

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 561/11
16 Sa 229/11
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
25. Oktober 2012

URTEIL

Freitag, 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 25. Oktober 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Rachor und

Dr. Rinck sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Bartz und Löllgen für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 10. Mai 2011 - 16 Sa 229/11 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung. 1

Der 1971 geborene Kläger war seit Februar 1993 als Kraftfahrzeugmechaniker bei der Rhine Area Labour Support Unit (*RALSU*) - Royal Logistic Corps (*RLC*) - der Streitkräfte des Vereinigten Königreichs beschäftigt. Er bezog zuletzt ein durchschnittliches Bruttomonatsgehalt in Höhe von 2.700,00 Euro. 2

Der schriftliche Arbeitsvertrag nahm den Tarifvertrag für die Arbeitnehmer bei den Stationierungsstreitkräften im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (*TV AL II*) in Bezug. Ob die Anwendbarkeit des Tarifvertrags vom 2. Juli 1997 über Rationalisierungs-, Kündigungs- und Einkommensschutz (*SchutzTV*) einzelvertraglich vereinbart war, ist nicht festgestellt. 3

Bei den britischen Streitkräften trifft eine Abteilung der obersten Dienstbehörde „LEC Support Service“ die Entscheidung, welche Betriebsstätte zu einer Dienststelle bestimmt wird. Diese Dienststellen werden in ein entsprechendes Verzeichnis eingetragen. 4

In einem „Berichtigungs- und Nachtragsbogen zum Arbeitsvertrag“ vom 20. August/27. August 2001 änderten die Arbeitsvertragsparteien die Beschäftigungsdienststelle des Klägers mit Wirkung vom 1. April 2002 von „RALSU“ in „RALSU RLC N“ und den Beschäftigungsort von „Mö“ in „N“. Der Kläger arbeite- 5

te seit April 2002 überwiegend in der Kfz-Werkstatt in N, war zeitweise aber auch in Mö eingesetzt.

Die Betriebsstätte N wurde wie die Dienststelle Mö von Major J. P. M geleitet. Zwischen den Werkstattbereichen Mö und N fand bei Bedarf ein wechselseitiger Personaleinsatz statt. Die arbeitsrechtlichen Weisungen erfolgten von Mö aus. Die Personalverwaltung für beide Betriebsstätten war personen- und funktionsidentisch. In dem zur Dienststelle Mö gehörenden Werkstattbereich waren acht Kraftfahrzeugmechaniker beschäftigt, die über deutlich geringere Beschäftigungszeiten als der Kläger verfügten. In diesem Bereich waren zwischenzeitlich zudem drei vakante Stellen ausgeschrieben. Die britischen Streitkräfte zogen die Ausschreibungen wieder zurück, weil die Positionen vorerst unbesetzt bleiben sollten. Sie sollten ggf. zu einem späteren Zeitpunkt Mitgliedern der Betriebsvertretung als neue Arbeitsplätze angeboten werden können.

6

Im Rahmen eines „Borona“ genannten Programms entschieden die britischen Streitkräfte, die Kasernen in Mö, Mü und E sukzessive aufzugeben und im Zuge dessen die Kfz-Werkstatt in N zum 30. September 2011 zu schließen. Die Schließung der Werkstatt erfolgte spätestens im Mai 2011. Reparaturen und Wartungen der in N vorhandenen Fahrzeuge wurden seitdem in der Werkstatt in Mö durchgeführt.

7

Die oberste Dienstbehörde der britischen Streitkräfte in Deutschland - Delegated Military Representative (*DMR*) - leitete mit Schreiben vom 9. Juli 2010 das Mitwirkungsverfahren bei der Hauptbetriebsvertretung ein. Diese bat die DMR sicherzustellen, dass bei allen Betroffenen eine Kündigungsfrist von zwölf Monaten eingehalten würde. Mit Schreiben vom 4. August 2010 erwiderte die DMR, sie werde, wann immer möglich, versuchen, diese Frist zu gewähren, eine Garantie hierfür könne sie jedoch nicht geben.

8

Mit Schreiben vom 17. September 2010 kündigte die RALSU das Arbeitsverhältnis des Klägers zunächst außerordentlich mit sozialer Auslauffrist zum 30. September 2011. Nachdem sie erklärt hatte, aus der außerordentlichen

9

Kündigung keine Rechte mehr herzuleiten, nahm der Kläger die hiergegen gerichtete Klage zurück.

