
Datum: 22.12.2010
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 Sa 630/10
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2010:1222.2SA630.10.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Hagen, 1 Ca 1979/09
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 6 AZR 449/11
Schlagworte: Ordentliche Unkündbarkeit nach § 20 Ziffer 4 MTV Elektro- und Metallindustrie NRW Ausnahmsweise Zulässigkeit der ordentlichen Kündigung; Anforderungen an zumutbaren Arbeitsplatz bei ordentlicher Kündigung aufgrund einer Betriebsänderung - Interessenausgleich mit Namensliste vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens - Kündigung durch den Insolvenzverwalter
Normen: § 1 KSchG; §§ 113, 125 InsO; § 20 Ziffer 4 MTV Elektro- und Metallindustrie NRW
Leitsätze:

1. Der Ausschluss der ordentlichen Kündigung nach § 20 Ziffer 4 MTV Elektro- und Metallindustrie NRW ist nicht generell bei einer Kündigung aufgrund einer Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG aufgehoben.
2. Die Einbeziehung eines grds. nach § 20 Ziffer 4 MTV Elektro- und Metallindustrie NRW ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers in die soziale Auswahl bei einer Kündigung aufgrund einer Betriebsänderung setzt voraus, dass kein zumutbarer Arbeitsplatz vorhanden ist. Dies muss nicht ein freier Arbeitsplatz sein.
3. Für die Beurteilung der Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Erstellung der Namensliste entscheidend. Dies gilt auch dann, wenn später das Insolvenzverfahren eröffnet wird und die Kündigung des bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens tariflich ordentlich unkündbaren

Arbeitnehmers vom Insolvenzverwalter unter Bezugnahme auf den Interessenausgleich mit Namensliste erklärt wird, auf der der Name des gekündigten Arbeitnehmers aufgeführt ist.

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Hagen vom 09.03.2010 - 1 Ca 1979/09 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung werden der Beklagten auferlegt.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten um den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses.

Der am 20.02.1949 geborene, verheiratete Kläger, der als schwerbehinderter Mensch anerkannt ist, wurde von der Beklagten mit Wirkung zum 20.11.1972 auf der Grundlage eines schriftlichen Formulars "Personalbogen und Einstellungsvereinbarungen" vom 20.11.1972 als Walzwerker eingestellt. Zuletzt übte der Kläger die Tätigkeiten eines Helfers und eines Staplerfahrers bei einem durchschnittlichen monatlichen Bruttoentgelt von 3.000,00 Euro und einer Arbeitszeit von 40 Stunden pro Woche aus.

Das Formular "Personalbogen und Einstellungsvereinbarungen" vom 20.11.1972 (Bl. 7, 8 d. GA) enthält u.a. folgende Regelung:

" . . .

Einstellungsvereinbarung:

. . .

Auf das Arbeitsverhältnis finden jeweils die für den Betrieb maßgeblichen Tarifbestimmungen der Eisen-, Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalens sowie die Bestimmungen der Arbeitsordnung Anwendung.

. . . "

§ 20 der Eisen-, Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalens (Im Folgenden MTV Metallindustrie NRW) enthält u.a. folgende Regelung:

" . . .

§ 20 Beendigung des Arbeitsverhältnisses

...	
4. Beschäftigten, die das 55., aber noch nicht das 65. Lebensjahr vollendet haben und dem Betrieb/Unternehmen 10 Jahre angehören, kann nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden.	14
Dies gilt auch bei Änderungskündigungen im Einzelfall zum Zwecke der Entgeltminderung;	15
nicht jedoch	16
<ul style="list-style-type: none"> • bei allen sonstigen Änderungskündigungen oder • bei Betriebsänderungen, wenn ein anderer zumutbarer Arbeitsplatz nicht vorhanden ist, oder • bei Zustimmung der Tarifvertragsparteien. 	17
... "	18
Die Beklagte – ein Unternehmen der Kaltwalzindustrie mit Sitz in H1 – betreibt einzelne Werke an den Standorten in H1 und in G1. Am Standort in H1 gliedert sich der Betrieb in insgesamt vier Werke: TOP (T2 oberflächenveredelte Produkte), TFP (T2 Flachdraht und Profile), THX (Thenox) und TKW (T2 Kaltwalzwerke). Sowohl für den Betrieb in H1 als auch in G1 ist ein Betriebsrat gewählt. Darüber hinaus ist auf Unternehmensebene ein Gesamtbetriebsrat eingerichtet. Der Vorsitzende des Betriebsrates des H1 Betriebes, Herr M3 W1, ist zugleich auch Vorsitzender des Gesamtbetriebsrates.	19
Nachdem die Beklagte am 23.03.2009 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragte, bestellte das Amtsgericht Hagen mit Beschluss vom gleichen Tage Herrn Rechtsanwalt P1 zum vorläufigen Insolvenzverwalter. Dieser Beschluss wurde u. a. unter dem 15.05.2009 dahingehend ergänzt, dass das Amtsgericht Hagen Herrn P1 die Funktion des "starken" Insolvenzverwalters übertrug. Wegen der Einzelheiten der Beschlüsse vom 23.03.2009 und 15.05.2009 wird auf Bl. 256 bis 261 d. GA Bezug genommen.	20
Nachdem die Beklagte ab dem 30.04.2009 in zahlreichen Gesprächen unter Beteiligung des Beteiligung des vorläufigen Insolvenzverwalters mit den bei ihr gewählten Betriebsräten die schlechte wirtschaftliche Lage, den erheblichen Auftragsverlust und die beabsichtigte Betriebsänderung verbunden mit einem erheblichen Personalabbau erörterte, nahmen dann unter dem 05.05.2009 die Beklagte und die Betriebsräte Verhandlungen über einen Interessenausgleich und Sozialplan auf, die am 11.05., 14.05., 19.05. und 20.05.2009 fortgesetzt wurden. Neben den geplanten Umstrukturierungsmaßnahmen verbunden mit Personalabbau war auch die vorzunehmende Sozialauswahl Gegenstand der Verhandlungen, wobei sich diese insoweit insbesondere darauf bezogen, welche Mitarbeiter im Einzelnen in die Namensliste aufzunehmen waren. Im Rahmen der Verhandlungen vereinbarte die Beklagte mit den Betriebsräten, dass die Sozialauswahl auf der Basis eines Punkteschemas durchgeführt werden solle, welches für das Lebensalter einen Punkt pro Jahr, maximal 55 Punkte, für die Betriebszugehörigkeit ein Punkt pro Jahr, maximal 40 Punkte und für Unterhaltspflichten fünf Punkte für jedes Kind, maximal 20 Punkte vorsehen sollte. Im Rahmen einer sodann durchzuführenden Einzelfallprüfung sollten weitere Umstände wie Schwerbehinderung oder Gleichstellung, Chancen auf dem Arbeitsmarkt, besondere Unterhaltspflichten und dergleichen mehr berücksichtigt werden.	21

Grundlage für die Sozialauswahl war eine Gesamtpersonalliste, auf der die Sozialdaten (Alter, Betriebszugehörigkeit, Kinder, Schwerbehinderung/Gleichstellung) und die sich nach Anwendung des Punkteschemas ergebenden Sozialpunkte der Mitarbeiter verzeichnet waren. Außerdem enthielt diese Gesamtpersonalliste Angaben zur ausgeübten Tätigkeit und den Vergleichsgruppen, die im Rahmen der einzelnen Verhandlungsrunden mit dem Betriebsrat vereinbart worden waren. Als Ergebnis dieser Auswahl unterbreitete die Beklagte den Betriebsräten einen Vorschlag für eine Namensliste, wobei die auf der Liste genannten Personen im Einzelnen durchgesprochen wurden.

Die vorbezeichnete soziale Auswahl im Hinblick auf die geplanten Personalabbaumaßnahmen führte dabei die Beklagte wie folgt durch: 23

Bei den gewerblichen Mitarbeitern bildete sie im 1. Schritt Gruppen unter Berücksichtigung der jeweiligen Tätigkeiten und Qualifikationen. Die Bildung dieser Gruppen wurde nicht auf einzelne Werke innerhalb des Betriebes beschränkt, sondern erfolgte unter Berücksichtigung der in den einzelnen Werken eingerichteten Arbeitsplätze. Hierbei entstanden insgesamt 18 Vergleichsgruppen, wobei die Gruppe 15 den Betrieb in G1 erfasst, die Gruppen 16, 17 und 20 Tätigkeiten wie Instandhaltung, Helfer/Staplerfahrer betraf, die in sämtlichen Bereichen des Betriebes vertreten sind. Innerhalb dieser gebildeten 18 Gruppen nahm die Beklagte sodann im 2. Schritt auf der Grundlage eines von ihr so bezeichneten Qualifizierungszeitraumes eine weitere Differenzierung vor. Hierunter versteht sie die Anlernzeit, die notwendig ist, um sich an den jeweiligen Maschinen vom vierten zum dritten Mann, zum zweiten und schließlich zum ersten Mann zu qualifizieren. Anhand solcher Anlernzeiten bildete sie Untergruppen, soweit dies nach ihrer Ansicht erforderlich war. Wegen der von der Beklagten zur Akte gereichten Schemata zur Vergleichsgruppenbasis und zu den Gruppen vergleichbarer Qualifizierung wird auf die Kopie Bl. 89 d. GA. Bezug genommen. 24

