
Datum: 11.11.2009
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 Sa 992/09
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2009:1111.2SA992.09.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Rheine, 3 Ca 1399/08
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 6 AZN 377/10
Schlagworte: Interessenausgleich mit Namensliste – soziale Auswahl nach Altersgruppen – Verknennung des Betriebsbegriffs
Normen: Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG; §§ 1 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 und 2, Abs. 5 Satz 1 und 2, 1 Abs. 4 KSchG, 102 Abs. 1 BetrVG

Leitsätze:

1. Aus europarechtlichen Gründen bestehen Zweifel, ob der Auffassung des BAG (06.11.2008 – 2 AZR 523/07), die Bildung von Altersgruppen gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG sei nach den §§ 10 Satz 1, 2 AGG durch legitime Ziele (Wettbewerbsinteressen eines einzelnen Unternehmens) gerechtfertigt, gefolgt werden kann (vgl. EuGH vom 05.03.2009 – C-388/07 Age Concern England m.Anm. von Roetteken jurisPR-ArbR 22/2009 Anm. 1). Ein fehlerhaft durchgeführtes Auswahlverfahren führt nicht zur Sozialwidrigkeit der Kündigung, wenn die soziale Auswahl im Ergebnis den Anforderungen des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG genügt.

2. Die bei Vorliegen eines Interessenausgleichs mit Namensliste gemäß § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG auf grobe Fehlerhaftigkeit beschränkte Überprüfung der sozialen Auswahl gilt auch für die Frage, ob Arbeitnehmer einer anderen Betriebsstätte in die soziale Auswahl einzubeziehen sind. Die Betriebsparteien schöpfen den ihnen eingeräumten Spielraum aus und handeln nicht grob fehlerhaft, wenn sie die soziale Auswahl auf die Beschäftigten des Betriebes beschränken, für den der Betriebsrat gewählt worden ist (hier: Verknennung eines in Wirklichkeit bestehenden Gemeinschaftsbetriebes, wenn für verschiedene Betriebsstätten

jeweils eigenständige Betriebsräte gewählt worden sind).

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Rheine vom 13.01.2009 – 3 Ca 1399/08 – wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

	1
Die Parteien streiten um den Bestand des Arbeitsverhältnisses.	2
Der am 09.08.1964 geborene Kläger, der verheiratet ist und zwei Kinder hat, war bei der in R2 ansässigen Firma K2-R2 GmbH & Co. KG seit dem 01.08.1983 zunächst als Lagerarbeiter und seit dem 01.03.2002 als Vorarbeiter in der Materialwirtschaft gegen eine Vergütung von zuletzt 3.105,81 € brutto monatlich tätig.	3
Die K2-R2 GmbH & Co. KG kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger auf der Grundlage eines mit dem Betriebsrat vereinbarten Interessenausgleichs mit Namensliste vom 13.08.2008 am 25.08.2008 fristgemäß zum 31.03.2009 aus betriebsbedingten Gründen. Nach dem Inhalt des Interessenausgleichs sind Entlassungen von 805 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern vorgesehen. Nach Ausspruch der Kündigungen sollen mit dem Planziel ab 01.04.2009 nur noch 104 Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden.	4
Der Interessenausgleich mit Namensliste, auf der sich auch der Name des Klägers befindet, ist nach langen und umfangreichen Verhandlungen in der Weise zustande gekommen, dass Interessenausgleich und Namensliste getrennt erstellt, von den Betriebsparteien paraphiert und unterschrieben und sodann zu einer festen Verbindung zusammengefügt worden sind.	5
Bezüglich der sozialen Auswahl vereinbarten die Betriebsparteien mit dem Stichtag 30.06.2008 nach folgenden Altersgruppen vorzugehen:	6
Altersgruppe 1 bis zum vollendeten 25. Lebensjahr = 0 Mitarbeiter	7
Altersgruppe 2 bis zum vollendeten 35. Lebensjahr = 128 Mitarbeiter = 14 %	8
Altersgruppe 3 bis zum vollendeten 45. Lebensjahr = 265 Mitarbeiter = 29 %	9
Altersgruppe 4 bis zum vollendeten 55. Lebensjahr = 419 Mitarbeiter = 46 %	10
Altersgruppe 5 älter als 55 Jahre = 97 Mitarbeiter = 11 %	11
Der Altersdurchschnitt der zum Stichtag beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter lag bei 44,65 Jahre. Er hätte sich ohne Altersgruppenbildung auf 48 Jahre erhöht. Die nach Altersgruppen durchgeführte soziale Auswahl führt zu einem Durchschnittsalter von 45,3	12

Jahren der 104 verbleibenden Arbeitnehmer.

