
Datum: 27.05.2011
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 10. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 10 Sa 2043/10
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2011:0527.10SA2043.10.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Iserlohn, 1 Ca 1157/10
Schlagworte: Ordentliche betriebsbedingte Kündigung;
Unternehmerentscheidung; Wegfall der
Beschäftigungsmöglichkeit; Umfang der Darlegungslast;
Sozialauswahl; Vergleichbarkeit
Normen: § 1 Abs. 2, Abs. 3 KSchG

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Iserlohn vom 20.10.2010 – 1 Ca 1157/10 – wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand 1

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung. 2

Der am 20.7.1977 geborene Kläger ist seit dem 18.11.2005 aufgrund eines schriftlichen Arbeitsvertrages vom 31.10.2006 (Bl. 43 f. d. A.) bei der Beklagten, einem Betrieb für Stanz- und Zerspanungstechnik, Gehäusebau, Werkzeug- und Sondermaschinenbau mit mehr als 10 Arbeitnehmern ausschließlich der Auszubildenden, als Produktions- und Fertigungshelfer zu einem monatlichen Bruttoverdienst von zuletzt ca. 1.600,00 € tätig. 3

Ob die Beklagte am 08.04.2010 die unternehmerische Entscheidung getroffen hat, in Zukunft ohne Produktionshelfer zu arbeiten und deren Tätigkeit auf andere Mitarbeiter zu übertragen, ist zwischen den Betriebsparteien streitig. Unstreitig beschäftigte die Beklagte Anfang des Jahres 2010 ca. 8 – 10 Produktionshelfer.	
Mit Schreiben vom 28.04.2010 (Bl. 4 d. A.) kündigte die Beklagte das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis aus betriebsbedingten Gründen zum 31.05.2010.	5
Hiergegen erhob der Kläger am 03.05.2010 die vorliegende Kündigungsschutzklage zum Arbeitsgericht.	6
Neben dem Kläger wurde am 28.04.2010 ein weiterer Mitarbeiter, Herr H1, der als Fahrer und Produktionshelfer eingesetzt gewesen ist, aus betriebsbedingten Gründen gekündigt. Auch er erhob Kündigungsschutzklage zum Arbeitsgericht (1 Ca 1091/10 Arbeitsgericht Iserlohn = 10 Sa 2006/10 LAG Hamm).	7
Derzeit beschäftigt die Beklagte noch 42 Mitarbeiter, davon etwa 2 Produktionshelfer.	8
Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei nicht sozial gerechtfertigt. Betriebsbedingte Gründe lägen nicht vor. Die behauptete unternehmerische Entscheidung werde bestritten. Es fehle insoweit an einem nachvollziehbaren Organisationskonzept der Beklagten. Allein die vorgetragene und bestrittene Umsatzzahlen seien für die ausgesprochene Kündigung unzureichend. Vorgetragen sei auch nicht, welches Arbeitsvolumen noch vorhanden sei.	9
Darüber hinaus werde die Richtigkeit der sozialen Auswahl bestritten. Die Beklagte beschäftigte nach wie vor Produktionshelfer, die in allen Bereichen eingesetzt würden. Hierbei handele es sich insbesondere um die Mitarbeiter K2, G1, K6, T2, C2 und K3.	10
Deren Tätigkeit könne der Kläger ebenfalls übernehmen. Auch sei die Vergütung dieser Mitarbeiter identisch mit der Vergütung des Klägers, der einen Stundenlohn von 8,50 € erhalte.	11
Der Kläger hat beantragt,	12
<ol style="list-style-type: none"> 1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 28.04.2010 aufgelöst worden ist; 2. die Beklagte zu verurteilen, ihn über den 31.05.2010 hinaus als Fertigungshelfer zu sonst gleichbleibenden Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen. 	13
Die Beklagte beantragt,	14
<p style="padding-left: 40px;">die Klage abzuweisen.</p>	15
Sie hat die Auffassung vertreten, die Kündigung des Klägers vom 28.04.2010 sei wegen betriebsbedingter Gründe, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers im Betrieb der Beklagten entgegenstünden, sozial gerechtfertigt.	16
Hierzu hat sie behauptet, sie habe am 08.04.2010 die unternehmerische Entscheidung getroffen, ihre Produktion in Zukunft ohne Produktionshelfer durchzuführen. Ebenso sei entschieden worden, Entgratungsarbeiten an Drittunternehmen outzusourcen. Diese bislang von Produktionshelfern erledigten Tätigkeiten seien Anfang 2010 fremdvergeben worden,	17

wodurch das Arbeitsvolumen für Produktionshelfer komplett weggefallen sei. Dementsprechend seien die Arbeitsverhältnisse mit sämtlichen Produktionshelfern gekündigt worden.

