17 Sa 1568/12
4 Ca 1246/12
Arbeitsgericht Krefeld

Verkündet am 03.09.2013

gez. Willms
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

proT-in
Bundesvorstand
Kellerbergstr. 16
57319 Bad Berleburg
eMail bundesvorstand@proT-in.de
Tel. (0 27 51) 95 91 96

LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

K.	St.	R.	T.	Bes.	Wv.	z.A.	Erl.

EINGANG 06. Sep. 2013 RECHTSANWÄLTE WINKLER NAGEL

In dem Rechtsstreit

des

- Kläger, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungskläger -

Prozessbevollmächtigte: Anwaltskanzlei Winkler & Nagel,
Möhlenring 81, 47906 Kempen,

g e g e n

die Deutsche Telekom AG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden, Herrn Rene Obermann, Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn,

- Beklagte, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Holthausen u.a.,
Unter Goldschmied 6, 50667 Köln,

hat die 17. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 23.07.2013
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Jansen als Vorsitzenden sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Evertz und den ehrenamtlichen Richter Knuth

für R e c h t erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Krefeld vom 28.08.2012 - 4 Ca 1246/12 - wird zurückgewiesen.

2. Die Anschlussberufung des Klägers wird zurückgewiesen.

3. Die Kosten der Berufung trägt die Beklagte zu 2/3 und der Kläger zu 1/3.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

TATBESTAND

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Änderungskündigung.

Der Kläger wurde am 22.06.1977 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin beim Fernmeldeamt in K eingestellt. Zuvor hatte er eine Ausbildung zum Fernmeldehandwerker am 01.08.1974 erfolgreich abgeschlossen. Im Arbeitsvertrag vom 22.06.1977 haben die Parteien vereinbart, dass die Bestimmungen des Tarifvertrags für die Arbeiter der Deutschen Bundespost in ihrer jeweiligen Fassung als unmittelbar zwischen den Parteien vereinbart gelten. Seit dem 31.03.1999 unterliegt der Kläger dem besonderen Kündigungsschutz gemäß § 26 (3) a) MTV DT AG.

Der Kläger war zunächst im Fernmeldedienst (Fernmeldebau) tätig und wechselte Anfang 1995 in den Werkstättendienst beim Fernmeldeamt K . Der Einsatz erfolgte über die Dienststelle Maschinentechnik. Zum 01.01.1996 wurden die Dienststellen Maschinentechnik in die Immobilien-Service Management überführt. Der Kläger wurde der Niederlassung D (im Folgenden: ISM NL D) zugeordnet und verrichtete seine Tätigkeit in der Außenstelle in K . Die Parteien streiten darüber, ob der Kläger seit seinem Einsatz im Werkstättendienst als Servicetechniker für Energie- und Lüftungsanlagen gearbeitet hat. Der Kläger war zuletzt in der Tarifgruppe 7a TV-A Bundespost eingruppiert.

Mit Schreiben vom 23.12.1996 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass weitere Geschäftsbereiche ausgegliedert und in der seit dem 01.01.1996 bestehenden Tochtergesellschaft „Deutsche Telekom Immobilien und Service GmbH"(im Folgenden: DeTe Immobilien GmbH) zusammengefasst werden. Die ISM NL D werde aufgelöst und er zeitgleich mit Wirkung zum 01.01.1997 zu seiner Herkunftsniederlassung- bzw. Direktion zurückversetzt.

In dem Schreiben heißt es weiter:

„Gleichzeitig werden Sie hiermit aufgrund Ihres Antrages Tarif Nr. 12 und den bereits bestehenden außertariflichen Anweisungen vom 01.01.1997

bis zum 31.12.2001 unter Wegfall der Bezüge für eine Tätigkeit bei der De Te Immobilien beurlaubt.
Nach Beendigung der Beurlaubung haben Sie einen Anspruch auf Wiederbeschäftigung in ihrer ursprünglichen Organisationseinheit bzw. deren Nachfolgeorganisationseinheit".

Mit Schreiben vom 14.03.2001 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass er nach der Beurlaubung bei der Tochtergesellschaft wohnortnah zu einer Organisationseinheit der DTAG vermittelt werde. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Schreiben Bezug genommen (Bl. 31/32 d. A.).

Während der Beschäftigung bei der DeTe Immobilien GmbH führte der Kläger eine Fortbildungsmaßnahme zum „Fachwirt Facility Management" durch. Ab dem 01.03.2007 wurde er als Objektmanager beschäftigt und mit Wirkung zum 01.07.2007 in die Vergütungsgruppe T 7 des bei der DeTe Immobilien GmbH zur Anwendung kommenden Entgelttarifvertrages eingruppiert.

