

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 6 Sa 358/08

6 Ca 1156/08 ArbG Lübeck
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 13.05.2009

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 13.05.2009 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter als Beisitzer und d. ehrenamtliche Richterin als Beisitzerin

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 08.07.2008 – 6 Ca 1156/08 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

2. Die Revision wird nicht zugelassen.

.....

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Tatbestand

Die Parteien streiten in der Berufung noch über die Wirksamkeit einer Kündigung, sowie um Weiterbeschäftigung.

Der am ... 1954 geborene Kläger absolvierte ab dem 01.08.1971 bei der Deutschen Bundespost, der Rechtsvorgängerin der Beklagten eine Ausbildung zum Fernmeldehandwerker. Nach erfolgreichem Abschluss der Ausbildung war der Kläger ab dem 01.07.1974 als Fernmeldehandwerker/Betriebstechniker T... bei der D... B... beschäftigt. Dem Arbeitsverhältnis lag zunächst ein Arbeitsvertrag für Arbeiter vom 08.07.1974 über eine Tätigkeit beim Fernmeldeamt L... zugrunde (Anlage K 1 = Bl. 8 d. A.). Danach galten die Bestimmungen des Tarifvertrags für die Arbeiter der D... B... in ihrer jeweiligen Fassung als unmittelbar zwischen den Parteien vereinbart. Der Arbeitsvertrag wurde mehrfach verändert, zuletzt durch Schreiben vom 09.08.2006 (Anlage K 2 = Bl. 9 d. A.). In dem Schreiben heißt es:

„Sie werden daher wie geplant zum 07.08.2006 als Monteur (Dienstleistungsmonteur/N... Communica) mit der ATNr. 33... entsprechend Ihrer arbeitsvertraglichen Eingruppierung in die Technische Infrastruktur Niederlassung Nord am Standort L... versetzt“.

Der Kläger war zuletzt in der Entgeltgruppe T 3 eingruppiert. Während zweier aufeinander folgender Versetzungen, die jeweils zeitlich befristet waren, insgesamt vom 01.01.2007 bis einschließlich 30.09.2007, war der Kläger auf Dienstposten eingesetzt, die mit Entgeltgruppe T 5 nach dem Entgelttarifvertrag (ERTV) bewertet waren.

Der Kläger ist verheiratet und hat ein Kind. Sein durchschnittlicher Bruttomonatsverdienst beträgt 3.035,88 EUR. Mit Schreiben vom 06.05.1994 (Anlage K 6 = Bl. 25 d. A.) hat die Rechtsvorgängerin der Beklagten dem Kläger mitgeteilt, dass er die Voraussetzungen der Unkündbarkeit nach § 26 a Abs. 1 Buchst. t des Tarifvertrags für die Arbeiter der D... B... (TV Arb) am 21.05.1994 erfülle.

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... T... Services GmbH (VTS) war in diesem Bereich tätig. Der Kläger war der Technischen Infrastruktur Niederlassung Nord mit Sitz in H... als Monteur im Außendienst zugeordnet.

Die Beklagte gliederte zum 25.06.2007 den Tätigkeitsbereich des Klägers, die Serviceeinheit für Technische Infrastruktur, auf eine neu gegründete Tochtergesellschaft, die D... T... Netzproduktion GmbH (DT NP), aus. Die operativen Einheiten, also die Tätigkeiten und die damit zusammenhängende Lenkung sowie die hierzu erforderlichen Betriebsmittel wurden der neuen Gesellschaft übertragen. Weitere Einzelheiten ergeben sich aus der sog. Migrationsübersicht, der Verlautbarung der Beklagten vom 06.06.2007, dem Schaubild über den Bereichsvorstand T-COM1 (vgl. Anlagen K 11 – 13 = Bl.105 ff. d. A.) und der Darstellung des Klägers auf Seiten 5 und 6 seines Schriftsatzes vom 04.06.2008. Die DT NP hat mit der Gewerkschaft ver.di eigenständige Tarifverträge geschlossen, die inhaltlich von den von der Beklagten, ebenfalls mit ver.di geschlossenen abweichen.

Die Beklagte informierte den Kläger über den – aus ihrer Sicht – anstehenden Betriebsübergang (Anlage B 1 = Bl. 61 ff. d. A.). Dem möglichen Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprach der Kläger am 13.08.2007. Die Beklagte bot ihm daraufhin an, das Arbeitsverhältnis ab dem 15.11.2007 in K... fortzusetzen (Anlage K 8 = Bl. 28 d. A.). Nachdem der Kläger das Angebot abgelehnt hatte, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 20.03.2008 (Anlage K 7 = Bl. 26 f. d. A.), zugegangen am 27.03.2008, ordentlich zum 31.10.2008. Das Angebot, den Kläger in K... weiter zu beschäftigen, hielt sie mit der Maßnahme aufrecht, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen zum 01.11.2008 erfolgen solle. Im Kündigungsschreiben wird auf das Änderungsangebot vom 17.10.2007 Bezug genommen. In diesem Angebot werden als Änderungen des Arbeitsverhältnisses folgende Bedingungen angegeben und durch Fettdruck hervorgehoben:

„Beschäftigung als Mitarbeiter Sekretariat DRF beim Personal Service T....
Arbeitsort ist K....
Diese Tätigkeit ist der Entgeltgruppe T 3 zugeordnet.“

Der Kläger lehnte dieses Änderungsangebot ab.

Der Kläger ist einer schwerbehinderten Person gleichgestellt (Bescheid vom 17.11.2006, Anlage K 5 = Bl. 23 f. d. A.). Auf Antrag der Beklagten vom 10.12.2007 hatte der Landschaftsverband R... mit Bescheid vom 17.03.2008 (Anlage B 7= Bl. 76 ff. d. A.) der beabsichtigten Kündigung zugestimmt.

