

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 42/10
11 Sa 320/09
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
15. Dezember 2011

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 15. Dezember 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Rachor sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Sieg und die ehrenamtliche Richterin Perreng für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 14. August 2009 - 11 Sa 320/09 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer auf betriebliche Gründe gestützten Kündigung. 1
- Die im Dezember 1971 geborene Klägerin war seit August 1999 bei der Beklagten als Produktionsmitarbeiterin tätig. 2
- Die Beklagte stellt Tiernahrung her. In ihrem Werk E beschäftigte sie zu Mitte des Jahres 2008 242 Mitarbeiter, davon 168 gewerbliche Arbeitnehmer im Rahmen der Produktion und einige mehr in der Werkstatt, im Lagerbereich sowie in der Qualitätsprüfung. 3
- Im Juli 2008 beschloss die Beklagte, im Produktionsbereich 31 Stellen abzubauen. Am 24. Juli 2008 vereinbarte sie mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich mit Namensliste, einen Sozialplan und eine „Auswahlrichtlinie gem. § 95 BetrVG“. Die Namensliste enthält die Namen von 31 zu kündigenden Arbeitnehmern, darunter den der Klägerin. Nach § 1 des Interessenausgleichs beruht der Wegfall der Arbeitsplätze auf einer „Linienoptimierung“ in verschiedenen Bereichen der Produktion - dies betrifft elf Mitarbeiter -, auf einer „Maschinenlaufzeitreduzierung“ aufgrund einer „Volumenreduzierung im Trockenbereich“ - dies betrifft acht Mitarbeiter - und auf dem Wegfall zweier Produkte, womit die Stilllegung zweier Maschinen und die „Volumenreduktion“ einer weiteren Maschine begründet wird - dies betrifft zwölf Arbeitnehmer. 4
- Gemäß Nr. 2 der Auswahlrichtlinie ist die soziale Auswahl in mehreren Stufen zu vollziehen. Zunächst ist eine Vergleichsgruppenbildung vorzunehmen. Insoweit verständigten sich die Betriebsparteien darüber, dass „alle ge- 5

werblichen Arbeitnehmer im Sinne der Sozialauswahl vergleichbar“ seien. Außerdem bildeten sie vier Altersgruppen: Lebensalter 25 bis 34 Jahre, 35 bis 44 Jahre, 45 bis 54 Jahre und über 55 Jahre. Die Belegschaft des gewerblichen Bereichs verteilte sich auf die Gruppen - aufsteigend - wie folgt: 23 %, 34 %, 32 %, 11 %. Daran anschließend ist nach der Richtlinie die - eigentliche - Sozialauswahl innerhalb der Altersgruppen nach einem Punkteschema durchzuführen. Dazu sind für die Betriebszugehörigkeit in den ersten zehn Dienstjahren je Dienstjahr ein Punkt, ab dem 11. Dienstjahr zwei Punkte (maximal 70 Punkte) und für jedes volle Lebensjahr ein Punkt (maximal 55 Punkte) in Ansatz zu bringen. Ferner sind für jedes unterhaltsberechtigten Kind (lt. Steuerkarte) vier Punkte, für den unterhaltsberechtigten Ehepartner vier Punkte und für alleinerziehende Mitarbeiter weitere vier Punkte anzurechnen. Die Schwerbehinderung ist bei einem GdB bis 50 mit fünf Punkten und bei jedem um zehn höheren Grad mit einem weiteren Punkt zu berücksichtigen.

Mit Schreiben vom 28. Juli 2008 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien - nach Anhörung des Betriebsrats und mit dessen Zustimmung - zum 31. Oktober 2008.

6

Dagegen hat die Klägerin rechtzeitig die vorliegende Kündigungsschutzklage erhoben. Sie hat geltend gemacht, betriebliche Kündigungsgründe lägen nicht vor. Die im Interessenausgleich beschriebenen organisatorischen Maßnahmen seien nicht, jedenfalls nicht auf Dauer durchgeführt worden. Tatsächlich habe sich der Arbeitskräftebedarf im Jahr 2008 aufgrund der Einführung neuer Produkte sogar erhöht. Überdies beschäftige die Beklagte durchgängig eine Vielzahl von Leiharbeitnehmern. Bei den mit ihnen besetzten Arbeitsplätzen handele es sich um „freie“ Arbeitsplätze, die die Beklagte vorrangig mit Stammarbeitnehmern habe besetzen müssen. Die Sozialauswahl sei grob fehlerhaft. Entgegen den Vorgaben der Auswahlrichtlinie seien vergleichbare gewerbliche Arbeitnehmer, die im Lager, im Werkstattbereich und der Qualitätsprüfung beschäftigt seien, nicht in die Auswahl einbezogen worden. Die Altersgruppen seien willkürlich gewählt und auf ein bestimmtes Ergebnis der Sozialauswahl hin zugeschnitten.

7

Die Klägerin hat beantragt

8

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 28. Juli 2008 nicht aufgelöst worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, sie als Produktionsmitarbeiterin weiterzubeschäftigen;
3. die Beklagte zu verurteilen, an sie 3.123,70 Euro brutto abzüglich 1.182,60 Euro netto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Kündigung für sozial gerechtfertigt gehalten. Die Klägerin habe die nach § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG zu vermutende Betriebsbedingtheit der Kündigung nicht widerlegt. Die im Interessenausgleich dargestellten Maßnahmen, die auf einen Rückgang des Produktionsvolumens seit dem Jahr 2008 um mehr als 16 vH zurückzuführen seien, seien allesamt durchgeführt worden. Zwar habe sie die Herstellung der beiden im Interessenausgleich bezeichneten Produkte im Herbst des Jahres 2008 vorübergehend wieder aufgenommen. Dies sei jedoch auf einen nicht vorhersehbaren, temporären Produktionsengpass in einem französischen Schwesterwerk zurückzuführen gewesen; an ihrer Entscheidung, die Produktion der betreffenden Artikel in E dauerhaft einzustellen, habe sich dadurch nichts geändert. Leiharbeitnehmer beschäftige sie lediglich zur Abdeckung eines über das verbliebene Volumen von 137 Arbeitsplätzen hinausgehenden, nicht vorhersehbaren (Vertretungs-)Bedarfs. Sie sei nicht verpflichtet, eine eigene Personalreserve vorzuhalten. Die soziale Auswahl sei nicht zu beanstanden. Die außerhalb des Produktionsbereichs tätigen gewerblichen Arbeitnehmer verfügten über eine andere - zumeist technische - Ausbildung und seien mit der Klägerin nach arbeitsplatzbezogenen Kriterien nicht vergleichbar. Die Bildung von Altersgruppen sei legitim. Dadurch sei erreicht worden, die Altersstruktur im Produktionsbereich annähernd zu erhalten.

9

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge in vollem Umfang weiter.

10

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Die Kündigung vom 28. Juli 2008 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgelöst. Sie ist nicht sozialwidrig iSd. § 1 Abs. 2, Abs. 3 KSchG.

11

I. Die Kündigung ist iSv. § 1 Abs. 2 KSchG durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt, die einer Weiterbeschäftigung der Klägerin entgegenstehen. Dies ist nach § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG jedenfalls zu vermuten, weil die Kündigung auf einer Betriebsänderung beruht und ihr ein Interessenausgleich mit Namensliste zugrunde liegt. Die Klägerin hat weder die gesetzliche Vermutung widerlegt, noch hat sie eine wesentliche Änderung der Sachlage nach Zustandekommen des Interessenausgleichs iSv. § 1 Abs. 5 Satz 3 KSchG aufgezeigt.

12

1. Das Landesarbeitsgericht hat die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG als erfüllt angesehen, ohne dass die Revision hiergegen erhebliche Rügen erhoben hätte. Ein Rechtsfehler ist insoweit auch objektiv nicht zu erkennen.

