



Esser
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

der Frau V. H., M. Mühle 24, M.,

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte P., L. & Kollegen,
L.-C.-Str. 11, M.,

g e g e n

U. G. Services GmbH, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführer
K. C. und B. E., T. Str. 99, M.,

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Assessor I., i/ Chemie Rheinland e. V.,
W. Str. 4, E.,

hat die 12. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 27.04.2011
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Plüm als Vorsit-
zenden sowie die ehrenamtliche Richterin Peraglie und den ehrenamtlichen S.
Cwiklinski

für R e c h t erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Solingen vom 20.12.2010 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Beklagte verurteilt wird, die Klägerin zu den bisherigen arbeitsvertraglichen Bedingungen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens H. ./ Dr. L. als Insolvenzverwalter T. 4 (Geschäftsnummer: Arbeitsgericht Solingen – 3 Ca 597/09 lev –), längstens bis zum 31.07.2011 weiterzubeschäftigen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

Die Revision wird zugelassen.

GRÜNDE:

A. Die Klägerin nimmt die Beklagte als Betriebserwerberin auf tatsächliche Weiterbeschäftigung sowie auf Zahlung von Arbeitsentgelt in Anspruch.

Die Klägerin trat am 01.08.1978 als technische Zeichnerin in die Dienste der U. G. GmbH. Seit 1996 wurde sie mit Sachbearbeitungsaufgaben in verschiedenen Abteilungen befasst, seit November 2004 als Sachbearbeiterin in der Poststelle eingesetzt. Gemäß Überleitungsvertrag vom 08.08.2007 ging das Arbeitsverhältnis auf die U. G. Services GmbH über. Am 01.03.2009 wurde über das Vermögen der nachfolgend in „T. 4“ umfirmierten U. G. Services GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet. Nachdem die Klägerin den Eintritt in die errichtete Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft abgelehnt hatte, erklärte der Insolvenzverwalter der Schuldnerin ihr gegenüber am 11.03.2009 die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 30.06.2009. Der daraufhin erhobenen Kündigungsschutzklage gab das Arbeitsgericht Solingen durch Urteil vom 24.03.2010 (Gesch.-Nr. 3 Ca 597/09 lev) statt. Die Berufung des Insolvenzverwalters der „T. 4“ blieb erfolglos (LAG Düsseldorf Urteil vom 15.09.2010 – 12 Sa 627/19 –). Der Insolvenzverwalter hat beim Bundesarbeitsgericht die zugelassene Revision eingelegt (6 AZR 726/10).

Der Betrieb der „T. 4“ ging zum 22.04.2009 gemäß § 613 a Abs. 1 BGB auf die neu gegründete Beklagte über.

Nach erfolgloser vorgerichtlicher Geltendmachung hat die Klägerin mit der im Juni 2010 beim Arbeitsgericht Solingen eingereichten und später erweiterten Klage die Beklagte auf vorläufige Weiterbeschäftigung sowie auf Zahlung der Arbeitsvergütung für den Zeitraum Juli 2009 bis November 2010 in Anspruch genommen.

Durch Urteil vom 17.12.2010 hat das Arbeitsgericht Solingen die Beklagte verurteilt,

1. die Klägerin als Mitarbeiterin der Poststelle zu den bisherigen arbeitsvertraglichen Bedingungen bis zu dem rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens H. ./ Dr. L. als IV T. 4, Az.: 3 Ca 597/09 lev weiter zu beschäftigen;
2. an die Klägerin Arbeitsentgelt für Juli 2009 in Höhe von 3.581,70 EUR brutto abzüglich von der Bundesagentur für Arbeit am 31. Juli 2009 gezahlter 1.307,40 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. August 2009 zu zahlen;
3. an die Klägerin Arbeitsentgelt für August 2009 in Höhe von 3.581,70 EUR brutto abzüglich von der Bundesagentur für Arbeit am 31. August 2009 gezahlter 1.307,40 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. September 2009 zu zahlen;
4. an die Klägerin Arbeitsentgelt für September 2009 in Höhe von 3.581,70 EUR brutto abzüglich von der Bundesagentur für Arbeit am 30. September 2009 gezahlter 1.307,40 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Oktober 2009 zu zahlen;
5. an die Klägerin Arbeitsentgelt für Oktober 2009 in Höhe von 3.581,70 EUR brutto abzüglich von der Bundesagentur für Arbeit am 31. Oktober 2009 gezahlter 1.307,40 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. November 2009 zu zahlen;
6. an die Klägerin Arbeitsentgelt für November 2009 in Höhe von 6.384,65 EUR brutto abzüglich von der Bundesagentur für Arbeit am 30. November 2009 gezahlter 1.307,40 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Dezember 2009 zu zahlen;
7. an die Klägerin Arbeitsentgelt für Dezember 2009 in Höhe von

