

**Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg**

Ausfertigung

Verkündet

am 22. August 2014

Geschäftszeichen (bitte immer angeben)
8 Sa 1067/14

4 Ca 830/13
Arbeitsgericht Brandenburg an der Havel



Kuletzki, JHS

als Urkundsbeamter/in
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

Urteil

In Sachen

**Märkische Entsorgungsgesellschaft Brandenburg
GmbH,**

**- Beklagte und
Berufungsklägerin -**

gegen

**- Kläger und
Berufungsbeklagter -**

Prozessbevollmächtigter:

**Rechtsanwalt Simon Daniel Schmedes,
Bauhofstr. 56, 14776 Brandenburg/Havel**

hat das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, 8. Kammer,
auf die mündliche Verhandlung vom 22. August 2014
durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Albrecht-Glauche als Vorsitzende
sowie die ehrenamtlichen Richter Frau Röhr und Frau Tulke
für Recht erkannt:

- I. Die Berufung der Beklagten gegen das Schlussurteil des Arbeitsgerichts Brandenburg an der Havel vom 3. April 2014 – 4 Ca 830/13 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.
- II. Die Revision wird nicht zugelassen.

Albrecht-Glauche

Röhr

Tulke

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer Kündigung, die die Beklagte gegenüber dem am 16. März 1968 geborenen, verheirateten und zwei Kindern unterhaltsverpflichteten Kläger, der in ihrem Betrieb seit dem 10. Januar 1995 als Kraftfahrer zu einem Bruttostundenlohn 14,47 Euro neben mehr als 40 Arbeitnehmern beschäftigt war, mit dem Schreiben vom 28. August 2013 zum 31. März 2014 ausgesprochen und im Wesentlichen mit seiner namentlichen Benennung in dem mit ihrem Betriebsrat wegen des Wegfalls des Auftrags für die Hausmüllentsorgung geschlossenen Interessenausgleich mit Namensliste vom 21./22. August 2013 (Anlage B1, Bl. 59 ff. d. A.) begründet hat. Von der weitere Darstellung des Sach- und Streitstandes erster Instanz wird unter Bezugnahme auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils abgesehen.

Mit dem Schlussurteil vom 3. April 2014 hat das Arbeitsgericht Brandenburg an der Havel auf die am 5. September 2013 erhobene Klage unter Abweisung des allgemeinen Feststellungsantrags festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die streitgegenständliche Kündigung nicht aufgelöst worden sei, die Beklagte zur vorläufigen Weiterbeschäftigung des Klägers verurteilt und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die Kündigung erweise sich – die Anwendung des Maßstabs gemäß § 1 Abs. 5 KSchG zu Gunsten der Beklagten unterstellt – als sozial ungerechtfertigt, weil die Sozialauswahl grob fehlerhaft sei. Die Beklagte habe den Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer durch die Herausnahme von neun, ihrer Auffassung nach betriebswichtigen Arbeitnehmern fehlerhaft bestimmt, denn sie habe eine Sozialauswahl allein unter den verbleibenden Arbeitnehmern durchgeführt und ferner nicht dargelegt, aufgrund welcher betrieblichen Interessen eine Weiterbeschäftigung der neun Arbeitnehmer erforderlich sei. Die grobe Fehlerhaftigkeit schlage sich auch auf das Ergebnis durch, denn der Kläger habe drei Arbeitnehmer benannt, die sozial weniger schutzwürdig seien als er. Die Kündigung sei auch wegen nicht ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats unwirksam, denn der Betriebsrat sei über die Sozialdaten der neun Arbeitnehmer nicht informiert gewesen, da die Beklagte diese nicht in die Sozialauswahl einbezogen habe. Wegen der weiteren Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (Bl. 314 – 319 d. A.) verwiesen.

Gegen das der Beklagten am 28. April 2014 zugestellte Urteil richtet sich die am 27. Mai 2014 bei dem Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg eingegangene Berufung, die die Beklagte mit einem am Montag, dem 30. Juni 2014 eingegangenen Schriftsatz begründet.

