

BUNDEARBEITSGERICHT



2 AZR 352/11

18 Sa 77/10

Landesarbeitsgericht

Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

19. Juli 2012

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Juli 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Rachor und

Dr. Rinck sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Sieg und Claes für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 25. März 2011 - 18 Sa 77/10 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung. 1

Die Beklagte ist ein Unternehmen der Automobilzulieferer-Industrie. Die Klägerin war seit 1978 in ihrem Betrieb in A als Sekretärin beschäftigt. 2

Am 10. Juli 2009 schloss die Beklagte mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich. Danach sollten wegen der Teilstillegung und Verlagerung einzelner Bereiche von insgesamt 1.820 Arbeitsplätzen 70 im gewerblichen, 30 im Angestelltenbereich sowie im Bereich Engineering weitere 28 Arbeitsplätze entfallen. Die gewerblichen Arbeitsplätze sollten sogleich abgebaut werden. Hierfür wurde eine von Arbeitgeber und Betriebsrat unterschriebene Liste mit den Namen von 70 zu kündigenden Arbeitnehmern mit dem Interessenausgleich fest verbunden. Nach Ziffern 2 und 4 des Interessenausgleichs sollte die Kündigung der übrigen Arbeitnehmer im dritten Quartal 2009 erfolgen. Die insoweit einschlägige Namensliste, auf der sich auch der Name der Klägerin befindet, wurde mit Datum vom 20. August 2009 erstellt und von Arbeitgeber und Betriebsrat unterschrieben. 3

Ziffer 3 des Interessenausgleichs lautet:

4

„Arbeitgeber und Betriebsrat haben sich bei der Sozialauswahl, bei der sie die gesetzlichen Kriterien gem. § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG zugrunde gelegt haben auf ein Punkteschema und auf die Bildung von Altersgruppen zur Aufrechterhaltung einer ausgewogenen Personalstruktur geeinigt.

Altersgruppen

bis 35 Jahre

36 bis 45 Jahre

46 bis 62 Jahre

...

Die Sozialauswahl der zu kündigenden Beschäftigten erfolgt nach folgendem Punkteschema:

Lebensalter:	für jedes vollendete Lebensaltersjahr je	1 Punkt
Betriebszugehörigkeit:	für jedes volle Jahr der Betriebszugehörigkeit bis 10 Jahre	1 Punkt
	ab dem 11. Jahr	2 Punkte
Unterhaltungspflicht:	Ehegatte	4 Punkte
	und pro Kind lt. Steuerkarte	4 Punkte
Schwerbehinderung:	ab einem Grad der Behinderung von mind. 50 % und Gleichgestellte, § 2 Abs. 3 SGB IX i.V.m. § 68 Abs. 2 SGB IX	4 Punkte
	je weitere 10 % Grad der Behinderung über 50 %	1 Punkt

Die Klägerin wurde der Gruppe der „Sekretärinnen in der Entwicklung“ zugeordnet. Zu dieser Vergleichsgruppe gehörten folgende Mitarbeiterinnen:

5

Name, Vorname	Gebdat.	Eintrittsdatum	GB	Kinder	Steuerklasse (D)	Sonst. Unterhaltungspflichten	Punktzahl 2	Altersklasse	Bemerkungen
K	... 1983	31.08.2005	0	0	...	0	29	AK (0-35)	§ 1 Abs. 3 S. 2 KSchG
W	... 1982	30.08.2001	0	0	...	0	35	AK (0-35)	Elternzeit
G	... 1976	09.08.1993	0	0	...	0	54	AK (0-35)	Elternzeit
Ko	... 1965	01.01.1988	0	0	...	0	76	AK (36-45)	
Kl	... 1965	09.04.1985	0	2	...	0	90	AK (36-45)	

S	... 1957	01.10.1978	0	0	...	0	102	AK (46-52)	
Gr	... 1956	26.01.1976	50	0	...	0	112	AK (46-52)	

