

**Sozialauswahl: Soll etwas falsch sein, muss es bewiesen werden**

Haben Arbeitgeber und Betriebsrat (hier einer Firma in Sachsen) einen sog. Interessenausgleich ausgearbeitet und darin die zu Kündigenden namentlich aufgeführt, so muss eine Mitarbeiterin, der gekündigt und alternativ eine Weiterbeschäftigung an einem anderen Ort (hier in Nordrhein-Westfalen) angeboten worden ist (wogegen sie sich wegen „Unzumutbarkeit“ sträubte), beweisen, dass der Sozialplan „grob fehlerhaft“ ist. Bleibt die Frau diesen Beweis schuldig, so ist anzunehmen, dass die Änderungen der Arbeitsbedingungen inklusive der Umstrukturierungen und Kündigungen „durch betriebliche Erfordernisse“ veranlasst und damit rechtmäßig waren.

Quelle: Wolfgang Büser

**Anwendbarkeit des § 1 Abs. 5 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) auf Änderungskündigungen; Voraussetzungen für eine wirksame betriebsbedingte Änderungskündigung; Reichweite der Vermutungswirkung im Hinblick auf den Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses zu den bisherigen Bedingungen und das Fehlen einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit; Verstoß gegen das europarechtliche Verbot der Altersdiskriminierung bei Verwendung einer Punktetabelle zur Sozialauswahl; Wirksamkeit einer auf betriebliche Gründe gestützten ordentlichen Änderungskündigung**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 19.06.2007

**Aktenzeichen:** 2 AZR 304/06

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2007, 43993

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

ArbG Leipzig - 03.06.2005 - AZ: 8 Ca 158/05

LAG Sachsen - 06.12.2005 - AZ: 7 Sa 584/05

**Rechtsgrundlagen:**

§ 1 Abs. 2 S. 4 KSchG

§ 1 Abs. 5 KSchG

§ 2 KSchG

**Fundstellen:**

BAGE 123, 160 - 174

AiB 2008, 676-678 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

AiB-newsletter 2009, 2 (Kurzinformation)

AiB-newsletter 2007, 2-3 (Pressemitteilung)

ArbRB 2008, 42 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

AuA 2007, 495 (Kurzinformation)

AuA 2008, 18 (Kurzinformation)  
AuR 2007, 270-271 (Kurzinformation)  
AuR 2008, 75 (Kurzinformation)  
AUR 2007, 270-271 (Kurzinformation)  
AUR 2008, 75 (Kurzinformation)  
BB 2008, 224-225 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)  
BB 2008, 49 (Kurzinformation)  
DB 2007, XX Heft 26 (Pressemitteilung)  
DB 2007, IX Heft 50 (amt. Leitsatz)  
DStR 2008, XII Heft 13 (amt. Leitsatz)  
EBE/BAG 2008, 4-8  
EzA-SD 25/2007, 3-6 (Pressemitteilung)  
FA 2007, 253 (Pressemitteilung)  
FA 2008, 78 (Volltext mit amtl. LS)  
HzA aktuell 2008, 37-39  
MDR 2007, R14 (Kurzinformation)  
MDR 2008, 155-156 (Volltext mit amtl. LS)  
NJW 2008, X Heft 1-2 (amt. Leitsatz) "Altersdiskriminierung"  
NWB 2007, 2361 (Kurzinformation)  
NZA 2007, VI Heft 13 (Kurzinformation)  
NZA 2008, 103-107 (Volltext mit red./amt. LS)  
PflR 2007, 453 (Kurzinformation)  
PuR 2008, 9  
PuR 2007, 11 (Pressemitteilung)  
RdW 2008, 191-192 (Kurzinformation)  
SAE 2007, 182-183 (Pressemitteilung)  
SAE 2008, 181-187  
schnellbrief 2007, 4 (Pressemitteilung)  
schnellbrief 2008, 5

ZBVR online 2007, 19 (amtl. Leitsatz)

ZBVR online 2008, 24 (red. Leitsatz)

ZIP 2007, A50 (Kurzinformation)

ZMV 2007, 204-205 (Pressemitteilung)

ZTR 2007, 432 (Pressemitteilung)

ZTR 2008, 226 (amtl. Leitsatz)

---

## BAG, 19.06.2007 - 2 AZR 304/06

### Amtlicher Leitsatz:

- 1 § 1 Abs. 5 KSchG gilt auch für Änderungskündigungen.
- 2 Die Reichweite der danach eingreifenden Vermutung erstreckt sich jedenfalls auf den Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses zu den bisherigen Bedingungen und das Fehlen einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit im Betrieb.
- 3 Das in der Richtlinie 2000/78/EG des Rates enthaltene europarechtliche Verbot der Altersdiskriminierung steht der Verwendung einer Punktetabelle zur Sozialauswahl, die eine Bildung von Altersgruppen und auch die Zuteilung von Punkten für das Lebensalter vorsieht, nicht im Wege, wenn sie durch legitime Ziele gerechtfertigt ist.

