

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 26. März 2015
- 2 AZR 783/13 -
ECLI:DE:BAG:2015:260315.U.2AZR783.13.0

I. Arbeitsgericht Münster

Urteil vom 11. Dezember 2012
- 3 Ca 1093/12 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 1. August 2013
- 8 Sa 215/13 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung - Betriebsübergang

Bestimmungen:

BGB §§ 140, 293 ff., 611 Abs. 1, §§ 613a, 615 Satz 1, § 626 Abs. 1; BPersVG § 68 Abs. 2, § 79 Abs. 1 und Abs. 4; Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut (ZA-NTS) Art. 56; Tarifvertrag zur sozialen Sicherung der Arbeitnehmer bei den Stationierungstreitkräften im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vom 31. August 1971 (TV SozSich) § 2 Ziff. 1; Tarifvertrag über Rationalisierungs-, Kündigungs- und Einkommensschutz vom 2. Juli 1997 (SchutzTV) §§ 4, 8

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 783/13
8 Sa 215/13
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
26. März 2015

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Oktober 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesar-

beitsgericht Kreft, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie die ehrenamtlichen Richter Frey und Falke für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 1. August 2013 - 8 Sa 215/13 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

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

Der Kläger war seit dem Jahr 1995 als Zivilangestellter bei den britischen Streitkräften in Deutschland (künftig BFG) beschäftigt und zuletzt als Lagerverwalter in der Dienststelle M tätig. Im Arbeitsvertrag ist Bezug genommen auf die Bestimmungen des Tarifvertrags für die Arbeitnehmer der Stationierungstreitkräfte im Gebiet der BRD (TV AL II) in der jeweils gültigen Fassung. 2

Mit Wirkung zum 8. August 2011 übertrugen die BFG ihr an einzelnen Standorten bearbeitetes Facilities Management auf die neu gegründete Firma B S S GmbH (künftig BSSG). BFG und BSSG unterrichteten mit einem gemeinsamen Informationsschreiben vom 17. Mai 2011 die in dem Bereich tätigen Zivilangestellten - darunter den Kläger - über den bevorstehenden Betriebsteilübergang und Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf die BSSG. In dem Schreiben heißt es ua.: 3

„...“

wie wir Ihnen bereits mitgeteilt haben, beabsichtigt [das Vereinigte Königreich], ..., nachfolgend auch ‚British Forces Germany‘ bzw. ‚BFG‘ genannt, seine gesamten Facilities Management (FM) Tätigkeiten in Deutschland ab

dem 08.08. 2011, 0:00 Uhr (nachfolgend ‚Übergangsstichtag‘ genannt) von der [BSSG] ausführen zu lassen und die für die Erfüllung dieser Aufgaben wesentlichen Betriebsmittel mit Wirkung zum Übergangsstichtag auf die BSSG zu übertragen.

...

I. Erwerber

Bei der BSSG handelt es sich um eine am 05.01.2011 neu gegründete GmbH mit Sitz in ... BSSG ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der B I G PLC. ...

...

III. Rechtliche, wirtschaftliche und soziale Folgen des Übergangs für die betroffenen Arbeitnehmer

...

6. Konsequenzen des Betriebsteilübergangs für tarifvertragliche Rechte und Pflichten

Die BSSG ist nicht tarifgebunden.

Die Bundesrepublik Deutschland hat demgegenüber im Einvernehmen mit den obersten Behörden der Stationierungsstreitkräfte eine Reihe von Tarifverträgen abgeschlossen, die auf alle in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer der BFG Anwendung finden, die entweder Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft sind oder deren Arbeitsvertrag auf diese Tarifverträge Bezug nimmt. Dies sind insbesondere die folgenden Tarifverträge, die in jeder der Beschäftigungsdienststellen ... zur Einsicht ausliegen:

- Tarifvertrag für die Arbeitnehmer bei den Stationierungsstreitkräften im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (TV AL II),
- Tarifvertrag über Rationalisierungs-, Kündigungs- und Einkommensschutz (SchutzTV) und
- Tarifvertrag zur sozialen Sicherung der Arbeitnehmer bei den Stationierungsstreitkräften im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (TV Soziale Sicherung).

Da die BSSG nicht tarifgebunden ist, werden die durch diese Tarifverträge geregelten Rechte und Pflichten, soweit Sie am Übergangsstichtag Mitglied der tarifabschließenden Gewerkschaft sind, am Übergangsstichtag zum Inhalt Ihres Arbeitsverhältnisses und dürfen für die Dauer eines Jahres nicht zu Ihrem Nachteil auf einzelvertraglicher Ebene geändert werden. ...

Soweit arbeitsvertraglich die Anwendung tarifvertraglicher Regelungen vereinbart wurde, werden diese Vereinbarungen durch den Betriebsteilübergang nicht berührt; die Bezugnahme bleibt mit dem zum Übergangsstichtag maßgeblichen Inhalt unverändert gültig.

...

