
Datum: 24.03.1998
Gericht: Landesarbeitsgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 (8) Sa 2017/97
ECLI: ECLI:DE:LAGD:1998:0324.3.8SA2017.97.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Oberhausen, 4 Ca 1738/97
Schlagworte: Betriebsbedingte Kündigung; Betriebsratsanhörung und Sozialauswahl bei Interessenausgleich mit Namensliste
Normen: § 1 KSchG, §§ 111, 112 a BetrVG
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:

Die Erstellung eines Interessenausgleichs mit Namensliste gem. § 1 Abs. 5 KSchG entbindet den Arbeitgeber weder von der Anhörung des Betriebsrats zu Betriebsbedingtheit und Sozialauswahl gem. § 102 Abs. 1 BetrVG vor Kündigungsausspruch noch werden die Anforderungen an die Informationspflicht herabgesetzt. Die auf grobe Fehlerhaftigkeit reduzierte Prüfung der Sozialauswahl bezieht sich allein auf die Gewichtung der Sozialindikatoren, nicht hingegen auf die Bildung des auswahlrelevanten Personenkreises sowie die Nichteinbeziehung von Arbeitnehmern im betrieblichen Interesse gem. § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG.

Tenor:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Oberhausen vom 17.09.1997 - 4 Ca 1738/97 - wird kostenpflichtig zurückgewiesen.
 2. Die Revision wird zugelassen.
-

Tatbestand:

- Die Parteien streiten um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. 2
- Der am 06.12.1942 geborene Kläger ist seit dem 01.07.1970 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängern als Diplomingenieur zu einem monatlichen Bruttogehalt von zuletzt 9.250,-- DM beschäftigt. Der Kläger ist verheiratet und zwei Kindern unterhaltsverpflichtet. Die Beklagte ist ein Unternehmen auf dem Gebiet der Kraftwerkstechnik mit Sitz in O.. Ihr Geschäftsbereich umfaßt den Kraftwerks- und Anlagenbau von der Projektierung bis zur Inbetriebnahme. 3
- Mit Schreiben vom 26.06.1997 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zum 31.12.1997 unter Hinweis auf einen Interessenausgleich/Sozialplan, ausweislich dessen dem Kläger eine Abfindung in Höhe von 52.000,-- DM zustehe. 4
- Mit der am 14.07.1997 bei dem Arbeitsgericht Oberhausen eingegangenen Klage hat sich der Kläger gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewandt und die Betriebsbedingtheit der Kündigung in Abrede gestellt. Die Sozialauswahl erweise sich als grob fehlerhaft. In der Abteilung EP2 seien insgesamt 20 Mitarbeiter tätig, von denen 11 Ingenieure bzw. Diplomingenieure seien. Nur zwei hiervon wiesen eine längere Betriebszugehörigkeit als der Kläger auf. Die weitaus meisten Mitarbeiter seien sozial weniger schutzbedürftig. Der Kläger hat eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung in Abrede gestellt. 5
- Der Kläger hat beantragt 6
- festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 26.06.1997 beendet worden ist. 7
- Die Beklagte hat beantragt, 8
- die Klage abzuweisen. 9
- Die Beklagte hat behauptet, das Kraftwerksgeschäft in Deutschland sei vor allem in den letzten Jahren stark rückläufig gewesen, wodurch sie gezwungen sei, zur Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit Kosten einzusparen und in diesem Zusammenhang auch Personal zu reduzieren. Zukünftig werde mehr als 70 % des Gesamtvolumens im Ausland erzielt, während das Inlandsgeschäft immer weiter zurückgehen werde. Man habe sich daher entschlossen, die Mitarbeiterzahl von ca. 2.500 in einer ersten Welle um insgesamt 180, in einer zweiten Welle um weitere 200 Arbeitnehmer zu reduzieren. Aus diesem Grunde sei es am 20.02.1997 sowie am 26.05.1997 jeweils zum Abschluß eines Interessenausgleichs und Sozialplans gekommen, wobei in etwa 330 Fällen eine Namensliste der betroffenen Arbeitnehmer - darunter auch der Kläger - verabschiedet worden sei, welche als Teil des Interessenausgleichs/Sozialplans i.S. von § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG anzusehen seien. Die Darlegungs- und Beweislast für die fehlende Betriebsbedingtheit der Kündigung sowie die grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl obliege nunmehr dem Kläger. 10
- Die Beklagte hat behauptet, im Rahmen der Sozialauswahl habe sie den Angestellten Z. aus dem Kreis der vergleichbaren Mitarbeiter herausgenommen, da dessen Weiterbeschäftigung unter anderem aufgrund allgemeiner Auslandserfahrung, spezieller Kenntnisse im französisch-sprachigen Markt und guter Kundenkontakte im berechtigten betrieblichen Interesse liege. Er könne zudem ein vertieftes Wissen im sogenannten Vertriebsinformationssystem (VIS) sowie in wärmetechnischen Berechnungen nachweisen. 11

Auch lasse die Weiterbeschäftigung der Mitarbeiter K., H., T., F. und D. die Sozialauswahl nicht grob fehlerhaft werden. Der Betriebsrat sei aus den Verhandlungen über den Interessenausgleich und die Erstellung der Namensliste über die betrieblichen Gründe wie auch die Sozialindikatoren und vergleichbaren Arbeitnehmer unterrichtet gewesen und ordnungsgemäß vor Ausspruch der Kündigung angehört worden.

