

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 24. Mai 2018
- 2 AZR 56/18 -
ECLI:DE:BAG:2018:240518.U.2AZR56.18.0

I. Arbeitsgericht Lingen

Urteil vom 19. Januar 2017
- 1 Ca 275/16 -

II. Landesarbeitsgericht Niedersachsen

Urteil vom 9. November 2017
- 5 Sa 176/17 -

Entscheidungsstichworte:

Ordentliche Kündigung - Betriebsratsanhörung - Auslandseinsatz

Hinweis des Senats:

Parallelentscheidung zu führender Sache - 2 AZR 54/18 -

BUNDEARBEITSGERICHT



2 AZR 56/18

5 Sa 176/17

Landesarbeitsgericht

Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

24. Mai 2018

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 24. Mai 2018 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie den ehrenamtlichen Richter Krüger und die ehrenamtliche Richterin Alex für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 9. November 2017 - 5 Sa 176/17 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. 1
- Die im Inland ansässige Beklagte ist Teil eines international tätigen Konzerns der Öl- und Erdgasindustrie mit Hauptsitz in Schottland. Die Beklagte führt einen Betrieb in B, in dem regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt sind. 2
- Der Kläger war bei der Beklagten seit März 2008 tätig und - abgesehen von einem kurzen Einsatz in Dubai - in Nigeria eingesetzt. Nach Nr. 1 Satz 4 des Arbeitsvertrags der Parteien vom 17./28. Januar 2008 konnte die Beklagte die Standorte für die Ausführung der Arbeiten jederzeit ändern und den Kläger einem anderen Bohr- oder Arbeitsort, einer anderen Position oder einem verbundenen Unternehmen zuweisen. Nach Nr. 16, überschrieben mit „Anwendbares Recht“, wurde der Vertrag „nach den Gesetzen von Deutschland ausgelegt und vollzogen“. 3
- Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 1. Mai 2016 ordentlich zum 31. August 2016, ohne zuvor den im Betrieb B errichteten Betriebsrat zu beteiligen. 4
- Der Kläger hat gegen diese Kündigung rechtzeitig die vorliegende Klage erhoben. Die Kündigung sei mangels Anhörung des Betriebsrats unwirksam und außerdem sozial nicht gerechtfertigt. Er sei dem Betrieb in B zuzurechnen. 5

Die Abwicklung des Arbeitsverhältnisses sei ausschließlich über die Personalabteilung der Beklagten erfolgt. Seine in Nigeria ansässigen Vorgesetzten hätten ihre Arbeitsanweisungen ihrerseits aus der Zentrale der Beklagten in Deutschland erhalten.

Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt

6

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 1. Mai 2016 nicht mit Ablauf des 31. August 2016 aufgelöst worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn für den Fall des Ob-siegens mit dem Antrag zu 1. zu den bisherigen Arbeitsbedingungen über den 31. August 2016 hinaus als Rig-Mechaniker/Chefmechaniker bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Der Kläger sei zu keinem Zeitpunkt in ihren Betrieb in B eingegliedert gewesen. Das disziplinarische und fachliche Weisungsrecht habe das örtliche Konzernmanagement im jeweiligen Einsatzland ausgeübt.

7

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

8

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

9

I. Mit der gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht nicht annehmen, die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 1. Mai 2016 sei gem. § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam.

10

1. Nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Gemäß Satz 2 der Bestimmung hat ihm der Arbeitgeber die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Nach deren Satz 3 ist eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung unwirksam. 11

2. Eine Beteiligungspflicht nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG besteht nur für Arbeitnehmer von Betrieben, die unter den persönlichen Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes fallen. 12