11. § 112a Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)

Bitte beachten Sie, dass die BSSG als neu gegründete Gesellschaft dem Anwendungsbereich von § 112a Abs. 2 BetrVG unterfällt. Dies hat zur Folge, dass innerhalb der ersten vier Jahre nach der Gründung der BSSG im Fall einer Betriebsänderung gemäß § 111 BetrVG ein Sozialplan nicht erzwungen werden kann. Soweit auf Ihr Arbeitsverhältnis auch nach dem Übergangsstichtag der SchutzTV Anwendung findet, haben Sie, soweit Sie von der BSSG aus einem der in dem SchutzTV genannten Gründen gekündigt werden, gleichwohl Anspruch auf Leistungen nach dem SchutzTV.“

Der Kläger war ab dem 8. August 2011 zunächst für die BSSG tätig. Mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 12. Juni 2012 widersprach er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die BSSG und bot seine Arbeitsleistung wieder den BFG an. Er berief sich auf Mängel des Unterrichtungsschreibens. Ab dem 28. Juni 2012 wurde er faktisch erneut für die BSSG tätig. 4

Mit Schreiben vom 30. Oktober 2012 kündigten die BFG das Arbeitsverhältnis - nach Beteiligung der Betriebsvertretung - außerordentlich mit sozialer Auslauffrist zum 31. Mai 2013. 5

Dagegen hat der Kläger rechtzeitig die vorliegende Klage erhoben. Zudem hat er für den Zeitraum vom 12. Juni 2012 bis zur Weiterbeschäftigung bei der BSSG Zahlung seiner Vergütung aufgrund Annahmeverzugs verlangt. Er hat gemeint, sein Arbeitsverhältnis habe über den Zeitpunkt des Betriebsteilübergangs hinaus zum Vereinigten Königreich fortbestanden. Sein Widerspruch gegen den Übergang sei rechtzeitig erfolgt. Das Unterrichtungsschreiben vom 17. Mai 2011 habe nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprochen. Es fehle ein Hinweis darauf, dass bereits zum damaligen Zeitpunkt geplant gewesen sei, 6

den Standort M zum Ende des Jahres 2013 zu schließen. Außerdem sei durch das Schreiben der Eindruck erweckt worden, der Tarifvertrag zur sozialen Sicherung der Arbeitnehmer bei den Stationierungsstreitkräften im Gebiet der BRD (TV SozSich) komme auch nach dem Übergang voll zur Geltung. Richtigerweise hätten die Beschäftigten darauf hingewiesen werden müssen, dass die BSSG davon ausgehe, die tariflichen Regelungen seien nach dem Übergang nicht mehr anwendbar, und sie bei Schließung des Standorts keine Überbrückungsbeihilfen zahlen werde. Die Arbeitnehmer eines anderen Standorts seien dahingehend unterrichtet worden. Auch seien die Informationen über die Fortführung der Gruppenversicherungsverträge unrichtig gewesen. Die Kündigung vom 30. Oktober 2012 sei unwirksam. Er habe auf einer freien Stelle als Lagerverwalter in B oder am Standort M weiterbeschäftigt werden können. Für den Fall der Wirksamkeit der Kündigung sei festzustellen, dass zwischen ihm und dem Vereinigten Königreich bis zum 31. Mai 2013 ein Arbeitsverhältnis bestanden und der Kündigung eine Personaleinschränkung im Sinne des TV SozSich zugrunde gelegen habe.

Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse -
zweitinstanzlich beantragt

7

1. festzustellen, dass das zwischen ihm und der Beklagten bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 30. Oktober 2012 nicht beendet wurde,
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.521,45 Euro brutto nebst fünf Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juli 2012 zu zahlen,
3. für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 1. festzustellen, dass zwischen ihm und der Beklagten bis zum 31. Mai 2013 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat und die Kündigung wegen einer Personaleinschränkung iSd. § 2 Nr. 1 des Tarifvertrags vom 31. August 1971 zur sozialen Sicherung der Arbeitnehmer bei den Stationierungsstreitkräften im Gebiet der BRD erfolgt ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat gemeint, in Folge der Ausgliederung des Facilities Managements und seiner Übertragung auf die BSSG sei das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Vereinigten Königreich auf die BSSG übergegangen. Der Widerspruch des Klägers sei verspätet. Falls es darauf ankomme, sei die vorsorglich erklärte Kündigung wirksam. Der Arbeitsplatz des Klägers sei infolge des Betriebsübergangs weggefallen. Alternative Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten am Standort M oder innerhalb des Einzugsbereichs habe es nicht gegeben. Soweit der Kläger sich auf freie Arbeitsplätze an anderen Standorten berufe, hätten diese nicht zur Verfügung gestanden. Für die freie Stelle eines Lagerverwalters in B seien vorrangig andere Mitarbeiter der Dienststellen M, G und B zu berücksichtigen gewesen. Bei diesen habe es sich zum Teil um Mitglieder der dortigen Betriebsvertretungen gehandelt. Der betreffende Arbeitsplatz sei bis zu einer endgültigen Auswahlentscheidung mit einem anderen Mitarbeiter besetzt und schließlich aufgrund weiterer Umstrukturierungsmaßnahmen mit Wirkung zum 16. März 2013 abgebaut worden. Einer Sozialauswahl habe es nicht bedurft. Der Kläger sei aufgrund seiner Personalverantwortung als einziger Mitarbeiter am Standort M der Vergütungsgruppe C4a zugeordnet gewesen. Im Übrigen sei er nicht sozial schutzwürdiger als andere Mitarbeiter.

8

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Mit der Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

9

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben. Die für den Fall des Unterliegens mit dem Kündigungsschutzantrag gestellten Hilfsanträge fallen nicht zur Entscheidung an.

