

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 26. Januar 2017
- 2 AZR 61/16 -
ECLI:DE:BAG:2017:260117.U.2AZR61.16.0

I. Arbeitsgericht Herne

Urteil vom 24. Juni 2015
- 5 Ca 2556/14 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 2. Dezember 2015
- 3 Sa 1243/15 -

Entscheidungsstichworte:

Betriebsbedingte Kündigung - Stationierungsstreitkräfte

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 61/16
3 Sa 1243/15
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
26. Januar 2017

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. Januar 2017 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger, den

Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Niebler und die ehrenamtliche Richterin Schipp für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 2. Dezember 2015 - 3 Sa 1243/15 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung. Hilfsweise begehrt die Klägerin ihre Wiedereinstellung. 1

Die Klägerin war seit März 1993 als Zivilangestellte bei den Streitkräften des Vereinigten Königreichs von Großbritannien und Nordirland (künftig BFG) in D tätig. Ab Juli 2010 wurde sie als Geräte- und Unterkunftsverwalterin in der Dienststelle H beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fanden aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme die Bestimmungen des Tarifvertrags für die Arbeitnehmer bei den Stationierungstreitkräften im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (TV AL II) in der jeweils gültigen Fassung Anwendung. Danach war die Klägerin zuletzt in die Tarifgruppe C6 TV AL II eingruppiert. 2

Mit Schreiben vom 19. August 2014 informierte die oberste Dienstbehörde die Hauptbetriebsvertretung über die beabsichtigte Schließung der Dienststelle in H bis Ende März 2015 und die Beendigung der Arbeitsverhältnisse dort beschäftigter ziviler Arbeitskräfte zum 31. Oktober 2015. Mit Schreiben vom selben Tag leitete sie gegenüber der Hauptbetriebsvertretung das Mitwirkungsverfahren wegen ihrer weiteren Absicht ein, die Dienststelle G zum 31. Dezember 2016 zu schließen. Ebenfalls am 19. August 2014 unterrichtete der Leiter der Dienststelle H die örtliche Betriebsvertretung über die beabsichtigte Schließung dieser Beschäftigungseinheit. 3

Mit Schreiben vom 30. September 2014 kündigten die BFG das Arbeitsverhältnis der Klägerin nach vorheriger Anhörung der örtlichen Betriebsvertretung und mit deren Einverständnis zum 31. Oktober 2015. 4

Im Dezember 2014 wurde in der Dienststelle B der Arbeitsplatz eines „Rail Desk Coordinators“ unvorhergesehen frei und von den BFG zur Wiederbesetzung ausgeschrieben. Auf die Position bewarb sich neben der Klägerin der Zivilangestellte S, der seit 1994 bei den BFG beschäftigt ist. Dieser war in der Dienststelle G beschäftigt und in die Vergütungsgruppe C6 TV AL II eingruppiert. Die BFG besetzten die Stelle in der Folgezeit mit dem Arbeitnehmer S. 5

Die Klägerin hat gegen die Kündigung rechtzeitig die vorliegende Klage erhoben, mit der sie insbesondere die ordnungsgemäße Beteiligung der Betriebsvertretung gerügt hat. Jedenfalls habe sie nach § 4 des Tarifvertrags vom 2. Juli 1997 über Rationalisierungs-, Kündigungs- und Einkommenschutz (SchutzTV) und auf der Grundlage ihrer Bewerbung Anspruch auf Wiedereinstellung bzw. Übertragung der in der Dienststelle B freigewordenen Position. 6

Die Klägerin hat beantragt, 7

1. festzustellen, dass ihr Arbeitsverhältnis mit dem Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland durch die Kündigung der Defence Infrastructure Organisation SD Training Germany (West) vom 30. September 2014 nicht aufgelöst worden ist;
2. hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, ihr Angebot, sie als Rail Desk Coordinator in der Einheit B auf der am 9. Dezember 2014 unter dem AZ: GLSU /DEL/17/14 ausgeschrieben Stelle unbefristet weiter zu beschäftigen, anzunehmen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die Kündigung sei durch die Entscheidung der BFG bedingt, die Dienststelle H zu schließen. Die Anhörung der Betriebsvertretung genüge den gesetzlichen Anforderungen. Die Klägerin könne eine Wiedereinstellung oder „Unterbringung“ im Sinne der Bestimmungen des SchutzTV nicht verlangen. Die beanspruchte Stelle sei vorrangig dem von Kündigung bedrohten Arbeitnehmer S anzubieten gewesen. 8