Nach der unternehmerischen Planung sollten in dieser Gruppe zwei 6
Vollzeitstellen abgebaut werden. Die Arbeitnehmerinnen W und G befanden
sich in Elternzeit und wurden deshalb aus der Gruppe der zu kündigenden
Arbeitnehmer ausgenommen. Ferner nahm die Beklagte Frau K aufgrund ihrer
Kenntnisse und Fähigkeiten aus der Sozialauswahl heraus. Nach den Feststel-
lungen des Landesarbeitsgerichts bedurfte es zur Kommunikation mit der
spanischen Vorgesetzten verhandlungssicherer Englischkenntnisse, über
welche diese Mitarbeiterin verfügte.

Mit Schreiben vom 27. August 2009 kündigte die Beklagte das Arbeits- 7
verhältnis mit der Klägerin nach Anhörung des Betriebsrats ordentlich zum
31. März 2010.

Mit ihrer rechtzeitig erhobenen Klage hat sich die Klägerin gegen die 8
Kündigung gewandt. Sie hat geltend gemacht, die Betriebsratsanhörung sei
nicht ordnungsgemäß erfolgt. Auch sei der Beschäftigungsbedarf nicht entfal-
len. Zudem sei die Sozialauswahl nicht korrekt durchgeführt worden. Die Be-
klagte beschäftige auch in Bereichen außerhalb der Entwicklung Sekretärinnen,
die in ihre Vergleichsgruppe hätten einbezogen werden müssen. Die Alters-
gruppenbildung sei mit Unionsrecht nicht vereinbar. Sie sei zudem grob fehler-
haft, da die Beklagte gleich große Alterskorridore hätte bilden müssen und die
Arbeitnehmerin K aus der Sozialauswahl nicht hätte herausnehmen dürfen. Sie
selbst sei im Vergleich mit dieser als deutlich schutzwürdiger anzusehen.

Die Klägerin hat beantragt 9

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den
Parteien durch die ordentliche Kündigung vom 27. August
2009 zum 31. März 2010 nicht beendet wird.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat sich auf die Vermutungswirkung der Namensliste berufen. Die Betriebsparteien seien bei Abschluss des Interessenausgleichs vom Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses für zwei Sekretärinnen im Bereich „Entwicklung“ ausgegangen. Die Sozialauswahl sei ordnungsgemäß erfolgt. Die Sekretärinnen außerhalb des Bereichs „Entwicklung“ seien mit der Klägerin nicht vergleichbar. Sie seien sämtlich in eine andere Vergütungsgruppe eingestuft und müssten entsprechend ihrer Tätigkeit verhandlungssicheres Englisch beherrschen. Die Altersgruppenbildung sei zulässig. Ohne sie hätte sich die Altersstruktur im Betrieb deutlich verschlechtert. Das hätte die Zukunftsfähigkeit des Unternehmens, die Vorbereitung des „Generationenwechsels“, den Wissens- und Qualitätstransfer und die Beibehaltung der sozialen Strukturen gefährdet. Die Bänder der Altersgruppen orientierten sich an den Erfolgsaussichten der betroffenen Mitarbeiter auf dem Arbeitsmarkt.

10

Die Sozialauswahl habe sie im Verhältnis der Anzahl der Beschäftigten der jeweiligen Altersgruppen zur Gesamtzahl der einzubeziehenden Beschäftigten der Vergleichsgruppe vorgenommen. Altersgruppe 1 habe einen Anteil von etwa 43 vH, die Altersgruppen 2 und 3 von jeweils etwa 28,5 vH gehabt. Die beiden zu kündigenden Arbeitnehmerinnen seien grundsätzlich die eine der Gruppe 1, die andere der Gruppe 2 zu entnehmen gewesen. Da in Gruppe 1 aufgrund der besonderen Umstände keine zu kündigende Arbeitnehmerin verblieben sei, sei aus den Gruppen 2 und 3 die jeweils weniger schutzwürdige Arbeitnehmerin und damit auch die Klägerin betroffen gewesen.