Anschließend erfolgte im 3. Schritt die Zuordnung der einzelnen Arbeitnehmer, also auch des Klägers zu diesen Gruppen. Aufgrund der Tätigkeit des Klägers im sog. "Innentransport" wurde er der Gruppe 20 "Helfer/Staplerfahrer" zugeordnet. Ein endgültiges Ergebnis dieser Zuordnung war sodann eine Liste der aus Sicht der Beklagten vergleichbaren Arbeitnehmer (Bl. 111 d. GA). 25

Unter dem 20/21.05.2009 schlossen die Beklagte, Herr Rechtsanwalt P1 in seiner Eigenschaft als vorläufiger starker Insolvenzverwalter einerseits und die Betriebsräte der Betriebe in H1 und G1 sowie der Gesamtbetriebsrat andererseits einen Interessenausgleich ab, in dem unter III. und IV auf die unterzeichnete Namensliste Bezug genommen wird, die als Anlage 3 dem Interessenausgleich beigelegt war. In dieser Namensliste befindet sich unter der Personalnummer 123456 u.a. der Name des Klägers. Wegen der Einzelheiten des Interessenausgleichs mit Namensliste wird auf Bl. 15 bis 29 d. GA Bezug genommen. 26

Im Anschluss an die Verhandlungen zum Interessenausgleich erklärten die Betriebsräte nach abschließender Beratung, zu den einzelnen beabsichtigten Kündigungen keine weiteren Stellungnahmen mehr abgeben zu wollen, was in Ziffer IV und V des Interessenausgleichs zum Ausdruck kommt. 27

Durch Beschluss vom 01.06.2009 eröffnete das Amtsgericht sodann das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Beklagten und ordnete die Eigenverwaltung an. Zugleich bestellte das Amtsgericht Hagen Herrn Rechtsanwalt P1 zum Sachwalter der Gläubiger. 28

Unter dem 19.06.2009 beantragte die Beklagte beim Landschaftsverband Westfalen-Lippe (LWL Integrationsamt Westfalen) die Zustimmung zu einer beabsichtigten, ordentlichen 29

Kündigung, die – allerdings nicht bestandskräftig – unter dem 17.07.2009 erteilt wurde. Wegen des Zustimmungsbescheides des Integrationsamtes wird auf die Kopie Bl. 84 bis 87 d. GA Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 27.07.2009, das dem Kläger am 31.10.2009 zuzuging, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31.10.2009. Gegen diese Kündigung wehrt sich der Kläger mit der am 05.06.2009 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage. 30

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, dass die Kündigung vom 27.07.2009 aus mehreren Gründen rechtsunwirksam sei. So sei nach dem Vorbringen der Beklagten nicht ersichtlich, dass der Betriebsrat zur Kündigung ordnungsgemäß angehört worden ist. Denn die Beklagte habe selbst dargelegt, dass beabsichtigt gewesen sei, möglichst allen von Kündigung betroffenen Mitarbeitern einen Wechsel in eine Transfergesellschaft zu ermöglichen. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Interessenausgleiches, auf den die Beklagte die Betriebsratsanhörung terminiere, sei indessen überhaupt noch nicht klar gewesen, welche Mitarbeiter überhaupt von Kündigung betroffen sein würden und welche vom Wechsel in die Transfergesellschaft Gebrauch machen würden. 31

Die Beklagte habe die Vorschriften über die Massenentlassungsanzeigen verletzt. Insoweit hat der Kläger bestritten, dass die Beklagte den zwingenden Inhalt einer Massenentlassungsanzeige auf der Grundlage des § 17 KSchG beachtet habe. 32

Die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses sei auch deswegen rechtsunwirksam, nach dem Beschluss des Amtsgerichts Hagen zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom 01.06.2009 jegliches Rechtsgeschäft mit einem Wert von mehr als 20.000,00 Euro und damit auch die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses der Zustimmung des Sachwalters bedürft hätte. Eine solche Zustimmung habe Herr Rechtsanwalt P1 jedoch nicht ausdrücklich erklärt. 33

Darüber hinaus komme der Beklagten die Vermutungswirkung der Vorschrift des 34

§ 125 InsO nicht zugute, da der Interessenausgleich mit Namensliste vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossen worden ist. Auf die die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 KSchG könne sich die Beklagte ebenfalls nicht berufen, weil er bereits wegen eines bestehenden Sonderkündigungsschutzes auf der Grundlage des § 20 Nr. 4 des Manteltarifvertrags für die Arbeiter, Angestellten und Auszubildenden in der Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalens ordentlich nicht kündbar sei und damit nicht in die Sozialauswahl habe einbezogen werden dürfen. Besondere Regelungen basierend auf der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Nichtberücksichtigung tariflichen Sonderkündigungsschutzes in der Insolvenz, kämen bereits deswegen nicht zum Tragen, weil der Interessenausgleich mit der Namensliste bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossen worden sei. 35

Die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses sei jedenfalls deswegen unwirksam, weil die von der Beklagten durchgeführte Sozialauswahl grob fehlerhaft im Sinne des Gesetzes gewesen sei. Die Beklagte habe selbst vorgetragen, ihn in die Vergleichsgruppe Helfer/Staplerfahrer eingeordnet zu haben. Eine solche Zuordnung sei allerdings nicht haltbar. Nach eigenem Vorbringen der Beklagten bestünden in nahezu allen Abteilungen bzw. Kostenstellen Einsatzmöglichkeiten für ungelernte Mitarbeiter. So gehe sie beispielsweise davon aus, dass ohne abgeschlossene Berufsausbildung innerhalb einer Einarbeitungszeit von maximal 10 Wochen zum zweiten Mann an einer Maschine qualifiziert werden könne. Dementsprechend seien sämtliche Arbeiten der zweiten, dritten und vierten Männer ganz überwiegend keine qualifizierten Arbeiten, sondern Anlern- bzw. Hilfsarbeiten, für die der Kläger ebenso 36

angelernt werden könne, wie andere Mitarbeiter auch.

Jedenfalls hätte der Mitarbeiter Z1 nicht als sog. Leistungsträger aus der Sozialauswahl herausgenommen werden dürfen. Herr Z1 sei zunächst sozial weniger schutzwürdig als er, weil dieser erst zum 04.07.1988 eingestellt und zum Kündigungszeitpunkt 53 Jahre alt gewesen sei. Soweit die Beklagte davon ausgehe, dass Herr Z1 seit Beginn des Jahres 2009 in einer Einarbeitung zum zweiten Mann an einer sog. Pieper-Schere tätig sei und die Herausnahme aus der Sozialauswahl deswegen gerechtfertigt gewesen sei, sei dies nicht zutreffend. Der Kläger hätte im Rahmen seiner Kündigungsfrist unter Berücksichtigung seiner Schwerbehinderung von insgesamt mehr als 17 Wochen ohne weiteres an der Pieper-Schere angelernt werden können. Hinzu komme, dass die Beklagte selbst vorgetragen habe, im Rahmen der Interessenabwägung zur Herausnahme des Herrn Z1 aus der sozialen Auswahl auch berücksichtigt zu haben, dass der Kläger nach einer kurzen Übergangszeit Altersrente in Anspruch nehmen könne. Diese Überlegung sei jedoch rechtswidrig. 37

Schließlich sei auch zu bedenken, dass auch eine wesentliche Änderung der Sachlage im Sinne des § 1 Abs. 5 KSchG vorliege, da zum Zeitpunkt des Abschlusses des Interessenausgleichs mit Namensliste das Insolvenzverfahren noch nicht eröffnet gewesen sei und sich erst mit Eröffnung die Besonderheiten des Insolvenzarbeitsrechts für die Beklagte eröffnet hätten. 38

Da das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 27.07.2009 nicht beendet worden sei, müsse die Beklagte den Kläger zu den bisherigen Arbeitsbedingungen als Helfer/Staplerfahrer weiterbeschäftigen. 39

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 40

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 27.07.2009 nicht beendet wird;

2. im Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Helfer und Staplerfahrer weiter zu beschäftigen. 40

Die Beklagte hat beantragt, 43

die Klage abzuweisen. 44

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, dass zu ihren Gunsten aufgrund des formwirksam abgeschlossenen Interessenausgleichs mit Namensliste, auf der sich der Name des Klägers befinde, die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 KSchG eingreife. Aus diesem Grunde würden die notwendigen, dringenden betrieblichen Erfordernisse zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung vermutet, ohne dass es dem Kläger gelungen sei, diese Vermutung zu widerlegen. 45

Dem Interessenausgleich liege eine Betriebsänderung zugrunde, was sich bereits daraus ergebe, dass von der Umstrukturierungsmaßnahme insgesamt mehr als ein Viertel der 530 beschäftigten Arbeitnehmer von Kündigungen betroffen sei. 46