Im Rahmen der Vergleichsgruppenbildung haben die Betriebsparteien Vergleichsgruppen nach den Planstellen gebildet, die in dem Restbetrieb fortbestehen sollten. Der Kläger wurde der Vergleichsgruppe L 7 Vorarbeiter Materialwirtschaft zugeordnet. Von den dort ursprünglich eingesetzten 14 Arbeitnehmern werden zwei Arbeitnehmer weiterbeschäftigt, nämlich die Mitarbeiter K4 und S4. Herr S4 ist 56 Jahre alt und seit dem 18.07.1983 tätig. Der Mitarbeiter K4 ist 57 Jahre alt und seit 1969 tätig. 13

Die Betriebsparteien vereinbarten in dem Interessenausgleich vom 13.08.2008 folgende Auswahlrichtlinien über die Gewichtung der sozialen Daten: 14

"Kriterien Punkte 15

1. Lebensalter für jeden vollende Jahr 16

nach dem 18. Lebensjahr 1,0 Punkte 17

je Lebensjahr 18

2. Dauer der für jedes vollendete 19

Betriebszugehörigkeit Beschäftigungsjahr 1,5 Punkte 20

3. Unterhaltspflichten Ehegatte/eingetragener 21

Lebenspartner 5,0 Punkte 22

je Kind (nachweisbar) 7,0 Punkte 23

4. Schwerbehinderte 24

und Gleichgestellte 10,0 Punkte" 25

Danach erreichen der weiterbeschäftigte Mitarbeiter K4 96 Punkte, der Mitarbeiter S4 79 Punkte und der Kläger 80 Punkte. 26

Der Kläger meint, die Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 KSchG lägen nicht vor, weil die Schriftform nicht gewahrt sei, denn Interessenausgleich und Namensliste bildeten keine einheitliche Urkunde, weil sie nachträglich zusammengefügt worden seien. Betriebliche Interessen, könnten eine Altersgruppenbildung nicht rechtfertigen. Die andernfalls eintretende Anhebung des Altersdurchschnitts reiche dafür nicht aus. Für die Effektivität der Produktion sei es unerheblich, ob sich der Altersdurchschnitt um 3,33 Jahre erhöhe. Die getroffene soziale Auswahl sei grob fehlerhaft, denn der in R2 ansässige Betrieb bilde einen Gemeinschaftsbetrieb mit dem Betrieb der W1 K2 GmbH in O3. Es bestehe ein einheitlicher Leitungsapparat. Die Buchhaltung beider Betriebe befinde sich zentral in O3. Bei mangelnder Auslastung seien Mitarbeiter aus O3 in R2 und umgekehrt Mitarbeiter aus R2 in O3 eingesetzt worden. Zwischen beiden Werken habe ein Pendelbus verkehrt. 27

Der Kläger bestreitet die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats, weil der Betriebsrat lediglich über das Ergebnis der Sozialauswahl nicht aber über die im Einzelnen angestellten sozialen Auswahlüberlegungen informiert worden sei. 28

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes sowie der im ersten Rechtszug gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage durch Urteil vom 13.01.2009 abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, es liege ein formwirksamer Interessenausgleich mit Namensliste im Sinne des § 1 Abs. 5 KSchG vor. Die Betriebsbedingtheit der Kündigung sei zu vermuten, weil es sich bei der Reduzierung der Belegschaft um eine Betriebsänderung im Sinne von § 111 BetrVG handele. Die soziale Auswahl sei nicht als grob fehlerhaft anzusehen. Die soziale Auswahl erstrecke sich nicht auf den Standort O3, weil die Firma K2-R2 GmbH & Co. KG und die W1 K2 GmbH in O3 keinen gemeinsamen Betrieb unterhielten. Die unstreitig bestehende Zusammenarbeit zwischen den beiden Betrieben rechtfertige eine derartige Schlussfolgerung nicht, weil der Kläger eine einheitliche Leitung in personellen und sozialen Angelegenheiten nicht dargelegt habe. Es könne offenbleiben, ob die Bildung von Altersgruppen im Rahmen der sozialen Auswahl nach den Bestimmungen des AGG zulässig sei. Ohne Altersgruppenbildung hätte an sich ein Mitarbeiter mit 79 Sozialpunkten entlassen werden müssen. Da der Abstand zum Kläger, der 80 Sozialpunkte zu verzeichnen habe, jedoch gering sei, könne angesichts dieses geringen Abstandes nicht von einer grob fehlerhaften sozialen Auswahl gesprochen werden.