### Tenor:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 6. Dezember 2005 - 7 Sa 584/05 - wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

### Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer von der Beklagten auf betriebliche Gründe gestützten ordentlichen Änderungskündigung.
- 2 Die 1972 geborene, verheiratete und einem Kind zum Unterhalt verpflichtete Klägerin trat 1993 in die Dienste einer Rechtsvorgängerin der Beklagten. Sie war zuletzt in der regionalen Zugansage in D beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis finden auf Grund einzelvertraglicher Bezugnahme die für die Beklagte maßgeblichen Tarifverträge Anwendung.
- 3 Die Beklagte erbringt ua. Dienstleistungen auf den Bahnhöfen der Deutschen Bahn AG. Auf der Grundlage eines Vorstandsbeschlusses vom 8. Mai 2004 erließ die Beklagte im August 2004 eine Organisationsanweisung zur Umstrukturierung des Regionalbereichs Südost, der nach ihrem Dafürhalten besonders unwirtschaftlich arbeitete. Der Regionalbereich Südost besteht aus drei (Betriebsrats-)Wahlbetrieben. In dem Wahlbetrieb, dem die Klägerin angehörte, sah die Neukonzeption eine Reduzierung um 55 sog. "Vollzeitpersonale" vor.
- 4 Am 25. August 2004 schloss die Beklagte mit den drei betroffenen Betriebsräten eine Betriebsvereinbarung zu Auswahlrichtlinien für die anstehenden personellen Maßnahmen ab. Darin heißt es ua.:
- 5 Am 1. September 2004 schloss die Beklagte mit ihrem Gesamtbetriebsrat einen Teilinteressenausgleich (TIA Nr. 11) ab, der auszugsweise wie folgt lautet:
- 6 Am 24. September 2004 schlossen die Beklagte, der Gesamtbetriebsrat und der Betriebsrat des Beschäftigungsbetriebs der Klägerin (Wahlbetrieb S. 7) eine Vereinbarung mit dem Titel

"Namensliste im Sinne des § 1 Abs. 5 Kündigungsschutzgesetz " ab. In ihr sind, geordnet nach zwei Gruppen (nichtoperativ/operativ), 36 Arbeitnehmer namentlich aufgeführt, darunter die Klägerin in der Gruppe der Mitarbeiter operativer Bereich. Der Eingangssatz der Vereinbarung lautet wie folgt:

- 7 Die Beklagte wandte sich unter dem 18. Oktober 2004 an den Betriebsrat des Wahlbetriebs S. 7 und teilte ihm mit, sie beabsichtige das Arbeitsverhältnis der Klägerin zu kündigen und ihr eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen anzubieten. Der Betriebsrat nahm keine Stellung. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2004 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Klägerin fristgerecht und bot ihr die Weiterbeschäftigung als Servicemitarbeiterin in Do an. Die Klägerin nahm das Angebot nicht, auch nicht unter Vorbehalt, an.
- 8 Die Klägerin hat Kündigungsschutzklage erhoben. Sie hält die Kündigung für unwirksam und hat geltend gemacht, die Beklagte könne sich nicht auf die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 KSchG berufen. Die nachträglich vereinbarte Namensliste sei nicht Bestandteil des Interessenausgleichs geworden. Der Interessenausgleich habe sich als abgeschlossene Regelung verstanden. Dringende betriebliche Gründe für die Kündigung habe die Beklagte nicht substantiiert vorgetragen. Die Sozialauswahl sei fehlerhaft durchgeführt worden. In ihrer Altersgruppe seien überproportional viele Kündigungen erfolgt. Außerdem sei das Änderungsangebot nicht "zumutbar" im Sinne der Weiterbeschäftigungspflicht der Beklagten nach dem DB-Konzern-Ratio-TV. Schließlich sei der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört worden.
- 9 Die Klägerin hat beantragt  
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Änderungskündigung vom 27. Oktober 2004, zugegangen am 28. Oktober 2004, nicht aufgelöst worden ist.
- 10 Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und ausgeführt, die Änderungskündigung sei wirksam. Die Klägerin habe die nach § 1 Abs. 5 KSchG eingreifende Vermutung der Betriebsbedingtheit nicht widerlegt. Der Teilinteressenausgleich und die Namensliste erfüllten die gesetzlichen Voraussetzungen, insbesondere sei die Namensliste auch Bestandteil des Interessenausgleichs, auf den sie ausdrücklich Bezug nehme. Jedenfalls liege auch eine konkrete Unternehmerentscheidung vor, die zum Wegfall des Arbeitsplatzes der Klägerin geführt habe. Der angebotene Arbeitsplatz sei nicht unzumutbar im Sinne des DB-Konzern-Ratio-TV. Die Sozialauswahl sei nicht und schon gar nicht grob fehlerhaft. Die Altersgruppen seien zutreffend gebildet. Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß beteiligt worden.
- 11 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr ursprüngliches Klagebegehren weiter.

