

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 420/09  
14 Sa 1173/08  
Hessisches  
Landesarbeitsgericht

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
10. Juni 2010

## URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. Juni 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, den Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-Scholemann, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Bartz und Falke für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 22. Januar 2009 - 14 Sa 1173/08 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer von der Beklagten auf betriebliche Gründe gestützten ordentlichen Kündigung. Dabei steht im Vordergrund die Frage, ob die Sozialauswahl grob fehlerhaft iSd. § 1 Abs. 5 KSchG ist. 1

Der Kläger ist 1961 geboren und hat Unterhaltsverpflichtungen gegenüber zwei Personen. Er trat 1996 als Industriemechaniker in die Dienste der Beklagten. Er ist behindert mit einem Grad von 30 und einem Schwerbehinderten gleichgestellt. 2

Die Beklagte ist ein tarifgebundenes Unternehmen der Metall- und Elektroindustrie, das automatische Türsysteme für Straßen- und Schienenfahrzeuge produziert. Sie beschäftigte zum Zeitpunkt der Kündigung ca. 570 Arbeitnehmer. 3

Mit Datum vom 15. Oktober 2007 schloss sie mit dem bei ihr bestehenden Betriebsrat einen Interessenausgleich und einen Sozialplan. Im Interessenausgleich ist ein Abbau von 65 Stellen vorgesehen. Für die Sozialauswahl wurden alle gewerblichen Arbeitnehmer als vergleichbar angesehen. Die nach dem Gesetz zu berücksichtigenden sozialen Gesichtspunkte wurden nach einer Punktetabelle bewertet. Zur Sicherung der Altersstruktur erfolgte die Sozialauswahl in vier Altersgruppen, deren erste bis zum 29. Lebensjahr reich- 4

te, während die folgenden Gruppen Arbeitnehmer bis zum 39., 49. und ab dem 50. Lebensjahr erfassten.

Gemeinsam mit dem Betriebsrat wurden außerdem Arbeitnehmer bestimmt, die nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG als „Leistungsträger“ aus der Sozialauswahl herauszunehmen waren. Die etwa zehn Tage nach dem Interessenausgleich unterschriebene Namensliste, die nach ihrem Wortlaut „Bestandteil des Interessenausgleichs“ war, verzeichnete auch den Namen des Klägers.

5

Nach Zustimmung des Integrationsamts kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 29. November 2007 zum 31. März 2008.

6

Der Kläger hat die Kündigung für sozialwidrig gehalten. Sie sei nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt. Die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 KSchG greife im Streitfall nicht, da die Namensliste getrennt vom Interessenausgleich erstellt worden sei. Außerdem sei nicht der Betriebsrat, sondern der Gesamtbetriebsrat zuständig gewesen. Die Unterzeichnung von Interessenausgleich und Namensliste von Seiten des Betriebsrats sei nicht durch entsprechende Beschlüsse gedeckt. Darüber hinaus werde die Vermutung der Betriebsbedingtheit dadurch widerlegt, dass die Beklagte noch in der Kündigungsfrist eine erhebliche Anzahl von Leiharbeitnehmern eingestellt habe. Jedenfalls sei die Sozialauswahl grob fehlerhaft, weil die Beklagte alle gewerblichen Arbeitnehmer als vergleichbar angesehen habe. Schließlich habe die Beklagte nicht ausreichend dargelegt, warum sie einzelne Mitarbeiter als Leistungsträger aus der Sozialauswahl herausgenommen habe.