Ebenfalls im September 2010 kündigte die RALSU auch die Arbeitsverhältnisse der übrigen in N beschäftigten Kfz-Mechaniker zum 30. September 2011. Ausgenommen waren die Arbeitsverhältnisse von Mitgliedern der Betriebsvertretung. Auch ein Teil der in N beschäftigten Kfz-Inspektoren erhielt keine Kündigung. Anders als die Kfz-Mechaniker, die die eigentlichen Reparaturarbeiten durchführten, waren die Kfz-Inspektoren dafür zuständig, den Fahrzeugpark zu überprüfen, reparaturbedürftige Fahrzeuge auszusondern, in die Werkstatt zu verbringen, die reparierten Fahrzeuge zu überprüfen und wieder in den Fahrzeugpark einzugliedern. Außerdem oblag ihnen die TÜV-Abnahme der in Großbritannien zugelassenen Privatfahrzeuge von Beschäftigten der Dienststelle.

10

Nach Anhörung der Betriebsvertretung N kündigte die RALSU das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit Schreiben vom 25. November 2010 erneut, diesmal ordentlich zum 30. September 2011.

11

Mit seiner rechtzeitig erhobenen Klage hat der Kläger vorgebracht, die Entscheidung der Streitkräfte, die Kfz-Werkstatt in N zu schließen, sei nur unvollständig umgesetzt worden. Zudem könne er auf einem der freien Arbeitsplätze im Werkstattbereich in Mö weiterbeschäftigt werden. Dort seien außerdem eine Stelle als Store-Keeper und Stellen für Wachleute frei gewesen. § 4 Nr. 2d SchutzTV erweitere die Verpflichtung der Streitkräfte, ihn auf einem Arbeitsplatz bei derselben oder einer anderen Beschäftigungsdienststelle zu beschäftigen. Die Streitkräfte müssten deshalb im Kündigungsschutzprozess von sich aus umfassend zu Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten vortragen. Auch die Sozialauswahl sei fehlerhaft. Er sei mit den weniger schutzwürdigen Kfz-Mechanikern der Werkstatt Mö vergleichbar und diesen vorzuziehen. Bei den Betriebsstätten in N und Mö handele es sich um eine einheitliche Dienststelle. Im Übrigen sei die Kündigungsfrist nicht gewahrt. Er werde gegenüber allen anderen Mitarbeitern, die eine Kündigung mit Jahresfrist erhalten hätten, benachteiligt. Der Kläger hat ferner geltend gemacht, die Betriebsvertretung sei

12

unzureichend angehört worden. Der Unterbringungsanspruch nach § 4 SchutzTV sei nicht Gegenstand der Anhörung gewesen.

Der Kläger hat beantragt

13

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die ordentliche Kündigung vom 25. November 2010 zum 30. September 2011 sein Ende finden wird.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Kündigung vom 25. November 2010 für wirksam gehalten. Die dieser zugrunde liegende unternehmerische Entscheidung sei umgesetzt worden. Die ungekündigten Mitglieder der Betriebsvertretung würden im Rahmen der stufenweisen Schließung der Dienststelle zunächst im Arbeitsbereich des Quartiermeisters weiter eingesetzt. Für den Kläger sei kein freier Arbeitsplatz in Mö oder einer anderen Dienststelle vorhanden gewesen. Bei der Betriebsstätte N handele es sich um eine eigenständige Dienststelle. Eine Sozialauswahl habe deshalb nur zwischen den dort Beschäftigten stattfinden können. Die britischen Streitkräfte seien nicht zur Einhaltung einer zwölfmonatigen Kündigungsfrist verpflichtet gewesen. Die zuständige Betriebsvertretung sei ordnungsgemäß angehört worden.

14

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

15

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Kündigung vom 25. November 2010 ist wirksam. Sie hat das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 30. September 2011 aufgelöst.

16

A. Die Klage ist zulässig. Die auch noch in der Revisionsinstanz zu überprüfende Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit ist gem. Art. 56 Abs. 8 Satz 1 ZA-NTS (*BGBI. II 1961, S. 1218, 1278*) gegeben. Der Kläger war ziviler

17

Bediensteter bei den Streitkräften des Vereinigten Königreichs. Die Klage richtet sich gem. Art. 56 Abs. 8 Satz 2 ZA-NTS zu Recht gegen die Bundesrepublik Deutschland, die in Prozessstandschaft für den Entsendestaat - hier das Vereinigte Königreich - auftritt (vgl. BAG 21. Januar 1993 - 2 AZR 309/92 - unter II 1 der Gründe, AP BGB § 615 Nr. 53 = EzA BGB § 615 Nr. 78).