## **Entscheidungsgründe**

- 12 Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. Sie ist unbegründet.  
**A.**
- 13 Das Landesarbeitsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt: Die mangels Annahme des Änderungsangebots zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führende Kündigung vom 27. Oktober 2004 sei sozial gerechtfertigt. Auch auf Änderungskündigungen sei § 1 Abs. 5 KSchG anwendbar. Die Voraussetzungen dieser Norm seien erfüllt. Die Namensliste sei wirksam zustande gekommen. Sie nehme auch zulässig auf den vorher abgeschlossenen Interessenausgleich Bezug. Die Betriebspartner seien schon bei Abschluss des Interessenausgleichs einig gewesen, eine Namensliste zu erstellen. Es reiche aus, dass die am 24. September 2004 und damit nachträglich erstellte Namensliste auf den Teilinteressenausgleich Nr. 11 Bezug nehme. Die Klägerin habe die Vermutung der Betriebsbedingtheit nicht zu widerlegen vermocht. Die Kündigung halte aber auch den Anforderungen des § 1 Abs. 2 , § 2 KSchG stand. Der Klägerin sei ein iSd.

DB-Konzern-Ratio-TV zumutbares Ersatzangebot gemacht worden. Die Sozialauswahl sei nicht zu beanstanden, erst recht nicht grob fehlerhaft iSd. § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG . Die Bildung von Altersgruppen halte sich im Ermessensspielraum der Betriebspartner. Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß beteiligt worden.

**B.**

**14** Diesen Ausführungen des Landesarbeitsgerichts stimmt der Senat im Ergebnis und in weiten Teilen der Begründung zu.

**15** **I.**

Die der Klägerin im Zusammenhang mit der Änderungskündigung angetragene und auf betriebliche Gründe gestützte Änderung der Arbeitsbedingungen ist nach § 2 Satz 1 , § 1 Abs. 2 und 5 KSchG sozial gerechtfertigt. Im Zeitpunkt des Kündigungszugangs lagen dringende betriebliche Erfordernisse vor, die einer Weiterbeschäftigung der Klägerin zu ihren bisherigen Arbeitsbedingungen als Mitarbeiterin der regionalen Zugansage in D entgegenstanden. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass dies nach § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG , dessen Voraussetzungen erfüllt sind, vermutet wird und die Klägerin die Vermutung nicht zu widerlegen vermochte. Die Beklagte hat sich darauf beschränkt, der Klägerin nur solche Vertragsänderungen vorzuschlagen, die sie billigerweise hinnehmen musste.

**16** **1.**

Eine betriebsbedingte Änderungskündigung ist wirksam, wenn sich der Arbeitgeber bei einem an sich anerkennenswerten Anlass darauf beschränkt hat, lediglich solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss. Im Rahmen der §§ 1 , 2 KSchG ist dabei zu prüfen, ob das Beschäftigungsbedürfnis für den betreffenden Arbeitnehmer zu den bisherigen Vertragsbedingungen entfallen ist (*st. Rspr. des Senats vgl. zuletzt 21. September 2006 - 2 AZR 120/06 - AP KSchG 1969 § 2 Nr. 86 = EzA KSchG § 2 Nr. 61, zu II 3 b aa der Gründe*) . Dieser Maßstab gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer das Änderungsangebot abgelehnt oder unter Vorbehalt angenommen hat (*st. Rspr. Senat 19. Mai 1993 - 2 AZR 584/92 - BAGE 73, 151 [BAG 19.05.1993 - 2 AZR 584/92] , zu II 1 der Gründe*) .

**17** **2.**

Das Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse in diesem Sinne wird hier gem. § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG vermutet.

**18** **a)**

Die Vorschrift des § 1 Abs. 5 KSchG findet auch auf Änderungskündigungen nach § 2 KSchG Anwendung.

**19** **aa)**

Der Senat hat sich mit der Frage, ob § 1 Abs. 5 KSchG für Änderungskündigungen gilt, bisher noch nicht auseinandergesetzt, sondern lediglich entschieden, dass der Vorschrift des § 1 Abs. 5 KSchG in der vom 1. Oktober 1996 bis 31. Dezember 1998 geltenden Fassung (BGBl. I 1996 S. 1476) jedenfalls keine Vorwirkung für eine im Juni 1996 ausgesprochene Änderungskündigung zukam (*12. November 1998 - 2 AZR 91/98 - BAGE 90, 182, zu B II 4 der Gründe*) . Die instanzgerichtliche Rechtsprechung bejaht die Anwendbarkeit von § 1 Abs. 5 KSchG auf Änderungskündigungen überwiegend, wobei die Reichweite der Vermutung unterschiedlich beurteilt wird (*Sächsisches Landesarbeitsgericht 6. Dezember 2005 - 7 Sa 584/05 - und - 7 Sa 585/05 - , jeweils zu II der Gründe; ArbG Frankfurt am Main 23. November 2005 - 22 Ca 2556/05 - , zu I 2 c der Gründe, jeweils zumindest für die Betriebsbedingtheit insgesamt; LAG Rheinland-Pfalz 25. Oktober 2005 - 2 Sa*

425/05 - Rn. 27 , welches die Verhältnismäßigkeit des Änderungsangebots prüft und damit zum Ausdruck bringt, dass diese Prüfung von § 1 Abs. 5 KSchG nicht beschränkt wird; LAG Hamm 18. Januar 2006 - 14 Sa 1126/05 - Rn. 37) .

