



LANDEsarBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

X. T., L. str. 33, N.,

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte S. Rechtsanwaltsgesellschaft
mbH, X. allee 72, L.,

g e g e n

Rechtsanwalt Dr. X.-S. von der G., als Insolvenzverwalter über das
Vermögen der I. Automotive H. GmbH & Co. KG, S. ort 1, E.,

- Beklagter und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte N., von der G.,
S. ort 1, E.,

hat die 13. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 26.08.2010
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Nübold als
Vorsitzenden sowie den ehrenamtlichen Richter Wilde und den ehrenamtlichen
Richter Janssen

für R e c h t erkannt:

**Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des
Arbeitsgerichts Krefeld vom 02.02.2010 – 4 Ca 866/09 –
teilweise abgeändert:**

Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat der Kläger zu tragen.

**Die Revision wird für den Kläger bezogen auf die
Kündigungsschutzanträge zugelassen.**

TATBESTAND:

Die Parteien streiten in der Berufungsinstanz noch über eine betriebsbedingte Kündigung sowie einen Weiterbeschäftigungsanspruch.

Der im April 1962 geborene Kläger, verheiratet, zwei Kinder, war seit dem 6. März 1984 bei der I. Automotive H. GmbH & Co. KG bzw. deren Rechtsvorgängern gegen ein Monatsbruttogehalt von zuletzt – bei Eingruppierung in die Entgeltgruppe E 08 – nach seinen Angaben durchschnittlich 3.200,- € beschäftigt. Er hat einen GdB von 30 %. Geschäftsgegenstand der I. Automotive H. GmbH & Co. KG war die Herstellung und der Vertrieb von Profildichtungen für Personenkraftwagen insbesondere der Marken BMW, Daimler, VW und Audi. Grundlage des Arbeitsverhältnisses bildete der Arbeitsvertrag vom 17. Februar 1984, welcher unter dem 26. April 2005 ergänzt wurde. In der Vertragsergänzung heißt es:

Der Arbeitnehmer ist seit dem 01.02.2001 als Schichtführer tätig. Eine konkrete Stellenbeschreibung, die Aufgaben, Ziele, Verantwortlichkeit und die Eingliederung in die betriebliche Hierarchie beschreibt, ist beigelegt.

Der Arbeitgeber ist jederzeit berechtigt, die Stellenbeschreibung zu ändern. Der Arbeitgeber ist darüber hinaus berechtigt, dem Arbeitnehmer andere Tätigkeiten zuzuweisen, soweit diese der beruflichen Qualifikation und den beruflichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers entsprechen.

Im November 2007 wies die I. Automotive H. GmbH & Co. KG dem Kläger gegen seinen Willen eine Tätigkeit im Sperrlager zu. Auf Seiten des Klägers unter Hinzuziehung eines Rechtsanwalts geführte Verhandlungen blieben erfolglos. Auf den zur Akte gereichten Schriftwechsel wird Bezug genommen (Blatt 108 ff. der Akte).

Unter dem 25./26. Februar 2009 vereinbarte die I. Automotive H. GmbH & Co. KG mit dem bei ihr gebildeten Betriebsrat einen Interessenaus-

gleich und Sozialplan, betitelt „Betriebsvereinbarung über die Schaffung von Auffangstrukturen“. Diese sah eine Reduzierung der Belegschaft von 768 auf 512 Mitarbeiter vor. Unter anderem sollten im Sperrlager alle drei Arbeitsplätze entfallen.

§ 4 Ziffer 4.8 der Betriebsvereinbarung lautet:

Die Parteien sind sich darin einig, dass der vorläufige Insolvenzverwalter nach seiner Ernennung zum Insolvenzverwalter mit dem Betriebsrat einen den Vorschriften des § 125 InsO gerecht werdenden Nachtrag zu diesem Interessenausgleich abschließen wird, und stimmen dem schon jetzt zu. Der Betriebsrat wurde in diesem Zusammenhang über die Regelungen des § 113 InsO informiert. Danach beträgt die Kündigungsfrist zur Beendigung eines Dienstverhältnisses für den Insolvenzverwalter und den anderen Teil (Arbeitnehmer) drei Monate zum Monatsende, wenn nicht eine kürzere Frist maßgeblich ist.

Als „Anlage zur Betriebsvereinbarung“ existiert eine Liste, auf der die Namen der zu kündigenden Arbeitnehmer aufgeführt waren. Der Betriebsvereinbarung war als „Anlage“ zudem eine Auswahlrichtlinie gem. § 95 BetrVG über die soziale Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer beigelegt. In dieser heißt es:

1. Bildung von Beschäftigungsebenen sowie Altersgruppen für vergleichbare Arbeitnehmer

Um eine ordnungsgemäße Sozialauswahl vornehmen zu können, werden alle Mitarbeiter entsprechend ihrer Funktion/Tätigkeit Beschäftigungsebenen zugeordnet, innerhalb derer die horizontale Auswahl getroffen wird ...

Zur Erhaltung einer ausgewogenen Altersstruktur innerhalb des Unternehmens wird die soziale Auswahl innerhalb der Beschäftigungsebenen in folgenden Altersgruppen durchgeführt:

- bis 25 Jahre
- bis 35 Jahre
- bis 45 Jahre
- bis 55 Jahre

- ab 56 Jahre

...

2. Sozialauswahlfaktoren gemäß § 1 IV KSchG

Arbeitgeber und Betriebsrat vereinbaren nachfolgend, **welche sozialen Gesichtspunkte** im Rahmen der Sozialauswahl gemäß § 1 III Satz 1 KSchG **im Verhältnis zueinander wie zu bewerten sind** (§ 1 IV KSchG).

2.1 Folgende Bewertungskriterien sind im Rahmen der Sozialauswahl ausschließlich zu berücksichtigen:

- Das Lebensalter
- Die Betriebszugehörigkeit
- Die Unterhaltspflichten gegenüber Kindern
- Eine dem Unternehmen zum Stichtag bekannte Schwerbehinderung ab 50 %
bzw. eine den schwerbehinderten Menschen anerkannte Gleichstellung

2.2 Die Bewertungskriterien werden wie folgt gewichtet:

...

- je Kind (gem. Eintrag auf Steuerkarte)
5 Punkte

Auf den Inhalt der genannten Dokumente im Einzelnen (Blatt 46 ff. der Akte) wird verwiesen.

Mit Schreiben vom 26. Februar 2009 kündigte die I. Automotive H. GmbH & Co. KG das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger ordentlich fristgerecht zum 30. September 2009 und stellte den Kläger mit Wirkung ab dem 1. März 2009 von der Arbeitsleistung frei. Von dem ihm gleichzeitig in Form eines dreiseitigen Vertrages angebotenen Wechsel in eine Transfergesellschaft machte der Kläger keinen Gebrauch.

