

Betriebsbedingte Kündigung

BAG (2. Senat), Urteil vom 07.05.1998 - 2 AZR 536/97 (2. Instanz: Landesarbeitsgericht Köln)

1. Liegen die vom Arbeitgeber darzulegenden und ggf. zu beweisenden Voraussetzungen des § 1 Absatz 5 KSchG vor, d.h. eine Betriebsänderung nach § 111 BetrVG sowie ein Interessenausgleich nebst Namensliste der zu kündigenden Arbeitnehmer, so ist es nach § 1 Absatz 5 Satz 1 KSchG Sache des gekündigten Arbeitnehmers, darzulegen und ggf. zu beweisen, dass keine dringenden betrieblichen Erfordernisse für die Kündigung vorliegen.
2. Die Vermutungswirkung des § 1 Absatz 5 Satz 1 KSchG erstreckt sich auch auf das Nichtvorliegen einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer im Betrieb.
3. Zur eingeschränkten Überprüfung der Sozialauswahl nach § 1 Absatz 5 Satz 2 KSchG.

Die Klägerin (geboren am 25.02.1946) war seit dem 20.03.1978 als kaufmännische Angestellte in der Position einer Versandleiterin - zuletzt als einzige Arbeitnehmerin in der Versandabteilung - beschäftigt. Die Beklagte ist ein Betrieb, der bisher Milchfilter, Stilleinlagen, Vliesstoffe und Produkte für die Erste Hilfe herstellte und vertrieb, und zwar mit 63 Arbeitnehmern. Unter dem 30.10.1996 vereinbarte die Beklagte mit ihrem Betriebsrat einen Interessenausgleich wegen einer zum 31.03.1997 geplanten Stilllegung wesentlicher Betriebsteile, nämlich der Bereiche Stilleinlagen, Vliesstoffe, Milchfilter sowie der Produktion im Bereich Erste Hilfe, in dem nur der Handel fortgesetzt werden sollte; ferner sollte der Restbereich Watte und Mulltupfer eingestellt werden. Nach dem Interessenausgleich sind in den dort im einzelnen aufgeführten Bereichen "personelle Reduzierungen" erforderlich, u.a. im Bereich Versand/Lager. Im Interessenausgleich wird auf eine anliegende, von den Betriebspartnern unterzeichnete Liste mit den Namen der von den Maßnahmen betroffenen Arbeitnehmer Bezug genommen; diese Anlage, in der die zu entlassenden Arbeitnehmer/innen, darunter die Klägerin, namentlich aufgeführt werden, ist Gegenstand des Interessenausgleichs und Sozialplans; letzterer sieht für die zu entlassenden Arbeitnehmer eine Abfindung vor, die sich im Falle der Klägerin auf 16910 DM beläuft. In Ausführung des Interessenausgleichs kündigte die Beklagte der Klägerin am 31.10.1996 zum 30.04.1997.

Mit ihrer Klage bestreitet die Klägerin wirtschaftliche Gründe für die von der Beklagten ergriffenen Maßnahmen; die im Interessenausgleich erwähnten Stilllegungen hat sie mit Nichtwissen bestritten. Jedenfalls bestehe der Versand weiter, dem sie zuzurechnen sei und in dem die Beklagte im August 1996 eine Neueinstellung vorgenommen habe. Sie könne auch im Vertrieb arbeiten; im übrigen sei der Versandbereich nicht entfallen, da der dortige

Arbeitsanfall nicht zurückgegangen sei; insofern sei es ausgeschlossen, dass ihre bisherigen Aufgaben auf verbleibende Mitarbeiter verteilt worden seien. Ihre bisherige Urlaubsvertretung, Frau K., betreue weiterhin den Versand und sei dort bis zu sechs Stunden täglich beschäftigt. Tatsächlich habe die Beklagte nicht, wie es Gegenstand der Verhandlungen mit dem Betriebsrat gewesen sei, den Versand in ein Verteilzentrum ausgelagert. Ferner seien mehrere Arbeitnehmer, denen in Ausführung des Interessenausgleichs gekündigt worden sei, von einer neu gegründeten Firma K. GmbH, die ab Januar 1997 in den alten Betriebsräumen ihre Tätigkeit aufgenommen habe, übernommen worden. Schließlich sei die von der Beklagten getroffene Sozialauswahl nicht nachvollziehbar, sondern mit groben Fehlern behaftet.