Durch Urteil vom 17.09.1997, auf dessen Tatbestand und Entscheidungsgründe ergänzend Bezug genommen wird, hat das Arbeitsgericht Oberhausen festgestellt, daß die Kündigung der Beklagten vom 26.06.1997 rechtsunwirksam ist. Die Kosten des Verfahrens hat das Gericht der Beklagten auferlegt und den Streitwert auf 27.750,-- DM festgesetzt. Zur Begründung hat das Arbeitsgericht im wesentlichen ausgeführt, die Sozialauswahl sei grob fehlerhaft i.S. von § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG erfolgt. Die Beklagte habe den Mitarbeiter D. dem Kläger nicht vorziehen dürfen. Dieser sei mit dem Kläger vergleichbar. Ausweislich des Zeugnisses des Klägers habe dieser ebenso wie der Mitarbeiter D. selbständig und federführend gearbeitet und Erfahrungen im Bereich der Projektierung Ausland gesammelt. Hinsichtlich der Sozialdaten bestehe ein auffälliges Mißverhältnis, da der Kläger mit 54 Jahren, 14 Jahre älter und mit 27 Beschäftigungsjahren 19 Jahre länger als der Angestellte D. bei der Beklagten beschäftigt sei. 12

Gegen das ihr am 31.10.1997 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit einem am 27.11.1997 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit einem weiteren, dem Gericht am 22.12.1997 vorliegenden Schriftsatz begründet. 13

Mit der Berufung greift die Beklagte das Urteil in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht an und hält an der Auffassung fest, der Mitarbeiter D. sei mit dem Kläger nicht vergleichbar. Im Gegensatz zum Kläger sei dieser in der Vergangenheit mit mittleren bis großen Projekten in der Größenordnung von 10 bis 50 Mio. DM selbständig betraut worden. Das Zeugnis des Klägers stehe der mangelnden Vergleichbarkeit nicht entgegen, da dieses inhaltlich zum Teil veraltet sei. 14

Die Beklagte beantragt, 15

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Oberhausen vom 17.09.1997 - 4 Ca 1738/97 - die Klage abzuweisen. 16

Der Kläger beantragt, 17

die Berufung zurückzuweisen. 18

Der Kläger verteidigt die angefochtene Entscheidung und tritt der Behauptung der Beklagten entgegen, er sei zur selbständigen Betreuung größerer Projekte nicht in der Lage. Aus unsachlichen Gründen werde er in den letzten drei bis vier Jahren nur noch dazu eingesetzt, dem Gruppenleiter zuzuarbeiten, während der Mitarbeiter D. ihm systematisch vorgezogen werde. Über mehr als 20 Jahre habe er jedoch eigenverantwortlich Auslandsaufträge ausgeführt. 19

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in beiden Rechtszügen wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze Bezug genommen (§§ 523, 313 Abs. 2 ZPO, 64 Abs. 6 ArbGG). 20

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e : 21

22

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Oberhausen vom 17.09.1997 ist zulässig, hingegen unbegründet.

I. 23

Die Berufung ist an sich statthaft (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig (§ 64 Abs. 2 ArbGG) sowie in gesetzlicher Form und Frist eingelegt (§§ 518 Abs. 1 u. 2 ZPO, 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG) und begründet worden (§§ 519 Abs. 2 u. 3 ZPO, 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG). 24

II. 25

Die Berufung hatte hingegen in der Sache keinen Erfolg. Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ist nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 26.06.1997 beendet worden. 26

1. 27

Es ermangelte der Kündigung bereits an der erforderlichen ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats gem. § 102 Abs. 1 BetrVG. 28

