

Aktenzeichen: 2 AZR 276/06
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 31. Mai 2007
- 2 AZR 276/06 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 12. August 2005
- 28 Ca 10603/05 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 5. Januar 2006
- 14 Sa 1801/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Betriebsbedingte Kündigung - Sozialauswahl - Widerspruch nach § 613a
BGB

Gesetze:

KSchG § 1 Abs. 2 und Abs. 3, § 23; BGB § 613a Abs. 1, Abs. 5 und
Abs. 6

Leitsätze:

1. Auch die Arbeitnehmer, die einem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebserwerber nach § 613a Abs. 6 BGB widersprochen haben, können sich bei einer nachfolgenden, vom Betriebsveräußerer erklärten Kündigung auf eine mangelhafte Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG berufen.

2. Die Gründe für den Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebserwerber sind seit 1. Januar 2004 bei der Abwägung der sozialen Auswahlkriterien nicht mehr zu berücksichtigen, da die Auswahlkriterien (Betriebszugehörigkeit, Alter, Unterhaltspflichten, Schwerbehinderung) vom Gesetzgeber nunmehr abschließend benannt worden sind.

Hinweise des Senats:

Rechtsprechungsänderung infolge Neufassung des § 1 Abs. 3 KSchG
siehe auch BAG vom 31. Mai 2007 - 2 AZR 218/06 -

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 276/06
14 Sa 1801/05
Landesarbeitsgericht
Berlin

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
31. Mai 2007

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 31. Mai 2007 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Bröhl als Vorsitzenden, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert und Schmitz-Scholemann sowie die ehrenamtlichen Richter Claes und Krichel für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 5. Januar 2006 - 14 Sa 1801/05 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten noch über die Wirksamkeit von zwei betriebsbedingten Kündigungen und über die Weiterbeschäftigung der Klägerin während der Dauer des Kündigungsschutzrechtsstreits. 1

Die am 14. April 1969 geborene Klägerin war seit dem 15. Oktober 1990 als Verkäuferin/Kassiererin bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin in einem Verbrauchermarkt der Sparte „e“ in B beschäftigt. Die bundesweit betriebene Sparte „e“ der Beklagten ist in drei Vertriebscenter mit je einem Vertriebsleiter untergliedert (Nord, Nord-West und West), diese wiederum sind in Bezirke mit je einem Bezirksleiter unterteilt, denen die einzelnen Märkte zugeordnet sind. Die Märkte unterstehen einem Marktleiter. Für einzelne Märkte bestehen teilweise einzelne Betriebsräte; ansonsten existieren Flächenbetriebsräte gem. § 3 Abs. 1 BetrVG. Die Aufgaben der Marktleiter sind in einer umfangreichen Aufgabenbeschreibung (Organisationshandbuch Markt) festgelegt. Danach treffen die Marktleiter ua. auch personelle Maßnahmen wie Einstellungen und Entlassungen nach im Einzelnen umschriebenen Vorgaben und unter Beachtung von Konsultationspflichten gegenüber einer im Vertriebscenter angesiedelten Personalabteilung. 2

Im Sommer 2004 beschloss die Beklagte, den Markt in B an einen Franchise-Nehmer zu übertragen. Die Klägerin wurde am 25. Januar 2005 über den Betriebsübergang unterrichtet. Mit Schreiben vom 22. Februar 2005 widersprach sie dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses. Ab dem 26. Februar 2005 führte der Franchise-Nehmer den Markt weiter. 3

Am 13. April 2005 schlossen die Beklagte und der für den Markt in B zuständige Betriebsrat einen Interessenausgleich und Sozialplan. 4

Nach Anhörung des Betriebsrats Ost 1 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit Schreiben vom 28. April 2005 zum 30. September 2005. Eine weitere vorsorgliche Kündigung sprach sie mit Schreiben vom 28. Juni 2005 aus. 5

Die Klägerin hat sich mit ihrer Kündigungsschutzklage gegen diese Kündigung gewandt und ihre Weiterbeschäftigung bis zur Beendigung des Kündigungsschutzrechtsstreits begehrt. Sie hat vor allem eine fehlerhafte Sozialauswahl gerügt. In die Sozialauswahl seien alle im Bezirk beschäftigten vergleichbaren Arbeitnehmer einzu beziehen gewesen. Der Markt in B sei kein eigenständiger Betrieb, sondern nur ein Betriebsteil des den gesamten Bezirk umfassenden Betriebs gewesen. Trotz ihres Widerspruchs gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses könne sie auch die fehlerhafte Sozialauswahl geltend machen. Zudem habe sie sachliche Gründe für ihren Widerspruch gehabt. Die Arbeitsbedingungen beim Übernehmer seien massiv schlechter als bei der Beklagten. Außerdem sei der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört worden. 6

Die Klägerin hat - soweit für die Revision von Interesse - beantragt, 7

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis weder durch die ordentliche Kündigung im Schreiben vom 28. April 2005 noch durch die ordentliche Kündigung im Schreiben vom 28. Juni 2005 aufgelöst worden ist,
2. hilfsweise für den Fall der Klagestattgabe des Antrags zu 1) die Beklagte zu verurteilen, sie bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu den bisherigen Bedingungen als Verkäuferin weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags vorgetragen: 8
Der Markt in B sei ein eigenständiger Betrieb. Der Marktleiter habe alle Kompetenzen eines Betriebsleiters. Dies ergebe sich aus dessen Aufgabenbeschreibung sowie der tatsächlichen Wahrnehmung dieser Funktionen. Da die Sozialauswahl auf den Betrieb beschränkt sei, habe es nach der Übertragung des gesamten Marktes keiner Sozialauswahl mehr bedurft. Im Übrigen sei die Klägerin selbst bei einer vorsorglich vorgenommenen marktübergreifenden Sozialauswahl nicht sozial schutzbedürftiger als vergleichbare Arbeitnehmerinnen gewesen. Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß angehört worden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage, während die Klägerin die Zurückweisung der Revision beantragt.