Am 1. März 2009 eröffnete das Amtsgericht Krefeld (– 90 IN 67/08 –) das Insolvenzverfahren über das Vermögen der I. Automotive H. GmbH & Co. KG und bestellte den Beklagten zum Insolvenzverwalter.

Unter dem 19. März 2009 vereinbarte der Beklagte einen weiteren Interessenausgleich mit Kündigungsnamensliste („Nachtrag zu der Betriebsvereinbarung über die Schaffung von Auffangstrukturen vom 25.02.2009, die zusammen mit diesem Nachtrag eine Gesamturkunde bildet“), nach welcher 30 Nachkündigungen vorgesehen waren, und zwar derjenigen Arbeitnehmer, die einen Wechsel in die Transfergesellschaft abgelehnt hatten und bei denen sich aufgrund der Regelung des § 113 InsO eine im Vergleich zur ersten Kündigung kürzere Kündigungsfrist ergab. Der Kläger ist in beiden Namenslisten als zu kündigender Arbeitnehmer aufgeführt. Dabei waren für ihn in Anwendung der Auswahlrichtlinie unter Berücksichtigung der Unterhaltspflicht gegenüber einem Kind 70 Sozialpunkte zugrunde gelegt. Auf den Inhalt des Interessenausgleichs wird verwiesen (Blatt 73 ff. der Akte).

Mit Schreiben vom 23. März 2009 sprach der Beklagte gegenüber dem Kläger eine Kündigung zum 30. Juni 2009 aus. Am Tag zuvor hatte er bei der Agentur für Arbeit in Krefeld eine Massenentlassungsanzeige nach § 17 KSchG erstattet (Blatt 84 ff. der Akte).

Im Rahmen des Sanierungskonzepts übertrug der Beklagte mit Wirkung zum 5. Dezember 2009 den Betrieb der Insolvenzschuldnerin auf die E. Automotive GmbH.

Mit seiner am 19. März 2009 beim Arbeitsgericht Krefeld eingegangenen und am 8. April 2009 auf die weitere Kündigung erweiterten Klage hat der Kläger sich gegen die Kündigungen gewendet. Er hat die fehlende soziale Rechtfertigung, die Ordnungsgemäßheit der vorgenommenen Sozialauswahl sowie der Betriebsratsanhörung und die Einhaltung des nach §§ 17 KSchG vorgesehenen Verfahrens gerügt. Es sei grob fehlerhaft gewesen, ihn im Rahmen der Sozialauswahl den Mitarbeitern des Sperrlagers und nicht den Schichtführern zuzuordnen. Dort seien insbesondere die Mitarbeiter L. (72 Sozialpunkte) und R. (68 Sozialpunkte) sozial weniger schutzwürdig als er. Auf den Lohnsteuerkarten der genannten Mitarbeiter und des Klägers für das Jahr 2009 sind jeweils die Steuerklasse 3 sowie ein Kinderfreibetrag eingetragen. Unstreitig gibt es unter

den Schichtführern in anderen Altersgruppen solche mit zum Teil erheblich weniger Sozialpunkten als der Kläger sie aufweist. Außerdem hat er darauf verwiesen, dass die im Sperrlager zu erledigenden Aufgaben nicht weggefallen seien.

Der Kläger hat – soweit für das Berufungsverfahren von Interesse – beantragt,

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch das Schreiben der I. Automotive H. GmbH & Co. KG vom 26. Februar 2009 nicht aufgelöst ist,

den Beklagten zu verurteilen, den Kläger bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Kündigungsschutzprozess zu den bisherigen Arbeitsbedingungen als gewerblicher Mitarbeiter weiter zu beschäftigen,

festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch durch die mit Schreiben vom 23. März 2009 ausgesprochene Kündigung des Beklagten nicht aufgelöst wird.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat vorgetragen, die von ihm veranlassten Prüfungen hätten ergeben, dass für 2009 mit einer Halbierung des im Jahr zuvor erzielten Umsatzes zu rechnen gewesen sei. Auf dieser Basis habe er ein Konzept zur Restrukturierung mit dem Ziel einer übertragenden Sanierung entwickelt. Bestandteil des Konzepts seien Personalanpassungsmaßnahmen, ua. durch Abschaffung des Sperrlagers, gewesen. Dies hat er später dahingehend erläutert, das Sperrlager sei als Organisationseinheit aufgelöst worden. Die ursprünglich dort durchgeführten, aufgrund des Produktionsrückgangs im Umfang reduzierten Arbeiten seien seit Anfang März 2009 in den Verantwortungsbereich der Extrusion übergegangen und würden durch die dortigen - weniger qualifizierten und nach Entgeltgruppen E 03 bis E 05 vergüteten - Mitarbeiter selbst vorgenommen. Bei der Sozialauswahl sei der Kläger dem

Sperrlager zuzuordnen gewesen. Er hat weiter behauptet, vor Ausspruch der Kündigung den Betriebsrat entsprechend informiert zu haben.

Mit Urteil vom 2. Februar 2010, auf dessen Inhalt im Einzelnen verwiesen wird, hat das Arbeitsgericht den Kündigungsschutzanträgen wegen Verstoßes gegen die Pflichten nach § 102 BetrVG stattgegeben und den Beklagten zur Weiterbeschäftigung verurteilt.

Gegen das ihm am 10. Februar 2010 zugestellte Urteil hat der Beklagte am 3. März 2010 Berufung eingelegt und diese – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 20. April 2010 – mit einem an diesem Tag beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Er wendet sich gegen die Annahme des Arbeitsgerichts, die Anhörung des Betriebsrats sei unzureichend gewesen. Er rügt, das Arbeitsgericht habe insofern seinen Vortrag aus dem Schriftsatz vom 23. Dezember 2009 unberücksichtigt gelassen und die Anforderungen an die „Darlegungsintensität“ des Arbeitgebers überspannt. Zur Frage der Sozialauswahl vertritt er die Auffassung, die Betriebsparteien hätten den Kläger allein dem Sperrlager zuordnen dürfen, da die Versetzung dorthin vom Direktionsrecht gedeckt gewesen sei. Er habe die Tätigkeit als Schichtführer bereits seit 15 Monaten nicht mehr verrichtet, so dass er sich hinsichtlich fachlicher Kenntnisse und Arbeitsroutine nicht mehr auf dem aktuellen Stand befunden habe. Zudem liege die Weiterbeschäftigung des Mitarbeiters R. als eines „Leistungsträgers“ im berechtigten betrieblichen Interesse. Die ausgeurteilte Weiterbeschäftigung des Klägers sei ihm aufgrund des zwischenzeitlichen Betriebsübergangs unmöglich.

