

Bundesarbeitsgericht
Achter Senat

Urteil vom 21. Mai 2015
- 8 AZR 409/13 -
ECLI:DE:BAG:2015:210515.U.8AZR409.13.0

I. Arbeitsgericht
Reutlingen

Urteil vom 20. März 2012
- 4 Ca 33/11 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Urteil vom 17. Januar 2013
- 21 Sa 55/12 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Betriebsstilllegung - Übertragung von Personal auf ein Schwesterunternehmen - Sozialauswahl - Betriebsübergang

Bestimmungen:

KSchG § 1 Abs. 2 und Abs. 3; BGB § 613a

Hinweis des Senats:

Teilweise Parallelentscheidung zu - 8 AZR 618/13 -

BUNDEARBEITSGERICHT



8 AZR 409/13
21 Sa 55/12
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. Mai 2015

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

1.

Beklagte zu 1., Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte zu 1. und
Revisionsbeklagte zu 1.,

2.

Beklagte zu 2., Berufungsbeklagte zu 2. und Revisionsbeklagte zu 2.,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. Mai 2015 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Breinlinger, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter sowie die ehrenamtlichen Richter Burr und Dr. Bloesinger für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 17. Januar 2013 - 21 Sa 55/12 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der von der Beklagten zu 1. erklärten ordentlichen Kündigungen sowie um die Frage, ob das Arbeitsverhältnis der Klägerin auf die Beklagte zu 2. übergegangen ist. 1

Die 1970 geborene, verheiratete und einem Kind unterhaltsverpflichtete Klägerin war bei der Beklagten zu 1. seit 1990 als Speditionskauffrau, zuletzt in der Sachbearbeitung für Großkunden im Sammelguteingang, beschäftigt. Ihr letztes Bruttomonatsgehalt betrug 2.881,66 Euro. 2

Die Beklagte zu 1. betreibt ein Unternehmen des Speditions- und Transportgewerbes und ist Teil der „B-Gruppe“. Ihr Hauptsitz war R, daneben unterhielt sie Standorte in M, P und W. Die Beklagte zu 1. beschäftigte zuletzt regelmäßig 280 Mitarbeiter. Ein Betriebsrat war für ihren Betrieb in R, dem auch die Klägerin angehörte, nicht gebildet. 3

Bis 30. September 2010 unterhielt die Beklagte zu 1. folgende sog. „Geschäftsbereiche“: 4

- „Ladungsverkehre“, worunter Komplettladungen für nur einen Kunden zu verstehen sind. Diesen Geschäftsbereich unterteilte die Beklagte zu 1. in „Ladungsverkehre R“ und „Ladungsverkehre M“.
- „Gebietsspedition/Nahversorgung und Werksversorgung“, worunter die Beklagte zu 1. die Abholung von Materialien von Lieferanten für einen Produktionsbetrieb bei Umschlag an einem Konsolidierungspunkt versteht.
- „Spezialverkehre“, dh. der Verkehr mit Silofahrzeugen, Tankfahrzeugen und Kipperfahrzeugen.
- „Nationale Stückgutverkehre/Systemverkehre“, worunter eine besondere Art des Stückguttransports zusammengefasst wurde, bei dem von unterschiedlichen Mitgliedern eines „Zusammenschlusses Systemverkehre“ verschiedenartige Güter zu abgesprochenen Konsolidierungspunkten verbracht und von dort wieder verteilt wurden.
- „Hafenverkehre“, dh. die Verschiffung von Waren ab Hafen P. Hier beschäftigte die Beklagte zu 1. keine Kraftfahrer.

Die Geschäftsbereiche bildeten jeweils ein „Profitcenter“ mit eigener Kostenstelle. Jedem Geschäftsbereich waren ein oder mehrere Disponenten zur Planung der Verkehre zugewiesen. 5

Den Geschäftsbereich „Nationale Stückgutverkehre“ stellte die Beklagte zu 1. zum 30. September 2010 ein. 6

Am 4. November 2010 veräußerte die Beklagte zu 1. durch Outsourcing- und Kaufvertrag zahlreiche Aktiva des Geschäftsbereichs „Gebietsspedition, Nahverkehrsversorgung und Werksversorgung“ an die L GmbH (L). Verkauft wurden Anlagevermögen und Kundenverträge, jedoch keine Fahrzeuge. Die Beklagte zu 1. und L gingen im Vertrag davon aus, dass es sich um einen Betriebsteilübergang iSd. § 613a BGB handele. In einer Anlage zum Kaufvertrag wurden diejenigen Arbeitnehmer benannt, die dem Speditionsbereich dieses Geschäftsbereichs zugeordnet gewesen sein sollen, wobei die L erklärte, in 7

diese Arbeitsverhältnisse eintreten zu wollen. Sodann schlossen die Beklagte zu 1. und L mit Wirkung ab 1. Dezember 2010 einen Rahmenvertrag über die Erbringung von Frachtführerleistungen durch die Beklagte zu 1. Dieses Vertragsmodell ging also von einer Trennung der von L erworbenen Speditionsleistungen und der von der Beklagten zu 1. im Auftrag durchgeführten Frachtführerleistungen aus.

Am 6. Dezember 2010 fand eine Gesellschafterversammlung der Beklagten zu 1. statt. Gesellschafterin der Beklagten zu 1. ist die B Holding GmbH & Co. KG. Komplementärin dieser Gesellschaft ist die B Holding GmbH, die vertreten wird durch den Geschäftsführer Bö. Ausweislich des vorgelegten Protokolls hat die Gesellschafterversammlung beschlossen:

„Die Gesellschafterversammlung beschließt die Stilllegung und Beendigung des Geschäftsbetriebes der B I GmbH zum 31. Dezember 2010 an sämtlichen Standorten.

Soweit bis zur Beendigung noch bestehender Kundenverträge eine Abwicklung über den 31.12.2010 hinaus notwendig sein sollte, ist dem im Rahmen der Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung Rechnung zu tragen.