- B. Die Klage ist unbegründet. 18
- I. Die ordentliche Kündigung war nicht gem. § 8 Nr. 1 SchutzTV ausgeschlossen. Unabhängig davon, ob der SchutzTV auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung fand, waren die Voraussetzungen für den besonderen Kündigungsschutz nach § 8 Nr. 1 SchutzTV nicht erfüllt. Der Kläger hatte im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung das 40. Lebensjahr noch nicht vollendet. 19
- II. Die Kündigung vom 25. November 2010 ist nicht gem. § 1 Abs. 1 KSchG unwirksam. 20
1. Das Kündigungsschutzgesetz findet Anwendung. 21
- a) Nach Art. 56 Abs. 1a ZA-NTS gelten für die Beschäftigungsverhältnisse der zivilen Arbeitskräfte bei einer Truppe und einem zivilen Gefolge alle für die zivilen Arbeitnehmer der Bundeswehr maßgeblichen arbeitsrechtlichen Vorschriften, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist. 22
- b) Danach ist das Kündigungsschutzgesetz auf das Arbeitsverhältnis des Klägers mit den britischen Streitkräften anzuwenden (vgl. BAG 24. Mai 2012 - 2 AZR 163/11 - Rn. 11; 18. Mai 2006 - 2 AZR 245/05 - Rn. 26, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 157 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 148). 23
2. Die Kündigung vom 25. November 2010 ist sozial gerechtfertigt. Sie ist durch betriebliche Erfordernisse iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG bedingt. 24
- a) Aufgrund der Schließung der Kfz-Werkstatt in N ist der bisherige Arbeitsplatz des Klägers spätestens zum Kündigungstermin weggefallen. 25

aa) Die Schließung der Werkstatt beruhte auf einer rechtlich zulässigen Organisationsentscheidung der Streitkräfte. 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 24. Mai 2012 - 2 AZR 163/11 - Rn. 18; 12. August 2010 - 2 AZR 558/09 - Rn. 17, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 146 = EzA KSchG § 2 Nr. 78*). Solche Organisationsentscheidungen können von den Gerichten inhaltlich nicht nachgeprüft werden. Sie sind grundsätzlich als gegeben hinzunehmen und unterliegen lediglich einer Missbrauchskontrolle (*BAG 12. August 2010 - 2 AZR 558/09 - aaO; 10. Mai 2007 - 2 AZR 263/06 - Rn. 19, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 165 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 155*). Für eine beschlossene und durchgeführte Organisationsentscheidung spricht grundsätzlich die Vermutung, dass sie aus sachlichen Gründen erfolgt ist. Daher muss der Arbeitnehmer Umstände darlegen, aus denen sich ergeben soll, dass die erfolgte Strukturänderung offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (*BAG 24. Mai 2012 - 2 AZR 163/11 - Rn. 19; 23. April 2008 - 2 AZR 1110/06 - Rn. 18, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 177 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 160*).

26

bb) Im Streitfall ist die Kfz-Werkstatt in N im Zuge der Umsetzung des Programms „Borona“ aufgelöst worden. Die Schließung der Werkstatt war bereits Monate vor dem Kündigungstermin Ende September 2011 tatsächlich umgesetzt. Der Umstand, dass bisher am Standort als Kfz-Mechaniker beschäftigte Mitglieder der Betriebsvertretung anderweitig weiterbeschäftigt wurden, spricht nicht dagegen, dass die Werkstatt in N vollständig aufgelöst worden ist. Soweit einige Kfz-Inspektoren keine Kündigung erhielten, waren deren Arbeitsplätze - anders als die der Kfz-Mechaniker - durch die Schließung der Werkstatt nicht entfallen. Die ihnen obliegenden Aufgaben fielen weiterhin an. Für eine willkürliche oder offensichtlich unzulässige Organisationsentscheidung hat der Kläger keine Anhaltspunkte dargelegt.

27

- b) Der Kläger konnte nicht auf einem anderen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden. 28
- aa) Nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG ist eine Kündigung auch dann sozial ungerechtfertigt, wenn in Betrieben und Verwaltungen des öffentlichen Rechts der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in derselben Dienststelle oder in einer anderen Dienststelle desselben Verwaltungszweiges an demselben Dienort einschließlich seines Einzugsgebiets weiterbeschäftigt werden kann. Auf diese Weise wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Kündigungsrecht normativ konkretisiert (*BAG 12. August 2010 - 2 AZR 558/09 - Rn. 20, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 146 = EzA KSchG § 2 Nr. 78; 6. Februar 1997 - 2 AZR 50/96 - zu II 2 der Gründe; 15. Dezember 1994 - 2 AZR 320/94 - zu II 1 der Gründe, BAGE 79, 66*). Eine Kündigung ist nur dann durch „dringende“ betriebliche Erfordernisse bedingt, wenn der Arbeitgeber keine Möglichkeit hat, den Arbeitnehmer nach Maßgabe des § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG anderweitig zu beschäftigen (*BAG 12. August 2010 - 2 AZR 558/09 - aaO; 23. November 2004 - 2 AZR 38/04 - zu B I 2 a der Gründe, BAGE 112, 361*). Die Weiterbeschäftigung muss sowohl dem Arbeitnehmer als auch dem Arbeitgeber objektiv möglich sein. Dies setzt voraus, dass ein Arbeitsplatz zu vergleichbaren (gleichwertigen) oder zu geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen vorhanden ist. Als „frei“ sind grundsätzlich nur solche Arbeitsplätze anzusehen, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung unbesetzt sind (*BAG 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn. 24, AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 21 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 84; 1. März 2007 - 2 AZR 650/05 - Rn. 24, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 164 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 154*). Dem steht es gleich, wenn ein Arbeitsplatz bis zum Ablauf der Kündigungsfrist frei wird (*BAG 1. März 2007 - 2 AZR 650/05 - aaO; 2. Februar 2006 - 2 AZR 38/05 - zu II 2 a der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 142 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 144*). 29
- bb) Für das Fehlen einer anderweitigen Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ist gem. § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG der Arbeitgeber darlegungs- und beweis- 30

