

**LANDESARBEITSGERICHT
NIEDERSACHSEN**



Verkündet am:
15.10.2010

Gerichtsangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

10 Sa 257/10

4 Ca 1089/09 ArbG Osnabrück

In dem Rechtsstreit

Kläger und Berufungskläger,

gegen

Beklagter und Berufungsbeklagter,

hat die 10. Kammer des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen auf die mündliche Verhandlung vom 15. Oktober 2010 durch

den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dreher,
den ehrenamtlichen Richter Herrn Sinn,
die ehrenamtliche Richterin Frau Wollenweber

für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Osnabrück vom 20. Januar 2010 – 4 Ca 1089/09 – wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten im Berufungsverfahren noch um die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung.

Der Kläger war seit 1985 bei der WK GmbH (im Folgenden: K) beschäftigt; über deren Vermögen eröffnete das Amtsgericht B-Stadt am 29. Juni 2009 das Insolvenzverfahren und bestellte den Beklagten als Insolvenzverwalter. Bereits am 21. April 2009 hatte K das Arbeitsverhältnis des Klägers, der einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt ist, nach Zustimmung des Integrationsamtes zum 30. November 2009 gekündigt.

Die Kündigung beruht auf einem Interessenausgleich und Sozialplan 07/09 vom 21. März 2009, wegen dessen genauen Inhaltes auf Anlage 14 des Anlagenbandes Bezug genommen wird. Insbesondere war der Abbau von 1.340 Arbeitsplätzen vorgesehen. Dem Interessenausgleich war eine Namensliste der zu kündigenden Arbeitnehmer beigefügt. Auf ihr befand sich auch der Name des Klägers. Die Namensliste wurde gemäß dem Interessenausgleich anhand von Auswahllisten für die jeweiligen Vergleichbarkeitsgruppen unter Anwendung eines Punktesystems (Ziffer B. II. 3.5 des Interessenausgleichs) und unter Berücksichtigung von Sonderkündigungsschutzrechten erstellt. Ziffer B. II. 3.3 des Interessenausgleichs sieht die Bildung von Altersstufen für die jeweiligen Vergleichsgruppen vor. Von den Kündigungen sollten die Angehörigen dieser Altersstufen möglichst entsprechend ihrem Anteil an der bestehenden Altersstruktur des Betriebes betroffen sein. Dies sollte nach dem in der Vereinbarung erklärten Willen der Betriebsparteien der Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur dienen.

Der Kläger hat den Beklagten aufgefordert, die Gründe mitzuteilen, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben, und ausgeführt, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Der Beklagte sei seiner Verpflichtung, das Zustandekommen der Vergleichsgruppen zu erläutern, nicht nachgekommen. Diese und die Altersgruppen seien nicht sachgerecht gebildet worden; die Altersgruppenbildung stelle eine Benachteiligung wegen des Alters dar. Der Interessenausgleich mit Namensliste sei nicht formgerecht zustande gekommen; ferner habe sich die Sachlage nach seinem Zustandekommen wesentlich geändert, weil die in Aussicht genommene Transfergesellschaft nicht gegründet worden sei. Die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats hat der Kläger bestritten; er hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei innerhalb der Sperrfrist erfolgt und auch daher unwirksam.

Soweit in der Berufungsinstanz von Belang, hat der Kläger beantragt,

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 21. April 2009 nicht beendet worden ist.

Der Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat unter Vorlage von Kopien der Massentlassungsanzeige (Anlage 18) und des Bescheides der Agentur für Arbeit (Anlage 19) behauptet, die Massentlassungsanzeige ordnungsgemäß angebracht zu haben. Zur Bildung der Vergleichbarkeitsgruppen hat er ausgeführt, der Kläger sei als einer von 398 geringer qualifizierten Beschäftigten in die sogenannte große Vergleichbarkeitsgruppe eingereiht worden, die mehrere Kostenstellen erfasse. Sodann sei eine Auswahlliste mit Altersgruppen gebildet worden. Die Einordnung in verschiedene Vergleichbarkeitsgruppen entspreche der unterschiedlichen Wertigkeit der Tätigkeit und den verschiedenen Tätigkeitsgebieten. Wegen der Einzelheiten wird auf die Schriftsätze vom 1. Oktober 2009, dort insbesondere Bl. 45 bis 47 d. A., und vom 17. Dezember 2009 (Bl. 60 bis 62 d. A.) verwiesen. Von der im Interessenausgleich grundsätzlich vorgesehenen Möglichkeit, Arbeitnehmer aufgrund ihrer besonderen Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen aus der sozialen Auswahl herauszunehmen, sei in keinem einzigen Fall Gebrauch gemacht worden. Der Kläger sei "Mess-techniker II" gewesen; in seiner Vergleichbarkeitsgruppe befinde sich der Kläger an 7. Stelle bei sieben zu kündigenden Arbeitnehmern.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat ausgeführt: Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß angehört worden. Die Anforderungen des § 17 KSchG seien erfüllt. Der Beklagte habe die Tatsachengrundlage für die Anwendbarkeit von § 1 Abs. 5 KSchG zur Überzeugung des Gerichts dargelegt, nämlich das formgerechte Zustandekommen eines Interessenausgleichs nebst körperlich fest verbundener Namensliste, auf welcher sich der Name des Klägers befindet. Seiner danach bestehenden prozessualen Aufgabe, die Vermutung des Arbeitsplatzwegfalls zu widerlegen oder die grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl darzulegen, sei der Kläger nicht nachgekommen. Es sei nicht ersichtlich, weshalb der Kläger mit Arbeitnehmern anderer von ihm genannter Vergleichbarkeitsgruppen austauschbar sei. Die geforderte Auskunft zur sozialen Auswahl gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 a. E. KSchG habe der Beklagte erteilt. Die Altersgruppenbildung sei nicht zu beanstanden.

