziehungsweise Teilzeitarbeitsplätzen von den Arbeitsgerichten hinzunehmen, wenn sie nicht offensichtlich unsachlich ist (BAG, 07.12.2006 - 2 AZR 748/05 - mit dem Hinweis, dass Arbeitnehmer, die auf Grund einer unternehmerischen Organisationsentscheidung unterschiedliche Arbeitszeiten aufweisen, die nur durch eine Änderungskündigung angepasst werden können, nicht miteinander vergleichbar sind).

6.30 Überprüfung

Die Überprüfung der Sozialauswahl erfolgt **nicht von Amts wegen**. § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG weist dem Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für die **Tatsachen** zu, aus denen sich eine nicht ausreichende Sozialauswahl ergeben soll. Deswegen ist von ihm zu verlangen, dass er den oder die **Mitarbeiter benennt**, dem oder denen statt seiner hätte gekündigt werden müssen (BAG, 18.10.2006 - 2 AZR 473/05).

6.31 Vergleichbarkeit

Der **Kreis der Arbeitnehmer**, die in die Sozialauswahl einzubeziehen sind, ist in erster Linie **nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen zu bestimmen**, das heißt nach der vom Arbeitnehmer - und seinen Kollegen - ausgeübten Tätigkeit. Dabei ist nicht allein die Identität der Arbeitsplätze maßgeblich - es kommt auch darauf an, ob der Arbeitnehmer auf Grund seiner **Ausbildung und Tätigkeit** eine andersartige, aber gleichwertige Tätigkeit übernehmen kann. Die Vergleichbarkeit wird nicht dadurch aufgehoben, dass der Arbeitnehmer eine kurze Einarbeitungszeit braucht, um voll eingesetzt werden zu können (BAG, 10.06.2010 - 2 AZR 420/09 - mit dem Hinweis, dass es an einer Vergleichbarkeit fehlt, wenn der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter nicht einseitig auf den anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann).

6.32 Vorgeschobene Gründe

Behauptet der Arbeitnehmer, die Sozialauswahl sei auf ihn **zugeschnitten**, reichen bloße Vermutungen nicht aus, diese Behauptung zu untermauern. Rügt der Arbeitnehmer die Sozialauswahl, muss er dazu einen hinreichend **substanzierten Sachvortrag** liefern. Der bloße Hinweis des Arbeitnehmers auf "**frühere Vorkommnisse**" ist nicht geeignet, eine Verknüpfung zwischen diesen früheren Ereignissen und der konkret getroffenen Sozialauswahl als auf den Mitarbeiter zugeschnitten herzustellen (BAG, 06.09.2007 - 2 AZR 387/06).

6.33 Zweck der Sozialauswahl

In Fällen, in denen die Zahl der noch vorhandenen Arbeitnehmer wegen des rückläufigen Beschäftigungsbedarfs höher als die **Zahl der zukünftig benötigten Mitarbeiter** ist, hat die Sozialauswahl den Zweck, die betrieblichen Erfordernisse i. S. des § 1 Abs. 2 KSchG in personeller Hinsicht zu konkretisieren (s. dazu BAG, 31.05.2007 - 2 AZR 276/06). In dem von § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG vorgezeichneten Rahmen soll dann grundsätzlich der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz verlieren, "der **auf das Arbeitsverhältnis am wenigsten angewiesen** ist." Dabei sind seit der KSchG-Neureglung ab dem 01.01.2004 nur **vier Kriterien** maßgeblich: Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltungspflichten, Schwerbehinderung. "Sie bilden jeweils typisierend die Merkmale einer besonderen Schutzbedürftigkeit aus"

(BAG, 27.04.2017 - 2 AZR 67/16) .

6.34 Zwingendes Recht

"Die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG stellt bei einer ordentlichen Kündigung zwingendes Recht dar. Sie kann weder durch einzelvertragliche noch durch kollektivrechtliche Vereinbarungen **abbedungen** werden" (s. dazu BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 271/12). "Dies gilt im Ergebnis auch für **außerordentliche Kündigungen aus betrieblichen Gründen**. Zwar ist hier § 1 Abs. 3 KSchG nicht unmittelbar anwendbar. Da der Arbeitgeber bei der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung aber zumindest die **Schranken** beachten muss, die den Arbeitnehmer im Fall einer ordentlichen Kündigung schützen und er zu einer Sozialauswahl entsprechend § 1 Abs. 3 KSchG verpflichtet ist" (s. dazu BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 295/12), "folgt deren Unabdingbarkeit aus dem zwingenden Erfordernis eines wichtigen Grundes iSv. § 626 Abs. 1 BGB für die außerordentliche Kündigung" (BAG, 27.06.2019 - 2 AZR 50/19) .