20 bb)

Auch die Literatur befürwortet die Anwendbarkeit von § 1 Abs. 5 KSchG auf Änderungskündigungen überwiegend, wiederum mit Differenzierungen im Einzelnen (*APS/Kiel 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 785h; Bader/Bram/Dörner/Wenzel-Bram KSchG Stand Dezember 2006 § 2 Rn. 84; Giesen ZfA 1997, 145, 161 f. und 174 f.; HaKo-Gallner KSchG 2. Aufl. § 1 Rn. 646; HaKo-Pfeiffer KSchG 2. Aufl. § 2 Rn. 42; HWK/Quecke 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 422; KR-Rost 8. Aufl. § 2 KSchG Rn. 103c; Löwisch/Spinner KSchG 9. Aufl. § 2 Rn. 72; Löwisch NZA 2003, 689, 692; ders. BB 2004, 154, 157; Richardi DB 2004, 486, 488; Stahlhacke/Preis/Vossen-Preis Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 9. Aufl. Rn. 1281c; bereits zur Vorläuferregelung des § 1 Abs. 5 KSchG in der vom 1. Oktober 1996 bis 31. Dezember 1998 geltenden Fassung Ascheid RdA 1997, 333, 334; Fischermeier NZA 1997, 1089, 1100; Löwisch RdA 1997, 80, 81; Zwanziger BB 1997, 626 f.; skeptisch APS/Künzl 2. Aufl. § 2 KSchG Rn. 295; unklar ErfK/Ascheid/Oetker 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 56; aA KR-Griebeling 8. Aufl. § 1 KSchG Rn. 703; Däubler NZA 2004, 177, 184) .*

21 cc)

Der Senat folgt im Grundsatz der überwiegenden Auffassung, weil für sie die besseren Argumente streiten.

22 (1)

Zwar enthält § 2 KSchG keine ausdrückliche Bezugnahme oder Verweisung auf die Regelungen des § 1 Abs. 5 KSchG . Dies ist jedoch nicht erforderlich. Der Wortlaut des § 2 Satz 1 KSchG deckt die Anwendung des § 1 Abs. 5 KSchG auf die Änderungskündigung. In § 2 KSchG ist kein eigener Begriff der sozialen Rechtfertigung enthalten. Die Vorschrift verweist vielmehr ohne weiteres auf § 1 Abs. 2 Satz 1 bis 3 und Abs. 3 Satz 1 und 2 KSchG . Zu den Tatbestandsmerkmalen einer sozial gerechtfertigten Kündigung gehört bei einer betriebsbedingten Kündigung das Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen.

23 (2)

§ 1 Abs. 5 KSchG verändert die Darlegungs- und Beweislastregelung des § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG , indem diese Norm eine gesetzliche Vermutung zu Gunsten des Vorliegens dringender betrieblicher Erfordernisse aufstellt. Da allgemein von der Anwendbarkeit des § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG auch auf Änderungskündigungen ausgegangen wird, ist es folgerichtig, auch die Regelung des § 1 Abs. 5 Satz 1 und 2 KSchG im Falle einer Änderungskündigung zur Anwendung zu bringen.

24 b)

Die Reichweite der Vermutungen nach § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG erstreckt sich auf den Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses zu den bisherigen Bedingungen einschließlich des Fehlens einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit im Betrieb. Ob sie darüber hinaus auch die fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in anderen Betrieben und die Verhältnismäßigkeit des Änderungsangebotes umschließt, brauchte der Senat nicht zu entscheiden.

25 aa)

Jedenfalls ist die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG dann auf die fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem anderen Betrieb des Unternehmens zu erstrecken, wenn der Interessenausgleich vom hierfür zuständigen Gesamtbetriebsrat abgeschlossen wird. Der

Gesamtbetriebsrat ist als Gremium auf Ebene des Unternehmens gebildet (vgl. § 47 Abs. 1 BetrVG ) und damit grundsätzlich legitimiert, die Frage der fehlenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in anderen Betrieben des Unternehmens verbindlich im Sinne des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG zu beurteilen. Der Gesamtbetriebsrat setzt sich gemäß § 47 Abs. 2 BetrVG aus Mitgliedern jedes Betriebsrats des Unternehmens zusammen.