3.581,70 EUR brutto abzüglich am 31. Dezember 2009 von der Firma S. gezahlter 1.148,37 EUR netto sowie weiterer von der Bundesagentur für Arbeit gezahlter 506,85 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2010 zu zahlen;

8. an die Klägerin Arbeitsentgelt für Januar 2010 in Höhe von 3.581,70 EUR brutto abzüglich am 31. Januar 2010 von der Firma S. gezahlter 1.148,37 EUR netto sowie weiterer von der Bundesagentur für Arbeit gezahlter 506,85 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Februar 2010 zu zahlen;
9. an die Klägerin Arbeitsentgelt für Februar 2010 in Höhe von 3.581,70 EUR brutto abzüglich am 28. Februar 2010 von der Firma S. gezahlter 1.148,37 EUR netto sowie weiterer von der Bundesagentur für Arbeit gezahlter 506,85 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. März 2010 zu zahlen;
10. an die Klägerin Arbeitsentgelt für März 2010 in Höhe von 3.581,70 EUR brutto abzüglich von der Bundesagentur für Arbeit am 31. März 2010 gezahlter 1.307,40 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. April 2010 zu zahlen;
11. an die Klägerin Arbeitsentgelt für April 2010 in Höhe von 3.581,70 EUR brutto abzüglich von der Bundesagentur für Arbeit am 30. April 2010 gezahlter 1.307,40 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Mai 2010 zu zahlen;
12. an die Klägerin anteiliges Urlaubsgeld für 2009 in Höhe von 306,75 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2010 zu zahlen;
13. an die Klägerin Arbeitsentgelt für Mai 2010 in Höhe von 3.581,70 EUR brutto abzüglich von der Bundesagentur für Arbeit am 31. Mai 2010 gezahlter 1.307,40 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juni 2010 zu zahlen;
14. an die Klägerin Arbeitsentgelt für Juni 2010 in Höhe von 4.195,20 EUR brutto abzüglich von der Bundesagentur für Arbeit am 30. Juni 2010 gezahlter 1.307,40 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juli 2010 zu zahlen;

15. an die Klägerin Arbeitsentgelt für Juli 2010 in Höhe von 3.581,70 EUR brutto abzüglich von der Bundesagentur für Arbeit am 30. Juli 2010 gezahlter 1.307,40 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. August 2010 zu zahlen;
16. an die Klägerin Arbeitsentgelt für August 2010 in Höhe von 3.581,70 EUR brutto abzüglich von der Bundesagentur für Arbeit am 31. August 2010 gezahlter 1.307,40 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. September 2010 zu zahlen;
17. an die Klägerin Arbeitsentgelt für September 2010 in Höhe von 3.581,70 EUR brutto abzüglich von der Bundesagentur für Arbeit am 30. September 2010 gezahlter 1.307,40 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Oktober 2010 zu zahlen;
18. an die Klägerin Arbeitsentgelt für Oktober 2010 in Höhe von 3.581,70 EUR brutto abzüglich von der Bundesagentur für Arbeit am 30. Oktober 2010 gezahlter 1.307,40 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. November 2010 zu zahlen;
19. an die Klägerin Arbeitsentgelt für November 2010 in Höhe von 6.753,73 EUR brutto abzüglich von der Bundesagentur für Arbeit am 30. November 2010 gezahlter 1.307,40 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Dezember 2010 zu zahlen.

Mit der form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung greift die Beklagte das erstinstanzliche Urteil, auf das hiermit zur näheren Darstellung des Sach- und Streitstandes verwiesen wird, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und unter Wiederholung und Ergänzung seines erstinstanzlichen Vorbringens mit dem Antrag auf Abänderung des Urteils und Klageabweisung an. Sie beantragt die Aussetzung des Rechtsstreits. Der Weiterbeschäftigungsklage hält sie entgegen, dass die Beschäftigung der Klägerin in der Poststelle nicht mehr möglich sei, da die dortige Tätigkeit auf einen externen Dienstleister übertragen worden sei. Auch sonst fehle es im Betrieb an einer vertragsgemäßen bzw. zumutbaren Beschäftigungsmöglichkeit für die Klägerin. Deshalb habe sie

vorsorglich mit Schreiben vom 23.12.2010 das Arbeitsverhältnis zum 31.07.2011 gekündigt.