Die Beklagte hat darüber hinaus die Ansicht vertreten, sie habe auch die Sozialauswahl ordnungsgemäß durchgeführt, wobei diese lediglich auf grobe Fehlerhaftigkeit wegen des abgeschlossenen Interessenausgleichs mit Namensliste überprüfbar sei. 47

48

Entgegen der Ansicht des Klägers, habe sie u. a. den Mitarbeiter Z1 zutreffender Weise aus der Sozialauswahl als Leistungsträger herausgenommen. Insoweit habe der Kläger lediglich pauschal behauptet, auch er hätte an der Pieper-Schere qualifiziert werden können, was aber falsch sei. Der Kläger habe weder an der Pieper-Schere gearbeitet noch bis zum Abschluss des Interessenausgleichs eine Qualifikation an dieser Schere gehabt. Bis zum Ausspruch der Kündigung am 27.07.2009 hätte er auch nicht die Qualifikation erwerben können, da die betriebliche Einarbeitungszeit an der Pieper-Schere zum dritten Mann 2 Wochen und zum zweiten Mann 16 Wochen beträgt. Der verzögerte Ausspruch der Kündigung des Klägers gehe allein auf die Dauer des behördlichen Zustimmungsverfahrens zurück. Für die Betriebsparteien sei bei Abschluss des Interessenausgleichs nicht absehbar gewesen, wann das Integrationsamt die Zustimmung erteilen würde und die Kündigung ausgesprochen werden könne. Schließlich habe der Kläger diese Qualifikation auch nicht im Rahmen seiner Kündigungsfrist von drei Monaten erwerben können.

Allein diese Umstände würden ein berechtigtes betriebliches Interesse an der Herausnahme des Mitarbeiters Z1 aus der Sozialauswahl als Leistungsträger begründen. Soweit sie dargelegt habe, dass sie im Rahmen der Interessenabwägung bei der Herausnahme des Herrn Z1 aus der Sozialauswahl eine gewisse Rentennähe und damit die absehbare soziale Absicherung des Klägers berücksichtigt habe, sei dies nicht vorwerfbar. Im Rahmen des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG komme es in der Tat auf das individuelle konkrete Schutzinteresse des Arbeitnehmers an, wobei auch andere Erwägungen, als die vier im Gesetz genannten Kriterien einbezogen werden dürften. Dies werde auch daran deutlich, dass es ihr nicht zugemutet werden könne, den bereits qualifizierten Herrn Z1 zu kündigen, den Kläger dann an der Pieper-Schere 18 Wochen anzulernen, obwohl der Kläger sodann kurze Zeit später in Rente gehe mit der Konsequenz, dass dann ein weiterer Arbeitnehmer eingestellt und an der Pieper-Schere qualifiziert werden müsse. 49

Aber auch unter Berücksichtigung der sozialen Unterschiede zwischen dem Kläger und dem weiterbeschäftigten Arbeitnehmer Herrn Z1 werde deutlich, dass eine grobe Fehlerhaftigkeit nicht vorliegen könne. Herr Z1 sei über 50 Jahre alt und weise eine Betriebszugehörigkeit von 21 Jahren auf. Fehler bei der Sozialauswahl seien daher nicht festzustellen. 50

Sie habe auch den Betriebsrat ordnungsgemäß angehört. Das folge bereits aus dem Ablauf der jeweiligen Gespräche und Verhandlungsrunden, die sie mit den Betriebsräten geführt habe. Mit der ausdrücklichen Erklärung der Betriebsräte nach Erarbeitung des Interessenausgleichs und abschließender Beratung in den Gremien, dass eine weitere Stellungnahme zu den einzelnen Kündigungen nicht mehr abgegeben werde, sei das Anhörungsverfahren mit Unterschrift der Betriebsräte unter dem Interessenausgleich ordnungsgemäß abgeschlossen worden. 51

Unter dem 29.05.2009 habe sie die notwendige Massenentlassungsanzeige ordnungsgemäß bei der Agentur für Arbeit eingereicht. 52

Die Kündigung des Klägers sei auch nicht deswegen unwirksam, weil Herr Rechtsanwalt P1 als Sachwalter der Gläubiger auf der Grundlage des Insolvenzeröffnungsbeschlusses vom 01.06.2009 der Kündigung nicht ausdrücklich zugestimmt habe. Denn zum einen habe Herr Rechtsanwalt P1 den Interessenausgleich mit Namensliste, auf der sich u.a. der Name des Klägers befinde, verhandelt und unterzeichnet. Bereits daraus ergebe sich die Zustimmung von Herrn P1 zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger. Es wäre eine bloße Förmerei, wenn man danach noch zusätzlich eine ausdrückliche Zustimmungserklärung verlangen würde. 53

Außerdem sei der Wert des Arbeitsverhältnisses im Sinne des Insolvenzeröffnungsbeschlusses auf der Grundlage der Wertberechnungsvorschriften im gerichtlichen Verfahren zu ermitteln, also mit drei Bruttogehältern festzusetzen. Keinesfalls sei damit ein Wert von über 20.000,00 Euro erreicht.

Der besondere Kündigungsschutz der tariflichen Vorschriften des § 20 MTV Eisen und Metall komme dem Kläger nicht zugute; insoweit habe das Bundesarbeitsgericht mehrfach ausdrücklich entschieden, dass die Kündigungsermächtigung in § 113 InsO besonderen tariflichen Kündigungsschutz verdränge. 55

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 09.03.2010 die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt und die Beklagte zur Weiterbeschäftigung des Klägers verurteilt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass die Beklagte bei Ausspruch der Kündigung soziale Auswahlgesichtspunkte im Hinblick auf die Person des Klägers nicht ausreichend berücksichtigt habe. Der anzuwendende Prüfungsmaßstab im Hinblick auf die soziale Auswahl des § 1 Abs. 3 KSchG sei zugunsten der Beklagten nicht gemäß § 1 Abs. 5 KSchG auf grobe Fehlerhaftigkeit beschränkt. Gegenüber dem Kläger könne sich die Beklagte nicht auf die Vermutungswirkung des Interessenausgleichs mit Namensliste berufen, da der Kläger zum Zeitpunkt des Abschlusses des Interessenausgleichs am 20./21.05.2009 aus Rechtsgründen nicht in die Namensliste hätte aufgenommen werden dürfen. 56

Denn der Kläger sei aufgrund der unstreitig anwendbaren Bestimmung des § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie NRW ordentlich nicht kündbar gewesen. Es sei zwischen den Parteien unstreitig gewesen, dass Ausnahmetatbestände des § 20 Abs. 4 MTV Eisen und Metall nicht vorgelegen hätten. Bedenken gegen die Wirksamkeit des § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie NRW beständen nicht. Diese Vorschrift bevorzuge zwar Beschäftigte, die das 55. Lebensjahr vollendet haben gegenüber solchen, die jünger an Lebensjahren sind, weshalb die Regelungen zur Altersdiskriminierung (Richtlinie 200/78 EG des Rates vom 27.11.2000) einschlägig sein könnten. Tarifliche Unkündbarkeitsvereinbarungen seien grundsätzlich als zulässig anzusehen und nur dann im Sinne einer gemeinschaftskonformen Auslegung einzuschränken bzw. auf den Einzelfall anzupassen, wenn bei ihrer Anwendung ein grob fehlerhaftes Ergebnis einer sozialen Auswahl entstehen würde. Eine solche extreme Regelung stelle § 20 Ziff. 4MTV Metallindustrie NRW schon deswegen nicht dar, weil er nicht allein auf das Lebensalter abstelle, sondern darüber hinaus für den Eintritt der tariflichen Unkündbarkeit eine zehnjährige Betriebszugehörigkeit verlange. Damit sei für die tarifliche Unkündbarkeit neben dem Alter eine dauerhafte Betriebstreue maßgebliche Tatbestandsvoraussetzung, sodass die gemeinschaftskonformen Einschränkungen der Regelung § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie NRW nicht geboten seien. 57

Ob tariflich unkündbare Arbeitnehmer von vornherein nicht in eine soziale Auswahl einzubeziehen seien oder ob ihre Einbeziehung in die Sozialauswahl orientiert an dem Maßstab einer außerordentlichen Kündigung mit Auslaufrist überprüfbar sei, müsse nicht entschieden werden, da auch im letzteren Fall der Kläger in die Namensliste nicht hätte aufgenommen werden dürfen. Denn dass auch nach der Betriebsänderung Helfer/Staplerfahrer im Betrieb der Beklagten weiterbeschäftigt würden, sei zwischen den Parteien nicht streitig, so dass der Kläger auch nicht außerordentlich nach Maßgabe des § 626 BGB mit einer sozialen Auslaufrist kündbar gewesen wäre. 58

Der Umstand, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgesprochen worden sei, habe mit der Frage der Zulässigkeit der Einbeziehung in die Sozialauswahl nichts zu tun. 59

Es sei zwar richtig, dass § 113 InsO aufgrund der gesetzlichen Formulierung auch tariflichen Sonderkündigungsschutz verdränge. Die Rechtswirkungen des § 113 InsO entstünden aber erst mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der vorläufige Insolvenzverwalter könne sich auf § 113 InsO auch dann nicht stützen, wenn er mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ausgestattet sei. Da jedoch der Kläger in die Namensliste nicht hätte aufgenommen werden dürfen, könne sich die Beklagte jedenfalls ihm gegenüber nicht auf die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 KSchG berufen.