11

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

12

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist begründet. Das angegriffene Urteil war aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Auf der Grundlage seiner bisherigen Feststellungen durfte das Landesarbeitsgericht die Kündigung nicht als wirksam ansehen. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden. Der relevante Sachverhalt ist noch nicht hinreichend festgestellt (§ 563 Abs. 3 ZPO) und die Sache ist auch nicht aus anderen Gründen entscheidungsreif. 13

I. Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass das Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse im Streitfall gem. § 1 Abs. 5 KSchG vermutet wird und die soziale Rechtfertigung nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden kann. Die Kündigung ist aufgrund einer Betriebsänderung erfolgt und die Klägerin ist in einem zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat vereinbarten Interessenausgleich namentlich bezeichnet. 14

1. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG sind erfüllt. 15

a) Die Kündigung ist aufgrund einer Betriebsänderung erfolgt. 16

aa) Nach § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG gelten als Betriebsänderung iSd. § 111 Satz 1 BetrVG die Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebs oder wesentlicher Betriebsteile. Auch ein bloßer Personalabbau ohne Verringerung der sächlichen Betriebsmittel kann eine Betriebseinschränkung sein, wenn eine größere Anzahl von Arbeitnehmern betroffen ist. Richtschnur dafür, 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 iSd. § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG erst bei einem Personalabbau von 5 vH der Gesamtbelegschaft gegeben (BAG 22. Januar 2004 - 2 AZR 111/02 - zu C III 1 a der Gründe, AP BetrVG 1972 17

§ 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11; 7. August 1990 - 1 AZR 445/89 - AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 34 = EzA BetrVG 1972 § 111 Nr. 27). Maßgebend ist die Gesamtzahl der Arbeitnehmer, die voraussichtlich betroffen sein wird. Dies gilt auch, wenn die Personalabbau-maßnahme in mehreren „Wellen“ erfolgt. Liegt zwischen diesen ein Zeitraum von nur wenigen Wochen oder Monaten, ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass die Entlassungen auf einer einheitlichen unternehmerischen Planung beruhen (BAG 28. März 2006 - 1 ABR 5/05 - zu B II 1 a bb der Gründe, BAGE 117, 296; 22. Januar 2004 - 2 AZR 111/02 - aaO).

bb) Danach ist im Streitfall die Gesamtzahl von 128 Kündigungen maßgebend. Der Interessenausgleich vom 10. Juli 2009 sah von Beginn an zwei Phasen des Personalabbaus vor, so dass eine einheitliche unternehmerische Planung vorliegt. Die Zahl von 128 entspricht bei im Betrieb insgesamt beschäftigter 1.820 Arbeitnehmer einem Anteil von etwa 7 vH der Belegschaft. Der Personalabbau, auf dem die Kündigung beruht, erfüllt damit die Voraussetzungen einer Betriebsänderung iSv. § 111 Satz 1 BetrVG, ohne dass es noch auf zusätzlich beschlossene Einzelmaßnahmen ankäme. 18

b) Die Klägerin ist in der dem Interessenausgleich beigefügten Liste der zu kündigenden Arbeitnehmer vom 20. August 2009 namentlich genannt. Die Liste genügt dem Schriftformerfordernis der §§ 125, 126 BGB. 19

aa) Die Wirkungen des § 1 Abs. 5 Satz 1 und Satz 2 KSchG treten nicht nur ein, wenn die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, unmittelbar im Text des Interessenausgleichs zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet sind, sondern auch, wenn Interessenausgleich und Namensliste zwar zwei textlich separate Schriftstücke, aber gleichwohl eine einheitliche Urkunde bilden, die insgesamt dem Schriftformerfordernis der §§ 125, 126 BGB genügt (vgl. BAG 12. Mai 2010 - 2 AZR 551/08 - Rn. 17, AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 20 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 21; 6. Juli 2006 - 2 AZR 520/05 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 80 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 68). Wird die Namensliste getrennt von dem Interessenausgleich erstellt, reicht es dafür aus, dass im Interessenausgleich auf die zu erstellende Na- 20