10

- I. Die Klage ist zulässig. 11
1. Die auch noch in der Revisionsinstanz zu überprüfende Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit ist gemäß Art. 56 Abs. 8 Satz 1 ZA-NTS (*BGBI. II 1961, S. 1218, 1278*) gegeben. Der Kläger war ziviler Bediensteter 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 20. Februar 2014 - 2 AZR 248/13 - Rn. 11; 25. Oktober 2012 - 2 AZR 552/11 - Rn. 17*). 12
2. Der Kündigungsschutzantrag ist dahin zu verstehen, dass der Kläger das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen ihm und dem Vereinigten Königreich - und nicht zwischen ihm und der Bundesrepublik Deutschland - festgestellt wissen will. 13
- a) Klageanträge sind der Auslegung durch das Revisionsgericht zugänglich. Dabei sind die für Willenserklärungen geltenden Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) heranzuziehen. Für das Verständnis eines Klageantrags ist deshalb nicht am buchstäblichen Wortlaut des Antrags zu haften. Das Gericht hat den erklärten Willen zu erforschen, wie er sich aus der Klagebegründung, dem Prozessziel und der Interessenlage ergibt. Im Zweifel ist das gewollt, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der richtig verstandenen Interessenlage des Antragstellers entspricht (*BAG 26. März 2013 - 3 AZR 77/11 - Rn. 17*). 14
- b) Danach hat der Kündigungsschutzantrag das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Vereinigten Königreich zum Gegenstand. Dem Wortlaut des Antrags nach geht es zwar um ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten dieses Rechtsstreits, der Bundesrepublik Deutschland. Darin liegt jedoch eine offensichtliche Falschbezeichnung. Die Bundesrepublik Deutschland ist im vorliegenden Rechtsstreit lediglich Prozessstandschafterin für das Vereinigte Königreich. Arbeitgeber der bei den Stationierungstreitkräften beschäftigten Arbeitskräfte bleibt dagegen der Entsendestaat (*BAG 20. Februar 2014*) 15

- 2 AZR 248/13 - Rn. 22; 9. Februar 1993 - 1 ABR 43/92 - zu B II 2 c der Gründe mwN).

- II. Die Kündigungsschutzklage ist begründet. Das Arbeitsverhältnis des Klägers bestand trotz des Betriebsteilübergangs auf die BSSG zum Vereinigten Königreich fort. Die Kündigung vom 30. Oktober 2012 hat es nicht aufgelöst. 16
1. Zwischen dem Kläger und dem Vereinigten Königreich bestand über den Zeitpunkt des Betriebsteilübergangs hinaus ein Arbeitsverhältnis. 17
- a) Streitgegenstand einer Kündigungsschutzklage mit einem Antrag nach § 4 Satz 1 KSchG ist, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien aus Anlass einer bestimmten Kündigung zu dem in ihr vorgesehenen Termin aufgelöst worden ist. Die begehrte Feststellung erfordert nach dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung eine Entscheidung über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt der Kündigung (*BAG 26. September 2013 - 2 AZR 682/12 - Rn. 18, BAGE 146, 161; 22. November 2012 - 2 AZR 732/11 - Rn. 19*). 18
- b) Das Arbeitsverhältnis des Klägers bestand trotz des Betriebsteilübergangs zum Vereinigten Königreich fort. Der Kläger hat dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die BSSG mit rechtlichem Erfolg widersprochen. 19
- aa) Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass der Betriebsteil Facilities Management mit Wirkung zum 8. August 2011 auf die BSSG übergegangen ist. Dem Übergang eines gesamten Betriebs steht, soweit es um die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen des § 613a BGB geht, der Übergang eines Betriebsteils gleich (*vgl. BAG 22. Mai 2014 - 8 AZR 1069/12 - Rn. 26*). 20
- bb) Die Vorschrift des § 613a BGB ist anwendbar, obwohl die BFG kein privates Unternehmen sind. 21
- (1) Öffentlich-rechtlich organisierte Einheiten zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben - und damit auch militärische Einrichtungen (*vgl. BAG 25. September 2003 - 8 AZR 421/02 - zu II 1 c der Gründe*) - können Betriebe iSv. § 613a Abs. 1 BGB sein. Allerdings kommt § 613a Abs. 1 BGB iVm. der Richt- 22

linie 2001/23/EG (*ABl. L 82 vom 22. März 2001, S. 16*) im öffentlichen Dienst grundsätzlich nur bei der Übertragung wirtschaftlicher Tätigkeiten, nicht aber von Tätigkeiten in Ausübung hoheitlicher Befugnisse zur Anwendung (*EuGH 6. September 2011 - C-108/10 - [Scattolon] Rn. 53 f., Slg. 2011, I-7491; BAG 22. Mai 2014 - 8 AZR 1069/12 - Rn. 24*). Als wirtschaftlich gelten auch solche Tätigkeiten, die im allgemeinen Interesse und ohne eigenen Erwerbszweck erbracht werden, wenn sie im Wettbewerb mit den Diensten von Wirtschaftsteilnehmern stehen, die ihrerseits einen Erwerbszweck verfolgen (*EuGH 6. September 2011 - C-108/10 - [Scattolon] Rn. 44, aaO; BAG 22. Mai 2014 - 8 AZR 1069/12 - Rn. 35*). Dagegen liegt eine Ausübung hoheitlicher Befugnisse vor, wenn in einer hinreichend qualifizierten Weise von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnissen Gebrauch gemacht wird (*vgl. EuGH 29. April 2010 - C-160/08 - [Kommission/Deutschland] Rn. 79, Slg. 2010, I-3713; BAG 22. Mai 2014 - 8 AZR 1069/12 - Rn. 34; 10. Mai 2012 - 8 AZR 434/11 - Rn. 35*).