Zu diesem Schritt habe die Beklagte sich entschließen müssen, weil erhebliche Umsatzeinbrüche zu verzeichnen gewesen seien. Im ersten Quartal 2010 seien die Umsätze gegenüber dem 1. Quartal 2009 nochmal um 39,37 % zurückgegangen (Blatt 23 ff., 35 ff. d. A.). Entsprechend sei auch das Arbeitsvolumen fortgefallen, ebenso seien auch die Arbeitsstunden im Betrieb der Beklagten rückläufig. Während im Zeitraum von Januar bis August 2009 im Durchschnitt noch über 10000 Arbeitsstunden pro Monat angefallen seien, seien die Gesamtarbeitsstunden im Betrieb der Beklagten im Zeitraum ab September 2009 bis März 2010 auf unter 9000 Stunden zurückgegangen. Aus diesem Grunde habe die Beklagte sich entschlossen, in Zukunft ohne Produktionshelfer zu arbeiten. 18

Hierdurch sei etwa 10 % der Arbeitskraft im Unternehmen abgebaut worden. Die übrigen Mitarbeiter könnten diesen Arbeitsanfall mit kompensieren. Vier Facharbeiter, die Mitarbeiter B2, M1, O1 und S2, hätten etwa zu ? ihrer jeweiligen Arbeitszeit Arbeiten der bisherigen Produktionshelfer mit übernommen. Die anderen Facharbeiter würden jeweils zu 10 % ihrer Arbeitszeit Aufgaben übernehmen, die bisher von den Produktionshelfern ausgeübt worden seien. Durch den Wegfall der Arbeiten im Bereich Bürstentgraten der Platinen sei ein Arbeitsplatz für einen Produktionshelfer komplett weggefallen. Die Übernahme der Helfertätigkeiten durch die Mitarbeiter B2, M1, O1 und S2 führe zum Wegfall von weiteren 1,5 Arbeitsplätzen im Bereich der Produktionshelfer. Die übrigen Facharbeiter übernähmen die restlichen ansonsten auch von den Produktionshelfern durchgeführten Arbeiten mit jeweils etwa 10 % ihrer Arbeitszeit, was weitere 2,5 Stellen im Bereich der Produktionshelfer ausmache. Hieraus ergebe sich, dass die unternehmerische Entscheidung, in Zukunft ohne Produktionshelfer zu arbeiten, umsetzbar sei und auch umgesetzt werde. Die Facharbeiter würden hierdurch nicht überlastet. 19

Durch Urteil vom 20.10.2010 hat das Arbeitsgericht der Kündigungsschutzklage stattgegeben und die Beklagte zur Weiterbeschäftigung des Klägers zu unveränderten Arbeitsbedingungen verurteilt. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Kündigung vom 28.04.2010 sei sozial ungerechtfertigt. Die Beklagte habe dringende betriebliche Gründe nicht in ausreichender Weise dargelegt. Der von der Beklagten vorgetragene Rückgang der Arbeitsstunden beziehe sich auf die Gesamtarbeitsstunden im Betrieb, ohne auf die besondere Situation der Produktionshelfer abzustellen. Inwieweit ein Beschäftigungsüberhang bestanden habe, lasse sich anhand des Vorbringens der Beklagten nicht feststellen. 20

Gegen das der Beklagten am 16.11.2010 zugestellte Urteil, auf dessen Gründe ergänzend Bezug genommen wird, hat die Beklagte am 25.11.2010 Berufung zum Landesarbeitsgericht eingelegt und diese mit dem am 10.01.2011 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet. 21

Unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sachvortrags ist die Beklagte weiter der Auffassung, die Kündigung des Klägers sei sozial gerechtfertigt. 22