Gegen das ihm am 25. Januar 2010 zugestellte Urteil hat der Kläger am 24. Februar 2010 Berufung eingelegt und diese am 22. April 2010 innerhalb der verlängerten Frist begründet.

Die Berufung führt aus: Die einzelnen Seiten der Namensliste zum Interessenausgleich seien entgegen der Vereinbarung nicht unterzeichnet worden. Die Vermutungswirkung der Namensliste greife daher nicht ein, zumal die dort aufgeführten Arbeitnehmer in vielen Fällen ausgetauscht worden seien; so sei nach dem 15. Februar 2009 ein Mitarbeiter von der Liste entfernt worden, wodurch der Kläger erst in die Gruppe der zu Kündigenden nachgerückt sei. Auch habe der Beklagte die verlangte Auskunft zur Sozialauswahl vermissen lassen. Der Kläger meint, die Altersgruppenbildung stelle eine Benachteiligung wegen des Alters dar; sachliche Gründe habe der Beklagte nicht aufgezeigt. Gegen den der Kündigung zustimmenden Bescheid des Integrationsamtes sei eine verwaltungsgerechtliche Klage anhängig.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgericht Osnabrück abzuändern und festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 21. April 2009 nicht beendet worden ist.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angegriffene Urteil nach Maßgabe seines Schriftsatzes vom 19. Mai 2010. Insbesondere trägt er vor: Dem Interessenausgleich sei als Anlage eine mit ihm fest verbundene Namensliste beigefügt. Mithin seien beide Dokumente zu einer einheitlichen Urkunde verbunden. Auch sei die Namensliste von den Betriebsparteien unterzeichnet worden. Nach Abschluss des Interessenausgleichs habe es keinen Austausch von Arbeitnehmern auf der Namensliste gegeben. Die Auskunftspflicht zur sozialen Auswahl sei erteilt worden. Die Bildung von Altersstufen entspreche derjenigen einer früheren Kündigungswelle und sei seinerzeit vom Bundesarbeitsgericht zu Recht nicht beanstandet worden.

Wegen des weiteren Vorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

Entscheidungsgründe

Die Berufung hat keinen Erfolg.

I.

Die gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1 und 2 ArbGG statthafte Berufung des Klägers ist von diesem fristgemäß und formgerecht eingelegt und begründet worden (§ 66 Abs. 1 ArbGG, §§ 519, 520 Abs. 1 und 3 ZPO) und damit insgesamt zulässig.

II.

Die Berufung ist nicht begründet, denn der Beklagte hat das Arbeitsverhältnis wirksam und unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist gekündigt.

1.

Die Kündigung ist nicht sozial ungerechtfertigt. Der Kläger hat weder die Vermutung des § 1 Abs. 5 KSchG widerlegt noch eine grobe Fehlerhaftigkeit der sozialen Auswahl aufgezeigt. Auch hat sich die Sachlage bis zum Kündigungsausspruch nicht im Sinne von § 1 Abs. 5 Satz 3 KSchG wesentlich geändert.

a)

Die tatsächlichen Voraussetzungen der Vermutungswirkung sind erfüllt.

aa)

Der Beklagte und der Betriebsrat vereinbarten einen Interessenausgleich mit Namensliste, welche den Namen des Klägers als zu kündigenden Arbeitnehmer aufweist. Der Beklagte hat unter Vorlage der Kopie des Interessenausgleichs (Anlage 14) vorgetragen, der unterschriebene Interessenausgleich und die Namensliste seien fest verbunden und bilden damit eine einheitliche Urkunde. Ferner sei die Namensliste Blatt für Blatt abgezeichnet worden, was die vorgelegten Kopien auch erkennen lassen (*vgl. hierzu BAG 6.7.2006 – 2 AZR 520/05 – EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 68 = AP KSchG 1969 § 1 Nr. 80; 22.1.2004 – 2 AZR 111/02 – EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11 = AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1; 21.2.2002 – 2 AZR 581/00 – EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 10*).