a) 29

Grundsätzlich muß der Arbeitgeber dem Betriebsrat diejenigen Gründe mitteilen, die für seinen Kündigungsentschluß maßgebend sind (BAG AP Nrn. 12, 18, 49 und 68 zu § 102 BetrVG 1972). Die Begründungspflicht nach § 102 Abs. 1 BetrVG hat einen anderen Charakter als die Darlegungslast im Kündigungsschutzverfahren (statt vieler: BAG v. 08.09.1988, AP Nr. 49 zu § 102 BetrVG 1972; Kraft, in Festschrift für Kissel, 611, 613). Bei einer betriebsbedingten Kündigung hat der Arbeitgeber die dringenden betrieblichen Erfordernisse zu bezeichnen, die einer Beschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen. Auch hier muß grundsätzlich konkretisiert werden, aus welchem Grund der Arbeitnehmer nicht mehr benötigt wird. Zudem sind diejenigen Gründe mitzuteilen, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben (vgl. grundlegend: BAG v. 29.03.1984, AP Nr. 31 zu § 102 BetrVG m.zust.Anm.v. Hoyningen-Huene). Auswahlgründe, auf die der Arbeitgeber im Rahmen der Sozialauswahl selbst nicht abstellen will, brauchen dem Betriebsrat nicht mitgeteilt zu werden (BAG AP Nr. 57 zu § 102 BetrVG; vgl. auch BAG AP Nr. 49 zu § 102 BetrVG 1972; BAG v. 05.10.1995 - 2 AZR 87/95 -). Dem Betriebsrat sind auch ohne ein entsprechendes Verlangen die Gründe mitzuteilen, die den Arbeitgeber tatsächlich zur Auswahl gerade dieses Beschäftigten bzw. zur Herausnahme aus der Sozialauswahl bestimmt haben (vgl. BAG AP Nr. 31 zu § 102 BetrVG; LAG Berlin, LAGE § 102 BetrVG Nr. 56). Daß der Arbeitgeber ggf. auf Ersuchen des Arbeitnehmers nach § 1 Abs. 3 S. 1, Abs. 2 KSchG im Prozeß den Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer sodann ohne erneute Betriebsratsanhörung erweitern kann (vgl. von Hoyningen-Huene, Anm. zu BAG Nr. 31 zu § 102 BetrVG; Rinke, NZA 1998, 77, 84; a.A. KR-Etzel, 4. Aufl., § 102 BetrVG Rz. 62 g), läßt die grundsätzliche Informationspflicht über die durchgeführte Auswahl unberührt. Das Fehlen einer ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung wird durch die abschließende, auch zustimmende Stellungnahme des Betriebsrats nicht geheilt (BAG AP Nr. 19 zu § 102 BetrVG 1972). Für die ordnungsgemäße Anhörung trägt der Arbeitgeber im Kündigungsschutzverfahren die Darlegungs- und Beweislast (BAG AP Nr. 5 zu § 102 BetrVG 1972; BAG AP Nr. 1 zu § 130 BetrVG 1972; vgl. auch Busemann, NZA 1987, 581; Oetker, BB 1989, 417). 30

Eine den Anforderungen des § 102 Abs. 1 BetrVG entsprechende Anhörung des Betriebsrats ist im Streitfall nicht erfolgt.

Wie dem Beklagtenvortrag in beiden Rechtszügen zu entnehmen war, hat sich die Beklagte letztlich darauf beschränkt, dem Betriebsrat am 26.05.1997 den Interessenausgleich gleichen Datums mit Namensliste vom 23.05.1997 als Anlage zum Interessenausgleich sowie das Anhörungsschreiben vom 23.05.1997 mit einer Namensliste der zu kündigenden Arbeitnehmer - Stand: 23.05.1997 - zu überreichen. Auf das klägerische Bestreiten einer ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung hin, hat die Beklagte dargelegt, im Rahmen der Vereinbarung eines Interessenausgleichs/Sozialplans vom 20.02.1997 seien mit dem Betriebsrat die Auftrags- und Kostensituationen sowie die Verlagerung der Aktivitäten in das Auslandsgeschäft besprochen, die Vergleichbarkeit mit anderen Mitarbeitern des Unternehmens sowie alternative Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten erörtert worden. Wie dem Interessenausgleich vom 26.05.1997 zu entnehmen ist, handelte es sich bei dieser sogenannten zweiten Kündigungswelle hingegen um eine Reaktion auf einen unerwarteten Auftragsrückgang, welcher zusätzlich weitere Kündigungen erforderlich machte. Eine einheitliche, sämtliche Kündigungen von Februar und Mai 1997 umfassende Entscheidung lag mithin bei Verhandlung und Erstellung des Interessenausgleichs/Sozialplans vom 20.02.1997 nicht vor. Etwaige eingehende Informationen des Betriebsrats vor Ausspruch der Kündigungen im Februar 1997 vermochten daher zwangsläufig die wegen unerwarteten Rückgangs der Aufträge zusätzlich auszusprechenden Kündigungen nach Maßgabe des Interessenausgleichs vom 26.05.1997 nicht zu erfassen.

