

---

**Datum:** 09.11.2012  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 18. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 18 Sa 1095/12  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGHAM:2012:1109.18SA1095.12.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Dortmund, 2 Ca 1842/09  
**Schlagworte:** Auswahlrichtlinie, Altersgruppen, Punkteschema, Sozialauswahl, Treu und Glauben  
**Normen:** § 1 KSchG, § 242 BGB  
**Leitsätze:**  
Unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) kann sich der Arbeitgeber nicht auf eine Sozialauswahl nach Altersgruppen berufen, wenn er sich vorsätzlich über eine bestehende Auswahlrichtlinie hinwegsetzt und zudem die Zahl der innerhalb der einzelnen Altersgruppen zu entlassenden Arbeitnehmer überwiegend falsch berechnet.

---

**Tenor:**  
Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 19.11.2009 - 2 Ca 1842/09 - wird kostenpflichtig zurückgewiesen.  
Die Revision wird zugelassen.

---

**Tatbestand** 1  
Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung. 2  
Die am 25.06.1953 geborene und verheiratete Klägerin ist seit dem 27.01.1992 bei der Beklagten als mechanische Helferin in der Magnetmontage zu einem monatlichen Bruttomonatsverdienst von zuletzt ca. 2.500,00 € beschäftigt. 3

- Auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien sind aufgrund einzelvertraglicher Bezugnahme die Tarifverträge für die Metall- und Elektroindustrie NRW anwendbar. 4
- Die Beklagte beschäftigte 798 Arbeitnehmer. Aufgrund eines erheblichen Auftragsrückgangs schloss die Beklagte mit dem Betriebsrat am 05.03.2009 einen Interessenausgleich mit Namensliste ab, in welcher auch die Klägerin genannt ist; insoweit wird auf die Ablichtung Bezug genommen, die die Beklagte als Anlage zum Schriftsatz vom 22.03.2010 zu den Gerichtsakten gereicht hat (Blatt 77 ff. der Akten). Von der Betriebsänderung, die Gegenstand des Interessenausgleichs war, waren insgesamt 222 Arbeitnehmer betroffen. Der Sozialplan, den die Beklagte mit dem Betriebsrat am 05.03.2009 abschloss, regelt unter § 6 Auswahlrichtlinien für die soziale Auswahl hinsichtlich betriebsbedingter Kündigungen. Danach ist die Sozialauswahl im Hinblick auf den Bereich Produktion in der Vergleichsgruppe „mechanische Helfer/innen“ der Lohngruppe 2 durchzuführen. Vorgesehen ist ferner die Bildung von Altersgruppen in Fünf-Jahres-Schritten sowie ein Punkteschema für die Gewichtung der Auswahlkriterien Lebensalter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltungspflichten und Schwerbehinderung. Die endgültige soziale Auswahl soll unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles erfolgen; sofern die Betriebsparteien besondere Umstände des Einzelfalles feststellen, ist dies schriftlich zu dokumentieren. Wegen des näheren Inhalts des Sozialplans wird auf die Ablichtung verwiesen, die die Beklagte als Anlage zum Schriftsatz vom 19.09.2012 zu den Gerichtsakten gereicht hat (Blatt 141 ff. der Akten). 5
- Die Beklagte führte die soziale Auswahl im Rahmen von Altersgruppen innerhalb der Gruppe der mechanischen Helfer durch, wobei 156 Helfer von dem Personalabbau betroffen waren. 6
- In der Altersgruppe der 30- bis 34-jährigen Arbeitnehmer sind acht von 17 Arbeitnehmern entlassen worden. Vier der gekündigten Arbeitnehmer waren bei Anwendung des Punkteschemas entsprechend der Auswahlrichtlinie zu entlassen, da sie die geringste Punktzahl erzielten; vier Kündigungen betrafen Arbeitnehmer mit höheren Punktzahlen. Wegen der Sozialdaten der Arbeitnehmer in dieser Altersgruppe wird auf Blatt 149 der Gerichtsakten verwiesen. 7
- In der Altersgruppe der 35- bis 39-jährigen Arbeitnehmer sind 22 von 59 Arbeitnehmern entlassen worden. Zwölf Kündigungen betrafen Arbeitnehmer, die bei Anwendung des in der Auswahlrichtlinie vorgesehenen Punkteschemas zu entlassen waren. Zehn weitere Arbeitnehmer, die von Kündigungen betroffen waren, erzielten höhere Punktzahlen. Wegen der Sozialdaten der Arbeitnehmer in dieser Altersgruppe wird auf Blatt 150 f. der Akten verwiesen. 8
- In der Altersgruppe der 40- bis 44-jährigen Arbeitnehmer wurden 42 von 108 Arbeitnehmern entlassen. 19 der Gekündigten waren bei Anwendung des Punkteschemas entsprechend der Auswahlrichtlinie zu entlassen. Die Beklagte sprach gegenüber 23 Arbeitnehmern, die eine höhere Punktzahl erzielten, Kündigungen aus. Wegen der Sozialdaten der Arbeitnehmer in dieser Altersgruppe wird auf Blatt 152 bis 154 der Akten verwiesen. 9
- In der Altersgruppe der 45- bis 49-jährigen Arbeitnehmer wurden 35 von 83 Arbeitnehmern entlassen. Dabei betrafen 18 Kündigungen Arbeitnehmer, die bei Anwendung der Auswahlrichtlinie zu entlassen waren. Die Beklagte entließ 17 Arbeitnehmer, die höhere Punktzahlen erzielten. Wegen der Sozialdaten der Arbeitnehmer in dieser Altersgruppe wird auf Blatt 155 f. der Akten verwiesen. 10
- In der Altersgruppe der 50- bis 54-jährigen Arbeitnehmer sprach die Beklagte gegenüber 30 von 75 Arbeitnehmern Kündigungen aus. Die Kündigungen betrafen 12 Arbeitnehmer, die bei 11