Eine ausreichende Berücksichtigung sozialer Auswahl Gesichtspunkte im Sinne des § 1 Abs. 3 KSchG habe die Beklagte nicht vorgenommen. 61

Ihr sei zwar ohne weiteres zuzugeben, dass bei ihrem Sachvortrag zur Bildung der Vergleichsgruppen eine grobe Fehlerhaftigkeit nicht angenommen werden könne; im Rahmen der gebotenen ausreichenden Berücksichtigung sozialer Auswahl Gesichtspunkte sei jedoch nicht zu erkennen, dass die Bildung der Gruppe des Kreises vergleichbarer Arbeitnehmer im Bereich der ungelernten/angelernten Mitarbeiter – soweit der Kläger betroffen sei – auf die Gruppe Helfer/Staplerfahrer zu beschränken gewesen sei, worauf der Kläger auch ausdrücklich hingewiesen habe. 62

Auch durch die Herausnahme des Mitarbeiters Z1 als Leistungsträger im Sinne des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG aus der Sozialauswahl werde die Vorgehensweise der Beklagten dem Maßstab der ausreichenden Berücksichtigung sozialer Auswahl Gesichtspunkte nicht gerecht. Selbst wenn man mit der Beklagten davon ausgehe, dass der Beginn der Qualifizierung des Herrn Z1 die Leistungsträgereigenschaften begründen könnte, so sei indessen zu berücksichtigen, dass nach eigenem Vorbringen der Beklagten eine solche Qualifizierungszeit bei maximal 18 Wochen liege. 63

Bezogen auf einen solchen Qualifizierungszeitraum habe das Arbeitsgericht der Auffassung der Beklagten nicht folgen können, dass ihr bei Ausspruch der Kündigung in der Person des Klägers ein solcher Qualifizierungszeitraum nicht zur Verfügung gestanden hätte. Sie habe, was durch Einholung der Zustimmung des Integrationsamtes dokumentiert werde, gewusst, dass der Kläger als schwerbehinderter Mensch nicht ohne Zustimmung im Sinne des § 85 SGB IX hätte entlassen werden können. Sie habe auch gewusst, dass bei der von ihr verfolgten Vorgehensweise der Kündigung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Kündigungsfrist von drei Monaten einzuhalten sei, zu der die Dauer des Zustimmungsverfahrens beim Integrationsamt hinzukomme. Aufgrund der Bestimmung des § 88 Abs. 1 SGB IX sei wiederum jedenfalls im Rahmen einer vorausschauenden Planung davon auszugehen, dass mit einer Entscheidung des Integrationsamtes vom Tage des Eingangs des Antrages in einem Monat gerechnet werden könne. Zusammengefasst folge daraus ein vorausschauender Zeitraum vom Antragseingang bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses von mindestens vier Monaten ohne Berücksichtigung von Postlauf- und sonstigen Verwaltungszeiten. Insgesamt habe im Rahmen einer realistischen Planung ein Zeitraum von über 17 Wochen als Qualifizierungszeitraum in der Person des Klägers in Betracht kommen dürfen, wovon auch der Kläger – zu Recht – ausgehe. Damit stünde nach alledem fest, dass auch der Kläger noch im Rahmen des bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bestehenden Arbeitsverhältnisses in gleicher Weise hätte qualifiziert werden können wie der Mitarbeiter Z1. Daher könne dessen begonnene Qualifikation im Verhältnis zum Kläger seine Herausnahme als Leistungsträger im Sinne des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG nicht rechtfertigen. 64

Dieser Verstoß gegen § 1 Abs. 3 KSchG führe ohne weiteres zur nicht ausreichenden Berücksichtigung sozialer Auswahl Gesichtspunkten im Sinne des § 1 Abs. 3 KSchG und begründe damit die fehlende soziale Rechtfertigung der streitgegenständlichen Kündigung 65

vom 27.07.2009.

Die Tatsache, dass der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts seit der Entscheidung vom 09.11.2006 (2 AZR 812/05) davon ausgehe, dass sich ein Fehler im Rahmen der Sozialauswahl jedenfalls dann nicht auf die Kündigung des betroffenen Arbeitnehmers auswirke, wenn dieser auch bei fehlerfreier Sozialauswahl von Kündigung betroffen wäre ("Wegfall der Dominotheorie"), stehe diesem Ergebnis nicht entgegen. Denn die in dieser Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts gestellte Frage sei ausschließlich dann zu prüfen und zu beantworten, wenn es um eine Sozialauswahl gehe, die allein durch Vollzug eines zulässigen Punktesystems durchgeführt worden sei. Auf andere Fälle von Fehler im Rahmen des § 1 Abs. 3 KSchG sei diese Rechtsprechung nicht übertragbar und bislang auch nicht übertragen worden. 66

Die von der Beklagten noch angestellten Zumutbarkeitserwägungen im Hinblick auf eine mögliche Einarbeitung des Klägers an einer Pieper-Schere wegen einer baldigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Rentenbezug des Klägers und der damit verbundenen Notwendigkeit einer Neueinstellung könnten keine andere Entscheidung rechtfertigen. Eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Rentenbezug stehe zum Einen nicht fest, da nicht ersichtlich ist, auf welcher Rechtsgrundlage eine solche Beendigung wird erfolgen können. Zum Anderen stehe auch nicht fest, ob der Kläger als schwerbehinderter Mensch überhaupt von der Möglichkeit Gebrauch mache, mit dem 63. Lebensjahr eine Altersrente zu beziehen. 67

Da die streitgegenständliche Kündigung vom 27.07.2009 gemäß § 1 Abs. 1, 3 mangels ausreichender Berücksichtigung sozialer Auswahlgesichtspunkte sozial ungerechtfertigt und damit unwirksam sei, komme es auf die übrigen vom Kläger vorgetragene Unwirksamkeitsgründe nicht mehr an. 68

Aufgrund der festgestellten Unwirksamkeit der Kündigung vom 27.07.2009 stehe dem Kläger gegen die Beklagte ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Helfer/Staplerfahrer zu. 69

Wegen der weiteren Einzelheiten des sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe der erstinstanzlichen Entscheidung Bezug genommen. 70

Gegen das am 10.04.2010 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat die Beklagte am 04.05.2010 Berufung eingelegt und am 13.07.2010 begründet, nachdem ihr die Berufungsbegründungsfrist bis zum 14.07.2010 verlängert wurde. Zur Begründung der Berufung trägt die Beklagte vor, das Arbeitsgericht habe zu Unrecht angenommen, dass sie sich nicht auf die Vermutungswirkung des § 15 Abs. 5 KSchG berufen könne. Denn sie sei entgegen der Annahme des Arbeitsgerichts berechtigt gewesen, den Kläger in die Namensliste aufzunehmen. § 20 Ziffer 4 MTV stehe dem nicht entgegen, weil diese Bestimmung in dem für die Prüfung der Wirksamkeit einer Kündigung maßgeblichen Zeitpunkt des Kündigungszugangs aufgrund der zuvor erfolgten Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht einschlägig gewesen sei. Da dies bereits bei Erstellung der Namensliste festgestanden habe, sei eine Einbeziehung des Klägers in die Namensliste nicht ausgeschlossen gewesen. Die Tatsache, die Regelung des § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie NRW noch gegolten habe, stehe dem nicht entgegen, da es zulässig sei, absehbare künftige Ereignisse bei der Sozialauswahl zu berücksichtigen. 71

Selbst wenn der tarifliche Kündigungsschutz Anwendung finden sollte, wäre der Kläger in die Namensliste aufzunehmen, weil zum einen eine außerordentliche Kündigung mit einer 72

sozialen Auswahlfrist zulässig wäre. Zum anderen lägen die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes des § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie vor, da die Kündigung aufgrund einer Betriebsänderung erfolgt und ihr eine Beschäftigung des Klägers auf einem anderen Arbeitsplatz nicht zumutbar gewesen sei.

Es sei davon auszugehen, dass die Einbeziehung tariflich unkündbarer Arbeitnehmer in die Sozialauswahl nicht generell ausgeschlossen sei, sondern in solchen Fällen zulässig, in denen eine außerordentliche Kündigung mit einer sozialen Auslaufzeit wirksam wäre. Diese Voraussetzungen lägen im Falle des Klägers vor. Das Arbeitsgericht habe insoweit zu Unrecht angenommen, dass sie auch nach der Betriebsänderung Helfer/Staplerfahrer weiterbeschäftige, da alle mit dem Kläger vergleichbare Arbeitnehmer gekündigt worden seien. Die aus der Sozialauswahl als Leistungsträger berechtigterweise herausgenommenen Arbeitnehmer Z1 und K1 würden nach der Betriebsänderung nicht mehr als Helfer/Staplerfahrer beschäftigt. Der Arbeitnehmer K1 arbeite in der Kantine, während der Arbeitnehmer Z1 als 2. Mann an der Piperschere beschäftigt werde. Da eine Betriebsänderung vorliege und in ihrem Betrieb kein Arbeitnehmer mit den Qualifikationen verblieben sei, die für die Zuordnung in die Vergleichsgruppe Helfer/Staplerfahrer maßgeblich gewesen seien, sei in ihren Betrieb kein anderer zumutbarer freier Arbeitsplatz vorhanden.

