

Aktenzeichen: 2 AZR 163/07
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 23. Oktober 2008
- 2 AZR 163/07 -

I. Arbeitsgericht
Bochum

Urteil vom 24. November 2005
- 4 Ca 779/05 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 16. November 2006
- 8 Sa 873/06 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Betriebsbedingte Kündigung

Gesetze:

KSchG § 1 Abs. 5; BetrVG § 102

Leitsätze:

keine



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
([mobile App](#))



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 163/07
8 Sa 873/06
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. Oktober 2008

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

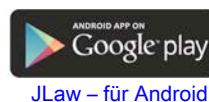
pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Oktober 2008 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert und die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie die ehrenamtlichen Richter Baerbaum und Dr. Sieg für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 16. November 2006 - 8 Sa 873/06 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen, betriebsbedingten Kündigung und über einen Vergütungsanspruch für den Monat Oktober 2005.

1

Der 1956 geborene Kläger ist verheiratet und hat zwei Kinder. Er war seit dem 26. August 1981 als einer von zuletzt acht Fahrern im Versandfahrdienst der Beklagten beschäftigt. Er ist einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt.

2

Die Beklagte ist ein Unternehmen, das Damenoberbekleidung vertreibt. Im Zuge einer im Jahr 2004 eingeleiteten Umstrukturierung kündigte die Beklagte im Januar und April 2004 mehr als 400 Mitarbeitern betriebsbedingt. Am 27. September 2004 vereinbarte sie mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich, mit dem „die Umstrukturierung sowie der in den Monaten Januar 2004 bis einschließlich 24. September 2004 eingeleitete Personalabbau fortgeführt und der Personalabbau von weiteren 59 Mitarbeitern/-innen eingeleitet“ wurde. Der Interessenausgleich ist mit einer Liste der Namen der zu kündigenden Mitarbeiter verbunden. Unter der Nummer 25 befindet sich der Name des Klägers. Anfang Oktober 2004 beschäftigte die Beklagte noch 698 Arbeitnehmer.

3

Im Zuge der beantragten Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung des Klägers fand am 27. Januar 2005 eine Einigungsverhandlung bei der zuständigen örtlichen Verwaltungsstelle statt, an der ua. die Vorsitzende des Betriebsrats und der Vertreter der Schwerbehindertenvertretung der Be-

4



klagten teilnahmen. Über den Inhalt des Gesprächs wurde ein Protokoll gefertigt. Nach der erteilten - nicht bestandskräftig gewordenen - Zustimmung des Integrationsamts hörte die Beklagte den Betriebsrat, der bereits im Rahmen der Interessenausgleichsverhandlungen zu den beabsichtigten Kündigungen angehört worden war, nochmals zur beabsichtigten Kündigung des Klägers an. Am 23. Februar 2005 erklärte der Betriebsrat, er habe die Kündigung des Klägers zur Kenntnis genommen. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 23. Februar 2005 ordentlich zum 30. September 2005.

Im Anschluss an einen im März 2005 zu ihrem Nachteil entschiedenen Kündigungsschutzprozess mit dem Versandmitarbeiter F übertrug die Beklagte diesem Mitarbeiter Beladetätigkeiten und das Fahren des sog. „Umsetzers“. Hierbei handelt es sich um ein für den öffentlichen Straßenverkehr nicht zugelassenes Fahrzeug, mit dem Transporte auf dem Betriebsgelände der Beklagten im Fall notwendig werdender Zwischenlagerung von Waren durchgeführt werden. Der „Umsetzer“ wird pro Fahrt ca. dreißig bis vierzig Meter bewegt, was durchschnittlich etwa zwei Minuten dauert. Das Be- und Entladen des Fahrzeugs nimmt pro Transport etwa 10 Minuten in Anspruch.

Der Kläger hat fristgerecht Kündigungsschutzklage erhoben und Vergütung für den Monat Oktober 2005 unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs geltend gemacht. Er hat das Vorliegen betriebsbedingter Gründe bestritten. Die von der Beklagten behauptete Einschränkung des Fuhrparks rechtfertige die Kündigung nicht, Auslieferungsfahrten fielen weiter an. Die Beklagte habe ihn als Fahrer des sogenannten „Umsetzers“ weiterbeschäftigen können. Hierfür sei ein regelmäßiger Beschäftigungsbedarf vorhanden. Der Versandmitarbeiter F sei sozial weniger schutzwürdig. Im Versand stehe zudem laut Auskunft der Betriebsratsvorsitzenden und des Schwerbehindertenvertreters ein freier Arbeitsplatz zur Verfügung. Die Beklagte habe die Sozialauswahl zu Unrecht auf die vormalig im Fuhrpark eingesetzten Fahrer beschränkt. Aufgrund seines zunehmenden Einsatzes im Versand sei er mit den dort beschäftigten Mitarbeitern vergleichbar, von denen eine Vielzahl ihm gegenüber deutlich weniger schutzwürdig sei. Darüber hinaus sei der Betriebsrat nicht ausreichend über die Kündigungsgründe unterrichtet worden. Insbesondere

5

6



fehle es an Angaben über seinen zeitweise erfolgten Einsatz im Versand und über die weiterhin bestehende Notwendigkeit, „Umsetzer-Fahrten“ durchzuführen. Schließlich liege keine rechtswirksame Zustimmung des Integrationsamts vor.