Anwendung des Punkteschemas entsprechend der Auswahlrichtlinie zu entlassen waren. Die Beklagte sprach gegenüber 18 Arbeitnehmern, die höhere Punktzahlen erzielten, Kündigungen aus. Wegen der Sozialdaten der Arbeitnehmer in dieser Altersgruppe wird auf Blatt 155 f. der Akten verwiesen.

In der Altersgruppe der 55- bis 59-jährigen Arbeitnehmer (in dieser Altersgruppe befindet sich die Klägerin) wurden 15 von 30 Arbeitnehmern entlassen. Neun Kündigungen wurden gegenüber Arbeitnehmern ausgesprochen, die bei Anwendung des Punkteschemas entsprechend der Auswahlrichtlinie zu entlassen waren. Sechs Arbeitnehmer wurden entlassen, obgleich sie eine höhere Punktzahl erzielten. Die Klägerin erzielte 87 Punkte und belegte damit die zehntletzte Stelle innerhalb der Altersgruppe. Wegen der Sozialdaten der Arbeitnehmer in dieser Vergleichsgruppe wird auf Blatt 159 der Akten verwiesen. 12

Innerhalb der Altersgruppe 60- bis 64-jährigen Arbeitnehmer standen nach dem Inhalt der Namensliste sieben von zwölf Arbeitnehmern zur Kündigung an. Vier der zu kündigenden Arbeitnehmer waren solche, die bei Anwendung des Punkteschemas entsprechend der Auswahlrichtlinie zu entlassen waren; drei Arbeitnehmer erzielten eine höhere Punktzahl. Wegen der Sozialdaten der Arbeitnehmer in dieser Altersgruppe wird auf Blatt 160 der Akten verwiesen. Zwischen den Parteien ist streitig, wie viele Arbeitnehmer innerhalb dieser Altersgruppe tatsächlich entlassen worden sind. 13

Mit Schreiben vom 27.03.2009 hörte die Beklagte den Betriebsrat zur beabsichtigten Kündigung der Klägerin an. Dieser stimmte mit Schreiben vom 27.03.2009 der Kündigung zu. 14

Nachdem die Klägerin das Angebot ablehnte, in eine Transfer- und Beschäftigungsgesellschaft zu wechseln, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 27.03.2009 ordentlich zum 30.09.2009. Gegen die Wirksamkeit dieser Kündigung hat sich die Klägerin mit der vorliegenden, am 15.04.2009 bei Gericht eingegangenen Kündigungsschutzklage gewandt. 15

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Kündigung sei schon aufgrund ihrer tariflichen Unkündbarkeit unwirksam. Durch die Altersgruppenbildung umgehe die Beklagte den tariflichen Kündigungsschutz der älteren Arbeitnehmer. Die Beklagte beschäftige verstärkt Aushilfen. Eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bestehe auch auf den unstrittig verbliebenen Arbeitsplätzen der mechanischen Helfer. Darüber hinaus sei die Kündigung auch wegen fehlerhafter Anhörung des Betriebsrates unwirksam, weil er nicht über ihre ordentliche Unkündbarkeit unterrichtet worden sei. 16

Die Klägerin hat beantragt, 17

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die ordentliche Kündigung vom 27. März 2009 nicht zum 30.09.2009 aufgelöst worden ist. 18

