

# BUNDEARBEITSGERICHT



6 AZR 289/11  
5 Sa 526/10  
Landesarbeitsgericht  
Niedersachsen

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
18. Oktober 2012

## URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. Oktober 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Gallner und Spelge sowie die ehrenamtlichen Richterinnen Lorenz und Kammann für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 10. Februar 2011 - 5 Sa 526/10 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und dem beklagten Insolvenzverwalter durch eine auf der Grundlage eines Interessenausgleichs mit Namensliste erklärte Kündigung aufgelöst wurde. 1

Der im Juni 1974 geborene Kläger, den keine Unterhaltspflichten gegenüber einer Ehefrau oder Kindern treffen, war seit Dezember 1994 bei der Schuldnerin am Standort A beschäftigt. Er wurde als Maschinenbediener eingestellt. Die Arbeitnehmer der Schuldnerin waren nach ihren Tätigkeiten in die Entgeltgruppen des Bundesentgelttarifvertrags für die Arbeitnehmer in der westdeutschen chemischen Industrie eingruppiert. Maschinenbediener waren grundsätzlich in die Entgeltgruppe E 2 eingereiht. Der Kläger wurde zunächst aus dieser Entgeltgruppe vergütet. Ende 2002 teilte die Beklagte dem Betriebsrat im Verfahren nach § 99 BetrVG mit, der Kläger solle zum 1. Januar 2003 in den Tätigkeitsbereich eines Mischerführers unter gleichzeitiger Höhergruppierung in die Entgeltgruppe E 3 versetzt werden. Ob diese Versetzung tatsächlich durchgeführt worden ist, ist streitig geblieben. Seit dem 1. Januar 2003 erhielt der Kläger eine Vergütung nach der Entgeltgruppe E 3. In diese Entgeltgruppe sind ua. Mischerführer eingereiht. Eine schriftliche Änderung des Arbeitsvertrags erfolgte nicht. 2

Im September 2005 erlitt der Kläger einen Arbeitsunfall, in dessen Folge er einen Tinnitus zurückbehielt. Reha- und Wiedereingliederungsmaßnahmen blieben erfolglos. Aufgrund der durch den Tinnitus eingetretenen Ge- 3

räuschempfindlichkeit konnte er an Arbeitsplätzen mit lauten Umgebungsgeräuschen nicht mehr eingesetzt werden. Ein für ihn geeigneter Dauerarbeitsplatz wurde nicht gefunden, so dass der Kläger seit seinem Arbeitsunfall an keinem festen Arbeitsplatz mehr eingesetzt war. Insgesamt war er seit seinem Arbeitsunfall an 486 Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt. Der Kläger weist einen GdB von 30 auf und ist einem Schwerbehinderten gleichgestellt.

Die Schuldnerin stellte an verschiedenen Standorten Produkte für die Automobilindustrie her. Sie beschäftigte mehrere Tausend Arbeitnehmer. Am 1. März 2009 wurde über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt.

4

Der Beklagte schloss mit dem für den Betrieb A gebildeten Betriebsrat am 18. März 2009 einen Interessenausgleich. Dieser sah aufgrund eines Auftrags-, Umsatz- und Gewinnrückgangs Umstrukturierungs- und Personalanpassungsmaßnahmen vor. Im Betrieb A sollten 153 Arbeitsplätze abgebaut werden. Mit dem Interessenausgleich wurde eine seitens des Insolvenzverwalters und des Betriebsrats unterschriebene Liste der zu kündigenden Arbeitnehmer verbunden. In der Liste sind neben dem Namen des Klägers die Namen weiterer 133 Arbeitnehmer aufgeführt. Der Interessenausgleich lautet auszugsweise:

5

**„§ 1 Geltungsbereich/Gegenstand des Interessenausgleichs**

1.

... Der Insolvenzverwalter hat die unternehmerische Entscheidung getroffen, in den in der Anlage 1 aufgeführten Bereichen Arbeitsplätze abzubauen.

2.

Sollte sich zukünftig zeitweise ein Personalmehrbedarf vorübergehend ergeben, so vereinbaren die Parteien bereits jetzt, dass der Arbeitgeber diesen zunächst mit Leiharbeitskräften bis zu einer Gesamtzahl von bis zu 10%, gemessen an der Belegschaft des Werkes A (Produktionsbetrieb) abdecken kann. Dies ist beschränkt auf einen Personalmehrbedarf, der aufgrund von Urlaubs- und Krankenfehlzeiten entsteht. Sollte sich auftragsbezogen ein vorübergehender Mehrbedarf ergeben, so werden die Betriebsparteien eine gesonderte Regelung treffen, wie diesem Mehrbedarf begegnet werden soll.

...

## **§ 2 Durchführung/Betriebsänderung**

Bei der Gemeinschuldnerin muss am Standort A ein Personalabbau von insgesamt 153 Arbeitsplätzen erfolgen.