Die Klägerin hat beantragt festzustellen, dass die mit Schreiben vom 31.10.1996 zum 30.04.1997 ausgesprochene Kündigung sozial ungerechtfertigt ist.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag vorgetragen, die Bereiche Stilleinlagen, Vliesstoffe, Milchfilter und der Restbereich Watte und Mulltupfer seien tatsächlich eingestellt worden; dies gelte auch für den Bereich Erste Hilfe, und zwar bis auf den Handel mit derartigen Produkten. Die Abteilung Versand sei geschlossen worden und der Arbeitsplatz der Klägerin existiere nicht mehr. Da die Produktion in allen Bereichen aufgegeben worden sei und ihre Lieferanten jeweils an die Kunden unmittelbar, zum Teil über Streckengeschäfte, liefern sollten, sei im Versand nur noch so wenig zu tun, dass es nicht einmal für eine halbe Stelle ausreiche. Neben Frau K. erledigten noch drei weitere Mitarbeiter aus dem Vertrieb Versandarbeiten, und zwar pro Tag mit ca. einer halben Stunde. Neueinstellungen seien nicht vorgenommen worden; auch habe ein (Teil-) Betriebsübergang auf die Firma K. GmbH nicht stattgefunden. Mit Mitarbeitern aus dem Vertrieb könne die Klägerin nicht ausgetauscht werden, weil andere Qualifikationen und berufliche Hintergründe erforderlich seien, während die Klägerin ausschließlich Versandarbeiten erledigt habe; das gleiche gelte für das Lager.

Das ArbG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Die vom LAG zugelassene Revision der Klägerin ist nicht begründet.

Aus den Gründen:

Die Vorinstanzen haben zutreffend entschieden, dass die gegenüber der Klägerin erklärte Kündigung nicht sozialwidrig ist, § 1 Absatz 2 KSchG.

I.

Das LAG hat seine Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet: Die Kündigung sei sozial nicht ungerechtfertigt, wie aus § 1 Absatz 5 KSchG folge, denn es liege eine Betriebsänderung vor, derentwegen ein Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat abgeschlossen worden sei, in dem die Klägerin als zu kündigende Arbeitnehmerin namentlich bezeichnet werde. Entgegen dieser Vorschrift habe die Klägerin keinen Beweis für ihre Behauptung angeboten, die im Interessenausgleich vorgesehenen Stilllegungen seien nicht geplant oder durchgeführt worden. Nachdem die tatbestandlichen

Voraussetzungen des § 1 Absatz 5 Satz 1 KSchG unstreitig seien, habe die Klägerin ihrer Darlegungslast nicht genügt. Das gelte auch für den angeblichen Fehler in der Sozialauswahl. Die Klägerin habe nicht vorgetragen, warum es grob fehlerhaft sein solle, sie nicht mit den Arbeitnehmern anderer Abteilungen, insbesondere im Vertrieb und im Lager, zu vergleichen. Ohne Erfolg sei auch der Hinweis der Klägerin auf eine angebliche Teilbetriebsübernahme, für deren Voraussetzungen es an substantiierten Darlegungen fehle.

II.

Der Entscheidung des LAG tritt der Senat sowohl im Ergebnis wie auch weitgehend in der Begründung bei. Die Rüge der Revision, § 1 Absatz 5 KSchG sei verletzt, greift nicht durch.

1. Gemäß § 1 Absatz 2 KSchG ist eine Kündigung u.a. dann sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen. Trifft der Arbeitgeber die unternehmerische Entscheidung, eine bestimmte Abteilung seines Betriebes zu schließen, so ist diese Unternehmerentscheidung selbst zwar nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unvernünftig oder willkürlich ist (BAG 31, 157, 162 = AP Nr. AP KSCHG1969 § 1 6 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung [II 1b der Gründe]; BAG 55, 262, 270f. = AP Nr. AP KSCHG1969 § 42, aaO [III 2b, c der Gründe] und Senatsurteil vom 5. 10. 1995 - 2 AZR 269/95 - BAG 81, 86, 97 = AP Nr. AP KSCHG1969 § 71, aaO [II 1 der Gründe]). Vom Gericht voll nachzuprüfen ist aber, ob durch die innerbetriebliche Umsetzung dieser Unternehmerentscheidung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfallen ist (BAG 65, 61 = AP Nr. AP KSCHG1969 § 1 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung).