Die Beklagte hat beantragt, 19

die Klage abzuweisen. 20

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Kündigung sei sozial gerechtfertigt. Die Klägerin sei nicht mit den Arbeitnehmern anderer Altersgruppen vergleichbar. Die Beklagte habe nicht versucht, eine ausgewogene Personalstruktur zu erreichen, sondern durch den vorgenommenen proportionalen Personalabbau in den einzelnen Altersgruppen von etwas mehr als 42 Prozent die bisher vorhandene Personalstruktur gesichert. Auf die tarifliche 21

Unkündbarkeit könne sich die Klägerin nicht berufen, weil vorliegend eine Kündigung im Rahmen einer Betriebsänderung vorliege und ein anderer zumutbarer Arbeitsplatz nicht vorhanden sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen. 22

Gegen das am 22.12.2009 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat die Beklagte am 22.01.2010 Berufung eingelegt und diese innerhalb der bis zum 22.03.2010 verlängerten Berufungsbegründungsfrist am 22.03.2010 begründet. 23

Die Beklagte vertritt unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens weiterhin die Ansicht, dass die ordentliche Kündigung vom 27.03.2009 wirksam sei. Die Kündigung sei im Rahmen einer Betriebsänderung, die Gegenstand des Interessenausgleichs mit einer Namensliste gewesen sei, erklärt worden; auf der Namensliste befinde sich auch der Name der Klägerin. Die Beklagte trägt vor, der Interessenausgleich vom 05.03.2009 sei mit den Anlagen fest durch eine Heftklammer verbunden gewesen. Nach Auffassung der Beklagten bestehe eine Vermutung dafür, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt sei. Die soziale Auswahl könne nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden und sei im Ergebnis zutreffend. Innerhalb der Altersgruppe der Klägerin könnten allenfalls Arbeitnehmer mit höherer Punktzahl die Sozialauswahl rügen; die Klägerin gehöre jedoch auf jeden Fall zu den Arbeitnehmern, die von einer Kündigung betroffen seien. Entscheidend sei das zutreffende Auswahlresultat, nicht der Auswahlvorgang. Die Klägerin werde nach der Lohngruppe 2 vergütet und gehöre zur untersten Stufe der Betriebshierarchie. Es gebe keine Arbeitnehmer auf einer niedrigeren Hierarchiestufe oder auf der gleichen Hierarchiestufe, die nicht in die Sozialauswahl einbezogen worden seien. Ein freier Arbeitsplatz für die Klägerin sei nicht vorhanden; die Klägerin sei verpflichtet, jedenfalls ansatzweise zu einem derartigen Arbeitsplatz vorzutragen. 24

Die Beklagte beantragt, 25

das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 19.11.2009 – 2 Ca 1842/09 abzuändern und die Klage abzuweisen. 26

Die Klägerin beantragt, 27

die Berufung zurückzuweisen 28

Die Klägerin vertritt die Auffassung, die Beklagte sei bei der Sozialauswahl willkürlich vorgegangen, weshalb die Altersgruppenbildung zu verwerfen sei. Die Klägerin bestreitet, dass andere zumutbare Arbeitsplätze nicht vorhanden sind und vertritt die Auffassung, die Beklagte habe zur Organisation des Betriebes vorzutragen und darzulegen, welche Arbeitsplätze nach Art und Tätigkeit im Einzelnen vorhanden seien und welche Mitarbeiter mit welcher Lohngruppe die Tätigkeiten ausführten. 29

Wegen des Vorbringens der Parteien, insbesondere zu den Namen der entlassenen Arbeitnehmer, wird im Übrigen auf den Inhalt der Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht vom 09.11.2012 Bezug genommen. 30