Der Kläger hat zuletzt beantragt:

7

Festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung vom 23. Februar 2005 nicht aufgelöst worden ist;

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 3.100,35 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1. November 2005 zu zahlen, abzüglich vom Arbeitsamt gezahlter 1.456,20 Euro.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags ausgeführt: Die sich aus § 1 Abs. 5 KSchG ergebende Vermutungswirkung habe der Kläger nicht widerlegt. Infolge der Schließung ihres Betriebs in C und der Aufgabe der bisherigen Zusammenarbeit mit inländischen Zwischenmeistern seien die durchzuführenden Transporte von Rohwaren und Fertigteilen entfallen. Daher sei der eigene Versandfahrdienst aufgegeben und der betriebs-eigene Fuhrpark bis auf einen noch für versandinterne Transportfahrten, ua. zu Außenlagern der Beklagten, benötigten LKW-Zug aufgelöst worden. Andere Auslieferungsfahrten würden von fremden Speditionsfirmen ausgeführt. Zur Durchführung der innerbetrieblichen Transportfahrten sei die Weiterbeschäftigung eines Fahrers erforderlich und ausreichend. Das Fahren des „Umsetzers“ hätte von verschiedenen Versandmitarbeitern und dem verbleibenden Fahrer erledigt werden können und sollen. Erst nach dem Verlust des Kündigungsschutzprozesses mit dem Mitarbeiter F habe sie sich entschlossen, zukünftig auf dem „Umsetzer“ ausschließlich diesen Mitarbeiter einzusetzen. Die Sozialauswahl sei nicht grob fehlerhaft. Der als Fahrer weiterbeschäftigte Arbeitnehmer K sei - unstreitig - sozial schutzwürdiger als der Kläger. Die Versandmitarbeiter seien nicht mit dem Kläger zu vergleichen. Der Betriebsrat sei über die zur Kündigung führenden Tatsachen mündlich umfassend unterrichtet gewesen. Dabei seien auch Informationen zu berück-

8



sichtigen, die die Betriebsratsvorsitzende aufgrund ihrer Teilnahme am Einigungsgespräch vor dem Integrationsamt erlangt habe.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat sie auf die Berufung der Beklagten abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

9

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.

10

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Die erforderliche Zustimmung des Integrationsamts habe vorgelegen. Die fehlende Bestandskraft der Entscheidung sei unbeachtlich, ggf. müsse der Kläger den Weg der Restitutionsklage beschreiten. Die Betriebsratsanhörung sei nicht zu beanstanden. Der Betriebsrat sei unter Einbeziehung der Vorkenntnisse seiner Vorsitzenden aus dem Einigungsgespräch vor dem Integrationsamt über die aus Sicht des Arbeitgebers maßgeblichen Kündigungsgründe vollständig informiert gewesen. Die Kündigung sei auch nicht sozialwidrig iSd. § 1 KSchG. Der Kläger habe die aus § 1 Abs. 5 KSchG folgende Vermutung, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt sei, nicht widerlegt. Ein spezieller Arbeitsplatz für einen „Umsetzerfahrer“ habe in der Betriebsorganisation der Beklagten nicht bestanden und sei frühestens geschaffen worden, nachdem ein anderer Versandmitarbeiter seinen Kündigungsschutzprozess gewonnen habe. Die nach dem Zugang der Kündigung, jedoch noch während der Dauer der Kündigungsfrist eingetretene Veränderung der Sachlage könne allenfalls einen - hier nicht geltend gemachten - Wiedereinstellungsanspruch begründen. Die Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen, den seinerzeit mit dem Fahren des „Umsetzers“ betrauten Versandmitarbeitern die Arbeitsaufgabe zu entziehen, um für den

11



Kläger einen Fahrerarbeitsplatz zu schaffen. Andere Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten habe der Kläger nicht substantiiert aufgezeigt. Die soziale Auswahl sei nicht zu beanstanden. Es fehle an einer Vergleichbarkeit der Fahrer mit den Versandmitarbeitern. Zumindest sei es nicht grob fehlerhaft, wenn die Betriebsparteien bei der Aufstellung der Namensliste die Gruppe der Fahrer des Fuhrparks nicht mit der Gruppe der Versandmitarbeiter als vergleichbar angesehen hätten.

B. Dem folgt der Senat im Ergebnis und in weiten Teilen der Begründung. 12

Die Kündigung der Beklagten vom 23. Februar 2005 hat das Arbeitsverhältnis des Klägers rechtswirksam zum 30. September 2005 beendet. Deshalb hat der Kläger auch keinen Anspruch auf Vergütung für den Monat Oktober 2005. 13

I. Die Kündigung ist nicht wegen fehlender Zustimmung des Integrationsamts nach § 85 SGB IX iVm. § 134 BGB rechtsunwirksam. 14

Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Beklagte vor der Kündigung die wegen der Gleichstellung des Klägers als schwerbehinderter Mensch erforderliche Zustimmung des Integrationsamts eingeholt. Dies greift die Revision nicht an. Das Landesarbeitsgericht durfte auch in der Sache entscheiden, ohne den Ausgang des an sich vorgreiflichen Verwaltungsrechtsstreits über die Zustimmung des Integrationsamts zu der angegriffenen Kündigung abzuwarten. Einer Aussetzung nach § 148 ZPO bedurfte es nicht (*Senat 26. September 1991 - 2 AZR 132/91 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 28 = EzA KSchG § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 10; 13. September 1995 - 2 AZR 587/94 - BAGE 81, 27, 31*). 15

II. Die Kündigung ist nicht wegen fehlerhafter Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. 16

1. Auch bei Vorliegen eines Interessenausgleichs mit Namensliste iSd. § 1 Abs. 5 KSchG ist der Arbeitgeber nicht von der Pflicht zur Anhörung des Betriebsrats zur Kündigung entbunden. Die Betriebsratsanhörung unterliegt keinen 17



erleichterten Anforderungen (*Senat 22. Januar 2004 - 2 AZR 111/02 - AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11; 20. Mai 1999 - 2 AZR 532/98 - BAGE 91, 341, 344*).

2. Nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Gründe für die Kündigung mitzuteilen, dh. 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 (*Senat 15. November 1995 - 2 AZR 974/94 - AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 73 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 89*). 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 (*vgl. Senat 6. Februar 1997 - 2 AZR 265/96 - AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 85 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 96*). 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 (*Senat 27. Juni 1985 - 2 AZR 412/84 - BAGE 49, 136, 142*).