Die Frage, ob es sich bei den auf jeder einzelnen Seite der Namensliste aufgebrachten Vermerken um Unterschriften oder, wie der Kläger behauptet, nur um Paraphen handelt,

kann dahingestellt bleiben. Zwar sollten gemäß Buchst. B. Ziff. II. 4. des Interessenausgleichs 07/09 alle Seiten der Namensliste "einzeln abgezeichnet" werden. Hieraus folgt aber nicht, dass eine vollständige Unterschrift auf jeder Seite Wirksamkeitsvoraussetzung sein sollte. Zum einen sieht dieselbe Regelung weiter vor, dass Namensliste und Interessenausgleich fest verbunden werden sollten – was auch geschehen ist –, wodurch den von der Rechtsprechung aufgestellten Formerfordernissen genüge getan und eine nachträgliche Verfälschung erschwert wurde; schon dies spricht dagegen, dass es sich bei der weitergehenden Regelung zur "Abzeichnung" der einzelnen Blätter um eine konstitutive Formvorschrift handeln sollte. Zum anderen haben die Parteien des Interessenausgleichs diese "Abzeichnung" auch vorgenommen: Die eingereichten Kopien lassen auf jedem Blatt vier Schriftzüge erkennen, die jeweils starke Ähnlichkeit mit den Unterschriften unter dem Interessenausgleich und auf der letzten Seite der Namensliste aufweisen. Auch der Kläger behauptet nicht, dass diese Schriftzüge von anderen Personen stammten als den Unterzeichneten des Interessenausgleichs. Da der unter Mitwirkung von Juristen entstandene Interessenausgleich nicht von "unterschreiben", sondern von "abzeichnen" spricht, die Namensliste immerhin 19 Seiten umfasst und die Dokumentenechtheit bereits durch das Erfordernis der festen Verbindung mit dem Interessenausgleich hinreichend sichergestellt war, vermag das Berufungsgericht nicht der Auffassung zu folgen, die vollständige Namensunterschrift aller Handelnden unter jedem einzelnen Blatt habe zur Wirksamkeitsvoraussetzung erhoben werden sollen.

Das Vorbringen des Klägers, die in der Namensliste aufgeführten Arbeitnehmer seien mehrfach ausgewechselt worden, ist gleichfalls unbehelflich. Soweit sich dieser Vortrag auf Änderungen vor dem endgültigen Zustandekommen des Interessenausgleichs bezieht, ist festzustellen, dass es den Betriebsparteien unbenommen bleibt, im Rahmen ihrer Verhandlungen über solche Fragen zu disponieren. Sollte das Vorbringen hingegen so zu verstehen sein, dass nach Abschluss des Interessenausgleichs noch Änderungen vorgenommen worden seien, so mangelte diese Behauptung der hinreichenden Substanz. Ausweislich des Protokolls der Kammerverhandlung vor dem Arbeitsgericht (Bl. 74 d. A.) hat der Beklagte den Interessenausgleich mit Namensliste im Original vorgelegt. Der Kläger hat nicht eingewandt, die Urkunde sei im Nachhinein verfälscht oder sonst verändert worden. Sein Vorbringen, nach dem 15. Februar 2009 sei der Name eines Arbeitnehmer aus der Vergleichbarkeitsgruppe entfernt worden, legt gleichfalls keine nachträgliche Veränderung nahe: Da der Interessenausgleich erst am 21. März 2009 geschlossen wurde, waren die Betriebsparteien bis zu diesem Zeitpunkt frei darin, über die Namensliste zu verhandeln.

bb)

Dem Interessenausgleich liegt eine Betriebsänderung im Sinne von § 111 BetrVG zugrunde.

(1)

Eine Betriebsänderung i.S.d. § 111 Satz 1 BetrVG ist grundsätzlich jede Änderung der betrieblichen Organisation, der Struktur, des Tätigkeitsbereichs, der Arbeitsweise, der Fertigung oder des Standorts, sofern sie wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder wesentliche Teile derselben zur Folge haben kann. Eine Betriebsänderung kann auch durch bloßen Personalabbau erfolgen. Das hat der Gesetzgeber durch die spätere Regelung des § 112a Abs. 1 BetrVG bestätigt. Voraussetzung für die Annahme einer wesentlichen Einschränkung ist, dass der Personalabbau eine relevante Zahl von Arbeitnehmern erfasst. Maßgebend sind insoweit die Zahlen des § 17 Abs. 1 KSchG, wobei in größeren Betrieben mindestens 5 v. H. der Belegschaft betroffen sein müssen (*BAG 31.5.2007 – 2 AZR 245/06 – EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 12 = AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 65*).

(2)

Zu Recht weist der Beklagte darauf hin, dass die Betriebsänderung vorliegend schon aus der großen Zahl der entlassenen Arbeitnehmer folgt, welche die Bezugsgröße gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 KSchG bei weitem übersteigt. Es kann dahingestellt bleiben, ob darüber hinaus die in § 112a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BetrVG genannte Zahlengrenze erreicht ist, denn diese ist für das Vorliegen einer Betriebsänderung nicht maßgeblich (*ErfK/Kania, 10. Aufl. 2010, § 111 BetrVG Rz. 9*).

cc)