Die Geschäftsführung wird mit der Durchführung aller hierzu erforderlichen Maßnahmen beauftragt. Dies umfasst insbesondere die vorzeitige Beendigung von Kundenverträgen zu vertretbaren wirtschaftlichen Konditionen sowie die Beendigung der Arbeitsverhältnisse mit allen Mitarbeitern.“

Daraufhin hoben die Beklagte zu 1. und L am 10. Dezember 2010 ihren gerade geschlossenen Rahmenvertrag über die Erbringung von Frachtführerleistungen zum 31. Dezember 2010 wieder auf. Die L übertrug nunmehr ihre Frachtführerleistungen mit Wirkung ab 1. Januar 2011 auf die ebenfalls der B-Gruppe zugehörige Beklagte zu 2.

Im Geschäftsbereich „Spezialverkehre“ hob die Beklagte zu 1. ihre bestehenden Verträge zur Erbringung von Speditions- und Frachtführerleistungen mit der „I GmbH & Co. KG“ sowie der „D GmbH“ zum 31. Dezember 2010 auf. Auch die „Spezialverkehre“ sollten ab dem 1. Januar 2011 durch die Beklagte zu 2. durchgeführt werden. Dazu bot die Beklagte zu 1. der Beklagten zu 2. am

13. Dezember 2010 eine „Übernahmevereinbarung“ an, die die Beklagte zu 2. am 28. Dezember 2010 annahm. Diese lautet ua. wie folgt:

„1. Vorbemerkungen

- (1) B ist ein Unternehmen der Speditions- und Transportbranche und auf nationale sowie internationale Verkehre spezialisiert. Mit Gesellschafterbeschluss vom 6.12.2010 wurde die Betriebsstilllegung von B beschlossen, woraufhin mit den größten Kunden für Transporte im Bereich ‚Gebietsspedition, Nahverkehrsversorgung und Werksversorgung‘ sowie ‚Spezialverkehre‘ Aufhebungsvereinbarungen über die Einstellung der Transporte zum 31.12.2010 abgeschlossen wurde.
- (2) M wird die vorgenannten Transporte des Geschäftsbereichs ‚Gebietsspedition, Nahverkehrsversorgung und Werksversorgung‘ sowie ‚Spezialverkehre‘ ab dem 1.1.2011 durchführen. Um die hierfür erforderliche Transportkapazität bereitstellen zu können, mietet M von B, bzw. dem jeweiligen Eigentümer die bislang im Geschäftsbereich ‚Gebietsspedition, Nahverkehrsversorgung und Werksversorgung‘ eingesetzten LKW und Zugmaschinen und übernimmt das diesem Bereich zugeordnete Fahr- und Dispositionspersonal.

...

3. Arbeitnehmer

- (1) Die Parteien gehen davon aus, dass es sich bei dem in diesem Vertrag geregelten Sachverhalt um die Übertragung von Betriebsteilen gemäß § 613a Absatz (1) S. 1 BGB handelt. Die Käuferin tritt daher mit Wirkung zum 01.01.2011 gemäß § 613a BGB in alle Rechte und Pflichten aus den am 01.01.2011 bestehenden Arbeitsverhältnissen mit Arbeitnehmern, die dem Geschäftsbereich ‚Gebietsspedition, Nahverkehrsversorgung und Werksversorgung‘ zuzuordnen sind, ein. Diejenigen Arbeitnehmer, die diesem Geschäftsbereich zuzuordnen sind, sind in **Anlage 4** aufgeführt.“

Nach einem der Übernahmevereinbarung beigelegten Rahmenmietvertrag sollte die Beklagte zu 1. laufend Krafffahrzeuge, insbesondere Zugmaschinen, Sattelaufleger, Anhänger, Pkw und Lastkraftwagen an die Beklagte zu 2. vermieten. Dabei solle sich der Bestand an vermieteten Fahrzeugen von Monat

11

zu Monat ändern können. In der Anlage 4 war die Klägerin unter den diesem Geschäftsbereich zuzuordnenden Arbeitnehmern nicht aufgeführt.

Der Bereich „Hafenverkehre“ wurde mit Vertrag vom 15. Dezember 2010 zum 24. Dezember 2010 an die I GmbH & Co. KG veräußert. 12

Mit Schreiben vom 17. Dezember 2010 teilte die Beklagte zu 1. der Klägerin mit, dass sie seit dem 1. Dezember 2010 dem Bereich „Ladungsverkehre“ angehöre. Auch die anderen Mitarbeiter der Beklagten zu 1. erhielten ein solches Schreiben, mit dem ihnen ihre Zuordnung zu den Geschäftsbereichen mitgeteilt wurde. 13

Die Beklagte zu 1. zeigte am 20. Dezember 2010 gegenüber der Agentur für Arbeit R die Entlassung von 251 der insgesamt 280 Arbeitnehmer des Hauptbetriebs R an. Als Entlassungsgrund hat sie „Einstellung des operativen Geschäftsbetriebs“ angegeben. Die Agentur für Arbeit bestätigte den Eingang dieser Anzeige mit Schreiben vom 20. Dezember 2010. 14

Mit zwei fast inhaltsgleichen Kündigungsschreiben, die auf den 23. Dezember 2010 datiert wurden und welche der Klägerin am 27. Dezember 2010 zugingen, kündigte die Beklagte zu 1. das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin ordentlich zum 31. Juli 2011. Das eine Kündigungsschreiben wurde durch Einwurfeinschreiben, das zweite durch Einschreiben gegen Rückschein zugestellt. 15

Vergleichbare Kündigungsschreiben erhielten alle Mitarbeiter der Beklagten zu 1. Die in der Anlage 4 der Übernahmevereinbarung mit der Beklagten zu 2. aufgeführten Arbeitnehmer erhielten jedoch zusätzlich ein Unterrichtungsschreiben zum Betriebsübergang. Darin wurde ua. mitgeteilt, dass die Beklagte zu 2. unwiderruflich erkläre, aus der von der Beklagten zu 1. ausgesprochenen Kündigung nach dem Betriebsübergang keine Rechte herzuleiten und das Arbeitsverhältnis zu den bislang bestehenden Bedingungen so weiterzuführen, als ob die Kündigung nicht ausgesprochen worden sei. Die betroffenen Arbeitnehmer sollten eine beigefügte formularmäßige „Erklärung zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses“ unterschreiben, in der sie das Angebot zur Weiterfüh- 16

zung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu 2. annehmen und gleichzeitig auf das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB verzichten sollten.