Eine Weiterbeschäftigung des Klägers auf den vom Kläger erstinstanzlich vorgetragene Arbeitsplätzen komme nicht in Betracht. Der Kläger sei mit diesen Mitarbeitern nicht vergleichbar. Herr K2 sei ausgebildeter Schlosser und Maschineneinrichter. Herr G1 sei ebenfalls ausgebildeter Schlosser und am 31.12.2010 ausgeschieden. Herr K6 sei ausgebildeter Elektriker und für die Wartung der Maschinen zuständig und Herr T2 sei Montageleiter für den Produktionsbereich C1 Cable Systems. Herr C2 sei ausgebildeter 23

Schweißer und in der Edelstahlverarbeitung tätig. Herr K4 sei auf einem Computerarbeitsplatz in der Arbeitsvorbereitung tätig und erstelle Arbeitspläne. All diese Tätigkeiten könne der Kläger nicht ausüben. Er habe sie auch zuvor nicht ausgeübt.

Aufgrund der am 08.04.2010 getroffenen unternehmerischen Entscheidung sei der Arbeitsplatz des Klägers vollständig weggefallen. Der Rückgang des Arbeitsvolumens sei dargestellt worden. Allerdings würden – entgegen dem erstinstanzlichen Vortrags die Entgratungsarbeiten nicht fremdvergeben, sie fielen aber nicht mehr in vollem Umfang wie früher an. Die Beklagte verzichte auf diese Entgratungsarbeiten, sofern ein Kunde das nicht ausdrücklich wünsche. Diese mache den Wegfall von ca. 60 – 70 % der Entgratungsarbeiten und damit den Wegfall von 2 Arbeitsplätzen der Produktionshelfer aus. Die übrigen Aufgaben würden von den Facharbeitern mit erledigt. In Zukunft werde im Betrieb der Beklagten ohne Hilfskräfte gearbeitet. 24

Der Kläger könne sich auch nicht darauf berufen, die Beklagte beschäftige weitere Fertigungshelfer im Betrieb. 25

Herr K6 sei ausgebildeter Elektriker und mit dem Kläger nicht vergleichbar. 26

Eine Mitarbeiterin namens C5 habe es bei der Beklagten nicht gegeben. Frau M5 B4 sei als Putzfrau beschäftigt und mit dem Kläger nicht vergleichbar. Frau B2 sei als Leiterin der Montage in einer völlig anderen Hierarchieebene tätig als der Kläger. Der Mitarbeiter Ö1 sei Facharbeiter in der CNC-Kanterei und verrichte dort Tätigkeiten, die vom Kläger nicht verrichtet werden könnten. 27

Der Kläger könne sich auch nicht darauf berufen, dass in anderen Abteilungen Überstunden geleistet würden. Zwar habe der Werkzeugmacher vom B3 im Sommer 2010 Mehrarbeit geleistet. Dies stehe aber der Kündigung vom 28.04.2010 nicht entgegen. Das Arbeitsaufkommen im Werkzeugbau trete versetzt ein und könne nicht mit Auftragshöhen gleichgesetzt werden. Im Übrigen sei Herr vom B3 nicht mehr bei der Beklagten beschäftigt, die Beklagte habe das Arbeitsverhältnis am 15.10.2010 fristlos gekündigt. 28

Schließlich sei es unrichtig, dass im gleichen Zeitraum Leiharbeitnehmer mit gleichartigen Arbeiten beschäftigt würden. 29

Die Beklagte beantragt, 30

das Urteil des Arbeitsgerichts Iserlohn vom 20.10.2010 – 1 Ca 1157/10 – abzuändern und die Klage abzuweisen. 31

Der Kläger beantragt, 32

die Berufung zurückzuweisen. 33

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil und ist nach wie vor der Auffassung, die ausgesprochene Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Betriebsbedingte Gründe habe die Beklagte nach wie vor nicht substantiiert vorgetragen. Die von der Beklagten behauptete unternehmerische Entscheidung sei nicht bzw. nicht in vollem Umfang umgesetzt worden. Nach wie vor beschäftige die Beklagte Fertigungshelfer. Aus diesem Grunde hätte eine Sozialauswahl getroffen werden müssen. 34

Der Kläger behauptet, er sei sehr wohl mit dem Mitarbeiter K6 vergleichbar. Die Ausbildung als Elektriker habe dieser Mitarbeiter in der Türkei absolviert, sie werde hier nicht anerkannt. 35

Herr K6 werde deshalb als Helfer, nicht als Elektriker eingesetzt.