mensliste verwiesen wird, die erstellte Namensliste - ebenso wie zuvor der Interessenausgleich - von den Betriebsparteien unterschrieben worden ist und die Liste ihrerseits eindeutig auf den Interessenausgleich Bezug nimmt (*BAG 12. Mai 2010 - 2 AZR 551/08 - aaO*). Ferner wahrt sogar eine nicht unterschriebene Namensliste als Anlage die Schriftform, wenn die Unterschrift unter dem Interessenausgleich sie als dessen Teil noch deckt. Das ist der Fall, wenn der Interessenausgleich selbst unterschrieben ist, in ihm auf die Anlage ausdrücklich Bezug genommen wird und Interessenausgleich und Anlage schon bei dessen Unterzeichnung mit einer Heftmaschine körperlich derart miteinander verbunden waren, dass eine Lösung nur durch Gewaltanwendung (*Lösen der Heftklammer*) möglich war (*BAG 12. Mai 2010 - 2 AZR 551/08 - aaO*; *6. Juli 2006 - 2 AZR 520/05 - Rn. 33, 37, aaO*; *6. Dezember 2001 - 2 AZR 422/00 - EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 9*). Es ist nicht erforderlich, dass Interessenausgleich und Namensliste zeitgleich unterzeichnet werden. Der Interessenausgleich kann, um die Wirkungen des § 1 Abs. 5 KSchG auszulösen, vielmehr noch nach seinem Abschluss zeitnah um eine Namensliste ergänzt werden (*BAG 26. März 2009 - 2 AZR 296/07 - Rn. 24, BAGE 130, 182*; *22. Januar 2004 - 2 AZR 111/02 - AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11*).

bb) Diesen Anforderungen werden Interessenausgleich und Namensliste im Streitfall gerecht. Der Interessenausgleich vom 10. Juli 2009 enthält in Ziffern 2 und 4 einen Verweis auf eine noch zu vereinbarende und zu unterzeichnende Namensliste. Die von den Betriebsparteien gesondert erstellte und am 20. August 2009 unterzeichnete (zweite) Namensliste ist mit „Namensliste Interessenausgleich Phase 2“ gekennzeichnet. Das genügt im Streitfall den Anforderungen an einen Rückbezug. Durch diese Kennzeichnung ist unmissverständlich auf den Interessenausgleich vom 10. Juli 2009 mit seinen zwei Entlassungswellen Bezug genommen worden. Die Ergänzung des Interessenausgleichs um eine weitere Namensliste etwa sechs Wochen nach Unterzeichnung des Interessenausgleichs ist noch als zeitnah anzusehen (*vgl. BAG 26. März 2009 - 2 AZR 296/07 - Rn. 23, BAGE 130, 182*).