18

Allerdings ist die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers subjektiv determiniert. An sie sind nicht dieselben Anforderungen zu stellen wie an die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess. Es müssen dem Betriebsrat also nicht alle objektiv kündigungsrechtlich erheblichen Tatsachen, sondern vom Arbeitgeber nur die von ihm für die Kündigung als ausschlaggebend angesehenen Umstände mitgeteilt werden (*st. Rspr., bspw. Senat 6. Juli 2006 - 2 AZR 520/05 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 80 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 68; 24. Juni 2004 - 2 AZR 461/03 - AP BGB § 620 Kündigungserklärung Nr. 22 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 9; 6. November 2003 - 2 AZR 690/02 - BAGE 108, 269, 280*). Dagegen führt eine aus Sicht des Arbeitgebers bewusst unrichtige oder unvollständige und damit irreführende

19



Darstellung zu einer fehlerhaften Anhörung des Betriebsrats (vgl. Senat 6. Oktober 2005 - 2 AZR 316/04 - AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 150 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 16; 22. September 2004 - 2 AZR 31/94 - BAGE 78, 39, 47 f.; 13. Mai 2004 - 2 AZR 329/03 - BAGE 110, 331, 334).

3. Gemessen an diesen Grundsätzen hat die Beklagte den Betriebsrat 20 ordnungsgemäß angehört. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend entschieden, dass der Betriebsrat über den aus Sicht des Arbeitgebers bestehenden Kündigungssachverhalt ausreichend unterrichtet war.

a) Einer näheren Darlegung der Kündigungsgründe durch den Arbeitgeber 21 bedarf es 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 (vgl. Senat 20. Mai 1999 - 2 AZR 532/98 - BAGE 91, 341, 346; 28. August 2003 - 2 AZR 377/02 - BAGE 107, 221, 226).

b) Für die Wissenszurechnung ist grundsätzlich der Kenntnisstand der 22 Personen maßgebend, die zur Entgegennahme von Erklärungen gemäß § 26 Abs. 2 Satz 2 BetrVG berechtigt sind (Senat 27. Juni 1985 - 2 AZR 412/84 - BAGE 49, 136, 144). Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht angenommen hat, der Betriebsrat müsse sich die Kenntnisse der Betriebsratsvorsitzenden vom Kündigungssachverhalt zurechnen lassen, die sie aufgrund ihrer Teilnahme an dem Einigungsgespräch vor dem Integrationsamt vom 27. Januar 2005 erlangt hat. Die dort von der Vertreterin der Beklagten übermittelten Informationen standen in einem engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der konkret beabsichtigten Kündigung. Die Einigungsverhandlung hat auch vor der nochmaligen Anhörung des Betriebsrats im Februar 2005 stattgefunden. Die grundsätzliche Zurechenbarkeit der im Einigungsgespräch erlangten Kenntnisse der Betriebsratsvorsitzenden wird von der Revision nicht in Abrede gestellt.

c) Auf dieser Grundlage hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler 23 angenommen, dass dem Betriebsrat sowohl die Auflösung des Fuhrparks und



die hierauf bezogene Sozialauswahl als auch der von der Beklagten eingenommene Standpunkt, die Versandmitarbeiter seien wegen ihrer zusätzlichen Qualifikationen mit dem Kläger nicht vergleichbar, bekannt war.

aa) Das Landesarbeitsgericht hat hinsichtlich des Informationsstands der Betriebsratsvorsitzenden auf die im Protokoll über die Einigungsverhandlung niedergelegten Erklärungen der Vertreterin der Arbeitgeberin abgestellt und diese seiner Entscheidung als in dem Einigungsgespräch tatsächlich abgegeben zugrunde gelegt. Diese tatrichterliche Würdigung steht in Einklang mit § 286 ZPO. Die Revision geht selbst von einer entsprechenden „beweisrechtlichen Wirkung“ des „Einigungsprotokolls“ aus und nimmt hierauf für die mitgeteilten Kündigungsgründe in der Revisionsbegründung Bezug. So verweist die Revision darauf, die Beklagte habe in dem Einigungsgespräch zum Kündigungssachverhalt mitgeteilt, der Fuhrpark werde erheblich eingeschränkt; die Fahrzeuge, bis auf einen LKW, würden veräußert; Transporttätigkeiten, die über die Kapazität des Mitarbeiters K hinausgehen, würden von Fremdfirmen vorgenommen. Insoweit handelte es sich aber gerade um den von der Beklagten ihrem Kündigungsentschluss maßgeblich zugrunde gelegten Kündigungsgrund.

24

bb) Auch über die protokollierten Erklärungen der Vertreterin der Arbeitgeberin zur Sozialauswahl als solche besteht kein Streit. Insbesondere betrifft dies die Erklärung der Vertreterin der Beklagten im Einigungsgespräch, wonach aus Sicht der Beklagten die Versandmitarbeiter über zusätzliche Qualifikationen verfügten, die einer Vergleichbarkeit mit den Fahrern des Fuhrparks entgegen stünden.

25

cc) Hinzu kommt, dass die Beklagte mit der Klageerwiderung unwidersprochen vorgetragen hatte, dem Betriebsrat sei die Entscheidung zur Aufgabe eines eigenen Versandfahrdienstes und Auflösung des Fuhrparks bis auf einen LKW-Zug nebst den insoweit für die Sozialauswahl unter den Fahrern maßgeblichen Tatsachen bereits im Rahmen der Verhandlungen über den Interessenausgleich mündlich mitgeteilt worden. Damit war für den Betriebsrat hinreichend klar, auf welchen kündigungsrelevanten Tatsachenkomplex die Beklagte ihre Kündigung stützt. Zusammen mit den im Einigungsgespräch erlangten

26



Informationen war der Betriebsrat in der Lage, die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen. Einer nochmaligen Darlegung der für die Kündigungsabsicht maßgeblichen Gründe im Zusammenhang mit der zweiten Betriebsratsanhörung bedurfte es insoweit nicht.