a) Davon ist das Berufungsgericht vorliegend im Hinblick auf die Neuregelung des § 1 Absatz 5 Satz 1 KSchG aufgrund des arbeitsrechtlichen Gesetzes zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung (Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz) vom 25.09.1996, das nach dessen Art. 13 am 01.10.1996 in Kraft getreten ist, ausgegangen. Für die hier zu beurteilende ordentliche Kündigung vom 31.10.1996 gilt mithin § 1 Absatz 5 KSchG. Nach dieser Bestimmung wird vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse i.S. des Abs. 2 bedingt ist, wenn bei einer Kündigung aufgrund einer Betriebsänderung nach § 111 des BetrVG die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet sind.

b) Nach den für den Senat gemäß § 561 ZPO verbindlichen Feststellungen des LAG sind die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt. Es liegt eine Betriebsänderung vor, derentwegen ein Interessenausgleich zwischen der Beklagten und ihrem Betriebsrat abgeschlossen wurde und in dem die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden sollte, darunter u.a. die Klägerin, namentlich bezeichnet wurden. Das LAG hat das Vorliegen dieser Voraussetzungen des § 1 Absatz 5 Satz 1 KSchG als unstreitig bezeichnet, was auch

hinsichtlich der tatsächlich erfolgten Betriebsstillegung von der Revision nicht in Zweifel gezogen wird. Insoweit ist vom Berufungsgericht festgestellt worden (§ 561 ZPO), dass die Beklagte die von ihr geschilderte umfangreiche Stillegung von Betriebsbereichen und den damit einhergehenden Personalabbau durchgeführt hat, wobei das LAG in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hingewiesen hat, der Verzicht auf betriebliche Aktivitäten sei eine Unternehmerentscheidung, die nur auf Rechtsmißbrauch untersucht werden kann (siehe oben zu II.1), der hier von der Klägerin nicht einmal geltend gemacht wird.

Die Klägerin meint nur, es liege keine Kündigung aufgrund einer Betriebsänderung vor, denn die Geschäftsleitung habe im Rahmen der Verhandlungen mit dem Betriebsrat über einen Interessenausgleich die geplante Betriebsänderung bezüglich des Wegfalles der Versandabteilung damit begründet, dass der Versand zukünftig durch ein Verteilzentrum erfolgen sollte, diese mit dem Betriebsrat beratene Betriebsänderung sei jedoch nicht zum Tragen gekommen, vielmehr werde die von ihr verrichtete Versandtätigkeit von Vertriebsmitarbeitern mit erledigt. Wie die Beklagte mit der Revisionserwiderung zutreffend geltend macht, handelt es sich hierbei um unerheblichen, in der Revisionsinstanz neuen, jedenfalls aber bestrittenen Sachvortrag der Klägerin. Unerheblich ist dieser Vortrag, weil nicht die Schließung der Versandabteilung - bestehend allein aus der Klägerin - selbst eine Betriebsänderung i.S. der §§ 111, 112 BetrVG darstellt, sondern nach den Feststellungen des LAG (§ 561 ZPO) ist die Stillegung der Bereiche Stilleinlagen, Vliesstoffe, Milchfilter sowie des Restbereichs Watte und Mulltupfer Gegenstand der Betriebsänderung. Durch diese unbestrittene Betriebsänderung wird - auch ausweislich des Wortlauts des Interessenausgleichs - eine "personelle Reduzierung u.a. im Versand/Lager notwendig". Im übrigen hat die Klägerin ausweislich des Protokolls des ArbG Bonn vom 05.02.1997, in Bezug genommen im Tatbestand des Berufungsurteils (S. 5), vortragen lassen, ihres Erachtens komme der Versandbereich nicht in Wegfall, zumal Verträge mit Verteilzentren von der Beklagten nicht abgeschlossen worden seien. Dem war die Beklagte ausweislich dieses Protokolls mit der Behauptung entgegengetreten, die Abwicklung des Versands solle so erfolgen, dass die Lieferanten jeweils an die Kunden der Beklagten, zum Teil über Streckengeschäfte, unmittelbar liefern sollten und was an Versand verbleibe, sollten die verbleibenden Arbeitnehmer mit erledigen. Demnach hat die Klägerin der ihr im Rahmen von § 1 Absatz 2 und Absatz 5 KSchG obliegenden Substantiierungslast in der Tat nicht genügt.

c) Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 Absatz 5 KSchG mußte die Klägerin darlegen, dass eine Beschäftigungsmöglichkeit für sie nicht weggefallen sei. Die Vermutung der Betriebsbedingtheit der Kündigung führt gemäß § 46 Absatz 2 Satz 1 ArbGG zur Anwendung des § 292 ZPO. Stellt danach das Gesetz (§ 1 Absatz 5 Satz 1 KSchG) für das Vorhandensein einer Tatsache - hier die Betriebsbedingtheit der Kündigung - eine Vermutung auf, so ist der Beweis des Gegenteils zulässig. Dieser Beweis des Gegenteils ist seiner Natur nach Hauptbeweis, also erst dann geführt, wenn die Unwahrheit der vermuteten Tatsache voll bewiesen ist, aus der sich ergibt, dass der vermutete Rechtszustand - vorliegend die Betriebsbedingtheit der Kündigung - nicht oder anders besteht; ein Anscheinsbeweis (prima-facie-Beweis) reicht also nicht aus. Dabei folgt die Darlegungslast

allgemeinen Regeln, das heißt grundsätzlich der Beweislast, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat. Es ist also ein substantiiertes Tatsachenvortrag unter Beweis zu stellen, der den gesetzlich vermuteten Umstand nicht nur in Zweifel zieht, sondern ausschließt, andernfalls liegt der Versuch eines unzulässigen Ausforschungsbeweises vor (BVerfG Beschluß vom 03.06.1991 - 2 BvR 511/89 - NJW Jahr 1992 Seite 224, Seite 226 [II 1d der Gründe]; BGH Urteil vom 07.06.1990 - II ZR 216/89 - NJW Jahr 1990 Seite 2125 [II 3b und 4 der Gründe], m.w.N.; Ascheid, Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozeß, S. 28f.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 56. Aufl., Einführung zu § 284 Rz. 12; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 292 Rz. 15; MünchKommZPO-Prütting, § 292 Rz. 18; Zöllner/Greger, ZPO, 20. Aufl., vor § 284 Rz. 4, 5). Dementsprechend folgert die einschlägige Literatur zu § 1 Absatz 5 KSchG aus der vom Gesetz fraglos vorgenommenen Umkehr der Beweislast ebenfalls eine Umkehr der Darlegungslast (Ascheid, RdA 1997, Seite 333, 343; Bader, NZA 1996, Seite 1125, 1133; Fischermeier, NZA 1997, Seite 1089, 1096; Hueck/von Hoyningen-Huene, KSchG, 12. Aufl., § 1 Rz. 484i; von Hoyningen-Huene, DB 1997, Seite 41, 45; Dorndorf/Weller/Hauck, KSchG, § 1 Rz. 952, 1159; Kohte, BB 1998, Seite 946, 950; Löwisch, NZA 1996, Seite 1009, 1011; Lorenz, DB 1996, Seite 1973, 1974; Moll, MDR 1997, Seite 1039; Preis, NJW 1996, Seite 3369, 3372; Schiefer, NZA 1997, Seite 915, 916; Schwedes, BB 1996, Seite 2, 4; Stahlhacke/Preis, WiB 1996, Seite 1025, 1032). Dieses Ergebnis entspricht auch der Begründung des Gesetzentwurfs zu Art. 1b (BT-Drucks. 13/4612, S. 9 unter A I 3), wonach der Arbeitnehmer die vermutete Betriebsbedingtheit "schlüssig und begründet widerlegen" muß, und enthält damit eine Abweichung von der allgemeinen Beweislastregel des § 1 Absatz 2 Satz 4 KSchG. Das bedeutet: Der Arbeitgeber braucht zur Rechtfertigung der Kündigung keine weiteren Tatsachen vorzutragen (a.A. Zwanziger, AuR 1997, Seite 427, 429). Es ist vielmehr Sache des Arbeitnehmers, durch substantiierten Tatsachenvortrag darzulegen und im Streitfall zu beweisen, dass keine dringenden betrieblichen Erfordernisse für die Kündigung vorliegen.