21

- c) Dem Eintritt der Vermutungswirkung steht nicht entgegen, dass die Namen der insgesamt zu kündigenden Arbeitnehmer nicht auf einer einzigen, einheitlichen Liste aufgeführt waren. Jedenfalls dann, wenn die Betriebsänderung in mehreren „Wellen“ erfolgt und die Betriebsparteien für jeden Abschnitt eine abschließende Einigung über sämtliche in diesem zu kündigenden Arbeitnehmer herbeigeführt haben, stellen auch „Teilnamenslisten“ eine ausreichende Basis für die Wirkungen des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG dar (*BAG 22. Januar 2004 - 2 AZR 111/02 - zu C III 5 der Gründe, AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11*). 22
2. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht ausgeführt, dass es der Klägerin nicht gelungen sei, die Vermutung für den Wegfall der zwei Arbeitsplätze im Sekretariatsbereich zu widerlegen. Hiergegen wendet sich die Revision nicht. 23
- II. Nach den bisherigen Feststellungen ist nicht auszuschließen, dass die Auswahl der Klägerin sozial grob fehlerhaft ist. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, die Sozialauswahl sei unter Berücksichtigung der von den Betriebsparteien vereinbarten Altersgruppen vorzunehmen gewesen. Es hat die an die Zulässigkeit einer Altersgruppenbildung nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG zu stellenden Anforderungen verkannt. 24
1. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist eine Altersgruppenbildung nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG nicht bereits deshalb unzulässig, weil dabei das Lebensalter als Auswahlkriterium berücksichtigt wird. Dies ist unabhängig von einer Altersgruppenbildung durch § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG vorgegeben. Die in § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG eröffnete Möglichkeit, die Auswahl zum Zweck der Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur innerhalb von Altersgruppen vorzunehmen, verstößt auch nicht gegen das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung und dessen Ausgestaltung durch die Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 (*BAG 28. Juni 2012 - 6 AZR 682/10 - Rn. 28 ff.; 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 84*). 25

2. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG gestattet in Abweichung von § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG die Vornahme der Sozialauswahl im Rahmen von Altersgruppen, wenn dies zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebs im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Das setzt voraus, dass die im konkreten Fall vorgenommene Altersgruppenbildung zur Sicherung der bestehenden Personalstruktur tatsächlich geeignet ist (*BAG 22. März 2012 - 2 AZR 167/11 - Rn. 29; 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 84*). Daran fehlt es im Streitfall. 26
- a) Ob die Beklagte im Hinblick auf das berechnigte betriebliche Interesse ihrer Darlegungslast genügt hat, ist nicht unzweifelhaft, kann aber dahinstehen. 27
- aa) Der Arbeitgeber muss, wenn er sich auf § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG berufen will, zu den Auswirkungen und möglichen Nachteilen von Kündigungen gem. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG auf die Altersstruktur der Belegschaft und damit verbundenen möglichen Nachteilen für den Betrieb konkret vortragen (*BAG 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn. 65, EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 84; 18. März 2010 - 2 AZR 468/08 - Rn. 23, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 184 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 83*). Jedenfalls dann, wenn die Anzahl der Entlassungen innerhalb einer Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer im Verhältnis zur Anzahl aller Arbeitnehmer des Betriebs die Schwellenwerte des § 17 KSchG erreicht, kommen ihm dabei Erleichterungen zugute; in diesem Fall ist ein berechtigtes betriebliches Interesse an der Beibehaltung der Altersstruktur - widerlegbar - indiziert (*BAG 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - aaO; 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - Rn. 54, BAGE 128, 238*). 28
- bb) Im Streitfall ist der Schwellenwert gem. § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KSchG bezogen auf die insgesamt zu entlassenden Arbeitnehmer zwar überschritten. Die Gesamtbelegschaft von 1.820 Mitarbeitern wurde um 128 Mitarbeiter reduziert. Bezogen auf die Anzahl von zwei Arbeitnehmern, die in der Vergleichsgruppe der Klägerin zu entlassen waren, war der Schwellenwert des § 17 KSchG mit Blick auf die Anzahl aller Arbeitnehmer im Betrieb hingegen bei weitem nicht erreicht. Ob die Erleichterung bei der Darlegung des berechtigten 29

betrieblichen Interesses auch in einem solchen Fall gerechtfertigt ist, ist vom Bundesarbeitsgericht bislang nicht entschieden worden (*offengelassen in BAG 22. März 2012 - 2 AZR 167/11 -*). Sie kann auch im Streitfall dahinstehen.

