BUNDESARBEITSGERICHT

8 AZR 155/12
7 Sa 767/11
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
14. März 2013

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. März 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Lüken und Wroblewski für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 30. November 2011 - 7 Sa 767/11 - aufgehoben.

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

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer ordentlichen, betriebsbedingten Kündigung des Arbeitsverhältnisses. 1

Der 1970 geborene, verheiratete und zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtete Kläger war seit dem 1. Juli 1998 bei der Beklagten als Berufskraftfahrer beschäftigt. Der Arbeitsvertrag enthält eine Versetzungsklausel, wonach die Arbeitgeberin berechtigt ist, den Kläger gemäß seinen Qualifikationen und Fähigkeiten auch in anderen Betriebsstätten der B-Gruppe in Deutschland einzusetzen. 2

Ursprünglich wurde der Kläger am Standort Mö eingestellt. Nach Auflösung dieses Standortes wurden dessen Zuständigkeiten nach M verlagert. Der Kläger fuhr eine Sattelzugmaschine mit Auflieger. Seine Touren begannen und endeten an seinem Wohnort. 3

Die Beklagte, die zur B-Gruppe gehört, betrieb ein Speditions- und Transportgewerbe. Der Hauptsitz befindet sich in R, daneben unterhielt sie Standorte in M, P und W. 4

Mit Wirkung zum 1. Dezember 2010 veräußerte die Beklagte das Speditionsgeschäft des nach ihren Angaben bestehenden Geschäftsbereichs „Gebietsspedition, Nahverkehrs- und Werksversorgung“ an die L GmbH *(L)*. Das Frachtführergeschäft dieses Bereichs einschl. der Fuhrparkorganisation verblieb bei der Beklagten, die mit der L unter dem 1. Dezember 2010 einen 5

Rahmenvertrag über die Erbringung von Frachtführerleistungen *(Transporten)* abschloss.

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

> „Die Gesellschafterversammlung beschließt die Stilllegung und Beendigung des Geschäftsbetriebes der B GmbH zum 31. Dezember 2010 an sämtlichen Standorten.
>
> Soweit bis zur Beendigung noch bestehender Kundenverträge eine Abwicklung über den 31.12.2010 hinaus notwendig sein sollte, ist dem im Rahmen der Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung Rechnung zu tragen.
>
> Die Geschäftsführung wird mit der Durchführung aller hierzu erforderlichen Maßnahmen beauftragt. Dies umfasst insbesondere die vorzeitige Beendigung von Kundenverträgen zu vertretbaren wirtschaftlichen Konditionen sowie die Beendigung der Arbeitsverhältnisse mit allen Mitarbeitern."

Die bisher von der Beklagten erbrachten Frachtführerleistungen für den Geschäftsbereich „Gebietsspedition, Nahverkehrsversorgung und Werksversorgung" sowie für den Geschäftsbereich „Spezialverkehre" sollten ab dem 1. Januar 2011 von der Ma GmbH *(Ma)*, einer weiteren 100-prozentigen Tochter der B-Gruppe, durchgeführt werden. Der Ma bot die Beklagte unter dem 13. Dezember 2010 eine „Übernahmevereinbarung" an, deren Vorbemerkung wie folgt lautet: 7

> „(1) B ist ein Unternehmen der Speditions- und Transportbranche und auf nationale wie internationale Verkehre spezialisiert. Mit Gesellschafterbeschluss vom 6.12.2010 wurde die Betriebsstilllegung von B beschlossen, woraufhin mit den größten Kunden für Transporte im Bereich ‚Gebietsspedition, Nahverkehrsversorgung und Werksversorgung' sowie ‚Spezialverkehre' Aufhebungsvereinbarungen über die Einstellung der Transporte zum 31.12.2010 abgeschlossen wurden.

(2) Ma wird die vorgenannten Transporte des Geschäftsbereichs ‚Gebietsspedition, Nahverkehrsversorgung und Werksversorgung' sowie ‚Spezialverkehre' ab dem 1.1.2011 durchführen. Um die hierfür erforderliche Transportkapazität bereitstellen zu können, mietet Ma von B, bzw. dem jeweiligen Eigentümer die bislang im Geschäftsbereichs ‚Gebietsspedition, Nahverkehrsversorgung und Werksversorgung' eingesetzten LKW und Zugmaschinen und übernimmt das diesem Bereich zugeordnete Fahr- und Dispositionspersonal.

…

3. Arbeitnehmer

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

In dieser Anlage 4 der „Übernahmevereinbarung" wurde der Kläger nicht aufgeführt. Weiter war der Übernahmevereinbarung ein sog. Rahmenmietvertrag beigefügt. Danach sollte die Beklagte laufend Kraftfahrzeuge, insbesondere Zugmaschinen, Sattelauflieger, Anhänger, Pkw und Lastkraftwagen an Ma vermieten. Der Bestand an vermieteten Fahrzeugen könne sich von Monat zu Monat ändern und erfordere ein hohes Maß an Flexibilität. Für die Kündigung des gesamten Vertrages war eine Frist von zwei Monaten zum Monatsende vorgesehen. Die Übernahmevereinbarung sowie der Rahmenmietvertrag wurden vom Geschäftsführer der Beklagten V am 13. Dezember 2010 unterzeichnet, die Gegenzeichnung für Ma erfolgte am 28. Dezember 2010. 8

Aufgrund einer Vereinbarung vom 15. Dezember 2010 wurde der Bereich „Hafenverkehre" mit Wirkung zum 24. Dezember 2010 an die I GmbH & Co. KG veräußert. In diesem Bereich waren keine Berufskraftfahrer beschäftigt. 9

Die Beklagte unterrichtete mit schriftlicher Anzeige gemäß § 17 KSchG vom 20. Dezember 2010 die Agentur für Arbeit in R von geplanten Entlassungen. Sie gab dabei an, die Anzeige beziehe sich auf den Hauptbetrieb in R; von 280 Arbeitnehmern sollten 251 entlassen werden. 10