13

a) Der Interessenausgleich vom 24. Juli 2008 sieht den Wegfall von 31 Arbeitsplätzen in „verschiedenen Bereichen der Produktion“ vor. Dies entspricht, bezogen auf die Gesamtzahl der im Betrieb E beschäftigten 242 Arbeitnehmer, einem Anteil von mehr als 10 vH der Belegschaft. Der Personalabbau, auf dem die Kündigung basiert, erfüllt damit die Voraussetzungen einer Betriebsänderung iSv. § 111 Satz 1 BetrVG iVm. § 17 Abs. 1 KSchG, ohne dass es noch auf die beschlossenen Einzelmaßnahmen ankäme (vgl. BAG 31. Mai 2007 - 2 AZR 254/06 - Rn. 16, AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 65 = EzA KSchG § 1 Interessen-

14

ausgleich Nr. 12; 21. Februar 2002 - 2 AZR 581/00 - zu B I 3 a der Gründe, EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 10).

b) Die Klägerin ist in der dem Interessenausgleich beigefügten, mit diesem fest verbundenen Liste der zu kündigenden Arbeitnehmer namentlich genannt. Ihre Rüge, die der Namensliste zugrunde liegende Altersgruppenbildung widerspreche dem Gesetz, lässt die gesetzliche Vermutung des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG unberührt. Die behauptete Rechtsverletzung führt nicht zur „Unwirksamkeit“ der Namensliste oder des Interessenausgleichs insgesamt (*BAG 10. Juni 2010 - 2 AZR 420/09 - Rn. 14, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 98 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 22; 5. November 2009 - 2 AZR 676/08 - Rn. 15, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 183 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 20; kritisch Temming Anm. zu BAG 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182*). 15

2. Die Klägerin hat die Vermutung des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG nicht widerlegt. 16

a) Liegen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 KSchG vor, kann der Arbeitnehmer gemäß § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG iVm. § 292 ZPO vorbringen, dass in Wahrheit eine Möglichkeit, ihn zu beschäftigen, weiterhin besteht. Dazu ist ein substantiiertes Tatsachenvortrag erforderlich, der den gesetzlich vermuteten Umstand nicht nur in Zweifel zieht, sondern ausschließt (*BAG 5. November 2009 - 2 AZR 676/08 - Rn. 17, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 183 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 20; 23. Oktober 2008 - 2 AZR 163/07 - Rn. 37, AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 18 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 16*). Der Arbeitnehmer muss darlegen, dass der Arbeitsplatz trotz der Betriebsänderung noch vorhanden ist oder er an anderer Stelle im Betrieb oder Unternehmen weiterbeschäftigt werden kann. Aus § 138 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO kann sich dabei eine Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers ergeben. Insbesondere dann, wenn der Arbeitnehmer außerhalb des fraglichen Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis von den maßgebenden Tatsachen besitzt, kann den Arbeitgeber eine (sekundäre) Darle- 17

gungslast treffen und die des Arbeitnehmers sich entsprechend mindern (*BAG 12. März 2009 - 2 AZR 418/07 - Rn. 23, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 97 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 17; 6. September 2007 - 2 AZR 715/06 - Rn. 38 mwN, BAGE 124, 48*). Die Vermutung der Betriebsbedingtheit der Kündigung ist gleichwohl erst widerlegt, wenn der Arbeitnehmer substantiiert behauptet und im Bestreitensfall beweist, dass der nach dem Interessenausgleich in Betracht kommende betriebliche Grund in Wirklichkeit nicht vorliegt (*BAG 5. November 2009 - 2 AZR 676/08 - Rn. 17, aaO; 12. März 2009 - 2 AZR 418/07 - Rn. 24, aaO*).

b) Diesen Anforderungen wird das klägerische Vorbringen nicht gerecht. 18

aa) Die Klägerin hat, was den Wegfall von Arbeitsplätzen durch „Linienoptimierung“ anbelangt, nicht bestritten, dass die Beklagte im Kündigungszeitpunkt endgültig und ernsthaft entschlossen war, die Maßnahme durchzuführen. Sie hat lediglich in Abrede gestellt, dass die Organisationsentscheidung auf Dauer durchzuhalten sei. Sie hat behauptet, die Beklagte habe zwar versucht, die Anzahl der an den einzelnen Maschinen beschäftigten Mitarbeiter zu reduzieren, es habe sich jedoch „schnell gezeigt“, dass die Maschinen mit weniger Personal nicht zu bedienen seien. Deshalb setze die Beklagte Mitarbeiter in unverändertem Umfang an den Linien ein. 19

(1) Dieses Vorbringen ist nicht geeignet, die Vermutung des Interessenausgleichs zu widerlegen. Es trägt dem Prognosecharakter der Kündigung nur unzureichend Rechnung. Eine betriebsbedingte Kündigung ist nicht erst möglich, wenn der Arbeitsplatz tatsächlich nicht mehr zur Verfügung steht. Sie kann schon dann wirksam erklärt werden, wenn im Zeitpunkt ihres Zugangs die auf Tatsachen gestützte Vorausschau gerechtfertigt ist, dass jedenfalls zum Ablauf der Kündigungsfrist der die Entlassung erforderlich machende betriebliche Grund vorliegen wird (*vgl. BAG 23. Februar 2010 - 2 AZR 268/08 - Rn. 18, BAGE 133, 240; 9. November 2006 - 2 AZR 509/05 - Rn. 72, BAGE 120, 115*). Stellt sich eine im Kündigungszeitpunkt berechtigterweise entwickelte Vorstellung des Arbeitgebers, es fehle spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist an einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, nachträglich als unzutreffend heraus, 20

lässt dies die Wirksamkeit der Kündigung grundsätzlich unberührt. Eine im Kündigungszeitpunkt nicht absehbare Veränderung der betrieblichen Verhältnisse kann allenfalls einen Wiedereinstellungsanspruch begründen (*BAG 9. November 2006 - 2 AZR 509/05 - aaO*). Die Klägerin hätte deshalb aufzeigen müssen, aufgrund welcher Umstände eine Prognose der Beklagten, die unstreitig beabsichtigte Linienoptimierung sei durchführbar, von vornherein unvernünftig gewesen sein soll. Ihr Vorbringen schließt stattdessen eine für die Beklagte nicht vorhersehbare, von deren Prognose nachträglich abweichende Entwicklung nicht aus.

(2) Unabhängig davon kann anhand des Vortrags der Klägerin nicht nachvollzogen werden, wie viele Arbeitnehmer vor und nach Ablauf der Kündigungsfrist auf welchen Linien tatsächlich zum Einsatz kamen. Ohne eine entsprechende Konkretisierung ist es nicht möglich festzustellen, ob der Beschäftigungsbedarf in dem fraglichen Bereich tatsächlich unverändert geblieben ist oder sich, wie von der Beklagten behauptet, dauerhaft um 31 Arbeitsplätze verringert hat. Die Rüge der Revision, das Landesarbeitsgericht habe insoweit die Darlegungs- und Beweislast verkannt, ist angesichts der Vermutung des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG unbegründet. Die Klägerin hat nicht geltend gemacht, zu einer Substantiierung ihrer pauschalen Behauptungen nicht in der Lage zu sein. 21

bb) Das Landesarbeitsgericht hat die Anforderungen an die Darlegungslast der Klägerin nicht überspannt, soweit es der Auffassung war, diese habe einen Rückgang des Beschäftigungsbedarfs infolge der Reduzierung der Maschinenlaufzeit nicht widerlegt. Die Klägerin hat ausdrücklich zugestanden, dass es im Betrieb „zunächst“ zu einem Rückgang gekommen sei. Den Umstand, dass die beiden laut Interessenausgleich wegfallenden Produkte tatsächlich noch bis gegen Ende des Jahres 2008 im Werk E hergestellt wurden, hat die Beklagte mit vorübergehenden Produktionsengpässen in einem französischen Schwesterwerk erklärt, mit denen sie im Kündigungszeitpunkt nicht habe rechnen müssen. Dieser Behauptung ist die Klägerin ebenso wenig substantiiert entgegengetreten wie den Ausführungen der Beklagten, die betreffenden Produktions- 22

einsätze hätten an ihrer - zwischenzeitlich endgültig umgesetzten - Entscheidung, die fraglichen Maschinen stillzulegen, nichts geändert.

