

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

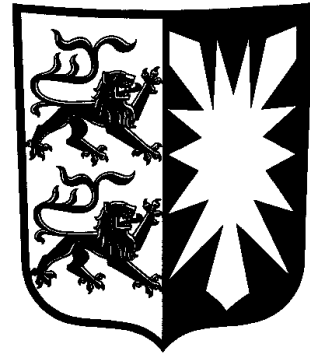
Aktenzeichen: 5 Sa 100/11

2 Ca 1111 a/10 ArbG Neumünster
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 08.09.2011

Gez....

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 08.09.2011 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 09.12.2010, Az. 2 Ca 1111 a/10, wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung.

Der 49-jährige Kläger ist mit einem Grad von 60 schwerbehindert. Er ist verheiratet und vier Kindern gegenüber unterhaltsverpflichtet. Seit dem 02.05.1990 ist er bei der Gemeinschuldnerin als gewerblicher Arbeitnehmer zu einem durchschnittlichen Monatsgehalt von zuletzt € 2.506,00 brutto beschäftigt. Er wurde eingestellt als Gießereiarbeiter in der Abteilung Putzerei. Seit Frühsommer 2003 wird er in der Kernmacherei beschäftigt, nachdem er sich auf das ärztliche Attest vom 14.05.2003 berufen hatte, mit welchem ihm bescheinigt wurde (Bl. 76 d. A.):

„Wegen chronischer Wirbelsäulenbeschwerden ist eine Umsetzung auf einen Arbeitsplatz mit leichter körperlicher Arbeit empfehlenswert.“

Über das Vermögen der Gemeinschuldnerin wurde am 01.10.2007 das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Betrieb wurde in der Insolvenz fortgeführt. Zuletzt beschäftigte der Beklagte 94 Arbeitnehmer. Von Januar 2009 bis Januar 2011 wurde im Betrieb kurzgearbeitet. Aufgrund anhaltender Verluste im Jahr 2009 (€ 402.810,00) und massiver Auftragsrückgänge traf der Beklagte die Unternehmerentscheidung, den Betrieb umzustrukturieren und 30 Arbeitnehmer zu entlassen. Im Dezember 2009 trat er mit dem Betriebsrat in Interessenausgleichsverhandlungen. Wegen des Inhalts der Interessenausgleichsverhandlungen sowie der Anhörungen nach § 102 BetrVG wird auf die zur Akte gereichte Korrespondenz (Anlagen B 6 bis B 11; Bl. 46 - 60 d. A.) verwiesen. Zudem fanden mündliche Erörterungen mit dem Betriebsrat am 15.12.2009, am 26.04.2010 sowie am 18.06.2010 statt. Am 13.07.2010 schlossen der Beklagte und der Betriebsrat einen Interessenausgleich mit Namensliste (Bl. 27-31 d. A.). In der Präambel des Interessenausgleichs wurde festgestellt, dass aufgrund der Auftragslage und der betriebswirtschaftlichen Situation eine erhebliche Reduzierung des Personals unumgänglich sei. § 1 des Interessenausgleichs verweist in Bezug auf die von der Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen auf die als Anlage 1 beigefügte Namensliste. Die Namensliste enthält 21 Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, u. a. unter der laufenden Nummer 18 den Kläger. § 2 des Interessenausgleichs lautet wie folgt:

„Der Betriebsrat wurde zu den betriebsbedingten Kündigungen nach §§ 102, 103 BetrVG angehört. Die Liste der betroffenen Arbeitnehmer gemäß § 1 wurde ihm bereits mit Schreiben vom 24.06.2010 übergeben. Der Betriebsrat hatte mitgeteilt, dass er keine weiteren Erklärungen abgibt. Das Verfahren nach §§ 102, 103 BetrVG ist abgeschlossen.“

Nachdem das Integrationsamt der beabsichtigten Kündigung des Klägers mit Bescheid vom 11.08.2010 (Bl. 29 ff. d. A.) zugestimmt hatte, sprach der Beklagte die ordentliche Kündigung des Klägers mit Schreiben vom 17.08.2010 zum 30.11.2010 aus (Bl. 10 f. d. A.).

Am 07.09.2010 hat der Kläger vor dem Arbeitsgericht Kündigungsschutzklage erhoben.