32

Daß die Beklagte den Betriebsrat vor Erstellung der Namensliste zum Interessenausgleich/Sozialplan vom 26.05.1997 hinsichtlich der betrieblichen Kündigungsgründe sowie der sozialen Auswahl der nunmehr neu von Kündigungen betroffenen Mitarbeiter unter Angabe aller erforderlichen Informationen angehört hätte, ist nicht vorgetragen und auch dem sonstigen Akteninhalt nicht zu entnehmen. Vielmehr ist dem Betriebsrat nach dem Beklagtenvortrag der Interessenausgleich nebst Liste nicht, wie ursprünglich vorgesehen, am 23.05.1997, sondern am Montag, den 26.05.1997 - mithin einen Tag vor Ausspruch nahezu sämtlicher Kündigungen - samt Anhörungsschreiben vom 23.05.1997 und Kündigungsliste vorgelegt worden. Hierbei handelte es sich um eine von der Beklagten erstellte Namensliste zum Interessenausgleich vom 26.05.1997, welcher in Ziff. 1 Abs. 2 vorsieht, daß Ergänzungen bzw. Änderungen der Namensliste im Einverständnis mit dem Betriebsrat möglich sind. Konkrete Anhaltspunkte, auf welche Weise die Gruppen vergleichbarer Arbeitnehmer gebildet worden sind, wie die Sozialindikatoren gewichtet und Mitarbeiter aus der Gruppe wegen betrieblichen Weiterbeschäftigungsinteresses herausgenommen worden sind, sind weder den Listen selbst noch dem Interessenausgleich zu entnehmen. Gleiches gilt für die Kündigungsgründe selbst. Insoweit gibt auch das Anhörungsschreiben selbst - dem Betriebsrat am 26.05.1997 vorgelegt - in dieser Richtung nichts her. Die Beklagte beschränkt sich dort bezüglich der Angaben zur Sozialauswahl in den Absätzen 3 und 4 auf die Wiederholung des Gesetzestextes des § 1 Abs. 3 KSchG, bezüglich des unternehmerischen Konzepts zur Kündigung auf wirtschaftliche Hintergründe, welche eingehend besprochen worden seien. Auch dem sonstigen Beklagtenvortrag war für eine entsprechende vorherige Information des Betriebsrats im Rahmen der zweiten Kündigungswelle weder hinsichtlich des Kündigungskonzepts selbst noch der getroffenen sozialen Auswahl im Rahmen der zweiten Kündigungswelle etwas zu entnehmen. Die bloße Vorlage eines Interessenausgleichs mit Namenslisten zur Unterschrift sowie die Vorlage einer Namensliste der zu kündigenden Mitarbeiter am gleichen Tage ohne konkrete Darlegung des unternehmerischen Rationalisierungskonzeptes selbst, der Bildung von Beschäftigtengruppen und Gewichtung der Sozialindikatoren unter vergleichbaren Mitarbeitern, schließlich der

33

Herausnahme von in betrieblichem Interesse Weiterzubeschäftigten, vermag eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats im Rahmen des § 102 BetrVG unter keinem rechtlichen Blickwinkel zu ersetzen.

Soweit die Beklagte angeführt hat, im Hinblick auf die - bezüglich der zweiten Kündigungswelle nicht konkretisierte - Einbindung des Betriebsrats in Vorgespräche sei eine weitergehende Information durch die Beklagte nicht erforderlich gewesen, ist dem daher nicht beizutreten. 34

b) 35

Das Erfordernis einer Betriebsratsanhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG entfällt nach Auffassung der Kammer auch nicht durch die gesetzliche Neuregelung in § 1 Abs. 5 KSchG. Die Erstellung und Unterzeichnung einer Namensliste i.S. des § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG entbindet den Arbeitgeber nicht bereits von der zusätzlichen Anhörung des Betriebsrats gem. § 102 Abs. 1 BetrVG. 36

Im Schrifttum wird hierzu teilweise vertreten, aus der Erstellung der Namensliste im Interessenausgleich ergebe sich, daß der Betriebsrat nach § 102 BetrVG angehört worden sei, eine gesonderte Anhörung sei daher nicht mehr erforderlich (Giesen, ZfA 1997, 145, 175; so für § 125 Abs. 1 InsO Warrikoff, BB 1994, 2338, 2342; letztlich offengelassen bei Schiefer, NZA 1997, 915, 918). 37

Zu beachten ist jedoch, daß das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz an § 102 BetrVG keine Änderungen vorgenommen hat. Auch dem Wortlaut des § 1 Abs. 5 KSchG ist in dieser Richtung nichts zu entnehmen. In Satz 4 wird ausdrücklich festgelegt, daß die Stellungnahme des Betriebsrats im Rahmen der Massenentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 3 S. 2 KSchG durch den Interessenausgleich ersetzt wird. Auf die Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG wird diese Ersetzungsfunktion hingegen nicht erstreckt, was im Falle einer entsprechenden gesetzgeberischen Absicht nahegelegen hätte. Anhaltspunkte in dieser Richtung sind auch den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen (vgl. Drucksache 13/4612 zu A I). 38

