

## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

### Aktenzeichen: 3 Sa 78/11

1 Ca 1457 c/10 ArbG Kiel

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 18.05.2011

Gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## Urteil

**Im Namen des Volkes**

In dem Rechtsstreit

**pp.**

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 18.05.2011 durch die Vizepräsidentin des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzende und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom  
03.02.2011 – 1 Ca 1457 c/10 – abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.

Die Revision wird nicht zugelassen.

.....

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird  
auf § 72 a ArbGG verwiesen.

## Tatbestand

### I.

Die Parteien streiten im Rahmen einer Kündigungsschutzklage über die grobe Fehlerhaftigkeit einer Sozialauswahl auf Basis eines Interessenausgleichs mit Namensliste in der Insolvenz.

Der Kläger nahm am 01.06.1998 als Arbeiter seine Tätigkeit bei der L... GmbH (im Folgenden: Insolvenzschuldnerin) auf und war als E-Schweißer beschäftigt. Er ist am ....1956 geboren, verheiratet und hat keine unterhaltspflichtigen Kinder. Seine Vergütung belief sich auf durchschnittlich 3.224,95 EUR brutto inklusive anteiligem Weihnachtsgeld.

Der Kläger ist Inhaber von zwei vom Germanischen Lloyd ausgestellten Schweißertifikaten (Anlage B 8 und B 9, Blatt 93 f d. A.). Hieraus geht hervor, dass er die Schweißerprüfung 111 T FW und die Schweißerprüfung 111 P FW abgelegt hat. Die Zahl 111 steht für den Begriff „Lichtbogenhandschweißen“ (Elektrodenschweißen, kurz: E-Schweißen).

Mit Beschluss des Amtsgerichts K... vom 01.12.2008 wurde über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt. Dieser entschied, den Betrieb möglichst zu restrukturieren und nicht zu schließen. Der Personalbestand sollte von 256 Arbeitnehmern um 156 Arbeitnehmer auf 100 Personen reduziert werden.

Mit Datum vom 17.05.2010 (Anlage B 2, Blatt 42 ff d. A.) schloss der Beklagte mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich mit Namensliste ab. Der Kläger ist auf der Namensliste aufgeführt. Der Interessenausgleich enthält die Zielsetzung, die Werft so aufzustellen, dass sie dauerhaft neubaufähig und in der Lage ist, Reparaturaufträge durchzuführen. Unter § 2 des Interessenausgleichs wurde festgelegt, dass die derzeitige Gewerkestruktur ab dem 01.07.2010 neu geordnet wird (Blatt 43 d. A.). Für

die Schweißerei wurde eine personelle Besetzung bestehend aus einem Meister und neun Mitarbeitern festgelegt (Blatt 43 d. A.).

Im Bereich der Schweißerei waren 12 Schweißer beschäftigt. Bezüglich ihrer Namen und ihrer Sozialdaten wird auf die Aufstellung der Beklagten im Schriftsatz vom 02.12.2010, Blatt 67 d. A., verwiesen. Nicht alle Schweißer haben die gleichen Schweißerqualifikationen. Im Zusammenhang mit der Aufstellung der Namensliste wurden von den Betriebsparteien vier Schweißer aus der sozialen Auswahl herausgenommen. Insoweit handelt es sich um den Mitarbeiter E... D..., der als Betriebsratsmitglied Sonderkündigungsschutz hat. Ferner wurde der Mitarbeiter N... C... aus der Sozialauswahl herausgenommen, da er der einzige Argon-Schweißer des Betriebes ist. Darüber hinaus nahmen die Betriebsparteien den Schweißer M... T... aus der sozialen Auswahl heraus, da er nicht nur reiner E-Schweißer, sondern vielmehr dem übergeordnet zertifizierter Schweißer ist. Er verfügt unter anderem auch über die zertifizierte Befähigung Schutzgasschweißen. Letztendlich nahm der Beklagte auch den Mitarbeiter D... B..., geboren am ....1962, seit dem 23.09.2002 bei der Insolvenzschildnerin beschäftigt, ledig, keine Kinder, als Leistungsträger aus der Sozialauswahl heraus. Er verfügt über sämtliche Schweißerzeugnisse, sechs an der Zahl. Die Insolvenzschildnerin hat die insgesamt sechs auf den Arbeitskollegen D... B... ausgestellten Schweißerzeugnisse zur Akte gereicht, teilweise jedoch erst mit der Berufungsbegründung (Blatt 139 – 143 d. A.). Aus den Schweißzeugnissen geht u. a. hervor, dass Herr B... auch die Tätigkeit des Metall-Aktivgasschweißens beherrscht.