9

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Das Landesarbeitsgericht durfte der Kündigungsschutzklage auf Grund der bisherigen tatsächlichen Feststellungen noch nicht stattgeben und die Beklagte zur vorläufigen Weiterbeschäftigung der Klägerin verurteilen. Dementsprechend war der Rechtsstreit zur weiteren Sachaufklärung und erneuten rechtlichen Beurteilung - auch hinsichtlich des Weiterbeschäftigungsantrags - an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

10

A. Das Landesarbeitsgericht hat zur Begründung seiner der Klage stattgebenden Entscheidung im Wesentlichen angeführt: Der Arbeitsplatz der Klägerin, die dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf den Betriebsübernehmer widersprochen habe, sei zwar nach Übertragung des „e“-Marktes in B weggefallen. Die Beklagte habe aber keine ausreichende Sozialauswahl iSv. § 1 Abs. 3 KSchG vorgenommen. Der auf den Franchise-Nehmer übertragene Markt sei nicht als „Betrieb“ anzusehen. Die Sozialauswahl sei deshalb „marktübergreifend“ durchzuführen gewesen. Trotz ihres Widerspruchs gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses könne sich die Klägerin uneingeschränkt auf die Grundsätze der Sozialauswahl berufen. Nach der Neufassung des § 1 Abs. 3 KSchG gebe es keine gesetzliche Grundlage mehr, einen sachlichen Grund für den Widerspruch gegen den Betriebsübergang zu fordern. Dass die Beklagte eine marktübergreifende Sozialauswahl durchgeführt habe, habe sie nicht substantiiert vorgetragen.

11

B. Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung konnte der Kündigungsschutzklage der Klägerin und ihrem Weiterbeschäftigungsantrag noch nicht stattgegeben werden. Zwar war die Sozialauswahl, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat, „marktübergreifend“ durchzuführen. Das Berufungsgericht hat aber den vorsorglichen Vortrag der Beklagten in den Vorinstanzen zur Sozialauswahl bei seiner Entscheidungsfindung

12

nicht hinreichend berücksichtigt. Deshalb ist eine Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht zur weiteren Sachaufklärung notwendig (§ 563 Abs. 1 ZPO).

I. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht vom Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse iSd. § 1 Abs. 2 KSchG für die streitgegenständlichen Kündigungen vom 28. April 2005 und 28. Juni 2005 ausgegangen. Ferner hat es zutreffend angenommen, dass die Klägerin auch nicht auf einem freien anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb desselben Unternehmens weiterbeschäftigt werden konnte. Unter Berücksichtigung des trichterlichen Beurteilungsspielraums bei der Anwendung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe lassen die Ausführungen des Berufungsgerichts keine Rechtsfehler erkennen. Die Revision erhebt insoweit keine Rügen. Auch die Klägerin wendet sich nicht gegen diese Würdigungen des Landesarbeitsgerichts. 13

II. Ob die Kündigungen vom 28. April 2005 und 28. Juni 2005 wegen einer nicht hinreichenden Sozialauswahl sozial ungerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 3 KSchG sind, steht auf Grund der bisherigen Tatsachenfeststellungen noch nicht fest. 14

1. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, dass die Beklagte vor Ausspruch der Kündigungen eine über den auf den Betriebsübernehmer übertragenen „e“-Markt in B hinausgehende betriebsbezogene „marktübergreifende“ Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG durchführen musste. Der „e“-Markt B stellt keinen Betrieb iSd. § 1, § 23 Abs. 1 KSchG, sondern lediglich einen Betriebsteil dar. 15

a) Nach der Konzeption des § 1 Abs. 3 KSchG ist die Sozialauswahl betriebsbezogen durchzuführen. Regelmäßig sind deshalb alle vergleichbaren Arbeitnehmer in die Auswahlentscheidung einzubeziehen, die in demselben Betrieb wie der unmittelbar kündigungsbedrohte Arbeitnehmer beschäftigt sind (*Senat zuletzt: 2. Juni 2005 - 2 AZR 158/04 - BAGE 115, 82; 18. Oktober 2006 - 2 AZR 676/05 - EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 73*). Dies gilt selbst dann, wenn sich der Arbeitgeber ein betriebsübergreifendes Versetzungsrecht vorbehalten hat (*BAG 2. Juni 2005 - 2 AZR 158/04 - aaO; 15. Dezember 2005 - 6 AZR 199/05 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 76 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 66; 18. Oktober 2006 - 2 AZR 676/05 - aaO*). Denn nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist die Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch dringende *betriebliche* Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG hat die Funktion festzulegen, welchen von mehreren 16

vergleichbaren Arbeitnehmern des Betriebs die Kündigung trifft, wenn das dringende betriebliche Erfordernis nur der Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer der vorhandenen Arbeitnehmer zulässt. Auch der Wortlaut des § 1 Abs. 3 KSchG knüpft an die dringenden betrieblichen Erfordernisse des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG an und stellt in der sogenannten Leistungsträgerregelung des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG ebenfalls auf die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers ab. Der danach eindeutig aus Wortlaut, Gesamtzusammenhang, Sinn und Zweck des § 1 KSchG herzuleitenden Betriebsbezogenheit der sozialen Auswahl steht auch nicht die Regelung des § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG entgegen, nach der betriebs- und dienststellenübergreifend Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für die zur Kündigung anstehenden Arbeitnehmer zu prüfen sind. Diese Ausnahmeregelung entspricht dem ultima-ratio-Grundsatz und betrifft nur freie Arbeitsplätze. Besteht in einem der Betriebe eines Unternehmens ein dringendes betriebliches Erfordernis, etwa die Personalstärke an den gesunkenen Arbeitsanfall anzupassen, so kann dies grundsätzlich nur die Kündigung gegenüber Arbeitnehmern dieses Betriebs sozial rechtfertigen. Dafür, im Wege der Sozialauswahl für die zur Kündigung anstehenden Arbeitnehmer Arbeitsplätze in einem anderen Betrieb des Unternehmens freizukündigen, besteht kein dringendes, auf den Beschäftigungsbetrieb bezogenes Erfordernis, das eine Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial rechtfertigen könnte (*Senat 2. Juni 2005 - 2 AZR 158/04 - aaO; BAG 15. Dezember 2005 - 6 AZR 199/05 - aaO*).

Aus der Betriebsbezogenheit der Sozialauswahl folgt weiter, dass sie nicht auf Betriebsteile oder Betriebsabteilungen beschränkt werden kann (*Senat 15. Juni 1989 - 2 AZR 580/88 - BAGE 62, 116; 3. Juni 2004 - 2 AZR 577/03 - AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 141 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 55*), insbesondere steht der Notwendigkeit einer betriebsbezogenen Sozialauswahl nicht schon die räumliche Entfernung einzelner Filialen eines Bezirks entgegen. Auch ein Hauptbetrieb und eine räumlich weit entfernte Betriebsstätte iSv. § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG können deshalb einen Betrieb iSd. § 23 KSchG bilden (*siehe BAG 3. Juni 2004 - 2 AZR 577/03 - aaO*).