Sollte das Bestreiten des Klägers so zu verstehen sein, dass er sich auch zum Vorliegen eines Beschlusses des Betriebsratsgremiums zum Abschluss des Interessenausgleichs mit Nichtwissen erklärt, so wäre dies unbehelflich. Zwar sind Vereinbarungen, die der Betriebsratsvorsitzende mit dem Arbeitgeber ohne entsprechenden Beschluss des Betriebsratsgremiums trifft, schwebend unwirksam (*BAG 10.10.2007 – 7 ABR 51/06 – BAGE 124, 188 = EzA BetrVG 2001 § 26 Nr. 2 = AP BetrVG 1972 § 26 Nr. 17*). Jedoch spricht eine gesetzliche Vermutung dafür, der Vorsitzende habe aufgrund und im Rahmen eines ordnungsgemäßen Beschlusses gehandelt (*BAG 24.2.2000 – 8 AZR 180/99 – EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 7 = AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 7; 17.2.1981 – 1 AZR 290/78 – EzA BetrVG 1972 § 112 Nr. 21 = AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 11*). Die Darle-

gungs- und Beweislast liegt also gemäß § 292 ZPO bei demjenigen, der ein unbefugtes Handeln des Betriebsratsvorsitzenden geltend macht (*BAG 24.2.2000 – 8 AZR 180/99 – aaO*). Umstände, die hierauf hindeuten, hat der Kläger aber weder dargelegt noch unter Beweis gestellt.

b)

Die Namensliste entbehrt nicht bereits deshalb der ihr zukommenden Vermutungs- und Beweislastwirkungen, weil ihr Zustandekommen gegen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes oder gegen europarechtliche Diskriminierungsverbote verstieße. Ein solcher Verstoß der Regelungen über die Sozialauswahl kann, wenn er vorliegt, zur groben Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl, nicht aber zur Unwirksamkeit der Namensliste und damit zum Wegfall der Vermutungswirkung führen (*BAG 6.11.2008 – 2 AZR 523/07 – BAG 6.11.2008 – 2 AZR 523/07 – EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 82 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182, auch zur amtlichen Veröffentlichung vorgesehen; 19.6.2007 – 2 AZR 304/06 – EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 13 = AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 16*).

c)

Der Vermutungswirkung steht auch keine wesentliche Änderung der Sachlage entgegen.

aa)

Die Vermutung der Betriebsbedingtheit der Kündigung kommt nicht zur Anwendung, soweit sich die Sachlage nach Zustandekommen des Interessenausgleichs wesentlich geändert hat. Eine wesentliche Änderung der Sachlage liegt nur dann vor, wenn von einem Wegfall der Geschäftsgrundlage auszugehen ist (*BAG 22.1.2004 – 2 AZR 111/02 – AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11; 21.2.2001 – 2 AZR 39/00 – EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 8*). Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der wesentlichen Änderung ist der Kündigungszeitpunkt (*BAG 12.3.2009 – 2 AZR 418/07 – EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 17 = AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 97*). Wesentlich ist die Änderung dann, wenn nicht ernsthaft bezweifelt werden kann, dass beide Betriebspartner oder einer von ihnen den Interessenausgleich in Kenntnis der späteren Änderung nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten. Dies ist etwa der Fall, wenn sich nachträglich ergibt, dass nun gar keine oder eine andere Betriebsänderung durchgeführt werden soll oder wenn sich die im Interessenausgleich vorgesehene Zahl der zur Kündigung vorgesehenen Arbeitnehmer erheblich verringert hat; eine geringfügige Veränderung genügt nicht (*BAG 12.3.2009 – 2*

AZR 418/07 – aaO; 23.10.2008 – 2 AZR 163/07). Der Arbeitnehmer, der sich auf die wesentliche Änderung der Sachlage beruft, trägt für diesen Ausnahmefall die Darlegungs- und Beweislast (*BAG 22.1.2004 – 2 AZR 111/02 – EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11 = AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 1; KR/Weigand, 9. Aufl., § 125 InsO Rz. 38 mwN*).

bb)

Gemessen daran hat der Kläger eine wesentliche Änderung der Sachlage nicht aufgezeigt. Entgegen seiner Auffassung war es insbesondere nicht Geschäftsgrundlage des Interessenausgleichs, dass die beabsichtigte Gründung einer Transfergesellschaft zustande kam. Zwischen den Parteien ist außer Streit, dass die Finanzierung einer solchen Gesellschaft von vornherein ungesichert war und dass die Betriebsparteien die zugrunde liegenden Liquiditätsprobleme und damit die Unsicherheit der Gesellschaftsgründung kannten. Mithin fehlt es an einer späteren Änderung der tatsächlichen Verhältnisse. In einer solchen Situation wäre eine ausdrückliche Vereinbarung bereits im Interessenausgleich möglich und erforderlich gewesen, hätte man die Wirksamkeit des Interessenausgleichs an die tatsächliche Gründung einer Transfergesellschaft knüpfen wollen. Hieran fehlt es.

d)

Der Kläger hat keine Umstände dargelegt, welche die Vermutungswirkung entkräften.

aa)