Den vom Personalabbau betroffenen und in der Anlage 2 namentlich aufgeführten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern soll noch vor dem 31.03.2009 eine Kündigung ausgesprochen werden. Die Parteien sind sich darüber einig, dass es sich bei der Anlage 2 um eine Namensliste im Sinne von § 125 Insolvenzordnung handelt, die im Wege einer zusammengesetzten Urkunde integraler Bestandteil dieser Betriebsvereinbarung ist.“

Bei den Regelungen zur Sozialauswahl in § 3 des Interessenausgleichs sahen die Betriebsparteien die Möglichkeit zu einer Altersgruppenbildung in fünf Altersgruppen vor. Ferner legten sie fest, dass nach Ermittlung der Punktzahl ggf. eine Härtefallbetrachtung zu erfolgen habe und eine abschließende Einzelfallabwägung aller Gesamtumstände durchzuführen sei. In § 7 des Interessenausgleichs befristeten sie die Geltungsdauer der Leiharbeitnehmerklausel auf die Zeit bis zum 31. Dezember 2009. 6

Die Betriebsparteien trafen am 18. März 2009 zudem eine Betriebsvereinbarung zur Durchführung der Betriebsvereinbarung über den Interessenausgleich, in der die Kriterien für die vorzunehmende Sozialauswahl festgelegt wurden. Danach waren für das Lebensalter ein Punkt, für jedes Jahr der Betriebszugehörigkeit zwei Punkte, für Unterhaltsverpflichtungen fünf Punkte für jedes aus der Lohnsteuerkarte ersichtliche oder anderweitig bekannte Kind sowie weitere fünf Punkte für das „Verheiratetsein“ zu berücksichtigen. Für die Schwerbehinderteneigenschaft wurde ein Punkt pro „10% Grad der Schwerbehinderung/Gleichstellung“ vergeben. 7

Im Betrieb A wurden spätestens seit 30. April 2009 Leiharbeitnehmer beschäftigt. Vor diesem Zeitpunkt waren dort keine Leiharbeitnehmer eingesetzt. 8

Im Rahmen der Sozialauswahl ordneten die Betriebsparteien den Kläger der Vergleichsgruppe der Mischerführer und innerhalb dieser der Alters- 9

gruppe der 26- bis 35-jährigen Arbeitnehmer zu. Nach dem mit dem Betriebsrat vereinbarten Sozialpunkteschema entfielen auf den Kläger 65 Sozialpunkte, darunter für den GdB von 30 drei Punkte. In der Vergleichsgruppe der Mischereiführer befanden sich sieben Arbeitnehmer. In dieser Gruppe wurde ein Arbeitsplatz abgebaut. In der Altersgruppe „bis 25“ befand sich in dieser Vergleichsgruppe kein Arbeitnehmer, ebenso wenig in der Altersgruppe „36-45“. Der Altersgruppe der 26- bis 35-Jährigen hatten die Betriebsparteien neben dem Kläger die Arbeitnehmer D und K zugeordnet. Der im Juli 1973 geborene Arbeitnehmer D ist verheiratet und zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtet. Er ist seit August 1994 bei der Schuldnerin beschäftigt. Herr K ist im März 1975 geboren, verheiratet und drei Kindern zum Unterhalt verpflichtet. Er ist seit Januar 1996 bei der Schuldnerin beschäftigt. Aufgrund dieser Sozialdaten entfielen auf die Arbeitnehmer D und K 78 bzw. 80 Sozialpunkte.

Der Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger nach Anhörung des Betriebsrats, Erstattung einer Massenentlassungsanzeige sowie Erteilung der Zustimmung des Integrationsamts durch Bescheid vom 14. Mai 2009 mit Schreiben 26. Mai 2009 zum 31. August 2009 und stellte den Kläger mit Zugang der Kündigung von der Arbeitsleistung frei. Die Zustimmung des Integrationsamts ist bestandskräftig.

10

Der Kläger hat sich mit seiner am 10. Juni 2009 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage gegen die Kündigung gewandt. Er hält die Kündigung für sozialwidrig. Er hat geltend gemacht, der Interessenausgleich gestatte in § 1 Abs. 2 Unterabs. 1 so umfangreich und beschränkungsarm den Einsatz von Leiharbeitnehmern, dass die Vermutung des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO widerlegt sei. Der Arbeitgeber könne eine Urlaubsquote von 10 % durch Leiharbeiter abdecken. Insoweit hätten urlaubsbezogen planbar auch Stammarbeiter eingesetzt werden können. Angesichts der Diskrepanz zwischen dem nach dem Interessenausgleich vorgesehenen Abbau von 153 Arbeitsplätzen und den nur 134 nach der Namensliste vorgesehenen Kündigungen sei der Interessenausgleich auch nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden. Er hat ferner geltend gemacht, die Sozialauswahl sei fehlerhaft. Er sei aufgrund seines zuletzt erfolgten Einsatzes als faktischer Springer weder konkret als Maschi-

11

nenbediener noch als Mischerführer einzuordnen und habe daher nicht der Vergleichsgruppe der Mischerführer zugeordnet werden dürfen. Schließlich sei keine individuelle Überprüfung der getroffenen Sozialauswahl durch den Beklagten auf besondere Härten erfolgt.

Der Kläger hat zuletzt beantragt

12

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Schuldnerin nicht durch die Kündigung des Beklagten vom 26. Mai 2009 mit Ablauf des 31. August 2009 sein Ende gefunden hat.

