

**Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein**

**Aktenzeichen: 6 Sa 195/10**

2 Ca 2726/09 ArbG Lübeck  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 10.11.2010

gez. ...  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



**Urteil**

**Im Namen des Volkes**

In dem Rechtsstreit

**pp.**

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 10.11.2010 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin

für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 18.03.2010 – 2 Ca 2726/09 – wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

-----  
**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.  
-----

### Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Änderungskündigung sowie um Beschäftigung.

Der am ...1960 geborene Kläger absolvierte ab dem 01.09.1977 bei der D. Bundespost, der Rechtsvorgängerin der Beklagten, eine Ausbildung zum Fernmeldehandwerker. Nach erfolgreichem Abschluss der Ausbildung war der Kläger seit dem 27.08.1980 als Fernmeldehandwerker/ Fachwirt T. bei der D. Bundespost beschäftigt. Dem Arbeitsverhältnis lag zunächst ein Arbeitsvertrag vom 25.08.1980 über eine Tätigkeit beim Fernmeldeamt L. zugrunde (Anlage K 1 = Bl. 5 d. A.). Der Arbeitsvertrag wurde mehrfach geändert (Höhergruppierung, örtliche Versetzung). Der Kläger war zuletzt auf dem Personalposten Sachbearbeiter Verwaltung Produktion Infrastruktur (Sb V PTI) mit der Aufgabengruppe Produktion PI 12 am Beschäftigungsort L. eingesetzt und in die Entgeltgruppe T 5 gemäß des Entgelttarifvertrags (ERTV) eingruppiert. Sein durchschnittlicher Bruttomonatsverdienst beträgt 3.683,50 EUR.

Mit Schreiben vom 27.06.2000 (Anlage K = Bl. 10 d. A.) teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass er ab diesem Tag die Voraussetzungen des besonderen tariflichen Kündigungsschutzes erfülle. In § 26 Manteltarifvertrag der Deutschen T. AG (MTV) heißt es dazu:

- „(2) Den von Absatz 1 erfassten Arbeitnehmern kann nur noch gekündigt werden
  - a) aus wichtigem Grund,
  - b) mit Zustimmung des Betriebsrats aus einem besonderen verhaltensbedingten Grund, der nicht unter Buchstabe a) fällt; verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, so kann der Arbeitgeber die Einigungsstelle anrufen (§ 76 Betriebsverfassungsgesetz),
  - c) bei andauernder Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit, soweit der Arbeitnehmer Ansprüche auf Versorgungsrente aus der VAP, Rente wegen Erwerbsunfähigkeit aus der gesetzlichen Renten-

versicherung oder Vollrente aus der gesetzlichen Unfallversicherung geltend machen kann und nach Aufforderung durch den Arbeitgeber einen entsprechenden Antrag innerhalb von vier Wochen nicht stellt. Wird ein Antrag fristgerecht gestellt, wird von der Kündigung so lange abgesehen, bis über den Antrag entschieden worden ist, längstens bis zu einem erstinstanzlichen Urteil.

- (3) Bei den von Absatz 1 erfassten Arbeitnehmern ist eine ordentliche Kündigung zum Zwecke der Änderung des Arbeitsvertrages nur möglich, wenn
- a) eine Beschäftigung des Arbeitnehmers zu den bisherigen Vertragsbedingungen aus dringenden betrieblichen Gründen nicht mehr möglich ist  
oder
  - b) der Arbeitnehmer dauernd außerstande ist, seine arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistungen zu erbringen  
oder
  - c) ein besonderer verhaltensbedingter Grund vorliegt, den der Arbeitnehmer zu vertreten hat.“

Die Beklagte unterhielt in der Vergangenheit bundesweit acht Betriebe als Technische Infrastruktur Niederlassungen für die Festnetzsparte. Aufgabe der Betriebe war es, die technische Infrastruktur des Unternehmens zu bauen und zu betreiben. Auch die 100%ige Tochter der Beklagten, die V. GmbH (V...) war in diesem Bereich tätig. Der Kläger war seit dem Jahr 2006 der Technischen Infrastruktur Niederlassung N. mit Sitz in H. zugeordnet (vgl. Anlage K 2 = Bl. 8 f. d. A.).

Zum 25.06.2007 gründete die Beklagte aufgrund eines Vorstandsbeschlusses vom 26.02.2007 drei Tochtergesellschaften, darunter die Deutsche T. Netzproduktion GmbH (DT.). Unternehmensgegenstand ist nach dem Handelsregister (Bonn HRB 14190) das objektnahe Bauen und Betreiben von Einrichtungen und Systemen der technischen Infrastruktur im Auftrag der Beklagten. Der Tätigkeitsbereich des Klägers, die Serviceeinheit für Technische Infrastruktur, wurde in dem Zuge auf die DT. ausgegründet. Die operativen Einheiten, also die Tätigkeiten und die damit zusammenhängende Lenkung sowie die hierzu erforderlichen Betriebsmittel, wurden dieser neuen Gesellschaft übertragen. Dem lag der von der Beklagten und der DT. geschlossene Einbringungs- und Übertragungsvertrag zugrunde (Einbringungsvertrag,

vgl. Anlage B 4 = Bl. 142 ff. d. A.). Gemäß dessen Ziffer 1.2 waren die operativen Einheiten des gesamten Geschäftsbereichs zu übertragen, also die Tätigkeiten und die damit zusammenhängende Lenkung sowie die hierzu erforderlichen Betriebsmittel, mithin die körperlichen und immateriellen Vermögensgegenstände. Was die beschäftigten Arbeitnehmer betraf, so waren sich die Vertragspartner einig, dass deren Arbeitsverhältnisse im Wege des Betriebsübergangs auf die DT. übergehen sollen. Tatsächlich wechselten etwa 750 Arbeitnehmer aus dem Beschäftigungsbetrieb des Klägers zur DT.

Neben dem Einbringungsvertrag schloss die DT. mit der Beklagten einen Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag (Beherrschungsvertrag; Anlage K 6 = Bl. 77 ff. d. A.). Nach dessen § 2 Abs. 1 ist die Beklagte berechtigt, der Geschäftsführung der DT. Weisungen hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft zu erteilen. § 3 sieht die Gewinnabführung vor, § 4 die Verlustübernahme.

Mit Schreiben vom 17.07.2007 informierte die Beklagte den Kläger über den – aus ihrer Sicht – zum 25.06.2007 erfolgten Betriebsübergang (Anlage K 10 = B. 93 ff. d. A.). Dem möglichen Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprach der Kläger am 11.08.2007. Wegen des Inhalts des Widerspruchsschreibens wird auf die Anlage K 11 (Bl. 102 d. A.) verwiesen. Die Beklagte bot dem Kläger daraufhin einen Arbeitsplatz in B. an. Nachdem der Kläger das Angebot abgelehnt hatte, stellte die Beklagte den Kläger frei und sprach mit Schreiben vom 09.11.2007 eine Änderungskündigung zum 30.06.2008 aus. Das darin enthaltene Änderungsangebot nahm der Kläger nicht an und erhob Änderungskündigungsschutzklage. Am 19.03.2008 erklärte das Arbeitsgericht Lübeck die Änderungskündigung für unwirksam (5 Ca 3079/07). Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten wies das LAG Schleswig-Holstein (6 Sa 128/08) mit Urteil vom 12.11.2008 zurück. Das Bundesarbeitsgericht wies die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten durch Beschluss vom 20.08.2009 (2 AZN 20/09) zurück. Die Beklagte beschäftigte den Kläger wegen der angedrohten Vollstreckung des ausgeurteilten Weiterbeschäftigungsanspruchs ab dem 15.12.2008 im Wege der „Konzernleihe“ bei der DT.. Nach Rechtskraft des Urteils des Landesarbeitsgerichts stellte sie ihn wieder frei.

Mit Schreiben vom 08.05.2009 bot die Beklagte dem Kläger an, ab dem 01.06.2009 für sie als Sachbearbeiter Auftrags- und Projektmanagement, Entgeltgruppe T 4 in K. im Betrieb Zentrum W. tätig zu sein (Anlage K 5 = Bl. 14 ff. d. A.). Dieses Angebot nahm der Kläger nicht an.

Ohne Beteiligung eines Betriebsrats kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 24.08.2009 zum 31.03.2010. Gleichzeitig bot sie ihm an, ab 01.04.2010 das Arbeitsverhältnis zu den bereits mit Schreiben vom 08.05.2009 mitgeteilten Bedingungen fortzusetzen (Anlage K 4 = Bl 11 ff. d. A.). Der Kläger nahm dieses Angebot unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung an.

Zum 01.04.2010 ging der Geschäftsbereich Deutsche T. Geschäftskunden, zu dem auch der Betrieb Zentrum W. in K. gehört, auf die T. GmbH über. Vorsorglich hat der Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die T. GmbH widersprochen.

Der Kläger hält die Kündigung für unwirksam und verlangt Beschäftigung bei der Beklagten.

Er hat die Ansicht vertreten, sein Arbeitsplatz bei der Beklagten sei nicht weggefallen. Es sei nie zu einem Betriebsübergang der Technischen Infrastruktur N. auf die DT. gekommen. Die Beklagte sei nach wie vor Betriebsinhaber, denn sie beherrsche die DT.. § 2 Abs. 1 des Beherrschungsvertrags berechtige sie zu Einzelweisungen gegenüber der DT.. Ein Betriebsübergang setze aber voraus, dass der bisherige Betriebsinhaber seine Leitungsmacht vollständig aufgebe und seine wirtschaftlichen Aktivitäten im übertragenen Betrieb einstelle. Jedenfalls führten die Beklagte und die DT. den Betrieb der Technischen Infrastruktur N. als Gemeinschaftsbetrieb weiter.