Der Beklagte beantragt,

unter teilweiser Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Krefeld vom 2. Februar 2010 – 4 Ca 866/09 – die Klage insgesamt abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil.

Die Berufungskammer hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Betriebsratsvorsitzenden. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird ausdrücklich auf die Sitzungsniederschrift vom 24. Juni 2010 Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I.

Die Berufung des Beklagten ist zulässig, insbesondere unter Beachtung der Vorgaben der §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG in Verbindung mit § 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

Von einer Aussetzung des Rechtsstreits entsprechend § 148 ZPO (vgl. insoweit BAG 20. Mai 2010 – 6 AZR 481/09 (A) – zVv) hat die Kammer im Hinblick auf die durchgeführte Beweisaufnahme abgesehen. Mit einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zum Vorlagebeschluss des Arbeitsgerichts Siegburg ist nicht in einem Zeitraum zu rechnen, in welchem der Kammer der Inhalt der Beweisaufnahme noch hinreichend Erinnerung ist.

II.

Die Berufung hat auch in der Sache Erfolg, da die Klage unbegründet ist.

1.

Die Kündigung vom 23. März 2009 hat das Arbeitsverhältnis mit der Frist des § 113 InsO mit Wirkung zum 30. Juni 2009 aufgelöst.

a)

Die Kündigung ist nicht mangels sozialer Rechtfertigung nach § 1 Abs. 2 KSchG unwirksam.

aa)

Aufgrund des Interessenausgleichs mit Namensliste vom 19. März 2009 wird nach § 125 Abs. 1 Nr. 1 InsO vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist.

(1)

Der Interessenausgleich ist im Rahmen einer Betriebsänderung iSd. § 111 BetrVG vereinbart worden.

Dies folgt bereits daraus, dass der Beklagte beabsichtigte, 30 Kündigungen auszusprechen. Die Grenze des § 17 Abs. 1 Nr. 3 KSchG ist damit erreicht, so dass eine Betriebsänderung nach § 111 Nr. 1 BetrVG vorliegt. Im Übrigen ist die geplante Maßnahme Teil der Betriebsänderung aus Februar 2009. In dem damaligen Interessenausgleich haben die Betriebsparteien in Ziffer 4.8 nämlich einen entsprechenden Nachtrag für die ggfs. erforderlichen Nachkündigungen vorgesehen.

(2)

Unstreitig ist der Kläger auf der Kündigungsnamensliste vom 19. März 2009 aufgeführt.

Die Rüge des Klägers, die Namensliste des ersten Interessenausgleichs sei erst nach dessen Unterzeichnung erstellt worden, ist für die Wirksamkeit der zweiten Kündigung irrelevant. Die Vermutungswirkung des § 125 InsO beruht

nämlich auf dem Interessenausgleich mit Namensliste vom 19. März 2009, nicht auf dem Interessenausgleich vom 25./26. Februar 2009.

bb)

Der Kläger hat die Vermutungswirkung des § 125 Abs. 1 Nr. 1 InsO nicht entkräftet. Stellt das Gesetz für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung auf, so ist der Beweis des Gegenteils zulässig. Hierfür ist substantiierter Tatsachenvortrag erforderlich, der den gesetzlich vermuteten Umstand nicht nur in Zweifel zieht, sondern ausschließt (BAG 22. Januar 2004 – 2 AZR 111/02 – AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1).

Der Kläger hat nicht dargetan, dass die Beschäftigungsmöglichkeit für ihn nicht entfallen ist.

Wenn der Kläger meint, das Sperrlager sei nicht abgeschafft worden, weil die dort vormals angefallenen Arbeiten nach wie vor erledigt würden, missversteht er den Vortrag der Beklagten. Danach ist sein Arbeitsplatz im Sperrlager weggefallen, weil die ursprünglich in einer eigenständigen Organisationseinheit mit drei Arbeitnehmern durchgeführten Arbeiten jetzt von den Mitarbeitern der Extrusion mit erledigt werden. Ob noch ein Bereich existiert, den man Sperrlager nennen kann, weil dort die Sortiertätigkeiten und die Nacharbeiten bezogen auf fehlerhaft produzierte Ware stattfinden, ist nicht maßgeblich. Entscheidend ist, dass keine eigenen Sperrlager-Arbeitsplätze mehr existieren. Dass der Beklagte wohl in Anbetracht der Vermutungswirkung des § 125 InsO den Kündigungsgrund zunächst schlagwortartig mit „Schließung des Sperrlagers“ angegeben hat, schadet nicht.

Soweit der Kläger sich darauf berufen hat, die Tätigkeiten im Sperrlager würden nunmehr durch die Herren S. und G. sowie einen weiteren Mitarbeiter ausgeführt, hat er der entsprechenden Einlassung des Beklagten keinen hinreichend substantiierten Vortrag entgegengehalten. Danach stellt die Organisation der Sperrlagerverwaltung wie vor der Kündigung lediglich einen kleinen Teil der Aufgaben des Mitarbeiters G. dar. Daraus, dass der Beklagte die Koordi-

nation der Sperrlageraufgaben innerhalb der Extrusion dem Mitarbeiter S. übertragen hat, kann sich die Unwirksamkeit der Kündigung bereits im Hinblick darauf nicht ergeben, dass der Kläger den Vortrag des Beklagten, dieser sei sozial schutzwürdiger, nicht in Abrede gestellt hat.

Der Kläger hat zudem selbst nicht vorgetragen, der Beklagte habe den in der Extrusion beschäftigten Arbeitnehmern aufgrund ihrer „Vertragsfaktoren“ die Sperrlagertätigkeiten nicht ohne Vertragsänderung zuweisen können, so dass auch insofern die Vermutungswirkung nicht widerlegt ist. Entsprechendes gilt für die Frage, ob es den Mitarbeitern in der Extrusion möglich ist, die Sperrlagertätigkeiten ohne überobligationsmäßige Leistung mit zu erledigen. Den entsprechenden Vortrag des Beklagten hat der Kläger nicht widerlegt. Daneben tritt, dass es die nur auf Willkür zu überprüfende unternehmerische Entscheidung des Beklagten ist, eventuell entstehende Betriebsablaufstörungen hinzunehmen. Auch lässt sich dem Vorbringen des Klägers, das Sperrlager existiere nach wie vor, nicht entnehmen, dass die Sperrlager-Tätigkeiten - anders als der Beklagte vorträgt - immer noch in der alten Organisationsform, also durch allein hierfür zuständige Mitarbeiter, ausgeführt werden, also lediglich eine Austausch Kündigung stattgefunden hat.

Daneben tritt, dass der Kläger selbst vorbringt, die Sperrlager-Tätigkeit sei ihm vertragswidrig übertragen worden. Sein Arbeitsplatz befände sich in rechtlicher Hinsicht danach nicht im Sperrlager. Eine Beschäftigungsmöglichkeit im Sperrlager könnte folglich ein Beschäftigungsbedürfnis für den Kläger nicht begründen.