Der Beklagte hat sich zur Begründung seines Antrags, die Klage abzuweisen, auf die Vermutungswirkung des Interessenausgleichs mit Namensliste gestützt. Die Klausel im Interessenausgleich, die Leiharbeit in gewissem Umfang zulasse, diene nicht dazu, Austauschkündigungen zu rechtfertigen. In der Zeit von der 24. bis zur 35. Kalenderwoche des Jahres 2009 seien durchschnittlich höchstens 22,6 Leiharbeitnehmer eingesetzt worden. Seit Ablauf der Kündigungsfrist des Klägers sei kein Leiharbeitnehmer dauerhaft auf einem einzelnen, festen Arbeitsplatz eingesetzt worden. Der Kläger sei der Vergleichsgruppe der Mischerführer zugeordnet worden, weil es sich dabei um den letzten dauerhaft von ihm wahrgenommenen Arbeitsplatz gehandelt habe und er aus dieser Tätigkeit vergütet worden sei.

13

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Es hat durch Zeugenvernehmung des Personalleiters M und des früheren Vorarbeiters des Klägers S Beweis über den Einsatz des Klägers seit dem Jahr 2003 erhoben.

14

Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger das Ziel der Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Nach einem Wechsel seines Prozessbevollmächtigten trägt er umfassend neu vor. Er greift mit Rechtsargumenten die Wirksamkeit der Leiharbeitnehmerklausel im Interessenausgleich an. Darüber hinaus macht er erstmals geltend, in der 26., 36., 38. und 41. Kalenderwoche sei die nach dem Interessenausgleich zulässige Leiharbeitnehmerquote überschritten worden. Davon habe er erst durch seinen jetzigen Prozessbevollmächtigten Kenntnis erlangt.

15

Die Sozialauswahl sei grob fehlerhaft, weil die Schwerbehinderung im Punkteschema so gering bewertet sei, dass sie nur in Ausnahmefällen eine Rolle spielen könne. Außerdem sei nicht danach differenziert worden, ob die Schwerbehinderung durch einen Arbeitsunfall oder durch außerbetriebliche Ursachen eingetreten sei. Die Schwerbehinderung des Klägers sei mit mindestens zehn Punkten zu berücksichtigen, ihre Verursachung durch den Arbeitsunfall mit weiteren zehn Punkten. Mit dann insgesamt 82 Punkten sei der Kläger sozial schutzwürdiger als die Arbeitnehmer D und K. Jedenfalls hätte berücksichtigt werden müssen, dass der Kläger mit Personen gleichgestellt sei, bei denen ein GdB von wenigstens 50 vorliege. Deshalb hätten für seine Behinderung mindestens fünf und nicht nur drei Punkte berücksichtigt werden müssen. Darüber hinaus sei die in § 3 Abs. 5 des Interessenausgleichs vorgesehene abschließende Interessenabwägung nicht durchgeführt worden. Schließlich sei die Billigung der Zuordnung des Klägers zur Vergleichsgruppe der Mischerführer durch das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerhaft. Auch in der Vergleichsgruppe der Maschinenbediener hätten sich Arbeitnehmer der Entgeltgruppe 3 befunden.

16

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass die Kündigung des Beklagten vom 26. Mai 2009 das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger am 31. August 2009 beendet hat.

17

A. Die Kündigung vom 26. Mai 2009 ist nicht sozialwidrig iSv. § 1 Abs. 2 und Abs. 3 KSchG.

18

I. Die Kündigung ist durch dringende betriebliche Erfordernisse iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 Var. 3 KSchG bedingt, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstehen. Das Landesarbeitsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die Vermutung des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO nicht widerlegt

19

ist. Die Sachlage hat sich nach Zustandekommen des Interessenausgleichs auch nicht wesentlich geändert iSv. § 125 Abs. 1 Satz 2 InsO.

1. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 125 Abs. 1 Satz 1 InsO sind erfüllt. Darüber besteht zwischen den Parteien kein Streit. 20

2. Der Kläger hat die Vermutung des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO nicht widerlegt. 21

a) Die Vermutung des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO wird nicht bereits durch die Leiharbeitnehmerklausel in § 1 Abs. 2 Unterabs. 1 des Interessenausgleichs vom 18. März 2009 widerlegt. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, das Vorbringen des Klägers lasse nicht erkennen, dass Leiharbeitnehmer die Arbeit gekündigter Stammarbeitnehmer übernommen hätten und deshalb bloße Austauschkündigungen vorlägen, ist rechtsfehlerfrei. 22

aa) Ob die (geplante) Beschäftigung von Leiharbeitnehmern die Annahme rechtfertigt, im Betrieb oder Unternehmen des Arbeitgebers seien freie Arbeitsplätze vorhanden, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Keine alternative Beschäftigungsmöglichkeit iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG besteht, wenn Leiharbeitnehmer lediglich eingesetzt werden, um Auftragsspitzen aufzufangen. An einem freien Arbeitsplatz fehlt es in der Regel auch, wenn der Arbeitgeber Leiharbeitnehmer als Personalreserve vorhält, um den Bedarf zur Vertretung abwesender Stammarbeitnehmer zu decken. Das gilt unabhängig davon, ob der Vertretungsbedarf vorhersehbar ist und regelmäßig anfällt. Andernfalls bliebe der Arbeitgeber nicht frei in seiner Entscheidung, ob er Vertretungszeiten überhaupt und - wenn ja - für welchen Zeitraum überbrückt. Beschäftigt der Arbeitgeber Leiharbeitnehmer dagegen, um mit ihnen ein nicht schwankendes, ständig vorhandenes (Sockel-)Arbeitsvolumen zu decken, kann von einer alternativen Beschäftigungsmöglichkeit iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG auszugehen sein, die vorrangig für sonst zur Kündigung anstehende Stammarbeitnehmer genutzt werden muss (*zum Ganzen vgl. BAG 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn. 25 ff., EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 84; Rost NZA Beilage 1/2009, 23, 26 f.; aA v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 1 Rn. 751* 23



