Landesarbeitsgericht Hamm, 6 Sa 2023/10

Datum:	06.04.2011
Gericht:	Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper:	6. Kammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	6 Sa 2023/10
ECLI:	ECLI:DE:LAGHAM:2011:0406.6SA2023.10.00

Vorinstanz:	Arbeitsgericht Hagen, 1 Ca 1617/10

Leitsätze:

Im Rahmen der Anhörung nach § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG sind dem Betriebsrat auch die Gründe für die Herausnahme aus der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG mitzuteilen. Durch die Unterzeichnung einer Namensliste durch die Betriebsparteien nach § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG bzw. § 125 Abs. 1 S. 1 InsO wird insoweit nicht die Ordnungsgemäßheit der Betriebsratsanhörung indiziert.

Das vorsätzliche Abweichen von Auswahlrichtlinien nach § 95 Abs. 1 S. 1 BetrVG führt unabhängig davon, ob die Abweichung nur „marginal“ ist, zur groben Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl i.S.v. § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG bzw. § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO.

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Hagen vom 02.11.2010 – 1 Ca 1617/10 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand 1

2

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Kündigung und den Anspruch auf Weiterbeschäftigung.

Von der Darstellung des Vorbringens der Parteien in der ersten Instanz wird nach §69 Abs. 2 ArbGG unter Bezugnahme auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (Bl. 75 – 80 d. A.) abgesehen. 3

Das Arbeitsgericht Hagen hat der Klage mit Urteil vom 02.11.2010 – 1 Ca 1617/10 – stattgegeben. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe der angefochtenen Entscheidung verwiesen (Bl. 80 – 89 d. A.). 4

Das Urteil ist der Beklagten am 11.11.2010 zugestellt worden. Hiergegen richtet sich die am 23.11.2010 eingelegte und mit dem am 10.01.2011 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründete Berufung. 5

Die Beklagte wendet sich unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags zur Sach- und Rechtslage gegen das erstinstanzliche Urteil. Sie trägt ergänzend vor: 6

Durch die Auswahlrichtlinie sei nach dem einheitlichen Verständnis der Betriebsparteien lediglich der Ermessensspielraum eingeschränkt, jedoch nicht völlig beseitigt worden. Die Betriebsparteien hätten im Interessenausgleich und im Verfahren nach §102 Abs. 1 BetrVG – zumindest konkludent – den Restermessensspielraum genutzt und die längere Betriebszugehörigkeit der Mitarbeiter P2 und P1 im Betrieb der Beklagten und auch die Vorbeschäftigungszeit im Betrieb der Firma K1 in zulässiger Weise berücksichtigt. 7

Die Beklagte beantragt, 8

das Urteil des Arbeitsgerichts Hagen vom 02.11.2010, 1 Ca 1617/10, zugestellt am 11.11.2010, abzuändern und die Klage abzuweisen. 9

Der Kläger beantragt, 10

die Berufung zurückzuweisen. 11

Der Kläger verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags zur Sach- und Rechtslage. Er trägt ergänzend vor: 12

Die Betriebsparteien seien an die Auswahlrichtlinie gebunden. Ihnen habe kein Restermessensspielraum zugestanden. Bedenken hinsichtlich der Ordnungsgemäßheit der Betriebsratsanhörung blieben aufrechterhalten. Die Beklagte könne sich nicht auf den zwischen dem Insolvenzverwalter und dem Betriebsrat abgeschlossenen Interessenausgleich berufen. Sie sei nicht Partei dieser Vereinbarung. 13

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den von ihnen in Bezug genommenen Inhalt der in beiden Rechtszügen zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 14

Entscheidungsgründe: 15

Die Berufung ist an sich statthaft (§ 64 Abs. 1 ArbGG), bereits wegen eines der Streitgegenstände zulässig (§ 64 Abs. 2 Buchst. c ArbGG) sowie in gesetzlicher Form und Frist eingelegt (§ 519 ZPO i.V.m. § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, § 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG) und innerhalb der Frist (§ 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG) und auch ordnungsgemäß (§ 520 Abs. 3 i.V.m. § 16