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision ver- 9
folgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter. Im Termin der mündlichen Verhand-
lung vor dem Senat hat sie den Klageantrag zu 2. klarstellend dahin gefasst,
dass sie hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 1. die Ver-
urteilung der Beklagten begehre, auf das Vereinigte Königreich einzuwirken, ihr
im Schriftsatz vom 8. Januar 2015 liegendes Angebot auf Abschluss eines Ar-
beitsvertrags ab dem 1. November 2015 mit einer Tätigkeit als „Rail Desk
Coordinator“ und in der Vergütungsgruppe C6 (TV AL II) in der Dienststelle B zu
im Übrigen unveränderten Bedingungen der Arbeitsverträge vom 24. Juni
2010/24. Juni 2011 anzunehmen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat 10
die Berufung der Klägerin zu Recht zurückgewiesen. Die Klage ist im Haupt-
und Hilfsantrag zulässig, aber unbegründet.

I. Die auch noch in der Revisionsinstanz zu überprüfende Zuständigkeit 11
der deutschen Gerichtsbarkeit ist gemäß Art. 56 Abs. 8 Satz 1 ZA-NTS
(*BGBI. II 1961 S. 1218, 1278*) gegeben. Die Klägerin war zivile Bedienstete bei
den BFG. Die Klage richtet sich gemäß Art. 56 Abs. 8 Satz 2 ZA-NTS gegen die
beklagte Bundesrepublik, die in Prozessstandschaft für den Entsendestaat
- hier das Vereinigte Königreich - auftritt (*vgl. BAG 26. März 2015*
- 2 AZR 783/13 - Rn. 12).

II. Die Revision hat keinen Erfolg, soweit sie sich gegen die Entscheidung 12
des Landesarbeitsgerichts über den Kündigungsschutzantrag richtet.

1. In diesem Umfang ist die Revision nicht deshalb unbegründet, weil die 13
Berufung der Klägerin gemäß § 64 Abs. 6 ArbGG iVm. § 520 Abs. 3 Satz 2
Nr. 2 ZPO unzulässig gewesen wäre. Die Berufungsbegründung ist - anders als
die Beklagte gemeint hat - auf den Streitfall zugeschnitten und legt dar, warum

die Erwägungen, mit denen das Arbeitsgericht die Anhörung der Betriebsvertretung für ausreichend erachtet hat, fehlerhaft sein sollen.

2. Die Kündigung der BFG vom 30. September 2014 ist wirksam und hat das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 31. Oktober 2015 aufgelöst. 14

a) Die Revision wendet sich nicht gegen die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung sei nicht sozial ungerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2, Abs. 3 KSchG. Ein Rechtsfehler ist auf der Grundlage der nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht zu erkennen. Die Kündigung ist durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt, die einer Weiterbeschäftigung der Klägerin bei den Streitkräften entgegenstehen. Eine Sozialauswahl war angesichts der im Kündigungszeitpunkt getroffenen und zwischenzeitlich umgesetzten Entscheidung zur Schließung der Dienststelle H entbehrlich. 15

aa) Mit ihrem Hinweis auf das - unstreitig im Kündigungszeitpunkt nicht absehbare - Freiwerden einer Stelle im Verlauf der Kündigungsfrist hat die Klägerin keinen Sachverhalt aufgezeigt, der zur Unwirksamkeit der Kündigung führen könnte. Soweit § 4 Nr. 1 Satz 1 SchutzTV in einem solchen Fall unter den dort bestimmten Voraussetzungen einen Unterbringungsanspruch vorsieht, wird dieser nach § 4 Nr. 1 Satz 2 SchutzTV durch den „Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags“ erfüllt (*BAG 15. Dezember 2016 - 2 AZR 867/15 - Rn. 21*). 16