Der Kläger hat gemeint, die Kündigung sei aus verschiedenen Gründen unwirksam: Es fehle bereits an einer wirksamen Zustimmung des Integrationsamtes. Der Landschaftsverband R... sei unzuständig, die erteilte Zustimmung deshalb nichtig im Sinne von § 40 Abs. 1 SGB X. Zuständig sei das Landesamt für soziale Dienste in N... mit der Außenstelle L.... Zudem gelte die Zustimmung als erteilt, weil die entsprechende Fiktionsfrist abgelaufen sei. Nach der fingierten Zustimmung habe die Beklagte die Kündigung jedoch nicht rechtzeitig erklärt.

Die Beklagte habe nicht beachtet, dass der Kläger entsprechend des seinerzeitigen Hinweises ihrer Rechtsvorgängerin unkündbar sei. Nicht nur die ordentliche Kündigung des Klägers sei durch § 26a TV Arb in der am 24.05.1994 geltenden Fassung ausgeschlossen. Durch § 27 Abs. 2 TV Arb sei sogar die außerordentliche Kündigung auf solche Tatbestände reduziert, welche sich auf einen außergewöhnlichen, in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden wichtigen Grund beziehen lassen. Auch die betriebsbedingte außerordentliche Kündigung sei ausgeschlossen. Auf § 26 Manteltarifvertrag D... T... (MTV DT AG) könne sich die Beklagte nicht berufen. Diese Norm entzöge dem Kläger die Rechtsposition der Unkündbarkeit und sei daher auf ihn nicht anwendbar. Der Kläger habe den Kündigungsschutz durch die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den TV Arb erlangt, so dass sie ihm nicht auf tariflichem Wege entzogen werden könne. Zudem setze die Regelung im TV Arb nachfolgenden Regelungen Grenzen. Fest erworbene Rechtspositionen der Unkündbarkeit könnten nicht (mehr) entzogen werden. Die Unkündbarkeit werde auch dann entzogen, wenn für vormals der ordentlichen Kündigung entzogene Tatbestände nachträglich wieder die Kündigung ermöglicht werde. Der einmal erlangte Kündigungsschutz dürfe also nicht mehr eingeschränkt werden.

Die Änderungskündigung sei überdies sozial nicht gerechtfertigt. Der Arbeitsplatz des Klägers sei nicht weggefallen. Es sei schon zweifelhaft, ob überhaupt ein Betriebsübergang auf die Tochtergesellschaft stattgefunden habe. Die bisherigen T... Betriebe blieben bestehen, denn die in ihnen beschäftigten Beamten verblieben dort. Diese würden den neuen Servicegesellschaften nur zur Dienstleistung zugewiesen. Überdies fehle es an einem Inhaberwechsel. Die Beklagte habe ihre Arbeitgeberbefugnisse in den betroffenen Betriebsbereichen nach dem 01.07.2007 beibehalten. Dafür spreche, dass die Geschäftsführer der Tochtergesellschaften gleichzeitig leitende Mitarbeiter der Beklagten seien. Die Beklagte nehme über die wirtschaftlichen Zielvorgaben, die Bedarfsermittlung und Planung erheblichen Einfluss. Sie generiere die Arbeit, nicht die T...-Gesellschaften, ihr gehöre das Telekommunikationsnetz und die daran angeschlossenen Kunden seien ihre Kunden. Es sei von einem Gemeinschaftsbetrieb der Beklagten und der Tochtergesellschaft auszugehen. Die Beklagte verlege bei ihr anfallende Tätigkeiten und Beschäftigungsmöglichkeiten an die DT NP.

Die Beklagte müsse wegen der ihr gegenüber dem unkündbaren Kläger obliegenden Pflichten alles unternehmen, um eine Beschäftigungsmöglichkeit für ihn zu finden. Sie sei verpflichtet, im Wege einer Umorganisation eine Weiterbeschäftigung des Klägers innerhalb des Konzerns zu versuchen. Insbesondere müsse sie auf ihre 100%ige Tochter, die DT NP Einfluss nehmen, dass diese den Kläger im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung beschäftige (Konzernleihe). Sie sei zur konzernweiten Weiterbeschäftigung verpflichtet. Bei der DT NP bestehe der Arbeitsplatz fort. Die Beklagte habe die Möglichkeiten einer unternehmensweiten Weiterbeschäftigung des Klägers nicht hinreichend geprüft. Die Jobbörse erfasse nicht alle freien bzw. frei werdenden Arbeitsplätze, sondern nur diejenigen, die nach Ablauf einer bestimmten Zeit nicht betriebsintern besetzt werden konnten. Ein Teil der Jobangebote sei nur „geschlossenen Benutzergruppen“ zugänglich. Zudem habe die Beklagte während der Ankündigungsfrist für den Betriebsübergang freie Arbeitsplätze an weniger schutzwürdige Arbeitnehmer vergeben. Dabei handele es sich um 400 neu geschaffene Arbeitsplätze im neu gegründeten Betrieb ZT QA. Ggf. hätte die Beklagte für den Kläger einen Arbeitsplatz frei machen müssen.

Die Beklagte habe keine ausreichende Sozialauswahl durchgeführt, da nur die Verteilung der Arbeitnehmer, die dem Übergang ihrer Arbeitsplätze widersprochen haben, auf vorhandene freie Arbeitsplätze nach den Grundsätzen einer Sozialauswahl durchgeführt worden sei. In der fortbestehenden Niederlassung der Beklagten seien Beschäftigte tätig. Auch die bei den Tochtergesellschaften beschäftigten Arbeitnehmer hätten in die Sozialauswahl einbezogen werden müssen.

Schließlich sei die Kündigung mangels Betriebsratsanhörung unwirksam. Anders als die Beklagte meine, gebe es durchaus einen zuständigen Betriebsrat, der (insoweit unstrittig) nicht angehört worden sei.