Auf die von der Klägerin auch gegen diese Kündigung erhobene Klage hin hat das Arbeitsgericht Solingen das Kündigungsschutzverfahren ausgesetzt (Gesch-Nr. 1 Ca 1869/10 lev).

Die Klägerin verteidigt das Urteil vom 20.12.2010 gegen die Angriffe der Beklagten und beantragt – unter Modifizierung des Klageantrages zu 1) – die Zurückweisung der Berufung. Sie macht geltend, aufgrund ihrer beruflichen Qualifikation und ihres betrieblichen Werdeganges auch außerhalb der Poststelle in anderen Abteilungen einsetzbar zu sein. Im übrigen wendet sie sich gegen eine Aussetzung des vorliegenden Verfahrens.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze mit den hierzu überreichten Anlagen Bezug genommen.

B. Eine Aussetzung des vorliegenden Verfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Kündigungsprozesses (BAG 6 AZR 726/10) gemäß § 148 ZPO ist nicht geboten.

I. Die Klage über die vorläufige Weiterbeschäftigung ist entscheidungsreif und daher im Licht des arbeitsgerichtsgesetzlichen Beschleunigungsgebotes und des Schutzzwecks des Weiterbeschäftigungsanspruchs (BAG-GS 27.02.1985 – GS 1/84 – Rn. 90/94) der Entscheidung zuzuführen.

II. Was die von der Beklagten angeregte Aussetzung des über Verzugslohnansprüche geführten Verfahrens anbelangt, geht die Kammer im Anschluss an die Rechtsprechung der 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts (LAG Düsseldorf 01.08.2008 – 6 Ta 535/08 – n.v.) davon aus, dass auch im Berufungsverfahren von der Aussetzung der Verzugslohnklage Abstand genommen werden kann, um die rechtskräftige Erledigung dieser Klage, ggf. in der Revisions-

instanz, zu beschleunigen. Daher hat die Kammer von der Aussetzung Abstand genommen.

C. Die Berufung der Beklagten ist weitestgehend erfolglos.

I. Die Klägerin hat nach § 611, § 615 BGB iVm. § 11 Nr. 3 KSchG aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs Anspruch auf die vom Arbeitsgericht zuerkannte Vergütung. Die Höhe der Zahlungsansprüche ist zwischen den Parteien nicht strittig. Mit Ausnahme des Streitpunktes, ob die Kündigung des Insolvenzverwalters der „T. 4“ vom 11.03.2009 das Arbeitsverhältnis wirksam zum 30.06.2009 aufgelöst hat, steht zwischen ihnen auch außer Frage, dass die Beklagte als Betriebserwerberin nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB in die Rechte und Pflichten des Arbeitsverhältnisses der Klägerin eingetreten wäre.

II. 1. Nach zutreffender höchstrichterlicher Spruchpraxis (BAG-GS 27.02.1985 – GS 1/84 – BAGE 48, 122 ff., BAG 15.12.2005 – 6 AZR 197/05 – Rn. 32) hat der gekündigte Arbeitnehmer in der Zeit von der Verkündung des klagestattgebenden arbeitsgerichtlichen Urteils an während der Dauer des Rechtsstreits bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen. Dies gilt auch dann, wenn unstreitig ein Betriebsübergang erfolgt ist und der Betriebserwerber nicht Partei des Kündigungsschutzverfahrens. Der Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung richtet sich dann gegen den Betriebserwerber (LAG Hamm, 09.06.2006 – 19 Sa 879/06 – Juris Rn. 33-39, SPV/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz, 10. Aufl., Rn. 2263) .

2. Der Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung entfällt, wenn überwiegende Interessen des Arbeitgebers der Weiterbeschäftigung entgegenstehen (BAG-GS 27.02.1985 – GS 1/84 – Rn. 95-98). Setzt die vom Arbeitnehmer beanspruchte Weiterbeschäftigung das Vorliegen bestimmter Gegebenheiten oder deren dem Arbeitgeber zumutbare Schaffung voraus, etwa das Vorhandensein eines Betriebes oder einer konkreten Funktion, und sind diese Gegebenheiten

dauerhaft entfallen, kann die Weiterbeschäftigung nicht mehr geleistet werden. Sie ist dann iSv. § 275 BGB unmöglich (vgl. BAG 04.09.1985 – 5 AZR 90/084 – Rn. 20).