b) Die Altersgruppenbildung war hier zur Erhaltung der Altersstruktur in jedem Fall ungeeignet. Eine Abweichung von den Grundsätzen des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG war deshalb nicht gerechtfertigt. 30

aa) Eine Altersgruppenbildung ist zur Erhaltung der Altersstruktur der Belegschaft nur geeignet, wenn sie dazu führt, dass die bestehende Struktur bewahrt bleibt. Dafür muss die bisherige Verteilung der Beschäftigten auf die Altersgruppen ihre prozentuale Entsprechung in der Anzahl der in der jeweiligen Altersgruppe zu Kündigenden finden. Dadurch wird die Erhaltung der bisherigen Struktur der Gesamtbelegschaft - in etwa - erreicht. Sind mehrere Gruppen vergleichbarer Arbeitnehmer von den Entlassungen betroffen, muss deshalb eine proportionale Berücksichtigung aller Altersgruppen auch innerhalb der jeweiligen Vergleichsgruppen möglich sein. Die betriebsweite Sicherung der Altersstruktur muss die Folge der proportionalen Beteiligung sämtlicher Altersgruppen auch innerhalb der einzelnen Vergleichsgruppen sein. Es ist das Kennzeichen der Sozialauswahl, dass sie innerhalb von Vergleichsgruppen zu erfolgen hat (*BAG 22. März 2012 - 2 AZR 167/11 - Rn. 33*). 31

bb) Diesen Mindestanforderungen an eine Sozialauswahl im Rahmen von Altersgruppen genügt die von der Beklagten getroffene Auswahl der Klägerin nicht. In der Vergleichsgruppe, der die Klägerin angehört, war eine proportionale Beteiligung aller Altersgruppen bereits deshalb nicht möglich, weil bei drei Altersgruppen nur zwei Arbeitnehmer zur Kündigung anstanden. Danach konnten allenfalls zwei Altersgruppen überhaupt an den Entlassungen beteiligt werden. Dies musste notwendig zu einer Verschiebung der Altersstruktur führen. Dementsprechend haben die ausgesprochenen Kündigungen in der Vergleichsgruppe der Klägerin zu einem Absinken des Altersdurchschnitts um 3,3 Jahre geführt. 32

III. Liegen danach die Voraussetzungen für eine Abweichung von den Grundsätzen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG durch die Bildung von Altersgruppen nicht vor, hatte die Sozialauswahl ohne Rücksicht auf Altersgruppen zu erfolgen. Eine Prüfung, ob sie auch dann nicht grob fehlerhaft ist, hat das Landesarbeitsgericht nicht vorgenommen. Der Senat vermag dies aufgrund der bisherigen Feststellungen nicht selbst zu beurteilen. Diese lassen keine abschließende Entscheidung darüber zu, ob die Herausnahme der Mitarbeiterin K grob fehlerhaft war. 33

1. Die Sozialauswahl ist grob fehlerhaft, wenn eine evident, ins Auge springende erhebliche Abweichung von den Grundsätzen des § 1 Abs. 3 KSchG vorliegt und der Interessenausgleich jede soziale Ausgewogenheit vermissen lässt (*BAG 12. März 2009 - 2 AZR 418/07 - Rn. 32, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 97 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 17; 3. April 2008 - 2 AZR 879/06 - Rn. 16, AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 17 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 15*). Dabei muss sich die getroffene Auswahl gerade mit Blick auf den klagenden Arbeitnehmer im Ergebnis als grob fehlerhaft erweisen. Nicht entscheidend ist, dass das gewählte Auswahlverfahren als solches Anlass zu Beanstandungen gibt (*BAG 10. Juni 2010 - 2 AZR 420/09 - Rn. 19, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 98 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 22; 18. Oktober 2006 - 2 AZR 473/05 - Rn. 23, BAGE 120, 18*). 34