Bei Vorliegen der Vermutungswirkung muss der Arbeitnehmer gemäß § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG i.V.m. § 292 ZPO darlegen, dass die Beschäftigung für ihn nicht weggefallen ist. Dazu ist substantiiertes Tatsachenvortrag erforderlich, der den gesetzlich vermuteten Umstand nicht nur in Zweifel zieht, sondern ausschließt (*BAG 12.3.2009 – 2 AZR 418/07 – EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 17 = AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 97; 22.1.2004 – 2 AZR 111/02 – EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11 = AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1; 23.10.2008 – 2 AZR 163/07, jeweils zu § 1 Abs. 5 KSchG*). Die Vermutung soll bewirken, dass der Arbeitgeber die Betriebsbedingtheit einer Kündigung nicht mehr in ihren Einzelheiten darzulegen braucht. Dementsprechend muss der Arbeitnehmer substantiiert darlegen, wieso der Arbeitsplatz trotz der Betriebsänderung noch vorhanden ist oder wo er sonst im Betrieb oder Unternehmen weiterbeschäftigt werden kann (*BAG 7.5.1998 – 2 AZR 536/97 – BAGE 88, 363 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 5 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 94*). Allerdings können für den Arbeitnehmer bei der Führung des Gegenbeweises gewisse Erleichterun-

gen in Betracht kommen. Handelt es sich um Geschehnisse aus dem Bereich des Arbeitgebers, so mindert sich die Darlegungslast des Arbeitnehmers durch eine sich aus § 138 Abs. 1 und 2 ZPO ergebende Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers (*sekundäre Behauptungslast*, vgl. BAG 12.3.2009 – 2 AZR 418/07 – aaO; 6.9.2007 – 2 AZR 715/06 – EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 14 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 170).

bb)

Die Vermutung der Betriebsbedingtheit der Kündigung ist als widerlegt anzusehen, wenn der Arbeitnehmer darlegt und im Bestreitensfall beweist, dass der nach dem Interessenausgleich in Betracht kommende betriebsbedingte Grund nicht vorliegt, weil das Beschäftigungsbedürfnis in Wirklichkeit nicht weggefallen ist. Das kann etwa der Fall sein, wenn die Arbeit nach wie vor vorhanden, der Arbeitnehmer aber durch andere Arbeitnehmer, beispielsweise durch einen Leiharbeiter – unzulässige Austausch Kündigung – oder dadurch ersetzt worden ist, dass andere Arbeitnehmer seine Tätigkeiten in überobligatorischer Art und Weise, etwa durch Überstunden, miterledigen – unzulässige Leistungsverdichtung – (BAG 12.3.2009 – 2 AZR 418/07 – EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 17 = AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 97).

cc)

Diesen Anforderungen wird das Vorbringen des Klägers nicht gerecht, denn er bestreitet lediglich die soziale Rechtfertigung der angegriffenen Kündigung. Dies ist nicht geeignet, die Vermutungswirkung zu entkräften. Diese erfasst auch das Fehlen anderer Beschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb. Einen konkreten freien Arbeitsplatz, auf dem er beschäftigt werden könnte, hat der Kläger aber nicht benannt.

e)

Die Sozialauswahl ist nicht grob fehlerhaft.

aa)

Grob fehlerhaft ist eine soziale Auswahl dann, wenn ein evidenter, ins Auge springender schwerer Fehler vorliegt und der Interessenausgleich jede Ausgewogenheit vermissen lässt (BAG 12.3.2009 – 2 AZR 418/07 – EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 17 = AP KSchG 1969 Soziale Auswahl Nr. 97; 21.9.2006 – 2 AZR 284/06). Durch § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG bzw. § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO soll den Betriebspartnern ein weiter Spielraum bei der Sozialauswahl eingeräumt werden. Das Gesetz geht davon aus, dass unter

anderem durch die Gegensätzlichkeit der von den Betriebspartnern vertretenen Interessen und durch die auf beiden Seiten vorhandene Kenntnis der betrieblichen Verhältnisse gewährleistet ist, dass dieser Spielraum angemessen und vernünftig genutzt wird. Nur wo dies nicht der Fall ist, sondern der vom Gesetzgeber gewährte Spielraum verlassen wird, so dass der Sache nach nicht mehr von einer „sozialen“ Auswahl die Rede sein kann, darf grobe Fehlerhaftigkeit angenommen werden (*BAG 12.3.2009 – 2 AZR 418/07 – aaO; 3.4.2008 – 2 AZR 879/06 – EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 15 = AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 17; 17.1.2008 – 2 AZR 405/06 – AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 96*). Dieser Prüfungsmaßstab gilt nicht nur für die sozialen Indikatoren und deren Gewichtung selbst. Vielmehr wird auch die Bildung der auswahlrelevanten Gruppen von den Gerichten für Arbeitssachen nur auf ihre groben Fehler überprüft (*BAG 12.3.2009 – 2 AZR 418/07 – aaO; 3.4.2008 – 2 AZR 879/06 – aaO; 23.10.2008 – 2 AZR 163/07*).

bb)

Der Arbeitgeber ist jedoch auch in den Fällen des Interessenausgleichs mit Namensliste verpflichtet, dem Arbeitnehmer nach § 1 Abs. 3 Satz 3, 1. Halbsatz KSchG auf dessen Verlangen die Gründe mitzuteilen, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. Insoweit besteht eine abgestufte Darlegungslast. Als Konsequenz aus der materiellen Auskunftspflicht des Arbeitgebers folgt, dass er auf Verlangen des Arbeitnehmers im Prozess substantiiert die Gründe vortragen muss, die ihn zu seiner Auswahl veranlasst haben. Erst nach Erfüllung der Auskunftspflicht trägt der Arbeitnehmer die volle Darlegungslast für die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl (*BAG 6.11.2008 – 2 AZR 523/07 – EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 82 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182; 20.9.2006 – 6 AZR 249/05 – EzA BGB 2002 § 613a Nr. 62 = AP BGB § 613a Nr. 316; 17.11.2005 – 6 AZR 107/05 – BAGE 116, 213 = EzA InsO § 125 Nr. 4 = AP InsO § 113 Nr. 19*). Es reicht dabei nicht aus, dass er die gesetzliche Vermutung erschüttert; er muss vielmehr das Gegenteil beweisen. Der Prüfungsmaßstab der groben Fehlerhaftigkeit ändert an der Verteilung der Darlegungslast nichts (*BAG aaO*).