7

Der Kläger hat beantragt

8

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 29. November 2007 zum Ablauf des 31. März 2008 aufgelöst worden ist;

2. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Klageantrag Ziffer 1. zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Industriemechaniker weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die Namensliste werde den gesetzlichen Vorgaben einschließlich der Formvorschriften gerecht. Sie sei auf der Grundlage und im Rahmen wirksamer Beschlüsse unterzeichnet worden. Die Sozialauswahl sei nicht grob fehlerhaft. Die gewerblichen Arbeitnehmer seien sehr wohl vergleichbar. Die nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG im betrieblichen Interesse aus der Sozialauswahl herausgenommenen Arbeitnehmer habe sie anhand einer Qualifikationsmatrix ermittelt. 9

Das Arbeitsgericht hat nach den Klageanträgen erkannt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage. 10

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist begründet. Die Würdigungen des Landesarbeitsgerichts zu den tatbestandlichen Voraussetzungen von § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG sind zwar frei von Rechtsfehlern (*I.*). Die vom Landesarbeitsgericht gegebene Begründung trägt jedoch nicht die Schlussfolgerung, die Sozialauswahl sei grob fehlerhaft iSd. § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG (*II.*). Ob die Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen gerechtfertigt ist (*III.1*), ob die soziale Auswahl beanstandet werden muss (*III.2*) und ob die Kündigung wegen fehlerhafter Anhörung des Betriebsrats unwirksam ist (*III.3*), kann mangels ausreichender tatsächlicher Feststellungen des Landesarbeitsgerichts noch nicht entschieden werden. Der Rechtsstreit war deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. 11

I. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zu den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG sind nicht zu beanstanden. 12

1. Die Kündigung vom 29. November 2007 beruht auf einer Betriebsänderung iSd. § 111 BetrVG (§ 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG, § 17 Abs. 1 Satz 1 13

Nr. 3 KSchG). Der Kläger ist als zu kündigender Arbeitnehmer in der Namensliste zum Interessenausgleich aufgeführt.

2. Soweit der Kläger geltend macht, das dem Interessenausgleich zugrunde liegende Punktesystem sei altersdiskriminierend, würde dies, selbst wenn es zuträfe, nicht die gesetzliche Vermutung des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG beseitigen. Ein möglicher Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung kann allenfalls zur groben Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl führen. Er hat nicht die „Unwirksamkeit“ der Namensliste und des Interessenausgleichs insgesamt und damit den Wegfall der gesetzlichen Vermutung der Betriebsbedingtheit der Kündigung zur Folge (*Senat 12. März 2009 - 2 AZR 418/07 - Rn. 18, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 97 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 17; 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - Rn. 21, BAGE 128, 238*). Wenn die in dem Interessenausgleich benannten Arbeitnehmer nach anderen Kriterien auszuwählen sind als von den Betriebsparteien vorgesehen, ändert das nichts daran, dass diese ein geringeres Arbeitsvolumen erkannt und für die in dem Interessenausgleich vorgesehene Anzahl von Entlassungen einen betriebsbedingten Grund angenommen haben (*vgl. zuletzt Senat 5. November 2009 - 2 AZR 676/08 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 183 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 20*).

14

3. Zutreffend ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der Interessenausgleich sei nicht deshalb formunwirksam, weil die Namensliste erst einige Tage nach Unterzeichnung des Interessenausgleichs unterschrieben wurde.

15

a) Nach § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist ein Interessenausgleich über eine geplante Betriebsänderung schriftlich niederzulegen und vom Unternehmer und vom Betriebsrat zu unterschreiben. Auf das gesetzliche Schriftformerfordernis sind die §§ 125, 126 BGB anwendbar. Das Schriftformerfordernis ist nicht deshalb verletzt, weil die Namensliste nicht im Interessenausgleich selbst, sondern in einer Anlage enthalten ist. § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG aF spricht zwar davon, die namentliche Bezeichnung müsse „in dem Interessenausgleich“ erfolgen. Dieses Erfordernis ist aber erfüllt, wenn Interessenausgleich und

16

Namensliste eine einheitliche Urkunde bilden (*Senat 12. Mai 2010 - 2 AZR 551/08 -*; *21. Februar 2002 - 2 AZR 581/00 - EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 10*; *7. Mai 1998 - 2 AZR 55/98 - BAGE 88, 375*). Eine einheitliche Urkunde liegt unzweifelhaft vor, wenn sowohl Interessenausgleich als auch Namensliste unterschrieben und von Anfang an körperlich miteinander verbunden sind. Eine einheitliche Urkunde kann aber selbst dann vorliegen, wenn die Namensliste getrennt vom Interessenausgleich erstellt worden ist. Voraussetzung ist, dass im Interessenausgleich auf die zu erstellende Namensliste verwiesen wird, die erstellte Namensliste - ebenso wie zuvor der Interessenausgleich - von den Betriebsparteien unterschrieben worden ist und die Liste ihrerseits eindeutig auf den Interessenausgleich Bezug nimmt (*Senat 12. Mai 2010 - 2 AZR 551/08 -*).

