Beglaubigte Abschrift

5 Sa 1183/15
4 Ca 1674/15
Arbeitsgericht Bonn

Verkündet am 16.11.2016

Weidemann
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 KÖLN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Deutsche Telekom AG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Timotheus Höttges, Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn,

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

Landesarbeitsgericht Köln

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Hahn & Kollegen,
Johannesstraße 3, 99084 Erfurt,

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Köln
auf die mündliche Verhandlung vom 16.11.2016
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Sievers als Vorsitzenden sowie die ehrenamtlichen Richter Herr May und Herr K.-M. Schaefer

für R e c h t erkannt:

I. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bonn vom 04. November 2015 – 4 Ca 1674/15 – wird zurückgewiesen.

II. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 1/3 und die Beklagte zu 2/3.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob eine dem Kläger gegenüber ausgesprochene Änderungskündigung, die dieser unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung angenommen hat, wirksam ist.

Der am geborene Kläger wurde auf Basis eines Arbeitsvertrages vom 26. Juli 1978 zum 25. Juli 1978 bei der Beklagten im Bereich des damaligen Fernmeldeamtes 4 in München eingestellt und steht seitdem mit der Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängern ununterbrochen in einem Arbeitsverhältnis. Sein durchschnittlicher Bruttomonatsverdienst beträgt

Bis zum Jahre 1999 war der Kläger in der Münchener Außenstelle des damaligen Entwicklungszentrums Darmstadt, zuletzt als Mitarbeiter DV-Entwicklung, beschäftigt. Im Jahre 1999 wurden die dort vom Kläger wahrgenommenen Aufgaben in eine Tochtergesellschaft der Beklagten, die T Nova GmbH, ausgelagert und die bei der Beklagten angesiedelten Entwicklungszentren vollständig aufgelöst. Im Zuge dieser Auslagerung setzte der Kläger seine Tätigkeit ab dem 01.07.1999 bei der T Nova GmbH (die spätere T-Systems International GmbH) fort. Im Zuge dessen wurde das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten ab dem 01.07.1999 unter Wegfall der Vergütung ruhend gestellt. Zum 01.01.2006 lebte das ruhende Arbeitsverhältnis wieder auf, nachdem die Beklagte ihre bisherige Beurlaubungspraxis beendet und der Kläger einem Wechsel zur T Nova GmbH bzw. T-Systems International GmbH nicht zugestimmt hatte. Nach seiner Rückkehr wurde der Kläger der Niederlassung „Personalbetreuung für zu Inlandstöchtern beurlaubte Mitarbeiter" (PBM-NL) zugeordnet und dort von der Beklagten, wie zuletzt bei der T-Systems International GmbH, mit der Entgeltgruppe T 8 vergütet. Nach 2006 wurde der Kläger mehrfach vorübergehend im Rahmen einvernehmlicher konzerninterner Leiharbeit bei Beteiligungsgesellschaften eingesetzt, so etwa 2012 bei der

Vivento Customer Service GmbH als Sachbearbeiter Projektmanagement in München.

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fanden kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung die Tarifverträge für die Angestellten der Deutschen Bundespost in ihrer jeweiligen Fassung Anwendung. Mit Schreiben vom 05. Dezember 2013 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass er ab dem 1. Dezember 1999 gemäß § 47 TV-Ang dem besonderen Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer unterliege.

Mit Versetzungsschreiben vom 15. Mai 2001 zur PBM-NL wurde dem Kläger zugesagt, nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses bei der T Nova GmbH von der PBM-NL unter Beteiligung der Mobilitätsinitiative Telekom zu einer wohnortnahen Organisationseinheit versetzt zu werden.

Mit Schreiben vom 29. April 2013 kündigte die Beklagte das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis zum 30. November 2013 und bot dem Kläger gleichzeitig an, das Arbeitsverhältnis ab dem 01. Dezember 2013 als Senior Referent Projektmanagement im Betrieb Vivento im dortigen Bereich Vivento Business Service in Darmstadt fortzusetzen. Im Kündigungsschreiben berief sich die Beklagte auf § 26 Abs. 3 a) MTV DTAG. Dieser gestattet auch bei besonders geschützten Arbeitsverhältnissen eine Kündigung, *„wenn die Beschäftigung des Arbeitnehmers zu den bisherigen Vertragsbedingungen aus dringenden betrieblichen Gründen nicht mehr möglich ist."* Der Kläger nahm das Änderungsangebot mit Schreiben vom 08. Mai 2013 unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung an.