Mit Schriftsatz vom 13. Januar 2011 erhob die Klägerin Kündigungsschutzklage. 17

Mit Schreiben vom 28. Juli 2011 kündigte die Beklagte zu 1. das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin nochmals ordentlich zum 29. Februar 2012. Auch diese Kündigung griff die Klägerin gerichtlich an. 18

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, eine vollständige Stilllegung zum 31. Dezember 2010 habe die Beklagte zu 1. nicht beschlossen. Bereits der Stilllegungsbeschluss der Gesellschafter vom 6. Dezember 2010 sei widersprüchlich. Im Schreiben vom 17. Dezember 2010 werde dann mitgeteilt, eine „Neuausrichtung“ der Tätigkeits- und Zuständigkeitsbereiche sei notwendig, ohne von einer Einstellung des Betriebs zu sprechen. Die Beklagte zu 1. habe auch nach Ende 2010 noch Frachtaufträge ausgeführt. Der Übergang von 143 Arbeitnehmern auf die Beklagte zu 2. sowie von 85 auf die L und der Rahmenmietvertrag mit der Beklagten zu 2. sprächen gegen eine vollständige Stilllegung. In Wahrheit habe es sich um einen Betriebs-, jedenfalls aber um einen Betriebsteilübergang auf die Beklagte zu 2. gehandelt. Daher sei ihr Arbeitsverhältnis zum 1. Januar 2011 auf die Beklagte zu 2. übergegangen. Die von der Beklagten zu 1. mitgeteilte „Zuordnung“ der Arbeitnehmer zu den verschiedenen Geschäftsbereichen sei teils zufällig, teils willkürlich erfolgt. Jedenfalls sei eine Sozialauswahl erforderlich gewesen, die nicht stattgefunden habe. Auch die Massenentlassungsanzeige sei fehlerhaft gewesen. 19

Soweit für die Revision von Bedeutung hat die Klägerin zuletzt beantragt, 20

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der Beklagten zu 1. nicht durch die per Einwurfschreiben zugewandene ordentliche Kündigung der Beklagten zu 1. vom 23. Dezember 2010 mit Wirkung zum 31. Juli 2011 beendet werde,

2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der Beklagten zu 1. nicht durch die per Einschreiben mit Rückschein zugewandene ordentliche Kündigung der Beklagten zu 1. vom 23. Dezember 2010 mit Wirkung zum 31. Juli 2011 beendet werde,
3. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der Beklagten zu 1. nicht durch die Kündigung der Beklagten zu 1. vom 28. Juli 2011 zum 29. Februar 2012 ende,
4. festzustellen, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2. seit 1. Januar 2011 ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis zu den Bedingungen des Arbeitsverhältnisses zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1. bestehe.

Die Beklagten haben die Abweisung der Klage beantragt. Zur Begründung hat die Beklagte zu 1. darauf verwiesen, unternehmerisch entschieden zu haben, selbst keine operativen Tätigkeiten mehr durchzuführen. Während sich nach dem Gesellschafterbeschluss vom 6. Dezember 2010 die Möglichkeit einer Übernahme des Geschäftsbereichs „Gebietsspedition“ durch die Beklagte zu 2. ergeben habe, sei es für den Restbetrieb bei der beschlossenen Stilllegung geblieben. Dem stehe nicht entgegen, dass die Beklagte zu 1. noch bis in den April 2011 hinein Aufträge zur Reduzierung von Leerfahrten angenommen habe. Diese Aktivitäten hätten in der Größenordnung von einem Prozent des bisherigen Umsatzes gelegen. Die Geschäftsbereiche seien durch die Bildung von Profitcentern mit eigenen Kostenstellen klar gegeneinander abgegrenzt gewesen. Im Falle von Unterbeauftragungen anderer Geschäftsbereiche sei eine Verrechnung zwischen den Kostenstellen erfolgt. Die Zuordnung der Arbeitnehmer zu den einzelnen Geschäftsbereichen sei daher nicht willkürlich erfolgt.

21

Sofern es sich im Falle des Geschäftsbereichs „Gebietsspedition“ nicht um einen Betriebs(teil-)übergang gehandelt habe, müsse von einer vollständigen Stilllegung des Betriebs der Beklagten zu 1. ausgegangen werden. Nach dem 30. April 2011 seien nur noch wenige Mitarbeiter mit Abwicklungsaufgaben betraut gewesen. Anfang Mai 2011 sei auch das letzte Fahrzeug des Standorts R zum Verkauf gestellt worden.