**Entscheidungsgründe** 31

I 32

Die Berufung der Beklagten ist zulässig.	33
Sie ist insbesondere gemäß § 66 Abs. 1 ArbGG form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.	34
<b>II</b>	35
Die Berufung hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.	36
Das Arbeitsgericht hat im Ergebnis zu Recht festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 27.03.2009 aufgelöst worden ist. Die Kündigung ist gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG wegen fehlerhafter Sozialauswahl sozial ungerechtfertigt und daher gemäß § 1 Abs. 1 KSchG unwirksam.	37
1. Die Wirksamkeit der Kündigung beurteilt sich nach den Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes.	38
Das Kündigungsschutzgesetz ist nach §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien anwendbar. Die Beklagte beschäftigt in ihrem Betrieb mehr als zehn Arbeitnehmer vollzeitig. Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestand, als der Klägerin die Kündigung zuging, bereits länger als sechs Monate.	39
2. Die Kündigung gilt nicht bereits nach § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam.	40
Die Klägerin hat die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung rechtzeitig geltend gemacht. Sie hat das Arbeitsgericht innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist gemäß § 14 Satz 1 KSchG angerufen. Ihre Klage gegen die Kündigung vom 27.03.2009 ging am 15.04.2009 beim Arbeitsgericht ein.	41
3. Für die Rechtswirksamkeit der Kündigung ist die Frage maßgeblich, ob die Sozialauswahl ordnungsgemäß durchgeführt worden ist. Andere Unwirksamkeitsgründe für die Kündigung sind nicht ersichtlich.	42
a) Der erforderliche Kündigungsgrund nach § 1 Abs. 1 KSchG liegt vor.	43
Die Kündigung ist durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung der Klägerin entgegenstehen, bedingt. Dies wird nach § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG vermutet.	44
Die Kündigung erfolgte aufgrund einer Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG. Nach § 111 Satz 2 Nr. 1 BetrVG gelten als Betriebsänderung im Sinne des § 111 Satz 1 BetrVG die Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der die Kammer folgt, kann auch ein bloßer Personalabbau ohne Verringerung der sächlichen Betriebsmittel eine Betriebseinschränkung sein, wenn eine größere Anzahl von Arbeitnehmern betroffen ist. Richtschnur, wann erhebliche Teile der Belegschaft betroffen sind, sind die Zahlen und Prozentangaben in § 17 Abs. 1 KSchG.; für Großbetriebe wird diese Staffel eingeschränkt - dort ist eine Betriebseinschränkung im Sinne des § 111 Satz 2 Nr. 1 BetrVG erst bei einem Personalabbau von 5 % der Gesamtbelegschaft gegeben (vgl. BAG, Urteil vom 31.05.2007 – 2 AZR 254/06, Urteil vom 22.01.2004 – 2 AZR 111/02). Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt, weil von dem Personalabbau 222 von insgesamt 798 Arbeitnehmern betroffen waren, also mehr als 25 % der Gesamtbelegschaft.	45

Die Klägerin ist im Interessenausgleich vom 05.03.2009 namentlich bezeichnet. Ihr Name befindet sich auf der Namensliste, die als Anlage 5 Bestandteil des Interessenausgleichs geworden ist.

Der Interessenausgleich bedarf der Schriftform (§ 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG). Dieses Erfordernis ist im Streitfall erfüllt. Es reicht aus, wenn Interessenausgleich und Namensliste eine Unterzeichnete Urkundeneinheit bilden und im Interessenausgleich auf eine nicht unterzeichnete Liste Bezug genommen wird, die mit dem Interessenausgleich körperlich fest verbunden ist (BAG, Urteil vom 22.01.2004 – 2 AZR 111/02, Urteil vom 07.05.1998 – 2 AZR 55/98). Der Interessenausgleich war mit den Anlagen per Heftklammer fest verbunden, bevor er unterzeichnet wurde. Dies hat die Beklagte im Schriftsatz vom 19.09.2012 unwidersprochen vorgetragen. Die Klägerin hat gegen die Formwirksamkeit des Interessenausgleichs keine konkreten Einwendungen erhoben. Sie hat insbesondere nicht in Abrede gestellt, dass der Interessenausgleich mit einer Namensliste, die ihren Namen enthielt, bereits vor Ausspruch der Kündigung abgeschlossen wurde. 47

b) Es gibt keinen freien Arbeitsplatz, auf dem die Klägerin hätte weiter beschäftigt werden können. 48

Die Vermutung nach § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG bezieht sich auf die „dringenden betrieblichen Erfordernisse“ im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG und erstreckt sich daher auch darauf, dass der Arbeitnehmer an keinem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb weiterbeschäftigt werden kann (BAG, Urteil vom 07.05.1998 – 2 AZR 55/98; Griebeling, in: KR, 10. Auflage 2013, § 1 KSchG Rn. 703I). Die Klägerin ist dem nicht entgegengetreten und hat keinen Arbeitsplatz aufgezeigt, der frei und für ihre Weiterbeschäftigung geeignet wäre. Sie hat auch nichts dazu vorgetragen, inwiefern in einem anderen Betrieb der Beklagten eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht. 49

c) Die Kündigung ist nicht gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 20 Nr. 4 des Manteltarifvertrags für die Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalen unwirksam. 50