cc)

Der Beklagte ist seiner Auskunftspflicht hinreichend nachgekommen, so dass es an dem Kläger war, die grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl durch die Betriebsparteien darzulegen. Dies ist ihm nicht gelungen. Das Berufungsgericht verweist insofern auf die zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts und macht sie sich nach eigener Prüfung zu eigen (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Lediglich ergänzend wird bemerkt:

(1)

Der Beklagte hat die erforderliche Auskunft erteilt, so dass es an dem Kläger war, die grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl durch die Betriebsparteien darzulegen. Der Beklagte hat dem Kläger mitgeteilt, welche Arbeitnehmer er für vergleichbar hielt, in welche Vergleichbarkeitsgruppe er eingeordnet war, wie viele Kündigungen ausgesprochen wurden und weshalb sich unter Zugrundelegung des im Rechtsstreit vorgelegten Interessenausgleichs der Name des Klägers auf der Namensliste befindet. Aus den vom Beklagten überreichten Listen ergibt sich, welche Arbeitnehmer der Beklagte als vergleichbar mit dem Kläger angesehen hat und welche derselben Altersgruppe wie der Kläger angehören. Der Kläger verfügte über alle Erkenntnisse, die er brauchte, um die Sozialauswahl konkret und bezogen auf einzelne Personen und Auswahlfehler zu beanstanden (*vgl. BAG 6.11.2008 – 2 AZR 523/08 – aaO*).

(2)

Dies ist ihm nicht gelungen; seine Behauptung, die Namensliste sei mehrfach geändert worden, reicht insoweit nicht aus, denn es lässt nicht erkennen, was genau er an der tatsächlich getroffenen sozialen Auswahl bemängelt. Vielmehr wäre es prozessuale Aufgabe des Klägers gewesen, substantiiert und unter genauer Beschreibung der jeweiligen Tätigkeiten darzulegen, aufgrund welcher Umstände er in welche andere Gruppe hätte eingeordnet werden müssen bzw. welche Arbeitnehmer grob fehlerhaft nicht in seiner Vergleichsgruppe verzeichnet sind. Erst dann hätte in einem zweiten Schritt geprüft werden können, ob von diesen Arbeitnehmern einem oder mehreren nicht gekündigt wurde, obwohl ihre soziale Schutzwürdigkeit derartig hinter derjenigen des Klägers zurückbleibt, dass sich die Auswahl als grob fehlerhaft darstellt. Nur durch eine genaue Darstellung der jeweiligen Tätigkeitsinhalte wird dem Gericht die Prüfung ermöglicht, ob ein evidenter, ins Auge springender Fehler bei der sozialen Auswahl vorliegt. Hieran fehlt es. Soweit er sich darauf beruft, ein Arbeitnehmer, der zunächst der Vergleichbarkeitsgruppe des Klägers zugeordnet worden sei, habe sich schließlich in einer anderen Gruppe gefunden, zeigt er keine Umstände auf, aus denen sich ergibt, dass die erste Einordnung richtig und die zweite grob fehlerhaft war.

(3)

Sollte vorliegend eine Altersgruppenbildung erfolgt sein, was anhand des Parteivorbringens nicht klar ersichtlich ist, so stellte sie jedenfalls keine Benachteiligung der betroffenen Arbeitnehmer wegen des Alters dar. Dies hat das Bundesarbeitsgericht für den hier in Rede stehenden Betrieb in seiner Entscheidung vom 6. November 2008 (*2 AZR 523/07 –*

BAGE 128, 238 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 82 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182) deutlich gemacht. Der Beklagte hat dieselben Kriterien, die seinerzeit der Altersgruppenbildung zugrunde lagen, auch der vorliegenden Massenkündigung zugrunde gelegt.

(a)

Die unterschiedliche Behandlung ist objektiv und angemessen. Sie erfolgt nicht mit Rücksicht auf persönlich-private oder zufällige Gesichtspunkte, sondern richtet sich nach von einzelnen Personen losgelösten Kriterien innerhalb eines in sich plausiblen Systems nach bestimmten, in der Sache begründeten Proportionen (*vgl. BAG 6.11.2008 – 2 AZR 523/07 – aaO; 19.6.2007 – 2 AZR 304/06 – aaO mwN*).

(b)

Die unterschiedliche Behandlung ist durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt.