22

Das Arbeitsgericht hat die Kündigungen zum 31. Juli 2011 für unwirksam gehalten und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten zu 1. hat das Landesarbeitsgericht die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. 23

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung durfte die Klage nicht abgewiesen werden. 24

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Den gesamten Betrieb der Beklagten zu 1. könne die Beklagte zu 2. auch in Ansehung des Übernahmevertrages vom 13./28. Dezember 2010 nicht übernommen haben, da Gegenstand des Übernahmevertrages nicht die Geschäftsbereiche „Hafenverkehre“, „Systemverkehre“ und „Ladungsverkehre“ gewesen seien. Dem entspreche es, dass die Beklagte zu 2. lediglich 113 von 280 Mitarbeitern und 124 von 252 Lkw übernommen habe. Von einer Wahrung der wirtschaftlichen Einheit könne daher nicht gesprochen werden. Auch ein Betriebsteilübergang der Geschäftsbereiche „Gebietsspedition“ und „Spezialverkehre“ auf die Beklagte zu 2. liege nicht vor. Organisatorisch selbständige Einheiten stellten die von der Beklagten zu 1. geführten Geschäftsbereiche nicht dar. Der Geschäftszweck aller Geschäftsbereiche sei bei der Beklagten zu 1. die Erbringung von Fuhrdienstleistungen aller Art gewesen. Die Aufteilung in Profitcenter habe der Klärung von Kosten- und Ertragsstrukturen gedient. Dies sei für die Annahme abgrenzbarer Betriebsteile jedoch ohne Belang, zumal bei der Beklagten zu 1. jeder Fahrer grundsätzlich in der Lage gewesen sei, jedes Fahrzeug jedes Geschäftsbereichs ohne zusätzliches Anlernen zu beherrschen. In Ermangelung abgrenzbarer Betriebsteile scheidet daher auch ein Betriebsteilübergang aus. 25

Bei Ausspruch der Kündigung am 23. Dezember 2010 habe die ernst- 26
hafte Stilllegungsabsicht der Beklagten zu 1. noch bestanden. Diese werde
auch nicht dadurch widerlegt, dass nach Kündigungsausspruch noch einzelne
Aufträge zur besseren Auslastung bis zur endgültigen Stilllegung angenommen
worden seien.

B. Dem folgt der Senat im Ergebnis nicht. 27

I. Die Revision ist zulässig. Sie ist gemäß § 72 Abs. 1 ArbGG statthaft, 28
nachdem sie das Landesarbeitsgericht mit Urteil vom 17. Januar 2013 - 21 Sa
55/12 - zugelassen hat. Die Revision rügt die Verletzung materiellen Rechts
und genügt insoweit den Anforderungen des § 551 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a ZPO,
§ 72 Abs. 5 ArbGG.

II. Zu Recht ist das Landesarbeitsgericht von einer Zulässigkeit der Klage 29
ausgegangen. Bei den beiden Kündigungsschreiben der Beklagten zu 1. vom
23. Dezember 2010, die fast identisch formuliert sind und auf unterschiedlichen
Wegen zugestellt wurden, handelt es sich um eine Kündigung. Auch wenn die
Klägerin aus prozessualer Vorsicht beide Schreiben mit formal getrennten An-
trägen angegriffen hat, ist dies als einheitlicher Antrag gegen eine einheitliche
Kündigung der Beklagten zu 1. auszulegen (*vgl. BAG 22. Dezember 2009*
- 3 AZN 753/09 - Rn. 12, BAGE 133, 28; 6. September 2007 - 2 AZR 264/06 -
Rn. 38).

III. Die Revision ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehler- 30
haft angenommen, eine Sozialauswahl sei entbehrlich gewesen. Mangels hin-
reichender Feststellungen kann der Senat über die Wirksamkeit der Kündi-
gungsentscheidung der Beklagten zu 1. nicht selbst entscheiden.

1. Bei der Prüfung der Sozialwidrigkeit einer Kündigung (§ 1 Abs. 2 31
KSchG) durch das Landesarbeitsgericht handelt es sich um die Anwendung
eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur darauf zu
überprüfen ist, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat,
ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1

KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist (*st. Rspr., BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 693/10 - Rn. 35*). Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das Berufungsurteil nicht stand.

2. Zur Begründung der Kündigung beruft sich die Beklagte zu 1. darauf, diese sei in Verfolgung ihrer Absicht, den gesamten Betrieb stillzulegen, also aus dringenden betrieblichen Erfordernissen iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG erfolgt. Zutreffend hat das Berufungsgericht erkannt, dass der Behauptung einer beabsichtigten Stilllegung vorliegend weder ein Betriebs- noch ein Betriebsteilübergang entgegensteht. 32

a) Betriebsveräußerung und Betriebsstilllegung schließen sich systematisch aus (*st. Rspr., BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 693/10 - Rn. 39*). Dabei kommt es auf das tatsächliche Vorliegen des Kündigungsgrundes und nicht auf die vom Arbeitgeber gegebene Begründung an. Eine vom Arbeitgeber mit einer Stilllegungsabsicht begründete Kündigung ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn sich die geplante Maßnahme objektiv als Betriebsstilllegung und nicht als Betriebsveräußerung darstellt, weil etwa die für die Fortführung des Betriebs wesentlichen Gegenstände einem Dritten überlassen werden sollten, der Veräußerer diesen Vorgang aber rechtlich unzutreffend als Betriebsstilllegung wertet (*BAG 28. Mai 2009 - 8 AZR 273/08 - Rn. 30*). An einer Stilllegung des Betriebs fehlt es nicht nur dann, wenn der gesamte Betrieb veräußert wird, sondern auch, wenn organisatorisch abtrennbare Teile des Betriebs im Wege eines Betriebsteilübergangs (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB) veräußert werden. Dann liegt keine Betriebsstilllegung, sondern allenfalls eine Betriebsteilstilllegung vor (*BAG 30. Oktober 2008 - 8 AZR 397/07 - Rn. 28*). Wird ein Betriebsteil veräußert und der verbleibende Restbetrieb stillgelegt, kommt es darauf an, ob der gekündigte Arbeitnehmer dem auf einen Erwerber übergehenden Betriebsteil zugeordnet war (*vgl. BAG 30. Oktober 2008 - 8 AZR 397/07 - Rn. 41*). Ist dies nicht der Fall, so kann die Stilllegung des Restbetriebs einen betriebsbedingten Kündigungsgrund darstellen, wenn die Arbeitnehmer diesem Betriebsteil zugeordnet waren (*vgl. ErfK/Oetker 15. Aufl. KSchG § 1 Rn. 283*). 33