Ein „anderer zumutbarer Arbeitsplatz“ für die Klägerin ist nicht vorhanden. Arbeitsplätze, die mit Arbeitnehmern besetzt sind, welche mit der Klägerin vergleichbar sind und keinen tariflichen Sonderkündigungsschutz genießen, sind keine anderen zumutbaren Arbeitsplätze im Sinne der Tarifvorschrift. Insoweit wird auf das Revisionsurteil des Bundesarbeitsgerichts vom 23.02.2012 (2 AZR 773/10) in dieser Sache verwiesen. Andere freie Arbeitsplätze sind nicht vorhanden (s. o. unter II 3 b der Entscheidungsgründe). 51

d) Die Kündigung ist nicht gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. 52

Die Beklagte hat den Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß angehört. Dass sie nicht ausdrücklich auf den besonderen tariflichen Kündigungsschutz der Klägerin hingewiesen hat, ist jedenfalls deshalb unschädlich, weil dem Betriebsrat dieser Schutz bekannt war. Auch insoweit wird auf das Revisionsurteil des Bundesarbeitsgerichts vom 23.02.2012 (2 AZR 773/10) verwiesen. 53

4. Die Beklagte hat keine ordnungsgemäße Sozialauswahl vorgenommen. 54

Sie hat die in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG genannten Sozialkriterien nicht ausreichend berücksichtigt. Sie beschäftigt zahlreiche Arbeitnehmer weiter, die sozial weniger schutzwürdig sind als die Klägerin. Dies gilt insbesondere für die Arbeitnehmer in der Altersgruppe der 30- bis 34-Jährigen, die nicht entlassen worden sind. Diese Arbeitnehmer 55

sind unstrittig mit der Klägerin vergleichbar.

Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass die Arbeitnehmer anderer Altersgruppen nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG nicht in die soziale Auswahl einzubeziehen sind, da deren Weiterbeschäftigung zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes im berechtigten betrieblichen Interesse liege. 56

Zwar ist es grundsätzlich zulässig, im Rahmen der Sozialauswahl Altersgruppe zu bilden und aus diesen Gruppen anteilmäßig gleich viele Arbeitnehmer zu entlassen (BAG, Urteil vom 28.06.2012 – 6 AZR 682/10, Urteil vom 15.12.2011 – 2 AZR 42/10; Griebeling, in: KR, § 1 KSchG Rn. 645). Auch für die Bildung von Altersstufen in Fünf-Jahres-Schritten begegnet keinen rechtlichen Bedenken (BAG, Urteil vom 20.04.2005 – 2 AZR 201/04). Wenn die Altersgruppenbildung bei Massenkündigungen aufgrund einer Betriebsänderung erfolgt, ist davon auszugehen, dass ein berechtigtes betriebliches Interesse im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG besteht, da in diesen Fällen regelmäßig die Erhaltung einer auch altersmäßig ausgewogenen Personalstruktur gefährdet ist (BAG, Urteil vom 18.03.2010 – 2 AZR 468/08). 57

Im Streitfall kann sich die Beklagte aber jedenfalls nach § 242 BGB nicht darauf berufen, die Sozialauswahl innerhalb der Altersgruppen vorgenommen zu haben. Sie handelt rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich auf eine altersgruppenbezogene Auswahl beruft, da sie die Vorgaben der Auswahlrichtlinie im Sozialplan vom 05.03.2010 vorsätzlich missachtet und innerhalb der Altersgruppen nicht anteilmäßig gleich viele Arbeitnehmer entlassen hat. 58

a) Die Beklagte hat gegen die Auswahlrichtlinie im Sozialplan vom 05.03.2010 vorsätzlich verstoßen. 59

Es liegt eine Auswahlrichtlinie im Sinne des § 95 Abs. 1 BetrVG vor. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts stellt ein Punkteschema für die soziale Auswahl allerdings auch dann eine nach § 95 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Auswahlrichtlinie dar, wenn es der Arbeitgeber nicht generell auf alle künftigen, sondern nur auf konkret bevorstehende betriebsbedingte Kündigungen anwenden will (vgl. BAG, Beschluss vom 26.07.2005 – 1 ABR 29/04, Urteil vom 09.11.2006 – 2 AZR 812/05). Das Berufungsgericht schließt sich dem an. 60

Die Auswahlrichtlinie sieht eine Sozialauswahl nach einem vorgegebenen Punkteschema vor. Dieses Punkteschema hat die Beklagte nicht angewandt. Sie hat –bezogen auf eine Auswahl innerhalb der vorgesehenen Altersgruppen – die Auswahl nach keiner erkennbaren Methodik vorgenommen. Vielmehr erweist sich die Sozialauswahl, die zur Kündigung von vielen punktstärkeren Arbeitnehmern innerhalb der Altersgruppen führte, als willkürlich. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, dass sie überhaupt auf die gesetzlich genannten Sozialkriterien ausgerichtete Erwägungen bei der Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer angestellt hat. Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass eine Sozialauswahl unter Berücksichtigung besonderer Umstände des Einzelfalls, wie es in den Auswahlrichtlinien im Sozialplan vom 05.03.2009 vorgesehen ist, nicht stattfand. Die Beklagte hat dies im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 09.11.2012 eingeräumt. 61

