

**Kündigung: Arbeiter müssen nicht alles wissen, um zu gehen**

Auch wenn ein Arbeitnehmer nicht ordnungsgemäß über den Übergang eines Betriebsteils an einen neuen Arbeitgeber informiert wurde, in dem sich sein Arbeitsplatz (hier in einer „Camcorder-Werkstatt“) befindet, so bedeutet das nicht automatisch, dass ihm nicht gekündigt werden darf. Diesen Grundsatz stellte das BAG auf. Ob die in diesem Fall ausgesprochene betriebsbedingte Kündigung unwirksam war, muss die Vorinstanz klären. (Hier war die vorgenommene Sozialauswahl noch zu prüfen.)

Quelle: Wolfgang Büser

**Betriebsübergang; Unterrichtung des Arbeitnehmers; Widerspruch gegen Übergang eines Arbeitsverhältnisses bei Betriebsübergang; Rechtsfolgen nicht ordnungsgemäßer oder unvollständiger Unterrichtung; Unwirksamkeit einer anschließenden betriebsbedingten Kündigung wegen Verletzung der Unterrichtungspflicht; Rechtsmissbrauch wegen eigenen Herbeiführens des Kündigungsgrundes; Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer bei Durchführung der Sozialauswahl; Darlegungslast zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Bereich der sozialen Auswahl; Anhörung des Betriebsrats bei Veräußerung eines ganzen Betriebs**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 24.05.2005

**Aktenzeichen:** 8 AZR 398/04

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2005, 22437

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

LAG Berlin - 29.04.2004 - AZ: 18 Sa 2424/03

**Rechtsgrundlagen:**

§ 613a Abs. 5 BGB

§ 613a Abs. 6 S. 1 BGB

§ 242 BGB

§ 1 Abs. 3 KSchG

**Fundstellen:**

BAGE 114, 374 - 389

AiB 2007, 241 (amtl. Leitsatz)

AiB 2007, 243 (amtl. Leitsatz)

AiB-newsletter 2005, 3 (Pressemitteilung)

ArbRB 2005, 194 (Kurzinformation)

ArbRB 2006, 8-9 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

AuA 2005, 430 (Kurzinformation)

AuA 2005, 748 (Volltext mit red. LS u. Anm.)  
AuR 2005, 463 (Kurzinformation)  
AuR 2005, 227 (Volltext mit amtl. LS)  
AUR 2005, 227 (Volltext mit amtl. LS)  
AUR 2005, 463 (Kurzinformation)  
BAGReport 2005, 364-368  
BB 2005, VI Heft 24 (Kurzinformation)  
BB 2006, 105-110 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)  
DB 2005, 2472-2474  
DB 2005, XVIII Heft 43 (amtl. Leitsatz)  
DB 2005, XX Heft 22 (Pressemitteilung)  
DStR 2005, XIV Heft 47 (Kurzinformation)  
DStR 2005, XVI Heft 26 (Kurzinformation)  
DZWIR 2006, 367-369 (Volltext mit amtl. LS)  
EWiR 2006, 165 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)  
EzA-SD 12/2005, 3 (Pressemitteilung)  
EzA-SD 22/2005, 14  
FA 2005, 245-246 (Volltext mit amtl. LS)  
GmbHR 2005, R251 (Pressemitteilung)  
GmbH-Report 2005, R251-R 251 (Pressemitteilung)  
NJ 2006, 93-94 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)  
NJW 2005, X Heft 46 (Kurzinformation)  
NJW 2005, 3661 (amtl. Leitsatz)  
NJW-Spezial 2005, 563 (Volltext mit amtl. LS)  
NWB 2006, 1440 (Kurzinformation)  
NWB 2005, 1911 (Kurzinformation)  
NZA 2005, VIII Heft 11 (Kurzinformation)  
NZA 2005, 1302-1307 (Volltext mit amtl. LS)  
NZA-RR 2005, V Heft 11 (amtl. Leitsatz)

NZI 2007, 47

RdW 2006, 149-150 (Kurzinformation)

schnellbrief 2006, 4

StuB 2005, 910

ZAP EN-Nr. 0/2006

ZAP EN-Nr. 50/2006

ZBVR online 2005, 9 (Pressemitteilung)

ZfPR online 2005, 8 (amtl. Leitsatz)

ZIP 2005, V Heft 22 (Kurzinformation)

ZIP 2005, 1978-1982 (Volltext mit amtl. LS)

ZMV 2005, 206-207 (Pressemitteilung)

ZTR 2006, 152 (amtl. Leitsatz)

---

## **BAG, 24.05.2005 - 8 AZR 398/04**

### **Amtlicher Leitsatz:**

Wird der Arbeitnehmer über einen Betriebsübergang nicht ordnungsgemäß nach § 613a Abs. 5 BGB unterrichtet, läuft die einmonatige Widerspruchsfrist gem. § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht. Die Verletzung der Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB führt aber auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben ( § 242 BGB ) nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung.

### **Tenor:**

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 29. April 2004 - 18 Sa 2424/03 - aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

### **Tatbestand**

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung der Beklagten und die Weiterbeschäftigung des Klägers, nachdem dieser dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf Grund eines Betriebsübergangs widersprochen hat.
- 2 Der Kläger ist seit 1. Oktober 1990 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin als Radio- und Fernsehtechniker beschäftigt. Er war vom 1. Juli 1991 bis zum 31. Dezember 2001 in der Camcorder-Werkstatt eingesetzt; vom 1. Januar 2002 bis 31. März 2003 war er als Servicetechniker im Außendienst und seit 1. April 2003 wieder in der Camcorder-Werkstatt in G bei B tätig.
- 3 Mit Schreiben vom 8. April 2003 teilte die Beklagte dem Kläger Folgendes mit:

