

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 163/11
5 Sa 1315/09
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Mai 2012

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Mai 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundes-

arbeitsgericht Kreft, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger, den Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch sowie die ehrenamtlichen Richter Gans und Löllgen für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 22. September 2010 - 5 Sa 1315/09 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Änderungskündigung. 1

Der 1957 geborene Kläger ist britischer Staatsangehöriger. Seinen Wohnsitz hat er in der Bundesrepublik Deutschland, wo er sich auch gewöhnlich aufhält. Seit September 1993 ist er bei den britischen Streitkräften als zivile Arbeitskraft iSv. Art. IX Abs. 4 des NATO-Truppenstatuts (*NTS*), Art. 56 Abs. 1 Buchst. a Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut (*ZA-NTS*) beschäftigt. Zuletzt war er am Standort G in der Abteilung „N“ als „Senior Supervisor“ - und damit als einer von mehreren „Station Managern“ - tätig. Gemäß seiner Stellenbeschreibung war er verantwortlich „für die gesamte Aufsicht und die Aufsicht über alle Messen der P Kaserne unter Berücksichtigung festgelegter Budgetrahmen und Richtlinien“. Auf das Arbeitsverhältnis findet aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme der Tarifvertrag für die Arbeitnehmer bei den Stationierungsstreitkräften im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (*TV AL II*) in seiner jeweils gültigen Fassung Anwendung. Danach war der Kläger zuletzt in die Gehaltsgruppe C 6a TV AL II eingruppiert. 2

Im November 2008 beschloss die oberste Dienstbehörde der britischen Streitkräfte in Deutschland unter Mitwirkung der Hauptbetriebsvertretung Änderungen ihrer Organisationsstruktur auf der Grundlage eines zuvor in Auftrag 3

gegebenen Studienberichts. Gemäß diesem Bericht waren bei den Streitkräften bisher bundesweit in fünf Garnisonen 19 Führungskräfte als sog. Station Manager mit unterschiedlichem Verantwortungsbereich beschäftigt. Zwei dieser Arbeitnehmer - sog. DEL-Beschäftigte - waren in Deutschland akquiriert worden und unterstanden deshalb als zivile Arbeitskräfte dem deutschen Arbeitsrecht. Bei den übrigen Beschäftigten handelte es sich um in Großbritannien akquirierte Arbeitnehmer, auf die britisches Arbeits- und Sozialversicherungsrecht zur Anwendung gelangte. Um einer veränderten Bedarfssituation besser Rechnung zu tragen, sollten diese Stellen künftig entfallen. Stattdessen sollten insgesamt 14 Stellen mit der Bezeichnung „Station Business Manager“ geschaffen werden. Diese Mitarbeiter sollten die Gesamtverantwortung für den Einzelhandelsbereich und den Freizeit- und Verpflegungsbereich der betreffenden Einheit übernehmen, wozu die volle Verantwortung für die Gewinn- und Verlustrechnung aller am Standort vorhandenen Einrichtungen zählen sollte. Die „Station Business Manager“ sollten - anders als die Beschäftigten im Rahmen der bisherigen Aufgabenverteilung - künftig unmittelbar dem leitenden Management der N berichten. Außerdem sollten sie für eine bessere Schulung und Weiterentwicklung der am Standort beschäftigten Abteilungsleiter Sorge tragen.

Zugleich entschied die oberste Dienstbehörde, der „neue Posten“ des „Station Business Managers“ solle Teil des zivilen Gefolges der Streitkräfte werden. Die Ausschreibung der Stellen erfolgte nur in Großbritannien und richtete sich an dort lebende Interessenten. Gesucht wurde eine Arbeitskraft als Mitglied des zivilen Gefolges iSd. Art. I Abs. 1 Buchst. b NTS. Der Kläger bewarb sich nicht.

Nach Beteiligung der am Standort G bestehenden Betriebsvertretung und mit deren Billigung kündigten die britischen Streitkräfte mit Schreiben vom 17. Februar 2009 das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 31. August 2009. Zugleich boten sie ihm für die Zeit ab 1. September 2009 den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags als „P Barracks SHE Advisor Team Manager“ - bei Eingruppierung in die - niedrigere - Gehaltsgruppe C 5a TV AL II - an. Außerdem sagten sie ihm die Zahlung einer persönlichen Zulage gemäß § 8 Nr. 6

SchutzTV und für die Dauer von 12 Monaten auch einer „Einkommensschutzzu-
lage“ gemäß § 5 Abs. 2 Buchst. b SchutzTV zu.

Der Kläger hat das Änderungsangebot unter dem Vorbehalt seiner so-
zialen Rechtfertigung angenommen und - fristgerecht - die vorliegende Ände-
rungsschutzklage erhoben. Er hat die Auffassung vertreten, die Änderung der
Arbeitsbedingungen sei unwirksam. Die Tätigkeit eines „Station Business Ma-
nagers“ sei im Kern identisch mit seiner bisherigen Arbeitsaufgabe. Die Ent-
scheidung der Streitkräfte, auf den betreffenden Arbeitsplätzen nur Mitarbeiter
zu beschäftigen, deren regelmäßiger Wohnsitz in Großbritannien liege, sei
sachlich nicht gerechtfertigt. Es gehe allein darum, Sozialversicherungsabga-
ben einzusparen. Dies sei weder mit § 1 KSchG noch mit den Regelungen des
Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes vereinbar.

6

Der Kläger hat - soweit noch von Bedeutung - sinngemäß beantragt
festzustellen, dass die Änderung der Arbeitsbedin-
gungen im Zusammenhang mit der Kündigung vom
17. Februar 2009 sozial ungerechtfertigt ist.

7

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffas-
sung vertreten, die Änderungskündigung sei aus dringenden betrieblichen
Gründen gerechtfertigt. Aufgrund der getroffenen Organisationsentscheidungen
habe keine Möglichkeit mehr bestanden, den Kläger zu den bisherigen Bedin-
gungen zu beschäftigen. Dabei komme es nicht entscheidend auf dessen fach-
liche Qualifikation an. Maßgeblich sei vielmehr der - unstreitig - auf eine Ent-
scheidung des britischen Parlaments zurückgehende Entschluss der Streitkräf-
te, auf den Stellen der „Station Business Manager“ ausschließlich ziviles Gefol-
ge iSv. Art. I Abs. 1 Buchst. b NTS zu beschäftigen. Das zivile Gefolge stehe
der Truppe näher als Zivilpersonal, das im Aufnahmestaat akquiriert werde. Die
durch den Entsendestaat kraft seiner Hoheitsgewalt getroffene Entscheidung
zur „Militarisierung“ der Dienstposten sei einer Kontrolle durch die deutschen
Gerichte entzogen. Sie bedürfe keiner weiteren Legitimation. Eine Diskriminie-
rung iSd. AGG liege nicht vor. Die Anknüpfung an den Wohnsitz in Großbritan-
nien sei sachlich begründet und nicht willkürlich. In Art. IX Abs. 4 NTS sei gere-

8

gelt, dass nur die zivilen Arbeitskräfte des „örtlichen Bedarfs“ einer Truppe oder eines zivilen Gefolges dem deutschen Arbeitsrecht unterlägen, wobei diese in keiner Beziehung Mitglieder der Truppe oder des zivilen Gefolges seien. Die wirtschaftlichen Folgen der getroffenen Entscheidung seien dem Kläger zumutbar, zumal er für eine Übergangszeit einen Ausgleich erhalte.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 9

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Die dem Kläger mit der Kündigung vom 17. Februar 2009 angetragene und auf betriebliche Gründe gestützte Änderung der Arbeitsbedingungen ist sozial gerechtfertigt iSv. §§ 2, 1 Abs. 1, Abs. 2 KSchG. 10

I. Der Kläger war im Kündigungszeitpunkt zivile Arbeitskraft iSv. Art. IX Abs. 4 NTS. Nach Art. 56 Abs. 1 Buchst. a ZA-NTS gelten für die Beschäftigungsverhältnisse der bei einer Truppe und bei dem zivilen Gefolge beschäftigten zivilen Arbeitskräfte alle für die zivilen Arbeitnehmer der Bundeswehr maßgeblichen arbeitsrechtlichen Vorschriften, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist. Das Kündigungsschutzgesetz findet daher auf das Arbeitsverhältnis des Klägers mit den Stationierungsstreitkräften Anwendung (*vgl. BAG 18. Mai 2006 - 2 AZR 245/05 - Rn. 26, AP KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 157 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 148*). 11

II. Eine betriebsbedingte Änderungskündigung ist iSv. § 2 Satz 1, § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber bei Vorliegen eines Kündigungsgrundes darauf beschränkt hat, solche Änderungen anzubieten, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss. 12

1. In diesem Rahmen ist zu prüfen, ob ein Beschäftigungsbedürfnis für den Arbeitnehmer zu den bisherigen Vertragsbedingungen entfallen ist und dem Arbeitnehmer bei Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die am wenigsten beeinträchtigende Änderung angeboten wurde (*BAG 29. September 2011 - 2 AZR 451/10 - Rn. 17, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 151 = EzA KSchG § 2 Nr. 82; 16. Dezember 2010 - 2 AZR 576/09 - Rn. 30, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 150 = EzA KSchG § 2 Nr. 81; jeweils mwN*). Dieser Maßstab gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer das Änderungsangebot abgelehnt oder unter Vorbehalt angenommen hat (*BAG 23. Februar 2012 - 2 AZR 45/11 - Rn. 11; 26. November 2009 - 2 AZR 658/08 - Rn. 16, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 144 = EzA KSchG § 2 Nr. 76*). 13
2. Eine Änderungskündigung ist durch dringende betriebliche Erfordernisse iSv. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt, wenn sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme entschlossen hat, bei deren innerbetrieblicher Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entweder ganz oder jedenfalls zu den bisherigen Vertragsbedingungen entfällt (*BAG 15. Januar 2009 - 2 AZR 641/07 - Rn. 13, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 141; 27. September 2001 - 2 AZR 246/00 - zu I 1 b der Gründe, EzA KSchG § 2 Nr. 41*). 14
- III. Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt. 15
1. Aufgrund der Entscheidung der britischen Streitkräfte, bundesweit in fünf Garnisonen statt bisher 19 „Station Manager“ künftig nur noch 14 „Station Business Manager“ mit zumindest teilweise geänderten Aufgaben- und Verantwortungsbereich zu beschäftigen, lagen dringende betriebliche Erfordernisse zur Änderung der Arbeitsbedingungen iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG vor. 16
- a) Nach den für den Senat gemäß § 559 Abs. 2 ZPO bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts haben die Streitkräfte die entsprechende Entscheidung zur Umstrukturierung in Umsetzung eines N-Studienberichts getroffen und durchgeführt. 17

- b) Es gehört zum Kern der unternehmerischen Freiheit, die betriebliche Organisation zu gestalten und festzulegen, an welchem Standort welche arbeitstechnischen Zwecke und Ziele verfolgt werden sollen. Der gesetzliche Kündigungsschutz verpflichtet den Arbeitgeber nicht, eine bestimmte betriebliche Organisationsstruktur oder einen konkreten Standort beizubehalten (*BAG 12. August 2010 - 2 AZR 558/09 - Rn. 17, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 146 = EzA KSchG § 2 Nr. 78; 21. Februar 2002 - 2 AZR 556/00 - zu II 2 der Gründe, EzA KSchG § 2 Nr. 45*). Zu diesem Entscheidungsspielraum des Arbeitgebers zählt grundsätzlich auch die Befugnis, den Inhalt der Arbeitsaufgaben und damit das Anforderungsprofil des Arbeitsplatzes zu bestimmen. Außerdem unterliegt es seiner freien Entscheidung, die Zahl der Arbeitskräfte zu bestimmen, mit denen eine Arbeitsaufgabe - zukünftig - erledigt werden soll (*BAG 18. Mai 2006 - 2 AZR 245/05 - Rn. 30, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 157 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 148; 17. Juni 1999 - 2 AZR 522/98 - BAGE 92, 61*). Solche unternehmerischen Entscheidungen können von den Gerichten für Arbeitssachen nur daraufhin überprüft werden, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich sind. 18
- c) Der Kläger stellt den Rückgang von 19 auf 14 Stellen nicht in Frage. Seinen eigenen Angaben zufolge hängt dieser Abbau damit zusammen, dass das Arbeitsvolumen insgesamt zurückgegangen ist. Mehrere Standorte seien geschlossen und die Truppenstärke erheblich reduziert worden. Ebenso wenig bezweifelt er die Entscheidung der Streitkräfte, die Funktion des „Station Managers“ in ihrer bisherigen Ausgestaltung entfallen zu lassen und stattdessen 14 Arbeitsplätze für „Station Business Manager“ mit erweitertem Aufgaben- und Verantwortungsbereich vorzuhalten. Da die britischen Streitkräfte die Änderungen der Organisationsstruktur auch tatsächlich umgesetzt haben, ist die Vermutung berechtigt, dass die Organisationsentscheidung aus sachlichen Gründen erfolgt ist und kein Rechtsmissbrauch vorliegt (*BAG 23. April 2008 - 2 AZR 1110/06 - Rn. 18, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 177 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 160*). Der Kläger hat keine Umstände dargelegt, aus denen sich Anderes ergäbe. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, damit sei die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung des 19

Klägers zu den bisherigen Arbeitsbedingungen entfallen, lässt auf dieser Grundlage keinen Rechtsfehler erkennen.

2. Die britischen Streitkräfte haben sich darauf beschränkt, dem Kläger solche Änderungen anzubieten, die er billigerweise hat hinnehmen müssen. 20

Zwar waren im Kündigungszeitpunkt außer der Position, die die Beklagte dem Kläger angetragen hat, auch die neu zugeschnittenen Positionen der „Station Business Manager“ zu besetzen. Eine Beschäftigung auf einer dieser Stellen wäre für den Kläger weniger belastend gewesen, da finanzielle Einbußen insoweit nicht zu erwarten standen. Die Streitkräfte waren aber kündigungsschutzrechtlich nicht verpflichtet, dem Kläger die Weiterbeschäftigung als „Station Business Manager“ anzubieten. Dies hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend erkannt. 21

a) Zugunsten des Klägers kann unterstellt werden, dass er ungeachtet des erweiterten Aufgaben- und Verantwortungsbereichs fachlich in der Lage gewesen wäre, die fragliche Tätigkeit zu verrichten. Es ist auch nicht ersichtlich, dass es sich bei den Arbeitsplätzen der „Station Business Manager“ gegenüber denen der „Station Manager“ um sog. Beförderungsstellen gehandelt hätte, zumal nach Darstellung der Beklagten auch die erstgenannten Tätigkeiten in die Gehaltsgruppe C 6a TV AL II eingruppiert sind. Im Übrigen wäre selbst im anderen Fall fraglich, ob die Umwandlung der Stellen der „Station Manager“ in Beförderungsstellen für sich genommen einer Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstünde (*zur Problematik vgl. BAG 23. Februar 2010 - 2 AZR 656/08 - Rn. 40, BAGE 133, 226; 10. Juli 2008 - 2 AZR 1111/06 - Rn. 37, AP KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 181 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 163*). 22

b) Der Annahme, die Streitkräfte hätten dem Kläger eine Weiterbeschäftigung auf der Position „Station Business Manager“ ermöglichen müssen, dürfte im Streitfall schon deren Entscheidung entgegenstehen, die Stellen durch Mitglieder des zivilen Gefolges iSd. Art. I Abs. 1 Buchst. b NTS zu besetzen. Die 23

Würdigung des Landesarbeitsgerichts, dabei handele es sich um ein berechtigterweise festgelegtes Stellenprofil, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

aa) „Ziviles Gefolge“ ist gemäß Art. I Abs. 1 Buchst. b NTS das die Truppe einer Vertragspartei des NTS begleitende Zivilpersonal, das bei den Streitkräften beschäftigt ist, soweit es sich ua. nicht um Staatsangehörige des Staates handelt, in welchem die Truppe stationiert ist, oder um Personen, die dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Der Unterschied der Zivilpersonen, die die Truppe begleiten, zu den von Art. IX Abs. 4 NTS erfassten zivilen Arbeitnehmern besteht darin, dass die zuletzt genannten Beschäftigten im Aufnahmestaat akquiriert werden, um den örtlichen Bedarf der Truppe zu decken. Demgegenüber stehen die die Truppe begleitenden und bei ihr beschäftigten Zivilpersonen iSv. Art. I Abs. 1 Buchst. b NTS regelmäßig in einer engen organisatorischen Verbindung zur Truppe selbst und erbringen Arbeitsleistungen, die für den Bestand, die Erhaltung und Unterhaltung der Truppe von Bedeutung sind, ständig anfallen und die typischerweise eine Qualifikation erfordern, die die Kenntnis der Verhältnisse und des Rechts des Entsendestaates einschließt. Ihre Beschäftigungsbedingungen werden regelmäßig durch das Recht des Entsendestaates bestimmt (*BAG 12. Februar 1985 - 1 ABR 3/83 - zu B III 2 und 3a der Gründe, BAGE 48, 81*). Da der Kläger im Kündigungszeitpunkt seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland hatte, konnte er nicht Mitglied des zivilen Gefolges im Sinne des Vertragswerks sein. Er erfüllte damit nicht das von den Streitkräften festgelegte Anforderungsprofil für die Tätigkeit des „Station Business Managers“.

24

bb) Die Auffassung des Klägers, die Besetzung der Arbeitsplätze der „Station Business Manager“ ausschließlich mit Zivilpersonen iSv. Art. I Abs. 1 Buchst. b NTS sei sachlich ungerechtfertigt, weil die ihr zugrunde liegende Entscheidung von rein fiskalischen und nicht von militärischen Erwägungen bestimmt sei, geht fehl.

25

(1) Richtig ist, dass im Zusammenhang mit einer Kündigung auch die - grundsätzlich der freien Unternehmerentscheidung unterliegende - Gestaltung des Anforderungsprofils eines neu eingerichteten Arbeitsplatzes der rechtlichen

26

Überprüfung auf offenbare Unsachlichkeit hin unterliegt (*BAG 7. Juli 2005 - 2 AZR 399/04 - Rn. 32, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138; 24. Juni 2004 - 2 AZR 326/03 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 76 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 132*). Gestaltet der Arbeitgeber das Stellenprofil für Arbeitsplätze um, die bereits mit langjährig beschäftigten Arbeitnehmern besetzt sind, muss er darlegen, dass es sich bei einer neuen Anforderung nicht nur um eine „wünschenswerte Voraussetzung“ für die Tätigkeit handelt, sondern um ein nachvollziehbares, arbeitsplatzbezogenes Kriterium für eine Stellenprofilierung (*BAG 18. März 2010 - 2 AZR 337/08 - Rn. 20, AP BGB § 626 Nr. 228 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 17; 10. Juli 2008 - 2 AZR 1111/06 - Rn. 31, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 181 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 163*).

(2) Diese Grundsätze sind allerdings auf den Bereich der Stationierungsstreitkräfte nur mit Einschränkungen übertragbar. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entscheidet der Entsendestaat aufgrund seiner Hoheitsgewalt grundsätzlich allein, ob er den Bedarf seiner Truppe an zivilen Arbeitskräften durch örtliche Arbeitskräfte iSv. Art. IX Abs. 4 NTS oder durch Zivilpersonen iSv. Art. I Abs. 1 Buchst. b NTS, die bei der Truppe beschäftigt sind und diese begleiten, decken will. Nach Art. 56 Abs. 7 Buchst. a Satz 1 ZANTs bestimmen die Behörden der Truppe und eines zivilen Gefolges zudem die Zahl und Art der benötigten Arbeitsplätze. Hat der Entsendestaat aufgrund seiner Hoheitsgewalt abschließend entschieden, die vom Arbeitnehmer erledigten Arbeiten in Zukunft nicht mehr im bisherigen Umfang durch örtliche Arbeitskräfte erledigen zu lassen, so entfällt damit infolge einer grundsätzlich nicht nachprüfaren Entscheidung der bisherige Arbeitsplatz (*BAG 18. Mai 2006 - 2 AZR 245/05 - Rn. 30, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 157 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 148; 27. Februar 1997 - 2 AZR 361/96 - zu II 3 der Gründe, RzK III 2a Nr. 37*). Dies beruht ua. auf der Überlegung, dass die Organisation der Truppe, von der die Bestimmungen des NTS ausgehen, keine statische ist. Sie muss an veränderte Verhältnisse oder bessere Erkenntnisse angepasst werden können. Schon aus diesem Grund muss es

27

dem Entsendestaats freistehen, seine Organisation zu ändern und aufgrund seines Organisationsrechts zu bestimmen, dass Tätigkeiten künftig nur noch von Zivilpersonen ausgeübt werden sollen, die in einem so engen Verhältnis zur Truppe stehen, dass sie zu dem die Truppe begleitenden Zivilpersonal gehören, auch wenn diese Tätigkeiten bislang von örtlichen Arbeitskräften verrichtet wurden (*BAG 12. Februar 1985 - 1 ABR 3/83 - zu B III 3 b der Gründe, BAGE 48, 81*). Dem steht nicht entgegen, dass die Entsendestaaten in Art. IX Abs. 4 NTS die Verpflichtung eingegangen sind, von ihrer Organisationsgewalt nicht in vollem Umfang Gebrauch zu machen und ihren Bedarf an Zivilbediensteten in einem möglichst großen Umfang durch örtlich requirierte zivile Arbeitskräfte zu decken. Wenn ein Entsendestaat dieser Verpflichtung nicht entspricht und von seiner Organisationsgewalt einen zu weitgehenden Gebrauch macht, mag deshalb ein Verstoß gegen das Vertragswerk vorliegen. Er führt aber allenfalls zu einer Streitigkeit zwischen den Vertragsparteien des NTS über die Auslegung oder Anwendung dieses Abkommens im Sinne von Art. XVI NTS, die ggf. in dem dort geregelten Verfahren auszutragen und beizulegen ist (*BAG 18. Mai 2006 - 2 AZR 245/05 - aaO; 12. Februar 1985 - 1 ABR 3/83 - aaO; 28. Mai 2002 - 1 ABR 35/01 - BAGE 101, 232*). Die Würdigung der Rechtsfolgen eines solchen Verstoßes unterliegt dagegen nicht der deutschen Gerichtsbarkeit. Das schließt es zugleich aus, mögliche Verstöße gegen das Vertragswerk kündigungsrechtlich zugunsten der Arbeitnehmer zu berücksichtigen.

cc) Ebenso wenig kann der Ansicht des Klägers gefolgt werden, die Entscheidung der britischen Streitkräfte sei deshalb kündigungsrechtlich unbeachtlich, weil sie gegen Regelungen der Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 und der Richtlinie 2000/43/EG vom 29. Juni 2000 in ihrer innerstaatlichen Ausformung durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verstoße. Auch einer solchen Beurteilung hätte die Prüfung voranzugehen, ob die Entsendestaaten von der ihnen durch das NTS zuerkannten Organisationsgewalt in zulässiger Weise Gebrauch gemacht haben. Eben diese Prüfung ist der deutschen Gerichtsbarkeit entzogen. Es kann daher offenbleiben, ob bei Sachverhalten wie dem vorliegenden der Anwendungsbereich der Richtlinien und/oder des AGG überhaupt eröffnet ist. Entsprechendes gilt für die Ansicht des Klä-

28

gers, die Entscheidung der Streitkräfte verstoße gegen den aus Art. 3 Abs. 1 GG herzuleitenden allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz.

dd) Es besteht kein Anlass zu entscheiden, ob es Fälle geben kann, in denen der Entscheidung des Entsendestaates und seiner Streitkräfte darüber, welche Arbeitsplätze mit Zivilpersonen iSv. Art. I Abs. 1 Buchst. b NTS besetzt werden sollen, eine Bindungswirkung im aufgezeigten Sinne ausnahmsweise nicht zukommt, etwa weil die betreffenden Festlegungen von evident sachwidrigen, nicht mit dem Vertragswerk in Einklang stehenden Erwägungen getragen sind. Für eine solche Annahme fehlt es im Streitfall an jeglichen Anhaltspunkten. Die auf eine Entschließung des britischen Parlaments zurückgehende Organisationsentscheidung der Streitkräfte zielt nicht spezifisch auf das Arbeitsverhältnis des Klägers. Sie beruht auf einem übergreifenden, einen ganzen Arbeitsbereich gleichmäßig betreffenden Konzept. Sie geht einher mit einer Erweiterung des Aufgabenbereichs und Änderung der Berichtspflichten der künftigen Arbeitsplatzinhaber. Auch waren schon die Stellen der „Station Manager“ hauptsächlich mit Personen besetzt, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Großbritannien hatten. Selbst wenn die Entscheidung, die verbliebenen Stellen ausschließlich dem zivilen Gefolge vorzubehalten, wesentlich durch Überlegungen zur Kosteneinsparung bestimmt gewesen sein sollte, kann deshalb nicht die Rede davon sein, sie bewege sich offensichtlich außerhalb der Zwecke, die dem NTS immanent sind. Das gilt umso mehr, als sich die Beklagte ausdrücklich auf eine von den Streitkräften angestrebte stärkere „Militarisierung“ der Dienstposten berufen hat.

29

c) Im Ergebnis kommt es auf die Berechtigung der Streitkräfte, die Stellen der „Station Business Manager“ Personen des zivilen Gefolges vorzubehalten, nicht an. Angesichts des zugleich beschlossenen und tatsächlich durchgeführten Personalabbaus könnte sich der Kläger auf eine Weiterbeschäftigung als „Station Business Manager“ nur berufen, wenn er bei der Stellenbesetzung nach den Grundsätzen der Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG) vorrangig zu berücksichtigen gewesen wäre. Darauf hat er sich zu keiner Zeit berufen.

30

- aa) Sind von einer Organisationsmaßnahme mehrere vergleichbare Arbeitnehmer betroffen, so hat der Arbeitgeber - soweit diese um eine geringere Anzahl im Betrieb fortbestehender Beschäftigungsmöglichkeiten konkurrieren - durch eine Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG zu entscheiden, welchen Arbeitnehmer er auf welchem der noch vorhandenen Arbeitsplätze weiterbeschäftigt (*BAG 23. Februar 2012 - 2 AZR 45/11 - Rn. 12; 12. August 2010 - 2 AZR 945/08 - Rn. 40 mwN, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 147 = EZA KSchG § 2 Nr. 79*). Dieser Grundsatz kommt auch bei der Änderungskündigung zum Tragen. § 2 Satz 1 KSchG verweist uneingeschränkt auf § 1 Abs. 2 Satz 1 bis Satz 3, Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 KSchG. Liegen dringende betriebliche Erfordernisse vor, die eine Änderung der Arbeitsbedingungen bedingen, und stehen für eine Weiterbeschäftigung Tätigkeiten zur Verfügung, von denen sich einige mehr und andere weniger vom Inhalt des bisherigen Arbeitsvertrags entfernen, ist es grundsätzlich eine Frage der sozialen Auswahl, welchem Arbeitnehmer das in dieser Hinsicht „günstigere“ Weiterbeschäftigungsangebot zu unterbreiten ist (*BAG 23. Februar 2012 - 2 AZR 45/11 - aaO; 12. August 2010 - 2 AZR 945/08 - Rn. 41 mwN, aaO*). 31
- bb) Will der Arbeitnehmer geltend machen, der Arbeitgeber habe bei der Beurteilung, welchem Arbeitnehmer er die Weiterbeschäftigung zu objektiv schlechteren Bedingungen anbietet, soziale Gesichtspunkte nicht hinreichend beachtet, muss er dies - wie in den Fällen der Beendigungskündigung - konkret rügen. Andernfalls braucht der Arbeitgeber die soziale Rechtfertigung der getroffenen Auswahlentscheidung mit Blick auf § 1 Abs. 3 KSchG nicht näher zu begründen. 32
- cc) So liegt es hier. Aufgrund des von den Streitkräften beschlossenen Personalabbaus kamen nur 14 der bisher 19 „Station Manager“ für eine Weiterbeschäftigung als „Station Business Manager“ in Frage. Dem eigenen Vorbringen des Klägers zufolge wurden diese Stellen ausschließlich mit Personen besetzt, die zuvor als „Station Manager“ beschäftigt waren. Die Angriffe des Klägers gegen die Auswahlentscheidung richten sich nicht gegen die Auswahl als solche, sondern ausschließlich gegen das für die verbliebenen 14 Arbeitsplätze 33

festgelegte Stellenprofil. Darauf käme es für die Entscheidung aber nur an, wenn auf den fraglichen Arbeitsplätzen Arbeitnehmer weiterbeschäftigt würden, die nach den Maßstäben des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG sozial weniger schutzbedürftig sind als der Kläger. Das hat der Kläger schon in den Vorinstanzen nicht geltend gemacht.

d) Da keine Verpflichtung der Streitkräfte bestand, dem Kläger eine Weiterbeschäftigung als „Station Business Manager“ anzubieten, kann dahinstehen, ob die Beklagte dem Kläger andernfalls entgegenhalten könnte, er habe sich auf die in Großbritannien ausgeschriebenen Stellen nicht beworben. 34

e) Die Änderung der Arbeitsbedingungen ist nicht aus anderen Gründen unverhältnismäßig. 35

aa) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, eine andere Beschäftigungsmöglichkeit, die gegenüber einer Tätigkeit als „P Barracks SHE Advisor Team Manager“ zu finanziell geringeren Belastungen des Klägers geführt hätte, sei nicht ersichtlich. Dagegen wendet sich dieser nicht. Ein Rechtsfehler ist auch objektiv nicht erkennbar. 36

bb) Unschädlich ist, dass die Beklagte die angestrebte Änderung der Vergütung des Klägers nicht näher begründet hat. Wenn durch die Änderungskündigung neben der Tätigkeit des Arbeitnehmers auch dessen Vergütung geändert werden soll, sind grundsätzlich beide Elemente des Änderungsangebots am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen. Eine gesonderte Rechtfertigung des Vergütungsangebots ist allerdings dann entbehrlich, wenn sich die geänderte Vergütung aus einem im Betrieb angewandten tariflichen Vergütungssystem ergibt - also bei Eingreifen der sog. Tarifautomatik (*BAG 9. September 2010 - 2 AZR 936/08 - Rn. 35, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 149; 27. November 2008 - 2 AZR 757/07 - Rn. 31 mwN, BAGE 128, 308*). Davon ist im Streitfall auszugehen. Die Parteien hatten arbeitsvertraglich die Geltung des TV AL II in seiner jeweils gültigen Fassung vereinbart. Diese Vereinbarung blieb von der Änderung der Vertragsbedingungen unberührt. 37

IV. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen. 38

Kreft

Koch

Berger

Gans

F. Löllgen