Daß eine solche Ersetzung der Anhörung nach § 102 BetrVG nicht beabsichtigt gewesen ist, wird zudem an § 1 Abs. 5 S. 3 KSchG und § 125 Abs. 1 S. 2 InsO deutlich. Hiernach gelten die Beweislastumkehr bei der Betriebsbedingtheit und der eingeschränkte Prüfungsmaßstab bei der Sozialauswahl nicht, wenn sich die Sachlage nach Zustandekommen des Interessenausgleichs wesentlich geändert hat. Ein Verzicht auf die vom Gesetz geforderte Betriebsratsanhörung hätte alsdann zur Folge, daß dem Interessenausgleich zwar für Darlegungslast und Prüfungsmaßstab keinerlei Bedeutung mehr zukäme, hingegen - trotz wesentlich geänderter Sachlage - es unverändert einer Betriebsratsanhörung im Hinblick auf das Vorliegen einer Namensliste nicht bedürfte (vgl. Fischermeier, NZA 1997, 1089, 1100). 39

Dafür, daß auch bei einem Interessenausgleich mit Kündigungsliste eine Betriebsratsanhörung nicht entfällt, spricht auch Sinn und Zweck des § 102 BetrVG. Wie bereits den Widerspruchsgründen des § 102 Abs. 3 BetrVG zu entnehmen ist, sind die bei Ausspruch der individuellen Kündigung zu berücksichtigenden Gesichtspunkte mit denjenigen bei der Erstellung der Kündigungsliste für Interessenausgleich und Sozialplan vom Ansatz her nicht völlig kongruent. Für den Betriebsrat ist es von daher erforderlich, im einzelnen - soweit vom Arbeitgeber auch geprüft - über die Erstellung von Beschäftigtengruppen vergleichbarer Arbeitnehmer, die bei der Bestimmung der Vergleichbarkeit angelegten Kriterien, die Sozialdaten der in die Prüfung miteinbezogenen Arbeitnehmer, deren 40

Gewichtung sowie die Gründe für eine Weiterbeschäftigung einzelner Mitarbeiter unterrichtet zu werden, um die Entscheidung des Arbeitgebers überhaupt nachvollziehen und erforderlichenfalls auf Änderungen drängen zu können (vgl. zutreffend auch Arbeitsgericht Ludwigshafen vom 11.03.1997 - 1 Ca 3094/96 -, DB 1997, 1339 [LS]).

Daß der Betriebsrat von daher überhaupt imstande gewesen wäre, die 41
Qualifikationsunterschiede zwischen dem Kläger und den übrigen in Betracht gezogenen
Mitarbeitern unter dem Gesichtspunkt der Vergleichbarkeit wie auch des § 1 Abs. 3 S. 2
KSchG sowie zum anderen die Sozialindikatoren innerhalb des Kreises der vergleichbaren
Beschäftigten untereinander zu gewichten, war nicht zu erkennen.

Die gesetzliche Neuregelung in § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG hat auch für Inhalt und Umfang der 42
Betriebsratsanhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG keine Konsequenzen. Die
Vermutungsregelung setzt insbesondere die Anforderungen an die kollektivrechtliche
Informationspflicht des Arbeitgebers über den betriebsbedingten Kündigungsgrund nicht
herab. Gleiches gilt für den eingeschränkten Prüfungsmaßstab hinsichtlich der sozialen
Auswahl, § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG. Daß bei Vorliegen eines Interessenausgleichs die
gerichtliche Überprüfbarkeit der getroffenen Sozialauswahl eingeschränkt worden ist, läßt das
kollektivrechtliche Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, insbesondere das
gesetzlich geschützte Interesse des Betriebsrats unberührt, sich über den
Kündigungssachverhalt ohne eigene Nachprüfungen ein abschließendes Bild machen zu
können.

Eine Anhörung des Betriebsrats zur Kündigung des Klägers unter Darstellung des betrieb- 43
lichen Kündigungsgrundes, insbesondere eines der Kündigung zugrunde liegenden
unternehmerischen Konzeptes sowie der Frage einer Sozialauswahl konnte von daher nicht
festgestellt werden. Daß dem Betriebsrat am 26.05.1997 - 1 Tag vor Kündigungsausspruch -
ein Interessenausgleich/Sozialplan mit Namensliste sowie neben einem allgemein gehaltenen
Anhörungsschreiben eine Namensliste der zu Kündigenden vorgelegt und von diesem
unterzeichnet worden sind, gibt von daher in Ermangelung sonstigen konkreten
Tatsachenvortrages im Rahmen des § 102 Abs. 1 BetrVG für eine ordnungsgemäße
Unterrichtung des Betriebsrats nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen
auch in Ansehung von § 1 Abs. 5 KSchG nichts her.

2. 44

Es kam von daher in Ermangelung ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats gem. § 102 45
Abs. 1 BetrVG entscheidungserheblich nicht darauf an, daß sich die von der Beklagten
getroffene soziale Auswahl überdies als grob fehlerhaft i.S. des § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG
darstellt.