Schließlich sei der Betriebsrat gemäß § 102 BetrVG ordnungsgemäß angehört worden, weil er aufgrund der langen und umfangreichen Verhandlungen über das Zustandekommen eines Interessenausgleichs mit Namensliste über die sozialen Auswahlgründe informiert gewesen sei. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des Arbeitsgerichts Bezug genommen.

Über das Vermögen der Firma K2-R2 GmbH & Co. KG ist am 01.07.2009 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt worden. Der Kläger hat den Rechtsstreit mit Schriftsatz vom 23.07.2009 gegen den Insolvenzverwalter aufgenommen.

Mit seiner Berufung verfolgt der Kläger sein erstinstanzliches Klageziel weiter. Zur Begründung seines Rechtsmittels trägt er vor, nach dem Sozialpunktesystem hätte der weiterbeschäftigte Mitarbeiter K4 96 Punkte, der weiterbeschäftigte Mitarbeiter S4 79 Punkte und er 80 Punkte aufzuweisen, so dass er bei richtiger sozialer Auswahl hätte weiterbeschäftigt werden müssen. Das Arbeitsgericht sei von einem falschen Prüfungsmaßstab ausgegangen, weil die Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 KSchG nicht vorlägen, es einen Gemeinschaftsbetrieb zu Unrecht verneint und die soziale Auswahl nach einem europarechtswidrigen Altersgruppensystem vorgenommen worden sei. Die paraphierte und lediglich auf der letzten Seite unterschriebene Namensliste erfülle für sich genommen nicht die Anforderungen einer Urkunde im Sinne von § 126 BGB. Eine einheitliche Urkunde von Interessenausgleich und Namensliste liege ebenfalls nicht vor, weil die nachträgliche Zusammenheftung beider Urkunden dafür nicht ausreiche. Die soziale Auswahl könne daher in vollem Umfang und nicht bloß mit dem eingeschränkten Maßstab der groben Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Sie sei fehlerhaft, weil sie nicht auf den Betrieb in O3 erstreckt worden sei. Die in O3 und in R2 ansässigen K2-Unternehmen hätten nämlich einen Gemeinschaftsbetrieb gebildet. Anders als vom Arbeitsgericht angenommen habe er den einheitlichen Leitungsapparat in ausreichendem Maße dargestellt, denn er habe die Personenidentität der Geschäftsführung vorgetragen und dargelegt, dass der Werksleiter in R2, Herr L1 T2, auch in O3 tätig gewesen sei. Bei schlechter Auslastungslage eines Werkes seien die Mitarbeiter wechselseitig eingesetzt worden. Letztendlich sprächen weitere Umstände für das Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebes. Die soziale Auswahl sei grob

fehlerhaft, weil dafür ein Altersgruppensystem verwendet worden sei. Die soziale Auswahl nach Altersgruppen erfülle den Tatbestand der Altersdiskriminierung. Sie sei durch legitime Ziele im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG nicht gerechtfertigt. Der Schutz Jüngerer auf Kosten Älterer sei unangemessen. Für die Berücksichtigung betrieblicher Interessen zur Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung sei nach der Richtlinie kein Raum. Gemäß Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG seien als Rechtfertigungsgründe vor allem rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung genannt worden. Eine Benachteiligung Älterer aus generellen, gesamtbetrieblichen Gründen habe der europäische Normsetzer gerade nicht zulassen wollen. Nach der Rechtsprechung des EuGH genüßten allgemeine Behauptungen, dass eine bestimmte Maßnahme geeignet sei, der Beschäftigungspolitik, dem Arbeitsmarkt oder der beruflichen Bildung zu dienen nicht aus, um die Angemessenheit und Erforderlichkeit der zur Erreichung derartiger Ziele eingesetzten Mittel zu rechtfertigen. Anders als vom Arbeitsgericht angenommen könne die Wirksamkeit der Kündigung nicht mit der fehlenden Kausalität des Fehlers für den Ausspruch seiner Kündigung begründet werden. Es sei stets derjenige mit der geringeren Punktzahl entlassen worden. Ohne die Altersgruppenbildung wäre an seiner Stelle der jetzt weiterbeschäftigte Mitarbeiter H3 S4 gekündigt worden.

Der Kläger beantragt,

34

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Rheine vom 13.01.2009 – 3 Ca 1399/08 – festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch ordentliche Kündigung vom 25.08.2008 nicht zum 31.03.2009 endete.

Der Beklagte beantragt,

36

die Berufung zurückzuweisen.