Der Kläger hat vorgetragen,

sein Arbeitsplatz sei nicht entfallen. An seiner Stelle sei der Mitarbeiter F. M. eingesetzt worden, der deutlich jünger und kürzer beschäftigt sei. Die getroffene Sozialauswahl sei grob fehlerhaft und ungerecht. Die Beklagte sei ihrer Offenbarungsverpflichtung gemäß § 1 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 KSchG bisher nicht nachgekommen. Ungeachtet dessen ergebe sich die grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl aufgrund der überproportionalen Quote der gekündigten schwerbehinderten Mitarbeiter. Von 89 Mitarbeitern sollten 21 Mitarbeiter entlassen werden was einer Quote von 24 % entspreche. Da sich unter den zu kündigenden Mitarbeitern allein sieben von insgesamt 12 schwerbehinderten Mitarbeitern befänden, entspreche dies einer Quote von 58 %. Hierin liege eine Benachteiligung der schwerbehinderten Mitarbeiter des Unternehmens gemäß § 2 AGG. Ungeachtet dessen sei er mit zwei Mitarbeitern der Putzerei vergleichbar. Dort seien nach wie vor die Mitarbeiter M. G. sowie ein Mitarbeiter mit dem Vornamen W. beschäftigt. Zudem habe er am Terminal 2 gearbeitet. In diesem Bereich seien noch die Mitarbeiter F. M., T. S., Herr W. und zwei weitere Mitarbeiter mit den Vornamen H. und P.. Zudem könne er nach einer kurzen Anlernphase auch größere Kernschießmaschinen bedienen und Arbeiten in der Putzerei übernehmen, sodass die Beklagte die Sozialauswahl auch auf die Bereiche Maschinenkernmacherei und Putzerei hätte erstrecken müssen. Dies sei nicht erfolgt, so dass die Sozialauswahl in jedem Falle grob fehlerhaft sei. Selbst die von dem Beklagten durchgeführte Sozialauswahl sei bei Überprüfung der Anlage B 5 fehlerhaft.

Der unstreitig sozial weniger schutzwürdige Mitarbeiter P. G. sei hinsichtlich seiner Tätigkeiten und seines Einsatzes in jeder Hinsicht mit ihm vergleichbar. Der Kläger hat bestritten, dass der Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung zu seinen Einsatzmöglichkeiten im Bereich der Putzerei und an größeren Kernschießmaschinen angehört worden sei.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands in erster Instanz, insbesondere des weiteren streitigen Parteivorbringens, sowie der erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils einschließlich der Inbezugnahmen verwiesen, § 69 Abs. 2 ArbGG.

Das Arbeitsgericht hat die Kündigungsschutzklage mit Urteil vom 09.12.2010 abgewiesen. Gemäß §§ 1 Abs. 5 KSchG, 125 Abs. 1 S. 1 InsO werde vermutet, dass die Kündigung durch betriebsbedingte Erfordernisse bedingt sei. Diese Vermutungswirkung habe der Kläger nicht entkräftet. Die Beklagte habe dargelegt, dass die Betriebsparteien von der Erforderlichkeit der Belegschaftsreduzierung ausgegangen seien. Es gebe keine Hinweise darauf, dass dieser Ausgangspunkt unvernünftig oder willkürlich angenommen worden sei. Es sei rechtlich nicht zu beanstanden, dass der Arbeitsplatz aufgrund betrieblicher Umstrukturierungen weggefallen und die dort anfallenden Arbeiten auf andere Mitarbeiter, insbesondere Herrn W., verteilt worden seien. Die Vermutungswirkung umfasse auch die fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf anderen freien Arbeitsplätzen im Betrieb. Der Kläger habe auch nicht substantiiert dargelegt, dass die Sozialauswahl im Hinblick auf die Mitarbeiter G., W., M., S., W., B. und G. grob fehlerhaft sei, insbesondere habe er nicht dargelegt, dass er mit diesen Arbeitnehmern vergleichbar sei. Dies gelte insbesondere im Hinblick auf seine körperlichen Einschränkungen aufgrund der Beschwerden an der Wirbelsäule und am Handgelenk und Daumen. Die ausgesprochene Kündigung sei sachorientiert und verstoße nicht gegen das AGG. Insbesondere liege keine Benachteiligung aufgrund der Schwerbehinderung des Klägers vor. Zudem könne gemäß § 125 Abs. 1 Nr. 2 InsO die soziale Auswahl nur im Hinblick auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten und auch insoweit nur auf grobe Fehlerhaftigkeit geprüft werden. Der Kläger habe auch nicht dargelegt, dass vergleichbare Arbeitnehmer ohne Schwerbehinderung mit vergleichbaren Fähigkei-