Mit Schreiben vom 23. Dezember 2010, welches dem Kläger am 27. Dezember 2010 zuging, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis wegen der Einstellung des operativen Betriebs zum 31. Mai 2011. Gleichlautende Kündigungsschreiben erhielten alle Mitarbeiter der Beklagten. 11

Allerdings erhielten die in der Anlage 4 zur Übernahmevereinbarung zwischen der Beklagten und Ma aufgeführten Arbeitnehmer zusätzlich ein Unterrichtungsschreiben nach § 613a BGB. Diesen Mitarbeitern wurde ua. mitgeteilt, dass die Ma unwiderruflich erkläre, dass sie aus der von der Beklagten ausgesprochenen Kündigung nach dem Betriebsübergang keine Rechte herleiten werde und das Arbeitsverhältnis zu den bislang bestehenden Bedingungen so weiter fortführen werde, als ob die Kündigung nicht ausgesprochen worden sei. Die betroffenen Arbeitnehmer sollten eine beigefügte formularmäßige „Erklärung zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses“ unterschreiben, in der sie das Angebot zur Weiterführung des Arbeitsverhältnisses mit Ma annehmen und gleichzeitig auf das Widerspruchsrecht gemäß § 613a Abs. 6 BGB verzichten sollten. 12

Mit beim Arbeitsgericht am 10. Januar 2011 eingegangenem Schriftsatz hat der Kläger Kündigungsschutzklage erhoben. 13

Er hat eine vollständige Einstellung des Geschäftsbetriebs der Beklagten bestritten. Eine Unterscheidung zwischen Ladungsverkehr, Werksverkehr, Gebietsspedition usw. habe es im Betrieb M nicht gegeben. Es handele sich nicht um abgrenzbare Geschäftsbereiche. In allen Tätigkeitsbereichen seien dieselben Mitarbeiter und dieselben Fahrzeuge eingesetzt worden. Letztlich könne man den gesamten Lkw-Verkehr als „Ladungsverkehr“ bezeichnen. Alle Fahrer der Beklagten seien „austauschbar“ gewesen. Vor Ausspruch der Kündigung wäre deshalb eine Sozialauswahl erforderlich gewesen. 14

15 Der Kläger hat beantragt

> festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 23. Dezember 2010, zugegangen am 27. Dezember 2010, nicht aufgelöst worden ist.

16 Die Beklagte hat zur Begründung ihres Antrags auf Klageabweisung die Auffassung vertreten, dass die Kündigung aus betriebsbedingten Gründen sozial gerechtfertigt sei. Nach der Übernahme des Geschäftsbereichs „Werksverkehr/Gebietsspedition“ durch die L habe sich die Beklagte als reine Fuhrparkorganisation seit 1. Dezember 2010 in die Geschäftsbereiche „Ladungsverkehre, Werksverkehre/Gebietsspedition, Spezialverkehre, Systemverkehre“ und „Hafenverkehre“ aufgegliedert. Im Bereich „Ladungsverkehre“ gehe es darum, Komplettladungen von Punkt A nach Punkt B zu fahren. Dieser sei für die Kunden Ka, K, Kr und G gefahren worden und unterteile sich noch einmal in „Ladungsverkehre R“ und „Ladungsverkehre M“. Der Kläger sei dem Bereich „Ladungsverkehre M“ zugeordnet gewesen. Im Bereich „Werksverkehre/Gebietsspedition“ seien die Fahrer nahezu ausschließlich für die Kunden D AG und Bo GmbH auf Jumbogliederzügen und Megatrailern eingesetzt worden. Im Bereich „Spezialverkehre“ seien Silo- und Tankfahrzeuge zum Einsatz gebracht worden. Im Bereich „Systemverkehre“ seien ausschließlich Stückguttransporte durchgeführt worden. Der Bereich „Hafenverkehre“ beziehe sich auf den Standort P, von dort aus sei die Verschiffung auf der Donau durchgeführt worden.

17 In Umsetzung des Gesellschafterbeschlusses vom 6. Dezember 2010 habe die Beklagte versucht, die bestehenden Kundenverträge möglichst schnell aufzulösen. Am 13. Dezember 2010 sei der Vertrag mit Ka gekündigt worden, was nochmals schriftlich am 30. März 2011 bestätigt worden sei. Mit Schriftsatz vom 9. Dezember 2010 sei der Mietvertrag für die Räumlichkeiten des Standortes M zum 31. März 2011 gekündigt worden. Der Stilllegungsbeschluss habe mithin durchaus greifbare Formen angenommen. Dies zeige auch die nachträgliche Entwicklung. Die operative Tätigkeit am Standort M sei zum 31. März 2011 vollständig eingestellt worden.

Die Entscheidung der Gesellschafterin zur Stilllegung des gesamten Betriebs sei auch umgesetzt worden. Entscheidend sei, dass der nach zwei eventuellen Teilbetriebsübergängen bestehende Restbetrieb zum 31. Dezember 2010 stillgelegt worden sei. Der Geschäftsführer der Gesellschafterin der Beklagten Herr Bö habe den Geschäftsführer der Beklagten V in einem Gespräch am 15. Dezember 2010 angewiesen, alle Arbeitsverhältnisse zum nächstmöglichen Zeitpunkt zu kündigen. Die Gesellschafterin habe die Entwicklung mit den Teilbetriebsübergängen jedenfalls mitgetragen. 18