Beim Schutzgasschweißen kann der Schweißer solange ununterbrochen schweißen, bis Drahtrollen von 5 bis 10 kg abgearbeitet sind. Lediglich in engen oder schwierigen räumlichen Verhältnissen oder bei starkem Wind ist das Schutzgasschweißen nicht möglich. Dann wird auf E-Schweißen (Elektrodenschweißen) zurückgegriffen, bei dem der Schweißer abhängig von dem jeweiligen Material maximal eine Schweißnaht von circa 20 bis 30 cm schweißen kann, da dann die Elektrode aufgebraucht ist und ausgetauscht werden muss. Eine solche Elektrode hält circa drei Minuten.

Der Kläger ist nur E-Schweißer und hat mangels entsprechend absolvierter Lehrgänge und Prüfungen keine Zertifikate für das Schutzgasschweißen und auch nicht für das Metall-Aktivgasschweißen. Letzteres ist für die Durchführung von Rohrstumpfnahschweißarbeiten unerlässlich, mit denen Rohre verbunden werden. Rohrstumpfnahschweißen ist für den Schiffbau von großer Bedeutung und fallen immer an. Durch die durch eine verschweißte Rohrstumpfnah verbundenen Rohre fließen Gase, Öle und Treibstoffe etc.. Die durchgeführten Rohrverschweißungsarbeiten werden per Röntgenprüfung durch den Germanischen Lloyd abgenommen und dürfen nur von entsprechend zertifizierten Schweißern durchgeführt werden.

Nach Anhörung des Betriebsrats und Massenentlassungsanzeige gegenüber der Agentur für Arbeit K... kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 01.07.2010 (Anlage K 1, Blatt 5 f d. A.) zum 31.10.2010. Hiergegen hat der Kläger am 09.07.2010 Kündigungsschutzklage erhoben. Er hat – soweit im Berufungsverfahren noch von Bedeutung – stets die Ansicht vertreten, die soziale Auswahl sei grob fehlerhaft, vor allen Dingen die Herausnahme von D... B..., aber auch von M... T....

Das Arbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage mit Urteil vom 03.02.2011 stattgegeben. Das ist im Wesentlichen mit der Begründung geschehen, der Beklagte habe ein berechtigtes betriebliches Interesse an der Weiterbeschäftigung des Mitarbeiters D... B... nicht substantiiert dargelegt. Aus der Liste der Schweißer (Anlage B 6) ergebe sich, dass der Kläger nicht berücksichtigt worden sei. Zudem sei ein Qualifikationsunterschied zwischen dem Kläger und Herrn B... nicht ersichtlich, jedenfalls nicht belegt. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf Tatbestand, Anträge und Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils vom 03.02.2011, Az. 1 Ca 1457 c/10, verwiesen.

Gegen diese dem Beklagten am 11.02.2011 zugestellte Entscheidung hat er am 25.02.2011 Berufung eingelegt, die am 04.04.2011 begründet wurde.

Er trägt unter Überreichung versehentlich vertauschter Fotokopien von Schweißzeugnissen nochmals vor, Herr D... B... sei aus der Sozialauswahl herausgenommen

worden, da er als einziger Mitarbeiter sämtliche Schweißerzeugnisse besitze und als einziger auch in der Rohrschlosserei und in der Rohrinstallation tätig sein könne. Insofern sei der Kläger nicht vergleichbar. Auch Herr T... sei zu Recht aus der Sozialauswahl herausgenommen worden, weil er Schweißer und nicht nur E-Schweißer, wie der Kläger, ist.