17

b) Die §§ 1, 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG enthalten - wie das gesamte Kündigungsschutzgesetz - keine Definition des Betriebsbegriffs. Auch kann bei der Bestimmung des kündigungrechtlichen Betriebsbegriffs nicht auf den Betriebsbegriff des Betriebsverfassungsgesetzes und vor allem nicht auf die Regelung des § 3 BetrVG zurückgegriffen werden. Der Gesetzgeber hat mit § 3 Abs. 5 Satz 1 BetrVG die nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG gebildeten betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheiten

18

ausdrücklich als Betriebe im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes bezeichnet und die Fiktionswirkung dieser Regelung damit auf dieses Gesetz begrenzt. Im Bereich des Kündigungsschutzgesetzes bleibt deshalb der allgemeine kündigungrechtliche Betriebsbegriff maßgeblich (*statt vieler ErfK/Eisemann 7. Aufl. § 3 BetrVG Rn. 12; Fitting BetrVG 23. Aufl. § 3 Rn. 76*). Dementsprechend steht auch eine mögliche betriebsverfassungsrechtliche Eigenständigkeit einzelner Betriebsteile einer betriebsteilübergreifenden Sozialauswahl nicht entgegen (*Senat 21. Juni 1995 - 2 AZR 693/94 - AP BetrVG 1972 § 1 Nr. 16 = EzA KSchG § 23 Nr. 14; 3. Juni 2004 - 2 AZR 577/03 - AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 141 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 55; von Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 1 Rn. 434a; Stahlhacke/Preis/Vossen-Preis Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 9. Aufl. Rn. 1056*).

c) Nach der allgemein üblichen Definition ist Betrieb die organisatorische Einheit von Arbeitsmitteln, mit deren Hilfe der Arbeitgeber allein oder in Gemeinschaft mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe von technischen und immateriellen Mitteln einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck fortgesetzt verfolgt, der nicht nur in der Befriedigung von Eigenbedarf liegt (*BAG 29. Januar 1987 - 6 ABR 23/85 - AP BetrVG 1972 § 1 Nr. 6 = EzA BetrVG 1972 § 1 Nr. 5, zu B III 1 der Gründe; Senat 15. März 2001 - 2 AZR 151/00 - EzA KSchG § 23 Nr. 23, zu II 1 b der Gründe; ErfK/Kiel 7. Aufl. § 23 KSchG Rn. 4a; von Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 23 Rn. 8; KR-Griebeling 8. Aufl. § 1 KSchG Rn. 133*).

19

Durch die arbeitstechnische Zweckbestimmung der organisatorischen Einheit unterscheidet sich der Betrieb von dem weiter gefassten Begriff des Unternehmens. Dies schließt aber nicht aus, dass ein Betrieb aus einzelnen organisatorisch abgegrenzten Teilen besteht, wenn diese nur als solche unselbständig sind und bestimmte für den Gesamtbetrieb dienende Teilzwecke zu erfüllen haben. Ob es sich im Einzelfall um mehrere selbständige Betriebe oder nur um unselbständige Teile eines einheitlichen Betriebs handelt, richtet sich nach der Einheit der auf die Verfolgung der arbeitstechnischen Zwecke gerichteten Organisation, die die Einheit des Betriebs und damit diesen selbst bestimmt. Die Einheit der Organisation ist zu bejahen, wenn ein einheitlicher Leitungsapparat vorhanden ist, der die Gesamtheit der für die Erreichung des arbeitstechnischen Gesamtzweckes eingesetzten Mittel lenkt (*so schon Senat 26. August 1971 - 2 AZR 233/70 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 1 = EzA KSchG § 23 Nr. 1, zu II 1 der Gründe*). Die den Betrieb konstituierende Leitungsmacht wird dadurch bestimmt, dass der Kern der Arbeitgeberfunktionen in personellen und sozialen Angele-

20

genheiten von derselben institutionalisierten Leitung im Wesentlichen selbständig ausgeübt wird, wo mithin über Arbeitsbedingungen und Organisationsfragen entschieden wird und in welcher Weise Einstellungen, Entlassungen und Versetzungen vorgenommen werden (*Senat 3. Juni 2004 - 2 AZR 386/03 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 33 = EzA KSchG § 23 Nr. 27, zu B II 1 der Gründe*).

d) Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der Markt in B sei kein Betrieb iSd. §§ 1, 23 KSchG, sondern lediglich ein Betriebsteil, entspricht dem kündigungrechtlichen Betriebsbegriff und hält einer revisionsrechtlichen Prüfung stand. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Marktleiter des „e“-Marktes in B über keine ausreichende Leitungsmacht in personellen und sozialen Angelegenheiten verfügt. Deshalb durfte die Beklagte die Sozialauswahl nicht auf diesen Markt beschränken, sondern musste sie auf Bezirksebene durchführen. 21

aa) Der Begriff des Betriebs in § 1, § 23 Abs. 1 KSchG ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Bei der Beurteilung, ob eine Organisationseinheit ein Betrieb iSd. § 1, § 23 Abs. 1 KSchG oder ein Betriebsteil ist, steht dem Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zu. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts ist in der Revisionsinstanz nur daraufhin überprüfbar, ob es den Rechtsbegriff selbst verkannt, gegen Denkgesetze, anerkannte Auslegungsgrundsätze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Umstände außer Acht gelassen hat (*vgl. für den Betriebsbegriff nach § 1 BetrVG: BAG 17. Januar 2007 - 7 ABR 63/05 - AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 18 = EzA BetrVG 2001 § 4 Nr. 2, zu B II 2 b aa der Gründe; 21. Juli 2004 - 7 ABR 57/03 - AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 15 = EzA BetrVG 2001 § 4 Nr. 1, zu B I 1 der Gründe; 19. Februar 2002 - 1 ABR 26/01 - AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 13 = EzA BetrVG 1972 § 4 Nr. 8, zu B II 2 der Gründe*). 22

bb) Entgegen der Auffassung der Revision hält die Würdigung des Landesarbeitsgerichts diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab stand. Das Landesarbeitsgericht ist vom zutreffenden kündigungrechtlichen Betriebsbegriff ausgegangen und hat alle maßgeblichen Umstände gewürdigt, insbesondere die Vorgaben des Organisationshandbuchs Markt ausgewertet und berücksichtigt. 23

(1) Das Landesarbeitsgericht hat insbesondere angenommen, der Marktleiter entscheide lediglich über die Einstellungen des normalen Verkaufspersonals, der Veräum- und Verpackungsteams und der Auszubildenden. Es hat sich hierbei vor allem auf das Organisationshandbuch Markt gestützt. Auch die Beratungspflichten mit dem 24