26 bb)

Die Anwendung des § 1 Abs. 5 KSchG bei der Prüfung des Vorliegens dringender betrieblicher Erfordernisse besagt allerdings noch nichts darüber, ob die vorgeschlagene Änderung vom Arbeitnehmer auch billigerweise hingenommen werden muss (vgl. *Kübler/Prütting-Moll InsO Stand November 2006 § 125 Rn. 30; HWK/Quecke 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 422; ders. RdA 2004, 86, 90 f., die jedoch bei Änderungskündigung generell diese Angaben im Interessenausgleich voraussetzen*). Jedenfalls dann, wenn der Interessenausgleich keinerlei inhaltliche Vorgaben bezüglich der vorgesehenen Änderungen des Arbeitsvertrags enthält, dürfte eine Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast zu Lasten des Arbeitnehmers, wie § 1 Abs. 5 KSchG sie vorsieht, kaum gerechtfertigt sein. Haben die Betriebsparteien hingegen einzelne vorgesehene Änderungen in den Interessenausgleich mit aufgenommen, so kann eine Mitbeurteilung des im Interessenausgleich enthaltenen Teils des Änderungsangebots durch den Betriebsrat stattgefunden haben und eine ausreichende Rechtfertigung für die Vermutung des § 1 Abs. 5 KSchG auch hinsichtlich des Änderungsangebots vorliegen.

27 c)

Die Anwendungsvoraussetzungen des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG liegen vor.

28 aa)

Zwischen der Beklagten und dem Gesamtbetriebsrat ist am 1. September 2004 ein wirksamer Interessenausgleich zustande gekommen. Die formellen Voraussetzungen der §§ 111 ff. BetrVG wurden beachtet. Insbesondere war für den Abschluss des Interessenausgleichs gem. § 50 Abs. 1 BetrVG der Gesamtbetriebsrat auf Arbeitnehmerseite zuständig. Die Betriebsänderung bezieht sich auf die Neustrukturierung des Bahnstationsmanagements im Regionalbereich Südost. Dieser umfasst nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts die Wahlbetriebe S 5, 7 und 8 der DB Station & Service AG und damit mehrere Betriebe des Unternehmens der Beklagten. Da das Bahnstationsmanagement im Bereich Südost insgesamt einheitlich neu organisiert wurde, ist von einer notwendig einheitlichen Regelung auszugehen. Das wird von der Revision auch nicht in Zweifel gezogen.

29 bb)

Die Betriebsänderung war für die Kündigung der Klägerin ursächlich. Die Beklagte hat auf der Grundlage des Vorstandsbeschlusses der Beklagten vom Mai 2004 am 26. August 2004 eine Organisationsanweisung zur Umstrukturierung des Regionalbereiches Südost erlassen. Diese Neukonzeptionierung sah den Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit vor. Die Beklagte hat die Auswirkungen der Organisationsänderung auf die Beschäftigungsmöglichkeiten in den einzelnen Einheiten ausführlich dargelegt. Die Klägerin ist diesen detailreichen Darstellungen nicht entgegengetreten.

30 cc)

Auch der zeitliche Abstand zwischen Abschluss des Interessenausgleichs am 1. September 2004 und der streitgegenständlichen Kündigung vom 27. Oktober 2004 (zugegangen am 28. Oktober 2004) steht dem erforderlichen Kausalzusammenhang angesichts des Umfangs und der Komplexität der Maßnahme nicht entgegen (vgl. *Senat 22. Januar 2004 - 2 AZR 111/02 - AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11, zu C III 1 b der Gründe*).

31 dd)

Die Klägerin ist als Arbeitnehmerin, die gekündigt werden sollte, in der Liste namentlich bezeichnet. Die Namensliste vom 24. September 2004 [Anlage R 3 zur Revisionsbegründung] ist iSv. § 1 Abs. 5 KSchG Bestandteil des Interessenausgleichs vom 1. September 2004.

32 (1)

Wird - wie hier - die Namensliste getrennt vom Interessenausgleich erstellt, reicht es aus, wenn sie von den Betriebsparteien unterzeichnet ist und in ihr auf den Interessenausgleich oder im Interessenausgleich auf die Liste Bezug genommen ist (*Senat 6. Juli 2006 - 2 AZR 520/05 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 80 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 68, zu B IV 1 e der Gründe; 22. Januar 2004 - 2 AZR 111/02 - AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11, zu C III 4 a der Gründe; ErfK/Ascheid/Oetker 7. Aufl. § 1 KSchG Rn. 516; KR-Griebeling 8. Aufl. § 1 KSchG Rn. 703a; HWK/Quecke 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 423; Löwisch/Spinner KSchG 9. Aufl. § 1 Rn. 414; Stahlhacke/Preis/Vossen - Preis Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 9. Aufl. Rn. 1166h*). Da in der Namensliste vom 24. September 2004 auf den Teilinteressenausgleich Nr. 11 vom 1. September 2004 ausdrücklich Bezug genommen wurde und die Betriebsparteien - einschließlich Betriebsrat und Gesamtbetriebsrat - die Namensliste unterzeichnet haben, ist die Form des § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG gewahrt (*vgl. Senat 21. Februar 2002 - 2 AZR 581/00 - EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 10, zu B I 3 d der Gründe*).

