



## **Landesarbeitsgericht Nürnberg**

Im Namen des Volkes

### **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

**A...**

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte/r:

...

gegen

Firma **B...**

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte/r:

...

erlässt die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 16. September 2008 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht **V e t t e r** und die ehrenamtlichen Richter Mack und Wissel

im Namen des Volkes

folgendes

### **Urteil:**

- I. Die Berufung der Klägerin gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Weiden vom 23.01.2008, Az. 6 Ca 265/07, wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.
- II. Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Änderungskündigung.

Die am 11.06.1974 geborene Klägerin, die ihrem Ehemann und einem im Zeitpunkt der Klageerhebung vierjährigen Kind – Beginn der Elternzeit 12.09.2003 – unterhaltspflichtig ist, war seit 01.09.1990 als Sachbearbeiterin Technik und Verwaltung im von der Beklagten geführten Autohaus in C..., in dem mindestens 11 Arbeitnehmer tätig waren, beschäftigt. Dieses Autohaus wurde mit Wirkung zum 01.01.2005 im Wege eines Betriebsübergangs auf die Firma Autowelt D... GmbH übertragen. Die Klägerin, die hierüber mit Schreiben vom 16.12.2004 unterrichtet wurde (Anlage B 2 zum Schriftsatz der Beklagtenvertreter vom 15.07.2007, Bl. 28 ff. d.A.), widersprach dem Betriebsübergang mit Schreiben vom 21.12.2004. Die Klägerin befand sich zu diesem Zeitpunkt in Elternzeit; diese endete am 16.07.2006. Die Beklagte bot der Klägerin für die Zeit nach Beendigung ihrer Elternzeit eine Beschäftigung in ihrem Autohaus in E... an. Die Klägerin lehnte ab. Daraufhin kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 17.07.2006 mit Wirkung zum 31.12.2006, ohne das Angebot zu wiederholen. Im gegen diese Kündigung geführten Kündigungsschutzprozess vor dem Arbeitsgericht Weiden mit dem Aktenzeichen 4 Ca 585/06 schlossen die Parteien am 25.08.2006 nach einem Hinweis des Vorsitzenden auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 21.04.2005 einen gerichtlichen Vergleich dahingehend, dass die Kündigung gegenstandslos sei. Mit Schreiben vom 29.08.2006 erklärte die Be-

klagte eine Änderungskündigung mit Wirkung zum 31.12.2006 und bot der Klägerin erneut die Stelle im Autohaus in E... an; im Angebot heißt es: „Ihr Einsatz dort ist zum 01.10.2006 geplant“. Die Klägerin lehnte das Angebot ab. Im vor dem Arbeitsgericht Weiden unter dem Aktenzeichen 2 Ca 804/06 geführten Kündigungsschutzprozess erklärte das Arbeitsgericht die Änderungskündigung mit Endurteil vom 01.03.2007 für unwirksam mit der Begründung, das Änderungsangebot sei unverhältnismäßig, weil die Änderung einer wesentlichen Arbeitsvertragsbedingung bereits vor Ablauf der Kündigungsfrist habe eintreten sollen (Anlage B 3, e-benda, Bl. 51 ff. d.A.). Das Urteil wurde rechtskräftig.

Die Beklagte sprach der nach Rückkehr aus der Elternzeit bezahlt freigestellten Klägerin nunmehr mit Schreiben vom 29.03.2007 eine neuerliche Änderungskündigung mit Wirkung zum 30.09.2007 aus. Sie bot der Klägerin die Beschäftigung im Autohaus in E... ab 01.10.2007 an. Des genauen Wortlautes des Schreibens wegen wird auf die mit der Klage vorgelegte Ablichtung Bezug genommen (Bl. 22 d.A.). Die Klägerin lehnte das Angebot durch Schreiben ihrer Prozessvertreter vom 19.04.2007 ab.

Mit ihrer am 19.04.2007 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage selben Datums hat die Klägerin die Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung geltend gemacht. Sie hat vorgetragen, der angebotene Einsatzort sei von ihrem Wohnort C... etwa 180 km entfernt. Es sei ihr angesichts dessen, dass sie ihrem Ehemann und ihrem kleinen Kind unterhaltspflichtig sei, unzumutbar, eine derartige Wegstrecke zurückzulegen. Die Kündigung sei schon deswegen sozial ungerechtfertigt, weil die Beklagte nach dem Betriebsübergang des Autohauses in C... eineinhalb Jahre bis zum Ende der Elternzeit Zeit gehabt habe, sie zur Beschäftigung an einem Arbeitsplatz in räumlicher Nähe einzuplanen. Sie hätte in allen Filialen unabhängig davon, ob diese als Autohäuser oder als andere Sparten betrieben würden, nach einer Einsatzmöglichkeit suchen müssen. Dies habe die Beklagte versäumt. Die von ihr – der Klägerin – befragte Personalsachbearbeiterin in F... habe zwar auf Befragen angegeben, der Personalleiter habe einmal nach einer freien Stelle gefragt; er habe aber nicht erklärt, dass es um die Beschäftigungsmöglichkeit für eine Arbeitnehmerin nach ihrer Rückkunft aus der Elternzeit gehe. In G... sei es zu einer Zusammenlegung von zwei Niederlassungen gekommen. Es solle dort Personalbedarf geben. Die Beklagte habe den Arbeitsplatz einer schwangeren Arbeitnehmerin wohl mit einer externen Bewerberin besetzt. Die Klägerin hat das Fehlen einer ausreichenden sozialen Auswahl gerügt und die Ordnungsmäßigkeit der Anhörung des Betriebsrats bestritten. Sie hat zudem angesichts der Vorverfahren vor dem Arbeitsgericht Weiden mit den Aktenzeichen 4 Ca 585/06 und 2 Ca 804/06 angeführt, dass ein Verbrauch des materiellen Kündigungsgrundes eingetreten sei.

In der Verhandlung vor dem Arbeitsgericht vom 05.10.2007 haben ausweislich der Niederschrift Klägerin und Klägerinvertreterin nach einem Wortgefecht mit dem Beklagtenvertreter den Sitzungssaal verlassen. Die Kammer des Arbeitsgerichts hat daraufhin Versäumnisurteil erlassen mit folgendem Tenor:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Der Streitwert wird auf 7.647,00 Euro festgesetzt.

Die Klägerin hat gegen dieses ihrer Prozessvertreterin am 09.10.2007 zugestellte Versäumnisurteil mit Schriftsatz vom 09.10.2007, beim Arbeitsgericht eingegangen am selben Tag, Einspruch eingelegt.

Die Klägerin hat – nach Rücknahme des ursprünglich als selbständigen zusätzlichen Antrags gestellten „allgemeinen Feststellungsantrags“ im Verfahren vor dem Arbeitsgericht daher zuletzt folgende Anträge gestellt:

1. Das Versäumnisurteil vom 05.10.2007 wird aufgehoben.
2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die (Änderungs-)Kündigung der Beklagten vom 29.03.2007 nicht zum 30.09.2007 aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt,

das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten und die Klage abzuweisen.