Seine gegen die Wirksamkeit der Änderungskündigung gerichtete Klage war sowohl vor dem Arbeitsgericht Bonn als auch vor dem LAG Köln (6 Sa 822/13) erfolgreich. Das LAG Köln führte in dem rechtskräftigen Urteil vom 17. April 2014 wörtlich aus:

„Nach dem Vorbringen der Beklagten kann nicht angenommen werden, dass die Änderungskündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt war. Eine (Änderungs-)Kündigung ist durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt, wenn die Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Kündigung voraussichtlich dauerhaft entfallen war (*BAG, Urt. v. 29.09.2011 – 2 AZR 451/10 – Rn. 17, juris m.w.N.*). Die Beklagte trägt hierzu vor, eine Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger sei bereits aufgrund der unternehmerischen Entscheidung der Auslagerung der Entwicklungszentren aus dem Jahre 1999 dauerhaft entfallen; die Änderungskündigung sei daher trotz der zeitlichen Distanz durch diese Unternehmerentscheidung bedingt. Die zeitliche Distanz könne die Kausalität zwischen Unternehmerentscheidung und dem Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit des Klägers nicht beseitigen. Entgegen der Ansicht der Beklagten kann die Unternehmerentscheidung aus dem Jahre 1999 die Änderungskündigung des Klägers jedoch nicht rechtfertigen. Ein Zeitraum von etwa 14 Jahren zwischen der Unternehmerentscheidung und dem Ausspruch einer betriebsbedingten (Änderungs-) Kündigung, lässt offensichtlich bereits das Merkmal der Dringlichkeit entfallen. Gleiches gilt im Übrigen auch für die unternehmerische Entscheidung aus dem Jahre 2006, die bisherige Beurlaubungspraxis bei der Beklagten zu beenden, auch wenn die Beklagte sich in ihrer Berufungsbegründung nicht mehr auf diese Entscheidung stützt. Auch diese – zweite – unternehmerische Entscheidung kann ein dringendes betriebliches Erfordernis im Zeitpunkt der über sieben Jahre später ausgesprochenen Änderungskündigung nicht (mehr) begründen. Es kann daher dahinstehen, ob – wie das Arbeitsgericht meint – die betrieblichen Gründe für die Änderungskündigung tatsächlich in der Schaffung neuer Arbeitsplätze in Darmstadt gelegen haben. Denn auch dies könnte die betriebsbedingte Änderungskündigung des Klägers nicht rechtfertigen. Zum einen wäre auch hier das Merkmal der Dringlichkeit nicht gegeben, zum anderen kommt es – wie die Beklagte zutreffend ausführt – nicht auf die Schaffung neuer, sondern auf den Wegfall bisheriger Beschäftigungsmöglichkeiten an."

Die Beklagte unterbreitete dem Kläger mit Schreiben vom 6. Mai 2015 ein Angebot zum Abschluss eines Änderungsvertrages. Der Kläger lehnte das

Angebot ab. Daraufhin sprach die Beklagte mit Schreiben vom 9. Juli 2015, welches der Kläger am 13. Juli 2015 erhielt, eine weitere Änderungskündigung zum 15. August 2015 aus. Wegen der geänderten Bedingungen, die die Beklagte für den Kläger vorsah, wird auf das Kündigungsschreiben (Kopie Bl. 10 f. d.A.) verwiesen. Der Kläger nahm das Änderungsangebot unter Vorbehalt an.

Neben der Rüge der ordnungsgemäßen Bevollmächtigung der Unterzeichner des Kündigungsschreibens und der ordnungsgemäßen Beteiligung des Betriebsrates hat der Kläger die Auffassung vertreten, die Kündigung verstoße formal gegen den ihm zukommenden besonderen tarifvertraglichen Kündigungsschutz. Die Beklagte könne sich nicht auf § 26 Abs. 3 a) MTV DTAG, sondern nur auf § 47 TV Ang/TV Ang-O berufen. Der Kläger ist der Ansicht gewesen, die Änderungskündigung sei sozial nicht gerechtfertigt und daher unwirksam. Er hat bestritten, dass ein dringendes betriebliches Bedürfnis für die Änderungskündigung bestanden habe.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die Änderungskündigung vom 9. Juli 2015, zugegangen am 13. Juli 2015, sozial ungerechtfertigt und unwirksam ist;