*[Entscheidung zum dauerhaften Einsatz von Leiharbeitnehmern als zu billigende unternehmerische Entscheidung]).*

bb) Nach diesen Grundsätzen ist die Vermutung des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO durch die Leiharbeitnehmerklausel in § 1 Abs. 2 Unterabs. 1 des Interessenausgleichs vom 18. März 2009 nicht widerlegt. 24

(1) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Leiharbeitnehmerklausel verfolge nicht das Ziel, die Stammbesellschaft oder wesentliche ihrer Teile durch Leiharbeitnehmer zu ersetzen. Die Betriebsparteien hätten keine außerhalb des Gesetzeszwecks liegenden Interessen durch beabsichtigte Austauschkündigungen verfolgt. Bei Abschluss des Interessenausgleichs am 18. März 2009 habe nicht festgestanden, ob der Beklagte die Höchstquote von 10 % der Belegschaft des Betriebs A ausschöpfen werde. Die Leiharbeitnehmerklausel sei zudem nach § 7 Satz 2 des Interessenausgleichs auf einen vorübergehenden Zeitraum bis 31. Dezember 2009 begrenzt gewesen. Schließlich betreffe die Klausel einen vorübergehenden Personalmehrbedarf aus dem konkreten Grund von Fehlzeiten aufgrund von Urlaub oder Krankheit. Sie schränke den künftigen Einsatz von Leiharbeitnehmern damit ein. 25

(2) Die Angriffe der Revision zeigen keinen Rechtsfehler dieser Würdigung auf. 26

(a) Die Revision macht geltend, der ständige ununterbrochene Einsatz von Leiharbeitnehmern seit Inkrafttreten des Interessenausgleichs zeige, dass die Anzahl der benötigten Arbeitsplätze dauerhaft höher sei als die verbliebene Anzahl von Stammarbeitnehmern. Es habe nicht nur der Personalmehrbedarf bei unerwarteten Krankheits- bzw. Urlaubsfällen abgedeckt werden sollen. Vielmehr habe bereits bei Abschluss des Interessenausgleichs festgestanden, dass selbst außerhalb der Ferien bei durchschnittlichen Kranken- und Urlaubszeiten die Leiharbeitnehmerquote annähernd ausgeschöpft werden könne. Die Leiharbeitnehmerklausel habe einen systematischen Einsatz von Leiharbeitnehmern gestattet. 27

Diese Angriffe der Revision berücksichtigen nicht, dass es an einem „freien“ Arbeitsplatz unabhängig von der Vorhersehbarkeit der Vertretungszeiten im Allgemeinen fehlt, wenn der Arbeitgeber Leiharbeitnehmer wie hier nur als „externe Personalreserve“ zur Abdeckung von Vertretungsbedarf einsetzen will. Dann liegt kein Austausch eigener Arbeitnehmer durch Leiharbeitnehmer vor (vgl. dazu LAG Köln 25. Januar 2010 - 5 Sa 917/09 - zu II 1 c der Gründe). Vielmehr sollen in der hier gegebenen Fallgestaltung Leiharbeitnehmer nicht dauerhaft, sondern nur zur Vertretung anderer Arbeitnehmer auf von diesen besetzten Arbeitsplätzen eingesetzt werden. Auch wenn sie dabei Tätigkeiten versehen sollen, die ggf. auch der Arbeitnehmer verrichten kann, dessen Kündigung beabsichtigt oder erfolgt ist, steht das dem Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit für diesen Arbeitnehmer nicht entgegen (vgl. BAG 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn. 27 f. mwN, EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 84; Moll/Ittmann RdA 2008, 321, 323; Rost NZA Beilage 1/2009, 23, 26).

28

(b) Der Beklagte hat unbestritten dargelegt, dass es auch nach Beendigung der Sommerferien jeweils unvorhersehbaren Personalmehrbedarf als Grund für den Leiharbeitnehmereinsatz in dem vom Interessenausgleich zugelassenen Umfang gegeben habe. Als Begründung dafür hat er ua. angeführt, es sei durch Störungen bei Neuanläufen oder durch Ineffizienzen infolge der betrieblichen Neuorganisation nach Wirksamwerden der Massenkündigung zu Reibungsverlusten gekommen. Die Revision hält dem entgegen, solche Reibungsverluste seien vorhersehbar gewesen und zeigten, dass es sich bei dem Leiharbeitereinsatz um kein kurzfristiges Phänomen gehandelt habe. Sie nimmt damit an, dass der Beklagte Leiharbeitnehmer beschäftigt habe, um mit ihnen statt mit Stammarbeitnehmern ein ständig vorhandenes Sockelarbeitsvolumen zu decken. Auch damit hat sie die Vermutung des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO nicht widerlegt.