(2) Danach unterlag die Organisationseinheit des Facilities Managements der BFG dem Anwendungsbereich von § 613a BGB. Die in diesem Bereich ausgeübten Service-Tätigkeiten waren nicht mit der Ausübung von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnissen verbunden. Es handelte sich um wirtschaftliche Tätigkeiten ohne Erwerbszweck bei einer öffentlich-rechtlichen Stelle. 23

cc) Der Kläger hat dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die BSSG rechtzeitig widersprochen. Das Unterrichtungsschreiben vom 17. Mai 2011 entsprach nicht den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB, so dass es die Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht in Gang gesetzt hat. Das Schreiben informierte nicht ausreichend über die wirtschaftlichen Folgen des Betriebsteilübergangs iSv. § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB. Dazu hätte es einer Stellungnahme nicht nur zur möglichen Fortgeltung, sondern auch zur Anwendbarkeit des TV SozSich bei der BSSG bedurft. Ob die Unterrichtung - wie vom Kläger geltend gemacht - mit weiteren Mängeln behaftet war, bedarf keiner Entscheidung. 24

(1) Die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB wird nur durch eine ordnungsgemäße Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB in Lauf gesetzt (*st. Rspr., vgl. BAG 14. November 2013 - 8 AZR 824/12 - Rn. 18 mwN*). Der Arbeitnehmer soll durch die Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB eine ausreichende Tatsachengrundlage für eine sachorientierte Entscheidung darüber erhalten, ob er sein Widerspruchsrecht ausüben soll oder nicht (*vgl. BT-Drs. 14/7760 S. 19*). § 613a Abs. 5 BGB gebietet daher eine Information des Arbeitnehmers auch über die mittelbaren Folgen eines Betriebsübergangs - etwa darüber, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen beim Erwerber zu einer Gefährdung der wirtschaftlichen Absicherung der Arbeitnehmer führen -, wenn darin ein relevantes Kriterium für einen möglichen Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses gesehen werden muss (*BAG 14. November 2013 - 8 AZR 824/12 - Rn. 30; 31. Januar 2008 - 8 AZR 1116/06 - Rn. 32*). Zu den wirtschaftlichen Folgen iSv. § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB gehören auch solche Veränderungen, die sich den Bestimmungen des § 613a Abs. 1 bis Abs. 4 BGB nicht als unmittelbare rechtliche Folge entnehmen lassen (*BAG 14. November 2013 - 8 AZR 824/12 - aaO für eine Sozialplanprivilegierung der Erwerberin nach § 112a Abs. 2 BetrVG; 10. November 2011 - 8 AZR 430/10 - Rn. 28*). Eine Unterrichtung über komplexe Rechtsfragen ist allerdings dann nicht fehlerhaft, wenn der Arbeitgeber dabei nach angemessener Prüfung der Rechtslage, die ggf. die Einholung von Rechtsrat über die höchstgerichtliche Rechtsprechung verlangt, eine rechtlich vertretbare Position einnimmt (*BAG 13. Juli 2006 - 8 AZR 303/05 - Rn. 23, BAGE 119, 81*). Eine umfassende Rechtsberatung jedes einzelnen Arbeitnehmers kann nicht verlangt werden. Die Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB dient nicht dazu, den Arbeitnehmer über alle ihn möglicherweise treffenden individuellen Folgen des Betriebsübergangs zu informieren. Sie soll ihn lediglich in die Lage versetzen, sich auf ihrer Grundlage ggf. weitergehend zu informieren oder beraten zu lassen. Es obliegt dem Arbeitnehmer, die Angaben des Arbeitgebers - und sei es nach weiteren Erkundigungen - in sein persönliches Arbeitsverhältnis umzusetzen (*BAG 10. November 2011 - 8 AZR 430/10 - Rn. 36*).

25

(2) Danach hat der Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses mit Schreiben vom 12. Juni 2012 rechtzeitig widersprochen. Die Unterrichtung vom 17. Mai 2011 genügte nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB. Bei den Angaben zur künftigen Anwendung der Regeln des TV SozSich fehlte ein Hinweis darauf, dass Ansprüche aus dem Tarifvertrag nach dem Betriebsübergang womöglich nicht mehr entstehen konnten. 26

(a) Im Unterrichtungsschreiben vom 17. Mai 2011 ist in Ziff. III 6 ausgeführt, dass die in den dort genannten Tarifverträgen - ua. dem TV SozSich - getroffenen Vereinbarungen durch den Betriebsteilübergang nicht berührt würden, soweit die Geltung der Tarifverträge arbeitsvertraglich vereinbart worden sei. Das Schreiben enthält jedoch keine Aussage zu der Frage, ob Ansprüche auf Überbrückungsbeihilfen nach dem TV SozSich gegenüber der privatrechtlich organisierten Erwerberin in Anbetracht der Voraussetzungen gemäß § 2 Ziff. 1 TV SozSich überhaupt noch in Betracht kamen. Nach § 2 Ziff. 1 TV SozSich haben Anspruch auf Leistungen nach diesem Tarifvertrag Arbeitnehmer, die wegen Personaleinschränkung infolge einer Verringerung der Truppenstärke oder einer aus militärischen Gründen angeordneten Auflösung bzw. Verlegung von Dienststellen oder Einheiten entlassen werden. 27