Anderes ergibt sich auch nicht dann, wenn der Kläger bei Ausspruch der Kündigung aus Rechtsgründen noch einen Arbeitsplatz als Schichtführer innehatte. Denn nach dem Vortrag des Beklagten sind auch dort Arbeitsplätze weggefallen. Nach dem Interessenausgleich vom 25./26. Februar 2009 entfallen insgesamt sieben Arbeitsplätze als Schichtführer. Die aufgrund von § 125 Abs. 1 Nr. 1 InsO gegebene Vermutung, dass (auch) im Bereich der Schichtführer ein

Beschäftigungsbedürfnis für den Kläger nicht mehr bestand, hat er nicht widerlegt.

b)

Die Unwirksamkeit der Kündigung folgt auch nicht aus einer fehlerhaften Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG.

aa)

Die Berufungskammer hat zu Lasten des Beklagten unterstellt, dass die von ihm vorgenommene Einordnung des Klägers in die Beschäftigungsebene Sperrlager unter Außerachtlassung der Schichtführer grob fehlerhaft war. Auch unter dieser Prämisse erweist sich die Sozialauswahl nämlich letztlich im Ergebnis nicht als grob fehlerhaft. Auf die vom Kläger aufgeworfene Frage, ob sich die in § 1 Abs. 4 KSchG geregelten Rechtsfolgen einer Auswahlrichtlinie auch auf die Bestimmung des auswahlrelevanten Personenkreises beziehen, kommt es schon deshalb nicht an.

bb)

Wie dargelegt unterfällt die Kündigung der Regelung des § 125 InsO. Der nach § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO festgelegte Maßstab der groben Fehlerhaftigkeit gilt für den gesamten Vorgang der Sozialauswahl (BAG 28. August 2003 - 2 AZR 368/02 - NZA 2004, 432). Der Beklagte ist auch nicht nach § 102 BetrVG im Hinblick darauf mit seinem Vortrag zu den Sozialdaten der anderen Schichtführer ausgeschlossen, dass er gegenüber dem Betriebsrat die Sozialauswahl auf die Mitarbeiter des Sperrlagers begrenzt hat. Hat der Arbeitgeber bei der vorgenommenen Sozialauswahl - wie hier unterstellt - bestimmte Arbeitnehmer übersehen oder für nicht vergleichbar gehalten und deshalb dem Betriebsrat die für die Sozialauswahl bei objektiver Betrachtung erheblichen Umstände nicht mitgeteilt, darf er auf entsprechende Rüge des Arbeitnehmers im Prozess seinen Vortrag ergänzen; in einem solchen Vortrag liegt lediglich eine Konkretisierung des bisherigen und kein unzulässiges Nachschieben eines neuen Kündigungssachverhaltes (BAG 7. November 1996 - 2 AZR 720/95 - RzK III 1 b Nr. 26 RN 32).

Soweit der Kläger Angaben des Beklagten zu den Sozialdaten mit Nichtwissen bestreitet, verkennt er, dass ihm nach § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG die Beweislast obliegt.

cc)

Grob fehlerhaft iSd. § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO ist eine soziale Auswahl nur, wenn ein evidenter, ins Auge springender schwerer Fehler vorliegt und der Interessenausgleich, insbesondere bei der Gewichtung der Auswahlkriterien, jede Ausgewogenheit vermissen lässt. Bei der Gewichtung der Sozialdaten (Dauer der Betriebszugehörigkeit, Dienstalter und Unterhaltspflichten) besteht keine Rangfolge zu Gunsten eines dieser Kriterien. Den Betriebspartnern soll ein weiter Spielraum bei der Sozialauswahl eingeräumt werden. Dies gilt umso mehr als die Sozialauswahl nach § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO nur auf grobe Fehlerhaftigkeit nachgeprüft werden kann. Das Gesetz geht davon aus, dass ua. durch die Gegensätzlichkeit der von ihnen vertretenen Interessen und durch die auf beiden Seiten vorhandene Kenntnis der betrieblichen Verhältnisse gewährleistet ist, dass dieser Spielraum angemessen und vernünftig genutzt wird. Nur wo dies nicht der Fall ist, sondern der vom Gesetzgeber gewährte Spielraum verlassen wird, so dass der Sache nach nicht mehr von einer „sozialen“ Auswahl die Rede sein kann, kann eine grobe Fehlerhaftigkeit angenommen werden. Der Arbeitgeber genügt seiner Pflicht, die gesetzlichen Kriterien ausreichend bzw. nicht grob fehlerhaft zu berücksichtigen bereits dann, wenn das Auswahlresultat objektiv ausreichend bzw. nicht grob fehlerhaft ist (BAG 20. September 2006 – 6 AZR 249/05 – NZA 2007, 387; 17. Januar 2008 – 2 AZR 405/06 – DB 2008, 1688).

dd)

Auf dieser Grundlage liegt eine grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl im Ergebnis nicht vor.

(1)

Entgegen der von der Kammer zunächst vertretenen Auffassung ist nicht davon auszugehen, dass im Anwendungsbereich einer Auswahlrichtlinie eine „Selbstbindung“ des Arbeitgebers an das vereinbarte Punkteschema eintritt (vgl. BAG 17. Januar 2008 – 2 AZR 405/06 – DB 2008, 1688). Vielmehr sind auch dann die Sozialdaten im Einzelnen zu betrachten.

Auf der Basis der in der Auswahlrichtlinie festgelegten Ermittlung und Gewichtung der Sozialfaktoren kommt unstreitig der Kläger auf 70, der Mitarbeiter R. auf 68 Sozialpunkte. Eine derartig geringe Abweichung von nicht einmal 3 % kann nicht als grob im oben dargelegten Sinn angesehen werden. Herr L. weist mit 72 sogar eine höhere Punktzahl auf als der Kläger.

(2)

Auf die sich aus der Auswahlrichtlinie ergebenden Punktwerte kommt es auch deshalb nicht an, weil diese bezogen auf die Gewichtung der Sozialfaktoren unwirksam ist.