Sie hat eingewandt, die Klage sei unbegründet. Die Kündigung sei aus dringenden betrieblichen Gründen sozial gerechtfertigt. Der Arbeitsvertrag der Klägerin vom 23.05.2001 lege die Beschäftigung der Klägerin auf das Autohaus C... fest (Anlage B 1, Bl. 46 f. d.A.). Eine Versetzungsmöglichkeit sei nicht vorgesehen. Die Klägerin sei während des Beschäftigungsverhältnisses auch ausschließlich in diesem Autohaus tätig gewesen. Sie, die Beklagte, habe durch Haustarifvertrag produktbezogene Sparten gebildet. Der Standort C... sei nach diesem Tarifvertrag als eigenständiger Betrieb zu behandeln. Das Autohaus C... habe der Sparte Automobile angehört, Spartengeschäftsführer H... sei direkt dem Vorstand unterstellt und selbständig zu Einstellungen und Entlassungen berechtigt. Entgegen der Ansicht der Klägerin sei der Kündigungsgrund nicht durch die vorweg ausgesprochenen Kündigungen mit demselben Ziel „verbraucht“. Sie, die Beklagte, habe nach dem Wegfall der Einsatzmöglichkeit im Autohaus im Raum C... keine andere Einsatzmöglichkeit mehr für die Klägerin. Es gebe zu ansonsten unveränderten Konditionen allenfalls die Möglichkeit zur Beschäftigung im Autohaus E...; diese habe sie

der Klägerin mittels Änderungskündigung angeboten. Eine soziale Auswahl sei nicht erforderlich. Sämtliche Arbeitsplätze im ursprünglichen Betrieb seien nach dem Übergang dieses Betriebes auf einen anderen Inhaber, dem die Klägerin widersprochen habe, entfallen. Sie, die Beklagte, betreibe zwar noch andere Sparten. Diese bildeten jedoch andere eigenständige betriebsverfassungsrechtliche Einheiten. Für die Sparte der Autohäuser und den ehemaligen Beschäftigungsbetrieb der Klägerin sei kein Betriebsrat gebildet gewesen. Zum Zeitpunkt der Änderungskündigung seien außer einer von der Klägerin mit Schreiben vom 15.05.2007 abgelehnten Stelle als Teilzeitkraft im Bau- und Gartenmarkt (Anlagen B 5 und B 6, Bl. 65 f. bzw. Bl. 67 f. d.A.) keinerlei Stellen frei gewesen. Die Personalabteilung habe mit Mail vom 05.04.2006 ausdrücklich alle Personalsachbearbeiter aufgefordert, etwaige freie Stellen zu melden. Eine solche Meldung sei nicht erfolgt. Es sei falsch, dass in G... eine externe Arbeitskraft eingestellt worden sei.

Die Klägerin hat eingewandt, ihr Widerspruch gegen den Betriebsübergang vom 21.12.2004 zeige, dass sie bereit sei, auch andere Tätigkeiten als bisher zu verrichten. Sie bestreite, dass die Beklagte keine andere Einsatzmöglichkeit in C... gehabt habe; immerhin habe die Beklagte ihren Antrag auf Zustimmung zur Kündigung in der Elternzeit damals gegenüber dem Gewerbeaufsichtsamt zurückgenommen. Die einzelnen Betriebssparten bildeten einen gemeinsamen Betrieb. Daher hätten auch die Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten in den anderen Sparten geprüft werden müssen. Die Beklagte habe bis zum Ablauf der Elternzeit Zeit gehabt, der Klägerin eine ortsnahe Beschäftigungsmöglichkeit zu beschaffen. Die Anfrage an die Personalsachbearbeiter sei hierfür nicht ausreichend. Sie, die Klägerin, sei im Autohaus die „rechte Hand“ des Leiters gewesen; sie sei jedoch auch zu untergeordneten Tätigkeiten bereit. Die in der Zwischenzeit angebotene Buchhaltungsstelle wäre für sie sehr gut geeignet; sie müsste allerdings von C... aus, nicht aber in I... ausgeübt werden. Dies sei technisch möglich, bestehe doch eine SAP-Leitung. Es entspreche der Lebenserfahrung, dass sich in einem so großen Bereich von J..., K..., L..., C..., F..., M... und G... eine für sie, die Klägerin, geeignete freie Stelle finden lassen müsse. Ein Zeitungsartikel vom 15.09.2005 zeige auch, dass die Beklagte in M... ihren Standort verstärkt habe (Anlage zum Schriftsatz der Klägerinvertreter vom 16.10.2007, Bl. 107 d.A.). Es sei nicht nachvollziehbar, dass ihr, der Klägerin, solche offenen Stellen nicht angeboten worden seien.

Die Beklagte hat eingewandt, in M... habe bereits ein Standort bestanden; das Personal sei lediglich in ein neues Gebäude umgezogen. Am Personalstand habe sich nichts geändert.

Die Klägerin hat entgegnet, eine Standortstärkung sei erfahrungsgemäß nicht nur mit Investitionen, sondern auch mit einer Personalaufstockung verbunden. Nicht beachtet werde zudem der materielle Verbrauch des Kündigungsgrundes. Das Urteil des Arbeitsgerichts Weiden vom 01.03.2007 habe sich auch mit dem Inhalt der Änderungskündigung befasst. Es handele sich um einen identischen Streitgegen-

stand. Der Beklagten sei der erneute Ausspruch der Änderungskündigung aus denselben Gründen daher verwehrt.

Das Arbeitsgericht hat mit Endurteil vom 23.01.2008 dahingehend erkannt, dass das klageabweisende Versäumnisurteil aufrechterhalten werde.

Das Arbeitsgericht hat dies im wesentlichen damit begründet, es sei unrichtig, dass die Kündigungsgründe bereits durch die Entscheidung im Verfahren 2 Ca 804/06 rechtskräftig aberkannt worden wären. In der dortigen Entscheidung hätten die materiellen Kündigungsgründe keine Rolle gespielt, weil die Wirksamkeit der Kündigung bereits aus formellen Gründen – Angebot zum geänderten Einsatz bereits vor Ablauf der Kündigungsfrist – verneint worden sei. Die nunmehr ausgesprochene Änderungskündigung erweise sich als wirksam. Das Beschäftigungsbedürfnis am ursprünglichen Arbeitsplatz sei unzweifelhaft entfallen. Einer Betriebsratsanhörung habe es nicht bedurft. Eine andere Beschäftigungsmöglichkeit als die angebotene sei nicht ersichtlich. Die Klägerin habe nicht vorgetragen, wie sie sich eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit vorstelle. Sie habe keine konkreten Anhaltspunkte für eine solche Beschäftigungsmöglichkeit genannt. Ihre Ausführungen beschränkten sich auf Spekulationen ohne greifbaren Tatsachenhintergrund. Von einer anderen Einsatzmöglichkeit könne daher nicht ausgegangen werden. Kündigung und Änderungsangebot seien sozial gerechtfertigt.

Das Endurteil des Arbeitsgerichts ist den Klägerinvertretern ausweislich ihres Empfangsbekenntnisses am 20.02.2008 zugestellt worden (Bl. 137 d.A.). Die Klägerin hat mit Schriftsatz ihrer Vertreter vom 19.03.2008, beim Landesarbeitsgericht eingegangen am selben Tag, Berufung eingelegt. Sie hat diese Berufung – nach Verlängerung aufgrund am Montag, den 21.04.2008 eingegangenen Schriftsatzes bis 23.05.2008 – mit am 23.05.2008 beim Landesarbeitsgericht eingegangenem Schriftsatz selben Tages begründet.