cc) Die Vermutung des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG ist auch nicht durch den unstreitigen Einsatz von Leiharbeitnehmern widerlegt. Das Vorbringen der Klägerin lässt nicht erkennen, dass diese die Arbeit gekündigter Stammarbeitnehmer übernommen hätten und deshalb bloße Austauschkündigungen vorlägen (vgl. dazu BAG 26. September 1996 - 2 AZR 200/96 - zu II 2 d der Gründe, BAGE 84, 209). Ebenso wenig hat sie das Vorhandensein „freier“ Arbeitsplätze iSd. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG aufgezeigt. 23

(1) Die Vermutung des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG erstreckt sich nicht nur auf den Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten im bisherigen Arbeitsbereich des Arbeitnehmers, sondern auch auf das Fehlen der Möglichkeit, diesen anderweitig einzusetzen (BAG 23. Oktober 2008 - 2 AZR 163/07 - Rn. 54, AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 18 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 16; 6. September 2007 - 2 AZR 715/06 - Rn. 18 mwN, BAGE 124, 48). Will der Arbeitnehmer sie widerlegen, muss er substantiiert aufzeigen, dass im Betrieb ein vergleichbarer Arbeitsplatz oder ein solcher zu schlechteren, aber zumutbaren Arbeitsbedingungen frei war. Als „frei“ sind grundsätzlich nur solche Arbeitsplätze anzusehen, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung unbesetzt sind (BAG 2. Februar 2006 - 2 AZR 38/05 - Rn. 22, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 142 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 144). 24

(2) Ob die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern die Annahme rechtfertigt, im Betrieb oder Unternehmen des Arbeitgebers seien „freie“ Arbeitsplätze vorhanden, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. 25

(a) Werden Leiharbeitnehmer lediglich zur Abdeckung von „Auftragsspitzen“ eingesetzt, liegt keine alternative Beschäftigungsmöglichkeit iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG vor. Der Arbeitgeber kann dann typischerweise nicht davon ausgehen, dass er für die Auftragsabwicklung dauerhaft Personal benötige. Es kann ihm deshalb regelmäßig nicht zugemutet werden, entsprechendes 26

Stammpersonal vorzuhalten (vgl. BAG 17. März 2005 - 2 AZR 4/04 - zu B IV 2 d der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 71 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 58; Moll/Ittmann RdA 2008, 321, 324).

(b) An einem „freien“ Arbeitsplatz fehlt es in der Regel außerdem, soweit der Arbeitgeber Leiharbeitnehmer als „Personalreserve“ zur Abdeckung von Vertretungsbedarf beschäftigt. Das gilt unabhängig von der Vorhersehbarkeit der Vertretungszeiten. 27

(aa) Es werden nicht „freie“ Arbeitsplätze iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG besetzt, wenn der Arbeitgeber einen etwa durch Krankheit oder Urlaub ausgelösten Vertretungsbedarf durch die (befristete) Einstellung von Arbeitnehmern abdeckt (BAG 1. März 2007 - 2 AZR 650/05 - Rn. 25, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 164 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 154). Es bleibt der nur auf Missbrauch und Willkür überprüfbaren Entscheidung des Arbeitgebers überlassen, ob und für wie lange ein aus diesen Gründen vakanter Arbeitsplatz besetzt werden soll. Andernfalls könnte der Arbeitgeber gezwungen sein, mehr Arbeitsverhältnisse zu begründen, als er für zweckmäßig hält. Indessen ist es grundsätzlich Sache des Arbeitgebers, das Verhältnis der Anzahl der Arbeitskräfte zum Volumen der anfallenden Arbeit zu bestimmen. Diese Grundsätze gelten nicht nur für krankheits- oder urlaubsbedingte Vertretungsfälle, sondern auch für längerfristig bestehende Vertretungszeiten wie die Elternzeit (vgl. BAG 1. März 2007 - 2 AZR 650/05 - aaO). Der Arbeitsplatz eines schon beschäftigten, aber verhinderten Arbeitnehmers ist selbst dann nicht „frei“, wenn es wahrscheinlich ist oder gar feststeht, dass der Mitarbeiter nicht auf ihn zurückkehren wird (vgl. BAG 2. Februar 2006 - 2 AZR 38/05 - Rn. 25, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 142 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 144). 28

(bb) Diese Überlegungen treffen gleichermaßen zu, wenn der Arbeitgeber zur Vertretung abwesender Stammarbeitnehmer auf den Einsatz von Leiharbeitnehmern zurückgreift. Diese werden auch dann nicht auf „freien“ Arbeitsplätzen beschäftigt, wenn der Vertretungsbedarf regelmäßig anfällt. Andernfalls 29

bliebe der Arbeitgeber nicht frei in seiner Entscheidung, ob er Vertretungszeiten überhaupt und - wenn ja - für welchen Zeitraum überbrückt.

(c) Beschäftigt der Arbeitgeber Leiharbeiter dagegen, um mit ihnen ein nicht schwankendes, ständig vorhandenes (Sockel-)Arbeitsvolumen abzudecken, kann von einer alternativen Beschäftigungsmöglichkeit iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG auszugehen sein, die vorrangig für sonst zur Kündigung anstehende Stammarbeiter genutzt werden muss (vgl. *HaKo-KSchR/Gallner* 3. Aufl. § 1 KSchG Rn. 661; *Simon/Greßlin BB* 2007, 2454, 2456; zum *uneinheitlichen Meinungsstand für den Fall, dass die Beschäftigung von Leiharbeitern auf einer konzeptionellen Entscheidung des Arbeitgebers beruht: ErfK/Oetker* 11. Aufl. § 1 KSchG Rn. 275; *Schaub/Linck ArbR-Hdb.* 14. Aufl. § 134 Rn. 55; *HaKo-KSchR/Gallner aaO*; *Reinhard in Thüsing/Laux/Lembke KSchG* 2. Aufl. § 1 Rn. 739; *Düwell/Dahl DB* 2007, 1699; *Gaul/Ludwig DB* 2010, 2334; *Hamann NZA* 2010, 1211; *Rost NZA Beil.* 1/2009, 23, 26).

(3) Das Vorbringen der Klägerin ist nicht geeignet die Behauptung der Beklagten zu widerlegen, sie setze Leiharbeiter ausschließlich zur Abdeckung von Auftragsspitzen oder zur Überbrückung von Vertretungszeiten ein.

(a) Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts weisen die von der Klägerin vorgelegten Personaleinsatzpläne erhebliche Schwankungen hinsichtlich der Zahl der „Aushilfen“ auf. Für einzelne Tage - sowohl vor als auch nach Zugang der Kündigung - beläuft diese sich auf „Null“ oder gar einen negativen Wert. Dies spricht nicht gegen, sondern für die Behauptung der Beklagten, sie setze Leiharbeiter ausschließlich zur Abdeckung eines unsteten Arbeitskräftebedarfs ein. Die in der Personalplanung ausgewiesenen negativen Werte dürften zudem den Willen der Beklagten dokumentieren, bei Vertretungsbedarf vorrangig auf einen Arbeitskräfteüberhang aus dem Kreis der Stammebelegschaft zurückzugreifen.

(b) Die absolute Zahl eingeplanter Aushilfen mag - wie von der Klägerin behauptet - nach Ausspruch der Kündigung angestiegen sein. Auch dieser Umstand ist nicht geeignet, die Vermutungswirkung des Interessenausgleichs

zu widerlegen. Die Beklagte hat ihn mit einer erhöhten Zahl von Krankheitsfällen und einem damit verbundenen Produktivitätseinbruch erklärt. Die Klägerin hat keine Umstände dargelegt, die geeignet wären, diese Behauptung zu widerlegen. Vielmehr indizieren ihre eigenen Berechnungen, dass es sich bei dem zusätzlichen Beschäftigungsbedarf nicht um „freie“ Kapazitäten iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG handelte. Hatte die Klägerin ursprünglich vorgetragen, die Beklagte benötige zur Aufrechterhaltung der Produktion durchgängig 134 Arbeitnehmer und unter Berücksichtigung der im Lager, Werkstattbereich und der Qualitätsprüfung eingesetzten Mitarbeiter sowie durchschnittlich anfallender Krankheits- und planbarer Urlaubszeiten weitere 35, so geht sie in der Revision für den Produktionsbereich von einem regelmäßigen Arbeitskräftebedarf von 126 Arbeitnehmern, für das Lager und die übrigen Bereiche von einem Bedarf von weiteren zehn und von einem zusätzlichen, auf Vertretungstätigkeiten entfallenden Bedarf von 23 Arbeitnehmern aus. Daraus lässt sich kein Beschäftigungsvolumen ableiten, das den im Interessenausgleich veranschlagten Bedarf von 137 Arbeitsplätzen überstiege. Das von der Klägerin zusätzlich ermittelte Beschäftigungsvolumen betrifft Vertretungstätigkeiten und damit gerade keine „freien“ Kapazitäten iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen der Klägerin gehen zumindest mangels Entscheidungserheblichkeit ins Leere.