29

(aa) Der Einsatz von Leiharbeitnehmern zum Ausgleich des Personalmehrbedarfs, der durch die vom Beklagten angeführten Reibungsverluste eingetreten ist, diene noch der Abdeckung von Vertretungsbedarf. Der Beklagte hat unwidersprochen dargelegt, er habe die unternehmerische Entscheidung ge-

30

troffen, auf eine Personalreserve weitgehend zu verzichten. Er hat also den verbleibenden Mitarbeiterstamm äußerst knapp bemessen und bei der Ermittlung des verbleibenden Personalbedarfs auch vorhersehbare Reibungsverluste, sei es durch betriebliche Umorganisationen, die unausweichlich Folge von Massenentlassungen sind, sei es beim Anlauf der Herstellung neuer Produkte, nicht berücksichtigt, sondern bei seiner Kalkulation die Arbeitsleistung eingearbeiteter Mitarbeiter zugrunde gelegt. Letztlich resultiert auch ein solcher Mehrbedarf aus der Entscheidung, keine Personalreserve mehr vorzuhalten. Unabhängig davon, dass vor Eintritt der Insolvenz ein derartiger Bedarf durch eine interne Personalreserve gedeckt worden ist und bis zum Abschluss des Interessenausgleichs am Standort A keine Leiharbeitnehmer eingesetzt worden waren, sind auf der Grundlage der Klausel in § 1 Abs. 2 Unterabs. 1 des Interessenausgleichs Leiharbeitnehmer nur auf solchen Arbeitsplätzen eingesetzt worden, die bereits von anderen Arbeitnehmern, nämlich den verbliebenen Stammarbeitnehmern, besetzt waren, die jedoch die auf diesen Arbeitsplätzen anfallenden Arbeiten vorübergehend nicht selbst (vollständig) verrichten konnten.

(bb) Ob sich der Einsatz von Leiharbeitnehmern zur Abdeckung des durch Reibungsverluste eingetretenen Personalmehrbedarfs uneingeschränkt mit dem nach der Leiharbeitnehmerklausel in § 1 Abs. 2 Unterabs. 1 des Interessenausgleichs allein zulässigen Einsatzgrund „Personalmehrbedarf ... aufgrund von Urlaubs- und Krankenfehlzeiten“ in Einklang bringen lässt, kann dahinstehen. Wäre der infolge des Auftretens von Reibungsverlusten erforderlich gewordene Einsatz von Leiharbeitnehmern von der Klausel nicht gedeckt, wäre dadurch der Interessenausgleich verletzt worden, nicht aber seine Vermutungswirkung widerlegt.

31

(c) Die Revision führt außerdem an, der Interessenausgleich gestatte derart umfangreich und beschränkungsarm Leiharbeit, dass bereits dadurch die Vermutungswirkung entfalle. Die durch den Interessenausgleich zugelassene Leiharbeitnehmerquote ist mit 10 % der Belegschaft jedoch noch nicht so hoch, dass bereits daraus folgt, dass der Einsatzgrund „Vertretungsbedarf“ vorge-

32

schofen war und tatsächlich ein Dauerbedarf abgedeckt werden sollte. Dies gilt jedenfalls vor dem Hintergrund der unternehmerischen Entscheidung des Beklagten, auf eine Personalreserve weitgehend zu verzichten. Bei der Festlegung der zulässigen Leiharbeiterquote ist unstreitig zugrunde gelegt worden, dass der Krankenstand erfahrungsgemäß deutlich ansteigt, sobald feststeht, dass der Betrieb tatsächlich geschlossen wird und nur noch eine Ausproduktion stattfindet. Bei Abschluss des Interessenausgleichs war noch kein Erwerber gefunden, so dass eine Ausproduktion und die damit verbundene Befürchtung eines hohen Krankenstandes noch im Raum stand.

b) Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerfrei ausgeführt, dass die Vermutungswirkung des Interessenausgleichs auch nicht durch den Umfang des tatsächlichen Einsatzes von Leiharbeitern am Standort A widerlegt worden sei. 33

aa) Soweit die Revision erstmals geltend macht, in einzelnen Wochen seien mehr Leiharbeiter als von der Leiharbeiterklausel zugelassen eingesetzt worden, handelt es sich um neues Tatsachenvorbringen, das in der Revisionsinstanz grundsätzlich auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Revisionskläger von den neu eingeführten Tatsachen erst nach Schluss der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung Kenntnis erlangt hat (*vgl. BAG 13. April 1956 - 1 AZR 390/55 - BAGE 2, 355, 358*). Neues tatsächliches Vorbringen in der Revision kann nur dann berücksichtigt werden, wenn es unstreitig oder seine Richtigkeit offenkundig ist oder wenn es einen Grund für die Wiederaufnahme des Verfahrens abgeben würde. Außerdem ist neues Vorbringen zu beachten, wenn die Parteien nach der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts keinen Anlass hatten, bestimmte Tatsachen vorzutragen, auf die es nach der Rechtsansicht des Revisionsgerichts ankommt. In einem solchen Fall ist den Parteien durch Zurückverweisung des Rechtsstreits Gelegenheit zu geben, ihr Vorbringen zu ergänzen (*BAG 27. April 2000 - 6 AZR 861/98 - AP BMT-G II § 14 Nr. 1*). Keine dieser Voraussetzungen ist erfüllt. Das Vorbringen der Revision zum Umfang des tatsächlichen Einsatzes von Leiharbeitern kann damit keine Berücksichtigung finden. 34