Die Klägerin hat sich in der Berufung darauf gestützt, das Arbeitsgericht sei rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass sich die Entscheidung vom 01.03.2007 nur mit der formellen Seite der Änderungskündigung befasst habe. Auf Seite 8 der Entscheidungsgründe sei es auch auf die materiellen Kündigungsgründe eingegangen. Sonst hätte es keinen Anlass gegeben, den Vortrag der Beklagten zu erwägen, aber nicht für durchgreifend zu erachten. Auch der gerichtliche Vergleich im Verfahren 4 Ca 585/06 führe zu einem materiellen Verbrauch des – für alle drei Verfahren identischen – Kündigungsgrundes. Das von der Beklagten ausgesprochene Änderungsangebot zur Weiterarbeit in E... sei angesichts einer einfachen Entfernung von über 180 km unzumutbar. Dies gelte umso mehr, als ihr Sohn sich einer Behandlung wegen Leukämie habe unterziehen müssen. Die Beklagte gehe, wie ihr Hinweis auf fehlende andere Einsatzmöglichkeiten in C... zeige, selbst davon aus, dass sie Einsatzmöglichkeiten auch in anderen Sparten außerhalb der Automobilbranche anbieten müsse. Es habe die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit

in der Buchhaltung gegeben, die ihr sogar angeboten worden sei. Von anderen Beschäftigungsmöglichkeiten habe sie, die Klägerin, keine Kenntnis erhalten, weil sie nicht die Möglichkeit gehabt habe, innerbetriebliche Stellenausschreibungen zur Kenntnis zu nehmen. Durch die Inanspruchnahme von Elternzeit habe es ihr am Zugang zum betrieblichen Intranet gefehlt. Sie habe weder die Betriebszeitung noch Mitteilungsblätter mit freien Stellen – etwa als Inventurhilfe – erhalten. Wenn das Bundesarbeitsgericht die Darlegungslast des Arbeitnehmers bei der Sozialauswahl herabsetze, müsse dies auch für den Bereich der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit gelten. Sie, die Klägerin, habe etwa in C... einen Aushang entdeckt, dass Inventurhilfen gesucht wurden. Sie habe daraufhin vergeblich eine Kopie dieses Aushangs verlangt. Es dürfe der Beklagten nicht zum Vorteil dienen, dass sie es ihr, der Klägerin, verwehre, von offenen Stellen Kenntnis zu erlangen. Dies müsse zu einer Beweislastumkehr führen. Die Kündigung verstoße schließlich auch gegen das Maßregelungsverbot, weil die Inanspruchnahme der Elternzeit schließlich zu ihrer Arbeitslosigkeit geführt habe. Der Arbeitsverdienst für die angebotene Teilzeittätigkeit als Kassiererin habe sich nur auf 28,02% ihres bisherigen Monatslohnes belaufen. Insoweit wäre eine Härtefallregelung erforderlich gewesen, gerade im Hinblick auf Art. 6 Abs. 4 GG. Das Erstgericht irre, wenn es ausführe, sie, die Klägerin, habe nicht dargetan, wie sie sich eine Tätigkeit konkret vorstelle. Sie habe vielmehr eindeutig darauf hingewiesen, dass die angebotene Buchhaltungsstelle auch von C... aus zu erledigen sei. Der Vortrag der Beklagten, sie habe sich um anderweitige Einsatzmöglichkeiten bemüht, sei nicht ausreichend.

Die Klägerin stellt als Berufungsklägerin daher in der Berufungsinstanz den Antrag,

das Endurteil des Arbeitsgerichts Weiden vom 23.01.2008 abzuändern, unter Aufhebung des Versäumnisurteils festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die (Änderungs-)Kündigung der Beklagten und Berufungsbeklagten vom 29.03.2007 nicht zum 30.09.2007 aufgelöst worden sei, sowie der Beklagten und Berufungsbeklagten die Kosten beider Rechtszüge aufzuerlegen.

Die Beklagte und Berufungsbeklagte beantragt,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Sie hält die Entscheidung des Arbeitsgerichts für zutreffend. Sie meint, der Kündigungsgrund sei nicht verbraucht; er bestehe vielmehr nach wie vor fort. Der vorhergehenden Klage sei nur deshalb stattgegeben worden, weil das Änderungsangebot den gesetzlichen Anforderungen deswegen nicht entsprochen habe, weil die Änderung der Arbeitsbedingungen vorfristig angeboten worden sei. Die Klägerin habe zu keinem Zeitpunkt einen freien, vergleichbaren und zumutbaren Arbeits-

platz außer demjenigen benannt, der in E... angeboten worden sei. Entscheidend für die Prognose, ob eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit gegeben sei, sei der Zeitpunkt der unternehmerischen Entscheidung, mithin der 29.03.2007. Der Kündigende sei nur dann verpflichtet, anderweitige Arbeitsplätze anzubieten, wenn diese innerhalb der Kündigungsfrist frei würden. Die Klägerin hätte solche Arbeitsplätze benennen müssen. Eine Beweislastumkehr finde nicht statt. Die Klägerin habe sowohl die angebotene Teilzeitstelle als auch diejenige der Buchhaltungskraft als unzumutbar abgelehnt. Es bestehe keine Verpflichtung, einen Heimarbeitsplatz einzurichten; sie, die Beklagte, unterhalte solche Heimarbeitsplätze in der Buchhaltung nicht. Die Buchhaltung arbeite, wie der Klägerin mit Schreiben vom 06.08.2007 mitgeteilt worden sei (Anlage zur Berufungserwidern, Bl. 252 d.A.), im Team, ein direkter Kontakt zu den anderen Mitarbeitern der Buchhaltung sei unabdingbar.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Tatbestand des Ersturteils vom 23.01.2008 (Bl. 128 ff. d.A.), die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht vom 16.09.2008 (Bl. 258 ff. d.A.) und die zwischen den Parteien in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

In nach der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsätzen vom 06.10. und 07.10.2008 hat die Klägerin ausgeführt, es sei ein Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung erforderlich, weil gerade im Hinblick auf § 139 Abs. 2 ZPO noch weitere Ausführungen erforderlich seien. Die Sozialauswahl sei fehlerhaft, weil sie, die Klägerin, mit allen entsprechend eingruppierten Arbeitnehmern der Beklagten verglichen werden könne, und zwar marktübergreifend. Die Beklagte habe sich auf den Standpunkt gestellt, eine solche Sozialauswahl sei nicht erforderlich. Diese sei jedoch bei Zugrundelegung der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 31.05.2007 unternehmensbezogen vorzunehmen. Gemäß der Entscheidung vom 03.06.2004 seien auch die Arbeitnehmer eines weit entfernten Betriebsteils einzubeziehen. Die Autohäuser seien nur Betriebsteile, die organisatorisch unselbständig seien, weil der Vorstand die zentralen Leitungsaufgaben wahrnehme. Es sei ihr, der Klägerin, durch Schreiben des Personalreferats aus I... vom 14.07.2006 (Bl. 292 d.A.) mitgeteilt worden, dass sie nach der Elternzeit nicht an ihrem ursprünglichen Arbeitsplatz erscheinen müsse. Dies belege die zentrale Steuerung von I... aus. Bestätigt werde dies dadurch, dass auch der Arbeitsvertrag vom Leiter Personal und einem Personalreferenten unterzeichnet worden sei (Bl. 293 ff. d.A.). Es habe sich erst in der Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht gezeigt, dass der vorliegende Fall eine Besonderheit dahingehend aufweise, dass sie – die Klägerin – sich ab 17.06.2003 in Elternzeit befunden habe, dass sie nach deren Ablauf freigestellt worden sei. Sie habe somit faktisch keinen Zugriff auf die Intranet-Seiten der Beklagten gehabt. Sie habe sich im Oktober 2007 auf einen Aushang als Inventuraushilfe beworben. Frau N... habe erklärt, dass hierfür keine Arbeitslosen eingestellt werden dürften, und die Annahme der Bewerbungsunterlagen verweigert. Die Ausführungen der Beklagten zum Fehlen freier Stellen seien nicht glaubhaft. Die Beklagte gebe im Zwischenlagebericht für den Zeitraum