3. Die Klägerin hat keine wesentliche Änderung der Sachlage iSv. § 1 Abs. 5 Satz 3 KSchG aufgezeigt. 34

a) § 1 Abs. 5 Satz 3 KSchG erfasst nur solche Änderungen, die bis zum Zugang der Kündigung eingetreten sind. Bei späteren Änderungen kommt allenfalls ein - von der Klägerin hier nicht erhobener - Wiedereinstellungsanspruch in Betracht (*BAG 21. Februar 2001 - 2 AZR 39/00 - zu II 3 der Gründe, EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 8*). Die Behauptung der Klägerin, die Beklagte habe einige der aufgrund des Interessenausgleichs bereits erklärten Kündigungen „zurückgenommen“, nachdem mehrere, nicht in der Namensliste benannte Arbeitnehmer ihre Bereitschaft erklärt hätten, freiwillig aus dem Betrieb auszuscheiden, zielt auf eine solche spätere Änderung. Entsprechendes 35

gilt für die Behauptung, bereits während des Laufs der Kündigungsfrist habe sich gezeigt, dass die der Betriebsänderung zugrunde liegenden Organisationsentscheidungen nicht durchführbar seien.

b) Selbst wenn die in Rede stehenden Aufhebungsverträge geschlossen worden wären, bevor der Klägerin ihre Kündigung zuging, läge darin kein Fall des § 1 Abs. 5 Satz 3 KSchG. Die Betriebsparteien haben die Möglichkeit einer einvernehmlichen „Trennung“ der Beklagten von Mitarbeitern, die nicht in der Namensliste genannt sind, unter § 2 des Interessenausgleichs bedacht und einer Regelung zugeführt. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage, von dem § 1 Abs. 5 Satz 3 KSchG ausgeht, scheidet dann aus (*vgl. BAG 12. März 2009 - 2 AZR 418/07 - Rn. 20 f., AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 97 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 17*).

II. Die Kündigung ist nicht sozial ungerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 3, Abs. 5 Satz 2 KSchG. Ein grober Auswahlfehler liegt nicht vor. Die für die Kündigung mitursächliche Berücksichtigung des Lebensalters bei der Sozialauswahl ist mit nationalem Recht und mit Unionsrecht zu vereinbaren.

1. Aufgrund der namentlichen Nennung der Klägerin in der Namensliste des Interessenausgleichs vom 24. Juli 2008 kann die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Dieser Prüfungsmaßstab gilt nicht nur für die Auswahlkriterien und relative Gewichtung selbst. Auch die Bildung der auswahlrelevanten Arbeitnehmergruppe kann gerichtlich nur auf grobe Fehler überprüft werden (*st. Rspr., BAG 12. Mai 2010 - 2 AZR 551/08 - Rn. 15, AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 20 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 21; 23. Oktober 2008 - 2 AZR 163/07 - Rn. 60, AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 18 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 16*).

2. Die Sozialauswahl ist grob fehlerhaft, wenn ein evidenter, ins Auge springender schwerer Fehler 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 Interessenaus-*

gleich Nr. 17; 3. April 2008 - 2 AZR 879/06 - Rn. 32, AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 17 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 15). Dabei muss sich die getroffene Auswahl mit Blick auf den klagenden Arbeitnehmer im Ergebnis als grob fehlerhaft erweisen (BAG 10. Juni 2010 - 2 AZR 420/09 - Rn. 19, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 98 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 22). Nicht entscheidend ist, ob das gewählte Auswahlverfahren als solches zu Beanstandungen Anlass gibt (BAG 10. Juni 2010 - 2 AZR 420/09 - aaO; 18. Oktober 2006 - 2 AZR 473/05 - Rn. 23, BAGE 120, 18).

3. Ein evidenten Auswahlfehler liegt hier nicht deshalb vor, weil die Beklagte gewerbliche Arbeitnehmer, die im Lager, im Werkstattbereich und in der Qualitätsprüfung beschäftigt sind, nicht in die Auswahlentscheidung einbezogen hat. Dadurch wurde der auswahlrelevante Personenkreis nicht grob verkannt. 40

a) Der Arbeitgeber hat in die Sozialauswahl diejenigen Arbeitnehmer einzubeziehen, die miteinander vergleichbar sind. Dies sind Arbeitnehmer, die nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen aufgrund ihrer Fähigkeiten und Kenntnisse sowie nach dem Inhalt der von ihnen vertraglich geschuldeten Aufgaben austauschbar sind (st. Rspr., BAG 23. Oktober 2008 - 2 AZR 163/07 - Rn. 64, AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 18 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 16; 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04 - zu B I 4 a aa der Gründe, BAGE 115, 92). Es geht darum, ob der unmittelbar kündigungsbedrohte Arbeitnehmer den fortbestehenden Arbeitsplatz desjenigen Arbeitnehmers übernehmen kann, den er für sozial weniger schützenswert hält und dessen Arbeitsverhältnis nicht gekündigt werden soll (BAG 23. Oktober 2008 - 2 AZR 163/07 - aaO mwN). 41

b) Die Beklagte hat ihre Auskunftspflicht nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 KSchG - die auch in den Fällen des § 1 Abs. 5 KSchG besteht (vgl. BAG 12. März 2009 - 2 AZR 418/07 - Rn. 31, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 97 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 17; 21. Februar 2002 - 2 AZR 581/00 - zu B I 5 b der Gründe, EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 10) - erfüllt. Sie hat anhand vorgelegter Auswahllisten mitgeteilt, welche Arbeitnehmer mit welchen Sozialdaten sie bei der Auswahlentscheidung berücksichtigt hat. Mit Blick auf die gewerblichen Mitarbeiter, die in den Listen nicht aufgeführt 42

sind, hat sie vorgetragen, diese verfügten über eine Ausbildung als Schlosser oder Elektriker. Ihre Arbeitsaufgabe bestehe darin, die im Produktionsbereich eingesetzten Maschinen zu reparieren, und nicht darin, sie zu bedienen, wie es Aufgabe der Klägerin sei. Die Klägerin sei als Fachkraft für Lebensmitteltechnik nicht vergleichbar technisch geschult und nicht in der Lage, Störungen der Maschinen selbständig zu beheben.

c) Mit diesen Gesichtspunkten, die gegen eine arbeitsplatzbezogene Austauschbarkeit sprechen, hat sich die Klägerin nicht näher auseinandergesetzt. Sie hat sich ausschließlich auf die in der Auswahlrichtlinie getroffene Vereinbarung zur Vergleichsgruppenbildung berufen. Die Betriebsparteien hätten sich darin verbindlich über eine Vergleichbarkeit sämtlicher im Betrieb beschäftigter gewerblicher Arbeitnehmer verständigt. Damit hat die Klägerin eine grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl nicht dargelegt. 43