Personalbüro vor personellen Einzelmaßnahmen wie Einstellungen, Eingruppierungen, Umgruppierungen, Versetzungen und Kündigungen sprächen für eine Einschränkung der Befugnisse des Marktleiters. Die Personalabteilung stelle nicht nur ein unternehmensinternes ausgelagertes Beratungsbüro, vergleichbar einem arbeitsrechtlich spezialisierten Anwaltsbüro, dar. Der Umstand, dass der Bezirksleiter und der Vertriebsleiter die Ersten Kräfte und den stellvertretenden Marktleiter einstellten, stehe einer umfassenden Einstellungsbefugnis des Marktleiters entgegen und spreche gegen die Annahme, der einzelne Markt sei ein Betrieb. Der Umstand, dass Kündigungen durch den Personalleiter mit dem Zusatz „i.V.“ unterzeichnet worden sind, führe ebenfalls zu Zweifeln an der Leitungskompetenz des Marktleiters. Zwar sei der Marktleiter als fachlicher und disziplinarischer Vorgesetzter aller Mitarbeiter des Marktes in der „Aufgabenbeschreibung Funktion: Marktleitung“ bezeichnet und sei auch für die Erstellung der Dienstpläne im Markt verantwortlich. Dies rechtfertige jedoch nicht die Annahme einer Leitungsmacht in personellen Angelegenheiten.

(2) Diese Würdigung lässt keinen revisionsrechtlich relevanten Fehler erkennen. 25

(2.1) Soweit das Landesarbeitsgericht angenommen hat, der Marktleiter verfüge über keine ausreichende Leitungsmacht in personellen Angelegenheiten, weil er lediglich über die Einstellung von normalem Verkaufspersonal, Verräum- und Verpackungsteams und der Auszubildenden entscheide, ist dies zutreffend. Aus dem Organisationshandbuch Markt folgt eindeutig, dass die Einstellungsbefugnis des Marktleiters auf das einfache Personal beschränkt ist. Bereits bei der Einstellung von Auszubildenden ist eine Abstimmung mit dem Regionaltrainer vorgesehen. Diese Vorgaben der Beklagten musste das Landesarbeitsgericht bei seiner Entscheidung berücksichtigen. 26

(2.2) Weiter hat das Landesarbeitsgericht zutreffend gewürdigt, dass nach dem Organisationshandbuch Markt (Register-Nr. C 4.1.11) der stellvertretende Marktleiter, der Substitut, die Gruppenleiter und sämtliche Ersten Kräfte nicht vom Marktleiter eingestellt werden können. Für eine relevante personelle Leitungsmacht in personellen Angelegenheiten wäre jedoch eine solche Einstellungsbefugnis erforderlich. Die Beschäftigtengruppen der Gruppenleiter und sämtlicher Ersten Kräfte sind für die Funktionsfähigkeit eines Marktes bedeutsame Beschäftigtengruppen, deren Einstellung der Marktleiter gerade nicht vornehmen kann. Dies lässt sich auch nicht mit dem von der Revision angezogenen Argument verneinen, durch das „Großvater-Prinzip“ sollten unternehmensschädliche Seilschaften verhindert werden. Dies mag der Sinn einer sol- 27

chen Regelung sein. Dadurch verfügt der Marktleiter aber letztlich nur über eine nicht ausreichende Einstellungsbefugnis. Gerade dies spricht - worauf das Landesarbeitsgericht zutreffend hingewiesen hat - gegen eine umfassende Leitungsmacht des Marktleiters in personellen Angelegenheiten.

Entgegen der Auffassung der Revision ändert daran auch nichts, dass die Gruppe des einfachen Verkaufspersonals, der Verräum- und Verpackteams etwa 90 vom Hundert der Belegschaft des Markts ausmachen. Eine allein quantitative Betrachtung gibt kein vollständiges Bild der betrieblichen Gegebenheiten wieder. Gerade den Ersten Kräften und den stellvertretenden Marktleitern kommt eine hervorgehobene Bedeutung im Sinne gesteigerter Verantwortung zu, die bei der Bewertung des Schwerpunkts der Arbeitgeberfunktionen nicht unberücksichtigt bleiben kann. 28

(2.3) Soweit es die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch den Arbeitgeber angeht, hat der Marktleiter ebenfalls keine ausreichende personelle Leitungsmacht. Zwar wird er im Organisationshandbuch Markt (Register-Nr. C 4.6.05) für einige Bereiche bei einer Arbeitgeberkündigung als Verantwortlicher bezeichnet. Dies bedeutet aber nicht, dass er selbst über die Kündigung entscheiden kann. Sowohl die Beteiligung des Betriebsrats vor der Kündigung als auch die Ausstellung der Kündigung selbst erfolgt gerade nicht durch den Marktleiter. Daneben ist er für den nicht unbedeutenden Teil der Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Abschluss von Aufhebungsvereinbarungen nach dem Organisationshandbuch Markt (Register-Nr. C 4.6.06) gar nicht befugt. 29

(2.4) Das Landesarbeitsgericht hat ferner zutreffend darauf hingewiesen, der Marktleiter habe auch keine ausreichende Leitungsmacht in sozialen Angelegenheiten. Zwar erstellt er die Dienstpläne für sämtliche Mitarbeiter des Marktes. Jedoch hat das Landesarbeitsgericht diesem Umstand zu Recht kein zu großes Gewicht beigemessen, weil letztlich die Bezirksleiter durch entsprechende Vorlagepflichten der Marktleiter die Funktionsfähigkeit des Marktes kontrollieren. Dies wiederum macht nur Sinn, wenn sie ggf. auch im Einzelfall eingreifen können. 30

cc) Entgegen der Auffassung der Revision hat das Landesarbeitsgericht auch nicht die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Betriebs iSv. § 1 Abs. 3 KSchG verkannt. 31

(1) Die Revision weist zwar zutreffend darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen des betrieblichen Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes grundsätzlich der Arbeitnehmer trägt (vgl. zB Senat 4. Juli 1957 - 2 AZR 86/55 - BAGE 4, 203, zu 7 der Gründe; 9. September 1982 - 2 AZR 253/80 - BAGE 40, 145, zu II 4 b der Gründe; 18. Januar 1990 - 2 AZR 355/89 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 9 = EzA KSchG § 23 Nr. 9, zu III 2 der Gründe; 15. März 2001 - 2 AZR 151/00 - EzA KSchG § 23 Nr. 23, zu II 1 c der Gründe; zweifelnd Senat 24. Februar 2005 - 2 AZR 373/03 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 34 = EzA KSchG § 23 Nr. 28, zu B I 2 der Gründe; von Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 23 Rn. 47; aA ErfK/Kiel 7. Aufl. § 23 KSchG Rn. 20; KR-Weigand 8. Aufl. § 23 KSchG Rn. 54a; Löwisch/Spinner KSchG 9. Aufl. § 23 Rn. 25; Reinecke NZA 1989, 577, 583 f.; Bader NZA 1997, 905, 910; Bepler AuR 1997, 54, 56, jeweils mwN).