Die Beklagte und Berufungsklägerin hält die Rechtsauffassung des Arbeitsgerichts für unzutreffend und meint weiterhin, berechtigt gewesen zu sein, die Mitarbeiter, deren Weiterbeschäftigung im berechtigten betrieblichen Interesse gestanden habe, von der Sozialauswahl auszunehmen. Im

Übrigen habe, so trägt die Beklagte vor, eine Abwägung der betrieblichen Interessen und der Unterschiede der Sozialauswahlkriterien stattgefunden, denn der Betriebsrat und die Geschäftsführung seien bei allen neun Arbeitnehmern, deren Betriebszugehörigkeit und Lebensalter die Beklagte in der Berufungsbegründung mitteilt, übereingekommen, dass sie aufgrund entgegenstehender betrieblicher Belange aus der Sozialauswahl auszunehmen seien.

Die Beklagte und Berufungsklägerin beantragt,

die Klage unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichtes Brandenburg vom 03.04.2014, Aktenzeichen: 4 Ca 830/13 kostenfällig abzuweisen.

Der Kläger und Berufungsbeklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags und hält die Kündigung weiterhin für unwirksam.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf den vorgetragenen Inhalt der Berufungsbegründung vom 30. Juni 2014 (Bl. 344 – 353 d. A.), der Berufungsbeantwortung vom 6. August 2014 (Bl. 364 – 398 d. A.) und der Replik vom 15. August 2014 (Bl. 415 – 419 d. A.) verwiesen.

Entscheidungsgründe

I.

Die nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthafte Berufung der Beklagten ist form- und fristgerecht iSd. §§ 66 Abs. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO eingelegt und bei großzügiger Betrachtung auch ausreichend begründet worden.

1. Zwar enthält die Berufungsbegründung keine Ausführungen zum zweiten – allein tragenden – Grund für die Unwirksamkeit der Kündigung, denn die Berufung beschränkt sich darauf, sich mit der vom Arbeitsgericht festgestellten Sozialwidrigkeit der Kündigung wegen grob fehlerhafter Sozialauswahl auseinanderzusetzen, während jede Ausführung zur ordnungsgemäßen Anhörung

des Betriebsrats fehlt, obwohl das Arbeitsgericht die Kündigung aus beiden Gründen für rechtsunwirksam gehalten hat.

1.1 In einem solchen Fall kann sich die Berufung insgesamt als unzulässig erweisen, wenn die notwendige Auseinandersetzung mit dem zweiten tragenden Grund fehlt (ständige höchstrichterliche Rechtsprechung, vgl. nur BAG, Urteile vom 08.05.2008 – 6 AZR 517/07 – NZA 2008, 1148, vom 19.10.2010 – 6 AZR 118/10 – NZA 2011, 62; BGH, Beschluss vom 28.02.2007 – V ZB 154/06 – NJW 2007, 1834).

1.2 Da jedoch das Arbeitsgericht die Anhörung des Betriebsrats – der Argumentation zur Sozialwidrigkeit folgend („aus der Herausnahme dieser neun Arbeitnehmer folgt unmittelbar, dass der Betriebsrat zumindest über die Sozialdaten dieser neun Arbeitnehmer nicht informiert wurde.“) – für unzureichend gehalten hat, durfte sich die Beklagte darauf beschränken, ihren Rechtsstandpunkt zur Herausnahme der Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl zu verteidigen und – ergänzend – vorzutragen, dass die Herausnahme im Rahmen der Verhandlungen über den Interessenausgleich mit dem Betriebsrat abgestimmt wurde.

2. Soweit die Beklagte allerdings rechtliche Hinweise des Arbeitsgerichts auf die Anforderungen für die Herausnahme betriebsnotwendiger Arbeitnehmer vermisst, so hat das Arbeitsgericht bereits in der Auflage im Güteverfahren am 23. September 2013 – dort auf Seite 3 der Sitzungsniederschrift (Bl. 22 d. A.) – auf das Erfordernis der Darlegung hingewiesen. Da die im Urteil vertretende Rechtsauffassung des Arbeitsgerichts der höchstrichterlichen Rechtsprechung entspricht, war das Arbeitsgericht auch nicht gehalten, die Beklagte – gesondert – auf weitere Voraussetzungen für eine Herausnahme gem. § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG hinzuweisen.

II.