- b) Der Betrieb der Beklagten zu 1. ist nicht auf die Beklagte zu 2. übergegangen. 34
- aa) Ein Betriebsübergang oder Betriebsteilübergang iSv. § 613a Abs. 1 BGB - wie auch iSd. Richtlinie 2001/23/EG vom 12. März 2001 (*ABl. EG L 82 vom 22. März 2001 S. 16*) - liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger eine bestehende wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fortführt (*vgl. nur EuGH 6. März 2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 30 mwN; BAG 22. August 2013 - 8 AZR 521/12 - Rn. 40 mwN; 15. Dezember 2011 - 8 AZR 197/11 - Rn. 39 mwN*). 35
- (1) Dabei muss es um eine auf Dauer angelegte Einheit gehen, deren Tätigkeit nicht auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt ist. Um eine solche Einheit handelt es sich bei jeder hinreichend strukturierten und selbständigen Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigenem Zweck (*EuGH 6. März 2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 31 f. mwN; vgl. auch BAG 10. November 2011 - 8 AZR 538/10 - Rn. 17*). 36
- (2) Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgebenden Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- oder Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu (*näher EuGH 15. Dezember 2005 - C-232/04 und C-233/04 - [Güney-Görres und Demir] Rn. 35 mwN, Slg. 2005, I-11237; BAG 22. August 2013 - 8 AZR 521/12 - Rn. 40 ff. mwN*). Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit ihre Identität bewahrt, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören namentlich die Art des Unternehmens oder Betriebs, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeiten. Diese Umstände sind jedoch nur Teilaspekte der vorzunehmenden Gesamtbewertung und dürfen deshalb nicht isoliert be-

trachtet werden (vgl. ua. *EuGH 20. Januar 2011 - C-463/09 - [CLECE] Rn. 34 mwN, Slg. 2011, I-95; BAG 23. Mai 2013 - 8 AZR 207/12 - Rn. 22; 15. Dezember 2011 - 8 AZR 197/11 - Rn. 39*).

(3) Kommt es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft an, kann eine strukturierte Gesamtheit von Arbeitnehmern trotz des Fehlens nennenswerter materieller oder immaterieller Vermögenswerte eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Wenn eine Einheit ohne nennenswerte Vermögenswerte funktioniert, kann die Wahrung ihrer Identität nach ihrer Übernahme nicht von der Übernahme derartiger Vermögenswerte abhängen. Die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ist in diesem Fall anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt (*EuGH 6. September 2011 - C-108/10 - [Scattolon] Rn. 49 ff., Slg. 2011, I-7491; vgl. auch 20. Januar 2011 - C-463/09 - [CLECE] Rn. 36, 39 mwN, Slg. 2011, I-95; BAG 22. August 2013 - 8 AZR 521/12 - Rn. 41; 21. Juni 2012 - 8 AZR 181/11 - Rn. 31*). 38

(4) Hingegen stellt die bloße Fortführung der Tätigkeit durch einen anderen (Funktionsnachfolge) ebenso wenig einen Betriebsübergang dar wie die reine Auftragsnachfolge (vgl. *EuGH 20. Januar 2011 - C-463/09 - [CLECE] Rn. 41, Slg. 2011, I-95; BAG 23. September 2010 - 8 AZR 567/09 - Rn. 30*). 39

bb) Danach ist vorliegend ein Betriebsübergang zu verneinen. 40

Auch wenn man unterstellt, dass zumindest für die Funktion des Speditors dem Personal im Sinne eines Dienstleistungsunternehmens besondere Bedeutung zukommt, hat die Beklagte zu 2. keinen nach Zahl und Sachkunde so wesentlichen Teil des Personals der Beklagten zu 1. übernommen, dass von einem vollständigen Betriebsübergang auszugehen wäre. Mit 113 übernommenen Mitarbeitern hat die Beklagte zu 2. weniger als die Hälfte der Arbeitsverhältnisse fortgeführt. Ob sich unter den übernommenen Mitarbeitern solche mit besonderer Sachkunde befanden, wurde von der Klägerin nicht vorgetragen und ist auch dem sonstigen Akteninhalt nicht zu entnehmen. 41

Die Beklagte zu 2. hat nur zwei der vormals fünf Geschäftsbereiche übernommen, verfügt also über ein vergleichsweise deutlich eingeschränktes Tätigkeitsfeld. 42

Materielle Betriebsmittel, die früher von der Beklagten zu 1. genutzt wurden, hat die Beklagte zu 2. teilweise übernommen, insbesondere 124 (von insgesamt 252) Lkw. Trotz des hohen finanziellen Wertes dieses Betriebsmittels handelt es sich bei den Lkw um leicht auszutauschende oder schnell zur Verfügung stehende Betriebsmittel, die zudem für die Speditionsfunktion beider Beklagten nicht prägend sind. 43

Entscheidend spricht daher gegen die Annahme des Übergangs des gesamten Betriebs der Beklagten zu 1. auf die Beklagte zu 2., dass nur zwei von fünf Geschäftsbereichen und weniger als die Hälfte des Personals von der Beklagten zu 2. übernommen wurden und dass der Übergang wesentlicher immaterieller oder materieller Betriebsmittel - abgesehen von den leicht ersetzbaren Lkw - nicht festzustellen ist. 44

c) Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht weiter auch das Vorliegen eines Betriebsteilübergangs verneint, sodass die Kündigung der Beklagten zu 1. nicht wegen § 613a Abs. 4 BGB oder wegen einer auch in diesem Fall erforderlichen Sozialauswahl, die unterblieben ist, unwirksam gewesen ist (§ 1 Abs. 3 KSchG). 45

aa) Dem Übergang eines gesamten Betriebs steht, soweit die Voraussetzungen (siehe oben B III 2 b aa) des § 613a BGB erfüllt sind, der Übergang eines Betriebsteils gleich. Dabei ist nicht erforderlich, dass die übergegangene wirtschaftliche Einheit ihre Selbständigkeit innerhalb der Struktur des Erwerbers bewahrt (*EuGH 6. März 2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 31 ff. mwN; 12. Februar 2009 - C-466/07 - [Klarenberg] Rn. 50, Slg. 2009, I-803*). Es genügt, wenn die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehalten und es dem Erwerber derart ermöglicht wird, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen (*EuGH 12. Februar 2009 - C-466/07 - [Klarenberg] Rn. 53, aaO; BAG 7. April 2011 - 8 AZR 730/09 - Rn. 16*). 46

bb) Die von der Beklagten zu 1. an die Beklagte zu 2. abgegebenen Tätigkeiten erfüllen nicht die og. Voraussetzungen einer im Sinne des § 613a BGB übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit, sodass kein Betriebsteilübergang vorliegt. 47