(2) Hierauf kommt es aber nicht an. Es geht im Entscheidungsfall nicht um die Darlegungs- und Beweislast für den betrieblichen Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes, sondern um die Frage der Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG.

Die in § 1 Abs. 3 Satz 1 2. Halbs. KSchG geregelte Mitteilungspflicht korrespondiert nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf prozessualer Ebene mit einer abgestuften Verteilung der Darlegungslast zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Die materiell-rechtliche Ausgestaltung dieser Verpflichtung darf nämlich nicht darüber hinwegtäuschen, dass die vom Gesetzgeber getroffene Interessenwertung auch in prozessualer Hinsicht zutrifft. Sie konkretisiert das auf der Darlegungs- und Beweisebene auch in anderen Bereichen anerkannte Prinzip der Sachnähe. 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 Arbeit-

nehmer 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 Auswahlverfahrens gleichwohl der gekündigte Arbeitnehmer nach dem Maßstab des § 1 Abs. 3 KSchG nicht fehlerhaft ausgewählt worden ist (*BAG 24. Mai 2005 - 8 AZR 398/04 - BAGE 114, 374; KR-Griebeling 8. Aufl. § 1 KSchG Rn. 683 ff. mwN*).

(3) Von diesem Grundsatz ist das Landesarbeitsgericht im Entscheidungsfall in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise ausgegangen. Nachdem die Klägerin die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl gerügt hatte, hat die Beklagte in der Klagerwidrigung vom 22. Juni 2005 geltend gemacht, der Markt B sei ein eigenständiger Betrieb iSd. §§ 1, 23 KSchG auf den die Sozialauswahl beschränkt sei. Die Beklagte hatte hierzu im Wesentlichen ausgeführt, nach dem Organisationshandbuch Markt und der tatsächlichen Handhabung kämen dem Marktleiter die wesentlichen Befugnisse in personellen und sozialen Angelegenheiten zu und dieser habe die notwendige Leitungsmacht. Hierauf hat die Klägerin dann mit Schriftsatz vom 12. Juli 2005 die Leitungsmacht des Marktleiters in Abrede gestellt und geltend gemacht, schon nach der „Aufgabenbeschreibung Funktion: Marktleitung“ sei der Marktleiter nicht im Sinne einer Leitungsmacht eigenverantwortlich handlungsbefugt, vielmehr besitze die Bezirksleitung mit Unterstützung der Personalabteilung die Leitungsmacht. Dem Marktleiter obliege lediglich die eigenverantwortliche Steuerung des Personaleinsatzes.

35

Aus dem Vortrag der Beklagten konnte das Landesarbeitsgericht ohne Verstoß gegen die Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast deshalb schließen, dass der Marktleiter über keine ausreichende Leitungsmacht in personellen und sozialen Angelegenheiten verfügt. Insbesondere hat das Landesarbeitsgericht zu Recht die Beklagte als insoweit darlegungsbelastet angesehen, weil der Arbeitnehmer aus eigener Anschauung regelmäßig nur in geringem Umfang Darlegungen zur weiteren Ausgestaltung der Leitungsmacht machen kann. Dementsprechend spricht auch die größere Sachnähe des Arbeitgebers für eine ihm obliegende Darlegungslast.

36

- e) Auch die von der Beklagten in diesem Zusammenhang erhobene Aufklärungsrüge bleibt ohne Erfolg. 37
- aa) Die Aufklärungsrüge ist zulässig. Bei einer Aufklärungsrüge muss der Revisionsführer darlegen, dass für das Gericht eine Aufklärungspflicht bestanden hat, dass diese verletzt worden ist, was die Partei vorgetragen hätte, wenn das Gericht seiner Aufklärungspflicht genügt hätte und dass danach die Entscheidung dann anders ausgefallen wäre (*BAG 13. Dezember 2006 - 10 AZR 792/05 - EzA BGB 2002 § 611 Personalrabatt Nr. 2; 9. Februar 2006 - 6 AZR 281/05 -; Senat 15. Dezember 1994 - 2 AZR 327/94 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 67 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 75; ErfK/Koch 7. Aufl. § 74 ArbGG Rn. 15*). 38
- bb) Zwar wird die von der Revision erhobene Rüge diesen Anforderungen gerecht. Sie ist jedoch in der Sache unbegründet. Die Revision wiederholt lediglich ihren bisherigen Sachvortrag, den das Landesarbeitsgericht aber vollständig berücksichtigt hat. Ergänzenden oder weiterführenden Vortrag über die in den Vorinstanzen hinausgehenden noch nicht berücksichtigten Ausführungen zu den Marktleiterkompetenzen enthält das Revisionsvorbringen nicht. 39
- Letztlich meint die Revision, das Landesarbeitsgericht hätte nach entsprechendem Hinweis und durchgeführter Beweisaufnahme zu einer anderen Einschätzung kommen müssen. Damit rügt sie im Ergebnis nur eine ihrer Ansicht nach fehlerhafte Würdigung des Sachverhalts, nicht aber, das Landesarbeitsgericht habe prozessrelevanten Vortrag übergangen bzw. nicht verwertet. 40
- f) Soweit die Beklagte weiter rügt, das Landesarbeitsgericht habe gegen § 286 ZPO verstoßen, weil es die angekündigten Beweise im Hinblick auf die Marktleiterkompetenzen nicht zutreffend erhoben habe, ist diese Rüge unbegründet. 41
- aa) Gem. § 286 Abs. 1 ZPO haben die Tatsacheninstanzen unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer durchgeführten Beweisaufnahme nach ihrer Überzeugung zu entscheiden, ob sie eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr erachten. Die Beweismwürdigung muss vollständig, widerspruchsfrei und umfassend sein, ohne dass das Gericht verpflichtet ist, auf jede Einzelaussage eines Zeugen einzugehen. Der Richter hat zu überprüfen, ob er an sich mögliche Zweifel überwinden kann, braucht diese aber nicht vollständig auszuschließen. Ausreichend ist ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Ge- 42