ten wie entlassene schwerbehinderte Mitarbeiter von dem Beklagten gleichwohl weiterbeschäftigt würden. Die Betriebsratsanhörung sei ordnungsgemäß erfolgt. Die Beklagte habe dargelegt, dass dem Betriebsrat die Sozialdaten aller zu kündigenden Mitarbeiter mitgeteilt worden seien.

Gegen dieses ihm am 10.12.2010 zugestellte Urteil hat der Kläger am 23.12.2010 beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein Berufung eingelegt und diese am 10.02.2010 begründet.

Der Kläger trägt vor,

zwar sei der Beklagte wegen der wirtschaftlichen Situation gezwungen gewesen, Personal abzubauen. Indessen habe er eine fehlerhafte Sozialauswahl vorgenommen. Dies gelte insbesondere im Hinblick auf die sozial weniger schutzwürdigen Mitarbeiter F. M., A. B. und Herrn G.. Ebenso wie F. M. könne er auch das sog. Kerntauchen am Terminal II in der Kernerei ausführen. Er habe in seiner langen Beschäftigungszeit unstreitig bereits diese Tätigkeiten verrichtet. Nur für zwei bis drei Monate im Jahr 2006 sei er wegen Handgelenksproblemen gehindert gewesen, in der Putzerei zu arbeiten. Nach Abklingen der Probleme habe er sowohl im Bereich der Putzerei als auch in der Maschinenkernmacherei gearbeitet. Er habe in der Putzerei – jedenfalls vertretungsweise – auch mit schweren Gewichten gearbeitet. Die Mitarbeiter B. und G. seien in der Putzerei eingesetzt, sodass er auch deren Arbeiten problemlos ausführen könne. Das ärztliche Attest vom 14.05.2003 spreche nur eine Empfehlung aus, infolgedessen habe er auch danach Arbeiten an der größeren Kernschießmaschine erledigt, ohne dass hierdurch körperliche Beeinträchtigungen spürbar gewesen seien. Zudem sei der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß vor Ausspruch der Kündigung angehört worden. Der Betriebsrat sei nicht über die tatsächlich vorhandene Vergleichbarkeit mit den Arbeitnehmern M., B. und G. in Kenntnis gesetzt worden. Die Beklagte habe lediglich pauschal behauptet, dass sie mit dem Betriebsrat die Sozialdaten der zu entlassenden Mitarbeiter erörtert habe. Zudem benachteilige die Beklagte ihn aufgrund der Kündigung wegen seiner Behinderung unangemessen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgericht Neumünster vom 9. Dezember 2010, Az. 2 Ca 1111 a/10, abzuändern und festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigungen des Beklagten vom 17.08.2010, zugegangen am 18.08.2010 per einfacher Post und am 20.08.2010 per Einschreiben, aufgelöst worden ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt

das angefochtene Urteil. Insbesondere sie die getroffene Sozialauswahl nicht grob fehlerhaft. Der Kläger sei nicht vergleichbar mit F. M.. Letzterer werde auch in der Kernmacherei K 2 eingesetzt und könne dort sowohl kleine als auch große Kerne von jeglichem Gewicht tauchen. Dies sei dem Kläger aufgrund seiner Daumen- und Handgelenksprobleme nicht möglich. Auch könne der Kläger nicht – wie F. M. – computergesteuerte Kernschießmaschinen bedienen oder in der Handformerei arbeiten. Der Kläger sei auch nicht mit den Arbeitnehmern B. und G. vergleichbar. Gerade in der Putzerei werde regelmäßig mit schweren Gewichten gearbeitet. Es werde dort mit einer großen Flex und einem mit Pressluft betriebenen Meißel gearbeitet. Dies könne der Kläger aus gesundheitlichen Gründen nicht. Die erfolgte Betriebsratsanhörung sei wirksam. Das Betriebsratsanhörungsverfahren sei zulässigerweise mit den Verhandlungen über den Interessenausgleich verbunden worden. Der Betriebsrat habe aufgrund der langwierigen Interessenausgleichsverhandlungen Kenntnis über die Kündigungsgründe im Einzelnen gehabt. Neben der Auftragssituation sei dem Betriebsrat am 18.06.2010 nochmals erläutert worden, dass Auftragsrückgang u. a. auch zum Wegfall des Beschäftigungsbedarfs beim Eisentransport in der Maschinenformerei führe. Dieser Auftragsrückgang führe in Verbindung mit der Neuverteilung bzw. Umstrukturierung zum Wegfall des klägerischen Arbeitsplatzes. Die Sozialdaten aller Arbeitnehmer hätten dem Betriebsrat vorgelegen. Die Liste der zu entlassenden Mitarbeiter sei wiederholt in Übereinstimmung mit dem Betriebsrat geändert worden. Auch liege keine Benachteiligung des Klägers wegen seiner Behinderung vor.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie den Inhalt des Sitzungsprotokolls vom 08.09.2011 verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist an sich statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 64 Abs. 2 lit. c; 66 Abs. 1 ArbGG; § 519 ZPO.