2. hilfsweise festzustellen, dass seine Versetzung als Sachbearbeiter Backoffice von der Beklagten zu der Firma Vivento Customer Services GmbH (VCS), Dingolfingerstraße 15, 81673 München, unwirksam ist.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Ansicht vertreten, es habe ein dringendes betriebliches Bedürfnis für den Ausspruch der Änderungskündigung bestanden, weil eine Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger weggefallen sei. Der ursprüngliche Arbeitsplatz des Klägers sei durch die Auslagerung der EDV-Aufgaben und der damit verbundenen Auflösung der Entwicklungszentren im Jahre 1999 dauerhaft und endgültig entfallen. Das Angebot einer anderweitigen Beschäftigung sei verhältnismäßig. Im Unternehmen der Beklagten hätten zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs keine freien oder absehbar freiwerdenden Arbeitsplätze bestanden, die für den Kläger eher zumutbar gewesen seien. Das Änderungsangebot habe zudem nur solche Änderungen enthalten, die unverzichtbar seien, um das Arbeitsverhältnis an die geänderten Bedingungen anzupassen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten.

Die Beklagte trägt vor, die Änderungskündigung sei trotz der zeitlichen Distanz durch die Unternehmerentscheidung aus dem Jahre 1999 bedingt, weil sie auf der Auslagerung der Entwicklungszentren beruhe. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts stehe die zeitliche Distanz zwischen Unternehmerentscheidung und Ausspruch der Kündigung der „Dringlichkeit" der Kündigung nicht entgegen. Das Merkmal der Dringlichkeit sei nicht zeitlich zu verstehen. Der Beklagten dürfe es nicht zum Nachteil gereichen, dass sie den bereits 1999 erfolgten Wegfall des Arbeitsplatzes des Klägers nicht unmittelbar zum Anlass einer Änderungs- oder Beendigungskündigung genommen habe, sondern zunächst noch durch mildere Mittel versucht habe, den Kläger in einer (anderen) Beschäftigung zu halten. Dies könne die Kausalität zwischen Unternehmerentscheidung und Wegfall des Arbeitsplatzes nicht unterbrechen. Die Änderungskündigung sei auch verhältnismäßig, weil zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs kein anderer freier Arbeitsplatz für den Kläger zur Verfügung gestanden habe. Die Beklagte habe alle in Betracht zu ziehenden Beschäftigungsmöglichkeiten vor der Änderungskündigung geprüft und sei zu

[illegible] gekommen, dass das dem Kläger unterbreitete Angebot das [illegible] gewesen sei.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Bonn vom 04. November 2015 zum Aktenzeichen 4 Ca 1674/15 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil aus rechtlichen Gründen. Das Arbeitsgericht habe zutreffend festgestellt, dass die Beklagte sich für die Änderungskündigung nicht auf den Wegfall der Entwicklungsabteilung im Jahre 1999 berufen könne. Die Beklagte habe nicht substantiiert vorgetragen, dass es seit dem Wiederaufleben des Arbeitsverhältnisses im Jahre 2006 keine anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten für ihn gegeben habe. Einen mit Schriftsatz vom 29. März 2016 angekündigten Antrag (Bl. 351 d.A.) hat der Kläger im Kammertermin zurückgenommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsprotokolle Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.

I. Die Berufung der Beklagten ist zwar zulässig, weil sie gemäß § 64 Abs. 1, Abs. 2 ArbGG statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden ist (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, §§ 519, 520 ZPO).

II. Die Berufung der Beklagten hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat zu Recht festgestellt, dass die Änderungskündigung vom 09. Juli 2015 unwirksam ist.

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts erfolgt die Prüfung der Wirksamkeit einer betriebsbedingten Änderungskündigung in zwei Stufen. Bei einer betriebsbedingten Änderungskündigung ist das Änderungsangebot des Arbeitgebers zunächst daran zu messen, ob dringende betriebliche Erfordernisse gemäß § 1 Abs. 2 KSchG es bedingen. In einem zweiten Schritt ist sodann zu prüfen, ob der Arbeitgeber sich darauf beschränkt hat, solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss (*st. Rspr., vgl. BAG Urt. v. 10.09.2009 – 2 AZR 822/07 – Rn. 24; BAG Urt. v. 09.09.2010 – 2 AZR 936/08 – Rn. 29; BAG Urt. v. 12.10.2010 – 2 AZR 945/08 – Rn. 29*). Im Rahmen der §§ 2, 1 Abs. 2 KSchG ist dabei zu prüfen, ob ein Beschäftigungsbedürfnis für den betreffenden Arbeitnehmer zu den bisherigen Vertragsbedingungen entfallen ist und diesem bei Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die am wenigsten beeinträchtigende Änderung angeboten wurde. Ausgangspunkt ist die bisherige vertragliche Regelung, d.h. die angebotenen Änderungen dürfen sich nicht weiter vom bisherigen Inhalt des Arbeitsverhältnisses entfernen, als es zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich (*BAG, Urt. v. 26.03.2009 – 2 AZR 879/07 – Rn. 51 ff., m.w.N*). Dieser Maßstab gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer das Änderungsangebot abgelehnt oder unter Vorbehalt angenommen hat (*BAG, Urt. v. 26.11.2009 – 2 AZR 658/08 – Rn. 16, m.w.N.; vgl. a. LAG Köln 17. April 2014 – 6 Sa 822/13*).