Die Beklagte zu 1. grenzt ihre Geschäftsbereiche und angeblichen Betriebsteile nach Kundenbeziehungen, Art der zu erbringenden Dienstleistung (§§ 407, 453 HGB) und Personaleinsatz ab. Beim Personaleinsatz räumt sie ein, dass Personal eines Geschäftsbereichs auch für einen anderen Geschäftsbereich tätig sein könne, dies werde dann intern verrechnet, da jeder Geschäftsbereich ein eigenes „Profitcenter“ mit eigenen Kostenstellen sei. Sie trägt zwar vor, dass in jedem Bereich Disponenten eingesetzt werden, die nur für diesen Bereich zuständig seien. Eine einheitliche Leitung folgt daraus jedoch ebenso wenig wie eine funktionelle Autonomie. Die Zuordnung bestimmter Tätigkeiten zu „Profitcentern“ mag ökonomisch sinnvoll sein, weil dann Umsätze, Kosten usw. bestimmten Tätigkeitsfeldern zugeordnet werden können. Das führt aber nicht dazu, dass dadurch eine bestimmte Struktur entstünde, die auf eine wirtschaftliche Einheit schließen ließe. Auch dass bestimmte Fahrer oder Disponenten nur für bestimmte Kunden planen oder fahren, führt nicht bereits zu einer strukturierten Gesamtheit von Personen. Das wäre anders, wenn für bestimmte Kunden spezielle organisatorische Zuständigkeiten bestünden. Dafür fehlen Anhaltspunkte. 48

Hinzu kommt, dass die Identität einer wirtschaftlichen Einheit sich nicht allein aus der bloßen Tätigkeit ergibt, sondern aus mehreren zusammenhängenden Merkmalen wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln (vgl. *EuGH 20. Januar 2011 - C-463/09 - [CLECE] Rn. 41 mwN, Slg. 2011, I-95*). Ein solcher Zusammenhang ist hier nicht feststellbar. Führungs- und Organisationsstrukturen der einzelnen Geschäftsbereiche sind nicht in hinreichendem Maße vorhanden. Zwar zeigen die von der Beklagten zu 1. vorgelegten Organigramme solche Strukturen. Allein das Organigramm sagt aber noch nichts darüber aus, ob und inwieweit die behauptete Organisationsstruktur auch tatsächlich existiert. Gegen eine Trennung der Ge- 49

schäftsbereiche spricht, dass Fahrer nach eigenem Vortrag der Beklagten zu 1. bis zu 30 % ihrer Tätigkeit für andere Geschäftsbereiche erbracht haben - ohne näher zu quantifizieren, für wie viele ihrer Fahrer das gilt. Es fehlt jeder Vortrag zur Sachkunde der den Geschäftsbereichen zugeteilten Personen. Es ist nicht ersichtlich, dass sie durch die Ausführung ihrer Aufgaben irgendeine besondere Sachkunde in Bezug auf die Tätigkeit in ihrem jeweiligen Geschäftsbereich erworben hätten. Mit Ausnahme der „Spezialverkehre“ ist nicht ersichtlich, dass bestimmte Fahrzeuge für bestimmte Aufträge eingesetzt werden mussten. Getrennte Leitungs- und Personalstrukturen sind ebenfalls nicht ersichtlich.

3. Die Kündigung muss sozial gerechtfertigt sein. Die Beklagte zu 1. beruft sich dazu auf ihre Absicht, den gesamten Betrieb endgültig stillzulegen. 50

a) Die Stilllegung des gesamten Betriebs oder eines Betriebsteils durch den Arbeitgeber gehört zu den dringenden betrieblichen Erfordernissen iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG, die einen Grund zur sozialen Rechtfertigung einer Kündigung abgeben können (*st. Rspr., vgl. BAG 26. Mai 2011 - 8 AZR 37/10 - Rn. 25; 28. Mai 2009 - 8 AZR 273/08 - Rn. 28*). Unter Betriebsstilllegung ist die Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zu verstehen, die ihre Veranlassung und ihren unmittelbaren Ausdruck darin findet, dass der Unternehmer die bisherige wirtschaftliche Betätigung in der ernstlichen Absicht einstellt, die Verfolgung des bisherigen Betriebszweckes dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne nicht weiter zu verfolgen (*BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 693/10 - Rn. 37*).

Der Arbeitgeber ist nicht gehalten, eine Kündigung erst nach Durchführung der Stilllegung auszusprechen. Neben der Kündigung wegen erfolgter Stilllegung kommt auch eine Kündigung wegen beabsichtigter Stilllegung in Betracht. Im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung muss die auf Tatsachen gestützte, vernünftige betriebswirtschaftliche Prognose gerechtfertigt sein, dass zum Kündigungstermin mit einiger Sicherheit der Eintritt des die Entlassung erforderlich machenden betrieblichen Grundes vorliegen wird (*BAG 13. Februar 2008 - 2 AZR 543/06 - Rn. 22*). Erforderlich ist, dass der Arbeitgeber im Zeit-

punkt des Zugangs der Kündigung den ernsthaften und endgültigen Entschluss gefasst hat, den Betrieb endgültig und nicht nur vorübergehend stillzulegen (vgl. BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 693/10 - Rn. 37). Der Ernsthaftigkeit der Stilllegungsabsicht steht dabei nicht entgegen, dass sich der Arbeitgeber entschlossen hat, die gekündigten Arbeitnehmer in der jeweiligen Kündigungsfrist noch für die Abarbeitung vorhandener Aufträge einzusetzen. Der Arbeitgeber erfüllt damit gegenüber den tatsächlich eingesetzten Arbeitnehmern lediglich seine auch im gekündigten Arbeitsverhältnis bestehende Beschäftigungspflicht (BAG 8. November 2007 - 2 AZR 554/05 - Rn. 20). An einem endgültigen Entschluss zur Betriebsstilllegung fehlt es aber, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung noch in ernsthaften Verhandlungen über eine Veräußerung des Betriebs steht oder sich noch um neue Aufträge bemüht (vgl. BAG 13. Februar 2008 - 2 AZR 543/06 - Rn. 23).