Zu den nach dem Gesetz zu berücksichtigenden Sozialfaktoren gehören ausdrücklich auch die Unterhaltspflichten. Die Betriebsparteien haben in der Auswahlrichtlinie jedoch lediglich solche gegenüber Kindern, nicht gegenüber Ehegatten aufgenommen. Ein solches Außerachtlassen der gegenüber dem Ehegatten zu erfüllenden Unterhaltspflichten widerspricht der Wertentscheidung des Art. 6 GG, die bei der Konkretisierung des in § 75 Abs. 1 BetrVG normierten Gebots zur Wahrung der Grundsätze von Recht und Billigkeit zu beachten ist (LAG Niedersachsen 12. Dezember 2003 – 10 Sa 247/03 – NZA-RR 2005, 524). Ein derartiger Verstoß gegen § 75 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, führt dazu, dass die Auswahlrichtlinie nach § 134 BGB insoweit nichtig ist (vgl. BAG 28. Mai 2002 – 3 AZR 358/01 – AP BetrAVG § 6 Nr. 29). Allerdings führt die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung nicht ohne weiteres zur Unwirksamkeit der übrigen Bestimmungen. Sie lässt vielmehr die Wirksamkeit im Übrigen unberührt, wenn der verbleibende Teil auch ohne die unwirksame Bestimmung eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung

enthält (BAG 10. Februar 2009 – 3 AZR 653/07 – NZA 2009, 796). Danach ist hier von der Unwirksamkeit der Regelungen unter 2. der Auswahlrichtlinie auszugehen. Eine (ergänzende) Auslegung im Hinblick auf die Unterhaltspflichten gegenüber Ehegatten ist nicht möglich. Es steht nicht in der Befugnis des Gerichts, die von den Betriebspartnern zu treffende Wertung zu ersetzen. Unterhaltspflichten gegenüber Ehegatten sind auch nicht zwangsläufig wie die gegenüber Kindern zu bewerten. Es war nicht erforderlich, dem Kläger die bezogen auf die erteilten Hinweise zu den dargelegten Rechtsfolgen beantragte Schriftsatzfrist zu gewähren. Zum einen sind die Gründe insoweit nicht allein tragend und zum anderen handelt es sich um reine Rechtsfragen.

(3)

Herr R. ist etwa 1,5 Jahre älter als der Kläger, während dieser etwa 2,5 Jahre länger beschäftigt ist. Beide sind verheiratet. Selbst wenn der Kläger einem Kind mehr unterhaltspflichtig sein sollte, würde die Entscheidung der Beklagten, nicht ihn, sondern Herrn R. weiterzubeschäftigen, keine grob fehlerhafte Sozialauswahl bedeuten. Entsprechendes gilt erst recht für Herrn L., der über vier Jahre älter als der Kläger und nur gut zwei Jahre kürzer als dieser beschäftigt ist.

Die Berufungskammer erlaubt sich zudem darauf hinzuweisen, dass der Kläger zunächst nicht auf die behauptete weitere Unterhaltspflicht hingewiesen hat, obwohl die Maßgeblichkeit der Eintragungen auf der Lohnsteuerkarte bereits im ersten Interessenausgleich geregelt war. Noch im Schriftsatz vom 25. August 2010 hat der Kläger sich darauf berufen, entsprechend der Berechnung der Betriebsparteien 70 Sozialpunkte zu haben. Erstmals im Berufungstermin am 26. August 2010 hat er geltend gemacht, diese Zahl sei fehlerhaft und die behauptete weitere Unterhaltspflicht näher erläutert.

(4)

Der Kläger kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, der Beklagte habe sozial weniger schutzwürdigen jüngeren Schichtführern keine Kündigung ausgesprochen. Aufgrund des Verweises im Eingangssatz und in Ziffer 2 des Interessenausgleichs vom 19. März 2009 auf die Auswahlrichtlinie vom 26. Februar 2009 sind deren Regelungen zur Altersgruppenbildung auch für die Kündigung vom 19. März 2009 zu beachten.

Die Bildung von Altersgruppen verstößt nicht gegen das Verbot der Altersdiskriminierung des § 2 Abs. 1 Nr. 2 iVm. §§ 1, 7, 10 AGG. Vom Vorhandensein legitimer Ziele für die Altersgruppenbildung ist auszugehen, da diese im Rahmen einer Massenkündigung auf Grund einer Betriebsänderung erfolgt. In solchen Fällen ist regelmäßig die Erhaltung einer auch altersmäßig ausgewogenen Personalstruktur gefährdet (BAG 6. November 2008 – 2 AZR 523/07 – NZA 2009, 361).

Die Berufungskammer vertritt die Auffassung, dass eine Altersgruppenbildung auch aus europarechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden ist (vgl. auch BAG 6. November 2008 – 2 AZR 523/07 – aaO; zweifelnd LAG Hamm 11. November 2009 – 2 Sa 992/09 – NZA-RR 2010, 410; ArbG Siegburg 27. Januar 2010 – 2 Ca 2144/09 – DB 2010, 1466). Allerdings stellt die Bildung von Altersgruppen eine Anknüpfung an das Alter und damit eine unmittelbare Diskriminierung dar, die dem Schutzbereich der Richtlinie 2000/78 EG vom 27. November 2000 unterfällt. Nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie besteht jedoch die Möglichkeit, Ausnahmen von diesem Grundsatz des Verbots von Diskriminierungen aus Gründen des Alters vorzusehen, und zwar für Formen der Ungleichbehandlung, welche "objektiv und angemessen" und durch rechtmäßige sozialpolitische Ziele wie solche aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung gerechtfertigt sind, wobei die Mittel zur Erreichung dieser Ziele angemessen und erforderlich sein müssen. Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu prüfen, ob eine einschlägige nationale Regelung einem solchen rechtmäßigen Ziel entspricht und ob der nationale

Gesetz- oder Verordnungsgeber angesichts des Wertungsspielraums, über den die Mitgliedstaaten im Bereich der Sozialpolitik verfügen, davon ausgehen darf, dass die gewählten Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind (EuGH 5. März 2009 – C-388/07 – Age Concern England NZA 2009, 305). Danach ist zunächst die Entscheidung des Gesetzgebers, das Alter in die nach § 1 Abs. 3 KSchG zu berücksichtigenden Sozialfaktoren aufzunehmen, nicht zu beanstanden. Der Gesetzgeber hat in § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG „wesentlich vom Alter abhängige Chancen auf dem Arbeitsmarkt“ ausdrücklich benannt. Die erkennbare Absicht des Gesetzes besteht auch bei § 1 Abs. 3 KSchG darin, ältere Arbeitnehmer, die wegen ihres Alters aus seiner Sicht schlechtere Chancen auf dem Arbeitsmarkt haben, etwas besser zu schützen. Darin liegt ein legitimes Ziel. Die Vermeidung höherer Altersarbeitslosigkeit liegt im Allgemeininteresse. Bei einer Schonung der sozial Schwächsten ist der Schaden für den Einzelnen wie für die Gemeinschaft am geringsten (Wendeling-Schröder NZA 2010, 14). Mit seiner Einschätzung zu den Chancen älterer Arbeitnehmer hat der Gesetzgeber den ihm zustehenden Wertungsspielraum zudem nicht überschritten. Zwar wird neuerdings vertreten, ältere Arbeitnehmer hätten dieselben Arbeitsmarktchancen wie jüngere (Kaiser/Dahm NZA 2010, 473). Diese Auffassung lässt jedoch unberücksichtigt, dass die untersuchten Arbeitslosenstatistiken gerade auf den Bedingungen des geltenden Kündigungsschutzes beruhen. Vor allem sieht auch die Richtlinie selbst in Art. 6 Abs. 1 a) die Festlegung besonderer Bedingungen für Entlassungen vor, um den Schutz älterer Arbeitnehmer sicherzustellen.