In der Sache selbst hat die Berufung keinen Erfolg, da sie unbegründet ist.

Das Arbeitsgericht hat die Kündigungsschutzklage des Klägers zu Recht abgewiesen.

I. Die Kündigung vom 17.08.2010 erfolgte aus betriebsbedingten Gründen gemäß § 1 Abs. 2 KSchG i. V. m. § 125 Abs. 1 Nr. 1 InsO (1.) und die vom Beklagten getroffene Sozialauswahl ist nicht grob fehlerhaft gemäß § 125 Abs. 1 Nr. 2 InsO (2.). Die getroffene Sozialauswahl verstößt auch nicht wegen vermeintlicher Diskriminierung aufgrund der Schwerbehinderteneigenschaft des Klägers gegen das allgemeine Gleichstellungsgesetz (3.). Die Kündigung ist auch nicht wegen fehlerhafter Betriebsratsanhörung unwirksam (4.).

1. Die streitgegenständliche Kündigung, die auf einem Interessenausgleich mit Namensliste basiert, war durch dringende betriebliche Erfordernisse, die der Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstanden, bedingt. Der Kläger hat die Vermutungswirkung des § 125 Abs. 1 Nr. 1 InsO nicht zu widerlegen vermocht.

In der Berufungsinstanz bestreitet der Kläger auch nicht mehr, dass dringende betriebliche Gründe den Beklagten zwangen, Personal abzubauen. Hierfür spricht auch die Vermutungswirkung des § 125 Abs. 1 Nr. 1 InsO, die der Kläger in der Berufungsinstanz auch nicht mehr zu widerlegen versucht hat. Insoweit greift er die erstinstanzliche Entscheidung nicht an.

2. Die getroffene Sozialauswahl ist ebenfalls nicht zu beanstanden.

a) Grob fehlerhaft i. S. v. § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO ist eine soziale Auswahl nur, wenn ein evidenter, ins Auge springender schwerer Fehler vorliegt und der Interessenausgleich, insbesondere bei der Gewichtung der Auswahlkriterien, jede Ausgewogenheit vermissen lässt (BAG Urt. v. 28.08.2003 - 2 AZR 368/02 -, AP Nr. 1 zu § 125 InsO; BAG Urt. v. 20.09.2006 – 2 AZR 249/05 -; AP Nr. 316 zu § 613a BGB). Bei einem Interessenausgleich mit Namensliste ist die Sozialauswahl beschränkt auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten, § 125 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Bei der Gewichtung dieser Sozialdaten besteht keine Rangfolge zu Gunsten eines dieser Kriterien, vielmehr steht dem Arbeitgeber insoweit ein Wertungsspielraum zu, (BAG Urt. v. 21.07.2005 - 6 AZR 592/04 -, AP Nr. 50 zu § 113 BetrVG 1972).