b) Der Interessenausgleich ist am 15. Oktober 2007 und die Namensliste am 26. Oktober 2007 - und damit jedenfalls zeitnah - unterzeichnet worden. Ferner ist im Interessenausgleich auf die Namensliste und in dieser auf jenen Bezug genommen. Damit ist das gesetzliche Schriftformerfordernis gewahrt. 17

II. Zu Recht macht die Revision geltend, dass die Erwägungen des Landesarbeitsgerichts zur Sozialauswahl nicht mit dem Gesetz übereinstimmen. Das Landesarbeitsgericht hat die grobe Fehlerhaftigkeit der sozialen Auswahl allein damit begründet, deren „Durchführung“ sei grob fehlerhaft. Es hat sich mit dem vom Kläger gerügten und von der Beklagten verteidigten Auswahlergebnis nicht befasst. Damit entspricht seine Würdigung nicht den Forderungen des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG. 18

1. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats führt das Landesarbeitsgericht zunächst aus, dass der Prüfungsmaßstab der groben Fehlerhaftigkeit nicht nur für die sozialen Indikatoren und deren Gewichtung selbst gilt, sondern auch für die Bildung der auswahlrelevanten Gruppen (*21. September 2006 - 2 AZR 284/06 - Rn. 22*). Richtig ist auch der vom Landesarbeitsgericht angelegte Maßstab: Eine soziale Auswahl ist nur dann grob fehlerhaft, wenn ein evidenter, ins Auge springender schwerer Fehler vorliegt und der Interessenausgleich jede Ausgewogenheit vermissen lässt (*Senat* 19

21. September 2006 - 2 AZR 284/06 - Rn. 23 mwN). Das Berufungsgericht hat aber nicht beachtet, dass die vom Arbeitgeber - zusammen mit dem Betriebsrat - getroffene Auswahl nur dann grob fehlerhaft iSd. § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG ist, wenn sich ihr Ergebnis als grob fehlerhaft erweist. Dagegen ist regelmäßig nicht maßgebend, ob das gewählte Auswahlverfahren beanstandungsfrei ist. Ein mangelhaftes Auswahlverfahren kann zu einem richtigen - nicht grob fehlerhaften - Auswahlergebnis führen (Senat 18. Oktober 2006 - 2 AZR 473/05 - BAGE 120, 18; 9. November 2006 - 2 AZR 812/05 - BAGE 120, 137; 17. Januar 2008 - 2 AZR 405/06 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 96). Dem entspricht es, dass der gekündigte Arbeitnehmer mit der Kündigungsschutzklage, jedenfalls wenn er ausreichend unterrichtet worden ist (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG), die soziale Auswahl konkret rügen, dh. geltend machen muss, ein bestimmter mit ihm vergleichbarer Arbeitnehmer sei weniger sozial schutzwürdig, so dass diesem habe gekündigt werden müssen. Die Würdigung des Gerichts, die soziale Auswahl sei nicht ausreichend bzw. grob fehlerhaft, setzt deshalb die Feststellung 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 schutzbedürftig ist.