64 Abs. 6 S. 1 ArbGG) begründet worden. Sie hat in der Sache keinen Erfolg.

I. Die Kündigungsschutzklage ist begründet. 17

1. Die Kündigung ist nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. 18

1.1. Nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG ist eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung unwirksam. Eine Kündigung ist nicht nur unwirksam, wenn der Arbeitgeber gekündigt hat, ohne den Betriebsrat überhaupt zu beteiligen, sondern auch dann, wenn er ihn nicht richtig beteiligt hat (BAG 27.11.2003 - 2 AZR 653/02). 19

1.2. Die Erstellung eines Interessenausgleichs mit Namensliste nach §§ 1 Abs. 5 KSchG, 112 BetrVG bzw. § 125 Abs. 1 InsO entbindet den Arbeitgeber nicht von der Pflicht zur Betriebsratsanhörung zu den konkret auszusprechenden Kündigungen nach § 102 BetrVG (BAG 20.05.1999 - 2 AZR 148/99). Der Regelungszweck des §102 BetrVG unterscheidet sich von dem des § 1 Abs. 5 KSchG bzw. § 125 Abs. 1 InsO. Letzterer dient u.a. dazu, Wachstumsdynamik und eine beschäftigungs- und sanierungsfreundliche Flexibilisierung des Arbeitsrechts zu ermöglichen. Die nach §102 BetrVG vorgeschriebene Mitwirkung des Betriebsrats soll den Arbeitgeber demgegenüber veranlassen, die geplante Kündigung als Individualmaßnahme zu überdenken und möglicherweise von ihr abzusehen. Der vom Abschluss des Interessenausgleichs abweichende Zweck des Anhörungsverfahrens zeigt sich überdies an den Widerspruchsrechten des Betriebsrats nach § 102 Abs. 3 BetrVG. Zudem können sich zwischen Abschluss des Interessenausgleichs und Einleitung des Anhörungsverfahrens wesentliche Änderungen ergeben. Würde das Anhörungserfordernis verneint, führte dies in einer derartigen Gestaltung zu der abzulehnenden Folge, dass die Vermutung der Betriebsbedingtheit und der für den Arbeitgeber gemilderte Prüfungsmaßstab innerhalb der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 5 Satz 3 KSchG bzw. §125 Abs. 1 InsO entfielen, es aber dennoch keiner Anhörung des Betriebsrats bedürfte (BAG 20.05.1999 - 2 AZR 148/99). Die gesetzlichen Regelungen in § 1 Abs. 5 KSchG, § 125 Abs. 1 und § 102 BetrVG dienen unterschiedlichen Zwecken; § 1 Abs. 5 KSchG bzw. § 125 Abs. 1 InsO stellen dabei mehr auf das betriebliche Gesamtkonzept, § 102 BetrVG auf die Einzelfallbetrachtung ab. Vereinbaren die Betriebspartner (etwa im Hinblick auf das Angebot einer hohen Sozialplandotierung) einen Interessenausgleich mit Namensliste, so lässt dies nicht notwendigerweise darauf schließen, dass auch die Einzelbetrachtung jeder Kündigung, die § 102 BetrVG sicherstellen soll, in ausreichender Weise stattgefunden hat (BAG 20.05.1999 - 2 AZR 148/99). 20

Die Verpflichtung des Arbeitgebers, neben den Verhandlungen über den Interessenausgleich mit Namensliste nach § 112 BetrVG auch den Betriebsrat zu den auszusprechenden Kündigungen nach § 102 BetrVG anzuhören, macht allerdings keine Verdoppelung des Beteiligungsverfahrens notwendig. Es ist vielmehr zulässig, dass beide Verfahren zusammengefasst werden, damit der Betriebsrat gleichzeitig mit dem Abschluss des Interessenausgleichs auch zu den beabsichtigten Kündigungen Stellung nehmen kann. Die Möglichkeit, beide Verfahren miteinander zu verbinden, bedeutet jedoch nicht, dass in den Verhandlungen mit dem Betriebsrat über einen Interessenausgleich mit Namensliste zugleich die Anhörung des Betriebsrats nach §102 BetrVG zu den auszusprechenden Kündigungen zu sehen wäre. Die Einleitung des Anhörungsverfahrens unter Beachtung der in § 102 Abs. 1 BetrVG umschriebenen Erfordernisse ist Aufgabe des Arbeitgebers. Dazu ist stets erforderlich, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat um die Stellungnahme zu einer konkreten Kündigungsabsicht ersucht. Sollen deshalb Interessenausgleich und Betriebsratsanhörung miteinander verbunden werden, so ist dies schon bei der Einleitung des Beteiligungsverfahrens klarzustellen. Außerdem ist es dann zweckmäßig, dass die 21