Da hiernach eine Berücksichtigung des Lebensalters - zu Lasten der Jüngeren - europarechtlich zulässig ist, gilt dies erst recht für die Frage der Altersgruppenbildung. Denn diese ebnet nur die bei Massenkündigungen etwa überschießenden Tendenzen der Bewertung des Lebensalters als Sozialdatum ein und wirkt so einer übermäßigen Belastung jüngerer Arbeitnehmer entgegen (BAG 12. März 2009 – 2 AZR 418/07 – NZA 2009, 1023). Zudem wird zutreffend darauf hingewiesen, dass das Interesse des Arbeitgebers an der Verhinderung einer uU existenzgefährdenden Überalterung unmittelbar sozialpolitische All-

gemeininteressen, nämlich aus den Bereichen Beschäftigungspolitik und Arbeitsmarkt, betrifft (Fahrig DB 2010, 1460).

Gegen die in der Auswahlrichtlinie vorgenommene Gruppenbildung in „Zehnerschritten“ bestehen keine Bedenken (vgl. hierzu BAG 12. März 2009 - 2 AZR 418/07 - NZA 2009, 1023).

Die dargelegte Unwirksamkeit der Gewichtung der Sozialfaktoren wegen Verstoßes gegen § 75 Abs. 1 BetrVG bleibt auf die Bildung von Altersgruppen ohne Einfluss. Wie ausgeführt führt die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung nicht ohne weiteres zur Unwirksamkeit der übrigen Bestimmungen. Hier enthält die Auswahlrichtlinie bezogen auf die Altersgruppen auch ohne die Gewichtung der Sozialfaktoren eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung. Beide Bereiche sind in eigenen Ziffern geregelt. Die Bildung von Altersgruppen verliert nicht ihren geschilderten Sinn, wenn die Gewichtung der Sozialfaktoren nicht nach Maßgabe der Auswahlrichtlinie, sondern auf der Grundlage des § 1 Abs. 3 KSchG erfolgt.

Dass im Allgemeinen oder auch im Besonderen - im Bereich der Schichtführer - die bisherige Verteilung der Beschäftigten auf die Altersgruppen nicht ihre prozentuale Entsprechung in der Anzahl der Gekündigten findet, wodurch die Erhaltung der bisherigen prozentualen Anteile der Altersgruppen an der Gesamtbelegschaft - in etwa - erreicht wird, hat der für die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG darlegungsbelastete Kläger nicht vorgetragen. Darüber hinaus gibt § 125 Abs. 1 Nr. 2 aE InsO den Betriebsparteien sogar das Recht zur Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur.

(5)

Insofern vermochte die Berufungskammer auch nicht für die anderen vom Kläger genannten Mitarbeiter eine grob fehlerhafte Sozialauswahl festzustellen. Die Herren S., L., I., X., S., T., N. und van der W. gehören einer anderen Altersgruppe als der Kläger an. Herr C. verfügt über 71,5 Sozialpunkte. Die

Herrn C. und C. waren bereits bei Ausspruch der Kündigung nicht mehr beim Beklagten beschäftigt. Herr E. war nicht als Schichtführer, sondern als Transporteur eingesetzt; zudem weist der Kläger selbst darauf hin, dass dieser älter ist als er.

(6)

Dass Sperrlager-Tätigkeiten auf die Mitarbeiter der Extrusion verteilt werden, bedeutet entgegen der Ansicht des Klägers nicht, dass er unabhängig von deren anderer Tätigkeit mit diesen vergleichbar ist. Der Beklagte hat unwidersprochen vorgetragen, die dort beschäftigten Anlagenführer, Anlagenhelfer und sonstigen Werker seien mindestens drei Vergütungsgruppen niedriger eingruppiert als der Kläger. Es ist daher aus dem Vorbringen des Klägers nicht zu entnehmen, dass der Beklagte ihm ohne Ausspruch einer Änderungskündigung einen Arbeitsplatz in der Extrusion hätte zuweisen können. Erst recht erschließt sich der Kammer nicht, weshalb die Handhabung des Beklagten, den Kläger nicht mit dem genannten Personenkreis zu vergleichen, grob fehlerhaft sein soll.

c)

Die Kündigung erweist sich auch nicht nach § 102 BetrVG unter dem Gesichtspunkt einer fehlerhaften Betriebsratsanhörung als unwirksam.

aa)

Gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. insbesondere BAG 4. August 1975 – 2 AZR 266/74 – AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 4; BAG 13. Juli 1978 – 2 AZR 717/76 – AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 17) ist eine Kündigung gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG nicht nur dann unwirksam, wenn der Arbeitgeber gekündigt hat, ohne dass er überhaupt mit dem Betriebsrat in Verbindung getreten ist, sondern auch dann, wenn der Arbeitgeber seine Mitteilungspflicht nicht richtig, insbesondere nicht ausführlich genug erfüllt hat. Da es sich um eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung handelt, trifft den Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Anhörung

ordnungsgemäß erfolgt ist (BAG 24. April 2008 – 8 AZR 268/07 – NZA 2008, 1314).

Die Mitteilung muss vor Ausspruch der Kündigung erfolgen, wobei eine bestimmte Form für die Unterrichtung nicht zwingend vorgeschrieben ist. Sie kann mündlich oder schriftlich erfolgen, und zwar gegenüber dem zuständigen Betriebsrat. Inhalt und Umfang der Anhörung richten sich nach dem jeweiligen Einzelfall. Die Einschaltung des Betriebsrates im Rahmen des Anhörungsverfahrens vor einer Kündigung hat über die reine Unterrichtung hinaus den Sinn, ihm Gelegenheit zu geben, seine Überlegungen zu der Kündigungsabsicht aus der Sicht der Arbeitnehmersvertretung dem Arbeitgeber zur Kenntnis zu bringen. Die Anhörung soll in geeigneten Fällen dazu beitragen, dass es erst gar nicht zum Ausspruch einer Kündigung kommt. Der Arbeitgeber muss zunächst die Person des zu kündigenden Arbeitnehmers namentlich benennen und die Mindestangaben zur Person mitteilen. Aus dem Sinn und Zweck der Anhörung folgt für den Arbeitgeber darüber hinaus die Verpflichtung, die Gründe für seine Kündigungsabsicht derart mitzuteilen, dass er dem Betriebsrat eine nähere Umschreibung des für die Kündigung maßgeblichen Sachverhalts gibt. Die Kündigungsgründe müssen vom Arbeitgeber so detailliert dargelegt werden, dass sich der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen ein Bild über ihre Stichhaltigkeit machen und beurteilen kann, ob es sinnvoll ist, Bedenken zu erheben oder Widerspruch gegen die Kündigung einzulegen (BAG 21. Juni 2001 – 2 AZR 30/00 – EzA BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 7; 17. Februar 2000 – 2 AZR 913/98 – NZA 2000, 761). Eine pauschale, schlagwort- oder stichwortartige Schilderung des Sachverhalts reicht nicht aus (BAG 15. November 1995 – 2 AZR 974/94 – AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 73). Die Unterrichtung muss allerdings nicht denselben Anforderungen genügen wie die Darlegung des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess (BAG 20. März 1997 – 8 AZR 169/96 – RzK III 2b Nr. 15; 21. Februar 2002 – 2 AZR 581/00 – EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 10).