Bei einer Betriebsstilllegung ist ferner erforderlich, dass die geplanten Maßnahmen zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits „greifbare Formen“ angenommen haben (vgl. BAG 15. Dezember 2011 - 8 AZR 692/10 - Rn. 40). Von einer Stilllegung kann jedenfalls dann ausgegangen werden, wenn der Arbeitgeber seine Stilllegungsabsicht unmissverständlich äußert, allen Arbeitnehmern kündigt, etwaige Miet- oder Pachtverträge zum nächstmöglichen Zeitpunkt auflöst, die Betriebsmittel, über die er verfügen darf, veräußert und die Betriebstätigkeit vollständig einstellt (BAG 26. Mai 2011 - 8 AZR 37/10 - Rn. 26). Für die Stilllegung von Betriebsteilen gilt dies, begrenzt auf die entsprechende Einheit, entsprechend (BAG 26. Mai 2011 - 8 AZR 37/10 - aaO). 53

b) Danach ist die Auffassung des Berufungsgerichts, die Kündigungen des Arbeitsverhältnisses zur Klägerin vom 23. Dezember 2010 seien in Befolgung der Stilllegungsabsicht der Beklagten zu 1. ausgesprochen worden, gründeten also auf einem dringenden betrieblichen Erfordernis, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Handlungen der Beklagten zu 1. lassen eine Stilllegungsabsicht erkennen. 54

aa) Die Beklagte zu 1. hat alle Fahrzeuge an die Vermieter zurückgegeben, an Konzerngesellschaften weitervermietet oder zum Verkauf gestellt. Nach 55

Freistellung des letzten beschäftigten Arbeitnehmers noch vor Ablauf der Kündigungsfrist hatte die Beklagte zu 1. keine Kunden, keine Betriebsmittel und kein Personal mehr, sodass von einer vollständigen Stilllegung ausgegangen werden kann.

bb) Dass die Beklagte zu 1. einzelne Zusatzaufträge für Touren angenommen hat, die ohnehin zur Erfüllung bestehender Aufträge notwendig waren, spricht nicht gegen die Stilllegungsabsicht, auch wenn die Auftragsannahmen erst nach Ausspruch der Kündigung erfolgt sind. Dadurch wurden Leerfahrten vermieden oder reduziert. Erforderlich, aber auch ausreichend für eine Stilllegungsabsicht ist, dass bis zum Ende der Kündigungsfristen keine Tätigkeiten mehr ausgeführt werden; nicht erforderlich ist, dass der Arbeitgeber bis dahin ineffizient arbeitet oder es unterlässt, mögliche Geschäfte zu tätigen. Gleiches gilt für die Begegnungsfahrten in Zusammenarbeit mit der Beklagten zu 2. und der L. Auch hier wurde kein neues Geschäft generiert, sondern die Arbeitsabläufe zwischen drei Unternehmen einer Unternehmensgruppe wurden effizient gestaltet. Dies ist schon deswegen möglich, um die noch nicht freigestellten Arbeitnehmer während ihrer Kündigungsfrist sinnvoll zu beschäftigen. 56

4. Rechtsfehlerhaft ist aber das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, einer Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG habe es nicht bedurft. Die Sozialauswahl entfiel nicht deshalb, weil die Beklagte zu 1. allen Arbeitnehmern ihres Betriebs gekündigt hat. 57

a) Zwar ist es richtig, dass der Arbeitgeber grundsätzlich keine Sozialauswahl vornehmen muss, wenn er allen Arbeitnehmern seines Betriebs kündigt (vgl. BAG 7. Juli 2005 - 2 AZR 447/04 - zu II 3 a der Gründe). Dem liegt aber die Überlegung zugrunde, dass eine Sozialauswahl keinen Sinn mehr macht, wenn - wie bei einer vollständigen Betriebsstilllegung - keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit mehr besteht. Im vorliegenden Fall hatte die Beklagte zu 1. bei Ausspruch der Kündigung der Klägerin jedoch nicht mehr geplant, den gesamten Betrieb stillzulegen, sondern es sollte ein Teil der Belegschaft auf die Beklagte zu 2. übertragen werden. Eine Sozialauswahl war in einem solchen Fall nicht entbehrlich, da dem Arbeitnehmer auf diesem Weg sein Arbeitsver- 58

hältnis erhalten bleiben konnte (*BAG 14. März 2013 - 8 AZR 153/12 - Rn. 41*). Den in der „Übernahmevereinbarung“ vom 13./28. Dezember 2010, dort Anlage 4, aufgeführten Arbeitnehmern - aber nicht der Klägerin - stellte sich die erhaltene Kündigung als Erklärung dar, die nicht auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtet war. Denn entweder - darauf deutete das begleitende Unterrichtungsschreiben zu einem angeblichen Betriebsübergang hin - verstieß diese Kündigung wegen eines Betriebsteilübergangs gegen § 613a Abs. 4 BGB oder - wenn sich die Übertragung des Geschäftsbereichs nicht als Betriebsteilübergang herausstellen sollte - die Beklagte zu 2. erklärte verbindlich und unwiderruflich, dass sie aus der ausgesprochenen Kündigung der Beklagten zu 1. keine Rechte herleiten werde und die erhaltene Kündigung durch die zu unterschreibende „Erklärung zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses“ aus der Welt geräumt werde - was einem gewillkürten Eintritt der Beklagten zu 2. in die Arbeitsverhältnisse der entsprechenden Arbeitnehmer gleichkommt. Beide Beklagten gingen nicht davon aus, dass alle Arbeitsverhältnisse beendet werden sollten. Damit wurde eine Sozialauswahl erforderlich.