*" Betriebsübergang*

*Sehr geehrter Herr M, hiermit möchten wir Sie darüber informieren, dass der Betrieb Reparaturservice an die S GmbH G übertragen wird. Vorbehaltlich der Zustimmung der K wird der Übergang zum 01.05.2003 (0.00 Uhr) vollzogen, so dass mit diesem Zeitpunkt, das zwischen der P GmbH und Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis zu unveränderten Bedingungen und mit allen daraus sich ergebenden Rechten und Pflichten auf den neuen Betriebsinhaber übergeht.*

*Das Gesetz räumt Ihnen gemäss § 613 a BGB ein Widerspruchsrecht ein, von dem Sie innerhalb eines Monats ab Zugang dieses Schreibens Gebrauch machen können. Der Widerspruch muss in schriftlicher Form gegenüber Ihrem neuen Arbeitgeber oder aber gegen uns geltend gemacht werden. Höchst vorsorglich müssen wir Sie jedoch darauf hinweisen, dass im Falle des Widerspruchs mit einer betriebsbedingten Kündigung gerechnet werden muss.*

*Geschäftsführender Gesellschafter der S GmbH ist Herr B A, der Ihnen als Betriebsleiter und Geschäftsführer des Bereichs bereits bekannt ist. Die Entscheidung den Betrieb Reparaturservice aufzugeben, ist uns nicht leicht gefallen. Im Rahmen der Sanierung der P Unternehmensgruppe möchten wir uns zukünftig jedoch verstärkt auf unsere Kernkompetenzen konzentrieren.*

*Des Weiteren sind wir davon überzeugt, mit der S GmbH einen guten Vertragspartner gefunden zu haben. Insbesondere die langjährige Erfahrung von Herrn B A bietet die besten Voraussetzungen für die erfolgreiche Fortführung des Reparaturservicebetriebes.*

*Für Ihre Fragen zu dem Betriebsübergang steht Ihnen der Rechtsunterzeichner gerne zur Verfügung. ..."*

- 4 Mit Wirkung vom 1. Mai 2003 übertrug die Beklagte den Beschäftigungsbetrieb des Reparaturservices auf die S GmbH. Der Kläger widersprach mit Schreiben vom 5. Mai 2003 "dem Betriebsübergang an die S GmbH ... vorbehaltlich der Zustimmung der K". Nach Anhörung ihres B Betriebsrats kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 9. Mai 2003 fristgemäß aus betriebsbedingten Gründen zum 31. Oktober 2003.
- 5 Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei unwirksam. Die Beklagte könne sich gem. § 242 BGB auf einen etwa vorliegenden betriebsbedingten Kündigungsgrund nicht berufen. Sie habe ihn nicht ausreichend iSv. § 613a Abs. 5 BGB über den Betriebsübergang und seine Folgen informiert und sich damit pflichtwidrig verhalten. Die Beklagte verhalte sich unredlich, wenn sie ihre Kündigung auf eine fehlende Beschäftigungsmöglichkeit nach dem Widerspruch stütze. Die Beklagte hätte auch eine Sozialauswahl durchführen müssen. Die Betriebe der Beklagten in G und B stellten einen einheitlichen Betrieb dar. Er sei mit den bei der Beklagten tätigen Kundenberatern, namentlich Herrn D und Herrn H, vergleichbar. Das ergäbe sich aus seiner früheren Außendiensttätigkeit sowie daraus, dass Herr D in der Vergangenheit ebenfalls im Servicecenter G beschäftigt gewesen sei. Er könne insbesondere die von Herrn D verrichteten Tätigkeiten nach kurzer Einarbeitung ebenso gut ausüben, weil er im Zusammenhang mit seiner Außendiensttätigkeit bereits an Schulungen betreffs Garantieverträge teilgenommen habe. Sein Widerspruch gegen den Betriebsübergang stehe einer Sozialauswahl nicht entgegen. Bei einer Verletzung der Informationspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB müsse davon ausgegangen werden, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich vertretbare Gründe für seinen Widerspruch habe. Diese hätten auch tatsächlich vorgelegen. Ihm sei bekannt gewesen, dass die Beklagte nicht bereit sei, ihre bisherigen Reparaturaufträge an die Erwerberin weiterzugeben. Daher seien in größerem Umfang betriebsbedingte Beendigungskündigungen ausgesprochen worden. Außerdem sei bekannt gewesen, dass die kurzfristige Beseitigung der großzügigen Prämienregelung der Beklagten durch die S GmbH beabsichtigt gewesen sei. Die Kündigung sei außerdem deshalb unwirksam, weil die Beklagte zu Unrecht den B Betriebsrat und nicht den für den Reparaturservicebetrieb in G gebildeten Betriebsrat zur Kündigung angehört habe.

6

- 7 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, aus einer etwaigen Verletzung der Informationspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB könne die Unwirksamkeit der Kündigung nicht abgeleitet werden, da diese Rechtsfolge vom Gesetzgeber nicht vorgesehen sei. Auch eine Sozialauswahl habe sie nicht treffen müssen. Eine Vergleichbarkeit mit den bei ihr tätigen Kundenberatern scheide wegen des stark unterschiedlichen Aufgabenbereichs aus. Der Kläger sei für einen Einsatz als Kundenberater nicht befähigt, da diese Tätigkeit von dem Zuschnitt und den Anforderungen her gänzlich anders sei als eine nur gelegentlich im Servicebereich stattfindende Kundenberatung. Ein im Verkauf tätiger Mitarbeiter müsse diverse Schulungen durchlaufen, um mit allen Verkaufsvorgängen vertraut zu sein. Das sei auch für einen gelernten Einzelhandelskaufmann mit einer Einarbeitung in der sechsmonatigen Probezeit nicht zu schaffen. Das sei auch der Grund, weshalb die Beklagte in der Regel zunächst nur befristete Verträge mit einer Laufzeit von zwei Jahren abschließe. Erst dann könne zutreffend beurteilt werden, ob das Verständnis für die Betriebsabläufe und das Sortiment vorhanden sei. Es sei auch keiner der vom Kläger als vergleichbar benannten Arbeitnehmer Radio- und Fernsehtechniker gewesen. Herr H sei auf einer anderen Hierarchiestufe als der Kläger angesiedelt gewesen. Die Durchführung einer Sozialauswahl erübrige sich aber auch schon deshalb, weil der Kläger keine aner kennenswerten Gründe für seinen Widerspruch gehabt habe. Auch könne Rechtsfolge einer etwaigen Verletzung des § 613a Abs. 5 BGB nicht eine uneingeschränkte Sozialauswahl sein, da diese sich ansonsten zu Lasten eines Arbeitnehmers auswirken würde, der seinerseits keine Möglichkeit gehabt habe, seine Tätigkeit bei dem Betriebserwerber fortzuführen. Sie habe außerdem zu Recht den für ihre Niederlassung B gebildeten Betriebsrat angehört.
- 8 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat unter Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils der Klage stattgegeben. Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