Wegen dieses Weisungsrechts könne die Beklagte auch die Beschäftigung des Klägers bei der DT. auf seinem bisherigen Arbeitsplatz im Wege der Personalgestellung durchsetzen. Den Beamten weise die Beklagte gleichfalls eine Beschäftigung bei der DT. zu. Schließlich könne die Beklagte ihre Tätigkeiten so organisieren, dass seine Weiterbeschäftigung als Arbeitnehmer der Beklagten bei der DT. möglich sei. Zur

Erläuterung hat der Kläger auf eine Modellgrafik, die die Arbeitnehmervereinigung K. e. V. erstellt hat (Anlage K 15 = Bl. 115 d. A.), verwiesen.

Der Kläger hat geltend gemacht, die Beklagte habe nicht ausreichend geprüft, ob in ihren Betrieben Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bestünden. Im Mai 2007 habe sie – insoweit unstrittig – freie Arbeitsplätze im neu gegründeten Betrieb Zentrum, Qualität und Abnahme (Z.) ausgeschrieben. Die Beklagte hätte ihm einen entsprechenden Arbeitsplatz anbieten müssen. Denn bereits ab Mitte Mai 2007 habe sie von dem bevorstehenden Betriebsübergang gewusst und mit seinem Widerspruch rechnen müssen.

Der Vortrag der Beklagten zur Prüfung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten reiche nicht aus. Allein der Suchlauf nach freien Arbeitsplätzen in der „Jobbörse“ der Beklagten genüge nicht. Der Kläger hat bestritten, dass der von der Beklagten als Zeuge benannte Mitarbeiter K. täglich Direktabfragen über für den Kläger geeignete Arbeitsplätze in allen Unternehmen und Betrieben der Beklagten durchgeführt hat.

Der Kläger hat gemeint, die Kündigung verstoße gegen den besonderen Kündigungsschutz, den § 26 Abs. 3 MTV ihm gewähre. Zudem seien hier ausnahmsweise konzernweite Beschäftigungsmöglichkeiten zu beachten.

Die Beklagte habe schließlich versäumt, einen Betriebsrat zur Kündigung anzuhören. Weil kein Betriebsübergang stattgefunden habe, sei der ursprüngliche Betriebsrat der Technischen Infrastruktur Niederlassung N. nach wie vor zuständig. Dieser bestehe weiter bei der DT.. Dafür spreche, dass die bei der Technischen Infrastruktur Niederlassung N. beschäftigten Beamten dienstrechtlich nach wie vor diesem Betrieb zugeordnet seien. Falls ein Betriebsübergang vorliege, folge die Anhörungspflicht des Betriebsrats aus den §§ 21 a, 21 b BetrVG. Die Beklagte könne sich nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB nicht darauf berufen, ihn, den Kläger, keinem Betrieb zugeordnet zu haben. Bereits im August 2007 habe er dem Betriebsübergang widersprochen. Zumindest hätte aber der Gesamtbetriebsrat oder der Konzernbetriebsrat der Beklagten beteiligt werden müssen. Schließlich sei der Betriebsrat für

den Betrieb in K. nicht beteiligt worden.

Die Beklagte müsse ihn weiterbeschäftigen, und zwar in L.. Dieser Arbeitsort sei vertraglich vereinbart.

Die Beklagte hat gemeint, der Arbeitsplatz des Klägers sei wegen des Übergangs des Betriebs Technische Infrastruktur Niederlassung N. und des gesamten Bereichs Technische Infrastruktur weggefallen und bestehe nunmehr bei der DT.. Sie erbringe in ihrem Unternehmen keine Netzinfrastrukturleistungen mehr. Folglich sei der Beschäftigungsbedarf weggefallen.

Die Beklagte hat behauptet, zum maßgeblichen Zeitpunkt hätten keine alternativen Beschäftigungsmöglichkeiten bestanden. Sie sei bis zur Verkündung des Urteils des LAG Schleswig-Holstein in dem Vorverfahren davon ausgegangen, dass ihr erstes dem Kläger unterbreitetes Änderungsangebot zum Tragen kommen werde. Im Februar 2009 habe sie dann abermals die Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für den Kläger geprüft. Dabei habe sie zum einen auf die unternehmensinterne „Jobbörse“ zurückgegriffen. Zusätzlich habe ihr Mitarbeiter K. telefonisch in den Betrieben des Unternehmens nachgefragt, ob Dauerarbeitsplätze für diejenigen vorhanden seien, die dem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die DT. widersprochen hätten. Das sei nicht der Fall gewesen. Daraufhin habe sie Arbeiten, die im „Zentrum W.“ durch Leih- und Zeitarbeitnehmer erledigt worden seien, zu Dauerarbeitsplätzen zusammengefasst, davon fünf in K., einer in P., einer in Le. und einer in Kö.. Nach Durchführung einer Auswahl unter den 13 um die Arbeitsplätze konkurrierenden Mitarbeitern sei dem Kläger eine Tätigkeit in K. angeboten worden. Der Arbeitsvertrag des Klägers ändere sich durch die Änderungskündigung nur hinsichtlich der Eingruppierung. Zusätzlich sei zu berücksichtigen, dass der Kläger auf Grund von § 27 MTV eine persönliche Ausgleichszulage erhalte. Hinsichtlich des Arbeitsorts werde der Arbeitsvertrag des Klägers nicht geändert, weil L. als Arbeitsort vertraglich nicht vereinbart sei. Dies stehe auch einem Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers in L. entgegen.

Die Kündigung wahre den tariflichen Kündigungsschutz. Der Kläger verkenne dessen Reichweite.

Einen Betriebsrat habe sie, die Beklagte, nicht beteiligen müssen. Denn der Kläger sei nach seinem Widerspruch gegen den Betriebsübergang keinem Betrieb zugeordnet gewesen.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien und ihrer im ersten Rechtszug gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des arbeitsgerichtlichen Urteils verwiesen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage im Wesentlichen abgewiesen. Die Änderungskündigung sei wirksam. Der Beschäftigungsbetrieb sei auf die DT. übergegangen. Infolgedessen sei die bisherige Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger bei der Beklagten entfallen. Die Beklagte habe die unternehmerische Entscheidung getroffen und umgesetzt, ihre Betriebe der Technischen Infrastrukturniederlassungen aufzugeben und die dort zuvor erledigten Arbeiten im Wege eines Betriebsübergangs auf die DT. zu übertragen. Der Beschäftigungsbetrieb des Klägers sei auf die DT. gemäß § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB übergegangen. Infolgedessen sei die Beschäftigungsmöglichkeit des Klägers als Sachbearbeiter Verwaltung/ Produktion weggefallen. Die Gewinnabführung an eine andere Person stehe dem Vorliegen eines Betriebsübergangs nicht entgegen. Bei der DT. handelte es sich um eine andere juristische Person als die Beklagte. Sie biete als Dienstleistung das objektnahe Bauen und Betreiben von Einrichtungen im System der Technischen Infrastruktur in Deutschland an. Diese vormals von der Beklagten verrichtete Tätigkeit werde seit der Übernahme dieses Geschäftszweigs durch die DT. allein von dieser angeboten. Sämtliche Betriebsmittel sowie die Belegschaft, abgesehen von einigen Ausnahmen, seien auf die DT. übergegangen. Damit habe die DT. eine organisatorische Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung übernommen. Entgegen der Auffassung des Klägers habe auch der Inhaber gewechselt. Die für den Einsatz der Mitarbeiter relevanten Weisungsrechte und Leitungskompetenzen habe nunmehr die DT. inne. Sie verfüge über einen eigenen Geschäftsführer für das Aufgabengebiet „Personal“. Darüber hinaus sei in jeder der vormals acht Niederlassungen ein eigener Leiter Organisation und Personal mit

einem angegliederten Personalmanagement tätig. Die DT. verfüge über die für den Einsatz der Mitarbeiter relevanten Weisungsrechte und Leitungskompetenzen. Etwas anderes folge nicht aus dem Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag. Wie der gemeinsame Bericht des Vorstands der Deutschen T. AG und der Geschäftsführung der M. GmbH (Anlage K 7) zeige, sei es durch den Abschluss des Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrags für die DT. möglich, eine steuerliche Optimierung herbeizuführen. Der Abschluss eines wirksamen und durchgeführten Ergebnisabführungsvertrages sei Voraussetzung für die Begründung sowohl einer körperschaftssteuerlichen als auch gewerbsteuerlichen Organschaft. Die körperschafts- und gewerbsteuerliche Organschaft habe den Vorteil, dass positive und negative Ergebnisse der dem Organkreis zugehörigen Gesellschaft zeitgleich verrechnet werden könnten. Der Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag sei bereits zum damaligen Zeitpunkt geschlossen worden, um die beschriebenen Vorteile sogleich nutzen zu können, sobald die Mantelgesellschaft ihre operative Tätigkeit aufnimmt. Etwaige Weisungsrechte in personalrechtlichen Angelegenheiten sollten damit nicht geregelt werden.

Es seien keine Umstände ersichtlich, die die unternehmerische Entscheidung der Beklagten offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich erscheinen ließen. Der Kläger könne sich nicht auf weniger belastende Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten berufen. Die von ihm vorgelegten Stellenausschreibungen seien nicht zu berücksichtigen, weil sie keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bei der Beklagten beträfen. Darüber hinaus seien diese auch nur in das Verfahren eingeführt worden, um darzulegen, dass es ein sogenanntes „internes Ausschreibungsverfahren“ gebe. Weitere Arbeitsplätze habe der Kläger nicht benannt. Er hätte dies aber tun können. Dazu hätte er den Betriebsrat oder Beschäftigte der einzelnen Betriebe um Auskunft bitten können. Weiter hätte er bei der Beklagten um Auskunft nachsuchen können. Eine Rechtsvereitelung durch die Beklagte sei nicht erkennbar. Dem Einwand des Klägers, dass er nicht beurteilen könne, welche Arbeitsplätze für ihn zur Verfügung stehen würden, weil die Beklagte Arbeitsplätze unter Umgehung der in ihrem Konzern geltenden Besetzungsrichtlinie mittels sogenannter „interner Ausschreibung“ vergeben würde, sei nicht zu folgen. Auch habe die Beklagte vorgetragen, dass sie sich nicht auf die „Jobbörse“ verlassen habe, sondern über unmittelbare Abfragen in

den Betrieben nach freien Arbeitsplätzen gesucht habe. Der Kläger habe nicht vorgetragen, dass er bisher von der Beklagten Einblick in das „interne Ausschreibungsverfahren“ verlangt oder Auskunft bzw. Zugang zu den internen Mitteilungen verlangt hätte.