d) Die Klägerin hat hier weder dargelegt, noch etwa Beweis dafür angetreten, dass die ihr gegenüber ausgesprochene Kündigung nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist. Es ist oben bereits darauf hingewiesen worden, dass der teilweise neue Revisionsvortrag unerheblich ist, nach den Verhandlungen des Betriebsrats mit der Beklagten habe der Versand zukünftig durch ein Verteilzentrum erfolgen sollen, wozu es jedoch nicht gekommen sei. Denn in welcher Form der Versand und damit auch die Position der Klägerin als Versandleiterin entfallen ist, ist irrelevant angesichts der im Interessenausgleich vom 30.10.1996 getroffenen Festlegung, dass wegen der Stilllegung der im einzelnen genannten Bereiche personelle Reduzierungen auch im Bereich Versand/Lager notwendig seien und dementsprechend in der Anlage A zum Interessenausgleich unter der Rubrik "Bereich" auch der Versand und daneben der Name der Klägerin aufgeführt wird, die nach den für den Senat verbindlichen Feststellungen des LAG (§ 561 ZPO) als einzige Arbeitnehmerin in der Versandabteilung tätig war. Damit umfaßt die gesetzliche Vermutung des § 1 Absatz 5 Satz 1 KSchG den Tatbestand, dass die Position der Klägerin als Folge der Betriebsänderung - aufgrund welcher Maßnahme im einzelnen auch immer - weggefallen ist.

In diesem Zusammenhang könnte die Revision im übrigen auch deshalb keinen Erfolg haben, weil - ihr Sachvortrag zu der geplanten Übertragung des Versandes auf ein Verteilzentrum als richtig unterstellt - keine § 554 Absatz 3 Nr. 3b ZPO entsprechende formelle Beweistrüge vorliegt. Der Vortrag, die Mitglieder des Betriebsrates hätten vernommen werden müssen, genügt nicht den Anforderungen an eine zulässige Prozeßrüge. Dazu wäre u.a. die Darlegung erforderlich gewesen, welcher Sachvortrag und welches Beweisangebot hätte ausgeschöpft, insbesondere welche bestimmte bezeichneten Zeugen hätten vernommen werden müssen und was die unterlassene Beweisaufnahme zu Tage gefördert hätte (Senatsurteile vom 27.10.1956 - 2 AZR 297/54 - AP Nr. AP ZPO § 3 zu § 554 ZPO; vom 22.07.1982 - 2 AZR 30/81 - AP Nr. AP KSCHG1969 § 1 5 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung [II der Gründe] und vom 11.08.1994 - 2 AZR 9/94 - AP Nr. AP KSCHG1969 § 1 31 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit [II 1b der Gründe]).

e) Es ist auch entgegen der Auffassung der Revision nicht zutreffend, schon durch den unstreitigen Tatbestand werde belegt, dass der Arbeitsplatz der Klägerin nicht weggefallen sei. Aus den Feststellungen des LAG (§ 561 ZPO) ergibt sich dies nicht. Das Gericht hat insbesondere nicht festgestellt, wie die Revision glauben machen will, dass eine Frau K. bis zu sechs Stunden täglich im Versand beschäftigt werde und dass drei weitere Mitarbeiter des Vertriebs je ca. 1,5 Stunden täglich mit Versandarbeiten beschäftigt seien. Die Beklagte hat nach dem vom LAG in Bezug genommenen Sachvortrag bestritten, Frau K., die im Vertrieb arbeite, werde sechs Stunden täglich im Versand beschäftigt; im Gegenteil: Die Beklagte hatte vorgetragen, der Arbeitsplatz der Klägerin existiere nach Schließung der Abteilung Versand nicht mehr, die früher durch die Versandabteilung verschickten Produkte würden aufgrund der Stilllegung und der Versendung im Streckengeschäft auf drei Mitarbeiter im Vertrieb verteilt, die ca. eine halbe Stunde täglich hiermit befaßt seien (vgl. zur Einlassungspflicht des Arbeitgebers auch Kothe, BB 1998, Seite 946, Seite 950); für diesen Sachvortrag hatte die Beklagte Beweis u.a. durch Vernehmung der drei Mitarbeiter angetreten, ohne dass die Klägerin dem mit substantiiertem Sachvortrag entgegengetreten ist. In diesem Zusammenhang hat schon das LAG zutreffend darauf hingewiesen, dass es zu der dem Unternehmer obliegenden Organisation und Gestaltung des Betriebes gehört, die Stärke der Belegschaft festzulegen, wobei die Unternehmerentscheidung auch darin liegen könne, künftig auf Dauer mit weniger Personal zu arbeiten; eine dadurch eintretende Leistungsverdichtung sei hinzunehmen. Dies entspricht der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 24.04.1997 - 2 AZR 352/96 - AP Nr. AP KSCHG1969 § 42 zu § 2 KSchG 1969 [II 2a der Gründe], [Für die Amtl. Samml. bestimmt]).