bb) Darüber hinaus wäre auch insoweit lediglich der Interessenausgleich 35  
verletzt, nicht aber seine Vermutungswirkung widerlegt, wenn mehr Leiharbeit-  
nehmer als nach der Leiharbeitnehmerklausel gestattet eingesetzt worden sein  
sollten. Sofern der Kläger mit seinem Vortrag belegen wollte, es seien systema-  
tisch Leiharbeitnehmer in einer solchen Anzahl eingesetzt worden, dass dies  
nur den Rückschluss darauf zulasse, es habe ein Dauerarbeitsbedarf abge-  
deckt werden sollen, wären die Überschreitungen nach ihrer absoluten Grö-  
ßenordnung (maximal vier Arbeitnehmer) und zahlenmäßigen Häufung (maxi-  
mal vier Wochen) zu gering, um einen derartigen Rückschluss zu ziehen.

c) Der Kläger hat auch nicht aufgezeigt, erst recht nicht substantiiert 36  
dargelegt und bewiesen, dass die unstreitig seit April 2009 im Betrieb der  
Schuldnerin eingesetzten Leiharbeitnehmer (auch) seine Funktion übernommen  
haben, das Bedürfnis für seine Beschäftigung also tatsächlich nicht entfallen  
war. In erster Instanz hat er sich auf Rügen der Sozialauswahl beschränkt, in  
der Berufungsinstanz hat er sich das Urteil des Arbeitsgerichts argumentativ zu  
eigen gemacht. Der bloße Hinweis, dass urlaubsbezogen planbar auch Stamm-  
arbeiter statt der Leiharbeitnehmer hätten eingesetzt werden können, ersetzt  
den erforderlichen konkreten Tatsachenvortrag nicht, dass und inwieweit der  
Arbeitsplatz des Klägers noch vorhanden, jedoch mit (einem oder mehreren)  
Leiharbeitnehmer(n) besetzt worden ist.

3. Durch eine Verringerung der Zahl der zu kündigenden Arbeitnehmer ist 37  
keine wesentliche Änderung der Sachlage iSv. § 125 Abs. 1 Satz 2 InsO einge-  
treten, die die Wirkungen des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO hätte  
entfallen lassen.

a) Eine wesentliche Änderung der Sachlage iSv. § 125 Abs. 1 Satz 2 InsO 38  
liegt nur vor, wenn im Kündigungszeitpunkt von einem Wegfall der Geschäfts-  
grundlage auszugehen ist. Das ist anzunehmen, wenn nicht ernsthaft bezweifelt  
werden kann, dass beide Betriebsparteien oder eine von ihnen den Interessen-  
ausgleich in Kenntnis der späteren Änderung nicht oder mit anderem Inhalt  
geschlossen hätten. Eine solche wesentliche Änderung ist zB dann zu bejahen,  
wenn sich die im Interessenausgleich vorgesehene Zahl der zur Kündigung

vorgesehenen Arbeitnehmer erheblich verringert hat (vgl. zu § 1 Abs. 5 Satz 3 KSchG etwa BAG 28. Juni 2012 - 6 AZR 780/10 - Rn. 32, EzA-SD 2012 Nr. 19, 3; 12. März 2009 - 2 AZR 418/07 - Rn. 20 mwN, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 97 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 17).

b) Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Betriebsparteien einen anderen Interessenausgleich geschlossen hätten, in dessen Namensliste der Kläger nicht mehr aufgeführt worden wäre, wenn sie 19 weitere Arbeitnehmer berücksichtigt hätten, die in der Namensliste nicht zur Kündigung vorgesehen waren. Der Interessenausgleich vom 18. März 2009 war von vornherein nur auf 134 betriebsbedingte Kündigungen ausgerichtet. Der Text des Interessenausgleichs sieht in § 2 Satz 1 zwar den Abbau von 153 Arbeitsplätzen vor. Damit sind aber keine 153 betriebsbedingten Kündigungen gemeint, sondern nur ein notwendiger Abbau von 153 Arbeitsplätzen. Das zeigt sich insbesondere an § 2 Satz 2 des Interessenausgleichs, der sich im Unterschied zu dem in § 2 Satz 1 angesprochenen Abbau von 153 Arbeitsplätzen auf die nach der Namensliste zu kündigenden Arbeitnehmer bezieht. Der Beklagte hat in der Berufungsbegründung zudem nachvollziehbar dargelegt, die Arbeitsverhältnisse von 19 nicht zu kündigenden Arbeitnehmern seien bereits durch Eigenkündigungen oder Aufhebungsverträge beendet worden. Diesen Vortrag hat das Landesarbeitsgericht zutreffend als jedenfalls nicht ausreichend bestritten iSv. § 138 Abs. 3 ZPO bewertet. Die Revision erhebt insoweit keine Rügen. 39

II. Die Kündigung ist nicht sozial ungerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 3 KSchG, § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO. 40