37

Der Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil und tritt dem Vorbringen des Klägers entgegen. Er trägt ergänzend vor, der Kläger rüge zu Unrecht die mangelnde Schriftform der Namensliste, denn diese sei auf allen Seiten paraphiert und auf der letzten Seite von den Betriebsparteien mit voller Unterschrift unterschrieben worden. Interessenausgleich und Namensliste bildeten eine einheitliche Urkunde, weil sie unmittelbar nach Unterzeichnung mit Hilfe von Muttern und Schrauben fest verbunden worden seien. Anders als vom Kläger angenommen hätten die Firma W1 K2 GmbH und die R2 ansässige Insolvenzschildnerin keinen Gemeinschaftsbetrieb gebildet. Die Leitungsfunktionen in personellen und sozialen Angelegenheiten sei in den beiden Unternehmen über Jahre dauerhaft von verschiedenen Personen wahrgenommen worden. Der Beklagte wiederholt seine Rechtsauffassung, dass sich die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 KSchG auch auf die Frage eines nicht einheitlichen Betriebes erstrecke.

38

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

39

Inzwischen ist der Betrieb in R2 komplett zum 31.12.2009 geschlossen worden. Über die Stilllegung des Betriebes haben die Betriebsparteien einen neuen Interessenausgleich mit Namensliste geschlossen. Eine erneute Kündigung ist gegenüber dem Kläger nicht ausgesprochen worden.

40

Entscheidungsgründe

41

Die zulässige Berufung des Klägers ist nicht begründet. Die Klage ist abzuweisen.

42

I	43
Der Kläger hat den Rechtsstreit nach der infolge der Insolvenzeröffnung gemäß	44
§ 240 ZPO eingetretenen Unterbrechung in zulässiger Weise gemäß § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO gegen den Beklagten aufgenommen. Ein Kündigungsschutzrechtsstreit wird gemäß § 240 Satz 1 ZPO durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unterbrochen, weil eine Kündigungsschutzklage die Insolvenzmasse betrifft, denn von ihrem Ausgang hängen vermögensrechtliche Ansprüche ab (BAG vom 18.10.2006 – 2 AZR 563/05, ZIP 2007, 745; LAG Hamm vom 25.04.2007 – 2 Sa 945/06, NZA-RR 2008, 198). Ein gemäß § 240 ZPO unterbrochenes Verfahren kann nach den Vorschriften der Insolvenzordnung aufgenommen werden. Passivprozesse, die zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Schuldner anhängig waren, können gemäß § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO sowohl vom Insolvenzverwalter als auch vom Gegner aufgenommen werden, wenn sie eine Masseverbindlichkeit betreffen. Zu den Massenverbindlichkeiten zählen gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO die Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen, soweit deren Erfüllung zur Masse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muss. Da Arbeitsverhältnisse gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbestehen, können von der vorliegenden Kündigungsschutzklage Masseverbindlichkeiten betroffen sein, weil von der Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit der Kündigung abhängt, ob das Arbeitsverhältnis über den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hinaus fortbesteht (Zwanziger, Das Arbeitsrecht der Insolvenzordnung, 3. Aufl., § 185 Rdnr. 19; Gottwald-Heinze/Bertram, Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl., § 106 Rdnr.158; BAG vom 18.10.2006 – 2 AZR 563/05, ZIP 2007, 745). Die angegriffene Kündigung ist zwar vor Insolvenzeröffnung am 25.08.2008 zum 31.01.2009 ausgesprochen worden. Im Falle ihrer Unwirksamkeit bestünde das Arbeitsverhältnis aber über den Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung hinaus fort, weil andere Beendigungstatbestände, aufgrund derer das Arbeitsverhältnis vor dem 01.07.2009 enden würde, nicht vorliegen. Vom Ausgang des Rechtsstreits hängen daher Vergütungsansprüche des Klägers gemäß § 615 BGB für die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ab.	45
II	46
In der Sache selbst ist dem Arbeitsgericht beizupflichten. Das Arbeitsverhältnis ist durch die Kündigung der Insolvenzschuldnerin vom 25.08.2008 wirksam zum 31.03.2009 aufgelöst worden. Die Kündigung ist gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial gerechtfertigt, denn sie ist bedingt durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstehen. Die soziale Auswahl entspricht den gesetzlichen Vorgaben gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG. Der Betriebsrat ist gemäß § 102 BetrVG ordnungsgemäß angehört worden.	47
1.Die angegriffene Kündigung beruht auf dringenden betrieblichen Erfordernissen i.S.v. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG, weil das Beschäftigungsbedürfnis für zwölf Vorarbeiter in der Materialwirtschaft aufgrund der unternehmerischen Entscheidung, den Betrieb in R2 mit nur noch 104 Mitarbeitern und zwei Mitarbeiterin in der zukünftigen Planstelle "Vorarbeiter Materialwirtschaft" weiterzuführen, entfallen ist. Der Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses ergibt sich aus dem Inhalt des zwischen den Betriebsparteien geschlossenen Interessenausgleichs nebst Anlagen, ohne dass es vorliegend darauf ankommt, ob die Betriebsbedingtheit der Kündigung gemäß § 1 Abs. 5 KSchG zu vermuten ist.	48
2. Die soziale Auswahl ist im Ergebnis gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG nicht zu beanstanden. Allerdings begegnen einer Sozialauswahl, die mit Hilfe von Altersgruppen	49