dd) Die Rüge der Revision, das Landesarbeitsgericht habe nicht berücksichtigt, dass sämtliche, im Einigungsgespräch vor dem Integrationsamt abgegebenen Erklärungen seinerzeit vom Bevollmächtigten des Klägers bezweifelt wurden, ändert nichts an der Ordnungsgemäßheit der Betriebsratsanhörung. Für die Durchführung der Betriebsratsanhörung kommt es nach dem Grundsatz der subjektiven Determinierung nicht darauf an, ob der vom Arbeitgeber dargestellte Kündigungssachverhalt die Kündigung sachlich rechtfertigen kann. Vielmehr führt selbst eine bei objektiver Würdigung unvollständige Mitteilung der Kündigungsgründe nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 102 BetrVG (*Senat 7. November 2002 - 2 AZR 599/01 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 40 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 50; 11. Dezember 2003 - 2 AZR 536/02 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 65 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 5; 13. Mai 2004 - 2 AZR 329/03 - BAGE 110, 331, 334*). 27

ee) Entgegen der Auffassung des Klägers ist der Betriebsrat über den weiteren Einsatz des sog. „Umsetzers“ nicht fehlerhaft unterrichtet worden. 28

(1) Die Revision rügt, die Beklagte habe den Betriebsrat nicht darüber informiert, dass der „Umsetzer“ nicht veräußert werde und die damit von Mitarbeitern der Beklagten auszuführenden, über die Kapazität des Fahrers K hinausgehenden Transporttätigkeiten weiter anfielen. Das Landesarbeitsgericht hätte das dem Betriebsrat mitgeteilte unternehmerische Konzept, wie vom Kläger mehrfach geltend gemacht, aufklären und den von dem Kläger angetretenen Beweis durch Vernehmung der Betriebsratsvorsitzenden erheben müssen. 29

(2) Es kann dahinstehen, ob die Rügen der Revision überhaupt zulässig sind. Sie sind jedenfalls unbegründet. Es fehlt an der Entscheidungserheblichkeit des behaupteten übergangenen Vorbringens. Die Beklagte brauchte den 30



Betriebsrat nicht darüber zu unterrichten, dass für den Betrieb des „Umsetzers“ eine zusätzliche Person als Fahrer zu beschäftigen war. Eine solche Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bestand aus der subjektiven Sicht der Beklagten im Kündigungszeitpunkt nicht. Ob der dem Betriebsrat insoweit unterbreitete Sachverhalt die Kündigung in tatsächlicher Hinsicht trägt, ist keine Frage der ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats, sondern der sachlichen Rechtfertigung der Kündigung. Dies hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt.

(3) Darüber hinaus liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Beklagte Informationen über anfallende Fahrdienstleistungen im Zusammenhang mit dem Bewegen des „Umsetzers“ gegenüber dem Betriebsrat bewusst zurückgehalten hat, um ihn „in die Irre zu führen“.

ff) Entgegen der Auffassung der Revision bedurfte es keiner besonderen Unterrichtung des Betriebsrats über das durchgeführte Zustimmungsverfahren oder dessen Ergebnis bzw. mögliche Entscheidungsalternativen des Integrationsamts. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats kann die Anhörung des Betriebsrats bereits vor der Durchführung des Zustimmungsverfahrens beim Integrationsamt nach §§ 85 ff. SGB IX erfolgen (*vgl. 18. Mai 1994 - 2 AZR 626/93 - AP BPersVG § 108 Nr. 3 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 31; 11. März 1998 - 2 AZR 401/97 - RzK IV 8a Nr. 45*), zumal das Integrationsamt eine Stellungnahme des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung einholt (§ 87 Abs. 2 SGB IX) und der Betriebsratsvorsitzenden aufgrund ihrer Teilnahme am Einigungsgespräch vom 27. Januar 2005 jedenfalls das Vorbringen der Beklagten zur Begründung ihres Zustimmungsantrags im Wesentlichen bekannt war.

III. Die Kündigung ist auch nicht sozial ungerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 2 KSchG.

1. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, aufgrund der Vermutungswirkung der mit dem Interessenausgleich verbundenen Namensliste, die den Kläger als zu entlassenden Arbeitnehmer ausweist, sei das für die



Kündigung notwendige dringende betriebliche Erfordernis gegeben. Rechtsfehler sind insoweit nicht zu erkennen.

2. Sowohl bei der Frage, ob eine Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist (§ 1 Abs. 2 Satz 1, § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG), als auch ob der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz im selben Betrieb oder Unternehmen weiterbeschäftigt werden kann (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1b KSchG) und ob die soziale Auswahl grob fehlerhaft ist (§ 1 Abs. 3 Satz 1, § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG) handelt es sich um die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe. Sie können vom Revisionsgericht nur dahin überprüft werden, ob das Berufungsgericht die Rechtsbegriffe selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob die Entscheidung in sich widerspruchsfrei ist (*st. Rspr. vgl. etwa Senat 22. Januar 2004 - 2 AZR 111/02 - AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11; 21. Februar 2001 - 2 AZR 39/00 - EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 8*). 35
3. Unter Beachtung dieses eingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfungsmaßstabs ist die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe die gesetzliche Vermutung der Betriebsbedingtheit nach § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG nicht widerlegt, nicht zu beanstanden. 36
- a) Liegen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG vor, muss der Kläger darlegen, dass die Beschäftigung für ihn nicht weggefallen ist. Die Vermutung der Betriebsbedingtheit der Kündigung führt gemäß § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG zur Anwendung des § 292 ZPO. Stellt das Gesetz wie in § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung auf, so ist der Beweis des Gegenteils zulässig. Deshalb ist substantiierter Tatsachenvortrag erforderlich, der den gesetzlich vermuteten Umstand nicht nur in Zweifel zieht, sondern ausschließt (*Senat 22. Januar 2004 - 2 AZR 111/02 - AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1*). 37



Interessenausgleich Nr. 11; 7. Mai 1998 - 2 AZR 536/97 - BAGE 88, 363, 368 f.). Die Vermutungswirkung soll bewirken, dass der Arbeitgeber die Betriebsbedingtheit einer Kündigung nicht mehr in ihren Einzelheiten darzulegen braucht. Dementsprechend muss der Arbeitnehmer substantiiert darlegen, wieso der Arbeitsplatz trotz der Betriebsänderung noch vorhanden ist oder wo er sonst im Betrieb oder Unternehmen weiterbeschäftigt werden kann (Senat 7. Mai 1998 - 2 AZR 536/97 - aaO).