aa) Gewerbliche Arbeitnehmer, die in anderen Bereichen als der eigentlichen Produktion beschäftigt sind, werden von der fraglichen Vergleichsgruppenregelung nicht erfasst. Das ergibt die Auslegung der Vereinbarung. Ihr liegt - wie unter Nr. 2 der Richtlinie festgehalten - die Einschätzung der Betriebsparteien zugrunde, alle Mitarbeiter „im gewerblichen Bereich“ verfügten über eine „prinzipiell vergleichbare Qualifikation“, an die Arbeitsplätze des betreffenden Bereichs seien „vergleichbare Anforderungen“ zu stellen. Angesichts des unter Nr. 1 bestimmten Anwendungsbereichs der Richtlinie, der sich ausdrücklich nur auf solche Kündigungen erstreckt, die „in Umsetzung der Personalanpassungsmaßnahme 2008 durchgeführt werden“, ist damit unter dem für die Vergleichsgruppenbildung maßgebenden „gewerblichen Bereich“ der eigentliche Bereich der Produktion zu verstehen. Allein in diesem sollte laut § 1 des Interessenausgleichs vom 24. Juli 2008 der Personalabbau durchgeführt werden. Für dieses Verständnis spricht ferner der Umstand, dass die Betriebsparteien beim zeitgleichen Abschluss des Interessenausgleichs in diesen und die zu ihm erstellte Namensliste nur Arbeitsplätze in bzw. Namen von Mitarbeitern aus der Produktion aufgenommen haben. Evident haben sie nur diese als Arbeitsplätze im „gewerblichen Bereich“ iSd. Auswahlrichtlinie angesehen. 44

bb) Im Übrigen läge auch dann kein grober Fehler bei der Sozialauswahl vor, wenn die Auswahlrichtlinie in dem von der Klägerin befürworteten Sinne zu verstehen wäre. Zwar hätten dann auf ihrer Grundlage noch weitere Mitarbeiter in die Sozialauswahl einbezogen werden müssen. Es bleibt den Betriebsparteien aber grundsätzlich unbenommen, Vereinbarungen über die personelle Auswahl bei späterer oder schon bei zeitgleicher Gelegenheit - etwa bei Abschluss eines Interessenausgleichs und Erstellung einer Namensliste - wieder abzubedingen. Setzen sie sich in einem bestimmten Punkt gemeinsam über eine Auswahlrichtlinie hinweg, lässt dies die Maßgeblichkeit der Namensliste zumindest dann unberührt, wenn Interessenausgleich und Auswahlrichtlinie von denselben Betriebsparteien herrühren (*vgl. Lingemann/Rolf NZA 2005, 264, 268; wohl auch Berkowsky Betriebsbedingte Kündigung 6. Aufl. S. 213*). Im Übrigen sind die Betriebsparteien im Rahmen von § 1 Abs. 4 KSchG nicht berechtigt, den Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer abweichend vom Gesetz zu bestimmen (*BAG 15. Juni 1989 - 2 AZR 580/88 - zu B II 2 e bb der Gründe, BAGE 62, 116; ErfK/Oetker 11. Aufl. § 1 KSchG Rn. 359; KR/Griebeling 9. Aufl. § 1 KSchG Rn. 696; Eylert in Schwarze/Eylert/Schrader KSchG § 1 Rn. 493*). Die Klägerin hätte deshalb Tatsachen darlegen müssen, aus denen sich bei objektiver Betrachtung ergibt, dass sie mit den außerhalb des Produktionsbereichs beschäftigten gewerblichen Arbeitnehmern vergleichbar war. Dem genügt ihr Vorbringen nicht, zumal sie insoweit eine „grobe Fehlerhaftigkeit“ iSv. § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG hätte aufzeigen müssen.

45

4. Die der Namensliste zugrunde liegende soziale Auswahl ist auch im Hinblick auf das ihr zugrunde liegende „Punktesystem“ und die Altersgruppenbildung nicht zu beanstanden. Zwar kann die Bildung von Altersgruppen dazu führen, dass Arbeitnehmer gekündigt werden, die bei einer allein an § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG orientierten Sozialauswahl nicht zur Entlassung angestanden hätten. Diskriminierungsverbote werden dadurch aber nicht verletzt.

46

a) Die Diskriminierungsverbote des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) gelten auch für den Ausspruch von Kündigungen. Sie sind im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigung der Kündigung zu beachten. Eine

47

Kündigung kann sozialwidrig sein, weil sie gegen ein im AGG näher ausgestaltetes Benachteiligungsverbot verstößt (*BAG 5. November 2009 - 2 AZR 676/08 - Rn. 24, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 183 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 20; 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - Rn. 28 ff., BAGE 128, 238*). § 2 Abs. 4 AGG steht dem nicht entgegen. Die Norm zielt darauf ab, den Diskriminierungsverboten in Übereinstimmung mit dem Unionsrecht bei Kündigungen dadurch Geltung zu verschaffen, dass sie im Rahmen der Regelungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz berücksichtigt werden (*BAG 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - Rn. 40, aaO*).

b) Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG ist das Lebensalter trotz des Verbots der Altersdiskriminierung neben den weiteren in der Bestimmung angeführten Kriterien bei der Sozialauswahl zu berücksichtigen. Das führt zwar in der Tendenz zu einer Bevorzugung älterer und unmittelbaren Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer. Diese Ungleichbehandlung iSv. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG ist aber sowohl durch § 10 Satz 1, Satz 2 AGG als auch durch Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1, Unterabs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf gerechtfertigt (*BAG 5. November 2009 - 2 AZR 676/08 - Rn. 25, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 183 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 20; 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - Rn. 43 ff., BAGE 128, 238*). Durch eine von § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG ermöglichte Bildung von Altersgruppen wiederum wird die andernfalls linear ansteigende Gewichtung des Lebensalters unterbrochen und zugunsten jüngerer Arbeitnehmer relativiert. Auch diese Methode der Berücksichtigung des Lebensalters bei der Sozialauswahl ist - sofern sie nicht willkürlich oder tendenziös auf bestimmte Personen zielend erfolgt - mit AGG und Unionsrecht zu vereinbaren. Beides vermag der Senat ohne Vorabentscheidungsersuchen nach § 267 Abs. 3 AEUV zu entscheiden. Das für die Beurteilung der Vereinbarkeit des Regelungskomplexes der Sozialauswahl mit Unionsrecht maßgebliche Verständnis von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG ist durch die jüngere Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union geklärt.

48

aa) Gemäß Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind; unter legitimen Zielen sind dabei insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen. Gemäß Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. a der Richtlinie können derartige Ungleichbehandlungen die Festlegung besonderer Bedingungen für die Entlassung einschließen, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen und älteren Arbeitnehmern zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen. Die Mitgliedstaaten und ggf. die Sozialpartner auf nationaler Ebene haben sowohl bei der Entscheidung, welches konkrete Ziel sie im Bereich der Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik verfolgen wollen, als auch bei der Festlegung von Maßnahmen zu seiner Erreichung einen weiten Ermessensspielraum (*EuGH 12. Oktober 2010 - C-499/08 - [Andersen] Rn. 33, AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 17 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 17; 12. Oktober 2010 - C-45/09 - [Rosenblatt] Rn. 41, AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 18 = EzA BGB 2002 § 620 Altersgrenze Nr. 9; 16. Oktober 2007 - C-411/05 - [Palacios de la Villa] Rn. 68, Slg. 2007, I-8531; 22. November 2005 - C-144/04 - [Mangold] Rn. 63, Slg. 2005, I-9981*). Dieser Spielraum darf allerdings nicht dazu führen, dass der Grundsatz des Verbots der Diskriminierung aus Gründen des Alters ausgehöhlt wird (*vgl. EuGH 12. Oktober 2010 - C-499/08 - [Andersen] Rn. 33, aaO; 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 51, Slg. 2009, I-1569*).