durchgeführt wird, europarechtliche Bedenken. Die Anknüpfung an das Alter stellt eine unmittelbare Diskriminierung gemäß § 1 AGG dar, die gemäß §§ 2 Abs. 1 Nr. 2, 7, 10 AGG nur dann gerechtfertigt ist, wenn mit der unterschiedlichen Behandlung wegen des Alters gemäß Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000 legitime Ziele verfolgt werden und die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzten Mittel objektiv angemessen und erforderlich sind (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 05.03.2009 – C 388/07 [Age Concern England], NZA 2009, 305; EuGH vom 16.10.2007 – RS.C-411/05 "Palacios de la Villa", NZA 2007, 1219 und neuerdings EuGH vom 19.01.2010 – C-555/07, EzA-Schnelldienst 2/2010). Nach der Aussage der Richtlinie sind Benachteiligungen wegen des Alters bei Entlassungsbedingungen unzulässig. Ungleichbehandlungen wegen des Alters können nur gerechtfertigt sein, wenn damit legitime Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung verfolgt werden. Darum geht es bei einer Sozialauswahl mit Altersgruppenbildung nicht, denn im Vordergrund stehen gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG berechnete betriebliche Interessen. Ob die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit eines einzelnen Unternehmens dem Allgemeinwohlinteresse dient und damit an das Alter anknüpfende Ungleichbehandlungen rechtfertigen können, ist höchst zweifelhaft (vgl. dazu von Roetteken, ZTR 2008, 350; ders. Anm. zu EuGH vom 05.03.2009 – C-388/07, jurisPR-ArbR 22/2009 Anm. 1).

Die Frage kann hier indes offenbleiben, denn das Ergebnis der sozialen Auswahl hält den Anforderungen des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG stand. Der Arbeitgeber schuldet kein fehlerfreies Auswahlverfahren, sondern nur ein fehlerfreies Auswahlverfahren. Die Kündigung ist nicht allein deshalb sozialwidrig, weil der Arbeitgeber seiner Auswahl ein möglicherweise europarechtswidriges Altersgruppenschema zugrunde gelegt hat, sondern der Arbeitgeber genügt seiner Pflicht, die gesetzlichen Kriterien der sozialen Auswahl zumindest ausreichend zu berücksichtigen bereits dann, wenn das Auswahlverfahren objektiv ausreichend bzw. nicht fehlerhaft ist. Auch bei fehlerhaften Auswahlüberlegungen kann das Ergebnis gemessen an den Maßstäben des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG richtig sein (BAG vom 17.01.2008 – 2 AZR 405/06, DB 2008, 1688; BAG vom 18.10.2006 – 2 AZR 473/05, NZA 2007, 504).

50

a) Der Arbeitgeber genügt seiner Verpflichtung zur Durchführung einer ordnungsgemäßen Sozialauswahl, wenn er gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG die sozialen Kriterien Betriebszugehörigkeit, Alter, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung ausreichend berücksichtigt. Bei der Gewichtung der Sozialkriterien steht ihm ein Wertungsspielraum zu (BAG vom 05.12.2002 – 2 AZR 549/01, NZA 2003, 791). Einer abschließenden Einzelbetrachtung und Abwägung aller sozialer Gesichtspunkte bedarf es nicht (BAG vom 09.11.2006 – 2 AZR 812/05, NZA 2007, 549; BAG vom 31.05.2007 – 2 AZR 276/06, NZA 2008, 33).

51

Die gesetzlich vorgeschriebene Sozialauswahl ist gewahrt, wenn der Arbeitgeber die unerlässlichen Sozialkriterien in seine Prüfung einbezogen und sie in vertretbarer Weise berücksichtigt hat. Der dem Arbeitgeber vom Gesetz eingeräumte Wertungsspielraum führt dazu, dass nur deutlich schutzwürdigere Arbeitnehmer mit Erfolg die Fehlerhaftigkeit der sozialen Auswahl rügen können (BAG vom 02.06.2005 – 2 AZR 480/04, NZA 2006, 207, 210).