- b) Allerdings können für den Arbeitnehmer bei der Führung des Gegenbeweises gewisse Erleichterungen in Betracht kommen. Handelt es sich wie hier um Geschehnisse aus dem Bereich des Arbeitgebers, so mindert sich die Darlegungslast des Arbeitnehmers durch eine sich aus § 138 Abs. 1 und 2 ZPO ergebende Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers (*sekundäre Behauptungslast; vgl. Senat 6. September 2007 - 2 AZR 715/06 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 170 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 14; APS/Kiel 3. Aufl. § 1 KSchG Rn. 811; Eylert/Schinz AE 2004, 219, 227*). 38
- c) Hiervon ausgehend ist der Vortrag des Klägers, soweit er sich gegen den von der Beklagten behaupteten Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten im Bereich des Versandfahrdienstes wendet, unsubstantiiert. 39
- aa) Sein Hinweis auf weiter notwendige Auslieferungsfahrten steht dem Wegfall des Arbeitsvolumens und des Arbeitsplatzes nicht entgegen. Nach dem Vortrag der Beklagten sind zwar die Fahrten nicht gänzlich weggefallen. Noch anfallende Auslieferungsfahrten werden aber nach Aufgabe des eigenen Versandfahrdienstes und Auflösung des Fuhrparks grundsätzlich durch externe Speditionsfirmen durchgeführt. Dass diese unternehmerische Entscheidung und Umorganisation nicht umgesetzt worden wäre, hat der Kläger nicht geltend gemacht. 40
- bb) Seinem weiteren Einwand, die unternehmerische Entscheidung zur Stilllegung des Fuhrparks sei unwirtschaftlich und willkürlich, ist das Landesarbeitsgericht zu Recht nicht gefolgt. Es ist nicht Aufgabe der Arbeitsgerichte zu überprüfen, ob die vom Arbeitgeber beabsichtigte Maßnahme wirtschaftlich 41



sinnvoll ist oder dem Arbeitgeber eine für zweckmäßiger angesehene betriebliche oder unternehmerische Organisationsstruktur vorzuschreiben (*Senat 26. September 2002 - 2 AZR 636/01 - BAGE 103, 31, 35; 17. Juni 1999 - 2 AZR 522/98 - BAGE 92, 61, 66*).

d) Die vermutete Betriebsbedingtheit der Kündigung wird auch nicht 42
dadurch widerlegt, dass für das Fahren des „Umsetzers“ ein Bedarf besteht.

aa) Entgegen der Auffassung der Revision hat das Landesarbeitsgericht die 43
Erledigung dieser Arbeitsaufgabe nicht generell in Frage gestellt, sondern nur aufgrund der im Zeitpunkt der Kündigung bestehenden Betriebsorganisation einen Bedarf an der Beschäftigung eines weiteren Fahrers neben dem Arbeitnehmer K verneint.

bb) Die dahingehenden Erwägungen des Landesarbeitsgerichts sind nicht 44
zu beanstanden. Zwar reicht es zur Widerlegung der Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG grundsätzlich aus, wenn der Arbeitnehmer substantiiert darlegt und ggf. beweist, aufgrund der getroffenen Unternehmerentscheidung habe sich der Beschäftigungsbedarf nicht in dem vom Arbeitgeber geltend gemachten Umfang verringert. Geht es aber um eine Weiterbeschäftigung in einem anderen als dem originären Arbeitsbereich des Arbeitnehmers, ist weiter notwendig, dass dort ein freier vergleichbarer (gleichwertiger) Arbeitsplatz oder ein freier Arbeitsplatz zu geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen vorhanden ist. Als „frei“ sind grundsätzlich solche Arbeitsplätze anzusehen, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung unbesetzt sind (*st. Rspr. vgl. etwa Senat 1. März 2007 - 2 AZR 650/05 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 164 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 154 mwN*). Dem steht es gleich, wenn Arbeitsplätze bis zum Ablauf der Kündigungsfrist frei werden (*vgl. Senat 22. September 2005 - 2 AZR 365/04 -*), sofern dies dem Arbeitgeber im Kündigungszeitpunkt bekannt war oder bekannt sein musste. Dies war jedoch nicht der Fall.

(1) Nach den mit Revisionsrügen nicht angegriffenen und damit den Senat 45
bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hatte die Beklagte nach



Ausscheiden des in früheren Jahren als alleinigem „Umsetzer-Fahrer“ beschäftigten Arbeitnehmers H die einem anderen Arbeitsbereich zugeordnete Arbeitsaufgabe des „Umsetzer-Fahrens“ den Mitarbeitern des Versands mit einer entsprechenden Fahrerlaubnis („Klasse 2“ iSd. außer Kraft getretenen Regelung des § 5 StVZO) als „Nebenarbeit“ zugewiesen. Nur bei Bedarf und im Falle ihrer Nichtauslastung mit Speditionsfahrten wurde die betreffende Tätigkeit von Mitarbeitern des Fuhrparks miterledigt.

Danach bestand aber keine Beschäftigungsmöglichkeit auf einem „Fahrer-Arbeitsplatz“ mehr, selbst wenn man mit der Revision davon ausgehen würde, die Beklagte habe lediglich die auf dem Arbeitsplatz des „Umsetzer-Fahrers“ zu erledigende Arbeit nach Ausscheiden des Arbeitnehmers H auf vorhandene Versandmitarbeiter umverteilt. Der Kläger hat schon nicht dargelegt, dass nach der Einstellung des eigenen Versandfahrdienstes und Kündigung der dort beschäftigten Arbeitnehmer das Fahren des „Umsetzers“ nicht mehr, wie in der Vergangenheit, durch die Versandmitarbeiter und einen ggf. ergänzenden Einsatz des weiterbeschäftigten sog. „festen“ Fahrers abgedeckt werden konnte. Er hat auch nicht behauptet, die Versandmitarbeiter hätten wegen der ihnen übertragenen Aufgabe des „Umsetzer-Fahrens“ überobligatorische Leistungen in Form von Überstunden erbringen müssen. Damit hat der Kläger das Vorhandensein eines entsprechenden Beschäftigungsbedarfs im Sinne eines freien Arbeitsplatzes nicht substantiiert aufgezeigt.