01.01. bis 30.06.2007 an, dass sich die Zahl der bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer um 141 erhöht habe (Bl. 297 d.A.). Es seien ihr, der Klägerin, aber nur zwei Stellen angeboten worden. Im Hinblick darauf, dass ihr die Einsichtnahme ins Internet verwehrt worden sei, sei eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast anzunehmen. In europarechtskonformer Auslegung müsse das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz auch für Kündigungen gelten. Durch die Nichtmitteilung von freien Stellen und die Nichteinräumung des regelmäßigen Intranet-Zugangs sei eine Benachteiligung im Sinne von § 1 AGG gegeben, weil sich diese Einschränkung aus der Elternzeit ergebe. Hätte sie, die Klägerin, keine Elternzeit genommen, wäre das Autohaus C... nicht veräußert worden. Das Grundrecht des Art. 6 GG habe hier eine besondere Bedeutung. Trotz der Erklärungen, es gebe keine freien Stellen, habe die Beklagte am 02./03.09.2006 eine Marktleiterstelle öffentlich ausgeschrieben. In der mündlichen Verhandlung vom 23.10.2006 habe die Beklagte sich im Hinblick auf die mögliche freie Stelle in G... darauf berufen, dass die Baustoffe eine eigene Sparte darstellten und dass deshalb nicht geprüft werden müsse, ob die Klägerin dort beschäftigt werden könne. Im Hinblick auf die bisher fehlende Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts im Falle eines Ausschlusses von den betriebsinternen Kommunikationseinrichtungen wegen Elternzeit und daran anschließender Freistellung bitte sie vorsorglich um Zulassung der Revision, weil insoweit eine Beweislastumkehr veranlasst sei. Schließlich habe der Kraftfahrzeugmechaniker O..., der dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Firma Autowelt D... ebenfalls widersprochen habe, neben einer einjährigen bezahlten Freistellung einen Abfindungsbetrag von 13.000,- € erhalten. Der Widerruf des in der Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht geschlossenen Vergleiches stelle eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung dar.

### **Entscheidungsgründe:**

#### **I.**

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft, weil sie sich gegen ein arbeitsgerichtliches Urteil richtet (§ 64 Abs. 1 ArbGG). Im Hinblick darauf, dass allein der Feststellungsantrag über eine Kündigung streitgegenständlich ist, ist ein Beschwerdewert nicht erforderlich (§ 64 Abs. 2 c) ArbGG). Die Berufung ist auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden (§§ 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO, 66 Abs. 1 S. 1, S. 2 ArbGG).

#### **II.**

Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Das Urteil des Arbeitsgerichts erweist sich als richtig. Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Berufungskammer folgt den sorgfältigen Erwägungen des Arbeitsgerichts, denen sie

sich in vollem Umfang anschließt, so dass auf eine erneute, nur wiederholende Darstellung verzichtet werden kann (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Nur ergänzend ist im Hinblick auf die in der Berufung von den Parteien vorgetragene Argumente noch hinzuzufügen:

1. Zutreffend hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass ein „Verbrauch des Kündigungsgrundes“ nicht gegeben ist. Es liegt keine bloße Wiederholungskündigung vor. Eine Wiederholungskündigung ist nur dann gegeben, wenn der Arbeitgeber eine erneute Kündigung auf dieselben Kündigungsgründe stützt, die er schon zur Begründung der ersten Kündigung vorgebracht hat und die in dem ersten Kündigungsschutzprozess materiell geprüft worden sind mit dem Ergebnis, dass sie die Kündigung nicht rechtfertigen können (zuletzt BAG vom 18.05.2006, 2 AZR 207/05, zitiert nach juris).
- a. Eine solche Situation liegt nicht vor. Die Beklagte hatte die Kündigung vom 17.07.2006 als Beendigungskündigung ohne Änderungsangebot ausgesprochen. Die Klägerin hat der durch die Vorlage des arbeitsgerichtlichen Urteils mit dem Aktenzeichen 2 Ca 804/06 belegten Darstellung der Beklagten nicht widersprochen, dass die Beklagte „nach Hinweis des Vorsitzenden auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 21.04.2005“ auf die Kündigung verzichtet hat. Dieses Urteil hat aber unter Fortführung der früheren Rechtsprechung zum Ausdruck gebracht, dass dem Arbeitnehmer trotz vorheriger Ablehnung eines Angebots regelmäßig dennoch eine Änderungskündigung ausgesprochen werden muss, in der das Angebot in der Regel mit den Folgen des § 2 KSchG wiederholt werden muss. Aus dem von den Parteien geschlossenen Vergleich, der die Rücknahme der Kündigung beinhaltete, lässt sich daher nicht ableiten, dass die Beklagte auf den Ausspruch der Änderungskündigung mit dem Angebot zur Weiterarbeit in E... verzichtet hätte. Eine materielle Prüfung des Änderungsangebots durch das Gericht war ohnehin nicht veranlasst. Eine Präklusion der nunmehrigen Gestaltungserklärung – Kündigung, verbunden mit dem Änderungsangebot – kann daher in Bezug auf diese erste Kündigung vom 17.07.2006 von vornherein nicht angenommen werden. Zum einen ist die durch die Gestaltungserklärung erstrebte Rechtsfolge eine andere. Zum anderen kann die Änderungskündigung nicht als „Minus“ zu einer Beendigungskündigung aufgefasst werden, weil bei der Beendigungskündigung von vornherein die gerichtliche Prüfung des Änderungsangebots nicht in Betracht kommt (so ausdrücklich auch BAG vom 18.05.2006, a.a.O., Rn. 15).
- b. Auch gegenüber der vom Arbeitsgericht im Verfahren 2 Ca 804/06 als ungerechtfertigt beurteilten Änderungskündigung stellt sich die nunmehr streitgegenständliche Änderungskündigung trotz ihres – bis auf den Erklärungs-, Angebots- und Beendigungszeitpunkt – identischen Inhalts nicht als Wiederholungskündigung dar. Das Arbeitsgericht hat das Änderungsangebot in seiner Entscheidung vom 01.03.2007 im Verfahren 2 Ca 804/06 zwar geprüft. Es hat jedoch, wie auf Seite 7 des Urteils (Bl. 57 d.A.) ausdrücklich

aufgeführt ist, allein darauf abgestellt, dass das Angebot schon deswegen als unverhältnismäßig anzusehen sei, weil die Beschäftigung schon ab 01.10. und damit vor Ablauf der am 31.12. ablaufenden Kündigungsfrist angeboten worden sei. Hierauf hätte sich die Klägerin auf keinen Fall einlassen müssen. Soweit das Arbeitsgericht sich auf Seite 8 des Urteils mit weiteren Einwendungen der Beklagten beschäftigt hat, hat es die Entbehrlichkeit eines solchen Angebots wegen der von der Beklagten behaupteten endgültigen Ablehnung der Klägerin abgelehnt sowie die entsprechende Auslegung und Umdeutung des Angebots verneint. Mit keiner Silbe hat das Arbeitsgericht angesprochen, dass das Änderungsangebot auch dann unverhältnismäßig oder sozial ungerechtfertigt gewesen wäre, wenn die Beklagte es zum Ablauf der Kündigungsfrist ausgesprochen hätte. Die gegenteiligen Einlassungen der Klägerin sind für die Berufungskammer in keiner Weise nachvollziehbar und von der Urteilsbegründung nicht gedeckt.