52

b) Daran gemessen ist die Sozialauswahl im vorliegenden Fall nicht zu beanstanden, denn im Bereich Vorarbeiter Materialwirtschaft werden die im Vergleich zum Kläger deutlich älteren Mitarbeiter S4 und K4 weiterbeschäftigt. Der Mitarbeiter S4 ist bei einer nahezu gleichlangen Betriebszugehörigkeit mit 56 Jahren deutlich älter als der Kläger. Noch länger beschäftigt ist der 57-jährige Mitarbeiter K4. Die Unterhaltspflichten des bei Ausspruch der Kündigung 44 Jahre Klägers werden durch den deutlichen Altersunterschied weitgehend aufgewogen, so

53

dass von einer wenigstens ausreichenden Berücksichtigung der sozialen Umstände gesprochen werden kann. Der aufgrund der Auswahlrichtlinie ermittelte geringfügige Punkteabstand zwischen dem Kläger und dem Mitarbeiter S4 kann bezüglich der sozialen Schutzwürdigkeit einen deutlichen Unterschied zugunsten des Klägers nicht begründen (vgl. BAG vom 17.01.2008 – 2 AZR 405/06, DB 2008, 1688).

c) Der Hinweis des Klägers auf die zwischen den Betriebsparteien vereinbarte Auswahlrichtlinie verfährt nicht. Allerdings ergeben sich für den Kläger nach dem vereinbarten Punkteschema 80 Sozialpunkte, während der Mitarbeiter S4 nur auf 79 Sozialpunkte kommt. Dieser Punktabstand ist aber derart gering, dass im Hinblick auf die soziale Schutzwürdigkeit wie bereits dargelegt von einem deutlichen Unterschied nicht gesprochen werden kann. Der weitere Einwand des Klägers, die soziale Auswahl sei stets nach der konkret ermittelten Punktzahl durchgeführt worden, überzeugt nicht, denn die Betriebsparteien haben festgelegt, dass nach der Ermittlung der Punkte eine Betrachtung aller bekannten persönlichen oder arbeitsmarktbezogenen Härtefälle stattzufinden hat und abschließend in jedem Einzelfall eine Interessenabwägung aller Gesamtumstände durchzuführen ist (s. Seite 5 des Interessenausgleichs, Bl. 178 GA). Auch dann, wenn die Betriebsparteien eine Auswahlrichtlinie gemäß § 1 Abs. 4 KSchG vereinbart haben, erfolgt die Überprüfung der sozialen Auswahl nach den gesetzlichen Vorgaben des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG (vgl. BAG vom 17.01.2008 – 2 AZR 405/06, DB 2008, 1688). Die Auswahlrichtlinie selbst unterliegt lediglich einer Norminhaltsbewertung, aber keiner Anwendungsbewertung (vgl. dazu ErfK-Oetker, 10. Aufl., § 1 KSchG Rdnr. 351; KR-Griebeling, 9. Aufl., § 1 KSchG Rdnr. 700, 711).

54

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob es zur Rechtsunwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung führt, wenn sich der Arbeitgeber nicht nach einem mit dem Betriebsrat vereinbarten sozialen Auswahlverfahren richtet und sich darüber hinwegsetzt. Diese Fallgestaltung liegt hier nicht vor, so dass es bei der Überprüfung der sozialen Auswahl gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG bleibt.

55

3. Die soziale Auswahl ist nicht deswegen fehlerhaft, weil es sich bei den Standorten R2 und K2 um einen gemeinsamen Betrieb handelt und die soziale Auswahl nicht auf den O3 Betrieb erstreckt worden ist. Weil ein formgültiger Interessenausgleich mit Namensliste gemäß § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG vorliegt, kann die soziale Auswahl der Arbeitnehmer gemäß § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Eine etwaige Verkennung des Betriebsbegriffs führt nicht zu dem Verdikt einer grob fehlerhaften sozialen Auswahl gemäß § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG.

56

a) Entgegen der Auffassung des Klägers sind Interessenausgleich und Namensliste zu einer einheitlichen Urkunde verbunden worden und genügen der Schriftform gemäß § 126 BGB.