Der Arbeitgeber ist im Rahmen der Betriebsratsanhörung zudem nicht verpflichtet, die Richtigkeit dokumentierter Daten zu überprüfen (BAG

24. November 2005 – 2 AZR 514/04 – AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 43 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 51; LAG Baden-Württemberg 9. November 1990 - 15 Sa 86/90 - LAGE BetrVG 1972 § 102 Nr. 25; LAG Schleswig-Holstein 1. April 1999 – 5 Sa 236/98 – LAGE KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 30). Er kann deshalb mangels anderweitiger Kenntnisse beispielsweise auch von den Eintragungen in der Lohnsteuerkarte ausgehen, hat dies aber dann gegenüber dem Betriebsrat zu kennzeichnen (BAG 24. November 2005 – 2 AZR 514/04 – aaO).

Bei der Prüfung der Anhörung des Betriebsrats gilt der Grundsatz der subjektiven Determinierung (BAG 5. April 2001 – 2 AZR 580/99 – NZA 2001, 893). Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat die Gründe mitteilen, die ihn zum Ausspruch der Kündigung veranlassen und aus seiner subjektiven Sicht den Kündigungsentschluss tragen. Umstände, auf die der Arbeitgeber die Kündigung nicht stützen will oder die er bei seinem Kündigungsentschluss für unerheblich oder entbehrlich hält, braucht er dem Betriebsrat nicht mitzuteilen. Auch bei Vorliegen eines Interessenausgleichs mit Namensliste iSd. § 125 Abs. 1 InsO unterliegt die Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG grundsätzlich keinen erleichterten Anforderungen (BAG 28. August 2003 - 2 AZR 377/02 - DB 2004, 937). Allerdings muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat Tatsachen, welche dieser – insbesondere aus den Verhandlungen zum Abschluss des Interessenausgleichs – bereits kennt, nicht erneut mitteilen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie hier aufgrund der Verbindung beider Verfahren – zwischen den Verhandlungen über den Interessenausgleich und der Anhörung ein überschaubarer Zeitraum liegt (BAG 5. November 2009 - 2 AZR 676/08 - NZA 2010, 457; 20. Mai 1999 – 2 AZR 532/98 – NZA 1999, 1101).

bb)

Nach Maßgabe der dargestellten Grundsätze geht die Kammer von einer ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung aus.

(1)

Die durchgeführte Beweisaufnahme hat zur Überzeugung der Kammer ergeben, dass der Betriebsrat bereits im Februar bei den Verhandlungen über den ersten Interessenausgleich darüber informiert worden ist, dass nach dem neuen Konzept die Sperrlagertätigkeiten nicht mehr durch eigens dafür abgestellte Mitarbeiter ausgeführt, sondern auf die Beschäftigten der Extrusion verteilt werden sollten. Zwar hat der vernommene Betriebsratsvorsitzende zunächst bekundet, sich nicht daran zu erinnern, ob die Arbeitgeberseite den Begriff der Schließung des Sperrlagers näher erläutert hat. Im weiteren Verlauf hat er jedoch die Leerzeiten in der Extrusion mit dem Kündigungssachverhalt verknüpft. Er hat sodann erklärt, sich „relativ sicher“ zu sein, dass seitens der Verhandlungsführer des Betriebsrats nachgefragt worden sei, was in Zukunft mit den Sperrlagertätigkeiten geschehen solle. Sodann hat er sich auch daran erinnert, dass der Betriebsrat die Entscheidung zur Schließung des Sperrlagers in Frage gestellt hat und er sich im Zuge der Beweisaufnahme sicherer darin geworden ist, dass die Arbeitgeberseite daraufhin die Verteilung der Arbeit auf die Mitarbeiter der Extrusion erläutert hat. Auf die entsprechende Nachfrage der Kammer konnte der Zeuge auch keine andere Erklärung als die Interessenausgleichsverhandlungen dafür nennen, dass ihm die Übertragung der Sperrlagertätigkeiten auf die Mitarbeiter der Extrusion bekannt ist. Soweit der Kläger rügt, der Zeuge habe den fraglichen Umstand nicht als sicher oder gesichert dargestellt, verkennt er die Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung. § 286 ZPO legt dem Gericht auf, von der Wahrheit der zu beweisenden Tatsache überzeugt zu sein. Danach hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhaltes der Verhandlung und des Ergebnisses einer Beweisaufnahme zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung als wahr zu erachten ist oder nicht. Die nach § 286 ZPO erforderliche Überzeugung des Richters verlangt keine unumstößliche Gewissheit und keine „an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“. Der Richter darf und muss sich in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (ständige Rechtsprechung vgl. beispielsweise BGH 28. Januar 2003 – VI ZR 139/02 – MDR 2003, 566 mwN.; siehe auch BAG 17. Februar 2000

- 2 AZR 927/98 - RZK I 6 e Nr. 20; 19. Februar 1997 - 5 AZR 747/93 - NZA 1997, 705). Eine absolute, über jeden denkbaren Zweifel erhabene Gewissheit braucht nicht gewonnen zu werden. Nach dem Gang der Beweisaufnahme hat die Berufungskammer keinerlei Zweifel, dass die anfänglichen Unsicherheiten des Zeugen lediglich auf Erinnerungsproblemen beruhten.

Der Zeuge erschien der Kammer zudem glaubwürdig. Gerade der Umstand, dass er zu Beginn lediglich ungenaue Angaben machte, sich im Verlauf der Beweisaufnahme ersichtlich bemühte, sich an die weit über ein Jahr zurück liegenden Tatsachen zu erinnern und dann weitere Einzelheiten zu nennen vermochte, spricht dagegen, dass er wahrheitswidrig zu Lasten des Klägers ausgesagt hat. Ein nennenswertes Eigeninteresse am Ausgang des Rechtsstreits ist zudem nicht erkennbar.

Auch angesichts der Einbindung des Betriebsrates in das betriebliche Geschehen und seiner Mitwirkung am Interessenausgleich, der die zu kündigenden Arbeitsverhältnisse im Einzelnen bezeichnet sowie der schriftlichen Bestätigung des Betriebsrates, dass das Anhörungsverfahren zusammen mit dem Interessenausgleich im Rahmen der bestehenden Namensliste durchgeführt wurde, kann nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme insgesamt kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass der Betriebsrat über alle kündigungsrelevanten Tatsachen informiert war.

(2)

Wie Ziffer 4.8 der Betriebsvereinbarung vom 25./26. Februar 2009 sowie insbesondere Ziffer 2 des Interessenausgleichs vom 19. März 2009 zeigen, war dem Betriebsrat bewusst, dass die weitere Kündigung auf demselben Kündigungssachverhalt wie die bereits ausgesprochene beruhte und lediglich der Abkürzung der Kündigungsfrist diene. Damit brauchte der Beklagte dem Betriebsrat die Einzelheiten des Kündigungssachverhaltes nicht erneut mitzuteilen. Wie sich aus Ziffer 3 des Interessenausgleichs vom 19. März 2009 entnehmen lässt, war an diesem Tag das Anhörungsverfahren zudem durch abschließende Stel-

lungnahme des Betriebsrats abgeschlossen, so dass der Beklagte im Anschluss daran die fragliche Kündigung erklären durfte.

(3)

Dass der Beklagte nicht vorgetragen hat, dem Betriebsrat sei im Einzelnen erläutert worden, wie die Umverteilung der Arbeit vorstattengehen sollte und wie die anfallenden Arbeiten vom verbliebenen Personal ohne überobligationsmäßige Leistungen erledigt werden können, schadet entgegen der Ansicht des Klägers nicht. Die Mitteilungspflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat gehen wie dargelegt nicht soweit wie seine Darlegungspflichten im normalen Kündigungsschutzprozess. Wenn für den Betriebsrat, der über die anstehenden Umstrukturierungsprozesse im Rahmen der Verhandlungen insgesamt informiert worden war, noch Unklarheiten bestanden, hätte es diesem im Rahmen der vertrauensvollen Zusammenarbeit obliegen, entsprechende Nachfragen zu stellen (vgl. hierzu BAG 28. August 2003 – 2 AZR 377/02 – DB 2004, 937). Es kommt hinzu, dass der Kläger und seine Kollegen im Sperrlager bereits im Zuge der ersten Kündigung ab dem 1. März 2009 freigestellt worden waren, die Neuverteilung im Rahmen der Anhörung zur Kündigung vom 23. März 2009 also bereits umgesetzt war. Für den Betriebsrat hätte daher bei der Anhörung zur zweiten Kündigung ein Anlass zu einer solchen Nachfrage nur bestanden, wenn bei der Umsetzung Schwierigkeiten aufgetreten wären. Zudem hat der Betriebsrat in der erwähnten Ziffer 3 des Interessenausgleichs vom 19. März 2009 ausdrücklich erklärt, ordnungsgemäß angehört worden zu sein. Der Kläger hat insoweit – von den bereits abgehandelten Ausführungen abgesehen – nicht vorgetragen, von welchen für die Kündigung bedeutsamen Umständen der Betriebsrat gleichwohl keine Kenntnis gehabt haben soll.

Dass dem Betriebsrat bekannt war, dass der Beklagte für die Ermittlung der Sozialdaten von den Eintragungen in der Lohnsteuerkarte ausgegangen ist, ergibt sich bereits aus der entsprechenden Regelung in der Auswahlrichtlinie. Außerdem war ihm aufgrund des Umstands, dass das Sperrlager nach den Regelungen des Interessenausgleichs einerseits eine eigene Beschäftigungsebene bildete und andererseits alle dort beschäftigten Mitarbeiter eine Kündi-

gung erhalten sollten bzw. hatten, bekannt, dass der Beklagte eine Sozialauswahl für entbehrlich hielt.

d)

Die Kündigung ist auch nicht wegen eines Verstoßes gegen § 17 KSchG unwirksam. Unstreitig hat der Beklagte vor Ausspruch der Kündigung – am 22. März 2009 – bei der Agentur für Arbeit eine Massenentlassungsanzeige erstattet, so dass er am 23. März 2009 die Kündigung aussprechen konnte. Die Entlassungssperre des § 18 Abs. 1 KSchG hindert nicht den Ausspruch der Kündigung, sondern legt nur einen Mindestzeitraum bis zum Kündigungstermin fest (BAG 6. November 2008 – 2 AZR 935/07 – NZA 2009, 1013).

2.

Die Klage gegen die früher – am 26. Februar 2009 – erklärte, aber erst mit Wirkung zum 30. September 2009 ausgesprochene Kündigung ist ebenfalls unbegründet, da das Arbeitsverhältnis wie dargelegt bereits durch die Kündigung vom 23. März 2009 mit Wirkung zum 30. Juni 2009 sein Ende gefunden hat.

3.

Der vom Kläger auf der Basis der Entscheidung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 27. Februar 1985 (– GS 1/84 – NZA 1985, 702) gestellte Weiterbeschäftigungsanspruch ist nicht nur deshalb unbegründet, weil das Arbeitsverhältnis wie ausgeführt bereits seit dem 30. Juni 2009 beendet ist. Vielmehr scheidet der Anspruch auch daran, dass dem Beklagten eine Beschäftigung des Klägers unzumutbar ist, weil der Beschäftigungsbetrieb unstreitig mit Wirkung zum 5. Dezember 2009 im Rahmen eines Betriebsübergangs auf die E. Automotive GmbH übergegangen ist.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Im Hinblick auf den Vorlagebeschluss des Arbeitsgerichts Siegburg (ArbG Siegburg 27. Januar 2010 - 2 Ca 2144/09 - DB 2010, 1466) an den Europäischen Gerichtshof (dort C-86/10) hat die Kammer die Revision an das Bundesarbeitsgericht zugelassen. Von einer eigenen Vorlage hat die Kammer abgesehen, da sie die Bildung von Altersgruppen, welche für die Wirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigungen maßgebend ist, wie dargelegt für mit dem europäischen Recht vereinbar hält.

RECHTSMITTELBELEHRUNG:

Gegen dieses Urteil kann der Kläger bezogen auf die Kündigungsschutzanträge

REVISION

einlegen. Im Übrigen ist für den Kläger kein Rechtsmittel gegeben.

Für den Beklagten ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361-2636 2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Nübold

Wilde

Janssen