bb) Hinsichtlich der Sozialauswahl hat das Landesarbeitsgericht zutreffend auf deren Dienststellenbezogenheit sowie darauf abgestellt, dass Art. 56 Abs. 9 ZA-NTS iVm. Abs. 1 des Unterzeichnungsprotokolls zu Art. 56 Abs. 9 ZA-NTS (*zuletzt geändert durch Abkommen vom 23. November 1994, BGBl. II S. 3710, 3712*) den Streitkräften eine autonome personalvertretungsrechtliche Bestimmung der Dienststellen eröffnet, die grundsätzlich auch für das Kündigungsschutzgesetz maßgeblich ist (*dazu BAG 25. Oktober 2012 - 2 AZR 552/11 - Rn. 50 f.*). Nach den nicht angegriffenen und damit bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts (§ 559 Abs. 2 ZPO) handelte es sich bei dem Truppenübungsgebiet H um eine solchermaßen autonom festgelegte Dienststelle. 17

- b) Die Kündigung ist nicht entsprechend § 79 Abs. 4 BPersVG unwirksam. 18
- aa) Im Bereich des durch Art. 56 Abs. 9 ZA-NTS modifizierten Mitwirkungsverfahrens nach § 79 BPersVG (mod BPersVG) gelten die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats iSd. § 102 BetrVG entsprechend (*BAG 25. Oktober 2012 - 2 AZR 552/11 - Rn. 55*). 19
- bb) Gemäß dem danach für die Unterrichtung maßgeblichen Grundsatz der subjektiven Determination (*zuletzt BAG 22. September 2016 - 2 AZR 700/15 - Rn. 26*) ist die örtliche Betriebsvertretung nach mod § 79 Abs. 1 Satz 1 BPersVG ordnungsgemäß angehört worden. 20
- (1) Der Leiter der Dienststelle H hat die Kündigung im Anhörungsschreiben vom 16. September 2014 mit der beabsichtigten Schließung der Dienststelle H begründet. Über die Einzelheiten der Stilllegung, insbesondere die Einstellung des Schießbetriebs auf dem Truppenübungsplatz H zum 31. März 2015 und die beabsichtigte Rückgabe der Liegenschaft an die Bundesbehörden am 31. Mai 2015, hatte er die Betriebsvertretung schon vor Zuleitung des Anhörungsboogens unterrichtet. Gleiches gilt für die Absicht der BFG, aufgrund ihrer Entscheidung die Arbeitsverhältnisse mit allen in der Dienststelle H tätigen Zivilangestellten zum 31. Oktober 2015 zu kündigen. Diese Umstände waren der Betriebsvertretung überdies aus der informatorischen Übermittlung des Schreibens der obersten Dienstbehörde an die Hauptbetriebsvertretung vom 19. August 2014 bekannt. 21
- (2) Entgegen der Auffassung der Klägerin mussten die BFG die örtliche Betriebsvertretung nicht explizit darüber unterrichten, dass aus ihrer Sicht keine Möglichkeit bestehe, die Klägerin auf einem anderen freien Arbeitsplatz außerhalb der Dienststelle weiter zu beschäftigen. In der Mitteilung ihrer Kündigungsabsicht lag der erkennbar konkludente Hinweis auf das voraussichtliche Fehlen einer entsprechenden Alternative (*BAG 7. November 1996 - 2 AZR 720/95 - zu B II 2 a der Gründe*). Ein solcher ergebnisbezogener Hinweis ist auch regelmäßig ausreichend, um die Betriebsvertretung in die Lage zu versetzen, ihr Mitwirkungsrecht effektiv auszuüben (*vgl. BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR* 22 22

650/14 - Rn. 25). Weitergehender Informationen bedarf es nur in Fällen, in denen die Betriebsvertretung den Arbeitgeber vor Einleitung des Anhörungsverfahrens auf bestimmte unbesetzte Stellen aufmerksam gemacht hat (*BAG 17. Februar 2000 - 2 AZR 913/98 - zu 2 d bb der Gründe, BAGE 93, 366*). Dafür fehlt es im Streitfall an Anhaltspunkten.