57

Gemäß § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist ein Interessenausgleich über eine geplante Betriebsänderung schriftlich niederzulegen und sowohl vom Betriebsrat als auch vom Arbeitgeber zu unterschreiben. Für die Einhaltung des gesetzlichen Schriftformerfordernisses sind die §§ 125, 126 BGB anzuwenden. Dem Schriftformerfordernis ist Genüge getan, wenn die Namensliste nicht selbst Bestandteil des Interessenausgleichs, sondern diesem als Anlage beigefügt ist, wenn Interessenausgleich und Namensliste eine einheitliche Urkunde bilden (BAG vom 22.01.2004 – 2 AZR 111/02, NZA 2004, 64). Eine bloße gedankliche Verbindung zwischen Interessenausgleich und Namensliste reicht nicht aus. Es reicht daher nicht, wenn im Interessenausgleich lediglich auf die Namensliste Bezug genommen wird, sondern die Verbindung zwischen Interessenausgleich und Namensliste muss durch äußerliche tatsächliche Beifügung der in Bezug genommenen Urkunde zur Haupturkunde in

58

Erscheinung treten.

Diesen Anforderungen ist im vorliegenden Fall Genüge getan. Auf die Namensliste wird in dem Interessenausgleich auf Seite 6 (Bl. 159 GA) als fest verbundener Anhang ausdrücklich Bezug genommen. Sowohl der Interessenausgleich selbst als auch die Namensliste sind in einem gemeinsamen Akt von den Betriebsparteien paraphiert und abschließend unterschrieben worden. Allein der Umstand, dass beide Dokumente zunächst unabhängig voneinander paraphiert und unterschrieben und erst dann mit Hilfe von Schrauben verbunden worden sind, steht der Bildung einer Gesamturkunde nicht entgegen. Wichtig ist, dass mit der Unterzeichnung die beiden Dokumente als einheitliche Urkunde äußerlich erkennbar werden (BAG vom 06.07.2006 – 2 AZR 520/05, NZA 2007, 266 unter Bezugnahme auf BGH vom 13.11.1963 – V ZR 8/62, BGHZ 40, 255). Wird die Namensliste erst nachträglich erstellt und sodann mit dem bereits vorhandenen Interessenausgleich verbunden, kann dies der Annahme einer einheitlichen Urkunde entgegenstehen (BAG vom 06.07.2006 – 2 AZR 520/5, NZA 2007, 266). Es ist aber nicht erforderlich, dass zwischen dem Interessenausgleich und der Namensliste zunächst eine untrennbare Verbindung hergestellt wird und erst dann die Unterschriften unter dieser verbundenen Urkunde geleistet werden. Für die Bildung einer einheitlichen Urkunde reicht es aus, wenn wie hier beide Dokumente in einem Vorgang zusammen hergestellt, unterschrieben und sodann miteinander verbunden werden. Die tatsächlichen Abläufe sind so wie sie von dem Beklagten geschildert worden sind, nicht streitig. Der Entscheidung des BAG vom 06.07.2006 (2 AZR 520/05, NZA 2007, 266) lag eine ganz andere Fallgestaltung zugrunde, denn dort war der Interessenausgleich vom 27.01.2004 nachträglich mit der später gebildeten Namensliste vom 16. Juni 2004 verbunden worden. Nach den hier vorliegenden Umständen hat das Berufungsgericht keinen Zweifel daran, dass Interessenausgleich und Namensliste eine einheitliche Urkunde bilden.

59

b) Schließlich ist anerkannt, dass die Namensliste auch getrennt vom Interessenausgleich erstellt werden kann, wenn sie nur von den Betriebsparteien unter Bezugnahme auf den Interessenausgleich gesondert unterschrieben worden ist (BAG vom 19.06.2007 – 2 AZR 304/06, NZA 2008, 103; BAG vom 22.01.2004 – 2 AZR 111/02, AP Nr. 1 zu § 112 BetrVG 1972 Namensliste). Dies ist hier geschehen, denn die Betriebsparteien haben in dem Interessenausgleich, den sie unterschrieben und paraphiert haben, auf die beigelegte Namensliste Bezug genommen. Diese ist wiederum ebenfalls von den Betriebsparteien paraphiert und unterschrieben worden. Bei dieser Sachlage kann das Vorliegen eines formgültigen Interessenausgleichs mit Namensliste nicht erfolgreich bezweifelt werden.

60

4. Kann die soziale Auswahl gemäß § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden, bezieht sich dies auch auf die Bildung des auswahlrelevanten Personenkreises. Dazu gehört auch die Frage, ob Arbeitnehmer einer anderen Betriebsstätte in die soziale Auswahl einzubeziehen sind (BAG vom 21.09.2006 – 2 AZR 284/06, juris; BAG vom 03.04.2008 – 2 AZR 879/06, NJW 2008, 2940). Grob fehlerhaft ist eine soziale Auswahl nur, wenn sie einen evidenten, sofort ins Auge springenden schweren Fehler aufweist und der Interessenausgleich jede Ausgewogenheit vermissen lässt. § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG räumt den Betriebspartnern einen weiten Spielraum bei der Sozialauswahl ein, der von den Betriebsparteien in Kenntnis der betrieblichen Verhältnisse angemessen und vernünftig genutzt wird. Dieser den Betriebsparteien von Gesetzes wegen eingeräumte Spielraum wird nur dort überschritten, wo in eklatanter und sofort erkennbarer Weise die Regeln einer ordnungsgemäßen sozialen Auswahl verletzt werden.