1. Die Zuordnung des Klägers zu der Vergleichsgruppe der Mischerführer war entgegen der Auffassung der Revision nicht grob fehlerhaft. 41

a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger habe nicht beweisen können, dass er vor seinem Arbeitsunfall nicht dauerhaft unter Höhergruppierung in die Entgeltgruppe 3 auf den Arbeitsplatz als Mischerführer 42

versetzt worden sei. Die Angriffe der Revision auf diese Beweiswürdigung genügen den Anforderungen an eine erfolgreiche Verfahrensrüge nicht.

aa) Eine vom Berufungsgericht nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO vorgenommene Beweiswürdigung kann durch das Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob das Berufungsgericht die Voraussetzungen und Grenzen des § 286 ZPO gewahrt und eingehalten hat. Revisionsrechtlich von Bedeutung ist nur, ob das Berufungsgericht den gesamten Inhalt der Verhandlung berücksichtigt und alle erhobenen Beweise gewürdigt hat, ob die Beweiswürdigung in sich widerspruchsfrei, ohne Verletzung von Denkgesetzen sowie allgemeinen Erfahrungssätzen erfolgt und rechtlich möglich ist. Ausreichend ist, dass das Berufungsgericht insgesamt widerspruchsfrei und umfassend hinsichtlich aller wesentlichen Aspekte zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung genommen hat (vgl. nur BAG 28. Juni 2012 - 6 AZR 682/10 - Rn. 70, ZIP 2012, 1927; 21. Juni 2012 - 2 AZR 153/11 - Rn. 22, NZA 2012, 1025; 22. März 2012 - 2 AZR 224/11 - Rn. 26; 27. Juli 2011 - 7 AZR 402/10 - Rn. 51, EzA TzBfG § 17 Nr. 14).

43

bb) Die Revision rügt, entgegen der Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts gehe aus der Aussage des Zeugen S hinreichend deutlich hervor, dass der Kläger nur im Ausnahmefall als Mischerführer eingesetzt worden sei. Aufgrund dieser Aussage hätte das Landesarbeitsgericht davon ausgehen müssen, dass es keinen speziellen Arbeitsplatz des Klägers gegeben habe. Die Revision beschränkt sich damit darauf, ihre Würdigung an die Stelle der Würdigung des Landesarbeitsgerichts zu setzen, ohne reversible Verfahrensfehler aufzuzeigen. Ohnehin hat der Kläger nicht begründet, warum er seit 1. Januar 2003 die Vergütung nach der Entgeltgruppe 3 entgegengenommen hat, obwohl er den damit verbundenen Arbeitsplatz vor seinem Arbeitsunfall nicht dauerhaft übertragen bekommen haben will.

44

b) Ausgehend von der für den Senat damit bindenden Beweiswürdigung hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Betriebsparteien bei der Vornahme der Sozialauswahl den Kläger nicht grob fehlerhaft weiterhin als Mischerführer angesehen haben, obwohl er seit seinem Arbeitsunfall im September 2005 auf diesem Arbeitsplatz nicht mehr dauerhaft eingesetzt

45

werden konnte. Dies gilt umso mehr, als der Kläger bis in die Revisionsinstanz nicht vorgetragen hat, in welche Vergleichsgruppe ihn der Beklagte seiner Auffassung nach zutreffend hätte einordnen sollen. Er hat sich in den Tatsacheninstanzen als „faktischen Springer“ bezeichnet und in der Revisionsbegründung geltend gemacht, es habe für ihn keinen speziellen Arbeitsplatz gegeben. Im Hinblick auf den Umstand, dass es der Schuldnerin trotz jahrelanger Bemühungen nicht gelungen war, einen leidensgerechten Arbeitsplatz für den Kläger zu finden und der Einsatz des Klägers auf einer Vielzahl von Arbeitsplätzen letztlich dieser vergeblichen Suche geschuldet war, durften die Betriebsparteien bei der Zuordnung des Klägers zu einer Vergleichsgruppe auf seinen letzten regulären Arbeitsplatz abstellen, ohne dass diese Zuordnung grob fehlerhaft war.

2. Die Sozialauswahl ist auch nicht deshalb grob fehlerhaft, weil die Gleichstellung des Klägers mit einem Schwerbehinderten nicht angemessen berücksichtigt worden wäre. 46

a) Die Revision macht erstmals geltend, die Sozialauswahl sei grob fehlerhaft, weil im Punkteschema das Kriterium der Schwerbehinderung so gering bewertet sei, dass es nur in Ausnahmefällen eine Rolle spielen könne. Die Schwerbehinderung des Klägers müsse mit mindestens zehn Punkten, ihre Verursachung durch den Arbeitsunfall mit weiteren zehn Punkten berücksichtigt werden. 47

b) Diese Angriffe können in der Revisionsinstanz nicht mehr berücksichtigt werden. Zwar handelt es sich dabei im Ausgangspunkt um ein Rechtsargument, das auch in der Revisionsinstanz grundsätzlich noch eingeführt werden kann. Der Kläger hat aber in den Tatsacheninstanzen nie vorgetragen, welcher aus seiner Sicht mit ihm vergleichbare Arbeitnehmer weniger schutzwürdig als er sei. Darauf hat der Beklagte wiederholt hingewiesen. Erstmals in der Revisionsinstanz hat der Kläger geltend gemacht, er sei unter Berücksichtigung der von ihm für angemessen erachteten Gewichtung seiner Schwerbehinderung mit 82 Punkten sozial schutzwürdiger als die Arbeitnehmer D und K mit 78 bzw. 80 Sozialpunkten. Seine rechtlichen Angriffe auf die Gewichtung des Kriteriums 48