Mit Schreiben vom 28.07.2008 informierte die Beklagte den Kläger darüber, dass die DeTe Immobilien GmbH zum 01.10.2008 in die Strabag Property Facility Service GmbH übergeleitet wird. Da der Kläger mit dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses nicht einverstanden war, endete seine Beurlaubung zum 30.09.2008.

Er wurde sodann zum 01.10.2008 der Niederlassung „Personalbetreuung für zu Inlandstöchtern beurlaubte Mitarbeiter" in Berlin zugeordnet. Eine Beschäftigung in diesem Bereich gab es nicht.

Bereits 2001 wurde bei der Beklagten das sogenannte NBBS (Neues Bewertungs- und Bezahlsystem) eingeführt. Danach wurden die Mitarbeiter gem. § 9 des Tarifvertrages über Sonderregelungen (TV SR) vom 01.07.2001 nach den vorhandenen Arbeitsplätze erstmalig eingruppiert. Der Tarifvertrag enthält als Anlage 1 eine Transferliste in der Tätigkeiten einem Tätigkeitsmerkmal und einer Entgeltgruppe zugeordnet sind. Eine Eingruppierung des Klägers erfolgte zum Zeitpunkt der Einführung des neuen Tarifvertrages nicht. Die Beklagte gruppierte den Kläger nach seiner Rückkehr in die Tarifgruppe T 3 des Entgelt-

rahmentarifvertrages (ERTV) ein. Nach ihrem Vortrag haben sich die Tarifvertragsparteien gemäß Tarif-Info Nr. 5 für Fälle, wie den des Klägers, dahingehend verständigt, die zuletzt bezogene Vergütung als Zuordnungswert für die Eingruppierung zu wählen. Wegen der Einzelheiten wird auf das Tarifinfo Nr. 5 (Bl. 718 ff d. A.) Bezug genommen.

Gegen die Eingruppierung wandte sich der Kläger mit einer Eingruppierungsfeststellungsklage und begehrte die Eingruppierung in die Vergütungsgruppe T 7 Stufe 3, hilfsweise T 6 Stufe 3, hilfsweise eine neue Ersteingruppierung. Die Klage wurde vom Arbeitsgericht Krefeld mit Urteil vom 02.02.2009 - 5 Ca 2939/08 - abgewiesen. Die Berufung wurde durch das Landesarbeitsgericht Düsseldorf mit Urteil vom 19.08.2009 - 4 Sa 227/09 - zurückgewiesen. Das Urteil ist rechtskräftig.

Mit Schreiben vom 24.07.2009 widersprach der Betriebsrat einer beabsichtigten Versetzung des Klägers in die Group Business Security als Mitarbeiter „Empfangs- und Bewachungsleistungen" und einer beabsichtigten alternativen Änderungskündigung. Die Maßnahme wurde nicht umgesetzt.

Zum 01.03.2012 schrieb die Beklagte die Stelle Sekretär/in für den Bereich PO Marketing Indirect Materials (OPS-OPM) in der Konzernzentrale in Bonn mit einer Wochenarbeitszeit von 38 Stunden und einer Eingruppierung in die Vergütungsgruppe T 3 aus (Bewerbungsschluss 05.03.2012). Auf die Ausschreibung (Anlage AB 23, S. 584 d. A.) wird Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 16.04.2012 hörte die Beklagte den Betriebsrat zu einer beabsichtigten ordentlichen betriebsbedingten Änderungskündigung des Klägers an. Dieser widersprach der Änderungskündigung mit Schreiben vom 23.04. 2012.

Mit Schreiben vom 24.04.2012, dem Kläger zugegangen am 26.04.2012, sprach die Beklagte eine Änderungskündigung zum 30.11.2012 aus. Sie bot dem Kläger eine Beschäftigung ab dem 01.12.2012 als Mitarbeiter Ressour-

cenmanagement im Betrieb Vivento im Bereich Vivento Business Services in Darmstadt mit einer Vergütung nach der Entgeltgruppe T 3 Stufe 4 und einer Wochenarbeitszeit von 34 Stunden an. Mit Schreiben vom 14.05.2012 (Bl. 29 d. A.) nahm der Kläger das Änderungsangebot unter Vorbehalt an.

Mit der am 16.05.2012 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage wendet sich der Kläger gegen die Änderungskündigung.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass nicht das Betriebsverfassungsgesetz, sondern das Personalvertretungsgesetz zur Anwendung komme. Danach habe nach einem Widerspruch des Personalrats eine Erörterung zu erfolgen. Diese sei nicht erfolgt. Außerdem fehle es bei der mit der Änderungskündigung verbundenen Versetzung an der Zustimmung des Betriebsrats. Es werde bestritten, dass der Betriebsrat ordnungsgemäß besetzt gewesen sei. Die Änderungskündigung sei unwirksam, da ein Einsatz in Darmstadt nicht zumutbar sei. Der Weiterbeschäftigungsantrag sei ebenfalls begründet.

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen in der ordentlichen betriebsbedingten Änderungskündigung der Beklagten im Schreiben vom 24.04.2012 - ihm am 26.04.2012 zugegangen - sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtswidrig unwirksam sind,

die Beklagte zu verurteilen, ihn zu unveränderten Arbeitsbedingungen bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Verfahrens weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen, dass sie dem Kläger eine Reihe von Arbeitsangeboten unterbreitet habe. Diese habe der Kläger abgelehnt. Zum Zeitpunkt der Kündigung habe nur eine Einsatzmöglichkeit in Darmstadt bestanden.

Mit Urteil vom 28.08.2012 hat das Arbeitsgericht dem Kündigungsschutzantrag stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Es hat im Wesentlichen ausgeführt, dass das Arbeitsangebot gegen die Zusage einer wohnortnahen Beschäftigung verstoße. Der Weiterbeschäftigungsantrag innerhalb der Kündigungsfrist habe keinen Erfolg, da er nicht ausreichend bestimmt sei. Für die Zeit danach könne er keine Weiterbeschäftigung zu den alten Bedingungen verlangen, weil er die Änderungskündigung unter Vorbehalt angenommen habe.

Gegen das der Beklagten am 24.09.2012 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat die Beklagte mit dem am 08.10.2012 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 24.12.2012 mit dem am 19.12.2012 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Der Kläger hat mit dem am 05.12.2012 beim Landesarbeitsgericht Düsseldorf eingegangenen Schriftsatz eine Anschlussberufung eingelegt.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass das Änderungsangebot unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angemessen sei. Dem Kläger sei keine wohnortnahe Arbeitsplatzgarantie erteilt worden. Einen Anspruch auf eine Beförderungsstelle habe er nicht. Nach der Rückkehrzusage könne er nur eine Beschäftigung zu den alten Bedingungen verlangen. Bereits das Landesarbeitsgericht Düsseldorf habe rechtskräftig festgestellt, dass der Kläger keine Vergütung nach der Vergütungsgruppe T 6 oder T 7 verlangen könne. Seine ursprüngliche Tätigkeit sei nunmehr zutreffend in die Vergütungsgruppe T 3 eingruppiert. Da der Kläger bei Schaffung des neuen Vergütungstarifvertrages beurlaubt gewesen sei, habe er nicht in der Transferliste aufgeführt werden können. Für Fälle, wie beim Kläger, bestehe die Absprache zwischen den Tarifvertragsparteien, dass die Eingruppierung entsprechend dem Tarifinfo Nr. 5 zum TV SR DT AG erfolge. Dies sei erfolgt und habe eine Eingruppierung in die Vergütungsgruppe T 3 Stufe 4 ergeben. Zum Zeitpunkt des Ausspruchs und Zugangs der Kündigung habe keine zumutbare den Kläger weniger belastende

und zu berücksichtigende Beschäftigungsmöglichkeit im technischen Bereich bestanden als die angebotene Beschäftigung in Darmstadt. Der Kläger habe auch keine andere Beschäftigungsmöglichkeit auf der Tarifebene vor Ort dargelegt. Die vom Kläger benannte Stelle Sekretär Bereich PO-Marketing habe dem Kläger nicht angeboten werden müssen, da es sich um eine Tätigkeit mit einer Wochenarbeitszeit von 38 Stunden handelte. Weitere Stellen in Bonn seien zum Stichtag 19.03.2013 nicht vorhanden gewesen. Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß angehört worden. Ein Weiterbeschäftigungsanspruch bestehe nicht.

Die Beklagte beantragt,

auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Krefeld vom 28.08. 2012 mit dem Aktenzeichen 4 Ca 1246/12 abgeändert.
Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,

im Wege der Anschlussberufung,

die Beklagte wird verurteilt, den Kläger zu unveränderten Arbeitsbedingungen bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Verfahrens auf der Basis der Entlohnung nach der Tarifgruppe T 3 / Stufe 4 des Entgeltrahmentarifvertrages MTV DT AG wohnortnah bezogen auf den derzeitigen Wohnort in Krefeld weiter zu beschäftigen.

Der Kläger ist der Auffassung, dass die Änderungskündigung schon deswegen unwirksam sei, weil die Beklagte sowohl nach dem Arbeitsvertrag als auch nach den schriftlichen Zusagen von 1996 und 2001 verpflichtet sei, ihn wohnortnah zu beschäftigen. Sie habe eine Garantie abgegeben und insoweit auf ihr Kündigungsrecht verzichtet. Die Beschäftigung in Darmstadt sei nicht zumutbar. Unabhängig davon, sei nicht dargelegt, dass der Arbeitsplatz weggefallen sei. Für die Beurteilung komme es nicht auf Arbeitsplätze der Stufe T 3, sondern auf der Eingruppierungsebene T 6 und T 7 an, da er vor seiner Rückkehr dort eingrup-

piert gewesen sei. Er habe auch einen Anspruch auf eine Beschäftigung auf dieser
Ebene. Selbst wenn der Maßstab die Vergütungsgruppe T 3 sei, sei die Wirksamkeit der Kündigung nicht dargelegt. Die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung hätte sich nicht nur auf technische Tätigkeiten, sondern auf alle Tätigkeiten erstrecken müssen, die nach T 3 vergütet würden. Insoweit hätte man ihm auch die Tätigkeit in Bonn zuweisen müssen, zumal er in Darmstadt auch Verwaltungstätigkeiten verrichten solle.

Die Beklagte beantragt,

die Anschlussberufung zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des zugrundeliegenden Sachverhaltes sowie des widerstreitenden Sachvortrags und der unterschiedlichen Rechtsauffassungen der Parteien wird ergänzend Bezug genommen auf die in beiden Instanzen zu den Akten gereichten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie Protokolle der mündlichen Verhandlungen und den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils.

E N T S C H E I D U N G S G R Ü N D E

A. Die Berufung ist zulässig.
Sie ist an sich statthaft (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig (§ 64 Abs. 2 b) ArbGG) sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§ 66 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ArbGG, §§ 519, 520 ZPO).

B. Die Berufung ist nicht begründet. Die Änderungskündigung der Beklagten vom 24.04.2012 ist nicht sozial gerechtfertigt.

I. Eine betriebsbedingte Änderungskündigung ist iSv. § 2 Satz 1, § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber bei Vorliegen eines Kündigungsgrundes darauf beschränkt hat, solche Änderungen anzubieten, die

der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss (BAG 24.05.2012 - 2 AZR 163/11 - NZA-RR 2013, 74-78; BAG 28.08.2008 – 2 AZR 967/06 – AP Nr. 140 zu § 2 KSchG 1969; BAG 03.07.2003 - 2 AZR 617/02 - AP Nr. 73 zu § 2 KSchG 1969; BAG 21.01.1993 - 2 AZR 330/92 - AP MitbestG Schleswig-Holstein § 52 Nr. 1).

II. Es kann dahinstehen, ob der Kläger von der Beklagten zutreffend in die Vergütungsgruppe T 3 eingruppiert ist und für die Beurteilung des Wegfalls des Arbeitsplatzes als Kündigungsgrund und die Angemessenheit des Änderungsangebots von Tätigkeiten die Vergütungsgruppe T 3 oder eine höhere Vergütungsgruppe, über die noch keine rechtskräftige Entscheidung vorliegt, auszugehen ist. Selbst wenn man den Vortrag der Beklagten als richtig unterstellt und es allein auf das Vorhandensein von Tätigkeiten der Tarifgruppe T 3 ankommt, ist die Änderungskündigung nicht sozial gerechtfertigt. In diesem Fall ist zwar mit dem Arbeitsgericht davon auszugehen, dass der ursprüngliche Arbeitsplatz des Klägers in Krefeld sowohl im Rahmen seiner Tätigkeit für die damalige Deutsche Telekom Immobilien-Servicemanagement Niederlassung Düsseldorf als auch für das Fernmeldeamt weggefallen ist. Das Änderungsangebot musste der Kläger aber nicht annehmen.

III. Ob der Arbeitnehmer eine ihm vorgeschlagene Änderung billigerweise hinnehmen muss, ist nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu ermitteln (BAG 03.04.2008 - 2 AZR 500/06 - AP Nr. 137 zu § 2 KSchG 1969; BAG 29.03.2007 - 2 AZR 31/06 - EzA KSchG § 2 Nr. 66; BAG 02.03.2006 - 2 AZR 64/05 - AP KSchG 1969 § 2 Nr. 84). Die Änderungen müssen geeignet und erforderlich sein, um den Inhalt des Arbeitsvertrags den geänderten Beschäftigungsmöglichkeiten anzupassen. Diese Voraussetzungen müssen für alle Vertragsänderungen vorliegen (BAG 29.03.2007 - 2 AZR 31/06 - aaO; BAG 03.07.2003 - 2 AZR 617/02 - BAGE 107, 56; KR/Rost 8. Aufl. § 2 KSchG Rn. 106 a).

Ausgangspunkt ist die bisherige vertragliche Regelung, dh. die angebotenen Änderungen dürfen sich nicht weiter von dem Inhalt des bisherigen Arbeitsverhältnisses entfernen, als zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich

(BAG 02.03.2006 - 2 AZR 64/05 - Rn. 24, aaO; BAG 23.06.2005 - 2 AZR 642/04 - AP Nr. 81 zu § 2 KSchG 1969). Aus dem Vorbringen des Arbeitgebers muss erkennbar sein, dass er auch unter Berücksichtigung der vertraglich eingegangenen Verpflichtungen alles Zumutbare unternommen hat, die durch die unternehmerische Entscheidung notwendig gewordenen Anpassungen auf das unbedingt erforderliche Maß zu beschränken (BAG 03.04.2008 - 2 AZR 500/06 - AP Nr. 137 zu § 2 KSchG 1969; BAG 02.03.2006 - 2 AZR 64/05 - aaO; BAG 17.03.2005 - 2 ABR 2/04 - AP KSchG 1969 § 15 Nr. 58). Wenn durch das Änderungsangebot neben der Tätigkeit (Arbeitsleistungspflicht) auch die Gegenleistung (Vergütung) geändert werden soll, sind beide Elemente des Änderungsangebots am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen (BAG 29.03.2007 - 2 AZR 31/06 - aaO). Auch bei einer Änderungskündigung kann sich der Arbeitnehmer auf andere Beschäftigungsmöglichkeiten zu ihn weniger belastenden Arbeitsbedingungen berufen (BAG 12.08.2010 - 2 AZR 945/08 - AP Nr. 147 zu § 2 KSchG 1969).

IV. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze brauchte der Kläger die Änderung der Vertragsbedingungen nicht billigerweise hinnehmen. Der Kläger kann sich mit Erfolg darauf berufen, dass eine Einsatzmöglichkeit auf einer weniger belastenden Stelle in Bonn möglich war.

1. Selbst wenn man vom Beklagtenvortrag ausgeht, dass der Kläger nach den vertraglichen Vereinbarungen nur eine Tätigkeit nach der Vergütungsgruppe T 3 verlangen kann, erfüllt die Stelle in Bonn diese Voraussetzungen, da sie als T 3 Stelle ausgeschrieben ist. Es handelt sich zwar nicht um eine Tätigkeit als Techniker, sondern als Bürokraft. Die dem Kläger angebotene Stelle als Mitarbeiter „Ressourcenmangement" im Betrieb Vivento in Darmstadt enthält aber nach dem unwidersprochenen Klägervortrag ebenfalls Verwaltungstätigkeiten. Es ergibt sich auch nicht, dass der Kläger für diese Stelle nicht geeignet ist und die Tätigkeiten nicht zumindest nach einer zumutbaren Einarbeitungszeit verrichten kann. Der Kläger hat behauptet, diese Tätigkeiten verrichten zu können und insofern nachvollziehbar unter Vorlage von Zeugnissen darauf verwiesen, dass er anlässlich seiner Tätigkeit bei der Tochtergesellschaft sowohl den Meis-

terbrief, als auch das Zertifikat als Fachwirt Facilty Management erworben und damit anspruchsvollere Arbeiten verrichtet hat. Den Ausführungen ist die Beklagte nicht entgegengetreten. Sie hat zudem selbst nicht dargetan, dass eine unzumutbare Einarbeitungszeit erforderlich wäre, um den Kläger auf der Stelle einzusetzen.

2. Der Beurteilung kann die Beklagte nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass sie die Stelle nicht anbieten brauchte, weil sie nicht nur eine Veränderung des Arbeitsortes, sondern auch eine um vier Stunden längere Arbeitszeit pro Woche beinhaltet habe und der Kläger keinen Anspruch auf einen Arbeitsplatz mit längerer Arbeitszeit habe.

a) Zwar ist der Arbeitgeber im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes regelmäßig nicht verpflichtet, dem Arbeitnehmer zur Vermeidung einer Beendigungskündigung eine Beförderungsstelle anzubieten (BAG 23.02.2010 - 2 AZR 656/08 - AP Nr. 66 zu § 15 KSchG 1969; BAG 21.09.2000 - 2 AZR 440/99 - AP Nr. 112 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 07.02.1991 - 2 AZR 205/90 - BAGE 67, 198). Durch die Kündigungslage muss der Arbeitnehmer, gemessen an seinem arbeitsvertraglichen Rechtsanspruch auf Beschäftigung und Vergütung, nicht bessergestellt werden (BAG 09.11.2006 - 2 AZR 509/05 - AP BGB § 311 a Nr. 1; BAG 18.10.2000 - 2 AZR 465/99 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 39; BAG 22.01.1998 - 8 AZR 243/95 - AP BGB § 613 a Nr. 173).

Auch im Rahmen des § 1 Abs. 2 Satz 1 iVm. § 2 KSchG ist zwar zunächst zu prüfen, ob ein Beschäftigungsbedürfnis für den betreffenden Arbeitnehmer zu den bisherigen Vertragsbedingungen entfallen ist. Der Kläger kann auf dieser Prüfungsebene dem Vortrag des Arbeitgebers zum Wegfall einer Beschäftigungsmöglichkeit in Krefeld nicht entgegenhalten, dass er in Bonn hätte beschäftigt werden können (BAG 12.04.2002 - 2 AZR 740/00 - NZA 2002, 1175). Die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit gem. § 1 Abs. 2 Nr.1 b KSchG beschränkt sich auf Arbeitsplätze, auf die der Arbeitgeber den Arbeitnehmer per Direktionsrecht versetzen kann. Von einer einseitigen Versetzungsmöglichkeit auf diesen Arbeitsplatz kann aber nicht ausgegangen werden.

b) Im zweiten Prüfungsschritt geht es aber nicht um den Wegfall des Arbeitsplatzes, sondern um die Verhältnismäßigkeit des Änderungsangebots. Ein Änderungsangebot impliziert, dass dem Arbeitnehmer für die Zukunft andere als die bisher geltenden, vertraglich vereinbarten Bedingungen unterbreitet werden. Regelmäßig wird es sich um das Angebot ungünstigerer Vertragsbedingungen handeln (Galperin DB 1958, 799; Palme BlStSozArbR 1976, 257), doch können auch günstigere Arbeitsbedingungen Gegenstand einer Änderungskündigung sein (Künzl in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht 4. Auflage 2012 Rn 18-22).

Es kann bereits nicht der Auffassung der Beklagten gefolgt werden, dass die Stelle durch die Verlängerung der Arbeitszeit eine Besserstellung beinhaltet. Die regelmäßige Arbeitszeit wird auf 38 Wochenstunden und eine Vergütung nach der Vergütungsgruppe T 3 festgelegt. Dem ist nicht zu entnehmen, dass eine über die Monatsvergütung nach T 3 höhere Vergütung gezahlt werden soll, zumal die regelmäßige Arbeitszeit für einzelne Arbeitnehmer auch 38 Wochenstunden betragen kann (§ 11 (2) MTV DT AG von 2007). Selbst wenn die Tätigkeit mit einer höheren Vergütung verbunden ist, ist zu berücksichtigen, dass für die höhere Vergütung vier Stunden wöchentlich mehr zu leisten sind.

Im Übrigen geht es im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung des Angebots darum, die notwendig gewordenen Anpassungen auf das unbedingt erforderliche Maß zu beschränken. Bei der Anwendung dieses Maßstabs folgt die Kammer der Auffassung des Klägers, dass eine Beschäftigung auch mit einer um wöchentlich vier Stunden längeren Arbeitszeit in Bonn (Entfernung ca. 95 km, Fahrzeit ca. 1 Stunde bei bloßer Stadtangabe in Google Maps) weniger belastend ist, als eine Tätigkeit mit verringerter Arbeitszeit in einer erheblich weiter entfernt liegenden Arbeitsstätte, wie hier in Darmstadt (ca. 250 km ca. 2,5 Stunden s.o. Google Maps). Allein die Entfernung kann nur mit einer erheblichen längeren Fahrzeit pro Tag überwunden werden, die die zusätzlichen vier Arbeitsstunden pro Woche wesentlich überschreitet. Unabhängig davon kann bezweifelt werden, ob eine solche Strecke täglich bewältigt werden kann. Die

Stelle führt damit neben der längeren Fahrzeit und den anfallenden Kosten, zu einer erheblichen Veränderung der persönlichen Lebensumstände.
Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände ist das Änderungsangebot unverhältnismäßig.

c) Dem kann die Beklagte nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass die Stelle zum Kündigungszeitpunkt nicht mehr frei war und deswegen nicht angeboten werden konnte.

aa) Für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung kommt es zwar grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung an (BAG 18.10.2012 - 6 AZR 41/11 - DB 2013, 586 - 588). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann sich ein Arbeitgeber zur Rechtfertigung einer Kündigung aber nicht auf einen von ihm selbst herbeigeführten, etwa durch eine vorgezogene Stellenbesetzung verursachten Wegfall freier Arbeitsplätze im Kündigungszeitpunkt berufen (Rechtsgedanke des § 162 BGB; BAG 25.04.2002 - 2 AZR 260/01 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 121; BAG 21.09.2000 - 2 AZR 440/99 - BAGE 95, 350). Der Arbeitgeber hat es nicht in der Hand, eine Auswahlentscheidung nach § 1 Abs. 3 KSchG dadurch zu vermeiden, dass er zunächst einen freien Arbeitsplatz besetzt und später eine Beendigungskündigung wegen fehlender Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten ausspricht. Ein treuwidriges Verhalten liegt insbesondere dann vor, wenn für den Arbeitgeber bereits zum Zeitpunkt der Stellenbesetzung der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit für den später gekündigten Arbeitnehmer absehbar war (BAG Großer Senat 25.04.2002 - 2 AZR 260/01 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 121).

bb) Diese Grundsätze sind hier entsprechend anzuwenden. Zwischen dem Zeitpunkt der Stellenbesetzung in Bonn und der Einleitung des Anhörungsverfahrens gegenüber dem Betriebsrat mit Schreiben vom 16.04.2008 liegt zwar kein enger zeitlicher Zusammenhang. Hier ist aber zu berücksichtigen, dass der Kläger seit der Beendigung der Beurlaubung im Jahre 2008 nicht mehr beschäftigt wurde und auf der Suche nach einem Arbeitsplatz war. Bereits im Jahr 2009

war eine Änderungskündigung beabsichtigt, wurde aber nicht umgesetzt. Die Beklagte hat den Kläger zwar nach ihrem Vortrag in der Vergangenheit aufgefordert, sich auf freie Stellen zu bewerben. Angesichts der oben dargestellten Umstände, insbesondere auch der Zusage, ihn nach Ende der Beurlaubung ortsnah zu beschäftigen, oblag ihr die vertragliche Verpflichtung, dem Kläger freie wohnortnähere Stellen der nach Auffassung der Beklagten zutreffenden Eingruppierungsgruppe T 3 im Wege einer Änderungskündigung anzubieten. Die Beklagte verhält sich treuwidrig, wenn sie den Kläger jahrelang nicht beschäftigt, eine zwischenzeitlich Anfang März 2012 freie T 3 Stelle in Bonn anderweitig besetzt und sich im Rahmen der vorliegenden Änderungskündigung darauf beruft, dass die Stelle zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung nicht mehr frei war und nur noch eine Beschäftigungsmöglichkeit in Darmstadt bestand.

d) Die Beklagte kann auch nicht mit Erfolg darauf verweisen, dass sie dem Kläger die Stelle nicht habe anbieten müssen, weil dieser der Auffassung war und ist, einen Anspruch auf eine Beschäftigung nach der Vergütungsgruppe T 6 / T 7 zu haben und er das Angebot sowieso nicht angenommen hätte.

Selbst wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vor Ausspruch einer Kündigung das Angebot macht, den Vertrag der noch bestehenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit anzupassen und der Arbeitnehmer dieses Angebot ablehnt, ist der Arbeitgeber regelmäßig nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verpflichtet, trotzdem zunächst eine Änderungskündigung auszusprechen. Eine Beendigungskündigung ist nur dann zulässig, wenn der Arbeitnehmer unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, er werde die geänderten Arbeitsbedingungen im Fall des Ausspruchs einer Änderungskündigung nicht, auch nicht unter dem Vorbehalt ihrer sozialen Rechtfertigung annehmen (BAG 21.04.2005 - 2 AZR 244/04 - AP Nr. 80 zu § 2 KSchG 1969). Hier war eine vorherige Änderungskündigung nicht entbehrlich. Der Kläger hat selbst das Änderungsangebot zur Beschäftigung in Darmstadt unter Vorbehalt angenommen. Insofern ergeben sich keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger bei Ausspruch einer Änderungskündigung zum damaligen Zeitpunkt das Angebot zwar mit

längerer Arbeitszeit aber viel näher an seinem Wohnort die Beschäftigung fortzuführen, nicht zumindest unter Vorbehalt angenommen hätte.
Da die Änderungskündigung bereits aufgrund der obigen Ausführungen keinen Bestand hat, kam es auf die nachträglich eingereichten Schriftsätze der Parteien vom 23.08.2013 bzw. 29.08.2013 nicht an und die mündliche Verhandlung war nicht wieder zu eröffnen.

C. Der im Wege der Anschlussberufung gestellte Weiterbeschäftigungsantrag hat auch in der zuletzt mit Schriftsatz vom 28.01.2013 gestellten Form keinen Erfolg.

1. Die Voraussetzungen für eine Anschlussberufung gemäß § 524 Abs. 1 ZPO sind allerdings gegeben. Danach kann sich der Berufungsbeklagte der Berufung anschließen. Die Anschließung erfolgt durch Einreichung der Berufungsanschlussschrift bei dem Berufungsgericht. Die Berufungsanschließung muss binnen der Frist der Berufungsbeantwortung erfolgen und gleichzeitig begründet werden, wobei das Vorgehen mittels Anschlussberufung nicht als solches ausdrücklich benannt werden muss. Dies ist hier gegeben. Innerhalb der für die Beklagte bis zum 24.12.2012 verlängerten Berufungsbegründungsfrist hat der Kläger den Weiterbeschäftigungsantrag mit dem am 05.12.2012 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz gestellt und darin begründet.

2. Der Weiterbeschäftigungsantrag ist jedoch unzulässig. Er ist bereits nicht ausreichend bestimmt.

a) § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO verlangt, dass die Klageschrift neben der bestimmten Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs auch einen bestimmten Antrag enthält. Damit wird zum Einen der Streitgegenstand abgegrenzt, zum Anderen wird eine Voraussetzung für die etwa erforderlich werdende Zwangsvollstreckung geschaffen. Gemessen an diesen Zielen ist ein Klageantrag grundsätzlich hinreichend bestimmt, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet, dadurch den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) absteckt, Inhalt und Umfang der materiellen

Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) erkennen lässt und das Risiko eines Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abwälzt und schließlich eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne eine Fortsetzung des Streites im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt (vgl. BGH 14.12.1998 - II ZR 330/97 - NJW 1999, 954). Unklarheiten über den Inhalt der Verpflichtung dürfen deshalb nicht aus dem Erkenntnisverfahren ins Vollstreckungsverfahren verlagert werden. Dessen Aufgabe ist es zu klären, ob der Schuldner einer festgelegten Verpflichtung nachgekommen ist, nicht aber worin diese besteht (BAG 15.04.2009 - 3 AZB 93/08 - AP Nr. 11 zu § 888 ZPO; BAG 28.02.2003 - 1 AZB 53/02 - AP ArbGG 1979 § 78 Nr. 13).

b) Diese Voraussetzungen erfüllt der Antrag nicht. Der Kläger begehrt bezogen auf den derzeitigen Wohnort in Krefeld eine wohnortnahe Beschäftigung. Der Begriff „wohnortnah" ist zu unbestimmt. Für die Beklagte ergibt sich nicht, an welchem Ort sie den Kläger zu beschäftigen hat, um einer Zwangsvollstreckung zu entgehen.

3. Darüber hinaus ist auch kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu den begehrten Bedingungen gegeben. Der Kläger hat selbst nicht vorgetragen, dass die Beschäftigung auf einer T 3 Stelle seinen vertraglichen Vereinbarungen entspricht. Er geht vielmehr von einem Anspruch auf eine Beschäftigung in einer höheren Vergütungsgruppe aus.

Zudem ist bei einer unter Vorbehalt angenommenen Änderungskündigung der Arbeitgeber grundsätzlich nicht aufgrund des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs verpflichtet, den Arbeitnehmer vorläufig zu den bisherigen Bedingungen weiter zu beschäftigen (BAG 28.05.2009 - 2 AZR 844/07 - AP Nr. 222 zu § 626 BGB 18.01.1990 - 2 AZR 183/89 - BAGE 64, 24, 31 ff.; 19.12.1991 - 2 AZR 280/91 – Rz. I 10i Nr. 38; KR/Rost 8. Aufl. § 2 KSchG Rn. 158a mwN). Der Gesetzgeber geht bei der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen Arbeitsbedingungen gemäß §§ 2, 8 KSchG von einer rechtskräftigen Entscheidung über die soziale Rechtfertigung der Änderung der Arbeitsbedingungen aus (BAG 18.01.1990 - 2 AZR 183/89 - AP KSchG 1969 §

2 Nr. 27). Da bei der Vorbehaltsannahme kein Streit über den Fortbestand, sondern nur über den Inhalt des Arbeitsverhältnisses besteht, stellt sich das Problem eines Weiterbeschäftigungsanspruchs - wie beim umstrittenen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses - nicht. Wird der Arbeitnehmer, wenn auch zu anderen Bedingungen, tatsächlich weiter beschäftigt, ist seinem Beschäftigungsinteresse zunächst gedient (BAG 18.01.1990 - 2 AZR 183/89 - aaO). Der Arbeitnehmer gibt durch die Vorbehaltsannahme selbst zu erkennen, dass ihm zunächst die Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen zumutbar erscheint (BAG 19.12.1991 - 2 AZR 280/91 - aaO).

Hier wurde dem Beschäftigungsinteresse des Klägers für die Dauer des Rechtstreits Genüge getan. Er hatte die Möglichkeit seine Tätigkeit entsprechend dem Änderungsangebot aufzunehmen.

Nach alledem waren die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung des Klägers zurückzuweisen.

D. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 92 Abs. 1 ZPO.

E. Die Revision war gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG nicht zuzulassen, da weder Fragen von grundsätzlicher Bedeutung entschieden wurden, noch die Voraussetzungen einer Divergenzrevision ersichtlich sind.

RECHTSMITTELBELEHRUNG:

Gegen dieses Urteil ist kein Rechtsmittel gegeben.

Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72 a Abs. 1 ArbGG verwiesen.

gez. Jansen gez. Dr. Evertz gez. Knuth