33 (2)

An der Wirksamkeit der Namensliste ändert auch nichts, dass sie unstreitig nicht bei Abschluss des Interessenausgleichs am 1. September 2004 vereinbart wurde, sondern erst am 24. September 2004. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass ein Interessenausgleich um eine Namensliste ergänzt werden kann (*Senat 22. Januar 2004 - 2 AZR 111/02 - AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11, zu C III 4 b der Gründe; KR-Griebeling 8. Aufl. § 1 KSchG Rn. 703b; Schiefer DB 1998, 925, 927*).

34 (a)

In § 8 des Teilinteressenausgleichs heißt es, die Verhandlungen seien mit Unterzeichnung abgeschlossen und das Verfahren zur Herbeiführung eines Interessenausgleichs damit beendet. Damit haben die Parteien des Interessenausgleichs jedoch nicht, wie die Revision meint, die Erstellung einer Namensliste ausgeschlossen. Sie haben lediglich geregelt, dass das nach §§ 111 ff. BetrVG vorgeschriebene Verfahren ein Ende gefunden habe und der Arbeitgeber nunmehr berechtigt sei, mit den personellen Maßnahmen im Zuge der Betriebsänderung zu beginnen, ohne Nachteilsausgleichsansprüche nach § 113 BetrVG fürchten zu müssen. Ergänzungen des Interessenausgleichs sollten damit nicht unterbunden werden.

35 (b)

Der Umstand, dass zwischen Abschluss des Interessenausgleichs am 1. September 2004 und Vereinbarung der Namensliste am 24. September 2004 noch etwas mehr als drei Wochen verstrichen sind, ist unschädlich. Das gilt umso mehr, als die Zwischenzeit zur Durchführung tariflich vorgeschriebener Verfahren genutzt wurde und die Koordinierung mehrerer betriebsverfassungsrechtlicher Gremien einen gewissen Zeitablauf verständlich macht. Jedenfalls war die Zwischenzeit auch nicht von solcher Dauer, dass der sachliche Zusammenhang zwischen der Liste und der Betriebsänderung in Zweifel gezogen werden könnte.

36 (3)

Die Anwendung des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG scheitert auch nicht daran, dass in der Namensliste vom 24. September 2004 nicht 55, sondern lediglich 36 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer



namentlich bezeichnet sind. Die Beklagte hat dargelegt, dass die Namensliste nicht sämtliche betroffenen Arbeitnehmer erfasste, weil im Verfolg der im Interessenausgleich vorgesehenen Vermittlungsverfahren mit vielen Arbeitnehmern anderweitige Lösungsmöglichkeiten gefunden werden konnten. Ist dies aber so - und die Klägerin bestreitet es nicht -, dann standen diese Arbeitnehmer nicht mehr zur Kündigung an und gehörten nicht auf die Namensliste.

37 3.

Die Kündigung vom 27. Oktober 2004 ist unter Anwendung vorstehender Grundsätze vom Landesarbeitsgericht zutreffend als sozial gerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 2, § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG angesehen worden.

38 a)

Die durch § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG ausgelöste Vermutung der dringenden betrieblichen Erfordernisse hat die Klägerin nicht widerlegt. Die Klägerin beschränkt sich darauf, die Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 KSchG in Abrede zu stellen. Den ihr nach § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG obliegenden Gegenbeweis hat sie nicht geführt.

39 b)

Die Beklagte hat sich bei ihrem Änderungsangebot auch auf die unabweisbar notwendige Änderung beschränkt. Die zu überprüfende Änderung des Arbeitsvertrages ist insoweit der Austausch des Arbeitsorts von D nach Do. Aus dem Umstand, dass die Betriebsparteien einen Interessenausgleich mit Namensliste abgeschlossen haben, kann noch nicht geschlossen werden, dass auch das Änderungsangebot nicht zu beanstanden ist. In diesem Zusammenhang sind jedoch die Regelungen des § 5 Teilinteressenausgleich Nr. 11 und §§ 5 und 6 DB-Konzern-Ratio-TV zu beachten, wonach grundsätzlich auch einem Arbeitnehmer längere Wegzeiten sowie ein Wohnortwechsel und eine Beschäftigung unterhalb des bisherigen Qualifikationsniveaus zuzumuten ist. Zwar ist der Revision zuzugeben, dass durch die Anwendung des Wortes "grundsätzlich" eine Einzelabwägung nicht ausgeschlossen ist und unter Berücksichtigung der persönlichen Situation es auch denkbar erscheint, dass ein Wohnortwechsel nicht zwingend zumutbar ist und insoweit die persönliche Situation der Klägerin zu berücksichtigen ist. Die Klägerin hat jedoch nicht dargelegt und es ist auch sonst nicht ersichtlich, an welchem eher zumutbaren Ort sie hätte weiterbeschäftigt werden können.