- a) Der räumliche Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes richtet sich nach dem Territorialitätsprinzip. Das Gesetz gilt für alle in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Betriebe unabhängig vom Vertragsstatut der dort beschäftigten Arbeitnehmer. Ob es auch im Ausland tätige Arbeitnehmer deutscher Betriebe erfasst, ist eine Frage seines persönlichen Geltungsbereichs. Erfasst werden nur solche Mitarbeiter, bei deren Tätigkeit es sich um eine „Ausstrahlung“ des Inlandsbetriebs handelt. Erforderlich ist eine Beziehung zum Inlandsbetrieb, die es rechtfertigt, die Auslandstätigkeit der im Inland entfalteten Betriebstätigkeit zuzurechnen (*st. Rspr., BAG 21. August 2007 - 3 AZR 269/06 - Rn. 17, BAGE 124, 22; 20. Februar 2001 - 1 ABR 30/00 - zu B II 2 der Gründe*). Dies ist bei einer ständigen Beschäftigung im Ausland regelmäßig nicht der Fall. Demzufolge findet das Betriebsverfassungsgesetz keine Anwendung auf Arbeitnehmer, die ausschließlich für eine ausländische Baustelle eingestellt wurden (*vgl. BAG 21. August 2007 - 3 AZR 269/06 - aaO; 30. April 1987 - 2 AZR 192/86 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 55, 236*). Dann ist der Beschäftigte keiner inländischen Betriebsorganisation zugeordnet, wobei ohne Bedeutung ist, ob die jeweilige Betriebsstätte im Ausland die Voraussetzungen von § 1 Abs. 1, § 4 BetrVG erfüllt. Hingegen liegt eine Zuordnung zu einer (inländischen) Arbeitsorganisation vor, wenn der Arbeitnehmer in diese eingegliedert ist. Hierfür ist kennzeichnend, dass er hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Inhalt der übernommenen Dienste einem umfassenden Weisungsrecht von Personen unterliegt, die in der im Inland gelegenen Betriebsstätte tätig sind. Dies gilt auch im Falle einer Auslandstätigkeit (*vgl. Herfs-Röttgen NZA 2018, 150, 151*). Der inländische Arbeitgeber muss gegenüber dem im Ausland tätigen Ar-

beitnehmer eine betriebsverfassungsrechtlich relevante (und sei es eine partielle) Arbeitgeberstellung tatsächlich eingenommen haben (*BAG 5. Dezember 2012 - 7 ABR 17/11 - Rn. 23*). Ein Inlandsbezug kann sich daher daraus ergeben, dass das Direktionsrecht gegenüber dem im Ausland tätigen Arbeitnehmer vom inländischen Betrieb ausgeübt wird (*BAG 7. Dezember 1989 - 2 AZR 228/89 - zu II 4 der Gründe*). Ebenso kann eine zuvor bestehende Zugehörigkeit zu einem inländischen Betrieb bei Bestehen eines dem Arbeitgeber vorbehaltenen Rückrufrechts erhalten bleiben, sofern es praktische Bedeutung hat (*BAG 20. Februar 2001 - 1 ABR 30/00 - aaO*). Dagegen reicht es regelmäßig nicht aus, dass dem Inlandsbetrieb (nur) die Personalverwaltung obliegt (*vgl. BAG 7. Dezember 1989 - 2 AZR 228/89 - aaO; Reiter NZA-Beilage 2014, 22, 27 f.*).

b) Besonderheiten ergeben sich bei einer Auslandstätigkeit, wenn ein zu einem inländischen Arbeitgeber in arbeitsvertraglicher Beziehung stehender Arbeitnehmer in den Betrieb eines anderen Unternehmens eingegliedert und die Arbeitgeberstellung auf diese Weise „gespalten“ ist (*vgl. BAG 18. Januar 2017 - 7 ABR 60/15 - Rn. 24, BAGE 158, 19*). 14