Betriebspartner im Wortlaut des Interessenausgleichs zum Ausdruck bringen, mit der Unterzeichnung des Interessenausgleichs solle auch das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG hinsichtlich sämtlicher auszusprechender Kündigungen abgeschlossen sein.

1.3. Auch beim Vorliegen eines Interessenausgleichs mit Namensliste unterliegt die Betriebsratsanhörung keinen erleichterten Anforderungen; sie muss vielmehr wie die Anhörung des Betriebsrats zu jeder anderen Kündigung den von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen zu § 102 BetrVG entsprechen (BAG 20.05.1999 - 2 AZR 532/98). 22

1.4. Im Streitfall ist das Anhörungsverfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden. Dem Betriebsrat ist das betriebliche Erfordernis für die Kündigung gerade des Klägers nicht ausreichend mitgeteilt worden. 23

1.4.1. Der Arbeitgeber hat nach § 102 Abs. 1 BetrVG dem Betriebsrat die Gründe für die Kündigung mitzuteilen, d. h., er muss dem Betriebsrat neben den näheren Informationen über die Person des betroffenen Arbeitnehmers die Art und den Zeitpunkt sowie die Gründe für die beabsichtigte Kündigung mitteilen (BAG 30. November 1989 2 AZR197/89). So hat der Arbeitgeber insbesondere Alter, Familienstand, Betriebszugehörigkeit und besonders soziale Umstände (z. B. Schwerbehinderteneigenschaft) des zu kündigenden Arbeitnehmers mitzuteilen (BAG 16. September 1993 - 2 AZR267/93). Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Art der beabsichtigten Kündigung, insbesondere also mitteilen muss, ob eine ordentliche oder eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen werden soll. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat nur diejenigen Gründe mitteilen, die nach seiner subjektiven Sicht die Kündigung rechtfertigen und für seinen Kündigungsentschluss maßgebend sind. Diese Gründe darf der Arbeitgeber dem Betriebsrat in der Regel aber nicht nur pauschal, schlagwort oder stichwortartig bezeichnen. Vielmehr muss er den als maßgebend erachteten Sachverhalt unter Angabe von Tatsachen, aus denen der Kündigungsentschluss hergeleitet wird, näher so beschreiben, dass der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in die Lage versetzt wird, die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich über eine Stellungnahme schlüssig zu werden. Andererseits bedarf der Vortrag des Arbeitgebers im Anhörungsverfahren wegen des Überblicks, den der Betriebsrat regelmäßig über die betrieblichen Verhältnisse hat, nicht derselben Substanziierung wie im Kündigungsschutzprozess. Durch ergänzenden Vortrag im Prozess darf aber das Mitwirkungsrecht des Betriebsrats nicht verkürzt werden. Dies bedeutet, dass die Erläuterungen zu den dem Betriebsrat mitgeteilten Kündigungsgründen weder zusätzliche Kündigungsgründe noch Vorwürfe oder Tatsachen enthalten dürfen, die den bisherigen Vortrag erst zu einem kündigungsrechtlich relevanten Grund machen oder dem Kündigungsgrund erheblich mehr Gewicht verleihen (BAG 18 Dezember 1980 - 2 AZR 1006/87). Der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§§ 2, 74 BetrVG) gebietet es dem Arbeitgeber, dem Betriebsrat Informationen zu geben bzw. nicht vorzuenthalten, aufgrund derer bzw. ohne die bei ihm ein falsches Bild über den Kündigungssachverhalt entsteht. Eine bewusst und gewollt unrichtige Mitteilung der für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers maßgebenden Kündigungsgründe führt zu einem fehlerhaften und damit unwirksamen Anhörungsverfahren. 24