Der Maßstab der groben Fehlerhaftigkeit bezieht sich auch auf die Bildung des auswahlrelevanten Personenkreises (BAG Urt. v. 03.04.2008 - 2 AZR 879/06 -, AP Nr. 17 zu § 1 KSchG 1969 ‚Namensliste‘). Durch § 125 Abs. 1 InsO soll den Betriebspartnern gerade im Insolvenzverfahren ein weiter Spielraum bei der Sozialauswahl eingeräumt werden. Das Gesetz geht davon aus, dass u. a. durch die Gegensätzlichkeit der von den Betriebspartnern vertretenen Interessen und durch die auf beiden Seiten vorhandene Kenntnis der betrieblichen Verhältnisse gewährleistet ist, dass dieser Spielraum angemessen und vernünftig genutzt wird. Nur wo dies nicht der Fall ist, sondern der vom Gesetzgeber gewährte Spielraum verlassen wird, so dass der Sache nach nicht mehr von einer “sozialen” Auswahl die Rede sein kann, darf grobe Fehlerhaftigkeit angenommen werden (BAG Urt. v. 03.04.2008 – 2 AZR 879/06 -, a. a. O.).

b) Diesen Maßstab zugrunde gelegt ist die getroffene Sozialauswahl nicht zu beanstanden.

aa) Insbesondere ist nicht zu beanstanden, dass die Beklagte in die Sozialauswahl lediglich die Mitarbeiter der Maschinenkernmacherei mit einbezogen hat. In diesen

Bereich war der Kläger im Frühjahr 2003 aufgrund seiner ärztlich attestierten Rückenprobleme umgesetzt worden und seitdem auch tätig. In der Berufungsbegründung akzeptiert der Kläger letztlich die Entscheidung des Beklagten, dass er mit den in der Maschinenkernmacherei beschäftigten Arbeitnehmern W. und I., die Sonderkündigungsschutz genießen, Z., der Vorarbeiter ist, sowie B. und G., die auch computergesteuerte Kernschießmaschinen bedienen, nicht vergleichbar ist. Er greift insoweit die zu seinen Lasten getroffene Sozialauswahl nicht mehr an. Der ebenfalls in der Kernmacherei tätige N. K. wurde ebenfalls gekündigt.

bb) Die getroffene Sozialauswahl ist aber auch nicht in Bezug auf die Arbeitnehmer M., B. und G. grob fehlerhaft. Bei Vorliegen eines Interessenausgleichs mit Namensliste ist der gerichtliche Prüfungsmaßstab im Hinblick auf die getroffene Sozialauswahl begrenzt auf die grobe Fehlerhaftigkeit. Der Gesetzgeber hat in § 125 Abs. 1 Nr. 2 InsO unterstellt, dass der Betriebsrat im Rahmen der Interessenausgleichsverhandlungen aufgrund seiner Kenntnisse über die betrieblichen Verhältnisse und seiner Stellung als Interessenvertreter der Arbeitnehmerschaft insgesamt, angemessen und vernünftig Einfluss auf die zutreffende Sozialauswahl nimmt. Nicht der Insolvenzverwalter trifft die Sozialauswahl alleine, sondern zusammen mit dem Betriebsrat. Dies ist die vom Gesetzgeber unterstellte Intention des § 125 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Der wesentliche Unterschied zu einer nicht auf einer Namensliste basierenden Entscheidung in der sozialen Auswahl besteht darin, dass der Arbeitnehmer nicht nur darlegen muss, dass die Sozialauswahl fehlerhaft i. S. v. § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG ist, sondern dass er die grobe Fehlerhaftigkeit nachweisen muss (BAG Urt. v. 17.11.2005 – 6 AZR 107/05 -, AP Nr. 19 zu § 113 InsO). Der Kläger verkennt nach wie vor, dass es im Rahmen des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO nicht darum geht, dass die getroffene Sozialauswahl unter Beachtung aller sozialen Kriterien gerecht und ausgewogen ist. Nur wenn die vorgenommene Sozialauswahl aufgrund eines evidenten, ins Auge springenden schweren Fehlers jedwede Ausgewogenheit vermissen lässt, kann gemäß § 125 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf grobe Fehlerhaftigkeit derselben geschlossen werden. Dieser strenge Maßstab bezieht sich nicht nur auf die Gewichtung der Sozialdaten Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und Unterhaltspflichten, sondern auch auf die Bildung des auswahlrelevanten Personenkreises (BAG, Urt. v. 10.06.2010 – 2 AZR 420/09 -, AP Nr. 98 zu § 1 KSchG 1969 ‚Soziale Auswahl‘). Vor