### Entscheidungsgründe

- 9 Die Revision der Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht die Kündigung deshalb als unwirksam angesehen, weil die Beklagte den Kläger nicht ordnungsgemäß über den Betriebsübergang und seine Folgen gem. § 613a Abs. 5 BGB unterrichtet habe. Der Rechtsstreit war wegen der noch zu prüfenden Sozialauswahl an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.
- 10 I.
- Das Landesarbeitsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:
- 11 Die Unwirksamkeit der Kündigung folge nicht bereits aus § 102 BetrVG. Der für den Betrieb in G gebildete Betriebsrat sei zum Zeitpunkt der Anhörung zur beabsichtigten Kündigung nicht mehr der korrekte Ansprechpartner für die Beklagte gewesen, da in dessen Zuständigkeitsbereich lediglich der übergegangene Betrieb und die dort verbliebenen Arbeitsverhältnisse gefallen seien. Die Kündigung sei jedoch wegen Verletzung der Unterrichtungspflicht gem. § 613a Abs. 5 BGB unwirksam. Diese Rechtsfolge lasse sich aus § 242 BGB herleiten. Die Beklagte sei ihrer in § 613a Abs. 5 BGB normierten Unterrichtungspflicht nicht einmal ansatzweise ordnungsgemäß nachgekommen, denn bis auf den geplanten Zeitpunkt des Übergangs sei dem Schreiben der Beklagten vom 8. April 2003 keine der dort geforderten Informationen zu entnehmen. Das könne nicht folgenlos bleiben. Die Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB solle den Arbeitnehmer schützen und zwar vor einer sachlich nicht begründeten Ausübung des Widerspruchsrechts wie vor der unbegründeten Unterlassung des Widerspruchs. Nachdem eine andere Rechtsfolge sinnvollerweise nicht in Betracht komme, sei es nicht gerechtfertigt, die infolge des auf eine unzureichende Unterrichtung erfolgten Widerspruchs auf fehlende Beschäftigungsmöglichkeit gestützte Kündigung durch den die Unterrichtungspflicht verletzenden Arbeitgeber als unwirksam anzusehen. Dieser verhalte sich treuwidrig, wenn er sich trotz seiner Pflichtverletzung, die für die Ausübung des Widerspruchs kausal geworden sei, auf das Fehlen einer Beschäftigungsmöglichkeit für den widersprechenden Arbeitnehmer berufe. Die Kündigung sei außerdem gem. § 1 Abs. 3

KSChG unwirksam, da die Beklagte soziale Gesichtspunkte bei ihrer Kündigungsentscheidung nicht ausreichend berücksichtigt habe. Der Kläger sei mit Herrn D vergleichbar. Dessen Tätigkeit habe einen ausgeprägten Bezug zur Servicetätigkeit, die der Kläger langjährig im Innen- wie im Außendienst ausgeübt habe und sei deshalb auch vom Kläger jedenfalls nach einer zumutbaren Einarbeitungszeit ausübbar. Hierfür spreche zudem, dass auch Herr D zuvor im Service tätig war und nicht ersichtlich oder von der Beklagten vorgetragen sei, dass dieser über eine andere, weitergehende Qualifikation als der Kläger verfüge. Danach wäre eine Sozialauswahl durchzuführen gewesen. Darauf könne sich nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auch der Arbeitnehmer, dem ohne seinen Widerspruch der Arbeitsplatz beim Übernehmer erhalten geblieben wäre, berufen. Die Beklagte sei ihrer Pflicht zur Benennung der Sozialdaten des Arbeitnehmers D nicht nachgekommen, obwohl der Kläger die Nichtvornahme einer Sozialauswahl durchgehend gerügt, eine Vergleichbarkeit insbesondere mit dem Arbeitnehmer D im Einzelnen begründet und außerdem behauptet habe, dieser sei sozial weniger schutzwürdig als er. Die erforderliche Abwägung der sozialen Interessen unter Berücksichtigung der Gründe des Klägers für den Widerspruch sei daher nicht möglich gewesen. Es sei zu Gunsten des Klägers davon auszugehen, dass Herr D sozial ganz erheblich besser gestellt sei, so dass er trotz des Fehlens berechtigter Gründe für seinen Widerspruch als sozial schutzbedürftiger anzusehen sei.

12 II.

Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Eine etwaige Verletzung der Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB führt auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben ( § 242 BGB ) nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung.

13 1.

Die Klage ist nicht bereits deshalb unbegründet, weil der Widerspruch des Klägers unwirksam wäre und sein Arbeitsverhältnis deshalb nicht mit der Beklagten, sondern mit der S GmbH fortbestanden habe.

14 a)

Ein Erfolg im Kündigungsschutzprozess setzt nach der punktuellen Streitgegenstandstheorie voraus, dass zum Zeitpunkt der Kündigung noch oder überhaupt ein Arbeitsverhältnis besteht (*BAG 5. Oktober 1995 - 2 AZR 909/94 - BAGE 81, 111 [BAG 05.10.1995 - 2 AZR 909/94] = AP ZPO § 519 Nr. 48 = EzA ZPO § 519 Nr. 8; 12. Januar 1977 - 5 AZR 593/75 - AP KSChG 1969 § 4 Nr. 3*). Die stattgebende rechtskräftige Entscheidung über einen Antrag gem. § 4 Satz 1 KSChG beinhaltet nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zugleich die Feststellung, dass noch zum vorgesehenen Auflösungszeitpunkt zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis existiert (*13. November 1958 - 2 AZR 573/57 - BAGE 7, 36 = AP KSChG § 3 Nr. 17; 12. Juni 1986 - 2 AZR 426/85 - AP KSChG 1969 § 4 Nr. 17*).

15 b)

Diese Rechtsprechung ist im Falle des Betriebsübergangs ebenfalls anwendbar. Die Kündigung eines Betriebsveräußerers nach Betriebsübergang geht zwar mangels bestehendem Arbeitsverhältnis ins Leere, eine gleichwohl erhobene Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung ist aber unbegründet, denn ein Arbeitsverhältnis besteht nicht mehr. Fehlt es damit an einer anspruchsbegründenden Voraussetzung, nämlich am Bestand des Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der Kündigung, kann die Klageabweisung in einem Prozess gegen den Betriebsveräußerer allein damit begründet werden, es habe kein Arbeitsverhältnis (mehr) bestanden (*Senat 18. April 2002 - 8 AZR 346/01 - AP BGB § 613a Nr. 232 = EzA BGB § 613a Nr. 207; 18. März 1999 - 8 AZR 306/98 - AP KSChG 1969 § 4 Nr. 44 = EzA BGB § 613a Nr. 179; LAG Köln 18. März 1994 - 13 Sa 924/93 - NZA 1994, 815; LAG Berlin 28. Oktober 1991 - 9 Sa 51/91 - LAGE BGB § 613a Nr. 25; Soergel-Raab BGB 12. Aufl. § 613a Nr. 193; Müller-Glöge NZA 1999, 449, 456; Preis/Steffan DB 1998, 309, 310; KR-Pfeiffer 7. Aufl. § 613a BGB Rn. 205*). Auf eine "Kündigungsbefugnis" des Veräußerers kommt es nicht an (*Senat 18. April 2002 - 8 AZR 346/01 -*

aaO).

16 c)

Das Arbeitsverhältnis des Klägers ist allerdings nicht gem. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die S GmbH übergegangen. Mit seinem Schreiben vom 5. Mai 2003 hat der Kläger nämlich gem. § 613a Abs. 6 BGB wirksam dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Betriebserwerberin, die S GmbH, widersprochen. Dabei ist es unschädlich, dass der Widerspruch sich ausdrücklich gegen den "Betriebsübergang" richtete. Gemeint war offensichtlich ein Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf Grund des unstreitigen Betriebsübergangs gem. § 613a Abs. 1 Satz 1, § 613a Abs. 6 BGB. Ebenso ist es unschädlich, dass der Widerspruch "vorbehaltlich der Zustimmung der K" erklärt wurde. Damit hat der Kläger für seinen Widerspruch nicht in unzulässiger Weise eine Bedingung aufgestellt. Der Widerspruch ist als Gestaltungsrecht bedingungsfeindlich, weil dem Erklärungsempfänger keine Ungewissheit und kein Schwebezustand zugemutet werden können (vgl. BGH 21. März 1986 - V ZR 23/85 - BGHZ 97, 264 [BGH 21.03.1986 - V ZR 23/85], zu II 2 a der Gründe; Palandt/Heinrichs BGB 64. Aufl. Einf v § 158 Rn. 13). Mit der Formulierung des Vorbehalts wollte der Kläger allerdings keine Bedingung für seinen Widerspruch aufstellen, sondern hat erkennbar lediglich eine entsprechende Wendung im Unterrichtungsschreiben der Beklagten vom 8. April 2003 aufgegriffen, wonach der Betriebsübergang vorbehaltlich der Zustimmung der Konzernmutter erfolgen soll.

17 2.

Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts ist die streitgegenständliche Kündigung nicht deshalb unwirksam, weil die Beklagte den Kläger nicht ausreichend gem. § 613a Abs. 5 BGB über den Betriebsübergang unterrichtet hat.

18 a)

Durch das Gesetz zur Änderung des Seemannsgesetzes und anderer Gesetze vom 23. März 2002 (BGBl. I S. 1163) wurde § 613a BGB mit Wirkung ab 1. April 2002 um die Absätze 5 und 6 ergänzt. § 613a Abs. 5 BGB bestimmt, dass der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber die von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang in Textform über den (geplanten) Zeitpunkt des Übergangs, den Grund für den Übergang, die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen zu unterrichten hat. Gem. § 613a Abs. 6 BGB kann der Arbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach Abs. 5 schriftlich widersprechen. Der Widerspruch kann gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber oder dem neuen Inhaber erklärt werden.

19 b)

Ob die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 8. April 2003 ihrer Unterrichtungspflicht ordnungsgemäß nachkam, kann dahingestellt bleiben.

20 Die Beklagte hat über den geplanten Zeitpunkt des Betriebsübergangs und auch über dessen Grund informiert. Der Betriebsübergang sollte zum 1. Mai 2003 erfolgen und der Grund dafür lag in der Veräußerung der Reparaturabteilung der Beklagten an die S GmbH. Hinsichtlich der rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Betriebsübergangs gilt: Über Fragen des Kündigungsschutzes hat die Beklagte im zweiten Absatz ihres Schreibens vom 8. April 2003 informiert. Sie hat das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers nach § 613a Abs. 6 BGB dargestellt und auch auf die mögliche Folge des Ausspruchs einer betriebsbedingten Kündigung im Falle von dessen Ausübung hingewiesen. Ob im Übrigen der über den reinen Gesetzeswortlaut hinausgehende Hinweis, dass das bestehende Arbeitsverhältnis zu unveränderten Bedingungen auf den neuen Betriebsinhaber übergehe, ausreicht, ist allerdings zweifelhaft. Soweit es um die Frage der Weitergeltung der bisherigen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis geht, mag das genügen. Über Haftungsfragen ist aber nichts gesagt. Ob über die Sekundärfolgen des