Die Beklagte beschäftige darüber hinaus weitere Fertigungshelfer, deren Tätigkeiten der Kläger ebenso verrichten könne. Dies gelte beispielsweise für Frau C5, die Aushilfstätigkeiten verrichtet habe. Diese Mitarbeiterin habe weitaus schlechtere Sozialdaten als der Kläger. 36

Daneben sei als ungelernte Mitarbeiterin zum Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung auch Frau B2 in der Montage tätig. Auch sie habe einfache Anlerntätigkeiten als Fertigungshelferin verrichtet. Auch deren Tätigkeiten könne der Kläger, mindestens nach einer kurzen Anlernzeit, erledigen. Daneben sei noch eine weitere ungelernte Arbeitnehmerin mit dem Vornamen Miri tätig, auch diese Mitarbeiterin habe als Fertigungshelferin im Betrieb der Beklagten die gleichen Tätigkeiten verrichtet wie der Kläger. 37

Schließlich beschäftigte die Beklagte noch den Mitarbeitern S3 Ö1 als Springer, er werde ebenfalls für Fertigungstätigkeiten in der Montage, beim Entgraten, Kanten sowie beim Bohren und Gewindeschneiden eingesetzt. Als Fertigungshelfer verrichte er ebenfalls genau die gleichen Tätigkeiten, die der Kläger bis zur Beendigung seines Arbeitsverhältnisses verrichtet habe. 38

Hinzu komme, dass die Beklagte mindestens seit März 2010 Leiharbeitnehmer beschäftige, die als Fertigungshelfer eingesetzt würden. Diese Leiharbeitnehmer verrichteten Entgratungsarbeiten. 39

Nach wie vor fehle es an einem nachvollziehbaren Organisationskonzept. Dies ergebe sich auch daraus, dass die Facharbeiter in erheblichem Umfang Mehrarbeit zu leisten hätten. So habe etwa der Mitarbeiter vom B3 im Juni 2010 24,25 Überstunden, im Juli 2010 21,75 Überstunden und im August 2010 15,25 Überstunden geleistet. 40

Im Übrigen wird auf den weiteren Inhalt der von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen ergänzend Bezug genommen. 41

Entscheidungsgründe 42

Die zulässige Berufung der Beklagten ist nicht begründet. 43

Zu Recht hat das Arbeitsgericht der Kündigungsschutzklage des Klägers sowie dem Weiterbeschäftigungsbegehren stattgegeben. 44

I. Die Unwirksamkeit der Kündigung vom 28.04.2010 zum 31.05.2010 ergibt sich aus § 1 Abs. 1 KSchG. 45

Sowohl die Beschäftigungszeit des Klägers im Betrieb der Beklagten als auch die Größe des Betriebes der Beklagten rechtfertigen die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes, §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG. 46

Die Kündigungsschutzklage ist auch rechtzeitig erhoben worden, § 4 KSchG. 47

1. Die Kündigung des Klägers vom 28.04.2010 ist sozial ungerechtfertigt, weil sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers im Betrieb der Beklagten entgegenstehen, bedingt ist, § 1 Abs.2 Satz 1 KSchG. 48