Die legitimen Ziele einer Altersgruppenbildung müssen grundsätzlich vom Arbeitgeber im Prozess dargelegt werden. Indes ist vom Vorhandensein solcher legitimer Ziele regelmäßig auszugehen, wenn die Altersgruppenbildung bei Massenkündigungen aufgrund einer Betriebsänderung erfolgt. In diesen Fällen ist regelmäßig die Erhaltung einer auch altersmäßig ausgewogenen Personalstruktur gefährdet. Die Erhaltung einer altersgemischten Belegschaft liegt im Interesse der Gesamtheit der Belegschaft als auch im Wettbewerbsinteresse des Arbeitgebers (*BAG 6.11.2008 – 2 AZR 523/07 – aaO; 19.6.2007 – 2 AZR 304/06 – aaO mwN*). Die unterschiedlichen Vorzüge der unterschiedlichen Lebensalter können nur dann im Sinne langfristig erfolgreichen Zusammenwirkens zur Geltung kommen, wenn möglichst alle Lebensalter im Betrieb vertreten sind. Weder sind ausschließlich positive Aussagen über die Leistungsfähigkeit junger Arbeitnehmer gerechtfertigt noch sind rein negativ verallgemeinernde Aussagen über das Nachlassen der Leistungsfähigkeit von älteren Arbeitnehmern zutreffend (*BAG 6.11.2008 – 2 AZR 523/07 – aaO mwN*). Dass die Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten zur Erhaltung einer ausgewogenen Personalstruktur Einschränkungen unterliegen kann, sieht auch § 1 Abs. 3 Satz 2, 2. Var. KSchG ausdrücklich vor. Der deutsche Gesetzgeber hatte im Zusammenhang mit der Bestimmung legitimer Ziele gerade auch die Situation des einzelnen Arbeitgebers und der Branche im Blick (*BT-Drucks. 16/1780 S. 36; BAG 6.11.2008 – 2 AZR 523/07 – aaO mwN*). Auch die Richtlinie 2000/78/EG berücksichtigt unter dem in Art. 6 Abs. 1c genannten Beispiel (jetzt § 10 Satz 3 Nr. 3 AGG) ihrerseits genuine Arbeitgeberinteressen (*BAG 6.11.2008 – 2 AZR 523/07 – aaO mwN*).

(c)

Auch die konkrete Ausgestaltung der Erhaltung des bisherigen Altersaufbaus genügt den in § 10 Satz 2 AGG aufgestellten Erfordernissen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Sie ist zur Erreichung des Ziels geeignet und erforderlich. Geeignet ist die Altersgruppenbildung deshalb, weil durch sie ein Anstieg des Durchschnittsalters ebenso verhindert wird wie ein „Ausbluten“ der unteren Altersstufen. Die Altersgruppenbildung ist auch erforderlich gewesen: Hätte der Beklagte darauf verzichtet, so wären die unteren Altersbänder fast vollständig aus dem Betrieb verschwunden. Ein milderer Mittel ist nicht erkennbar.

Die Altersgruppenbildung vermeidet außerdem nicht nur eine Überalterung der Belegschaft, sondern wirkt auch einer übermäßigen Belastung jüngerer Beschäftigter entgegen: Der Beklagte hätte ohne die Altersgruppenbildung zahlreichen jüngeren Arbeitnehmern gerade wegen ihres – jungen – Alters kündigen müssen (*vgl. BAG 6.11.2008 – 2 AZR 523/07 – aaO zum selben Betrieb*).

(d)

Dass der Kläger das bisherige Durchschnittsalter der Arbeitnehmer ebenso bestreitet wie das Ansteigen dieses Wertes für den Fall, dass keine Altersgruppenbildung erfolgt, ist unbehelflich. Der Interessenausgleich nennt eine Zahl von 1.340 abzubauenen Arbeitsplätzen. Bei einer derart großen Zahl von Kündigungen ist es evident, dass ohne das Korrektiv der Altersgruppen die Erhaltung einer auch altersmäßig ausgewogenen Personalstruktur gefährdet wäre (*BAG 6.11.2008 – 2 AZR 523/07 – aaO*). Die Altersgruppenbildung vermeidet außerdem nicht nur eine Überalterung der Belegschaft, sondern ebnet auch die bei Massenkündigungen etwa überschießenden Tendenzen der Bewertung des Lebensalters als Sozialdatum ein und wirkt so einer übermäßigen Belastung jüngerer Beschäftigter entgegen (*BAG 6.11.2008 – 2 AZR 523/07 – aaO; 19.6.2007 – 2 AZR 304/06 – AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 16 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 13; 6.9.2007 – 2 AZR 387/06 – AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 169 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 78; vgl. auch Thüsing BB 2007, 1506; ds., Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz Rn. 460; Nupnau DB 2007, 1202; Mohr SAE 2007, 353*).

2.

Der Betriebsrat ist gemäß §§ 102 BetrVG, 17 Abs. 2 KSchG angehört worden. Nach dem substantiierten Vorbringen des darlegungsbelasteten Beklagten unter Vorlage der Stellungnahme des Betriebsrats wurden die Kündigungsschreiben zu einem Zeitpunkt ver-

sandt, als die Anhörung bereits abgeschlossen war. Das einfache Bestreiten des Klägers genügt nach den hier anzuwendenden Grundsätzen der abgestuften Darlegungslast nicht. Vielmehr hätte er einen dem Beklagtenvorbringen entgegenstehenden konkreten Sachverhalt darlegen müssen; ein pauschales Bestreiten reicht nicht aus (*BAG 16.3.2000 – 2 AZR 75/99 – EzA BGB § 626 n. F. Nr. 179 = AP BetrVG 1979 § 102 Nr. 114; 20.1.2000 – 2 AZR 378/99 – BAGE 93, 255 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 47 = AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 38*). Das Vorbringen des Beklagten gilt daher gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.