Die Auffassung der Klägerin, dass diese Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Angebots unerheblich sei, weil sie das Änderungsangebot ohnehin jeweils abgelehnt habe und es daher in allen Fällen nur um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegangen sei, geht ebenfalls fehl. Prüfungsmaßstab der Änderungskündigung bleibt auch bei Ablehnung des Angebots durch den Arbeitnehmer die Frage, ob das Änderungsangebot verhältnismäßig und zumutbar war (ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BAG vom 23.06.2005, 2 AZR 642/04, Rn. 15, zitiert nach juris). Die Tatsache, dass die Klägerin das Angebot abgelehnt hat, hat daher auch auf die Frage, ob eine unzulässige Wiederholungskündigung vorliegt oder nicht, keine Auswirkungen.

2. Zutreffend hat das Arbeitsgericht ausgeführt, dass zwischen den Parteien unstreitig ist, dass der bisherige Arbeitsplatz der Klägerin bei der Beklagten entfallen ist.
  - a. Nach dem Betriebsübergang, dem die Klägerin widersprochen hat, bestand der Arbeitsplatz beim neuen Inhaber, nicht aber bei der Beklagten. Die Klägerin hat sich in der Berufungsbegründung auch nicht gegen diese Feststellung des Arbeitsgerichts gewehrt und lediglich auf das Vorhandensein weiterer freier Stellen abgestellt. Die unternehmerische Entscheidung, diesem Wegfall des Arbeitsplatzes mit der Kündigung der widersprechenden Arbeitnehmer zu begegnen, ist von der Klägerin nicht angezweifelt worden.
  - b. Die im – nicht nachgelassenen, nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht eingereichten – Schriftsatz vom 06.10.2008 enthaltene Auffassung der Klägerin, die Kündigung verstoße gegen das Maßregelungsverbot, weil der Betrieb ohne die Inanspruchnahme ihrer Elternzeit nicht verkauft worden wäre, ist in dieser Form nicht nachvollziehbar. Soweit die Klägerin meint, ein Betrieb dürfe nicht verkauft werden,

wenn oder weil Mitarbeiter Elternzeit in Anspruch nehmen und damit nicht mehr zur Verfügung stehen, ist dies zu weitgehend. Die allgemeine Handlungsfreiheit sowie die Unternehmerfreiheit, einen Betrieb nicht selbst weiterzuführen, überwiegt den aus Art. 6 GG abgeleiteten Schutz der Beschäftigten. Zum anderen hat die Klägerin ihren Vortrag in keiner Weise substantiiert und mit nachvollziehbaren Tatsachen belegt. In der vorliegenden Form stellt dieser Vortrag eine bloße Behauptung dar, die einer Beweiserhebung nicht zugänglich wäre. Eine Wiedereröffnung der Verhandlung gebietet dieser Vortrag ohnehin nicht. Nach § 296a ZPO können Angriffs- und Verteidigungsmittel nach Schluss der mündlichen Verhandlung nicht mehr vorgebracht werden, wenn nicht ein Fall des § 139 Abs. 5, 156 oder 283 ZPO vorliegt. Dieser nunmehrige Sachvortrag der Klägerin beruht aber nicht auf einem gerichtlichen Hinweis (§ 139 Abs. 5 ZPO), auch nicht auf einer Verletzung der Hinweispflicht – die Berufungskammer hatte mangels Vorliegens von Vortrag und entsprechenden Anhaltspunkten keinerlei Veranlassung, auf eine Maßregelung einzugehen (§ 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) –, auch sind die Voraussetzungen eines Wiederaufnahmegrundes nicht erkennbar (§§ 156 Abs. 2 Nr. 2, 578, 580 ZPO) oder ist diesbezüglich Sachvortrag der Beklagten erfolgt (§ 283 ZPO). Die Voraussetzungen für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung sind daher – unabhängig davon, dass dieser Sachvortrag wegen mangelnder Substantiierung ohnehin kaum verwertbar wäre – nicht gegeben.

3. Zutreffend hat das Arbeitsgericht darauf hingewiesen, dass eine Verletzung der sozialen Auswahl für die Kündigung gemäß § 1 Abs. 3 KSchG nicht ersichtlich ist.
  - a. Das Arbeitsgericht hat hierzu ausgeführt, die Klägerin habe dem Sachvortrag der Beklagten nicht widersprochen, dass es sich beim Autohaus in C... um einen eigenständigen Betrieb gehandelt habe, in dem die Arbeitsplätze, was die Beklagte anlangt, sämtlich entfallen seien. Es hat weiter ausgeführt (S. 6 des Urteils, Bl. 133 d.A.): „Ein sog. gemeinsamer Betrieb mit den anderen Sparten der Beklagten kann für das Autohaus schon deswegen nicht angenommen werden, da hierzu jeder Sachvortrag fehlt“.
  - b. Diesen Feststellungen ist die Klägerin weder in der Berufungsbegründung noch in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht entgegengetreten. Sie hat sich vielmehr stets auf die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf anderen Arbeitsplätzen berufen, nicht aber auf eine fehlerhafte Sozialauswahl. Die Unterscheidung zwischen Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten auf anderen Arbeitsplätzen und fehlerhafter Sozialauswahl war ihr auch bewusst. So lässt sie auf S. 6 der Berufungsbegründung im ersten Absatz vortragen (Bl. 205 d.A.), dass die Anforderungen für die Darlegungslast für den Bereich der Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten ähnlich wie bei der Sozialauswahl herabgesetzt werden müssten. Sie hat also zwischen Sozialauswahl einerseits und der Möglichkeit zu anderweitiger Be-

schäftigung andererseits selbst differenziert. Ausführungen zur Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl sind in keiner Weise erfolgt.