46

(2) Die weiteren Ausführungen des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen, den Versandmitarbeitern die Arbeit des „Umsetzer-Fahrens“ zu entziehen, um dadurch für den Kläger einen Fahrerarbeitsplatz zu schaffen, greift die Revision nicht an. Sie sind revisionsrechtlich auch nicht zu beanstanden. Nach der Rechtsprechung des Senats ist es grundsätzlich Sache des Arbeitgebers zu bestimmen, wie er vorhandene Arbeiten auf die beschäftigten Arbeitnehmer verteilt. Er kann grundsätzlich das Verhältnis der Anzahl der Arbeitskräfte zum Volumen der anfallenden Arbeit festlegen (*zuletzt etwa Senat 1. März 2007 - 2 AZR 650/05 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 164 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung*

47



Nr. 154). Der Kläger hat keinen Anspruch, dass die Beklagte eine das Beschäftigungsvolumen übersteigende Anzahl von Arbeitsplätzen unterhält bzw. Arbeitnehmer beschäftigt (vgl. Senat 17. März 2005 - 2 AZR 4/04 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 71 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 58; APS/Kiel 3. Aufl. § 1 KSchG Rn. 567; ErfK/Oetker 9. Aufl. § 1 KSchG Rn. 251; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 1 Rn. 746). Dies gilt auch in Anbetracht der Gleichstellung des Klägers mit einem schwerbehinderten Menschen.

(3) Auch die spätere Beschäftigung des Versandmitarbeiters F als „Umsetzer-Fahrer“ steht der vermuteten Betriebsbedingtheit der Kündigung nicht entgegen. Dieser Umstand lässt weder nach § 1 Abs. 5 Satz 3 KSchG die sich aus § 1 Abs. 5 Satz 1 und 2 KSchG ergebenden Wirkungen des Interessenausgleichs und der Namensliste entfallen, noch rechtfertigt sich daraus die Annahme, die durch § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG begründete Vermutungswirkung sei widerlegt.

(a) Die Vermutung der Betriebsbedingtheit der Kündigung und der geänderte Prüfungsmaßstab für die Sozialauswahl (§ 1 Abs. 5 Satz 1 und 2 KSchG) kommen nach § 1 Abs. 5 Satz 3 KSchG nur dann nicht zur Anwendung, wenn sich die Sachlage nach dem Zustandekommen des Interessenausgleichs so wesentlich geändert hat, dass von einem Wegfall der Geschäftsgrundlage auszugehen ist (so zur gleichlautenden Regelung des § 1 Abs. 5 Satz 3 KSchG aF: Senat 22. Januar 2004 - 2 AZR 111/02 - AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11; 21. Februar 2001 - 2 AZR 39/00 - EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 8). Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der wesentlichen Änderung ist der Kündigungszeitpunkt (APS/Kiel 3. Aufl. § 1 KSchG Rn. 807; HWK/Quecke 3. Aufl. § 1 KSchG Rn. 434; Fischermeier NZA 1997, 1089, 1098). Wesentlich ist die Änderung dann, wenn nicht ernsthaft bezweifelt werden kann, dass beide Betriebspartner oder einer von ihnen den Interessenausgleich in Kenntnis der späteren Änderung nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten. Dies ist etwa der Fall, wenn sich nachträglich ergibt, dass nun gar keine oder eine

48

49

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



andere Betriebsänderung durchgeführt werden soll oder wenn sich die im Interessenausgleich vorgesehene Zahl der zur Kündigung vorgesehenen Arbeitnehmer erheblich verringert hat (s. dazu auch *BT-Drucks. 15/1204 S. 12*). Eine geringfügige Veränderung genügt nicht (*Fischermeier NZA 1997, 1089, 1097; von Hoyningen-Huene/Linck DB 1997, 41, 45; zweifelnd Willemsen/Annuß NJW 2004, 177, 181; aA Löwisch BB 2004, 154, 156: „wesentlich“ stets bei Veränderungen gegenüber Namensliste*).

(b) Eine wesentliche Veränderung der Sachlage liegt nicht vor, selbst wenn die Beklagte nunmehr in ihrem Betrieb eine zusätzliche, bislang nicht vorhandene Beschäftigungsmöglichkeit für einen „Umsetzer-Fahrer“ geschaffen hat. Für die Annahme einer wesentlichen Änderung der Sachlage iSd. § 1 Abs. 5 Satz 3 KSchG reicht es nicht aus, dass sich lediglich die individuellen Beschäftigungsmöglichkeiten für einen, in der Namensliste aufgeführten Arbeitnehmer geändert haben. Das Freiwerden eines anderen Arbeitsplatzes nach Abschluss des Interessenausgleichs ist grundsätzlich kein Anwendungsfall des § 1 Abs. 5 Satz 3 KSchG. Nichts anderes gilt in dem Fall, in dem der Arbeitgeber nach Abschluss des Interessenausgleichs in einem anderen Arbeitsbereich eine organisatorische Änderung vornimmt, die für einen einzelnen Arbeitnehmer eine im Zeitpunkt des Abschlusses des Interessenausgleichs nicht vorhandene, zusätzliche Beschäftigungsmöglichkeit schafft.