1.4.2. Diesen Voraussetzungen genügt das von dem Insolvenzverwalter während des Ablaufs der Verhandlungen über den Interessenausgleich eingeleitete Anhörungsverfahren (vgl. Nr. III. des Interessenausgleichs vom 10.02.2010) nicht. 25

1.4.2.1. Der Interessenausgleich enthält keine ausreichende Mitteilung zum betrieblichen Erfordernis für die streitbefangene Kündigung, sondern nur unzureichende pauschale 26

Angaben zu einem geplanten Personalabbau als Erwerberkonzept. Es ist davon die Rede, der Betriebserwerber sei nur in der Lage, das Ziel, den Standort H1 langfristig zu erhalten, zu erreichen, wenn hohe Einsparungen realisiert würden, um die Kosten dem tatsächlichen, um 30% gesunkenen, Umsatzvolumen anzupassen. Um den Standort zu halten, sei eine Restrukturierung im Personalbereich unabdingbar, die zu einer auftrags- und umsatzangepassten Beschäftigungsstruktur führte. Die Restrukturierung der Beschäftigungsstruktur sei durch entsprechenden Personalabbau zu erreichen. Es sei ein tatsächlicher Beschäftigungsbedarf für ca. 460 Arbeitsplätze am Standort H1 ermittelt worden. Die ursprünglich in H1 bestandenen ca. 604 Arbeitsplätze seien vor und in der Insolvenz, insbesondere durch Auslaufen befristeter Arbeitsverträge, auf aktuell ca. 509 Arbeitsplätze reduziert worden. Der noch erforderliche Abbau von Arbeitsplätzen durch entsprechenden Personalabbau solle durch den Ausspruch von 48 betriebsbedingten Beendigungskündigungen erfolgen. Die konkreten Umstände für den Wegfall eines Beschäftigungsbedarfs gerade am Arbeitsplatz des Klägers oder einem vergleichbaren Arbeitsplatz eines Produktionshelfers werden nicht erläutert. Es fehlt an jeglichen Angaben, in welchem Umfang die fraglichen Arbeiten für die Produktionshelfer im Vergleich zum bisherigen Zustand anfallen sollten bzw. aufgrund welcher unternehmerischer Vorgaben diese Arbeiten von den verbliebenen Mitarbeitern ohne überobligatorische Leistungen erledigt werden können. Dem Betriebsrat war zu erläutern, wie sich ein ggf. vorliegender und/oder zu erwartender Umsatzrückgang auf die Arbeitsmenge auswirkt und in welchem Umfang dadurch ein konkreter Arbeitskräfteüberhang entsteht (ggf. unter Berücksichtigung des Auslaufens befristeter Arbeitsverträge) bzw. wie sich die Umsetzung der unternehmerischen Entscheidung auf die Beschäftigungsmöglichkeiten auswirkt. Zudem könnten entsprechende Angaben im Interessenausgleich vom 10.02.2010 schwerlich die aktuelle Situation im Kündigungszeitraum Juli 2010 abbilden.

1.4.2.2. Dem Vortrag der Beklagten kann auch nicht entnommen werden, dass dem Betriebsrat während der Verhandlungen über einen Interessenausgleich und Sozialplan die notwendigen Informationen zum Wegfall des Bedürfnisses für eine Beschäftigung des Klägers ausreichend mündlich mitgeteilt wurden. 27

1.4.3. Den genannten Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung genügt ebenso wenig das von der Beklagten mit Schreiben vom 07.07.2010 eingeleitete Anhörungsverfahren. In dem Anhörungsschreiben ist erneut von den – ursprünglich – beabsichtigten 48 Kündigungen und davon die Rede, dass im Verhältnis zur Gesamtzahl der Beschäftigten in der Gruppe der Produktionshelfer von 146 Mitarbeitern nur verhältnismäßig wenig Kündigungen, nämlich nur sieben (einschließlich der gegenüber dem Kläger beabsichtigten Kündigung) ausgesprochen wurden bzw. auszusprechen seien. Es fehlt jegliche Angabe zur Prognose des Beschäftigungsbedarfs für die Gruppe der Produktionshelfer im Zeitpunkt der Anhörung im Juli 2010. Weitere, in dem Anhörungsschreiben auf Seite 2 unten angesprochene, schriftliche Ausführungen sind von der Beklagten nicht in den Rechtsstreit eingeführt worden. Entsprechendes gilt für den Inhalt des Gesprächs zwischen dem Personalleiter der Beklagten und dem Betriebsratsvorsitzenden ("eingehend mündlich erläutert"). 28