49

a) Dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 1 KSchG liegen dann vor, wenn infolge eines Überhanges an Arbeitskräften für die Beschäftigung eines Arbeitnehmers wirtschaftlich kein Bedarf mehr vorhanden ist und andere Mittel unter Abwägung des Betriebes und der Belegschaft nicht zumutbar sind. Dringende betriebliche Erfordernisse sind dann gegeben, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, der betrieblichen Lage durch andere Maßnahmen auf technischem, organisatorischem oder wirtschaftlichem Gebiet als durch eine Kündigung zu entsprechen. Die Kündigung muss wegen der betrieblichen Lage unvermeidbar sein. Dabei können sich betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG aus innerbetrieblichen Umständen (Unternehmerentscheidungen wie z.B. Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Einschränkung der Produktion) oder durch außerbetriebliche Gründe (z. B. Auftragsmangel oder Umsatzrückgang) ergeben. Diese betrieblichen Erfordernisse müssen "dringend" sein und eine Kündigung im Interesse des Betriebes notwendig machen. Beruft sich der Arbeitgeber auf außerbetriebliche oder innerbetriebliche Umstände, darf er sich nicht auf schlagwortartige Umschreibungen beschränken; er muss seine tatsächlichen Angaben vielmehr so im Einzelnen darlegen, dass sie vom Arbeitnehmer mit Gegentatsachen bestritten und vom Gericht überprüft werden können. Der Vortrag des Arbeitgebers muss erkennen lassen, ob durch eine innerbetriebliche Maßnahme oder durch einen außerbetrieblichen Anlass das Bedürfnis an der Tätigkeit des gekündigten Arbeitnehmers wegfällt.

Bei Kündigungen aus innerbetrieblichen Gründen muss der Arbeitgeber darlegen, welche organisatorischen und technischen Maßnahmen er angeordnet hat und wie sich die von ihm behaupteten Umstände unmittelbar oder mittelbar auf die Beschäftigungsmöglichkeit für den gekündigten Arbeitnehmer auswirken. Von den Arbeitsgerichten ist insbesondere voll nachzuprüfen, ob eine derartige unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt und durch ihre Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist. Auch wenn die Unternehmerentscheidung selbst nur dahingehend zu überprüfen ist, ob sie offenbar unvernünftig oder willkürlich ist, so unterliegt es stets der vollen Überprüfung, ob die Unternehmerentscheidung tatsächlich ursächlich für den vom Arbeitgeber geltend gemachten Beschäftigungswegfall ist (BAG 07.12.1978 – 2 AZR 155/77 – AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 6; BAG 17.06.1999 – 2 AZR 141/99 – AP KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 101; BAG 21.09.2000 – 2 AZR 440/99 – AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 112; BAG 13.03.2008 – 2 AZR 1037/06 – AP KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 176, Rn. 12; BAG 10.07.2008 – 2 AZR 1111/06 – AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 181; KR/Griebeling, 9. Aufl., § 1 KSchG Rn. 514 ff., 553 ff.; ErfK/Oetker, 11. Aufl., § 1 KSchG Rn. 211 ff., 241, 259 ff. m.w.N.).

b) In Anwendung der vorgenannten Grundsätze ist das Arbeitsgericht zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass betriebsbedingte Gründe i. S. d. § 1 Abs. 2 KSchG die Kündigung des Klägers nicht sozial rechtfertigen können.

Außerbetriebliche Gründe, die unmittelbar und ursächlich zum Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit des Klägers geführt habe, hat die Beklagte selbst nicht geltend gemacht.

Die Kündigung des Klägers vom 28.04.2010 ist aber auch nicht aufgrund einer innerbetrieblichen Unternehmerentscheidung sozial gerechtfertigt.

Zwar hat die Beklagte behauptet, dass sie am 08.04.2010 die unternehmerische Entscheidung getroffen habe, in Zukunft ohne Produktionshelfer zu arbeiten und deren Tätigkeiten auf Facharbeiter zu übertragen. Derartige Entscheidungen des Arbeitgebers können zwar grundsätzlich eine unternehmerische Entscheidung darstellen, die zum Wegfall

des Beschäftigungsbedürfnisses von bestimmten Arbeitnehmern führt und nur einer eingeschränkten Überprüfung durch die Arbeitsgerichte unterliegt. Die Beklagte hat aber weder erstinstanzlich noch im Berufungsverfahren in ausreichender Weise deutlich machen können, in welcher Weise sie ihre behauptete unternehmerische Entscheidung im Betrieb umgesetzt hat und durch diese Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für den Kläger entfallen ist.