diesem Hintergrund war es indessen gerade nicht grob fehlerhaft, vorliegend gerade die Arbeitnehmer nicht mit in den auswahlrelevanten Personenkreis zu ziehen, die körperlich schwere Arbeiten verrichten müssen. Der Kläger selbst hat unstreitig im Mai 2003 ein ärztliches Attest vorgelegt, aufgrund dessen er wegen Wirbelsäulenbeschwerden auf einem Arbeitsplatz mit „leichterer körperlicher Arbeit“ eingesetzt werden sollte, und um entsprechende Versetzung gebeten. Vor diesem Hintergrund kann es jedenfalls nicht als evident fehlerhaft angesehen werden, Mitarbeiter, die bei ihrer Arbeit schwere Gewichte heben oder mit schweren Werkzeugen umgehen müssen, nicht mit in die Sozialauswahl der mit dem Kläger vergleichbaren Arbeitnehmer einzubeziehen. Hiergegen spricht auch nicht, dass das ärztliche Attest insoweit nur eine „Empfehlung“ ausgesprochen hat. Denn unstreitig hat der Kläger selbst unter Einreichung dieses Attestes um die Umsetzung auf einen „leidensgerechten“ Arbeitsplatz gebeten. Zudem werden dem Kläger in der ärztlichen Bescheinigung „chronische Wirbelsäulenbeschwerden“ attestiert. Bei einer chronischen (Rücken-) Erkrankung handelt es sich um ein langanhaltendes oder immer wiederkehrendes und letztlich auch durch entsprechende Therapien oftmals nicht gänzlich heilbares Leiden. Der Beklagte musste aufgrund des ärztlichen Attestes damit rechnen, dass der Kläger aufgrund seiner gesundheitlichen Konstitution den körperlich schweren Arbeiten in der Putzerei dauerhaft nicht mehr gewachsen ist. Es war angesichts dessen keinesfalls grob fehlerhaft, die Arbeitnehmer B. und G. nicht mit in die Sozialauswahl zu ziehen. Das gleiche gilt auch für den Arbeitnehmer M.. Dieser ist zwar ebenso wie der Kläger in der Kernmacherei tätig, indessen kann Herr M. sowohl Kerne größeren Gewichts tauchen und größere Kernschießmaschinen und computergesteuerte Kernschießmaschinen bedienen. Gerade infolge eines nicht unerheblichen Personalabbaus ist der Arbeitgeber regelmäßig darauf angewiesen, die verbliebenen Arbeitnehmer flexibel einsetzen zu können. Der Kläger kann aufgrund des ärztlichen Attestes indessen schon aus Fürsorgegesichtspunkten nicht mit schwerer körperlicher Arbeit betraut werden. Die Herausnahme des Herrn F. M. aus dem auswahlrelevanten Personenkreis war deshalb jedenfalls nicht grob fehlerhaft.

3. Die Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigung folgt auch nicht aus einer Benachteiligung des Klägers wegen dessen Behinderung. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aufgrund einer Behinderung kann im Rahmen des § 125

Abs. 1 InsO allenfalls zur groben Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl führen. Entgegen der Auffassung des Klägers verstößt die zu seinen Lasten getroffene Sozialauswahl indessen nicht gegen das Verbot der Diskriminierung von Behinderten des § 2 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. §§ 1, 7, 8 Abs. 1 AGG.

a) Die Diskriminierungsverbote des AGG (§§ 1 - 10 AGG) sind im Rahmen der Prüfung der Sozialwidrigkeit von Kündigungen auch zu beachten. Eine Kündigung kann sozialwidrig sein, wenn sie gegen Diskriminierungsverbote verstößt. Die Regelung des § 2 Abs. 4 AGG steht dem nicht entgegen (BAG Urt. v. 06.11.2008 – 2 AZR 523/07 -, AP Nr. 182 zu § 1 KSchG 1969 ‚Betriebsbedingte Kündigung‘).

b) Indessen hat der Kläger nicht darzulegen vermocht, dass der Beklagte die getroffene Sozialauswahl grob fehlerhaft nur aufgrund seiner Behinderung zu seinen Lasten getroffen habe. Die Schwerbehinderung des Klägers war bei der Bildung des auswahlrelevanten Kreises indessen ohne Belang.