Geht man zugunsten der Beklagten von dem - streitigen - Vorliegen der Voraussetzungen 46
des § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG, insbesondere einer zum Gegenstand des Interessenausgleichs
gemachten Namensliste sowie dem von der Beklagten dargestellten Rechenwerk aus,
wonach die von der Rechtsprechung entwickelte 5-Prozent-Grenze im Rahmen der §§ 111
Ziff. 1 BetrVG, 17 Abs. 1 KSchG als Voraussetzung eines erzwingbaren
Interessenausgleichs im Streitfall vorliegt (BAG AP Nrn. 7, 12 u. 26 zu § 111 BetrVG 1972),
so erweist sich die durchgeführte Sozialauswahl als i.S. des § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG grob
fehlerhaft.

a) 47

48

Von grober Fehlerhaftigkeit im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen ist auszugehen, wenn die Gewichtung der Sozialindikatoren jede Ausgewogenheit vermissen läßt (BT-Drucksache 13/4612 Seite 9; vgl. auch Fischermeier, NZA 1997, 1089, 1097; zur groben Fehlerhaftigkeit vgl. auch Giesen, ZfA 1997, 145, 174; Schiefer DB 1997, 1518, 2165; Neef NZA 1997, 65, 69; Preis, NJW 1996, 3369, 3372).

Dies darzulegen, ist nach den allgemeinen Grundsätzen im Rahmen abgestufter Darlegungs- und Beweislast Angelegenheit des Arbeitnehmers, wobei sich die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG nicht auf die Richtigkeit der Sozialauswahl bezieht. 49

Auch nach der Neuregelung des § 1 KSchG hat der Arbeitgeber gem. § 1 Abs. 3 S. 1 Halbs. 2 KSchG auf Verlangen des Arbeitnehmers diesem die Gründe anzugeben, welche zu der getroffenen Auswahl geführt haben (zur Auskunftspflicht gem. § 1 Abs. 3 S. 1 Halbs. 2 KSchG grundsätzlich BAG AP Nr. 10 u. 15 zu § 1 KSchG 1969 Sozialauswahl; zur Neuregelung vgl. Schiefer NZA 1997, 915, 918; ArbG Oberhausen v. 08.07.1997 - 3 Ca 576/97 -; ArbG Wesel, NZA-RR 1997, 341; vgl. auch Bader NZA 1996, 1125, 1133; Giesen ZfA 1997, 145, 175 m.w.N.). Die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG sowie die Beschränkung des Prüfungsmaßstabes ändern hieran nichts (vgl. Schiefer ebenda), lassen vielmehr die Auskunftspflicht des Arbeitgebers um so bedeutsamer werden (zutreffend ArbG Ludwigshafen v. 11.03.1997 - 1 Ca 3094/96, DB 1997, 1339 [LS]). 50

Entgegen der Auffassung der Beklagten beschränkt sich die Eingrenzung des Prüfungsmaßstabes auf grobe Fehlerhaftigkeit auf die Gewichtung der Sozialindikatoren, bezieht sich hingegen nicht auf die Bildung der Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer sowie die Herausnahme von Beschäftigten aus betrieblichem Interesse. Soweit in Rechtsprechung und Schrifttum zum Teil die Auffassung vertreten wird, der eingeschränkte Prüfungsmaßstab erfasse auch die Festlegung des Kreises vergleichbarer Arbeitnehmer (vgl. LAG Köln v. 01.08.1997, DB 1997, 2181; Schiefer, DB 1997, 1518, 2165; derselbe, NZA 1997, 915, 917; Löwisch, RdA 1997, 80, 81; Neef, NZA 1997, 65, 69), ist dies aus dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung nicht eindeutig abzuleiten und steht dem die Begründung zum Gesetzesentwurf entgegen. Dort lautet es unmißverständlich: 51

Die soziale Auswahl des Arbeitnehmers soll in diesem Fall nur darauf überprüft werden können, ob die Auswahl der im Interessenausgleich genannten zu entlassenden Arbeitnehmer grob fehlerhaft ist, wenn also die Gewichtung der Betriebszugehörigkeit, des Lebensalters und der Unterhaltungspflichten der Arbeitnehmer jede Ausgewogenheit vermissen läßt. (BT-Drucksache 13/4612, Seite 9). 52

Auch der Gesetzestext selbst bietet für eine gegenteilige Interpretation keine ausreichende Stütze. Während für eine Ausweitung des Prüfungsmaßstabes auch auf die Nichteinbeziehung vergleichbarer Arbeitnehmer unter anderem auf § 125 Abs. 1 S. 2 InsO abgehoben wird, wo in diesem Zusammenhang auch die Erhaltung oder Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur erwähnt wird (vgl. Löwisch, RdA 1997, 80, 81; Neef, NZA 1997, 65, 69; Schiefer DB 1997, 1519, 1520; Giesen ZfA 1997, 145, 174), ist zu berücksichtigen, daß aus der zusätzlichen Erleichterung für den Konkursfall nicht bereits - ohne entsprechenden Anhaltspunkt im Gesetzeswortlaut - auf den Regelfall des § 1 Abs. 5 KSchG geschlossen werden kann. Im übrigen unterscheidet auch § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG zwischen der Nichteinbeziehung von Arbeitnehmern im betrieblichen Interesse und der eigentlichen Sozialauswahl selbst. Entgegen der im Schrifttum vertretenen Auffassung (Schiefer, DB 1997, 1518, 1520; derselbe NZA 1997, 915, 917) läßt auch ein Vergleich des Wortlauts von § 1 Abs. 4 KSchG und § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG keinen zwingenden Rückschluß darauf zu, daß der modifizierte Prüfungsmaßstab den Sozialauswahlvorgang in seiner 53