49

Die Prüfung, ob eine nationale Regelung einem rechtmäßigen Ziel iSd. Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG dient, obliegt den Gerichten der Mitgliedstaaten. Gleiches gilt für die Frage, ob der nationale Gesetz- und Verordnungsgeber angesichts des bestehenden Ermessensspielraums davon ausgehen durfte, dass die gewählten Mittel zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich sind (*EuGH 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern Eng-*

50

land] Rn. 49 ff., Slg. 2009, I-1569; BAG 12. April 2011 - 1 AZR 743/09 - Rn. 16, EzA BetrVG 2001 § 112 Nr. 42).

bb) Der Gerichtshof hat darauf erkannt, dass legitime Ziele iSv. Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG wegen der als Beispiele genannten Bereiche Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung solche aus dem Bereich „Sozialpolitik“ sind (EuGH 13. September 2011 - C-447/09 - [Prigge] Rn. 81, AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 23 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 22; 18. Juni 2009 - C-88/08 - [Hütter] Rn. 41, Slg. 2009, I-5325; 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 46, Slg. 2009, I-1569; vgl. auch BVerfG 24. Oktober 2011 - 1 BvR 1103/11 - Rn. 15, NZA 2012, 202). Ziele, die als „rechtmäßig“ iSd. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG angesehen werden können, stehen als „sozialpolitische Ziele“ im Allgemeininteresse. Dadurch unterscheiden sie sich von Zielen, die im Eigeninteresse des Arbeitgebers liegen, wie Kostenreduzierung und Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit. Freilich ist es nicht ausgeschlossen, dass eine nationale Vorschrift bei der Verfolgung der genannten sozialpolitischen Ziele den Arbeitgebern einen gewissen Grad an Flexibilität einräumt (EuGH 21. Juli 2011 - C-159/10, C-160/10 - [Fuchs und Köhler] Rn. 52, AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 21 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 20; 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 46, aaO). Eine nationale Regelung, die das mit ihr angestrebte Ziel nicht genau angibt, ist nicht allein deshalb von einer Rechtfertigung nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG ausgeschlossen. Fehlt es an einer solchen Angabe, ist es allerdings wichtig, dass andere, aus dem allgemeinen Kontext der betreffenden Maßnahme abgeleitete Anhaltspunkte die Feststellung des hinter ihr stehenden Ziels ermöglichen, damit dessen Rechtmäßigkeit sowie die Angemessenheit und Erforderlichkeit der zu seiner Erreichung eingesetzten Mittel gerichtlich überprüft werden können (EuGH 21. Juli 2011 - C-159/10, C-160/10 - [Fuchs und Köhler] Rn. 39, aaO; 12. Oktober 2010 - C-45/09 - [Rosenblatt] Rn. 58, AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 18 = EzA BGB 2002 § 620 Altersgrenze Nr. 9).

51

cc) Danach durften die Betriebsparteien das Lebensalter bei der Sozialauswahl durch die Bildung und sodann im Rahmen von Altersgruppen berücksichtigen. Die dem zugrunde liegenden Bestimmungen in § 1 Abs. 3 Satz 1, Satz 2 KSchG sind unionsrechtskonform. 52

(1) Die durch § 1 Abs. 3 KSchG vorgegebene Einbeziehung des Lebensalters in die Sozialauswahl verfolgt ein im Allgemeininteresse liegendes legitimes Ziel aus dem Bereich der Sozialpolitik iSv. Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG. Ältere Arbeitnehmer, die wegen ihres Alters typischerweise schlechtere Chancen auf dem Arbeitsmarkt haben, sollen bei einer betrieblich veranlassten Kündigung stärker geschützt werden (*EuGH* 22. November 2005 - C-144/04 - [Mangold] Rn. 60, Slg. 2005, I-9981; *BAG* 5. November 2009 - 2 AZR 676/08 - Rn. 25, *AP KSchG* 1969 § 1 *Betriebsbedingte Kündigung* Nr. 183 = *EzA KSchG § 1 Interessenausgleich* Nr. 20; 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - Rn. 44, *BAGE* 128, 238). Diesen Zweck hat der Gesetzgeber zwar nicht unmittelbar in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG formuliert. Er kam aber deutlich in der für eine Übergangszeit (*bis zu ihrer Aufhebung durch das Gesetz zur Änderung des Betriebsrentengesetzes und anderer Gesetze vom 2. Dezember 2006, BGBl. I S. 2742*) geltenden Regelung des § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG aF zum Ausdruck. Danach sollte eine Berücksichtigung des Alters bei der Sozialauswahl zulässig sein, sofern über die Auswahl „insbesondere die Chancen auf dem Arbeitsmarkt entscheiden“. Das lässt den Schluss zu, dass der Gesetzgeber das Lebensalter - jedenfalls im Zusammenhang mit einer durchzuführenden Sozialauswahl - als abstrakten Maßstab für die Vermittlungschancen der Beschäftigten nach einer Kündigung verstanden wissen will. 53

(2) Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels sind iSv. Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG angemessen und erforderlich. 54

(a) Die Berücksichtigung des Lebensalters als Sozialdatum ist zur Einbeziehung individueller Arbeitsmarktchancen geeignet und erforderlich. Mildere Mittel, die in gleicher Weise den Schutz älterer Arbeitnehmer verwirklichen könnten, sind nicht ersichtlich (*BAG 12. März 2009 - 2 AZR 418/07 - Rn. 40, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 97 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 17; 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - Rn. 46, BAGE 128, 238*). 55

(aa) Dass die Chancen auf dem Arbeitsmarkt auf diese Weise typisierend und nicht individuell berücksichtigt werden, ist letztlich unvermeidbar. Jede Aussage über sie muss sich an Wahrscheinlichkeiten orientieren, die ihrerseits nicht ohne Berücksichtigung von Erfahrungswerten ermittelt werden können. Nach aller Erfahrung sinken mit steigendem Lebensalter die Vermittlungschancen auf dem Arbeitsmarkt. Diese Einschätzung des Gesetzgebers, die sowohl § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG als auch dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (*vgl. BT-Drucks. 16/1780 S. 36*) zugrunde liegt und an die die Berücksichtigung des Lebensalters im Rahmen kollektiver Vereinbarungen gleichermaßen anknüpft, ist empirisch nicht zu bestreiten (*vgl. dazu BAG 12. April 2011 - 1 AZR 764/09 - Rn. 23, EzA BetrVG 2001 § 112 Nr. 44: für die Altersgruppenbildung in einem im Jahr 2007 abgeschlossenen Sozialplan; Bauer/Göpfert/Krieger AGG 3. Aufl. § 10 Rn. 45a*). Soweit hiergegen Bedenken erhoben wurden (*Kaiser/Dahm NZA 2010, 473; Körner NZA 2008, 497*), überzeugen diese im Ergebnis nicht. Sie stützen sich im Wesentlichen auf die *Erwerbsbeteiligungsquote* in der Gruppe der Menschen über 50 Jahre und auf eine mit anderen Altersgruppen vergleichbare Dauer der Erwerbslosigkeit. Für die Berücksichtigung des Lebensalters bei der Sozialauswahl kommt es aber nicht auf die allgemeine Beschäftigungssituation älterer Arbeitnehmer an, sondern darauf, wie ihre Aussichten sind, einen neuen Arbeitsplatz zu finden, wenn sie den bisherigen im vorgerückten Alter verlieren (*Hanau ZIP 2011, 1, 3*). Hierüber gibt die *Erwerbstätigenquote* keinen hinreichenden Aufschluss. Darüber hinaus hängen die Chancen auf dem Arbeitsmarkt häufig mit der Flexibilität des Arbeitssuchenden zusammen. Älteren Arbeitnehmern bereitet ein Arbeitsplatzwechsel mit den damit verbundenen Folgen erfahrungsgemäß mehr Schwierigkeiten als jüngeren. Selbst bei einer individuellen Chancenbewertung könnte 56

dieser Umstand nicht außer Betracht bleiben (*BAG 5. November 2009 - 2 AZR 676/08 - Rn. 25, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 183 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 20; 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - Rn. 46 mwN, BAGE 128, 238*).

(bb) Die Maßnahmen zur Vermeidung von Langzeitarbeitslosigkeit Älterer im Arbeitsförderungsrecht (*vgl. § 421f SGB III*) und das an Arbeitgeber gerichtete Verbot aus § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 7, § 1 AGG, bei Einstellungen sachwidrig nach dem Alter zu differenzieren, stellen gegenüber der Einbeziehung des Lebensalters in die Sozialauswahl kein milderes Mittel dar. Entsprechende Förder- bzw. Rechtsschutzmöglichkeiten helfen nicht darüber hinweg, dass älteren Arbeitnehmern tendenziell weniger Vertrauen in ihre Leistungsfähigkeit entgegengebracht wird. Sie sind nicht in gleicher Weise wie ein präventiv wirkender Kündigungsschutz geeignet, die faktisch ungünstigere Situation älterer Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt auszugleichen (*vgl. ErfK/Oetker 11. Aufl. § 1 KSchG Rn. 332; Groß Die Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung auf der Grundlage der Richtlinie 2000/78/EG S. 132*).