2. Eine Kündigung kann nicht erfolgreich auf Gründe gestützt werden, die der Arbeitgeber schon zur Begründung einer vorhergehenden Kündigung vorgebracht hat und die in dem über diese geführten Prozess mit dem Ergebnis materiell geprüft worden sind, dass sie eine solche Kündigung nicht tragen. Mit einer Wiederholung der früheren Kündigung ist der Arbeitgeber in diesem Fall ausgeschlossen. Eine Präklusionswirkung entfaltet die Entscheidung über die

frühere Kündigung allerdings nur bei identischem Kündigungssachverhalt. Hat sich dieser wesentlich geändert, darf der Arbeitgeber ein weiteres Mal kündigen *(BAG 18. Dezember 2014 – 2 AZR 163/14 – Rn. 33; 20. März 2014 – 2 AZR 840/12 – Rn. 13, zu der Wirksamkeit einer Änderungskündigung; 11. Juli 2013 – 2 AZR 994/12 – Rn. 37).*

3. Nach diesen Grundsätzen erweist sich die Änderungskündigung vom 09. Juli 2015 als unwirksam, weil sie sich als unzulässige „Wiederholungskündigung" darstellt. Die Beklagte hat die Kündigung auf dieselben Gründe gestützt wie die Änderungskündigung vom 29. April 2013.

Dem steht nicht entgegen, dass sich das Änderungsangebot der beiden Änderungskündigungen unterscheidet. Maßgeblich ist, dass sich die Beklagte zur Begründung der dringenden betrieblichen Erfordernisse in diesem Prozess auf dieselbe unternehmerische Entscheidung stützt wie in dem vorhergehenden Kündigungsschutzprozess. Beide Mal hat sie sich auf die unternehmerische Entscheidung aus dem Jahre 1999, die Entwicklungszentren aufzulösen, berufen. Diese Begründung der Kündigung ist in dem ersten Prozess mit dem Ergebnis materiell geprüft worden, dass sie eine Kündigung nicht trägt. Der nach Auffassung der Beklagten das dringende betriebliche Erfordernis begründende Sachverhalt ist identisch; er hat sich nicht geändert. Vor diesem Hintergrund hätte die nunmehr zur Entscheidung berufene 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts die Wirksamkeit der zweiten Änderungskündigung nur dann annehmen können, wenn sie in Bezug auf die unternehmerische Entscheidung, die der Kündigung zugrunde liegt, zu einer anderen Einschätzung gelangt wäre als die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob das Merkmal der Dringlichkeit entfällt, wenn eine Kündigung auf eine mehr als zehn Jahre zurückliegende unternehmerische Entscheidung gestützt wird. Eine erneuten materiellen Prüfung, ob die unternehmerische Entscheidung der Beklagten aus dem Jahr 1999 eine betriebsbedingte Änderungskündigung rechtfertigen kann, ist jedoch nach den Maßstäben, die das BAG zur Wiederholungskündigung entwickelt hat, ausgeschlossen.

4. Auf die weiteren Fragen kommt es nicht an. Es bedarf insbesondere keiner Entscheidung, ob dringende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung gegeben sein können, wenn der Arbeitgeber weder an der einen noch an der anderen Stelle über die Möglichkeit verfügt, dem Arbeitnehmer Arbeit zuzuweisen.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO.

IV. Die Revision wurde nicht zugelassen, da die gesetzlichen Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 ArbGG nicht vorliegen. Das Urteil weicht weder von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ab, noch hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, weil die Entscheidung auf den besonderen Umständen des Einzelfalls beruht.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist kein Rechtsmittel gegeben. Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72a ArbGG verwiesen.

Dr. Sievers May Schaefer

Bundesarbeitsgericht
Beglaubigt
Regierungsbeschäftigte
Köln