Gesamtheit umfaßte. Auch bei Unwirksamkeit der Auswahlrichtlinie und damit einem Wegfall des Privilegierungseffekts nach § 1 Abs. 4 KSchG ist nicht ausgeschlossen, daß die Prüfung nach § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG ergibt, daß die Auswahl im Ergebnis dennoch zutreffend erfolgt ist. Von daher kann der Bezugnahmegegenstand des § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG nicht bereits aus der Regelung über die Unwirksamkeit von Auswahlrichtlinien in § 1 Abs. 4 KSchG abgeleitet werden (vgl. Moll, Anm. zu ArbG Siegburg v. 17.07.1997, MDR 1997, 1038, 1039). Die Erwähnung der sozialen Auswahl in § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG betrifft den Abwägungsvorgang selbst, nachdem § 1 Abs. 3 S. 1 Halbs. 2 KSchG die soziale Auswahl, nämlich die Anwendung der Kriterien von Halbs. 1 nach Gruppenbildung und Berücksichtigung betrieblicher Interessen anführt. Ausreichende Anhaltspunkte, wonach § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG nunmehr die Sozialauswahl demgegenüber erweiternd definiert, sind - zumal in Anbetracht der Gesetzesmaterialien - nicht erkennbar.

Zutreffend weist U. Preis darauf hin, daß rechtssystematisch sowohl die Abgrenzung des Kreises der vergleichbaren Arbeitnehmer als auch die Herausnahme von Beschäftigten nach § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG logische Fortsetzung des Prinzips der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit und des betriebsbedingten Kündigungsgrundes selbst ist (Preis, NZA 1997, 1073, 1086). Die Frage der Abgrenzung des einzubeziehenden Personenkreises wie des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG ist rechtssystematisch keine Frage des Beurteilungsspielraums i.S. des § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG, sondern Rechtsfrage, läßt mithin für eine Einbeziehung in das privilegierte Auswahlmessen keinen Raum (vgl. Preis, ebenda; Fischermeier, NZA 1997, 1089, 1097; im Ergebnis ebenso Zwanziger, DB 1997, 2174, 2176; Grunsky/Moll, Arbeitsrecht und Insolvenz, 1997, Rz. 285; Preis, NJW 1996, 3369, 3372; Stahlhacke/Preis WiB 1996, 1025, 1032; Preis, NZA 1997, 1073; von Hoyningen-Huene/Linck, DB 1997, 41, 44; bezüglich der Bildung der auswahlrelevanten Beschäftigtengruppe ebenso Giesen ZfA, 1997, 145, 174).

b) 55

In Anwendung dieser Grundsätze ergab sich im Streitfall - die Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 KSchG im übrigen unterstellt - eine Fehlerhaftigkeit der sozialen Auswahl im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen. 56

Zu Recht ist das Arbeitsgericht zu der Feststellung einer groben Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl bereits im Hinblick auf die Weiterbeschäftigung des Mitarbeiters D. gelangt. Demgegenüber vermochte die Beklagte auch mit der Berufung nicht durchzudringen. 57

Der Kläger ist als Diplom-Ingenieur seit 1970 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängern tätig, wobei er zunächst als Gesamtprojektor für den Bereich Projektierung Ausland, danach für den Bereich Technischer Vertrieb und seit 1991 im Bereich Kesselumbau tätig ist. Die Beklagte hat dem Kläger im Zeugnis vom 18.08.1997 nicht nur bescheinigt, selbständig und federführend gearbeitet und in der Vergangenheit auch Erfahrungen im Bereich der Projektierung Ausland gesammelt zu haben. In Absatz 5 des Zeugnisses wird insbesondere auch darauf hingewiesen, daß der Kläger Partner und Unterlieferanten in das Projekt eingebunden und das Angebot bis zur Vergabe des Auftrages begleitet hat. Hiernach hat er auch selbständig Verhandlungen mit Kunden, Beraterfirmen, Abnahmebehörden, Konsortialpartnern und Unterlieferanten im In- und Ausland geführt. Bereits in einem Zwischenzeugnis aus dem Jahre 1986 sind ihm die Fähigkeiten zum eigenständigen Arbeiten bescheinigt worden. Ausweislich dieses Zeugnisses war der Kläger auch zuständig für die Optimierung des Gesamtkonzeptes und hatte hierbei die Auslegungen sowie die interne Kostenermittlung vorzunehmen. Preisentscheidungen waren vorzubereiten und die beteiligten Fachabteilungen zu koordinieren. Hierbei ist dem Kläger im 58

Zwischenzeugnis eine gute Arbeitsqualität bestätigt worden. Danach führte er nach Anweisung durch den Vorgesetzten die Projekte selbständig durch. Auch gehörte es zu seinen Aufgaben, selbständig mit Kunden und Consulting Engeneer zu verhandeln. Auch wurde dem Kläger ein häufiger Einsatz im Ausland bestätigt. Überdies erhielt er bis zum Jahre 1993 Belobigungen für seine besonderen Leistungen in Form von Sonderzahlungen.