Der Verstoß gegen die Auswahlrichtlinie wird nicht dadurch geheilt, dass die Betriebsparteien den Namen der Klägerin in die Namensliste aufgenommen haben. Auswahlrichtlinien sind Betriebsvereinbarungen, die nach § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG im einzelnen Arbeitsverhältnis unmittelbar und zwingend gelten; der Arbeitgeber bindet sich an die Bewertung und Gewichtung der Sozialkriterien in der Auswahlrichtlinie (LAG Hamm, Urteil vom 06.04.2011 – 6 Sa 2023/10). Die fehlerhafte Anwendung des selbst geschaffenen Auswahlschemas 62

modifiziert nicht dieses Schema, sondern führt zu einer fehlerhaften Sozialauswahl. Die Modifizierung des Schemas nur für den Einzelfall führte zudem zu einem Verstoß gegen die Pflicht zur Gleichbehandlung nach § 75 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, die von dem Betriebsparteien zu beachten ist (LAG Hamm, Urteil vom 04.05.2011 – 2 Sa 1975/10, Urteil vom 06.04.2011 – 6 Sa 2023/10).

b) Die Beklagte hat innerhalb der gebildeten Altersgruppen ganz überwiegend nicht die zutreffende Zahl von Arbeitnehmern entlassen. 63

Eine Altersgruppenbildung ist zur Erhaltung der Altersstruktur der Belegschaft nur geeignet, wenn sie dazu führt, dass die bestehende Struktur gewahrt bleibt; dafür muss die bisherige Verteilung der Beschäftigten auf die Altersgruppen ihre prozentuale Entsprechung in der Zahl der in der jeweiligen Altersgruppe zu Kündigenden finden (BAG, Urteil vom 19.07.2012 – 2 AZR 352/11, Urteil vom 22.03.2012 – 2 AZR 167/11). Die Beklagte hat selbst vorgetragen, dass innerhalb der Vergleichsgruppe der mechanischen Helfer altersübergreifend betrachtet von 368 Helfern bzw. Helferinnen 156 Arbeitnehmer von Kündigungen betroffen waren. Dies entspricht einem Prozentsatz von 42,4. Dieser Prozentsatz ist durch die Zahl der gekündigten Arbeitnehmer jedenfalls in den meisten Altersgruppen nicht erreicht worden. 64

In der Altersgruppe der 30- bis 34-Jährigen (insgesamt 17 Arbeitnehmer) hätte die Beklagte acht Kündigungen aussprechen müssen. Tatsächlich hat sie sieben Kündigung ausgesprochen. In der Altersgruppe der 35- bis 39-Jährigen (insgesamt 59 Arbeitnehmer) hätte die Beklagte 25 Kündigungen aussprechen müssen, tatsächlich hat sie 22 Kündigungen ausgesprochen. In der Altersgruppe der 40- bis 44-Jährigen (insgesamt 108 Arbeitnehmer) hätte die Beklagte 46 Kündigungen aussprechen müssen, tatsächlich hat sie 42 Kündigungen ausgesprochen. In der Altersgruppe der 50- bis 54-Jährigen (insgesamt 75 Arbeitnehmer) hätte die Beklagte 31 Kündigungen aussprechen müssen, tatsächlich hat sie 30 Kündigungen ausgesprochen. In der Altersgruppe der 55- bis 59-Jährigen (insgesamt 30 Arbeitnehmer) hätte die Beklagte 13 Kündigungen aussprechen müssen, tatsächlich hat sie – nach ihrem Vorbringen – 15 Kündigungen ausgesprochen. 65

Es kann offen bleiben, welche Arbeitnehmer innerhalb der Altersgruppen der 25- bis 29-Jährigen und der 60- bis 64-Jährigen entlassen worden sind (was zwischen den Parteien streitig ist). Diese Altersgruppen fallen bei der rechtlichen Bewertung des Vorgehens der Beklagten zahlenmäßig nicht ins Gewicht, da nur insgesamt elf Arbeitnehmer Angehörige dieser beiden Altersgruppen sind. 66

Die Beklagte hat jedenfalls ganz überwiegend nicht die rechnerisch zutreffende Zahl von Arbeitnehmern innerhalb der Altersgruppen entlassen. Dabei blieb sie bei der Altersgruppe der 35- bis 39-Jährigen und der 40- bis 44-Jährigen hinter der erforderlichen Zahl von zu entlassenden Arbeitnehmern zurück, während sie innerhalb der Altersgruppe der 55- bis 59-Jährigen mehr Arbeitnehmer entließ. Eine plausible Erklärung für ihr Vorgehen, das ältere Arbeitnehmer tendenziell benachteiligt, hat die Beklagte nicht abgegeben. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die zahlenmäßige Abweichung einer Überlegung geschuldet war, die in irgendeiner Weise mit den gesetzlichen Vorgaben zur Sozialauswahl in § 1 Abs. 3 KSchG im Zusammenhang steht. 67

c) Angesichts dieses Vorgehens verstößt die Beklagte gegen Treu und Glauben, wenn sie sich gegenüber der Klägerin zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung darauf beruft, eine Sozialauswahl nach Altersgruppen vorgenommen zu haben. 68

Es liegt ein Fall der unzulässigen Rechtsausübung vor. Die Rechtsausübung ist unzulässig, wenn sie einer sachgerechten Wahrnehmung der eigenen Interessen nicht mehr entspricht und sich als widersprüchliches Verhalten darstellt oder wenn der Berechtigte seinerseits ein Verhalten nicht übt, das dem von ihm beanspruchten Handeln rechtlich zu entsprechen hätte (zur Fallgruppe des mangelnden korrespondierenden Verhaltens: J. Schmidt, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Bearbeitung 1995, § 242 BGB Rn. 688 ff.; Roth, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Auflage 2007, § 242 BGB Rn. 355 ff.)

Die Beklagte verhält sich widersprüchlich und lässt es an dem erforderlichen korrespondierenden rechtstreuen Verhalten fehlen, wenn sie sich einerseits darauf beruft, eine Sozialauswahl nach Altersgruppen durchgeführt zu haben, andererseits aber die insoweit bestehenden Vorgaben der Auswahlrichtlinie grob missachtet und sich weder an das vorgesehene Punkteschema hält noch für eine rechnerisch zutreffende proportionale Berücksichtigung der betroffenen Arbeitnehmer innerhalb der Altersgruppen Sorge trägt. Jedenfalls die Kumulation beider Rechtsverstöße führt dazu, dass sich die Beklagte vorwerfen lassen muss, bei der Sozialauswahl rein willkürlich vorgegangen zu sein. Die Rechtsordnung kann ein solches Vorgehen nicht dulden. Anderenfalls wäre eine Kontrolle der Sozialauswahl bei Massenkündigungen nicht mehr möglich und einer im Windschatten der Betriebsänderung vollzogenen Entlassung missliebiger Arbeitnehmer Tür und Tor geöffnet. Es ist nämlich zu bedenken, dass dem Arbeitgeber schon bei der Bildung von Altersgruppen ein Beurteilungsspielraum zusteht (Preis, in: Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigungsrecht, 10. Auflage 2010, Rn. 1130 m. w. N.). Wollte man dem Arbeitgeber darüber hinaus noch gestatten, von der zutreffenden proportionalen Berechnung der Arbeitnehmer innerhalb der einzelnen Arbeitsgruppen abzuweichen und sich bei der Sozialauswahl innerhalb der einzelnen Arbeitnehmergruppen auf die Aufgabe der „Domino-Theorie“ durch das Bundesarbeitsgericht (BAG, Urteil vom 09.11.2006 – 2 AZR 812/05) zu berufen, so wäre der von § 1 Abs. 3 KSchG bezweckte Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses vollständig ausgehebelt.