der Schwerbehinderung sind damit untrennbar mit dem neuen Tatsachenvortrag, unter Beachtung der nach Auffassung der Revision zutreffenden Gewichtung dieses Kriteriums gebe es konkret weniger schutzwürdige Arbeitnehmer als den Kläger, verknüpft. Neuer Tatsachenvortrag kann aber, wie ausgeführt, in der Revisionsinstanz nur unter Voraussetzungen in den Rechtsstreit eingeführt werden, die hier nicht vorliegen.

c) Darüber hinaus besteht zwischen dem Kläger einerseits und den Arbeitnehmern D und K andererseits eine weitgehende Übereinstimmung hinsichtlich der Kriterien „Alter“ und „Betriebszugehörigkeit“. Dagegen liegen gravierende Unterschiede hinsichtlich der Unterhaltspflichten vor. Erst die vom Kläger vorgenommene überaus hohe Gewichtung des Kriteriums „Schwerbehinderung“ unter gleichzeitiger besonderer Berücksichtigung des Umstands, dass seine Schwerbehinderung Folge eines Arbeitsunfalls ist, kann überhaupt dazu führen, dass der Unterschied hinsichtlich der Unterhaltspflichten nicht nur ausgeglichen, sondern überkompensiert wird. Es ist aber nicht grob fehlerhaft, dass die Betriebsparteien die Schwerbehinderung nicht in dieser Weise gewichtet haben. Ohnehin bestünden selbst dann, wenn sie die vom Kläger für zutreffend erachtete Gewichtung der Schwerbehinderung vorgenommen hätten, nur marginale Unterschiede in den Punktwerten (82 Punkte für den Kläger, 78 bzw. 80 für die Arbeitnehmer D und K). Diese marginalen Unterschiede allein könnten eine grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl noch nicht begründen (*vgl. BAG 10. Juni 2010 - 2 AZR 420/09 - Rn. 28, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 98 = EZA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 22*).

49

Es kann deshalb dahinstehen, ob die Betriebsparteien auch für Gleichgestellte wie den Kläger auf den GdB, hier 30, abstellen durften oder ob sie, wie der Kläger geltend macht, berücksichtigen mussten, dass nach der gesetzlichen Wertung die Vermittlungschancen dieser Arbeitnehmer genauso eingeschränkt sind wie die von Arbeitnehmern mit einem GdB von mindestens 50. Bejaht man dies, so hätten sie die Schwerbehinderung des Klägers mit fünf statt mit drei Punkten gewichten müssen. Dies allein führte jedoch zu keinem anderen Ergebnis der Sozialauswahl, weil der Kläger auch unter Berücksichtigung einer

50

solchen Gewichtung seiner Schwerbehinderung noch deutlich sozial stärker als die beiden anderen Arbeitnehmer wäre.

3. Die Altersgruppenbildung, die der Sozialauswahl zugrunde lag, beanstandet der Kläger nicht (*zur Zulässigkeit von Altersgruppenbildungen in einem Interessenausgleich mit Namensliste, die der Erhaltung der vorhandenen Altersstruktur dienen, vgl. BAG 28. Juni 2012 - 6 AZR 682/10 - Rn. 28 ff., ZIP 2012, 1927; 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn. 48, 59 ff., EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 84*). 51

4. Die erstmals von der Revision erhobene Rüge, die Betriebsparteien hätten entgegen der Regelung in § 3 Abs. 5 des Interessenausgleichs keine Interessenabwägung aller Gesamtumstände vorgenommen und damit die von ihnen selbst festgelegten Kriterien nicht umgesetzt, ist rechtlich unbeachtlich. Selbst wenn zugunsten des Klägers unterstellt würde, dass die Betriebsparteien bzw. der Beklagte eine solche abschließende Abwägung nicht vorgenommen hätten, läge lediglich ein Fehler im Auswahlverfahren vor, der aber nicht dazu geführt hätte, dass die Sozialauswahl auch im Ergebnis grob fehlerhaft ist. Wie ausgeführt, ist der Kläger deutlich sozial stärker als die Arbeitnehmer D und K, so dass auch eine Einzelfallbetrachtung bei der Sozialauswahl nicht den Ausschlag zugunsten des Klägers hätte geben müssen. 52

B. Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass der Beklagte vor der Kündigung die Zustimmung des Integrationsamts eingeholt, den Betriebsrat ordnungsgemäß nach § 102 BetrVG angehört und die von ihm erstattete Massenentlassungsanzeige den gesetzlichen Anforderungen genügt hat. Fehler des Beklagten sind insoweit auch nicht ersichtlich. 53

C. Die dreimonatige Kündigungsfrist des § 113 Satz 2 InsO ist eingehalten. Die Kündigung vom 26. Mai 2009 wirkte zum 31. August 2009. 54

D. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen.

Fischermeier

Gallner

Spelge

Lorenz

Kammann