73

Da entgegen der Annahme des Arbeitsgerichts der Kläger berechtigterweise in die Namensliste aufgenommen worden sei, greife zu seinen Gunsten § 1 Abs. 5 KSchG. Der vorläufige Insolvenzverwalter könne zwar von den insolvenzrechtlichen Kündigungserleichterungen keinen Gebrauch machen, dies bedeute aber nicht, dass für ihn auch nicht die allgemeine Regelung des § 1 Abs. 5 KSchG gelte. Da aufgrund des erheblichen Personalabbaus unzweifelhaft eine Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG vorliege, der Kläger in der Namensliste eines Interessenausgleichs aufgeführt sei und die formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Namensliste und des Interessenausgleichs erfüllt seien, werde zum einen das Vorliegen des dringenden betrieblichen Erfordernisses vermutet. Zum anderen sei die Sozialauswahl lediglich auf grobe Fehler überprüfbar. Unter Berücksichtigung des Maßstabes der groben Fehlerhaftigkeit sei die Bildung der Vergleichsgruppen und die Herausnahme der Leistungsträger K1 und Z1 nicht zu beanstanden gewesen. Der Herausnahme des Leistungsträgers K1 habe der Kläger erstinstanzlich nicht widersprochen. Da der Mitarbeiter Z1 seit Anfang 2009 an der Piperschere zum 2. Mann angelernt worden sei, sei er aufgrund der bereits zurückliegenden Zeit im Zeitpunkt des Abschlusses des Interessenausgleichs mit Namensliste kurz davor gewesen, in die Gruppe 9 (Scheren) aufzusteigen. Da der Kläger für den Erwerb dieser zusätzlichen Qualifikation insgesamt 18 Monate benötigen würde, hätte er sie bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht erwerben können. Die zusätzliche Qualifikation und im Betrieb sofort erforderliche Qualifikation des Arbeitnehmers Z1 habe der Kläger nicht bestritten. Darüber hinaus sei sie auch berechtigt gewesen, zugunsten des 53-jährigen und seit 20 Jahren beschäftigten Arbeitnehmers Z1 zu berücksichtigen, dass er von der drohenden Arbeitslosigkeit erheblich stärker betroffen worden wäre, als der am 20.02.1949 geborene Kläger, der die Möglichkeit gehabt habe, sofort nach Ablauf der Kündigungsfrist nach § 236 a Abs. 2 S. 3 SGB VI vorzeitige Altersrente unter Inkaufnahme von Rentenabschlägen zu erhalten bzw. 24 Monate Arbeitslosengeld und danach vorzeitig, zumindest aber ab Vollendung des 63. Lebensjahres ungekürzte Altersrente zu beziehen. Die Berücksichtigung des "rentennahen" Lebensalters des Klägers im Rahmen der Sozialauswahl sei zulässig, jedenfalls nicht grob fehlerhaft. Da der Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß angehört worden sei, eine ordnungsgemäße Massenentlassungsanzeige vorliege und die Kündigung auch in formeller Hinsicht nicht zu beanstanden sei, sei die Berufung begründet.

74

Die Beklagte beantragt,	75
das Urteil des Arbeitsgerichts Hagen vom 09.03.2010 – 1 Ca 1979/09 abzuändern und die Klage abzuweisen.	76
Der Kläger beantragt,	77
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen	78
Der Kläger verteidigt unter Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens das Urteil des Arbeitsgerichts. Das Arbeitsgericht habe zu Recht darauf abgestellt, das zum Zeitpunkt der Erstellung der Namensliste der Kläger ordentlich nicht kündbar gewesen und deshalb zu Unrecht in die Namensliste aufgenommen worden sei. Die Tatsache, dass die Kündigung nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erklärt worden sei, ändere daran nichts, weil der Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens keinen Interessenausgleich mit Namensliste abgeschlossen habe, was ihm ohne weiteres möglich gewesen wäre. § 125 gelte nur bei einem Interessenausgleich mit Namensliste, der von endgültigen Insolvenzverwaltern worden sei. Werde ein Interessenausgleich mit Namensliste von einem vorläufigen Insolvenzverwalter abgeschlossen, greife lediglich die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 KSchG, bei der die tarifliche Unkündbarkeit zu beachten sei. Schließe der Insolvenzverwalter selbst keinen Interessenausgleich mit Namensliste, obwohl ihm das ohne weiteres möglich wäre, dann könne er sich weder auf § 125 InsO noch geltend machen, dass im Zeitpunkt des Kündigungszugangs die Regelung der tariflichen Unkündbarkeit nicht einschlägig gewesen sei und dies bereits in einem vom vorläufigen Insolvenzverwalter abgeschlossenen Interessenausgleich mit Namensliste berücksichtigt werden könne.	79
Entgegen der Ansicht der Beklagten sei die seines Arbeitsverhältnisses bei Beachtung des § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie NRW nicht zulässig gewesen, da zumutbare Beschäftigungsmöglichkeiten vorhanden gewesen seien. Insbesondere habe das Arbeitsgericht insoweit zu Recht festgestellt, dass er jedenfalls im Verhältnis zum Arbeitnehmer Z1 schutzwürdiger gewesen sei. Da er seit dem 01.07.2009 freigestellt worden sei, hätte er bis zum 30.06.2011 Arbeitslosengeld beziehen können, sodass er entgegen der Ansicht der Beklagten keine Möglichkeit des Bezuges einer ungekürzten Rente gehabt habe. Im Übrigen sei die Berücksichtigung der Rentennähe ohnehin unzulässig.	80
Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	81
Entscheidungsgründe	82
Die Berufung der Beklagten ist statthaft und insgesamt form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1, Abs. 2 b) und c), 66 Abs. 1, 64 Abs. 4 ArbGG, §§ 519, 520 ZPO. Die Berufung bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg.	83
I. Das Arbeitsgericht hat im Ergebnis zu Recht die Unwirksamkeit der Kündigung der Beklagten vom 29.07.2009 festgestellt und die Beklagte zu einer Weiterbeschäftigung des Klägers verurteilt. Denn die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger ist entgegen der Rechtsansicht der Beklagten nicht nach § 1 KSchG sozial gerechtfertigt und damit unwirksam.	84
1. Die Beklagte kann sich zur Rechtfertigung der Kündigung nicht auf die erleichterte Kündigungsmöglichkeit nach § 125 InsO berufen.	85

Die Beklagte hat zwar das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit Schreiben vom 27.07.2009, also nach der am 01.06.2009 erfolgten Eröffnung des Insolvenzverfahrens gekündigt. Der Interessenausgleich mit Namensliste, in der u.a. der Kläger namentlich bezeichnet ist, ist aber bereits am 20.09.2009, also vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossen worden. Auf einen vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossenen Interessenausgleich mit Namensliste ist § 125 InsO nach seinem klaren Wortlaut auch dann nicht anwendbar, wenn er von einem sog. starken Insolvenzverwalter abgeschlossen wird (vgl. LAG Hamm, Urt. v. 12.01.2006 – 4 Sa 1511/05, Juris; LAG Hamm, Urt. v. 07.07.2005 – 4 Sa 1559/04, Juris). Davon, dass §§ 113 ff. InsO erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingreifen geht selbst die Beklagte aus. 86

2. Das Arbeitsgericht hat auch im Ergebnis zu Recht entschieden, dass sich die Beklagte im Verhältnis zum Kläger jedenfalls nicht auf die Beschränkung der Überprüfung der sozialen Auswahl auf grobe Fehlerhaftigkeit entsprechend § 1 Abs. 5 KSchG berufen kann, da diese erleichterte Kündigungsmöglichkeit im Verhältnis zum Kläger nicht eingreift. 87

a. Die erleichterte Kündigungsmöglichkeit nach § 1 Abs. 5 KSchG greift ein, wenn vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens sowohl der Interessenausgleich mit Namensliste abgeschlossen als auch die Kündigung des Arbeitsverhältnisses erklärt wurde, da insoweit die insolvenzrechtlichen Sonderregelungen nicht eingreifen (vgl. LAG Hamm, Urt. v. 12.01.2006 – 4 Sa 1511/06, Juris). Ob die erleichterte Kündigungsmöglichkeit nach § 1 Abs. 5 KSchG auch dann eingreift, wenn der Interessenausgleich mit Namensliste noch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossen wurde, die Kündigung aber erst nach Insolvenzeröffnung erklärt wurde, kann offen bleiben. Denn die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger ist auch dann unwirksam, wenn zugunsten der Beklagten davon ausgegangen wird, dass der vor der Insolvenzeröffnung abgeschlossene und sofort in Kraft getretene Interessenausgleich mit Namensliste auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die erleichterte Kündigungsmöglichkeit nach § 1 Abs. 5 KSchG begründen konnte (vgl. LAG Hamm, Urt. v. 07.07.2005 – 4 Sa 1548/04, Juris, zur Zulässigkeit der Berufung des Insolvenzverwalters auf den vor der Insolvenzeröffnung abgeschlossenen Interessenausgleich). Denn das Arbeitsgericht geht zu Recht davon aus, dass der Kläger nicht in die Namensliste aufgenommen werden durfte. 88