2. Gemessen an diesen Vorgaben tragen die Erwägungen des Landesarbeitsgerichts nicht die von ihm gezogene rechtliche Schlussfolgerung. Der Kläger hat die Sozialauswahl konkret gerügt, indem er mehrere nicht gekündigte Arbeitnehmer namentlich benannt hat. Die Beklagte hat hierzu vortragen, weshalb ihrer Auffassung nach die Sozialauswahl mit dem konkreten Ergebnis nicht zu beanstanden ist. Das Landesarbeitsgericht hat sich mit dem dazu gehaltenen wechselseitigen Vortrag nicht näher befasst, sondern allgemein die Einbeziehung sämtlicher gewerblicher Arbeitnehmer in die Sozialauswahl bemängelt und allein daraus die grobe Fehlerhaftigkeit der Auswahl abgeleitet. Aus seinem Urteil ist nicht ersichtlich, wie sich die möglicherweise von fehlerhaften Überlegungen geleitete Bestimmung des auswahlrelevanten Personenkreises auf das konkrete Ergebnis der Auswahl ausgewirkt hat und im Vergleich zu welchem oder welchen der vom Kläger benannten - und mit ihm

20

vergleichbaren - Arbeitnehmern die Auswahl grob fehlerhaft sein soll. Gleiches gilt für die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zu § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG. Auch hier trifft es keine Feststellungen zum Auswahlergebnis, sondern bemerkt lediglich, das Vorgehen der Beklagten bei der Darlegung des Personenkreises sei widersprüchlich.

III. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig. Die Sache ist mangels ausreichender Tatsachenfeststellungen nicht zur Entscheidung reif und muss deshalb an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden (§§ 561, 563 ZPO). 21

1. Ob dringende betriebliche Erfordernisse die Kündigung iSd. § 1 Abs. 2 KSchG bedingen oder ob sie nach § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG zu vermuten sind, kann aufgrund der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts noch nicht abschließend beurteilt werden. 22

a) Das Landesarbeitsgericht hat zu den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG lediglich ausgeführt, sie seien weder wegen Verstoßes gegen §§ 1, 10 AGG noch wegen Verstoßes gegen das gesetzliche Schriftformerfordernis zu verneinen. Eine positive Feststellung, dass diese Voraussetzungen vollständig vorlägen, findet sich in den Entscheidungsgründen nicht. Dies wird gegebenenfalls nachzuholen sein. 23

aa) Dabei dürfte allerdings entgegen der Auffassung des Klägers von der Zuständigkeit des Betriebsrats für den Abschluss von Interessenausgleich und Sozialplan auszugehen sein. Aus dem allgemeinen Hinweis des Klägers, es seien auch andere Betriebe betroffen, ergibt sich keine zwingende Notwendigkeit für eine betriebsübergreifende Regelung. Nur bei einer solchen zwingenden Notwendigkeit kann die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats für einen Interessenausgleich bestehen (vgl. BAG 11. Dezember 2001 - 1 AZR 193/01 - zu II 1 a, b der Gründe mwN, BAGE 100, 60). 24



- bb) Was die Ausführungen des Klägers zur angeblich fehlenden Bevollmächtigung des Betriebsratsvorsitzenden (*zur Unterzeichnung des Interessenausgleichs*) und des stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden (*zur Unterzeichnung der Namensliste*) betrifft, so wird das Landesarbeitsgericht ggf. auch deren Berechtigung nachzugehen haben. 25
- cc) Nicht auseinandergesetzt hat sich das Landesarbeitsgericht mit dem Vortrag des Klägers, der die etwa bestehende gesetzliche Vermutung der Betriebsbedingtheit widerlegen soll. Der Kläger hat dazu behauptet, es habe freie Arbeitsplätze gegeben und die Beklagte habe bis zu 23 Leiharbeitnehmer beschäftigt. Die Beklagte hat ua. ausgeführt, die Leiharbeitnehmer seien wegen erhöhten Krankenstandes während der laufenden Kündigungsfristen eingesetzt worden. Auch dies wird das Landesarbeitsgericht gegebenenfalls näher aufzuklären haben. 26
2. Ob die Kündigung nach § 1 Abs. 3, Abs. 5 KSchG unwirksam ist, lässt sich aufgrund der bisherigen Feststellungen ebenfalls nicht beurteilen. 27
- a) Der Kläger hat, nachdem die Beklagte Auskunft erteilt hatte, die Sozialauswahl hinsichtlich mehrerer nicht gekündigter Arbeitnehmer beanstandet. Von diesen Arbeitnehmern weisen allerdings sechs entweder genauso viele oder nur bis zu 2 Punkte weniger als der Kläger auf: S (69), F (70), Se (70), E (70), G (71) und P (71). Da nach der Rechtsprechung des Senats derart marginale Punktunterschiede jedenfalls für sich genommen nicht zur groben Fehlerhaftigkeit führen, kann sich diese nur im Vergleich des Klägers zu den übrigen von ihm genannten Arbeitnehmern ergeben, nämlich T (50), Th (43), Pe (52), Sa (57), Gr (60), W (62), Si (62) und Em (41). Zu diesen hat die Beklagte vorgetragen, die Herren T und Em gehörten einer anderen Altersgruppe an. Die übrigen Arbeitnehmer seien für den Betrieb notwendig, was sich bei Anwendung der von ihr verwendeten Qualifikationsmatrix ergebe und durch Vernehmung der Zeugen H und Gü bewiesen werden könne. Der Kläger ist diesem Vorbringen der Beklagten entgegengetreten, hat allerdings vorgetragen, 28