Gemessen hieran ist mit dem dauerhaften Outsourcing der Poststelle der Beklagten die Weiterbeschäftigung der Klägerin in diesem Bereich betriebsorganisatorisch nicht mehr möglich. Weder aus dem Prozessvortrag der Beklagten noch sonstwie ergeben sich indessen Anhaltspunkte dafür, dass es ihr unmöglich wäre, die Klägerin entsprechend dem Arbeitsvertrag anderweitig im Betrieb einzusetzen. Nachdem die Klägerin in der Verhandlung am 27.04.2011 zu ihrer Weiterbeschäftigungsklage klargestellt hat, dass sie nicht die Weiterbeschäftigung nur in der Poststelle verlange, sondern auch „konkrete anderweitige Einsatzmöglichkeiten“ (Seite 2 der Berufungsbeantwortung) akzeptiere, sind die Einwände der Beklagten gegen eine tatsächliche Weiterbeschäftigung hinfällig geworden.

Die Kammer hat dementsprechend den erstinstanzlichen Urteilsausspruch zu 1) neugefasst. Nach Lage der Dinge braucht der Titel keine Einzelheiten hinsichtlich der Art der Beschäftigung oder der sonstigen Arbeitsbedingungen zu enthalten, weil sich aus Arbeitsvertrag, Qualifikation und bisheriger Tätigkeit der Klägerin ergibt, welche Arbeiten die Beklagte ihr im Rahmen des Direktionsrechts (§ 106 GewO) zuweisen darf (BAG 15.04.2009 – 3 AZB 93/08 – Rn. 20, SPV/Vossen a.a.O., Rn. 2269 [Fn. 132]).

3. Der Beschäftigungstitel ist zeitlich auf den Kündigungstermin der Nachkündigung vom 23.12.2010 einzuschränken gewesen. Die darüberhinaus gehende Beschäftigungsklage ist unbegründet und daher abzuweisen.

a) Im Hinblick auf die vorsorgliche Kündigung der Beklagten vom 23.12.2010 entfällt nach dem 31.07.2011 die Basis für den vom Arbeitsgericht ausgeurteilten Weiterbeschäftigungsanspruch (vgl. SPV/Vossen, a.a.O., Rn. 2264/2271).

Da es für die Beurteilung der sozialen Rechtfertigung der Kündigung vom 23.12.2010 auf den Zeitpunkt des Zugangs dieser Kündigung ankommt (näher:

BAG 09.09.2010 – 2 AZR 493/09 – Rn. 21 f., Kammer 07.07.2003 – 12 Sa 1437/02 – Juris Rn. 21), liegt dieser Kündigung ein gegenüber der Kündigung vom 11.03.2009 wesentlich anderer Sachverhalt zugrunde. Aus diesem Grund und weil der im Vorprozess vom Gericht beanstandeten Fehlerhaftigkeit der Massentlassungsanzeige Rechnung getragen wird, ist die Nachkündigung der Beklagten keine bloße Wiederholungs- oder Trotz Kündigung und nicht darauf angelegt, lediglich das Entstehen des Weiterbeschäftigungsanspruchs zu verhindern (vgl. BAG 17.03.2005 – 2 AZR 245/04 – Rn. 43).

b) Die Kündigung vom 23.12.2010 würde dem Weiterbeschäftigungsanspruch der Klägerin nach dem 31.07.2010 dann nicht entgegen stehen, wenn sie offensichtlich unwirksam wäre (BAG-GS 27.02.1985 – GS 1/84 – Rn. 83 f.). Im Streitfall kann nicht von der „offensichtlichen“ Unwirksamkeit der Kündigung ausgegangen werden. Darauf lässt insbesondere nicht der Vortrag der Klägerin schließen, dass es anderweitige Einsatzmöglichkeiten bei der Beklagten gebe. Daraus ergibt sich weder das Vorhandensein eines iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG freien Arbeitsplatzes noch iSv. § 1 Abs. 3 KSchG die Vergleichbarkeit der Klägerin mit nicht gekündigten Mitarbeitern.

c) Nach allem ist es ggf. einer auf die Kündigung vom 23.12.2010 bezogenen Weiterbeschäftigungsklage überlassen, die (vorläufige) Weiterbeschäftigungspflicht der Beklagten für die Zeit ab dem 01.08.2011 gerichtlich zu klären.

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97, § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Kammer hat wegen der im Revisionsverfahren 6 AZR 726/10 klärungsbedürftigen Rechtsfrage, der Erheblichkeit dieses Verfahrens für die streitgegenständlichen Ansprüche und dem Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör zum Verfahrensausgang gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG die Revision zugelassen.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von der Beklagten

R E V I S I O N

eingelegt werden.

Für die Klägerin ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361-2636 2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionsschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Dr. Plüm

Pergalie

Cwiklinski