- c. Soweit die Klägerin im nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz vom 06.10.2008 nunmehr Ausführungen zur Sozialauswahl macht, ist dies verspätet. Auch diesbezüglich liegen die Voraussetzungen des § 296a ZPO nicht vor. Es ist keinerlei Grund dafür ersichtlich, warum die Klägerin die Ausführungen, was als „Betrieb“ im Sinne des § 1 Abs. 3 KSchG anzusehen sei, nicht schon in erster Instanz, in der Berufungsbegründung oder in der Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht getätigt hat. Es ist in keiner Weise erkennbar, dass der Klägerin irgendwelche diesbezüglichen Tatsachen erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung bekannt geworden wären. Vieles spricht zwar inhaltlich insoweit für die Richtigkeit der Darlegung der Klägerin. Sie beruft sich jedoch durchweg auf Erklärungen der Beklagten und Umstände aus dem Jahr 2006. Der Vortrag ist, soweit relevant, damit verspätet. Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung ist nicht veranlasst.
- d. Die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung ist jedoch auch aus einem davon unabhängigen anderen Gesichtspunkt nicht veranlasst. Die Beklagte hat sich bereits im Schriftsatz vom 05.07.2007 (dort S. 4, Bl. 42 d.A.) darauf berufen, eine soziale Auswahl mit den Arbeitnehmern anderer Sparten sei schon wegen der arbeitsvertraglichen Abmachungen nicht veranlasst. Sie hat hierzu den Arbeitsvertrag vom 23.05.2001 vorgelegt (Anlage B 1, Bl. 46 f. d.A.). Sie hat erklärt, der Arbeitsvertrag beschränke die Einsatzmöglichkeit ohne über das Direktionsrecht erzielbare Versetzungsmöglichkeit auf das Autohaus C.... Tatsächlich wäre ein Einsatz nach dem Wortlaut des Vertrages auch im Autohaus P... möglich – hierauf hat sich die Klägerin aber nicht berufen. Die Klägerin hat diesem Sachvortrag der Beklagten nicht widersprochen. Sie hat nicht ausgeführt, dass und warum eine Versetzungsmöglichkeit in Betriebsteile anderer Sparten ohne Vertragsänderung möglich gewesen wäre. Trifft der Sachvortrag der Beklagten jedoch zu – wovon die Kammer nach § 138 Abs. 3 ZPO auszugehen hat –, dann beschränkt sich die Sozialauswahl auf die Autohäuser C... und P.... Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der sich die Kammer anschließt, bestimmt sich der Kreis der in die soziale Auswahl einzubeziehenden vergleichbaren Arbeitnehmer in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen, also zunächst nach der ausgeübten Tätigkeit. An einer Vergleichbarkeit fehlt es jedoch darüber hinaus auch dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auf Grund des zugrunde liegenden Arbeitsvertrags nicht einseitig auf den anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann (sog. „arbeitsvertragliche Austauschbarkeit“, vgl. zuletzt BAG vom 05.06.2008, 2 AZR 907/06, NZA 2008, 1120; BAG vom 24.05.2005, 2 AZR 333/04, Rn. 30, zitiert nach juris, jeweils mit umfangreichen Nachweisen). Wenn der Einsatz aber arbeitsvertraglich auf die beiden genannten Autohäuser beschränkt war, wovon nach alldem auszugehen ist, dann hat

sich infolge dieser „arbeitsvertraglichen Austauschbarkeit“ auch die Sozialauswahl auf diese beiden Autohäuser beschränkt.

- e. Die Klägerin hat nicht einmal erklärt, dass es noch ein von der Beklagten betriebenes Autohaus P... gebe. Sie hat sich auf eine dortige Einsatzmöglichkeit nicht berufen. Damit hatte die Kammer des Arbeitsgerichts in der Tat davon auszugehen, dass die Beklagte die vorzunehmende soziale Auswahl nicht verletzt hat – und zwar unabhängig davon, ob der Betriebsbegriff, wofür vieles spricht, von der Beklagten verkannt ist.
4. Zutreffend hat das Arbeitsgericht auch festgestellt, dass die Rüge fehlerhafter Betriebsratsanhörung ins Leere geht. Die Beklagte hat sich auf den Haustarifvertrag und darauf berufen, dass für den – nach diesem Haustarifvertrag – gebildeten Beschäftigungsbetrieb kein Betriebsrat gebildet war. Diesem Vortrag, den die Beklagte durch Vorlage des Haustarifvertrages belegt hat, hat die Klägerin nicht widersprochen, so dass er als zugestanden anzusehen ist (§ 138 Abs. 3 ZPO). Die Regelungsmacht der Tarifparteien für diese Frage ergibt sich aus § 3 BetrVG. Die Klägerin hat ihre Rüge zudem in der Berufungsinstanz auch nicht wiederholt.
  5. Das Änderungsangebot ist, wie das Arbeitsgericht zu Recht festgehalten hat, nicht sozial ungerechtfertigt.
    - a. Das Angebot ist nicht deswegen sozial ungerechtfertigt, weil der Klägerin für sie zumutbare und weniger einschneidende andere Arbeitsplätze nicht angeboten worden sind.
    - b. Solche Arbeitsplätze muss der Arbeitgeber nur dann in Betracht ziehen, wenn sie im Kündigungszeitpunkt frei sind oder wenn in diesem Zeitpunkt erkennbar ist, dass sie bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – möglicherweise bis zu einem Zeitpunkt nicht weit nach deren Ablauf – frei werden. Umstrukturierungen, Organisationsänderungen und „Freimachen“ von Arbeitsplätzen sind – die Klägerin hat keinen Sonderkündigungsschutz – nicht erforderlich (zuletzt BAG vom 05.06.2008, 2 AZR 107/07, Rn. 15 und 17, zitiert nach juris; BAG vom 15.12.1997, 2 AZR 327/94, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 75; KR-Griebeling, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsrecht, 8. Aufl. 2007, § 1 KSchG Rn. 221; Kiel in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 3. Aufl. 2007, § 1 KSchG Rn. 600 ff.). Dabei neigt die Kammer dem Vortrag der Klägerin zu, dass auch diejenigen freien und zur Wiederbesetzung anstehenden Arbeitsplätze im Unternehmen zu berücksichtigen sind, die seit Ablauf der Elternzeit der Klägerin zur Verfügung standen. Abzustellen ist also nicht nur auf den Zeitpunkt des Ausspruches der hier streitgegenständlichen Kündigung, sondern unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens des § 162 BGB auch Arbeitsplätze,

die nach dem 17.07.2006 wieder besetzt wurden (ähnlich BAG vom 05.06.2008, a.a.O., Rn. 16). Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber auf die Wirksamkeit der vorausgegangenen Kündigungen vertraut hat (BAG vom 05.06.2008, a.a.O., Rn. 23).