er könne einige dieser Tätigkeiten ohnehin nicht ausüben. Auch dem wird das Landesarbeitsgericht gegebenenfalls nachzugehen haben.

b) Sollte es darauf ankommen, ob einzelne Arbeitnehmer zu Recht aus der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG herausgenommen worden sind, wird das Landesarbeitsgericht zu beachten haben, dass auch insoweit der Maßstab der groben Fehlerhaftigkeit anzuwenden ist (*noch offen gelassen Senat 12. April 2002 - 2 AZR 706/00 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 56 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 48 zu der von 1996 bis 1998 in Kraft gewesenen Fassung des KSchG*). Dies entspricht der eindeutigen Absicht des Gesetzgebers (*BT-Drucks. 15/1204 S. 12*). Schon in der Entscheidung vom 12. April 2002 (*aaO*) hat der Senat ausgesprochen, dass bei der Herausnahme einzelner Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl eine Abwägung mit den sozialen Belangen des zu kündigenden Arbeitnehmers stattzufinden hat. Dies zeigt, dass die Frage der Herausnahme einzelner Arbeitnehmer nicht abstrakt, sondern stets im konkreten Vergleich zu beurteilen ist. Das wiederum bedeutet, dass die Herausnahme eine Frage der „sozialen Auswahl“ ist, auf die sich nach dem Wortlaut von § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG der Maßstab der groben Fehlerhaftigkeit beziehen soll. Außerdem kann die Frage, ob berechnete betriebliche Interessen gegeben sind, sinnvoll nur dann beantwortet werden, wenn feststeht, welche Arbeitnehmer bei „normaler“ Durchführung der Sozialauswahl im Betrieb verbleiben würden. Dem entspricht es, zunächst alle vergleichbaren Arbeitnehmer einzubeziehen und anschließend zu untersuchen, ob dieses Ergebnis geändert werden muss (*wie hier ErfK/Oetker 10. Aufl. § 1 KSchG Rn. 366; KR/Griebeling 9. Aufl. § 1 KSchG Rn. 627, 703o mwN; APS/Kiel 3. Aufl. § 1 KSchG Rn. 801; KDZ/Kittner/Deinert KSchR 7. Aufl. Rn. 496u*).

29

c) Ob die soziale Auswahl - wiederum abgesehen davon, dass konkrete Feststellungen zu einem Vergleich mit bestimmten Arbeitnehmern bisher nicht getroffen sind - deshalb grob fehlerhaft ist, weil nach dem Interessenausgleich