(b) Diese Frage hätten die Unterrichtenden zumindest aufwerfen und zu ihr einen vertretbaren Rechtsstandpunkt einnehmen müssen. Es handelt sich für die Arbeitnehmer um eine wesentliche rechtliche und wirtschaftliche Rahmenbedingung des Betriebsübergangs. Die Beklagte vermag sich nicht mit Erfolg darauf zu berufen, sie habe durch die Ausführungen zur Fortgeltung ua. des TV SozSich die Frage nach der Möglichkeit, die Anspruchsvoraussetzungen des § 2 TV SozSich auch im Verhältnis zur Erwerberin zu erfüllen, implizit bejaht. Mit der Geltung eines Tarifvertrags steht nicht zugleich fest, dass die in ihm vorgesehenen Voraussetzungen für einen Anspruch auf bestimmte Leistungen prinzipiell erfüllbar sind. 28

(aa) Bei den Leistungen nach dem TV SozSich handelt es sich um eine für die Arbeitnehmer wirtschaftlich bedeutsame Absicherung. Sie sind vergleichbar mit Leistungen aus einem Sozialplan. Nach § 4 Ziff. 5 Buchst. b TV SozSich 29

besteht bei Entlassungen wegen einer Verringerung der Truppenstärke oder einer aus militärischen Gründen angeordneten Auflösung bzw. Verlegung von Dienststellen oder Einheiten Anspruch auf Zahlung von Überbrückungsbeihilfen bis zur Dauer von fünf Jahren. Den Arbeitnehmern wird durch die Überbrückungsbeihilfe im ersten Jahr ein Einkommen in Höhe von 100 vH des zuletzt bezogenen Grundentgelts und ab dem zweiten Jahr in Höhe von 90 vH garantiert. Darin liegt ein weitreichender wirtschaftlicher Ausgleich für die Folgen eines Arbeitsplatzverlustes aus den genannten Gründen. Es geht um Maßnahmen, die nach §§ 111 ff. BetrVG regelmäßig sozialplanpflichtig wären.

(bb) Das Fehlen einer Sozialplanpflichtigkeit des Erwerbers nach § 112a Abs. 2 BetrVG ist eine mit dem Betriebsübergang entstehende veränderte rechtliche Situation, die wegen der wirtschaftlichen Folgen für die betroffenen Arbeitnehmer im Unterrichtungsschreiben mitgeteilt werden muss (*BAG 14. November 2013 - 8 AZR 824/12 - Rn. 31*). Im vorliegenden Fall wurden die Arbeitnehmer zwar zutreffend über die Privilegierung der Erwerberin nach § 112a BetrVG informiert. Gerade weil die BSSG aber noch für längere Zeit von der Sozialplanpflicht befreit war, waren die Ansprüche auf Überbrückungsbeihilfen nach dem TV SozSich für die Arbeitnehmer von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung. 30

(cc) Ob solche Ansprüche nach dem TV SozSich auch gegenüber der BSSG würden entstehen können, betraf eine zumindest mittelbare rechtliche und wirtschaftliche Folge des Betriebsteilübergangs. Es wurde wegen des Übergangs auf eine privatrechtlich organisierte Erwerberin fraglich, ob die Voraussetzungen nach § 2 Ziff. 1 TV SozSich von den Arbeitnehmern überhaupt noch würden erfüllt werden können. Das war nicht unzweifelhaft. Die BSSG hatte sich nach dem unwidersprochenen Vorbringen des Klägers bereits in einem „Newsletter“ von Juni 2011 - und damit noch vor dem Übergangstichtag - auf den Standpunkt gestellt, die Anspruchsvoraussetzungen für die im TV SozSich vorgesehenen Leistungen träfen auf sie nicht zu. Dennoch wurde der Kläger weder durch die Beklagte noch durch die Erwerberin darüber unterrichtet, welchen Rechtsstandpunkt sie insoweit für zutreffend hielten. Der Hinweis in 31

Ziff. III 6 des Unterrichtungsschreibens auf die Fortgeltung - auch - des TV SozSich bei der Erwerberin genügte hierfür nicht. In Ziff. III 11 wiederum wurde lediglich über die Möglichkeit des Bezugs von Leistungen nach dem SchutzTV informiert.

(dd) Die unzureichende Information wirkt sich auch auf das Arbeitsverhältnis des Klägers aus. Zwar ist in seinem Arbeitsvertrag ausdrücklich nur auf den TV AL II, dh. den Mantel- und Entgelttarifvertrag für die Arbeitnehmer bei den Stationierungstreitkräften im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland Bezug genommen. Das Landesarbeitsgericht ist aber davon ausgegangen, auf das Arbeitsverhältnis des Klägers habe ua. der TV SozSich Anwendung gefunden. Die Parteien haben dagegen keine Einwände erhoben. Sie haben in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vielmehr bestätigt, dass die Bezugnahme, wie sie der Arbeitsvertrag des Klägers enthalte, durchgängig dahin verstanden worden sei, durch sie werde nicht nur der TV AL II, sondern das gesamte für die Arbeitnehmer bei den Stationierungstreitkräften abgeschlossene Tarifwerk vertraglich einbezogen. Damit liegt zumindest eine konkludente Bezugnahme auf den TV SozSich vor. Eine solche ist möglich. Der vertragliche Einbezug von Tarifregelungen setzt keine Schriftform voraus (*BAG 19. Januar 1999 - 1 AZR 606/98 - zu III 1 der Gründe*).

32

(ee) Ein ausdrücklicher Hinweis darauf, welchen Rechtsstandpunkt die Unterrichtenden bezüglich der Anwendbarkeit des TV SozSich nach dem Betriebsübergang einnehmen, war nicht deshalb entbehrlich, weil der Beklagten eine an jedem einzelnen Arbeitsverhältnis orientierte Fassung des Unterrichtungsschreibens nicht zumutbar gewesen wäre. Einer solchen spezifischen, je individuell ausgerichteten Information der einzelnen Arbeitnehmer bedurfte es nicht. Die Frage, ob die in § 2 TV SozSich geregelten Anspruchsvoraussetzungen bei der Erwerberin überhaupt erfüllbar waren, war vielmehr ebenso von genereller Bedeutung für alle Arbeitnehmer wie der Umstand, dass der Tarifvertrag als solcher fortgalt. Die Beantwortung dieser Frage war nicht abhängig von den Besonderheiten des einzelnen Arbeitsverhältnisses, sondern davon, wie die Tarifnorm insoweit generell zu verstehen wäre. Es ging nicht um Einzelfragen

33

der individuellen Erfüllung von Anspruchsvoraussetzungen, sondern um eine für alle vom Betriebsübergang erfassten Arbeitnehmer entscheidende Vorfrage für die Möglichkeit, die BSSG ggf. nach dem TV SozSich in Anspruch nehmen zu können.

(ff) Eine Unterrichtung über den eigenen Standpunkt war den Beteiligten nicht deshalb unzumutbar, weil es sich um eine schwierig zu beantwortende Rechtsfrage handelte. § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB verpflichtet die Arbeitgeberseite in einem solchen Fall nicht zu der rechtlich objektiv zutreffenden Darstellung, sondern verlangt nur eine rechtlich vertretbare Auskunft (*BAG 10. November 2011 - 8 AZR 430/10 - Rn. 29; 13. Juli 2006 - 8 AZR 303/05 - zu II 2 b aa der Gründe, BAGE 119, 81*). 34

(3) Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, der Kläger habe sein Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB nicht verwirkt. Das dafür erforderliche Umstandsmoment liegt nicht vor (*vgl. dazu BAG 17. Juni 2014 - 3 AZR 412/13 - Rn. 61*). 35

2. Die außerordentliche Kündigung vom 30. Oktober 2012 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst. Es fehlt an einem wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB. Ob das Arbeitsverhältnis des Klägers aufgrund der Vorschriften des SchutzTV ordentlich unkündbar war, bedarf keiner Entscheidung. 36

a) Sollte eine ordentliche Kündigung möglich sein, wäre das Vorliegen eines wichtigen Grundes schon deshalb zu verneinen. Eine außerordentliche Kündigung aus betrieblichen Gründen gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt werden kann, ist grundsätzlich unzulässig. Dem Arbeitgeber ist es, wenn die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit aus betrieblichen Gründen entfällt, selbst im Insolvenzfall zuzumuten, die Kündigungsfrist einzuhalten (*BAG 23. Januar 2014 - 2 AZR 372/13 - Rn. 16; 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 - Rn. 14, BAGE 145, 265*). 37

b) Auch wenn eine ordentliche Kündigung gegenüber dem Kläger gemäß § 8 Ziff. 1 SchutzTV ausgeschlossen war - und nicht der Ausnahmetatbestand nach § 8 Ziff. 2 SchutzTV vorlag -, ist die außerordentliche Kündigung vom 30. Oktober 2012 nicht gerechtfertigt. 38

aa) Eine auf betriebliche Gründe gestützte außerordentliche Kündigung kommt - unter Einhaltung einer der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Auslaufrist - dann in Betracht, wenn die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung nicht besteht und dies dazu führt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer anderenfalls trotz Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit noch für Jahre vergüten müsste, ohne dass dem eine entsprechende Arbeitsleistung gegenüberstünde (*BAG 23. Januar 2014 - 2 AZR 372/13 - Rn. 17; 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 - Rn. 15, BAGE 145, 265*). Der Arbeitgeber ist in diesem Fall allerdings wegen des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung in einem besonderen Maß verpflichtet zu versuchen, die Kündigung durch geeignete andere Maßnahmen zu vermeiden. Besteht irgendeine Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis sinnvoll fortzusetzen, wird er den Arbeitnehmer in der Regel entsprechend einzusetzen haben. Erst wenn alle denkbaren Alternativen ausscheiden, kann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegen (*BAG 23. Januar 2014 - 2 AZR 372/13 - aaO; 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 - aaO*). 39

Zur Darlegung eines wichtigen Grundes für eine außerordentliche Kündigung aus betrieblichen Gründen hat der Arbeitgeber deshalb nicht nur darzutun, dass eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers am bisherigen Arbeitsplatz - hier infolge seiner Organisationsentscheidung - nicht mehr möglich ist. Er hat vielmehr außerdem und von sich aus darzulegen, dass überhaupt keine Möglichkeit besteht, das Arbeitsverhältnis - und sei es zu geänderten Bedingungen und nach entsprechender Umschulung - sinnvoll fortzusetzen (*BAG 23. Januar 2014 - 2 AZR 372/13 - Rn. 22; 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 - Rn. 36, BAGE 145, 265*). Anders als bei der ordentlichen Kündigung (*vgl. dazu etwa BAG 25. Oktober 2012 - 2 AZR 552/11 - und - 2 AZR 561/11 -*) reicht es nicht aus, dass der Arbeitgeber zunächst vorträgt, eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers sei infolge des Wegfalls des Arbeitsplatzes nicht möglich, 40

und sodann eine dem widersprechende Darlegung des Arbeitnehmers abwartet. Das Fehlen jeglicher Beschäftigungsmöglichkeit zählt bei der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung zum „wichtigen Grund“. Es ist deshalb schon primär vom Arbeitgeber darzulegen (*BAG 23. Januar 2014 - 2 AZR 372/13 - aaO; 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 - aaO*).

bb) Danach hält die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung vom 30. Oktober 2012 sei nicht durch einen wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB gerechtfertigt, einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass die BFG den Kläger auf dem Arbeitsplatz eines Lagerverwalters am Standort B nicht hätten weiterbeschäftigen können. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts war im Kündigungszeitpunkt davon auszugehen, dass dieser Arbeitsplatz spätestens bei Ablauf der Auslaufrfrist „frei“ wäre. 41

(1) Die zu berücksichtigenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten sind nicht auf den Einzugsbereich der Dienststelle iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG bzw. § 4 Ziff. 4 Buchst. d SchutzTV beschränkt. Im Fall einer - wie hier - außerordentlichen Kündigung erstrecken sich die Prüf- und Sondierungspflichten eines öffentlichen Arbeitgebers auf sämtliche Geschäftsfelder in seinem territorialen Einflussbereich (*BAG 26. November 2009 - 2 AZR 272/08 - Rn. 35, BAGE 132, 299; KR/Fischermeier 10. Aufl. § 626 BGB Rn. 158a*). Dafür spricht im Streitfall zudem, dass der Arbeitsvertrag des Klägers die Notwendigkeit besonderer örtlicher Flexibilität betont. Aus den Bestimmungen zum Unterbringungsanspruch in § 4 Ziff. 2 Buchst. d SchutzTV ergibt sich nichts anderes. § 4 SchutzTV regelt, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise ein Arbeitnehmer einen besonderen Anspruch auf Unterbringung im Einzugsbereich hat. Er befasst sich nicht mit den Anforderungen an eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB, wenn ein solcher Arbeitsplatz nicht zur Verfügung steht. Regelungen zum Kündigungsschutz enthält lediglich § 8 SchutzTV (*vgl. BAG 25. Oktober 2012 - 2 AZR 552/11 - Rn. 32*). 42

(2) Selbst wenn die Stelle eines Lagerverwalters am Standort B 43
- wie die Beklagte geltend macht - geringer wertig gewesen sein sollte als die
des Klägers und es deshalb einer Änderungskündigung bedurft hätte, um sie
ihm zu übertragen, wäre die Beendigungskündigung wegen eben dieser Mög-
lichkeit unverhältnismäßig gewesen (*vgl. dazu BAG 8. Mai 2014 - 2 AZR*
1001/12 - Rn. 12 f.; 26. März 2009 - 2 AZR 879/07 - Rn. 25 ff.).

(3) Vorrangige Beschäftigungsansprüche anderer Arbeitnehmer standen 44
einem Angebot an den Kläger, ihn auf der fraglichen Stelle weiterzubeschäfti-
gen, nicht entgegen. Die nur vage Absicht des Arbeitgebers, eine freie Stelle
anderweitig zu besetzen, entbindet diesen im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB
nicht davon, sie dem tariflich besonders geschützten Arbeitnehmer anzubieten.
Die Beklagte hat nicht behauptet, es habe festgestanden, dass der Arbeitsplatz
für einen sonst schutzwürdigeren Arbeitnehmer benötigt worden sei. Ihre Auf-
klärungsrüge ist unbegründet.

(a) Die Ausführungen der Beklagten im Schriftsatz vom 5. Juli 2013 zu III 45
und IV betrafen Mitarbeiter, die zwar sozial schutzwürdiger als der Kläger sein
dürften, von denen die Beklagte aber nicht behauptet hat, sie hätten
- ausgenommen ein Mitarbeiter, der im Vergleich zum Kläger gerade nicht
sozial schutzwürdiger war - zur Kündigung angestanden und deshalb mit dem
Kläger um die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in B objektiv konkurriert
(*vgl. zu einer solchen Fallgestaltung BAG 12. August 2010 - 2 AZR 945/08 -*
Rn. 40). Es bedarf daher keiner näheren Prüfung, ob sich die Beklagte ande-
renfalls mit Erfolg darauf berufen könnte, dass der Kläger auch bei einer sozia-
len Auswahl des für die Besetzung der Stelle zu berücksichtigenden Arbeit-
nehmers nicht zum Zuge gekommen wäre (*zu diesem im Rahmen von § 1*
Abs. 3 KSchG möglichen Einwand vgl. BAG 9. November 2006 - 2 AZR
812/05 - BAGE 120, 137).

(b) Auch zu V ihrer Ausführungen im Schriftsatz vom 5. Juli 2013 hat die 46
Beklagte eine solche Konkurrenzsituation nicht behauptet. Sie hat vielmehr vor-
gebracht, gegenüber den betreffenden, nach § 15 KSchG geschützten Arbeit-
nehmern seien schon zu einem früheren Zeitpunkt Kündigungen ausgespro-

chen worden. Diese seien, als die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers erklärt worden sei, Gegenstand gerichtlicher Verfahren gewesen. Auf diese Weise hat die Beklagte nicht dargelegt, dass die Stelle in B im Rahmen einer Konkurrenzsituation als anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit sowohl für den Kläger als auch für diese Arbeitnehmer in Betracht gekommen sei. Das Landesarbeitsgericht hat das Vorbringen der Beklagten dementsprechend zu Recht allein unter dem Gesichtspunkt gewürdigt, ob die Stelle in B im Zeitpunkt der Kündigung des Klägers „frei“ war. Dabei ist es zu dem Ergebnis gelangt, es habe im Zeitpunkt der Kündigung lediglich Überlegungen zur Neu- besetzung der Stelle gegeben. Für eine Prognose, dass sie bei Ablauf der Kün- digungsfrist anderweitig besetzt wäre, habe keine Grundlage bestanden. Dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Anders als in den Fällen, die den Entscheidungen des Senats vom 25. Oktober 2012 (- 2 AZR 552/11 - und - 2 AZR 561/11 -) zugrunde lagen, hat das Landesarbeitsgericht nicht fest- gestellt, die Streitkräfte hätten entschieden, die Stelle bis auf Weiteres gar nicht zu besetzen. Es hat den Vortrag der Beklagten in vertretbarer Weise dahin ver- standen, dass die im Kündigungszeitpunkt als „frei“ anzusehende Stelle weiter- hin habe freigehalten werden sollen, um ggf. schutzwürdigere Arbeitnehmer unterbringen zu können. Dies hat es zu Recht als unbeachtlich angesehen.

(4) Der spätere Wegfall der Stelle in B ist für die Wirksamkeit der Kündigung vom 30. Oktober 2012 unbeachtlich. Diese ist aus der Sicht des Kündigungszeitpunkts zu beurteilen (vgl. nur BAG 27. Februar 1997 - 2 AZR 160/96 - zu II 2 c der Gründe, BAGE 85, 194). Die Beklagte hat nicht vorgetra- gen, dass der Wegfall der Stelle zu dieser Zeit bereits absehbar gewesen sei. 47

3. Die unwirksame außerordentliche Kündigung mit Auslaufrfrist kann nicht gemäß § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden. Dem steht entweder schon § 8 SchutzTV oder doch der Umstand entgegen, dass die Betriebsvertretung hierzu nicht nach Art. 56 Abs. 9 ZA-NTS iVm. § 91 Abs. 1 SoldG und § 79 Abs. 1 BPersVG beteiligt worden ist und eine ordentliche Kün- digung daher wegen § 79 Abs. 4 BPersVG ihrerseits unwirksam wäre. 48

- a) Nach § 68 Abs. 2 BPersVG ist die Personalvertretung zur Durchführung ihrer Aufgaben rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. Für eine ordnungsgemäße Unterrichtung über eine geplante Kündigung muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat insbesondere die Art der beabsichtigten Kündigung mitteilen. Will er sich im Fall einer außerordentlichen Kündigung die Möglichkeit einer Umdeutung in eine ordentliche Kündigung offenhalten, muss er die Mitarbeitervertretung deutlich darauf hinweisen, dass die beabsichtigte außerordentliche Kündigung hilfsweise als ordentliche gelten soll. Die Beteiligung allein zu einer außerordentlichen ersetzt nicht die Anhörung zu einer ordentlichen Kündigung. Etwas anderes gilt nur dann, wenn das zu einer außerordentlichen Kündigung angehörte Gremium dieser ausdrücklich und vorbehaltlos zugestimmt hat und nicht ersichtlich ist, dass es für den Fall der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung einer ordentlichen Kündigung entgegengetreten wäre (*vgl. BAG 20. September 1984 - 2 AZR 633/82 - zu II 1 der Gründe; APS/Koch 4. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 99 mwN*). 49
- b) Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Die BFG haben das Arbeitsverhältnis des Klägers für ordentlich unkündbar gehalten und die Betriebsvertretung daher ausdrücklich nur zu einer außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist angehört. Die Betriebsvertretung hat der Kündigung nicht zugestimmt. 50
- III. Der Anspruch auf Zahlung von Lohn für die Zeit vom 12. bis 27. Juni 2012 folgt aus § 611 Abs. 1 iVm. § 615 Satz 1, §§ 293 ff. BGB. Das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Vereinigten Königreich bestand in diesem Zeitraum infolge des Widerspruchs gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die BSSG fort. Das Vereinigte Königreich war mit der Annahme der Arbeitsleistung des Klägers ab dem 12. Juni 2012 in Verzug. Das wörtliche Angebot der Arbeitsleistung in dem Widerspruchsschreiben des Klägers war nach § 295 Satz 1 Alt. 2 BGB ausreichend (*vgl. BAG 20. Mai 2010 - 8 AZR 734/08 - Rn. 37*). Die BFG sind ihrer Pflicht, dem Kläger einen neuen Arbeitsplatz zuzuweisen, nicht nachgekommen. Die Höhe der Vergütung ist zwischen 51

den Parteien unstreitig. Der Zinsanspruch folgt aus § 286 Abs. 2 Nr. 1 iVm. § 288 Abs. 1 BGB.

IV. Die nur den Fall des Unterliegens mit dem Kündigungsschutzantrag gestellten Hilfsanträge fallen dem Senat nicht zur Entscheidung an. 52

V. Die Kosten ihrer erfolglosen Revision hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Beklagte zu tragen. 53

Kreft

Niemann

Rachor

Frey

Torsten Falke