40 II.

Die Kündigung ist auch nicht wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 3 KSchG sozial ungerechtfertigt. Die Klägerin hat eine grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG nicht dargelegt.

41 1.

Aus den oben angeführten Gründen ist zunächst zu beachten, dass auf die Sozialauswahl bei Änderungskündigungen auch § 1 Abs. 5 KSchG anwendbar ist (*KR-Rost 8. Aufl. § 2 KSchG Rn. 103c; Löwisch/Caspers Gedächtnisschrift Heinze S. 565; Löwisch/Spinner KSchG 9. Aufl. § 2 Rn. 70*). Zwar verweist § 2 KSchG nach wie vor nur auf § 1 Abs. 3 Sätze 1 und 2 KSchG. Zu den Tatbestandsmerkmalen einer sozial gerechtfertigten Kündigung gehört jedoch bei entsprechender Fallgestaltung die Durchführung einer Sozialauswahl. Der Begriff der sozialen Auswahl ist in § 1 Abs. 3 KSchG definiert. § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG geht von dieser Definition aus und ergänzt sie bzw. schränkt sie ein. Der Begriff "soziale Auswahl" bleibt aber ein einheitlicher.

42 2.

Die Klägerin hat nicht aufgezeigt, dass die Sozialauswahl grob fehlerhaft ist. Ihre Angriffe gegen

Ausgestaltung und Ergebnis der auf § 1 Abs. 4 KSchG beruhenden Altersgruppenbildung greifen nicht durch.

43 a)

Die Klägerin wendet sich ausweislich der Revisionsbegründung nicht gegen die Zulässigkeit der Altersgruppenbildung als solche. Auch das verwendete Punkteschema erkennt die Klägerin ausdrücklich an. Beide sind auch offenkundig nicht zu beanstanden.

44 aa)

Der Senat hat vergleichbare Gruppenbildungen wiederholt als unbedenklich angesehen (*vgl. zuletzt 9. November 2006 - 2 AZR 509/05 - AP BGB § 311a Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 1*). Ob das Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14. August 2006 (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG, zuletzt geändert durch Gesetz v. 2. Dezember 2006 BGBl. I S. 2742) Altersgruppenbildung und Berücksichtigung des Lebensalters in der Sozialauswahl schlechthin verbietet, erscheint zweifelhaft, kann aber unbeschadet der Frage, ob § 2 Abs. 4 AGG die Geltung des Gesetzes für Kündigungen überhaupt ausschließt, dahinstehen, da das AGG zum Zeitpunkt der Kündigung noch nicht galt. Die verlängerte Umsetzungsfrist für die hier einschlägige Richtlinie 2000/78/EG des Rates war bei Ausspruch der Kündigung noch nicht abgelaufen. Die Voraussetzungen einer Vorlage nach Art. 234 EG-Vertrag sind nicht gegeben. Ein etwa - inhaltlich mit dem Verbot der Altersdiskriminierung in der Richtlinie 2000/78/EG des Rates übereinstimmender - allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts (*vgl. EuGH 22. November 2005 - C-144/04 - EuGHE I 2005, 9981; vgl. dazu Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak 29. März 2007 - C-80/06 -; skeptisch offenbar: Schlussanträge des Generalanwalts Mazak 15. Februar 2007 - C-411/05 -*) steht nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Regelungen, die an das Lebensalter anknüpfen, nicht im Wege, so lange sie durch legitime Ziele gerechtfertigt sind (*EuGH 22. November 2005 - C-144/04 - EuGHE I 2005, 9981*). Deren Vorhandensein steht hier nicht im Streit (*vgl. auch: Senat 9. November 2006 - 2 AZR 509/05 - AP BGB § 311a Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 1; 20. April 2005 - 2 AZR 201/04 - NZA 2005, 877*).

45 bb)

Auch im Ergebnis zeitigt die Anwendung der Punktetabelle und der Altersgruppenbildung keine grob fehlerhafte Sozialauswahl. Die Berücksichtigung des Lebensalters - neben den übrigen Auswahlkriterien - im Punkteschema führt mit einer hinnehmbaren Unschärfe zur Einbeziehung individueller Arbeitsmarktchancen, ohne dass das Alter allein und damit gewissermaßen "abstrakt" die Auswahl beeinflussen würde. Dass die Arbeitsmarktchancen auf diese Weise nicht rein individuell berücksichtigt werden, ist letztlich unvermeidbar: Jede mögliche Aussage über Chancen muss sich naturgemäß an Wahrscheinlichkeiten orientieren, die ihrerseits nicht ohne Berücksichtigung von Erfahrungswerten beurteilt werden können. Wenn also ein Erfahrungswert dahin besteht, dass mit steigendem Lebensalter die Vermittlungschance generell zu sinken pflegt, so könnte dieser Umstand auch bei strikt individueller Bewertung von Arbeitsmarktchancen nicht außer Betracht bleiben. Daneben wirkt die durch die Gruppenbildung erstrebte Erhaltung der Altersstruktur nicht nur einer Überalterung der Belegschaft entgegen, sondern relativiert auch die etwa überschießenden Tendenzen der Bewertung des Lebensalters als Sozialdatum und wirkt einer übermäßigen Belastung jüngerer Beschäftigter entgegen (*vgl. auch Thüsing BB 2007, 1506; Nupnau DB 2007, 1202*). Insoweit ist die Beurteilung, es handele sich um legitime, vernünftige und dem gerechten Interessenausgleich dienende Ziele, jedenfalls nicht grob fehlerhaft.