Der Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 03.02.2011, Az. 1 Ca 1457 c/10, zugestellt am 11.02.2011 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er ist der Ansicht, die Sozialauswahl müsse betriebsbezogen durchgeführt werden und dürfe sich nicht nur auf die einzelnen Gewerke beziehen. Bereits diese Vorgehensweise sei grob fehlerhaft. Es werde bestritten, dass Herr B... als einziger Mitarbeiter über sämtliche Schweißerzeugnisse verfüge und in der Rohrschlosserei tätig sein könne. Auch der Kläger könne dort eingesetzt werden, jedenfalls nach einer etwaigen Einarbeitungszeit. Im Übrigen habe auch Herr N... C... die Befähigung zum Rohrstumpfnahschweißen. Letztendlich sei die Vorlage weiterer Schweißerzeugnisse des Mitarbeiters D... B... durch den Beklagten zurückzuweisen, da dieser insofern seine Prozessförderungspflicht verletzt habe.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufung ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt und innerhalb der Berufungsbegründungsfrist auch begründet worden.

In der Sache hat die Berufung auch Erfolg. Unter Berücksichtigung des klarstellenden, ergänzenden Vorbringens des Beklagten in der Berufungsbegründung sowie der Überreichung der Fotokopien der richtigen Schweißerzeugnisse des Mitarbeiters D... B... war das erstinstanzliche Urteil abzuändern, da die vorgenommene soziale Auswahl nicht grob fehlerhaft war.

1. Aufgrund der namentlichen Benennung des Klägers in der Namensliste des Interessenausgleichs vom 17.05.2010 kann die soziale Auswahl nach § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Im Anwendungsbereich des § 125 InsO wird der Beurteilungsspielraum des Arbeitgebers bei der sozialen Auswahl zugunsten einer vom Insolvenzverwalter und Betriebsrat vereinbarten betrieblichen Gesamtlösung erweitert. Dabei bezieht sich der Prüfungsmaßstab der groben Fehlerhaftigkeit nicht nur auf die sozialen Indikatoren und deren Gewichtung selbst. Vielmehr wird die gesamte soziale Auswahl, also insbesondere auch die Bildung der auswahlrelevanten Gruppen von den Gerichten für Arbeitssachen nur auf grobe Fehler überprüft. Wegen des gerade im Insolvenzfall bestehenden Bedürfnisses nach einer zügigen Durchführung einer Betriebsänderung und eines größeren Personalabbaus, um erfolgreiche Sanierungen zu fördern, ist die soziale Rechtfertigung einer vom Insolvenzverwalter in Anwendung einer Namensliste ausgesprochenen betriebsbedingten Kündigung nur noch in Ausnahmefällen in Frage zu stellen. Die Beschränkung der Prüfung erstreckt sich dabei auch auf die Frage, inwieweit Arbeitnehmer gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG nicht in die soziale Auswahl einzubeziehen sind (BAG vom 17.11.2005 – 6 AZR 107/05 – zitiert nach Juris, Rz. 26 und 27 m. w. N.).

Bei der Beurteilung der Frage, ob einzelne Arbeitnehmer zu Recht aus der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG herausgenommen wurden, ist im Falle eines Interessenausgleichs mit Namensliste auch der Maßstab der groben Fehlerhaftigkeit anzuwenden. Das bedeutet, dass die Herausnahme eine Frage der „sozialen Auswahl“ ist (BAG vom 10.06.2010 – 2 AZR 420/09 – zitiert nach Juris, Rz. 29). Die Herausnahme einzelner Arbeitnehmer aus der sozialen Auswahl setzt immer voraus, dass die Arbeitnehmer zwar vergleichbar sind, aus Sicht des Arbeitgebers aber durch

besondere Merkmale hervorstechen. Hierauf darf abgestellt werden (vgl. BAG a. a. O., Rz. 30).

Grob fehlerhaft im Sinne des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO ist eine soziale Auswahl nur, wenn ein evidenter, ins Auge springender schwerer Fehler vorliegt und der Interessenausgleich jede Ausgewogenheit vermissen lässt bzw. tragende Gesichtspunkte nicht in die Bewertung einbezogen worden sind. Die Bewertung ist deshalb auch dann grob fehlerhaft, wenn bei der Bestimmung des Kreises vergleichbarer Arbeitnehmer die Austauschbarkeit offensichtlich verkannt worden ist und bei der Anwendung des Ausnahmetatbestands des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG die betrieblichen Interessen augenfällig überdehnt worden sind (BAG vom 17.11.2005 – 6 AZR 107/05, Rz. 30 m. w. N.).

Eine Sozialauswahl ist beispielsweise dann nicht als grob fehlerhaft zu bewerten, wenn die Betriebsparteien den auswahlrelevanten Personenkreis dergestalt bestimmen, dass Arbeitnehmer, die sich erst auf einen bestimmten Arbeitsplatz einarbeiten müssen, aus der Vergleichbarkeit ausscheiden (BAG a. a. O., Rz. 33 m. w. N.).

2. Vor diesem rechtlichen Hintergrund hatte der Kläger, nachdem der Beklagte seiner Auskunftspflicht hinreichend nachgekommen ist, die grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl durch die Betriebsparteien darzulegen. Dies ist ihm nicht gelungen.

a) In Anwendung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist es nicht zu beanstanden, wenn gerade im Zusammenhang mit einem Insolvenzverfahren die Betriebsparteien im Rahmen eines Interessenausgleichs festlegen, die Sozialauswahl nicht betriebsbezogen, sondern lediglich bezogen auf einzelne Abteilungen durchzuführen. Entsprechendes haben die Betriebsparteien im Interessenausgleich vereinbart, indem sie zunächst die Gewerke neu strukturiert haben und im Anschluss daran die Sozialauswahl nur jeweils innerhalb der einzelnen Gewerke durchgeführt haben. Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, zu welchen Konsequenzen eine betriebsübergreifende Sozialauswahl im Ergebnis in Bezug auf den Kläger geführt hätte. Das wäre aber von ihm darzulegen gewesen.

b) Der Kläger ist nicht mit den Mitarbeitern B... und T... vergleichbar. Deren Herausnahme aus der Sozialauswahl als Leistungsträger ist nicht grob fehlerhaft. Der Kläger hat nur zwei E-Schweißer-Zertifikate, und zwar die Zertifikate 111 T FW und 111 P FW. Er ist deshalb ohne weitergehende Einarbeitungszeit nur begrenzt einsetzbar. Ihm dürfen nur E-Schweißertätigkeiten übertragen werden. Diese Tätigkeit fällt jedoch im Vergleich zum Schutzgasschweißen erheblich seltener an, weil sie ineffektiver ist. Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden, dass der Beklagte und der Betriebsrat bei der Aufstellung der Kriterien für die soziale Auswahl die Mitarbeiter T... und B... herausgenommen haben. Diese sind im Vergleich zu den sonstigen E-Schweißern Leistungsträger. Herr T... hat unstreitig die Qualifikation eines Schweißers und nicht „nur“ die begrenzte Qualifikation eines E-Schweißers, ist mithin bereits aus diesem Grunde vielseitiger verwendbar als der Kläger. Auch in Bezug auf Herrn B... hat der Beklagte spätestens im Berufungsverfahren durch Vorlage der entsprechenden Fotokopien aller Zertifikate nachgewiesen, dass Herr B..., anders als die weiteren vergleichbaren E-Schweißer, über sechs Schweißzertifikate verfügt. Damit sticht er nachgewiesenermaßen durch eine vielfältigere Einsatzfähigkeit als der Kläger und andere E-Schweißer aus der Gruppe der bei Aufstellung der Namensliste im Betrieb beschäftigten Schweißer hervor. Hierauf haben der Betriebsrat und der Beklagte bei Aufstellung der Namensliste abgestellt, um die dem Insolvenzverfahren geschuldete Beschleunigung des Sanierungsprozesses und der Kündigungsschutzverfahren Rechnung zu tragen. Das war zulässig. Während der Kläger ohne Einarbeitungszeit bei Aufstellung der Namensliste nur für weniger häufig benötigte E-Schweißerarbeiten eingesetzt werden darf, ist der Mitarbeiter D... B... aufgrund der von ihm abgelegten sechs Schweißerprüfungen verschiedenster Art, vor allem auch im Bereich des Gasschutzschweißens, ohne Einarbeitungszeit sofort vielfältig einsetzbar. Das gilt auch für den Tätigkeitsbereich des Klägers im Bereich des E-Schweißens. Der Mitarbeiter B... verfügt über die gleichen Schweißzertifikate 111 T FW und 111 P FW wie der Kläger. Der Beklagte und der Betriebsrat durften, wie anhand der zitierten Rechtsprechung dargelegt, den auswahlrelevanten Personenkreis dergestalt bestimmen, dass Arbeitnehmer, die sich nicht erst auf einem bestimmten Arbeitsplatz einarbeiten müssen, aus der Vergleichbarkeit ausscheiden. Das ist nicht grob fehlerhaft. Vor diesem Hintergrund kann der Kläger mit der Begründung, er sei auch nach kurzer Einarbeitungszeit ggf. in der Rohrschlosserei oder in anderen Ab-

teilungen verwendbar, nicht gehört werden. Dieses Vorbringen ist nicht geeignet, die grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl darzulegen.

c) Auch der Hinweis des Klägers, die Herausnahme des Mitarbeiters B... mit dem Hinweis auf dessen Zertifikat 135 T BW überzeuge nicht, weil auch der Mitarbeiter N... C... über dieses Zertifikat verfüge, führt zu keinem anderen Ergebnis. Es ist bereits nicht ersichtlich, zu welchem für den Kläger günstigeren Ergebnis dieser Einwand führen soll. Ungeachtet dessen wird Herr C... als einziger Argon-Schweißer benötigt. Im vorliegenden Verfahren geht es nicht darum, ein Konkurrenzverhältnis zwischen dem Mitarbeiter C... und dem Mitarbeiter B... im Rahmen der sozialen Auswahl zu überprüfen. Der Kläger jedenfalls wird durch eine etwaige Teilüberschneidung der Qualifikationen der Mitarbeiter C... und B... hinsichtlich seiner Schweißerfähigkeiten nicht qualifizierter.

3. Auch unter dem Gesichtspunkt des § 67 Abs. 3 ArbGG ergibt sich kein anderes Ergebnis. Die Voraussetzungen des § 67 Abs. 3 ArbGG sind vorliegend nicht erfüllt. Dem Beklagten ist kein Verstoß gegen die allgemeine Prozessförderungspflicht anzulasten. Er hat schlicht - anders als schriftsätzlich angekündigt - versehentlich in Bezug auf die vorgelegten Zertifikate nicht alle richtigen Fotokopien zur Akte gereicht. Das kann jedem passieren und erreicht nicht die Qualität der nachlässigen Prozessführung im Sinne des § 67 Abs. 3 ArbGG.

4. Auch das Missverständnis des Gerichts in Bezug auf die Anlage B 6 – Liste der Schweißer ohne den Kläger – führt zu keiner anderen Betrachtung. Diese Liste wurde der Sozialauswahl nicht zugrundegelegt. Es handelt sich nicht um die Liste der zum Zeitpunkt der Aufstellung der Namensliste im Betrieb vorhandenen Schweißer, vielmehr um die Liste der nach Ausspruch der Kündigungen im Betrieb verbliebenen Schweißer. Hierauf war auch im Schriftsatz des Beklagten vom 13.01.2011 verwiesen worden. Da der Kläger eine Kündigung erhalten hat, stand er naturgemäß nicht auf der Liste der Schweißer, Anlage B 6.

5. Weitere etwaige Rechtsfehler in der Vorgehensweise des Beklagten, z. B. im Zusammenhang mit der Betriebsratsanhörung und der Massenentlassungsanzeige sind

nicht ersichtlich und auch im Berufungsverfahren von keiner der Parteien weiter verfolgt worden.

6. Nach alledem war der Kündigungsschutzantrag unbegründet. Der Klage ist deshalb zu Unrecht stattgegeben worden. Auf die Berufung des Beklagten war das erstinstanzliche Urteil daher abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

Die Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 ArbGG liegen nicht vor, so dass die Revision nicht zuzulassen war. Vorliegend handelt es sich ausschließlich um eine Einzelfallentscheidung.

gez. ...

gez. ...

gez. ...