50

(c) Die Vermutungswirkung des Interessenausgleichs nach § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG kann durch die spätere Entwicklung nur in Frage gestellt werden, wenn sie für den Arbeitgeber vorhersehbar war. Dafür bietet der Vortrag des Klägers keine Anhaltspunkte. Der Hinweis der Revision, dem Arbeitgeber sei es aus dem in § 162 Abs. 1 und 2 BGB normierten Rechtsgedanken verwehrt, sich auf das Fehlen einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit zu berufen, wenn er diesen Zustand selbst treuwidrig herbeigeführt habe (*vgl. etwa Senat 1. Februar 2007 - 2 AZR 710/05 - AP BGB § 162 Nr. 6 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 153*) greift im Entscheidungsfall nicht durch. Die unstreitig nach dem Zugang der Kündigung getroffene Entscheidung der Beklagten, dem Versandmitarbeiter F neben dem Arbeitnehmer K das Fahren des „Umsetzers“

51



zu übertragen, steht in engem Zusammenhang mit ihrem Unterliegen in dem mit dem Arbeitnehmer F geführten Kündigungsschutzprozess und der sich daraus ergebenden rechtlichen Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung dieses Arbeitnehmers. Es ist vom Kläger weder dargetan, noch angesichts der vorherigen betrieblichen Verhältnisse zu erkennen, dass die Beklagte diese Organisationsentscheidung auch ohne die Rückkehr des Arbeitnehmers F in den Betrieb getroffen hätte.

- cc) Ob sich bei der hier vorliegenden Sachlage ein Wiedereinstellungsanspruch des Klägers ergeben kann, bedarf im Streitfall keiner Beantwortung. 52
- e) Die vermutete Betriebsbedingtheit der Kündigung wird schließlich nicht dadurch ausgeschlossen, weil der Kläger auf einem anderen, freien Arbeitsplatz, insbesondere im Bereich „Versand“, hätte beschäftigt werden können. 53
- aa) Die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG erstreckt sich auch auf eine fehlende anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit im Betrieb (*vgl. Senat 22. Januar 2004 - 2 AZR 111/02 - AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11; 7. Mai 1998 - 2 AZR 536/97 - BAGE 88, 363, 368*). Deshalb muss der Kläger Indiztatsachen benennen, mit denen er den ihm obliegenden Gegenbeweis führen will (*vgl. Senat 7. Mai 1998 - 2 AZR 536/97 - aaO*). Dabei reicht es zur Widerlegung der Vermutungswirkung im Rahmen eines ersten Vorbringens, wenn er greifbare Anhaltspunkte für eine derartige Beschäftigungsmöglichkeit benennt (*APS/Kiel 3. Aufl. § 1 KSchG Rn. 810*). 54
- bb) Diesen Anforderungen wird der Vortrag des Klägers nicht gerecht. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Landesarbeitsgericht die Anforderungen an die Substantiierungspflicht des Klägers gemäß § 138 ZPO nicht überspannt. Zu Recht hat es vom Kläger eine Darlegung zu einem angeblich freien Arbeitsplatz im Versand und eine Präzisierung hinsichtlich der Frage „wo denn“ verlangt. Zutreffend weist das Landesarbeitsgericht darauf hin, es sei dem Kläger, der seine Erkenntnisse über das Vorhandensein eines solchen Arbeitsplatzes nach eigener Darstellung aus einem Gespräch mit der Betriebs- 55



ratsvorsitzenden und dem Vertreter der Schwerbehindertenvertretung gewonnen haben will, zumutbar gewesen, sich um eine solche Präzisierung der Angaben zu dem vermeintlich freien Arbeitsplatz zu bemühen und eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit auf einem im Kündigungszeitpunkt freien Arbeitsplatz zu benennen. Da es insoweit an jeglichem einlassungsfähigen Vorbringen des Klägers fehlt, bedarf es auch keiner näheren Auseinandersetzung mit dem Einwand des Klägers, es komme für das Vorhandensein eines freien Arbeitsplatzes allein auf das überschüssige Arbeitsvolumen in dem bezeichneten Arbeitsbereich an (*vgl. dazu nur APS/Kiel 3. Aufl. § 1 KSchG Rn. 600*).

cc) Fehlt es an einer ausreichenden Substantiierung des Vortrags, bedurfte es keiner Beweiserhebung durch Vernehmung der vom Kläger benannten Betriebsratsvorsitzenden und des Schwerbehindertenobmanns. Die insoweit erhobene Verfahrensrüge eines übergangenen Beweisantritts (§ 286 ZPO) ist auch unzulässig. Es fehlt schon an einer Darlegung, welches Ergebnis die unterlassene Beweisaufnahme hervorgebracht hätte (*vgl. dazu Senat 7. Mai 1998 - 2 AZR 536/97 - BAGE 88, 363, 370; 12. Juli 2007 - 2 AZR 666/05 - AP ZPO § 551 Nr. 64 = EzA ZPO 2002 § 551 Nr. 5*).

dd) Die Revision hat auch keine zulässige Aufklärungsrüge (§ 139 ZPO) erhoben, soweit sie geltend macht, das Landesarbeitsgericht habe es versäumt, den Kläger auf die ungenügende Substantiierung seines Vorbringens hinzuweisen. Wird eine Verletzung des § 139 ZPO durch das Berufungsgericht gerügt, muss der Rechtsmittelführer im Einzelnen angeben, wie er auf einen entsprechenden Hinweis reagiert hätte. Der zunächst unterbliebene Vortrag muss nachgeholt werden. Mit der Verfahrensrüge muss er für die erforderliche Schlüssigkeit bzw. Substantiierung seines Vortrags sorgen (*BAG 25. April 2006 - 3 AZR 78/05 - AP BetrAVG § 7 Nr. 111 = EzA BetrAVG § 2 Nr. 27*). Darüber hinaus muss er die Entscheidungserheblichkeit der Verletzung der Hinweispflicht dartun (*BAG 14. März 2005 - 1 AZN 1002/04 - BAGE 114, 67, 69*).

Dem genügt das Vorbringen der Revision nicht. Der Vortrag des Revisionsführers, auf einen entsprechenden Hinweis des Gerichts hätte er vor-

56

57

58



gebracht, zu weiterem Sachvortrag nicht in der Lage zu sein, erfüllt die Voraussetzungen nicht. Eine derartige Erklärung hätte angesichts der den Kläger treffenden Darlegungs- und Beweislast zu keinem anderen rechtlichen Ergebnis führen können.