b. Der Beklagten ist zwar zuzugeben, dass der Kläger im Zeitpunkt des Kündigungszugangs nicht nach § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie NRW grundsätzlich ordentlich unkündbar war, weil tarifliche Unkündbarkeitsregelungen nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach ständiger Rechtsprechung des BAG, der die Berufungskammer folgt, nicht eingreifen, sodass eine ordentliche Kündigung nach Maßgabe des § 113 InsO zulässig war (vgl. BAG, Urt. v. 16.06.2005 – 2 AZR 476/04, NZA 2006, 270; Urt. v. 19.01.2000 – 4 AZR 70/99, NZA 2000, 658). Daraus kann jedoch nach Ansicht der Kammer nicht abgeleitet werden, dass der nach § 20 Ziffer 4 des MTV Metallindustrie grundsätzlich ordentlich unkündbare Kläger in die Namensliste des bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossenen Interessenausgleichs aufgenommen werden durfte. Denn solange das Insolvenzverfahren noch nicht eröffnet worden ist, war der Kläger nach § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie ordentlich nicht kündbar mit der Folge, dass die ordentliche Kündigung seines Arbeitsverhältnisses auch nicht nach Maßgabe des § 1 Abs. 5 KSchG zulässig war. Insoweit weist das Arbeitsgericht auch zu Recht darauf hin, dass in die Namenslisten nach § 1 Abs. 5 KSchG nur die Arbeitnehmer aufgenommen werden dürfen, die nach Wertung der Betriebsparteien im Rahmen der Verhandlungen über den Interessenausgleich mit Namensliste als vergleichbar für eine soziale Auswahl in Betracht kamen und denen nach Berücksichtigung der sozialen Auswahlkriterien und Feststellung einer Rangfolge wegen der 89

Betriebsänderung gekündigt werden soll. Da der Kläger zum Zeitpunkt des Abschlusses des Interessenausgleichs und der Namensliste nach § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie NRW ordentlich nicht kündbar war, hätte er in die Namensliste nicht aufgenommen werden dürfen, weil zu diesem die ordentliche Kündigung seines Arbeitsverhältnisses schon wegen Verstoßes gegen ein tarifliches Kündigungsverbot nach § 134 BGB unwirksam wäre (vgl. dazu BAG, Urt. v. 26.03.2009 – 2 AZR 879/07, NZA 2009, 679). Die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses nach § 1 Abs. 5 KSchG wegen einer Betriebsänderung nach Beachtung der Sozialauswahl war zu diesem Zeitpunkt noch nicht möglich.

c. Der Einwand der Beklagten, dass für die Wirksamkeit der Kündigung der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung maßgeblich sei und § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie NRW der ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger nach der erfolgten Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr entgegen gestanden habe, rechtfertigt entgegen der Ansicht keine andere Beurteilung. 90

aa. Der Zweck der Regelung des § 1 Abs. 5 KSchG besteht vor allem darin, bei betriebsbedingten Kündigungen einer größeren Zahl von Arbeitnehmern die Sozialauswahl für alle Beteiligten rechtssicherer zu gestalten. Mit Blick auf dieses Bedürfnis hielt es der Gesetzgeber für angezeigt, dass die Gerichte für Arbeitssachen die Sachnähe der Betriebsparteien in gewissem Umfang anerkennen und hat den von ihnen getroffenen Einzelfallentscheidungen die Vermutung der Richtigkeit zugebilligt. 91

Der Gesetzeszweck und die an die Namensliste geknüpften Rechtsfolgen verlangen, dass in ihr ausschließlich Arbeitnehmer bezeichnet sind, die aus der eigenen Sicht der Betriebsparteien aufgrund der dem Interessenausgleich zugrunde liegenden Betriebsänderung zu kündigen sind. Da somit die erleichterte Kündigungsmöglichkeit an den Interessenausgleich mit der Namensliste anknüpft, kann es für die Frage, welche Arbeitnehmer in die Namensliste aufzunehmen sind, jedenfalls dann nur auf den Zeitpunkt der Erstellung der Namensliste und des Abschlusses des Interessenausgleichs ankommen, wenn dieser mit Unterzeichnung in Kraft tritt und Grundlage für die beabsichtigten Kündigung bilden kann. 92

bb. Da die in dem Interessenausgleich vom 20.05./21.05.2009 geregelten Maßnahmen nach Ziffer IX mit Unterzeichnung des Interessenausgleichs in Kraft traten und mit deren Umsetzung sofort begonnen werden konnte, konnten nach dem Interessenausgleich auch die in Ziffer III beschlossenen Kündigungen sofort erklärt werden, nachdem in Ziffer IV und V des Interessenausgleichs auch geregelt wurde, dass das Konsultationsverfahren nach § 17 KSchG sowie das Anhörungsverfahren nach §102 BetrVG abgeschlossen wurden. Demensprechend kann es für die Frage, welche Arbeitnehmer nach Maßgabe des Interessenausgleichs mit der Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG gekündigt werden können und daher in die Namensliste aufzunehmen sind, nur auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Interessenausgleichs, nicht dagegen auf einen späteren Zeitpunkt ankommen, zu dem eine im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Interessenausgleichs unzulässige Kündigung zulässig geworden ist. Anderenfalls hinge es ausschließlich vom Zeitpunkt des Kündigungszugangs ab, ob bei Kündigungen wegen derselben Betriebsänderung die Kündigungserleichterungen nach § 1 Abs. 5 KSchG wegen einer nachträglichen Änderung der Rechtslage eingreifen oder nicht. Insoweit weist der Kläger auch zu Recht darauf hin, dass die erleichterte Kündigungsmöglichkeit nach § 1 Abs. 5 KSchG während des Insolvenzeröffnungsverfahrens nicht ausgeschlossen ist, sondern nach Maßgabe der zum Zeitpunkt des Abschlusses des Interessenausgleichs mit Namensliste bestehenden Rechtslage besteht, sodass bestehende tarifliche Unkündbarkeitsregelungen zu beachten sind. Soll in der Namensliste der mit der 93

Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbundene Wegfall der tariflichen ordentlichen Unkündbarkeit Beachtung finden, bleibt dem Insolvenzverwalter unbenommen, den Interessenausgleich mit Namensliste nach Insolvenzeröffnung nochmals abzuschließen bzw. zu bestätigen, was auch der Beklagten nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und er angeordneten Eigenverwaltung ohne weiteres möglich wäre. Tut er dies nicht, dann kann er sich zwar auf den Wegfall der tariflichen Unkündbarkeit und § 113 InsO, auf § 1 Abs. 5 KSchG aber nur entsprechend der im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Interessenausgleichs mit Namensliste geltenden Rechtslage, nicht also gegenüber einem ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern berufen (vgl. BAG, Urt. v. 17.11.2005 – 6 AZR 118/05, NZA 2006, 370).

d. Die Unkündbarkeitsvoraussetzungen des § 20 Ziffer 4 MTV lagen im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Interessenausgleichs mit Namensliste am 20/21.05.2009 entgegen der Ansicht der Beklagten vor. 94

aa. Es ist zwischen den Parteien unstrittig, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihnen im Zeitpunkt des Abschlusses des In-Kraft-Tretens grundsätzlich nach § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie nicht mehr ordentlich kündbar war, weil die Klägerin das 55. Lebensjahr vollendet hat und seit mehr als 10 Jahren im Betrieb der Beklagten beschäftigt war. Der tarifliche Ausschluss der ordentlichen Kündigung ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der die Kammer folgt, jedenfalls grundsätzlich zulässig (vgl. BAG, Urt. v. 28.10.20110 – 2 AZR 688/09, Juris; Urt. v. 26.03.2009 – 2 AZR 879/07, NZA 2009, 879; Urt. v. 05.06.2008 – 2 AZR 907/06, NZA 2008, 1120; Urt. v. 02.06.2006 – 2 AZR 58/05, NZA 2006, 868; Urt. v. 24.06.2004 – 2 AZR 215/03, AP Nr. 278 zu § 613a BGB). Ob und gegebenenfalls inwieweit Einschränkungen der tariflichen Unkündbarkeit wegen möglicher Benachteiligung anderer Arbeitnehmer durch Herausnahme der tariflich ordentlich unkündbaren aus dem Kreis der im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG vergleichbaren Arbeitnehmer geboten sind (vgl. dazu BAG, Urt. v. 05.06.2008 – 2 AZR 907/06, NZA 2008, 1120 zur Regelung des § 4.4 MTV Metallindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden), kann offen bleiben. Denn dies ist nach Ansicht der Kammer jedenfalls bei § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie NRW, der den grundsätzlichen Ausschluss der ordentlichen Kündigung nach Vollendung des 55 Lebensjahres und einer Betriebszugehörigkeit von mindestens 10 Jahren vorsieht, und einem Arbeitnehmer nicht geboten, der – wie der Kläger – 60 Jahre alt, verheiratet und eine 37-jährige Betriebszugehörigkeit hatte. Denn im vorliegenden Fall besteht nicht ansatzweise die Gefahr, dass beim tariflichen Ausschluss der ordentlichen Kündigung die Wertungen des § 1 Abs. 3 KSchG umgangen werden könnten. 95

bb. Entgegen der Ansicht der Beklagten war eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger nicht nach dem Ausnahmetatbestand des § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie zulässig. 96