(3) Ein sonstiger Mangel im Anhörungsverfahren ist weder geltend gemacht noch unmittelbar ersichtlich. Zwar enthält der Anhörungsbogen keine Angaben zur Beschäftigungszeit der Klägerin. Beide Vorinstanzen gehen aber unangefochten davon aus, dass die Betriebsvertretung Kenntnis von den persönlichen Daten der Klägerin hatte. Unabhängig davon kam es den BFG erkennbar nicht auf die exakte Beschäftigungszeit an. Nach ihrer Einschätzung war eine Sozialauswahl entbehrlich. Aus der Angabe des Kündigungstermins („31. Oktober 2015“) war für die Betriebsvertretung zudem erkennbar, dass die beabsichtigte Kündigung unter Einhaltung sowohl der gesetzlich (§ 622 Abs. 2 *BGB*) als auch der tarifvertraglich (§ 44 Nr. 1 *Buchst. b TV AL II*) längsten Kündigungsfrist erfolgen sollte. Das Kündigungsschreiben ist der Klägerin erst nach dem ausdrücklich erklärten Einverständnis der Betriebsvertretung mit den beabsichtigten Maßnahmen zugeleitet worden. 23

III. Die Revision bleibt auch hinsichtlich des Hilfsantrags ohne Erfolg. 24

1. Der Hilfsantrag war von Beginn an auf die Wiederbegründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen der Klägerin und dem Vereinigten Königreich und nicht etwa auf eine tatsächliche Beschäftigung als „Rail Desk Coordinator“ gerichtet (*zur Abgrenzung vgl. BAG 17. März 2015 - 9 AZR 702/13 - Rn. 12 ff.*). Nach der Antragsbegründung, die bei der Auslegung mit zu berücksichtigen ist, will die Klägerin für den Fall der Wirksamkeit der Kündigung ihre Wiedereinstellung auf der bezeichneten Position erreichen. Die ursprünglich gewählte, auf die Annahme eines „Angebots“ zur Weiterbeschäftigung gerichtete Formulierung sollte - bei interessengerechtem Verständnis - lediglich zum Ausdruck bringen, dass sich das neue Arbeitsverhältnis nahtlos an den Kündigungstermin anschließen soll. 25

2. Der Hilfsantrag ist zulässig. 26
- a) Die Klägerin hat bei der Antragstellung im Revisionsverfahren klargestellt, dass sie die Beklagte als Prozessstandschafterin lediglich darauf in Anspruch nehmen will, auf die BFG einzuwirken, mit ihr ein Arbeitsverhältnis zu den bezeichneten Bedingungen einzugehen. Damit bleiben die Souveränitätsrechte des Vereinigten Königreichs gewahrt. Ob es angesichts der nach Art. 56 Abs. 8 Satz 2 ZA-NTS ausgeschlossenen Möglichkeit, die Stationierungskräfte selbst zu verklagen, zulässig wäre, die Beklagte auf die Abgabe einer Willenserklärung unmittelbar mit Wirkung für das Vereinigte Königreich in Anspruch zu nehmen, kann dahinstehen. 27
- b) Der Antrag ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die Klägerin hat den Inhalt des Vertragsangebots, dessen Annahme durch die BFG sie erstrebt, hinreichend konkretisiert (*zu den Anforderungen bspw. BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 33/11 - Rn. 25*). Die der Beklagten abverlangte Einwirkung besteht in den ihr als Prozessstandschafterin möglichen und zumutbaren Unterstützungsmaßnahmen. Einer näheren Spezifizierung bedurfte es nicht. Die Beklagte hat ggf. im Vollstreckungsverfahren darzutun, welche zweckdienlichen und situationsangemessenen Anstrengungen sie diesbezüglich unternommen hat (*BAG 15. Mai 1991 - 5 AZR 115/90 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 68, 52*). 28
3. Der Hilfsantrag ist unbegründet. Die Beklagte ist nicht zur Einwirkung auf die BFG verpflichtet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Abgabe der begehrten Willenserklärung. 29
- a) Die Vorinstanzen haben die Begründetheit des Hilfsantrags im Wesentlichen einheitlich unter dem Gesichtspunkt einer „Wiedereinstellung“ behandelt. Das Landesarbeitsgericht hat seiner Entscheidung fallübergreifende Ausführungen sowohl zum allgemeinen Wiedereinstellungsanspruch als auch zum tariflichen Unterbringungsanspruch vorangestellt, ohne bei der nachfolgenden Subsumtion zwischen beiden Ansprüchen zu differenzieren. 30

