

## ARBEITSRECHT

JANUAR 2023

### Aktuelle Rechtsprechung im Kündigungsrecht

Mit diesem Newsletter möchten wir aus aktuellem Anlass auf eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zu Kriterien einer Sozialauswahl im Rahmen einer betriebsbedingten Kündigung hinweisen.

#### 1. Grundsatz

Eine ordentliche betriebsbedingte Kündigung muss sich an § 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) messen lassen, d. h. sie muss "sozial gerechtfertigt" sein, wenn der gekündigte Arbeitnehmer unter das KSchG fällt. Das wiederum ist der Fall,

- wenn das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung bereits länger als sechs Monate bestanden hat (§ 1 Abs.1 KSchG) und
- wenn im Betrieb des Arbeitgebers in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt sind (§ 23 Abs.1 KSchG).

Nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung müssen die folgenden Voraussetzungen vorliegen, damit eine betriebsbedingte Kündigung wirksam ist. Fehlt auch nur eine dieser Voraussetzungen, ist die Kündigung unwirksam:

- Es liegen betriebliche Erfordernisse vor, die dazu führen, dass der Bedarf an Arbeitsleistungen geringer wird.
- Die Kündigung ist "dringend", d. h. es gibt keine Möglichkeit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen Arbeitsplatz.
- Bei Abwägung des Arbeitgeber-Interesses an einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses und des Arbeitnehmer-Interesses an einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses überwiegt das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers ("Interessenabwägung").
- Bei der Auswahl des gekündigten Arbeitnehmers sind soziale Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigt worden („Sozialauswahl“).

Die gesetzliche Regelung des § 1 Abs. 3 bis 5 KSchG sieht hierzu vor:

- (3) *Ist einem Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Erfordernissen im Sinne des Absatzes 2 gekündigt worden, so ist die Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der*

*Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat; auf Verlangen des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. In die soziale Auswahl nach Satz 1 sind Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Der Arbeitnehmer hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt im Sinne des Satzes 1 erscheinen lassen.*

- (4) *Ist in einem Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung nach § 95 des Betriebsverfassungsgesetzes oder in einer entsprechenden Richtlinie nach den Personalvertretungsgesetzen festgelegt, wie die sozialen Gesichtspunkte nach Absatz 3 Satz 1 im Verhältnis zueinander zu bewerten sind, so kann die Bewertung nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden.*
- (5) *Sind bei einer Kündigung auf Grund einer Betriebsänderung nach § 111 des Betriebsverfassungsgesetzes die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet, so wird vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des Absatzes 2 bedingt ist. Die soziale Auswahl der Arbeitnehmer kann nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, soweit sich die Sachlage nach Zustandekommen des Interessenausgleichs wesentlich geändert hat. Der Interessenausgleich nach Satz 1 ersetzt die Stellungnahme des Betriebsrates nach § 17 Abs. 3 Satz 2.*

Demzufolge müssen bei der Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer die folgenden persönlichen Merkmale gleichwertig und ohne Vorrangverhältnis eines einzelnen Kriteriums berücksichtigt werden:

- die Dauer der Betriebszugehörigkeit,
- das Lebensalter,
- die Unterhaltspflichten und
- eine etwaige Schwerbehinderung.

Bei der Sozialauswahl trifft es also im Regelfall diejenigen Arbeitnehmer, die eher jung und vergleichsweise

kurz beschäftigt sind, die keine Unterhaltspflichten erfüllen müssen und die keine Schwerbehinderung aufweisen.

## 2. Aktuelle Rechtsprechung

Das BAG hatte sich nunmehr mit aktuellem Urteil vom 08.12.2022 zum Aktenzeichen 6 AZR 31/22 mit der Frage auseinanderzusetzen, ob eine Berücksichtigung der Rentennähe bei der sozialen Auswahl zulässig sei.

Durch das Gericht wurde insoweit festgestellt, dass die gesetzlichen Kriterien durchaus ambivalenten Charakter aufweisen und daher sowohl zu Gunsten wie auch zu Lasten des Arbeitnehmers gewertet werden können und dürfen.

### a) Sachverhalt

Die 1957 geborene Klägerin war seit 1972 bei der Insolvenzschriftführerin beschäftigt. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens schloss der zum Insolvenzverwalter bestellte Beklagte mit dem Betriebsrat einen ersten Interessenausgleich mit Namensliste, der die Kündigung von 61 der 396 beschäftigten Arbeitnehmer vorsah. Als zu kündigende Arbeitnehmerin war die Klägerin in der Namensliste genannt. Mit Schreiben vom 27.03.2020 kündigte der beklagte Insolvenzverwalter das Arbeitsverhältnis zum 30.06.2020.