Schließlich hat sie gemeint, dass eine Sozialauswahl entbehrlich gewesen sei, weil allen verbliebenen Arbeitnehmern der Beklagten gekündigt worden sei. Dies beziehe sich insbesondere auch auf die Arbeitnehmer, die von dem möglichen Übergang auf Ma erfasst wurden, weil Ma - und nicht sie selbst - erklärt habe, aus der Kündigung keine Rechte mehr herzuleiten. Selbst wenn jedoch eine Sozialauswahl im Hinblick auf die von dem möglichen Teilbetriebsübergang auf Ma erfassten Arbeitnehmer erforderlich gewesen sein sollte, würde sich die Kündigung des Klägers bei Anwendung eines Punkteschemas jedenfalls im Ergebnis als richtig darstellen. Die Beklagte hat auch behauptet, dass der Standort in M als eigenständiger Betrieb anzusehen sei. Der Vorgesetzte übe das Weisungsrecht in personellen und sozialen Angelegenheiten wie Einstellungen, Kündigungen, Abmahnungen, Regelung der Arbeitszeit, Gewährung von Urlaub etc. aus. Am Standort M sei Herr Pa Niederlassungsleiter und zuletzt kommissarisch der Geschäftsführer V Leiter gewesen. Dort sei auch die Spesenliste erstellt worden. Der Bereich sei mit einer eigenen Kostenstelle geführt worden. Der Standort habe sich rd. 420 km vom Hauptsitz in R befunden. 19

Das Arbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte das Ziel einer Klageabweisung weiter. 20

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung durfte der Klage nicht stattgegeben werden. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht bereits das Vorliegen einer ernsthaften Stilllegungsabsicht verneint. Dies führt zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. 21

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Im maßgeblichen Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung könne nicht festgestellt werden, dass die Beklagte noch eine ernstliche Absicht gehabt habe, den Betrieb stillzulegen und dass diese Stilllegungsabsicht bereits greifbare Formen angenommen habe. Die nach dem Beschluss vom 6. Dezember 2010 geplanten Maßnahmen seien nicht erfolgt, denn die Beklagte habe ihre Absicht, den Betrieb stillzulegen, vor Zugang der Kündigung geändert. Sie habe vielmehr mit der Ma eine Vereinbarung abgeschlossen, nach der Ma die Transporte der Geschäftsbereiche „Gebietsspedition, Nahverkehrsversorgung und Werksversorgung“ sowie „Spezialverkehre“ ab dem 1. Januar 2011 durchführen sollte. Die Beklagte könne sich nicht darauf zurückziehen, dass sie auch jenen Arbeitnehmern eine Kündigung ausgesprochen habe, die auf Ma übergehen sollten. Denn wie diesen Mitarbeitern in dem Unterrichtungsschreiben über den geplanten Teilbetriebsübergang mitgeteilt worden sei, sei von Anfang an nicht beabsichtigt gewesen, dass diese Arbeitsverhältnisse aufgrund der Kündigung enden sollten. Vielmehr sollten sie bei Ma fortgeführt werden. Es sei auch etwas anderes, wenn beschlossen werde, einen Betrieb insgesamt stillzulegen, als wenn nur ein Teil des Betriebs auf einen Erwerber übertragen und der verbleibende Restbetrieb stillgelegt werden soll. Im letzteren Fall sei eine Sozialauswahl durchzuführen. Der am 6. Dezember 2010 gefasste Stilllegungsbeschluss trage damit nach Änderung der Umstände die Anweisung an den Geschäftsführer, alle Arbeitsverhältnisse zu kündigen, gerade nicht. Andere Beschlüsse der Gesellschafterversammlung seien nicht gefasst worden. Die Ernsthaftigkeit der Stilllegungsabsicht hinsichtlich des 22

gesamten Betriebs werde auch durch die Regelung in dem Rahmenmietvertrag über die Vermietung von Fahrzeugen infrage gestellt. Es sei nicht ersichtlich, wie die Beklagte ohne Arbeitnehmer die nach dem Mietvertrag vorausgesetzten ständigen Aktualisierungen bewältigen können sollte. Es fehle damit im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung an einem ernsthaften Stilllegungswillen. Die Beklagte habe auch, ohne dass es darauf noch ankomme, keine Sozialauswahl vorgenommen. Nach dem Vortrag der Beklagten sei nicht festzustellen, dass dem Kläger bei einer nachträglich durchgeführten vertretbaren Sozialauswahl hätte gekündigt werden müssen. Soweit die Beklagte ihren Vortrag hinsichtlich der Sozialauswahl in der mündlichen Verhandlung ergänzt habe, sei dieser nicht mehr zu berücksichtigen, da sie zuvor unter Fristsetzung auf das Erfordernis einer Sozialauswahl hingewiesen worden sei.

B. Diese Begründung hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 23

I. Das Landesarbeitsgericht hat nicht ohne Rechtsfehler angenommen, im Zeitpunkt der Kündigung habe es der Beklagten an einer ernsthaften Stilllegungsabsicht gefehlt. 24

1. Die Stilllegung des gesamten Betriebs oder eines Betriebsteils durch den Arbeitgeber gehört zu den dringenden betrieblichen Erfordernissen iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG, die einen Grund zur sozialen Rechtfertigung einer Kündigung abgeben können *(st. Rspr., vgl. BAG 26. Mai 2011 - 8 AZR 37/10 - Rn. 25, AP BGB § 613a Nr. 409 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 125)*. Unter Betriebsstilllegung ist die Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zu verstehen, die ihre Veranlassung und ihren unmittelbaren Ausdruck darin findet, dass der Unternehmer die bisherige wirtschaftliche Betätigung in der ernstlichen Absicht einstellt, die Verfolgung des bisherigen Betriebszweckes dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne nicht weiter zu verfolgen *(BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 693/10 - Rn. 37, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 188)*. 25

Der Arbeitgeber ist nicht gehalten, eine Kündigung erst nach Durchführung der Stilllegung auszusprechen. Neben der Kündigung wegen erfolgter Stilllegung kommt auch eine Kündigung wegen beabsichtigter Stilllegung in Betracht. Im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung muss die auf Tatsachen gestützte, betriebswirtschaftliche Prognose gerechtfertigt sein, dass zum Kündigungstermin mit einiger Sicherheit der Eintritt des die Entlassung erforderlich machenden betrieblichen Grundes vorliegen wird *(BAG 13. Februar 2008 - 2 AZR 543/06 - Rn. 22, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 175)*. Erforderlich ist, dass der Arbeitgeber im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung den ernsthaften und endgültigen Entschluss gefasst hat, den Betrieb endgültig und nicht nur vorübergehend stillzulegen *(vgl. BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 693/10 - Rn. 37, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 188)*. Der Ernsthaftigkeit der Stilllegungsabsicht steht dabei nicht entgegen, dass sich der Arbeitgeber entschlossen hat, die gekündigten Arbeitnehmer in der jeweiligen Kündigungsfrist noch für die Abarbeitung vorhandener Aufträge einzusetzen. Der Arbeitgeber erfüllt damit gegenüber den tatsächlich eingesetzten Arbeitnehmern lediglich seine auch im gekündigten Arbeitsverhältnis bestehende Beschäftigungspflicht *(vgl. BAG 8. November 2007 - 2 AZR 554/05 - Rn. 20, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 28 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 156)*. An einem endgültigen Entschluss zur Betriebsstilllegung fehlt es, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung noch in ernsthaften Verhandlungen über eine Veräußerung des Betriebs steht oder sich noch um neue Aufträge bemüht *(vgl. BAG 13. Februar 2008 - 2 AZR 543/06 - Rn. 23, aaO)*. 26

Bei einer Betriebsstilllegung ist ferner erforderlich, dass die geplanten Maßnahmen zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits „greifbare Formen“ angenommen haben *(vgl. BAG 15. Dezember 2011 - 8 AZR 692/10 - Rn. 40, AP BGB § 613a Nr. 424 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 132)*. Von einer Stilllegung kann jedenfalls dann ausgegangen werden, wenn der Arbeitgeber seine Stilllegungsabsicht unmissverständlich äußert, allen Arbeitnehmern kündigt, etwaige Miet- oder Pachtverträge zum nächstmöglichen Zeitpunkt auflöst, die Betriebsmittel, über die er verfügen darf, veräußert und 27

die Betriebstätigkeit vollständig einstellt *(vgl. BAG 26. Mai 2011 - 8 AZR 37/10 - Rn. 26, AP BGB § 613a Nr. 409 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 125)*. Für die Stilllegung von Betriebsteilen gilt dies, begrenzt auf die entsprechende Einheit, entsprechend *(BAG 26. Mai 2011 - 8 AZR 37/10 - aaO).*

Betriebsveräußerung und Betriebsstilllegung schließen sich systematisch aus *(st. Rspr., vgl. BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 693/10 - Rn. 39, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 188)*. Dabei kommt es auf das tatsächliche Vorliegen des Kündigungsgrundes und nicht auf die vom Arbeitgeber gegebene Begründung an. Eine vom Arbeitgeber mit einer Stilllegungsabsicht begründete Kündigung ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn sich die geplante Maßnahme objektiv als Betriebsstilllegung und nicht als Betriebsveräußerung darstellt, weil etwa die für die Fortführung des Betriebs wesentlichen Gegenstände einem Dritten überlassen werden sollten, der Veräußerer diesen Vorgang aber rechtlich unzutreffend als Betriebsstilllegung wertet *(vgl. BAG 28. Mai 2009 - 8 AZR 273/08 - Rn. 30, AP BGB § 613a Nr. 370 = EzA KSchG § 17 Nr. 20)*. An einer Stilllegung des Betriebs fehlt es nicht nur dann, wenn der gesamte Betrieb veräußert wird, sondern auch, wenn organisatorisch abtrennbare Teile des Betriebs im Wege eines Betriebsteilübergangs *(§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB)* veräußert werden. Dann liegt keine Betriebsstilllegung, sondern allenfalls eine Betriebsteilstilllegung vor *(BAG 30. Oktober 2008 - 8 AZR 397/07 - Rn. 28, AP BGB § 613a Nr. 358 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 103)*. Wird ein Betriebsteil veräußert und der verbleibende Restbetrieb stillgelegt, kommt es darauf an, ob der gekündigte Arbeitnehmer dem auf einen Erwerber übergehenden Betriebsteil zugeordnet war *(vgl. BAG 30. Oktober 2008 - 8 AZR 397/07 - Rn. 41, aaO)*. Ist dies nicht der Fall, so kann die Stilllegung des Restbetriebs einen betriebsbedingten Kündigungsgrund darstellen, wenn die Arbeitnehmer diesem Betriebsteil zugeordnet waren *(vgl. ErfK/Oetker 13. Aufl. § 1 KSchG Rn. 283)*. 28

2. Bei der Prüfung der Sozialwidrigkeit einer Kündigung *(§ 1 Abs. 2 KSchG)* durch das Landesarbeitsgericht handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur darauf zu 29

überprüfen ist, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist *(st. Rspr., vgl. BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 693/10 - Rn. 35, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 188)*.