2. Bei der erneut anzustellenden Prüfung, ob die Sozialauswahl grob fehlerhaft war, wird das Landesarbeitsgericht deshalb die folgenden Grundsätze zu beachten haben. 35

a) Nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG sind in die Sozialauswahl vergleichbare Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Aus dem Umstand, dass das Gesetz dafür ein betriebliches Interesse nicht ausreichen lässt, sondern fordert, dieses müsse „berechtigt“ sein, folgt, dass ein betriebliches Interesse auch „unberechtigt“ sein kann. Nach dem Gesetz sind danach dem betrieblichen Interesse entgegengesetzte 36

Interessen denkbar, die einer Herausnahme von sog. Leistungsträgern aus der Sozialauswahl entgegenstehen können. Bei den gegenläufigen Interessen kann es sich angesichts des Umstands, dass § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG eine Ausnahme vom Gebot der Sozialauswahl statuiert, nur um die Belange des sozial schwächeren Arbeitnehmers handeln. Diese sind im Rahmen des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG demnach gegen das betriebliche Interesse an einer Herausnahme von Leistungsträgern abzuwägen. Je schutzbedürftiger dabei der sozial schwächere Arbeitnehmer ist, umso gewichtiger müssen die Gründe für die Ausklammerung des Leistungsträgers sein (*BAG 31. Mai 2007 - 2 AZR 306/06 - BAGE 123, 20*). Diese Abwägung hat im konkreten Vergleich zu erfolgen (*BAG 10. Juni 2010 - 2 AZR 420/09 - Rn. 29, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 98 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 22*).

b) Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Landesarbeitsgericht die Möglichkeit störungsfreier Kommunikation mit der spanischen Vorgesetzten der Sekretärinnen im Bereich „Entwicklung“ als betrieblichen Belang angesehen hat. Ob dieser im Sinne von § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG auch „berechtigt“ ist, hängt vom Ergebnis der Abwägung gegen die sozialen Interessen der Klägerin im konkreten Vergleich mit Frau K als derjenigen Arbeitnehmerin ab, die die Beklagte wegen ihrer Englischkenntnisse aus der Sozialauswahl herausgenommen hat. 37

aa) Der Unterschied der sozialen Schutzbedürftigkeit von Frau K und der Klägerin ist erheblich. Die Klägerin war zum Zeitpunkt der Kündigung 52 Jahre alt und ca. 31 Jahre im Betrieb beschäftigt. Frau K war mit 26 Jahren nur halb so alt und gehörte dem Betrieb erst rund vier Jahre zu. Dementsprechend kam die Klägerin unter Anwendung der Regelungen des Interessenausgleichs auf 102, Frau K lediglich auf 29 „soziale“ Punkte. 38

bb) Angesichts dieses erheblichen Unterschieds bedarf es gewichtiger betrieblicher Interessen, um eine Herausnahme von Frau K aus der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG zu rechtfertigen. Die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, es bedürfe zur notwendigen Kommunikation mit der spanischen Vorgesetzten „verhandlungssicherer“ Englischkenntnisse, bietet 39

keine hinlängliche Grundlage für die Beurteilung, ob es sich hierbei um einen betrieblichen Belang von ausreichendem Gewicht handelt. Zweifel hieran könnten deshalb bestehen, weil die Sekretärinnen der Vergleichsgruppe, der die Klägerin angehört, nach eigenem Vortrag der Beklagten die englische Sprache generell nicht verhandlungssicher beherrschen müssen und daher niedriger eingruppiert sind als die übrigen Sekretärinnen im Betrieb. Das Landesarbeitsgericht wird deshalb festzustellen haben, wie sich die Zusammenarbeit mit der Vorgesetzten im Einzelnen gestaltet hat, insbesondere in welchem zeitlichen und inhaltlichen Umfang eine Kommunikation erfolgt ist. Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen, dass im Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs zur Kommunikation mit der spanischen Vorgesetzten „verhandlungssichere“ Englischkenntnisse in nennenswertem Umfang jedenfalls bei einer der mehreren zu ihren Untergebenen zählenden Sekretärinnen erforderlich waren, wird es weiter zu prüfen haben, ob allein Frau K oder auch andere, nicht gekündigte Arbeitnehmerinnen der Abteilung über diese Kenntnisse verfügten. Im ersten Fall käme dem betrieblichen Belang ein größeres Gewicht zu als im zweiten.