1.4.4. Die Betriebsratsanhörung ist schließlich wegen fehlender Begründung der selektiven Altersgruppenbildung unzureichend. 29

1.4.4.1. Dem Interessenausgleich und dem Prozessvortrag der Beklagten kann bereits nicht entnommen werden, ob die nur in den Vergleichsgruppen 10, 16 und 27 vorgenommene Altersgruppenbildung der Erhaltung oder der Schaffung einer ausgewogenen 30

Personalstruktur dienen soll. Im Interessenausgleich ist davon die Rede, die Altersgruppenbildung diene der "Schaffung bzw. Erhaltung" einer ausgewogenen Personalstruktur. Auch in dem Anhörungsschreiben vom 07.07.2010 wird ausgeführt, die Altersgruppenbildung sei zur "Schaffung bzw. Erhaltung" einer ausgewogenen Personalstruktur vorgenommen worden.

1.4.4.2. Die Beklagte hat ferner nicht vorgetragen, dass dem Betriebsrat ein berechtigtes betriebliches Interesse an der Beibehaltung der bisherigen Altersstruktur bzw. an der Schaffung einer neuen Altersstruktur im Arbeitsbereich des Klägers mitgeteilt wurde. Die Beklagte hat gegenüber dem Betriebsrat nicht aufgezeigt, welche konkreten Nachteile sich ergäben, wenn die Sozialauswahl allein nach Maßgabe von § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG vorgenommen würde. Dies verlangt nicht nur darzulegen, dass sich die Altersstruktur überhaupt in nennenswertem Ausmaß nachteilig verändern würde, sondern auch aufzuzeigen, welche konkreten Nachteile sich dadurch - beispielsweise im Hinblick auf die Verwirklichung des Betriebszwecks - ergäben (BAG 18. März 2010 – 2 AZR 468/08 – zur Problematik des Inhalts der Darlegungslast des Arbeitgebers). Die Nützlichkeit der Altersgruppenbildung ist hier nicht zu vermuten. Die Altersgruppenbildung wurde auf die Vergleichsgruppen 10, 16 und 27 beschränkt und betraf damit nur 12 Kündigungen. Die Schwelle des § 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 KSchG (vgl. dazu BAG 18. März 2010 – 2 AZR 468/08) wird insoweit nicht erreicht. 31

1.4.4.3. Schließlich sind dem Betriebsrat nicht die Gründe für die nichtproportionale Verteilung der Kündigungen auf die Altersgruppen erläutert worden. Während in der Vergleichsgruppe des Klägers bei den Altersgruppen 25 – 34 (37 Arbeitnehmer) und 45 – 54 (35 Arbeitnehmer) jeweils zwei Kündigungen vorgesehen waren, sieht der Interessenausgleich für die Altersgruppe 35 – 44 (57 Arbeitnehmer) nur eine Kündigung vor. 32

2. Die Kündigung ist zudem nach § 1 Abs. 1 u. 3 KSchG wegen nicht ausreichender und auch wegen grob fehlerhafter Sozialauswahl sozial ungerechtfertigt und daher rechtsunwirksam. 33

2.1. Die Sozialauswahl ist nicht nur nach § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG auf grobe Fehlerhaftigkeit zu überprüfen. 34

2.1.1. Es kann dahinstehen, ob sich die Beklagte grundsätzlich auf einen zwischen einem Insolvenzverwalter und dem Betriebsrat abgeschlossenen und noch nicht vollständig umgesetzten Interessenausgleich mit Namensliste berufen kann. Hierfür spricht, dass die Beklagte nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen und auch betriebsverfassungsrechtlich in die volle Arbeitgeberposition eingetreten ist. Die Beklagte kann jedoch keine Rechte in Anspruch nehmen, die allein dem Insolvenzverwalter zustehen. Zu diesen Rechten zählt das Recht des Insolvenzverwalters, im Zusammenhang mit einer betriebsbedingten Kündigung über die Sozialauswahl eine ausgewogene Personalstruktur zu schaffen (§ 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 2. Halbsatz InsO). 35