pflichtig. Dabei gilt eine abgestufte Darlegungslast. Bestreitet der Arbeitnehmer lediglich den Wegfall seines bisherigen Arbeitsplatzes, genügt der Vortrag des Arbeitgebers, wegen der betrieblichen Notwendigkeiten sei eine Weiterbeschäftigung zu den gleichen Bedingungen nicht möglich. Will der Arbeitnehmer vorbringen, es sei eine Beschäftigung an anderer Stelle möglich, obliegt es ihm darzulegen, wie er sich seine anderweitige Beschäftigung vorstellt. Erst daraufhin muss der Arbeitgeber eingehend erläutern, aus welchen Gründen eine Umsetzung nicht möglich war (*BAG 1. März 2007 - 2 AZR 650/05 - Rn. 21, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 164 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 154; 15. August 2002 - 2 AZR 195/01 - zu II 1 c aa der Gründe, BAGE 102, 197*).

cc) Diese gesetzliche Verteilung der Darlegungs- und Beweislast erfährt durch § 4 SchutzTV im Grundsatz keine Änderung (*vgl. APS/Dörner/Linck 4. Aufl. § 1 ZA-NTS Rn. 14*). Insbesondere müssen die Stationierungstreitkräfte, die sich darauf berufen, ein anderer geeigneter Arbeitsplatz sei nicht verfügbar gewesen, nicht unabhängig vom Vorbringen des Arbeitnehmers alle denkbaren Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im maßgeblichen Einzugsbereich ausschließen (*offen gelassen in BAG 18. Mai 2006 - 2 AZR 245/05 - Rn. 38, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 157 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 148; a.A. für Anhang O zum TV AL II wohl LAG Rheinland-Pfalz 12. Dezember 1997 - 10 Sa 613/97 - , zu II 1 der Gründe; für eine gewisse Erweiterung der Darlegungslast des Arbeitgebers auch Hessisches LAG 28. Juni 2004 - 17 Sa 1257/03 - zu III 2 b cc der Gründe*). Dies ergibt die Auslegung der Bestimmung. 31

(1) Aus dem Wortlaut von § 4 SchutzTV und der Systematik des Tarifvertrags lässt sich nicht entnehmen, in seinem Geltungsbereich solle für das Bestehen einer geeigneten Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Kündigungsschutzprozess eine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Verteilung der Darlegungslast gelten. § 4 SchutzTV regelt, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise einem vom Verlust des Arbeitsplatzes betroffenen Arbeitnehmer andere geeignete Beschäftigungsmöglichkeiten anzubieten sind. 32

Mit der Verteilung der prozessualen Darlegungs- und Beweislast dafür, ob eine solche Weiterbeschäftigungsmöglichkeit tatsächlich bestanden hat, befasst sich die Bestimmung nicht. Regelungen zum Kündigungsschutz enthält allein § 8 SchutzTV.