Wegen Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigung könne der Kläger Weiterbeschäftigung verlangen, und zwar am Arbeitsort L.... Denn dort habe ihn die Beklagte im Wege der Arbeitnehmerüberlassung bei der Tochter eingesetzt. Dies könne die Beklagte weiterhin durchführen, jedenfalls für den Zeitraum des Kündigungsschutzprozesses.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 20.03.2008 nicht aufgelöst wird;
3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, den Kläger seit 01.10.2007 gemäß Entgeltgruppe T 5 des Entgelttarifvertrages der D... T... AG (ERTV) zu vergüten und die nachzuzahlenden Bruttodifferenzbeträge zu der erfolgten Vergütung gemäß Entgeltgruppe T 3 seit jeweiliger Fälligkeit in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz zu verzinsen;

hilfsweise für den Fall, dass der Antrag zu 3 Erfolg hat:

4. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu den Bedingungen des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsvertrages vom 06.07.1974 in der zuletzt geänderten Fassung des Änderungsvertrages vom 09.08.2006 als Fernmeldehandwerker/Betriebstechniker T... mit Tätigkeiten gemäß der Entgeltgruppe T 5 ERTV am Arbeitsort L... (hilfsweise ohne diese Konkretisierung des Arbeitsortes) bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Rechtsstreits weiter zu beschäftigen,

hilfsweise für den Fall der Abweisung des Klagantrags zu 3.,

die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu den Bedingungen des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsvertrages vom 06.07.1974 in der zuletzt geänderten Fassung des Änderungsvertrages vom 09.08.2006 als Fernmeldehandwerker/Betriebstechniker T... mit Tätigkeiten gemäß der Entgeltgruppe T 3 ERTV am Arbeitsort L... (hilfsweise ohne diese Konkretisierung des Arbeitsortes) bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Rechtsstreits weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, der Beschäftigungsbetrieb des Klägers sei zum 25.06.2007 vollständig auf die DT NP übergegangen. Sie habe sich entschieden, keine eigene Netzproduktion mehr zu betreiben, sondern diesen Bereich in eine Tochtergesellschaft auszulagern.

Die Zustimmung des Landschaftsverbandes R... sei wirksam. Der Verband am Sitz der beklagten Arbeitgeberin sei örtlich zuständig, nachdem der Kläger wegen des Betriebsübergangs auf die D... N... keinem Betrieb mehr zuzuordnen sei. Jedenfalls führe ein entsprechender Fehler nicht zu einer vom Arbeitsgericht zu berücksichtigenden Nichtigkeit der Zustimmung zur Kündigung. Die Fiktion des § 88 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. § 88 Abs. 3 SGB X greife nicht, denn es liege kein Fall des § 89 Abs. 1, 3 SGB X vor. Ein rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang sei keine Betriebsstilllegung. Folglich habe die Beklagte die Kündigung rechtzeitig nach erteilter Zustimmung ausgesprochen.

Der Kläger sei nicht entsprechend des 1995 geltenden Tarifvertrages unkündbar. Vielmehr sei lediglich § 26 Abs. 3 litt. a MTV DT AG einschlägig, der § 26 a TV Arb abgelöst habe. Dessen Voraussetzungen für eine betriebsbedingte Änderungskündigung lägen jedoch vor. Änderungen des tariflichen besonderen Kündigungsschutzes verstießen regelmäßig nicht gegen die Grundsätze des Vertrauensschutzes.

Infolge des Betriebsübergangs sei bei der Beklagten die Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger weggefallen. Sie habe die dem Betriebsübergang widersprechenden Arbeitnehmer gesammelt und auf die vorhandenen Arbeitsplätze aus der internen Jobbörse verteilt. Im Zuge dessen habe sie dem Kläger das in der Kombination von Wohnortnähe, Bezahlung, Verantwortung und Qualifikation für ihn zumutbarste Angebot unterbreitet, zunächst mit Schreiben vom 17.10.2007 und später erneut im Rahmen der streitgegenständlichen Änderungskündigung. Die Arbeitsplätze bei der ZT QA hätten bereits im Mai 2007 zur Besetzung angestanden, also vor Gründung der Servicegesellschaften. Mit Nichtwissen werde bestritten, dass der Kläger die dortigen Arbeitsplätze hätte besetzen können.

Sie, die Beklagte, sei nicht verpflichtet, den Kläger an ein Tochterunternehmen auszuliehen oder in anderer Weise konzernweit weiter zu beschäftigen. Der Kläger könne eine unbefristete Konzernleihe zur D... N... nicht verlangen, um dort dauerhaft zu den Konditionen der Beklagten zu arbeiten. Eine Weiterbeschäftigung bei der D... N... im Wege des Arbeitgeberwechsels strebe der Kläger selbst gar nicht an; dem Betriebsübergang habe er widersprochen. Die Beklagte könne auch nicht bestimmend in die Personalentscheidungen ihrer Tochtergesellschaften eingreifen, Rahmenvorgaben für Umsatzziele usw. berührten einzelne Personalentscheidungen nicht. Die Personal-Einzelentscheidungen seien ausschließlich bei dem Geschäftsführer Personal der T-Servicegesellschaften und den Niederlassungsleitern angesiedelt. Bei der D... N... sei das Herr P.... Bei der Beklagten seien nicht sämtliche administrativen Geschäftsbereiche verblieben, so dass von dort die Personalentscheidungen „durch gesteuert“ werden können. Der Einsatz der Beamten bei der D... N... spreche nicht gegen den Betriebsübergang oder für das Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebs der Beklagten und der D... N... Bei Einsatz eines Beamten in einer Tochtergesellschaft sei es notwendig, sowohl dessen Dienstposten weiterzuführen als auch die haushaltsrechtliche Planstelle dort abzubilden. Die mit dem Dienstposten hinterlegte Tätigkeit sei aber tatsächlich übergegangen. Bei der Beklagten seien keine operativen Tätigkeiten verblieben; es gebe keine zweite operative „T... Niederlassung“ des bisherigen Betriebes mit dem Leiter S.... Seine Bezügemitteilungen erhalte der Kläger von der PST, einer reinen Vollzugseinheit ohne jede Leitungsmacht (vgl. Geschäftsauftrag, Anlage B 11 = Bl. 151 d. A.).

Einer Betriebsratsanhörung habe es nicht bedurft, weil ein Betriebsrat für den Kläger nicht mehr zuständig gewesen sei. Bei Kündigungsausspruch sei der Kläger keinem Betrieb zugeordnet gewesen. Die Zuordnung habe durch die Änderungskündigung vorgenommen werden sollen.

Gegen eine Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung des Klägers spreche auch, dass eine derartige Beschäftigung insbesondere in L... für die Beklagte nach Übergang des entsprechenden Betriebes nicht mehr möglich sei. Die Beklagte beschäftige keine Fernmeldehandwerker bzw. Betriebstechniker, auch nicht in L.... Für die Beklagte sei es nicht möglich, entsprechenden Einfluss auf ihre 100%igen Töchter auszuüben, insbesondere habe der dortige Personalverantwortliche eigene Vorgaben, die er sich selbst setze. Hierauf könne die Beklagte keinen Einfluss nehmen.

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 20.03.2008 nicht beendet worden ist. Ferner hat es die Beklagte zur Weiterbeschäftigung als Fernmeldehandwerker/Betriebstechniker T... mit Tätigkeiten gemäß der Entgeltgruppe T 3 ERTV am Arbeitsort L... verurteilt. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Kündigung sei wegen fehlender Zustimmung des örtlich zuständigen Integrationsamts unwirksam. Der zustimmende Verwaltungsakt des Landschaftsverbands R... sei nichtig. Zudem hätte die Beklagte von ihrem Direktionsrecht Gebrauch machen können, anstatt eine Änderungskündigung auszusprechen. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des arbeitsgerichtlichen Urteils verwiesen.

Gegen das ihr am 22.09.2008 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat die Beklagte am 30.09.2008 Berufung eingelegt und nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 22.12.2008 am 10.12.2008 begründet.

Die Beklagte behauptet, sie erbringe in ihrem Unternehmen keine Netzinfrastrukturleistungen mehr. Folglich sei der Beschäftigungsbedarf auf dem ehemaligen Arbeitsplatz des Klägers weggefallen. Die in den ehemaligen acht Niederlassungen erledig-

ten Aufgaben seien mit allen Arbeitsplätzen auf die D... N... übertragen worden. Im-materielle und materielle Betriebsmittel (Gebäude und bewegliche Güter) seien über-gegangen. Der vormalige Beschäftigungsbetrieb des Klägers bestehe weder fort, noch sei er auf die ZT QA übergegangen. Die D... N... führe die wirtschaftliche Betä-tigung in dem ehemaligen Beschäftigungsbetrieb des Klägers als „Inhaber“ fort. Alle Befugnisse in personellen Angelegenheiten seien der D... N... zur selbständigen Er-ledigung übertragen. Die Beklagte und die D... N... führten keinen gemeinsamen Betrieb, denn der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft bei dieser Gesellschaft wer-de nicht von einem einheitlichen Leitungsapparat der D... N... und der Beklagten gesteuert. Die Service-Gesellschaft verfüge über einen Geschäftsführer Personal, in den Betrieben gebe es zudem Leiter Personal und Organisation.

Alternative, den Kläger weniger belastende Beschäftigungsmöglichkeiten als mit der Änderungskündigung angeboten, hätten nicht bestanden. Der Kläger behaupte „ins Blaue hinein“, dass bei der Beklagten nicht alle freien bzw. frei werdenden Arbeits-plätze von der Jobbörse erfasst würden.

Der Kündigungsschutz sei grundsätzlich nicht konzernbezogen; auch liege kein Aus-nahmefall vor. Weder trete ein Konzernunternehmen der Beklagten als Mitarbeitsge-ber 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 be-stimmenden Einfluss auf die Übernahme durch die D... N.... Die D... N... sei weder zur Übernahme des Klägers bereit, noch bestehe bei ihr die Notwendigkeit oder Be-reitschaft, den Kläger im Wege der Leiharbeit zu beschäftigen.

Der Kläger missverstehe den tariflichen Sonderkündigungsschutz. Er habe keine unabänderliche Rechtsposition erworben. Denn sowohl § 26 MTV DT AG als auch die Vorgängerregelungen hätten Ausnahmetatbestände enthalten. § 26 Abs. 3a) MTV DT AG 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. Die Neuregelung des § 26 Abs. 3 MTV DT AG habe die vorhande-

nen Ausnahmetatbestände lediglich modifiziert und den Sonderkündigungsschutz nicht abgeschafft.

Die Beklagte meint, mit dem Landschaftsverband R... sei das örtlich zuständige Integrationsamt beteiligt worden, nachdem der Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses wirksam widersprochen hatte. Infolge des Widerspruchs sei der Kläger keinem Betrieb der Beklagten mehr zuzuordnen gewesen, so dass die Auffangzuständigkeit des Sitzes des Arbeitgebers maßgeblich sei. Im Übrigen führe die örtliche Unzuständigkeit regelmäßig nicht zur Nichtigkeit des Verwaltungsaktes.

Hinsichtlich der Entscheidung des Integrationsamts liege eine Ermessenreduzierung auf null vor. Deshalb könne die erteilte Zustimmung nicht nichtig sein.

Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts sei die Änderungskündigung erforderlich gewesen. L... sei als Arbeitsort vertraglich festgelegt worden. Weder der Arbeitsvertrag noch § 6 MTV DT AG enthalte eine Versetzungsermächtigung.

Einer Betriebsratsanhörung habe es nicht bedurft. Der vormalige Beschäftigungsbetrieb des Klägers, die Technische Infrastruktur-Niederlassung Nord für die T... der D... T... AG, bestehe nicht – auch nicht teilweise – fort.

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

Die Beklagte beantragt,

1. auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 08.07.2008 mit dem Aktenzeichen 6 Ca 1156/08 abgeändert. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Kläger auferlegt.

Der Kläger beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Zutreffend habe das Arbeitsgericht die Zustimmung des Landschaftsverbands R... als nichtig angesehen. Dem Verband habe neben der örtlichen Zuständigkeit auch die Verbandskompetenz für die Entscheidung über die Zustimmung zur Kündigung des Klägers gefehlt. Die Zuständigkeit der Integrationsämter knüpfe nicht an den Unternehmenssitz an. Zuständig sei vielmehr das für den Ausgangsbetrieb zuständige Integrationsamt. Selbst bei einer Ermessensreduzierung auf null entfalte der nichtige Verwaltungsakt keine Rechtswirkung. Der Kläger meint, § 89 Abs. 1 Satz 1 SGB IX sei anwendbar. Deshalb sei die Kündigung zu spät ausgesprochen worden.

Im Übrigen sei der Kläger nicht „betriebslos“. Sein bisheriger Beschäftigungsbetrieb, die Technische Infrastruktur-Niederlassung Nord für die T... der D... T... AG mit Sitz in H..., bestehe fort. Denn diesem Betrieb gehörten weiterhin dienstrechtlich die der DT NP (gem. § 4 Abs. 4 PostPersRG) zugewiesenen Beamten an. Für den Fortbestand des Beschäftigungsbetriebs sprächen auch die Bezügemitteilungen. Der dort genannte Betrieb OZT 2501 entspreche dem Betrieb TI NL Nord. Allenfalls der Betriebszweck sei reduziert.

Im bisherigen Beschäftigungsbetrieb des Klägers gebe es weiterhin einen Betriebsrat. Die in die DT NP übergegangenen Betriebsratsmitglieder seien durch Ersatzmitglieder aus den Reihen der Beamten ersetzt worden. Jedenfalls bleibe der Betriebsrat zur Wahrnehmung derwicklungsaufgaben im Amt. Dieser Betriebsrat hätte beteiligt werden müssen.

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.

Der Kläger betont, dass die Beklagte alleinige Gesellschafterin der DT NP sei. Herr F..., der Geschäftsführer der DT NP, gehöre zur Leitung der Beklagten. Die D... N... werde nur für die Beklagte tätig. Liege aber – wie hier – wirtschafts- und steuerrechtlich eine unselbständige Organgesellschaft vor, so stehe das arbeitsrechtlich einem Betriebsübergang entgegen.

Der Kläger ist weiter der Auffassung, sowohl die ordentliche Kündigung als auch die außerordentliche Kündigung sei infolge der arbeitsvertraglichen Verweisung auf den Tarifvertrag ausgeschlossen. Zu einer Ablösung bzw. Modifizierung der vom Kläger erworbenen Position sei es nicht gekommen.

Die Weiterbeschäftigung sei möglich, wie die tatsächliche Beschäftigung des Klägers in Konzern-Leiharbeit bei der D... N... in L... zeige. Die Beklagte könne ihn aber auch anders beschäftigen: Nach wie vor gehöre ihr das Telekommunikationsnetz, das unterhalten und gewartet werden müsse. Die angeschlossenen Kunden seien ihre Kunden, die zu betreuen seien. Wenn die Beklagte die bei ihr anfallenden Arbeiten, auch die des Klägers, an die D... N... als ihre Tochtergesellschaft verlege, sei das gegenüber dem Kläger unzulässig. Sie müsse die Beschäftigung dem externen Auftragnehmer entziehen und sie im erforderlichen Umfang dem Kläger zugänglich machen. Die Pflicht zur konzernweiten Weiterbeschäftigung folge auch daraus, dass die Beklagte den unverändert bestehenden Beschäftigungsbedarf auf ein anderes Konzernunternehmen verlagert habe. Der Bedarf werde durch die übergeleiteten und auf dem freien Markt angeworbenen Arbeitnehmer gedeckt. Die Beklagte könne ihn, den Kläger, wie die Beamten, unter Beibehaltung der vertraglichen Bindung zu ihr, der D... N... zuweisen. Der Kläger meint, die Beklagte hätte ihm einen Arbeitsplatz in der ZT QA anbieten müssen.

Im Berufungstermin ist Beweis erhoben worden durch Vernehmung der Zeugin H... sowie der Zeugen G... und K.... Wegen der Beweisbeschlüsse und des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift verwiesen.

Entscheidungsgründe:

A. Die Berufung der Beklagten 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, nicht aber in der Begründung.

I. Die streitgegenständliche Kündigung ist nicht schon wegen Fehlens der vorherigen Zustimmung des Integrationsamts unwirksam.

1. Vor jeder Kündigung eines Schwerbehinderten oder gleichgestellten Arbeitnehmers benötigt der Arbeitgeber die Zustimmung des Integrationsamtes. Eine ohne vorherige Zustimmung ausgesprochene Kündigung ist unwirksam, § 85 SGB IX. Der Arbeitgeber hat den Antrag auf Zustimmung zur Kündigung gemäß § 87 Abs. 1 Satz 1 SGB IX bei dem für den Sitz des Betriebes oder der Dienststelle zuständigen Integrationsamt schriftlich zu stellen. Stellt der Arbeitgeber den Antrag bei einer örtlich unzuständigen Behörde, ist diese gemäß § 16 Abs. 2 Satz 1 SGB I verpflichtet, den Antrag unverzüglich an das zuständige Integrationsamt weiterzuleiten (APS/Vossen § 87 Rdn. 7).

2. Die Beklagte hat am 10.12.2007 schriftlich die Zustimmung zur Kündigung des Klägers beim Landschaftsverband R... beantragt. Erst am 20.03.2008, also nach der am 17.03.2008 erteilten Zustimmung, hat sie die streitgegenständliche Kündigung ausgesprochen.

3. Es kann offen bleiben, ob es sich bei dem Landschaftsverband R... tatsächlich um das örtlich zuständige Integrationsamt gehandelt hat. Denn gemäß § 40 Abs. 3 Nr. 1 SGB X ist ein Verwaltungsakt nicht deshalb nichtig, weil Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit nicht eingehalten worden sind. Ein Verstoß gegen die örtliche Zuständigkeit führt nicht zur Nichtigkeit. Die bloße Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes ist

im Widerspruchsverfahren und einem sich ggf. anschließenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu klären.

4. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts folgt die Nichtigkeit der Zustimmung des Landschaftsverbands R... nicht aus dessen fehlender Verbandskompetenz. Während die örtliche, sachliche und die instanzielle Zuständigkeit bei der Behörde ansetzen und die funktionelle Zuständigkeit bei einzelnen Funktionsträgern innerhalb einer Behörde, knüpft die Verbandszuständigkeit nicht an die Behörde an, sondern setzt bei dem Rechtsträger an, dem sie angehört. Die Verbandszuständigkeit bzw. Verbandskompetenz betrifft die Zuweisung von Aufgaben zu Trägern öffentlicher Verwaltung, etwa dem Bund, einem bestimmten Land oder einer bestimmten Gemeinde (vgl. Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz 8. Auflage § 3 Rdn. 6). Handeln absolut unzuständige Behörden, d. h. solche, die unter keinem denkbaren Gesichtspunkt für den Verwaltungsakt zuständig bzw. zu seinem Erlass befugt sein können, sind entsprechende Verwaltungsakte nichtig. Nichtigkeit ist regelmäßig auch anzunehmen bei offensichtlich fehlender Verbandskompetenz, d. h. bei Entscheidung der Behörde eines anderen Rechtsträgers im Vollzug von Recht, für dessen Vollzug die handelnde Behörde unter keinem denkbaren Gesichtspunkt zuständig sein kann (BVerwG 16.04.1971 – IV C 36.68 - DÖV 1972, 173; Kopp/Ramsauer a. a. O. § 44 Rdn. 14). Diese zur Nichtigkeit führende Voraussetzung liegt nicht vor, wenn die Behörde eines Bundeslandes anstelle der Behörde eines anderen Bundeslandes Bundesrecht vollzieht (BVerwG 20.02.1992 – 5 C 66/88 - BVerwGE 90, 35). Auch im vorliegenden Fall haben die Integrationsämter der Bundesländer N...-W... und S...-H... jeweils Bundesrecht anzuwenden, nämlich das SGB IX. Damit liegt kein Fall der offenkundig fehlenden Verbandskompetenz vor.

II. Die Änderungskündigung vom 20.03.2008 ist nicht unverhältnismäßig und deshalb unwirksam, weil es sich um eine überflüssige Kündigung handelt.

1. Nach dem im Kündigungsschutzrecht geltenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit darf der Arbeitgeber erst dann eine Änderungskündigung aussprechen, wenn keine Möglichkeit besteht, die beabsichtigte Kündigung mit weniger einschneidenden Mitteln zu erreichen. Sofern der Arbeitgeber deshalb seinen Änderungswunsch auch

durch Ausübung seines Direktionsrechts umsetzen kann, verstößt er gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn er stattdessen eine Änderungskündigung ausspricht. Eine solche Änderungskündigung ist wegen der damit verbundenen Bestandsgefährdung unwirksam, wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot nicht unter Vorbehalt annimmt (BAG 11.10.1995 – AP Nr. 45 zu § 611 BGB Direktionsrecht).

2. Im vorliegenden Fall hätte die Beklagte den Kläger jedoch nicht im Wege des Direktionsrechts von L... nach K... versetzen können. Im Allgemeinen braucht sich der Arbeitnehmer nicht an einen anderen als den vertraglich vereinbarten Arbeitsort versetzen zu lassen, sofern dies nicht ausdrücklich oder stillschweigend vorbehalten ist. Der Ort der Arbeitsleistung ergibt sich im vorliegenden Fall aus dem Arbeitsvertrag des Klägers vom 08.07.1974. Dort ist ausdrücklich von der Tätigkeit beim Fernmeldeamt L... die Rede. Auch zuletzt war zwischen den Parteien L... als Arbeitsort vereinbart. So heißt es in dem Schreiben vom 09.08.2006 (Anlage K 2 = Blatt 9 d. A.), dass der Kläger als Monteur „in die technische Infrastrukturniederlassung Nord am Standort L...“ versetzt wird. Im Arbeitsvertrag des Klägers findet sich kein Versetzungsvorbehalt. Die Versetzungsbefugnis folgt auch nicht aus § 6 MTV DT AG. Diese Tarifbestimmung beschreibt nur, was bei der Ausübung einer anderweitig begründeten Versetzungsbefugnis zu beachten ist. Sie begründet aber nicht selbst für den Arbeitgeber die Möglichkeit, dem Arbeitnehmer einen anderen Arbeitsort zuzuweisen. Hierüber besteht zwischen den Parteien im Übrigen Einigkeit.

III. Die Entscheidung des Arbeitsgerichts erweist sich jedoch aus einem anderen Grund als richtig. Die Kündigung vom 20.03.2008 ist rechtsunwirksam und hat das Arbeitsverhältnis nicht zum 31.10.2008 beendet, weil sie gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößt.

1. Der Kläger erfüllt die Voraussetzungen des Kündigungsausschlusses sowohl des § 26 a TV Arb als auch des § 26 MTV DT AG. Gemäß Mitteilung der Rechtsvorgängerin der Beklagten lagen die Voraussetzungen für die Unkündbarkeit nach § 26 a Abs. 1 Buchst. t TV Arb am 21.05.1994 beim Kläger vor. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Erlangung des Sonderkündigungsschutzes sind zwar mit In-

krafttreten des MTV DT AG verschärft worden, denn bei einer Betriebszugehörigkeit von 15 Jahren setzt der Schutz nach § 26 MTV DT AG erst mit Vollendung des 50. und nicht bereits des 40. Lebensjahres ein. Der 1954 geborene Kläger erfüllt aber auch diese Voraussetzung.

2. Es kann offen bleiben, ob die rückwirkende Einschränkung des Sonderkündigungsschutzes nach § 26 a TV Arb durch § 26 MTV DT AG zulässig ist, weil – so die Beklagte – lediglich bestehende Ausnahmen der Tatbestände zum Sonderkündigungsschutz modifiziert worden sind. Auch bei Anwendung des § 26 MTV DT AG und insbesondere des dort in Absatz 3 geregelten Ausnahmetatbestands erweist sich die streitgegenständliche Kündigung als unwirksam. § 26 Abs. 3 lit. a) MTV DT AG lässt die Änderungskündigung zu, wenn für den dem besonderen Kündigungsschutz unterliegenden Arbeitnehmer die Beschäftigung zu den bisherigen Vertragsbedingungen aus dringenden betrieblichen Gründen nicht mehr möglich ist.

a) Selbst wenn mit der Beklagten davon ausgegangen wird, dass der Beschäftigungsbedarf für den Kläger infolge des Übergangs seines bisherigen Beschäftigungsbetriebs auf die D... N... entfallen ist, musste der Kläger die ihm angebotene Vertragsänderung, die eine Tätigkeit in K... mit sich gebracht hätte, billigerweise nicht annehmen. Mit diesem Angebot hat die Beklagte gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen. Die angebotenen Änderungen müssen geeignet und erforderlich sein, 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). 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 schutzwürdigen 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.

In jedem Fall sind aber alle Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten einzubeziehen. 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 genügt zunächst seiner Darlegungslast, wenn er vorträgt, eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers sei nicht möglich. Im vorliegenden Fall hat die Beklagte behauptet, außer den in der Jobbörse gesammelten Stellen habe es 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 hinreichend bestimmt dazu vorgetragen, wie im Unternehmen der Beklagten freie Stellen außerhalb der Jobbörse ausgeschrieben und besetzt werden. Weil diese Ausschreibungen an ihm vorbeigingen, ihn nicht erreichten, könne er zu einzelnen Arbeitsplätzen nicht weiter vortragen. Die Beklagte hat demgegenüber an ihrem Vortrag festgehalten.

b) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht für die Kammer fest, dass die Beklagte nicht sämtliche Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten auf freien Arbeitsplätzen in ihre Entscheidung einbezogen hat. Sie durfte sich nicht darauf beschränken, die in der Jobbörse gesammelten Stellenangebote auf ihre Eignung für den Kläger zu prüfen. Vielmehr musste sie, ohne dass der Kläger auf konkrete Stellen hinwies, von

sich aus sämtliche freien Stellen in die Prüfung zumutbarer Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten einbeziehen, die in dem Unternehmen im streitgegenständlichen Zeitraum zur Besetzung anstanden. Die Beklagte hat nicht widerlegen können, dass sich bei Einbeziehung sämtlicher Jobangebote, auch solcher, die nicht in die Jobbörse gelangt sind, eine dem Kläger eher zumutbare Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ergeben hätte. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist die Kammer davon überzeugt, dass nicht sämtliche frei werdenden Stellen in die Jobbörse gelangen und dass dies auch im maßgeblichen Zeitraum so war. Nur die dort gesammelten Stellen hat die Beklagte aber in ihre Prüfung einbezogen, als sie ermittelt hat, welches die aus ihrer Sicht für den Kläger zumutbarste Beschäftigungsmöglichkeit ist. Es kann somit nicht ausgeschlossen werden, dass bei umfassenderer Prüfung, unter Einbeziehung nicht in die Jobbörse gelangter Stellen, sich für den Kläger eine weniger belastende Beschäftigungsmöglichkeit ergeben hätte. Weil diese internen Ausschreibungen den Kläger nicht erreichten, konnte er zu den einzelnen Arbeitsplätzen nicht vortragen.

c) Die Zeugin H... hat zwar die Sammlung der internen und externen Beschäftigungsmöglichkeiten im IT-Pool anschaulich geschildert und erläutert, wie und auf welche Weise über das System Stellen angeboten werden können. Auch hat sie erklärt, sie gehe davon aus, dass keine Stelle besetzt wird, die nicht vorher in der Jobbörse ausgeschrieben sei. Diese Aussage hat sie aber eingeschränkt, indem sie bekundet hat, dass etwas anderes gelten mag, wenn die Parteien im Betrieb etwas anderes vereinbaren, also keine Ausschreibung verlangen. Bereits daraus folgt, dass zumindest die Möglichkeit besteht, und auch im streitgegenständlichen Zeitraum bestanden hat, dass frei werdende Stellen schon auf betrieblicher Ebene besetzt worden sind, ohne dass sie in die Stellenbörse gelangt sind und somit bei der Prüfung der zumutbaren Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für den Kläger unberücksichtigt blieben. Die Zeugin hat zwar weiter bekundet, dass ihr kein Fall bekannt sei, in dem die Stellenbesetzungsrichtlinie nicht angewandt worden sei und sie zudem davon ausgehe, dass eine organisationsinterne Besetzung ohne Ausschreibung nicht stattfinde. Das spricht zusammengenommen dafür, dass bei strikter Einhaltung der Richtlinien und der allgemein geforderten Ausschreibung sämtliche freien Stellen in die Jobbörse gelangen müssten. Dem stehen aber die übereinstimmenden Aussagen

der Zeugen G... und K... entgegen. Damit wird der Zeugin H... keineswegs ihre Glaubwürdigkeit abgesprochen. Sie hat auf die Kammer einen überzeugenden Eindruck gemacht und in freier Form den Umgang mit der Jobbörse aus ihrer Perspektive geschildert. Es ist durchaus nachvollziehbar, dass sie davon ausgeht, dass die Richtlinien in der Praxis befolgt werden und auf diese Weise sichergestellt wird, dass tatsächlich sämtliche Stellen in die Jobbörse gelangen. Weil die Zeugin in diesem Bereich tätig ist, ist ihre Aussage auch glaubhaft. Allerdings konnte sie letztlich nicht ausschließen, dass es in der Praxis Ausnahmen von der von ihr geschilderten Regel gibt. Davon, dass die Besetzungsrichtlinie nicht nur im Einzelfall, sondern systematisch umgangen wird, ist die Kammer aufgrund der Aussagen der Zeugen G... und K... überzeugt. Beide haben bekundet, dass es neben der Vermittlung freier Stellen über die Jobbörse ein weiteres Verfahren gibt, mit dem Mitarbeitern freie Stellen angeboten werden. Dieses Verfahren findet statt, bevor die freie Stelle in die Jobbörse gelangt. Der Zeuge G... hat anschaulich berichtet, dass er in einem von ihm geführten Kündigungsschutzverfahren eine Reihe interner Jobangebote vorlegen konnte. Beide Zeugen haben die als Anlage K 16 vorgelegte Stellenausschreibung als ein solches internes Jobangebot identifiziert. Derartige Angebote werden nach übereinstimmender Aussage der Zeugen in einzelnen Einheiten per E-Mail versandt, so dass sich die dort Beschäftigten auf die freien Stellen bewerben können. Erst dann, wenn sich auf diese „Ausschreibung“ niemand meldet, gelangen die Stellen in die Jobbörse. Übereinstimmend haben die Zeugen ausgesagt, dass dieses Verfahren seit geraumer Zeit, zumindest seit Ende der neunziger Jahre, durchgehend praktiziert wird. Auch ihre Aussagen sind glaubhaft, denn zum einen konnte der Zeuge G... in einem von ihm geführte Kündigungsschutzverfahren mit Erfolg auf Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten in dieser zweiten Jobbörse verweisen. Zum anderen haben beide Zeugen über ihre verbandliche Tätigkeit Einblick in eine Vielzahl von Fällen, in denen um Beschäftigungsmöglichkeiten gestritten worden ist. Die Kammer hält die Zeugen auch für glaubwürdig. Sie haben über das Stellenvergabeverfahren anschaulich und widerspruchsfrei berichtet. Sie haben auch erklären können, warum die Betriebsräte gegen diese Praxis bislang nichts unternommen haben. Hierzu haben sie darauf hingewiesen, dass die Betriebsräte dabei das Interesse der in ihrer Einheit Beschäftigten im Auge haben. Sind Einheiten nämlich von Personalabbau bedroht, billigen die Betriebsräte es, wenn freie Stellen zunächst an Mitarbeiter der Einheit vergeben

werden, bevor sie allgemein ausgeschrieben und möglicherweise durch externe Arbeitnehmer besetzt werden. Vor diesem Hintergrund ist nachvollziehbar, dass die Betriebsräte nicht versuchen, die Praxis gerichtlich überprüfen zu lassen, und sich vielmehr auf Protest beschränken.

IV. Der Kläger hat auch Anspruch auf vorübergehende Weiterbeschäftigung zu den im Antrag genannten Bedingungen. Der Anspruch besteht bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Rechtsstreits.

Ist die Kündigung nicht offensichtlich unwirksam, so besteht dennoch nach der Rechtsprechung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts ein Weiterbeschäftigungsanspruch, wenn ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes Instanzurteil ergeht und keine besonderen Umstände vorliegen, die ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers begründen, den Arbeitnehmer nicht weiter zu beschäftigen. Hervorzuheben ist, dass der hier streitbefangene Weiterbeschäftigungsanspruch die Beklagte gerade nur zur vorübergehenden Weiterbeschäftigung als Folge der Tatsache verpflichtet, dass der Kläger im Kündigungsschutzverfahren obsiegt hat.

Die Beklagte stützt ihre Berufung gegen den Weiterbeschäftigungsantrag maßgeblich darauf, ihr sei es nicht möglich, den Kläger zu arbeitsvertraglichen Bedingungen in L... zu beschäftigen. Sie habe keine Arbeit mehr für ihn. Sie beschäftige keine Fernmeldehandwerker bzw. Betriebstechniker. Bei ihr gebe es daher keinen Arbeitsplatz mehr, den der Kläger besetzen könne. Im Rahmen eines vorläufigen Weiterbeschäftigungsanspruches sei sie auch nicht verpflichtet, den Kläger irgendwo innerhalb des Konzerns einzusetzen. Soweit gehe der Weiterbeschäftigungsanspruch nicht, dafür fehle jegliche vertragliche und rechtliche Grundlage. Sie setze den Kläger im Wege der echten Konzernleihe während des anhängigen Rechtsstreites nur deshalb bei der D... N... ein, um sich der vom Kläger betriebenen Zwangsvollstreckung aus dem erstinstanzlichen Urteil zu beugen.

Grundsätzlich ist der Ansatz der Beklagten zutreffend, wonach als überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers auch nach der Entscheidung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts zum Weiterbe-

schäftigungsanspruch beispielsweise die fehlende Möglichkeit zur tatsächlichen Beschäftigung gehört (APS/Koch, § 102 BetrVG Rnr. 240). Besteht also für den Vertragsarbeitgeber keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr, so kann er dies dem Weiterbeschäftigungsanspruch grundsätzlich entgegenhalten. Bei ihrer Argumentation lässt die Beklagte jedoch außer Acht, dass es bei dem Weiterbeschäftigungsanspruch nicht um die rechtliche Prüfung der Rechtswirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung geht, sondern um die Frage, ob es dem Arbeitgeber tatsächlich - also objektiv – nicht möglich ist, den Arbeitnehmer vertragsgemäß einzusetzen. Bietet sich für ihn die Möglichkeit, seiner Beschäftigungspflicht im Wege der Konzernleihe zu entsprechen, so kann nicht von einer tatsächlichen Unmöglichkeit der vorläufigen Weiterbeschäftigung ausgegangen werden. Dies wäre nur dann anzunehmen, wenn es tatsächliche und rechtliche Hinderungsgründe für eine Beschäftigung im Wege der Konzernleihe gebe. Anhaltspunkte dafür bestehen jedoch nicht. Es mag in den unterschiedlich zu behandelnden Einzelfällen solche tatsächlichen oder rechtlichen Hinderungsgründe geben. Hier sind solche jedoch nicht erkennbar. Der Kläger wird tatsächlich von der Beklagten im Wege der Konzernleihe eingesetzt. Das haben die Parteien in der Berufungsverhandlung nochmals bestätigt. Selbst wenn dies im Hinblick auf ein (mögliches) Zwangsvollstreckungsverfahren erfolgt, zeigt die tatsächliche Beschäftigung des Klägers, dass es der Beklagten in diesem konkret zu beurteilenden Sachverhalt jedenfalls möglich war und ist, ihrer Beschäftigungspflicht auf der vertraglichen Grundlage – wenn auch im Wege der Konzernleihe – nachzukommen. Da der Kläger einer solchen Beschäftigung im Wege der Konzernleihe auch zugestimmt hat, kann nicht davon ausgegangen werden, seine Weiterbeschäftigung sei objektiv unmöglich.

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. ...