2.1.2. Auf die Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur zielt aber die nichtproportionale Verteilung der Kündigungen auf die Altersgruppen in der Vergleichsgruppe des Klägers. Die Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur erforderte eine proportionale Verteilung der Kündigungen. Beruht daher die Namensliste auf einer Sozialauswahl, die auf die Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur zielt, kann sich allein der Insolvenzverwalter nach § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 2. Halbsatz InsO auf eine derartige Namensliste berufen, nicht aber ein Betriebserwerber. 36

37

2.2. Die Sozialauswahl ist wegen Verstoßes gegen eine Auswahlrichtlinie nicht ausreichend (§ 1 Abs. 3 S. 1 KSchG) und zudem grob fehlerhaft (§ 1 Abs. 5 S. 2 KSchG).

2.2.1. Nach § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 lit. a) KSchG ist eine Kündigung sozial ungerecht-fertigt und damit rechtsunwirksam, wenn sie gegen eine Richtlinie nach § 95 BetrVG verstößt und der Betriebsrat deswegen der Kündigung schriftlich widerspricht. Dieser Widerspruchsgrund ist jedoch auch als Grund für eine fehlerhafte Sozialauswahl und damit als Unwirksamkeitsgrund für die Kündigung zu berücksichtigen, wenn kein Widerspruch des Betriebsrats vorliegt. Auswahlrichtlinien sind Betriebsvereinbarungen, die nach § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG im einzelnen Arbeitsverhältnis unmittelbar und zwingend gelten und den Arbeitgeber aus diesem Grunde normativ binden (KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 198). Der Arbeitgeber bindet sich über die Bewertung der Sozialindikatoren nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung an die Bewertung und Gewichtung der sozialen Auswahlrichtlinien (BAG 05. Juni 2008 – 2 AZR 9907/06; BAG 05. Juni 2008 – 2 AZR 907/06; BAG 18. März 2010 – 2 AZR 468/08). 38

2.2.2. Im Streitfall hat die Beklagte mit der Kündigung gegen die Auswahlrichtlinie im Interessenausgleich (Nr. II. 4. Interessenausgleich) verstoßen. Die zur Vergleichsgruppe des Klägers zählenden Arbeitnehmer P2 und P1 kommen auf lediglich 65 Punkte, während der Kläger auf 67 Punkte kommt. Der Interessenausgleich sieht neben dem Punktesystem keine individuelle Abschlussprüfung vor, muss dies nicht (BAG 09. November 2006 – 2 AZR 812/05) und dürfte dies wegen der Beschränkung der Sozialauswahl auf die vier gesetzlich benannten Sozialindikatoren auch nicht (BAG 31. Mai 2007 – 2 AZR 276/06). Die Auflistung der Sozialindikatoren ist abschließend (BAG 31. Mai 2007 – 2 AZR 276/06). 39

2.2.3. Der Verstoß gegen die Auswahlrichtlinie wird nicht dadurch geheilt, dass die Betriebsparteien den Namen des Klägers in die Namensliste nach § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG aufgenommen haben. Die Namensliste ist im Streitfall das Ergebnis einer auf Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur gerichteten Sozialauswahl und kann daher von der Beklagten nicht zur Sozialauswahl herangezogen werden. Zudem wird durch eine Namensliste nicht die für beide Betriebsparteien selbstbindende Festlegung des maßgeblichen Bewertungsschemas in Gestalt der Auswahlrichtlinie für einen Einzelfall abgeändert. Die fehlerhafte Anwendung des selbst geschaffenen Auswahlschemas modifiziert nicht dieses Schema, sondern führt zu einer fehlerhaften Sozialauswahl. Die Modifizierung des Schemas nur für den Einzelfall führte zudem zur Verletzung der Pflicht zur Gleichbehandlung nach § 75 Abs. 1 S. 1 BetrVG. Der von den Betriebsparteien zu beachtende Gleichbehandlungsgrundsatz (BAG 12. November 2002 – 1 AZR 58/02) verlangt, dass alle in eine Vergleichsgruppe einbezogenen Arbeitnehmer nach den gleichen Bewertungsgrundsätzen (hier: Auswahlrichtlinie nach Nr. II. 4. Interessenausgleich) behandelt werden. 40