57

(cc) Die mit der Berücksichtigung des Lebensalters einhergehende Ungleichbehandlung ist nicht deshalb generell unangemessen, weil neben sie noch das Auswahlkriterium der Dauer der Betriebszugehörigkeit tritt (*Münch-KommBGB/Thüsing 5. Aufl. § 10 AGG Rn. 48; Jacobs/Krois Anm. zu BAG 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 82; v. Hoff SAE 2009, 293, 296; aA wohl v. Roetteken AGG Stand 2009 § 10 Rn. 271*). Zwar begünstigt auch dieses Kriterium tendenziell ältere Arbeitnehmer. Dies ist aber angesichts des mit ihm verfolgten rechtmäßigen Ziels, die Betriebstreue des Arbeitnehmers zu honorieren, sachlich gerechtfertigt. Die Berücksichtigung der Beschäftigungszeit führt damit auch im Zusammenhang mit betriebsbedingten Kündigungen nicht zu einer mittelbaren Diskriminierung jüngerer Arbeitnehmer (*für verhaltensbedingte Kündigungen vgl. BAG 7. Juli 2011 - 2 AZR 355/10 - Rn. 24 ff., EzA BGB 2002 § 626 Nr. 38*). Die Kumulation beider Kriterien kann zwar in Einzelfällen den Schutz älterer Arbeitnehmer verstärken. Eine solche Folge ist aber keineswegs zwingend. Vielmehr kann

58

umgekehrt das Kriterium der Betriebszugehörigkeit das Gewicht des Kriteriums des Lebensalters sogar relativieren, wenn jüngere Arbeitnehmer über eine längere Zeit der Betriebszugehörigkeit verfügen als ältere Mitarbeiter.

(b) In gleicher Weise angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist die Relativierung der Bedeutung des Kriteriums des Lebensalters durch die Bildung von Altersgruppen. 59

(aa) § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG ermöglicht dem Arbeitgeber - und über § 1 Abs. 4, Abs. 5 KSchG den Betriebsparteien - im berechtigten betrieblichen Interesse, zu dem auch dasjenige an der „Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur“ zählt, bestimmte Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl herauszunehmen. Danach ist es zulässig, dass der Arbeitgeber innerhalb des zur Sozialauswahl anstehenden Personenkreises nach sachlichen Kriterien Altersgruppen bildet, die prozentuale Verteilung der Belegschaft auf die Altersgruppen feststellt und die Gesamtzahl der auszusprechenden Kündigungen diesem Proporz entsprechend auf die einzelnen Altersgruppen verteilt - mit der Folge, dass sich die Sozialauswahl iSv. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG nur innerhalb der Gruppen vollzieht und sich der Anstieg des Lebensalters nur innerhalb der jeweiligen Altersgruppe auszuwirken vermag (*grundlegend BAG 23. November 2000 - 2 AZR 533/99 - zu B III 4 der Gründe, BAGE 96, 306; seither st. Rspr., vgl. 18. März 2010 - 2 AZR 468/08 - Rn. 12 ff., AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 184 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 83; 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - Rn. 53, BAGE 128, 238*). Das kann bewirken, dass einem Arbeitnehmer, der wegen seines höheren Lebensalters in eine höhere Altersgruppe fällt, zu kündigen ist, während ein jüngerer Arbeitnehmer mit ansonsten gleichen Sozialdaten allein durch die Zuordnung zu der anderen Altersgruppe seinen Arbeitsplatz behält. 60

(bb) Die nach nationalem Recht zulässige Altersgruppenbildung dient auf diese Weise der Erhaltung einer ausgewogenen Altersstruktur in den Betrieben, dient damit zugleich der Beteiligung aller Generationen und Lebensalter an den notwendig gewordenen Entlassungen, verhindert die einseitige Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer und sichert deren berufliche Eingliederung. Sie erhält 61

eine vorhandene Mischstruktur und einen Erfahrungsaustausch in den Betrieben, bewirkt eine Vielfalt auch auf dem Arbeitsmarkt und dient damit - alle Aspekte gemeinsam betrachtet - einem legitimen sozialpolitischen Ziel.

(aaa) Die unterschiedlichen Vorzüge des jeweiligen Alters können im Betrieb nur dann erfolgreich ausgenutzt werden, wenn langfristig Arbeitnehmer verschiedener Lebensalter zusammenwirken. Unter diesem Aspekt dient die Altersgruppenbildung zwar auch den - durch Art. 2 Abs. 1, Art. 12 GG verfassungsrechtlich geschützten - Wettbewerbsinteressen des jeweiligen Unternehmens (vgl. *BT-Drucks. 15/1204 S. 9*). Gleichwohl liegt der Erhalt einer ausgewogenen Altersstruktur nicht etwa ausschließlich im individuellen Arbeitgeberinteresse (aA wohl *Däubler/Bertzbach/Brors AGG 2. Aufl. § 10 Rn. 109 ff.*). Die aufgezeigten Vorteile einer altersgemischten Struktur liegen vielmehr mit Blick auf die Förderung des Erfahrungsaustauschs und der Innovation in den Betrieben sowohl im Interesse der Gesamtbelegschaft (*BAG 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - Rn. 54, BAGE 128, 238; eingehend Spinner RdA 2008, 153, 159*) als auch im Interesse der Allgemeinheit insofern, als leistungsfähige Betriebe und Unternehmen in ihrer Gesamtheit zu den Grundlagen eines funktionierenden Wirtschaftssystems gehören (vgl. *Fahrig DB 2010, 1460, 1461; Gaul/Niklas NZA-RR 2009, 457, 462; Temming Anm. zu BAG 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182; Thüsing ZESAR 2010, 285, 287; Groß Die Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung auf der Grundlage der Richtlinie 2000/78/EG S. 137 f.*). Für die Funktionsfähigkeit der Bereiche der Lehre und Forschung und des öffentlichen Dienstes hat der Gerichtshof dies anerkannt. Er hat in der Zusammenarbeit verschiedener Generationen einen Beitrag zur Qualität der ausgeübten Tätigkeiten, insbesondere durch die Förderung des Erfahrungsaustauschs erblickt und darin ein legitimes Ziel der Sozial- oder Beschäftigungspolitik gesehen (*EuGH 18. November 2010 - C-250/09 ua. - [Georgiev] Rn. 46, AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 19 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 18; 21. Juli 2011 - C-159/10, C-160/10 - [Fuchs und Köhler] Rn. 49 ff., AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 21 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 20*). Für den Bereich der Privatwirtschaft gilt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs

62

nichts grundlegend anderes (*EuGH 12. Oktober 2010 - C-45/09 - [Rosenblatt]* Rn. 43 ff., *AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 18 = EzA BGB 2002 § 620 Altersgrenze Nr. 9*). Auch soweit der Erhalt einer ausgewogenen Altersstruktur in den Betrieben den Bestand privatwirtschaftlicher Unternehmen zum Wohl aller am Wirtschaftsleben Teilhabenden sichern will, dient er einem im Allgemeininteresse liegenden legitimen Ziel.

(bbb) Unabhängig davon steht die Regelung des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG nicht für sich, sondern ist eingebettet in das Gesamtkonzept der Sozialauswahl (*Stenslik Anm. zu BAG 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182; Thüsing ZESAR 2010, 285, 287*). Während § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG den mit steigendem Lebensalter regelmäßig sinkenden Chancen auf dem Arbeitsmarkt Rechnung trägt, wirkt die durch § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG ermöglichte Altersgruppenbildung der damit verbundenen Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer entgegen. Das Ziel, ältere Arbeitnehmer zu schützen, und das Ziel, die Eingliederung jüngerer Arbeitnehmer in das Erwerbsleben sicherzustellen, werden so zu einem angemessenen Ausgleich gebracht. Dies dient der sozialpolitisch erwünschten Generationengerechtigkeit und der Vielfalt im Bereich der Beschäftigung und stimmt mit dem Erwägungsgrund 25 der Richtlinie 2000/78/EG überein (*vgl. EuGH 21. Juli 2011 - C-159/10, C-160/10 - [Fuchs und Köhler] Rn. 63 bis 65 mwN, AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 21 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 20; 12. Januar 2010 - C-341/08 - [Petersen] Rn. 68, Slg. 2010, I-47; v. Hoff SAE 2009, 293, 297; Linsenmaier RdA Sonderbeil. 5/2003, 22, 29*). Zugleich hindert die Altersgruppenbildung sowohl zugunsten einer angemessenen Verteilung der Berufschancen jüngerer und älterer Arbeitnehmer als auch im Interesse der Funktionsfähigkeit der sozialen Sicherungssysteme, dass eine Vielzahl von Personen gleichen Alters zur gleichen Zeit auf den Arbeitsmarkt drängt (*vgl. Fahrig BB 2010, 2569, 2571; Gaul/Niklas NZA-RR 2009, 457, 462; Linsenmaier aaO*). Auch bei diesen Belangen handelt es sich um legitime Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik und Arbeitsmarkt iSv. Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1, Unterabs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/78/EG.