IV. Der Rechtsstreit ist nicht aus anderen Gründen zur Endentscheidung reif. Die Kündigung ist entgegen der Auffassung der Klägerin nicht wegen fehlerhafter Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. 40

1. Eine Kündigung ist gem. § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG nicht nur unwirksam, wenn der Arbeitgeber gekündigt hat, ohne den Betriebsrat überhaupt zu beteiligen, sondern auch dann, wenn er ihn nicht richtig beteiligt hat, er insbesondere seiner Unterrichtungspflicht nach § 102 Abs. 1 BetrVG nicht ausreichend nachgekommen ist (*BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 45, AP BGB § 626 Nr. 236 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 36; 22. April 2010 - 2 AZR 991/08 - Rn. 13, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 163 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 26*). An die Mitteilungspflicht sind nicht dieselben Anforderungen zu stellen, wie an die Darlegung des Arbeitgebers im Prozess. Es gilt der Grundsatz der „subjektiven Determinierung“. Der Betriebsrat ist ordnungsgemäß angehört, wenn ihm der 41

Arbeitgeber die die Kündigung aus seiner Sicht tragenden Umstände unterbreitet hat (*BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - aaO; 22. April 2010 - 2 AZR 991/08 - aaO*). Erst eine bewusst unrichtige oder unvollständige und damit irreführende Darstellung führt zu einer fehlerhaften Anhörung (*BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - aaO; 5. November 2009 - 2 AZR 676/08 - Rn. 40, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 183 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 20*). Zu einer vollständigen und wahrheitsgemäßen Information gehört auch die Unterrichtung über dem Arbeitgeber bekannte und für eine Stellungnahme des Betriebsrats möglicherweise bedeutsame Tatsachen, die den Arbeitnehmer entlasten und deshalb gegen den Ausspruch einer Kündigung sprechen können (*BAG 6. Februar 1997 - 2 AZR 265/96 - Rn. 19, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 85 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 96*).

2. Danach ist die Betriebsratsanhörung ordnungsgemäß erfolgt. 42

- a) Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, die Kündigungsgründe seien 43
im Anhörungsschreiben zwar nur grob dargestellt. Darüber hinaus sei aber auf die Darlegung der Gründe in den einzelnen Verhandlungsterminen zum Interessenausgleich, welche die Beklagte im Einzelnen vorgetragen habe, Bezug genommen worden. Das pauschale Bestreiten der Klägerin sei angesichts dessen unzureichend.

- b) Dies hält der rechtlichen Überprüfung stand. Der Betriebsrat war nach 44
den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts sowohl über die Person der Klägerin und den Zeitpunkt der Kündigung als auch über die für die Beklagte maßgebenden Kündigungsgründe hinreichend informiert. Die Beklagte hat schon erstinstanzlich ausführlich zum Inhalt der Gespräche zwischen ihr und dem Betriebsrat vorgetragen, die sich auch auf das betriebliche Interesse an der Weiterbeschäftigung von Frau K erstreckt hätten. Die Klägerin hat diesen Vortrag bis zum Schluss der Berufungsinstanz nicht substantiiert bestritten.

Soweit die Klägerin in der Revision vorbringt, es sei nicht ersichtlich, in welcher Form die Beklagte dem Betriebsrat ihre abschließende Interessenabwägung dargelegt habe, ist dies ohne rechtlichen Belang. Die von der Beklagten erläuterte Herausnahme von Frau K aus der Sozialauswahl impliziert im Ergebnis eine entsprechende Interessenabwägung. Eine nähere Begründung war vor dem Hintergrund des Grundsatzes der subjektiven Determination nicht erforderlich.

45

Kreft

Rachor

Rinck

A. Claes

Sieg