wissheit, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen. Vom Revisionsgericht wird nur überprüft, ob die Subsumtion Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und das Landesarbeitsgericht alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen die Wahrheit der streitigen Tatsache sprechen, widerspruchsfrei beachtet hat und die Beweiswürdigung frei von Verstößen gegen Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze ist und ob sie rechtlich möglich ist (*BAG 22. Juli 2004 - 8 AZR 394/03 - BB 2005, 216; Senat 7. November 2002 - 2 AZR 599/01 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 40 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 50; BAG 1. Oktober 1997 - 5 AZR 685/96 - BAGE 86, 347, zu II 3 a der Gründe mwN*). Schließlich darf das Berufungsgericht keine überspannten Anforderungen an das Maß der richterlichen Überzeugung stellen (*Senat 3. April 1986 - 2 AZR 324/85 - AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 18 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 63; Müller-Glöge in Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge ArbGG 5. Aufl. § 73 Rn. 6*).

bb) Die Revision zeigt keinen revisionsrechtlich relevanten Fehler auf. 43

(1) Sie legt nicht dar, die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Beweiswürdigung sei hinsichtlich „Aufgabenbeschreibung Funktion: Marktleitung“ widersprüchlich oder unvollständig oder verstoße gegen Denkgesetze. 44

(2) Die weitere Rüge der Revision, das Landesarbeitsgericht habe gegen § 286 ZPO verstoßen, weil es die vorgelegten Beweise im Hinblick auf die Marktleiterkompetenzen und die vorgelegten Arbeitsverträge aus drei unterschiedlichen Märkten fehlerhaft ausgewertet habe, ist ebenfalls unbegründet. 45

Das Landesarbeitsgericht hat diesen Umstand lediglich ergänzend berücksichtigt. Es hat daneben seine Würdigung auf zahlreiche weitere Umstände, insbesondere die „Aufgabenbeschreibung Funktion: Marktleitung“ und das Organisationshandbuch Markt gestützt. Allein der Umstand, dass Arbeitsverträge auf Arbeitgeberseite vom Marktleiter unterzeichnet werden, spricht nicht ausschlaggebend für dessen Einstellungskompetenz, insbesondere nicht, wenn dem Namenszug der Marktleitung formalmäßig das Kürzel „im Auftrag“ beigefügt ist. 46

2. Ob die von der Beklagten vorsorglich durchgeführte marktübergreifende Sozialauswahl in ausreichendem Maße erfolgt oder fehlerhaft ist, lässt sich auf Grund der bisherigen tatrichterlichen Feststellungen nicht abschließend beurteilen. Dementspre- 47

chend war der Rechtsstreit zur weiteren Sachaufklärung und Abwägung der sozialen Auswahlkriterien an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

a) Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG ist eine Kündigung trotz Vorliegens dringender betrieblicher Erfordernisse iSd. Abs. 2 sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG sind in die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebs, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. 48

b) Die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG erstreckt sich innerhalb des Betriebs nur auf die Arbeitnehmer, die miteinander vergleichbar sind. Dabei bestimmt sich der Kreis der in die soziale Auswahl einzubeziehenden vergleichbaren Arbeitnehmer in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen, also zunächst nach der ausgeübten Tätigkeit. Dies gilt nicht nur bei einer Identität der Arbeitsplätze, sondern auch dann, wenn der Arbeitnehmer auf Grund seiner Tätigkeit und Ausbildung eine andersartige, aber gleichwertige Tätigkeit ausführen kann. Die Notwendigkeit einer kurzen Einarbeitungszeit steht der Vergleichbarkeit nicht entgegen (*BAG 17. Februar 2000 - 2 AZR 142/99 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 46 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 43; 5. Dezember 2002 - 2 AZR 697/01 - BAGE 104, 138*). An einer Vergleichbarkeit fehlt es jedoch, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einseitig im Rahmen des Direktionsrechts auf einen anderen Arbeitsplatz umsetzen oder versetzen kann (*BAG 17. Februar 2000 - 2 AZR 142/99 - aaO; zuletzt: 2. Februar 2006 - 2 AZR 38/05 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 142 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 144; 18. Oktober 2006 - 2 AZR 676/05 - EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 73*). Maßgebend ist demnach, ob der Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers, dessen Arbeitsplatz weggefallen ist, einen Einsatz ohne Änderung des Arbeitsvertrags auf dem anderen Arbeitsplatz rechtlich zulässt. Die Vergleichbarkeit kann grundsätzlich nicht dadurch herbeigeführt werden, dass der Arbeitsvertrag eines von einem betriebliche Ereignis betroffenen Arbeitnehmers erst anlässlich dieses Ereignisses entsprechend angepasst wird. 49

- aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts können sich auch die Arbeitnehmer, die einem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf einen Betriebserwerber nach § 613a BGB widersprechen, bei einer nachfolgenden, vom Betriebsveräußerer erklärten Kündigung auf eine mangelhafte Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG berufen. Allerdings sollen nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bei der Prüfung der sozialen Auswahlgesichtspunkte die Gründe für den Widerspruch berücksichtigt werden (*vgl. Senat 7. April 1993 - 2 AZR 449/91 (B) - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 22 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 30, zu II 5 b der Gründe; 21. März 1996 - 2 AZR 559/95 - BAGE 82, 316, zu IV 4 der Gründe; BAG 18. März 1999 - 8 AZR 190/98 - BAGE 91,129, zu B II 2 a der Gründe; 24. Februar 2000 - 8 AZR 167/99 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 47 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 104, zu III 2 c der Gründe; Senat 22. April 2004 - 2 AZR 244/03 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 67 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 53, zu B II 2 der Gründe; kritisch KR-Pfeiffer 8. Aufl. § 613a BGB Rn. 119 f.; Meyer NZA 2005, 9, 12 „triftiger Sachgrund“; Nicolai BB 2006, 1162, 1165; auch Lipinski DB 2002, 1214 ff. - keine soziale Auswahl -; Fischer AuR 2002, 291 ff.; Gaul NZA 2006, 730, 732; Löw AuR 2006, 224, 225 - keine Einschränkung der Sozialauswahl bei Widerspruch des Arbeitnehmers -, jeweils mwN).* 50
- bb) Die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, nach der die Gründe für den Widerspruch bei der Abwägung der sozialen Auswahlkriterien zu berücksichtigen sind, ist unter der Geltung des § 1 Abs. 3 KSchG in der seit 1. Januar 2004 geltenden Fassung nicht mehr aufrechtzuerhalten. Dementsprechend ist die Beklagte gehindert, den Widerspruch der Klägerin gegen den Betriebsübergang bzw. dessen Begründung im Rahmen der Sozialauswahl zu berücksichtigen. Einer Berücksichtigung der Widerspruchsgründe im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG steht der eindeutige Wortlaut des Gesetzes entgegen. 51
- (1) Mit der Neufassung der Regelung wurde die Sozialauswahl auf die vier vorgeannten gesetzlichen Kriterien beschränkt (*KR-Griebeling 8. Aufl. § 1 KSchG Rn. 670*). Diese Auflistung ist abschließend (*von Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 1 Rn. 930*). Sie schließt damit grundsätzlich die Berücksichtigung der Gründe für den Widerspruch im Rahmen der Sozialauswahl aus (*von Hoyningen-Huene/Linck § 1 Rn. 886; Löwisch/Spinner KSchG 9. Aufl. § 1 Rn. 363; vgl. auch APS/Steffan 2. Aufl. § 613a BGB Rn. 226 ff.; Stahlhacke/Preis/Vossen-Preis Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 9. Aufl. Rn. 1067 ff.; ErfK/Preis 7. Aufl. § 613a BGB* 52

Rn. 104; Hako/Gallner 3. Aufl. § 1 KSchG Rn. 751; Löw AuR 2006, 224, 225; Gaul NZA 2005, 730, 732).

(2) Dem steht auch nicht das Regelungsziel des § 1 Abs. 3 KSchG, nämlich zu einer gerechten Verteilung der verbliebenen Arbeitsplätze unter den Arbeitnehmern beizutragen, entgegen (ErfK/Ascheid/Oetker 7. Aufl. § 1 KSchG Rn. 475; vgl. APS/Kiel 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 670). 53

Der Gesetzgeber wollte durch die Begrenzung der Sozialauswahl auf vier Kriterien diese rechtssicher ausgestalten. Dieser gesetzgeberische Wille würde durch den Rückgriff auf vermeintlich allgemeine Wertungen bei der Sozialauswahl aber konterkariert. Es müssten dann Gesichtspunkte berücksichtigt werden, die vom Wortlaut des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG nicht mehr erfasst werden, sondern auch wegen des erheblichen Wertungsspielraums nur schwer handhabbar und kalkulierbar wären. 54

Dies gilt umso mehr, wenn man die Sozialauswahl davon abhängig machen würde, dass der widersprechende Arbeitnehmer einen „aner kennenswerten Grund“ für seinen Widerspruch hat. 55

(3) Ferner lässt sich weder mit dem Wortlaut noch der Systematik des § 1 Abs. 2 und Abs. 3 KSchG und des § 613a BGB begründen, warum allein beim Vorliegen von „hinreichenden“ oder „akzeptablen“ Widerspruchsgründen eine nur an § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG orientierte Sozialauswahl erfolgen kann. Denn nach der seit dem 1. April 2002 in Kraft getretenen gesetzlichen Regelung des Widerspruchsrechts in § 613a Abs. 6 BGB sind die Gründe und Motive für einen Widerspruch belanglos (BAG 30. September 2004 - 8 AZR 462/03 - BAGE 112, 124; 29. März 2007 - 8 AZR 538/06 -). 56

Der einem Betriebsübergang widersprechende Arbeitnehmer übt ein ihm einfachgesetzlich zugebilligtes Recht (§ 613a Abs. 6 Satz 1 BGB) aus. Sein Widerspruchsrecht ist von Gesetzes wegen weder an eine Begründung gebunden noch müssen objektiv vernünftige Gründe vorliegen. Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers darf nicht dadurch entwertet werden, dass ihm über den Umweg einer späteren Kündigung bzw. anlässlich einer Sozialauswahl bei einer solchen Kündigung eine Begründung für sein vorheriges, auch begründungslos zulässiges Verhalten abverlangt wird. Eine Eingrenzung der in die Sozialauswahl einzubeziehenden vergleichbaren Arbeitnehmer auf die „aus guten Gründen“ widersprechenden Arbeitnehmer kann deshalb im Gesetz keine Stütze finden. Ist der Widerspruch rechtswirksam erfolgt, muss 57

der Arbeitnehmer so gestellt werden, als habe der Betriebsübergang nicht stattgefunden. In diesem Fall steht er wieder im „Verteilungswettbewerb“ um die vorhandenen Arbeitsplätze im Betrieb nach den von Gesetzes wegen vorgesehenen Kriterien.

Dies führt zugegebenermaßen in den Fällen eines Betriebsteilübergangs im Rahmen der Sozialauswahl zu einem „Verdrängungswettbewerb“ zwischen den Arbeitnehmern des übergegangenen Betriebsteils und des restlichen, vom Übergang nicht betroffenen Betriebs. Dies hat der Gesetzgeber aber durch die gesetzlichen Neuregelungen offenbar in Kauf genommen. 58

(4) Die Gründe für den Widerspruch des Arbeitnehmers gegen einen Betriebs(teil)übergang können grundsätzlich auch nicht über § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG Berücksichtigung finden. Die danach gegebene Möglichkeit, einzelne Arbeitnehmer in die Sozialauswahl nicht einzubeziehen, wenn ihre Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebs, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt, stellt regelmäßig keine Möglichkeit dar, alle Arbeitnehmer, die vom Betriebs(teil)übergang nicht betroffen waren, nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen und damit letztlich den Kreis der für eine Kündigung in Betracht zu ziehenden Arbeitnehmer auf die widersprechenden zu beschränken. Eine solche Nichtberücksichtigung dieser Arbeitnehmer kann auch schwerlich allein auf die Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur gestützt werden. 59

(5) Allerdings sind Fälle denkbar, in denen durch den Widerspruch etwa einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern gegen einen Betriebsteilübergang und der in ihrer Folge vom Arbeitgeber durchzuführenden Sozialauswahl tiefgreifende Umorganisationen notwendig werden, die zu schweren betrieblichen Ablaufstörungen führen können, so dass über § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG Teile der vom Betriebsteilübergang nicht betroffenen Arbeitnehmer nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen wären (*vgl. Senat 5. Dezember 2002 - 2 AZR 697/01 - BAGE 104, 138*). Für eine solche Fallgestaltung bietet der Vortrag der Beklagten hier aber keine Anhaltspunkte. Im Hinblick auf die Anzahl der im Markt B vormals beschäftigten, widersprechenden Arbeitnehmer und die Größe des Verkaufsbezirks sind entsprechende Umstände nicht zu erkennen. 60

(6) Unter Berücksichtigung der vorstehenden rechtlichen Erwägungen erübrigt sich das Eingehen auf die von der Revision erhobene Rüge, das Landesarbeitsgericht hätte bei zutreffender Würdigung des Vortrags der Beklagten und nach Durchführung 61

einer Beweisaufnahme dazu kommen müssen, dass die Klägerin für ihren Widerspruch gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses über keinen sachlichen Grund verfügte.

c) Ob die Beklagte vor Ausspruch der Kündigungen vom 28. April 2005 und 28. Juni 2005 eine den Vorgaben des § 1 Abs. 3 KSchG gerecht werdende Sozialauswahl durchgeführt hat, kann noch nicht abschließend beurteilt werden. Die Beklagte hat in den Vorinstanzen auf die entsprechende Rüge der Klägerin ihre Überlegungen zur von ihr vorsorglich durchgeführten Sozialauswahl vorgetragen. Ob eine solche Sozialauswahl iSv. § 1 Abs. 3 KSchG ausreichend gewesen wäre, bedarf weiterer tatrichterlicher Feststellungen und Würdigungen. Im Hinblick auf den insoweit bestehenden Beurteilungsspielraum der Tatsachengerichte und wegen der fehlenden tatrichterlichen Feststellungen und Würdigungen im Berufungsurteil ist die Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht erforderlich. 62

aa) Bei der Frage der ausreichenden Berücksichtigung der in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG genannten sozialen Gesichtspunkte handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das angefochtene Urteil die Rechtsbegriffe 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 es in sich widerspruchsfrei ist (*Senat 6. Juli 2006 - 2 AZR 442/05 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 82 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 69, zu B II 3 a der Gründe; 2. Dezember 1999 - 2 AZR 757/98 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 45 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 42*). 63

bb) Nach dem Gesetzeswortlaut (§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG) hat der Arbeitgeber die sozialen Gesichtspunkte „ausreichend“ zu berücksichtigen. Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Landesarbeitsgericht daraus gefolgert, dass dem Arbeitgeber bei der Gewichtung der Sozialkriterien ein Wertungsspielraum zukommt. Die Auswahlentscheidung muss nur 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 (*Senat 5. Dezember 2002 - 2 AZR 549/01 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 59 = EzA KSchG § 1 Soziale Aus-* 64

wahl Nr. 49, zu B III 1 der Gründe; 18. Januar 1990 - 2 AZR 357/89 - BAGE 64, 34; 18. Oktober 1984 - 2 AZR 543/83 - BAGE 47, 80, zu B II 4 der Gründe; *Stahlhake/Preis/Vossen-Preis Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis* 9. Aufl. Rn. 1116).

cc) Das Berufungsgericht wird im Rahmen des neuerlichen Berufungsverfahrens sich mit dem von den Parteien bereits gehaltenen Vortrag zur Sozialauswahl als auch dem ggf. erfolgenden neuen Vortrag auseinanderzusetzen haben. Soweit es bisher davon ausgegangen zu sein scheint, die Beklagte habe zu der von ihr behaupteten vorsorglich durchgeführten marktübergreifenden Sozialauswahl unzureichend vorge-
tragen, wird es unter Berücksichtigung der gesetzlichen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG Folgendes zu beachten haben: 65

(1) In der Klageschrift hatte die Klägerin vorsorglich die Sozialauswahl gerügt. Im Hinblick auf die in der Klageerwiderung vom 22. Juni 2005 von der Beklagten vertretene Auffassung, eine Sozialauswahl sei nicht erforderlich gewesen, hat die Klägerin im Schriftsatz vom 12. Juli 2005 ausführlich die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl dargelegt und mehrere Arbeitnehmer benannt, die sie für vergleichbar und weniger schutzwürdig erachtet. Hierzu hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 10. August 2005 ausführlich Stellung genommen und für einige Mitarbeiter dargelegt, diese seien bei Zugang der Kündigung schon nicht mehr im Unternehmen der Beklagten beschäftigt gewesen oder mit der Klägerin auf Grund ihrer jeweiligen Qualifikationen nicht vergleichbar und zum Teil auch wesentlich älter als die Klägerin. In der Berufungsbegründung vom 24. Oktober 2005 hat die Beklagte detailliert zur marktübergreifenden Sozialauswahl vorgetragen und die Liste aller in der Altersgruppe 30 bis 39 Jahre befindlichen Verkäuferinnen aus dem Bereich Flächenbetriebsrat Ost 1 (Bezirk) vorgelegt. Hierauf hat die Klägerin in der Berufungserwiderung vom 28. November 2005 Stellung genommen und fünf Arbeitnehmer(innen) benannt, die mit ihr vergleichbar und nach ihrer Auffassung sozial weniger schutzwürdig seien. Zu dieser Rüge hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 22. Dezember 2005 Stellung genommen und im Wesentlichen ausgeführt, zumindest vier der fünf benannten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gehörten zu einer anderen Altersgruppe; lediglich die Arbeitnehmerin K gehöre möglicherweise der gleichen Altersgruppe an. Ob diese Arbeitnehmerin wesentlich weniger sozial schutzwürdig ist, hat das Landesarbeitsgericht genauso wenig festgestellt wie eine mögliche Vergleichbarkeit der von den Parteien angeführten Arbeitnehmer mit der Klägerin. 66

- III. Ob die Kündigung vom 28. April 2005 mangels ordnungsgemäßer Beteiligung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam ist, kann mangels tatrichterlicher Feststellungen hierzu ebenfalls nicht beurteilt werden. Die Beklagte kann sich möglicherweise auf ihre Überlegungen zur vorsorglichen marktübergreifenden Sozialauswahl berufen, ohne dass dem § 102 Abs. 1 BetrVG entgegenstünde. In der schriftlichen Betriebsratsanhörung vom 19. April 2005 hat sie darauf hingewiesen, dass sie sich auch bei Durchführung einer marktübergreifenden Sozialauswahl unter Berücksichtigung der gebildeten Altersgruppen für die Kündigung der Klägerin entschieden hätte. Möglicherweise wird das Landesarbeitsgericht allerdings aufklären müssen, ob die in der Anhörung bezeichnete Anlage tatsächlich dem Betriebsrat vorgelegen hatte. 67
- D. Das Berufungsgericht hat auch über die Kosten der Revision zu entscheiden. 68

Bröhl

Schmitz-Scholemann

Eylert

Claes

Krichel