IV. Die Kündigung ist auch nicht wegen einer fehlerhaften sozialen Auswahl sozial ungerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 3 Satz 1 iVm. Abs. 2 KSchG. Die soziale Auswahl war nicht grob fehlerhaft iSv. § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur sozialen Auswahl lassen keinen revisiblen Rechtsfehler erkennen. 59

1. Aufgrund der namentlichen Benennung des Klägers in der Namensliste des Interessenausgleichs vom 27. September 2004 kann die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Dieser Prüfungsmaßstab gilt nicht nur für die sozialen Indikatoren und deren Gewichtung selbst. Auch die Bildung der auswahlrelevanten Gruppe kann von den Gerichten für Arbeitssachen nur auf grobe Fehler überprüft werden (*st. Rspr. vgl. etwa Senat 3. April 2008 - 2 AZR 879/06 - AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 17 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 15; 21. September 2006 - 2 AZR 284/06 -; zu § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG aF: Senat 7. Mai 1998 - 2 AZR 536/97 - BAGE 88, 363; 21. Januar 1999 - 2 AZR 624/98 - AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 3 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 39*). 60

2. Grob fehlerhaft ist eine soziale Auswahl nur, wenn ein evidenter, ins Auge springender schwerer Fehler vorliegt und der Interessenausgleich jede Ausgewogenheit vermissen lässt (*vgl. zuletzt Senat 3. April 2008 - 2 AZR 879/06 - AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 17 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 15; 21. September 2006 - 2 AZR 284/06 - mwN*). Durch § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG soll den Betriebsparteien ein weiter Spielraum bei der Sozialauswahl eingeräumt werden. Das Gesetz geht aufgrund der Gegensätzlichkeit der von den Betriebsparteien vertretenen Interessen und der auf beiden Seiten vorhandenen Kenntnisse der betrieblichen Verhältnisse davon aus, dass die Betriebsparteien diesen Spielraum angemessen und vernünftig nutzen. Nur wo 61



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 eine grobe Fehlerhaftigkeit angenommen werden (vgl. Senat 21. September 2006 - 2 AZR 284/06 -).

3. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, eine grob fehlerhafte Sozialauswahl liege nicht vor, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 62

a) Es kann dahinstehen, ob die Einschätzung des Landesarbeitsgerichts zu einer objektiv fehlenden Vergleichbarkeit des Klägers mit der Gruppe der Versandmitarbeiter zutrifft. Jedenfalls hat das Landesarbeitsgericht seinen Beurteilungsspielraum nicht verletzt, wenn es angenommen hat, der Beklagten sei es verwehrt, dem Kläger allein aufgrund ihres Direktionsrechts eine ausschließliche Tätigkeit im Versand zuzuweisen und deshalb die Bildung der Vergleichsgruppen durch die Betriebsparteien als möglich angesehen hat. Die vom Landesarbeitsgericht erwähnten Gesichtspunkte sind gut nachvollziehbar. Die von den Betriebsparteien angestellten Überlegungen zur Eingrenzung des auswahlrelevanten Personenkreises waren erkennbar nicht missbräuchlich, insbesondere bei Beachtung der im Zeitpunkt der Erstellung des Interessenausgleichs und der Namensliste bestehenden Betriebsorganisation und mit Rücksicht auf die von den Versandmitarbeitern miterledigten „Umsetzertouren“. 63

b) Die Rüge der Revision, das Landesarbeitsgericht habe maßgeblichen und entscheidungserheblichen Vortrag des Klägers zu in der Vergangenheit auch von den Versandmitarbeitern ausgeführten Fahrertätigkeiten im Versandfahrdienst nicht berücksichtigt, insbesondere zum deutlich weniger schutzwürdigen Mitarbeiter M, ist - unabhängig von ihrer Zulässigkeit - jedenfalls unbegründet. Ob und in welchem Umfang die Versandmitarbeiter in der Vergangenheit als Fahrer eingesetzt wurden, ist insoweit nicht entscheidungserheblich. Entscheidungserheblich ist vielmehr, ob der Kläger in der Lage war, die - nach Auflösung des Versandfahrdienstes - verbleibenden Aufgaben der Versandmitarbeiter zu erledigen und ob die Beklagte dem Kläger diese Funktion im Wege ihres Direktionsrechts übertragen konnte. Der Arbeitgeber 64



hat nämlich in die Sozialauswahl nur die Arbeitnehmer einzubeziehen, die miteinander vergleichbar sind. Dies sind die Arbeitnehmer, die nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen aufgrund ihrer Fähigkeiten und Kenntnisse sowie nach dem Vertragsinhalt austauschbar sind (vgl. Senat 2. März 2006 - 2 AZR 23/05 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 81 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 67; 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04 - BAGE 115, 92). Es geht darum, ob der unmittelbar kündigungsbedrohte Arbeitnehmer den fortbestehenden Arbeitsplatz desjenigen Arbeitnehmers übernehmen kann, dessen Arbeitsplatz nicht weggefallen ist (vgl. BAG 24. Mai 2005 - 8 AZR 333/04 - EzA BGB 2002 § 613a Nr. 37; APS/Kiel 3. Aufl. § 1 KSchG Rn. 680; v.Hoyningen-Huene/Linck KSchG § 1 Rn. 900). Dazu fehlt es aber an entsprechendem Vortrag.

- c) Die Gewichtung der Sozialdaten im Rahmen der Sozialauswahl wird von der Revision nicht angegriffen. Erhebliche Mängel, die geeignet wären, eine grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl zu begründen, sind nicht zu erkennen. Der als Fahrer weiterbeschäftigte Arbeitnehmer K war unstreitig sozial schutzwürdiger als der Kläger. 65
- V. Da die Kündigungsschutzklage unbegründet ist, steht dem Kläger für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist kein Vergütungsanspruch mehr zu. 66
- C. Der Kläger hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen. 67

Rost

Eylert

Berger

Sieg

Baerbaum



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS