

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 15. Dezember 2016
- 2 AZR 867/15 -
ECLI:DE:BAG:2016:151216.U.2AZR867.15.0

I. Arbeitsgericht Mannheim
- Kammern Heidelberg -

Urteil vom 31. März 2015
- 14 Ca 158/14 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg
- Kammern Mannheim -

Urteil vom 21. Oktober 2015
- 19 Sa 24/15 -

Entscheidungsstichworte:

Kündigung - Beteiligung der Betriebsvertretung

Leitsatz:

Arbeitstage iSv. mod. § 72 Abs. 2 Satz 1 BPersVG sind nur die Tage Montag bis Freitag mit Ausnahme der gesetzlichen Feiertage.

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 867/15
19 Sa 24/15
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
15. Dezember 2016

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. Dezember 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor,

den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Gerschermann und Schierle für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Mannheim - vom 21. Oktober 2015 - 19 Sa 24/15 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit zweier ordentlicher Kündigungen. 1
- Der Kläger war seit 1997 bei den US-amerikanischen Stationierungstreitkräften (Streitkräfte) beschäftigt. Zuletzt wurde er als Betriebsmechaniker in der Dienststelle H eingesetzt. Er war Mitglied der dort gebildeten Betriebsvertretung. Auf sein Arbeitsverhältnis fand kraft Bezugnahme der Tarifvertrag vom 2. Juli 1997 über Rationalisierungs-, Kündigungs- und Einkommensschutz (SchutzTV) Anwendung. 2
- In der Dienststelle H wurden Versorgungseinrichtungen für die Mitglieder der Truppe und des zivilen Gefolges sowie deren Angehörige betrieben. In den Einrichtungen wurde von Montag bis Samstag gearbeitet. Die Streitkräfte fassten im Jahr 2011 den Entschluss, die Dienststelle bis spätestens zum 31. Dezember 2014 aufzulösen. Im August 2012 wurde der Zeitpunkt für die Schließung der Versorgungseinrichtungen auf spätestens den 30. September 2013 vorverlegt. Zu diesem Termin war die Truppe bereits abgezogen. Im November 2013 wurde auf dem Gelände lediglich noch ein Gefängnis betrieben. 3

Mit Wirkung zum 1. November 2013 wurde Frau D zur Leiterin der Dienststelle bestellt. Sie informierte die Betriebsvertretung mit Schreiben vom 16. November 2013 über die Absicht der Streitkräfte, das Arbeitsverhältnis des Klägers aufgrund der bevorstehenden Auflösung der Dienststelle ordentlich zu kündigen. Das Unterrichtungsschreiben ging der Betriebsvertretung am 20. November 2013 (Mittwoch) zu. Diese „lehnte“ die geplante Kündigung mit Schreiben vom 3. Dezember 2013 „ab“. Zwischen den Parteien ist streitig gewesen, wann dieses Schreiben im zuständigen Personalbüro der Streitkräfte in S eingegangen ist. 4

Mit Schreiben vom 27. März 2014 und 28. Mai 2014 kündigten die Streitkräfte nach Erstattung einer Massenentlassungsanzeige das Arbeitsverhältnis des Klägers jeweils ordentlich zum 28. Februar 2015. Beide Kündigungsschreiben sind von der Personalleiterin V unterzeichnet. Der Kläger rügte deren Vertretungsmacht und wies die Kündigungen mangels Vorlage einer Vollmachtsurkunde zurück. 5

Mit der vorliegenden Klage hat er sich fristgerecht gegen beide Kündigungen gewandt. Diese seien gemäß §§ 180, 174 BGB unwirksam. Es fehle ihnen an einer sozialen Rechtfertigung. Ihm hätten Arbeitsplätze in anderen Dienststellen angeboten werden müssen. § 4 Nr. 4 Buchst. d SchutzTV erweitere das Einzugsgebiet iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG auf 60 km. Mit der Betriebsvertretung habe eine Konsultation nach § 17 Abs. 2 KSchG stattfinden müssen. Das Mitwirkungsverfahren gemäß mod. §§ 79, 72 BPersVG sei nicht korrekt durchgeführt worden. Die Streitkräfte hätten zu Unrecht die Betriebsvertretung beteiligt. Bei Einleitung des Verfahrens sei die Dienststelle bereits aufgelöst und Frau D nicht mehr deren Leiterin gewesen. Das Schreiben der Betriebsvertretung vom 3. Dezember 2013 sei am 4. Dezember 2013 und damit rechtzeitig im Personalbüro eingegangen. Arbeitstage iSv. mod. § 72 Abs. 2 Satz 1 BPersVG seien (nur) die Tage Montag bis Freitag mit Ausnahme der gesetzlichen Feiertage. 6

Der Kläger hat beantragt,

7

1. festzustellen, dass sein Arbeitsverhältnis mit den Vereinigten Staaten von Amerika durch die Kündigung vom 27. März 2014 nicht aufgelöst worden ist;
2. festzustellen, dass sein Arbeitsverhältnis mit den Vereinigten Staaten von Amerika durch die Kündigung vom 28. Mai 2014 nicht aufgelöst worden ist;
3. hilfsweise für den Fall des Obsiegens mit den Kündigungsschutzanträgen die Beklagte zu verurteilen, ihn zu den bisherigen Bedingungen bei AAFES-Europe, Eucom Exchange als Betriebsmechaniker, A4/5 bei den Amerikanischen Streitkräften weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat behauptet, das Schreiben der Betriebsvertretung vom 3. Dezember 2013 sei erst am 10. Dezember 2013 im Personalbüro eingegangen. Die Äußerungsfrist habe bereits am Montag, den 2. Dezember 2013 geendet. Als Arbeitstage iSv. mod. § 72 Abs. 2 Satz 1 BPersVG seien alle Tage anzusehen, an denen in der betreffenden Dienststelle planmäßig gearbeitet werde.

8

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter.

9

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Mit der von ihm gegebenen Begründung durfte das Berufungsgericht die nach Maßgabe von Art. 56 Abs. 8 Satz 2 des Zusatzabkommens zu dem Abkommen zwischen den Parteien des Nordatlantikvertrages über die Rechtsstellung ihrer Truppen hinsichtlich der in der Bundesrepublik Deutschland stationierten ausländischen Truppen (ZA-NTS) zu Recht gegen die Bundesrepublik Deutschland in Prozessstandschaft für den Entsendestaat - die Vereinigten Staaten von Amerika - gerichtete Klage (*BAG 26. März 2015 - 2 AZR 783/13 - Rn. 12*) nicht abweisen.

10

- A. Die vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen tragen die Abweisung des Klageantrags zu 1. nicht. Die ordentliche Kündigung der Streitkräfte vom 27. März 2014 erweist sich zwar nach Maßgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Kündigungsschutzgesetzes als wirksam. Die Streitkräfte haben auch das Mitwirkungsverfahren nach mod. §§ 79, 72 BPersVG ordnungsgemäß eingeleitet. Das Landesarbeitsgericht durfte aber nicht ohne Beweisaufnahme davon ausgehen, das Mitwirkungsverfahren sei vor Ausspruch der Kündigung abgeschlossen gewesen. Dies führt zur Aufhebung seiner Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz auch in Bezug auf die Klageanträge zu 2. und 3. 11
- I. Die Kündigung vom 27. März 2014 ist nicht gemäß § 180 Satz 1 BGB unwirksam. Die Personalleiterin V hat nach der von den Streitkräften erlassenen AE Reg 690-84-G vom 20. August 2010 mit Vertretungsmacht gehandelt. 12
- II. Die Unwirksamkeit der Kündigung vom 27. März 2014 folgt nicht aus § 174 Satz 1 BGB. Das Zurückweisungsrecht war nach Satz 2 der Vorschrift ausgeschlossen. Der Kläger bestreitet nicht, von den Streitkräften vor Zugang der Kündigung darüber in Kenntnis gesetzt worden zu sein, dass Frau V die Stellung der Personalleiterin innehatte (*BAG 25. September 2014 - 2 AZR 567/13 - Rn. 20*). Für seine Mutmaßung, sie sei allein für das zivile Gefolge, nicht aber für die zivilen Bediensteten („Ortskräfte“) zuständig gewesen, bestehen keine objektiven Anhaltspunkte. Die von ihm herangezogene E-Mail vom 27. August 2012 weist in die Gegenrichtung. Darin wird Frau V umfassend als „HRM“ (für „human resources manager“) bezeichnet. Der einschränkende Zusatz „LN“ (für „local nationals“) findet sich lediglich in Bezug auf ihre sachbearbeitende Mitarbeiterin B. 13
- III. Die zum 28. Februar 2015 erklärte Kündigung vom 27. März 2014 war nach § 15 Abs. 4 KSchG, § 8 Nr. 2 Buchst. a SchutzTV zulässig. Die Streitkräfte hatten vor Zugang der Kündigung den ernsthaften und endgültigen Entschluss gefasst, die Beschäftigungsdienststelle des Klägers spätestens zum 31. Dezember 2014 aufzulösen. Diese Entscheidung hatte im Kündigungszeit- 14

punkt bereits greifbare Formen angenommen und ist in der Folge auch umgesetzt worden.

IV. Die Kündigung vom 27. März 2014 ist sozial gerechtfertigt. Sie ist gemäß § 1 Abs. 2 und Abs. 3 KSchG durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers bei den Streitkräften entgegenstehen. 15

1. Der Bedarf an einer Beschäftigung des Klägers in der Einsatzdienststelle ist vor Ablauf der Kündigungsfrist am 28. Februar 2015 entfallen, § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG. Die Streitkräfte hatten alle Versorgungseinrichtungen bereits zum 31. August 2013 geschlossen. 16

2. Die Kündigung vom 27. März 2014 ist nicht deshalb sozial ungerechtfertigt, weil die Streitkräfte den Kläger in einer anderen Dienststelle hätten weiterbeschäftigen müssen. 17

a) Die Weiterbeschäftigungsobliegenheit ist nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG räumlich auf denselben Dienstort einschließlich seines Einzugsgebiets beschränkt. Für den Begriff des Einzugsgebiets gelten nach § 75 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG die im Umzugskostenrecht maßgeblichen Grundsätze. Einzugsgebiet ist danach das Gebiet, das auf einer üblicherweise befahrenen Strecke nicht mehr als 30 km vom Dienstort entfernt ist, § 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c BUKG (*BAG 22. September 2005 - 2 AZR 544/04 - zu B III 2 a der Gründe*). In diesem Gebiet bestand keine Möglichkeit, den Kläger auf einem freien Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen. Alle von ihm angeführten Stellen waren auf üblicherweise befahrenen Strecken mehr als 30 km vom bisherigen Dienstort entfernt. 18

b) Es kann dahinstehen, ob außerhalb dieses Einzugsgebiets Arbeitsplätze frei waren, für die der Kläger geeignet gewesen wäre. Die Nichtberücksichtigung eines freien Arbeitsplatzes in dem durch § 4 Nr. 4 Buchst. d SchutzTV bestimmten Einzugsbereich von 60 km führte nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Die gesetzliche Weiterbeschäftigungsobliegenheit wird durch § 4 19

SchutzTV nicht räumlich ausgedehnt (*zweifelnd schon BAG 22. September 2005 - 2 AZR 544/04 - zu B III 3 der Gründe*). Der tarifliche Unterbringungsanspruch betrifft die Rechtsfolgen- nicht die Tatbestandsseite einer Kündigung. Das ergibt die Auslegung des SchutzTV.

aa) Nach seiner Bezeichnung bestimmt dieser einen Rationalisierungs-, Kündigungs- und Einkommensschutz. Die Regelungen zum *Kündigungsschutz* finden sich in § 8 SchutzTV. Sie erschöpfen sich darin, älteren, langjährig beschäftigten Arbeitnehmern einen Sonderkündigungsschutz einzuräumen. Darüber hinaus wird nicht angeordnet, dass eine Beendigungskündigung nur und erst dann erklärt werden darf, wenn dem betreffenden Arbeitnehmer ein Arbeitsplatz nach § 4 SchutzTV nicht angeboten werden kann oder dieser ein entsprechendes Angebot nicht annimmt. Es hätte nahegelegen, eine solche Anordnung in die einzige für den Kündigungsschutz maßgebliche Tarifnorm aufzunehmen, sofern die Tarifvertragsparteien eine über die Vorgaben des Kündigungsschutzgesetzes hinausgehende und die Wirksamkeit einer Kündigung berührende oder doch deren Ausspruch hinauszögernde Unterbringungs*obliegenheit* der Streitkräfte hätten festlegen wollen. So finden sich entsprechende Regelungen für den Bereich des öffentlichen Dienstes in § 5 Abs. 2 der Tarifverträge über Rationalisierungsschutz für Angestellte (RatSchTV Ang) und für Arbeiter (RatSchTV Arb).

20

bb) Dass § 4 SchutzTV nicht die Tatbestands-, sondern die Rechtsfolgen- seite einer Kündigung betrifft, wird durch §§ 2, 4 Nr. 1 Satz 2 und § 4 Nr. 4 Buchst. d Satz 5 SchutzTV bestätigt. Gemäß § 2 SchutzTV rechnet der Unterbringungs*anspruch* des Arbeitnehmers nach § 4 SchutzTV zu den „Leistungen“, die ein vom SchutzTV erfasster Arbeitnehmer beanspruchen kann, wenn er infolge der dort bestimmten organisatorischen Maßnahmen auf Veranlassung der Streitkräfte seinen bisherigen Arbeitsplatz verliert. Dies ist nach der Vorstellung der Tarifvertragsparteien, wie sie im SchutzTV ihren Niederschlag gefunden hat, erst mit dem Zugang einer (wirksamen) Kündigung der Fall. Gemäß § 4 Nr. 1 Satz 2 SchutzTV wird der Unterbringungsanspruch stets durch „Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages“ erfüllt. Nach § 4 Nr. 4 Buchst. d Satz 5 SchutzTV

21

kann der Arbeitnehmer in den dort angeführten Fällen den maßgeblichen Einzugsbereich innerhalb einer Woche „nach Erhalt der Kündigung“ bestimmen. In dieser Lesart ist der Unterbringungsanspruch keineswegs wertlos. Er geht deutlich über den allgemeinen Wiedereinstellungsanspruch (*BAG 9. November 2006 - 2 AZR 509/05 - Rn. 71 f., BAGE 120, 115*) hinaus und bietet auch so einen *Rationalisierungsschutz*.

c) Die Streitkräfte haben sich durch die vorherige Ermittlung der Einsatzwünsche nicht dahin „selbst gebunden“, von einer Kündigung abzusehen, wenn dem Arbeitnehmer andernfalls ein Unterbringungsanspruch nach § 4 SchutzTV zustehen sollte. Den im Erhebungsbogen enthaltenen Fragen zur Unterbringung in einer anderen Dienststelle kommt ein entsprechender Erklärungswert nicht zu. Die Systematik des SchutzTV schließt auch den von Amts wegen zu berücksichtigenden, aus § 242 BGB abzuleitenden sog. Dolo-Agit-Einwand aus (*BAG 20. Oktober 2016 - 6 AZR 715/15 - Rn. 74*). Der Unterbringungsanspruch ist nicht auf die „Wiederherstellung“ des alten, wirksam gekündigten Arbeitsvertrags, sondern allenfalls auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf der Grundlage eines neuen Arbeitsvertrags gerichtet, zu dessen Abschluss die Streitkräfte dem Arbeitnehmer ggf. „nur“ Angebote zu unterbreiten haben. 22

3. Eine Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG war wegen der vollständigen Schließung der Dienststelle zum 31. Dezember 2014 entbehrlich. 23

V. Die Kündigung vom 27. März 2014 ist nicht deshalb nach § 134 BGB nichtig, weil die Streitkräfte kein Konsultationsverfahren gemäß § 17 Abs. 2 KSchG durchgeführt haben oder die von ihnen erstattete Massenentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 1 und Abs. 3 KSchG - wie im Übrigen nicht ersichtlich - nicht ordnungsgemäß war. Die Vorschriften des Dritten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes (§§ 17 bis 22 KSchG) fanden nach dessen § 23 Abs. 2 Satz 1 keine Anwendung. 24

1. Nach § 23 Abs. 2 Satz 1 KSchG gelten die Vorschriften des Dritten Abschnitts des Gesetzes für Betriebe, die von einer öffentlichen Verwaltung geführt werden, soweit sie wirtschaftliche Zwecke verfolgen. Zur öffentlichen Ver- 25

waltung zählen auch die Stationierungstreitkräfte (*EuGH 18. Oktober 2012 - C-583/10 - [Nolan] Rn. 34; BAG 21. Mai 1970 - 2 AZR 294/69 - zu I 3 c der Gründe, BAGE 22, 336*). Wirtschaftliche Zwecke werden verfolgt, wenn die Dienststelle sich wie ein privatwirtschaftlich geführter Betrieb am - privaten - Wirtschaftsleben beteiligt (*BAG 22. September 2005 - 2 AZR 544/04 - zu B V 2 der Gründe; APS/Moll 4. Aufl. § 23 KSchG Rn. 43; ErfK/Kiel 16. Aufl. § 17 KSchG Rn. 5*). Unter diesen Umständen soll die öffentliche Verwaltung nicht anders behandelt werden als Unternehmen der Privatwirtschaft (*Löwisch/Spinner/Wertheimer/Löwisch 10. Aufl. § 23 Rn. 43*). Öffentliche Betriebe, die keine wirtschaftlichen Zwecke verfolgen, unterfallen hingegen nicht den §§ 17 bis 22 KSchG (*BAG 6. Juli 2006 - 2 AZR 442/05 - Rn. 63*).

2. In der Beschäftigungsdienststelle des Klägers wurden keine wirtschaftlichen Zwecke verfolgt. Die dort betriebenen Einrichtungen dienten ausschließlich der Versorgung von Mitgliedern der Streitkräfte und ihren Angehörigen. Gemäß Art. 67 Abs. 1 Satz 3 ZA-NTS werden Lieferungen und Leistungen der Truppe an ihre Mitglieder, an die Mitglieder des zivilen Gefolges sowie an deren Angehörige ausdrücklich nicht als Beteiligung am deutschen Wirtschaftsverkehr angesehen. 26

3. Das Unionsrecht gibt kein anderes Ergebnis vor. Das kann der Senat ohne Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV entscheiden. 27

a) Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen (*- MERL - ABI. L 225 vom 12. August 1998 S. 16*) nimmt Arbeitnehmer öffentlicher Verwaltungen oder von Einrichtungen des öffentlichen Rechts nach seinem Wortlaut ohne Einschränkung vom Anwendungsbereich der Richtlinie aus. Die MERL beansprucht deshalb nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs schlechterdings keine Geltung für die Streitkräfte von Drittstaaten und deren zivile Mitarbeiter (*EuGH 18. Oktober 2012 - C-583/10 - [Nolan] Rn. 32 ff.*). 28

b) Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung wird unter Hinweis auf Art. 1 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen (*- Betriebsübergangs-Richtlinie - ABl. L 82 vom 22. März 2001 S. 16*) angenommen, dass in die MERL eine den Anwendungsbereich eröffnende Rückausnahme für solche Betriebe der öffentlichen Hand hineinzulesen sei, die wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben (*EUArbR/Spelge RL 98/59/EG Art. 1 Rn. 3*). 29

c) Es kann dahinstehen, ob dem für Betriebe der öffentlichen Verwaltung im Allgemeinen und für solche von Stationierungstreitkräften im Besonderen zu folgen ist. Die in der Betriebsübergangs-Richtlinie enthaltene Rückausnahme wäre jedenfalls nur eröffnet, wenn in dem betreffenden Betrieb oder der Dienststelle keine Tätigkeiten aufgrund hoheitlicher Befugnisse ausgeübt werden, bei denen in hinreichend qualifizierter Weise von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnissen Gebrauch gemacht wird, sondern solche Tätigkeiten, die im Wettbewerb mit den Dienstleistungen von Wirtschaftsteilnehmern stehen, die ihrerseits einen Erwerbszweck verfolgen (*st. Rspr. EuGH 6. September 2011 - C-108/10 - [Scattolon] Rn. 44, Slg. 2011, I-7491*). Danach wäre die Beschäftigungsdienststelle des Klägers nicht in den Geltungsbereich der MERL gefallen, weil die Streitkräfte die dortigen Versorgungseinrichtungen gemäß Art. 67 ZA-NTS unter Inanspruchnahme erheblicher Sonderrechte und Privilegien hinsichtlich von Zöllen und Einfuhrabgaben und bezüglich der Umsatzsteuer betrieben haben. 30

VI. Das Landesarbeitsgericht durfte aufgrund der von ihm getroffenen Feststellungen nicht davon ausgehen, die Kündigung vom 27. März 2014 sei erst nach Abschluss des Mitwirkungsverfahrens gemäß mod. § 72 Abs. 2 BPersVG erklärt worden. 31

1. Die Streitkräfte haben das Mitwirkungsverfahren nach mod. §§ 79, 72 BPersVG allerdings gegenüber der zuständigen (örtlichen) Betriebsvertretung ordnungsgemäß eingeleitet. 32
- a) Bei Einleitung des Mitwirkungsverfahrens im November 2013 war die Dienststelle (*zum Dienststellenbegriff nach dem ZA-NTS BAG 25. Oktober 2012 - 2 AZR 552/11 - Rn. 51*) noch nicht mit der Folge vollständig aufgelöst, dass die örtliche Betriebsvertretung nicht mehr existiert oder doch über kein „Vollmandat“ mehr verfügt hätte. Die Schließung der in der Dienststelle betriebenen Versorgungseinrichtungen und die Freistellung der dort beschäftigten Arbeitnehmer mit Ablauf des 31. August 2013 führte nicht zur Auflösung der Dienststelle. Es fehlte an der Auflösung der ihrem Zweck dienenden Organisation. Die Streitkräfte hatten noch nicht alle aus ihrer Sicht erforderlichen rechtlichen Maßnahmen ergriffen, um die von ihnen organisierte Zusammenarbeit der Arbeitnehmer in der Dienststelle zu beenden (*BAG 21. Juni 2001 - 2 AZR 137/00 - zu II 1 c aa der Gründe*). Die Arbeitsverhältnisse waren im November 2013 noch nicht einmal gekündigt. 33
- b) Entgegen der Ansicht des Klägers ließ die einseitige Freistellung aller Mitglieder der Betriebsvertretung von der Arbeitspflicht deren vertragliche Arbeitszeit nicht iSv. mod. § 29 Abs. 1 Nr. 5, § 14 Abs. 2 Satz 1 BPersVG mit der Folge auf unter 18 Wochenstunden absinken, dass sie ihre Mitgliedschaft im Gremium aufgrund des Verlusts der Wählbarkeit verloren hätten und dieses damit untergegangen wäre. 34
2. Es bedarf keiner Entscheidung, ob das Mitwirkungsverfahren gemäß mod. § 7 Satz 1 BPersVG durch den Dienststellenleiter eingeleitet worden ist. Die Betriebsvertretung hat die Einleitung durch einen personalvertretungsrechtlich nicht zuständigen Vertreter des Dienststellenleiters nicht beanstandet und abschließend zur Kündigungsabsicht Stellung genommen. Das geht zulasten des Klägers (*BAG 25. Februar 1998 - 2 AZR 226/97 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 88, 125*). 35

3. Die Betriebsvertretung ist von Frau D über die Kündigungsabsicht vollständig und zutreffend unterrichtet worden. 36
4. Das Landesarbeitsgericht durfte aber nicht davon ausgehen, das Beteiligungsverfahren sei vor Ausspruch der Kündigung abgeschlossen gewesen. 37
- a) Nach mod. § 72 Abs. 2 Satz 1 BPersVG gilt eine beabsichtigte ordentliche Kündigung als gebilligt, wenn die - ordnungsgemäß unterrichtete - Betriebsvertretung sich zu der geplanten Maßnahme nicht innerhalb von zehn Arbeitstagen äußert. Die Kündigung darf dann ohne weiteres ausgesprochen werden (*BAG 22. April 2010 - 6 AZR 828/08 - Rn. 30*). Erhebt die Betriebsvertretung hingegen fristgerecht Einwendungen, ist die beabsichtigte Maßnahme vor ihrer Durchführung mit dem Ziel einer Verständigung rechtzeitig und eingehend zu erörtern (§ 72 Abs. 1 BPersVG). Unterbleibt die Erörterung, obwohl die Betriebsvertretung Einwendungen erhoben hat, führt das zur Unwirksamkeit der gleichwohl erklärten Kündigung im Verhältnis zu dem betroffenen Arbeitnehmer (*BAG 15. August 2006 - 9 AZR 571/05 - Rn. 46 ff., BAGE 119, 181; 5. Oktober 1995 - 2 AZR 909/94 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 81, 111*). 38
- b) Die Annahme des Berufungsgerichts, die Betriebsvertretung habe sich zu der beabsichtigten Kündigung verspätet geäußert, wird von seinen tatsächlichen Feststellungen nicht getragen. Die Frist von zehn Arbeitstagen ist im Geltungsbereich des für die Stationierungsstreitkräfte geltenden (modifizierten) BPersVG unter Berücksichtigung einer Fünf-Tage-Woche (Montag bis Freitag) zu berechnen. 39
- aa) Das Landesarbeitsgericht hat gemeint, über das streitige Vorbringen der Parteien zum Zeitpunkt des Eingangs des Schreibens der Betriebsvertretung vom 3. Dezember 2013 im S Personalbüro keinen Beweis erheben zu müssen, weil Arbeitstage iSv. mod. § 72 Abs. 2 Satz 1 BPersVG alle - sechs - Tage seien, an denen in der Beschäftigungsdienststelle des Klägers regelmäßig gearbeitet worden war (*ebenso Fischer/Goeres in Fürst GKÖD Stand September 2016 § 69 Rn. 11; Ilbertz/Widmaier/Sommer BPersVG 13. Aufl. § 69 Rn. 11a; Lorenzen/Gerhold BPersVG Stand Oktober 2016 § 69*). 40

Rn. 47). Dementsprechend ist es rechtsfehlerhaft vom Ablauf der Äußerungsfrist bereits am 2. Dezember 2013 ausgegangen.

bb) Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gelten im Bereich des BPersVG als Arbeitstage stets (nur) die Wochentage Montag bis Freitag mit Ausnahme der gesetzlichen Feiertage, weil im öffentlichen Dienst die Fünf-Tage-Woche üblich ist (zu § 25 BPersVG BVerwG 23. Oktober 2003 - 6 P 10.03 - zu II 3 der Gründe, BVerwGE 119, 138; zu § 16 Abs. 6 BGlG 27. Juni 2007 - 6 A 1.06 - Rn. 23; ebenso Dörner in Richardi/Dörner/Weber BPersVG 4. Aufl. § 25 Rn. 36; Berg in Altvater/Baden/Berg/Kröll/Noll/Seulen BPersVG 9. Aufl. § 69 Rn. 21). Dem schließt sich der Senat im Ergebnis für die Fristberechnung im Bereich der Stationierungsstreitkräfte nach mod. § 72 Abs. 2 Satz 1 BPersVG an. Die Annahme, dass an Tagen, an denen in einer Dienststelle planmäßig gearbeitet wird, typischerweise auch Mitglieder des Personalrats und personalvertretungsrechtlich zuständige Vertreter der Dienststelle anwesend sind und sich mit der beabsichtigten Maßnahme befassen können, könnte allenfalls für solche Tage gelten, an denen die ganz überwiegende Mehrzahl der Belegschaft der Dienststelle regelmäßig arbeitet (so zu §§ 3, 6 WO BetrVG 1952 BAG 12. Februar 1960 - 1 ABR 13/59 - zu II 3 der Gründe). Das machte aber bei unterschiedlichen Dienstzeiten eine wertende und damit nicht eindeutige Betrachtung erforderlich, die dem Fristenrecht fremd ist.

41

c) Unter Berücksichtigung der Fünf-Tage-Woche für das Verständnis des Begriffs „Arbeitstag“ iSv. mod. § 72 Abs. 2 Satz 1 BPersVG wäre das Mitwirkungsverfahren vor Ausspruch der Kündigung vom 27. März 2014 nicht abgeschlossen gewesen, wenn das Schreiben der Betriebsvertretung spätestens am Mittwoch, den 4. Dezember 2013 im Personalbüro in S eingegangen sein sollte. Auf die Qualität und den Inhalt der von der Betriebsvertretung gegen die beabsichtigte Kündigung erhobenen Einwendungen kommt es nicht an, insbesondere war diese nicht auf die in mod. § 79 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 5 BPersVG genannten Gründe beschränkt (BAG 9. Februar 1993 - 1 ABR 43/92 - zu B II 2 der Gründe). Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat weder eine Erörterung der Einwendungen zwischen der Dienststellenleitung

42

und der Betriebsvertretung stattgefunden noch eine Absprache zwischen der Dienststelle und der Betriebsvertretung bestanden, nach der eine Erörterung nur auf ausdrücklichen Wunsch der Betriebsvertretung erfolgt (*BAG 15. August 2006 - 9 AZR 571/05 - Rn. 45, BAGE 119, 181; 5. Oktober 1995 - 2 AZR 909/94 - zu II 2 c der Gründe, BAGE 81, 111*).

B. Für das weitere Verfahren beschränkt der Senat sich auf folgende Hinweise: 43

I. Im Rahmen des Klageantrags zu 1. wird das Landesarbeitsgericht die von den Parteien zum Zeitpunkt des Eingangs des Schreibens der Betriebsvertretung vom 3. Dezember 2013 im Personalbüro benannten Zeugen K, C, L und B vernehmen müssen. Dabei wird es zu berücksichtigen haben, dass die Beklagte die Beweislast dafür trägt, dass das Mitwirkungsverfahren ohne das Erfordernis einer Erörterung abgeschlossen war, weil das Schreiben nicht vor dem 5. Dezember 2013 in S eingegangen ist. Allerdings müsste ein früherer Eingang nach dem gesamten Inhalt der Verhandlungen und dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht mit absoluter Sicherheit, sondern nur mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit ausgeschlossen sein (§ 286 Abs. 1 ZPO; *BGH 16. April 2013 - VI ZR 44/12 - Rn. 8*). 44

II. Sollte der Klageantrag zu 1. abzuweisen sein, stellte sich der Klageantrag zu 2. entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts nicht als unzulässig, sondern als unbegründet dar. Würde dem Klageantrag zu 1. stattgegeben werden, dürfte auch der Klageantrag zu 2. begründet sein. Die Beklagte hat sich ausdrücklich jeden Vortrags zur Wirksamkeit der Kündigung vom 28. Mai 2014 enthalten. 45

III. Der allein noch auf den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch gestützte Klageantrag zu 3. fiele zur Entscheidung an, wenn beiden Kündigungsschutzanträgen stattgegeben werden sollte. Der Kläger wird klarstellen müssen, was er - im Rahmen eines *Weiterbeschäftigungsantrags* - mit „den bisherigen Bedingungen“ meint und ob der Antrag tatsächlich auf einen Einsatz 46

als Betriebsmechaniker zielen soll. Nach gegenwärtigem Stand dürfte sich der Antrag wegen der Auflösung der Dienststelle H als unbegründet erweisen.

Koch

Rachor

Niemann

K. Schierle

Gerschermann