- b) Im Ergebnis ist dies unschädlich. Es kommt nicht darauf an, ob es sich bei dem allgemeinen Wiedereinstellungsanspruch und dem tariflichen Unterbringungsanspruch um unterschiedliche Streitgegenstände handelt. Die Klägerin kann ihr mit dem Hilfsantrag verfolgtes Begehren auf keinen der vorgenannten Ansprüche stützen. 31
- aa) Die Voraussetzungen für eine Vertragsfortsetzung nach dem allgemeinen Wiedereinstellungsanspruch liegen nicht vor. 32
- (1) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann dem betriebsbedingt gekündigten Arbeitnehmer ein - ggf. auch rückwirkender - Wiedereinstellungsanspruch zustehen, wenn zwischen dem Kündigungszugang und dem Ablauf der Kündigungsfrist unvorhergesehen eine Beschäftigungsmöglichkeit auf einem freien Arbeitsplatz iSd. § 1 Abs. 2 KSchG entsteht, und der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auf die fragliche Position ohne Änderung des Arbeitsvertrags einseitig umsetzen könnte. Der Anspruch stellt - unabhängig von seiner dogmatischen Herleitung (*dazu BAG 28. Juni 2000 - 7 AZR 904/98 - zu II B 2 der Gründe, BAGE 95, 171*) - ein geeignetes und im Allgemeinen notwendiges Korrektiv dafür dar, dass sich die Wirksamkeit der Kündigung maßgeblich nach dem Zeitpunkt der Kündigungserklärung beurteilt und dementsprechend bereits eine hinreichend begründete Prognose zum Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit als Kündigungsgrund ausreicht (*BAG 27. Februar 1997 - 2 AZR 160/96 - zu II 4 b der Gründe, BAGE 85, 194*). Ihm können berechnigte Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen. Diese können - vorbehaltlich einer treuwidrigen Vereitelung des Wiedereinstellungsanspruchs - auch in einer anderweitigen Besetzung des Arbeitsplatzes liegen (*BAG 9. November 2006 - 2 AZR 509/05 - Rn. 71, BAGE 120, 115*). 33
- (2) Bei dem im Dezember 2014 in der Dienststelle B frei gewordenen Arbeitsplatz eines „Rail Desk Coordinators“ handelt es sich nicht um eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG. 34

- (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 15. Dezember 2016 - 2 AZR 867/15 - Rn. 18*). Der von der Klägerin beanspruchte Arbeitsplatz in der Dienststelle B liegt vom bisherigen Dienstort (H) mehr als 60 km entfernt damit deutlich außerhalb des nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG maßgeblichen Einzugsgebiets. 35
- (b) Die gesetzliche Weiterbeschäftigungsobliegenheit wird auch durch § 4 SchutzTV nicht räumlich ausgedehnt. Dies hat der Senat in seinem kürzlich ergangenen Urteil vom 15. Dezember 2016 entschieden, auf dessen Begründung zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird (*BAG 15. Dezember 2016 - 2 AZR 867/15 - Rn. 19 ff.*). 36
- bb) Entgegen der Auffassung der Revision liegen auch die Voraussetzungen für einen tariflichen Unterbringungsanspruch nach § 4 SchutzTV nicht vor. 37
- (1) Gemäß § 4 Nr. 1 Satz 1 SchutzTV ist einem Arbeitnehmer, der die Anspruchsvoraussetzungen nach § 2 SchutzTV erfüllt und seinen Arbeitsplatz verliert, ein verfügbarer oder bis zum Ablauf der Kündigungsfrist verfügbar werdender Arbeitsplatz iSv. Nrn. 2 bis 6 der Bestimmung anzubieten, wenn er für diesen Arbeitsplatz geeignet ist. In § 4 SchutzTV ist im Einzelnen geregelt, wie die Eignung des Arbeitnehmers für verfügbare Arbeitsplätze festzustellen ist (§ 4 Nr. 1 Satz 2 SchutzTV) und welche Arbeitsplätze in welcher Reihenfolge anzubieten sind. Dementsprechend ist „zunächst“ ein gleichwertiger Arbeitsplatz anzubieten (§ 4 Nr. 2 Buchst. a und b SchutzTV). Steht ein solcher nicht zur Verfügung, hat das Angebot eines zumutbaren Arbeitsplatzes zu erfolgen (§ 4 Nr. 2 Buchst. c SchutzTV), wobei sich die Angebote nach § 4 Nr. 2 Buchst. a bis c SchutzTV auf alle Arbeitsplätze bei derselben oder bei einer anderen Beschäftigungsdienststelle desselben Entsendestaates innerhalb des Einzugsbereichs beziehen (§ 4 Nr. 2 Buchst. d SchutzTV). Auf Wunsch des Ar- 38

beitnehmers wird ihm auch ein gleichwertiger Arbeitsplatz an einem anderen Ort angeboten, der im Bereich einer Garnison/RAF-Station, jedoch außerhalb des Einzugsbereichs liegt (§ 4 Nr. 3 Buchst. a SchutzTV iVm. der zugehörigen Protokollnotiz). Gemäß § 4 Nr. 4 Buchst. d SchutzTV umfasst der Einzugsbereich alle Gemeinden *in einem Radius von 60 km* von der Gemeinde des bisherigen ständigen Beschäftigungsortes, alternativ - wenn der Wohnort des Arbeitnehmers außerhalb dieses Radius liegt - alle Gemeinden in einem Radius von 60 km vom Wohnort des Arbeitnehmers.

(2) Die Voraussetzungen für einen solchen Anspruch, der sich angesichts der Belegenheit des Arbeitsplatzes (auch) außerhalb des nach § 4 Nr. 4 Buchst. d SchutzTV maßgebenden Einzugsbereichs allenfalls aus § 4 Nr. 3 Buchst. a SchutzTV ergeben könnte, sind nicht erfüllt. Die Stelle des „Rail Desk Coordinators“ war im entscheidungserheblichen Zeitraum nicht iSv. § 4 Nr. 1 SchutzTV „verfügbar“. Dies hat das Landesarbeitsgericht jedenfalls im Ergebnis zutreffend erkannt. Darauf, ob § 4 SchutzTV nach den in §§ 1 und 2 SchutzTV bestimmten persönlichen und sachlichen Geltungsvoraussetzungen Anwendung findet und ob die Klägerin den Wunsch, ihr ein Angebot iSv. § 4 Nr. 3 Buchst. a SchutzTV zu unterbreiten, rechtzeitig angebracht hat, kommt es nicht an. 39

(a) Die nach § 4 Nr. 1 SchutzTV für einen Unterbringungsanspruch stets vorausgesetzte „Verfügbarkeit“ erfordert nach Wortlaut sowie Sinn und Zweck der tarifvertraglichen Regelung, dass der Arbeitsplatz unbesetzt ist und für eine (Wieder-)Besetzung mit dem gekündigten Zivilangestellten bereit steht. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist dabei der Termin der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz. Ist zu diesem Zeitpunkt ein geeigneter verfügbarer Arbeitsplatz nicht (mehr) vorhanden, weil die BFG über die Position anderweitig disponiert haben, erlischt grundsätzlich ein etwa entstandener Unterbringungsanspruch. Eine Ausnahme besteht entsprechend dem Rechtsgedanken in § 162 BGB lediglich dann, wenn der Wegfall der in Betracht kommenden Unterbringungsmöglichkeit treuwidrig herbeigeführt worden ist 40

(ebenso für den allgemeinen Wiedereinstellungsanspruch BAG 4. Mai 2006 - 8 AZR 299/05 - Rn. 38, BAGE 118, 168).

(b) Danach ist ein Unterbringungsanspruch der Klägerin - soweit er überhaupt entstanden ist - wieder erloschen. Die BFG haben den Arbeitsplatz des „Rail Desk Coordinators“ im Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens mit dem Arbeitnehmer S besetzt. Dadurch haben sie eine etwaige Unterbringungsmöglichkeit für die Klägerin angesichts einer gegenüber dem Arbeitnehmer S nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG bestehenden Weiterbeschäftigungsoption jedenfalls nicht treuwidrig vereitelt. 41

(aa) Die nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG bestehende Obliegenheit der Streitkräfte, einen Arbeitnehmer bei Wegfall seiner bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit zur Vermeidung einer (erst noch auszusprechenden) Kündigung auf einem freien, im Einzugsgebiet seiner bisherigen Beschäftigungsdienststelle befindlichen Arbeitsplatz weiter zu beschäftigen, geht, wie das Landesarbeitsgericht richtig gesehen hat, dem Unterbringungsanspruch eines bereits gekündigten Arbeitnehmers aus § 4 Nr. 3 Buchst. a SchutzTV, der sich bei entsprechend geäußertem Wunsch auf Arbeitsplätze außerhalb des tariflich festgelegten Einzugsbereichs von 60 km bezieht, grundsätzlich vor. 42

(aaa) Der Anspruch nach § 4 SchutzTV gehört zu den „Leistungen“, die ein von diesem erfasster Arbeitnehmer beanspruchen kann, wenn er infolge der in § 2 SchutzTV bestimmten organisatorischen Maßnahmen der Streitkräfte seinen bisherigen Arbeitsplatz verliert. Bereits gekündigte Arbeitnehmer sollen über die Grenzen des allgemeinen Wiedereinstellungsanspruchs hinausgehend bevorzugt wiedereingestellt („untergebracht“) werden, wenn sich bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unerwartet eine Beschäftigungsmöglichkeit auf einem anderen freien gleichwertigen oder zumutbaren Arbeitsplatz ergibt. Insoweit gewährleisten die Bestimmungen des SchutzTV einen besonderen Rationalisierungsschutz (BAG 15. Dezember 2016 - 2 AZR 867/15 - Rn. 21). 43

(bbb) Weder dem Wortlaut noch dem Gesamtzusammenhang der tariflichen Regelungen ist allerdings zu entnehmen, dass die Tarifvertragsparteien mit der 44

Begründung des tariflichen Unterbringungsanspruchs in Bezug auf Arbeitsplätze, die außerhalb des nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG zu berücksichtigenden Einzugsgebiets von bis zu 30 km liegen, in kündigungsschutzrechtlich geschützte Rechtspositionen anderer Arbeitnehmer hätten eingreifen wollen.

(aaaa) § 4 SchutzTV gibt für die zu unterbreitenden Angebote eine klare Rangfolge vor. Danach ist ein Arbeitnehmer vorrangig („zunächst“) auf einem gleichwertigen Arbeitsplatz unterzubringen, der im Einzugsbereich seiner bisherigen Dienststelle von 60 km liegt (§ 4 Nr. 2 Buchst. a und d SchutzTV). Dieser Vorrang, der mit den Wertungen in § 1 KSchG und Art. 12 Abs. 1 GG in Einklang steht, ist auch dann beachtlich, wenn mehrere gekündigte Arbeitnehmer um freie Arbeitsplätze konkurrieren. Ist die Stelle einem Arbeitnehmer anzubieten, der sie nach § 4 Nr. 2 Buchst. a und d SchutzTV für sich beanspruchen kann, ist die Position bis zu einer etwaigen Ablehnung des Angebots für einen Arbeitnehmer, der sich allenfalls auf § 4 Nr. 3 Buchst. a SchutzTV berufen kann, nicht iSv. § 4 Nr. 1 SchutzTV „verfügbar“.

(bbbb) Das muss erst recht im Verhältnis zu Arbeitnehmern gelten, die zum Arbeitgeber in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis stehen. Fällt deren Beschäftigungsmöglichkeit weg und ist im Einzugsgebiet des § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG ein gleichwertiger anderer Arbeitsplatz frei, ist eine solche Position - ggf. im Wege der Änderungskündigung - mit dem nicht gekündigten Arbeitnehmer zu besetzen bzw. diesem anzubieten. Eine gleichwohl erklärte Kündigung wäre nach § 1 Abs. 2 iVm. Abs. 1 KSchG sozialwidrig.

(bb) Hiervon ausgehend ist die Besetzung des in Rede stehenden Arbeitsplatzes mit dem Arbeitnehmer S nicht zu beanstanden.

(aaa) Der im Dezember 2014 freigewordene Arbeitsplatz liegt in dem nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG maßgeblichen Einzugsgebiet der Dienststelle G, in der sich vormals der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers S befand. Die Dienststellen B und G liegen auf einer befahrbaren Strecke weniger als 20 km voneinander entfernt. Auch hatten die BFG bereits am 19. August

2014 und damit längst vor dem Freiwerden der Position des „Rail Desk Coordinators“ im Dezember 2014 beschlossen, die Dienststelle G zum 31. Dezember 2016 stillzulegen, und die Hauptbetriebsvertretung entsprechend beteiligt. Zwischen den Parteien steht überdies außer Streit, dass die freigewordene Stelle und der bisherige Arbeitsplatz des Arbeitnehmers S gleichwertig sind und dass dieser über die erforderlichen arbeitsplatzbezogenen Fähigkeiten und Kenntnisse verfügt.

(bbb) Der Annahme, die BFG seien hiervon ausgehend berechtigt gewesen, die freie Stelle dem Arbeitnehmer S anzubieten, steht - anders als die Revision meint - nicht entgegen, dass die Schließung der Dienststelle G erst Ende 2016 vollzogen werden sollte und das Anhörungsverfahren zu einer Kündigung gegenüber der zuständigen Betriebsvertretung noch nicht eingeleitet war. 49

(aaaa) Der Wegfall der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeiten war im Zeitpunkt der Stellenbesetzung bereits konkret absehbar. Es handelte sich um mehr als nur eine vage Vermutung der Streitkräfte. Unter solchen Umständen entfaltet der Kündigungsschutz der voraussichtlich zu kündigenden Arbeitnehmer eine Vorwirkung insoweit als der Arbeitgeber verpflichtet ist, freie Arbeitsplätze den vom drohenden Arbeitsplatzwegfall betroffenen Arbeitnehmern anzubieten. Er darf geeignete Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG - vorbehaltlich entgegenstehender berechtigter eigener Interessen und schutzwürdiger Belange anderer Arbeitnehmer - nicht dadurch zunichtemachen, dass er freie Arbeitsplätze zunächst anderweitig besetzt und Kündigungen gegenüber den vom Arbeitsplatzwegfall betroffenen Arbeitnehmern erst später erklärt (*BAG 5. Juni 2008 - 2 AZR 107/07 - Rn. 16*). 50

(bbbb) Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der Vorgaben in § 4 SchutzTV stellt die Entscheidung der Streitkräfte, eine freie Stelle, die in dem nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG maßgeblichen Einzugsgebiet der Dienststelle eines vom Arbeitsplatzverlust bedrohten, nicht gekündigten Arbeitnehmers liegt, mit einem solchen Zivilangestellten zu besetzen, generell keine treuwidrige Vereitelung eines Unterbringungsanspruchs aus § 4 Nr. 3 Buchst. a SchutzTV dar. Ob im umgekehrten Fall, dh. einer Besetzung der Stel- 51

le des „Rail Desk Coordinators“ mit der Klägerin, ohne Weiteres von der treuwidrigen Vereitelung einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer S auszugehen wäre und deshalb - wie das Landesarbeitsgericht gemeint hat - eine (hypothetisch) nachfolgend dem Arbeitnehmer S erklärte, mit der Stilllegung der Dienststelle G begründete Kündigung nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG als sozialwidrig anzusehen wäre, bedarf keiner Entscheidung.

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

52

Koch

Niemann

Berger

Niebler

B. Schipp