3.

Der Beklagte hat unter Vorlage von Kopien der Massenentlassungsanzeige und des Bescheides der Agentur für Arbeit dargelegt, dass die Voraussetzungen des § 17 KSchG erfüllt sind und dass die Entlassung außerhalb der Sperrfrist wirksam wurde. Entgegen der Auffassung des Klägers berührt es die Wirksamkeit der Kündigung nicht, wenn sie vor Ablauf der Sperrfrist ausgesprochen wird, sofern sie – wie vorliegend – erst nach deren Ablauf wirksam wird (*BAG 23.2.2010 – 2 AZR 268/08 – EzA-SD 2010, Nr. 15, 3-5, auch zur amtl. Veröffentlichung vorgesehen; Dreher in Hümmerich/Boecken/Düwell, Anwalt-Kommentar Arbeitsrecht, 2. Aufl., § 18 KSchG Rz. 8 mwN*).

4.

Das Integrationsamt hat der Kündigung zugestimmt. Das Berufungsgericht konnte über die Kündigungsschutzklage des Klägers abschließend entscheiden, obwohl die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung wegen des noch nicht abgeschlossenen Verwaltungsgerichtsprozesses noch nicht bestandskräftig ist. Gegenüber dem vorrangigen Zweck einer Aussetzung – einander widersprechende Entscheidungen zu vermeiden – sind der Nachteil einer langen Verfahrensdauer und die daraus für die Parteien entstehenden Folgen abzuwägen. Auch kommt bei Bestandsschutzstreitigkeiten dem gesetzlich geregelten Beschleunigungsgrundsatz von § 9 Abs. 1, § 64 Abs. 8 und § 61a ArbGG eine besondere Bedeutung zu (*BAG 18.1.2007 – 2 AZR 759/05 – EEK 3293 = PatR 2008, 34*). Auf Grund dessen hat das Interesse der Parteien, die Verkündung möglicherweise einander widersprechender Entscheidungen zu verhindern, grundsätzlich zurückzutreten. Dem Kläger steht ggf. der Restitutionsgrund des § 580 Nr. 7 Buchst. b ZPO analog zur Seite, falls er später vor dem Verwaltungsgericht obsiegen sollte (*BAG 18.1.2007 – 2 AZR 759/05 – aaO; 15.8.1984 – 7 AZR 558/92 – AP SchwbG § 12 Nr. 13 = EzA ZPO § 580 Nr. 2; 2.3.2006 – 2 AZR 53/05 – AP Nr. 14 zu § 626 BGB Krankheit = EzA § 626 BGB 2002 Nr. 16*).

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

IV.

Die Revision war nicht zuzulassen. Gründe gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG liegen nicht vor. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Alle aufgeworfenen Rechtsfragen sind bereits höchststrichterlich geklärt.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Nichtzulassung der Revision findet die Beschwerde statt.

Die Beschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass

1. eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat,
2. das Urteil von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, von einer Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe, des Bundes, von einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts oder, solange eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in der Rechtsfrage nicht ergangen ist, von einer Entscheidung einer anderen Kammer desselben Landesarbeitsgerichts oder eines anderen Landesarbeitsgerichts abweicht und die Entscheidung auf dieser Abweichung beruht,

oder

3. ein absoluter Rechtsbeschwerdegrund gemäß § 547 Nr. 1 bis 5 der Zivilprozessordnung oder einer entscheidungserheblichen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend gemacht wird und vorliegt.

Die Beschwerde muss innen einer Notfrist von einem Monat nach Zustellung dieses Urteils bei dem Bundesarbeitsgericht eingelegt werden.

Die Anschrift des Bundesarbeitsgerichts lautet:

Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt.

Telefax-Nr.: (0361) 26 36 – 20 00

Die Beschwerde ist innerhalb einer Notfrist von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils zu begründen. In der Beschwerdebegründung müssen die Voraussetzungen der obigen Nr. 2 dargelegt oder die Entscheidung bezeichnet werden, von der das Urteil abweicht.

Vor dem Bundesarbeitsgericht müssen sich die Parteien durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Als Bevollmächtigte sind außer Rechtsanwälten nur die in § 11 Absatz 2 Satz 2 Nr. 4 und 5 ArbGG bezeichneten Organisationen zugelassen. Diese müssen in Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht durch Personen mit Befähigung zum Richteramt handeln.

Die Beschwerdeschrift, die Beschwerdebegründungsschrift und die sonstigen wechselseitigen Schriftsätze im Beschwerdeverfahren sollen 7-fach – für jeden weiteren Beteiligten ein Exemplar mehr – bei dem Bundesarbeitsgericht eingereicht werden.

Dreher

Sinn

Wollenweber