Die Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen, dem Kläger eine Stelle im Betrieb Z. anzubieten. Zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung habe dort kein freier Arbeitsplatz bestanden. Die Arbeitsplätze seien im Mai 2007 ausgeschrieben worden. Beschäftigungsbeginn sei der 01.06.2007 gewesen. Zum Zeitpunkt der Stellenausschreibung sei zwischen der Beklagten und den Sozialpartnern noch verhandelt worden. Die Bewerbung des Klägers bei der Z. sei erst unter dem 09.07.2007 abgelehnt worden. Dem Betriebsübergang habe er am 11.08.2007 widersprochen. Folglich sei bei der Stellenbesetzung nicht absehbar gewesen, dass es sich um eine Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger handeln könnte.

Die Beklagte sei nicht verpflichtet, den Kläger im Wege der „Konzernleihe“ oder „sonstigen Personalgestellung“ bei der DT. zu beschäftigen. Dem stünden die Grundsätze des konzerndimensionalen Kündigungsschutzes entgegen. Eine Verpflichtung zur Tätigkeit für Tochterunternehmen des Konzerns gebe es nicht.

Die Änderungskündigung verstoße ferner nicht gegen den besonderen tariflichen Kündigungsschutz des Klägers. Die Voraussetzungen für eine ordentliche Änderungskündigung lägen vor. Mit dem Begriff „dringend“ werde auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip verwiesen. Dringend heiße nicht, dass sich die betrieblichen Erfordernisse bis zur Unzumutbarkeit im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB verdichtet haben müssten. Es würden danach die Grundsätze des Kündigungsschutzgesetzes gelten.

Schließlich sei die Kündigung nicht wegen unterbliebener Beteiligung eines Betriebsrats unwirksam. Einer Anhörung gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG habe es nicht bedurft. Der Beschäftigungsbetrieb des Klägers sei im Wege des Betriebsübergangs auf die DT. übergegangen. Es bestehe auch kein Restmandat für den beim Betriebsübergang bestehenden Betriebsrat. Die §§ 21 a und 21 b BetrVG knüpften an hier nicht vorliegende Tatbestände an. Der Kläger sei aufgrund seines Widerspruchs gegen

den Übergang seines Arbeitsverhältnisses aus dem Betrieb ausgeschieden. Seinen betriebsverfassungsrechtlichen Schutz habe er nicht aufgrund einer Organisationsänderung durch die Beklagte eingebüßt, sondern wegen des Widerspruchs gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses. Die bei der Beklagten im Anstellungsverhältnis verbliebenen Beamten stellten keinen abgespaltenen Betriebsteil dar. Für sie sei der Betriebsrat der DT. zuständig. Die fehlende Zustimmung des Betriebsrats des K... Betriebes gemäß § 99 BetrVG führe nicht zur Unwirksamkeit der Änderungskündigung.

Das Arbeitsgericht hat weiter entschieden, dass der Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers teilweise begründet ist. Die Beklagte sei verpflichtet, den Kläger bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zu den bisherigen Bedingungen zu beschäftigen. Dieser Beschäftigungsanspruch erlösche jedoch mit Ablauf des 31.03.2010. Denn das Arbeitsverhältnis der Parteien sei infolge der Änderungskündigung ab dem Zeitpunkt geändert.

Gegen das ihm am 15.04.2010 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat der Kläger am 04.05.2010 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbeurteilungsfrist bis zum 15.07.2010 am 14.07.2010 begründet.

Der Kläger meint, die Kündigung sei schon deshalb unwirksam, weil das Änderungsangebot nicht eindeutig bestimmt bzw. bestimmbar und zudem nicht erfüllbar sei. Denn der angebotene Arbeitsplatz im Zentrum W. sei bei der Beklagten zum 01.04.2010 nicht (mehr) vorhanden. Die Änderungskündigung sei rechtsmissbräuchlich, weil die Beklagte beabsichtigt habe, das Arbeitsverhältnis des Klägers auf eine Tochtergesellschaft zu verlagern.

Das Arbeitsgericht habe verkannt, dass § 26 MTV dem Kläger einen weiter reichenden Schutz gewähre als das Kündigungsschutzgesetz. Das ergebe die Auslegung der Tarifnorm. Die Beklagte hätte keine Änderungskündigung aussprechen dürfen, weil die Voraussetzungen des § 26 Abs. 3 a) MTV nicht vorlägen. Die Vorschrift wirke auch im Konzern, so dass erst dann eine Änderungskündigung ausgesprochen werden könne, wenn eine Weiterbeschäftigung im Konzern ausscheide. Es müsse

alles Erdenkliche unternommen werden, um die bisherigen Vertragsbedingungen aufrecht zu erhalten. § 26 Abs. 3 a MTV zwingt den Arbeitgeber dazu, vor Ausspruch einer ordentlichen Änderungskündigung des tariflich „unkündbaren“ Arbeitnehmers aus betrieblichen Gründen alle zumutbaren eine vertragliche Weiterbeschäftigung ermöglichenden Mittel auszuschöpfen, wenn der Arbeitnehmer einem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebserwerber widersprochen hat. Lege der „unkündbare“ Arbeitnehmer dar, wie er sich eine anderweitige Beschäftigung vorstellt, so genüge es nicht, dass der Arbeitgeber das Bestehen entsprechender freier Arbeitsplätze in Abrede stellt. Vielmehr müsse der Arbeitgeber ggf. unter Vorlage der Stellenpläne substantiiert darlegen, weshalb das Freimachen eines geeigneten Arbeitsplatzes oder dessen Einrichtung durch eine entsprechende Umorganisation nicht möglich oder nicht zumutbar gewesen sein soll. Auch das zu erwartende Freiwerden eines geeigneten Arbeitsplatzes aufgrund üblicher Fluktuation sei zu berücksichtigen. Dazu gehöre auch die Beschäftigung in einer 100%-igen Tochtergesellschaft wie der DT.. Der Kläger sei damit einverstanden, dort zu arbeiten. Die Beklagte könne ihn dort im Wege der Arbeitnehmerüberlassung einsetzen und die Beschäftigung anordnen. Im Zusammenhang mit dem tariflichen Sonderkündigungsschutz sei der in § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG verwendete Begriff „vorübergehend“ weit auszulegen.

Der Kläger vertritt auch im zweiten Rechtszug die Auffassung, ein Betriebsübergang habe nicht stattgefunden. Er sei nicht „betriebslos“. Sein bisheriger Beschäftigungsbetrieb, die Technische Infrastruktur-Niederlassung N., bestehe fort. Denn diesem Betrieb gehörten weiterhin dienstrechtlich die der DT. (gem. § 4 Abs. 4 PostPersRG) zugewiesenen Beamten an. Für den Fortbestand des Beschäftigungsbetriebs sprächen auch die Bezügemitteilungen. Der dort genannte Betrieb O. 2501 entspreche dem Betrieb TI NL N.. Entscheidend gegen einen Betriebsübergang spreche, dass die Beklagte ihre wirtschaftliche Betätigung im Beschäftigungsbetrieb nicht eingestellt habe. Das machten die Regelungen des Beherrschungsvertrags deutlich. Damit werde der Beklagten die Leitung der DT. und damit des ausgegliederten Unternehmensbereichs übertragen. Die Beklagte sei alleinige Gesellschafterin der DT.. Sie stelle den Vorsitzenden der Geschäftsführung der DT.. Liege – wie hier – wirtschafts- und steuerrechtlich eine unselbständige Organgesellschaft vor, so stehe das arbeitsrech-

tlich einem Betriebsübergang entgegen. Das Arbeitsgericht habe übersehen, dass die betriebsorganisatorische Leitung nur dann bei der DT. liege, wenn sie in der Lage sei, einer betriebsorganisatorischen Weisung der Beklagten entgegenzutreten und ihre Position tatsächlich durchzusetzen. Die Beklagte nutze ihr Weisungsrecht gegenüber der DT. jedoch, um ihre betrieblichen und personalwirtschaftlichen Interessen wahrzunehmen, indem sie dieser Gesellschaft in großer Zahl Beamte zuweise.

Selbst wenn der bisherige Beschäftigungsbetrieb infolge Betriebsübergangs nicht mehr bestünde, könne die Beklagte den Kläger weiter in L. beschäftigen. In Betracht komme die Personalgestellung, die Konzernleihe oder eine anderweitige Organisation der bisherigen Beschäftigung. Die Weiterbeschäftigung sei möglich, wie die tatsächliche Beschäftigung des Klägers in Konzern-Leiharbeit bei der DT. in L. gezeigt habe. Damit fehle aber die in § 26 Abs. 3 a) MTV geforderte objektive Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung. Das arbeitsgerichtliche Urteil sei in sich widersprüchlich. Wenn die Beklagte den Kläger aber bis zum 31.03.2010 trotz des von ihr behaupteten Betriebsübergangs bei einer Tochtergesellschaft habe einsetzen können, so stelle sich die Frage, was sich hieran seit dem 01.04.2010 geändert habe. Der angebliche Betriebsübergang könne es offensichtlich nicht sein. Sei aber die Beschäftigung zu den bisherigen vertraglichen Bedingungen objektiv über den 31.03.2010 hinaus möglich, so sei die streitgegenständliche Änderungskündigung ohne Weiteres rechtsunwirksam.