2.2.4. Für die Bevorzugung der Arbeitnehmer P2 und P1 liegt kein zu akzeptierender Sachgrund vor (so es einen geben könnte). Sie erweist sich dadurch als willkürlich und führt zu einer grob fehlerhaften Sozialauswahl. Die Berücksichtigung der längeren Dauer der Betriebszugehörigkeit steht im Widerspruch zur Auswahlrichtlinie. Dort werden die Sozialindikatoren gegeneinander abgewogen. Die erneute Bewertung der Dauer der Betriebszugehörigkeit führt zu einer unzulässigen Doppelberücksichtigung dieses Indikators. Die Berücksichtigung der Vorbeschäftigungszeit bei einem anderen Unternehmen (Fa. K1) sieht die Auswahlrichtlinie nicht vor. Darauf bezogen fehlt es an dem substanziierten Vortrag zu einem Betriebsübergang. Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 06.04.2011 ist seitens der Beklagten von der gesellschaftsrechtlichen Übernahme des anderen Unternehmens die Rede gewesen, wobei der Vorgang noch nicht in einer gerichtlichen 41

Entscheidung bewertet worden sei. Allerdings kann die Anrechnung früherer Beschäftigungszeiten auf die nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG maßgebliche Dauer der Betriebszugehörigkeit unter Umständen einzelvertraglich (BAG 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04) oder tarifvertraglich (BAG 6. Februar 2003 - 2 AZR 623/01) vereinbart werden. Hierzu fehlen aber im Streitfall jegliche Anhaltspunkte. Eine Herausnahme der Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl wäre ansonsten nur nach § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG möglich. Hierauf hat sich die Beklagte jedoch nicht berufen. Auch insoweit liegen keine Anhaltspunkte vor.

2.2.5. Das Auswahlergebnis erweist sich damit als nicht ausreichend und auch als grob fehlerhaft. Bei ordnungsgemäßer Sozialauswahl hätten zunächst die im Interessenausgleich angeführten Arbeitnehmer der Altersgruppen "bis 24" und "25 – 34" zur Kündigung angestanden. Dies folgt daraus, dass die Beklagte sich auf die der Herstellung einer ausgewogenen Personalstruktur dienenden Altersgruppenbildung nicht berufen kann. Die Punktwerte dieser Arbeitnehmer unterschreiten die des Klägers zum Teil gravierend. Zudem hätten bei einer ordnungsgemäß an der Auswahlrichtlinie orientierten Sozialauswahl die Arbeitnehmer P2 und P1 vorrangig zur Kündigung angestanden. Auf alle diese Arbeitnehmer hat sich der Kläger auch berufen. 42

2.2.6. Der Bewertung der Auswahlfehler als grob fehlerhaft steht nicht die höchstrichterliche Rechtsprechung (BAG 10. Juni 2010 – 2 AZR 420/09; BAG 12. März 2009 – 2 AZR 418/07; BAG 17. Januar 2008 – 2 AZR 405/06) zur Unmaßgeblichkeit von marginalen Fehlern entgegen. Nach dieser Rechtsprechung unterliegt das gesamte Auswahlverfahren, nämlich zum einen die Bildung des Auswahlsystem mit der Gewichtung der Sozialindikatoren durch ein Punkteschema/eine Auswahlrichtlinie, der Bildung der Vergleichsgruppen und auch der Herausnahme aus der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG und zum anderen die Durchführung der Sozialauswahl durch Subsumption der zu ermittelnden Sozialindikatoren dem Prüfungsmaßstab der groben Fehlerhaftigkeit. Insoweit auftretende "fahrlässige" Fehler in dem gesamten Auswahlverfahren dürfen nur nicht zu einem grob fehlerhaften Auswahlergebnis führen (BAG 10. Juni 2010 – 2 AZR 420/09). Diese Freistellung des Arbeitgebers von Rechtsanwendungsrisiken befreit ihn jedoch nicht von der Bindung an das von ihm selbst geschaffene Auswahlsystem. Setzt sich der Arbeitgeber über das ihn bindende Auswahlsystem eigenmächtig hinweg, liegt eine grobe Fehlerhaftigkeit vor. Insoweit sind nicht die Risiken der Rechtsanwendung betroffen, die ihm durch Kollektivierung des Kündigungsschutzes weitgehend genommen werden sollen. Die Selbstbindung durch Schaffung eines Auswahlsystems ist vielmehr normativ begründet (§ 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 lit. a) KSchG; § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG), durch § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG nicht beschränkt und von der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt (BAG 05. Juni 2008 – 2 AZR 9907/06; BAG 05. Juni 2008 – 2 AZR 907/06; BAG 18. März 2010 – 2 AZR 468/08). 43