Der Einwand der Beklagten, seit fünf Jahren habe der Kläger nicht mehr selbständig, sondern nur noch seinem Vorgesetzten zugearbeitet, vermochte an der Tatsache nichts zu ändern, daß der Kläger 22 Jahre lang seine Kenntnisse und Fähigkeiten durch selbständiges Arbeiten unter Beweis gestellt hat. Auch ist der Einwand der Beklagten, der Mitarbeiter D. vertrete im Gegensatz zum Kläger die Firma nach außen auch gegenüber Dritten, nicht durchgreifend. In Absatz 5 des Zeugnisses vom 18.08.1997 wird dem Kläger bescheinigt, daß er Partner und Unterlieferanten in das Projekt eingebunden und das Angebot bis zur Vergabe des Auftrages begleitet hat, selbständig Verhandlungen mit Kunden, Beraterfirmen, Abmahnebehörden, Konsortialpartnern und Unterlieferanten im In- und Ausland geführt hat. 59

An diesen Ausführungen im Zeugnis muß sich die Beklagte festhalten lassen. Der Einwand, Abs. 3 bis einschließlich 5 des Zeugnisses seien lediglich aus dem Zwischenzeugnis des Jahres 1986 übernommen worden und entsprächen nicht mehr dem jetzigen Stand, vermag zu keinem anderen Ergebnis zu führen. Selbst dieser Umstand - die Richtigkeit unterstellt - ändert nichts an der im Zeugnis zugestandenene Tatsache, daß der Kläger zumindest in der Vergangenheit selbständig und ohne Anweisung von Vorgesetzten Projekte bearbeitet hat und ihm unter anderem federführend komplette Dampferzeugerprojekte zur Planung und Durchführung, das heißt auch größere Projekte zur Abwicklung oblagen. Selbst wenn der Kläger seit ca. vier Jahren keine Aufträge mehr selbständig durchgeführt haben sollte, reicht es für die Vergleichbarkeit aus, wenn er aufgrund seiner Ausbildung und Fähigkeiten eine andersartige aber vergleichbare Tätigkeit ausüben kann, wobei die Notwendigkeit einer kurzen Einarbeitungszeit der Vergleichbarkeit nicht entgegensteht (vgl. statt vieler BAG AP Nr. 18 zu 1 KSchG 1969 soziale Auswahl m.w.N.). Aufgrund der jahrelangen Erfahrungen des Klägers und seiner Fähigkeiten wäre bezüglich der vergleichbaren Tätigkeit des Mitarbeiters D. bereits nach Maßgabe des unstreitigen Sachverhalts lediglich die Notwendigkeit einer kurzen Einarbeitungszeit gegeben. 60

Die Weiterbeschäftigung des 40 Jahre alten, seit rund acht Jahren beschäftigten Mitarbeiters D. gegenüber der Kündigung des 54-jährigen Klägers mit 27-jähriger Betriebszugehörigkeit bei in etwa gleichen Unterhaltsverpflichtungen läßt hinsichtlich der Gewichtung der Sozialindikatoren jede Ausgewogenheit vermissen und stellt sich als grob fehlerhaft dar. 61

III. 62

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Oberhausen vom 17.09.1997 war mithin als unbegründet zurückzuweisen. 63

Die Kosten des erfolglos eingelegten Rechtsmittels waren gem. §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 97 Abs. 1 ZPO der Beklagten aufzuerlegen. 64

Gem. § 72 Abs. 2 Ziff. 1 ArbGG war die Revision zuzulassen. 65

IV. 66

Rechtsmittelbelehrung: 67

68

Gegen dieses Urteil kann von der Beklagten	
REVISION	69
eingelegt werden.	70
Für den Kläger ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.	71
Die Revision muß	72
innerhalb einer Notfrist von einem Monat	73
nach der Zustellung dieses Urteils schriftlich beim	74
Bundesarbeitsgericht,	75
Graf-Bernadotte-Platz 5,	76
34119 Kassel,	77
eingelegt werden.	78
Die Revision ist gleichzeitig oder	79
innerhalb eines Monats nach ihrer Einlegung	80
schriftlich zu begründen.	81
Die Revisionschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen	82
Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.	
gez.: Dr. Westhoff gez.: Fürsattel gez.: Dresen	83