Unabhängig davon sei die Beklagte aufgrund des Arbeitsvertrags zur konzernweiten Weiterbeschäftigung verpflichtet. Der mit der D. Bundespost geschlossene Arbeitsvertrag habe es zugelassen, den Kläger in jedem selbständigen Beschäftigungsamt vorübergehend oder dauerhaft im Wege der Versetzung oder Abordnung einzusetzen. Der Kläger sei deshalb Konzernarbeitnehmer. Das Konzernarbeitsverhältnis bestehe nunmehr zur Beklagten. Die Beklagte könne ihn, den Kläger, wie die Beamten, unter Beibehaltung der vertraglichen Bindung zu ihr, ihrer Tochtergesellschaft, der DT., zuweisen. Die Pflicht zur konzernweiten Weiterbeschäftigung folge auch daraus, dass die Beklagte den unverändert bestehenden Beschäftigungsbedarf auf die DT. verlagert habe.

Der Kläger meint, die Beklagte hätte ihm einen Arbeitsplatz in der Z. anbieten müssen. Die Suche in der Stellenbörse sei nicht ausreichend gewesen. Es sei nicht erkennbar, dass dort solche Stellen geführt werden, die erst später – etwa infolge altersbedingten Ausscheidens – frei würden. Zudem werde das System der „internen Ausschreibungen“ weiterhin praktiziert. Interne Jobangebote würden vorab an einzelne Einheiten per E-Mail versandt. Erst wenn sich darauf niemand melde, gelangten die Stellen in die interne Jobbörse. Es dürften aber nicht vorab Arbeitsplätze besetzt werden, weil so nicht festgestellt werden könne, ob dem Arbeitnehmer tatsächlich das zumutbarste Änderungsangebot unterbreitet worden ist.

Weil es zu keinem Betriebsübergang gekommen sei, hätte der Betriebsrat des Beschäftigungsbetriebs beteiligt werden müssen. Dieser sei weiterhin für die Beamten zuständig. Jedenfalls bestehe ein Restmandat des „übergegangenen“ Betriebsrats. § 21 b BetrVG sehe ein Mitbestimmungsrecht gerade für den Fall vor, dass ein Betrieb durch Stilllegung, Spaltung oder Zusammenlegung untergehe. Falls der Kläger tatsächlich keinem Betrieb zuzuordnen sei, hätte der Gesamtbetriebsrat angehört werden müssen.

Der Kläger beantragt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 18.03.2010 – 2 Ca 2726/09 – abgeändert.

1. Es wird festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen im Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 24.08.2009 sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtswirksam ist.
2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger zu den Bedingungen des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsvertrages vom 25.08.1980 in der zuletzt geänderten Fassung des Änderungsvertrages vom 27.06.1991 als Fernmeldehandwerker/ Fachwirt T. mit Tätigkeiten gemäß der Entgeltgruppe T 5 des Entgelttarifvertrages der Deutschen T. AG am Arbeitsort L. zu beschäftigen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte hält die Änderungskündigung für wirksam. Das Beschäftigungsbedürfnis für den Kläger sei weggefallen. Sie habe sich darauf beschränkt, ihm die am wenigsten beeinträchtigenden Änderungen anzubieten. Die in den ehemaligen acht Niederlassungen erledigten Aufgaben seien mit allen Arbeitsplätzen auf die DT. übertragen worden. Immaterielle und materielle Betriebsmittel seien unstreitig übergegangen. Die DT. führe die wirtschaftliche Betätigung in dem ehemaligen Beschäftigungsbetrieb des Klägers als „Inhaber“ fort, und zwar ergebnis- und eigenverantwortlich mit eigener Verantwortung für das Personal. Alle Befugnisse in personellen Angelegenheiten seien der DT. zur selbständigen Erledigung übertragen. Demnach liege ein Betriebsübergang vor, mit der Folge, dass die bisherige Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger weggefallen sei.

Die Betriebsinhaberschaft der Beklagten habe nach dem Betriebsübergang auf die DT. geendet. Die Inhaberschaft hänge nicht von einer Gewinnerzielungsabsicht ab. Einem Betriebsübergang stehe nicht entgegen, wenn wesentliche wirtschaftliche und unternehmerische Steuerungsfunktionen bei dem übertragenden Unternehmen bzw. der Konzernobergesellschaft verbleiben. Der Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag sei demnach unmaßgeblich.

Der Kläger verkenne, dass er sich als Arbeitnehmer nicht mit den bei der Beklagten auf Grundlage des Postpersonalrechtsgesetzes (PostPersRG) beschäftigten Beamten vergleichen könne. § 4 PostPersRG finde auf ihn keine Anwendung. Absatz 4 dieser Vorschrift ermögliche es, Beamte Tochter-, Enkelunternehmen oder Beteiligungsgesellschaften zuzuweisen. Im Verhältnis zum Kläger existiere keine entsprechende Ermächtigungsgrundlage.

Die Beklagte wiederholt, dass es aus ihrer Sicht keinen Restbetrieb des ehemaligen Beschäftigungsbetriebs des Klägers gebe, der durch die zugeordneten Beamten gebildet werde. Die Beamten würden unter Beibehaltung ihres Status als aktive Beamte in der DT. beschäftigt.

Sie, die Beklagte, sei nicht verpflichtet, den Kläger im Wege der „Konzernleihe“ oder „sonstigen Personalgestellung“ bei der DT. zu beschäftigen. Das AÜG lasse nur die

vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung zu. Der Kläger erstrebe aber einen dauerhaften Einsatz bei der DT..

Der Kündigungsschutz sei grundsätzlich nicht konzernbezogen; auch liege hier kein Ausnahmefall vor. Weder trete ein Konzernunternehmen der Beklagten als Arbeitgeber auf oder habe sich vertraglich zur Übernahme des Klägers bereit erklärt, noch sei zwischen dem Kläger und der Beklagten eine Konzernversetzungsklausel oder Übernahmeverpflichtung im Konzern vereinbart. Die Beklagte habe auch keinen bestimmenden Einfluss auf die Übernahme durch die DT.. Diese Gesellschaft sei eine eigenständige Rechtsperson. Sie sei weder zur Übernahme des Klägers bereit, noch bestehe bei ihr die Notwendigkeit oder Bereitschaft, den Kläger im Wege der Leiharbeit zu beschäftigen.

Dem Kläger sei es auch in der Berufung nicht gelungen, weniger belastende Arbeitsplätze zu benennen, die ihm vorrangig hätten angeboten werden müssen.

Der Kläger missverstehe den tariflichen Sonderkündigungsschutz. Insbesondere folge aus § 26 MTV keine gesteigerte Weiterbeschäftigungspflicht der Beklagten oder ein konzerndimensionaler Kündigungsschutz. § 26 Abs. 3 a) MTV lasse ausdrücklich eine ordentliche Änderungskündigung zum Zwecke der Änderung des Arbeitsvertrags zu, wenn eine Beschäftigung des Arbeitnehmers zu den bisherigen Vertragsbedingungen aus dringenden betrieblichen Gründen nicht mehr möglich ist. Diese Voraussetzungen lägen hier vor.

Einer Betriebsratsanhörung habe es nicht bedurft. Der vormalige Beschäftigungsbetrieb des Klägers bestehe nicht – auch nicht teilweise – fort. Dessen Betriebsrat sei mit dem Betrieb auf die DT. übergegangen. Der Kläger sei aber nicht Arbeitnehmer dieses Betriebs, weil er dort nicht beschäftigt werde. Die bei der Beklagten beschäftigten, der DT. zugewiesenen Beamten stellten keinen abgespaltenen Betriebsteil dar. Für sie sei der Betriebsrat der DT. zuständig. Folglich bestehe auch kein Übergangsmandat des „im Ursprungsbetrieb verbliebenen Betriebsrats“ gem.

§ 21 a BetrVG. Auch im Übrigen sei der Anwendungsbereich der §§ 21 a und 21 b BetrVG nicht eröffnet. Voraussetzung sei stets, dass der Arbeitnehmer einem be-

triebsratsfähigen Betrieb oder Betriebsteil zuzuordnen sei. Der Gesamtbetriebsrat sei gleichfalls nicht zuständig. Widerspreche der Arbeitnehmer einem Übergang seines Beschäftigungsbetriebs und scheidet er deshalb aus dem Betrieb aus, ohne dass ihn der Betriebsinhaber einem anderen Betrieb zuordnet, so begründe das bei personellen Einzelmaßnahmen nicht die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats. Der Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses legitimiere die Verschlechterung des Schutzes nach § 102 BetrVG.

Die Kündigung sei wirksam, so dass der Kläger keine Weiterbeschäftigung verlangen könne. Der Beklagten sei die Beschäftigung des Klägers als Fernmeldehandwerker/Fachwirt T. mangels entsprechender Arbeitsplätze unmöglich. Zudem fehle eine Rechtsgrundlage dafür, dass die Beklagte den Kläger bis zum Abschluss des Rechtsstreits bei einem Dritten (DT.) im Rahmen der Konzernleihe weiterbeschäftigen müsse.

Schließlich sei die Kündigung nicht wegen des Übergangs des angebotenen Arbeitsplatzes innerhalb der laufenden Kündigungsfrist (gem. § 613 a BGB) unwirksam. Für die Beurteilung sei allein auf die Umstände zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung abzustellen.

### **Entscheidungsgründe:**

A. Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 64 Abs. 2 lit. c, 66 Abs. 1 ArbGG; § 519 ZPO.

B. In der Sache hat die Berufung jedoch keinen Erfolg. Die Berufungskammer folgt dem Arbeitsgericht im Ergebnis und in weiten Teilen der Begründung.

I. Die Änderungskündigungsschutzklage ist unbegründet. Die Änderungskündigung der Beklagten vom 24.08.2009 ist wirksam.

1. Die Änderung der Arbeitsbedingungen in Folge der Kündigung vom 24.08.2009 ist sozial gerechtfertigt, §§ 2 Satz 1, 1 Abs. 1 KSchG. Sie ist durch dringende betriebli-

che Erfordernisse gerechtfertigt, die der Weiterbeschäftigung des Klägers zu unveränderten Bedingungen entgegenstehen.

a) Eine betriebsbedingte ordentliche Änderungskündigung kann nur dann wirksam sein, wenn dringende betriebliche Erfordernisse gemäß § 1 Abs. 2 KSchG das Änderungsangebot bedingen und der Arbeitgeber sich bei einem an sich anerkennenswerten Anlass zur Änderungskündigung darauf beschränkt hat, nur solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss (BAG 26.06.2008 – 2 AZR 139/07 – NZA 2008, 1182).

Im Rahmen der §§ 1, 2 KSchG ist dabei zu prüfen, ob das Beschäftigungsbedürfnis für den betreffenden Arbeitnehmer zu den bisherigen Vertragsbedingungen entfallen ist (BAG 26.06.2008 – 2 AZR 139/07 – a. a. O.). Dieser Maßstab gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer das Änderungsangebot abgelehnt oder unter Vorbehalt angenommen hat. Ob der Arbeitnehmer eine ihm vorgeschlagene Änderung billigerweise hinnehmen muss, ist nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu ermitteln: Die Änderungen müssen geeignet und erforderlich sein, um den Inhalt des Arbeitsvertrags den geänderten Beschäftigungsmöglichkeiten anzupassen. Diese Voraussetzungen müssen für alle Vertragsänderungen vorliegen. Ausgangspunkt ist die bisherige vertragliche Regelung, d. h.: Die angebotenen Änderungen dürfen sich nicht weiter vom Inhalt des bisherigen Vertragsverhältnisses entfernen, als zur Erreichung des angestrebten Zieles erforderlich ist (BAG 26.06.2008 – 2 AZR 139/07 – a. a. O.).

b) Diesen Anforderungen genügt die hier streitgegenständliche Kündigung der Beklagten.

aa) Es liegen dringende betriebliche Erfordernisse vor, die das Änderungsangebot der Beklagten gegenüber dem Kläger bedingen.

Der Arbeitsplatz des Klägers als „Sachbearbeiter Verwaltung Produktion Infrastruktur“ in der Technischen Infrastruktur Niederlassung N. ist aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung der Beklagten weggefallen. Dieser Arbeitsplatz besteht nun-

mehr infolge eines Betriebsübergangs bei der DT.. Die DT. ist als GmbH ein rechtlich selbständiges Unternehmen. Diese Gesellschaft führt den Betrieb eigenverantwortlich. Die Beklagte hat ihre wirtschaftliche Betätigung im ehemaligen Beschäftigungsbetrieb des Klägers dagegen eingestellt.

(1) Der Arbeitsplatz des Klägers ist aufgrund eines Betriebsübergangs bei der Beklagten entfallen.

(a) Ein Betriebs- oder Betriebsteilübergang nach § 613 a Abs. 1 BGB setzt die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit voraus. Eine solche besteht aus einer organisatorischen Gesamtheit von Personen und/ oder Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören als Teilaspekte der Gesamtwürdigung namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel, wie Gebäude oder bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit. Die Identität der Einheit kann sich auch aus anderen Merkmalen, wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln ergeben. Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- und Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu (std. Rspr. vgl. BAG 27.09.2007 - 8 AZR 941/06 - BAGE 124, 159; 25.06.2009 - 8 AZR 258/08 -).

(b) Unstreitig waren die acht Niederlassungen der Technischen Infrastruktur bei der Beklagten bereits als selbständige Betriebe organisiert. Das gilt auch für den Beschäftigungsbetrieb des Klägers, die Technische Infrastruktur Niederlassung N. mit Sitz in H.. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die DT. die gesamten operativen Einheiten der Niederlassungen der Technischen Infrastruktur, also die Tätigkeiten

und die damit zusammenhängende Lenkung sowie die hierzu erforderlichen Betriebsmittel gemäß dem Einbringungsvertrag (Anlage B 4 = Bl. 142 d. A.) übernommen hat. In dieser Übernahme einer organisierten Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung liegt ein Betriebsübergang im Sinne von § 613 a BGB.

(c) Entgegen der Ansicht des Klägers führt die DT. den Beschäftigungsbetrieb des Klägers tatsächlich weiter und hat ihn damit übernommen. Dagegen hat die Beklagte ihre wirtschaftliche Betätigung in dem Betrieb eingestellt.

Ein Betriebsübergang tritt mit dem Wechsel in der Person des Betriebsinhabers ein, also mit dem Wechsel der Person, die für den Betrieb der übertragenen Einheit als Inhaber verantwortlich ist (BAG 21.08.2008 – 8 AZR 77/07 – AP BGB § 613 a Nr. 343). Verantwortlich ist die Person, die den Betrieb im eigenen Namen führt und nach außen als Betriebsinhaber auftritt (BAG 15.12.2005 – 8 AZR 202/05 – EzA § 613 a BGB 2002 Nr. 45). Entscheidend ist dabei der Zeitpunkt, in dem der neue Inhaber die Geschäftstätigkeit tatsächlich weiterführt oder wieder aufnimmt. Einer besonderen Übertragung einer irgendwie gearteten Leitungsmacht bedarf es wegen des Merkmals der Fortführung des Betriebes, bei der es sich um einen Realakt handelt, nicht. Allerdings muss der bisherige Inhaber seine wirtschaftliche Betätigung in dem Betrieb oder Betriebsteil einstellen (BAG 26.07.2007 – 8 AZR 769/06 – AP BGB § 613 a Nr. 324).

Die DT. hat ausweislich des Einbringungsvertrags seit dem 25.06.2007 die Leitungsmacht über die von der Beklagten übernommenen Betriebe inne (vgl. IV. des Einbringungsvertrags = Bl. 149 d. A.). Sie ist als GmbH organisiert und verfügt über eine eigene Geschäftsführung. Die Niederlassungen der DT. werden von den Niederlassungsleitern geführt. Die Gesellschaft führt ab dem im Einbringungsvertrag genannten Zeitpunkt (25.06.2007) die Betriebe im eigenen Namen und tritt am Markt als Betriebsinhaber auf.

Entgegen der Ansicht des Klägers hat die Beklagte ihre wirtschaftliche Betätigung in den Betrieben eingestellt. Dem steht nicht entgegen, dass die Beklagte sich im Be-

herrschaftsvertrag gegenüber der Geschäftsführung der DT. ein Weisungsrecht vorbehalten hat. Zwar räumt § 2 Abs. 1 des Beherrschungsvertrags der Beklagten das Recht ein, der Geschäftsführung der Tochtergesellschaft – hier der DT. – hinsichtlich der Leitung Weisungen zu erteilen. Aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung ergibt sich jedoch, dass damit nicht betriebsorganisatorische Weisungen gemeint sind. Vielmehr haben die Parteien des Beherrschungsvertrags damit ein konzernrechtliches Weisungsrecht vereinbart. Die Regelung über das Weisungsrecht findet sich in einem Beherrschungsvertrag, dessen Wesen gerade darin besteht, dass das beherrschte Unternehmen den Weisungen des herrschenden Unternehmens unterworfen ist. Zu diesem Zweck wird das Weisungsrecht im Vertrag vereinbart. Die Vereinbarung dieses Rechts für die Beklagte hat mit dem aus der Organisationsbefugnis des Arbeitgebers erwachsenden Recht, den Betrieb zu lenken und zu organisieren, das für die Frage der Betriebsinhaberschaft maßgeblich ist, nichts zu tun. Es steht dem Betriebsübergang nicht entgegen, wenn wesentliche wirtschaftliche und unternehmensbezogene Steuerungsfunktionen bei dem übertragenden Unternehmen bzw. der Konzernobergesellschaft verbleiben (Willemsen in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 3. Aufl., G Rn. 68, G Rn. 130).

Dabei wird nicht übersehen, dass die Beklagte auf Grundlage dieses konzernrechtlichen Weisungsrechts im Einzelfall auch bestimmte betriebsinterne Organisationsmaßnahmen veranlassen kann. Dazu zählt z.B. die Beschäftigung des Klägers bei der DT. zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil in dem Vorverfahren. Betriebsinhaber wird die Beklagte hierdurch aber nicht. Vielmehr sind die Weisungen der Beklagten an die Geschäftsleitung der DT. zu richten. Diese hat dann für die innerbetriebliche Umsetzung zu sorgen und übt in diesem Rahmen das maßgebliche Weisungsrecht aus. Dieses Weisungsrecht ist für die Beantwortung der Frage ausschlaggebend, wer Betriebsinhaber ist.

Zutreffend hat bereits das Arbeitsgericht darauf hingewiesen, dass die Inhaberschaft eines Betriebes nicht von der Gewinnerzielungsabsicht abhängt (BAG 20.03.2003 – 8 AZR 312/02 – EzA § 613 a BGB 2002 Nr. 7; 12.11.1998 – 8 AZR 282/97 – BAGE 90, 163). Daher sind die Regelungen zur Gewinnabführung und zur Verlustübernah-

me (§§ 3 und 4 Beherrschungsvertrag) für die Beurteilung des Betriebsübergangs nicht maßgebend.

(2) Weil die vormals in der Niederlassung der Technischen Infrastruktur N. erledigten Arbeiten nunmehr bei der DT. erledigt werden, ist das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung des Klägers entfallen. Ein „Restbetrieb“, in dem entsprechende Arbeiten noch erledigt werden, existiert bei der Beklagten nicht. Soweit sich der Kläger auf das Bestehen eines „Restbetriebs“ beruft, besteht dieser nach seiner Darstellung nur aus den Beamten und den Arbeitnehmern, die – wie er selbst – dem Betriebsübergang widersprochen haben.

(3) Die Entscheidung der Beklagten, die Aufgaben der Technischen Infrastruktur auf eine konzernabhängige Tochter zu übertragen, ist weder rechtsmissbräuchlich noch willkürlich. Eine gerichtliche Überprüfung einer unternehmerischen Entscheidung, wie hier zur Ausgründung, kann sich nur darauf erstrecken, ob die Unternehmerentscheidung tatsächlich getroffen wurde und ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist.

Für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten ist nichts vorgetragen oder ersichtlich. Richtig ist, dass die Beklagte möglicherweise andere Organisationsstrukturen schaffen könnte, etwa so wie von der A. e. V. vorgeschlagen (vgl. Anlage K 15). Die Organisationsentscheidung liegt aber allein bei der Beklagten. Sie muss ihre Organisationsstrukturen nicht so gestalten, dass ihre Arbeitnehmer zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt werden können. Das gilt auch, soweit es sich um Arbeitnehmer handelt, die den besonderen tariflichen Kündigungsschutz genießen.

bb) Die Beklagte hat sich darauf beschränkt, nur solche Änderungen vorzuschlagen, die der Kläger billigerweise hinnehmen muss. Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten, die die Beklagte berücksichtigen musste, sind vom Kläger nicht aufgezeigt worden.

(1) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet es, dass die angebotenen Änderungen geeignet und erforderlich sein müssen, um den Inhalt des Arbeitsvertrags den geänderten Beschäftigungsmöglichkeiten anzupassen. Sie dürfen sich nicht weiter vom Inhalt des bisherigen Arbeitsverhältnisses entfernen, als es zur Erreichung des angestrebten Zwecks erforderlich ist. Bestehen mehrere geeignete Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten, hat der Arbeitgeber grundsätzlich den Arbeitsplatz anzubieten, dessen Arbeitsbedingungen sich am wenigsten weit von den bisherigen entfernen. Denn nur dann ist das konkrete Änderungsangebot erforderlich (BAG 22.09.2005 – 2 AZR 519/04 – BAGE 116,7; 26.06.2008 – 2 AZR 139/07 – NZA 2008, 1182).

Fallen – wie hier – mehrere Arbeitsplätze weg, hat der Arbeitgeber zunächst eine Reihung der Arbeitnehmer vorzunehmen, um sie sodann den freien Arbeitsplätzen zuzuordnen. Bei der Auswahlentscheidung sind die Grundsätze der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 4 KSchG heranzuziehen (vgl. BAG 22.09.2005 - 2 AZR 544/04 – NZA 2006, 558). Dem sozial schutzwürdigsten Arbeitnehmer hat der Arbeitgeber einen für diesen Arbeitnehmer objektiv geeigneten Arbeitsplatz anzubieten, dessen Arbeitsbedingungen sich am wenigsten weit von den bisherigen entfernen. Nach diesem Muster sind sodann den nächst sozial schutzwürdigen Arbeitnehmern die verbleibenden Arbeitsplätze anzubieten.

Die Berufungskammer hat bereits mit Urteil vom 13.05.2009 – 6 Sa 358/08 – entschieden, dass grundsätzlich alle Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Unternehmen einzubeziehen sind. Es dürfen nicht vorab Arbeitsplätze besetzt werden, so dass sie bei Prüfung und Zuordnung der Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für die von der (Änderungs-)Kündigung bedrohten Arbeitnehmer unberücksichtigt bleiben. In dem Fall lässt sich nämlich nicht feststellen, ob dem Arbeitnehmer tatsächlich das zumutbarste Änderungsangebot unterbreitet worden ist.

Bezüglich der Möglichkeit anderweitiger Beschäftigung gilt im Kündigungsschutzprozess eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast. Der Arbeitgeber ist nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG beweispflichtig; er trägt die Feststellungslast. Der Arbeitgeber ge-

nügt zunächst seiner Darlegungslast, wenn er vorträgt, eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers sei nicht möglich.

(2) Im vorliegenden Fall hat die Beklagte behauptet, es habe im Unternehmen keine freien Stellen gegeben. Auf diesen allgemeinen Vortrag hin war es Sache des Klägers, konkrete Vorstellungen zur Möglichkeit anderweitiger Beschäftigung zu äußern, ohne allerdings einen konkreten freien Arbeitsplatz benennen zu müssen (BAG 25.02.1988 – 2 AZR 500/87 -; 15.08.2002 – 2 AZR 195/01 – AP BGB § 613 a Nr. 241).

Der Kläger hat behauptet, im Unternehmen der Beklagten würden freie Stellen außerhalb der Jobbörse ausgeschrieben und besetzt. Dieses System der „internen Ausschreibungen“ sei auch noch nach der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 13.05.2009 praktiziert worden. Zum Beleg hat er auf die Stellenausschreibungen gem. Anlage K 14 (= Bl. 107 ff. d. A.) verwiesen.

Mit dem Arbeitsgericht ist die Berufungskammer der Ansicht, dass der Kläger damit seiner Darlegungslast nicht genügt hat. Auf die Ausführungen des Arbeitsgerichts auf Seite 17 f. des Urteils wird Bezug genommen. Der Hinweis des Klägers auf das System der internen Ausschreibungen reicht nicht, um die Darlegungslast zu erfüllen. Darin liegt zunächst nur die Rüge einer mangelhaften Suche durch die Beklagte. Ob die Beklagte erfolgversprechend nach geeigneten Beschäftigungsmöglichkeiten gesucht hat, ist nicht entscheidend. Maßgebend ist, ob es bei Zugang der Kündigung eine den Kläger weniger belastende als die angebotene geänderte Beschäftigung gab, die die Beklagte möglicherweise deshalb übersehen hat, weil sie nicht ordentlich nach alternativen Beschäftigungsmöglichkeiten gesucht hat. Der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts führt dazu aus: Zwar muss der Arbeitgeber vor einer Kündigung wegen einer Rationalisierungsmaßnahme versuchen, den Arbeitnehmer, dessen Arbeitsplatz wegfällt, anderweitig in seinem Betrieb oder möglicherweise in einem anderen Betrieb des Unternehmens einzusetzen. Unterlässt der Arbeitgeber diese Prüfung, wird allein dadurch die Kündigung noch nicht unwirksam. Der Arbeitgeber kann sich vielmehr nur dann nicht auf dringende betriebliche Erfordernisse berufen, die die Kündigung bedingen sollen, wenn tatsächlich ein anderer freier Ar-

beitsplatz vorhanden war, auf dem der gekündigte Arbeitnehmer hätte weiterbeschäftigt werden können (BAG vom 18.01.1990 – 2 AZR 357/89 – zitiert nach JURIS).

Es kann nicht festgestellt werden, dass freie Stellen im Unternehmen der Beklagten ohne in die Jobbörse gelangt zu sein, besetzt worden sind. Die vom Kläger vorgelegten Ausschreibungen belegen das nicht. Denn es handelt sich nicht um interne Ausschreibungen der Beklagten, sondern um Ausschreibungen anderer Gesellschaften (DT., DTT.). Darauf hatte das Arbeitsgericht in seiner Entscheidung ausdrücklich hingewiesen. Trotzdem hat der Kläger in der Berufung keine internen Ausschreibungen der Beklagten vorgelegt.

Es ist nach dem Ergebnis der Berufungsverhandlung keineswegs unstrittig, dass bei der Beklagten auch nach der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts vom 13.05.2009 (6 Sa 358/08) freie Arbeitsplätze auf sog. interne Ausschreibungen hin vergeben werden oder im maßgeblichen Zeitraum vergeben worden sind. Das hat die Leiterin des Rechtsservice der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht Lübeck am 17.06.2010 (2 Ca 148/10) nicht eingeräumt. Vielmehr hat sie ausweislich der Sitzungsniederschrift erklärt, dass sie keine Garantie dafür geben könne, dass nicht nach wie vor auf diese Weise Arbeitsplätze vergeben werden, die Beklagte sei ein bundesweites großes Unternehmen. Damit hat sie nicht positiv bestätigt, dass es das Prinzip der internen Ausschreibungen noch gibt. Dagegen spricht, dass sie in diesem Zusammenhang von einem „Machtwort“ des Konzerns gesprochen hat. Das deutet darauf hin, dass die Praxis der internen Stellenausschreibungen als Problem erkannt und ihr seitens des Konzerns mit dem „Machtwort“ begegnet worden ist. Die Einschränkung, sie könne keine Garantie geben, ist offenbar dem Umstand geschuldet, dass es sich um ein großes Unternehmen handelt. Es kann daher nicht positiv festgestellt werden, dass bei der Beklagten auch im Jahr 2009 noch interne Ausschreibungen vorgekommen sind.

Demzufolge ist es auch unerheblich, wenn der Kläger den Vortrag der Beklagten bestreitet, deren Mitarbeiter K. habe vor Ausspruch der Änderungskündigung das Vorhandensein anderer freier Arbeitsplätze im Unternehmen mit negativem Ergebnis geprüft. Der Kläger hätte zumindest in allgemeiner Form darlegen müssen, wo es bei der Beklagten freie Arbeitsplätze gab, die ihm hätten angeboten werden müssen. Er

hätte konkret Stellen bei der Beklagten benennen müssen, die bei Ausspruch der Kündigung bei der Beklagten nicht in die Stellenbörse gelangt sind.

Soweit der Kläger auf die im Jahr 2007 für den Bereich Z. ausgeschriebenen Arbeitsplätze hinweist, legt er nicht dar, dass diese bei Zugang der Kündigung im August 2009 oder später noch frei waren. Ferner ist nicht dargelegt, dass es sich hierbei um Arbeitsplätze handelt, die ihn weniger stark belastet hätten als die von der Beklagten vorgenommene Vertragsänderung. Diese besteht neben der örtlichen Veränderung in einer Änderung der Eingruppierung. Allerdings dämpft die Zulage gem. § 27 MTV die Einbuße der monatlichen Vergütung.

Die dem Kläger angebotenen Änderungsbedingungen sind verhältnismäßig. Mit dem Arbeitsort K. ist dem Kläger die am wenigsten einschneidende Veränderung seiner Arbeitsbedingungen angeboten worden. Die weiteren Arbeitsplätze in Kö. , P. und L. sind wesentlich weiter entfernt von seinem bisherigen Arbeitsplatz. Die Veränderung der Eingruppierung ist nicht zu beanstanden. Die Eingruppierung der bei der Beklagten beschäftigten Mitarbeiter richtet sich nach einem Tarifvertrag. Darüber, dass die dem Kläger angebotenen Tätigkeiten (nur) eine Eingruppierung in die Tarifgruppe T 4 rechtfertigen, besteht kein Streit.

(3) Entgegen der Ansicht des Klägers ist die Kündigung nicht deshalb unwirksam, weil die tatsächliche Weiterbeschäftigung (nach dem Obsiegen im Vorprozess) gezeigt habe, dass die Beklagte ihn bei der DT. beschäftigen könne, dort also eine ihn weniger belastende Beschäftigungsmöglichkeit bestehe. Dabei übersieht der Kläger, dass die Beklagte nicht verpflichtet ist, ihn dauerhaft im Wege der „Konzernleihe“ oder „sonstigen Personalgestellung“ bei der DT. zu beschäftigen.

Die Berufungskammer lässt offen, ob in einer solchen Überlassung ein Verstoß gegen das AÜG läge.

Festzuhalten ist, dass es sich um keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Unternehmen handelt. Die vom Kläger verlangte Beschäftigung würde die Grundsätze des konzerndimensionalen Kündigungsschutzes verletzen. Nach ständiger Rechtspre-

chung des Bundesarbeitsgerichts ist das Kündigungsschutzgesetz nicht konzernbezogen. Der Arbeitgeber ist vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer in einem anderen Betrieb eines anderen Unternehmens unterzubringen. Allerdings sind aufgrund besonderer Sachverhaltsgestaltungen Ausnahmefälle denkbar, in denen eine konzernbezogene Betrachtung geboten ist. Davon ist nicht nur auszugehen, wenn sich ein anderes Konzernunternehmen ausdrücklich zur Übernahme des Arbeitnehmers bereit erklärt hat, sondern auch und vor allem dann, wenn sich eine solche Verpflichtung unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag oder einer sonstigen vertraglichen Absprache ergibt (vgl. BAG vom 23.03.2006 – 2 AZR 162/05).

Im Fall des Klägers liegen diese Voraussetzungen konzerndimensionalen Kündigungsschutzes nicht vor. Der Kläger ist dem Vortrag der Beklagten, wonach sich die DT. nicht ausdrücklich zur Übernahme des Klägers bereit erklärt hat, nicht entgegengetreten.

Nach seinem Arbeitsvertrag ist der Kläger bei dem Fernmeldeamt L. eingestellt. Der Arbeitsvertrag verpflichtet ihn nicht zur Tätigkeit für Konzerntöchter der D. Bundespost. Es ist nicht erkennbar, auf welche Weise der Kläger „Konzernarbeitnehmer“ der Beklagten geworden sein will.

Der Kläger kann nicht verlangen, dass die Beklagte ihn wie einen Beamten der DT. zuweist. Die Zuweisung der Beamten erfolgt aufgrund von § 4 Abs. 4 PostPersRG. Diese Vorschrift ist als Ausnahmenvorschrift für die bei der Beklagten beschäftigten Beamten auf die Arbeitnehmer nicht entsprechend anwendbar.

2. Auch unter Berücksichtigung des besonderen Kündigungsschutzes des Klägers aus § 26 MTV erweist sich die Änderungskündigung als wirksam.

Nach § 26 Abs. 3 a) MTV ist bei den von Absatz 1 erfassten Arbeitnehmern, zu denen der Kläger aufgrund der Übergangsvorschriften unstreitig gehört, eine ordentliche Kündigung zum Zwecke der Änderung des Arbeitsvertrags nur möglich, wenn eine Beschäftigung des Arbeitnehmers zu den bisherigen Vertragsbedingungen aus dringenden betrieblichen Gründen nicht mehr möglich ist.

Im vorliegenden Fall ist der Beklagten die Beschäftigung des Klägers zu den bisherigen Vertragsbedingungen aus dringenden betrieblichen Gründen nicht mehr möglich. Sie kann ihn nicht mehr als Sachbearbeiter Verwaltung Produktion beschäftigen, weil bei ihr keine Beschäftigungsmöglichkeiten für Mitarbeiter mit Aufgaben dieses Inhalts mehr bestehen (s.o.). Auch der Kläger räumt ein, dass die Beklagte in ihrem Unternehmen über keine Arbeitsplätze verfügt, die denen in der Technischen Infrastruktur Niederlassungen entsprechen; er verweist vielmehr auf Beschäftigungsmöglichkeiten in einem (anderen) Konzernunternehmen (DT.).

Folglich strebt der Kläger an, dass ihn die Beklagte unter Aufrechterhaltung seines Arbeitsverhältnisses mit ihr, auf seinem alten Arbeitsplatz bei der DT. einsetzt. Aufgrund seines besonderen Kündigungsschutzes müsse die Beklagte diese tatsächlich bestehende Beschäftigungsmöglichkeit nutzen.

Es spricht einiges dafür, dass § 26 Abs. 3 a) MTV dem Kläger einen Schutz gewährt, der über den nach § 2 Satz 1 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 und 2 KSchG hinausgeht. Denn § 26 Abs. 3 MTV unterscheidet sich im Wortlaut von § 1 Abs. 2 KSchG. So ist in § 26 Abs. 3 a) MTV offen formuliert, dass eine Beschäftigung „aus dringenden betrieblichen Gründen nicht mehr möglich ist“, während es in § 1 Abs. 2 KSchG heißt: „durch dringende betriebliche Gründe, die einer Weiterbeschäftigung in diesem Betrieb entgegenstehen“. § 26 Abs. 3 c) MTV lässt sich entnehmen, dass nicht jeder verhaltensbedingte Grund für eine Kündigung ausreichen soll. Auch das spricht dafür, dass die Tarifvertragsparteien die Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes zur Änderungskündigung nicht unverändert auf die Mitarbeiter mit besonderem Kündigungsschutz angewendet wissen wollten. Wäre das angestrebt worden, hätte eine einfache Verweisung ausgereicht. Eine eigenständige Regelung wäre entbehrlich gewesen.

Entscheidend ist aber, dass auch § 26 Abs. 3 a) MTV keinen konzernweiten Kündigungsschutz eröffnet und die Beklagte zwingt, vor Ausspruch einer ordentlichen Änderungskündigung nach § 26 Abs. 3 a) MTV Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Konzern zu berücksichtigen. Weder Wortlaut noch Systematik des MTV legen eine solche Deutung nahe. Der Konzern wird in der Vorschrift nicht erwähnt. Die Systematik spricht nicht für die Auslegung des Klägers. Der MTV verpflichtet den Arbeitgeber,

mithin die Beklagte. Adressat ist nicht der Konzern. Das legt es nahe, dass die Beklagte nur in ihrem Unternehmen nach Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten suchen muss.

Dabei wird nicht übersehen, dass das Bundesarbeitsgericht bei ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern „verschärfte Anforderungen“ an die Pflicht des Arbeitgebers stellt, mit allen Mitteln, ggf. durch eine entsprechende Umorganisation und das Freimachen geeigneter gleichwertiger Arbeitsplätze, eine Weiterbeschäftigung im Betrieb oder Unternehmen zu versuchen (BAG 06.10.2005 – 2 AZR 362/04 – AP BAT § 53 Nr. 8). Dass darüber hinaus stets auch im Konzernbereich nach Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten gesucht werden muss, hat das Bundesarbeitsgericht – soweit ersichtlich – bislang nicht gefordert. Dem steht nach Auffassung der Berufungskammer entgegen, dass dadurch in die Betriebsführung der anderen Konzernunternehmen eingegriffen würde. Hinzu kommt, dass die „verschärften Anforderungen“ für die außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist entwickelt worden sind. Im vorliegenden Fall geht es aber um eine ausnahmsweise zulässige ordentliche Änderungskündigung. Allenfalls der Schutz des ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers vor einer außerordentlichen betriebsbedingten Beendigungskündigung kann es rechtfertigen, auch Arbeitsplätze im Konzernbereich in die Überlegungen einzubeziehen (vgl. Bröhl, Die außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist, S. 159).

3. Die Kündigung ist nicht wegen fehlender Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam.

a) Der Betriebsrat der ehemaligen Technischen Infrastruktur Niederlassung N. ist für den Kläger nicht (mehr) zuständig.

aa) Mit Übergang des Betriebs Technische Infrastruktur N. auf die DT. ist auch dessen Betriebsrat übergegangen. Denn die organisatorische Einheit ist, wie oben ausgeführt, erhalten geblieben. Die Betriebsidentität ist gewahrt, der Betrieb wird von der DT. im Wesentlichen unverändert fortgeführt. Die materiellen Betriebsmittel sowie fast alle Arbeitnehmer, etwa 750, sind übergegangen. Der Betriebszweck hat sich nicht geändert. Folglich besteht der Betriebsrat bei der DT. als Organ weiter. Der Kläger ist nicht Arbeitnehmer der DT., weil er in diesem Betrieb nicht beschäftigt wird, § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.

bb) Die Zuständigkeit des Betriebsrats der DT. folgt auch nicht aus einem Übergangsmandat nach § 21 a Abs. 1 BetrVG. Nach dieser Vorschrift bleibt ein Betriebsrat unter bestimmten Voraussetzungen im Amt, wenn ein Betrieb gespalten wird. Im vorliegenden Fall fehlt es bereits an einer Betriebsspaltung im Sinne dieser Vorschrift. Wie bereits mehrfach betont, ist es zu einem Betriebsübergang gekommen.

Entgegen der Ansicht des Klägers stellen die bei der Beklagten im Anstellungsverhältnis verbliebenen Beamten gemeinsam mit den dreizehn Arbeitnehmern, die dem Betriebsübergang widersprochen haben, weder einen (Rest-)betrieb noch einen abgespaltenen Betriebsteil dar. Für die Beamten ist wegen der Zuweisung zur DT. der dortige Betriebsrat zuständig (BAG 16.01.2008 – 7 ABR 66/06). Auch die dreizehn Arbeitnehmer, darunter der Kläger, die dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die DT. widersprochen haben, bilden keinen abgespaltenen Betriebsteil im Sinne des § 21 a Abs. 1 BetrVG. Sie üben keinen gemeinsamen selbständigen Betriebszweck aus, der diese Annahme rechtfertigen würde.

Im Übrigen wäre ein Übergangsmandat des Betriebsrats nach § 21 a Abs. 1 Sätze 3 und 4 BetrVG spätestens nach einem Jahr, also am 25.06.2008, beendet gewesen. Die streitgegenständliche Kündigung datiert aber vom 24.08.2009.

b) Die Beklagte musste vor Ausspruch der Kündigung nicht den Betriebsrat der DT. anhören. Diesem steht kein Restmandat nach § 21 b BetrVG zu. Die Vorschrift setzt voraus, dass ein Betrieb untergeht (Hauck in Bernsau/Dreher/Hauck, Betriebsübergang, 3. Aufl., BetrVG Rn. 10). Im vorliegenden Fall ist der Betrieb der Technischen Niederlassung N. nicht untergegangen, sondern wird von der DT. fortgeführt.

c) Weder der Gesamtbetriebsrat noch der Konzernbetriebsrat sind mangels Zuständigkeit eines örtlichen Betriebsrats zuständig. Das Gesetz kennt eine Auffangzuständigkeit dieser Gremien für die Anhörung gem. § 102 BetrVG nicht. Weder unter § 50 Abs. 1 Satz 1 BetrVG noch unter § 58 Abs. 1 Satz 1 BetrVG lässt sich die Zuständigkeit eines der beiden Gremien für die Anhörung zur Kündigung eines einzelnen Arbeitsverhältnisses subsumieren. Das gilt auch dann, wenn – wie hier – der Arbeitnehmer keinem Betrieb (mehr) zugeordnet werden kann.

Eine Anhörungspflicht nach § 102 BetrVG besteht bei allen Kündigungen gegenüber Arbeitnehmern, die zu der durch den Betriebsrat repräsentierten Belegschaft des Betriebs im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes gehören. Die Rechtsprechung sieht nur solche Personen als betriebsangehörige Arbeitnehmer an, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen und innerhalb der Betriebsorganisation des Arbeitgebers abhängige Arbeitsleistungen erbringen. Es reicht deshalb nicht aus, dass lediglich ein durch Arbeitsvertrag begründetes Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber besteht, ohne dass auch eine tatsächliche Beziehung des Arbeitnehmers zu dem Betrieb vorhanden ist.

Die Beklagte weist zutreffend darauf hin, dass es zu einer Verschlechterung des Schutzes nach § 102 BetrVG führen kann, wenn ein Arbeitnehmer dem Übergang seines Betriebes auf einen anderen Betriebsinhaber widerspricht. Die Anhörung eines anderen Betriebsrats des Unternehmers nach § 102 BetrVG kommt auch dann nicht in Betracht, wenn der Unternehmer, der einen Betrieb insgesamt veräußert hat, noch mehrere weitere Betriebe besitzt und kein Anhaltspunkt dafür besteht, welchem der verbleibenden Betriebe der dem Betriebsübergang widersprechende Arbeitnehmer zugeordnet werden könnte. Weder eine Pflicht des Arbeitgebers zur Anhörung eines bestimmten Betriebsrats, noch eine Pflicht zur Anhörung der Betriebsräte aller verbleibenden Betriebe lässt sich in einem derartigen Fall begründen. Es würde sich unweigerlich die Frage stellen, welcher Betriebsrat zu beteiligen ist und welcher nicht. Weil der Arbeitnehmer der Belegschaft keines dieser Betriebe zugeordnet werden kann, fehlt das rechtliche Band, das seine Repräsentation durch einen dieser Betriebsräte rechtfertigen könnte. Die bloße Pflicht des Arbeitgebers, ggf. Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für den Arbeitnehmer in diesen Betrieben zu suchen, begründet hier ebenso wenig eine Pflicht zur Anhörung der Betriebsräte der verbleibenden Betriebe, wie bei sonstigen betriebsbedingten Kündigungen, bei denen der Arbeitgeber auch nach § 1 Abs. 2 KSchG derartige Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zu prüfen hat, ohne dass dadurch die Anhörungspflicht nach § 102 BetrVG ausgeweitet würde. Der widersprechende Arbeitnehmer, der mit der Ausübung seines Widerspruchsrechts schon ein höheres Kündigungsrisiko eingeht, riskiert damit gleichzeitig also ein Leerlaufen der betrieblichen Mitbestimmung im Fall seiner Kündigung (BAG 21.03.1996 – 2 AZR 559/95).

Die Beklagte hat den Kläger keinem ihrer Betriebe zugeordnet. Er war nach seinem Widerspruch gegen den Betriebsübergang zunächst freigestellt. Zu jenem Zeitpunkt besaß er bereits keine Bindung mehr zu einem bestimmten Betrieb, weil dieser zuvor auf die DT. übergegangen war. Nach der Freistellung ist der Kläger bei der DT. zur Meidung der Zwangsvollstreckung beschäftigt worden. Anschließend erfolgte eine erneute Freistellung bis zur Kündigung. Damit wurde keine Zugehörigkeit zu einem Betrieb der Beklagten bewirkt.

Die Zuständigkeit eines Betriebsrats der Beklagten (welches?) lässt sich auch nicht damit begründen, dass die Beklagte es entgegen Treu und Glauben unterlassen hat, den Kläger nach dessen Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses einem bestimmten Betrieb zuzuordnen. Dabei kann auch in diesem Fall offen bleiben, ob sich eine derartige Rechtsfolge überhaupt aus dem Gebot von Treu und Glauben herleiten lässt (vgl. BAG 21.03.1996, a. a. O.). Die Beklagte hat es nämlich nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unterlassen, den Kläger einem Betrieb zuzuordnen. Die Weiterbeschäftigung bei der DT. entsprach gerade dem ausdrücklichen Wunsch des Klägers, den er auch in diesem Verfahren durchzusetzen versucht. Im Übrigen war die Beklagte zur Beschäftigung des Klägers durch das Urteil des Arbeitsgerichts verpflichtet worden. Es kann der Beklagten also nicht vorgeworfen werden, sich durch die unterlassene Zuordnung treuwidrig verhalten zu haben. Dass die Beklagte – mangels geeigneter Beschäftigungsmöglichkeiten – den Kläger auch bis zum Zugang der Kündigung keinem Betrieb zugeordnet hat, begründet schon wegen der Kürze der Zeitdauer noch keinen Verstoß gegen Treu und Glauben.

4. Die Änderungskündigung ist nicht etwa deshalb unwirksam, weil der Betriebsrat des Betriebs der Beklagten in K., in den der Kläger nach dem Änderungsangebot wechseln sollte, zur beabsichtigten Einstellung des Klägers nicht angehört worden ist. Die fehlende Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG führt nicht zur Unwirksamkeit der Änderungskündigung (vgl. BAG 30.09.1993 – 2 AZR 283/93 – AP KSchG 1969 § 2 Nr. 33; HWK/Molkenbur 3. Aufl. § 2 KSchG Rn. 101). Die Wirksamkeit der Änderungskündigung hängt nicht davon ab, dass der Betriebsrat

der Versetzung zugestimmt hat bzw. die Zustimmung durch das Gericht ersetzt worden ist. Selbst wenn die Zustimmung des Betriebsrats zur Versetzung nach § 99 BetrVG fehlt, führt dies nicht zu einer Unwirksamkeit der Änderungskündigung wegen Verletzung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 99 BetrVG; der Arbeitgeber kann dann allerdings die Versetzung tatsächlich nicht durchführen.

5. Die Änderungskündigung vom 24.08.2009 ist schließlich nicht deshalb unwirksam, weil der mit ihr angebotene Arbeitsplatz zum 01.04.2010 bei der Beklagten infolge eines Betriebsübergangs nicht mehr vorhanden ist.

Maßgebend für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung ist die objektive Sachlage zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung (BAG 13.02.2008 – 8 AZR 102/02 – AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 175). Es kommt allein auf die Tatsachen an, die zu diesem Zeitpunkt vorlagen. Der Betriebsübergang ist erst zum 01.04.2010 erfolgt und damit weit nach Ausspruch der Kündigung.

II. Der Beschäftigungsanspruch des Klägers zu den bisherigen Bedingungen ist zum 31.03.2010 erloschen. Ab diesem Zeitpunkt hat sich das Arbeitsverhältnis der Parteien als Folge der Änderungskündigung geändert. Es sind nicht mehr alleine die Bedingungen des Arbeitsvertrags vom 25.08.1980 in der Fassung der Änderungen durch den Vertrag vom 27.06.1991 maßgebend. Die Beschränkung auf Tätigkeiten der Entgeltgruppe T 5 ist entfallen.

Ergänzend ist anzumerken, dass der Kläger nach Auffassung der Berufungskammer eine Beschäftigung am Arbeitsort L. nicht verlangen kann. Die Parteien haben den Arbeitsort L. nicht vereinbart. Weder im Arbeitsvertrag des Klägers vom 25.08.1980, noch im Änderungsvertrag vom 21.06.1991 ist ein Arbeitsort festgelegt. Bei der Zuweisung des Arbeitsorts L. im Schreiben vom 19.12.2006 (Anlage K 2 = Bl. 8 d. A.) handelt es sich nicht um eine vertraglich bindende Vereinbarung. Das ergibt sich schon aus der äußeren Form des Schreibens. Vielmehr macht die Beklagte mit diesem Schreiben von ihrem Weisungsrecht nach § 106 Satz 1 GewO

Gebrauch. Nach dieser Vorschrift kann der Arbeitgeber u. a. den Ort der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen. Der Arbeitsort des Klägers hat sich auch nicht auf L. konkretisiert. Für eine entsprechende Annahme fehlt jeder Vortrag.

C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil Fragen grundsätzlicher Bedeutung nicht entscheidungserheblich waren. Auch die Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 ArbGG liegen nicht vor.

gez. ...

gez. ...

gez. ...