aa) Nach § 14 Abs. 1 AÜG bleiben Leiharbeiter auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebs des Verleihers. Die Regelung stellt für Inlandsarbeitsverhältnisse klar, dass Leiharbeiter betriebsverfassungsrechtlich grundsätzlich Teil der Belegschaft des Verleiherbetriebs sind und auch während der Dauer ihrer Überlassung in die dortige Betriebsorganisation eingegliedert bleiben (*BAG 24. August 2016 - 7 ABR 2/15 - Rn. 21; 7. Juni 2016 - 1 ABR 25/14 - Rn. 13, BAGE 155, 215*). Handelt es sich um eine andere Form des drittbezogenen Personaleinsatzes, kommt ggf. eine entsprechende Anwendung von § 14 Abs. 1 AÜG in Betracht (*vgl. dazu BAG 20. April 2005 - 7 ABR 20/04 - zu B II 2 d der Gründe; 22. März 2000 - 7 ABR 34/98 - zu B II 2 b bb der Gründe, BAGE 94, 144*). Demzufolge ist vor dem Kündigungsausspruch bei der gebotenen normzweckorientierten Betrachtung von § 14 Abs. 1 AÜG ein beim 15

überlassenden Arbeitgeber gebildeter Betriebsrat zu beteiligen (*vgl. BAG 9. Juni 2011 - 6 AZR 132/10 - Rn. 28, BAGE 138, 116*).

bb) Handelt es sich um einen drittbezogenen Personaleinsatz im Ausland, gilt nichts anderes. Für die nach § 14 Abs. 1 AÜG maßgebliche betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung zum überlassenden „Vertragsarbeitgeber“ ist es ohne Bedeutung, ob der Einsatz des Leiharbeitnehmers im In- oder Ausland erfolgt. Der durch das Betriebsverfassungsgesetz bewirkte kollektivrechtliche Schutz darf dem Arbeitnehmer auch bei einer Tätigkeit im Ausland nicht entzogen werden (*BAG 22. März 2000 - 7 ABR 34/98 - zu B II 2 a ee der Gründe, BAGE 94, 144*). Anzuhören nach § 102 Abs. 1 BetrVG ist danach der ggf. beim inländischen „Vertragsarbeitgeber“ gebildete Betriebsrat. 16

c) Bei der Beurteilung, ob ein Beschäftigter in einen bestimmten Betrieb eingegliedert ist, steht dem Berufungsgericht ein Beurteilungsspielraum zu. Dessen Würdigung ist in der Revisionsinstanz nur daraufhin überprüfbar, ob es den Rechtsbegriff selbst verkannt, gegen Denkgesetze, anerkannte Auslegungs- oder Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Umstände außer Acht gelassen hat (*vgl. BAG 13. Dezember 2016 - 1 ABR 59/14 - Rn. 26; 8. November 2016 - 1 ABR 57/14 - Rn. 16; 13. Juni 2007 - 7 ABR 44/06 - Rn. 32*). 17

3. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung der Beklagten sei gem. § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG mangels Anhörung des in ihrem Betrieb in B gebildeten Betriebsrats unwirksam, hält selbst diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab nicht stand. Das Berufungsgericht ist von unzutreffenden rechtlichen Voraussetzungen für die Zuordnung einer Auslandstätigkeit ausgegangen und hat bei seiner tatrichterlichen Würdigung die relevanten Umstände nicht vollständig berücksichtigt. Insoweit ist § 286 Abs. 1 ZPO verletzt, ohne dass es einer hierauf bezogenen Rüge der Beklagten bedurft hätte. 18

a) Zwar hat es das Landesarbeitsgericht als einen der maßgeblichen Gesichtspunkte erachtet, ob die Auslandstätigkeit des Klägers dem Betriebszweck des im Inland gelegenen Betriebs der Beklagten diene. Das Berufungsgericht hat jedoch verkannt, dass allein der *arbeitstechnische* Zweck des Betriebs 19

maßgeblich ist, nicht, ob die Tätigkeit des Klägers den *wirtschaftlichen* Zweck der Beklagten oder einen „übergeordneten Konzernzweck“ förderte. Träfe die Auffassung des Landesarbeitsgerichts zu, wäre das Territorialitätsprinzip weitgehend ausgehöhlt, da auch jede Auslandstätigkeit eines Arbeitnehmers typischerweise zumindest dem wirtschaftlichen Interesse des Arbeitgebers dient (vgl. BAG 25. April 1978 - 6 ABR 2/77 - zu II 2 c der Gründe, BAGE 30, 266). Es ist auch nicht etwa notwendig Teil des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebs eines konzernangehörigen Unternehmens, einen übergeordneten Konzernzweck zu fördern. Zudem stellte sich die Frage, ob der Arbeitnehmer mehreren Betriebsstätten zuzuordnen ist, wenn seine Tätigkeit jeweils deren wirtschaftlichen Zwecken förderlich wäre.

b) Das Landesarbeitsgericht hat seiner Entscheidung - letztlich begründungslos - ein von der bisherigen Rechtsprechung abweichendes Verständnis der Voraussetzungen für die Eröffnung des persönlichen Geltungsbereichs von § 102 Abs. 1 BetrVG im Falle eines im Ausland eingesetzten Arbeitnehmers zugrunde gelegt. Es hat angenommen, die Anforderungen an die Ausstrahlung eines inländischen Betriebs „an einen ausländischen Arbeitnehmer“ seien „angesichts der zunehmenden internationalen Verflechtungen, der Globalisierung unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung, den zunehmenden Konzernstrukturen und Matrixstrukturen von Unternehmen“ im Interesse effektiven Arbeitnehmerschutzes herabzusetzen. Die Dauer des Auslandseinsatzes dürfe daher keine entscheidende Rolle spielen. Mit dem Normzweck des § 102 BetrVG und den gegenteiligen Auffassungen in Rechtsprechung und Schrifttum hat es sich nicht auseinandergesetzt.

20

c) Die Würdigung des Berufungsgerichts, wonach der Kläger nicht in eine organisatorische Struktur der Beklagten im Ausland eingegliedert war, wird von seinen Feststellungen nicht getragen. Es hat zwar angenommen, die Beklagte „führe ... lediglich einen Betrieb, nämlich den in Deutschland, in B gelegenen“. Darüber hinausgehende tatsächliche Feststellungen fehlen jedoch. Das Bestehen eines Betriebs im Inland schließt - für sich genommen - die Existenz von ausländischen Betriebsstätten der Beklagten nicht aus, von denen der Kläger

21

Weisungen erhalten haben könnte, was einer Eingliederung in den Stammbetrieb in B entgegenstünde. Das Landesarbeitsgericht hat überdies eine lediglich „rudimentäre Weisungsgebundenheit“ des Klägers gegenüber der Beklagten als ausreichend angesehen. Es hat insofern nur darauf abgestellt, dass die Beklagte berechtigt gewesen sei, die Einsatzorte des Klägers zu ändern. Die rechtliche Befugnis zur Änderung des Arbeitsorts rechtfertigt jedoch für sich allein genommen die Annahme einer Eingliederung nicht. Vielmehr muss die Beklagte gegenüber dem Kläger eine betriebsverfassungsrechtlich relevante Arbeitgeberstellung tatsächlich eingenommen haben.

d) Soweit das Landesarbeitsgericht im Rahmen seiner Hilfsbegründung auf eine im Arbeitsvertrag der Parteien vereinbarte „Rückholmöglichkeit“ abgestellt hat, bedarf keiner abschließenden Entscheidung, ob die Auslegung der arbeitsvertraglichen Bestimmungen einer revisionsrechtlichen Überprüfung standhielte. Ein dem Arbeitgeber vorbehaltenes Rückrufrecht kann zwar eine erhebliche Indizwirkung für den fortbestehenden Inlandsbezug eines Arbeitsverhältnisses bei einer Auslandstätigkeit des Arbeitnehmers entfalten. Das Gewicht dieses Indizes hängt im konkreten Einzelfall aber davon ab, an welche Voraussetzungen der „Rückruf“ geknüpft ist, ob nur eine vorübergehende oder auch eine dauerhafte Inlandsverwendung zulässig sein soll und ob das Rückrufrecht praktische Bedeutung hatte. Danach wäre eine etwaig vereinbarte „Rückholmöglichkeit“ im Streitfall jedenfalls praktisch ohne Bedeutung gewesen und damit kein ausreichendes Indiz für einen Inlandsbezug des Arbeitsverhältnisses. Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass die Beklagte gegenüber dem Kläger jemals von ihr Gebrauch gemacht hätte. Vielmehr ist festgestellt, der Kläger sei von Beginn des Arbeitsverhältnisses an durchgehend im Ausland tätig gewesen. 22

II. Der Senat kann auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht selbst entscheiden, ob die Kündigung mangels vorheriger Anhörung des im Betrieb der Beklagten in B gebildeten Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam ist. 23

1. Es steht nicht fest, ob die Auslandstätigkeit des Klägers der im Inland entfalteten Betriebstätigkeit der Beklagten zuzurechnen war und es sich deshalb um eine „Ausstrahlung“ des Betriebs in B handelte. Das Landesarbeitsgericht hat keine abschließenden Feststellungen zum Inhalt der Auslandstätigkeit des Klägers und zu seiner Eingliederung in eine betriebliche Struktur im In- oder im Ausland getroffen. Ebenso fehlt es an einer Tatsachengrundlage, die darauf schließen lassen könnte, der Kläger habe mit seiner Tätigkeit den arbeitstechnischen Zweck des Betriebs der Beklagten (*welchen?*) in B gefördert. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft unaufgeklärt gelassen, welche Personen gegenüber dem Kläger während seiner Auslandstätigkeit das für ein Arbeitsverhältnis typische Weisungsrecht tatsächlich ausgeübt haben. Sollten dies nicht Mitarbeiter der Beklagten, sondern Beschäftigte aus einem anderen Unternehmen der K Gruppe gewesen sein, fehlte es auch an Feststellungen dazu, auf welcher Grundlage dieses die Auslandstätigkeit des Klägers steuerte (*vgl. dazu Braun/Wisskirchen/Fedder/Braner Konzernarbeitsrecht Teil I Abschn. 3 Rn. 7 f., 62 f.; Günther/Böglmüller NZA 2017, 546, 548; Maschmann NZA 2017, 1557, 1558*). Das Landesarbeitsgericht vermutet lediglich, dies könne nur „aufgrund eines abgeleiteten Weisungsrechts, welches unmittelbar in dem Arbeitsverhältnis der Parteien wurzelt“, erfolgt sein. 24

2. Es steht nach den bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ebenso wenig fest, dass es sich bei der Auslandstätigkeit des Klägers um einen drittbezogenen Personaleinsatz handelte. Das Berufungsgericht weist ausdrücklich darauf hin, dies nicht aufgeklärt zu haben (*zu B IV 2 d der Gründe*). Soweit es festgestellt hat, die Beklagte führe nur den Betrieb in B, folgt auch daraus, unabhängig davon, ob die darauf bezogenen Verfahrensrügen iSv. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b, § 559 Abs. 1 Satz 2 ZPO durchdringen, nicht im Umkehrschluss, der Kläger müsse im Ausland in eine - bezogen auf die Beklagte - fremde betriebliche Struktur eingegliedert gewesen sein. Die Feststellung schließt es vielmehr weder aus, dass der Kläger in keinerlei organisatorische Struktur eingebunden, noch, dass er in einen (selbstständigen oder unselbstständigen) Betriebsteil der Beklagten im Ausland eingegliedert war. Deren Behauptung, der Kläger sei in den ausländischen Einrichtungen der K Gruppe 25

eingegliedert gewesen, besagt für sich genommen ebenfalls nicht, dass es sich dabei nicht um ausländische Organisationseinheiten der Beklagten gehandelt haben kann.

III. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stellt sich nicht iSd. § 561 ZPO aus anderen Gründen als richtig dar. 26

1. Das Arbeitsverhältnis unterliegt - was zwischen den Parteien nicht im Streit steht - gem. Art. 27 Abs. 1 EGBGB aF dem in Nr. 16 des Arbeitsvertrags vereinbarten deutschen Recht. Unter der Überschrift „Anwendbares Recht“ heißt es dort, der Vertrag werde „nach den Gesetzen von Deutschland ausgelegt und vollzogen“. Art. 30 Abs. 1 EGBGB aF führt - soweit ersichtlich - zu keinem anderen Ergebnis. 27

2. Es steht nicht fest, dass die Kündigung nach § 1 Abs. 1 KSchG rechtsunwirksam ist. 28

a) Der Senat kann auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht beurteilen, ob der Kläger im Kündigungszeitpunkt in einem Betrieb beschäftigt war, für den nach § 23 Abs. 1 KSchG der Erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes galt. Die Vorschrift erfasst nur Betriebe, die in der Bundesrepublik Deutschland liegen (*st. Rspr., BAG 26. März 2009 - 2 AZR 883/07 - Rn. 12 f.; 17. Januar 2008 - 2 AZR 902/06 - Rn. 21 ff., BAGE 125, 274*). Ob der Kläger dem Betrieb der Beklagten in B zuzurechnen war, steht bislang nicht fest. 29

b) Die Parteien haben die Geltung des Kündigungsschutzgesetzes nicht unabhängig von dessen gesetzlichem Geltungsbereich vereinbart (*wohl aA zu einer solchen Auslegung Heise NZA-RR 2018, 187, 191*). Sie haben unter Nr. 16 des Arbeitsvertrags lediglich die Anwendung deutschen Rechts und damit auch des Kündigungsschutzgesetzes vereinbart, allerdings nicht unabhängig von seinen sonstigen Anwendungsvoraussetzungen nach § 1 Abs. 1, § 23 Abs. 1 KSchG (*vgl. BAG 17. Januar 2008 - 2 AZR 902/06 - Rn. 36 ff., BAGE 125, 274*). Besondere Umstände, die eine andere Auslegung der 30

Rechtswahlklausel bzw. des Arbeitsvertrags insgesamt rechtfertigen könnten, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

3. Auf eine Unwirksamkeit der Kündigung aus anderen Gründen hat sich der Kläger nicht berufen. 31

IV. Im Rahmen der danach gebotenen Zurückverweisung, die auch den - nur für den Fall seines Obsiegens mit dem Kündigungsschutzantrag zu bescheidenden - Antrag des Klägers auf vorläufige Weiterbeschäftigung erfasst, wird das Landesarbeitsgericht die erforderlichen Feststellungen nachzuholen und auf dieser Grundlage neu zu bewerten haben, ob das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung aufgelöst worden ist. Dabei trägt der Kläger die primäre Darlegungs- und auch die Beweislast für seine Eingliederung in den bzw. die Zurechnung seiner Auslandstätigkeit zum Betrieb der Beklagten in B. Im Prozess ist es Sache des Arbeitnehmers, die für ihn günstigen Tatsachen darzulegen und ggf. zu beweisen, aufgrund derer § 102 BetrVG zur Anwendung kommt. Ist ihm dies gelungen, trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine ordnungsgemäße Anhörung erfolgt ist (*BAG 8. Mai 2014 - 2 AZR 1005/12 - Rn. 32; 24. Mai 2012 - 2 AZR 62/11 - Rn. 43, BAGE 142, 36*). Das Landesarbeitsgericht wird dem Kläger insoweit Gelegenheit zur Ergänzung bzw. Klarstellung seines Vorbringens und der Beklagten Gelegenheit zur Erwiderung zu geben haben. Die Beklagte trifft ggf. eine sekundäre Darlegungslast in Bezug auf Umstände, über die Auskunft zu geben nach dem Prinzip der Sachnähe nur sie in der Lage ist (*vgl. BAG 2. März 2017 - 2 AZR 427/16 - Rn. 22*).

Koch

Niemann

Rachor

Krüger

Alex