Nach § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie ist eine ordentliche Kündigung eines an sich ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitnehmers ausnahmsweise zulässig, wenn eine Betriebsänderung vorliegt und ein zumutbarer Arbeitsplatz nicht vorhanden ist. 97

(1) Der Beklagten ist zuzugeben, dass vorliegend die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger jedenfalls deshalb aufgrund einer Betriebsänderung im Sinne des § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie ausgesprochen wurde, weil von dem Stellenabbau nach Maßgabe des Interessenausgleichs Beklagte insgesamt 163 der 514 Arbeitnehmer betroffen wurden. Es liegt somit eine Betriebsänderung in Form eines erheblichen Personalabbaus vor, weil der Begriff "Betriebsänderungen" im Sinne des § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie NRW so zu verstehen ist, wie in § 111 BetrVG. Gebrauchten nämlich Tarifvertragsparteien Begriffe, die im 98

Rechtsleben einen bestimmten Inhalt haben, so ist anzunehmen, dass sie ihn auch mit diesem Inhalt verwenden wollten (BAG, Urt. v. 22.01.2004 – 2 AZR 111/02, AP Nr. 1 zu § 112 BetrVG Namensliste). Dass die Kündigungen aufgrund einer Betriebsänderung im Sinne des § 20 Ziffer 4 Metallindustrie NRW erklärt wurden, stellt der Kläger auch nicht in Frage.

(2) Entgegen der Ansicht der Beklagten liegt jedoch die zweite Voraussetzung für die ausnahmsweise Zulässigkeit der betriebsbedingten ordentlichen Kündigung nach § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie NRW nicht vor. Denn der Ausschluss der ordentlichen Kündigung aufgrund einer Betriebsänderung setzt nach dieser Tarifnorm außer der Kündigung aufgrund einer Betriebsänderung voraus, dass ein anderer zumutbarer Arbeitsplatz nicht vorhanden war. Diese Voraussetzung fehlte vorliegend. 99

(a) Diese zweite Ausnahmevoraussetzung kann nicht bereits dann angenommen werden, wenn kein anderer freier Arbeitsplatz vorhanden ist. Denn nach § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie NRW wird der tarifliche Sonderkündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer nicht generell bei Betriebsänderungen im Sinne des § 111 BetrVG aufgehoben. Vielmehr ist eine ordentliche Kündigung auch bei einer Kündigung aufgrund einer Betriebsänderung nur ausnahmsweise dann möglich, wenn kein anderer zumutbarer Arbeitsplatz vorhanden ist, der nach Ansicht der Kammer nicht zwingend frei sein muss. Denn bereits aus dem Wortlaut des § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie NRW, der für die Auslegung einer Tarifnorm in erster Linie maßgeblich ist (vgl. BAG, Urt. v. 22.04.2010 - 6 AZR 962/08, ZTR 200, 417), folgt, dass auch bei einer ordentlichen Kündigung aufgrund einer Betriebsänderung im Verhältnis zu einer "normalen" betriebsbedingten Kündigung verschärfte Anforderungen gelten mit der Folge, dass die Beklagte darlegen muss, dass kein anderer zumutbarer Arbeitsplatz für den an sich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer vorhanden war. Denn insoweit handelt es sich um eine Voraussetzung für die ausnahmsweise zulässige ordentliche Kündigung eines an sich ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitnehmers (vgl. BAG, Urt. v. 26.03.2009 – 2 AZR 879/07, NZA 2009, 679). 100

(b) Nach § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie greift der an sich bestehende tarifliche Schutz vor ordentlichen Kündigungen ausnahmsweise bei einer Betriebsänderung nicht ein, wenn kein anderer zumutbarer Arbeitsplatz vorhanden ist. Bereits der Wortlaut dieser Tarifnorm zeigt, dass zum einen eine Betriebsänderung vorliegen muss und zum anderen kein anderer zumutbarer Arbeitsplatz vorhanden sein darf. Würden bei einer Kündigung aufgrund einer Betriebsänderung keine verschärfte Anforderungen im Verhältnis zu einer "normalen" ordentlichen Kündigung gelten, wäre nicht verständlich, weshalb § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie neben der Betriebsänderung auch noch auf den zumutbaren anderen Arbeitsplatz abstellt. Denn gerade dadurch, dass § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie NRW bei einer Betriebsänderung auch auf die Zumutbarkeit der Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz abstellt, folgt, dass dieser Anforderung eine besondere Bedeutung zukommt. Eine generelle Aufhebung des Sonderkündigungsschutzes bei einer Betriebsänderung mit der Folge, dass die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung allein nach § 1 KSchG zu beurteilen wäre, wäre nur dann gerechtfertigt, wenn § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie allein auf das Vorliegen einer Betriebsänderung abstellen würde, was bei Tarifverträgen auch vorkommt (vgl. § 24 Nr. 7 Manteltarifvertrag Nr. 13 für die Arbeitnehmer der British Airways in Deutschland und dazu BAG, Urt. v. 26.03.2009 – 2 AZR 879/07, NZA 2009, 879). Dies ist aber bei § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie NRW gerade nicht der Fall. 101

Wäre eine Kündigung aufgrund einer Betriebsänderung bereits dann zulässig, wenn kein anderweitiger freier Arbeitsplatz vorhanden war, hätten es die Betriebspartner in der Hand, durch die Vereinbarung eines Interessenausgleichs mit einer Namensliste den tariflichen 102

Sonderkündigungsschutz ordentlich Unkündbarer in erheblichem Umfang zu entwerten (vgl. auch BAG, Urt. v. 28.05.2009 – 2 AZR 844/07, NZA 2009, 954), indem sie insbesondere – wie vorliegend - eine Vielzahl von Vergleichsgruppen und Vergleichsuntergruppen bilden und die Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer erheblich einschränken, was die Kündigungen nach § 1 Abs. 5 KSchG zwar erheblich erleichtern würde, nach Ansicht der Kammer aber mit § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie nicht zu vereinbaren wäre. Vielmehr folgt aus dieser Tarifnorm, dass der danach ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer auf anderen Arbeitsplätzen grundsätzlich auch dann zu beschäftigen ist, wenn auf ihnen Arbeitnehmer beschäftigt werden, die die Voraussetzungen des § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie nicht erfüllen (vgl. auch Zipke, Kommentar zum § 20 MTV Metallindustrie, 4. Aufl. 1998). Ob dabei eine generelle Freikündigungspflicht besteht, kann offen bleiben (vgl. dazu auch BAG, Urt. v. 18.05.2006 – 2 AZR 207/05, BB 2007, 668; MünchKomm/Hensseler § 626 BGB Rdnr. 111 ff., 5. Aufl., 2009). Denn die Beklagte hat nicht im einzelnen dargelegt, dass und weshalb ihr eine Weiterbeschäftigung des an sich ordentlich unkündbaren Klägers nicht zumutbar war, obwohl sie weiterhin auch nur angelernte ungelernte Arbeitskräfte beschäftigt, die über keinen Sonderkündigungsschutz nach § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie verfügen. Dies gilt insbesondere für den Arbeitnehmer Z1. Denn insoweit ist unstrittig, dass dieser Arbeitnehmer an sich der gleichen Vergleichsgruppe wie der Kläger angehörte und damit an sich mit dem Kläger vergleichbar war, aus der Sozialauswahl aber nach Ansicht der Beklagten als Leistungsträger im Sinne des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG herausgenommen werden dürfte, was aber die Beklagte auch nach Ansicht der Berufungskammer nicht ausreichend dargelegt hat. Denn insoweit hat die Beklagte lediglich pauschal behauptet, dass der Arbeitnehmer Z1 berechtigterweise aus der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 S.2 KSchG herausgenommen worden sei, weil er seit Anfang des Jahres 2009 zum 2. Mann an der Pieperschere angelernt worden sei und diese Qualifikation im Betrieb sofort erforderlich gewesen sei, was nicht ausreichend ist, um den Ausnahmetatbestand des § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie anzunehmen. Dies gilt umso mehr, als der Kläger in der Berufungserwiderung zu Recht darauf hinweist, dass das Vorbringen der Beklagten jedenfalls insoweit nicht ganz verständlich ist, als der Arbeitnehmer Z1 die Anfang 2009 begonnene Anlernzeit im Zeitpunkt des Abschlusses des Interessenausgleichs schon abgeschlossen haben und daher der Vergleichsgruppe 9 (Scheren) zugeordnet werden müsste.