63

(cc) Näherer Erörterungen dazu, in welchem Rangverhältnis hinsichtlich
Priorität und inhaltlichen Gewichts die mit dem Regelungskomplex der Sozial-
auswahl verfolgten Allgemeininteressen zu den gleichzeitig betroffenen indivi-
duellen Arbeitgeberinteressen stehen, bedarf es nicht. Nach der Rechtspre-
chung des Gerichtshofs kann ein Ziel auch dann iSv. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie
2000/78/EG legitim sein, wenn neben ihm zugleich ein anderes verfolgt wird.
Die Ziele können dabei zusammenhängen oder hierarchisch geordnet sein
(*EuGH 21. Juli 2011 - C-159/10, C-160/10 - [Fuchs und Köhler] Rn. 44, AP
Richtlinie 2000/78/EG Nr. 21 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 20*).

64

(dd) Die Altersgruppenbildung ist ein angemessenes und erforderliches
Mittel, um im Zusammenhang mit Entlassungen eine ausgewogene Altersstruk-
tur zu erhalten. Ein milderes Mittel, den Schutz älterer Arbeitnehmer vor
Arbeitslosigkeit und schützenswerte Interessen jüngerer Arbeitnehmer an Teil-
habe am Berufsleben in wirtschaftlich prekären Situationen in einen angemes-
sen Ausgleich zu bringen, ist bei der gebotenen typisierenden Betrachtung nicht
ersichtlich. Es ist auch nicht unangemessen oder widersprüchlich, dass der
Gesetzgeber in § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG die Bildung von Altersgruppen nicht
zwingend vorschreibt, sondern sowohl hinsichtlich des „Ob“ als auch des „Wie“
der Gruppenbildung dem Arbeitgeber - ggf. gemeinsam mit dem Betriebsrat -
ein Beurteilungs- und Gestaltungsermessen einräumt. Inwieweit Kündigungen
Auswirkungen auf die Altersstruktur des Betriebs haben und welche Nachteile
sich daraus ergeben, hängt von den betrieblichen Verhältnissen ab und kann
nicht abstrakt für alle denkbaren Fälle beschrieben werden. Dementsprechend
muss der Arbeitgeber, wenn er sich auf § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG berufen will,
zu diesen Auswirkungen und möglichen Nachteilen konkret vortragen (*BAG
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 wenn
die Anzahl der Entlassungen innerhalb einer Gruppe vergleichbarer Arbeitneh-
mer im Verhältnis zur Anzahl aller Arbeitnehmer des Betriebs die Schwellen-
werte des § 17 KSchG erreicht, kommen ihm dabei Erleichterungen zugute; in
diesem Fall ist ein berechtigtes betriebliches Interesse an der Beibehaltung der

65

Altersstruktur - widerlegbar - indiziert (*BAG 18. März 2010 - 2 AZR 468/08 - Rn. 24, aaO; 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - Rn. 54, BAGE 128, 238*).

c) Die im Streitfall der Namensliste zugrunde liegende Punktetabelle und Altersgruppenbildung begegnen auch in ihrer konkreten Ausgestaltung keinen durchgreifenden Bedenken. 66

aa) Die nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG vorzusehenden sozialen Gesichtspunkte sind bei der Auswahl berücksichtigt worden. Die in der Punktezuteilung in Nr. 2 der Auswahlrichtlinie zum Ausdruck kommende Gewichtung der Sozialdaten ist in sich ausgewogen und verleiht keinem einzelnen Sozialdatum ein unangemessenen hohes und dadurch in der Regel ausschlaggebendes Gewicht. So ist etwa die Beschäftigungszeit ab dem 11. Dienstjahr mit zwei Punkten gegenüber dem Lebensalter stärker gewichtet. Auch berücksichtigt die Zuteilung von jeweils vier Punkten für jedes unterhaltsberechtigten Kind und unterhaltsberechtigten Ehepartner hinreichend die typischen Interessen junger Familien (*ähnlich BAG 12. März 2009 - 2 AZR 418/07 - Rn. 41 mwN, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 97 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 17*). 67

bb) Ob die Betriebsparteien berechtigt waren, die Berücksichtigung von Unterhaltspflichten gegenüber Kindern von einer entsprechenden Eintragung in die Lohnsteuerkarte abhängig zu machen (*zur Problematik BAG 17. Januar 2008 - 2 AZR 405/06 - Rn. 23, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 96; 6. Juli 2006 - 2 AZR 520/05 - Rn. 21, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 80 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 68; Spinner RdA 2008, 153, 156*), kann hier dahinstehen. Selbst wenn zu Lasten der Klägerin und entgegen § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG, der auf objektiv bestehende familienrechtliche Unterhaltspflichten abstellt, ein Kind unberücksichtigt geblieben sein sollte, führte dies nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Bei Berücksichtigung eines weiteren Kindes hätte die Klägerin eine lediglich marginal höhere Gesamtpunktzahl erreicht als der erste nicht gekündigte Arbeitnehmer. Nach Maßgabe von § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG wären die Auswahlkriterien weiterhin „ausreichend“ berücksichtigt. Die 68

Klägerin erhebt gegen diese Würdigung des Landesarbeitsgerichts in der Revision keine Einwände mehr.

cc) Die Art der Altersgruppenbildung erweist sich als angemessen und erforderlich. Wie anhand der vorgelegten Auswahllisten nachzuvollziehen, hätte die Beklagte ohne die Altersgruppenbildung mehr als die Hälfte ihres Personalbestands in der Gruppe der 25 bis 35 Jahre alten Arbeitnehmer eingebüßt. Im Altersbereich bis zu 30 Jahren hätte die Belegschaft fast keine Mitglieder mehr gehabt. Die Betriebsparteien haben die Altersgruppen beginnend mit dem Alter von 25 Jahren in Zehn-Jahres-Schritten gebildet und daran ausgerichtet den bisherigen Altersaufbau der Belegschaft im Produktionsbereich berücksichtigt. Den Darlegungen der Klägerin ist nicht zu entnehmen, dass dabei vergleichbare Arbeitnehmer außer Betracht gelassen worden wären. Die Beteiligung der Altersgruppen an der Gesamtzahl der Kündigungen hatte nach der Auswahlrichtlinie gleichmäßig-proportional zu erfolgen. Dass hiervon abgewichen worden wäre, ist nicht ersichtlich. Anhaltspunkte, die den Schluss zuließen, es sei der Beklagten darum gegangen, bestimmte Arbeitnehmer aus dem Betrieb zu drängen, liegen nicht vor. Eines näheren Vorbringens der Beklagten zu den betrieblichen Nachteilen einer ohne Altersgruppenbildung durchgeführten Sozialauswahl bedurfte es angesichts der Anzahl der Entlassungen nicht. 69

III. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Vergütung für den Monat November 2008. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die Kündigung vom 28. Juli 2008 mit Ablauf des 31. Oktober 2008 aufgelöst worden. 70

IV. Der Antrag auf Weiterbeschäftigung für die Dauer des Kündigungs-schutzverfahrens ist dem Senat nicht zur Entscheidung angefallen. Der Rechtsstreit ist abgeschlossen. 71

V. Als unterlegene Partei hat die Klägerin gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die 72
Kosten der Revision zu tragen.

Kreft

Rachor

Berger

Perreng

Sieg