46 b)

Soweit die Klägerin geltend macht, die Beklagte habe aus der Altersgruppe der Klägerin (30 bis 39 Jahre) einen zu hohen Anteil von Arbeitnehmerinnen für Kündigungen ausgewählt, führt dies schon nicht zur Fehlerhaftigkeit der vorgenommenen Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG und erst recht nicht zur groben Fehlerhaftigkeit nach § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG.

47 aa)

Die Klägerin hat vorgetragen, aus dieser Altersgruppe seien 60 vom Hundert der zu kündigenden Arbeitnehmer entnommen, während diese Altersgruppe tatsächlich lediglich 40 vom Hundert der Belegschaft ausmache. Dies hat die Beklagte, zuletzt nochmals in der Revisionsbeantwortung vom 11. Mai 2007 in Abrede gestellt und gestützt auf ihren Vortrag in den Tatsacheninstanzen ausgeführt, dass die Zahl der zu kündigenden Arbeitnehmer aus der Altersgruppe der Klägerin mit ca. 30 vom Hundert auch dem Anteil dieser Altersgruppe an der Belegschaft entspricht. Offenkundig ergeben sich die unterschiedlichen Zahlen daraus, dass die Beklagte alle von der Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmer berücksichtigt - also auch diejenigen, mit denen sie sich geeinigt hat -, während die Klägerin lediglich die Zahl der letzten Endes Gekündigten zugrunde legen will.

48 bb)

Dies kann aber auf sich beruhen, weil der Vortrag der Klägerin für die Annahme einer groben Fehlerhaftigkeit iSv. § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG schon nicht ausreicht. Eine höhere Beteiligung einer Altersgruppe an den Kündigungen im Zuge einer Betriebsänderung führt nicht schon dann zu einer groben Fehlerhaftigkeit, wenn sie deutlich über dem prozentualen Anteil dieser Altersgruppe an der Gesamtbelegschaft des Betriebs liegt. Erst wenn eine Altersgruppe den Personalabbau letztlich in weit überwiegenderem Maße zu tragen hat, obschon ihr Anteil an der Belegschaft hierzu in keinem Verhältnis steht, kann von einer groben Fehlerhaftigkeit ausgegangen werden.

49 III.

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin ist nicht nach § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam.

50 1.

Der Betriebsrat wurde von der Arbeitgeberin mit Schreiben vom 18. Oktober 2004 zur beabsichtigten Kündigung angehört. In diesem Schreiben wurde bezüglich des Kündigungsgrunds darauf hingewiesen, dass auf Grund der bekannten Umstrukturierungs- und Rationalisierungsmaßnahmen nach dem Teilinteressenausgleich Nr. 11 keine Beschäftigungsmöglichkeit der Klägerin im Wahlbetrieb S. 7 Sachsen mehr besteht. Die Klägerin macht in der Revision nunmehr erstmalig geltend, dass diese Unterrichtung "unpräziser nicht hätte erfolgen können". Damit kann sie keinen Erfolg haben (*vgl. zur Darlegungslast im Rahmen des § 102 BetrVG : BAG 23. Juni 2005 - 2 AZR 193/04 - AP BGB § 138 Nr. 11 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 12*).

51 2.

Die Klägerin hatte in der Klageschrift formularmäßig die ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats gerügt. Hierauf hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 28. Januar 2005 ausgeführt, der Betriebsrat sei ordnungsgemäß beteiligt worden und hat hierzu die schriftliche Anhörung vom 18. Oktober 2004 vorgelegt. Ihr Vorbringen hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 28. Februar 2005 weiter vertieft. Die Klägerin hat in erster Instanz hierzu weiter nichts ausgeführt. Im Berufungsverfahren wurde die Betriebsratsanhörung nicht problematisiert, weshalb auch das Berufungsurteil hierzu weder tatsächliche Feststellungen noch rechtliche Würdigungen enthält. Erstmals mit der Revisionsbegründung befasst sich die Klägerin inhaltlich mit der Betriebsratsanhörung. Dies kann als neuer Tatsachenvortrag in der Revisionsinstanz nicht mehr berücksichtigt werden.

52 IV.

Die Kosten der erfolglosen Revision fallen gem. § 97 Abs. 1 ZPO der Klägerin zur Last.

Rost  
Bröhl  
Schmitz-Scholemann  
Torsten Falke  
J. Lücke

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.