- c. Letztlich kann dies jedoch dahinstehen. Die Klägerin hat nämlich – außer dem Arbeitsplatz in der Buchhaltung, dem Teilzeitangebot als Verkäuferin, der Neustrukturierung in G..., der Stärkung des Standorts in M... und der Stelle als Inventuraushilfe – keine anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten, keine anderen freien und wieder besetzten Arbeitsplätze benannt. Hierzu wäre sie im Rahmen der abgestuften Darlegungslast verpflichtet gewesen. Der Arbeitgeber kann sich im Kündigungsschutzprozess zunächst darauf berufen, eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit – außer derjenigen in E..., die die Klägerin abgelehnt hat – gebe es nicht. Erst auf nähere Darlegungen des Arbeitnehmers, wie er sich eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit vorstelle, muss der Arbeitgeber dann eingehend erläutern, aus welchem Grund eine Beschäftigung auf einem entsprechenden Arbeitsplatz nicht möglich gewesen ist (BAG vom 01.03.2007, 2 AZR 650/07, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 154, Rn. 21).
- d. Der Auffassung der Klägerin, die Darlegungs- und Beweislast liege im vorliegenden Fall ohne nähere Konkretisierung einer solchen Beschäftigungsmöglichkeit durch sie selbst bei der Beklagten, kann nicht gefolgt werden. Die abgestufte Darlegungslast soll ja gerade ermöglichen, konkret auf den jeweils vorgetragenen Sachverhalt des Prozessgegners einzugehen. Einem pauschalen Vortrag, wie ihn die Klägerin – außerhalb der genannten Stellen – angeführt hat, kann daher auch mit der pauschalen Entgegnung, solche Stellen habe es nicht gegeben, begegnet werden. Wäre dies anders, würde man ungeachtet dieses pauschalen Vortrags eine Beweiserhebung über mögliche offene Stellen durchführen, müssten durch Befragen der angebotenen Zeugen erst konkrete Tatsachen, konkrete Beschäftigungsmöglichkeiten ermittelt werden, die bisher nicht erkennbar sind. Es handelte sich um einen im Zivilprozess nicht gestatteten typischen Ausforschungsbeweis. Die Klägerin hätte die Möglichkeit gehabt, etwa über den Gesamtbetriebsrat oder über Beschäftigte in den einzelnen von ihr angeführten Filialen Auskunft zu erbitten, welche Beschäftigten im fraglichen Zeitraum neu eingestellt worden seien. Sie hätte des weiteren die Möglichkeit gehabt, Auskunft von der Beklagten zu verlangen oder etwa die von ihr bezeichneten Intranet-Einträge über freie Stellen als Beleg für ihren Vortrag anzuführen. In einem solchen Fall hätte die Kammer Anlass gehabt zu prüfen, ob die Beklagte zu einer solchen Auskunft oder Überlassung von Unterlagen verpflichtet war. All dies hat die Klägerin nicht getan. Sie hat erklärt, in einem solch großen Unternehmen müssten freie Stellen vorhanden gewesen sein. Dies stellt sich jedoch, worauf schon das Arbeitsgericht in seinem Urteil hingewiesen hat (S. 7 der Entscheidung, Bl. 134 d.A.), als reine Spekulation dar. Soweit sich die Klägerin im nach Schluss der mündlichen Verhandlung

eingereichten Schriftsatz vom 06.10.2008 auf eine Mitteilung der Beklagten über Stellenzahl und Stellenaufbau berufen hat, lässt sich hieraus – unabhängig davon, dass der entsprechende Vortrag verspätet ist – nichts für angebliche freie Stellen im von der Klägerin angeführten Bereich F..., K..., M..., C... oder G... ableiten.

- e. Nicht nachvollziehbar ist das klägerische Argument, eine Beweislastumkehr sei deshalb veranlasst, weil sie wegen ihrer Abwesenheit in Elternzeit und der anschließenden Freistellung keinen Zugang zum innerbetrieblichen Intranet gehabt habe. Zum einen hat die Klägerin auf Befragen des Gerichts eingeräumt, solchen Zugang nie gegenüber der Beklagten verlangt zu haben. Zum anderen ist nicht recht verständlich, welche Bedeutung das Intranet für die hier streitgegenständliche Frage der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit der Klägerin hat. Sollten dort nämlich freie Stellen im von der Klägerin benannten Bereich aufgeführt gewesen sein, kann es doch nur um solche Stellen gegangen sein, die seitens der Beklagten intern besetzt werden sollten. Arbeitnehmer sollten also intern umgesetzt werden. Dies besagt nichts dafür, dass dort eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für die Klägerin – nach dem Anstellungsvertrag Sachbearbeiterin Technik und Verwaltung – bestand. Die Einstellung einer solchen Stelle im Intranet würde nicht automatisch bedeuten, dass auch eine Beschäftigungsmöglichkeit für die Klägerin bestand, die im Wege des Vorrangs der Änderungskündigung der arbeitsvertragsgemäßen Beschäftigungsmöglichkeit – wenn auch räumlich entfernt – vorzuziehen gewesen wäre. Letztlich kann dies aber dahinstehen. Eine Rechtsvereitelung durch die Beklagte ist, da die Klägerin weder Einblick in die Interneteinträge noch Auskunft hierüber verlangt hat, in keiner Weise erkennbar.
- f. Soweit sich die Klägerin auf die angebotene Einsatzmöglichkeit als Verkäuferin im Bau- und Gartenmarkt in C... berufen hat, ist dies unerheblich. Die Klägerin selbst hat die Stelle mit der – nachvollziehbaren – Begründung abgelehnt, sie sei für sie mit einem Einkommensverlust von 71,5% in keiner Weise zumutbar. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Beklagte der Klägerin die Vollzeitstelle innerhalb des bisherigen Beschäftigungsspektrums in E... und nicht auch alternativ die Teilzeitstelle im Bau- und Gartenmarkt auch im Wege der Änderungskündigung angeboten hat. Unabhängig davon stammt das Stellenangebot vom 24.04.2007, die streitgegenständliche Änderungskündigung aber vom 29.03.2007. Auch die Klägerin behauptet nicht, dass im Zeitpunkt des Zugangs der Änderungskündigung bereits bekannt gewesen wäre, dass diese Stelle frei würde und eine entsprechende Beschäftigungsmöglichkeit bestanden hätte. Dies ist jedoch wie dargestellt Voraussetzung dafür, dass diese Stelle im Sinne einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit beachtlich wäre.
- g. Die Klägerin hat nicht vorgetragen, wann sie einen Aushang in einer Filiale in C... gesehen habe, dass Inventurhilfen gesucht würden. Im nachgereich-



ten Schriftsatz vom 06.10.2008 wird deutlich, dass diese Inventuraushilfen im Oktober 2007 gesucht worden sind (Bl. 287 d.A.). Es ist also in keiner Weise erkennbar, dass diese Beschäftigungsmöglichkeit im Zeitraum 17.06.2006 bis 29.03.2007 schon bekannt gewesen wäre. Alles spricht dagegen. War dies aber nicht der Fall, wäre ohnehin nicht die Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigung die Folge. In Betracht käme allenfalls ein Anspruch der Klägerin auf Wiedereinstellung, den sie aber im vorliegenden Prozess nicht gestellt hat. Letztlich kann dies jedoch dahinstehen. Für die Kammer ist in keiner Weise nachvollziehbar, dass eine solche Aushilfstätigkeit für Inventuren eine für die Klägerin zumutbare ständige Beschäftigungsmöglichkeit hätte sein können. Derartige kurzzeitige Aushilfsarbeitsplätze können nicht ernsthaft als Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für die Klägerin in Betracht gezogen werden.