Die Berufung hat aber in der Sache keinen Erfolg.

Zu Recht hat das Arbeitsgericht die Kündigung auf die rechtzeitig innerhalb der Frist gemäß § 4 KSchG erhobene Klage für rechtsunwirksam erachtet und die Beklagte zur vorläufigen Weiterbeschäftigung des Klägers verurteilt.

Weder die Angriffe der Berufung noch der neue Sachvortrag sind im Ergebnis geeignet, die Rechtslage anders zu beurteilen.

1. Der Beklagten kommt für die streitgegenständliche Kündigung, die im Hinblick auf die Zahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer und die Dauer der Betriebszugehörigkeit des Klägers (§§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG) auf ihre soziale Rechtfertigung zu überprüfen ist, die Erleichterung gem. § 1 Abs. 5 KSchG nicht zugute.

1.1 Zwar liegt ein Interessenausgleich gem. § 111 BetrVG vor, denn die Zahl der von der Betriebseinschränkung betroffenen Arbeitnehmer erreicht die Werte gem. § 17 KSchG für eine Massenentlassung (ständige höchstrichterliche Rechtsprechung, vgl. zuletzt BAG, Urteil vom 19.12.2013 – 6 AZR 790/12 – NZA RR 2014, 185). Auch ist unschädlich, dass Verhandlungsführer des Betriebsrats das – nachdem nicht substantiiert bestrittenen Vortrag der Beklagten unter Beibehaltung des Mandats bis zum 31. August 2013 im Juli 2013 nur vom Amt des Betriebsratsvorsitzenden zurückgetretene – Betriebsratsmitglied Krutzikowsky war, denn der Betriebsrat hätte ggf. auch eine dritte Person mit den Verhandlungen mit dem Arbeitgeber beauftragen können.

Der Interessenausgleich erweist sich dennoch als unwirksam, weil er nicht schriftlich iSd. § 112 Abs. 1 S. 1 BetrVG abgeschlossen wurde. Die dort angeordnete Schriftform setzt voraus, dass die Unterschrift von einer dazu befugten Person geleistet wird. Im vorliegenden Fall weist der Interessenausgleich die Unterschrift des stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden auf. Dieser ist gemäß § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG – nur – im Fall der Verhinderung des Vorsitzenden zur Vertretung des Betriebsrats befugt. Am 22. August 2013 war ein solcher Vertretungsfall nicht gegeben, denn der Vorsitzende des Betriebsrats war in der Betriebsratssitzung anwesend. Ein Fall der Verhinderung ist nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung, der sich das Berufungsgericht anschließt, lediglich gegeben, wenn der Betriebsratsvorsitzende vorübergehend aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht in der Lage ist, sein Amt auszuüben (vgl. nur BAG, Beschluss vom 01.06.2011 – 7 ABR 138/09 – AP Nr. 139 zu § 99 BetrVG 1972, Urteil vom 08.09.2011 – 2 AZR 388/10 – NZA 2012, 400). Vorliegend befand sich der Betriebsratsvorsitzende zwar im Erholungsurlaub, war aber während seines Urlaubs in der Sitzung – wohl als sechstes Mitglied des Gremiums - anwesend, so dass ein Fall der tatsächlichen Verhinderung nicht gegeben war. Der dennoch durch seinen Stellvertreter unterzeichnete Interessenausgleich erweist sich deshalb als rechtsunwirksam.

1.2 Da es an einem wirksamen Interessenausgleich mit Namensliste fehlt, konnte die Kündigung nicht lediglich am Maßstab gemäß § 1 Abs. 5 KSchG gemessen werden und erweist sich jedenfalls wegen einer fehlerhaften Sozialauswahl als rechtsunwirksam.

1.2.1 Der Sachvortrag der Beklagten zur Herausnahme betriebsnotwendiger Arbeitnehmer genügt nicht den Anforderungen gem. § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG. Die von der Beklagten vertretene

Rechtsauffassung zur Herausnahme der sogenannten Leistungsträger vor der Sozialauswahl widerspricht der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. nur BAG, Urteil vom 10. Juni 2010 – 2 AZR 420/09 – NZA 2010, 1352, Urteil vom 19.07.2012 – 2 AZR 352/11 – NZA 2013, 86) und wird auch vom Berufungsgericht nicht geteilt.

Das Bundesarbeitsgericht hält es bei der Herausnahme einzelner Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl für geboten, eine Abwägung mit den sozialen Belangen des zu kündigenden Arbeitnehmers vorzunehmen. Die Frage, ob ein berechtigtes betriebliches Interesse gegeben ist, kann sinnvoll nur dann beantwortet werden, wenn feststeht, welche Arbeitnehmer bei „normaler“ Durchführung der Sozialauswahl im Betrieb verbleiben würden. Deshalb sind zunächst alle vergleichbaren Arbeitnehmer einzubeziehen und anschließend zu untersuchen, ob dieses Ergebnis geändert werden muss.

Dass die Beklagte bei ihrer Kündigungsentscheidung zu Lasten des Klägers diese Verfahrensweise gewählt hat, kann auch ihrem ergänzenden Vortrag in der Berufung nicht entnommen werden. Obwohl die Betriebsparteien sich auf ein sog. Punkteschema verständigt haben, legt die Beklagte keine entsprechende Liste vor, aus der sich die Reihenfolge der vergleichbaren Arbeitnehmer ergeben hätte. Ihrem ergänzenden Vortrag kann lediglich entnommen werden, dass sie mit dem Verhandlungsführer des Betriebsrats Einigung darüber erzielt hat, alle neun Arbeitnehmer – trotz ihrer Sozialdaten – für betriebsnotwendig zu halten.

1.2.2 Der Beklagten ist es in beiden Instanzen nicht gelungen, auf nachvollziehbare Weise darzulegen, aus welchen konkreten Gründen die Herausnahme der neun Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl erforderlich war. Wie bereits vom Arbeitsgericht in dem angefochtenen Urteil gerügt, stellt die Beklagte im Hinblick auf diese Arbeitnehmer lediglich deren Kenntnisse und Fähigkeiten dar, ohne nachvollziehbar darzulegen, aus welchen konkreten betrieblichen Gründen sie deren Verbleib für betrieblich notwendig halten durfte. Die Beklagte beschränkt sich insoweit auf allgemeine Ausführungen ohne, z. B. im Fall des Arbeitnehmers Gärtner darzulegen, welche konkrete Bedeutung dessen ständiger Einsatz in der Straßenreinigung, seine Verantwortlichkeit für Wartung, Einsatz Kleinkehrmaschinen und –technik für den Betrieb hat und welche Maßnahmen sie zu ergreifen hätte, um den – deutlich sozialschutzwürdigeren - Kläger anstelle des Mitarbeiters Gärtner einzusetzen. Da es an einem solchen Sachvortrag der Beklagten weiterhin fehlt, führt die Herausnahme der neun Arbeitnehmer, von denen jedenfalls die Arbeitnehmer Gärtner (46 Jahre alt, 10 Jahre Betriebszugehörigkeit), Buch (58 Jahre alt, 14 Jahre Betriebszugehörigkeit) und Heitepriem (45 Jahre alt, 27 Jahre Betriebszugehörigkeit) weniger sozial schutzbedürftig sind als der 46jährige Kläger mit erheblichen Unterhaltsbelastungen für Ehefrau und zwei Kinder, einer Betriebszugehörigkeit von 19 Jahren, aus der Sozialauswahl zu einem fehlerhaften Ergebnis.

1.3 Selbst wenn man entgegen den Ausführungen in Ziff. 1.2 den Maßstab gemäß § 1 Abs. 5 KSchG an die Prüfung der sozialen Rechtfertigung der streitgegenständlichen Kündigung anlegte, erwiese sich die Kündigung als unwirksam.

1.3.1 Die von der Beklagten vorgenommene Sozialauswahl stellte sich sogar als grob fehlerhaft dar, weil der Unterschied der sozialen Schutzbedürftigkeit des Klägers gegenüber dem Mitarbeiter Gärtner erheblich ist. Kläger weist bei gleichem Lebensalter eine um 9 Jahre längere Betriebszugehörigkeit als der Mitarbeiter Gärtner auf und ist Ehefrau und zwei Kindern gegenüber unterhaltsverpflichtet, so dass der Verbleib des Mitarbeiters Gärtner im Betrieb – wenn überhaupt – nur mit gewichtigen betrieblichen Interessen begründet werden könnte. Derartige Gründe können – wie bereits ausgeführt – dem Vortrag der Beklagten nicht entnommen werden.

1.3.2 Die Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Sozialauswahl im Ergebnis zutreffend erfolgt sei, weil der Kläger auch bei einer Kündigung des Mitarbeiters Gärtner seinerseits von einer Kündigung betroffen worden wäre.

Es ist zwar anerkannt, dass – wenn die zu kündigenden Arbeitnehmer nach einer auf einem Punkteschema beruhenden Liste ausgewählt werden – nur derjenige Arbeitnehmer, der durch die Herausnahme einzelner Arbeitnehmer aus der Liste auf einen Platz aufrückte, nach dem er nicht gekündigt worden wäre, sich erfolgreich auf den Auswahlfehler berufen kann (vgl. BAG, Urteil vom 09.11.2006 – 2 AZR 812/05 – NZA 2007, 549), vorliegend fehlt es aber am Vollzug eines zulässigen Punktesystems.

Das dem Interessenausgleich zu entnehmende Punkteschema erweist sich als rechtswidrig, weil die Verpflichtung zum Ehegattenunterhalt entgegen der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Urteil vom 28.06.2012 – 6 AZR 682/10 – zitiert nach juris) bei der Vergabe der Punkte gänzlich außer Betracht gegeben ist. Zu den von den Betriebsparteien nach § 75 Abs.1 BetrVG zu wahren Grundsätzen des Rechts gehört auch die Beachtung der Verpflichtung zur Gewährung von Familienunterhalt gem. § 1360 BGB.

Auch die Vergabe je eines Sozialpunkts pro Prozent einer Schwerbehinderung ist mit einer angemessenen Punkteverteilung nicht vereinbar, so dass das Punkteschema zur Sozialauswahl nicht herangezogen werden kann.

Im direkten Vergleich ist der Kläger mit seiner um 9 Jahre längeren Betriebszugehörigkeit und seiner Unterhaltspflicht für Ehefrau und zwei Kinder bei gleichem Lebensalter so deutlich schutzwürdiger als der Mitarbeiter Gärtner, dass sich die Sozialauswahl zu seinen Lasten auch als grob fehlerhaft erwiese. Ebenfalls grob fehlerhaft wäre auch die Auswahl des Klägers gegenüber



dem Mitarbeiter Buch, der zwar 12 Jahre älter als der Kläger ist, aber über eine um 5 Jahre kürzere Betriebszugehörigkeit verfügt und keine Unterhaltspflichten zu erfüllen hat. Auch der Mitarbeiter Heitepriem, der zwar über eine längere Betriebszugehörigkeit als der Kläger verfügt, ist aber etwas jünger als der Kläger und hat ebenfalls keine Unterhaltspflichten zu erfüllen.

1.4 Da die Kündigung bereits aus den oben genannten Gründen rechtsunwirksam ist, kam es entscheidungserheblich nicht auf die weiteren vom Kläger geltend gemachten Unwirksamkeitsgründe bis hin zu seinem Vortrag zu einem Betriebsteilübergang auf die REMONDIS Brandenburg GmbH nicht mehr an.

2. Zu Recht hat das Arbeitsgericht die Beklagte auch zur vorläufigen Weiterbeschäftigung des Klägers verurteilt, denn er hat mit seiner Kündigungsschutzklage obsiegt.

3. Der erstinstanzlich für den Fall der Abweisung der Klageanträge zu 1. und 2. gestellte Hilfsantrag ist nicht zur Entscheidung angefallen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

IV.

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 72 Abs. 2 ArbGG). Die Entscheidung hat keine grundsätzliche Bedeutung und ist allein an den Besonderheiten des Einzelfalls orientiert. Eine Divergenz zu anderen obergerichtlichen Entscheidungen ist nicht erkennbar.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist kein Rechtsmittel gegeben.

Albrecht-Glauche

Röhr

Tulke

Ausgefertigt

10785 Berlin, den 16. SEP 2015

Seitz Ritz

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle des
Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg

