

## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

### **Aktenzeichen: 6 Sa 179/19**

1 Ca 160 e/19 ArbG Elmshorn  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am:

10.06.2020

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## Urteil

**Im Namen des Volkes**

In dem Rechtsstreit

**pp.**

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ..., den ehrenamtlichen Richter ... und den ehrenamtlichen Richter ... auf die mündliche Verhandlung vom 10.06.2020

für Recht erkannt:

**Die Berufung des Klägers gegen das Teilurteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 31.07.2019 (1 Ca 160 e/19) wird auf seine Kosten zurückgewiesen.**

**Die Revision wird nicht zugelassen.**

---

### **Rechtsmittelbelehrung**

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

---

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung.

Der am ...1968 geborene, verheiratete und einem Kind unterhaltspflichtige Kläger ist seit Juni 1990 bei der Beklagten, einem Unternehmen der Papierindustrie mit über 200 Mitarbeitern, als Querschneider-Führer beschäftigt. Zu seinen Aufgaben gehörte das Bearbeiten der Aufträge nach Schneideanweisungen, das Einstellen der Maschine, der Formate und die Kontrolle der fertig geschnittenen Bögen auf der Palette. Er bezog zuletzt ein Monatsgehalt von 2.600,00 EUR brutto.

Über das Vermögen der Beklagten wurde am 19.11.2018 das vorläufige Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung angeordnet. Ab Dezember 2018 verhandelten die Betriebsparteien in mehreren Sitzungen über Ablauf und Umfang einer Restrukturierung des Betriebes.

Am 09.01.2019 vereinbarten die Betriebsparteien im Hinblick auf die für den 28.01.2019 geplante Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die bereits laufenden Verhandlungen über einen Interessenausgleich mit Namensliste anlässlich der geplanten Restrukturierung Folgendes:

„Über das Vermögen der F. wurde am 19. November 2018 die vorläufige Eigenverwaltung angeordnet. Am 28. Januar 2019 soll über das Vermögen der F. nach derzeitigen Planungen das Insolvenzverfahren eröffnet und die Eigenverwaltung nach § 270 ff. InsO angeordnet werden. Die Parteien verhandeln derzeit umfassend über eine Restrukturierung im Rahmen eines Sanierungskonzeptes, über den Abschluss eines Interessenausgleichs sowie Sozialplans, die unverzüglich nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgeschlossen werden sollen. Es ist beabsichtigt, den Personalabbau im Rahmen dieser Restrukturierung vorrangig über den Wechsel der betroffenen Mitarbeiter in eine sog. Transfergesellschaft zu erreichen. Bezüglich der ausscheidenden Mitarbeiter ist der Abschluss eines Interessenausgleichs gemäß §§ 125 Abs. 1, 2 InsO, 1 Abs. 5 KSchG beabsichtigt.

Um Verzögerungen zu vermeiden, sind sich die Parteien einig, dass F. berechtigt ist, den voraussichtlich im vorgenannten Interessenausgleich namentlich benannten Mitarbeitern die mit dem Betriebsrat abgestimmte dreiseitige Vereinbarung zum Wechsel in die Transfergesellschaft mit sofortiger Wirkung auszuhändigen, [..].“

Der Kläger lehnte das ihm von der Beklagten unterbreitete Angebot zum Wechsel in eine Transfergesellschaft ab.

Im Rahmen der Interessenausgleichsverhandlungen bildeten die Betriebsparteien für die einzelnen Tätigkeitsbereiche Altersgruppen zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur. Wegen der Einzelheiten wird für den Bereich der Querschneider-Führer auf die Anlage B 5 (Bl. 69 ff. d.A.) verwiesen.

Am 21.01.2019 lud der Vorsitzende des 11-köpfigen Betriebsrats zu einer Sitzung des Gremiums für den 28.01.2019, 13:00 Uhr ein. Der Einladung war die Tagesordnung beigefügt, mit der Ziff. 1 „Abschluss Interessenausgleich und Sozialplan zur Restrukturierung der F. GmbH“ und der Ziff. 2 „Anhörung nach § 102 BetrVG zur Kündigung der in der Namensliste aufgeführten Mitarbeiter/innen“. Ein Ersatzmitglied wurde nicht geladen. An der Betriebsratssitzung nahmen neun Mitglieder teil. Ausweislich des Protokolls vom 28.01.2019 wurde mehrheitlich der Abschluss des ausverhandelten Interessenausgleichs und Sozialplans beschlossen. Ebenfalls mehrheitlich wurde beschlossen, die Kündigungen zur Kenntnis zu nehmen und das Anhörungsverfahren als abgeschlossen zu betrachten.

Mit Beschluss vom 28.01.2019, 14.30 Uhr, Az: 71 IN 238/18, eröffnete das Amtsgericht P. das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Beklagten und ordnete Eigenverwaltung an.

Am 28.01.2019, 16:00 Uhr, unterschrieben die Geschäftsführer der Beklagten L. und K., der Vorsitzende des Betriebsrats B. sowie dessen Stellvertreterin K.. als auch der Vertreter der Schwerbehindertenvertretung W. einen Interessenausgleich mit Namensliste. Die einzelnen Seiten dieses Interessenausgleichs sowie die als Anlage 2 dem Interessenausgleich beigefügte Namensliste sind von den Unterzeichnenden paraphiert und mittels Heftklammer verbunden. Der Interessenausgleich enthält u.a. folgende Regelungen:

#### **„Präambel**

Über das Vermögen der F. wurde am 19. November 2018 die vorläufige Eigenverwaltung angeordnet. Am 28. Januar 2019 wurde über das Vermögen der F. das Insolvenzverfahren eröffnet und die Eigenverwaltung nach § 270 ff InsO angeordnet.

Die Insolvenzschuldnerin hat ein Sanierungskonzept entworfen, nach dem der Betrieb der F. weitreichend restrukturiert und insbesondere die Papiermaschine 2 (PM2) stillgelegt werden soll. Nach dem Sanierungskonzept sind zudem weitreichende Personalabbaumaßnahmen erforderlich. Die Betriebsparteien sind sich darüber einig, dass diese Restrukturierung die einzig verbliebene Möglichkeit darstellt, um den Betrieb der F. fortführen zu können. Hierdurch ist die Möglichkeit gegeben, zumindest für einen Teil der Belegschaft die Arbeitsplätze zu erhalten. [..]

#### **2. Betriebsänderung, Namensliste**

- 2.1. Die in diesem Interessenausgleich geregelte Betriebsänderung besteht aus der dauerhaften Stilllegung der Maschine PM2 sowie weiterer Maßnahmen zur Anpassung der Organisationsstruktur in anderen Bereichen. ... Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit eines entsprechenden Personalabbaus zur Anpassung des Personalbestandes an den tatsächlich gegebenen Beschäftigungsbedarf nach der Restrukturierung. ...
- 2.2. Die Betriebsparteien haben das zugrundeliegende Sanierungskonzept, den sich daraus ergebenden Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten sowie die Vergleichbarkeit der hiervon betroffenen Mitarbeiter ausführlich erörtert. Ferner haben sie die sozialen Kriterien der betroffenen, vergleichbaren Mitarbeiter ausführlich gegeneinander abgewogen. Das Ergebnis dieser Auswahl ist die mit diesem Interessenausgleich festverbundene Anlage 2, in der die Mitarbeiter namentlich festgelegt sind, deren Arbeitsverhältnis betriebsbedingt unter Berücksichtigung von § 113 InsO vorbehaltlich eines vorherigen Wechsels in die Transfergesellschaft zu kündigen sind („ausscheidende Mitarbeiter“). ...

## 5. **Beteiligung des Betriebsrats**

### 5.2. **Anhörung und Stellungnahme nach § 102 BetrVG**

Es besteht Einvernehmen, dass im Hinblick auf die in der Namensliste aufgeführten Mitarbeiter die bisherigen Erörterungen im Rahmen der Interessenausgleichsverhandlungen und der Unterrichtung des Betriebsrats nach § 17 Abs. 2 KSchG die förmliche Information des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG beinhalten. Die unternehmerische Entscheidung und der daraus folgende Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeiten in den betroffenen Bereichen wurden zwischen den Betriebsparteien umfassend erörtert. Der Betriebsrat hat die Sozialdaten (Lebensalter, Betriebszugehörigkeit, Familienstand gemäß Steuerdaten, Anzahl unterhaltsberechtigter Kinder gemäß Steuerdaten, Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung, etwaiger Sonderkündigungsschutz u.a.) zuletzt am 9. Januar 2019 erhalten und geprüft. Die Vergleichbarkeit und die Sozialdaten sämtlicher Arbeitnehmer wurden in den Gesprächen und Verhandlungen mit dem Betriebsrat am 13. Dezember 2018, am 18. Dezember 2018, am 20. Dezember 2018, am 7. Januar 2019 und am 9. Januar 2019 jeweils eingehend erörtert und miteinander verglichen. Der Betriebsrat gibt zu seiner Anhörung nach § 102 BetrVG folgende abschließende Stellungnahme ab: „Die Kündigungen werden zur Kenntnis genommen. Der Betriebsrat betrachtet das Anhörungsverfahren als abgeschlossen.“

### 6.4 Verzeichnis der mit diesem Interessenausgleich fest verbundenen Anlagen:

- Anlage 1: Neue Organisationsstruktur F. GmbH
- Anlage 2: Namensliste
- Anlage 3: Vereinbarung vom 09. Januar 2019.“

Die Namensliste (Anlage 2) listet insgesamt 165 zu kündigende Beschäftigte auf. Der Name des Klägers ist aufgeführt. Die Namensliste ist überschrieben mit „Anlage 2 zum Interessenausgleich – Namensliste“.

Am 28.01.2019 schlossen die Betriebsparteien zudem einen Sozialplan, der die Möglichkeit zum Wechsel der von der im Interessenausgleich geregelten Restrukturierung betroffenen Mitarbeiter in eine externe Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft (Transfergesellschaft) regelt. Die Anlage 1 zum Sozialplan ist ein dreiseitiger (Muster-) „Vertrag (Aufhebungsvereinbarung und Anstellungsvertrag)“.

Mit Telefax-Schreiben vom 28.01.2019 zeigte die Beklagte bei der Agentur für Arbeit eine Massenentlassung an. Mit Schreiben vom 29.01.2019 bestätigte die Bundesagentur für Arbeit der Beklagten den Eingang der Anzeige.

Die Beklagte kündigte allen auf der Namensliste aufgeführten Mitarbeitern. Von den ehemals 14 Arbeitnehmer/innen im Bereich Querschneiderführer wurden nur sieben Mitarbeiter weiterbeschäftigt.

Mit Schreiben vom 28.01.2019, dem Kläger zugegangen am 30.01.2019, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 30.04.2019.

Gegen diese Kündigung hat der Kläger am 04.02.2019 vor dem Arbeitsgericht Kündigungsschutzklage erhoben. Er hat die Ansicht vertreten, die Kündigung sei sozialwidrig.

Der Kläger hat bestritten, dass der Interessenausgleich mit Namensliste erst nach Eröffnung der Insolvenz um 16:00 Uhr abgeschlossen worden sei. Der Interessenausgleich sei zudem nicht wirksam zustande gekommen. Es fehle an einem ordnungsgemäßen Betriebsratsbeschluss. Unstreitig hätten an der Betriebsratssitzung vom 28.01.2019 nur neun der elf Betriebsratsmitglieder teilgenommen. Es seien unstreitig auch keine Ersatzmitglieder geladen worden. Deshalb sei der getroffene Beschluss nichtig. Auf der Grundlage eines nichtigen Betriebsratsbeschlusses habe der Betriebsratsvorsitzende den Interessenausgleich nicht wirksam abschließen können. Die Beklagte könne auch keinen Vertrauensschutz geltend machen. Wegen des engen zeitlichen Ablaufs am 28.01.2019 müsse die Beklagte gewusst haben, dass an der Betriebsratssitzung nur neun Mitglieder teilgenommen hatten. Da der Interessenausgleich mit Namensliste nicht wirksam zustande gekommen sei, greife die Vermutungswirkung des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO nicht.

Die Vermutungswirkung scheitere auch deshalb, weil sich die Sachlage nach Abschluss des Interessenausgleichs wesentlich verändert habe. Die PM2 sei nicht dauerhaft stillgelegt worden, sondern werde laufend gewartet und betrieben. Die Aufrechterhaltung einer ständigen Betriebsbereitschaft schließe eine endgültige Stilllegung aus.

Ungeachtet der Unwirksamkeit des Interessenausgleichs mit Namensliste sei aber auch die Sozialauswahl grob fehlerhaft erfolgt. Die Vergleichsgruppe sei unzutreffend gebildet worden. Er, der Kläger, könne an allen Querschneidern arbeiten, als Querschneiderführer oder -gehilfe. Darüber hinaus könne er die Position eines Rollenfahrers übernehmen. Einsetzbar sei er ferner in der Mustermacherei/Weiss-Absetzen, der Palettenpackstrasse und als Einriesmaschinenführer.

Die Kündigung sei auch wegen nicht ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 BetrVG nichtig. Der Kläger hat bestritten, dass allen Betriebsratsmitgliedern die Ladung mit Tagesordnung zugesandt worden sei. Zudem bestreitet er die ordnungsgemäße Massenentlassungsanzeige.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in erster Instanz, insbesondere wegen des streitigen Vortrag der Beklagten sowie der erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Das Arbeitsgericht hat mit Teilurteil vom 31.07.2019 die Kündigungsschutzklage abgewiesen. Die Kündigung sei durch dringende betriebliche Erfordernisse sozial gerechtfertigt. Der Kläger habe die Vermutung des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG nicht widerlegt. Die Stilllegung einer der beiden Papiermaschinen sei eine Betriebsänderung im Sinne von § 111 BetrVG. Dass die PM2 nicht stillgelegt worden sei, sei nicht ersichtlich. Von der Stilllegung dieser Maschine seien mindestens 165 Arbeitsplätze betroffen. Allen betroffenen Arbeitnehmern sei gekündigt worden, sofern diese nicht selbst gekündigt hätten oder anderweitig ausgeschieden seien.

Der Interessenausgleich mit Namensliste sei ordnungsgemäß zustande gekommen. Wenn der Interessenausgleich von einem vertretungsberechtigten Betriebsratsmitglied unterzeichnet worden sei, dürfe der Arbeitgeber darauf vertrauen, dass dies aufgrund einer formell ordnungsgemäßen Willenserklärung des Betriebsrats geschehen sei. Mängel im Verantwortungsbereich des Betriebsrats führten grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung wegen fehlerhafter Anhörung, auch wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung wisse oder hätte erkennen können, dass der Betriebsrat die Angelegenheit nicht fehlerfrei behandelt habe. Die Beklagte habe bei Abschluss des Interessenausgleichs mit Namensliste darauf vertrauen dürfen, dass der Betriebsratsvorsitzende und dessen Stellvertreterin den Interessenausgleich auf der Grundlage einer ordnungsgemäßen Beschlussfassung unterzeichneten.

Der Anwendbarkeit des § 1 Abs. 5 KSchG stehe nicht entgegen, dass die Namensliste nicht im Interessenausgleich selbst enthalten sei. Denn sie sei mit dem Interessenausgleich fest verbunden. Anhaltspunkte, an einer solchen Verbindung zu zweifeln, bestünden nicht. Das Insolvenzverfahren sei am 28.01.2019 um 14:30 Uhr und

damit vor Abschluss des Interessenausgleichs eröffnet worden. Der Interessenausgleich sei schriftlich niedergelegt und von den Betriebsparteien unterzeichnet worden. Der Kläger habe auch keine nachträgliche wesentliche Änderung dargelegt. Die Sozialauswahl sei gemäß § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG auch nicht grob fehlerhaft. Die Beklagte habe die Sozialdaten des Klägers nicht in rechtserheblicher Weise verkannt. Zudem hätten die Betriebsparteien zulässiger Weise Altersgruppen gebildet, um die Betriebsstruktur vor und nach Ausspruch der Kündigungen im Bereich der Querschneiderführer aufrecht zu erhalten. Aufgrund des prozentualen Anteils der 51 bis 60-Jährigen seien aus der Gruppe der Querschneiderführer 11 Mitarbeiter zu kündigen gewesen. Die nicht gekündigten Mitarbeiter R., D. und M. seien sozial schutzwürdiger als der Kläger. Zu den vom Kläger genannten Beschäftigungsmöglichkeiten habe sich die Beklagte geäußert und dargelegt, dass die Positionen wegen der unterschiedlichen Eingruppierung schon nicht vergleichbar seien und die Einarbeitungszeit 1 – 2 Wochen deutlich übersteigen würde. Der Kläger wiederum habe darauf nicht hinreichend erwidert. Eine längere Einarbeitungszeit sei nicht zumutbar. Der Kläger habe auch nicht dargelegt, dass er andere Tätigkeiten der gleichen Tarifgruppe erbringen könne.

Vor Ausspruch, jedenfalls vor Zugang der Kündigung, habe die Beklagte die Massenentlassung ordnungsgemäß angezeigt. Die Geschäftsführer der Beklagten hätten die Kündigung aussprechen dürfen.

Gegen das ihm am 06.08.2019 zugestellte Urteil hat der Kläger am 30.08.2019 beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein Berufung eingelegt und diese nach gewährter Fristverlängerung bis zum 07.11.2019 am 04.11.2019 begründet.

Der Kläger bezieht sich auf seinen erstinstanzlichen Vortrag und rügt, dass es bereits an einer Betriebsänderung fehle. Es werde weder der Betrieb noch ein Betriebsteil stillgelegt. Der Interessenausgleich sei nicht ordnungsgemäß zustande gekommen, da der Betriebsratsvorsitzende ihn nicht aufgrund eines ordnungsgemäßen Beschlusses unterschrieben habe. Der Interessenausgleich sei vielmehr auf der Grundlage eines nichtigen Betriebsratsbeschlusses abgeschlossen worden. Der Vorsitzende des Betriebsrats sei daher nicht befugt gewesen, den Interessenausgleich ab-



zuschließen. Der Betriebsratsbeschluss vom 28.01.2019 sei mangels ordnungsgemäßer Ladung zur Sitzung unwirksam. Zwei Mitglieder seien am fraglichen Tag verhindert gewesen. Es seien jedoch keine Ersatzmitglieder geladen worden. Damit sei der Betriebsratsbeschluss nichtig. Die Beklagte genieße auch keinen Vertrauensschutz. Denn aufgrund des zeitlichen Ablaufs am 28.01.2019 hätte die Beklagte um die nicht ordnungsgemäße Besetzung des Betriebsrats gewusst.

Der Kläger behauptet, die Geschäfte liefen gut, Papiervorräte seien vorhanden und die Maschinen arbeiteten ständig. Die Auftragslage sei gut. Es würden Leiharbeiter der Fa. P. eingesetzt. Die PM2 werde mindestens einmal pro Woche hochgefahren.

Der Kläger meint, die Sanierung hätte mit Änderungskündigungen herbeigeführt werden müssen. Da das Alter und die Betriebszugehörigkeit nicht ausreichend berücksichtigt worden seien, sei auch die Sozialauswahl nicht korrekt. Er sei schutzwürdiger als der Querschneiderführer E. H.. Nach kurzer Einarbeitung könne er als Querschneidergehilfe, als Rollenfahrer oder in der Mustermacherei/Weiss-Absetzen/KS-Master arbeiten. In diesen Bereichen sei sozial weniger schutzwürdigen Kollegen nicht gekündigt worden. Wegen der vom Kläger genannten Mitarbeiter und der von ihm behaupteten Sozialdaten wird auf Seiten 8 bis 11 der Berufungsbegründung Bezug genommen.

Der Kläger beantragt,

das Teilurteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 31.07.2019, Az. 1 Ca 160 e/19, abzuändern und festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 28.01.2019 aufgelöst wurde.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Berufung sei unbegründet. Prüfungsmaßstab für die Kündigungsschutzklage sei §§ 1 Abs. 5 KSchG, 125 InsO. Die Betriebsparteien hätten den Interessenausgleich mit Namensliste wirksam abgeschlossen. Es spreche eine gesetzliche Vermutung gemäß § 292 ZPO dafür, dass der Betriebsratsvorsitzende bei Unterzeichnung des Interessenausgleichs im Rahmen eines entsprechenden Betriebsratsbeschlusses gehandelt habe. Diese Vermutung habe der Kläger nicht widerlegt. Der Betriebsrat sei

unstreitig mit neun anwesenden Mitgliedern beschlussfähig gewesen. Allein das Fehlen zweier Mitglieder genüge nicht, um von der Unwirksamkeit eines Betriebsratsbeschlusses ausgehen zu können. Die Abwesenheit einzelner Betriebsratsmitglieder spreche nicht per se für eine fehlerhafte Ladung. Denn auch bei ordnungsgemäßer Ladung - wie hier - könnten einzelne Mitglieder nicht anwesend sein. Ungeachtet dessen habe der Kläger aber auch ihren erstinstanzlichen Vortrag zur Ladung aller Betriebsratsmitglieder sowie zur kurzfristige Verhinderung eines Mitglieds wegen Erkrankung während der Schicht am 28.01.2019 und der Mitteilung eines weiteren Mitglieds, dass er wegen der Spätschicht nicht zur Sitzung komme, nicht bestritten. Der Betriebsratsvorsitzende habe erst kurz vor Sitzungsbeginn von der krankheitsbedingten Verhinderung des Herrn L. erfahren, sodass ein Ersatzmitglied nicht mehr habe geladen werden können. Herrn Ö. sei nicht verhindert gewesen, sondern habe schlicht gefehlt. Für ihn habe kein Ersatzmitglied geladen werden dürfen. Der Betriebsratsbeschluss sei mithin wirksam zustande gekommen. Dementsprechend sei auch der Interessenausgleich wirksam abgeschlossen worden. Es gelte mithin der strenge Prüfungsmaßstab der §§ 125 InsO, 1 Abs. 5 KSchG. Der Wegfall des Beschäftigungsbedarfs werde gesetzlich vermutet und die Sozialauswahl sei nur auf grobe Fehlerhaftigkeit zu prüfen. Gemessen hieran – wie auch bei Anlegung der allgemeinen Maßstäbe – erweise sich die Kündigung als wirksam.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufung wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie die Sitzungsniederschrift verwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat die Kündigungsschutzklage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Die Kündigung ist rechtswirksam. Sie ist gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 KSchG durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen, sozial gerechtfertigt (I.). Die

Kündigung wahrt zudem die Grundsätze der sozialen Auswahl (II.) und ist nicht gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam (III). Es liegt auch kein Verstoß gegen die Anzeigepflicht bei Massenentlassungen vor (IV).

I. Die Kündigung ist nicht mangels sozialer Rechtfertigung gemäß § 1 Abs. 1 KSchG unwirksam. Sie ist vielmehr durch dringende betriebliche Gründe, die zum Wegfall des Arbeitsplatzes des Klägers geführt haben, sozial gerechtfertigt, §§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG, 125 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

1. Die dringenden betrieblichen Gründe werden gemäß § 125 Abs. 1 Nr. 1 ZPO vermutet. Die Vermutung setzt voraus, dass über eine geplante Betriebsänderung im Sinne von § 111 BetrVG ein Interessenausgleich zustande kommt, in dem die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, namentlich bezeichnet sind. Es handelt sich um eine gesetzliche Vermutung im Sinne von § 292 ZPO, bei der der Beweis des Gegenteils zulässig ist.

2. Die Voraussetzungen des Vermutungstatbestands gemäß § 125 Abs. 1 Nr. 1 InsO sind erfüllt.

a) Die Betriebsparteien haben den Interessenausgleich vom 28.01.2019 wegen einer geplanten Betriebsänderung im Sinne von § 111 BetrVG abgeschlossen.

Die Beklagte hat in ihrem Betrieb eine Betriebsänderung geplant, nämlich die Einschränkung wesentlicher Betriebsteile im Sinne von § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG. In Ziff. 2.1 des Interessenausgleichs haben die Betriebsparteien bestimmt, dass die Betriebsänderung in der dauerhaften Stilllegung der Papiermaschine PM2 sowie weiteren Maßnahmen zur Anpassung der Organisationsstruktur in anderen Bereichen und dem sich daraus ergebenden Personalabbau besteht.

Bereits in der Stilllegung einer von zwei Papiermaschinen kann eine Einschränkung eines wesentlichen Betriebsteils liegen. Der Kläger bestreitet zwar, dass die PM2, die sich immer noch im Betrieb der Beklagten befindet und regelmäßig gewartet wird, dauerhaft stillgelegt wurde. Darauf kommt es im Ergebnis aber nicht an. Denn die

Betriebsänderung im Sinne von § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG ergibt sich jedenfalls aus der Anzahl der infolge des Interessenausgleichs mit Namensliste entlassenen Mitarbeiter. Die Zahl der entlassenen Mitarbeiter lässt sich zum einen der dem Interessenausgleich beigefügten Namensliste und zum anderen den Angaben in der Massenentlassungsanzeige entnehmen. Auch der Kläger stellt die Beendigung zahlreicher Arbeitsverhältnisse nicht in Abrede. Bei einem (reinen) Personalabbau liegt eine Betriebseinschränkung im Sinne des § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG vor, wenn die für den Betrieb nach § 17 Abs. 1 KSchG maßgeblichen Zahlen übertroffen werden (vgl. Fitting, BetrVG, 30. Aufl. Rn. 73 ff. zu § 111). Die Schwelle der Anzeigepflicht liegt für Betriebe mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern bei zu entlassenden 25 Arbeitnehmern. Unstreitig beschäftigte die Beklagte vor der streitigen Kündigungswelle ca. 410 Mitarbeiter, von denen sie ausweislich der Namensliste 165 Mitarbeiter kündigte. Es lag daher schon aufgrund des geplanten Personalabbaus eine Betriebsänderung im Sinne von § 111 BetrVG vor.

**b)** Der Interessenausgleich vom 28.01.2019 ist für diese Betriebsänderung wirksam vereinbart worden.

aa) Unstreitig haben die Betriebsparteien am 28.01.2019 den als Anlage B 1 vorgelegten Interessenausgleich mit Namensliste schriftlich (§ 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG) abgeschlossen. Den Interessenausgleich haben zwei Geschäftsführer der Beklagten sowie der Betriebsratsvorsitzende und die stellvertretende Betriebsratsvorsitzende unterzeichnet, wie aus der Anlage B 1 hervorgeht.

bb) Die Geschäftsführer der Beklagten durften den Interessenausgleich unterschreiben. Die Beklagte befand sich zum Zeitpunkt des Abschlusses des Interessenausgleichs zwar in der Insolvenz. Denn das Amtsgericht hatte am 28.01.2019 um 14:30 Uhr das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Beklagten eröffnet. Das Protokoll zur Niederschrift des Interessenausgleichs (Anlage B4) belegt, dass die Betriebsparteien den Interessenausgleich am 28.01.2019 um 16:00 Uhr, also nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, unterschrieben haben. Da aber Eigenverwaltung angeordnet war, durfte die Beklagte den Interessenausgleich abschließen. Einer Zustimmung des Sachwalters bedurfte es nicht.

cc) Mit der Unterschrift des Betriebsratsvorsitzenden hat der Betriebsrat dem Interessenausgleich wirksam zugestimmt. Der Betriebsratsvorsitzende hat bei Unterzeichnung des Interessenausgleichs im Rahmen eines vom Betriebsrat wirksam gefassten Beschluss gehandelt, § 26 Abs. 2 Satz 1 BetrVG. Die Beklagte hat das Protokoll der Betriebsratssitzung vom 28.01.2019 vorgelegt, aus dem sich ergibt, dass der Betriebsrat mit der notwendigen Mehrheit den Beschluss zur Unterzeichnung des Interessenausgleichs gefasst hat.

(1) Der dem Abschluss des Interessenausgleichs zugrundeliegende Betriebsratsbeschluss ist wirksam zustande gekommen. Unstreitig tagte der Betriebsrat am 28.01.2019 um 13:00 Uhr. Unstreitig ist zudem, dass der Betriebsrat in dieser Sitzung mit sieben Ja-Stimmen bei zwei Enthaltungen beschloss, den ausgehandelten Interessenausgleich abzuschließen und zugleich den Betriebsratsvorsitzenden und dessen Stellvertreterin (jeweils jeder einzeln) zu ermächtigen, den Interessenausgleich zu unterschreiben. Dies ergibt sich im Übrigen aus der Sitzungsniederschrift vom 28.01.2019, die die Beklagte zur Akte gereicht hat. Der Sitzungsniederschrift kommt ein hoher Beweiswert zu, der bei der nach § 286 Abs. 1 ZPO gebotenen Würdigung der Beschlussfassung des Betriebsrats zu berücksichtigen ist. Eine Aufklärung über den Verlauf der Betriebsratssitzung und die Beschlussfassung ist daher regelmäßig entbehrlich, wenn der Betriebsrat ein den Anforderungen des § 34 BetrVG genügendes Protokoll der Betriebsratssitzung vorlegt, aus dem die vom Arbeitgeber bestrittene Beschlussfassung ersichtlich ist (BAG, Beschl. v. 22.11.2017 - 7 ABR 46/16 -, Rn. 21, juris).

Mit neun anwesenden Mitgliedern war der Betriebsrat beschlussfähig, § 33 Abs. 2 BetrVG. Der Beschluss wurde auch mit der Mehrheit der anwesenden Mitglieder gefasst, § 33 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Damit schlossen der Betriebsratsvorsitzende und seine Stellvertreterin mit der Beklagten um 16:00 Uhr des gleichen Tages den Interessenausgleich auf der Grundlage und im Rahmen eines zuvor gefassten Betriebsratsbeschlusses.

(2) Entgegen der Ansicht des Klägers ist der Betriebsratsbeschluss nicht unwirksam wegen fehlerhafter Ladung der Betriebsratsmitglieder zu der Sitzung am 28.01.2019. Insbesondere musste der Betriebsratsvorsitzende kein Ersatzmitglied laden.

(a) Nach § 29 Abs. 2 Satz 3 BetrVG hat der Vorsitzende die ordentlichen Mitglieder des Betriebsrats rechtzeitig unter Mitteilung der Tagesordnung zu laden. Das hat der Betriebsratsvorsitzende getan. Die Beklagte hat bereits erstinstanzlich mit Schriftsatz vom 18.07.2019 vorgetragen, dass alle regulären Betriebsratsmitglieder mit Schreiben vom 21.01.2019 (Anlage B13), welches auch die Tagesordnung enthielt, über Outlook und per E-Mail geladen wurden. Auf diesen Vortrag hat der Kläger weder im ersten noch im zweiten Rechtszug substantiiert erwidert. Er hat nicht angegeben, welches Betriebsratsmitglied nicht geladen worden ist bzw. keine Tagesordnung erhalten hat.

(b) Für die Betriebsratsmitglieder L. und Ö. mussten keine Ersatzmitglieder zur Sitzung am 28.01.2019 geladen werden.

(aa) Grundsätzlich hat der Betriebsratsvorsitzende bei Verhinderung eines Mitglieds das entsprechende Ersatzmitglied zu laden, § 29 Abs. 2 Satz 6 BetrVG. Sofern ein Ersatzmitglied im Falle der Verhinderung eines ordentlichen Mitglieds nicht geladen wird, ist der Betriebsrat ungeachtet seiner Beschlussfähigkeit an einer wirksamen Beschlussfassung gehindert (Fitting, BetrVG, 30. Aufl., Rn. 23 zu § 33 BetrVG). Die Ladung eines Ersatzmitglieds setzt jedoch voraus, dass das ordentliche Betriebsratsmitglied seine Verhinderung unter Angabe von Gründen dem Vorsitzenden unverzüglich mitteilt, § 29 Abs. 6 Satz 5 BetrVG, und ein Verhinderungsgrund i.S.v. § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG vorliegt.

(bb) Dieser Voraussetzungen lagen hier schon nach dem unstreitigen Tatbestand nicht vor. Weder für das erkrankte Betriebsratsmitglied L. noch für das Betriebsratsmitglied Ö., der zur Spätschicht ging, musste der Betriebsratsvorsitzende Ersatzmitglieder laden.

Die Beklagte hat bereits erstinstanzlich substantiiert vorgetragen, dass das Betriebsratsmitglied L. den Betrieb am 28.01.2019 um 12:14 Uhr krankheitsbedingt verließ, ohne dies dem Betriebsratsvorsitzenden mitzuteilen. Der Betriebsratsvorsitzende er-

fuhr von der Verhinderung dieses Betriebsratsmitglieds erst unmittelbar vor der Sitzung um 13:00 Uhr durch das Betriebsratsmitglied M.. Diesem substantiierten Vortrag der Beklagten ist der Kläger weder erstinstanzlich noch mit der Berufungsbeurteilung entgegengetreten. Daher gilt der Vortrag der Beklagten als zugestanden, § 138 Abs. 3 ZPO.

Wegen dieses äußerst kurzfristigen Ausfalls des ordentlichen Mitglieds war es dem Betriebsratsvorsitzenden gar nicht mehr möglich, ein Ersatzmitglied zu laden. Denn der Vorsitzende hätte zunächst klären müssen, welches Ersatzmitglied für das verhinderte Betriebsratsmitglied gemäß § 25 Abs. 2 BetrVG zu laden gewesen wäre, um diesen dann unter Mitteilung der Tagesordnung nachträglich zur anstehenden Sitzung einzuladen. Hierzu hatte er objektiv keine Zeit mehr, da die Sitzung unmittelbar nach Kenntniserlangung von der Verhinderung beginnen sollte. Zudem war der Betriebsrat mit neun anwesenden Mitgliedern beschluss- und damit handlungsfähig.

Das nicht zur Sitzung erschienene Betriebsratsmitglied Ö. war nicht verhindert im Sinne von § 25 Abs. 2 Satz 2 BetrVG. Für ihn durfte kein Ersatzmitglied gemäß §§ 29 Abs. 2 Satz 6, 25 Abs. 2 BetrVG geladen werden.

Nach § 25 Abs. 2 Satz 2 BetrVG ist nur für ein zeitweilig verhindertes Betriebsratsmitglied ein Ersatzmitglied zu laden. Ein Betriebsratsmitglied ist zeitweilig verhindert, wenn es aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen vorübergehend nicht in der Lage ist, sein Amt auszuüben (Fitting, BetrVG, 30. Aufl., Rn. 17 zu § 25 m.w.N.). Dagegen steht es dem Betriebsratsmitglied nicht zu, sich willkürlich nach freiem Ermessen vertreten zu lassen, etwa indem es sich weigert, an einer Betriebsratssitzung teilzunehmen, weil diese z.B. außerhalb seiner individuellen Arbeitszeit stattfindet oder es schlicht keine Lust hat. Das Betriebsratsmitglied kann nicht frei darüber entscheiden, ob es seiner Arbeit nachgeht oder an der Betriebsratssitzung teilnimmt. Die Erfüllung der Betriebsratsaufgaben hat grundsätzlich Vorrang gegenüber derjenigen aus dem Arbeitsvertrag. Dies ergibt sich bereits aus § 37 Abs. 2 BetrVG. Sofern ein Betriebsratsmitglied ohne triftigen Verhinderungsgrund der Betriebsratssitzung fernbleibt, darf deshalb kein Ersatzmitglied geladen werden (LAG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 01.11. 2012 - 5 TaBV 13/12 -, Rn. 42, juris; Fitting, BetrVG, 30. Aufl, Rn. 23 zu § 25).

Danach durfte der Betriebsratsvorsitzende die Absage des Betriebsratsmitglieds Ö. nicht zum Anlass nehmen, ein Ersatzmitglied zu laden. Die Beklagte hat bereits erstinstanzlich vorgetragen, dass das Betriebsratsmitglied Ö. zwar im Betrieb anwesend gewesen sei, aber kurz vor Sitzungsbeginn dem Betriebsratsvorsitzenden mitgeteilt habe, dass er nicht zur Sitzung erscheine, weil er Spätschicht habe und sich deshalb zeitlich nicht zur Sitzungsteilnahme in der Lage gesehen habe. Diesen substantiierten Vortrag hat der Kläger weder erstinstanzlich noch mit der Berufungsbegründung bestritten. Der Vortrag gilt daher als zugestanden, § 138 Abs. 3 ZPO. Das bedeutet, dass das Betriebsratsmitglied Ö. objektiv nicht verhindert war, an der Sitzung teilzunehmen. Ein Verhinderungsgrund im Sinne von §§ 29 Abs. 2 Satz 6, 25 Abs. 2 BetrVG bestand nicht. Die Einteilung zur Spätschicht hinderte Herrn Ö. nicht daran, an der Betriebsratssitzung teilzunehmen, da im Grundsatz davon auszugehen ist, dass erforderliche Betriebsratsarbeit, wie z.B. die Teilnahme an den Betriebsratssitzungen, der Wahrnehmung von Arbeitsaufgaben vorgeht, § 37 Abs. 2 BetrVG. Einen triftigen Grund für seine Abwesenheit hat das Betriebsratsmitglieds Ö. nicht mitgeteilt.

(3) Unabhängig davon ist die Ordnungsgemäßheit des Betriebsratsbeschlusses auch zu vermuten. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der die Berufungskammer folgt, spricht für die Wirksamkeit des Betriebsratsbeschlusses bereits eine gesetzliche Vermutung, § 292 ZPO.

(a) Zwar sind Erklärungen des Betriebsratsvorsitzenden, die nicht von einem entsprechenden (wirksamen) Beschluss Betriebsrats gedeckt sind, unwirksam. Der Betriebsratsvorsitzende vertritt den Betriebsrat nach § 26 Abs. 2 Satz 1 BetrVG nur im Rahmen der von ihm gefassten Beschlüsse. Er ist nicht Vertreter im Willen, sondern Vertreter in der Erklärung. Gibt der Betriebsratsvorsitzende für den Betriebsrat aber eine Erklärung ab, spricht eine - allerdings jederzeit widerlegbare - Vermutung dafür, dass der Betriebsrat einen entsprechenden Beschluss gefasst hat. Die Darlegungs- und Beweispflicht liegt also bei demjenigen, der ein unbefugtes Handeln des Betriebsratsvorsitzenden geltend macht, § 292 ZPO (BAG, Urt. v. 21.02.2002 - 2 AZR 581/00 -, Rn.51, juris; BAG, Urt. v. 24.02.2000 - 8 AZR 180/99 -, Rn. 55, juris; LAG Niedersachsen, Urt. v. 26.09.2019 – 7 Sa 337/18 -, Rn. 86, juris; LAG Hessen Urt. v. 18.03.2011 - 10 Sa 1561/10 -, Rn. 45, juris; LAG Hamm, Urt. v. 15.03.2006 - 2 Sa 73/06 -, Rn. 49, juris;



LAG Brandenburg, Urt. v. 10.11.2005 – 9 Sa 331/05 -, Rn. 42, juris; Fitting, BetrVG, a.a.O., § 26, Rn. 31). Grundlage dieser gesetzlichen Vermutung ist die Regelung in § 26 Abs. 2 S. 1 BetrVG, wonach der Betriebsratsvorsitzende den Betriebsrat im Rahmen der von diesem gefassten Beschlüsse vertritt (BAG, Urt. v. 19.3.2003 - 7 ABR 15/02 -, Rn. 12, juris; offengelassen von BAG, Urt. v. 09.12.2014 - 1 ABR 19/13 -, Rn. 17, juris).

(b) Der Kläger hat diese Vermutungswirkung nicht zu widerlegen vermocht. Er hat letztlich nicht mehr geltend gemacht, als dass die Beschlussfassung möglicherweise unwirksam war. Allein die Möglichkeit, dass der Betriebsratsbeschluss vom 28.01.2019 unwirksam sein könnte, reicht zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung aber nicht aus. Selbst die Erschütterung einer gesetzlichen Vermutung durch Beweis ihrer möglichen Unrichtigkeit genügt zur Widerlegung nicht (Zöller, ZPO, 33. Aufl., § 292, Rn. 2).

Der Kläger spekuliert letztlich nur, dass zu der fraglichen Betriebsratssitzung nicht ordnungsgemäß geladen wurde.

Er hat erstinstanzlich und auch zweitinstanzlich gerügt, dass an der Betriebsratssitzung vom 28.01.2019 nicht elf sondern nur neun Betriebsratsmitglieder teilgenommen haben. Daraus und weil keine Ersatzmitglieder geladen worden waren, hat er geschlossen, dass die Ladung fehlerhaft gewesen sei. Damit kann er die gesetzliche Vermutung nicht widerlegen. Auch wenn der Kläger nicht wusste, warum die beiden Betriebsratsmitglieder fehlten und den diesbezüglichen Vortrag der Beklagten in diesem Rechtsstreit bestritten hätte, lässt allein das Fehlen dieser Mitglieder nicht auf eine fehlerhafte Ladung zur Betriebsratssitzung schließen. Das Fehlen eines oder mehrerer Mitglieder bedeutet nicht zwangsläufig, dass Ersatzmitglieder zu laden gewesen wären. Das zeigt der vorliegende Fall anschaulich. Ein Ersatzmitglied darf nur dann geladen werden, wenn das ordentliche Betriebsratsmitglied seine Verhinderung unter Angabe der Gründe dem Vorsitzenden unverzüglich und rechtzeitig mitteilt und zudem ein anerkannter Verhinderungsgrund vorliegt, § 29 Abs. 2 Satz 5 BetrVG. Das Gleiche gilt, wenn der Betriebsratsvorsitzende die Verhinderung eines regulären Mitglieds kennt oder hätte kennen müssen, z.B. weil das Mitglied seit längerer Zeit krank

ist und aus diesen Gründen nicht zur Sitzung kommen kann. Der darlegungspflichtige Kläger hat indessen keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich die Pflicht zur Ladung eines oder zweier Ersatzmitglieder ergeben hätte. Die reine Mutmaßung, dass der Betriebsratsvorsitzende Ersatzmitglieder hätte laden müssen, widerlegt nicht die gesetzliche Vermutungswirkung des § 26 Abs. 2 Satz 1 BetrVG. Dies gilt insbesondere angesichts des substantiierten Vortrags der Beklagten zu der sehr kurzfristigen Absage der beiden Betriebsratsmitglieder L. und Ö. sowie deren mitgeteilte Verhinderungsgründe.

Auch der zeitliche Ablauf der Ereignisse am 28.01.2019 (13:00 Uhr Betriebsratssitzung, 16:00 Uhr Abschluss des Interessenausgleichs) widerlegt nicht die gesetzliche Vermutung, dass der Betriebsratsvorsitzende sich bei Abgabe von Willenserklärungen im Rahmen der vom Betriebsrat wirksam gefassten Beschlüsse gehalten hat. Insbesondere belegt dieser Umstand nicht, dass der Betriebsratsvorsitzende für die abwesenden Mitglieder Ersatzmitglieder hätte laden müssen. Die enge zeitliche Folge spricht vielmehr dafür, dass die Betriebsparteien im Rahmen ihrer zahlreichen Verhandlungen über den Interessenausgleich die Abläufe vom 28.01.2019 (Beschluss des Betriebsrats, Eröffnung des Insolvenzverfahrens, Abschluss des Interessenausgleichs) auch in zeitlicher Hinsicht genau geplant hatten. Denn die Betriebsparteien wussten, wann das Insolvenzverfahren eröffnet werden sollte. Dies ergibt sich schon aus der Vereinbarung der Betriebsparteien vom 09.01.2019. Zudem war den Mitarbeitern bereits vor dem 28.01.2019 der Wechsel in die Transfergesellschaft zum 01.02.2019 angeboten worden. Für den Abschluss des Interessenausgleichs und Sozialplans verblieben somit nur wenige Tage.

Nur der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, sich vor Abschluss des Interessenausgleichs beim Betriebsrat danach zu erkundigen, ob dessen Zustimmung zu einem Interessenausgleich auf einer ordnungsgemäßen Beschlussfassung beruht (LAG Hamm, Urt. v. 04.12.2013 - 4 Sa 530/13 -, Rn. 54, juris).

**c)** Der Interessenausgleich enthielt eine Namensliste, in der die zu kündigenden Mitarbeiter namentlich benannt waren. Diese Namensliste war als Anlage 2 dem Interessenausgleich beigelegt und mit dem Interessenausgleich fest verbunden (Heftklammer).

**3.** Der Kläger hat die danach bestehende gesetzliche Vermutung des § 125 Abs. 1 Nr. 1 InsO, dass die streitgegenständliche Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, nicht widerlegt. Es wird vermutet, dass im Bereich der Querschneiderführer statt bisher 21 nur noch 7 Arbeitnehmer benötigt werden. Die Kündigung ist damit gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial gerechtfertigt. Die gesetzliche Vermutungswirkung ist auch nicht infolge einer nachträgliche Änderung der Sach- und Rechtslage i.S.v. § 125 Abs. 1 Satz 2 InsO entfallen.

**a)** Für das Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse spricht die gesetzliche Vermutung des § 125 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Der Interessenausgleich mit Namensliste ist rechtswirksam abgeschlossen worden. Der Kläger ist in der Anlage 2 (Namensliste) namentlich aufgeführt unter der laufenden Nummer ...4.

Diese gesetzliche Vermutung hat der Kläger in der Berufungsinstanz mit den wenig konkreten Behauptungen angegriffen, das Geschäft laufe gut, Papiervorräte seien vorhanden und die Maschinen arbeiteten ständig. Damit kann er die dem streitbefangenen Personalabbau zugrunde liegenden dringenden betrieblichen Erfordernisse nicht in Frage stellen. Denn Sinn und Zweck der Restrukturierung und des Personalabbaus war es gerade, den Betrieb mit lediglich einem Teil der bisherigen Belegschaft erfolgreich fortzuführen. Daran ändert auch die vom Kläger behauptete gute Auftragslage nichts, zumal überhaupt nicht erkennbar ist, dass die Auftragslage eine Fortführung des Betriebs in unveränderter Form erlaubt hätte. Davon scheint der Kläger selbst nicht überzeugt zu sein, denn er macht weiter geltend, die Sanierung hätte mit Änderungskündigungen herbeigeführt werden können. Das spricht zumindest dafür, dass es einen Sanierungsbedarf gegeben hat. Wie der Personalüberhang von 165 Mitarbeitern aber allein durch den Ausspruch von Änderungskündigungen abzubauen gewesen wäre, ohne dass die Betriebsfortführung unmöglich wird, lässt der Kläger offen.

Den Einsatz von Leiharbeitnehmern für die bisher von ihm wahrgenommenen Aufgaben hat der Kläger nicht substantiiert dargelegt. Der – unstreitige – Einsatz von Fremdpersonal der Fa. P. bzw. P. Service belegt nicht die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern anstelle der bislang beschäftigten regulären Arbeitskräfte. Zur Ausübung eines Direktionsrechts durch die Beklagte gegenüber dem Fremdpersonal trägt der Kläger nichts vor. Die Beklagte hat auch – unwidersprochen – vorgetragen, dass diese Mitarbeiter im Rahmen einer Outsourcing-Maßnahme bereits seit den 2000er-Jahren bei ihr beschäftigt werden. Ob die Beklagte Arbeiten durch Werkunternehmer oder eigene Arbeitnehmer erledigen lässt, unterliegt allein ihrer eigenen Entscheidung und ist gerichtlich nicht überprüfbar.

**b)** Der Kläger hat auch nicht substantiiert dargelegt, dass sich die Sachlage nach dem Zustandekommen des Interessenausgleichs nach § 125 Abs. 1 Satz 2 InsO wesentlich geändert hat. Nach dieser Vorschrift gilt Satz 1 und damit die Vermutungswirkung für das Vorliegen dringender betriebsbedingter Gründe nicht, soweit sich die Sachlage nach Zustandekommen des Interessenausgleichs wesentlich geändert hat. Insbesondere hat der Kläger nicht behauptet, dass die PM2 und damit die gesamte Produktionslinie weiter zu Produktionszwecken betrieben wird. Allein der Umstand, dass diese Maschine einmal pro Woche hochgefahren wird, widerlegt nicht deren dauerhafte Stilllegung. Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die PM2 weiterhin zur Papierproduktion eingesetzt wird. Dem Vortrag der Beklagten, die Inbetriebnahme erfolge im Zuge erforderlicher Wartungsmaßnahmen, um die Maschine verkaufsfähig zu halten, ist der Kläger nicht entgegengetreten.

**II.** Die Kündigung ist nicht wegen fehlerhafter Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG unwirksam. Der Kläger rügt zu Unrecht, seine Betriebszugehörigkeit und sein Alter seien nicht ausreichend berücksichtigt worden.

**1.** Der Kläger hat nicht darzulegen vermocht, dass die getroffene Sozialauswahl gemäß § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO grob fehlerhaft war. Nach dieser Vorschrift kann die Sozialauswahl nur im Hinblick auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter sowie die Unterhaltspflichten überprüft werden. Die gerichtliche Überprüfung ist auf grobe Fehlerhaftigkeit beschränkt. Die Sozialauswahl ist grob fehlerhaft,

wenn ein evidenter, ins Auge springender schwerer Fehler vorliegt und der Interessenausgleich jede soziale Ausgewogenheit vermissen lässt (BAG, Urt. v. 17.11.2005 – 6 AZR 107/05 - NZA 2006, 661). Eine grob fehlerhafte Sozialauswahl kann sich auch daraus ergeben, dass der auswahlrelevante Personenkreis evident verkannt wurde. Dabei muss sich die getroffene Auswahl gerade mit Blick auf den klagenden Arbeitnehmer als grob fehlerhaft erweisen. Nicht entscheidend ist, ob das gewählte Auswahlverfahren als solches zu Beanstandungen Anlass gibt. Denn ein mangelhaftes Auswahlverfahren kann zu einem richtigen, nicht grob fehlerhaften, Auswahlresultat führen. Dem entspricht es, dass der Arbeitnehmer mit der Kündigungsschutzklage, jedenfalls, wenn er ausreichend unterrichtet worden ist (§ 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 KSchG), die soziale Auswahl konkret rügen, d.h. geltend machen muss, ein bestimmter, mit ihm vergleichbarer Arbeitnehmer sei weniger sozial schutzwürdig, so dass diesem habe gekündigt werden müssen (BAG, Urt. v. 27.9.2012 – 2 AZR 516/11 – juris, Rn. 45).

Es ist das Wesen der Sozialauswahl, dass sie innerhalb der Vergleichsgruppen zu erfolgen hat. Im Insolvenzverfahren kann bei Vorliegen eines Interessenausgleichs gemäß § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO die Sozialauswahl grob fehlerhaft sein, 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. Sprechen dagegen gut nachvollziehbare und ersichtlich nicht auf Missbrauch zielende Überlegungen für die - ggf. fehlerhaft - getroffene Eingrenzung des auswahlrelevanten Personenkreises, ist die Grenze der groben Fehlerhaftigkeit nicht überschritten. Hinsichtlich der Einschätzung der tatsächlichen Verhältnisse ist den Betriebspartnern durch § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO ein weiter Beurteilungsspielraum eingeräumt; auch insoweit ist die Sozialauswahl nur auf grobe Fehlerhaftigkeit zu überprüfen (BAG, Urt. v. 19.12.2016 – 6 AZR 790/12 –, Rn. 46, juris). Es ist regelmäßig nicht zu beanstanden, wenn Arbeitnehmer, die einer anderen tariflichen Lohngruppe zugeordnet sind, als nicht vergleichbar angesehen werden (LAG Berlin, Urt. v. 07.11.2003 – 6 Sa 1391/03 -).

2. In Anwendung dieser Grundsätze erweist sich die getroffene Sozialauswahl nicht als grob fehlerhaft. Der darlegungspflichtige Kläger hat in beiden Rechtszügen keine zur Feststellung grober Fehlerhaftigkeit notwendigen Tatsachen vorgetragen.

In Bezug auf den weiterbeschäftigten Querschneider-Führer H. verkennt der Kläger, dass sich dieser Kollege in einer anderen Vergleichsgruppe befindet, nämlich in der Altersgruppe 41 – 50, während der Kläger zur Altersgruppe 51 – 60 gehört.

Mit den von ihm benannten Querscheidegehilfen (D., G., G. und K.) ist der Kläger schon deshalb nicht vergleichbar, weil diese nicht auf derselben Hierarchieebene wie der Kläger tätig sind. Ihre Funktion ist, verglichen mit der des Querschneiderführers, geringerwertig. Der Gehilfe ist unterstützend tätig, während der Maschinenführer den Querschneider führt. Die fehlende Vergleichbarkeit zeigt sich auch in der Zuordnung der Tätigkeiten zu unterschiedlichen Tarifgruppen. Die Gehilfen werden nach der Tarifgruppe IV vergütet, der Kläger nach der Tarifgruppe VI.

Der Kläger kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, er sei nicht nur mit den Querschneider-Führern vergleichbar, sondern aufgrund seiner durch langjährige Beschäftigung erworbenen Qualifikationen auch mit den an allen anderen Maschinen (Rollenfahrer, Mustermacherei/Weiss-Absetzen/KS-Master, Palettenpackstrasse, Einriessmaschine) beschäftigten Mitarbeitern. Er verkennt, dass der Prüfungsmaßstab der groben Fehlerhaftigkeit sich auch auf die Bildung von Vergleichsgruppen bezieht. Es ist zumindest nicht grob fehlerhaft, die Vergleichsgruppe nach der zuletzt ausgeübten Tätigkeit festzulegen, wenn hierdurch eine Einarbeitungszeit auf einem anderen Arbeitsplatz vermieden werden soll. Bei der Beurteilung dieser Umstände steht den Betriebsparteien gemäß § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO ein weiter Beurteilungsspielraum zu (BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 790/12 -, Rn. 22, juris). Hinzu kommt, dass der Kläger teilweise (Mustermacherei/Weiss-Absetzen) auf Tätigkeiten einer niedrigeren Lohngruppe verweist (Tarifgruppe IV), was der Vergleichbarkeit mit den dort beschäftigten Mitarbeitern ebenfalls entgegensteht.

Auf andere Arbeitnehmer, die seiner Auffassung evident weniger sozial schutzwürdig sind als er, hat sich der Kläger in der Berufung nicht berufen. Dementsprechend ist die Kündigung nicht wegen grob fehlerhafter Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG i.V.m. § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO unwirksam.

**III.** Die Kündigung ist nicht wegen mangelhafter Betriebsratsanhörung gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Mit der Berufungsbegründung rügt der Kläger dies auch nicht mehr. Im Übrigen waren dem Betriebsrat die Kündigungsgründe vor Ausspruch der Kündigung durch die Verhandlung und den Abschluss des Interessenausgleichs bekannt. In Ziff. 2 des Interessenausgleichs sind sowohl die Stilllegung der PM 2 als auch die Kündigung von 165 Arbeitnehmern, die in der Anlage 2 aufgelistet sind, aufgeführt. In Ziff. 5.2 des Interessenausgleichs hat der Betriebsrat ausdrücklich bestätigt, dass ihm im Rahmen der Verhandlungen vor Abschluss des Interessenausgleichs die notwendigen Informationen zu den sozialen Daten am 09.01.2019 mitgeteilt und von ihm geprüft worden sind. Der Inhalt der dem Betriebsrat übermittelten Daten ergibt sich für den Bereich des Klägers zudem aus der Anlage B5, in der die nach § 125 Abs. 1 Nr. 2 InsO maßgeblichen Sozialdaten aufgeführt sind. Damit waren alle dem Betriebsrat nach § 102 Abs.1 BetrVG mitzuteilenden Umstände dem Betriebsrat bekannt.

Nach Zugang der Stellungnahme des Betriebsrats durfte die Kündigung ausgesprochen werden, da der Betriebsrat ausdrücklich erklärt hatte, er betrachte das Anhörungsverfahren als abgeschlossen.

**IV.** Die Kündigung ist schließlich nicht unter Verstoß gegen § 17 Abs. 3 KSchG erklärt worden. Dies rügt der Kläger im Berufungsverfahren auch nicht mehr. Zudem hat die Beklagte bereits erstinstanzlich die Bestätigung der Bundesagentur für Arbeit zur Akte gereicht. Danach ist die Massenentlassungsanzeige vollständig am 28.01.2019 bei der Agentur für Arbeit eingegangen und damit unstrittig vor Zugang der Kündigung (30.01.2019).

**V.** Der Kläger trägt die Kosten seiner erfolglosen Berufung, § 97 ZPO i.V.m. § 64 Abs. 6 ArbGG.

Zur Zulassung der Revision bestand kein Anlass, § 72 Abs. 2 ArbGG.