70

Die Beklagte hat sich durch ihr Vorgehen unrechtmäßige Vorteile im Hinblick auf die in der Vergleichsgruppe der mechanischen Helfer bestehende Altersstruktur verschafft. Auch bei einer Sozialauswahl nach Altersgruppen ist es für den Arbeitgeber nicht ohne weiteres möglich, die vor Ausspruch der Kündigungen im Betrieb bestehende Altersstruktur exakt beizubehalten. Denn es steht im Normalfall zu erwarten, dass sich innerhalb der jeweiligen Altersgruppe eher die lebensälteren Arbeitnehmer durchsetzen, was tendenziell dazu führt, dass sich das Durchschnittsalter innerhalb der jeweiligen Altersgruppe nach dem Ausspruch der Kündigungen erhöht. Im Streitfall ist dieses Ergebnis nicht eingetreten, weil die Beklagte sich nicht an die in der Auswahlrichtlinie vorgesehene Gewichtung der Sozialkriterien hielt und innerhalb der einzelnen Altersgruppen willkürlich auch ältere Arbeitnehmer entließ, die höhere Punktzahlen erzielten. Durch dieses Vorgehen ist das Durchschnittsalter der Arbeitnehmer, die innerhalb der einzelnen Altersgruppen entlassen wurden, höher gewesen als bei korrekter Befolgung des Punkteschemas nach Maßgabe der Auswahlrichtlinie. So hätte das Durchschnittsalter der Entlassenen in der Altersgruppe der 35- bis 39-Jährigen bei korrektem Vollzug der Auswahlrichtlinie 34,4 Jahre betragen, tatsächlich betrug es 36,6 Jahre. Bei korrektem Vollzug der Auswahlrichtlinie hätte das Durchschnittsalter der Arbeitnehmer, die innerhalb der Altersgruppe der 40- bis 44-Jährigen zu entlassen gewesen wären, 39,9 Jahre betragen. Tatsächlich betrug das Durchschnittsalter der Entlassenen 42,2 Jahre. Im Hinblick auf die Altersgruppe der 45- bis 49-Jährigen hätte das Durchschnittsalter der Entlassenen nach korrekter Anwendung der Auswahlrichtlinie 45,2 Jahre betragen. Tatsächlich betrug das Durchschnittsalter der Entlassenen 46,6 Jahre. Hätte die Beklagte die

71

Auswahlrichtlinie auf die Altersgruppe der 50- bis 54-Jährigen korrekt angewendet, so hätte das Durchschnittsalter der entlassenen Arbeitnehmer 50,9 Jahre betragen. Tatsächlich betrug das Durchschnittsalter 51,9 Jahre. Auch wenn sich insgesamt das Durchschnittsalter der Arbeitnehmer innerhalb der gesamten Vergleichsgruppe der mechanischen Helfer aufgrund des Vorgehens der Beklagten nicht abgesenkt haben mag, die Beklagte also im Ergebnis keine Verbesserung der Altersstruktur herbeigeführt hat, so hat sie doch, indem sie sich über die Vorgaben der Auswahlrichtlinie hinwegsetzte und auch die Zahl der innerhalb der einzelnen Altersgruppen betroffenen Arbeitnehmer nicht zutreffend errechnete, ein Ergebnis zum Nachteil der lebensälteren Arbeitnehmer herbeigeführt, das sie bei rechtstreuem Verhalten nicht erzielt hätte. Aufgrund dessen ist es gerechtfertigt, der Beklagten gemäß § 242 BGB zu versagen, sich auf die Sozialauswahl nach Altersgruppen zu berufen und auch nicht zugunsten der Beklagten eine hypothetische Betrachtung dahingehend anzustellen, welches Ergebnis eingetreten wäre, wenn die Beklagte die Zahl der innerhalb der einzelnen Altersgruppen betroffenen Arbeitnehmer korrekt berechnet und das in der Auswahlrichtlinie vorgesehene Punkteschema korrekt angewendet hätte. Es wäre unbillig, zugunsten eines Arbeitgebers, der, wie die Beklagte im Streitfall, bei der Sozialauswahl bewusst willkürlich vorgeht, das Risiko der Unwirksamkeit von Kündigungen abzumildern und ihm einen Teilerfolg zu lassen.

d) Es kann offen bleiben, ob die Beklagte sich nach § 1 Abs. 4 KSchG oder nach § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG darauf berufen kann, dass die Sozialauswahl nur auf grobe Fehlerhaftigkeit zu überprüfen ist. 72

Im Streitfall ist das Ergebnis der Sozialauswahl, wenn der Beklagten das Privileg einer altersgruppenbezogenen Sozialauswahl nicht zuzugestehen ist, als grob fehlerhaft anzusehen. Grob fehlerhaft ist eine soziale Auswahl, wenn ein evidenter, ins Auge springender schwerer Fehler vorliegt und die Auswahl jede Ausgewogenheit vermissen lässt (BAG, Urteil vom 21.09.2006 – 2 AZR 284/06, Urteil vom 17.01.2008 – 2 AZR 405/06). Jedenfalls alle Arbeitnehmer in der Altersgruppe der 30- bis 34-Jährigen, die kinderlos sind und weiterbeschäftigt werden, sind offenkundig sozial weniger schutzwürdig als die Klägerin. Insoweit wäre eine Sozialauswahl zum Nachteil der Klägerin unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt zu rechtfertigen. Es liegt ein gravierender, ohne weiteres ins Auge springender Fehler vor. 73

III 74

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Beklagte hat die Kosten der erfolglos eingelegten Berufung zu tragen. 75

Die Revision ist nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zugelassen worden. 76