f) Die Klägerin hat auch nicht substantiiert dargetan, bei der Beklagten bestehe noch eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit für sie. Die Klägerin hatte erstinstanzlich geltend gemacht, mit ihrer Ausbildung als Einzelhandelskauffrau könne sie auch im Vertrieb eingesetzt werden; in diesem Bereich sei noch im August 1996 ein neuer Mitarbeiter eingestellt worden. Das Berufungsgericht hat diesen Sachvortrag nicht gelten lassen mit der Begründung, die der Klägerin durch § 1 Absatz 5 KSchG aufgebürdete Beweislast erstrecke sich auch auf Indiztatsachen, mit denen sie den ihr obliegenden Gegenbeweis führen wolle;

da die Beklagte Neueinstellungen bestritten habe, hätte die Klägerin hierfür Beweis antreten müssen.

Dem ist zuzustimmen. Für die betriebsbedingte Kündigung ergibt sich schon aus dem Relativsatz in § 1 Absatz 2 Satz 2 KSchG, dass dringende betriebliche Erfordernisse nur anzuerkennen sind, wenn eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in dem Betrieb nicht möglich ist. Außerdem wird dies zusätzlich in § 1 Absatz 2 Satz 2 Nr. 1b KSchG festgelegt, wonach eine Kündigung auch dann sozial ungerechtfertigt ist, wenn der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb weiterbeschäftigt werden kann. Auch insofern gilt aber die gesetzliche Vermutung des § 1 Absatz 5 Satz 1 KSchG, die dahin geht, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse i.S. des Abs. 2 bedingt ist (vgl. zur Vermutungswirkung auch Fischermeier, NZA 1997, Seite 1097). Damit erstreckt sich nach dem ausdrücklichen Gesetzestext die Vermutung der Betriebsbedingtheit auch auf eine fehlende anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit im Betrieb (in diesem Sinne auch die Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drucks. 13/4612, S. 9 unter A I 3).

Es braucht daher vorliegend nicht mehr auf die bisherige Rechtsprechung des Senats (vgl. u.g. Urteil vom 29.03.1990 - 2 AZR 369/89 - BAG 65, 61, 71 = AP Nr. AP KSCHG1969 § 1 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung [A II 5 der Gründe]) zurückgegriffen zu werden, nach der der Arbeitgeber im Rahmen des § 1 Absatz 2 Satz 1 KSchG zu einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen freien vergleichbaren (gleichwertigen) Arbeitsplatz oder auf einem freien Arbeitsplatz zu geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen verpflichtet ist, wobei es beim Bestreiten des Vorhandenseins eines freien Arbeitsplatzes allerdings Sache des Arbeitnehmers ist, konkret aufzuzeigen, wie er sich eine anderweitige Beschäftigung vorstellt (BAG 42, 151, 158 = AP Nr. AP KSCHG 1969 § 1 12, aaO [B II 2a der Gründe] und Senatsurteil vom 10. 1. 1994 - 2 AZR 489/93 - AP Nr. AP KSCHG 1969 § 1 8 zu § 1 KSchG 1969 Konzern). Nach dieser Rechtsprechung gelten die Grundsätze einer abgestuften Darlegungslast, der die Klägerin vorliegend schon deshalb nicht genügt hat, weil sie nicht konkret vorgetragen hat, auf welchem freien, vergleichbaren Arbeitsplatz sie weiterbeschäftigt werden könne.

2. Die Kündigung ist auch nicht etwa gemäß § 1 Absatz 3 Satz 1 KSchG wegen fehlerhafter Auswahl sozial ungerechtfertigt.

a) Insofern erhebt die Revision auch keine Rügen. Aus revisionsrechtlicher Sicht bestehen gegen das vom Berufungsgericht gefundene Ergebnis schon deshalb keine Bedenken, weil die Klägerin nach den Feststellungen des LAG (§ 561 ZPO) keinen vergleichbaren, nicht gekündigten Arbeitnehmer benannt hat, der sozial weniger schutzbedürftig als sie selbst wäre. Der Klägerin oblag nach § 1 Absatz 3 Satz 3 KSchG die Darlegungs- und Beweislast für Tatsachen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt i.S. des § 1 Absatz 3 Satz 1 KSchG erscheinen lassen. Angesichts der Tatsache, dass die Klägerin zuletzt die einzige Mitarbeiterin der Versandabteilung war, hätte sie vortragen müssen, welcher vergleichbare Arbeitnehmer an ihrer Stelle hätte gekündigt werden sollen. Nach dem Tatbestand des

Berufungsurteils (§ 561 ZPO) hat die Klägerin nur geltend gemacht, die von der Beklagten getroffene Sozialauswahl sei nicht nachvollziehbar, sondern mit groben Fehlern behaftet. Die Klägerin hat damit nicht erkennbar gemacht, zunächst möge der Arbeitgeber die von ihm für maßgeblich gehaltenen Gründe für die Sozialauswahl entsprechend seiner Auskunftspflicht aus § 1 Absatz 3 Satz 1, zweiter Halbsatz KSchG nennen (vgl. Senatsurteile vom 18.10.1984 - 2 AZR 61/83 - AP Nr. AP KSCHG1969 § 1 18 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung und vom 08.08.1985 - 2 AZR 464/84 - AP Nr. AP KSCHG1969 § 1 10 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl [III 2b der Gründe]). Etwas derartiges wird auch mit der Revision nicht geltend gemacht.

b) Um wieviel weniger entspricht das Klägervorbringen den strengen Voraussetzungen der Neuregelung des § 1 Absatz 5 Satz 2 KSchG. Der Senat vertritt hierzu folgende Ansicht.

Nach der Neuregelung kann die Sozialauswahl bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 1 Absatz 5 Satz 1 KSchG nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Das LAG hat dazu ausgeführt, diese Beschränkung der Prüfungsmöglichkeit beziehe sich nicht nur auf die Sozialindikatoren und deren Gewichtung, sondern auch auf die Bildung der auswahlrelevanten Gruppe, weil diese Bestandteil der Sozialauswahl sei; § 1 Absatz 3 Satz 1 KSchG spreche nur von der Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte "bei der Auswahl des Arbeitnehmers", zur Auswahl gehöre begriffsnotwendig die Festlegung des Auswahlbereichs; wenn das Gesetz undifferenziert und schlechthin von "der sozialen Auswahl" spreche, seien deren sämtliche Bestandteile gemeint. Der Senat teilt diese Sichtweise.

Es ist allerdings umstritten, ob auch die Nichteinbeziehung vergleichbarer Arbeitnehmer, u.a. aus den Gründen des § 1 Absatz 3 Satz 2 KSchG, nur auf grobe Fehlerhaftigkeit zu prüfen ist (vgl. zum Meinungsstand Fischermeier, NZA 1997, Seite 1089, 1097). Dies wird jedoch erst dann akut (siehe zu II 2a; ebenso Preis, NJW 1996, Seite 3369, 3372), wenn der gekündigte Arbeitnehmer darlegen und ggf. beweisen kann, dass ein vergleichbarer, aber nicht namentlich benannter Arbeitnehmer nach den Sozialkriterien weniger schutzwürdig wäre, wobei - wie bereits dargelegt - die Klägerin schon nach den allgemeinen Grundsätzen, die insoweit mit einer der Auskunftspflicht des Arbeitgebers korrespondierenden abgestuften Darlegungslast (siehe oben zu II 2a) weiterhin Geltung verdienen (ebenso Berkowsky, Die betriebsbedingte Kündigung, 4. Aufl., § 22 Rz. 91; Fischermeier, NZA 1997, Seite 1089, 1097; Kothe, BB 1998, Seite 954; Schiefer, NZA 1997, Seite 915, 918; Zwanziger, AuR 1997, Seite 427, 431), ihrer Darlegungslast nicht genügt hat.

Während hinsichtlich der Regelung in § 1 Absatz 3 Satz 2 KSchG Löwisch (RdA 1997 Seite 80, 81), Neef (NZA 1997, Seite 65, 69) und wohl auch Sowka/Meisel (aaO, Rz. 549) die Ansicht - wie das LAG - vertreten, auch die Nichteinbeziehung vergleichbarer Arbeitnehmer sei nur auf grobe Fehlerhaftigkeit zu prüfen, vertritt Preis (NJW 1996, Seite 3369, 3372; ebenso Stahlhacke/Preis, WiB 1996, Seite 1025, 1032) die gegenteilige Ansicht. Alle berufen sich zur Begründung auf § 125 InsO, der in Abs. 1 Nr. 2 in diesem Zusammenhang auch die

Erhaltung oder Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur erwähnt. Näher liegt es wohl, dass der Gesetzgeber für den Konkursfall eine zusätzliche Erleichterung schaffen wollte, so dass bei § 1 Absatz 5 KSchG der Prüfungsmaßstab der groben Fehlerhaftigkeit möglicherweise nur auf das Verhältnis der Sozialkriterien beschränkt wird. Für die Ansicht von Löwisch und Neef läßt sich anführen, dass auch eine nicht von Abs. 3 Satz 2 gedeckte Ausklammerung von Arbeitnehmern letztlich ein "Fehler der sozialen Auswahl" wäre, der Begriff der "sozialen Auswahl" in Abs. 5 also durchaus umfassend gemeint sein dürfte, wofür der Wortlaut in § 1 Absatz 5 Satz 2 KSchG im Vergleich zu § 1 Absatz 4 Satz 1 KSchG, der nur das Verhältnis der Auswahlkriterien zueinander anspricht, einen gewissen Hinweis geben könnte (kritisch dazu Moll, MDR 1997, 1039). Für diese Ansicht spricht letztlich das Anliegen des Gesetzgebers, u.a. die Änderungen im Bereich der betriebsbedingten Kündigung, wie es in der Begründung des Gesetzentwurfs heißt (vgl. BT-Drucks. 13/4612, S. 8 unter I vor 1), im Interesse größerer Rechtssicherheit der Beteiligten vorzunehmen. Dem hat sich auch der Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung in seiner Beschlußempfehlung (BT-Drucks. 13/5107, S. 22) angeschlossen. Es macht aber nun wenig Sinn, wenn größere Rechtssicherheit eingefordert ist, die Sozialauswahl, was die Kriterien selbst und ihre Gewichtung angeht, nur einer eingeschränkten Überprüfung auf grobe Fehlerhaftigkeit zu unterwerfen, die Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer als solche hierbei auszuklammern; ob dies auch für die sog. Leistungsträgerregelung gilt (§ 1 Absatz 3 Satz 2 KSchG), war hier nicht zu entscheiden.

Das Anliegen des Gesetzgebers, die Sozialauswahl insgesamt - gerade auch bei Massenkündigungen - kritikfest und rechtssicher zu machen, steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (vgl. etwa Urteil vom 15.06.1989 - 2 AZR 580/88 - BAG 62, 116 = AP Nr. AP KSCHG1969 § 1 18 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl), wonach Auswahlrichtlinien, die die Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer enger ziehen als § 1 Absatz 3 KSchG, wegen Verstoßes gegen zwingendes Recht bei Abweichung zum Nachteil des Arbeitnehmers unwirksam sind. Schon in dieser Entscheidung hat der Senat darauf hingewiesen ([II 2e der Gründe]), die Betriebsparteien, die hinsichtlich der Vergleichbarkeit von Arbeitnehmern des Betriebes über besondere Erfahrungen verfügten, hätten mehr noch als der Arbeitgeber allein einen Beurteilungsspielraum (ebenso Senatsurteil vom 18.01.1990 - 2 AZR 357/89 - BAG 64, 34 = AP Nr. AP KSCHG1969 § 1 19, aaO). Eben darauf greift § KSCHG § 1 Abs. KSCHG § 1 Absatz 5 Satz 2 KSchG zurück (vgl. dazu Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drucks. 13/4612, S. 9), wobei gerade dem Gesichtspunkt zwingender Sozialauswahl Rechnung getragen, aber aus Gründen der Rechtssicherheit für die Richtigkeit der Auswahl der Beurteilung der Betriebspartner eine hohe Präferenz eingeräumt wird, wogegen keine rechtlichen Bedenken bestehen, weil deren Beurteilung nicht verabsolutiert wird, sondern entkräftet werden kann. Damit gewinnt auch der Betriebsrat, da der Interessenausgleich nicht über die Einigungsstelle erzwingbar ist (§ 112 Absatz 4 Satz 1 BetrVG), einen erhöhten Einfluß auf die Umsetzung der unternehmerischen Entscheidungen über die Einzelheiten der Betriebsänderung, so dass entgegen einer vereinzelt vertretenen Ansicht (Dorndorf/Weller/Hauck, aaO, § 1 Rz 1161) die Neuregelung nicht als unausgewogen oder gar verfassungswidrig angesehen werden kann, zumal auch dem

Umstand eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage schon durch die Neuregelung (§ 1 Absatz 5 Satz 3 KSchG) Rechnung getragen ist. Die Rechtsweggarantie ist damit nicht abgeschnitten. Eine Einschränkung gerichtlicher Überprüfbarkeit ist dem Gesetz auch nicht unbekannt, vgl. etwa § 315 Absatz 3 BGB. Auch schon nach altem Recht mußte die Sozialauswahl nur einem ausreichenden Standard entsprechen.