30

sämtliche gewerblichen Arbeitnehmer als miteinander vergleichbar angesehen worden sind, kann auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht beurteilt werden. Die Auffassung des Landesarbeitsgerichts, Vergleichbarkeit liege allein deshalb nicht vor, weil die Beklagte insoweit nicht ausreichend widerspruchsfrei vorgetragen habe, steht, wie oben ausgeführt, nicht im Einklang mit dem Gesetz. Die Beklagte ist ihrer Auskunftspflicht nachgekommen (§ 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG). Der Kläger hat die Sozialauswahl konkret gerügt. Diesen Rügen wird das Landesarbeitsgericht nachgehen müssen. Abgesehen davon besteht auch der vom Landesarbeitsgericht angenommene Widerspruch nicht. Die Beklagte hatte vorgetragen, alle gewerblichen Arbeitnehmer seien vergleichbar, einige von ihnen seien aber in der Lage, andere Arbeitnehmer anzuleiten; deshalb seien sie nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG aus der Auswahl genommen worden. Darin liegt bei Zugrundelegung der Rechtsauffassung der Beklagten kein Widerspruch. Vielmehr setzt die Herausnahme einzelner Arbeitnehmer aus der sozialen Auswahl immer voraus, dass sie zwar vergleichbar sind, aus Sicht des Arbeitgebers aber durch besondere Merkmale hervorstechen. Diese besonderen Merkmale können auch bei hier möglicherweise gegebenen „flachen Hierarchien“ in besonders ausgeprägtem Verantwortungsbewusstsein bestehen.

d) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats bestimmt sich der Kreis der in die soziale Auswahl einzubeziehenden vergleichbaren Arbeitnehmer in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen, also zunächst nach der ausgeübten Tätigkeit (vgl. 2. März 2006 - 2 AZR 23/05 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 81 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 67). Dies gilt nicht nur bei einer Identität der Arbeitsplätze, sondern auch dann, wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner Tätigkeit und Ausbildung eine andersartige, aber gleichwertige Tätigkeit ausführen kann. Die Notwendigkeit einer kurzen Einarbeitungszeit steht der Vergleichbarkeit nicht entgegen („qualifikationsmäßige Austauschbarkeit“ Senat 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04 - BAGE 115, 92; 23. November 2004 - 2 AZR 38/04 - BAGE 112, 361). Dabei kann im öffentlichen Dienst - ausnahmsweise auch in der Privatwirtschaft (Senat

31

5. Dezember 2002 - 2 AZR 697/01 - BAGE 104, 138) - der tariflichen Eingruppierung Bedeutung zukommen (2. Februar 2006 - 2 AZR 38/05 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 142 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 144). An einer Vergleichbarkeit fehlt es, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einseitig auf den anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann („arbeitsvertragliche Austauschbarkeit“ Senat 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04 - aaO).

e) Ob nach diesen Maßstäben die Bestimmung des auswahlrelevanten Personenkreises fehlerhaft war, ist anhand des bisher festgestellten Sachverhalts nicht zu beurteilen. Das Landesarbeitsgericht hat zu den Tätigkeitsgebieten, die den Arbeitnehmern vertraglich - uU auch tarifvertraglich - übertragen waren, keine Feststellungen getroffen. Das wird ggf. nachzuholen sein. 32

3. Ob die Kündigung, wie der Kläger geltend gemacht hat, nach § 102 BetrVG unwirksam ist, kann noch nicht beurteilt werden. 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 erleichterten Anforderungen (Senat 5. November 2009 - 2 AZR 676/08 - Rn. 37, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 183 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 20; 23. Oktober 2008 - 2 AZR 163/07 - AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 18 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 16). Danach ist nicht auszuschließen, dass eine ordnungsgemäße Anhörung stattgefunden hat. Voraussetzung dafür ist allerdings auch, dass ein Anhörungsverfahren tatsächlich eingeleitet worden ist. Der in der Namensliste enthaltene Satz „Die nachfolgende Liste ersetzt die individuell durchzuführenden Anhörungen des Betriebsrates zu den Entlassungen“ ist mehrdeutig. Er kann als Hinweis darauf verstanden werden, dass gerade keine Anhörung stattgefunden hat, mag aber auch - im Zusammenhang mit dem Vorbringen der Beklagten - dahingehend 33

als Klarstellung verstanden werden, dass der Betriebsrat in der Tat angehört worden ist. Sollte es darauf ankommen, müsste den Parteien insoweit Gelegenheit zum Vortrag gegeben werden.

Kreft

Berger

Schmitz-Scholemann

Torsten Falke

Bartz