- h. Hinsichtlich der in der Klageschrift behaupteten Beschäftigungsmöglichkeiten in G... sowie in C... hat die Beklagte erwidert, die Angaben der Klägerin, es „solle dort Personalbedarf geben“, weil zwei Niederlassungen zusammengelegt worden seien, und die Beklagte habe den Arbeitsplatz einer schwangeren Arbeitnehmerin in C... „wohl“ mit einer externen Kraft besetzt, seien falsch. Sie hat unter Beweisantritt vorgetragen, dass die Neueinstellungen von Arbeitnehmern, wie sie von der Klägerin vermutet würden, nicht getätigt worden seien. Die Klägerin hat sich zu diesem Vortrag nicht weiter geäußert. Sie ist – außer durch pauschale Bezugnahme auf ihre Schriftsätze – weder in erster noch in zweiter Instanz auf diese behaupteten Stellen zurückgekommen. Im Rahmen der abgestuften Darlegungslast und insbesondere auch, weil es sich insoweit nach eigener Darlegung der Klägerin nur um Vermutungen und nicht um Tatsachenvortrag gehandelt hat, hat die Kammer gemäß § 138 Abs. 3 ZPO davon auszugehen, dass der Beklagtenvortrag nicht mehr bestritten werden sollte. Auch insoweit bestehen – unabhängig davon, dass nicht erkennbar ist, ob die Stellen auch im oben genannten Zeitraum frei gewesen sein sollen – keine Anhaltspunkte dafür, dass eine entsprechende Beschäftigungsmöglichkeit bestanden hätte, die der Klägerin nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anstelle der Stelle in E... hätte angeboten werden müssen.
- i. Hinsichtlich der Beschäftigungsmöglichkeit in M... gilt ähnliches. Zum einen hat die Klägerin dem Vortrag der Beklagten, bei der im Zeitungsartikel bezeichneten Stärkung des Standortes handele es sich nicht um eine personelle Aufstockung, sondern um einen Umzug in ein neues Gebäude, der allein mit der bisherigen Mannschaft vollzogen worden sei, zunächst nicht widersprochen. Sie ist in der Berufungsinstanz auf diesen Sachvortrag auch nicht mehr zurückgekommen. Hinzu kommt, dass die Stelle nach eigenen Angaben der Klägerin im Schriftsatz vom 16.10.2007 (Bl. 101 d.A.) schon im September 2005 – also fast zehn Monate vor dem Ende der Elternzeit der Klägerin – vorhanden gewesen sein soll. Die Berücksichtigung einer solchen Stelle – die zudem nicht arbeitsvertragsgemäß ausgestaltet gewe-

sen sein dürfte, weil es sich nicht um ein Autohaus gehandelt hat – wäre der Beklagten über einen so langen Zeitraum hinweg ohnehin nicht zumutbar gewesen. Dies gilt um so mehr, als im Zeitpunkt des behaupteten Bedarfs nicht sicher war, ob die Klägerin tatsächlich wie angekündigt aus der Elternzeit zurückkommen würde, ob sie in Vollzeit oder als Teilzeitbeschäftigte arbeiten würde und ob sie diese Stelle überhaupt als adäquat ansehen würde.

- j. Eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit hat die Klägerin mit dem Hinweis auf die Stelle in der Buchhaltung – die sie allerdings nicht wie angeboten in I..., sondern in C... ausfüllen wolle – benannt. Das Angebot der Stelle durch die Beklagte erfolgte nach den unwidersprochenen Angaben der Beklagten am 30.07.2007, also weit nach Ausspruch der Kündigung. Auch die Klägerin behauptet nicht, dass diese Beschäftigungsmöglichkeit – unabhängig davon, ob die Stelle in I... oder im Wege einer Umorganisation in C... bestehen sollte – im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung schon bekannt gewesen wäre. Ist dies aber nicht der Fall, dann hätte die Klägerin insoweit allenfalls einen Wiedereinstellungsanspruch geltend machen können. Die Wirksamkeit der Kündigung wird durch nach Zugang der Kündigung auftretende neue Umstände nicht berührt. Dies gilt auch dann, wenn diese Umstände – soweit die Beschäftigungsmöglichkeit nicht schon im Kündigungszeitpunkt erkennbar war, wofür vorliegend keine Anhaltspunkte vorgetragen sind – im Lauf der Kündigungsfrist eintreten. Unabhängig davon hat die Beklagte im Schreiben vom 06.08.2007 (Bl. 252) erläutert, warum die von der Klägerin monierte Einrichtung eines Arbeitsplatzes in C... für diese Tätigkeit nicht in Betracht zu ziehen sei. Auch diesbezüglich hat die Klägerin nachvollziehbare Einwendungen nicht gemacht. Die Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Änderungskündigung kann mit diesem Vortrag nach alldem nicht begründet werden.
- k. Schließlich genügt auch der – erstmals nach Schluss der mündlichen Verhandlung vorgetragene – Hinweis auf den Zwischenlagebericht der Beklagten für den Zeitraum 01.01. bis 30.06.2007 nicht als konkreter Anhaltspunkt für eine Beschäftigungsmöglichkeit. Selbst wenn die Beklagte ihre Gesamtstellenzahl von mehr als 16.000 Beschäftigten in diesem Zeitraum erhöht hat, besagt dies nichts darüber, dass es sich hierbei um für die Klägerin geeignete Arbeitsplätze im von der Klägerin als relevant angesehenen Raum J..., K..., C..., G..., F... und M... gehandelt hat. Dies hat auch die Klägerin – unabhängig davon, dass dieser Sachvortrag verspätet ist – nicht behauptet.
- l. Nach alldem fehlt es an der der Klägerin obliegenden Darlegung, wie sie sich nach dem Wegfall des Arbeitsplatzes eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit, die ihr eher zumutbar wäre als der angebotene Arbeitsplatz in E..., vorstellt. Da eine Umkehr der Darlegungslast entgegen ihrer Ansicht nicht in Betracht kommt, kann die Kammer – wie schon das Arbeitsgericht –

eine Unwirksamkeit des Änderungsangebots wegen Vorrangs einer milderen Änderungskündigung nicht erkennen. Die Ansicht der Klägerin, das gemachte Angebot sei von vornherein wegen der Entfernung unzumutbar, würde selbst dann nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führen, wenn sie zuträfe. Es bleibt dabei, dass Anhaltspunkte für eine andere, für die Klägerin geeignetere Beschäftigungsmöglichkeit bei der Beklagten nicht erkennbar sind. Damit ist von der sozialen Rechtfertigung der geänderten Arbeitsbedingungen bzw. von der Änderungskündigung auszugehen.

- m. Auch der – ebenfalls verspätete – Vortrag hinsichtlich der Besetzung einer Marktleiterstelle ist nicht geeignet, den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch zu begründen. Sie selbst war nie Marktleiterin. Die Beklagte war aber nicht verpflichtet, der Klägerin eine solche Beförderungsposition anzubieten.
  - n. Erst recht gibt der Hinweis der Klägerin, die Beklagte hätte den in der Sitzung vor dem Landesarbeitsgericht abgeschlossenen Vergleich nicht widerrufen dürfen, weil sie auch einem anderen vergleichbaren Mitarbeiter eine noch höhere Abfindung gezahlt habe, nichts für den streitgegenständlichen Anspruch her. Eine Abfindung ist nicht eingeklagt. Eine Treuwidrigkeit des Widerrufs ist angesichts der nicht näher bezeichneten Umstände in keiner Weise erkennbar.
- 6. Nach alldem erweist sich das Urteil des Arbeitsgerichts als in jeder Hinsicht richtig, so dass die Berufung zurückzuweisen ist.
  - 7. Die Klägerin, auch Berufungsklägerin, hat die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels zu tragen (§§ 64 Abs. 6 ArbGG, 97 Abs. 1 ZPO).
  - 8. Für die Zulassung der Revision besteht kein gesetzlich begründeter Anlass.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.  
Auf § 72a ArbGG wird hingewiesen.

Vetter  
Vorsitzender Richter

Mack  
Ehrenamtlicher

Wissel  
Ehrenamtlicher

am Landesarbeitsgericht

Richter

Richter