Die Tatsache, dass eine betriebsbedingte Kündigung im Zusammenhang mit einem Interessenausgleich mit einer Namensliste vorliegt, ändert an der Darlegungslast der Beklagten für die Unzumutbarkeit einer anderweitigen Beschäftigung des Klägers nichts, weil es vorliegend nicht um die grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl geht, für die grundsätzlich der Arbeitnehmer nach § 1 Abs. 5 KSchG die Darlegungs- und Beweislast trägt, sondern um die ausnahmsweise Zulässigkeit der ordentlichen Kündigung trotz der an sich gegebenen ordentlichen Unkündbarkeit, also um eine Ausnahmenvoraussetzung des § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie NRW (vgl. BAG, Urt. v. 26.03.2009 – 2 AZR 879/07, NZA 2009, 879).

103

Soweit die Beklagte im Schriftsatz vom 29.01.2010 (S. 4) geltend macht, ihr sei nicht zumutbar, " den bereits qualifizierten Arbeitnehmer Z1 zu kündigen und dann den Kläger an der Piper-Schere 18 Monate zu qualifizieren, obwohl er kurze Zeit später in Rente geht mit der Konsequenz, dass parallel zu seiner Beschäftigung ein weiterer Arbeitnehmer eingestellt und an der Piper-Schere qualifiziert werden müsste, so ist dieses Vorbringen insoweit nicht ganz nachvollziehbar, als der Kläger im Zeitpunkt des Kündigungszugangs 60,5 Jahre alt war, sodass unklar ist, wieso er "kurze Zeit" nach der 18 monatigen Anlernzeit in Rente gehen sollte. Im Übrigen ist nach Ansicht der Kammer der Beklagten jedenfalls bei einem schwerbehinderten Arbeitnehmer, der eine 37-jährige Betriebszugehörigkeit vorzuweisen hat,

104

eine Anlernzeit von 18 Wochen zur Vermeidung einer Kündigung bei einem nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten vorhandenen Arbeitsbedarf auch dann zumutbar, wenn er bereits 60,5 Jahre alt ist, ohne dass es auf das Verbot der Altersdiskriminierung ankommt. Ob der Kläger vorzeitig in Rente gehen könnte, ist für die Zumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung im Sinne des § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie jedenfalls dann unerheblich, wenn ein Beschäftigungsbedarf nach einer zumutbaren Anlernzeit besteht

Aus alledem folgt, dass zum Zeitpunkt der Erstellung der Namensliste und des In-Kraft-Tretens des Interessenausgleichs eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger nach § 134 BGB i.V.m. § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie unwirksam wäre, sodass das Arbeitsgericht zu Recht davon ausgegangen ist, dass der Kläger in die Namensliste nicht aufgenommen werden durfte mit der Folge, dass jedenfalls die Überprüfung der sozialen Auswahl nicht auf grobe Fehlerhaftigkeit nach Maßgabe des § 1 Abs. 5 KSchG beschränkt ist. Die Beklagte greift daher insoweit das Urteil des Arbeitsgerichts in der Berufungsinstanz zu Unrecht an. 105

3. Das Arbeitsgericht hat schließlich entgegen der Ansicht der Beklagten auch zu Recht die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG angenommen. 106

a. Der verheiratete, schwerbehinderte Kläger war jedenfalls im Verhältnis zu dem Arbeitnehmer Z1, der um rund 7,5 Jahre jünger und eine um rund 17 Jahre kürzere Betriebszugehörigkeit vorzuweisen hatte, erheblich schutzwürdiger. Nach dem unbestrittenen Vorbringen des Klägers im Schriftsatz vom 23.11.2009 (S. 8) hatte der Kläger nach den Auswahlkriterien der Beklagten ohne Berücksichtigung der Schwerbehinderung 130 Punkte, während der Arbeitnehmer Z1 lediglich 91 Punkte vorzuweisen hatte. Da aus den o.g. Gründen davon auszugehen ist, dass jedenfalls die Überprüfung der sozialen Auswahl nicht nach § 1 Abs. 5 KSchG auf grobe Fehlerhaftigkeit beschränkt ist, verbleibt es bei dem allein anzuwendenden § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG bei der Darlegungs- und Beweislast der Beklagten für die Zulässigkeit der Herausnahme des Arbeitnehmers Z1 als Leistungsträger im Sinne des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG. Denn die Durchführung der sozialen Auswahl nach Maßgabe des § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG ist die Regel, während die Herausnahme der Leistungsträger nach § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG die Ausnahme von der Regel ist (vgl. dazu BAG, Urt. v. 05.06.2008 – 2 AZR 907/06, NZA 2008, 1120). 107

b. Die Beklagte beruft sich zu Unrecht darauf, dass bereits die Anfang 2009 begonnene Anlernzeit zum 2. Mann an der Pieper-Schwere allein die Herausnahme des Arbeitnehmers Z1 als Leistungsträger rechtfertigen würde. Denn insoweit ist das Arbeitsgericht im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass diese Tatsache allein die Herausnahme des Arbeitnehmers Z1 aus der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG nicht rechtfertigt. Insoweit kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Gründe der erstinstanzlichen Entscheidung und die Ausführungen oben unter I 2 d. bb. (2) (b) zur Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Klägers im Sinne des § 20 Ziffer 4 MTV Metallindustrie NRW, im Rahmen der Prüfung der Herausnahme eines Leistungsträgers aus der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG, die entsprechend gelten, Bezug genommen. Denn auch insoweit trägt die die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast. 108

c. Die Beklagte greift auch zu Unrecht das erstinstanzliche Urteil unter Hinweis darauf an, dass das Arbeitsgericht jedenfalls im Rahmen der nach § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG vorzunehmenden Abwägung berücksichtigen müsste, dass der Kläger die Möglichkeit des vorzeitigen Rentenbezuges hätte. Denn die Beklagte hat auch nach Ansicht der Berufungskammer bereits die Voraussetzungen für eine grundsätzliche Herausnahme des Arbeitnehmers Z1 aus der sozialen Auswahl als Leistungsträger im Sinne des § 1 Abs. 3 S. 2 109

KSchG nicht im einzelnen dargelegt, sodass für eine ergänzende Berücksichtigung dieser Kriterien im Rahmen des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG kein Raum ist.

d. Ob und inwieweit die sog. Rentennähe eines Arbeitnehmers generell im Rahmen einer sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG neben der in § 1 Abs. 3 KSchG genannten sozialen Auswahlgesichtspunkte zu berücksichtigen ist (vgl. dazu LAG Berlin-Brandenburg vom 26.07.2007 - 14 Sa 508/07, Juris; LAG Köln vom 02.02.2006 - 6 Sa 1287/05, LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 51a; LAG Düsseldorf vom 13.07.2005 - 12 Sa 616/05, ArbUR 2006, 69-70 einerseits und LAG Niedersachsen vom 23.05.2005, 5 Sa 198/05, NZA-RR 2005, 584 andererseits, das jedenfalls keine grobe Fehlerhaftigkeit bei Berücksichtigung der Rentennähe annimmt), kann offen bleiben. Denn selbst wenn man davon ausgeht, dass der Arbeitgeber bei der sozialen Auswahl neben der in § 1 Abs. 3 KSchG aufgezählten vier sozialen Auswahlkriterien im Einzelfall auch andere Umstände berücksichtigen darf (so z.B. Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzrecht, 9. Aufl. = KR/Griebeling § 1 KSchG Rdnr. 678 I ff. mit Meinungsübersicht), darf die Berücksichtigung der zusätzlichen Kriterien nicht dazu führen, dass im Endergebnis die nach § 1 Abs. 3 KSchG vorgeschriebenen Kriterien nicht mehr ausreichend berücksichtigt sind (so auch KR/Griebeling § 1 KSchG Rdnr. 678 p). So wäre es aber vorliegenden Fall, wenn man zu Lasten des Klägers im Verhältnis zu dem Arbeitnehmer Z1 die Möglichkeit des vorzeitigen Rentenbezugs berücksichtigen würde. Denn der Kläger hat nach den Auswahlkriterien der Beklagten ohne Berücksichtigung der Schwerbehinderung 130 Punkte, während der Arbeitnehmer lediglich 91 Punkte vorzuweisen hat. Die Berücksichtigung der sog "Rentennähe" des Klägers im Verhältnis zu dem Arbeitnehmer Z1 wäre angesichts des so erheblichen Unterschieds mit § 1 Abs. 3 KSchG nicht zu vereinbaren.

110

Aus alledem folgt, dass die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung bereits nach § 1 KSchG unwirksam ist, sodass nicht mehr darauf ankommt, ob die Kündigung auch aus anderen Gründen unwirksam ist. Die Berufung der Beklagten war somit zurückzuweisen

111

II. Die Kostenentscheidung folgt aus § 46 Abs. 2 ArbGG in Verbindung mit § 91 ZPO.

112

Die Revision war nach Ansicht der Kammer jedenfalls wegen grundsätzlicher Bedeutung der entscheidungserheblichen Rechtsfragen nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zuzulassen.

113