Ungeachtet dessen ist eine Auswahl nur dann grob fehlerhaft i. S. v. § 125 Abs. 1 Nr. 2 InsO, wenn sich ihr Ergebnis als grob fehlerhaft erweist. Auch ein mangelhaftes Auswahlverfahren (zu enger Auswahlkreis) kann letztlich zu einem richtigen und damit nicht grob fehlerhaften Auswahlresultat führen (BAG Urt. v. 10.06.2010 – 2 AZR 420/09 -, NZA 2010, 324 f.). Dem entspricht es, dass der gekündigte Arbeitnehmer mit der Kündigungsschutzklage, jedenfalls wenn er – wie vorliegend - ausreichend unterrichtet worden ist, die soziale Auswahl konkret rügen, d. h. geltend machen muss, ein bestimmter mit ihm vergleichbarer Arbeitnehmer sei weniger sozial schutzwürdig, sodass diesem habe gekündigt werden müssen. Die Feststellung der groben Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl setzt mithin voraus, dass der vom Arbeitnehmer konkret gerügte Auswahlfehler tatsächlich vorliegt, also ein bestimmter mit dem Gekündigten vergleichbarer Arbeitnehmer in dem nach dem Gesetz erforderlichen Maß weniger schutzwürdig ist. Diesem Darlegungserfordernis ist der Kläger aber nicht nachgekommen. Insbesondere lässt der Umstand, dass gemessen an der Gesamtbelegschaft unter den gekündigten Arbeitnehmern überproportional viele Schwerbehinderte waren, keinen Rückschluss auf eine grob sozialwidrige Auswahl bezogen auf den Kläger zu. Der darlegungspflichtige Kläger hat insbesondere nicht

substantiiert vorgetragen, dass das Negativ-Auswahlkriterium seine Behinderung war und dass ein nicht behinderter, sozial weniger schutzwürdiger und mit ihm, dem Kläger, vergleichbarer Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werde.

4. Die Kündigung ist auch nicht wegen mangelhafter Betriebsratsanhörung gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam.

a) Nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Gründe für die Kündigung mitzuteilen, d. h. der Arbeitgeber muss schriftlich oder mündlich dem Betriebsrat neben näheren Informationen über die Person des betroffenen Arbeitnehmers die Art und den Zeitpunkt der Kündigung und die seiner Ansicht nach maßgeblichen Kündigungsgründe mitteilen. Der für den Arbeitgeber maßgebende Sachverhalt ist unter Angabe der Tatsachen, aus denen der Kündigungsentschluss hergeleitet wird, näher so zu beschreiben, dass der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in die Lage versetzt wird, die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich über eine Stellungnahme schlüssig zu werden. Kommt der Arbeitgeber diesen Anforderungen an seine Mitteilungspflicht nicht oder nicht richtig nach und unterlaufen ihm insoweit bei der Durchführung der Anhörung Fehler, ist die Kündigung unwirksam (BAG Urt. v. 23.10.2008 - 2 AZR 163/07 -, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 ‚Namensliste‘). Die Anforderungen an die Mitteilungspflichten gegenüber dem Betriebsrat unterscheiden sich allerdings von der prozessualen Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers im Kündigungsschutzverfahren. Sie sind subjektiv determiniert, d. h. der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat nicht alle objektiv kündigungsrechtlich erheblichen Tatsachen, sondern nur die von ihm für die Kündigung als ausschlaggebend angesehenen Umstände mitteilen (BAG Urt. v. 06.07.2006 - 2 AZR 520/05 -, AP Nr. 80 zu § 1 KSchG 1969). Einer näheren Darlegung der Kündigungsgründe durch den Arbeitgeber bedarf es dann nicht, wenn der Betriebsrat bei Einleitung des Anhörungsverfahrens bereits über den erforderlichen Kenntnisstand verfügt, um zu der konkret beabsichtigten Kündigung eine sachgerechte Stellungnahme abgeben zu können (BAG Urt. v. 20.05.1999 - 2 AZR 532/98 -, AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969 ‚Namensliste‘).

b) Hieran gemessen hatte der Betriebsrat vorliegend bereits aufgrund der sich über Monate hinziehenden Interessenausgleichsverhandlungen über die tragenden Kündigungsgründe fortlaufend Kenntnis erlangt. Dies ergibt sich nicht nur aus § 2 des Interessenausgleichs vom 13.07.2010, sondern insbesondere aus den vom Beklagten eingereichten Unterrichtungsschreiben vom 07.12.2009, vom 14.12.2009, vom 19.04.2010 und vom 08.06.2010 (Anlagen B 6 bis B 9). Nach diesen Informationen war für den Beklagten tragender Grund für die beabsichtigten Kündigungen, also auch für die Kündigung des Klägers, die anhaltende Verlustsituation seit 2009, die sich auch im ersten Quartal des Jahres 2010 fortsetzte. Die sich negativ entwickelnden Betriebsergebnisse aus den Jahren 2007, 2008 und 2009 hat der Beklagte dem Betriebsrat bereits mit Schreiben vom 07.12.2009 im Einzelnen dargelegt. Zudem hat er mit Schreiben vom 19.04.2010 ausgeführt, dass sich die Auftragslage seit 2009 nochmals verschlechtert habe, da der Großkunde V... für 2010 noch gar keine Aufträge platziert habe und die Fa. S... lediglich Aufträge für Klemmringe, nicht aber für den Bearing-House erteilt habe. Während der ersten Monate 2010 seien nur monatliche Umsätze von € 300.000,00 bis € 480.000,00 erzielt worden. 2007 und 2008 seien es noch Monatsumsätze von durchschnittlich € 1 Mio. gewesen. Der aufgezeigte Umsatz- und Auftragsrückgang belege zudem, dass eine erhebliche Anzahl von Arbeitsplätzen weggefallen sei. Der Betrieb habe aufgrund der Auftragslage und der aufgezeigten betriebswirtschaftlichen Zahlen auch im Rahmen der Kurzarbeit in 2010 nur eine Überlebenschance mit einer reduzierten Personalstärke und weiterer Kurzarbeit. Hierfür seien 30 Kündigungen notwendig. Im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens hat der Beklagte weiter vorgetragen, dass er insbesondere auf der Betriebsratssitzung vom 18.06.2010 nochmals erläutert habe, dass sich die Auftragsituation in absehbarer Zeit nicht verbessere, sodass eine erhebliche Anzahl von Arbeitsplätzen wegfielen und zwar sehr stark auch im Bereich der Maschinenkernmacherei K 2. Dem Betriebsrat sei mitgeteilt worden, dass der Auftragsrückgang auch eine Umverteilung bzw. Umstrukturierung der Arbeit notwendig mache. Zudem hat der Beklagte dem Betriebsrat als Anlage 2 zum Schreiben vom 19.04.2010 eine Liste sämtlicher Arbeitnehmer nebst Sozialdaten übermittelt. Die vom Beklagten zudem erstellte Liste der zu entlassenden Arbeitnehmer ist im Laufe der Interessenausgleichsverhandlungen auf Intention des Betriebsrats mehrfach geändert worden. Erst am 18.06.2010 haben der Beklagte und der Betriebsrat gemeinsam Übereinstim-

mung erzielt, welche Mitarbeiter entlassen werden sollen. Der Betriebsrat hatte mithin Kenntnis über die Sozialdaten aller Arbeitnehmer, deren erlernten Beruf sowie deren ausgeübte Tätigkeit bzw. möglichen Einsatzbereiche. Soweit der Kläger rügt, dass der Beklagte dem Betriebsrat verschwiegen habe, dass er mit den Arbeitnehmern F. M., A. B. und N. G. vergleichbar sei, verkennt er, dass es sich hierbei um die Frage des materiellen Kündigungsrechts handelt, aber nicht der ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung. Im Rahmen der Betriebsratsanhörung gilt der Grundsatz der subjektiven Determination. Dies bedeutet, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat nur die aus seiner Sicht tragenden Gründe mitteilen muss. Aus Sicht des Beklagten war der Kläger indessen aufgrund seiner gesundheitlichen Einschränkungen nur mit dem Arbeitnehmer N. K. vergleichbar, der ebenfalls gekündigt worden ist. Aus subjektiver Sicht des Beklagten konnte der Kläger weder schwere Werkstücke bearbeiten noch an computergesteuerten Kernschießmaschinen eingesetzt werden. Bei der rechtlichen Prüfung der Betriebsratsanhörung ist es mithin unerheblich, ob der Kläger entgegen der Annahme des Beklagten tatsächlich objektiv mit den betreffenden Arbeitnehmern vergleichbar war, d. h. deren Tätigkeiten auch hätte ausüben können.

II. Nach alledem war die Berufung unbegründet und daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 ArbGG.

Gründe für die Zulassung der Revision lagen nicht vor, § 72 Abs. 2 ArbGG.

gez. ...

gez....

gez....