b) Auf die mit Schreiben vom 17. Dezember 2010 von der Beklagten zu 1. vorgenommene „Zuordnung“ der Klägerin zum Bereich „Ladungsverkehre“ kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Das Berufungsgericht hat insoweit im Anschluss an die Vierte Kammer des Landesarbeitsgerichts (*LAG Baden-Württemberg 24. Oktober 2012 - 4 Sa 37/12 -*) festgestellt, dass die als „Geschäftsbereiche“ bezeichneten unterschiedlichen Verkehre Teilzwecke des betrieblichen Gesamtzwecks zur Durchführung von Frachtführerleistungen darstellen. Sowohl bei der Frachtführertätigkeit als auch bei der Speditionstätigkeit, also der Tätigkeit der Disponenten, handelt es sich im Kern in sämtlichen Bereichen um dieselben anfallenden Arbeitsaufgaben, wobei die Arbeitnehmer untereinander austauschbar waren und es keine betriebliche Teilorganisation gab. 59

5. Die Kündigung ist aber nicht allein deshalb unwirksam, weil die Beklagte zu 1. die notwendige Sozialauswahl unterlassen hat. 60

a) Eine Kündigung ist dann nicht unwirksam, wenn mit der Kündigung des Arbeitnehmers eine - zufällig - vertretbare Auswahlentscheidung getroffen wurde. 61

de (BAG 7. Juli 2011 - 2 AZR 476/10 - Rn. 48 mwN). Bei der Gewichtung der Auswahlkriterien kommt dem Arbeitgeber ein Wertungsspielraum zu. Die sozialen Gesichtspunkte muss der Arbeitgeber nur „ausreichend“ berücksichtigen. Es handelt sich hierbei um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs. Die Auswahlentscheidung muss vertretbar sein und nicht unbedingt der Entscheidung entsprechen, die das Gericht getroffen hätte, wenn es eigenverantwortlich soziale Erwägungen hätte anstellen müssen. Der dem Arbeitgeber vom Gesetz eingeräumte Wertungsspielraum führt dazu, dass nur deutlich schutzwürdigere Arbeitnehmer mit Erfolg die Fehlerhaftigkeit der sozialen Auswahl rügen können (BAG 7. Juli 2011 - 2 AZR 476/10 - aaO; 31. Mai 2007 - 2 AZR 276/06 - Rn. 64, BAGE 123, 1).

b) Für die abgestufte Darlegungslast zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Bereich der sozialen Auswahl gelten folgende Grundsätze: Bei Unkenntnis der für die Sozialauswahl rechtserheblichen Tatsachen genügt der Arbeitnehmer zunächst seiner Darlegungslast, wenn er pauschal die soziale Auswahl beanstandet und den Arbeitgeber auffordert, die Gründe mitzuteilen, die ihn zu der Auswahl veranlasst haben. Im Umfang seiner materiell-rechtlichen Auskunftspflicht geht damit die Darlegungslast auf den Arbeitgeber über. Als auskunftspflichtige darlegungsbelastete Partei hat der Arbeitgeber sodann die Gründe darzulegen, die ihn (subjektiv) zu der von ihm getroffenen Auswahl veranlasst haben. Kommt der Arbeitgeber der ihm hinsichtlich seiner subjektiven Auswahlüberlegungen obliegenden Darlegungslast vollständig nach, so hat der Arbeitnehmer wieder die volle Darlegungs- und Beweislast für eine objektiv fehlerhafte Auswahlentscheidung. Es kann sich aber unter Umständen bereits aus den Angaben des Arbeitgebers ergeben, dass das Auswahlverfahren objektiv nicht den gesetzlichen Anforderungen der sozialen Auswahl entsprochen hat (zB Verkennung des auswahlrelevanten Personenkreises). Bei einer derartigen Fallgestaltung braucht der Arbeitnehmer zunächst nichts weiter darzulegen, vielmehr spricht eine vom Arbeitgeber auszuräumende tatsächliche Vermutung dafür, dass auch die Auswahlentscheidung objektiv fehlerhaft und damit die Kündigung sozialwidrig ist. Der Arbeitgeber muss dann näher darlegen, dass trotz Durchführung eines gegen § 1 Abs. 3 KSchG verstoßenden Auswahlver-

62

fahrens gleichwohl der gekündigte Arbeitnehmer nach dem Maßstab des § 1 Abs. 3 KSchG nicht fehlerhaft ausgewählt worden ist (*BAG 31. Mai 2007 - 2 AZR 276/06 - Rn. 34, BAGE 123, 1*). Es reicht aus, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mitteilt, welche anderen Arbeitnehmer er für vergleichbar hält und in die Sozialauswahl miteinbezogen hat. Wenn allen diesen Arbeitnehmern gekündigt und keinem die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses angeboten wurde, hat er bereits durch Nennung der Namen und den Hinweis darauf, dass alle anderen Arbeitnehmer nicht vergleichbar sind, dem Kläger Auskunft über die von ihm zugrunde gelegten Auswahlkriterien, deren Gewichtung und die Namen der seiner subjektiven Auffassung nach in die Auswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer erteilt (*vgl. BAG 20. September 2012 - 6 AZR 483/11 - Rn. 28*). Das Landesarbeitsgericht wird bei den nachzuholenden Feststellungen zur Sozialauswahl diese Fragen zu behandeln haben.

Hauck

Breinlinger

Winter

Burr

Bloesinger