61

a) Eine derartige Feststellung kann hier nicht getroffen werden, denn es bestehen bereits Zweifel, ob das Vorbringen des Klägers zu der Annahme zwingt, dass die

62

Insolvenzschuldnerin und die in O3 ansässige W1 K2 GmbH einen gemeinsamen Betrieb unterhielten und das Werk in R2 davon nur ein Betriebsteil war. Bei Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebes hätte sich die soziale Auswahl allerdings auf den gesamten Betrieb und damit auch auf die Betriebsstätte in O3 erstrecken müssen (vgl. BAG vom 29.11.2007 – 2 AZR 763/06, ZIP 2008, 1598). Gegen das Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebes spricht bereits der Umstand, dass sowohl in R2 als auch in O3 jeweils eigenständige Betriebsräte gewählt worden sind. Die Verkenning des Betriebsbegriffs führt allenfalls zur Anfechtbarkeit der Betriebsratswahl, lässt aber die Aufgabe und Befugnisse des gewählten Betriebsrats unberührt, wenn die Betriebsratswahl nicht angefochten worden ist (BAG vom 13.09.1984 – 6 ABR 43/83, NZA 1985, 293). Der in Verkenning des Betriebsbegriffs gewählte Betriebsrat kann seine Beteiligungsrechte in wirtschaftlichen Angelegenheiten gemäß den §§ 106 ff und §§ 111 ff BetrVG weiterhin wirksam ausüben (BAG vom 27.06.1995 – 1 ABR 62/94, NZA 1996, 164).

b) Schon dieser Gesichtspunkt spricht gegen die Annahme einer grob fehlerhaft auf den Betrieb R2 beschränkten sozialen Auswahl. Selbst wenn man zugunsten des Klägers davon ausgeht, dass die K2-Standorte in R2 und O3 einen gemeinsamen Betrieb bildeten, kann infolge der Einschätzungsprärogative der Betriebsparteien kein grober Fehler bei der sozialen Auswahl angenommen werden. Es ist keineswegs evident und springt ins Auge, dass ein Gemeinschaftsbetrieb vorlag und auch die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in O3 in den auswahlrelevanten Personenkreis hätten miteinbezogen werden müssen. Solange wie hier gut nachvollziehbare und nicht auf Missbrauch zielende Gründe für die Eingrenzung der vergleichbaren Arbeitnehmer auf den Betrieb sprechen, für den der Betriebsrat gewählt worden ist, kann von einer grob fehlerhaften sozialen Auswahl i.S.d. § 1 V Satz 2 KSchG nicht gesprochen werden (vgl. BAG vom 03.04.2008 – 2 AZR 879/06, NJW 2008, 2940).

5. Die Kündigung ist auch nicht aus sonstigen Gründen unwirksam. Insbesondere ist der Betriebsrat vor ihrem Ausspruch gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG ordnungsgemäß angehört worden. Unter Bezugnahme auf den Interessenausgleich ist das Anhörungsverfahren bezüglich der in der Namensliste aufgeführten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter am 14.08.2008 eingeleitet worden. Einer näheren Darlegung der Kündigungsgründe bedurfte es nicht, weil der Betriebsrat bereits aus den Verhandlungen über den Interessenausgleich über den erforderlichen Kenntnisstand verfügte, um zu den beabsichtigten Kündigungen Stellung nehmen zu können. Der Betriebsrat war über die in dem Interessenausgleich im Einzelnen niedergelegten betriebsbedingten Gründe ebenso informiert wie über die Auswahlüberlegungen, die zu der erstellten Namensliste geführt haben.

III 65

Der Kläger hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seines erfolglos gebliebenen Rechtsmittels zu tragen. 66

IV 67

Für die Zulassung der Revision bestand keine Veranlassung, weil Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung nicht zu klären waren. Es war insbesondere nicht entscheidungserheblich, ob der Auffassung des Zweiten Senats des BAG (BAG vom 06.11.2008 – 2 AZR 523/07, DB 2009, 626), die Bildung von Altersgruppen sei gemäß § 10 Satz 1, 2 AGG durch legitime Ziele gerechtfertigt, gefolgt werden kann. 68