Betriebsübergangs, dessen wirtschaftliche und soziale Folgen, genügend informiert wurde, ist ebenfalls fraglich. Allerdings könnten die Ausführungen der Beklagten auf S. 2 des Schreibens vom 8. April 2003, sie sei überzeugt, mit der S GmbH einen guten Vertragspartner gefunden zu haben und die Erfahrung von deren Geschäftsführer biete beste Voraussetzungen für eine erfolgreiche Fortführung des Reparaturservicebetriebs als Unterrichtung über die wirtschaftlichen Folgen des Betriebsübergangs anzusehen sein. Über die sozialen Folgen des Betriebsübergangs ist jedoch, zumindest ausdrücklich, nicht informiert. Hier könnte es außerdem auf die streitige Behauptung des Klägers ankommen, der Betriebserwerber, die S GmbH, habe beabsichtigt, die bei der Beklagten bestehende großzügige Prämienregelung zu kündigen. Entsprechendes gilt für die Information der Beklagten über die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen. Hier wäre der streitigen Behauptung des Klägers, es seien in großem Umfang betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen worden, näher nachzugehen.

21 c)

Ob die Beklagte den Kläger damit ausreichend über den Betriebsübergang und seine Folge gem. § 613a Abs. 5 BGB unterrichtete, bedarf im Streitfall letztlich keiner Entscheidung, weil die Wirksamkeit der Kündigung hiervon nicht abhängt. Auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben ( § 242 BGB ) führt eine Verletzung der Unterrichtungspflicht nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung.

22 aa)

Rechtsfolge der unterbliebenen Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB ist, dass die Widerspruchsfrist gem. § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht zu laufen beginnt.

23 bb)

Nach allgemeiner Ansicht gilt das auch für die unvollständige Unterrichtung (zB *KR-Pfeiffer § 613a BGB Rn. 108i*; *Willemsen/Lembke NJW 2002, 1159, 1164*; *Worzalla NZA 2002, 353, 355*; *Gaul/Otto DB 2002, 634, 638*; *Bauer/v. Steinau-Steinrück ZIP 2002, 457, 459, 464*; *Olbertz/Ungnad BB 2004, 213 f.*; s. aber auch *ErfK/Preis 5. Aufl. § 613a BGB Rn. 89, der den Gerichten bei der Überprüfung der Vollständigkeit der Unterrichtung lediglich ein "formelles Prüfungsrecht" einräumen will, einschränkend insoweit auch Grobys BB 2002, 726, 729; Pröpper DB 2003, 2011, 2012) [BGH 20.11.2002 - VIII ZR 65/02].*

24 cc)

Die herrschende Meinung geht davon aus, dass es sich bei § 613a Abs. 5 BGB um eine Rechtspflicht und nicht lediglich um eine Obliegenheit handelt, so dass deren Verletzung auch Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers auslösen kann (*für alle: KR-Pfeiffer § 613a BGB Rn. 108i; ErfK/Preis § 613a BGB Rn. 90; Gaul/Otto aaO S. 638 f.; eingehend: Willemsen/Lembke aaO S. 1161, 1164*). Ein Kündigungsverbot, ggf. iVm. § 242 BGB, entnimmt das Schrifttum der Vorschrift nicht.

25 dd)

Auch der Senat nimmt an, dass die Verletzung der Unterrichtungspflicht des § 613a Abs. 5 BGB nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führt. Es sind weder die Voraussetzungen des § 242 BGB, dem das Landesarbeitsgericht die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Kündigung entnommen hat, erfüllt noch besteht ein Bedürfnis für ein derartiges Kündigungsverbot.

26 (1)

Der Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte könne sich auf den bestehenden betriebsbedingten Kündigungsgrund nicht berufen, weil sie das Kündigungsrecht durch unredliches



Verhalten erlangt habe, ist nicht zu folgen. Die Ausübung eines Rechts ist in der Regel missbräuchlich, wenn der Berechtigte es durch ein gesetz-, sitten- oder vertragswidriges Verhalten erworben hat. Es genügt ein objektiv unredliches Verhalten, Arglist oder Verschulden ist nicht erforderlich. Voraussetzung ist jedoch, dass das unredliche Verhalten für den Gläubiger Vorteile oder den Schuldner Nachteile gebracht hat, die bei redlichem Verhalten nicht entstanden wären (*Palandt/Heinrichs § 242 Rn. 43 mwN*).

- 27** Das Landesarbeitsgericht hat nicht ausreichend berücksichtigt, dass das Entstehen des betriebsbedingten Kündigungsgrundes nicht Folge der unvollständigen Unterrichtung der Beklagten nach § 613a Abs. 5 BGB ist, sondern der privatautonomen Entscheidung des Klägers, von seinem Widerspruchsrecht gem. § 613a Abs. 6 Gebrauch zu machen.
- 28** (2)
- Es besteht auch kein Bedürfnis für ein Kündigungsverbot nach unvollständiger Unterrichtung gem. § 613a Abs. 5 BGB.
- 29** Die unvollständige Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB hindert den Lauf der Widerspruchsfrist gem. § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB. Dadurch ist der Arbeitnehmer ausreichend geschützt, er ist nicht "im Zugzwang". Er kann abwarten und zB seinen Unterrichtungsanspruch nach § 613a Abs. 5 BGB verfolgen. Es besteht kein Grund für ihn, das Widerspruchsrecht auf einer unzureichenden Tatsachenbasis auszuüben. Dem dient gerade auch die Textform ( § 126b BGB ), die für die Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB vorgesehen ist. Dem Arbeitnehmer wird die Möglichkeit eröffnet, die für ihn neuen und nicht sofort überschaubaren Informationen nachzulesen, sich weitergehend zu erkundigen und gegebenenfalls beraten zu lassen und auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob er dem Übergang des Arbeitsverhältnisses widersprechen will (*BT-Drucks. 14/7760 S. 19*).
- 30** Dagegen wäre es, würde man der Auffassung des Landesarbeitsgerichts folgen, dem Betriebsveräußerer, bei dem der widersprechende Arbeitnehmer verbleibt, verwehrt, einen sich daraus ergebenden betriebsbedingten Kündigungsgrund geltend zu machen. Das könnte zur Folge haben, dass der bisherige Arbeitgeber auf unabsehbare Dauer zur Vergütungszahlung verpflichtet bleibt, obwohl er über keine Beschäftigungsmöglichkeit für den widersprechenden Arbeitnehmer mehr verfügt. Eine durchaus vergleichbare Situation ist in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts als Grund sogar für eine außerordentliche Kündigung des Arbeitgebers anerkannt (*zum Ganzen: KR-Fischermeier § 626 BGB Rn. 155 ff., 158 mit zahlreichen weiteren Nachweisen*).
- 31** III.
- Ob die Kündigung sozialwidrig ist ( § 1 Abs. 2 und Abs. 3 KSchG ), kann der Senat nicht abschließend entscheiden.
- 32** 1.
- Allerdings ist die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstehen, bedingt ( § 1 Abs. 2 KSchG ). Davon ist auch das Landesarbeitsgericht ausgegangen.
- 33** Die Beklagte hat sich entschlossen, ab 1. Mai 2003 die Reparaturabteilung nicht mehr selbst zu betreiben, sondern an die S GmbH zu veräußern. Mit der Umsetzung dieser Entscheidung entfiel die Möglichkeit, den Kläger als Radio- und Fernsehtechniker weiterzubeschäftigen. Auf Grund seines Widerspruchs ist der Kläger auch nicht Arbeitnehmer der S GmbH geworden, sondern Arbeitnehmer der Beklagten geblieben. Die Beklagte konnte die Kündigung auch nicht durch andere, mildere Maßnahmen vermeiden. Ein freier Arbeitsplatz, auf dem der Kläger weiterbeschäftigt werden konnte, ist nicht vorhanden.

34 2.

Der Senat kann nicht abschließend beurteilen, ob eine soziale Auswahl iSv. § 1 Abs. 3 KSchG durchzuführen gewesen wäre.

35 a)

In der Revisionsinstanz unterliegt die Anwendung der in § 1 Abs. 3 KSchG enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe nur einer beschränkten Nachprüfung. Diese erstreckt sich lediglich darauf, ob das Landesarbeitsgericht den Rechtsbegriff verkannt hat oder ob bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind und ob alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Einzelfallumstände berücksichtigt worden sind (*st. Rspr.*, BAG 12. Oktober 1979 - 7 AZR 959/77 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 7, zu III 2 b der Gründe; 20. Oktober 1983 - 2 AZR 211/82 - BAGE 43, 357 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 13, zu B I der Gründe; vgl. auch KR-Etzel § 1 KSchG Rn. 694 mwN). Aber auch dieser eingeschränkten Überprüfung hält das Urteil des Landesarbeitsgerichts nicht stand.

36 b)

Die Beklagte konnte nicht, wie sie meint, von der Durchführung einer sozialen Auswahl absehen, weil der Kläger dem Betriebsübergang widersprochen hat. Nach der Rechtsprechung des Senats kann sich auch der Arbeitnehmer, dem ohne seinen Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses der Arbeitsplatz bei dem Übernehmer erhalten geblieben wäre, grundsätzlich auf eine mangelhafte Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG) berufen (18. März 1999 - 8 AZR 190/98 - BAGE 91, 129 = AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 41 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 40, zu B II 2 a der Gründe; 24. Februar 2000 - 8 AZR 145/99 -, zu II 4 c aa der Gründe).

37 c)

Die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG erstreckt sich innerhalb des Betriebs nur auf Arbeitnehmer, die miteinander verglichen werden können. Die Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer setzt im Einzelnen voraus, dass die unmittelbar betroffenen Arbeitnehmer auf einem vorhandenen Arbeitsplatz tatsächlich und rechtlich einsetzbar sind. Daher können in die Sozialauswahl nur solche Arbeitnehmer einbezogen werden, deren Aufgabenbereich miteinander vergleichbar ist (tatsächliche Einsetzbarkeit); ferner muss der Arbeitgeber in der Lage sein, den Arbeitnehmer, dessen Arbeitsplatz wegfällt, nach den arbeitsvertraglichen Vorgaben kraft Direktionsrecht auf den in Betracht kommenden anderen Arbeitsplatz umzusetzen bzw. zu versetzen (rechtliche Einsetzbarkeit). Schließlich können nur Arbeitnehmer auf derselben Ebene der Betriebshierarchie in die Sozialauswahl einbezogen werden, sogenannte horizontale Vergleichbarkeit (KR-Etzel § 1 KSchG Rn. 617). Der Aufgabenbereich eines Arbeitnehmers ist gekennzeichnet durch die ausgeübte Tätigkeit und die für den Arbeitsplatz erforderliche Qualifikation. Bei einer nur partiellen Identität der Aufgabenbereiche bedarf es der Prüfung, ob die unmittelbar vom Wegfall der Arbeitsplätze betroffenen Arbeitnehmer mit solchen Arbeitnehmern, die im Betrieb eine vergleichbare Aufgabenstellung inne haben, ausgetauscht werden können (sogenannte subjektive Ebene). Eine wechselseitige Austauschbarkeit ist aber nicht erforderlich, soweit der Aufgabenbereich des freigesetzten Arbeitnehmers vollständig entfallen ist. Es kommt vielmehr darauf an, ob derjenige Arbeitnehmer, dessen Arbeitsplatz aus betriebsbedingten Gründen ganz oder teilweise zum Fortfall gekommen ist, auf Grund seiner beruflichen Qualifikation sowie auf Grund seiner gleichwertigen Tätigkeiten im Betrieb in der Lage ist, die andersartige, aber gleichwertige Arbeit von anderen Arbeitnehmern - gegebenenfalls nach einer kurzen Einarbeitungszeit - auszuüben. Eine Austauschbarkeit ist aber nur dann anzunehmen, wenn auf Grund der fachlichen Qualifikation des unmittelbar betroffenen Arbeitnehmers oder auf Grund der Art des Arbeitsplatzes eine alsbaldige personelle Einsetzbarkeit nach einer (relativ) kurzen Einarbeitungszeit gegeben ist. Hierbei kann einem aktuellen Stand von Kenntnissen und Fähigkeiten erhebliche Bedeutung zukommen. Ein arbeitsplatzbezogener "Routinevorsprung" hat

bei der Frage der Vergleichbarkeit außer Betracht zu bleiben. Welcher Einarbeitungszeitraum dem Arbeitgeber zugemutet werden kann, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, insbesondere von der Dauer der Betriebszugehörigkeit, der beruflichen Vorbildung und dem Lebensalter des Arbeitnehmers (*KR-Etzel § 1 KSchG Rn. 618, 620 mit zahlreichen weiteren Nachweisen*). Eine Vergleichbarkeit von Arbeitnehmern ist ferner nur dann gegeben, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer kraft seines Direktionsrechts einseitig auf den anderen Arbeitsplatz versetzen kann (*KR-Etzel § 1 KSchG Rn. 621 mwN*).

38 d)

Der in § 1 Abs. 3 Satz 1 2. Halbs. KSchG geregelten Mitteilungspflicht kommt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf prozessualer Ebene die Funktion einer abgestuften Verteilung der Darlegungslast zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu. 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 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 Auswahlverfahrens gleichwohl der gekündigte Arbeitnehmer nach dem Maßstab des § 1 Abs. 3 KSchG nicht fehlerhaft ausgewählt worden ist (*zum Ganzen: KR-Etzel § 1 KSchG Rn. 683 - 685, 687 mit zahlreichen weiteren Nachweisen*).

39 3.

Daraus ergibt sich für den vorliegenden Fall: Ob der Kläger mit Herrn D vergleichbar ist, hängt davon ab, ob er aus tatsächlichen Gründen in der Lage ist, dessen Tätigkeit am Servicetresen im M K zu übernehmen; rechtliche Hinderungsgründe bestehen nicht. Die Begründung, mit der das Landesarbeitsgericht eine Vergleichbarkeit bejaht hat, hält jedoch der - eingeschränkten - revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Da es noch weiterer Sachverhaltsaufklärung bedarf, kann der Senat auch nicht selbst entscheiden.

40 Dass eine Vergleichbarkeit mit Herrn H gegeben ist, hat der Kläger nicht dargelegt.

41 a)

Der Vergleichbarkeit des Klägers mit den (beiden) Kundenberatern der Beklagten steht nicht entgegen, dass der Kläger in der Reparaturabteilung beschäftigt war, diese aber in der B Niederlassung der Beklagten tätig sind. Widerspricht der Arbeitnehmer dem Übergang eines Teilbetriebs, so stellt sich die Frage, welchem Teil des verbleibenden Betriebs er zuzuordnen ist. Diese Zuordnung kann und muss der Arbeitgeber im Rahmen seines Direktionsrechts vornehmen; das ist aber auch konkludent möglich. Ohne eine solche Zuordnungsentscheidung ist der Arbeitnehmer nicht ohne weiteres in einem bestimmten Betriebsteil beschäftigt (*BAG 13. Februar*

42 b)

Das hat auch hier zu gelten. Die Beklagte hat den Kläger nach seinem Widerspruch jedenfalls stillschweigend ihrer B Niederlassung zugeordnet. Das kommt darin zum Ausdruck, dass sie den für diese zuständigen Betriebsrat zu dessen Kündigung angehört hat. Die Parteien gehen auch übereinstimmend davon aus, dass der Kläger nach der Ausübung seines Widerspruchsrechts zur B Niederlassung der Beklagten gehört. Darauf, ob die Reparaturabteilung der Beklagten in G und ihre B Niederlassung, trotz der Existenz zweier Betriebsräte kündigungsrechtlich einen Betrieb gebildet haben, wie der Kläger meint, kommt es nicht mehr an.

43 c)

Die Beklagte kann den Kläger, die tatsächliche Einsetzbarkeit unterstellt, auch als Kundenberater in ihrer B Niederlassung einsetzen. Der Arbeitsvertrag steht dem nicht entgegen. Der Kläger ist zwar als Radio- und Fernsichttechniker eingestellt, die Versetzung oder Umsetzung ist aber auf Grund der Direktionsklausel unter II der zitierten Ergänzung zum Arbeitsvertrag möglich. Problematisch erscheint nur, ob dies auch in örtlicher Hinsicht gilt. Allerdings enthält die Direktionsklausel insoweit keine Einschränkung und auch der Umstand, dass der Arbeitsvertrag noch mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten abgeschlossen ist, die möglicherweise weniger Filialen als diese in B und Umgebung betrieben hat, ändert deshalb daran nichts, zumal auch die Parteien davon ausgehen, dass der Kläger jedenfalls im Bereich der Niederlassung B der Beklagten uneingeschränkt eingesetzt werden kann.

44 d)

Zu klären ist jedoch, ob der Kläger aus tatsächlichen Gründen die Stelle des Herrn D am Servicetresen im M K der Beklagten einnehmen kann. Das hat das Landesarbeitsgericht bejaht, dafür aber keine tragfähige Begründung gegeben und auch nicht alle in Betracht zu ziehenden Umstände berücksichtigt.

45 Ein maßgebliches Argument des Klägers für die Vergleichbarkeit ist, dass Herr D 2001 aus der Reparaturabteilung auf die oben genannte Stelle versetzt wurde. Das Landesarbeitsgericht hat daraus gefolgert, dass nicht ersichtlich oder von der Beklagten vorgetragen sei, dass dieser über eine andere, weitergehende Qualifikation als der Kläger verfüge. Da die genannte Tätigkeit des Herrn D in der Reparaturabteilung und auch seine Ausbildung nicht bekannt sind, kann dieser Schluss nicht gezogen werden. Außerdem hat das Landesarbeitsgericht den Vortrag der Beklagten, keiner der vom Kläger benannten Arbeitnehmer (also auch Herr D) sei Radio- und Fernsichttechniker gewesen, unberücksichtigt gelassen.

46 Der Kläger hat nie behauptet, jemals mit der Ausfüllung und Bearbeitung von aufwendigen Abzahlungsverträgen befasst gewesen zu sein oder dies, etwa weil es sich um eine sehr leichte Tätigkeit handelt, "aus dem Stand" zu beherrschen. Das Landesarbeitsgericht hätte (insbesondere) der Frage nachgehen müssen, ob und in welcher Zeit der Kläger dies hätte erlernen können, zumal die Beklagte vorgetragen hat, ein für die Beklagte im Verkauf tätiger Arbeitnehmer müsse diverse Schulungen durchlaufen, um mit allen Verkaufsvorgängen vertraut zu sein. Das sei auch für einen gelernten Einzelhandelskaufmann mit einer Einarbeitung in der sechsmonatigen Probezeit nicht zu schaffen. Das sei auch der Grund, weshalb die Beklagte in der Regel zunächst nur befristete Verträge mit einer Laufzeit von zwei Jahren abschließen. Erst dann könne zutreffend beurteilt werden, ob das Verständnis für die Betriebsabläufe und das Sortiment vorhanden sei.

47 Die Einschätzung, der Kläger könne die Tätigkeit des Herrn D jedenfalls nach einer zumutbaren Einarbeitungszeit ausüben, hat das Landesarbeitsgericht nicht begründet. Es hat auch nicht ausgeführt, ob es überhaupt von der Erforderlichkeit einer Einarbeitungszeit für den Kläger ausgeht,

welche Zeitdauer die Einarbeitung (gegebenenfalls) beanspruchen würde und was es in diesem Rahmen für zumutbar hält.

48 e)

Von einer Vergleichbarkeit des Klägers mit Herrn H kann dagegen nicht ausgegangen werden. Der hinsichtlich der Sozialauswahl grundsätzlich darlegungs- und beweispflichtige Kläger kann sich nicht darauf beschränken, den Vortrag der Beklagten, Herr H sei auf einer anderen Hierarchieebene angesiedelt gewesen, lediglich zu bestreiten.

49 4.

Bei seiner neuen Entscheidung wird das Landesarbeitsgericht noch Folgendes zu berücksichtigen haben:

50 a)

Es ist zunächst zu prüfen, ob der Kläger die Tätigkeit des Herrn D am Servicetresen im M K der Beklagten übernehmen könnte.

51 Auszugehen ist dabei von den Einzeltätigkeiten, die Herr D wahrnimmt (Ausfüllen/Bearbeiten von aufwendigen Abzahlungsverträgen etc.). Gegebenenfalls ist aufzuklären, was genau hinter dieser schlagwortartigen Beschreibung steht, was vom Kundenberater insoweit im Einzelnen verlangt wird. Wichtig ist dabei insbesondere, in welchem Umfang die Verrichtung von eigentlicher Verkaufstätigkeit gefordert wird. Sodann ist zu prüfen, ob der Kläger auf Grund seiner beruflichen Vorbildung und seiner Tätigkeit bei der Beklagten diese einzelnen Tätigkeiten auch durchführen könnte. Falls ihm das nicht sofort möglich wäre, wäre der Frage nachzugehen, einer wie langen Einarbeitungszeit er bedürfte und ob dies der Beklagten unter Berücksichtigung der näheren Umstände des Falles auch zuzumuten wäre. Von indizieller Bedeutung kann dabei auch die Vorbildung des Herrn D sein. Bedeutsam ist aber auch, welche berufliche Vorbildung die Beklagte normalerweise bei ihren Kundenberatern erwartet und in welchem Umfang noch interne Schulungen für sie abgehalten werden.

52 b)

Sollte das Landesarbeitsgericht danach zum Ergebnis kommen, der Kläger sei mit Herrn D vergleichbar, gilt Folgendes:

53 Da die Beklagte die erforderliche soziale Auswahl unterlassen hat, spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass das Ergebnis, dem Kläger und nicht Herrn D zu kündigen, falsch ist. Die tatsächliche Vermutung kann die Beklagte aber durch den Vortrag der Sozialdaten des Arbeitnehmers D entkräften. Sodann sind nach der zitierten Rechtsprechung des Senats die Sozialdaten des Herrn D sowie des Klägers zu dessen Widerspruchsgründen ins Verhältnis zu setzen. Diesen muss das Landesarbeitsgericht gegebenenfalls im Einzelnen nachgehen.

54 IV.

Das Urteil des Landesarbeitsgerichts erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig. Die Kündigung ist nicht wegen fehlerhafter Anhörung des Betriebsrats unwirksam.

55 Entgegen der Ansicht des Klägers war nicht der für die Reparaturabteilung der Beklagten in G gewählte Betriebsrat zur Kündigung des Klägers anzuhören gewesen. Bei der Veräußerung eines ganzen Betriebs mit eigener Identität bleibt der bisherige Betriebsrat im Amt, die Betriebsratsmitglieder behalten ihr Mandat (BAG 1. August 2001 - 4 AZR 82/00 - BAGE 98, 314 [BAG 01.08.2001 - 4 AZR 82/00] = AP BGB § 613a Nr. 225 = EzA BGB § 613a Nr. 199, zu I 5 d aa der Gründe; ebenso KR-Pfeiffer § 613a BGB Rn. 152) . So liegt es auch hier, wie das

Landesarbeitsgericht zutreffend entschieden hat. Für den Betriebsrat der Reparaturabteilung der Beklagten in G hat sich durch den Betriebsübergang insoweit nichts geändert; er ist Betriebsrat des als eigenständige Organisationseinheit fortbestehenden Betriebs geblieben. Lediglich der Kläger ist infolge seines Widerspruchs aus diesem Betrieb und damit dem Zuständigkeitsbereich des Betriebsrats Reparaturabteilung G ausgeschieden.

---

Hauck  
Dr. Wittek  
Laux  
Schömburg  
Hickler

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.