aa) Insbesondere in den Fällen, in denen die Organisationsentscheidung des Arbeitgebers und sein Kündigungsentschluss praktisch deckungsgleich sind, kann die ansonsten berechnete Vermutung, die fragliche unternehmerische Entscheidung sei aus sachlichen Gründen erfolgt, nicht unbesehen greifen. In diesen Fällen muss der Arbeitgeber vielmehr konkrete Angaben dazu machen, wie sich seine Organisationsentscheidung auf die Einsatzmöglichkeiten der Arbeitnehmer auswirkt. Läuft die unternehmerische Entscheidung letztlich nur auf den Abbau einer Hierarchieebene hinaus, verbunden mit einer Umverteilung der dem betroffenen Arbeitnehmer bisher zugewiesenen Aufgaben, bedarf es dementsprechend näherer Darlegungen, damit geprüft werden kann, ob der Beschäftigungsbedarf für den betroffenen Arbeitnehmer tatsächlich entfallen und die Entscheidung weder offensichtlich unsachlich noch willkürlich ist. In diesen Fällen muss der Arbeitgeber konkret erläutern, in welchem Umfang und aufgrund welcher Maßnahmen die bisher von dem betroffenen Arbeitnehmer ausgeübten Tätigkeiten für diesen zukünftig entfallen. Er muss die Auswirkungen seiner unternehmerischen Vorgaben auf die zukünftige Arbeitsmenge anhand einer schlüssigen Prognose konkret darstellen und angeben, wie die anfallenden Arbeiten vom verbliebenen Personal ohne überobligationsmäßige Leistungen erledigt werden können (BAG 10.10.2002 – 2 AZR 598/01 – AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 123; BAG 13.02.2008 – 2 AZR 1041/06 – AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 174; BAG 10.07.2008 – 2 AZR 1111/06 – AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 181; BAG 16.12.2010 – 2 AZR 770/09 – NZA 2011, 505 = DB 2011, 879 m. w. N.). An einem derartigen substantiierten Sachvortrag fehlte es.

55

bb) Soweit die Beklagte vorgetragen hat, sie habe die unternehmerische Entscheidung getroffen, die Produktionshelfertätigkeiten auf andere Mitarbeiter zu übertragen, fehlte es an einem ausreichenden Vorbringen der Beklagten, in welcher Weise diese Entscheidung tatsächlich umgesetzt worden ist und hierdurch die Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger als Produktions-, Fertigungshelfer tatsächlich weggefallen ist. Das gesamte Vorbringen der Beklagten ist insoweit nach wie vor unsubstantiiert. Aus dem Vorbringen der Beklagten ergibt sich nicht, in welchem Umfang tatsächlich bisher die Tätigkeiten für die beschäftigten Produktionshelfer in vollem Umfang weggefallen sind. Zwar hat die Beklagte – wie auch im Parallelrechtsstreit 1 Ca 1091/10 Arbeitsgericht Iserlohn = LAG Hamm 10 Sa 2006/10 – auch im vorliegenden Verfahren vorgetragen, die Helfertätigkeiten seien in vollem Umfang aufgrund der am 08.04.2010 getroffenen unternehmerischen Entscheidung weggefallen. Nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 14.09.2010 ist allerdings lediglich dargestellt worden, dass Arbeitsplätze von insgesamt fünf Produktionshelfern durch Übertragung auf die Facharbeiter weggefallen sind. Im Parallelrechtsstreit 10 Sa 2006/10 hat der Geschäftsführer K5 am 18.02.2010 zu Protokoll gegeben, dass nach der Umsetzung der Entscheidung, die Arbeiten der Produktionshelfer auf die Facharbeiter zu übertragen, vielleicht noch zwei Produktionshelfer weiterbeschäftigt worden seien. Der im Termin vor der Berufungskammer am 27.05.2010 anwesende Geschäftsführer F1 hat hierzu keine Angaben machen können. Aufgrund dieses widersprüchlichen Vorbringens der Beklagten konnte nicht davon ausgegangen werden, dass aufgrund der unternehmerischen Entscheidung vom 08.04.2010 sämtliche Produktionshelfertätigkeiten auf die Facharbeiter übertragen worden sind und keine Produktionshelfer mehr im Betrieb der Beklagten beschäftigt werden.

56

Insbesondere ist nicht in vollem Umfange vorgetragen worden, wie die anfallenden Arbeiten, die bisher 8 bis 10 Produktionshelfer im Betrieb ausgeübt haben, verteilt worden sind und vom verbliebenen Personal ohne überobligationsmäßige Leistungen erledigt werden können. Der Kläger hat insoweit unbestritten vorgetragen, dass beispielsweise der Mitarbeiter vom B3 in den Monaten Juni, Juli und August 2010 Mehrarbeit geleistet hat, die von der Beklagten auch vergütet worden ist.

cc) Hinzu kommt, dass sich auch im Termin vom 27.05.2011 als unstreitig herausgestellt hat, dass die Beklagte inzwischen Leiharbeitnehmer in ihrem Betrieb einsetzt. Auch insoweit konnte danach aus dem Vorbringen der Beklagten nicht entnommen werden, inwieweit die Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger als Produktionshelfer in vollem Umfange weggefallen ist. Die bloße Substituierung von Arbeitnehmern durch Leiharbeitnehmer stellt kein dringendes betriebliches Erfordernis i. S. d. § 1 Abs. 2 KSchG dar (LAG Hamm 24.07.2007 – 12 Sa 320/07 – NZA-RR 2008, 239; LAG Hamm 21.12.2007 – 4 Sa 1892/06 – LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 81; ErfK/Oetker, a.a.O. § 1 KSchG Rn. 256 m.w.N.). 57

2. War nach alledem davon auszugehen, dass im Betrieb der Beklagten weiter Produktions- , Fertigungshelfer beschäftigt sind, hätte die Beklagte nach § 1 Abs. 3 KSchG eine Sozialauswahl durchführen müssen. Dies ist offenbar nicht geschehen. Der Kläger hat bereits in der Klageschrift vom 06.05.2010 die ordnungsgemäße Sozialauswahl gerügt. Hierzu hat die Beklagte aber im gesamten Rechtsstreit keine Stellung genommen, obgleich sie nach dem – inzwischen - zugestandenen Vorbringen noch mindestens ein bis zwei Produktionshelfer in ihrem Betrieb weiterbeschäftigt. 58

II. Zu Recht hat das Arbeitsgericht aufgrund der unwirksamen Kündigung vom 28.04.2010 auch dem Weiterbeschäftigungsbegehren des Klägers stattgegeben. 59

Der Beschäftigungsanspruch des Klägers ist abzuleiten aus den §§ 611, 613, 242 BGB, Art. 1 und 2 GG. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG 27.02.1985 – GS 1/84 – AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14) hat der gekündigte Arbeitnehmer einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch außer im Fall einer offensichtlich unwirksamen Kündigung mindestens dann, wenn der Arbeitnehmer im Kündigungsprozess ein obsiegendes Urteil erstreitet. Ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers ist nur bis zur Entscheidung der ersten Instanz im Kündigungsschutzprozess anzuerkennen. Diese Interessenlage ändert sich dann, wenn der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess ein obsiegendes Urteil erstreitet. In diesem Fall kann die Ungewissheit über den endgültigen Prozessausgang für sich allein ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers nicht mehr begründen. Will der Arbeitgeber auch für diesen Fall die Beschäftigung verweigern, so muss er zusätzliche Gründe anführen, aus denen sich sein überwiegendes Interesse an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers ergibt. 60

Derartige Gründe hat die Beklagte weder erstinstanzlich noch im Berufungsrechtszug vorgetragen. Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien besteht trotz der Kündigung durch die Beklagte vom 28.04.2010 hinaus fort. Gründe, die ein überwiegendes Interesse der Beklagten an der Nichtbeschäftigung des Klägers begründen könnten, liegen nicht vor, nachdem die Beklagte in zwei Instanzen im Kündigungsrechtsstreit über die Wirksamkeit der Kündigung vom 28.04.2010 gescheitert ist. Allein der Hinweis der Beklagten, der Arbeitsplatz des Klägers sei weggefallen, führt, wie die obigen Ausführungen zeigen, nicht zur 61

Unwirksamkeit der Kündigung vom 28.04.2010. Er kann damit auch nicht den Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers zu Fall bringen.

III. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Beklagte hat die Kosten des erfolglos gebliebenen Rechtsmittels zu tragen. 62

Der Streitwert hat sich in der Berufungsinstanz nicht geändert, § 63 GKG. 63

Für die Zulassung der Revision zum Bundesarbeitsgericht bestand nach § 72 Abs. 2 ArbGG keine Veranlassung. 64