II. Die Weiterbeschäftigungsklage ist ebenfalls begründet. 44

1. Ein Arbeitgeber ist grundsätzlich verpflichtet, einen Arbeitnehmer vertragsgemäß zu beschäftigen, wenn dieser es verlangt. Rechtsgrundlage eines solchen Beschäftigungsanspruches des Arbeitnehmers ist das Arbeitsvertragsrecht. Der Anspruch ist abzuleiten aus den §§ 611, 613 BGB i.V.m. § 242 BGB. Die Generalklausel des § 242 BGB wird dabei ausgefüllt durch die Wertentscheidung der Art. 1 und 2 GG (BAG (GS), Beschl. v. 27.02.1985, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht, unter C.I.2. d.Gr.). Da der allgemeine Beschäftigungsanspruch aus einer sich aus Treu und Glauben ergebenden Pflicht des Arbeitgebers herzuleiten ist, muss er allerdings dort zurücktreten, wo überwiegende schutzwerte Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen. Der Arbeitgeber ist nach Treu und Glauben nicht verpflichtet, die Interessen des Arbeitnehmers ohne Rücksicht auf eigene 45

überwiegende und schutzwerte Interessen zu fördern. Deshalb bedarf es, wenn der Arbeitgeber wegen im Einzelfall entgegenstehender eigener Interessen die Beschäftigung des Arbeitnehmers ablehnt, einer Abwägung der beiderseitigen Interessen zur Feststellung, ob das Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung schutzwürdiger ist und überwiegt. Das kann etwa der Fall sein beim Wegfall der Vertrauensgrundlage oder bei einem Auftragsmangel (BAG, Beschl. v. 27.02.1985, unter C.I.3. d.Gr.). Es reichen solche Umstände aus, die im streitlos bestehenden Arbeitsverhältnis den Arbeitgeber zur vorläufigen Suspendierung des Arbeitnehmers berechtigen, wie Fälle eines strafbaren oder schädigenden Verhaltens des Arbeitnehmers, oder wenn die Beschäftigung zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers führte (BAG, Beschl. v. 27.02.1985, unter C.II.3. c. d.Gr.).

2. Dem Kläger steht demnach ein Weiterbeschäftigungsanspruch zu. 46

2.1. Er befindet sich in einem fortbestehenden Arbeitsverhältnis. Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses wird im vorliegenden Urteil festgestellt. 47

2.2. Der Weiterbeschäftigungsanspruch entfällt nicht aufgrund eines schutzwürdigen und überwiegenden Interesses des Beklagten an der Nichtbeschäftigung des Klägers. Von dem Beklagten sind insoweit keine über die Geltendmachung der Wirksamkeit der streitbefangenen Kündigung hinausgehenden Gründe für die Nichtbeschäftigung des Klägers vorgetragen worden. 48

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs.1 S.1 ZPO i.V.m. § 97 ZPO. 49

IV. Gründe, die Revision nach § 72 Abs.2 ArbGG zuzulassen, sind nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht ist der aufgezeigten höchstrichterlichen Rechtsprechung gefolgt. Eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage mit grundsätzlicher Bedeutung liegt nicht vor. 50

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE