
Datum: 02.03.2012
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 10. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 10 Sa 1086/11
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2012:0302.10SA1086.11.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Dortmund, 6 Ca 192/11
Schlagworte: Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers; allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch nach Ausspruch einer Kündigung; Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG; rechtzeitiges Weiterbeschäftigungsverlangen; Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung
Normen: §§ 242, 275, 611, 613 BGB; Art. 1 und 2 GG; § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 24.03.2011- 6 Ca 192/11 – wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand 1

Die Parteien streiten im vorliegenden Rechtsstreit um die Weiterbeschäftigung des Klägers bei der Beklagten. 2

Der am 15.06.1958 geborene Kläger ist verheiratet und hat ein Kind. Er ist staatlich geprüfter Techniker. 3

Seit dem 01.01.1991 ist er bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin, die mehr als 10 Arbeitnehmer ausschließlich der Auszubildenden beschäftigt, zuletzt als Servicetechniker im Kundendienstleistungszentrum (OES S6 E2 21 L2) zu einem monatlichen durchschnittlichen 4

Bruttoverdienst von zuletzt 6.964,25 € in Vollzeit tätig. Seit Dezember 2000 übte der Kläger seine Tätigkeit vereinbarungsgemäß aufgrund einer mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten abgeschlossenen Zusatzvereinbarung (Bl. 327 d. A.) in seinem Home-Office in D1 aus. Er nahm u.a. Störungsmeldungen von Kunden telefonisch entgegen und behob diese "remote" von seinem Rechner aus. Soweit die Fehlerbehebung "remote" nicht möglich war, gab der Kläger die Meldung an den Bereich IS Data Center/IS High-End weiter, der die Bearbeitung durch die Entsendung eines Technikers zum Kunden fortsetzte.

Das Kundendienstleistungszentrum, in dem der Kläger seine Tätigkeit neben anderen Mitarbeitern verrichtete, war dem ESC zugeordnet. Das ESC war seinerseits eine Unterabteilung von MMS in der eine Vielzahl von Dienstleistungen im IT-Servicegeschäft gegenüber zahlreichen verschiedenen Kunden erbracht wurde. Der Bereich MMS war regional in mehreren Regionen aufgeteilt - Nord (H1), M1 (F1 a1 M2), W3 (D2) und S2-O1 (M3-U1). 5

Neben dem Bereich MSS bestanden bei der Beklagten zuletzt folgende Bereiche BU, ASIC, HRE, SEB und Outsourcing. Die Bereiche ASIC, HRE und SEB waren das Ergebnis von Outsourcing-Projekten, nachdem die entsprechenden Unternehmen beschlossen hatten, keine eigenen IT-Abteilungen mehr zu unterhalten, sondern diese Tätigkeiten auszulagern. Die Beklagte hatte es übernommen, die Tätigkeiten von früher eigenen IT-Abteilungen der Kunden voll umfänglich zu übernehmen und dauerhaft zu erbringen. Der von der Beklagten betriebene Bereich Outsourcing ist seinerseits für die Phase von der Marktsondierung bis hin zum Vertragsabschluss mit einem Kunden zuständig. 6

Ob die genannten Bereiche – ASIC, HRE, SEB, Outsourcing und MMS – bzw. der Unterbereich MMS-West, dem der Kläger zugeordnet war, einen eigenständigen Betrieb mit eigener personeller Leitung war oder ob alle wesentlichen organisatorischen, personellen und sozialen Fragen vom Hauptsitz der Beklagten in F1 aus entschieden wurden, ist zwischen den Parteien streitig. 7

Das Arbeitsverhältnis des Klägers war mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der Fa. A2 begründet worden. Im Anstellungsvertrag vom 08.11.1990 (Bl. 62 ff. d. A. 10 Sa 1020/11 Landesarbeitsgericht Hamm), der eine Versetzungsklausel enthielt, heißt es unter anderem: 8

"Im Übrigen gelten ergänzend alle Bedingungen und Regelungen des Personalhandbuches, die Bestandteil dieses Vertrages sind." 9

Die Firma A2 schloss mit ihrem Betriebsrat am 01.06.1992 eine Betriebsvereinbarung über die allgemeinen Arbeitsbedingungen (Bl. 288 f. d. A. 10 Sa 1020/11 Landesarbeitsgericht Hamm). In dieser Betriebsvereinbarung heißt es unter anderem: 10

"Abschnitt H. 1. Kündigungsfristen 11

Das Arbeitsverhältnis von Mitarbeitern, die das 55. Lebensjahr vollendet und unserer Firma mindestens 10 Jahre angehört haben oder das 50. Lebensjahr vollendet und unserer Firma mindestens 15 Jahre angehört haben, kann nur aus wichtigem Grund gekündigt werden." 12

Die Betriebsvereinbarung wurde in das Personalhandbuch der Fa. A2, einer Loseblatt-Sammlung, aufgenommen, die bei abändernden Betriebsvereinbarungen durch Nachlieferungen aktualisiert wurde. 13

Zum 01.07.1994 trat bei der Fa. A2 eine weitere Betriebsvereinbarung vom 11.03.1994 (Bl. 298 d. A. 10 Sa 1020/11 Landesarbeitsgericht Hamm) in Kraft. In dieser Betriebsvereinbarung, auf deren Bestimmungen im Einzelnen Bezug genommen wird, heißt es unter anderem:

"Für alle Mitarbeiter, die vor dem 1. Juli 1994 eingetreten sind, gelten weiterhin bei Kündigung seitens des Arbeitgebers die bisherigen längeren Fristen." 15

Das Arbeitsverhältnis des Klägers ging durch Betriebsübergang zum 01.04.2004 auf die Beklagte über. Zu diesem Zeitpunkt bestand bei der Beklagten eine Gesamtbetriebsvereinbarung über Betriebsordnung, Sozialordnung und Urlaubsordnung (GBV-BSU) vom 01.07.2003 (Bl. 300 ff. d. A. 10 Sa 1020/11 Landesarbeitsgericht Hamm). In dieser Gesamtbetriebsvereinbarung ist unter Ziffer VII. 2. vereinbart: 16

"... Kündigungen haben grundsätzlich schriftlich zu erfolgen unter Beachtung der individuellen arbeitsvertraglichen und gesetzlichen Kündigungsfristen." 17

Der Arbeitgeber kann einem/r Mitarbeiter/in, der/die das 55. Lebensjahr, aber noch nicht das 65. Lebensjahr vollendet hat und dem Unternehmen mindestens seit 10. Jahren angehört, nur noch aus wichtigem Grund oder verhaltensbedingt kündigen. 18

Dies gilt auch bei Änderungskündigungen zum Zwecke der Entgeltminderung. 19

Dies gilt nicht bei allen sonstigen Änderungskündigungen und bei Betriebsänderungen, wenn ein anderer zumutbarer Arbeitsplatz nicht vorhanden ist." 20

Neben der Beklagten, der ehemaligen Beklagten zu 1., die nicht tarifgebunden ist, gehört auch die ehemalige Beklagte zu 2., die Fa. F2 T1 S4 GmbH zur weltweit operierenden F2-Gruppe. Muttergesellschaft der Beklagten ist die ehemalige Beklagte zu 2., die ihrerseits tarifgebunden ist. Insoweit besteht ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zwischen der Beklagten und der ehemaligen Beklagten zu 2.. 21

Nach mehreren konzerninternen Umstrukturierungen bestanden zwischen Tätigkeitsfeldern der Beklagten einerseits und der Beklagten zu 2., der Muttergesellschaft, seit Anfang 2009 Schnittmengen und Überschneidungen, die zu Konkurrenzsituationen führten. Aus diesem Grund schloss die Beklagte am 18.07.2009 mit ihrem Gesamtbetriebsrat einen Interessenausgleich ab, der unter anderem im Bereich MSS einen Personalabbau von insgesamt 135 Stellen vorsah. Auf die einzelnen Bestimmungen der Gesamtbetriebsvereinbarung vom 18.07.2009 wird Bezug genommen. In Ausführung der Gesamtbetriebsvereinbarung vom 18.07.2009 übertrug die Beklagte wesentliche Bereiche der Tätigkeit ihres IT-Dienstleistungsunternehmens sukzessive auf die ehemalige Beklagte zu 2.. Aufgrund einer Anweisung per E-Mail des Mitarbeiters K1 vom 19.08.2009 (Bl. 426 ff. d. A. 10 Sa 1020/11 Landesarbeitsgericht Hamm) übertrug der Kläger seine Tätigkeiten beginnend mit dem Monat August 2009 auf die ehemalige Beklagte zu 2.. Ab Oktober 2009 ordnete die Beklagte für den Kläger, der bis zum Monat Mai 2010 nachwirkenden Sonderkündigungsschutz als Ersatzmitglied des im Bereich MSS-West gebildeten Betriebsrats hatte, einen sogenannten "Hot-Standby" an. Hiernach sollte sich der Kläger bereithalten, um notfalls etwaige Restanfragen von Kunden zu bearbeiten. Weitergehende Tätigkeiten des Klägers nahm die Beklagte seither nicht mehr in Anspruch. Tatsächlich war der Kläger seither für die Beklagten nicht mehr tätig. 22

Unter dem 16.09.2009 erteilte die Beklagte dem Kläger ein Zwischenzeugnis (Bl. 892 f. d. A. 10 Sa 1020/11 Landesarbeitsgericht Hamm), auf dessen Inhalt Bezug genommen wird.	
Im Zuge der aufgrund des Interessenausgleichs vom 18.07.2009 getroffenen Maßnahmen wechselte ein Arbeitskollege des Klägers, Herr M4, der ebenfalls im Bereich ESC tätig gewesen ist, zum 01.10.2009 in den Bereich ASIC, nachdem die Bereiche ESC und IS Data Center/IS High-End bereits zum 01.10.2009 ganz bzw. teilweise geschlossen worden waren.	24
Aufgrund eines zwischen der Beklagten und dem Gesamtbetriebsrat abgeschlossenen Interessenausgleichs vom 02.06.2010 wurde die "Business Unit Managed Services & Solutions (BU MSS)" vollständig geschlossen. Diese Schließung erfolgte nach § 2 des Interessenausgleichs vom 02.06.2010 in zwei Stufen:	25
"- Ausgliederung der Bereiche MSS-CS Deskside-Generali-NDR, MSS-CS-AS (Application Services), MSS-SD-Reuters und Human Resources (HR) auf die F2 T1 S4 GmbH (F3 GmbH) und	26
- anschließende Schließung der verbliebenen Bereiche der BU MSS."	27
In § 11 des Interessenausgleichs vom 02.06.2010 waren alternative Beschäftigungsmöglichkeiten für betroffene Mitarbeiter im Unternehmen geregelt. In der Anlage 5 zu § 11 des Interessenausgleichs vom 02.06.2010 waren insgesamt fünf im Unternehmen freie Stellen wie folgt niedergelegt:	28
"HRE / Service Operation / EMOS-Software 1 Ressource	29
ASIC / Hardware Engineering / Brainforce 1 Ressource	30
ASIC/Unix Schnittstellen/SW-Versorgungsverfahren/GFT 1 Ressource	31
ASIC/HW/Client Engineering EPD 01/03/Sysways GmbH 2 Ressourcen"	32
Auf die weiteren Bestimmungen des Interessenausgleichs vom 02.06.2010 wird Bezug genommen.	33
Im Beschluss der damaligen Gesellschafter der Beklagten vom 09.06.2010 (Bl. 691 d. A. 10 Sa 1020/11 Landesarbeitsgericht Hamm) ist ausgeführt:	34
"Vor dem Hintergrund der anhaltend schlechten wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft soll die Gesellschaft weiter reorganisiert und die Fokussierung auf den Geschäftszweck "Outsourcing" weiter vorangetrieben werden.	35
Hierzu hat die Geschäftsführung der Gesellschaft folgende Umsetzungsmaßnahmen vorgeschlagen: Die Business Unit MSS (Managed Services & S4) mit ihren vier Betrieben wird geschlossen. Von diesem Bereich bisher erfüllte Aufgaben und Kundenverträge werden beendet, nicht verlängert oder auf die F2 T2o211 S4 GmbH übertragen. Für die Bereiche/Kundenverträge N1, A3 G2, H3 R2, A4 S7 und R1 soll die Übertragung der Verträge und Ausgliederung der jeweiligen Bereiche einschließlich der Mitarbeiter im Wege eines Betriebsübergangs gemäß § 613 a BGB auf die F2 T1 S4 GmbH erfolgen.	36
Diesem Vorschlag wird zugestimmt."	37
	38

- Mit Schreiben vom 26.02.2010 (Bl. 692 d. A. 10 Sa 1020/11 Landesarbeitsgericht Hamm) hatte die Beklagte dem Mitarbeiter K1 mit Wirkung ab 01.02.2010 die Betriebsleitung für den Betrieb W3 und S2-O1 übertragen. Hinsichtlich der Aufgaben der Betriebsleitung ist im Schreiben vom 26.02.2010 auf die "Ausführung der Funktion der Betriebsleitung" von Februar 2010 Bezug genommen worden. Mit gleichlautendem Schreiben vom 26.02.2010 wurde dem Mitarbeiter K2 mit Wirkung zum 01.07.2010 die Betriebsleitung für den Betrieb S2-O1 übertragen.
- Mit Schreiben vom 22.07.2010 (Bl. 694 d. A. 10 Sa 1020/11 Landesarbeitsgericht Hamm) übertrug die Beklagte dem Mitarbeiter J1 mit Wirkung ab 01.07.2010 die Betriebsleitung für den Betrieb S2-O1. 39
- Mit Wirkung zum 01.07.2010 übertrug die Beklagte die Personalverwaltung/HR auf die ehemalige Beklagte zu 2.. 40
- Der Kläger bewarb sich auf zwei ihm von der Beklagten angebotenen im Interessenausgleich vom 02.06.2010 – Anlage 5 – vorgesehenen Stellen (A5/H4 E1/B2 und A5/U2 Schnittstellen/SW-Versorgungsverfahren/GFT). 41
- Am 05.07.2010 fand insoweit ein Vorstellungsgespräch des Klägers in M3 statt. Der Kläger erhielt eine Absage per E-Mail, die ihm zuzuging, bevor er seine Heimfahrt von M3 aus mit dem Zug antrat. Die weiteren unbesetzten Stellen nach der Anlage 5 zu § 11 des Interessenausgleichs vom 02.06.2010 wurden dem Kläger nicht angeboten. 42
- Die Beklagte beabsichtigte daraufhin, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zu beenden. Mit Schreiben ohne Datum (Bl. 340 ff. d. A. 10 Sa 1020/11 Landesarbeitsgericht Hamm) hörte die Beklagte den Betriebsrat MSS–W3 zur beabsichtigten Kündigung des Klägers an. Auf den Inhalt des Anhörungsschreibens o. D. wird Bezug genommen. Ob das Anhörungsschreiben dem Betriebsrat am 21.07.2010 nebst Anlagen übergeben worden ist, ist zwischen den Parteien streitig. 43
- Der Betriebsrat widersprach der beabsichtigten Kündigung mit Schreiben vom 21.07.2010 (Bl. 5 ff. d. A. 10 Sa 1020/11 Landesarbeitsgericht Hamm). 44
- Mit Schreiben vom 29.07.2010 (Bl. 4 d. A. 10 Sa 1020/11 Landesarbeitsgericht Hamm), dem Kläger zugegangen am gleichen Tage, kündigte die Beklagte das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis ordentlich betriebsbedingt zum 28.02.2011, hilfsweise zum nächstmöglichen Zeitpunkt sowie weiterhin hilfsweise außerordentlich mit sozialer Auslauffrist unter Einhaltung einer ordentlichen Kündigungsfrist bis zum 31.03.2011, hilfsweise zum nächstmöglichen Termin. 45
- Mit weiterem Schreiben vom 29.07.2010 (Bl. 10 d. A. 10 Sa 1020/11 Landesarbeitsgericht Hamm) wurde der Kläger mit Wirkung zum 01.08.2010 unwiderruflich von der Erbringung seiner Arbeitsleistung freigestellt. 46
- Mit der am 16.08.2010 beim Arbeitsgericht eingegangenen Kündigungsschutzklage - 6 Ca 3686/10 Arbeitsgericht Dortmund = 10 Sa 1020/11 Landesarbeitsgericht Hamm - machte der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung vom 29.07.2010 geltend und verlangte ferner die Unwirksamkeit der Freistellung sowie den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit der ehemaligen Beklagten zu 2.. 47

Mit anwaltlichem Schreiben vom 08.12.2010 (Bl. 335 d. A.) lehnte die Beklagte eine Weiterbeschäftigung des Klägers nach Ablauf der Kündigungsfrist ab.

Durch Urteil vom 13.01.2011 hat das Arbeitsgericht im Kündigungsschutzrechtsstreit - 6 Ca 3686/10 Arbeitsgericht Dortmund - festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten durch die Kündigung vom 29.07.2010 nicht aufgelöst worden ist und die Klage im Übrigen abgewiesen. Zur Begründung der stattgebenden Klage hat das Arbeitsgericht ausgeführt, die Kündigung vom 29.07.2010 sei sozial ungerechtfertigt, weil sie das Ultima-Ratio-Prinzip verletze. Die Beklagte habe als milderer Mittel eine Änderungskündigung aussprechen und dem Kläger eine Weiterbeschäftigung auf einem der unstrittig nach dem Interessenausgleich vom 02.06.2010 freien Arbeitsplätze anbieten müssen. Die Weiterbeschäftigung des Klägers auf einem der freien Arbeitsplätze sei der Beklagten möglich und zumutbar. Seit der Freistellung des Klägers und den vorangegangenen acht Monaten der Nichtbeschäftigung des Klägers ab Herbst 2009 hätte die Beklagte dem Kläger konkrete Vorgaben machen können, welche konkreten Kenntnisse er sich aneignen müsse, um im Betrieb der Beklagten weiterbeschäftigt werden zu können. 49

Unmittelbar nach Verkündung des erstinstanzlichen Urteils im Rechtsstreit 6 Ca 3686/10 Arbeitsgericht Dortmund erhob der Kläger noch am 13.01.2011 die vorliegende Klage, mit der er seine Weiterbeschäftigung bei der Beklagten verlangte. Gleichzeitig erhob er Zahlungsansprüche, die im Rechtsstreit erster Instanz erledigt wurden. 50

In der Klageschrift vom 13.01.2011 wies der Kläger unter anderem auf den Widerspruch des Betriebsrats vom 21.07.2010 hin. 51

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, ihm stehe ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung auf seinem alten Arbeitsplatz oder einem anderen Arbeitsplatz entsprechend seinem Arbeitsvertrag zu unveränderten Arbeitsbedingungen zu. Eine Weiterbeschäftigung komme insbesondere auf einem der in der Anlage 5 zu § 11 des Interessenausgleichs vom 02.06.2010 in Betracht, auch wenn es hierfür der Änderung seines Arbeitsvertrages oder einer Änderungskündigung bedürfe. Im Übrigen sei eine Weiterbeschäftigung auf einem dieser Arbeitsplätze nach der im Arbeitsvertrag enthaltenen Versetzungsklausel möglich. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, dass der Kläger für diese Positionen nicht geeignet sei. 52

Im Übrigen komme auch eine Weiterbeschäftigung des Klägers auf seinem alten Arbeitsplatz in Betracht. Die einseitige Freistellung durch die Beklagte mit Schreiben vom 29.07.2010 entbehre jeder Rechtsgrundlage, nachdem der Kläger mit seinem Kündigungsschutzantrag erfolgreich gewesen sei. Insoweit bestehe ein allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits nach den Grundsätzen des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts. Die Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, dass ihr eine Weiterbeschäftigung des Klägers unmöglich sei. Sie habe es in der Hand, ihren Betrieb so zu organisieren, dass eine Beschäftigung des Klägers tatsächlich möglich werde. Die Arbeitsaufgaben, die der Kläger zuletzt gehabt habe, seien nicht weggefallen, sondern nur im Konzern verlagert worden. 53

Der Kläger hat ferner die Auffassung vertreten, der Weiterbeschäftigungsanspruch ergebe sich auch aus § 102 Abs. 5 BetrVG. Er habe rechtzeitig Klage erhoben. Der Betriebsrat habe der beabsichtigten Kündigung rechtzeitig am 21.07.2010 widersprochen. Der Widerspruch des Betriebsrats sei auch ordnungsgemäß. 54

Es sei auch ausreichend, dass er seine Weiterbeschäftigung bereits im Vorprozess 6 Ca 3686/10 Arbeitsgericht Dortmund verlangt habe. Dabei müsse der Weiterbeschäftigungsanspruch nicht ausdrücklich auf § 102 Abs. 5 BetrVG gestützt werden. Dass der Kläger im Kündigungsschutzprozess seine Weiterbeschäftigung verlangt habe, sei auch von der Beklagten in einem Parallelverfahren vor dem Arbeitsgericht München (Bl. 192 d. A.) zugestanden worden.

Der Kläger hat beantragt, 56

die Beklagte zu verurteilen, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzstreits (Arbeitsgericht Dortmund, Az. 6 Ca 3686/10) als O3 S6 E2 21 L2 oder auf einem anderen Arbeitsplatz entsprechend seinem Arbeitsvertrag zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen. 57

Die Beklagte hat beantragt, 58

die Klage abzuweisen. 59

Sie hat die Auffassung vertreten, ein Weiterbeschäftigungsanspruch komme schon deshalb nicht in Betracht, weil das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien entgegen dem erstinstanzlichen Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 13.01.2011 mit Ablauf des 28.02.2011 sein Ende gefunden habe. 60

Darüber hinaus komme eine Weiterbeschäftigung des Klägers bereits deshalb nicht in Betracht, weil der Arbeitsplatz des Klägers endgültig weggefallen sei. Die im Interessenausgleich vom 02.06.2010 vereinbarte Schließung der Betriebe, insbesondere des Betriebes MSS-West, sei durchgeführt worden. Aus diesem Grunde habe auch ein überwiegendes Interesse daran bestanden, den Kläger von seiner Arbeitsleistung freizustellen. Eine Verurteilung der Beklagten zu einer unmöglichen Leistung komme nicht in Betracht. 61

Eine Weiterbeschäftigung des Klägers auf einer der fünf Stellen nach der Anlage 5 zu § 11 des Interessenausgleichs vom 02.06.2010 sei wegen fehlender Eignung des Klägers nicht möglich. Auch eine Einarbeitung des Klägers in zumutbarer Zeit komme nicht in Betracht. Wegen des näheren Vorbringens der Beklagten wird insoweit auf den Inhalt ihres Schriftsatzes vom 07.03.2011 (Bl. 117 ff. d. A.) sowie auf ihr Vorbringen im Kündigungsschutzstreit ergänzend Bezug genommen. 62

Auch eine Weiterbeschäftigung des Klägers auf dem Arbeitsplatz des Herrn M4 sei nicht möglich. Dieser Arbeitsplatz sei inzwischen durch Herrn M4 besetzt. Im Übrigen sei Herr M4 inzwischen im Bereich ASIC, einem anderen Betrieb, tätig. 63

Dem Kläger stehe der weiter geltend gemachte Weiterbeschäftigungsanspruch auch nicht nach § 102 Abs. 5 BetrVG zu. Er habe einen derartigen Beschäftigungsanspruch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist am 28.02.2011 nicht rechtzeitig geltend gemacht und auch nicht vorgetragen, dass der Betriebsrat der Kündigung ordnungsgemäß widersprochen habe. Aus dem Vorbringen des Klägers ergebe sich auch nicht, dass der Widerspruch des Betriebsrats fristgerecht erfolgt sei. Der Kläger habe sich darauf beschränkt, den Widerspruch des Betriebsrats vorzulegen. In der Klageschrift vom 13.01.2011 sei der Widerspruch des Klägers nur im Zusammenhang mit der Anhörung des Betriebsrats erwähnt worden. 64

Soweit der Kläger darauf hinweise, dass die Beklagte in einem Parallelprozess selbst zugestanden habe, dass der Kläger seine Weiterbeschäftigung verlangt habe, handele es sich offenkundig um eine Verwechslung, die darauf zurückzuführen sei, dass die Vertreterin des Klägers in sieben weiteren Verfahren, in denen sie gekündigte Arbeitnehmer gegen die Beklagte vertreten habe, mit Schriftsätzen Weiterbeschäftigungsanträge eingereicht habe, die sie – anders als im vorliegenden Verfahren - explizit auf § 102 Abs. 5 BetrVG gestützt habe. Dies sei aber in der Klageschrift vom 13.01.2011 nicht geschehen.

Darüber hinaus sei der Widerspruch des Betriebsrats vom 21.07.2010 nicht ordnungsgemäß begründet worden. Die Darlegungen des Betriebsrats im Widerspruchsschreiben zur vermeintlich fehlerhaften Sozialauswahl seien unklar und nicht nachvollziehbar. Auch der Betriebsrat habe betroffene Arbeitnehmer nicht konkret benannt. Auch die weiteren Hinweise des Betriebsrats im Widerspruchsschreiben vom 21.07.2009 ließen sich keinem Widerspruchsgrund des § 102 Abs. 3 BetrVG zuordnen. 66

Durch Urteil vom 24.03.2011 hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, zwar bestehe grundsätzlich ein Anspruch eines Arbeitnehmers auf vertragsgerechte Beschäftigung. Die Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger sei aber ersatzlos entfallen, da eine Beschäftigung auf seinem bisherigen Arbeitsplatz bei der Beklagten objektiv unmöglich sei. Unstreitig habe der Kläger nach seinem eigenen Vorbringen seine Tätigkeiten bereits zum 01.10.2009 auf die Muttergesellschaft der Beklagten übertragen. Der Kläger könne von der Beklagten nicht verlangen, dass diese sich die Arbeitsaufgaben des Klägers von der Muttergesellschaft zurückhole, um einem Beschäftigungsanspruch des Klägers nachkommen zu können. Eine Rückübertragung könne von der Beklagten nicht erzwungen werden, da unstreitig ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag mit der Muttergesellschaft bestehe. Auch eine Beschäftigung des Klägers auf den fünf freien Arbeitsplätzen nach der Anlage 5 zu § 11 des Interessenausgleichs vom 02.06.2010 komme nicht in Betracht, weil es sich bei diesen Stellen um auswärtige Arbeitsplätze in S5 bzw. M3 handele. Da eine einseitige Versetzung des Klägers auf diese Arbeitsplätze im Wege des Direktionsrechts nicht möglich sei, komme eine tatsächliche Beschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen, wie sie der Kläger verlange, nicht in Betracht. Der Kläger stelle sich unter einer vertragsgemäßen Beschäftigung eine Beschäftigung in seinem Home-Office in D1 vor. 67

Gegen das dem Kläger am 06.06.2011 zugestellte Urteil, auf dessen Gründe ergänzend Bezug genommen wird, hat der Kläger am 06.07.2011 Berufung zum Landesarbeitsgericht und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 06.09.2011 mit dem am 06.09.2011 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet. 68

Unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens ist der Kläger weiter der Auffassung, die Beklagte sei verpflichtet, ihn zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen. Die Beklagte habe jedoch bereits am 08.12.2010 außergerichtlich die Weiterbeschäftigung des Klägers unmissverständlich abgelehnt. Der Kläger habe weiterhin an seinem Arbeitsplatz festgehalten und habe dies auch unter anderem in der Kammerverhandlung vor dem Arbeitsgericht Dortmund am 13.01.2011 mündlich deutlich gemacht. 69

Die Beklagte habe aber den Kläger bereits seit dem 01.12.2009 keine Arbeit mehr zugewiesen und ihn bewusst kaltgestellt, indem sie ihm keine Arbeit mehr in seinem Home-Office zugewiesen habe. Seit dem 01.03.2011 habe der Kläger keinen Netzzugang mehr, er sei vom internen Stellenportal der Beklagten und des F2-Konzerns insgesamt vollständig abgeschnitten. Es sei die Beklagte, die eine Weiterbeschäftigung des Klägers unterbinde und 70

ihn rechtswidrig aus dem Arbeitsverhältnis zu drängen suche.

Die Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger, so behauptet dieser, sei nicht weggefallen. Dies ergebe sich schon daraus, dass er auf Anweisung der Beklagten mit Ablauf des 30.09.2009 seine Aufgaben an die Muttergesellschaft der Beklagten habe zurückübertragen müssen. Dort würden seine Aufgaben seit dem 01.10.2009 fortgeführt. Der Beklagten sei es jederzeit etwa durch Kündigung des entsprechenden Dienstleistungsvertrages mit der Muttergesellschaft, möglich und zumutbar, die Aufgaben des Klägers zurück zu übertragen. Dies sei wegen der Personenidentität in der Geschäftsführung der Beklagten und der Muttergesellschaft auch nicht unmöglich. Die Weiterbeschäftigung des Klägers sei danach durch Rückübertragung der Aufgaben des Klägers auf die Beklagte oder im Konzern möglich. 71

Der Kläger stelle sich zwar eine Weiterbeschäftigung in seinem Home-Office in D1 vor, die Anknüpfung daran sei jedoch für die Weiterbeschäftigung des Klägers nicht entscheidend. Die Einrichtung eines Home-Office in D1 sei lediglich deshalb geschehen, um eine besondere Kundennähe vor Ort sicherzustellen. Lediglich aus Gründen der Verwaltung sei der Kläger bis zur Schließung dem Standort D2 zugeordnet gewesen. Teilweise sei der Kläger auch außerhalb seines Home-Office im Einsatz gewesen. 72

Der Kläger sei auch mit seinem Kollegen M4, der zwar im Bereich ASIC eingesetzt sei, vergleichbar. Herr M4 arbeite nämlich gleichfalls von seinem Home-Office in Neu-Anspach aus, sei aber zugleich im Rahmen der ihm übertragenden Aufgaben auch an anderen Einsatzorten der Beklagten, wie etwa am Standort F1 und B1 H2 tätig. 73

Schließlich habe das Arbeitsgericht auch verkannt, dass eine Weiterbeschäftigung des Klägers im Übrigen zu unveränderten Arbeitsbedingungen auch auf jedenfalls drei von den nach der Anlage 5 zu § 11 des Interessenausgleichs vom 02.06.2010 genannten Stellen möglich gewesen sei. Auch wenn es sich dabei um Stellen an den Standorten S5 bzw. M3 handele, sei diese Stellenzuordnung für die Weiterbeschäftigung des Klägers nicht entscheidend. Die Berufung der Beklagten auf die fehlende Eignung des Klägers für diese Stellen sei unzutreffend. Immerhin habe die Beklagte den Kläger für zwei dieser Stellen zu einem Vorstellungsgespräch am 05.07.2010 eingeladen. Der Kläger verfüge über die entsprechenden Kenntnisse und Voraussetzungen für die vorgenannten Stellen; mindestens könne er sich diese innerhalb einer zumutbaren Zeit aneignen. Zwischen den Stellenausschreibungen und dem Abschluss des Interessenausgleichs vom 02.06.2010 und dem von der Beklagten bestimmten Austrittstermin, dem 28.02.2011 hätten immerhin mindestens neun Monate gelegen, in denen eine entsprechende Weiterbildung des Klägers hätte erfolgen können. 74

Der geltend gemachte Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers ergebe sich auch aus § 102 Abs. 5 BetrVG. Die Voraussetzungen für eine Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG lägen vor. Insbesondere habe der Kläger seine Weiterbeschäftigung ausdrücklich verlangt. Dieses Verlangen habe der Kläger spätestens mit der Klage vom 13.01.2011 unter Darlegung der weiteren Voraussetzungen mitgeteilt. Die Beklagte gehe selbst in einem Parallelverfahren vor dem Arbeitsgericht München davon aus, dass der Kläger sein Weiterbeschäftigungsbegehren rechtzeitig geltend gemacht habe. Nur vorsorglich habe der Kläger sein Verlangen auf Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG mit Schriftsatz vom 16.03.2011 nochmals ausdrücklich wiederholt. 75

Zu Unrecht berufe sich die Beklagte auch darauf, dass der Widerspruch des Betriebsrats vom 21.07.2010 nicht ordnungsgemäß sei. Hierzu macht der Kläger weitere Ausführungen. 76

Der Kläger beantragt,

>das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 24.03.2011 – 6 Ca 192/11 – abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits (6 Ca 3686/10 Arbeitsgericht Dortmund) als O3 S6 E2 21 L2 oder auf einem anderen Arbeitsplatz zu im Übrigen unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen weiter zu beschäftigen. 78

Die Beklagte beantragt, 79

die Berufung zurückzuweisen. 80

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und ist weiter der Auffassung, eine Weiterbeschäftigung des Klägers zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen komme schon deshalb nicht in Betracht, weil der Beklagten eine derartige Weiterbeschäftigung unmöglich sei. Zu Recht habe das Arbeitsgericht ausgeführt, dass die Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger bereits nach seinem eigenen Vorbringen ersatzlos weggefallen sei. Dass der Kläger seine bisherigen Arbeitsaufgaben an die Muttergesellschaft der Beklagten zum 30.09.2010 übergeben habe und dass ihm keine neuen Aufgaben von der Beklagten mehr übertragen worden seien, sei unstrittig. Die Beklagte habe aber den Kläger insoweit nicht bewusst kaltgestellt oder aus dem Arbeitsverhältnis gedrängt, sondern nur der Tatsache Rechnung getragen, dass ihr die Beschäftigung des Klägers unmöglich gewesen sei und auch weiterhin sei. Nach dem von der Beklagten ausgearbeiteten Konzept sei bei ihr die ausschließliche Konzentration auf das Leistungsangebot Outsourcing und die Trennung von allen sonstigen Bereichen vorgesehen. Demgemäß sei im Interessenausgleich vom 02.06.2010 festgelegt worden, dass die Betriebe N2, M1, W3 und S2-O1 des Bereichs MSS geschlossen würden. Diese Maßnahmen seien vollständig umgesetzt worden. Einem Arbeitgeber könne in diesem Zusammenhang auch nicht entgegengehalten werden, er habe durch die Umstrukturierung den Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit selbst herbeigeführt. Insoweit könne er nicht darauf verwiesen werden, er könne die unternehmerische Entscheidung wieder rückgängig machen. Die Fremdvergabe von Tätigkeiten führe eben zum Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten. Andernfalls wäre keine unternehmerische Entscheidung mehr umsetzbar. 81

Eine Rückübertragung der bisherigen Aufgaben des Klägers auf die Beklagte stehe auch nicht im Einflussbereich der Beklagten. Eine vollständige Personenidentität in der Geschäftsführung der Beklagten einerseits und der Muttergesellschaft der Beklagten bestehe gerade nicht. Eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit des Klägers im Betrieb der Beklagten bestehe danach nicht. Etwaige Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bei der Muttergesellschaft der Beklagten spielten keine Rolle. 82

Der Kläger könne sich auch nicht auf eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf freien Arbeitsstellen bei der Beklagten berufen. Er sei nämlich für die Stellen der von ihm genannten Mitarbeiter nicht fachlich ausreichend geeignet. Mit dem Mitarbeiter M4 sei der Kläger schon nicht vergleichbar, weil dieser bereits im Rahmen der Umsetzung der Betriebsänderung im Jahre 2009 in einen ASIC-Betrieb versetzt worden sei. Herr M4 übe seine Tätigkeit auch nicht von einem Home-Office aus aus. Herr M4 sei vielmehr nach B1 H2 versetzt worden. Seit dem 01.01.2011 werde Herr M4 in F1 eingesetzt. Im Übrigen sei Herr M4 sozial schutzwürdiger als der Kläger. Nach den sozialen Auswahlkriterien bei der Beklagten komme Herr M4 auf 91,57 Sozialpunkte, der Kläger hingegen lediglich auf 89,07 Sozialpunkte. 83

Der Kläger sei auch nicht für die in der Anlage 5 zu § 11 des Interessenausgleichs vom 02.06.2010 genannten Stellen geeignet. Insoweit nimmt die Beklagte auf ihr erstinstanzliches Vorbringen Bezug und macht mit der Berufungserwiderung vom 14.10.2011 weitere Ausführungen.

Die Beklagte ist weiter der Auffassung, dass dem Kläger der geltend gemachte Weiterbeschäftigungsanspruch auch nicht nach § 102 Abs. 5 BetrVG zustehe. Insbesondere liege kein wirksames Weiterbeschäftigungsverlangen im Sinne des § 102 Abs. 5 BetrVG vor Ablauf der Kündigungsfrist vor. Auch mit der Klageschrift vom 13.01.2011 habe der Kläger die Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG nicht ausdrücklich verlangt. Der bloße Hinweis in der Klageschrift vom 13.01.2011 auf den Widerspruch des Betriebsrats vom 21.07.2010 sei unzureichend. 85

Soweit der Kläger mit Schriftsatz vom 16.03.2011 sein Weiterbeschäftigungsverlangen auch auf § 102 Abs. 5 BetrVG gestützt habe, sei dies zu spät erfolgt. Zum Zeitpunkt des Zuganges des Schriftsatzes vom 16.03.2011 sei die Kündigungsfrist für den Kläger bereits abgelaufen gewesen. Der Kläger könne sich auf eine verlängerte Kündigungsfrist bis zum 31.03.2011 nicht berufen. 86

Schließlich liege auch kein ordnungsgemäßer Widerspruch des Betriebsrats, der einen Weiterbeschäftigungsanspruch auslösen könne, vor. 87

Der Berufungskammer lagen auch die Akten des Kündigungsrechtsstreits 6 Ca 3686/10 Arbeitsgericht Dortmund = 10 Sa 1020/11 Landesarbeitsgericht Hamm vor. Auf den Inhalt dieser Akten wird ebenso Bezug genommen wie auf den weiteren Inhalt der von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen. 88

Entscheidungsgründe 89

Die zulässige Berufung des Klägers ist nicht begründet. 90

Zu Recht hat das Arbeitsgericht dem Antrag des Klägers auf Weiterbeschäftigung an seinem bisherigen Arbeitsplatz oder auf einem anderen Arbeitsplatz zu im Übrigen unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen nicht stattgegeben. Der vom Kläger gestellte Weiterbeschäftigungsanspruch ist unbegründet. 91

I. Der Kläger kann den geltend gemachten Weiterbeschäftigungsanspruch nicht auf die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Weiterbeschäftigung während eines Kündigungsrechtsstreits stützen. 92

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG 27.02.1985 – GS 1/84 – AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14) hat der gekündigte Arbeitnehmer einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch außer im Fall einer offensichtlich unwirksamen Kündigung mindestens dann, wenn der Arbeitnehmer im Kündigungsprozess ein obsiegenderes Urteil erstreitet. Dieser Beschäftigungsanspruch ist abzuleiten aus den §§ 611, 613, 242 BGB, Art. 1 und 2 GG. Ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers ist grundsätzlich nur bis zur Entscheidung der ersten Instanz im Kündigungsschutzprozess anzuerkennen. Diese Interessenlage ändert sich dann, wenn der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess ein obsiegenderes Urteil erstreitet. In diesem Fall kann die Ungewissheit über den endgültigen Prozessausgang für sich allein ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers nicht mehr begründen. Will der Arbeitgeber auch für diesen Fall die Beschäftigung 93

verweigern, so muss er zusätzliche Gründe anführen, aus denen sich sein überwiegendes Interesse an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers ergibt.

2. Im vorliegenden Fall überwiegen die Interessen der Beklagten an der Nichtbeschäftigung des Klägers gegenüber den Interessen des Klägers, bei der Beklagten weiterbeschäftigt zu werden. 94

a) Zwar hat der Kläger sowohl erstinstanzlich wie auch im Berufungsverfahren mit seinem Kündigungsschutzbegehren Erfolg gehabt. Die Kündigung der Beklagten vom 29.07.2010 ist in zwei Instanzen für unwirksam erklärt worden. Hieraus ergibt sich, dass der Kläger nach den vorgenannten Grundsätzen durch die Beklagte grundsätzlich vertragsgemäß weiterbeschäftigt werden muss. Ein Arbeitgeber ist nicht nur Schuldner der vereinbarten Arbeitsvergütung, der Arbeitnehmer hat auch grundsätzlich einen Anspruch darauf, entsprechend seinem Arbeitsvertrag auch wirklich tätig werden zu können. 95

Dies gilt jedoch dann nicht, wenn die Beschäftigung des Arbeitnehmers einem Arbeitgeber nachträglich unmöglich geworden ist. 96

Unmöglich ist eine Leistung, die tatsächlich nicht mehr erbracht werden kann. Unmöglichkeit liegt insbesondere vor, wenn der Leistungserfolg weder vom Schuldner noch von einem Dritten herbeigeführt werden kann. Setzt die Leistung eine bestimmte Grundlage voraus, wie im Arbeitsrecht etwa die Betriebsstätte des Arbeitgebers oder den Arbeitsplatz im Betrieb des Arbeitgebers, kann mit dessen Wegfall die geschuldete Leistung nicht mehr erbracht werden; sie ist objektiv unmöglich geworden (BAG 04.09.1985 – 5 AZR 90/84 – Juris; BAG 13.06.1990 – 5 AZR 350/89 – EzA BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 44; BAG 18.03.1999 – 8 AZR 344/98 – ZTR 1999, 516; BAG 27.02.2002 - 9 AZR 562/00 – AP TVG § 1 Tarifverträge: Rundfunk Nr. 36; ErfK/Preis, 12. Aufl., § 611 BGB Rn. 563; APS/Koch, 3. Aufl., § 102 BetrVG Rn. 540; Thüsing in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht-Kommentar, 3. Aufl., § 611 BGB Rn. 169; Trebeck NZA 2009, 513, 515 m.w.N.). 97

b) Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt, wie das Arbeitsgericht zutreffend erkannt hat. 98

Die Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger bei der Beklagten ist nach seinem eigenen Vorbringen ersatzlos entfallen. Den Arbeitsplatz O4 S6 E2 21 L2, an dem der Kläger bislang beschäftigt gewesen ist, gibt es bei der Beklagten nicht mehr. Der Kläger trägt selbst vor, dass er seine Tätigkeiten schon zum 30.09.2009 auf die Muttergesellschaft der Beklagten übertragen hat. Seither ist der Kläger unstreitig lediglich an einem sogenannten "Hot-Standby" beschäftigt worden, um Restanfragen von Kunden zu beantworten. Weitere Arbeitsaufgaben sind ihm seither von der Beklagten nicht zugewiesen worden. 99

Hinzu kommt, dass spätestens mit Ablauf des 31.12.2010 der Bereich MSS-West, dem der Kläger zugeordnet gewesen ist, seine operative Tätigkeit eingestellt hat. Die Beklagte befasst sich nur noch mit dem Bereich "Outsourcing". Die ursprüngliche Verpflichtung der Beklagten, den Kläger innerhalb des Bereichs MSS-West mit seinen bisherigen Aufgaben zu beschäftigen, ist unmöglich geworden, seitdem dieser Bereich aufgelöst worden ist. Die Beschäftigung des Klägers in diesem Bereich ist mit der Auflösung des Bereichs MSS-West unausführbar geworden. 100

Das Arbeitsgericht hat auch zu Recht erkannt, dass der Kläger keine Rückübertragung seiner Arbeitsaufgaben von der Muttergesellschaft zurück auf die Beklagte verlangen kann, um seinen Beschäftigungsanspruch durchsetzen zu können. Hierauf hat der Kläger keinen 101

Anspruch. Ein Arbeitgeber ist nämlich nicht verpflichtet, einen neuen Arbeitsplatz im Betrieb erst zu schaffen, um dem Weiterbeschäftigungsbegehren eines gekündigten Arbeitnehmers entsprechen zu können (BAG 11.05.2000 – 2 AZR 54/99 – AP BetrVG 1972 § 102 Weiterbeschäftigung Nr. 13 (unter II. 3. c) bb) der Gründe). In der Rechtsprechung ist darüber hinaus anerkannt, dass ein Betriebsrat mit einem Widerspruch nicht die mitbestimmungsfreie wirtschaftlich-unternehmerische Entscheidung, dass der Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers wegfällt, mit Hilfe des § 102 Abs. 3 BetrVG angreifen kann (BAG 11.05.2000 – 2 AZR 54/99 – AP BetrVG 1972 § 102 Weiterbeschäftigung Nr. 13 (unter II. 4. der Gründe); APS/Koch, a.a.O., § 102 BetrVG Rn. 198; KR/Etzel, 10. Aufl., § 102 BetrVG Rn. 164 m.w.N.). Genauso wenig kann der gekündigte Arbeitnehmer mit dem Weiterbeschäftigungsbegehren verlangen, dass die mitbestimmungsfreie wirtschaftlich-unternehmerische Entscheidung, dass der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers wegfällt, rückgängig gemacht wird.

c) Der Kläger kann auch nicht verlangen, auf einem anderen Arbeitsplatz zu im Übrigen unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen weiterbeschäftigt zu werden. 102

Eine Weiterbeschäftigung des Klägers bei der Muttergesellschaft der Beklagten hat der Kläger nicht geltend gemacht. 103

Es besteht aber auch kein Anspruch des Klägers, auf einem anderen Arbeitsplatz bei der Beklagten zu im Übrigen unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen weiterbeschäftigt zu werden. 104

Eine Weiterbeschäftigung auf dem Arbeitsplatz des Mitarbeiters M4 oder auf anderen Arbeitsplätzen nach der Anlage 5 zu § 11 des Interessenausgleichs vom 02.06.2010 kommt nicht in Betracht. Eine Beschäftigung auf diesen Arbeitsplätzen wäre nicht zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen durchführbar, wie es der Kläger mit seinem Antrag verlangt. Unstreitig ist zwischen den Parteien, dass der Mitarbeiter M4 seine Tätigkeit für die Beklagte im Bereich ASIC von B1 H2 bzw. von F1 aus ausübt (Bl. 513, 514 d. A.). Unstreitig ist darüber hinaus, dass der Kläger sich unter einer vertragsgemäßen Beschäftigung eine Beschäftigung von seinem Home-Office aus in D1 vorstellt. Eine Beschäftigung des Klägers auf dem Arbeitsplatz des Mitarbeiters M4 wäre danach mit einer Versetzung des Klägers verbunden. Ob eine einseitige Versetzung des Klägers im Wege des Direktionsrechts möglich wäre oder ob der Einsatz des Klägers an einem anderen Arbeitsort, etwa in F1, nur durch Änderungskündigung zu erreichen wäre, kann dahinstehen, weil es sich insoweit nicht um eine Beschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen, wie sie der Kläger verlangt, handelt. 105

Das Gleiche gilt für die in der Anlage 5 zu § 11 des Interessenausgleichs vom 02.06.2010 aufgeführten Arbeitsplätzen. Unstreitig sind diese Stellen mit dem Arbeitsort S5 bzw. M3 ausgeschrieben. Unabhängig davon, ob der Kläger aufgrund seiner bisherigen Kenntnisse und Erfahrungen für die Besetzung auf einer dieser Stellen geeignet ist, wäre eine Weiterbeschäftigung des Klägers auf einer dieser Stellen nur durch eine Versetzung oder durch Ausspruch einer Änderungskündigung möglich. Auch insoweit handelt es sich nicht um eine Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen, wie sie der Kläger verlangt. 106

II. Der Kläger kann den geltend gemachten Weiterbeschäftigungsanspruch auch nicht auf § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG stützen. 107

1. Auch insoweit gilt, dass der Beklagten die Erfüllung des Beschäftigungsanspruchs unmöglich geworden ist, nachdem der Arbeitsplatz des Klägers, den er bisher inne gehabt hat, ersatzlos bei der Beklagten entfallen ist. Der Beklagten ist eine Weiterbeschäftigung des 108

Klägers auch nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG unmöglich. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen Bezug genommen werden. Auch für den Erfüllungsanspruch des Klägers gemäß § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG ist es ohne Bedeutung, ob die Beklagte möglicherweise zu einem späteren Zeitpunkt noch einmal in der Lage sein sollte, dem Kläger die bisher von ihm ausgeübten Aufgaben zu übertragen. Eine Leistung ist bereits dann unmöglich, wenn nicht mit einer alsbaldigen Beseitigung des Leistungshindernisses gerechnet werden kann (BAG 04.09.1985 – 5 AZR 90/84 – Juris m.w.N.). Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte, die den Bereich MSS vollständig geschlossen hat, beabsichtigte, diese Maßnahme nur vorübergehend durchzuführen, sind nicht ersichtlich und von den Parteien auch nicht vorgetragen worden.

2. Die Berufungskammer weist im Übrigen, ohne dass dies entscheidungserheblich wäre, 109 darauf hin, dass der Kläger seine Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 Satz BetrVG nicht rechtzeitig gegenüber der Beklagten verlangt hat.

a) Voraussetzung für den Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG ist das 110 Verlangen des Arbeitnehmers nach vorläufiger Weiterbeschäftigung. Der Antrag unterliegt zwar keinen Formerfordernissen, notwendig ist aber eine hinreichend deutliche Erklärung des Arbeitnehmers oder eines Bevollmächtigten. Ferner muss der Arbeitnehmer sein Weiterbeschäftigungsverlangen nach der überwiegend vertretenen Auffassung unverzüglich nach Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen wie Widerspruch und Klageerhebung, spätestens aber bis zum Ablauf der Kündigungsfrist geltend machen (LAG Hamm 28.04.1976 – 1 Sa 311/76 – DB 1976 1917; LAG München 17.12.2003 – 5 Sa 1118/03 – NZA-RR 2005, 312; APS/Koch, a.a.O., § 102 BetrVG Rn. 206; ErfK/Kania, a.a.O., § 102 BetrVG Rn. 34; Fitting/Engels-/Schmidt/Trebinger/Linsenmeier, BetrVG, 25. Aufl., § 102 BetrVG Rn. 6 m.w.N.).

b) Der Kläger hat seine Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG nicht innerhalb 111 der bis zum 28.02.2011 laufenden Kündigungsfrist geltend gemacht.

Zwar hat er am 13.01.2011 die vorliegende Klage zum Arbeitsgericht erhoben und in der 112 Klageschrift auch auf den Widerspruch des Betriebsrats vom 21.07.2010 hingewiesen. In der Klageschrift ist jedoch nicht mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck gekommen, dass mit der Klage der Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG geltend gemacht worden ist. Die bloße Geltendmachung des allgemeinen Beschäftigungsanspruches bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bzw. des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist enthält für sich allein nicht das Weiterbeschäftigungsverlangen im Sinne des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG (LAG München 17.12.2003 – 5 Sa 1118/03 – NZA-RR 2005, 312).

Der Kläger kann auch nicht darauf verweisen, dass er bereits zuvor im 113 Kündigungsrechtsstreit seine Weiterbeschäftigung geltend gemacht habe. Im Kündigungsrechtsstreit 6 Ca 3686/10 Arbeitsgericht Dortmund hat der Kläger nämlich vielmehr erstinstanzlich den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses zur Muttergesellschaft der Beklagten verlangt. Erstmals nach Verkündung des erstinstanzlichen Urteils vom 13.01.2011 hat der Kläger gegenüber der Beklagten mit der vorliegenden Klageschrift seine Weiterbeschäftigung verlangt. Auch aus dem Hinweis in der Klageschrift vom 13.01.2011 auf den Widerspruch des Betriebsrats vom 21.07.2010 einschließlich der Vorlage dieses Widerspruchs kann allein jedoch nicht entnommen werden, dass der Kläger sein Weiterbeschäftigungsbegehren auf § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG stützen wollte. Ein ausdrückliches, auf § 102 Abs. 5 BetrVG gestütztes Weiterbeschäftigungsverlangen liegt danach nicht vor.

c) Soweit der Kläger mit Schriftsatz vom 16.03.2011 (Bl. 183 ff. d. A.) den geltend gemachten 114
Weiterbeschäftigungsanspruch auch aus § 102 Abs. 5 BetrVG herleitet, ist dieses
Weiterbeschäftigungsverlangen nicht innerhalb der bis zum 28.02.2011 laufenden
Kündigungsfrist gestellt worden.

Die ordentliche betriebsbedingte Kündigung vom 29.07.2010 ist zum 28.02.2011 115
ausgesprochen worden. Zu diesem Zeitpunkt lief die Kündigungsfrist ab. Der Kläger kann
sich nicht auf seine Unkündbarkeit oder eine verlängerte, bis zum 31.03.2011 laufende
Kündigungsfrist berufen.

aa) Mit dem Kläger ist vertraglich weder Unkündbarkeit noch eine bis zum 31.03.2011 116
verlängerte Kündigungsfrist vereinbart worden. Zwar gelten nach seinem Anstellungsvertrag
vom 08.11.1990 ergänzend alle Bedingungen und Regelungen des Personalhandbuchs, die
Bestandteil des Vertrages sind. Hierin kann jedoch keine konkludent arbeitsvertragliche
Zusage in der Weise gesehen werden, dass zu Gunsten des Klägers eine über den
28.02.2011 hinausgehende Kündigungsfrist oder gar Unkündbarkeit bestand. Verweisungen
im Arbeitsvertrag auf ohnehin anwendbare gesetzliche, tarifliche oder
betriebsverfassungsrechtliche Vorschriften sind im Zweifel nämlich lediglich deklaratorisch
gemeint (BAG 24.09.2003 – 10 AZR 34/03 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 254; BAG
12.03.2008 – 10 AZR 256/07 – Juris). Die Arbeitsvertragsparteien wollen in der Regel durch
die Verweisung auf ohnehin geltende kollektive Regelungen keinen eigenständigen
individualvertraglichen Geltungsgrund für diese Regelungen schaffen. Sie bringen regelmäßig
durch eine solche Verweisung nur zum Ausdruck, dass nicht sämtliche für das
Arbeitsverhältnis maßgeblichen Bestimmungen im Text des Arbeitsvertrages wiedergegeben,
sondern darüber hinaus in den genannten kollektiven Vereinbarungen enthalten sind (BAG
18.11.2003 – 1 AZR 604/02 – AP BetrVG 1972 § 77 Nachwirkung Nr. 15). Die
Verweisklausel stellt insoweit schon kein Rechtsgeschäft dar. Ihr liegen keine
Willenserklärungen zu Grunde, durch die Rechtsfolgen bewirkt werden sollen. Es handelt sich
um einen bloßen rechtlichen Hinweis. Andernfalls hätten die Parteien des Arbeitsvertrages
dies eindeutig zum Ausdruck bringen müssen. Dies ist im vorliegenden Fall nicht geschehen.

bb) Auch kollektivrechtlich entfaltet die Betriebsvereinbarung der Fa. A2 vom 01.06.1992 117
keine Wirkungen zu Gunsten des Klägers mehr.

Abgesehen von der Frage, ob die Betriebsvereinbarung vom 01.06.1992 nicht bereits gegen 118
den Grundsatz des Vorranges des Tarifvertrages gemäß § 77 Abs. 3 BetrVG verstößt, ist die
Betriebsvereinbarung vom 01.06.1992 spätestens durch die bei der Beklagten geltende
Gesamtbetriebsvereinbarung vom 01.07.2003 abgelöst worden. Grundsätzlich gilt nämlich im
Verhältnis von Betriebsvereinbarungen die sogenannte Zeitkollisionsregel, wonach die
jüngere Betriebsvereinbarung die ältere ablöst, ohne dass es darauf ankommt, ob die
bisherige Norm für den Arbeitnehmer günstiger war (BAG 15.11.2000 – 5 AZR 310/99 – AP
BetrVG 1972 § 77 Nr. 84; BAG 13.03.2007 – 1 AZR 232/06 – AP BetrVG 1972 § 77
Betriebsvereinbarung Nr. 32; BAG 15.04.2008 – 9 AZR 26/07 – AP BetrVG 1972 § 77
Betriebsvereinbarung Nr. 42 m.w.N.). Hiernach galt im Betrieb der Beklagten die zuletzt
abgeschlossene Gesamtbetriebsvereinbarung vom 01.07.2003, wonach die
Unkündbarkeitsregelung nicht bei Betriebsänderungen gilt, wenn ein anderer zumutbarer
Arbeitsplatz nicht vorhanden ist. Dass dem Interessenausgleich vom 02.06.2010, der die
Kündigung des Klägers vom 29.07.2010 zur Folge hatte, auf einer Betriebsänderung beruht,
ist zwischen den Parteien unstrittig. Hiernach konnte die Beklagte das Arbeitsverhältnis am
29.07.2010 unter Einhaltung einer Kündigungsfrist bis zum 28.02.2011 kündigen.

III. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO. Der Kläger hat die Kosten des erfolglos gebliebenen Rechtsmittels zu tragen.

Der Streitwert hat sich in der Berufungsinstanz nicht geändert, § 63 GKG. 120

Für die Zulassung der Revision zum Bundesarbeitsgericht bestand nach § 72 Abs. 2 ArbGG keine Veranlassung. 121