Die Klägerin hielt die Kündigung für unwirksam. Der beklagte Insolvenzverwalter war der gegenteiligen Ansicht. Die Klägerin sei in ihrer Vergleichsgruppe – auch in Bezug auf den von ihr benannten, 1986 geborenen und seit 2012 beschäftigten Kollegen – sozial am wenigsten schutzwürdig. Sie habe als einzige die Möglichkeit gehabt, ab 01.12.2020 und damit zeitnah im Anschluss an das beendete Arbeitsverhältnis eine Altersrente für besonders langjährig Beschäftigte (§§ 38, 236b SGB VI) zu beziehen. Aus diesem Grund falle sie hinter alle anderen vergleichbaren Arbeitnehmer zurück.

Nach erneuten Verhandlungen mit dem Betriebsrat vereinbarte der beklagte Insolvenzverwalter mit diesem Ende Juni 2020 wegen der nunmehr beabsichtigten Betriebsstilllegung nach Ausproduktion zum 31.05.2021 einen zweiten Interessenausgleich mit Namensliste. Der beklagte Insolvenzverwalter kündigte der auf der Namensliste aufgeführten Klägerin vorsorglich erneut am 29.06.2020 zum 30.09.2020.

Die Klägerin erhob auch gegen diese Kündigung Kündigungsschutzklage.

Das Arbeitsgericht hatte beiden Kündigungsschutzanträgen stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht Hamm hatte die hiergegen gerichtete Berufung des beklagten Insolvenzverwalters mit Urteil vom 03.09.2021, Az. 16 Sa 152/21, zurückgewiesen.

### b) Entscheidungsgründe

Die Revision des beklagten Insolvenzverwalters hatte vor dem Sechsten Senat des BAG nur teilweise Erfolg.

Der Senat befand die erste Kündigung vom 27.03.2020 wie die Vorinstanzen im Ergebnis für unwirksam.

Allerdings durften die Betriebsparteien die Rentennähe der Klägerin bei der Sozialauswahl bezogen auf das Kriterium „Lebensalter“ berücksichtigen. Sinn und Zweck der sozialen Auswahl sei es, unter Berücksichtigung der im Gesetz genannten Auswahlkriterien gegenüber demjenigen Arbeitnehmer eine Kündigung zu erklären, der sozial am wenigsten schutzbedürftig ist.

Das Auswahlkriterium „Lebensalter“ ist dabei ambivalent. Zwar nimmt die soziale Schutzbedürftigkeit zunächst mit steigendem Lebensalter zu, weil lebensältere Arbeitnehmer nach wie vor typischerweise schlechtere Vermittlungschancen auf dem Arbeitsmarkt haben. Sie fällt aber wieder ab, wenn der Arbeitnehmer entweder spätestens innerhalb von zwei Jahren nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses über ein Ersatzeinkommen in Form einer abschlagsfreien Rente wegen Alters – mit Ausnahme der Altersrente für schwerbehinderte Menschen (§§ 37, 236a SGB VI) – verfügen kann oder über ein solches bereits verfügt, weil er eine abschlagsfreie Rente wegen Alters bezieht.

Diese Umstände können der Arbeitgeber bzw. die Betriebsparteien bei dem Auswahlkriterium „Lebensalter“ zum Nachteil des Arbeitnehmers berücksichtigen. Insoweit billigen ihnen § 1 Abs. 3 KSchG, § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO einen Wertungsspielraum zu.

Die streitbefangene Kündigung vom 27.03.2020 war im Ergebnis dennoch unwirksam, weil die Auswahl der Klägerin im vorliegenden Fall allein wegen ihrer Rentennähe unter Außerachtlassung der anderen Auswahlkriterien „Betriebszugehörigkeit“ und „Unterhaltspflichten“ erfolgte und deswegen grob fehlerhaft war.

Im Hinblick auf die vorsorgliche Kündigung vom 29.06.2020 hatte die Revision des beklagten Insolvenzverwalters demgegenüber Erfolg. Diese Kündigung war wirksam und hat das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Ablauf des 30.09.2020 aufgelöst.

### Praxishinweis

Bei einer betriebsbedingten Kündigung hat die Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers anhand der in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG bzw. § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO genannten Kriterien zu erfolgen.

Bei der Gewichtung des Lebensalters kann hierbei zu Lasten des Arbeitnehmers berücksichtigt werden, dass er bereits eine (vorgezogene) Rente wegen Alters abschlagsfrei bezieht. Das Gleiche gilt, wenn der Arbeitnehmer rentennah ist, weil er eine solche abschlagsfreie Rente oder die Regelaltersrente spätestens innerhalb von zwei Jahren nach dem in Aussicht genommenen Ende des Arbeitsverhältnisses beziehen kann. Lediglich eine Altersrente für schwerbehinderte Menschen darf insoweit nicht berücksichtigt werden.

Die Auswahl hat darüber hinaus auch unter Beachtung der anderen Auswahlkriterien „Betriebszugehörigkeit“ und „Unterhaltspflichten“ zu erfolgen.