3. Das Berufungsurteil hält diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab nicht stand. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 6. Dezember 2010 zur Stilllegung des gesamten Betriebs sei nicht umgesetzt worden. Die Beklagte habe nach der Beschlussfassung am 15. Dezember 2010 den Geschäftsbereich „Hafenverkehre“ veräußert und am 13. Dezember 2010 der Ma angeboten, die Geschäftsbereiche „Gebietsspedition, Nahverkehrsversorgung und Werksversorgung“ sowie „Spezialverkehre“ mit Wirkung zum 1. Januar 2011 auf sie zu übertragen. Einen anderen Beschluss, als die Produktionsgemeinschaft aufzulösen, habe die Gesellschafterversammlung jedoch nicht gefasst. 30

a) Für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung ist maßgeblich, welche unternehmerische Entscheidung im Zeitpunkt der Kündigung von der Beklagten getroffen worden war. Frühere Überlegungen, etwa der Gesellschafterbeschluss vom 6. Dezember 2010, sind dagegen grundsätzlich nicht erheblich. Die streitbefangene Kündigung vom 23. Dezember 2010 ging dem Kläger am 27. Dezember 2010 zu. Zu diesem Zeitpunkt war der Bereich „Hafenverkehre“ schon veräußert und die Vereinbarung zur Übertragung der Geschäftsbereiche „Gebietsspedition, Nahverkehrsversorgung und Werksversorgung“ sowie „Spezialverkehre“ auf Ma bereits unterzeichnet. Als die Kündigung dem Kläger zuging, stand also fest, dass einige Geschäftsbetriebe auf Dritte übertragen, der dann noch bestehende Restbetrieb stillgelegt werden sollte. Es kann dahinstehen, ob diese unternehmerische Entscheidung im Widerspruch zum Beschluss vom 6. Dezember 2010 stand, der eine vollständige Stilllegung des Betriebs vorsah, oder ob im Wege der Auslegung die Abwicklung des Geschäftsbetriebs der Beklagten nicht auch die Veräußerung und Übertragung einzelner Ge- 31

schäftsbereiche umfassen sollte. Denn die unternehmerische Entscheidung zur Stilllegung des Betriebs einer GmbH setzt keinen wirksamen Beschluss der Gesellschafter voraus *(BAG 5. April 2001 - 2 AZR 696/99 - zu II 3 der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 117 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 110; 11. März 1998 - 2 AZR 414/97 - zu II 1 c der Gründe, AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 43 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 99; APS/Kiel 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 492; KR/Griebeling 10. Aufl. § 1 KSchG Rn. 579; ErfK/Oetker 13. Aufl. § 1 KSchG Rn. 277)*. Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung die Stilllegung des - restlichen - Betriebs durch einzelne Gesellschafter oder durch ein anderes Organ der Gesellschaft verzögert oder gar verhindert werden konnte *(BAG 5. April 2001 - 2 AZR 696/99 - aaO)*. Vielmehr hat die Beklagte unbestritten vorgetragen, Herr Bö habe als Geschäftsführer der Komplementärin ihren Geschäftsführer V in einem Gespräch am 15. Dezember 2010 angewiesen, alle Arbeitsverhältnisse zum nächstmöglichen Zeitpunkt zu kündigen. Damit hat die Gesellschafterin der Beklagten auch in Ansehung der möglichen Übertragung von Geschäftsbereichen auf Dritte ihren Kündigungsentschluss bestätigt. Dagegen brauchte es kündigungsrechtlich eines nochmaligen, den veränderten oder sich verändernden Umständen entsprechenden Beschlusses der Gesellschafterin der Beklagten nicht.

b) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts wird die Ernsthaftigkeit der Stilllegungsabsicht auch nicht denknotwendig durch die Regelungen in dem mit Ma vereinbarten Rahmenmietvertrag über die Vermietung von Fahrzeugen infrage gestellt. Das Berufungsgericht meint, es sei nicht nachvollziehbar, wie die Beklagte ohne eigene Leute der Verpflichtung zur monatlichen Aktualisierung der Bereitstellung von Fahrzeugen nachkommen wolle oder wie die Rückabwicklung im Falle einer Kündigung des Mietvertrages vorgenommen werden könne. Das Landesarbeitsgericht verkennt, dass für die monatliche Bereitstellung von Mietfahrzeugen grundsätzlich nur eine kaufmännische Organisation erforderlich ist. Auch die Überlegung, die Beklagte könne nach einer Kündigung des Rahmenmietvertrages verpflichtet sein, die vermieteten Lkw zurückzunehmen, führt nicht zwingend zu der Annahme, in Wahrheit wolle 32

die Beklagte einen Gewerbebetrieb aufrecht erhalten. Bei der Vermietung oder Verpachtung von Betriebsmitteln führt die Möglichkeit eines durch Kündigung des Miet- oder Pachtvertrages ausgelösten Rückfalls der Miet- oder Pachtsache regelmäßig nicht zur Annahme, deswegen müsse ein „Restbetrieb“ beim Vermieter oder Verpächter bestehen bleiben *(vgl. BAG 27. April 1995 - 8 AZR 197/94 - BAGE 80, 74 = AP BGB § 613a Nr. 128 = EzA BGB § 613a Nr. 126)*.

c) Schließlich hatte die beabsichtigte Stilllegung des nicht von der Übernahmevereinbarung mit Ma betroffenen Teilbetriebs auch „greifbare Formen“ angenommen. 33

Die Beklagte hat sämtliche Arbeitsverhältnisse gekündigt. An dieser Stelle ist nicht zu beurteilen, wie es sich auswirkte, dass denjenigen Mitarbeitern, die auf Ma übergehen sollten, zugesagt worden war, dass Ma aus der Kündigung durch die Beklagte keine Rechte herleiten werde, denn der Kläger war - den Vortrag der Beklagten als wahr unterstellt - dem Bereich „Ladungsverkehre in M“ zugeordnet, der jedenfalls nicht auf Ma übergehen sollte. Neue Aufträge hat sie nicht angenommen. Die Beklagte hat ferner gegenüber der Agentur für Arbeit in R eine Massenentlassungsanzeige iSv. § 17 KSchG abgegeben *(vgl. zu der dadurch begründeten Indizwirkung für eine ernsthafte und endgültige Stilllegungsabsicht: BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 693/10 - Rn. 44, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 188)*. Sie hat des Weiteren das auf den 9. Dezember 2010 datierende Kündigungsschreiben hinsichtlich des Mietverhältnisses der Räumlichkeiten am Standort M vorgelegt. Die Kündigung hat der Kläger zwar mit Nichtwissen bestritten. Dies war angesichts des zur Akte gereichten Kündigungsschreibens aber nicht ausreichend, zumal die Vermieterin, die B GmbH & Co. KG, den Empfang der Kündigung am 13. Dezember 2010 schriftlich bestätigte. Die Beklagte hat auch zahlreiche Erklärungen von ehemaligen Geschäftspartnern vorgelegt, die dafür sprechen, dass bereits vor dem Kündigungsausspruch die Absicht der Stilllegung des Bereichs „Ladungsverkehre“ greifbare Formen angenommen hat. Die Ka GmbH & Co. KG bestätigte mit Schreiben vom 30. März 2011, dass die Beklagte die Beschaffungslogistiktransporte am 13. Dezember 2010 - und damit 34

noch vor Ausspruch der Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers - gekündigt habe. Mit Schreiben vom 23. Dezember 2010 hat die Beklagte ferner den laufenden Frachtvertrag mit der Firma G zum 31. Dezember 2010 gekündigt.

II. Soweit das Landesarbeitsgericht mit einer weiteren Begründung davon ausgegangen ist, die Beklagte sei ihrer Darlegungslast hinsichtlich der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG nicht nachgekommen, weil ihr Sachvortrag nicht den hinreichenden Schluss darauf zulasse, dass dem Kläger auch bei einer nachträglichen Sozialauswahl im Ergebnis hätte gekündigt werden dürfen, hält auch dies einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Landesarbeitsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Betriebsstätte M, der der Kläger angehörte, als eigenständiger Betrieb zu qualifizieren ist oder ob es sich lediglich um einen Betriebsteil handelt. 35

1. Die Sozialauswahl ist betriebsbezogen durchzuführen, § 1 Abs. 3 KSchG. Regelmäßig sind deshalb alle vergleichbaren Arbeitnehmer in die Auswahlentscheidung einzubeziehen, die in demselben Betrieb wie der unmittelbar kündigungsbedrohte Arbeitnehmer beschäftigt sind. Dies gilt selbst dann, wenn sich der Arbeitgeber ein betriebsübergreifendes Versetzungsrecht vorbehalten hat *(BAG 31. Mai 2007 - 2 AZR 276/06 - Rn. 16, BAGE 123, 1 = AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 94 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 77)*. Aus der Betriebsbezogenheit der Sozialauswahl folgt weiter, dass sie nicht auf Betriebsteile oder Betriebsabteilungen beschränkt werden kann, insbesondere steht der Notwendigkeit einer betriebsbezogenen Sozialauswahl nicht schon die räumliche Entfernung einzelner Filialen eines Bezirks entgegen. 36

Wie auch das Berufungsurteil nicht verkennt, gilt das Erfordernis einer Sozialauswahl auch dann, wenn sich der Arbeitgeber einerseits zu einer Teilbetriebsstilllegung und andererseits einem Betriebsteilübergang entschließt *(BAG 28. Oktober 2004 - 8 AZR 391/03 - zu II 3 b der Gründe, BAGE 112, 273 = AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 69 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 56; APS/Kiel 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 501; KR/Griebeling 10. Aufl. § 1 KSchG Rn. 611)*. Bei einer betriebsbedingten Kündigung eines Arbeitnehmers des 37

stillzulegenden Betriebsteils sind bei der Sozialauswahl auch diejenigen vergleichbaren Arbeitnehmer zu berücksichtigen, die zur Zeit der Kündigung dem später zu übertragenden Betriebsteil angehören. Das Kündigungsverbot in § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB schließt die Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer in dem stillzulegenden und dem später übergehenden Betriebsteil nicht aus *(BAG 28. Oktober 2004 - 8 AZR 391/03 - zu II 3 c der Gründe, aaO)*. Die Vorschriften der § 613a Abs. 4 BGB und § 1 Abs. 3 KSchG stehen gleichwertig nebeneinander *(BAG 28. Oktober 2004 - 8 AZR 391/03 - zu II 3 c aa der Gründe, aaO)*.

2. Das Landesarbeitsgericht hat keine Feststellungen zu der betrieblichen Organisation bei der Beklagten getroffen. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist deshalb aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen *(§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO)*. Eine Sachentscheidung durch das Revisionsgericht verbietet sich, weil der Rechtsstreit noch nicht zur Entscheidung reif ist *(§ 563 Abs. 3 ZPO)*. 38

Sollte sich herausstellen, dass der Kläger zwar dem Bereich „Ladungsverkehre“ in M zugeordnet war, die Beklagte aber insgesamt nur einen einzigen Betrieb unterhielt, so ist der Frage nachzugehen, ob die Beklagte bei der Kündigung des Klägers gegen die Grundsätze der Sozialauswahl *(§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG)* verstoßen hat. Sollte das Landesarbeitsgericht die Feststellung treffen, die Betriebsstätte in M sei kündigungsrechtlich als eigener Betrieb *(neben anderen)* anzusehen, so wäre eine Sozialauswahl entbehrlich gewesen und die Kündigung scheiterte nicht an § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG, weil allen diesem Betrieb zugeordneten Arbeitnehmern gekündigt wurde. Die Beklagte hat hierzu im Anschluss an den Hinweisbeschluss des Landesarbeitsgerichts behauptet, die Betriebsstätte M stelle einen eigenständigen Betrieb und nicht nur einen Betriebsteil dar. Vorgesetzter bzw. Niederlassungsleiter sei Herr Pa und zuletzt kommissarisch der Geschäftsführer Herr V gewesen. Die Betriebsstätte werde als eigenes Profitcenter mit eigener Kostenstelle geführt. Der Vorgesetzte übe das Direktionsrecht für die Beklagte aus. Dies umfasse personelle und soziale Angelegenheiten wie Einstellungen und Kündigungen, Abmahnungen, Regelung der Arbeitszeit, Gewährung von Urlaub etc. Am Standort 39

M seien ursprünglich 104 Arbeitnehmer beschäftigt gewesen, dieser sei auch räumlich weit von dem Hauptsitz in R, nämlich ca. 420 km, entfernt gewesen. Dies könnte dafür sprechen, dass der Standort M als eigenständiger Betrieb anzusehen ist.

3. Sollte das Landesarbeitsgericht feststellen, dass die Beklagte nur einen einzigen Betrieb unterhalten hat, so hätte bei Ausspruch der Kündigung am 23. Dezember 2010 eine auf diesen Betrieb bezogene Sozialauswahl stattfinden müssen, die auch all jene Arbeitnehmer hätte miteinbeziehen müssen, die zum 1. Januar 2011 auf Ma übergegangen sind. 40

Eine solche Sozialauswahl entfiel vorliegend auch nicht deshalb, weil die Beklagte allen Arbeitnehmern ihres Betriebs gekündigt hat. Zwar ist es richtig, dass der Arbeitgeber grundsätzlich keine Sozialauswahl vornehmen muss, wenn er allen Arbeitnehmern seines Betriebs kündigt *(vgl. BAG 7. Juli 2005 - 2 AZR 447/04 - zu II 3 a der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 136 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 139)*. Dem liegt aber die Überlegung zugrunde, dass eine Sozialauswahl keinen Sinn mehr macht, wenn - wie bei einer vollständigen Betriebsstilllegung - keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit mehr besteht. Im vorliegenden Fall hatte die Beklagte bei Ausspruch der Kündigung des Klägers jedoch nicht mehr geplant, den gesamten Betrieb stillzulegen, sondern es sollte ein Teil der Belegschaft auf Ma übertragen werden. Eine Sozialauswahl war in so einem Fall nicht entbehrlich, da dem Arbeitnehmer auf diesem Weg sein Arbeitsverhältnis erhalten bleiben konnte. Denn mangels entgegenstehender Anhaltspunkte hätte auch der Kläger eine Zusage der Ma bekommen müssen, dass diese aus der seitens der Beklagten ausgesprochenen Kündigung keine Rechte herleite. Soweit die Revision diesbezüglich rügt, das Landesarbeitsgericht habe zu Unrecht in seinem Tatbestand den vollständigen Wortlaut der Unterrichtungsschreiben nach § 613a Abs. 5 BGB gegenüber den auf Ma übergehenden Arbeitnehmern aufgenommen und im Urteil verwertet, ist diese Rüge unbegründet. Es liegt weder eine Verletzung der Hinweispflicht noch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Den Inhalt ihres Unterrichtungsschreibens musste 41

die Beklagte kennen. Es ist Sache eines Gerichts, aus derartigem Tatsachenmaterial die rechtlichen Schlussfolgerungen zu ziehen.

4. Allerdings kann entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts die Beklagte geltend machen, zwar habe sie eine Sozialauswahl unterlassen, die Kündigung des Klägers stelle sich aber bei einer nachträglichen Sozialauswahl als im Ergebnis vertretbare Entscheidung dar. 42

a) Es ist anerkannt, dass eine Kündigung dann nicht unwirksam ist, wenn mit der Kündigung des Arbeitnehmers eine - gleichwohl zufällig - vertretbare Auswahlentscheidung getroffen wurde *(BAG 7. Juli 2011 - 2 AZR 476/10 - Rn. 48, mwN)*. Bei der Gewichtung der Auswahlkriterien kommt dem Arbeitgeber ein Wertungsspielraum zu. Die sozialen Gesichtspunkte muss der Arbeitgeber nur „ausreichend“ berücksichtigen. Es handelt sich hierbei um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die 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 *(BAG 31. Mai 2007 - 2 AZR 276/06 - Rn. 63, BAGE 123, 1 = AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 94 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 77)*. Die Auswahlentscheidung muss vertretbar sein und nicht unbedingt der Entscheidung entsprechen, die das Gericht getroffen hätte, wenn es eigenverantwortlich soziale Erwägungen hätte anstellen müssen. Der dem Arbeitgeber vom Gesetz eingeräumte Wertungsspielraum führt dazu, dass nur deutlich schutzwürdigere Arbeitnehmer mit Erfolg die Fehlerhaftigkeit der sozialen Auswahl rügen können *(BAG 7. Juli 2011 - 2 AZR 476/10 - Rn. 48, mwN; 31. Mai 2007 - 2 AZR 276/06 - Rn. 64, aaO)*. 43

b) Danach ist die Beklagte ihrer Darlegungslast entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nachgekommen. Der Kläger hat die unterbliebene Sozialauswahl zunächst gerügt und geltend gemacht, er sei mit denjenigen Arbeitnehmern, die auf Ma übergehen sollten, vergleichbar gewesen. Die Beklagte hat sich sodann auf den Standpunkt gestellt, sie habe gar keine Sozialauswahl durchführen müssen. Nach einem Hinweis des Berufungsgerichts hat sie die 44

vollständigen Sozialdaten der nach ihrer Ansicht vergleichbaren Arbeitnehmer vorgelegt, auf ein abstraktes Punkteschema verwiesen und gemeint, die Kündigung des Klägers stelle sich im Ergebnis als richtig dar. Das Landesarbeitsgericht hat diesen Vortrag für ungenügend gehalten, weil die Beklagte nicht mitgeteilt habe, welche Arbeitnehmer eine Kündigung erhalten haben und wie vielen Arbeitnehmern - bezogen auf den stillzulegenden Restbetrieb - überhaupt gekündigt werden musste. Es kann dahinstehen, ob die Beklagte gehalten war, diese zusätzlichen Angaben zu machen. Denn sie hat ihre Angaben in dem Kammertermin, wie aus den Entscheidungsgründen zu entnehmen ist und wie die Beklagte in ihrer Revisionsschrift mit einer Gehörsrüge auch vorgetragen hat, vor dem Berufungsgericht ergänzt. Diesen ergänzenden Sachvortrag hat das Landesarbeitsgericht zu Unrecht unberücksichtigt gelassen. Grundsätzlich muss das Gericht sowohl schriftliches als auch mündliches Vorbringen im Termin zur Kenntnis nehmen. Entscheidungsgrundlage ist das gesamte schriftliche, aber auch mündliche Vorbringen der Parteien *(vgl. Zöller/Greger ZPO 29. Aufl. § 128 Rn. 8; Musielak/Stadler ZPO 9. Aufl. § 128 Rn. 1)*. Die Garantie des rechtlichen Gehörs verpflichtet die Gerichte, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen *(BVerfG 20. September 2012 - 1 BvR 1633/09 - Rn. 11, BeckRS 2012, 59273)*.

Dies gilt nicht, wenn das Berufungsgericht das ergänzende mündliche Vorbringen zu Recht nach Maßgabe des Verfahrensrechts als verspätet hätte zurückweisen dürfen. Eine solche Ausnahme ist hier indes nicht ersichtlich. Gemäß § 64 Abs. 7 ArbGG gilt für das Verfahren vor dem Landesarbeitsgericht ua. die Regelung des § 56 ArbGG. Nach § 56 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ArbGG kann der Vorsitzende den Parteien die Ergänzung oder Erläuterung ihrer Schriftsätze aufgeben und eine Frist zur Erklärung über bestimmte klärungsbedürftige Punkte setzen. Das Landesarbeitsgericht ist nach dieser Regelung im Grundsatz verfahren, indem es die Beklagte durch den Hinweisbeschluss vom 2. September 2011 darauf aufmerksam gemacht hat, dass eine Sozialauswahl uU nicht entbehrlich war. Es fehlt aber an einer Belehrung über die Folgen nicht fristgerechten Vorbringens *(§ 56 Abs. 2 Satz 2 ArbGG)*. Die Belehrungspflicht gilt auch dann, wenn die betreffende Partei - wie hier - anwaltlich vertreten ist 45

(vgl. BAG 19. Mai 1998 - 9 AZR 362/97 - zu II 2 d der Gründe, EzA ArbGG 1979 § 56 Nr. 2; GMP/Germelmann 7. Aufl. § 56 Rn. 32; ErfK/Koch 13. Aufl. § 56 ArbGG Rn. 9; Helml in Hauck/Helml/Biebl ArbGG 4. Aufl. § 56 Rn. 18; GK-ArbGG/Schütz Stand März 2013 § 56 Rn. 50; HWK/Ziemann 5. Aufl. § 56 ArbGG Rn. 47). Das Berufungsgericht kann eine Präklusion des Vorbringens der Beklagten auch nicht auf die Verletzung der allgemeinen Prozessförderungspflicht nach § 282 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. § 296 Abs. 2 ZPO stützen. Es fehlt insoweit schon an einer nachvollziehbaren Begründung der Präklusion in den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils. Insbesondere hat es eine grobe Nachlässigkeit aufseiten der Beklagten nicht festgestellt *(vgl. BVerfG 29. November 1990 - 2 BvR 801/90 - zu B I 2 der Gründe, NJW 1991, 2275; ErfK/Koch aaO Rn. 14).*

Auf diesem Mangel beruht auch das Urteil. Hätte das Landesarbeitsgericht den ergänzenden Vortrag der Beklagten in der mündlichen Verhandlung berücksichtigt, hätte es zu dem Ergebnis kommen müssen, dass der Sachvortrag der Beklagten zur Darlegung einer unter dem Aspekt der Sozialauswahl im Ergebnis vertretbaren Kündigung zumindest schlüssig war. 46

5. Sollte das Landesarbeitsgericht feststellen, dass die Beklagte mit ihrem Argument einer fehlerfreien nachträglichen Sozialauswahl durchdringt, wird das Landesarbeitsgericht zu prüfen haben, wie es sich kündigungsrechtlich auswirkt, dass die Beklagte in ihrer Massenentlassungsanzeige nach § 17 KSchG nur von einem Betrieb mit Sitz in R ausgegangen ist. Im Rahmen des § 17 KSchG ist von einem betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff *(§§ 1, 4 BetrVG)* auszugehen *(BAG 28. Juni 2012 - 6 AZR 780/10 - Rn. 41, EzA KSchG § 17 Nr. 26; 15. Dezember 2011 - 8 AZR 692/10 - Rn. 73, AP BGB § 613a Nr. 424 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 132)*. Sofern in M eine Person mit Leitungsmacht die Weisungsrechte des Arbeitgebers ausübte, könnte die betriebliche Einheit schon aufgrund ihrer räumlichen Entfernung gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG als qualifizierter Betriebsteil und damit als Betrieb iSv. § 17 Abs. 1 KSchG anzusehen sein. Die Auswirkungen der in R erstatteten Massenentlassungsanzeige nach § 17 KSchG sind im Übrigen auch in dem Fall zu 47

prüfen, dass der Standort M nicht als Betriebsteil, sondern als eigenständiger Betrieb - bei dem alle Arbeitnehmer entlassen wurden - aufzufassen ist. Die herrschende Meinung in der Literatur steht auf dem Standpunkt, dass die Einreichung einer Massenentlassungsanzeige bei der örtlich unzuständigen Agentur für Arbeit zur Unwirksamkeit der Kündigung führen kann *(ErfK/Kiel 13. Aufl. § 17 KSchG Rn. 28; MüKoBGB/Hergenröder 6. Aufl. § 17 KSchG Rn. 49; APS/Moll 4. Aufl. § 17 KSchG Rn. 96; KR/Weigand 10. Aufl. § 17 KSchG Rn. 74; HaKo-KSchR/Pfeiffer 4. Aufl. § 17 Rn. 62; Schrader in Schwarze/Eylert/Schrader KSchG § 17 Rn. 69; Krieger/Ludwig NZA 2010, 919, 924)*.

Hauck Böck Breinlinger

Lüken Wroblewski