(2) Aus Sinn und Zweck von § 4 SchutzTV ergibt sich nichts anderes. Die Bestimmung regelt zwar im Einzelnen, wie die Eignung des Arbeitnehmers für verfügbare Arbeitsplätze festzustellen ist (§ 4 Nr. 1 Satz 2 SchutzTV), welche Arbeitsplätze dem betroffenen Arbeitnehmer in welcher Reihenfolge anzubieten sind und welche Folgen es hat, wenn der Arbeitnehmer die Angebote ablehnt (§ 4 Nr. 2 und 3 SchutzTV). Auch die Verfahren zur Ermittlung von Gleichwertigkeit und Zumutbarkeit eines Arbeitsplatzes (§ 4 Nr. 4 SchutzTV) sowie die Voraussetzungen für die Gewährung einer Einarbeitungszeit und deren Dauer (§ 4 Nr. 6 SchutzTV) sind näher bestimmt (vgl. BAG 13. August 2009 - 6 AZR 330/08 - Rn. 21, BAGE 131, 325). Dass dem Arbeitnehmer gem. § 4 Nr. 1 Satz 1 SchutzTV ein verfügbarer oder bis zum Ablauf seiner Kündigungsfrist verfügbar werdender Arbeitsplatz angeboten werden muss, wenn er für ihn geeignet ist, entspricht aber der ohnehin bestehenden Verpflichtung des Arbeitgebers aus § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG. Für den Streit über deren Einhaltung gelten die dargestellten allgemeinen Grundsätze zur Verteilung der Darlegungslast. Für den Streit über die Erfüllung des in § 4 SchutzTV geregelten, insoweit inhaltsgleichen Unterbringungsanspruchs des Arbeitnehmers bedarf es damit keiner von diesen Grundsätzen abweichenden Verteilung der Darlegungslast. Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass § 4 SchutzTV einen im Vergleich zum allgemeinen Verständnis des Begriffs „Einzugsgebiet“ in § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG größeren Umkreis vorsieht, innerhalb dessen verfügbare geeignete Arbeitsplätze anzubieten sind (gem. § 4 Nr. 2d iVm. § 4 Nr. 4d SchutzTV 60 km). Damit ist nicht gesagt, wie im Kündigungsschutzprozess die Darlegungslast abzustufen ist, wenn Streit darüber besteht, ob ein geeigneter Arbeitsplatz - auch im erweiterten Einzugsbereich - tatsächlich verfügbar war.

33

- dd) Danach war im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass für den Kläger keine anderweitige Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bestand. 34
- (1) Die Beklagte hat geltend gemacht, es sei weder in Mö noch in einer anderen Dienststelle ein freier Arbeitsplatz für den Kläger vorhanden gewesen. 35
- (2) Soweit sich der Kläger auf die drei ausgeschriebenen Stellen in der Kfz-Werkstatt in Mö berufen hat, waren diese nicht „frei“. Die britischen Streitkräfte hatten sich bereits vor Ausspruch der Kündigung entschlossen, sie in näherer Zukunft nicht zu besetzen, und die Ausschreibung zurückgezogen. Ohne Rechtsfehler hat das Landesarbeitsgericht angenommen, dieses Vorgehen sei nicht rechtsmissbräuchlich gewesen. Die Streitkräfte haben dadurch nicht den Eintritt einer für den Kläger positiven Bedingung iSv. § 162 BGB treuwidrig vereitelt. 36
- (a) Ein treuwidriges Verhalten des Arbeitgebers liegt vor, wenn er eine freie Stelle anderweitig besetzt, obwohl schon zu diesem Zeitpunkt ein Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit für den später gekündigten Arbeitnehmer absehbar ist (*vgl. BAG 24. November 2005 - 2 AZR 514/04 - Rn. 39, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 43 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 51*). 37
- (b) Damit ist die Entscheidung der britischen Streitkräfte, die fraglichen Stellen vorerst nicht zu besetzen, nicht vergleichbar. In diesem Entschluss lag keine rechtsmissbräuchliche Vereitelung einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Kläger. Die britischen Streitkräfte waren in der Entscheidung, welche Stellen akut besetzt werden sollten, grundsätzlich frei. Nach Art. 56 Abs. 7a Satz 1 ZA-NTS bestimmen allein sie die Zahl und Art der benötigten Arbeitsplätze. Mit Blick auf den besonderen Kündigungsschutz der Mitglieder der Betriebsvertretung nach § 15 Abs. 5 Satz 1 KSchG erscheint die Entscheidung, für diese eine entsprechende Anzahl von Arbeitsplätzen frei zu halten, auch nicht willkürlich. 38
- (3) Das Vorbringen des Klägers, er habe in Mö auf einem freien Arbeitsplatz als Store-Keeper oder als Wachmann weiterbeschäftigt werden können, 39

hat das Landesarbeitsgericht zu Recht nach § 67 Abs. 4 Satz 2 ArbGG als verspätet zurückgewiesen.

- (a) Neue Tatsachen sind nach § 67 Abs. 4 Satz 1 ZPO grundsätzlich in der Berufungsbegründung vorzutragen. Späteres Vorbringen ist nach § 67 Abs. 4 Satz 2 ArbGG nur zuzulassen, wenn es entweder nach der Berufungsbegründung entstandene Tatsachen betrifft oder nach der freien Überzeugung des Landesarbeitsgerichts die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögert oder die Verspätung nicht auf Verschulden der Partei beruht (*BAG 23. Juni 2005 - 2 AZR 193/04 - Rn. 16, AP ZPO § 138 Nr. 11 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 12*). 40
- (b) Ein solcher Ausnahmefall hat hier nach der rechtsfehlerfreien Würdigung des Landesarbeitsgerichts nicht vorgelegen. Danach waren die betreffenden Tatsachen weder erst nach der Berufungsbegründung entstanden, noch war der Kläger unverschuldet an einem rechtzeitigen Vortrag gehindert. 41
- (aa) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger habe nicht geltend gemacht, erst im Anschluss an die Berufungsbegründung Kenntnis von den nach seinem Vorbringen bereits im Kündigungszeitpunkt freien Stellen erlangt zu haben. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Zulässige Verfahrensrügen hat der Kläger insoweit nicht erhoben. 42
- (bb) Die Berücksichtigung des verspäteten Vortrags hätte zu einer Verzögerung des Rechtsstreits geführt. Dieser hätte nicht im unmittelbaren Anschluss an die mündliche Verhandlung beendet werden können. Es hätte aufgeklärt werden müssen, ob in den entsprechenden Bereichen tatsächlich freie Arbeitsplätze vorhanden waren und für den Kläger in Betracht kamen. 43
- (c) Etwas anderes folgt nicht daraus, dass das Landesarbeitsgericht, wie der Kläger rügt, keinen Hinweis dahin erteilt habe, es wolle von der vermeintlich „herrschenden Meinung“ abweichen und mit Blick auf den Unterbringungsanspruch nach § 4 SchutzTV keine andere Verteilung der Darlegungslast für das Bestehen einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit annehmen. Einen solchen 44

Hinweis musste das Gericht nicht erteilen. Der Kläger musste auch ohne ihn damit rechnen, dass es diese Auffassung vertreten könnte. So hatte schon das Arbeitsgericht unter Hinweis auf die Rechtsprechung desselben Landesarbeitsgerichts zu Anhang O zum TV AL II (*vgl. LAG Düsseldorf 13. Dezember 1994 - 3 (17) Sa 1307/94 -*) angenommen, die Darlegungslast für Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten werde durch § 4 SchutzTV nicht geändert.

(4) Der Kläger hat sich nicht darauf berufen, er habe auf einer der Positionen weiterbeschäftigt werden können, die den nicht gekündigten Kfz-Mechanikern, die Mitglieder der Betriebsvertretung N waren, übertragen wurden. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob die britischen Streitkräfte die Mitglieder der Betriebsvertretung mit Blick auf ihren Sonderkündigungsschutz nach § 15 Abs. 5 Satz 1 KSchG insoweit vorrangig berücksichtigen durften oder ob die fraglichen Beschäftigungsmöglichkeiten nur nach einer Sozialauswahl mit den ebenfalls vom Wegfall ihrer Arbeitsplätze betroffenen Arbeitnehmern hätten vergeben werden dürfen (*vgl. zum Erfordernis einer Auswahl entsprechend den Grundsätzen des § 1 Abs. 3 KSchG, wenn zugleich mehrere Arbeitnehmer um eine geringere Anzahl von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten konkurrieren BAG 12. August 2010 - 2 AZR 945/08 - Rn. 40, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 147 = EzA KSchG § 2 Nr. 79*). Auf die Frage, ob die fraglichen Beschäftigungsmöglichkeiten in derselben oder in einer anderen Dienststelle bestanden und ob der Sonderkündigungsschutz nach § 15 Abs. 5 Satz 1 KSchG ggf. auch die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung in einer anderen Dienststelle umfasst (*vgl. zum Streitstand KR/Etzel 10. Aufl. § 15 KSchG Rn. 93*) kommt es damit nicht an. Ebenso wenig ist von Bedeutung, ob der Kläger für den Fall, dass eine Auswahl nach den Grundsätzen des § 1 Abs. 3 KSchG erforderlich gewesen wäre, sozial schutzwürdiger gewesen wäre.

c) Die Kündigung vom 25. November 2010 ist nicht deshalb sozial ungerechtfertigt, weil die im Werkstattbereich in Mö beschäftigten Kfz-Mechaniker in die Sozialauswahl hätten einbezogen werden müssen.

aa) Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG ist eine Kündigung trotz Vorliegens dringender betrieblicher Erfordernisse iSd. Abs. 2 sozial ungerechtfertigt, wenn

der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und eine Schwerbehinderung nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Der Arbeitgeber hat in die Sozialauswahl diejenigen Arbeitnehmer einzubeziehen, die miteinander vergleichbar sind. Vergleichbar sind Arbeitnehmer, die nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen aufgrund ihrer Fähigkeiten und Kenntnisse sowie nach dem Inhalt der von ihnen vertraglich geschuldeten Aufgaben austauschbar sind (*BAG 22. März 2012 - 2 AZR 167/11 - Rn. 19, EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 85; 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn. 41, AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 21 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 84*).

bb) In die Sozialauswahl sind nur die Arbeitnehmer einzubeziehen, die derselben Dienststelle angehören (*vgl. BAG 20. Januar 2000 - 2 ABR 19/99 - zu B II 5 b der Gründe, ZTR 2001, 89*). 48

(1) Das Kündigungsschutzgesetz ist grundsätzlich auf den Betrieb bezogen, die Sozialauswahl daher auf den Beschäftigungsbetrieb beschränkt (*BAG 2. Juni 2005 - 2 AZR 158/04 - zu II 2 der Gründe, BAGE 115, 82; 20. Januar 2000 - 2 ABR 19/99 - zu B II 5 b der Gründe, ZTR 2001, 89*). Dem „Betrieb“ im Bereich der privaten Wirtschaft entspricht in der Regel die „Dienststelle“ im Bereich des öffentlichen Dienstes (*vgl. BAG 22. September 2005 - 2 AZR 544/04 - zu B II 6 b der Gründe, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 59 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 141; 20. Januar 2000 - 2 ABR 19/99 - aaO; Linck in v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 1 Rn. 709 und § 23 Rn. 12*). Dafür spricht ein Vergleich von § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG mit der Formulierung in § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Buchst. b KSchG. Die organisatorische Einheit des Betriebs findet danach im Rahmen von § 1 KSchG ihre Entsprechung in der Dienststelle. 49

(2) Maßgeblich im Rahmen von § 1 KSchG ist grundsätzlich der personalvertretungsrechtliche Dienststellenbegriff (*BAG 20. Januar 2000 - 2 ABR 19/99 - zu B II 5 b der Gründe, ZTR 2001, 89; 23. April 1998 - 2 AZR 489/97 - zu II 3 b der Gründe, BAGE 88, 287; 25. September 1956 - 3 AZR 102/54 - BAGE 3, 155, 157*). Dafür spricht, dass mit dem Bundespersonalvertretungsge- 50

setz 1974 die Regelung zur Weiterbeschäftigungspflicht wortgleich mit § 79 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BPersVG in § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG eingefügt worden ist. Da sich aus den Gesetzesmaterialien nichts anderes ergibt, ist davon auszugehen, dass der Begriff der „Dienststelle“ in beiden Regelungsbereichen die gleiche Bedeutung hat (vgl. KR/Bader 10. Aufl. § 23 KSchG Rn. 29).

(3) Gem. Art. 56 Abs. 9 ZA-NTS iVm. Abs. 1 des Unterzeichnungsprotokolls zu Art. 56 Abs. 9 ZA-NTS (zuletzt geändert durch Änderungsabkommen vom 23. November 1994, BGBl. II S. 3710, 3712) sind bei den Stationierungstreitkräften Dienststellen iSd. Personalvertretungsgesetzes die einzelnen Verwaltungsstellen und Betriebe einer Truppe und eines zivilen Gefolges nach näherer Bestimmung durch die betreffende Truppe selbst. Das Unterzeichnungsprotokoll zum ZA-NTS hat Gesetzesqualität. Für seinen Geltungsbereich ist es lex specialis. Auf die den Dienststellenbegriff nach § 6 BPersVG im Allgemeinen kennzeichnenden Merkmale kommt es demnach im Bereich der Stationierungstreitkräfte nicht an. Dafür spricht auch, dass eine Bestimmung der Dienststellen nach den allgemeinen Maßstäben des § 6 BPersVG wegen der im militärischen Bereich zahlreichen Befehlsebenen nur bedingt möglich wäre. Der von § 6 BPersVG vorausgesetzte Dienststellenaufbau lässt sich auf die Entscheidungsbefugnisse im militärischen Bereich nicht ohne Weiteres übertragen (vgl. BAG 20. Januar 2000 - 2 ABR 19/99 - zu B II 5 c aa der Gründe, ZTR 2001, 89). 51

(4) Auf die organisatorische Einheit der von der Truppe bestimmten Dienststelle ist auch im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG abzustellen. Die autonome Bestimmung der Dienststellen durch die Entsendestaaten mit Wirkung für das Personalvertretungsrecht ist völkerrechtlich vorgegeben. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass etwa deshalb kündigungsschutzrechtlich im Bereich der Stationierungstreitkräfte ein vom personalvertretungsrechtlichen abweichender Dienststellenbegriff maßgeblich sein sollte. 52

cc) Danach war die Sozialauswahl nicht auf die im Werkstattbereich in Mö beschäftigten Kfz-Mechaniker zu erstrecken. Dieser Bereich gehörte nach dem 53

Vorbringen der Beklagten nicht zu derselben Dienststelle wie die Kfz-Werkstatt in N. Eine abweichende Bestimmung der Dienststellen durch die britischen Streitkräfte hat der Kläger entgegen § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG nicht dargelegt. Darauf, ob beide Dienststellen denselben Leiter hatten, kommt es ebenso wenig an wie darauf, von wo die arbeitsrechtlichen Weisungen erteilt und in welchem Ausmaß Beschäftigte wechselseitig eingesetzt wurden. Anhaltspunkte für eine willkürliche, etwa zwecks Umgehung der Sozialauswahl beliebig wechselnde Bestimmung der Dienststellen durch die britischen Streitkräfte hat der Kläger nicht vorgetragen.

III. Die Kündigung ist nicht mangels ordnungsgemäßer Anhörung der Betriebsvertretung unwirksam. 54

1. Im Bereich des durch das ZA-NTS modifizierten Mitwirkungsverfahrens nach dem Bundespersonalvertretungsgesetz gelten die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats iSd. § 102 BetrVG entsprechend (*BAG 18. Mai 2006 - 2 AZR 245/05 - Rn. 51, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 157 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 148*). In Bezug auf anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten reicht es damit aus, dass der Betriebsvertretung mitgeteilt wird, dass solche Möglichkeiten für den Arbeitnehmer nicht bestünden (*vgl. BAG 21. September 2000 - 2 AZR 385/99 - zu B IV 2 c der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 111 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 107*). 55

2. Danach ist die örtliche Betriebsvertretung mit Schreiben der Dienststellenleitung vom 8. November 2010 in entsprechender Anwendung von § 79 Abs. 1 Satz 1 BPersVG ordnungsgemäß angehört worden. Der Leiter der Dienststelle hat die Betriebsvertretung über die persönlichen Daten des Klägers, die Art der beabsichtigten Kündigung und den Kündigungsgrund informiert. Vom Eintrittsdatum des Klägers hatte die Betriebsvertretung bereits Kenntnis. Eine Mitteilung über die Unterhaltungspflichten des Klägers war entbehrlich, weil aus Sicht der britischen Streitkräfte eine Sozialauswahl nicht erforderlich war. Durch die Angabe des Termins, zu dem die Kündigung wirksam werden sollte, war für die Betriebsvertretung ersichtlich, dass selbst die längste 56

tarifvertragliche Kündigungsfrist gewahrt würde. Es bedurfte entgegen der Auffassung des Klägers auch keiner besonderen Hinweise zum Unterbringungsanspruch nach § 4 SchutzTV. Unabhängig davon, ob der SchutzTV auf das Arbeitsverhältnis des Klägers Anwendung fand, ergaben sich mit Blick auf diesen keine Besonderheiten, die über den gesetzlichen Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG hinausgingen.

- IV. Die Kündigung vom 25. November 2010 hat das Arbeitsverhältnis zum 30. September 2011 beendet. 57
1. Die Kündigungsfrist des im Arbeitsvertrag in Bezug genommenen § 44 Ziff. 1 b TV AL II von sechs Monaten zum Monatsende ist gewahrt. 58
2. Eine längere Kündigungsfrist war nicht vereinbart. 59
- a) Eine solche Vereinbarung ergibt sich nicht aus dem Schreiben der obersten Dienstbehörde der britischen Stationierungstreitkräfte an die Hauptbetriebsvertretung vom 4. August 2010. Darin haben die Streitkräfte lediglich versichert, sie würden versuchen, eine zwölfmonatige Kündigungsfrist einzuhalten. Eine Garantie könnten sie nicht geben. 60
- b) Die Streitkräfte waren nicht aufgrund des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zur Wahrung einer zwölfmonatigen Kündigungsfrist verpflichtet. 61
- aa) Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet dem Arbeitgeber, seine Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung einer selbst gesetzten Regel gleichzubehandeln. Damit verbietet er eine sachfremde Gruppenbildung und die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe. Sachfremd ist eine Differenzierung, wenn es für die unterschiedliche Behandlung keine billigen Gründe gibt, wenn die Regelung also für eine am Gleichheitsgedanken orientierte Betrachtungsweise als willkürlich anzusehen ist (*BAG 27. Juni 2012 - 5 AZR 317/11 - Rn. 17, EzA TVG § 4 Metallindustrie Nr. 148; 21. Oktober 2009 - 10 AZR 664/08 - Rn. 24, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 210 = EzA BGB 2001 § 242 Gleichbehandlung Nr. 21*). 62

- bb) Der Kläger wurde in Bezug auf den Beendigungstermin nicht anders als die übrigen Arbeitnehmer behandelt. Auch deren Arbeitsverhältnisse kündigten die britischen Streitkräfte zum 30. September 2011. Dies entsprach dem Termin, zu dem die Schließung der Werkstatt erfolgen sollte und damit die Arbeitsplätze der dort beschäftigten Kfz-Mechaniker wegfielen. Soweit die Zeitspannen zwischen Kündigungszugang und Beendigungstermin am 30. September 2011 verschieden lang waren, ist diese Ungleichbehandlung durch den allen Kündigungen gleichermaßen zugrunde liegenden Umstand, dass zu diesem Zeitpunkt die Schließung der Werkstatt in N geplant war, sachlich gerechtfertigt. 63
- C. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen. 64

Kreft

Rinck

Rachor

F. Löllgen

Bartz